Universiteit Leiden
The Netherlands

Normering en toezicht in de opsporing: Een onderzoek naar de normering van het strafvorderlijk optreden van opsporingsambtenaren in het voorbereidend onderzoek en het toezicht op de naleving van deze normen

Samadi, M.

Citation

Samadi, M. (2020, June 4). *Normering en toezicht in de opsporing: Een onderzoek naar de normering van het strafvorderlijk optreden van opsporingsambtenaren in het voorbereidend onderzoek en het toezicht op de naleving van deze normen*. *Meijers-reeks*. Boomjuridisch, Den Haag. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/138388

Version:	Publisher's Version
License:	Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/138388

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page

Universiteit Leiden

Leiden University Repository

The handle http://hdl.handle.net/1887/138388 holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Samadi, M.
Title: Normering en toezicht in de opsporing: Een onderzoek naar de normering van het strafvorderlijk optreden van opsporingsambtenaren in het voorbereidend onderzoek en het toezicht op de naleving van deze normen
Issue Date: 2020-06-04

Normering en toezicht in de opsporing

Normering en toezicht in de opsporing

Een onderzoek naar de normering van het strafvorderlijk optreden van opsporingsambtenaren in het voorbereidend onderzoek en het toezicht op de naleving van deze normen

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. C.J.J.M. Stolker,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op donderdag 4 juni 2020
klokke 16.15 uur

door

Mojan Samadi

geboren te Tehran, Iran

in 1986

Promotor:	prof. mr. J.H. Crijns
Co-promotor:	mr. dr. M.J. Dubelaar (Radboud Universiteit Nijmegen)
Promotiecommissie:	prof. mr. F.W. Bleichrodt (Erasmus Universiteit Rotterdam) prof. mr. C.P.M. Cleiren prof. mr. A.E. Harteveld (Rijksuniversiteit Groningen) prof. mr. L. Stevens (Vrije Universiteit Amsterdam)

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft
Opmaak binnenwerk: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

© 2020 M. Samadi | Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-816-1
ISBN 978-94-5454-842-3 (e-book)
NUR 824

www.boomjuridisch.nl

Inhoudsopgave

LIJST VAN AFKORTINGEN XI

1 INLEIDING 1
1.1 Aanleiding 1
1.2 Vraagstelling van het onderzoek 7
1.3 Afbakening en methode 7
1.4 Doelstelling van het onderzoek 10
1.5 Opbouw van het onderzoek 12

DEEL I – NORMEN EN NORMERING IN STRAFVORDERING 15

2 NORMEN, NORMEREN & TOEZICHT 17
2.1 Inleiding 17
2.2 Maatschappelijke normen en rechtsnormen 18
2.3 Normeren in het recht 22
2.3.1 Normeren door de wetgever 23
2.3.2 Normeren door de rechter 26
2.4 Functies van rechtsnormen 28
2.5 Naleving van normen 31
2.6 Toezicht op en handhaving van normen 35
2.6.1 Toezicht in algemene zin 36
2.6.2 Wat is goed toezicht? 38
2.7 Conclusie 43

3 NORMEREN IN STRAFVORDERING 45
3.1 Inleiding 45
3.2 Doelstellingen van het strafproces 46
3.2.1 Hoofddoelstelling van het strafproces 47
3.2.2 (Neven)doelstellingen van het strafproces 51
3.3 Onderliggende waarden van strafvorderlijke normen 55
3.3.1 Betrouwbaarheid 56
3.3.2 Rechtmatigheid 59
3.3.3 Integriteit 65
3.3.4 Voortvarendheid 68
3.3.5 Overige waarden 71
3.4 Rubricering van strafvorderlijke normen? 74
3.5 Conclusie 78

4 ONTWIKKELING VAN HET STRAFVORDERLIJK NORMENKADER 81
4.1 Inleiding 81
4.2 Codificatie van het strafproces 82
4.3 Opkomst van bijzonder strafrecht 85
4.4 Mensenrechten en het strafproces 87
4.5 Invloed van ongeschreven beginselen 94
4.6 Ontwikkeling van het OM-beleid 97
4.7 Nadere normering van de opsporing 101
4.8 Europeanisering van het strafproces 108
4.9 Technische normen 110
4.10 Modernisering van het Wetboek van Strafvordering 112
4.11 Conclusie 115

CONCLUSIE DEEL I – NORMEN EN NORMERING IN STRAFVORDERING 117

DEEL II – TOEZICHT OP STRAFVORDERLIJKE NORMEN IN DE PRAKTIJK 127

5 ACTOREN MET EEN TOEZICHTHOUDENDE TAAK 129
5.1 Inleiding 129
5.2 Toezicht door de strafrechter 130
5.2.1 Rechterlijk toezicht in het Wetboek van Strafvordering 130
5.2.2 Rechtsvormende taak van de Hoge Raad inzake artikel 359a Sv 139
5.3 Toezicht door het OM 144
5.3.1 Wettelijke regeling van het gezag over de opsporing en vervolging 144
5.3.2 Gezag over de opsporing door de jaren heen 151
5.4 Overige toezichthouders 161
5.4.1 Intern toezicht vanuit de politieorganisatie 163
5.4.2 Extern toezicht 168
5.5 Conclusie 172

6 KADER VOOR HET (RECHTERLIJK) TOEZICHT 175
6.1 Inleiding 175
6.2 Toepassing van Artikel 359a Sv door de Hoge Raad 176
6.2.1 Reikwijdte van artikel 359a Sv 177
6.2.1.1 Voorbereidend onderzoek 178
6.2.1.2 Onherstelbaar verzuim 185
6.2.1.3 Stelplicht 192
6.2.1.4 Ambtshalve toetsing 199
6.2.1.5 Betrouwbaarheid 202
6.2.1.6 Verzuimen voorgelegd aan de rechter-commissaris 205
6.2.2 Factoren 211
6.2.2.1 Belang 211
6.2.2.2 Ernst van het verzuim 214
6.2.2.3 Nadeel 216
6.2.2.4 Overige factoren 218

6.2.3 Sancties 224
6.2.3.1 Constatering van het verzuim 225
6.2.3.2 Strafvermindering 227
6.2.3.3 Bewijsuitsluiting 231
6.2.3.4 Niet-ontvankelijkheid 235
6.3 Focus van het rechterlijk toezicht in artikel 359a Sv 241
6.4 Conclusie 242

7 HET TOEZICHT OP DE OPSPORING: DE FEITENRECHTER 245
7.1 Inleiding 245
7.2 Methode 247
7.3 Algemeen beeld van de bestudeerde feitenrechtspraak 250
7.4 Controlerende en normerende taak van de strafrechter 252
7.4.1 Controle 253
7.4.2 Normering 258
7.4.3 Normering van nieuwe opsporingsmethoden 264
7.4.4 Ambtshalve toetsing 268
7.5 Sanctionering door de strafrechter 272
7.5.1 Schendingen van de verbaliseringsplicht 273
7.5.2 Controle van geweldstoepassing door opsporingsambtenaren 277
7.5.3 Onrechtmatige start van het opsporingsonderzoek 279
7.5.4 Verhouding tussen de sanctie en de geschonden norm 286
7.6 Conclusie 289

8 HET TOEZICHT OP DE OPSPORING: DE OFFICIER VAN JUSTITIE 293
8.1 Inleiding 293
8.2 Methode 294
8.3 Praktische invulling van de toezichthoudende taak 296
8.3.1 Toetsing vooraf 297
8.3.2 Onderscheid tussen toetsing vooraf en toezicht achteraf 303
8.3.3 Reikwijdte van het toezicht 311
8.3.4 Interventiemogelijkheden: terugkoppeling en andere gevolgen 318
8.3.5 Kwaliteit 331
8.3.6 ZSM en CVOM 339
8.3.7 Positie van andere actoren in het toezicht door de officier van justitie 347
8.4 Conclusie 354

DEEL III – NORMEN EN TOEZICHT 357

9 DE RELATIE TUSSEN TOEZICHT EN NORMERING NADER BEZIEN 359
9.1 Inleiding 359
9.2 Toezicht door de rechter 360
9.3 Toezicht door de officier van justitie 368
9.4 Complexiteit van het normen- en toezichtstelsel 371
9.5 Conclusie 373

10 CONCLUSIE EN AANBEVELINGEN 377
10.1 Inleiding 377
10.2 Normering van het handelen van politie en het OM 378
10.3 Toezicht op de naleving van strafvorderlijke normen 380
10.4 Waardering van het toezicht 384
10.4.1 Informatievergaring 385
10.4.2 Oordeelsvorming 388
10.4.3 Interventie 392
10.4.4 Opmaken van de balans 394
10.4.5 Naar een adequaat strafvorderlijk toezicht 396
10.5 Aanbevelingen 401
10.6 Slotwoord 404

SAMENVATTING 407
SUMMARY 421
AANGEHAALDE LITERATUUR 435
AANGEHAALDE JURISPRUDENTIE 459
BIJLAGE – Topiclijst 467
CURRICULUM VITAE 469

Lijst van afkortingen

AA	*Ars Aequi*
afl.	aflevering
A-G	Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden
AMvB	Algemene maatregel van bestuur
ASv	Antilliaans Wetboek van Strafvordering
CVOM	Parket Centrale Verwerking Openbaar Ministerie
DD	*Delikt en Delinkwent*
diss.	dissertatie
ECLI	European Case Law Identifier
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
Gw	Grondwet
HR	Hoge Raad der Nederlanden
i.c.	in casu
JV	*Justitiële Verkenningen*
KMar	Koninklijke Marechaussee
m.nt.	met noot
MvT	Memorie van toelichting
NJ	*Nederlandse Jurisprudentie*
NJB	*Nederlands Juristenblad*
NJV	Nederlandse Juristen-Vereniging
o.	overweging
OM	Openbaar Ministerie
OvJ	Officier van Justitie
P-G	Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden
Rb.	Rechtbank
red.	redactie
red. aant.	redactionele aantekening
RM Themis	*Rechtsgeleerd Magazijn Themis*
r.o.	*rechtsoverweging*
Stcrt.	*Staatscourant*
Stb.	*Staatsblad*
Sr	Wetboek van Strafrecht
Sv	Wetboek van Strafvordering
T&C	*Tekst & Commentaar*
TPWS	*Tijdschrift Praktijkwijzer Strafrecht*
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
ZSM	Zo Spoedig, Slim, Simpel, Samen Mogelijk

1 Inleiding

1.1 Aanleiding

Het optreden van politie en Openbaar Ministerie moet aan tal van geschreven en ongeschreven normen beantwoorden. In een grijs verleden betrof het vrijwel alleen de wettelijke normen van het Wetboek van Strafvordering, maar inmiddels zijn daar tal van andere normen en toetsingscriteria bijgekomen. Bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafvordering in 1926 werd gekozen voor een ruime toekenning van bevoegdheden aan opsporingsambtenaren met daarin een grote discretionaire ruimte deze bevoegdheden naar eigen inzicht in te vullen. Mede hieruit bleek het grote vertrouwen dat destijds in justitiële autoriteiten bestond.[1] Heel gedetailleerd waren deze bevoegdheden en dwangmiddelen niet.[2] Het Nederlandse strafprocesrecht bevatte lange tijd nauwelijks normen die specifiek betrekking hadden op het handelen van politie en justitie gedurende het opsporingsonderzoek. Vanaf omstreeks de jaren 60 is hier langzaam verandering in gekomen en is het strafvorderlijk handelen van opsporingsambtenaren in toenemende mate genormeerd. Dat gebeurde in de eerste plaats in het Wetboek van Strafvordering en in andere formele (al dan niet bijzondere) wetgeving, later werden deze wetten aangevuld met meer gedetailleerde normen binnen lagere regelgeving, zoals algemene maatregelen van bestuur, ministeriële regelingen, beleidsregels, circulaires, protocollen en technische en forensische opsporingsnormen. Naast deze wettelijke normen hebben ook de in de rechtspraak ontwikkelde beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging een belangrijke normerende werking op het handelen van opsporingsambtenaren.[3] Tevens hebben ook internationale en Europese verdragen (en rechtspraak) een grote invloed gehad op de normering

---

1 *Kamerstukken II* 1913/14, 86, 3, p. 55.

2 Zie onder meer Van Bemmelen/Van Veen 1989, p. 109 met een opsomming en korte bespreking van de bijzondere dwangmiddelen die ten tijde van de invoering van het Wetboek van Strafvordering in het wetboek waren opgenomen (in het bijzonder gaat het daarbij om de staandehouding, aanhouding en de inverzekeringstelling; het onderzoek aan lichaam en kleding van een verdachte; de voorlopige hechtenis; de inbeslagneming van voorwerpen en vorderingen; het binnentreden van woningen en het betreden van enkele bijzondere plaatsen; de huiszoeking ter inbeslagneming en het openen van brieven).

3 Zie bijv. Cleiren 1989, p. 317-318; Franken 2009 over de veranderde werking van het beginsel van proportionaliteit en subsidiariteit.

van het Nederlandse strafproces.[4] Tot slot vond (en vindt) nadere normering plaats in de vorm van regels die niet altijd rechtens afdwingbaar zijn maar waarvan wel een zekere normstellende werking uit gaat, zoals de behoorlijkheidsnorm van de Nationale ombudsman, de gedragscode van het OM (in het bijzonder de integriteitsnorm)[5] en de notie van magistratelijkheid waar het handelen van de officier van justitie aan dient te beantwoorden.

Bij dit alles moet worden bedacht dat deze normen niet alleen qua herkomst, maar ook qua normadressaat sterk onderling verschillen. Vaak betreft het normen die zich rechtstreeks richten tot het OM en de politie zelf, soms echter, betreft het normen die zich (mede) richten tot de burger en hem bepaalde rechten geven. Veelal gaat het om normen die de rechtmatigheid van het overheidshandelen treffen, maar niet zelden ook om normen die de betrouwbaarheid van onderzoeksresultaten in het opsporingsonderzoek beogen te waarborgen. Voorts kan onderscheid worden gemaakt tussen geschreven en ongeschreven normen en tussen vastomlijnde en open normen. Het strafvorderlijke handelen van politie en justitie in het opsporingsonderzoek moet kortom beantwoorden aan een steeds breder scala aan regels die in uiteenlopende rechtsbronnen zijn neergelegd.

Deze verzameling normen levert al met al een complex en alsmaar veranderend normenstelsel op dat hoge verwachtingen stelt aan het optreden van opsporingsambtenaren.[6] Dat opsporingsambtenaren niet altijd hieraan kunnen voldoen, blijkt uit het feit dat divers onderzoek uitwijst dat het niveau van parate kennis van strafvorderlijke wetten bij opsporingsambtenaren niet optimaal is.[7] Ook in het kader van de moderniseringsoperatie van het Wetboek van Strafvordering staat de wetgever stil bij de complexiteit van de huidige strafvorderlijke regels. Hoewel het hier nog enkel gaat om het Wetboek van Strafvordering, maakt de volgende overweging afkomstig uit de Contourennota duidelijk dat zelfs op dat terrein inmiddels veel gevergd wordt van opsporingsambtenaren:

> 'Op deelgebieden is het wetboek de afgelopen decennia talloze malen gewijzigd. Bepalingen zijn geschrapt of gewijzigd en vele nieuwe bepalingen zijn aan het wetboek toegevoegd. Het ging hierbij om incidentele wijzigingen die betrekking hadden op specifieke onderwerpen, hetzij ingegeven door nationale beleidsoverwegingen, hetzij als gevolg van Europese en andere internationale verplichtingen. De overzichtelijkheid en toegankelijkheid van het wetboek zijn daardoor op (belangrijke) onderdelen aangetast. (…) Ontwikkelingen in de jurisprudentie zijn ook niet

4 Borgers & Kooijmans 2013 over de relatie tussen artikel 359a Sv en artikel 6 EVRM; Ölçer 2012.
5 De Meijer 2019.
6 Zie ook Borst 2018, p. 2053.
7 Rapport Parate kennis bevoegdheden politie 2014, p. 28 e.v.; Rapport Handelen naar waarheid 2016, p. 21.

altijd in de wet gereflecteerd. Wet en rechtspraak lopen op belangrijke onderdelen uiteen, wat het vinden van het recht door de wetstoepasser niet eenvoudig maakt.'[8]

De vraag is bovendien wie er toezicht houdt op (de naleving van) al deze strafvorderlijke normen. Hierin is in ieder geval een belangrijke taak weggelegd voor de strafrechter. Omstreeks vanaf de jaren 60 heeft de strafrechter het op zich genomen toe te zien op de rechtmatigheid van de opsporing en zich actief beziggehouden met de normering van (laakbaar) overheidsoptreden tijdens de strafvordering, bijvoorbeeld door de nadere normering van strafvorderlijk overheidshandelen aan de hand van de beginselen van een behoorlijke procesorde en de sanctionering van overtredingen van strafprocessuele normen door middel van strafvermindering, het uitsluiten van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal en het niet-ontvankelijk verklaren van het OM.[9] In 1995 heeft de wetgever, op advies van commissie-Moons, dit buitenwettelijke sanctiearsenaal voorzien van een wettelijke grondslag in artikel 359a Sv.[10] De bedoeling achter deze wetswijziging was enerzijds het wegnemen van de maatschappelijke zorg dat veel misdadigers op vrije voeten werden gesteld wegens vormfouten door het schrappen van een aantal formele nietigheden.[11] Anderzijds wilde de wetgever de jurisprudentiële ontwikkeling met betrekking tot onrechtmatig optreden van opsporingsambtenaren voorzien van een wettelijke basis.[12] De wetgever koos ervoor de rechter een ruime interpretatieruimte te geven in de toepassing van deze bepaling en de wijze waarop op normovertredingen zou worden gereageerd.[13] De Hoge Raad heeft in zijn jurisprudentie deze ruimte gestructureerd en nader ingeperkt.[14] In de jurisprudentie van de Hoge Raad is een zekere terughoudendheid met betrekking tot deze rechterlijke taak te zien, kennelijk vanuit de gedachte dat de aandacht van de strafrechter primair naar de beoordeling van het ten laste gelegde feit moet gaan en de controle op politie en justitie niet het zwaartepunt van het strafproces mag vormen.[15] Ook in recente jaren is in de jurisprudentie van de Hoge Raad een steeds terughoudender opstelling waar te nemen ten aanzien van de controle op het handelen van opsporingsambtenaren in het opsporingsonderzoek. Deze

8 *Kamerstukken I* 2015/16, 33750 VI, AF, p. 2.
9 HR 26 juni 1962, *NJ* 1962/470, m.nt. Pompe; HR 19 april 1978, *NJ* 1978/365, m.nt. Van Veen; Cleiren 1989, p. 4-5; Knigge 1994, p. 18-21.
10 Wet van 14 september 1995, *Stb.* 1995, 441.
11 Rapport Commissie-Moons 1993, p. 14.
12 *Kamerstukken II*, 1993/94, 23705, 3, p. 3-5.
13 *Kamerstukken II*, 1993/94, 23705, 3, p. 15.
14 HR 25 juni 2002, *NJ* 2002/625, m.nt. Schalken; HR 20 maart 2004, *NJ* 2004/376, m.nt. Buruma; HR 17 januari 2006, *NJ* 2006/495, m.nt. Mevis; HR 16 juni 2009, *NJ* 2009/603, m.nt. Borgers; HR 30 maart 2010, *NJ* 2011/603, m.nt. Borgers; HR 19 februari 2013, *NJ* 2013/308, m.nt. Keulen.
15 Zie bijv. Buruma 2013, p. 13-14; tevens heeft hij deze gedachte reeds in zijn oratie geuit Buruma 1996, p. 42-47.

uit zich met name in een terughoudende sanctionering van onrechtmatig strafvorderlijk handelen van opsporingsambtenaren in het vooronderzoek.[16]

De terughoudendheid die de Hoge Raad voorstaat in de sanctionering van normoverschrijdend handelen door opsporingsambtenaren kan het risico meebrengen dat er onvoldoende toezicht bestaat op het handelen van opsporingsambtenaren. Daarnaast kan deze terughoudendheid meebrengen dat deze normen niet (voldoende) worden gepreciseerd door de rechter. Hierdoor lijkt er een lacune te ontstaan in de uitoefening van het toezicht op de naleving van strafvorderlijke normen. Deze ontwikkeling leidt logischerwijs tot de vraag in hoeverre er (naast deze rechterlijke controle) sprake is van normering van toezicht op het handelen van de strafvorderlijke overheid en door welke instantie dat gebeurt. Hierbij dient immers te worden bedacht dat lang niet alle strafzaken de weg naar de rechter vinden, aangezien een groot deel van de zaken buitengerechtelijk wordt afgedaan of in het geheel niet vervolgd wordt. Van belang is het daarom om ook te kijken naar de andere belangrijke toezichthouder op het strafvorderlijk handelen van de politie, zijnde de officier van justitie – en in meer algemene zin het OM – die eveneens is toebedeeld met een toezichthoudende verantwoordelijkheid. Naast de twee genoemde actoren die in de strafvorderlijke context het toezicht uitoefenen op de naleving van normen door opsporingsambtenaren, worden in recente discussies omtrent deze problematiek ook andere toezichthouders genoemd die een taak hebben of zouden moeten hebben in dit toezicht; gedacht kan worden aan interne controlemechanismen binnen de politieorganisatie, de procureur-generaal bij de Hoge Raad, de Nationale ombudsman, en andere overheidsorganen zoals de Inspectie Justitie en Veiligheid, de Algemene Rekenkamer en de Autoriteit Persoonsgegevens.[17] Ook deze actoren zijn wettelijk belast met een zekere toezichthoudende taak op politie en justitie maar het is niet geheel duidelijk hoe dit toezicht zich verhoudt tot het toezicht dat door de rechter en de officier van justitie wordt uitgeoefend.

De normering van het handelen van politie en justitie en de wijze waarop gereageerd dient te worden op onrechtmatig handelen is een terugkerend thema in de strafrechtelijke literatuur.[18] In de afgelopen jaren is er veel geschreven over deze thematiek, waarbij de aandacht met name is uitgegaan naar de wijze waarop de rechter het strafvorderlijk handelen van opsporingsambtenaren in het vooronderzoek sanctioneert en de rol die de rechter heeft bij de controle van het vooronderzoek.[19] Wat ontbreekt is een duidelijke koppeling tussen enerzijds de redenen waartoe het strafproces wordt genormeerd en de wijze waarop wordt ingezet op de naleving en handhaving van deze normen. In het huidige wetenschappelijke debat is er wel aandacht voor

16 *NJ* 2004/376, m.nt. Buruma; *NJ* 2013/308, m.nt. Keulen.
17 Van der Vlught 2011, Cleiren & Mevis 1995; Corstens 1993; Borgers & Kooijmans 2013.
18 Borgers en Kooijmans 2013, p. 17-18.
19 Dubelaar 2009; Kooijmans 2011; Borgers 2012; Brinkhoff 2016.

de sanctionering van vormverzuimen, maar de focus ligt sterk op de strafrechter en de toepassing van artikel 359a Sv. De relatie tussen normering en toezicht is tot dusver onderbelicht gebleven. Tevens is niet duidelijk wie nu precies wat doet aan toezicht en hoe de verschillende actoren invulling geven aan hun rol. Bovendien lopen de meningen over wie toezicht moet houden (en op welke wijze) sterk uiteen.[20]

In een onderzoek van het WODC naar de volledigheid van het toezicht op de strafvorderlijke overheid is gekeken naar een aantal bestaande toezichtsmechanismen in het Nederlandse stelsel en is geconcludeerd dat het huidige toezicht niet functioneert zoals het zou moeten functioneren en op diverse punten versterking behoeft.[21] De onderzoekers zien hierin vooral een rol voor de rechter weggelegd, omdat hiermee de onafhankelijkheid en zichtbaarheid van het toezicht het beste kan worden gewaarborgd.[22] De onderzoekers lijken in hun onderzoek aldus een lacune in het toezicht te erkennen maar waar die lacune precies uit bestaat en waarom juist de rechter een rol heeft in het opvullen van deze lacune wordt niet duidelijk. In de literatuur wordt bovendien zeer verschillend aangekeken tegen deze controlerende rol van de rechter. Vanuit het perspectief van de rechtsbeschermende taak van de Hoge Raad is er kritiek op de terughoudende toepassing van artikel 359a Sv.[23] De wijze waarop de rechter het handelen van politie en justitie controleert, wordt immers van oudsher gekoppeld aan de rechtsbeschermende taak van de strafrechter.[24] Ook vanuit het perspectief van integriteitsbewaking van de strafprocedure bestaan er vragen ten aanzien van de terughoudendheid die de rechter betracht in de controle op opsporingsambtenaren.[25] Tegelijkertijd zijn er ook auteurs die juist geen grotere rol weggelegd zien voor de rechter en wijzen op andere instanties die eventuele leemtes in het huidige toezicht dienen op te vullen en te waken over de naleving van normen die niet direct raken aan de strafprocedure. Zij onderschrijven de jurisprudentiële lijn van de Hoge Raad omdat deze aansluit bij wat zij zien als de inherente taak van

20 Voor een strengere rechterlijke controle pleiten (soms impliciet) bijv. Röttgering 2013, p. 427; Malsch 2017, p. 3137; Sjöcrona 2010; Franken 2004; aan de andere kant van het spectrum wordt de (retorische) vraag gesteld of de rechter wel de aangewezen instantie is om de politie te controleren, daarbij soms verwijzend naar de 'beperkte' controlerende taak van de rechter die zich dient te richten op het waarborgen van de eerlijkheid van de strafprocedure, zie bijv. Buruma onder *NJ* 2004/376; Borgers 2012; Kuiper 2014, p. 580-582.

21 WODC 2017, het onderzoek is verricht naar aanleiding van de door de minister gestelde vraag in de kamerstukken naar aanleiding van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering, namelijk op 'welke wijze de verschillende ketenpartners uit de strafrechtsketen in de huidige praktijk toezicht houden op het eigen functioneren en in hoeverre van buitenaf toezicht is gerealiseerd': *Kamerstukken I* 2015/16, 33750 VI, AF, p. 102-103.

22 WODC 2017, p. 133; Malsch 2017, p. 3137.

23 Röttgering 2013, p. 187-261.

24 Kuiper 2014, p. 76-81; Röttgering 2013, p. 187-214; Franken 2009.

25 De Graaf & Kesteloo 2016; noot Schalken onder HR 29 juni 2010, *NJ* 2010/442; noot van Buruma onder *NJ* 2004/376.

de rechter. Kuiper beargumenteert bijvoorbeeld dat de rechter met het verbinden van rechtsgevolgen aan vormverzuimen moet streven naar een zekere evenredigheid tussen het vormverzuim en het daaraan verbonden rechtsgevolg. Het bereiken van die evenredigheid vereist volgens hem een pragmatische benadering van de taak van de strafrechter, namelijk een controle die gericht is op de verwezenlijking van de doeleinden die binnen het strafproces met reacties op vormfouten in elk geval (moeten) worden nagestreefd, waarbij het verzekeren van het recht op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM voor de individuele verdachte als het meest centrale doel kan worden gezien.[26]

In de huidige literatuur is aldus veel aandacht voor het toezicht op de naleving van normen door de strafvorderlijke overheid. Hierbij is er in het bijzonder een grote focus op de rechter en de verantwoordelijkheid die hij heeft voor de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek en het doel dat de rechter nastreeft met deze controle. De aandacht voor de verantwoordelijkheid van de officier van justitie als de andere belangrijke toezichthouder in de controle van de rechtmatigheid van strafvorderlijk handelen in het opsporingsonderzoek wordt veelal wel benoemd, maar niet uitgebreid afgezet tegen die van de rechter. De focus op het toezichtsvraagstuk brengt bovendien mee dat een relevant perspectief in dit thema onvoldoende tot zijn recht komt, namelijk de ratio van normering in de strafvorderlijke context. Het achterwege blijven van een reactie op bepaalde normoverschrijdingen door de rechter en onduidelijkheid over de vraag of een reactie buiten de context van het strafproces wel plaatsvindt, brengt immers ook de vraag mee of de met de normering van strafvordering gestelde doelen wel worden verwezenlijkt. Wanneer onvoldoende toezicht bestaat op de naleving van deze strafprocessuele normen, kan dat ertoe leiden dat deze normen onvoldoende worden nageleefd. De vraag is dan wat de waarde van deze normen is en op welke wijze de normadressaat dient om te gaan met de norm.

De hierboven geschetste ontwikkelingen tezamen roepen kortom de vraag op of en in hoeverre er sprake is van adequaat toezicht in het huidige stelsel, wie dat toezicht uitoefent en of met dat toezicht recht wordt gedaan aan de met die normen gestelde doelen. Door het inzichtelijk maken van de complexiteit van het huidige handelingskader van opsporingsambtenaren en de wijze waarop thans uitvoering wordt gegeven aan het toezicht op deze normen, tracht dit onderzoek deze twee thema's die logischerwijs in elkaars verlengde liggen, duidelijker aan elkaar te koppelen om zo vanuit een breder perspectief de thematiek rondom het toezicht op de strafvordering te bestuderen.

---

26 In zijn proefschrift onderscheidt Kuiper meerdere doelen maar beargumenteert ten aanzien van drie van deze doelen dat zij als de kern van de controlerende taak van de rechter gezien kunnen worden. De andere twee doelen zijn het bevorderen van normconform gedrag aan de zijde van de opsporing en het bieden van compensatie aan de verdachte voor inbreuken op zijn andere mensenrechten. Kuiper 2014, p. 154.

1.2 Vraagstelling van het onderzoek

Kort samengevat is de aanleiding van het onderzoek als volgt. Het strafvorderlijk wettelijk kader waar het handelen van opsporingsambtenaren aan moet beantwoorden omvat inmiddels een grote hoeveelheid normen die in verschillende instrumenten zijn neergelegd, terwijl tegelijkertijd een terugtrekkende beweging te zien is in de jurisprudentie van de Hoge Raad wat betreft de sanctionering van onrechtmatig strafvorderlijk optreden door opsporingsambtenaren. Deze ontwikkeling leidt tot het risico dat hierdoor een leemte ontstaat in het huidige toezicht op het strafvorderlijk optreden van politie en justitie en in het verlengde daarvan dat niet duidelijk is wie de verantwoordelijkheid draagt voor de precisering van deze strafvorderlijke normen in het huidige stelsel. De hierboven geschetste problematiek zal worden bestudeerd aan de hand van de volgende vraagstelling:

> *Op welke wijze en met welk doel wordt het strafvorderlijk vooronderzoek en het handelen van opsporingsambtenaren in dat kader genormeerd, hoe is het toezicht op de naleving van die normen geregeld en hoe dient het toezicht in de praktijk te worden gewaardeerd in het licht van de eisen die aan goed toezicht worden gesteld?*

1.3 Afbakening en methode

Het huidige onderzoek richt zich op een bespreking en inventarisatie van de strafvorderlijke normen die thans het handelen van opsporingsambtenaren beheersen en de wijze waarop het toezicht op deze normen is vormgegeven. Hieruit volgt logischerwijs dat processuele regels die het onderzoek ter terechtzitting normeren buiten het bestek van dit onderzoek vallen. Hoewel de vervolgingsbeslissing van de officier van justitie formeel gezien een handeling is van een opsporingsambtenaar binnen het voorbereidend onderzoek en getoetst kan worden aan de algemene beginselen van een behoorlijke procesorde en andere normen die mede het toetsingskader van het vooronderzoek bepalen, zal zij in verband met het andersoortige karakter ervan niet worden meegenomen in dit onderzoek.[27]

De bespreking van het strafvorderlijk normenstelsel en de ontwikkeling van dit stelsel vindt plaats aan de hand van (strafrechtelijke en rechtshistorische) literatuur en jurisprudentie.

Het onderzoek zal geen uitvoerige bespreking van alle strafvorderlijke normen en hun bronnen geven. Een dergelijke uiteenzetting is immers niet zinvol (of mogelijk) met het oog op de voortdurende toename van het aantal strafvorderlijke normen (bijvoorbeeld vanuit de Europese Unie) en de wijzigin-

27 Hij neemt deze beslissing immers niet vanuit zijn rol als opsporingsambtenaar.

gen die de wetgever voornemens is door te voeren in het Wetboek van Strafvordering. Dit onderzoek geeft een schets van de belangrijkste bronnen en typen normen in het strafproces, de wijze waarop deze hun intrede hebben gedaan in het wettelijk kader van het strafvorderlijk handelen, en een korte schets van de manier waarop zij zich hebben ontwikkeld in het strafvorderlijk normatief kader.

Tevens richt het onderzoek zich op de vraag welke rol toezicht speelt bij de normering van het handelen. Voor de beantwoording van deze vraag zal hoofdzakelijk worden geput uit bestuurskundige en juridische literatuur. De relatie tussen normering en handelen wordt zowel in juridische als bestuurskundige literatuur gelegd en uitgewerkt, maar het is met name in de bestuurskundige literatuur waar het fenomeen toezicht veel aandacht heeft mogen genieten. In deze literatuur vindt men een duidelijke en werkbare definitie van toezicht en daarnaast worden verschillende kwaliteiten en eigenschappen onderscheiden die kunnen maken dat in theorie gesproken kan worden van goed toezicht. Aan de hand van de specifieke kenmerken van de context waarbinnen het toezicht op de strafvorderlijke overheid plaatsvindt, wordt een selectie gemaakt van de eigenschappen die van belang zijn voor dit toezicht om zo uiteindelijk tot een toetsingskader te komen voor 'goed toezicht' in de strafvorderlijke context.

Het onderzoek heeft in dat licht een normatieve component, namelijk de vraag hoe het huidige toezicht gewaardeerd kan worden vanuit het perspectief van wat als 'goed toezicht' heeft te gelden. Dit geeft aanleiding om nader stil te staan bij dit gekozen perspectief. Over de vraag wat precies onder goed toezicht moet worden verstaan kan allicht gediscussieerd worden en er bestaat geen duidelijke consensus (noch in de strafrechtelijke noch in de bestuurskundige context) over de kwaliteiten en eigenschappen waar dit toezicht aan moet beantwoorden. Toezicht bestaat in verschillende contexten en afhankelijk van de context zullen bepaalde kwaliteiten en eigenschappen in meer of mindere mate van belang zijn om het toezicht als *goed* te kunnen kwalificeren. De context waar dit onderzoek zich over buigt, betreft het toezicht op de naleving van strafvorderlijke normen door opsporingsambtenaren in het kader van het vooronderzoek. De veronderstelling is dat de specifieke kenmerken van deze context – in het bijzonder de aard van strafvorderlijke normen – bepaalde vereisten meebrengen voor dat toezicht. Deze veronderstelling zal worden getoetst in het eerste deel van het onderzoek dat mede in het teken staat van het ontleden van wat de specifieke kenmerken zijn van deze context. In het licht van deze context wordt bekeken hoe het toezicht idealiter wordt vormgegeven en welke vereisen hieruit voortvloeien.

In het tweede deel van het onderzoek wordt in kaart gebracht hoe het huidige toezicht op de naleving van strafvorderlijke normen door opsporingsambtenaren is geregeld en hoe dit in de praktijk gestalte heeft gekregen. Op basis van literatuuronderzoek wordt in de eerste plaats geïnventariseerd welke actoren een toezichthoudende taak hebben ten opzichte van politie en justitie

en wat hun wettelijke en institutionele positie meebrengt voor de invulling van deze taak. In het hiernavolgende zal duidelijk worden dat niet alle toezichthoudende actoren of instanties een even grote rol krijgen maar dat het onderzoek zich richt op toezicht binnen de strafvorderlijke kolom en daarbinnen de focus ligt op het toezicht dat door de rechter en de officier van justitie wordt uitgeoefend. Deels is dit een pragmatische keuze, maar daar zijn ook inhoudelijke redenen voor. In hoofdstuk 5 van dit onderzoek worden de verschillende actoren die een zekere toezichthoudende taak hebben in het toezicht op de politie en het OM besproken aan de hand van hun wettelijke en institutionele rol. Naast de rechter en de officier van justitie moet onder andere worden gedacht aan de interne controle door de politieorganisatie, de Nationale ombudsman, de Inspectie Justitie en Veiligheid en de Autoriteit persoonsgegevens. Kortom, een bonte verzameling van zeer uiteenlopende instanties met even zozeer uiteenlopende wettelijke taken. Slechts de rechter en de officier van justitie (en meer in het algemeen het OM) oefenen binnen de strafvorderlijke context toezicht uit op de opsporing. Zoals later zal blijken, hebben deze andere instanties weliswaar een toezichthoudende taak ten opzichte van de politie of justitie, maar dit toezicht is noch specifiek gericht op het strafvorderlijk handelen van opsporingsambtenaren noch heeft het (primair) betrekking op de naleving van strafvorderlijke normen door opsporingsambtenaren. Dit toezicht kan echter wel deels betrekking hebben op de naleving van normen door politie en het OM, en heeft daarmee een zekere mate van overlap met het toezicht dat door de rechter en de officier van justitie wordt gehouden maar heeft over het algemeen een ander uitgangspunt en doel. Mede om die reden is ervoor gekozen om het onderzoek voornamelijk te richten op de rechter en de officier van justitie omdat zij als de voornaamste toezichthouders kunnen worden gezien ten aanzien van de naleving van strafvorderlijke normen.

Vervolgens wordt nader gefocust op de twee belangrijkste toezichthouders op de strafvorderlijke overheid, te weten de rechter en de officier van justitie. Op basis van literatuuronderzoek, jurisprudentie-analyse (van zowel de Hoge Raad als de feitenrechter) en empirisch onderzoek bestaande uit semigestructureerd diepte-interviews wordt in kaart gebracht hoe door deze actoren invulling wordt gegeven aan hun toezichthoudende taak. De nadere verantwoording en onderbouwing van de gebruikte (empirische) onderzoeksmethode vindt telkens aan het begin van de verschillende hoofdstukken plaats in dit deel.

Tot slot is het van belang om hier het onderscheid tussen een drietal in dit onderzoek gehanteerde begrippen te expliciteren. In het voorgaande zijn de begrippen controle of toetsing, sanctionering en normering door de rechter reeds een aantal keer gevallen. Hoewel deze activiteiten nauw met elkaar verbonden zijn en soms in elkaars verlengde liggen, kunnen zij wel degelijk als afzonderlijke activiteiten worden gezien en behelzen zij ieder een ander doel. Met normering door de beoordelaar wordt gedoeld op de precisering en uitleg van de (al dan niet geschonden) norm. Het doel hiervan is om helder

te maken op welke wijze gedrag dient te beantwoorden aan een norm en de grenzen van de norm op te helderen. Daarnaast wordt hiermee de geldigheid van de norm onderstreept.[28] Controle heeft betrekking op de beoordeling achteraf van het handelen en resulteert in een oordeel over de mate waarin dat handelen in overeenstemming is met de gestelde normen. Controle kan uiteenlopende doelen hebben maar in de context van dit onderzoek is het gericht op de beoordeling van de (on)rechtmatigheid van het handelen van opsporingsambtenaren. De sanctionering van als onrechtmatig beoordeeld gedrag behelst het verbinden van een (rechts)gevolg aan dat handelen en heeft tot doel toekomstig onrechtmatig handelen te voorkomen, de negatieve gevolgen van de onrechtmatige handeling (zoveel mogelijk) te herstellen of compensatie te bieden voor de door het handelen ontstane schade.

1.4 Doelstelling van het onderzoek

Als gezegd beoogt dit onderzoek de normering van het handelen van opsporingsambtenaren in het vooronderzoek en het toezicht op de naleving van deze normen aan elkaar te koppelen om zo vanuit een breder perspectief de thematiek rondom het toezicht op de strafvordering te bestuderen. Hiermee beoogt het onderzoek het wetenschappelijke debat omtrent dit onderwerp te bevorderen. De huidige discussie richt zich immers met name op de mate waarin de rechter het optreden van opsporingsambtenaren controleert en normeert, en de wijze waarop hij reageert op normoverschrijdend gedrag. Een dergelijke controle hangt nauw samen met belangrijke rechtsstatelijke waarborgen die ten grondslag liggen aan ons strafvorderlijk stelsel. De focus op de rechterlijke controle van het strafvorderlijk handelen is ook in de huidige literatuur waar te nemen. Hierboven is beargumenteerd dat deze terughoudendheid kan bijdragen aan onduidelijkheid over de normering van strafvorderlijke bevoegdheden. Zo is bijvoorbeeld niet altijd duidelijk hoe groot de controlerende en normerende taak van de rechter is en wat er van de rechter in dat kader kan en moet worden verwacht. Ook is niet altijd helder hoe deze taak van de rechter zich verhoudt tot de controlerende taak van andere actoren in de strafrechtspleging. Deze onduidelijkheid leidt ook tot vragen ten aanzien van de volledigheid van het toezicht en in het verlengde daarvan de duidelijkheid van het handelingskader van opsporingsambtenaren. Wanneer controle op de naleving van strafvorderlijke normen achterwege blijft, is het voor opsporingsambtenaren nog voldoende duidelijk wat er van ze wordt verwacht en welke normen zij moeten naleven. Dit onderzoek beoogt het denken over dit onderwerp in een breder perspectief te plaatsen om zodoende op een meer systematische wijze naar deze problematiek te kijken. De vraag naar de wijze waarop het toezicht op strafvorderlijke normen dient plaats te vinden, kan

28 Zie nader § 2.6.

immers niet losgekoppeld worden van de redenen waartoe het strafproces wordt genormeerd, en de in dat kader relevante ontwikkeling inzake de toename van strafvorderlijke regels in het opsporingsonderzoek, althans dat is de hypothese.

Het onderzoek beoogt daarnaast een bijdrage te leveren aan een beter begrip van het huidige strafvorderlijke normenstelsel voor de praktijk door helderheid te verschaffen over de complexiteit van het handelingskader van opsporingsambtenaren en de wijze waarop het toezicht op de naleving van deze normen is geregeld. Het onderzoek tracht op hoofdlijnen inzichtelijk te maken hoe het huidige handelingskader van opsporingsambtenaren in de context van het opsporingsonderzoek zich heeft ontwikkeld, welke typen normen hierin gelegen zijn, en met welk doel en tegen welke (maatschappelijke) achtergrond zij in het leven zijn geroepen. Om de theorievorming rondom de verwerking van normoverschrijdingen door politie en justitie verder te helpen, kan een beter begrip van de ontwikkeling van dit strafvorderlijk normenstelsel behulpzaam zijn. Bovendien kan deze beschrijving inzicht bieden in de redenen waartoe het strafproces (en in dat kader in het bijzonder het handelen van opsporingsambtenaren) wordt genormeerd en uiteindelijk of er toezicht bestaat op de verschillende typen normen en of en in hoeverre er gesproken kan worden van een leemte in het toezicht op deze normen. Door het blootleggen van eventuele leemten in het toezicht wordt beoogd handvatten te bieden voor een eventueel andere wijze van invulling van het toezicht.

Ook het in kaart brengen van de wijze waarop vanuit het OM het toezicht op de opsporing wordt uitgeoefend kan nieuwe inzichten bieden voor zowel de individuele officier van justitie, het OM in het algemeen en de strafrechter. Over deze praktijk zijn er tot nog toe weinig empirische gegevens bekend, waardoor niet geheel duidelijk is in hoeverre toezicht wordt uitgeoefend door de officier van justitie, hoe dat toezicht eruitziet en in hoeverre dat op consistente en consequente wijze plaatsvindt. Een duidelijk beeld van deze toezichtspraktijk brengt mee dat er vanuit het OM meer bewustzijn komt over de individuele invulling van dit toezicht en kan eventuele handvatten bieden hier verbetering in aan te brengen. Voor de strafrechter kan inzicht in de wijze waarop de officier van justitie toezicht uitoefent meebrengen dat hij zijn eigen toezichthoudende taak nader bijstelt zodat eventuele leemtes opgevuld kunnen worden of overlap vermeden kan worden.

Tot slot kan dit onderzoek ook een bijdrage leveren aan de aanstaande modernisering van het Wetboek van Strafvordering. In het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering heeft de wetgever te kennen gegeven het wettelijk kader voor de rechterlijke controle op opsporingsambtenaren te willen herzien. De aanleiding voor deze herziening is (onder meer) dat er onduidelijkheid bestaat over de vraag of door het huidige 'samenstel van rechterlijk, intern en extern toezicht de naleving van de geldende wettelijke voorschriften adequaat en systematisch wordt gecontroleerd en

gestimuleerd'.[29] Als gezegd is echter nog niet duidelijk waar deze leemtes uit bestaan en wie deze zou moeten opvullen. Tegelijkertijd heeft de minister wel al een nieuw concept-wetsvoorstel naar buiten gebracht waarin (onder andere) een aantal knelpunten van het huidige rechterlijke toetsingskader worden geredresseerd.[30] Het inzichtelijk maken van de wijze waarop zowel in de jurisprudentie van de Hoge Raad als in de feitenrechtspraak invulling wordt gegeven aan het rechterlijk toezicht, kan een beter beeld geven van deze toezichtspraktijk waardoor de wetgever een beter geïnformeerde keuze kan maken over eventuele wetswijzigingen.

1.5 Opbouw van het onderzoek

Het onderzoek is in drie delen opgebouwd. Het eerste deel staat in het teken van normering en de relatie ervan met toezicht. Hoofdstuk 2 gaat in op de redenen waartoe en de wijze waarop normering in algemene zin plaatsvindt, de functies en het belang van (rechts)normen, en tot slot het belang van naleving van en toezicht op die normen. Vervolgens wordt in hoofdstuk 3 nader ingegaan op normering in de context van strafvordering: met welk doel worden in het strafproces normen in het leven geroepen? Wat is de belangrijkste doelstelling van strafvordering en welke waarden zijn in het licht van deze doelstelling van belang? Op welke wijze wordt door middel van normering getracht deze waarden – en daarmee de onderliggende doelstelling van strafvordering – te verwezenlijken en welke rol speelt toezicht daarbij? Na de bespreking van deze abstracte waarden die ten grondslag liggen aan de verschillende strafprocessuele normen, wordt in hoofdstuk 4 het huidige handelingskader van opsporingsambtenaren besproken om zodoende zicht te krijgen op het huidige speelveld aan normen waar politie en justitie zich aan dienen te houden. De bespreking van deze strafprocessuele normen vindt plaats in het licht van zowel de juridische als politiek-maatschappelijke ontwikkelingen die ten grondslag hebben gelegen aan hun invoering in het strafprocesrecht. Met deze positionering wordt beoogd meer inzicht te geven in de redenen waartoe deze normen in het strafproces hun intrede hebben gedaan, de wijze waarop zij zich verder hebben ontwikkeld en wat een en ander meebrengt voor de invulling van het toezicht op deze normen. Dit laatste deel wordt afgesloten met een deelconclusie waarin enerzijds de bevindingen ten aanzien van (de wijze van) normering in strafvordering en het huidige normenstelsel worden besproken en anderzijds uiteengezet wordt welke eisen in het

29 *Kamerstukken I* 2015/16, 33750 VI, AF, p. 102-103.
30 Memorie van toelichting Vaststellingswet Boek 4 van het Wetboek van Strafvordering, p. 85-102.

licht van de bevindingen uit dit eerste deel kunnen worden gesteld aan goed toezicht in de strafvorderlijke context.

Het tweede deel van het onderzoek richt zich op de wijze waarop het toezicht thans is vormgegeven. In hoofdstuk 5 zal eerst in kaart worden gebracht hoe het huidige speelveld aan toezichthouders eruitziet en welke rol de verschillende instanties vervullen in het toezicht op de opsporing. Vervolgens zal de focus worden gelegd op de twee voornaamste 'toezichthouders' op de opsporing, de rechter en de officier van justitie, en zal worden bekeken hoe deze twee actoren in de praktijk invulling geven aan hun toezichthoudende taak. Hoofdstuk 6 staat stil bij de kaders van het rechterlijk toezicht zoals deze uiteengezet zijn in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Vervolgens zal aan de hand van een bestudering van de feitenrechtspraak in hoofdstuk 7 het rechterlijk toezicht door de feitenrechter worden besproken en zal er in het bijzonder aandacht zijn voor de reikwijdte van de rechterlijke controle en de onderlinge discrepanties daarbinnen zijn. In hoofdstuk 8 wordt de toezichthoudende taak van de officier van justitie besproken, waarbij geput wordt uit zowel bestaande literatuur rondom dit thema als de resultaten van het empirisch onderzoek onder officieren van justitie.

In het derde en laatste deel van dit onderzoek wordt ten eerste aan de hand van de beschreven praktijk een aantal knelpunten uitgelicht dat betrekking heeft op de relatie tussen de onderliggende strafvorderlijke norm en het huidige toezicht. Op basis van deze knelpunten die uit het voorgaande deel zijn gedestilleerd wordt het theoretisch kader van wat onder goed toezicht dient te worden verstaan nader aangescherpt. Vervolgens wordt in het laatste hoofdstuk het toezicht geëvalueerd in het licht van het theoretisch kader dat aan het einde van deel I is geschetst. Hierbij worden de eerste twee delen van het onderzoek op elkaar betrokken en zal worden bezien in hoeverre het huidige toezicht voldoet aan de daaraan te stellen eisen. Dit laatste deel beoogt de belangrijkste leemtes en knelpunten die zich voordoen in het huidige stelsel, bloot te leggen en aanbevelingen te doen ter verbetering ervan.

DEEL I

Normen en normering in strafvordering

2 Normen, normeren & toezicht

2.1 Inleiding

Voordat we toekomen aan een uiteenzetting over de wijze waarop het toezicht op de naleving van strafvorderlijke normen is vormgegeven, is het allereerst van belang om te weten waartoe normen in het leven worden geroepen. De aan dit onderzoek ten grondslag liggende veronderstelling is immers dat rechtsnormen met een bepaald doel in het leven worden geroepen en dat dit doel betekenis kan hebben voor het toezicht op die normen. Pas wanneer inzichtelijk is geworden welk doel een bepaalde norm dient, kan worden geëvalueerd of de naleving ervan op adequate wijze gebeurt en op welk terrein handhaving nodig is. Het eerste deel van dit onderzoek buigt zich over deze kwestie. Het richt zich op de vraag waartoe het strafvorderlijk handelen van opsporingsambtenaren genormeerd wordt. Een antwoord op deze vraag kan deels worden gevonden in het staatsrechtelijke legaliteitsbeginsel, dat ten grondslag ligt aan het Nederlands rechtsbestel en voorschrijft dat de overheid dient te handelen op basis van de wet en conform de wet.[1] Ook het strafvorderlijk optreden van de overheid is onderworpen aan dit beginsel, daar het bij uitstek één van de zwaarste inbreuken op rechten van burgers kan maken. Om aan deze rechtsstatelijke eis te voldoen is het nodig dat het optreden van opsporingsambtenaren wettelijk wordt genormeerd. Een verwijzing naar het legaliteitsbeginsel geeft echter geen (volledig) antwoord op de hierboven gestelde vraag. Het beginsel formuleert weliswaar een belangrijke voorwaarde voor bevoegd overheidsoptreden, namelijk dat de (strafvorderlijke) overheid zich aan de wet behoort te houden en inbreuken op vrijheidsrechten een wettelijke basis behoeven, maar is op zichzelf niet bepalend voor de *redenen* voor normering van dat optreden. Een norm wordt immers niet in het leven geroepen louter om het handelen van individuen (of de staat) aan die norm te binden. Centraal staat in dit hoofdstuk de vraag naar de redenen waartoe het handelen genormeerd wordt. Vandaar dat een verwijzing naar dit beginsel maar tot op zekere hoogte verklarend kan zijn voor de vraag waarom het handelen van de strafvorderlijke overheid genormeerd wordt.

---

1 Zie Voermans voor een bespreking van verschillende interpretaties van het legaliteitsbeginsel in het staatsrecht: Voermans 2011, p. 7-10.

Om een antwoord te formuleren op de vraag naar de specifieke redenen van normering in de strafvordering, zal dit hoofdstuk zich eerst buigen over de redenen die ten grondslag liggen aan het in het leven roepen van normen in algemene zin. In het hiernavolgende wordt ten eerste gekeken naar het onderscheid tussen maatschappelijke normen en rechtsnormen en vervolgens naar het normeren van gedrag door de wetgever en de rechter. Daarna worden de algemene functies van rechtsnormen besproken, waarbij tevens aandacht is voor de relatie tussen normering en het handelen en daarmee samenhangend de naleving en handhaving van normen, oftewel het toezicht. Dit is een opbouw naar het centrale thema van het volgende hoofdstuk, namelijk de specifieke doelen van normen in het strafproces. Met andere woorden: welke redenen liggen ten grondslag aan de verschillende strafprocessuele normen en op welke wijze beogen deze normen orde te scheppen in het strafproces?

2.2 Maatschappelijke normen en rechtsnormen

Het belang van normen voor een goed functionerende maatschappij is vanzelfsprekend; het is immers bijna onmogelijk om een samenleving voor te stellen waarin geen overeenstemming bestaat over bepaalde gedeelde normen waaraan burgers (en de overheid zelf) gehoor geven. Normen (zowel materiële normen als formele normen) creëren een bepaalde orde in de samenleving doordat ze het gedrag van mensen reguleren en zorgen daarmee voor een zekere voorspelbaarheid en zekerheid in het maatschappelijk leven zorgen. Normen kunnen voorschrijven hoe gehandeld dient te worden,[2] maar ook rechten toekennen, bevoegdheden verlenen en afwijkingen formuleren van andere normen.[3] Voor een groot deel zijn de verschillende normen die een rol spelen in het maatschappelijk leven te herleiden tot de cultuur en tradities van die maatschappij, de zogenoemde maatschappelijke of sociale normen. Deze maatschappelijke normen vinden hun oorsprong in verschillende bronnen die samenhangen met de cultuur van de samenleving, zoals het geloof, de moraal van de samenleving, of normen die afkomstig zijn uit de gewoonte en het 'normale' gedrag voorschrijven.[4]

Deels kunnen deze normen als rechtsnormen worden aangemerkt omdat zij deel uitmaken van het rechtsstelsel. Ook van deze rechtsnormen is de oorsprong vaak te herleiden tot de cultuur van de samenleving, de norm wordt

2 Dat kan zowel een verbod als een gebod betreffen, zie Kelsen 1991, p. 96 die geen principieel onderscheid tussen een verbod of een gebod maakt, immers elk gebod kan ook als een verbod worden omschreven en vice versa.

3 Kelsen stelt dat een norm primair verwijst naar een bevel, voorschrift of een opdracht (Kelsen 1991, p. 1). Voor de andere functies van normen gebruikt Kelsen de meer juridisch neutrale termen: *permitting, empowering* en *derogating,* Kelsen 1991, p. 96-114.

4 Witteveen omschrijft deze categorieën als regels die respectievelijk te typeren zijn als *Ius, Fas* en *Mores* (gewoonte, geloof en moraal): Witteveen 2008, p. 53.

dan als het ware zowel gesteund door het recht als door de maatschappelijke traditie.[5] Het verbod op diefstal bijvoorbeeld wordt door alle drie bronnen van maatschappelijke normen – het geloof, de moraal en de gewoonte – ondersteund, maar is daarnaast ook in het geschreven (straf)recht neergelegd als een rechtsnorm. Een dergelijke norm die door alle normstelsels wordt ondersteund, is een 'sterke norm', omdat een breder draagvlak bestaat voor de inhoud van de norm. Hoewel de oorsprong van verschillende normen anders kan zijn, kunnen zij aldus wat betreft de inhoud wel onderling samenvallen.

In tegenstelling tot deze 'sterke normen' die door alle normenstelsels worden onderschreven, zijn er ook normen die geen enkele ondersteuning vinden in de andere normenstelsel en dus enkel in één stelsel worden erkend. Hierbij valt te denken aan bepaalde (orthodox) religieuze normen, zoals de spijswetten in het jodendom. Ook niet alle rechtsnormen behoeven noodzakelijkerwijs ondersteuning te vinden in de maatschappelijke normenstelsels. Dat geldt veelal ten aanzien van ordeningsnormen. Te denken valt aan veel belasting- en milieuwetten, maar ook bepaalde processuele regels zijn aan te merken als ordeningswetgeving. De wetgever kan door het in leven roepen van normen de naleving ervan afdwingen om zodoende gesteld beleid te bevorderen. Hierbij kan gedacht worden aan het invoeren van milieuzones in grote steden om de uitstoot van vervuilende voertuigen te verminderen en zo de luchtkwaliteit in de stad te verbeteren. Ook is het mogelijk dat maatschappelijke normen onderling conflicterend zijn, of dat zij conflicteren met een rechtsnorm. Een voorbeeld hiervan is de Wet gedeeltelijk verbod gezichtsbedekkende kleding waarmee het dragen van een boerka of een nikaab in het openbaar vervoer en overheidsgebouwen verboden wordt.[6] Een dergelijke norm kan (voor sommigen) conflicteren met religieuze normen die betrekking hebben op kledingvoorschriften. In dergelijke situaties, waarin een rechtsnorm geen ondersteuning vindt in andere normstelsels of zelfs conflicteert met deze normenstelsels, zal de wetgever zich meer moeten inspannen om normconform gedrag te realiseren. Deze kwestie zal bij de bespreking van naleving van de normen nader worden toegelicht.

Zowel maatschappelijke normen als rechtsnormen geven op een bepaalde wijze richting aan het handelen van individuen. Waar maatschappelijke normen vaak ongeschreven zijn, worden rechtsnormen doorgaans expliciet door de wetgever geformuleerd in regels. Ook de rechter komt in bepaalde gevallen de bevoegdheid toe om algemene ongeschreven normen in een concreet geval toe te passen, waardoor ook deze normen als recht dienen te gelden.[7] Deze

5 Zie uitgebreid over de relatie tussen socioculturele normen en rechtsnormen, Tamanaha 2017; Tamanaha 2004; Alexander & Sherwin 2001, p. 11-49.

6 *Stb.* 2019, 165.

7 Denk hierbij in het specifieke geval van het strafprocesrecht aan algemene beginselen van een behoorlijke procesorde.

rechtsnormen zijn soms een codificatie van bestaande maatschappelijke normen, in welk geval de codificatie bescherming biedt tegen willekeur en voor zekerheid zorgt door bestaande normen in een (helder) systeem van rechtsnormen te gieten. Hoewel een rechtsnorm dus kan overlappen met sociale normen, zal de wetgever indien hij de burger wil aanspreken op overtreding van die norm ervoor moeten kiezen om de norm vast te leggen in wetgeving:

> 'It is legally commanded not to commit theft for the very reason that if a theft occurs the thief is to be punished, in the sense that the law-applying organ is empowered to inflict a punishment. If the legislator were to command that loans be repayed [sic.] or to forbid committing theft, without attaching a sanction to that non-payment of loans or the commission of theft, he would merely be expressing a legally irrelevant wish; the repayment of loans and the avoidance of theft would not be legally commanded.'[8]

Ook de schending van een maatschappelijke (morele) norm kan gepaard gaan met een sanctie, bijvoorbeeld uitsluiting of afkeuring door de sociale groep waar de schender van de norm deel van uitmaakt. Het cruciale verschil met een rechtsnorm is echter dat er geen *noodzakelijk* verband bestaat tussen de norm en het bestaan van de sanctie. Kelsen verwoordt dat als volgt:

> 'A certain behaviour is considered to be the content of a moral duty independently of the sanction which a moral norm decrees for the fulfilment or non-fulfilment of this duty.'[9]

Rechtsnormen maken zo bezien onderdeel uit van een *coercive order*: een dwingende rechtsorde.[10] Zij hoeven dan ook niet noodzakelijkerwijs te overlappen met maatschappelijk normen, maar kunnen ook in het leven worden geroepen om (door de overheid) bepaald beleid te bevorderen. Het neerleggen van regels in rechtsregels kan deels worden herleid tot de (rechtsstatelijke) codificatiegedachte.[11] De functies die aan het codificeren van regels in rechtsregels worden toegedicht, hangen ten dele samen met een deel van deze rechtsstatelijke vereisten, primair gaat het om het scheppen van helderheid in het stelsel van regels en (rechterlijke) interpretaties. De klassieke gedachte is dat met codificatie reeds bestaande regels worden voorzien van een duidelijke (wettelijke) basis en daarmee een zekere ordening wordt aangebracht in het stelsel. Daarnaast heeft codificatie van oudsher ook waarborgende functies.

---

8 Kelsen 1991, p. 97.
9 Kelsen 1991, p. 143.
10 Kelsen 1991, p. 142.
11 Codificatie hoeft niet noodzakelijkerwijs in verband te worden gebracht met rechtsstatelijke idealen, zie Veerman 2012, p. 42-45 over codificatie in het Nederlandse stelsel, met een verwijzing naar Lokin & Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis*, Deventer: Kluwer 2001.

Veerman somt deze als volgt op: de bescherming tegen willekeur en tegen de toepassing van geheime of geheimzinnige regels, doorbreking van de macht van een professionele elite, bescherming tegen wreedheid, ondersteuning van de eigen machtspositie en soevereiniteit of het streven naar een centralisering, en verzet tegen de machtspositie van anderen.[12]

Codificatie schept echter niet louter helderheid in een stelsel van bestaande regels maar kan ook nieuwe rechtsregels in het leven roepen, met het oog op het bereiken van door de overheid bepaalde beleidsdoelen. Dit meer rechtspolitieke gebruik van wetgeving wordt weleens laatdunkend als 'modificatie' gekwalificeerd.[13] Dat wil zeggen dat wetgeving zich niet alleen aanpast aan de noden van en de bestaande normen in een maatschappij, maar de wetgever door middel van de wet de maatschappij probeert te (her)vormen. Koopmans vat deze ontwikkeling als volgt samen:

> 'Het oorspronkelijke van de ontwikkelingen in de laatste driekwart eeuw is niet zozeer dat de wetgever constant bezig is "to adapt the law to (this) changed society", zoals Gardiner onlangs schreef, maar dat hij ertoe bijdraagt vorm te geven aan de verandering dier samenleving. De wetgever volgt niet, hij loopt voorop. De verzorgingsstaat is goeddeels zijn schepping. Daarbij is geen enkele zede of gewoonte gecodificeerd, is ook niet de wet aangepast aan de dynamiek van de samenleving, maar is voetje voor voetje een andersoortige samenleving, met andere zeden en gewoonten, en misschien zelfs met een enigszins anders gerichte dynamiek, het leven geroepen.'[14]

Deze visie op codificatie, namelijk het idee dat wetten *recht* horen te bevatten 'en er louter zijn om bescherming te bieden tegen de overheid', komt voort uit de denkbeelden van de Franse Revolutie en de natuurlijkrechtelijke opvattingen die daarmee samenhangen.[15] In de literatuur wordt hier tegenin gebracht dat ook met codificatie (in de klassieke zin) nieuwe posities worden gecreëerd en een zekere systematisering in het leven wordt geroepen die het gevolg is van rechtspolitieke keuzes.[16] Zo stelt Veerman dat wetten vroeger mogelijk meer directe gedragsnormen bevatten en de huidige wetgeving meer het karakter van steunregels heeft die het overheidsbeleid dienen maar dat de ordeningsfunctie van wetgeving er altijd is geweest: 'Het tempo van de veranderingen ligt thans wat hoger dan vroeger, maar dat heeft alles te maken met het tempo van de technologische en maatschappelijke veranderingen.'[17] Ondanks de kanttekeningen die gezet kunnen worden bij dit meer rechtspolitie-

12 Veerman 2012, p. 45.
13 Koopmans 1991, p. 152-153.
14 Koopmans 1991, p. 152.
15 Veerman 2012, p. 45.
16 Veerman 2012, p. 45.
17 Veerman 2012, p. 28.

ke gebruik van wetgeving, kan deze meer sturende functie van rechtsnormen aldus niet worden ontkend.

Het recht reguleert kortom het gedrag van mensen en schept een bepaalde orde in de samenleving door het stellen van regels. Over de hardheid van deze juridische ordening kan evenwel gediscussieerd worden, het recht is immers onderworpen aan verandering. Witteveen spreekt in dit kader van een 'retorische ordening' door het recht, omdat het recht altijd openstaat voor discussie en daarmee een voorlopig karakter heeft.[18] Niettemin wordt door middel van codificatie van normen in rechtsnormen een bepaalde ordening in de samenleving gecreëerd, door het definiëren van begrippen, stellen van regels en het bepalen van procedures. Het recht zorgt ervoor dat bij conflicten duidelijk is waar de oplossingen gevonden moeten worden en het bevordert daarmee een wijze van omgang in de samenleving.[19]

2.3 Normeren in het recht

Rechtsnormen geven kortom een verantwoording van overheidsmacht, zij beperken enerzijds het gebruik van overheidsingrepen in het leven van individuen, bieden het individu daarmee bescherming en fungeren als toetsingsmaatstaf voor het optreden van zowel de overheid als de burger. De klassiek-rechtsstatelijke invulling van het wetsbegrip beschouwt de wet als een 'normatief principe voor het bestuur, [de; *MS*] basis voor de controle op het bestuurshandelen en voor de bescherming tegen onvoorspelbaarheid en willekeur'.[20] Formeel gezien brengt deze legaliteitseis mee dat het handelen van de overheid gebaseerd dient te zijn op de wet en conform de wet dient te geschieden.[21] Wetgeving functioneert aldus mede als een toetsingsmaatstaf voor het handelen van de overheid die haar in het leven heeft geroepen. In zoverre is het in het leven roepen van rechtsnormen door de wetgever aldus geenszins vrijblijvend maar noopt tot naleving van die normen, zowel door de overheid zelf als door

18 Witteveen 2008, p. 13.

19 Zie voor een theoretische bespreking van het belang van rechtsnormen in een samenleving Alexander & Sherwin 2001, p. 11-122. De auteurs bespreken in dit deel van het boek verschillende vooraanstaande theorieën over het concept, de gelding en autoriteit van het recht.

20 Veerman 2012, p. 25 verwijzend naar de invulling van het wetsbegrip conform de Franse Revolutie (zie p. 7-28).

21 In de literatuur wordt aan deze legaliteitseis op uiteenlopende wijze invulling gegeven en dienovereenkomstig worden verschillende (formele en materiële) eisen gesteld aan rechtsregels. Te denken valt aan eisen van algemeenheid, openbaarheid en kenbaarheid van rechtsregels; rechtsregels dienen de vrijheid en gelijkheid van burgers te waarborgen, mogen niet contradictoir zijn, dienen een zekere innerlijke en onderlinge consistentie te bezitten en mogen niet retroactief worden toegepast. De bekendste eisen zijn Fullers acht beginselen van de interne moraal van het recht, Fuller 1969; Witteveen 1999, p. 319-329; zie verder Veerman 2012, p. 17-28 en de aldaar aangehaalde literatuur.

het individu. Anderzijds is het stellen van rechtsnormen ook een instrument om sturing te geven aan het beleid van de overheid en vormt daarmee een 'communicatiemiddel' tussen de burger en de overheid.

Het neerleggen van normen in rechtsnormen brengt een speciale status met zich voor deze normen. Menig jurist heeft zich gebogen over de vraag wat precies te gelden heeft als een rechtsnorm en wat gekwalificeerd kan worden als een normenstelsel.[22] Het is uitdrukkelijk niet de bedoeling deze rechtstheoretische en staatsrechtelijke discussies waar juridische bibliotheken mee vol zijn geschreven, hier te bespreken. Het gaat er immers niet om te identificeren wat in rechtstheoretisch zin als een rechtsnorm heeft te gelden en in hoeverre een dergelijke kwalificatie afhankelijk is van de formele en materiële eisen die aan wetgeving in de democratische rechtsstaat (en ingevolge verschillende rechtstheoretische perspectieven) worden gesteld.[23] Deze paragraaf beoogt slechts de verschillende typen rechtsnormen die er bestaan te bespreken om vervolgens aan de hand hiervan de onderliggende praktische redenen (of functies) te identificeren voor de totstandkoming van deze rechtsnormen.

2.3.1 Normeren door de wetgever

Het stellen van rechtsnormen veronderstelt een bepaalde activiteit, een vorm van doelgericht handelen. De wet wordt gezien als een rechtsbevel van een daartoe bevoegde overheid. Het onderwerp van wetgeving is veelal het sturen van (menselijk) gedrag, van de burger maar ook van overheidsfunctionarissen. De wetgever kan gebruikmaken van wetgeving om het gedrag van individuen aan doelgerichte regels te binden die wellicht niet overeenkomen met sociale normen, maar die beantwoorden aan bepaalde maatschappelijke noden of aansluiten bij een zeker overheidsbeleid: de wetgever heeft een bepaald doel voor ogen en moet het gedrag van individuen sturen om dat doel te bereiken.

Het menselijk gedrag is echter maar tot op zekere hoogte voorspelbaar en bestuurbaar en laat zich niet volledig beheersen door regels. Mede om deze reden worden hoge eisen gesteld aan de wetgever. Deze gedachte is onderstreept in de Nederlandse wetgevingsprocedure. De Aanwijzing voor de regelgeving stelt vast dat alvorens regelgeving in het leven wordt geroepen de wetgever kennis moet vergaren over 'de relevante feiten en omstandigheden met betrekking tot het bewuste onderwerp', en de doelstelling die hij wil bereiken zo concreet mogelijk moet omschrijven om zo inzichtelijk te maken 'of de gekozen doelstellingen kunnen worden bereikt door middel van het zelfregulerend vermogen in de betrokken sector of sectoren dan wel daarvoor

22 Zie over de status van rechtsregels bijv. Brouwer 1990.

23 Zie hierover uitgebreid het debat tussen Hart en Fuller in (Hart 1958; Fuller 1958); een meer recent en sociaalhistorisch perspectief wordt geboden door Tamanaha 2017.

overheidsinterventie noodzakelijk is'. In het laatste geval moet nog onderzocht worden of de doelstellingen van de wetgever ook bereikt kunnen worden 'door aanpassing of beter gebruik van bestaande instrumenten'.[24]

Het normeren van regels in rechtsregels is aldus een doelbewuste activiteit; de wetgever probeert door middel van rechtsnormen sturing te geven aan het gedrag van individuen (in de meest algemene zin van het woord, dat wil zeggen zowel de burger als overheidsfunctionarissen), het individu bescherming te bieden en wil het individu aan kunnen spreken wanneer niet conform de norm wordt gehandeld. Hiertoe heeft de wetgever verschillende instrumenten tot zijn beschikking. Voordat we toekomen aan de bespreking van de verschillende wetgevingsinstrumenten (of rechtsbronnen), is het goed stil te staan bij de verschillende typen rechtsnormen. Hierbij kan het door Brouwer gemaakte onderscheid in typen rechtsnormen behulpzaam zijn: de verplichtende, de veroorlovende, de bevoegdheidsverlenende, en ten slotte de beoordelingsnormen.[25] Een voorbeeld van de eerste categorie is bijvoorbeeld het Wetboek van Strafrecht, dat met name normen bevat die geformuleerd zijn als een verbod. De veroorlovende normen geven de grenzen aan waarbinnen een bepaalde vrijheid van optreden is.[26] De bevoegdheidsverlenende normen geven de normadressaat een bevoegdheid om in een concrete situatie te mogen handelen. Gedacht kan dan worden aan normen die in het Wetboek van Strafvordering zijn neergelegd, maar ook veel bestuursrechtelijke normen of organieke wetten waarin de bevoegdheden van verschillende overheidsorganen en -functionarissen worden gedefinieerd en bepaald, vallen onder deze categorie. De beoordelingsnormen, tot slot, zijn met name van belang voor de rechter omdat zij een instrument vormen ter beoordeling van de vraag of de verplichtende en bevoegdheidsverlenende normen in acht zijn genomen.[27] Hierbij kan worden gedacht aan de ongeschreven beginselen van een behoorlijk bestuur die de rechter hanteert als een nadere toetsingsmaatstaf voor het overheidsoptreden. Hoewel deze normen veelal in de rechtspraak zijn ontwikkeld worden zij in toenemende mate ook in wetgeving gecodificeerd.[28]

---

24 Aanwijzingen voor de regelgeving art. 2.1-2.3.

25 Brouwer 1990, p. 20-29; hier dient wel de kanttekening gemaakt te worden dat de meningen in de literatuur over een dergelijk onderscheid uiteenlopen, hoewel de meeste auteurs wel het onderscheid tussen verplichtende normen en bevoegdheidsverlenende normen erkennen. Zie bijvoorbeeld Brouwer 1990, p. 11-22 voor een bespreking van verschillende rechtstheorieën.

26 In de literatuur wordt hier ook de veroorlovende tegennorm onder geschaard, dat zijn bijvoorbeeld de rechtvaardigingsgronden in het materiële strafrecht.

27 Brouwer 1990, p. 21.

28 Dat geldt in het bijzonder voor de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit (zie Franken 2009 over deze beginselen in het Nederlandse strafprocesrecht), maar ook ten aanzien van andere algemene beginselen van behoorlijk bestuur geldt dat zij in toenemende mate zijn of worden gecodificeerd. Zie voor het bestuursrecht Gerards 2010, p. 787 e.v.; ten aanzien van het strafrecht Das 2018.

Als gezegd kan de wetgever op verschillende wijzen en door middel van verschillende wetgevingsinstrumenten rechtsnormen tot stand brengen. De hoogste rechtsbron in het Nederlandse rechtsstelsel is de Grondwet waarin een aantal belangrijke grondrechten van burgers is neergelegd en waar bovendien de grondregels voor en de structuur van het Nederlands staatsbestel zijn geregeld.[29] Zij bevat regels ten aanzien van de bevoegdheden van de belangrijkste overheidsorganen, bepaalt de constitutionele verhoudingen tussen deze organen en regelt de wijze waarop andere wetten en regelgeving tot stand komen.[30] Wetten (in formele zin) worden volgens de Grondwet in het leven geroepen door de regering en de Staten-Generaal tezamen en krachtens een bepaalde voorgeschreven procedure, terwijl andere regelgeving – zoals algemene maatregelen van bestuur, ministeriële regelingen, andere voorschriften zoals beleidsregels en plaatselijke verordeningen – door de regering alleen, de minister of (ingevolge delegatie) door de lagere overheid in het leven worden geroepen.[31] Tot slot behoren ook internationale verdragen tot de Nederlandse rechtsorde, en kunnen zelfs voor zover zij een ieder verbindende bepalingen bevatten (te denken valt in het bijzonder aan individuele mensenrechten) als hoger recht worden gezien dan het nationale recht.[32]

Naast deze vormen van reguliere regelgeving, bestaan er in het Nederlandse rechtstelsel ook bepaalde vormen van 'alternatieve regelgeving'. Waar 'gewone' regelgeving gedefinieerd wordt als regelgeving die afkomstig is van de formele of materiële wetgever, kenmerkt alternatieve regelgeving zich doordat zij door particulieren uit een bepaalde sector in het leven wordt geroepen.[33] Het gaat hierbij om gedragsnormen die niet als 'gewone' regelgeving zijn te kwalificeren maar als alternatieve regulering of zelfregulering.[34] Gedacht kan worden aan gedragsgerichte instrumenten, zoals gedragscodes en protocollen, of techniekgerichte instrumenten voor de standaardisering van het gebruik van bepaalde technische voorzieningen.[35] Alternatieve regelgeving is zoals de naam doet vermoeden, een alternatief voor reguliere regelgeving en hoort als zodanig niet thuis in deze paragraaf daar zij eerder gezien kan worden als een vorm van maatschappelijke normering. Onder omstandigheden

29 Veerman merkt hierbij terecht op dat de Grondwet niet langer als de hoogste rechtsbron kan worden aangemerkt gezien de art. 93 en 94 Gw (Veerman 2012, p. 49).

30 Witteveen 2008, p. 48 e.v.

31 Zie uitgebreid over de verschillende niveaus van regelgeving en de daarmee gepaard gaande procedures Veerman 2012, p. 49-101.

32 Art. 93-94 Gw; Veerman 2012, p. 49.

33 Timmerman 1997, p. 69.

34 Witteveen maakt een onderscheid tussen alternatieve regulering en zelfregulering, zie Witteveen 2007, p. 5 en 29-37; De Wijkerslooth maakt een minder scherp onderscheid tussen deze begrippen voor de strafrechtelijke context, zie De Wijkerslooth 2007, p. 172-173; ook Giesen hanteert een breder begrip van alternatieve regelgeving en schaart zelfregulering hieronder, Giesen 2007, p. 73.

35 Veerman noemt naast deze twee categorieën ook de informerende instrumenten, contractuele instrumenten en de geschilbeslechtende instrumenten (Veerman 2012, p. 301-302).

echter, kunnen dergelijke normen worden aangemerkt als 'gewone' regelgeving, althans in de zin dat zij rechtens bindend kunnen zijn.[36] In het kader van strafvorderlijke regels is het niet gemakkelijk om aan alternatieve regulering te denken, aangezien strafvordering bij uitstek tot het domein van de overheid behoort. Er zijn echter normen met een strafvorderlijk karakter die in zekere zin gezien kunnen worden als alternatieve regelgeving, al was het maar omdat de juridische status van deze normen en de mate waarin zijn rechtens bindend zijn niet geheel duidelijk is. Hierbij valt in het bijzonder te denken aan forensische opsporingsnormen.[37]

Hoewel een uitgebreide bespreking van de verschillende niveaus en de totstandkomingsprocedure van wet- en regelgeving het bestek van dit hoofdstuk te buiten gaat, is het hier wel van belang op te merken dat de gelaagdheid van wet- en regelgeving meebrengt dat niet gesproken kan worden van 'de wetgever'. In zoverre wekt de titel van deze paragraaf enigszins een verkeerde indruk. Er zijn in het Nederlandse rechtsstelsel immers meerdere wetgevers die op verschillende niveaus regelgeving tot stand (kunnen) brengen. Een dergelijke rechtsstatelijke verdeling van de wetgevende bevoegdheid kan vanuit het standpunt van flexibiliteit van het bestuur voordelen hebben. De wetgever kan sneller reageren op maatschappelijke ontwikkelingen dan wanneer elke wet door middel van de grondwettelijke procedure van de wet in formele zin in het leven geroepen zou moeten worden. Daarnaast kan delegatie van de wetgevende bevoegdheid aan lagere (en/of lokale) overheidsorganen bijdragen aan een hoger democratisch gehalte van het bestuur omdat lokale beslissingen op lokaal niveau worden genomen.[38] Tegelijkertijd brengt deze verdeling ook een belangrijk nadeel met zich: de vele niveaus van wetgeving kunnen bijdragen aan het ontstaan van een grote brij aan rechtsnormen waarvan de samenhang en onderlinge verhouding niet altijd op voorhand helder is. Vooruitlopend op de komende hoofdstukken kan worden opgemerkt dat ook strafvorderlijke normen op uiteenlopende niveaus en daarmee dus door verschillende 'wetgevers' tot stand komen.

2.3.2 Normeren door de rechter

Het in het leven roepen van rechtsnormen wordt in de klassiek-rechtsstatelijke verhouding gezien als het primaat van de wetgever. Als hoogste orgaan van de democratische rechtsstaat gebruikt de wetgever de wet als primaire bron van recht en bestuur, en normeert daarmee het beleid en het bestuur.[39] Volgens deze opvatting is de voornaamste taak van de rechter in het spreken van

36 Veerman 2012, p. 294.
37 Zie § 4.9.
38 Witteveen 2008, p. 78-79.
39 Veerman 2012, p. 23.

recht: het concretiseren van wat het recht is en dat te vertalen voor de rechtzoekende.[40] Van Bogaert en Hoogers positioneren de taak van de rechter in de klassieke staatsrechtelijke machtenscheiding als volgt:

> 'De rechterlijke macht bindt de beide andere staatsmachten aan de wet door de toepassing ervan. De wetgever wordt aan de wet gebonden, doordat de rechter hetgeen de wetgever heeft opgesteld – de algemene wet – *concretiseert*. Zoals toneelspelers de auteurs van het toneelstuk binden aan de tekst van toneelstuk tijdens de uitvoering (of concretisering) ervan, zo bindt de rechter de wetgever aan de wet. De uitvoerende macht wordt gebonden doordat de rechter haar onderwerpt aan de wet.'[41]

Zo heet wordt de soep inmiddels niet meer gegeten. Al in de twintigste eeuw is deze strikte invulling van de taak van de rechter – als slechts het toepassen van door de wetgever uitgevaardigde wetten – verlaten en wordt alom aangenomen dat de rechter door het interpreteren van rechtsnormen nieuwe rechtsnormen in het leven kan roepen, bijvoorbeeld door het buiten toepassing laten of onverbindend verklaren van bestaande rechtsnormen omdat zij strijdig zijn met hogere normen – waarbij in het bijzonder kan worden gedacht aan de toenemende invloed van het EHRM – of door het aanvullen van leemten in bestaande rechtsnormen.[42] De Hoge Raad heeft bovendien als hoogste rechtscollege tot taak de rechtseenheid te bewaken en de rechtsontwikkeling te bevorderen.[43] In de literatuur wordt de huidige rol van de rechter dan ook soms geduid als die van 'wetgever-plaatsvervanger'.[44]

Dit brengt mee dat ook in de rechtspraak sprake kan zijn van normeren. De wetgever kan immers niet alle situaties die zich in de toekomst zullen voordoen voorzien en een norm omschrijven die op al die situaties van toepassing kan zijn. Hierdoor bezitten rechtsnormen noodzakelijkerwijs een bepaalde vaagheid. In bepaalde situaties zal de norm zo helder zijn dat de rechter deze automatisch kan volgen en toepassen.[45] In andere gevallen zal de rechter de norm eerst moeten interpreteren en zich uitlaten over de betekenis en toepassing van een norm in een concreet geval. Dit zal zich vaker voordoen wanneer de wetgever gebruik heeft gemaakt van vage normen die door de rechtspraak nader ingevuld dienen te worden. Gedacht kan worden aan het gebruik van open normen door de wetgever om de rechtsorde beter te bedienen, zoals de

---

40 Veerman 2012, p. 23.
41 Van Bogaert & Hoogers 2003, p. 9.
42 Zie voor een bespreking van de ontwikkeling van de rechterlijke taakstelling in de negentiende en twintigste eeuw Van Bogaert & Hoogers 2003, p. 11-23.
43 Zie voor de strafrechtelijke bespreking van deze taak uitgebreid Röttgering 2013, p. 49-90.
44 Van Bogaert & Hoogers 2003, p. 24; hoewel niet iedereen deze gedachte van harte omarmt, zie bijv. Donner 1982, p. 12-13. Hij beargumenteert dat deze vorm van rechtsvorming en -vinding door de rechter juist tot verstarring van het recht zal leiden.
45 Door Wiarda wordt dit type rechtsvinding als heteronome rechtsvinding getypeerd (Wiarda 1988, p. 14).

redelijkheid en billijkheid of de behoorlijkheid in het privaatrecht.[46] Hierin ligt een belangrijke taak voor de rechter om de rechtseenheid van het rechtssysteem te bewaken. Daarnaast kan ook gedacht worden aan de eerdergenoemde beoordelingsnormen die de rechter gebruikt voor de toetsing van het overheidshandelen, de bekendste voorbeelden hiervan zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en de strafrechtelijke variant, de algemene beginselen van een behoorlijke procesorde.

Deze rechtsvormende taak heeft een zekere blijvende aard waardoor normen die door de rechter in het leven worden geroepen een stevige positie in het rechtsstelsel innemen. Dat wil zeggen dat de rechtsvormende taak van de rechter de vrijheid van de wetgever om kwesties anders en naar eigen inzicht in te richten in grote mate kan beperken. Vooral wanneer een beslissing van de hoogste rechter is gegrond op algemene beginselen van het recht zal het voor de wetgever niet eenvoudig zijn om tot een andere afweging te komen dan de Hoge Raad.[47]

2.4 Functies van rechtsnormen

Het stellen van normen door de overheid, veelal in de vorm van wetgeving, is een product van die overheid en dient als zodanig een bepaald doel; de overheid wil daar iets mee bereiken. De vraag is hoe een dergelijk specifiek doel geplaatst kan worden in de algemene functies die toegeschreven worden aan rechtsnormen. In de literatuur worden verschillende functies toegeschreven aan normen in het algemeen en rechtsnormen in het bijzonder. Hoewel hierbij veel gemeenschappelijke kenmerken te identificeren zijn, lopen de begrippen die de auteurs gebruiken vaak uiteen. Waar de meeste auteurs spreken van *functie* van wetgeving, spreken anderen van *betekenis*, *waarde* of *rol* van wetgeving of (rechts)normen.[48] In het hiernavolgende zal telkens gesproken worden van de functie van (rechts)normen wanneer gedoeld wordt op de algemene betekenis van de norm.

Hierboven is de ordenende functie van normen (in algemene zin) al aan de orde gekomen. Deze functie wordt als de primaire functie van rechtsnormen beschouwd.[49] De overheid legt door middel van wetgeving de verhouding tussen burgers onderling en die tussen burgers en de staat vast, kanaliseert procedures van conflictbeslechting, en zorgt daarmee voor een bepaalde zekerheid in en ordening van het maatschappelijke leven. Deze ordening is

46 Dit type rechtsvinding door de rechter neigt meer naar autonome rechtsvinding (Wiarda 1988, p. 15).

47 Fokkens heeft het in het bijzonder over cassatie in het belang der wet (Fokkens 2003, p. 202); Brouwer wijst om dezelfde redenen op het belang van terughoudendheid bij de uitoefening van deze rechtsvormende taak (Brouwer 1992, p. 190).

48 Zie bijv. Koopmans 1991; Hirsch Ballin 1990; Eijlander 2000.

49 Geelhoed 1983, p. 6; Veerman 2012, p. 147.

onderhevig aan maatschappelijke veranderingen. De overheid kan met wetgeving reageren op maatschappelijke problemen, bijvoorbeeld door ten behoeve van een bepaald beleid regels te stellen en de naleving van die regels af te dwingen om zo de doelstellingen van dat beleid te verwezenlijken.[50] Om deze taken te kunnen uitvoeren is het noodzakelijk dat de overheid handelt conform de wet. Een tweede functie die aan rechtsnormen wordt toegeschreven is de beschermingsfunctie, waarbij het zowel gaat om de bescherming *door* de overheid als de bescherming *tegen* de overheid. Deze beschermingsfunctie ligt reeds besloten in de ordenende functie. Immers, door de ordening die de overheid aanbrengt in de maatschappij door middel van wetgeving kan zij bijdragen aan de bescherming van burgers tegen bepaalde risico's en maatschappelijke krachten. Een duidelijk voorbeeld hiervan zijn sociale en economische rechten.[51] De bescherming *tegen* de overheid ligt besloten in de inhoud van veel (grondwettelijke) wetten die betrekking hebben op het waarborgen van de vrijheidsrechten van burgers. Bovendien brengt de ordeningsfunctie een zekere zelfregulering van de overheid mee en bindt daarmee de overheid aan de wet, waardoor ook hier een beschermende werking vanuit gaat.[52] Tot slot brengen door de wetgever uitgevaardigde rechtsnormen ook een boodschap van de wetgever over aan de burger en hebben als zodanig een communicatieve functie.[53]

Naast deze drie functies die aan rechtsnormen kunnen worden toegekend, is er ook een aantal minder vaak voorkomende functies van rechtsnormen.[54] Grotendeels kunnen deze functies ook gepositioneerd kunnen worden in de hierboven genoemde ruimere functies, in het bijzonder de overkoepelende ordenende functie van rechtsnormen. Deels zijn deze functies vooral van belang wanneer vanuit een ander perspectief (bijvoorbeeld een meer sociologisch perspectief) gekeken wordt naar rechtsnormen. Deze functies zijn dan ook enigszins van een andere aard. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de epaterende functie (het zichtbaar maken van de daadkracht van de minister); de probleemverplaatsende functie (het overplaatsen van een probleem naar een ander overheidsorgaan door een wet); symbolische functie (het tevredenstellen van het electoraat); emancipatoire functie (het onderbouwen van veranderingen in maatschappelijke positie van een bepaalde groep); en de waarden-

50 Hoewel Geelhoed en Veerman beiden deze functie onderschrijven, verschillen zij van mening ten aanzien van de vraag of wetgeving een besturingsinstrument is of een beleidsinstrument Geelhoed 1983, p. 6; Veerman 2012, p. 148-150.

51 Veerman 2012, p. 151

52 Veerman 2012, p. 150-151.

53 Veerman 2012, p. 158-160; Witteveen deelt de communicatieve functie van wetgeving op in instrumentele communicatie (het geven van een bevel door de wetgever) en symbolische communicatie (bijvoorbeeld bij open normen), Witteveen 1992, p. 13-43.

54 Zie uitgebreid Veerman 2012, p. 145-161 en de daar geraadpleegde literatuur; met betrekking tot andere functies van rechtsnormen wijst Veerman met name op functies die in politicologische en sociologische literatuur worden aangehaald (p. 161-165).

expressieve functie (het afgeven van een signaal over bepaalde waarden in de samenleving).[55]

Bij het formuleren van een antwoord op de vraag naar de functies van normen, is het van belang op te merken dat de focus op een bepaalde functie kan veranderen afhankelijk van het perspectief of invalshoek waarmee men die norm benadert.[56] Een voorbeeld is het onderscheid in functies van wetgeving die de Raad van State maakt. Deze functies kunnen alle geplaatst worden in de hierboven genoemde functies, maar verschillen enkel in de omschrijving vanwege de sterke focus op het perspectief waarmee wetgeving wordt benaderd. De Raad van State benoemt vier functies die wetgeving gelijktijdig dient te vervullen. Allereerst dient wetgeving met name als instrument ter ordening van de samenleving. Daarnaast is het voor de overheid een machtiging voor het functioneren van het bestuur. Het belang van deze twee functies is met name groot wanneer men wetgeving beziet vanuit het perspectief van de overheid. Vanuit het perspectief van de burger dient de wet als middel voor democratische zeggenschap over rechten waaraan burgers aanspraken ontlenen en over plichten die hen binden en als middel voor publieke controle op het optreden van de overheid zelf. Tot slot dient wetgeving, bezien vanuit het perspectief van de rechter te worden beschouwd als raamwerk voor rechterlijke controle en rechtsbescherming van de burger.[57] Het perspectief van de overheid, burger of rechter kan dus veel zeggen over de mate waarin een bepaalde functie van wetgeving als belangrijk (of als voornaamste functie) wordt gezien. Hoewel afhankelijk van het perspectief waarmee naar de rechtsnorm gekeken wordt er accentverschillen zijn op het belang van de verschillende functies, komen in de verschillende perspectieven wel steeds dezelfde functies terug.

Hierboven zijn de verschillende functies van wetgeving uiteengezet, waarbij de ordenende (en vervat daarin de rechtsbeschermende) functie als primaire functie is geïdentificeerd. De overheid maakt beleid, en probeert door middel van wetgeving daar uitvoering aan te geven. De vraag of die wetgeving nodig is, hoe deze eruit zou moeten zien en wanneer de algemene functie en het specifieke doel van die wet adequaat is vervuld, speelt zich met name af in het wetgevingsproces en in het kader van de evaluatie van die wet. Hoe deze afwegingen worden gemaakt is echter afhankelijk van de set belangen en waarden waarmee men deze wet (of rechtsnorm) beschouwt. Wetgeving is een complex proces, waarbij de wetgever rekening dient te houden met de verschillende in het spel zijnde waarden en belangen, en deze belangenafweging kan bezien worden vanuit verschillende 'rationaliteiten'.[58] De rationaliteit laat zich beschrijven als het samenstel aan criteria aan de hand waarvan wordt

55 Veerman 2012, p. 163-165.
56 Veerman 2012, p. 145.
57 Zie ook Eijlander 2000, p. 61-70.
58 Hirsch Ballin 1989, p. 58-60; Veerman 2012, p. 173-184.

beoordeeld of in het licht van een bepaald perspectief (politiek of juridisch bijvoorbeeld) bepaalde wetgeving of bepaald overheidsbeleid rationeel kan worden geacht.[59] Wetgeving is uiteindelijk het resultaat van een compromis van alle door de wetgever af te wegen belangen, om te komen tot de beste oplossing voor een bepaald probleem.[60] Bij deze afweging speelt niet alleen de juridische rationaliteit een rol, maar ook een politieke rationaliteit. In de literatuur wordt voorts nog gewezen op de economische rationaliteit en de technisch- en sociaalwetenschappelijke rationaliteit.[61] De verschillende rationaliteiten corresponderen met verschillende waarden en belangen. De politieke rationaliteit speelt zich af in de politieke arena, is de strijd om het beleid en sluit aan bij maatschappelijke zorgen en politieke partijbelangen. Terwijl de juridische rationaliteit zich meer richt op de noodzaak en legitimiteit van wetgeving, de vraag in hoeverre wetgeving past binnen het systeem en in hoeverre deze voldoet aan kwaliteitseisen die aan wetgeving worden gesteld.[62] Het is hier goed te beseffen dat dit onderzoek zich richt op de juridische rationaliteit van strafvorderlijke normen, maar dat het evenwel mogelijk is dat niet alle strafvorderlijke normen vanuit deze juridische invalshoek het beste tot hun recht komen. Zo zou vanuit een politieke rationaliteit de aanwezigheid van bepaalde strafvorderlijke normen anders (of beter) verklaard kunnen worden.

2.5 Naleving van normen

In het voorgaande is aandacht besteed aan het verschil tussen maatschappelijke normen en rechtsnormen, de wijze waarop rechtsnormen tot stand komen en de redenen voor normering van regels in rechtsregels. Uitzonderingen daargelaten vindt normering doorgaans plaats met het oog op een adequate naleving van de norm. De vraag naar in hoeverre via wetgeving een doel, dat met die wet beoogd wordt te bereiken, ook daadwerkelijk wordt bereikt, is tweeledig. De eerste vraag is welke factoren bijdragen aan normnaleving en de tweede vraag is of de naleving van de norm ook daadwerkelijk bewerkstelligt dat het doel van die norm wordt bereikt. Deze laatste vraag zal sterk afhangen van de specifieke norm, waar enkel op basis van (empirisch) onder-

59 Snellen 1987, p. 1.
60 Van der Woude 2010, p. 12.
61 Snellen 1987, p. 3-5; Daarnaast worden in het bijzonder voor de strafwetgeving door Cleiren een aantal specifieke rationaliteiten genoemd, zoals de waardenrationaliteit, ketenrationaliteit en rollenrationaliteit (Cleiren 2003, p. 69-72).
62 Veerman 2012, p. 173-184.

zoek naar de werking van de wet en een evaluatie van die wet, een zinvolle uitspraak over gedaan kan worden.[63]

De eerste vraag, de vraag naar de factoren die bijdragen aan normnaleving, leent zich beter voor een algemene bespreking gebaseerd op inzichten uit empirische onderzoeken naar normnaleving. Hierbij zij vooropgesteld dat naleving van normen veel verschillende factoren afhangt, waar handhaving er slechts één van is. Verschillende modellen en theorieën buigen zich over deze factoren en de verklaringen die gegeven kunnen worden voor het bestaan van deze factoren. Een aantal van deze factoren wordt hieronder belicht, maar aangezien dit onderzoek zich niet (primair) richt op normnaleving, maar juist op het *toezicht* op die naleving zal hier niet diep op worden ingegaan. Van belang is het slechts om aan te tonen dat naleving van normen afhankelijk is van diverse factoren.

Bij het bevorderen van naleving van rechtsnormen, en in het bijzonder rechtsnormen die niet worden ondersteund door alle vier normstelsels zoals belasting- en milieuwetgeving, moet rekening worden gehouden met meerdere factoren. Hiertoe zijn verschillende benaderingen ontwikkeld die gebaseerd zijn op gedragswetenschappelijk onderzoek. Een voorbeeld hiervan is het Willen-Kunnen-Durven-model van regelovertreding (WKD-model).[64] Dit model gaat uit van de gedachte dat mensen sociale wezens zijn die in beginsel conform gestelde normen handelen, mits die normen krachtens de daarvoor geldende procedure tot stand zijn gekomen, tenzij zij de norm 'willen', 'kunnen' en 'durven' te overtreden. Het model beschrijft aldus de factoren die een rol spelen bij normovertreding. Elffers beschrijft dit model als een 'trap-model', waarbij het willen, kunnen en durven, ieder een trede voorstellen. Het individu dat zich normconform gedraagt, staat dan als het ware onderaan de trap en voor deze persoon is in beginsel geen toezicht op naleving vereist. De eerste trede bestaat uit het *willen* overtreden van de regel, de neiging voelen om zich niet aan de norm te houden. Hier kunnen verschillende redenen voor bestaan en die redenen zullen per norm sterk uiteenlopen. Zo kan een reden zijn dat het individu de norm als onrechtvaardig beschouwt, maar ook dat de overtreding van de norm een (financieel) voordeel kan opleveren.[65] Vervolgens zal het individu ook in staat moeten zijn om de norm te overtreden, bijvoorbeeld

63 Een voorbeeld van een dergelijk onderzoek is het onderzoek van Veerman naar verschillende typen wetten. Bij zijn analyse betrekt hij een aantal 'wetselementen', zoals de aard van de norm (open of gesloten; doel of middel; algemene regels of vergunningstelsel); de aard van de handhaving en sanctionering; de aard van het toezicht; de aard van het uitvoeringsorgaan; de aard van de rechtsbescherming; of sprake is van delegatie; of overgangsrecht is opgenomen. Op basis van deze studie komt hij tot een aantal algemene conclusies, namelijk dat gebruik van toezichts- en van handhavingsbevoegdheden bijdraagt aan de doelbereiking; nalevingsgerichte handhaving bijdraagt aan de doelbereiking; naleving leidt tot doelbereiking, en bekendheid met de wet de naleving bevordert en daarmee de doelbereiking (Veerman 2013, p. 18-20, 44-45, 102).

64 Elffers 2014, p. 65-76; zie voor een concrete toepassing van dit model Elffers 2000, p. 184-194.

65 Elffers 2014, p. 66.

door het hebben van de benodigde kennis of middelen, het *kunnen*. Tot slot moet het individu ook *durven* om de norm te overtreden, hier zal doorgaans een kosten-baten analyse plaatsvinden tussen enerzijds het risico en de mogelijke negatieve gevolgen van de overtreding en het voordeel dat te behalen valt uit de overtreding.[66] Dit model geeft inzicht in de wijze waarop individuen ertoe bewogen kunnen worden om normen al dan niet na te leven. Elke trede van het model correspondeert namelijk met een 'standaardreactie' op normovertreding: '(her)opvoeding, preventie en strafdreiging (informeel of formeel)'.[67] Met de eerste reactie wordt getracht de overtreder positief te beïnvloeden ten opzichte van de norm. De preventie ziet op het kunnen, door bijvoorbeeld betere beveiliging (om diefstal te voorkomen). De laatste reactie ziet tot slot op een hogere straf en pakkans.[68] Om de naleving van een norm te kunnen bevorderen, moet volgens dit model eerst inzicht verkregen worden in de zwakke plek van de norm. Op deze wijze kunnen specifieke maatregelen getroffen worden op één van de drie bovengenoemde aspecten.

Een meer algemeen model dat zich toelegt op (de kans op) normnaleving is de Tafel van elf van het Expertisecentrum Rechtshandhaving.[69] Dit model sluit grotendeels aan bij het hiervoor besproken model WKD-model, maar is uitgebreider in de verschillende stappen en heeft een sterkere focus op de interne motivatie van het individu (het willen-aspect). Daarnaast is de insteek van de Tafel van elf anders dan het hiervoor beschreven model, in die zin dat het de factoren aanwijst die bijdragen aan normnaleving, in plaats van het meer 'negatief' ingestoken WKD-model dat de factoren aanwijst voor normovertreding. Tot slot richt de Tafel van elf meer specifiek op handhaving. Allereerst wordt in dit model het bevorderen van naleving van normen in twee groepen onderscheiden, de zogenoemde "spontane" naleving en, wanneer deze spontane naleving uitblijft, de handhaving. Met spontane naleving wordt gedoeld op naleving zonder dat daar enige vorm van handhaving voor is vereist. Hiervoor zijn vijf factoren van belang. Ten eerste is het voor naleving van belang dat de doelgroep kennis heeft van de normen en deze begrijpt.[70] Kennis van de norm veronderstelt dat de norm duidelijk is en door de doelgroep eenduidig wordt uitgelegd. Immers, van een onduidelijke norm kan moeilijk worden verwacht dat deze richtinggevend is in de wijze waarop gehandeld dient te worden. Een tweede factor die van belang is voor de spontane naleving van normen zijn de financieel-economische en immateriële kosten en baten van naleving. De beslissing om al dan niet een norm na te leven is tot op zekere hoogte een afweging van alle kosten en baten die na-

66 Elffers 2014, p. 67.
67 Elffers 2014, p. 68-69.
68 Elffers 2014, p. 68.
69 De Tafel van elf, 2006; de eerste vijf dimensies van de Tafel van elf hebben betrekking op spontane normnaleving (p. 9-13); zie ook Veerman & Mulder 2010, p. 86-87.
70 De Tafel van elf, p. 9-10.

leving met zich brengt. Hierbij spelen zowel de materiële kosten mee die men maakt voor het naleven van de norm, zoals investering in personeel en materiaal, als de immateriële kosten en baten van de overtreding van de norm, zoals het behoud van en goed imago.[71] Een derde factor is de mate van acceptatie van het beleid en de uitwerking daarvan in de norm. Hierbij gaat het om draagvlak voor de norm en voor de achterliggende doelstelling ervan (het overheidsbeleid te dien aanzien), maar ook de wijze waarop uitvoering wordt gegeven aan het overheidsbeleid.[72] Als vierde factor kan de normgetrouwheid van de doelgroep worden genoemd, waarbij het met name draait om de vraag of er algemene draagvlak is voor het overheidsgezag en of er concurrerend gezag aanwezig is dat een andere norm onderschrijft. Hierbij valt te denken aan religieuze normen die een andere handelwijze voorschrijven dan de rechtsnorm. De vijfde factor, tot slot, is de mate van aanwezigheid van sociale en horizontale controle op de naleving van de norm.[73]

De mate waarin een norm "spontaan" wordt nageleefd hangt aldus af van veel factoren die over en weer invloed op elkaar hebben. Inzicht in dit complexe geheel van factoren is van belang voor een beter begrip van hoe normnaleving gestimuleerd kan worden. In het kader van dit onderzoek dat zich hoofdzakelijk richt op het *toezicht* op die naleving, wordt echter niet lang stilgestaan bij deze kwestie. Het gaat hier immers om het uitgangspunt dat hoewel rechtsnormen (idealiter) spontaan nageleefd worden en naleving van veel rechtsnormen veelal weinig problemen oplevert, er een taak ligt voor de overheid om ten aanzien van die rechtsnormen die niet of onvoldoende worden nageleefd handhavend op te treden.[74] Er is kortom een stelsel van toezicht (of handhaving) nodig. In het kader van handhaving zal de overheid (of in meer algemene zin de normhandhaver) zich echter ook moeten bezinnen op een aantal hierboven genoemde factoren die de naleving van de norm bevorderen, in het bijzonder kan worden gedacht aan het belang van kennis en begrip van de rechtsnorm en de acceptatie van de rechtsnorm. Deze factoren zullen daarom ook hierna in het kader van toezicht worden besproken.

---

71 Tafel van elf, p. 19-20.

72 Tafel van elf, p. 20-21.

73 De overige zes factoren uit de Tafel van elf hebben betrekking op de handhaving van de norm, zie Tafel van elf, p. 23-27.

74 Kelsen koppelt de geldigheid van rechtsnormen zelfs aan de mate waarin zijn afdwingbaar zijn: 'The validity of a norm – i.e. its specific existence – consists in that the norm is to be observed, and if not observed, then applied. Its effectiveness consists in the fact that it is actually observed, and when not observed, then applied. The validity and the effectiveness of a norm must be clearly distinguished. In order to exist – i.e. to be valid – a norm must be posited by an act of will. No norm without a norm-positing act of will; or as this principle is usually phrased: No-imperative without an imperator, no command without a commander.' Kelsen 1991, p. 3.

2.6 Toezicht op en handhaving van normen

Het bovenstaande brengt ons bij de vraag naar het toezicht op (of handhaving van) rechtsnormen door de overheid.[75] Aangezien het in het leven roepen van rechtsnormen als een doelgerichte activiteit kan worden gezien, kan als uitgangspunt worden genomen dat indien rechtsnormen om welke reden dan ook niet spontaan worden nageleefd, de overheid zich dient in te spannen voor de handhaving en eventuele bestraffing van de overtreding van die norm. Deze taak rust op de overheid in de brede zin, dat wil zeggen de wetgevende macht, uitvoerende macht en rechterlijke macht en vloeit tevens voort uit het vertrouwen dat individuen hebben op naleving van het recht in een rechtsstaat.[76] In juridische literatuur wordt dan doorgaans gesproken van rechtshandhaving, de zorg voor het naleven van rechtsnormen door de doelgroep.[77] Handhaving van de norm is daarnaast ook van belang voor de overheid om het beleid waar de norm uitvoering aan geeft te verwezenlijken. Als een rechtsnorm nooit wordt nageleefd, kan deze immers als een dode letter worden gezien.[78] Daarnaast, en dat lijkt een vanzelfsprekendheid, draagt handhaving bij aan meer spontane naleving van de norm. Ten eerste omdat meer toezicht de kans op overtreding van de norm verkleint,[79] maar bovendien doordat door middel van handhaving een positieve bijdrage kan worden geleverd aan begrip en kennis over rechtsnormen omdat hiermee duidelijkheid gecreëerd kan worden omtrent de inhoud en werking van de rechtsnorm.

Om een meer helder beeld te krijgen van wat onder toezicht (en handhaving) wordt verstaan en de relatie tussen normering en toezicht nader te kunnen duiden, is het van belang te weten wat precies wordt bedoeld met toezicht. Hiervoor is het noodzakelijk om allereerst een stap terug te doen en naar het bredere begrip toezicht te kijken voordat toezicht in de context van *naleving van juridische (strafvorderlijke) normen* wordt gedefinieerd en zijn belangrijkste kenmerken worden onderscheiden.

---

75 Deze paragraaf is deels gebaseerd op Samadi 2016.

76 Cleiren beargumenteert dat rechtshandhaving een plicht is van de overheid die voortvloeit uit de beginselen van de democratische rechtsstaat. Om de beginselen van de rechtsstaat niet enkel formeel, maar ook materieel te waarborgen is het noodzakelijk dat de overheid zorgdraagt voor de naleving van wetgeving, Cleiren 2005, p. 132-133; hierbij dient wel opgemerkt te worden dat het aanvaardbaar kan zijn dat bepaalde regels niet worden gehandhaafd, zie Commissie-Michiels 1998, p. 41-45.

77 Huisman 2005, p. 43; handhaving is bovendien een strafvorderlijke term terwijl toezicht dat niet is. In het hiernavolgende zal gesproken worden van toezicht waaronder mede handhaving zal worden verstaan.

78 Uitzonderingen zijn natuurlijk denkbaar, zoals symboolwetgeving of regels waarvan de niet-naleving beleidsmatig wordt gedoogd.

79 Zie bijvoorbeeld de handhavingsdimensies van de Tafel van elf, p. 23-27.

2.6.1 Toezicht in algemene zin

Hoewel toezicht op het eerste gezicht een makkelijk te omschrijven begrip lijkt, bemoeilijkt de diversiteit aan contexten waarbinnen het een rol speelt het geven van een precieze definitie. In zijn rapport, *Toezien op publieke belangen*, merkt de Wetenschapelijke Raad voor het Regeringsbeleid hierover op dat toezicht een '*essentially contested* begrip [is; MS]: iedereen weet wat ermee wordt bedoeld, maar zodra we proberen het preciezer te definiëren blijkt overeenstemming daarover verder weg dan in eerste instantie wellicht gedacht'.[80]

Deze moeilijkheid ligt zoals gezegd in het feit dat toezicht in zeer uiteenlopende contexten bestaat. Een definitie van toezicht dient dan ook noodzakelijkerwijs rekening te houden met deze diversiteit aan contexten en de functies die het toezicht binnen die verschillende contexten heeft. Een breed gedragen definitie van toezicht is dan ook om die reden zeer ruim. Toezicht wordt volgens deze definitie omschreven als een doelgerichte activiteit die is toegesneden op 'het verzamelen van informatie over de vraag of een handeling of zaak voldoet aan de daaraan gestelde eisen, het zich naar aanleiding van die informatie vormen van een oordeel en het naar aanleiding daarvan interveniëren'.[81] Deze definitie wordt zowel in de juridische als de bestuurskundige literatuur onderschreven,[82] omdat zij de ruimte biedt voor het brede gebruik van het begrip toezicht.[83] Tegelijkertijd is deze definitie weinig onderscheidend en brengt mee dat elke vorm van controle en oordeelsvorming naar aanleiding van die controle eronder kan vallen. Bezien vanuit deze definitie is toezicht dan ook niet noodzakelijkerwijs verbonden aan een functie of verantwoordelijkheid maar kan ook in een niet-geformaliseerde sfeer bestaan als een vorm van sociale controle vanuit norm- en plichtsbesef.[84] De hierboven gegeven definitie van toezicht wordt gezien als een *instrumentele* definitie, omdat deze zich richt op het onderscheiden van de kernactiviteiten die de toezichthouder uitoefent. Naast deze instrumentele definitie van toezicht kan ook worden gewezen op de *functionele* definitie van juridisch ingebed toezicht.[85] Deze definitie richt zich op de functies van toezicht en luidt als volgt:

---

80 WRR 2013, p. 29.

81 *Kamerstukken II* 1997/98, 25956, 1-2, p. 8; dezelfde definitie wordt gebruikt in: De Ridder 2004, p. 17-18; Ruimschotel 2014, p. 3; Winter 2015, p. 30; Voermans 2005, p. 70; *Kamerstukken II* 2000/01, 27831, 1, p. 7; Van Rossum 2005, p. 10.

82 De Ridder 2004, p. 18; *Kamerstukken II* 1997/98, 25956, 1-2, p. 8; Ruimschotel 2014, p. 3; Winter 2015, p. 2; Voermans 2005, p. 70; *Kamerstukken II* 2000/01, 27831, 1, p. 7; Van Rossum 2005, p. 10.

83 In de juridische literatuur wordt handhaving doorgaans omschreven als het sluitstuk van toezicht (zie bijv. Voermans 2005, p. 70; Winter 2015, p. 3). In de bestuurskundige literatuur wordt op uiteenlopende wijze invulling gegeven aan de verhouding tussen toezicht en handhaving (zie Ruimschotel 2014, p. 13). In dit onderzoek wordt handhaving als onderdeel van toezicht gezien en zal doorgaans het meer brede begrip toezicht worden gebruikt.

84 Ruimschotel 2014, p. 7.

85 WRR 2013, p. 29.

'toezicht [is; *MS*] wettelijk gelegitimeerde beïnvloeding van bepaalde aspecten van het gedrag van een rechtspersoon ten einde een maatschappelijk gewenst handelingspatroon beter te bereiken'.[86]

In deze definitie staat de vraag naar de functie van het toezicht centraal: wat moet het toezicht bereiken? Al eerder is gesteld dat met toezicht diverse doelen kunnen worden nagestreefd en toezicht daarom diverse functies kan hebben. In algemene zin kan toezicht onder andere gericht zijn op de naleving van wet- en regelgeving, de bevordering van de kwaliteit van een product, proces of een dienst, of het beperken en voorkomen van bepaalde risico's.[87] Deze verschillende categorieën sluiten elkaar niet noodzakelijkerwijs uit. Zo is toezicht dat een bepaalde kwaliteit wil waarborgen door het naleven van wet- en regelgeving, zowel een vorm van kwaliteitstoezicht als nalevingstoezicht. Deze algemene functies van het toezicht maken duidelijk waar de focus van het toezicht op ligt, maar geven daarnaast ook aan wat het beoordelingskader van dat toezicht is: de samenhangende set normen aan de hand waarvan de toezichthouder een beoordeling maakt. Dit zogenoemde beoordelingsframe kan een wettelijk beoordelingsframe zijn bestaande uit juridische bepalingen – vaak gaat het dan om nalevingstoezicht – maar kan ook bestaan uit een set normen die binnen een bepaalde sector acceptabel of redelijk worden geacht, zogenoemd *sectoraal* beoordelingsframe (zoals een beroepscode of het tuchtrecht), of bestaan uit ethische of morele normen als integriteit, altruïsme, solidariteit en eerlijkheid, het zogenoemde moreel beoordelingsframe.[88]

De functie van het toezicht kan bovendien bepalend zijn voor de vorm van het toezicht. Doorgaans wordt onderscheid gemaakt tussen vier verschillende toezichtsvormen: het toezicht dat door de overheid op burgers en bedrijven wordt gehouden (publiek-privaat); het toezicht dat de overheid op zichzelf houdt (publiek-publiek); toezicht dat burgers op de overheid houden (privaat-publiek); en tot slot het toezicht dat burgers of bedrijven onderling houden (privaat-privaat).[89] De keuze voor de vorm van het toezicht is niet geheel vrijblijvend maar hangt samen met de functie – zowel in algemene zin als in bijzondere zin – die dat toezicht heeft. Indien de wetgever bepaalde normen in het leven roept ter waarborging van de integriteit van de politieorganisatie, en op zoek gaat naar een adequate wijze om toe te zien op de naleving van deze normen, zal het niet in de rede liggen dit toezicht over te laten aan de burger. De toezichthouder moet immers in staat zijn om de *kernactiviteiten* van het toezicht naar behoren uit te kunnen oefenen. Bij toezicht op naleving van wet- en regelgeving ligt het dan ook doorgaans in de rede om te kiezen voor een publieke vorm van toezicht. Daarnaast kan de specifieke aard en daarmee

86 WRR 2013, p. 30, verwijzend naar Mertens 2006, p. 266.
87 Ruimschotel 2014, p. 24-26; WRR 2013, p. 31.
88 Ruimschotel 2014, p. 26-27.
89 Winter 2015, p. 3; ontleend aan Tweede kaderstellende visie op toezicht uit 2005; Ruimschotel 2014, p. 21.

samenhangend de verwachtingen van het toezicht – in het gegeven voorbeeld de borging van de integriteit van de politieorganisatie – nopen tot een bepaalde vorm van toezicht.

Terugkomend op beide definities van toezicht zoals die aan het begin van deze paragraaf zijn besproken, kan het volgende worden opgemerkt. Allereerst kunnen we vaststellen dat de functionele definitie van toezicht een beperktere uitleg geeft aan toezicht dan de instrumentele functie: deze gaat uit van toezicht dat zijn grondslag vindt in de wet. Het gaat aldus om een bepaalde geformaliseerde vorm van toezicht. Ten tweede zijn de definities andersoortig in perspectief: de instrumentele definitie geeft een objectieve omschrijving van toezicht en de componenten die het heeft, terwijl de functionele definitie tot uitdrukking brengt wat de functie van het toezicht is in relatie tot (het gedrag van) de ondertoezichtgestelde. Dit onderzoek buigt zich onder meer over de vraag wat goed toezicht is en wat we ervan kunnen verwachten in het kader van normnaleving door opsporingsambtenaren in het strafvorderlijk vooronderzoek. Het gaat hierbij zowel om verschillende typen normen, als verschillende toezichthouders. In dat licht lijkt het meer voor de hand te leggen om gebruik te maken van de brede en meer objectief geformuleerde instrumentele definitie van toezicht en de daarin onderscheiden componenten ervan. Deze brede notie van toezicht is evenwel niet geheel van belang voor deze kwestie, de focus ligt immers op een bepaalde, juridisch-institutionele vorm van toezicht op strafprocessuele normen. Om deze definitie te operationaliseren, is het daarom noodzakelijk om deze nader te beperken en te kijken naar de eisen die gesteld worden aan juridisch ingebed toezicht.

2.6.2 Wat is goed toezicht?

De hierboven gegeven definitie maakt duidelijk dat iets al snel als toezicht aangemerkt kan worden. Dit onderzoek heeft echter een specifieke focus en kijkt naar het toezicht op strafprocessuele normen door bepaalde actoren. Kortom, een bepaalde juridische vorm van toezicht. Aan de hand van de hierboven gegeven brede instrumentele definitie moet daarom gekeken worden naar een nadere specificering van wat onder toezicht wordt verstaan in de juridische context. In deze context gaat het om een bepaalde geformaliseerde (of professionele) variant van toezicht, waarbij aan de inrichting van het toezicht bepaalde eisen gesteld worden.[90]

Terugkomend op de definitie van toezicht kunnen drie componenten onderscheiden worden: (1) het verzamelen van informatie, (2) het vormen van een oordeel, en (3) het zo nodig interveniëren.[91] Deze drie componenten

90 Zie bijv. Van Rossum 2005, p. 14-16; Verhey & Verheij 2005, p. 155-157.

91 Als gezegd wordt handhaving in de juridische literatuur doorgaans omschreven als het sluitstuk van toezicht en valt daarmee samen met deze laatste component van de definitie.

kunnen ook wel als de *kernactiviteiten* van de toezichthouder aangemerkt worden.[92] Zij geven aan welke activiteiten de toezichthouder in het kader van het toezicht moet uitoefenen. Het is echter niet noodzakelijk dat alle activiteiten door één toezichthouder uitgeoefend worden, zolang de afzonderlijke toezichthouders hun *toezichtsrol* in een keten met andere toezichthouders uitoefenen.[93] Gezien de diversiteit aan contexten waarbinnen juridisch-ingebed toezicht een rol speelt, is het niet eenvoudig om exact aan te geven aan welke eisen *goed* toezicht in algemene zin moet voldoen. Wel kan in ieder geval worden verwacht dat de hierboven genoemde kernactiviteiten uitgeoefend dienen te worden in het kader van het toezicht. Immers, interveniëren zonder dat daar het verzamelen van informatie en oordeelsvorming aan vooraf is gegaan is geen (goed) toezicht. Andersom is het verzamelen van informatie zonder dat naar aanleiding daarvan een oordeel wordt gevormd en zo nodig wordt geïntervenieerd in het gedrag is eveneens geen (goed) toezicht. In dit kader kan een koppeling worden gemaakt met de in de inleiding gebruikte begrippen controle, normering en sanctionering.[94] Controle heeft vooral raakvlakken met de eerste twee componenten van de definitie, normering met de oordeelsvorming en sanctionering tot slot raakt aan de interventie. Hoewel deze begrippen niet helemaal ondergebracht kunnen worden in de drie componenten van de toezichtsdefinitie, maakt deze driedeling wel duidelijk dat toezicht breder is dan sanctionering alleen.

Naast het bestaan van deze drie kernactiviteiten kan voor goed toezicht een aantal eisen worden gesteld aan de wijze waarop deze kernactiviteiten worden uitgeoefend. In de (bestuurskundige en juridische) literatuur over toezicht wordt veelal gewezen op kenmerken als transparantie, slagvaardigheid, onafhankelijkheid, effectiviteit, legitimiteit, en behoorlijkheid.[95]

Deze kenmerken kunnen als volgt worden toegepast op de hierboven gegeven ruime definitie van toezicht. Om te beginnen veronderstelt formeel toezicht dat de toezichthouder een bepaalde formele – door een ander aangewezen – verantwoordelijkheid voor het toezicht draagt en hij het toezicht uitoefent op basis van een duidelijk toetsingskader. Hij moet actief en gericht kijken en het gedrag beoordelen op de vraag of wel of niet is voldaan aan de gestelde norm. Het toezicht heeft bovendien een voortdurend en indringend

92 WRR 2013, p. 29-30.
93 Ruimschotel 2014, p. 12; zie anders De Ridder 2004, p. 18.
94 § 1.3; zie voor de operationalisering van de begrippen § 7.4.
95 Zie bijv. *Kamerstukken II* 2000/01, 27831, 1 waar onafhankelijkheid, transparantie en professionaliteit als uitgangspunten voor goed toezicht worden aangewezen. In de Tweede Kaderstellende visie op toezicht worden de uitgangspunten selectiviteit, slagvaardigheid en samenwerking onderscheiden, *Kamerstukken II* 2005/06, 27831, 15; Aelen wijst op de beginselen van effectief, gelegitimeerd en behoorlijk toezicht, Aelen 2014, p. 147 e.v.; Ottow 2015 wijst op het beginsel van LITER: *legality*, *independence*, *transparancy*, *effectiveness* en *responsibility*; Coglianese geeft tot slot een omvangrijke opsomming van kenmerken die worden toegeschreven aan goed toezicht, Coglianese 2015.

karakter.[96] Tevens is het van belang dat de toezichthouder 'belangeloos' is ten aanzien van de normnaleving. Dat wil zeggen dat hij onafhankelijk is van de instantie waarop hij toezicht uitoefent.[97] Hij moet voldoende onafhankelijk zijn om informatie te kunnen verzamelen over het gedrag van de onder toezicht gestelde, vrij zijn een analyse te maken van die informatie, en een interventie te plegen die hij geschikt acht. Tot slot moet de toezichthouder beschikken over zowel praktische instrumenten als formele bevoegdheden om in te kunnen grijpen in het gedrag van de ondertoezichtgestelde.[98] Dat wil zeggen dat hij zowel kennis en vaardigheden moet hebben om zijn functie te kunnen uitoefenen, maar daarnaast ook de beschikking moet hebben over dwangmiddelen om informatie te verkrijgen of (formele of informele) sancties op te kunnen leggen.[99]

Hoewel deze kenmerken medebepalend zijn voor de vraag of al dan niet sprake is van *goed toezicht,* is goed toezicht mede afhankelijk van een aantal factoren zoals het perspectief van waaruit het toezicht beoordeeld wordt, het type toezicht en, daarmee samenhangend, de verwachtingen die er bestaan ten aanzien van dat toezicht. Ten eerste speelt het perspectief van waaruit het toezicht geëvalueerd wordt mee.[100] De onderzichtgestelde zal doorgaans prijs stellen op toezicht dat zo 'weinig mogelijk lasten veroorzaakt, zorgt voor een gelijk speelveld en de sector eventueel voor (imago)schade behoedt'.[101] Vanuit het perspectief van de overheid zullen kenmerken als efficiëntie en effectiviteit van het toezicht een grote rol spelen. Terwijl de burger – of het grotere publiek – weer andere eisen stelt, namelijk dat het problemen en risico's adequaat aanpakt en reageert op meldingen en klachten vanuit de maatschappij.[102]

Met *goed toezicht* wordt echter doorgaans gewezen op een meer objectieve toets, namelijk of het toezicht voldoet aan de daaraan gestelde verwachtingen. Deze verwachtingen hangen samen met het type toezicht. Het is immers vanzelfsprekend dat er andere verwachtingen zijn ten aanzien van het veiligheidstoezicht op vliegvelden en het markttoezicht op de financiële sector. Er

96 Ruimschotel 2014, p. 11.
97 Dit vereiste wordt vaak in verband gebracht met de effectiviteit van het toezicht, zie, p. 13.
98 Ruimschotel 2014, p. 7-10.
99 Wat de inhoud van de sanctie precies moet zijn is al jaren onderwerp van discussie, zie bijv. de theorie van *Responsive Regulation* van Ayres & Braithewaite 1992, p. 35; Van de Bunt, Van Erp & Van Wingerde 2013, p. 58-61.
100 Perspectief kan ook verwijzen naar het kader waaruit het toezicht wordt beoordeeld, Aelen onderscheidt er in haar proefschrift naar beginselen van goed markttoezicht drie: politiek-bestuurlijk perspectief, economisch perspectief en een juridisch perspectief op het toezicht (zie Aelen 2014, p. 147-148). Deze onderverdeling in perspectieven is in het huidige onderzoek minder van belang aangezien de andere perspectieven geen (of een heel geringe) rol spelen, het is immers op voorhand duidelijk dat deze discussie zich in een juridisch perspectief afspeelt.
101 WRR 2013, p. 38.
102 WRR 2013, p. 39; Zie ook Beckers 2016, p. 5. Beckers bespreekt hoe het kenmerk *transparantie* vanuit verschillende perspectieven een andere invulling kan krijgen.

spelen andere belangen mee en het toezicht heeft andere doelstellingen. Kortom, om van goed toezicht te spreken moet er sprake zijn van een systeem met de daarbij behorende bevoegdheden, procedures, capaciteit en expertise, om de specifieke verwachtingen die aan dat toezicht gesteld worden waar te maken.[103]

Wat goed toezicht is, hangt dus sterk af van de verwachtingen die er zijn met betrekking tot dat toezicht. In algemene zin is toezicht erop gericht om gedrag te beïnvloeden om zodoende bepaalde resultaten te bereiken. Ten aanzien van rijkstoezicht wordt in de literatuur opgemerkt dat dit functioneert als 'het sluitstuk van het beleidscyclus, waarin politiek en bestuur de doelen van wet- en regelgeving vaststellen, verschillende actoren de uitvoering voor hun rekening nemen en het toezicht toeziet op de naleving van de regels en de kwaliteiten van de uitvoering controleert'.[104] Een soortgelijke functie kan worden toegedicht aan het nalevingstoezicht dat in de context van dit onderzoek centraal staat; dit toezicht is gericht op het handhaven van naleving van regels ter verwezenlijking van door de wetgever gestelde (beleids)doelen om zo een bepaalde ordening in de maatschappij te bewerkstelligen.[105] Dit is ten aanzien van strafprocessuele normen niet anders. Ook hier is door de overheid een bepaalde ordening aangebracht door het stellen van regels, die door middel van naleving en handhaving bewerkstelligd dient te worden.

De sturende werking van regelgeving en toezicht op naleving van die regelgeving dient echter genuanceerd te worden. Voor een adequate sturing van gedrag is meer nodig dan alleen handhaving van regels, zoals niet-dwangmatige gedragsprikkels en communicatieve instrumenten.[106] Sturing van het gedrag is dan ook niet het enige doel van toezicht. Immers, dwang en sanctie zijn een kostbare wijze om tot normnaleving te bewegen, zij gaan niet alleen gepaard met hoge kosten maar doen ook de vraag rijzen of de normadressaat zonder een sanctie in de toekomst zich wel normconform zal gedragen. Van toezicht wordt dan ook niet enkel verwacht dat het tot normnaleving beweegt, het heeft daarnaast ook een meer maatschappelijke functie omdat het een belangrijke rol speelt in de publieke verantwoording van machtsuitoefening door de overheid. Toezicht draagt in die zin bij 'aan de bevordering van het vertrouwen in de samenleving, aan de maatschappelijke garantie van de kwaliteit van het beleidsdomein en aan de ordening en oplossing van maatschappelijke problemen'.[107] In de Engelstalige literatuur wordt in deze context

---

103 Voermans 2005, p. 75; Ruimschotel 2014, p. 28-29.

104 WRR 2013, p. 102-103. Overigens speelt bij het rijkstoezicht op de semi-publieke en private sector het feit dat de overheid in toenemende mate publieke taken heeft overgeheveld aan niet-overheidsorganen een grote rol bij het belang van deze functie van het toezicht.

105 WRR 2013, p. 105-106.

106 WRR 2013, p. 106, verwijzend naar J.A. de Bruijn & E.F. Ten Heuvelhof, *Sturingsinstrumenten voor de overheid. Over complexe netwerken en een tweede generatie sturingsinstrumenten*, Leiden/Antwerpen: Stenfert Kroese 1991.

107 Rapport Commissie-Sint 2005, p. 20.

vaak gesproken over *accountability*, waarbij de vraag van belang is of 'public agents (…) can be held accountable *ex post facto* by accountability forums.'[108] In die zin kan toezicht op het overheidshandelen als cruciaal worden gezien voor de publieke verantwoording van het overheidshandelen. Daarnaast verleent toezicht een zekere mate van *legitimiteit* aan dat handelen: 'evaluative accountability can legitimise, or deligitime if negative, the exercise of public power'.[109] Door het houden van toezicht op het overheidshandelen wordt inzicht gegeven in de wijze waarop de overheid gebruik maakt van haar bevoegdheden. Hiermee is toezicht een belangrijk instrument in de democratische controle op de overheid. Het is essentieel voor het verkrijgen van informatie over de behoorlijkheid van het overheidshandelen en het identificeren van onbehoorlijk handelen. Tegelijkertijd creëert het een platform voor het reageren op onbehoorlijk overheidshandelen, onder andere door het bespreken van incidenten, reflecteren op fouten en het zoeken naar oplossingen. Het is met name in het licht van deze functie dat kenmerken als transparantie en onafhankelijkheid van het toezicht een rol spelen. Dat geldt in het bijzonder met betrekking tot de strafvorderlijke context. Ongeacht de vraag in hoeverre het houden van toezicht bijdraagt aan normnaleving door de strafvorderlijke overheid – een vraag die speelt bij de eerdergenoemde verwachting van toezicht – kan toezicht als essentieel worden gezien voor het garanderen van een blijvend vertrouwen van de burger op de overheid. Het is immers in de strafvordering waar de overheid de grootste beperkingen op de vrijheid van burgers kan leggen, en daarmee wordt controle op dat handelen noodzakelijk.

Tot slot dient hier een laatste kanttekening geplaatst te worden ten aanzien van het toezichts- (of handhavings-)vraagstuk. Zogenoemde 'volledige rechtshandhaving' is in de meeste gevallen een illusie en wordt ook onder de definitie van goed toezicht niet verlangd. De overheid zal moeten overwegen wat de 'optimale graad van handhaving' is ter verwezenlijking van een bepaald beleid. De beslissing voor de inzet van een bepaalde vorm en intensiteit van rechtshandhaving is dan ook altijd een afweging van verschillende juridische en niet-juridische belangen om een doelmatige en doeltreffende handhaving van de rechtsnorm te realiseren. Dat neemt echt niet weg dat in beginsel wel gestreefd dient te worden naar een sluitend systeem van toezicht. Immers, als op voorhand vaststaat dat de handhaving van (bepaalde) strafvorderlijke normen niet van belang wordt geacht, wordt hiermee afbreuk gedaan aan de verwachtingen die worden gewekt met het in het leven roepen van die normen. Hierdoor kunnen vraagtekens worden gesteld bij het bestaansrecht van deze normen. Kortom, goed toezicht betekent ook (het streven naar) een zekere

108 Bovens 2010, p. 948. Overigens kan *accountability* als mechanisme ook gezien worden als toezicht, zie bijvoorbeeld de kenmerken die Koppel onderscheidt voor een dergelijk stelsel en vergelijk met beginselen van goed toezicht: *transparency*, *liability*, *controllability*, *responsibility*, *responsiveness*: Koppel 2005.

109 Bovens 2010, p. 954.

volledigheid van het toezicht ten aanzien van het beoordelingsframe waar het toezicht betrekking op heeft.

2.7 Conclusie

In dit hoofdstuk is een eerste stap gezet in de beantwoording van de vraag naar de redenen achter het normeren van het strafvorderlijk handelen van opsporingsambtenaren. Er is in de eerste plaats gezocht naar de bestaansredenen van (rechts)normen. In algemene zin kan worden gesteld dat normen een zekere ordenende functie hebben waarmee getracht wordt een bepaalde inrichting van de samenleving te bewerkstelligen. Dat is niet anders met betrekking tot de verschillende typen rechtsnormen. Ten opzichte van maatschappelijke of morele normen nemen rechtsnormen echter wel een bijzondere positie in: zij geven een verantwoording van overheidsmacht, beperken het gebruik van overheidsingrepen in het leven van individuen en bieden het individu daarmee bescherming. Bijvoorbeeld door het bepalen van de kaders van de bevoegdheden van overheidsorganen en het toekennen van vrijheidsrechten aan burgers. Tegelijkertijd wordt met het stellen van rechtsnormen ook getracht sturing te geven aan het gedrag van individuen om zo het beleid – in de meest algemene zin van het woord – van de overheid te verwezenlijken. Zo bezien hebben ook rechtsnormen veelal een duidelijke ordenende functie.

Rechtsnormen worden kortom met een bepaald doel in het leven geroepen, zoals het verwezenlijken van een specifiek overheidsdoel of het bieden van een bepaald soort bescherming aan het individu. Dat betekent dat het recht gerealiseerd dient te worden, wil dat specifieke doel ook daadwerkelijk verwezenlijkt worden. Een logisch uitgangspunt is daarom dat de overheid zich inspant voor de naleving van de door haar gestelde rechtsnormen. Hiervoor is het onder meer van belang dat kennis over en acceptatie van de rechtsnormen bestaat. Normering door de wetgever is immers een dynamisch proces dat op verschillende niveaus plaatsvindt en kan resulteren in een complex stelsel aan regels. Duidelijkheid omtrent de inhoud en werking van deze regels kan een belangrijke bijdrage leveren aan de naleving ervan. Wanneer normen niet of onvoldoende worden nageleefd, ligt handhaving van deze normen door de overheid voor de hand. Hiervoor is het van belang dat er goed of adequaat toezicht bestaat op de naleving van die normen. Dat wil zeggen dat sprake is van formeel geregeld toezicht dat objectief, regelgeleid, democratisch en transparant is en wordt uitgeoefend door een (of meerdere) onafhankelijke toezichthouder(s) die de drie componenten – het verzamelen van informatie, het vormen van een oordeel naar aanleiding daarvan, en zo nodig interveniëren – in de definitie van toezicht kan (of kunnen) vervullen. Dat impliceert dat hij zowel de praktische middelen heeft om het toezicht uit te oefenen als de nodige kennis en vaardigheden. Deze vereisten voor *goed toezicht* kunnen

worden gezien als de institutionele (of formele) vereisten van toezicht: zij zijn als het ware de randvoorwaarden van juridisch nalevingstoezicht. Wat van goed toezicht in het kader van normnaleving door politie en justitie kan worden verwacht, hangt naast deze formele vereisten mede af van het beoordelingsframe van het toezicht, oftewel het stelsel aan normen dat thans onderdeel uitmaakt van het strafvorderlijke normatief kader van opsporingsambtenaren. Voor het formuleren van de vereisten die gesteld kunnen worden aan goed toezicht in de strafvorderlijke context dient aldus eerst dit beoordelingsframe nader te worden besproken.

3 Normeren in strafvordering

3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is betoogd dat de normering van regels in rechtsregels een bepaalde functie heeft en als zodanig gezien moet worden als een doelbewuste activiteit van de wetgever (en in sommige gevallen de rechter). Het in het leven roepen van normen – en in het verlengde daarvan toezien op de naleving van die normen – is gericht op de verwezenlijking van een zekere ordening in de samenleving, bijvoorbeeld om bepaalde (beleids)doelen te verwezenlijken. Normeren staat zo bezien in het teken van het verwezenlijken van de met die normen gestelde doelen. Verwacht kan worden dat ook het normeren van gedrag in het kader van de strafvordering een doelgerichte activiteit is. Dit hoofdstuk beoogt te onderzoeken welke algemene redenen er ten grondslag kunnen liggen aan het in het leven roepen van strafvorderlijke normen en in welke mate zij al dan niet (direct) verband houden met de doelstellingen en fundamentele uitgangspunten van ons strafvorderlijk stelsel.

Het hoofdstuk is als volgt opgebouwd. In de eerste plaats worden de hoofddoelstelling en de belangrijkste daarvan afgeleide doelstellingen die ten grondslag liggen aan het strafproces worden besproken (§ 3.2). Het ligt immers voor de hand dat de redenen voor de normering van het strafproces (in ieder geval ten dele) samen zullen hangen met de doelstellingen van het strafproces. Zoals zal blijken, zijn deze doelstellingen – mede vanwege hun hoge abstractiegraad – slechts tot op zekere hoogte richtinggevend voor de normering van het strafproces. Achter de normering van het strafvorderlijk handelen in het strafproces gaan meerdere redenen schuil dan deze abstracte doelstellingen. Deze meer concrete redenen voor de normering van het strafproces zijn deels verbonden – of begrensd – door de doelstellingen van het strafproces maar zijn in zekere zin ook ruimer. In § 3.3 worden deze meer concrete redenen, de zogenoemde achterliggende waarden van strafvorderlijke normen, besproken. Hoewel ook deze waarden een zekere abstractiegraad hebben, kunnen zij worden gezien als het min of meer concrete belang dat een bepaalde norm beoogt te beschermen. De bespreking van deze waarden laat zien dat de invulling van deze waarden geen statisch gegeven is en het mede om die reden niet goed mogelijk is om strafvorderlijke normen strikt van elkaar te scheiden op basis van de onderliggende waarden. In de laatste paragraaf van dit hoofdstuk wordt daarom stilgestaan bij deze kwestie en wordt in het licht van het voorgaande besproken waarom pogingen om een strikte rubricering aan te

brengen in strafvorderlijke normen aan de hand van hun achterliggende waarde gedoemd zijn te mislukken (§ 3.4).

3.2 Doelstellingen van het strafproces

Voor de bespreking van de vraag waartoe strafvorderlijke normen in het leven worden geroepen en welke onderliggende waarden van deze normen te onderscheiden zijn, is het allereerst van belang om stil te staan bij de hoofddoelstelling van het strafproces en de daarvan afgeleide (neven)doelstellingen. Het strafvorderlijk stelsel beoogt immers te beantwoorden aan deze hoofddoelstelling waardoor de wijze van normering – en ordening – van het strafproces sterk samen zal hangen met de te verwezenlijken doelen binnen het strafproces. Zoals verderop zal worden besproken, is hiermee niet gezegd dat alle strafvorderlijke normen te herleiden zijn tot deze kern van het strafproces. Wel kan worden aangenomen dat de hoofddoelstelling van het strafproces en de daarvan afgeleide doelstellingen in belangrijke mate leidend zijn voor de inrichting van het strafproces.

In het onderstaande zal eerst de hoofddoelstelling en de belangrijkste daarvan afgeleide doelstellingen van het strafproces worden besproken. Hoewel in de strafrechtelijke literatuur veelal gewezen wordt op dezelfde doelstellingen van het strafproces, is wel discussie aanwezig over de hoofddoelstelling en de verhouding tussen de verschillende doelstellingen van het strafproces. Deze discussie richt zich weliswaar met name op de verhouding tussen de twee doelstellingen van het strafproces maar laat daarmee ook zien dat verschillend gedacht kan worden over de invulling van deze doelstellingen. Dat brengt mee dat afhankelijk van rechtspolitieke voorkeuren verschillende keuzes gemaakt kunnen worden in de inrichting – en daarmee ook de normering – van het strafproces. Alvorens de verschillende doelstellingen van het strafproces te bespreken, wordt eerst kort aandacht besteed aan deze discussie. Met deze korte uiteenzetting wordt niet beoogd volledig recht te doen aan de meerlagigheid van de discussie en de rechtstheoretische aspecten ervan; het geven van inzicht in dit debat is nodig om te laten zien dat er nuanceverschillen bestaan in de wijze waarop invulling wordt gegeven aan de hoofddoelstelling van het strafproces en de daarvan afgeleide doelstellingen. Deze nuanceverschillen in de interpretatie en invulling van de doelstellingen tonen aan dat ook binnen deze doelstellingen een zekere ruimte bestaat om afhankelijk van rechtspolitieke voorkeuren bepaalde keuzes te maken in de inrichting – en daarmee wijze van normering – van het strafproces. Zoals zal blijken, brengt dit mee dat de hoofddoelstelling van het strafproces maar tot op zekere hoogte richtinggevend is voor de normering van het strafproces.

3.2.1 Hoofddoelstelling van het strafproces

Doorgaans wordt de hoofddoelstelling van het strafproces omschreven als het verwezenlijken van de juiste toepassing van het materiële strafrecht.[1] Deze formulering sluit aan bij hetgeen de wetgever in de memorie van toelichting van het Wetboek van Strafvordering heeft gezegd over het hoofddoel van het strafproces: 'de verzekering van toepassing van de strafwet op den schuldige'.[2] Verderop in de memorie van toelichting wordt dit doel nader omschreven. In deze veelvuldig geciteerde passage uit de memorie van toelichting stelt de wetgever dat 'een goed ingericht strafproces moet zooveel mogelijk bevorderen de toepassing van de strafwet op den werkelijk schuldige en tevens de veroodeeling, kan het zijn, de vervolging van den niet-schuldige naar vermogen verhinderen'.[3] Ten einde te verzekeren dat het materiële strafrecht wordt toegepast op de schuldige moet achterhaald worden wat werkelijk is voorgevallen. Tegelijkertijd moet de individuele burger zoveel mogelijk beschermd worden tegen een onterechte vervolging of berechting. Deze hoofddoelstelling heeft aldus een dubbelzijdig karakter en omvat zowel de waarheidsvinding als de rechtsbescherming.[4]

Als gezegd is er in de literatuur veel discussie over deze hoofddoelstelling van het strafproces.[5] Sommige auteurs menen dat het hoofddoel van het strafproces is gelegen in het bieden van bescherming aan de burger door het beteugelen van de macht van de overheid. Immers, een overheid die over voldoende machtsmiddelen beschikt, heeft in beginsel niet het recht nodig om straffen op te leggen aan haar burgers. Het recht fungeert volgens deze visie aldus ter bescherming van de burger tegen de almachtige overheid.[6] Maar ook in deze lezing van het hoofddoel wordt erkend dat dit doel deels gericht is op het streven naar de materiële waarheidsvinding: 'Een goed ingericht strafrechtsstelsel biedt een juist evenwicht tussen regels, die gericht zijn op bescherming, en faciliterende regels.'[7] Hoewel het op het eerste gezicht lijkt alsof de twee verschillende omschrijvingen van de hoofddoelstelling van het strafproces ver uit elkaar liggen, hebben zowel de rechtsbescherming als de waarheidsvinding een centrale plek bij beide omschrijvingen. Het verschil van mening en de focus van het debat ligt dan ook met name in de wijze waarop de verhouding tussen deze twee doelstellingen moet worden gezocht.

---

1 De Bosch Kemper 1838, p. i; Crijns & Van der Meij 2005, p. 45; Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 15; Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, p. 12.
2 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, 3 (Memorie van Toelichting), p. 51-52.
3 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, 3 (Memorie van Toelichting), p. 55.
4 Zie uitgebreid over het dubbelzijdige karakter van het recht Foqué & 't Hart 1990.
5 Zie met name Peters 1972; Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 15-22 en in reactie hierop Brandts e.a. 2003, p. 1-27; in reactie op beide artikelen Crijns & Van der Meij 2005, p. 45-69.
6 Brants e.a. 2003, p. 4; Minkenhoff/Reijntjes 2006, p. 1.
7 Brants e.a. 2003, p. 4-5; zie hierover ook Brants 1999, p. 18-19; Minkenhoff & Reijntjes 2002, p. 2-3 (besproken door Crijns & Van der Meij 2005, p. 51).

Om te beginnen bij de wijze waarop de wetgever van 1926 in de memorie van toelichting van het Wetboek van Strafvordering zich hierover heeft uitgelaten. Als gezegd onderschrijft de memorie van toelichting het dubbelzijdige karakter van de hoofddoelstelling van het strafproces. De wetgever erkent dat om de werkelijk schuldige te berechten, en de veroordeling en vervolging van de niet-schuldige te voorkomen, het van belang is dat de (strafvorderlijke) overheid de juiste middelen en bevoegdheden tot haar beschikking heeft om daders van strafbare feiten te kunnen opsporen en vervolgen. Tegelijkertijd kan het inzetten van strafvorderlijke bevoegdheden om de waarheid te achterhalen niet onbegrensd zijn, maar wordt dit beperkt door het rechtsbeschermde aspect van de hoofddoelstelling. De mate van rechtsbescherming – en de begrenzing van strafvorderlijke bevoegdheden – is een normatieve kwestie die afhankelijk is van de politieke en maatschappelijke tijdsgeest, omdat zij afhankelijk is van welke strafvorderlijke middelen aanvaardbaar worden geacht om de waarheid te achterhalen.[8] De memorie van toelichting stelt hierover dat de balans tussen deze twee doelstellingen gevonden kan worden in de uitbreiding van de strafvorderlijke bevoegdheden van opsporingsambtenaren enerzijds, en de versterking van de positie van de verdachte anderzijds.[9] De wetgever van 1926 kende aan de rechtsbescherming wel een enigszins ondergeschikte rol toe ten opzichte van de waarheidsvinding. Dit blijkt zowel uit de beperkte rechten die destijds aan de verdachte werden verleend in het Wetboek van Strafvordering als uit de memorie van toelichting. De wetgever stelt daarin dat 'het theoretisch beginsel om den verdachte tijdens het vooronderzoek volkomen als procespartij te erkennen, niet steeds ook daar kon worden aanvaard, waar het openbaar belang, d.w.z. het benaderen van de materieele waarheid ter bescherming der gemeenschap, dit niet gedoogt'.[10]

De Onderzoeksgroep Strafvordering 2001 heeft in haar onderzoek naar de systematiek, consistentie en de uitgangspunten van het Wetboek van Strafvordering ook stilgestaan bij de grondslagen en de doelstelling van het strafproces.[11] Zij formuleert de hoofddoelstelling van het strafproces als volgt: 'het hoofddoel van het strafproces is het verzekeren van een juiste toepassing van het abstracte materiële strafrecht'[12] en leidt van deze hoofddoelstelling twee doelstellingen af, te weten de waarheidsvinding en de rechtsbescherming. Zij onderstreept dat deze twee doelstellingen op gespannen voet met elkaar staan: 'maximalisering van de ene sub-doelstelling gaat (…) onherroepelijk

8 Groenhuijsen 1999, p. 2.
9 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, 3, p. 55.
10 Zie ook Crijns & Van der Meij 2005, p. 56 waar geciteerd wordt uit de toelichting bij het Ontwerp van het Wetboek van Strafvordering van de Commissie-Ort: 'het publieke belang dat aan de strafvervolging in geen enkel tijdperk belemmeringen in de weg mogen worden gelegd die haar het eenig doel dat zij moet beogen, het vinden der materiële waarheid, zoude kunnen doen missen'.
11 Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 15 e.v.
12 Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 15.

ten koste van de andere'.[13] Enerzijds moet de schuldige van een strafbaar feit bestraft worden. Dit rechtvaardigt dat de strafvorderlijke overheid (ingrijpende) bevoegdheden toegekend krijgt voor het opsporen en vervolgen van strafbare feiten. Anderzijds moet de rechtspositie van de verdachte gewaarborgd worden om de bestraffing van een onschuldige te voorkomen. Dit aspect van rechtsbescherming is echter breder dan enkel de bescherming van de rechtspositie van de verdachte. Het moet ook verhinderen dat onschuldigen worden vervolgd. Hierdoor is niet alleen het uiteindelijke resultaat (de bestraffing) van belang, maar ook de wijze waarop de strafvorderlijke overheid zich gedraagt in de opsporing. Het strafproces moet dus in alle opzichten een proportionele reactie zijn van de overheid op strafbare feiten.[14] Dit brengt tevens mee dat de rechtsbescherming zich ook uitstrekt tot andere betrokkenen in het strafproces, zoals slachtoffers en getuigen.[15]

Dit uitgangspunt wordt echter niet door iedereen gedeeld. Brants e.a. menen dat de verhouding tussen de twee doelstellingen van het strafproces anders ligt dan de onderzoeksgroep betoogt. Hoewel ook zij erkennen dat het hoofddoel van het strafproces zowel een aspect bevat dat ziet op de waarheidsvinding, als een dat ziet op de rechtsbescherming, stellen zij dit laatste aspect voorop: 'Het strafrecht dient niet in de eerste plaats tot bestraffing van schuldigen, maar om bestraffing van onschuldigen te voorkomen.'[16] Uit dit beschermende karakter van het strafproces vloeit tevens voort dat hoewel het strafproces ook rekening dient te houden met belangen van andere betrokkenen bij het strafproces, de bescherming van de rechtspositie – en de belangen – van de verdachte altijd voorop dienen te staan.[17]

Crijns en Van der Meij betogen als reactie op beide visies dat zowel de materiële waarheidsvinding als de rechtsbescherming ondergeschikt zijn aan het hoofddoel van het strafproces, de juiste toepassing van het materiële strafrecht.[18] Een juiste toepassing van het materiële strafrecht betekent enerzijds dat het strafproces moet zijn gericht op het vaststellen van de materiële waarheid, teneinde de schuldige van een strafbaar feit te berechten. Anderzijds impliceert een juiste toepassing van het materiële strafrecht dat deze op een rechtvaardige en rechtmatige wijze geschiedt. Dat betekent met inachtneming van de rechten van de verdachte en vrijheidsrechten van de mens, en de algemene beginselen van een goede procesorde. Deze twee doelstellingen zijn dus met elkaar verbonden via de hoofddoelstelling van het strafproces en

13 Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 19.
14 Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 16.
15 De Minister van Veiligheid en Justitie heeft zich in de contourennota naar aanleiding van het moderniseringsproject van het Wetboek van Strafvordering aangesloten bij deze opvatting van de Onderzoeksproject Strafvordering 2001 over de doelstellingen van het strafproces (*Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278, p. 4-5).
16 Brants e.a. 2003, p. 5.
17 Brants e.a. 2003, p. 5.
18 Crijns & Van der Meij 2005, p. 51.

dienen niet tegenover elkaar geplaatst te worden.[19] Ook Hirsch Ballin sluit zich aan bij deze lezing van de hoofddoelstelling van het strafproces maar geeft een nadere (en enigszins bredere) invulling aan wat verstaan moet worden onder een 'juiste' toepassing van het strafrecht.[20] Tegen de achtergrond van steeds meer internationale samenwerking op het terrein van criminaliteit en de bestrijding van criminaliteit vanuit verschillende rechtsgebieden, pleit zij voor een 'sterk mensenrechtelijk gefundeerd strafproces'. Een juiste toepassing van het strafrecht houdt in deze visie in dat de toepassing van het strafrecht op een accurate en eerlijke wijze plaatsvindt waarbij de waardigheid van het individu – verdachte, onschuldige burger, slachtoffer – wordt gerespecteerd.[21] Voor de invulling van wat verstaan moet worden onder een menswaardige strafrechtelijke uitoefening van overheidsmacht wordt aansluiting gezocht bij 'universele grondbeginselen' van het strafproces met een fundamenteel karakter.[22] Deze benadering verschilt in die zin van de bovenstaande benaderingen doordat een expliciet verband wordt gelegd met internationale erkende fundamentele beginselen (en mensenrechten) die zich ook qua aard uitstrekken naar andere rechtsgebieden.[23] Het gaat hier kortom om een meer 'geïntegreerde' visie op het huidige strafproces.[24]

Hoewel bovenstaande perspectieven op wat als hoofddoelstelling van het strafproces heeft te gelden en hoe deze zich verhoudt tot de twee belangrijkste daaruit afgeleide beginselen rechtstheoretisch van belang zijn – en zowel in de Nederlandse als de internationale literatuur vaak gevoerd is – is hier ook enige relativering op haar plaats.[25] De verhouding tussen de hoofddoelstelling en de daarvan afgeleide doelstellingen kan op verschillende wijzen worden bezien en is in belangrijke mate een rechtspolitieke keuze die tijd en plaats anders kan worden geïnterpreteerd. Deze verschillende zienswijzen kunnen gevolgen hebben voor de inrichting van het strafproces. Indien men de rechtsbescherming zo interpreteert dat ook andere procesdeelnemers – zoals slachtoffers – hierin een centrale plek innemen, kunnen slachtofferrechten een grotere

19 Crijns & Van der Meij 2005, p. 51-55.
20 Hirsch Ballin 2018, p. 29; Zij benadrukt dat deze invulling van 'juiste' toepassing van het strafrecht verder gaat dan de invulling van andere auteurs (in het bijzonder Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 16).
21 Hirsch Ballin 2018, p. 29.
22 Hirsch Ballin 2018, p. 33; Voor de fase van bewijsvergaring onderscheidt Hirsch Ballin de volgende vier grondbeginselen: de integriteit van het proces, de onschuldpresumptie, de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de proportionaliteit van het handelen (p. 39-60).
23 Hirsch Ballin 2018, p. 35; Hirsch Ballin legt ook nadrukkelijk een relatie tussen de doelstellingen in het Nederlandse strafproces en internationaal-erkende doelstellingen van het strafproces, zie in het bijzonder p. 28-29 en de daarin geciteerde bronnen.
24 Zoals ook de ondertitel van de oratie doet vermoeden.
25 Zie bijv. Burns 1999, p. 10-26; Rawls 1971, p. 235-239; Damaška 2012 over de herkomst van de *due process*-beginselen.

plaats krijgen binnen het strafproces,[26] ook indien deze botsen met de belangen van de verdachte.[27] Plaatst men echter de rechtsbescherming van de verdachte boven de andere doelstelling, dan zal men tot een andere afweging komen en daarmee een kleinere participatie van het slachtoffer in het strafproces wenselijk achten. Kortom, de doelstellingen van het strafproces, alsmede de wijze waarop zij ingevuld worden en met elkaar in verhouding worden gesteld, hebben gevolgen voor de inrichting van het strafproces. In dit kader is het voldoende om vast te stellen dat zowel de rechtsbescherming als de waarheidsvinding in alle visies worden onderstreept, en daarmee een belangrijke rol spelen in de inrichting van het strafproces.[28]

3.2.2 (Neven)doelstellingen van het strafproces

Het dubbelzijdige karakter van de doelstelling van het strafproces is reeds in 1838 onderstreept door De Bosch Kemper die stelt dat de toepassing van het strafrecht ten doel heeft 'de meest mogelijke waarheid in die toepassing te brengen, en te verhoeden, dat de persoonlijke vrijheid der burgers buiten noodzakelijkheid beperkt wordt'.[29] Ook in de memorie van toelichting van het huidige Wetboek van Strafvordering komt deze gedachte terug:

> 'Met het doel den vermoedelijk schuldige te vatten en gevangen te houden kunnen maatregelen worden getroffen, welke de belangen van niet-schuldigen, van derden, zeer ernstig kunnen schaden. Bij elke regeling van het strafproces vertoont zich een zoodanig conflict en moet dus naar eene verzoening tusschen tegenstrijdige belangen worden gestreefd.'[30]

Deze verzoening tussen enerzijds de individuele rechten van burgers (in het bijzonder de verdachte) en anderzijds een effectieve reactie op criminaliteit, heeft de wetgever gezocht in een belangenafweging die recht doet aan beide belangen:

> 'men kan, vertrouwende op het beleid der personen, die met de vervolgingstaak zijn belast, hun ook tegenover de bijzondere personen alle bevoegdheden verleenen, welke zij naar de omstandigheden kunnen behoeven doch dan tevens aan alle bij

26 Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 38: 'De reactie van de overheid op het strafbare feit kan (…) niet adequaat zijn indien de strafrechtelijke procedure de belangen van het slachtoffer onvoldoende verdisconteert.'

27 Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 19: 'de bescherming van de een staat tegenover de bescherming van de ander'.

28 Zie ook Das 2018 die een beeld schetst van de huidige ontwikkeling van het strafproces waarin particuliere belangen van de verschillende actoren steeds meer een autonome positie krijgen, in plaats van te worden gezien als ingebed in de algemene belangen die ten grondslag liggen aan het publiekrechtelijke karakter van het strafproces.

29 De Bosch Kemper 1838, p. i-ii.

30 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, 3 (Memorie van Toelichting), p. 55.

> het onderzoek betrokkenen zooveel rechten verleenen als met het belang van het onderzoek slechts even bestaanbaar is. Men kan ruime rechten toekennen aan politie en justitie, doch de uitoefening ervan, voorzoover dit mogelijk is, stellen onder de controle van den onafhankelijken rechter (…) en er voor zorgen, dat iedere betrokkene in zijne belangen door den rechter kan worden gehoord. M.a.w. men kan beproeven het noodzakelijke compromis op zoodanige wijze te vinden, dat aan de vervolging alle rechten worden gegeven, die zij voor hare taak behoeft, aan de verdachten en aan de verdediging alle bevoegdheden, welke met het doel van het strafproces niet onvoorwaardelijk in strijd komen.'[31]

In deze belangenafweging komen de twee centrale doelstellingen van het strafproces tot uiting: de rechtsbescherming en de materiële waarheidsvinding. Om vast te kunnen stellen wie de schuldige is van een strafbaar feit en deze persoon te straffen, is het van belang dat achterhaald wordt wat werkelijk is voorgevallen. In het strafproces staat deze zogenoemde materiële waarheidsvinding centraal.[32] Waarmee wordt gedoeld op het strafrechtelijk onderzoek waarin het streven naar de werkelijke toedracht van de strafrechtelijk relevante incidenten.[33] De plaats van de materiële waarheidsvinding als doelstelling van het strafproces heeft consequenties voor alle actoren binnen het proces. Deze doelstelling stelt eisen aan de rol van de rechter, maar ook in het vooronderzoek heeft dit gevolgen voor de taak van de officier van justitie en overige opsporingsambtenaren. Van hen wordt verwacht dat zij zich actief bezighouden met het achterhalen van de materiële waarheid. Vanwege de focus van het Nederlandse strafproces op het vooronderzoek, vindt een groot deel van de waarheidsvinding in deze fase van het proces plaats. Opsporingsambtenaren dienen daarom te worden uitgerust met die bevoegdheden die nodig zijn om aan deze taak te voldoen. In het Wetboek van Strafvordering worden zij om die reden voorzien van een grote hoeveelheid opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen. De wijze waarop aan waarheidsvinding wordt gedaan door opsporingsambtenaren is echter ook vaak onderwerp van discussie geweest. Technologische ontwikkelingen en inzichten uit andere wetenschappen leiden vaak ook tot nieuwe inzichten en daarmee nieuwe methoden van onderzoek in strafvordering. Gedacht kan worden aan het gebruik van DNA-bewijs en de mogelijkheden die digitalisering biedt voor het verrichten van opsporingsonderzoek, maar ook aan inzichten over verhoortechnieken van verdachten en getuigen.[34]

---

31 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, 3 (Memorie van Toelichting), p. 55.

32 Dit in tegenstelling tot de 'formele waarheid'. Zie voor een uitgebreide bespreking van het begrip 'waarheid' in het strafproces en een problematisering ervan onder andere: Cleiren 2001; Crijns & Van der Meij 2005, p. 47-50; Groenhuijsen & Knigge 2001; Crijns 2008; Dubelaar 2014, p. 22; Groenhuijsen 2012.

33 Dubelaar 2014, p. 18.

34 Te denken valt aan de grotere invloed van andere wetenschappen op bijvoorbeeld de wijze waarop wordt omgegaan met strafrechtelijk bewijs (o.a. Van Koppen 2010; Dubelaar 2014, p. 161-194).

Hiertegenover staat het rechtsbeschermende aspect van de doelstelling van het strafproces dat vereist dat de uitoefening van overheidsmacht gepaard gaat met de nodige waarborgen. Van oudsher werd hier een beperkte invulling aan gegeven, namelijk het toekennen van rechten aan de verdachte opdat hij zich kan verweren tegen een onterechte veroordeling en het bieden van een zekere mate van bescherming aan de (niet-verdachte) burger tegen een willekeurige inperking van zijn vrijheidsrechten. Maar ook op dit terrein kan er gesproken worden van een vergaande ontwikkeling. Door de toenemende invloed van mensenrechtelijke verdragen vanaf de jaren zestig, is in de wet meer aandacht gekomen voor de rechtsbescherming waardoor deze niet zonder meer – althans niet zoals verwoord door de wetgever van 1926 – ondergeschikt kan worden geacht aan de waarheidsvinding. Bovendien heeft deze ontwikkeling ervoor gezorgd dat niet enkel de rechten van verdachten worden beschermd, maar er is ook aandacht gekomen voor de rechten van andere betrokkenen in het strafproces.[35]

Politieke, culturele en technologische ontwikkelingen kunnen aldus bijdragen aan een verandering in de wijze waarop de doelstellingen van het strafproces worden geïnterpreteerd. Deze ontwikkelingen worden ook in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering door de minister benoemd. Hoewel hij vaststelt dat aan de hoofddoelstelling (en de fundamentele uitgangspunten) van het strafproces niets is veranderd, spreekt hij wel over een verbreding van de andere doelstellingen van het strafproces.[36] In de eerste plaats wijst hij op de toegenomen aandacht voor de rechtspositie van de verdachte in het strafproces. Onder invloed van mensenrechtelijke verdragen – in het bijzonder het EVRM – is de rechtspositie van de verdachte in het strafproces versterkt en is er meer aandacht voor de bescherming van zijn rechten en vrijheden.[37] Ter illustratie wijst de minister op de ontwikkeling van het recht van verdachte op rechtsbijstand tijdens het politieverhoor.[38] De toegenomen aandacht voor rechtsbescherming strekt zich ook uit over andere betrokkenen in het strafproces. Een belangrijke ontwikkeling in dit kader is de stapsgewijze toekenning van rechten aan het slachtoffer in het strafproces en de erkenning van het slachtoffer als procesdeelnemer.[39] Naast de emancipatie van het slachtoffer is er ook sprake van toegenomen aandacht

35 Zie verder § 3.3.2.

36 Memorie van Toelichting Vaststellingswet Boek 1 van het Wetboek van Strafvordering stelt hierover: 'de centrale doelstelling van strafprocesrecht is nog steeds te bevorderen dat de strafwet wordt toegepast op de werkelijk schuldige, en te voorkomen dat de onschuldige veroordeeld of zo mogelijk zelfs vervolgd wordt' (p. 6); zie uitgebreid Borgers 2017, p. 280 e.v.

37 Memorie van Toelichting Vaststellingswet Boek 1 van het Wetboek van Strafvordering, p. 7.

38 Memorie van Toelichting Vaststellingswet Boek 1 van het Wetboek van Strafvordering, p. 7.

39 De minister spreekt in dit kader van de 'revolutionaire opmars van het slachtoffer in het strafproces', Memorie van Toelichting Vaststellingswet Boek 1 van het Wetboek van Strafvordering, p. 7.

voor de positie van andere bij het strafproces betrokken personen zoals de getuige en deskundige.[40] In dat kader merkt Borgers op dat zij niet langer slechts als informatiebron worden beschouwd, 'maar (tevens) als een persoon met eigen belangen, zodat de behoefte bestaat zijn bevoegdheden en procespositie helder te omlijnen'.[41]

Tot slot kunnen naast deze twee centrale doelstellingen van het strafproces ook een aantal andere 'subdoelstellingen' of 'nevenfuncties' worden toegeschreven aan het strafproces. Te denken valt bijvoorbeeld aan speciale en generale preventie, het voorkomen van eigenrichting, het scheppen van orde door het beëindigen van de strafbare gedraging, het geven van genoegdoening aan het slachtoffer en het informeren van de samenleving over de strafrechtelijke reactie van de overheid.[42] In Corstens, Borgers & Kooijmans worden deze nevenfuncties gedefinieerd als 'effecten die bij het nastreven van het hoofddoel [van het strafproces], naast het al dan niet verwezenlijken van het hoofddoel, optreden'.[43] Deze nevenfuncties zijn als zodanig niet aan te merken als doelstellingen van het strafproces, maar zijn eerder een positieve bijkomstigheid van het strafproces en hebben een ondergeschiktheid aan de eigen doelstellingen van het strafproces. Zij zijn als het ware een bijkomend effect (of bijkomende doelstelling) van de toepassing van het straf(proces)recht.[44] Veranderingen in maatschappelijke perceptie over het strafrecht – verschuivingen in ons denken over de functie van het recht en in het bijzonder het strafrecht – hebben echter invloed op de positie van dergelijke nevendoelstellingen van het strafproces. Zo kunnen zij eraan bijdragen dat deze nevendoelstellingen een centralere plek innemen in het strafproces.[45] Een illustratief voorbeeld is de toegenomen (politieke) aandacht voor de algemene preventieve functie van het strafrecht. Deze focus draagt er ook aan bij dat preventie inmiddels een zekere autonome betekenis heeft gekregen in het kader van strafvordering.[46] Dat wil zeggen dat preventie niet langer enkel in de klassieke zin als het strafrechtelijk doel van speciale en generale preventie ter voorkoming van strafbare feiten te typeren is, maar ook kan worden gezien als doel voor de inzet van strafvorderlijke bevoegdheden ter voorkoming van criminaliteit.

Kortom, naast rechtstheoretische invullingen en (rechtspolitieke) voorkeuren kunnen ook maatschappelijke ontwikkelingen bijdragen aan verschillende

---

40 Memorie van Toelichting Vaststellingswet Boek 1 van het Wetboek van Strafvordering, p. 8-9.

41 Borgers 2017, p 280.

42 Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, p. 12-13; Crijns & Van der Meij 2005, p. 51; Hirsch Ballin 2018, p. 26-28.

43 Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, p. 12.

44 Hirsch Ballin 2018, p. 26.

45 Ashworth & Zedner 2008 (in het bijzonder p. 37-49); ook Jackson & Summers bespreken een aantal ontwikkelingen waardoor nieuwe belangen in het strafproces zijn geïntroduceerd, maar plaatsen deze vooral in het kader van de invulling van *fairness* in strafprocedures (Jackson & Summers 2018, p. 100).

46 Hirsch Ballin 2018, p. 26.

invullingen aan bestaande doelstellingen en verschuivingen in het belang van doelstellingen waardoor bijvoorbeeld bepaalde nevendoelstellingen een belangrijke stempel kunnen drukken op de wijze waarop het strafproces ingericht wordt. Ook de wetgever wijst in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering op een aantal van deze ontwikkelingen die nopen tot bepaalde of andere afwegingen in de inrichting van het strafvorderlijk stelsel, zoals de aard van de criminaliteit, veranderde rolverdeling tussen strafrechtelijke actoren, de internationalisering van de strafrechtspleging en de invloed van moderne technieken op de strafrechtspleging.[47] Al met al brengt dit mee dat hoewel van de doelstellingen van het strafproces verwacht kan worden dat zij in grote mate bepalend zijn voor de inrichting van het strafproces – de wetgever beoogt immers met het in het leven roepen van strafvorderlijke normen op enigerlei wijze deze doelstellingen binnen het strafproces te verwezenlijken – zij ook een zeker flexibel karakter hebben. In het hiernavolgende zal gekeken worden naar de wijze waarop deze doelstellingen tot uitdrukking komen in de verschillende onderliggende waarden van strafvorderlijke normen.

3.3 Onderliggende waarden van strafvorderlijke normen

De hoofddoelstelling en de daarvan afgeleide doelstellingen van het strafproces kunnen als richtinggevend worden beschouwd voor de wijze waarop het gehele strafproces ingericht is (of ingericht dient te worden). Vanwege de centrale positie die de twee belangrijkste doelstellingen van het strafproces hebben bevatten veel strafvorderlijke normen zowel een waarheidsvinding- als een rechtsbeschermend aspect. De bevoegdheid tot het doorzoeken van een woning bijvoorbeeld is gericht op het vinden van bewijsmateriaal, en daarmee dus op de waarheidsvinding, maar tegelijkertijd geeft het ook waarborgen aan de burger wiens huis wordt doorzocht en bevat daarmee ook een rechtsbeschermend aspect.

Dit brengt echter niet mee dat de verschillende strafprocessuele normen volledig terug te voeren zijn op deze hoofddoelstelling van het strafproces. In de eerste plaats maakt de abstractiegraad van deze twee doelstellingen het niet altijd eenvoudig om te achterhalen waartoe een bepaalde norm in het leven is geroepen. Er gaan immers meerdere waarden schuil achter de begrippen waarheidsvinding en rechtsbescherming. Bovendien geldt evenals met betrekking tot andere rechtsnormen – zoals ook betoogd in het vorige hoofdstuk – dat het creëren van nieuwe strafvorderlijke normen ook deels plaatsvindt als een reactie op veranderde maatschappelijke ontwikkelingen en verhoudingen. Dat wil zeggen dat veranderingen in de maatschappij – bijvoorbeeld op het

47 Memorie van Toelichting Vaststellingswet Boek 1 van het Wetboek van Strafvordering, p. 6-14; zie voor een duiding van deze ontwikkelingen Borgers 2017.

gebied van politiek, cultuur of technologische ontwikkelen – kunnen nopen tot nieuwe rechtsnormen, bijvoorbeeld omdat nieuwe situaties en fenomenen ontstaan die niet geheel ondergebracht kunnen worden in bestaande wetgeving. Hieronder en in het volgende hoofdstuk zal hier nader op worden ingegaan. Voor nu is het van belang op te merken dat de wetgever simpelweg meerdere 'doelen' heeft in het licht waarvan hij strafvorderlijke normen in het leven roept, waarvan een deel zeer pragmatisch (en daarmee weinig fundamenteel) kan zijn. En tot slot kunnen maatschappelijke ontwikkelingen er ook aan bijdragen dat een zekere herdefiniëring plaatsvindt van de fundamentele uitgangspunten en doelstellingen die ten grondslag liggen aan het strafproces. Dit brengt mee dat deze doelstellingen geen concreet houvast geven wanneer gezocht wordt naar de specifieke reden die ten grondslag liggen aan creëren van strafvorderlijke normen.

Tegen deze achtergrond zal in deze paragraaf geprobeerd worden om de verschillende onderliggende waarden van strafvorderlijke normen uiteen te zetten en de ratio ervan te beschrijven. Aan de hand van deze waarden beoogt deze paragraaf een antwoord te formuleren op de vraag waartoe normering in strafvordering dient. Het zal duidelijk worden dat hier geen eenduidig antwoord op te formuleren is aangezien de verschillende onderliggende waarden met elkaar kunnen overlappen en een zekere flexibiliteit bevatten in de wijze waarop zij kunnen worden ingevuld. In deze paragraaf worden eerst de waarden beschreven die direct te herleiden zijn tot de twee belangrijkste doelstellingen van het strafproces, vervolgens zal een beschrijving volgen van waarden die weliswaar niet rechtstreeks voortvloeien uit de hoofddoelstelling van het strafproces maar niettemin van belang zijn voor de structuur en een behoorlijk verloop van het proces. Met deze volgorde van bespreking wordt evenwel geen standpunt ingenomen ten aanzien van de plaats en belang van deze onderliggende waarden. De inrichting van het strafproces en het belang van bepaalde doelstellingen boven andere, heeft grotendeels te maken met de maatschappelijke tijdsgeest en is sterk veranderlijk.

3.3.1 Betrouwbaarheid

Betrouwbaarheid is nauw verwant aan de doelstelling van waarheidsvinding. Als waarde ziet de betrouwbaarheid op het waarborgen van de kwaliteit van het bewijs om zo te komen tot een zo waarheidsgetrouwe vaststelling van feiten: een vaststelling van feiten die in overeenstemming is met hetgeen zich daadwerkelijk heeft voorgedaan. Tijdens het opsporingsonderzoek naar een strafbaar feit behelst het verzamelen en opslaan van bewijsmateriaal een van de meest cruciale handelingen van opsporingsambtenaren. Dit bewijs dient uiteindelijk als basis voor de rechterlijke oordeelsvorming, maar dient ook als grond voor nader onderzoek voor opsporingsambtenaren en de officier

van justitie. Het is daarom van belang dat dit bewijsmateriaal betrouwbaar is en op deugdelijke wijze tot stand is gekomen.

Betrouwbaarheid heeft evenals de andere hierna te noemen waarden een ruim bereik in die zin dat op uiteenlopende wijzen invulling gegeven kan worden aan dit begrip.[48] In het kader van dit onderzoek wordt met betrouwbaarheid als onderliggende waarde van strafprocessuele normen gedoeld op de normen die betrekking hebben op het waarborgen van de kwaliteit van het bewijs en daarmee de deugdelijkheid van het proces van waarheidsvinding.[49] Het gaat om normen die tot doel hebben een juiste (rechterlijke) waarneming te waarborgen, de betrouwbaarheid van verklaringen van verdachten en getuigen te beschermen, de authenticiteit van stukken te garanderen en een accurate en adequate wijze van (technisch) onderzoek te verzekeren.

Veelal gaat het hier om gedetailleerde en technische normen die methodologisch van aard zijn.[50] Zo worden eisen gesteld aan de wijze waarop bloed- en ademonderzoek in het kader van het meten van het alcoholgehalte worden uitgevoerd. Hoewel deze regels ook waarborgen dat het resultaat *consistent* is (bij herhaling hetzelfde resultaat oplevert), staat met name de mate waarin het resultaat een waarheidsgetrouw beeld weergeeft voorop. Het volgen van de juiste (wettelijke) methode dient bij te dragen aan de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal.[51]

Dergelijke strafprocessuele normen worden in de literatuur deugdelijkheidsregels genoemd omdat zij zien op de deugdelijkheid van het proces van waarheidsvinding, dit als tegenhanger van regels die juist zien op de *behoorlijkheid* van het handelen van de strafvorderlijke overheid.[52] Een strikte scheiding tussen deze regels is evenwel niet gemakkelijk te maken. Betrouwbaarheid als waarde is namelijk inherent aan beide doelstellingen van het strafproces. Het ligt het meest voor de hand om normen die zien op de betrouwbaarheid van het bewijs te koppelen aan de waarheidsvinding. Deze betrouwbaarheidsnormen streven er immers naar om zo goed mogelijk vast te stellen wat zich in de werkelijkheid heeft afgespeeld. Zoals gezegd is de hoofddoelstelling van het strafproces het realiseren van een juiste toepassing van het materiële strafrecht door het bestraffen van degene die zich schuldig heeft gemaakt aan

48 Zie voor verschillende invullingen van dit begrip en een problematisering ervan Dubelaar 2014, p. 50-55; over betrouwbaarheid in sociale wetenschappen zie Elffers & Van Koppen 2002, p. 1008-1009.

49 Ontleend aan Dubelaar (2009, p. 93) die een onderscheid maakt tussen betrouwbaarheidsnormen enerzijds en rechtmatigheidsnormen anderzijds.

50 Dubelaar 2009, p. 94.

51 Hoewel hiermee niet is gezegd dat het volgen van de wettelijke regeling een garantie biedt voor betrouwbaar bewijs. De regels beogen de betrouwbaarheid te vergroten en in dienst van de waarheidsvinding te staan, maar dat laat onverlet dat niettemin sprake kan zijn van onbetrouwbaar bewijs. Illustratief hiervoor zijn getuigenverhoren, er zijn immers geen (wettelijke) criteria om met zekerheid vast te kunnen stellen dat een getuigenverklaring overeenkomt met de werkelijkheid. Zie hierover uitgebreid Dubelaar 2014.

52 Dubelaar 2009, p. 94-95.

een strafbaar feit en het voorkomen van het bestraffen van de niet-onschuldige. Alvorens een beslissing te kunnen nemen op de vraag naar de schuld van een verdachte moet de rechter vaststellen wat zich in werkelijkheid heeft afgespeeld. Dit proces van waarheidsvinding in het strafrecht is beperkt tot het achterhalen van die feiten die van belang zijn voor deze vaststelling, oftewel beperkt tot de ten laste gelegde feiten. Strafrechtelijke waarheidsvinding is aldus 'het vormgeven van een feitencomplex vanuit een juridisch perspectief, dus binnen processuele kaders. Formeelrechtelijke regels over feitenonderzoek en over de daaraan te verbinden waardering door de rechter maken dus deel uit van juridische waarheidsvinding'.[53] Dit processuele karakter van juridische waarheidsvinding maakt dat deze zowel elementen van betrouwbaarheid als rechtmatigheid (of behoorlijkheid) bevat.[54] Concreet voor de strafvorderlijke overheid wil dat zeggen dat opsporingsbevoegdheden zowel gerelateerd kunnen worden aan waarheidsvinding, omdat opsporingsambtenaren door het doen van onderzoek naar strafbare feiten de waarheid beogen te achterhalen, als aan rechtsbescherming. Het overheidsoptreden behoeft immers een wettelijke basis en creëren van een bepaalde bevoegdheid gaat altijd gepaard gaat met bepaalde waarborgen ter bescherming van de burger.

Betrouwbaarheid als waarde raakt dus direct aan de doelstelling waarheidsvinding, maar kan – zowel in abstraco als in concrete normen – ook in relatie worden gebracht met de rechtsbescherming. Betrouwbaar bewijs kan immers ook de rechtspositie van de verdachte dienen, met name wanneer het om een onschuldige verdachte gaat. Om die reden is het niet eenvoudig om normen aan te wijzen die louter de betrouwbaarheid dienen. Niettemin kan van bepaalde normen wel beargumenteerd worden dat deze de betrouwbaarheid van het bewijs centraal stellen en met name betrekking hebben op het verwezenlijken van deze waarde. Hierbij moet veelal gedacht worden aan normen die specifieke aanwijzingen geven voor het doen van (vaak forensisch-technisch) onderzoek. Deze normen beogen het opsporingsonderzoek zo in te richten dat het resultaat van dat onderzoek betrouwbaar is en als bewijs kan dienen voor het rechterlijk oordeel.[55] Vanwege de technische aard van deze normen en de hoge mate van detail die zij bevatten, zijn deze normen doorgaans geregeld in lagere wetgeving zoals besluiten en ministeriële regelingen. Hierbij kan gedacht worden aan forensisch-technische normen zoals het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken (en de hiermee samenhangende maar meer gedetailleerde Regeling DNA-onderzoek in strafzaken), maar ook aan de Regeling meetmiddelen politie en de Regeling alcohol, drugs en geneesmiddelen in het

53 Cleiren 2001, p. 11.
54 Cleiren 2001, p. 18.
55 Dubelaar 2009, p. 93-94.

verkeer.[56] Wanneer dergelijke opsporingsnormen geschonden worden, zal het consequenties hebben voor de kwaliteit van het bewijs dat daarmee verkregen wordt.

3.3.2 Rechtmatigheid

Daar waar de betrouwbaarheid als waarde doorgaans gekoppeld wordt aan de waarheidsvinding, wordt de staatsrechtelijke plicht tot het waarborgen van de rechtmatigheid van het strafvorderlijk handelen gerelateerd aan de rechtsbescherming. In de literatuur worden dergelijke waarden vaak gekwalificeerd als niet-epistemologische waarden: waarden die van belang zijn voor de strafrechtspleging in het bijzonder en de samenleving in het algemeen maar niet *direct* betrekking hebben op het proces van waarheidsvinding.[57] Met de rechtmatigheid als onderliggende waarde van strafvorderlijke normen wordt in het kader van dit onderzoek gedoeld op die normen die primair betrekking hebben op de bescherming van de rechten van individuen (de verdachte, het slachtoffer, andere betrokkenen bij het strafproces en de niet-verdachte burger).[58] Ook ten aanzien van deze normen geldt dat geen harde scheidslijn kan worden gemaakt tussen de twee verschillende doelstellingen van het strafproces. Het waarborgen van een adequate procespositie voor de verdachte kan immers bijdragen aan de waarheidsvinding, maar kan hier ook mee conflicteren. Niettemin kan bij veel strafvorderlijke normen een expliciet rechtsbeschermende waarde herkend worden, waardoor deze normen te typeren zijn als rechtmatigheidnormen (soms ook wel behoorlijkheidsnormen).[59]

De rechtmatigheid van het handelen van de strafvorderlijke overheid – en daaraan gerelateerd de rechtsbeschermende taak van die overheid – wordt doorgaans gekoppeld aan rechtsstatelijke eisen die worden gesteld aan het overheidsoptreden. In het bijzonder kan in dit kader worden gewezen op het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel dat zijn oorsprong vindt in het Verlichtings-

---

56 Kenmerkend voor veel van deze normen is dat de meer algemene regels zijn neergelegd in een besluit en de details doorgaans in een regeling worden bepaald. Dit heeft te maken met het technische gehalte van deze details die vaker aangepast moeten worden.

57 Dubelaar 2009, p. 94, verwijzend naar Laudan 2006 (p. 2) die onder *nonepistemic policy values* een varia aan waarden onderbrengt, zoals 'the efficient use of resources, the protection of the rights of those accused of a crime, and various other social goods, such as the sanctity of marriage (spouses cannot be made to testify against one another) or preserving good relations with other nations (diplomats cannot generally be convicted of crimes, however inculpatory the evidence)'; zie verder Pitcher 2018 (in het bijzonder p. 284 e.v.) die onder niet-epistemologische waarden die onder artikel 6 EVRM ook integriteit van het handelen van de overheid en de integriteit van de strafrechtspleging onderbrengt.

58 De overige (categorieën) niet-epistemologische waarden komen in de hiernavolgende paragrafen aan bod.

59 Dubelaar 2009, p. 94.

ideaal dat met name geïnspireerd was op de *trias politica*-filosofie van Montesquieu.[60] Dit beginsel heeft zijn uiteindelijke neerslag gekregen in de Verklaring van de rechten van den mensch en burger, luidende 'dat niemand geregtelijk beschuldigd, gearresteerd en gevangen gezet mogt worden, dan in zoodanige gevallen en volgens zoodanige formaliteiten, als welke door de wet zelve te voren bepaald waren'.[61] Hieruit wordt in de literatuur afgeleid dat de algemene bedoeling van dit beginsel aan het begin van het Wetboek van Strafvordering is geweest om een duidelijke koppeling te maken tussen het wetboek en de Grondwet.[62] Deze koppeling en de prominente plek van het beginsel in het wetboek dienen als waarborg voor de vrijheidsrechten van de burger in het kader van strafvorderlijk optreden van de overheid en dwingen de wetgever tot het codificeren van inbreuken op deze vrijheidsrechten.[63]

Omdat opsporing van strafbare feiten doorgaans gepaard gaat met het maken van inbreuken op rechten van burgers, zien veel waarborgen in strafvorderlijke normen op de bescherming van deze rechten. Hierdoor heeft een groot deel van de strafvorderlijke normen in het Wetboek van Strafvordering een onderliggende waarde die correspondeert met de verschillende vrijheidsrechten van burgers. In de loop der jaren heeft zich bovendien een fikse uitbreiding van zowel het aantal rechten als het bereik van deze rechten voorgedaan. Rechtmatigheid als onderliggende waarde van strafvorderlijke normen ziet inmiddels op een scala aan vrijheidsrechten, maar strekt zich daarnaast ook uit over zowel een groter aantal rechtssubjecten, namelijk de verdachte, het slachtoffer en andere betrokkenen bij het strafproces. Deze ontwikkeling komt in het volgende hoofdstuk uitgebreid aan bod, voor nu is het van belang om de verschillende aspecten te benoemen waar deze rechtmatigheidsnormen betrekking op (kunnen) hebben.

De meest prominente rol in dit kader is weggelegd voor die rechtsnormen die de rechtmatigheid van de procedure waarborgen (in het bijzonder de procesrechten van de verdachte). De bovengenoemde belangenafweging, tussen de doelmatige handhaving van het strafrecht en de bescherming van de verdachte, die ten grondslag heeft gelegen aan het huidige Wetboek van Strafvordering heeft geleid tot een codificatie van de opsporingsbevoegdheden voor politie en justitie en een uitbreiding van de verdedigingsrechten in het strafproces.[64] Het heeft echter tijd gekost voordat de positie van de verdediging in het strafproces daadwerkelijk een grotere betekenis kreeg. Dit wordt

60 Zie uitgebreid Melai 1969.
61 De Bosch Kemper 1883, deel I, p. 2.
62 De Bosch Kemper 1983, deel I, p. 2; Hiermee wordt overigens niet bedoeld dat de betekenis van dit beginsel hiertoe is beperkt. Zie uitgebreid: Cleiren 1992, p. 5; Reijntjes 1989, p. 9; Simmelink 1987, p. 34; Tevens strookt deze 'soepele' uitleg ook met de uitleg die De Bosch Kemper geeft aan het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel in zijn beschrijving van de voorgeschiedenis van het Wetboek van Strafvordering, zie De Bosch Kemper 1838, deel I, p. 5.
63 Reijntjes 1989, p. 10; *Kamerstukken II* 1913/14, 286, 3.
64 Crijns & Van der Meij 2005, p. 56; Van der Meij 2010, p. 46.

deels toegeschreven aan de geringe rol van de verdachte in het vooronderzoek. Door de relativering van het onmiddellijkheidsbeginsel in het *de auditu* arrest in 1926, heeft het vooronderzoek grote rol van betekenis in het strafproces.[65] De toelating van *de auditu*-verklaringen bracht immers de mogelijkheid mee dat de rechter zijn oordeel kon baseren op schriftelijke stukken die tijdens het vooronderzoek waren verzameld. Dit resulteerde aldus in een verschuiving van het accent van het strafproces van het onderzoek ter terechtzitting, naar het voorbereidend onderzoek.[66] In dit voorbereidend onderzoek had de verdediging niet alleen een veel minder sterke rol, ook behoefden schendingen van normen niet per definitie te leiden tot een rechtsgevolg.[67] Vanaf de jaren zestig kwam in toenemende mate aandacht voor de positie van de verdediging in het strafproces, en met name zijn rechten in het vooronderzoek. In de literatuur wordt veelal gewezen op de emancipatie van de burger, en de hiermee samenhangende groeiende maatschappelijke aandacht voor grondrechten, als oorzaak voor deze verandering.[68] Dit denken is ook van invloed geweest op het strafprocesrecht, waarbij meer aandacht kwam voor de ongelijkheid van de verdachte (als de zwakkere partij) ten opzichte van de almachtige overheid. Het resultaat ervan is zowel te zien in de houding van de rechter ten opzichte van de strafvorderlijke overheid, bijvoorbeeld door het uitsluiten van bewijs als reactie op onrechtmatig strafvorderlijk handelen en de toepassing van algemene beginselen van een behoorlijke procesorde als een aanvullende toetsingsmaatstaf voor behoorlijk handelen,[69] als in (internationale) wetgeving, zoals het EVRM en de doorwerking ervan in de Nederlandse rechtsorde.[70] Deze ontwikkeling heeft als gevolg gehad dat in verschillende strafvorderlijke normen meer en nadrukkelijker aandacht is gekomen voor zowel het waarborgen van de vrijheidsrechten van de verdachte, als het creëren van een sterkere rechtspositie van de verdachte in het strafproces.[71] Inmiddels wordt de rechtmatigheid van de strafprocedure in grote mate opgehangen aan het uit het EVRM (en de jurisprudentie van het EHRM) afgeleide recht op een eerlijk proces, dat veelal wordt opgedeeld in de verschillende daaruit afgeleide deelrechten zoals het recht op toegang tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter, het recht op een procedure op tegenspraak, het recht op een openbare behandeling van de strafzaak en een openbaar vonnis, het recht op berechting binnen een

65 HR 20 december 1926, *NJ* 1927, p. 87.
66 Fokkens 1994, p. 2-5.
67 Fokkens (1994, p. 3) wijst hier op het verzuimen van het geven van de cautie, wat in de regel niet leidde tot de onbruikbaarheid van de afgelegde verklaring. Het was aan de rechter om te beslissen over de bruikbaarheid van de verklaring (met een verwijzing naar 23 februari 1931, *NJ* 1931, p. 654).
68 Van der Meij 2010, p. 127-128.
69 Als eerst in het welbekende Bloedproef-arrest HR 26 juni 1962, *NJ* 1962, 470; Cleiren 1989.
70 Bijvoorbeeld met betrekking tot de redelijke termijn in: 6 januari 1981, *NJ* 1981/207, m.nt. Van Veen.
71 Een illustratief voorbeeld is het reeds hierboven genoemde recht op rechtsbijstand bij het politieverhoor EHRM 27 november 2008, 36391/02 (*Salduz/Turkije*).

redelijke termijn, het recht op informatie, het recht op een adequate verdediging, het recht om getuigen op te roepen en te ondervragen, de onschuldpresumptie en tot slot het zwijgrecht en het recht tegen zelfincriminatie.[72] Ondanks al de opdeling van het recht op een eerlijk proces is echter niet met militaire precisie te zeggen wat dit recht precies behelst. Het karakter van dit recht is mede om deze reden evenmin eenvoudig te duiden. Treffend is de vergelijking die Trechsel in dit kader maakt met het beroemde Zwitserse ontbijt, birchermuesli:

> 'Birchermuesli consists of some kind of porridge, mainly raw oat flakes and milk, in which you will find morsels of raw fruit, strawberries, other berries, apple, pear, oranges or hazelnuts – there are endless varieties... In comparison the morsels of fruit represent the specific aspects of the rights to a fair trial. The remainder of the dish, the porridge part, is a relatively tasteless pulp and constitutes in this comparison as the framework of the fair trial: a right without contour which, while focusing primarily on the accused, can serve a variety of interests, a vessel into which the European Court of Human Rights fills whatever it sees fit.'[73]

Trechsel onderscheidt drie verschillende niveaus waarop het recht op een eerlijk proces kan worden gedefinieerd. De meest krappe invulling van het recht op een eerlijk proces zoekt aansluiting bij de tekst van artikel 6 lid 1 EVRM en behelst de daarin genoemde deelrechten. Een ruimere invulling van dit recht omvat alle waarborgen die onder het recht op een eerlijk proces worden verstaan, inclusief artikelen 2-4 van het Zevende Protocol. De breedste notie van dit recht tot slot behelst alle mensenrechtelijke waarborgen die een individu beogen te beschermen gedurende de strafprocedure, dat betekent dat deze definitie mede de waarborgen die uit andere mensenrechten (in het bijzonder art. 5 en 8 EVRM) voortvloeien omvat.[74] In de visie van Trechsel beperkt de notie van eerlijkheid van de procedure zich niet louter tot de verdachte, maar heeft ook betrekking op de andere actoren in de strafprocedure: 'the right to a fair trial is nog an absolute guarantee but one which is open, to a certain limeited degree, for balancing against the interests of victims and the administration of justice'.[75] Een dergelijke ruime interpretatie van het recht op een eerlijk proces wordt ook door Summers en Jackson bepleit. Beide auteurs stellen dat de eerlijkheid van de procedure niet alleen een mensenrechtelijke component behelst (met daarin verschillende deelrechten van art. 6 EVRM) maar daarnaast ook een bredere institutionele component heeft waarin algemene rechtsstatelijke belangen tot uiting komen, waarbij zij

72 Zie uitgebreid over de verschillende rechten Goss 2014; Harris, O'Boyle & Buckley 2014, p. 373-490; Trechsel 2018, p. 19 e.v.
73 Trechsel 2018, p. 19-20.
74 Trechsel 2018, p. 22.
75 Trechsel 2018, p. 35.

verwijzen naar het 'recht' op een openbare behandeling van de strafzaak.[76] Summers beargumenteert dat het hier niet zo zeer om een recht van de verdachte gaat – hij plukt hier immers niet in alle gevallen de vruchten van en bovendien kan hij hier geen afstand van doen – maar om een institutioneel vereiste voor een eerlijke procedure.[77] De begunstigde van dit 'recht' is dan ook niet de verdachte maar de samenleving: 'however valuable the open conduct of trials may be, it can be explained in terms other than those of rights'.[78] Kortom, hoewel het recht op een eerlijk proces veelal in termen van rechten en deelrechten wordt gedefinieerd, is het van belang te onderstrepen dat er verschillende visies bestaan op de wijze waarop dit recht kan worden ingevuld. Een brede notie van eerlijkheid brengt immers mee dat ook de bescherming van andere voor de strafprocedure relevante rechten alsmede de rechten van andere actoren onder dit recht geschaard kunnen worden. Bovendien kunnen afhankelijk van de interpretatie van dit 'recht' (of de notie van eerlijkheid) ook andere waarden hieronder geplaatst worden.

Naast de bescherming van het recht op een eerlijk proces – volgens de meest krappe definitie van dit recht – dient de overheid ook zorg dragen voor de bescherming van andere vrijheidsrechten. Belangrijke rechten in dit kader zijn het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, dat zowel in de Grondwet (art. 10), als in internationale verdragen (art. 8 EVRM, art. 17 IVBPR en art. 7-9 EU Handvest) is neergelegd, het recht op bescherming van de lichamelijke integriteit en onaantastbaarheid van het menselijk lichaam, welke tot op zekere hoogte kan overlappen met de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, en het recht op vrijheid, zoals onder andere wordt gewaarborgd onder artikel 5 EVRM en artikel 15 Grondwet.[79] De verschillende waarborgen die zijn vervat in strafvorderlijke regels zijn voor een groot deel gericht op het beschermen van deze belangen van (verdachte) burgers, zoals de verschillende bevoegdheden tot doorzoeking van ruimtes, het vorderen van gegevens maar ook de dwangmiddelen als het onderzoek aan de kleding, onderzoek aan en in het lichaam (art. 56 Sv), het ophouden voor onderzoek, de inverzekeringstelling en de voorlopige hechtenis. Hoewel een aantal van deze bevoegdheden ook reeds in 1926 in het Wetboek van Strafvordering terug te vinden waren, staat de oude memorie van toelichting hier niet uitgebreid bij stil. De wetgever stelt weliswaar dat met deze waarborgen wordt beoogd de verkeerde toepassing van strafvorderlijke bevoegdheden te voorkomen en 'de belangen van de verdachte naar vermogen te waarborgen', maar er wordt niet vermeld om welke belangen het hier gaat.[80] In meer recente wetgeving laat de wet-

76 Summers 2007, p. 169-172; Jackson & Summers 2018, p. 1-18.
77 Summers 2007, p. 171.
78 Summers 2007, p. 171, verwijzend naar Jaconelli 1997.
79 Zie bijv. de verschillende onderscheidingen die Koops e.a. aanbrengen in het concept privacy (Koops e.a. 2017, p. 483-575).
80 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, 3, p. 58.

gever zich veelal explicieter uit over het specifieke recht (of mensenrechtelijk kader) dat ten grondslag ligt aan de wet.[81] Tegelijkertijd moet worden vastgesteld dat het bereik van de verschillende vrijheidsrechten (mede) door de rechtspraak van het EHRM in belangrijke mate is uitgebreid.[82] Zo geldt met betrekking tot het recht op privacy dat deze zowel betrekking heeft op de bescherming van bepaalde ruimten, zoals woning en voertuig,[83] alsook op de bescherming van persoonsgegevens van de verdachte en het inzamelen van informatie over het algemene doen en laten van de verdachte.[84]

De laatste categorie rechtmatigheidsnormen die hier bespreking behoeft betreft strafvorderlijke normen die de positie van het slachtoffer en andere betrokkenen bij de strafprocedure beogen te beschermen. Als eerder opgemerkt is er de laatste jaren ook steeds meer aandacht gekomen voor de bescherming van andere personen in het strafproces, zoals getuigen en deskundigen maar in het bijzonder voor het slachtoffer. Dit heeft een vlucht genomen door de rechtspraak van het EHRM. Het Hof heeft immers expliciet ruimte gecreëerd om bij de afweging van belangen in het kader van artikel 6 EVRM, rekening te houden met de belangen van slachtoffers (en zelfs getuigen).[85] Daarnaast heeft ook, en in de laatste jaren met name, de invloed van regelgeving van de Europese Unie gezorgd voor een grotere focus op slachtofferrechten. Binnen de Europese Unie is in de afgelopen jaren ruimere aandacht voor rechtsbescherming van burgers in het strafproces. Zo biedt artikel 82, tweede lid van het VWEU de mogelijkheid om regelgeving in het leven te roepen ter bescherming van de verdachte en slachtoffers van misdrijven. De Europese Unie heeft hier gebruik van gemaakt door zowel regels in het leven te roepen ter bescherming van de verdachte, zoals de richtlijnen gericht op het recht van aanwezigheid van een raadsman bij het politieverhoor, als voor slachtoffer zoals het recht op informatie, correcte bejegening en beschikbaarheid van slachtofferhulp.[86] Deze invloed is niet beperkt gebleven tot het vooronderzoek, ook in het kader van het onderzoek ter terechtzitting wordt vaak gewezen naar deze regelgeving als aanleiding voor het invoeren – en inmiddels uitbreiden – van het spreekrecht van slachtoffers ter zitting. Tevens kan ook in lagere regelgeving zijn vaak regels te vinden over een correcte bejegening van slachtoffers (van met

81 Zie bijvoorbeeld de MvT bij de Wet BOB waar de wetgever expliciet stilstaat bij het kader van art. 8 EVRM *Kamerstukken II* 1996/97, 25403, 3, p. 9-13; Andere voorbeelden zijn de Wet Computercriminaliteit III, *Kamerstukken II* 2015/16, 34372, 3; Wet vorderen gegevens financiële sector, *Kamerstukken II* 2001/02, 28353, 3.

82 Ölcer 2008, p. 255-259.

83 Art. 8 EVRM noemt als beschermingsobjecten de woning en correspondentie van burgers. Ook art. 10 Grondwet beoogt in beginsel tastbare objecten te beschermen, zie: *Kamerstukken II* 1975/76, 13872, nr. 3, p. 40.

84 Ölcer 2008, p. 255.

85 EHRM 26 maart 1996, 20524/92 (*Doorson/Nederland*), para 70.

86 Richtlijn 2013/48/EU en Richtlijn 2012/29/EU.

name zedenmisdrijven), zoals de Aanwijzing zeden.[87] Ook voor de positie van de getuigen en deskundigen in het strafproces is er toegenomen aandacht. Zij worden niet louter meer als een bron van informatie voor de strafprocedure aangemerkt, maar in steeds meer regels worden zij erkend als betrokkenen met eigen belangen (en ook plichten).[88]

3.3.3 Integriteit

Ook het waarborgen van de integriteit van het overheidsoptreden is een belangrijke waarde binnen het strafproces. De eis dat de overheid zich integer dient te gedragen vloeit rechtstreeks voort uit de rechtsstatelijke eisen die worden gesteld aan overheidsoptreden is een randvoorwaarde voor een goed ingericht strafproces.[89] Integriteit is direct verboden met de legitimiteit van het strafproces en vereist dat de strafvorderlijke overheid zich eerlijk, behoorlijk, transparant en controleerbaar gedraagt in relatie tot de burger. Deze korte opsomming van eigenschappen die in verband gebracht kunnen worden met integriteit maakt duidelijk dat deze waarde nogal diffuus is en zich lastig laat onderscheiden van de hierboven genoemde waarden van betrouwbaarheid en rechtmatigheid. Integer handelen behelst immers dat het handelen voldoet aan de eisen die daar in de wet aan worden gesteld en dat vertrouwd kan worden op de eerlijkheid van het handelen. De vraag wat precies onder integriteit moet worden verstaan is daarom niet eenvoudig (of eenduidig) te beantwoorden.[90] Ook in relatie tot het strafvorderlijk handelen van de overheid is het niet eenvoudig vat te krijgen op wat er bedoeld wordt met integriteit. In ieder geval kan worden gesteld dat integriteit in zekere zin onderscheiden kan worden van rechtmatigheid en betrouwbaarheid omdat deze waarde een extra dimensie lijkt te bezitten.

Integer handelen kan worden gekenmerkt als eerlijk en onkreukbaar handelen met een zeker moreel bewustzijn. In de literatuur wordt integriteit op uiteenlopende wijzen omschreven met uiteenlopende begrippenkaders. Zo onderscheidt Huberts in relatie tot de politieorganisatie acht visies op

---

87 *Stcrt.* 2016, 19414; voorheen Aanwijzing opsporing en vervolging inzake seksueel misbruik. Deze aanwijzing bevat onder andere regels voor het horen van aangevers van seksueel misbruik, deze regels zien deels op het verkrijgen waarheidsgetrouwe verklaringen. Maar deels bevat de Aanwijzing ook regels voor de bejegening van slachtoffers om bijvoorbeeld negatieve effecten als 'secundaire victimisatie' te voorkomen.

88 Zie bijv. het Besluit getuigenbescherming; Besluit register deskundige in strafzaken.

89 Zie uitgebreid het rapport van de Commissie-Van Traa over het belang van integriteit van de opsporing, in het bijzonder h.s. 10.5.

90 In de literatuur wordt integriteit op uiteenlopende wijzen uitgelegd en heeft op een tal van objecten betrekking. Zoals integriteit van het zelf – het lichaam, de geest of de gedachte –, morele integriteit of integriteit in relatie tot maatschappelijke kwesties. Het gaat hier niet om deze filosofische invullingen van het begrip integriteit maar om de meer concrete waarde van integer handelen.

integriteit waarbij de focus telkens op een ander aspect van integer handelen wordt gelegd. Zijnde integriteit (1) als heelheid, als consistent, coherent en consequent handelen; (2) als passendheid in de maatschappelijke omgeving; (3) als professionele verantwoordelijkheid met inachtneming van de uitgangspunten van de organisatie; (4) als bewust moreel reflecteren en handelen; (5) als verbonden met specifieke waarden als eerlijkheid, rechtschapenheid en onkreukbaarheid; (6) als in overeenstemming met het recht; (7) als in overeenstemming met *morele* regels en waarden; en tot slot integriteit als exemplarisch ideaal gedrag binnen de organisatie.[91]

In bovenstaande visies gaat het veelal om dezelfde type eigenschappen van integriteit maar met telkens een ander zwaartepunt. Om deze eigenschappen te kunnen operationaliseren bepleit Soeharno een algemenere definitie van integriteit en maakt een onderscheid op basis van een objectieve en subjectieve betekenis van integriteit. De subjectieve dimensie ziet op de 'innerlijke motivatie van de handelende: de handelende is oprecht, authentiek, zuiver van bedoeling, rechtschapen, consistent et cetera'.[92] Kortom, de handelende gedraagt zich conform de verschillende eigenschappen die samenhangen met het begrip integriteit. Om invulling te geven aan deze subjectieve eigenschappen is het van belang dat er objectieve normen en waarden zijn: deze geven het doel van het handelen weer (de waarden) en bakenen de grenzen van dat handelen af (de normen).[93] De objectieve dimensie van integriteit heeft betrekking op het handelen in lijn met een (objectief vast te stellen) samenstel van waarden en normen die gelden voor een bepaalde organisatie of beroepsgroep. Het gaat hier aldus om professionele of institutionele waarden die voor iedere professie anders zullen zijn. Immers, het functioneren van iedere professie zal gebaseerd zijn op andere kernwaarden en daarmee corresponderende normen die de grenzen van aanvaardbaar handelen afbakenen.[94] Volgens deze visie heeft integriteit meer betrekking op de legitimatie van institutioneel gezag dan de ethische gedragingen van het individu (overheidsfunctionaris).[95] Het waarborgen van de integriteit beslaat echter ook het handelen van het individu, daar integriteit zowel betrekking heeft op 'het bevorderen van het professioneel karakter van de ambtsdragers [als] het waarborgen van vertrouwen in het instituut'.[96]

Ter illustratie past Soeharno het bovenstaande toe op de rechterlijke macht. In dit kader kunnen onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechtspraak als belangrijke waarden worden onderscheiden en daar kunnen als normen de geheimhouding en afzien van laakbaar gedrag naast worden geplaatst.[97]

91 Zie uitgebreid Huberts 2012, p. 14-21 en de daarin genoemde literatuur.
92 Soeharno 2011, p. 16.
93 Soeharno 2011, p. 16.
94 Soeharno 2011, p. 17.
95 Soeharno 2011, p. 14.
96 Soeharno 2011, p. 31.
97 Soeharno 2011, p. 17.

Ook voor de opsporingspraktijk kunnen dergelijke institutionele 'waarden' worden aangewezen. Deze zijn veelal vastgelegd in gedragscodes (voor politie en het OM), waarbij gedacht kan worden aan professionaliteit, omgevingsgerichtheid, openheid, zorgvuldigheid en integriteit.[98] De hiermee corresponderende normen zijn veelal vastgelegd in de meer gedetailleerde strafvorderlijke normen.

Wanneer we afgaan op de kernwaarden die in de Gedragscodes worden genoemd moet de naleving van alle strafvorderlijke normen gezien worden als randvoorwaarde voor een integer handelen van de politie en justitie. Rechtmatig handelen staat immers centraal. De vraag is echter welke strafvorderlijke normen de integriteit van het handelen centraal stellen. Hoewel de raakvlakken tussen de (bijzondere) opsporingsbevoegdheden en mensenrechten duidelijker te zien zijn in het Wetboek van Strafvordering, staat het waarborgen van de integriteit van de strafvorderlijke overheid onmiskenbaar centraal in sommige strafvorderlijke wetten.[99] Dat betekent 'dat de opsporing niet opzettelijk gepaard gaat met ongerechtvaardigde persoonlijke verrijking van de betrokken ambtenaren, of met de bevordering van andere ernstige misdrijven van die waarop de opsporing gericht is, of met misleiding van de met toezicht en rechtspraak belastte autoriteiten met het opzet dezelver beoordeling te beïnvloeden'.[100] Het gaat hierbij met name om de bijzondere opsporingsbevoegdheden die een bepaalde mate van corruptiegevoeligheid hebben, zoals de pseudokoop en -verkoop, gecontroleerde aflevering, het doorlaatverbod,[101] het gebruik van politie- en burgerinfiltranten.[102] Ook de notie van transparantie en controleerbaarheid raakt aan de kern van integriteit. Dat betekent dat ook normen die de controleerbaarheid van de strafprocedure en de besluitvormingsprocessen daarin waarborgen een belangrijke 'integriteitscomponent' hebben. De verbaliseringsplicht van opsporingsambtenaren is hier een duidelijk voorbeeld van, hoewel zoals gezegd deze norm ook andere waarden beschermt. De veelzijdigheid van strafvorderlijke normen brengt mee dat het sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval welk aspect van de strafvorderlijke norm in casu in het geding is.

Ter volledigheid dient hier nog opgemerkt te worden dat integriteit als waarde niet beperkt is tot het handelen van opsporingsambtenaren in het vooronderzoek, maar zich ook kan uitstrekken over het gehele strafproces (incluis het onderzoek ter terechtzitting). Integriteit in deze vorm heeft duidelijke raakvlakken met het recht op een eerlijk proces – en daarmee de hierboven besproken waarde van rechtmatigheid – maar behelst wederom een extra

98 Gedragscode OM 2012; Zie voor een invulling van integriteit van het OM, De Meijer 2016.
99 Zie Ölcer 2008, p. 14-16.
100 Zie commentaar Buruma op art. 126g-126gg, in: Melai/Groenhuijsen.
101 Cleiren & Crijns (2010, p. 25-27) wijzen in het kader van dit art. ook op het belang van een voortvarende handhaving van het strafrecht, waarbij zij tevens erkennen dat ingevolge de memorie van toelichting van de Wet BOB integriteit wel centraal staat in deze wet.
102 Art. 126h, 126i, 126p, 126q, 126w, 126ij, 126z, 126zd, 126ff.

dimensie.[103] In de strafrechtelijke literatuur wordt de integriteit van het overheidsoptreden soms geduid in termen van een grondbeginsel. Hirsch Ballin kwalificeert integriteit (in de zin van integriteit van het proces) als een grondbeginsel in de fase van bewijsvergaring. Dit grondbeginsel heeft in haar visie een universeel karakter dat meebrengt dat bescherming ervan noodzakelijk is voor de bescherming van de menselijke waardigheid.[104] Zij omschrijft dit beginsel als een procedurele waarborg voor de menswaardige toepassing jegens alle betrokkenen in de procedure. Het gaat hier om procedurele integriteit dat meer omvat dan de gebondenheid aan het recht op een eerlijk proces, namelijk de vraag of de procedure als geheel heeft geleid tot een menswaardige strafrechtstoepassing:[105] 'dat wil zeggen een gelijke, proportionele bevoegdheidsuitoefening op grond van een in het recht gegeven grondslag voor die bevoegdheidsuitoefening met inachtneming van de fundamentele rechten van het individu' op een transparante en controleerbare wijze.[106] Deze laatste vorm van integriteit is in relatie tot strafvorderlijke normen die het handelen van politie en justitie beheersen echter (thans) nog van ondergeschikte rol. Zij richt zich veelal ofwel tot de rechter,[107] ofwel vindt haar uitwerking via mensenrechtelijke kaders.[108]

3.3.4 Voortvarendheid

Het waarborgen van de betrouwbaarheid van het bewijs, de procespositie van de verdachte en de overige (vrijheids)rechten van burgers zijn waarden die direct herleidbaar zijn tot de twee centrale doelstellingen van het strafproces. Waarbij wederom benadrukt dient te worden dat afhankelijk van de wijze waarop deze doelstellingen invulling krijgen, hier meerdere waarden onder te brengen zijn. Naast deze bovengenoemde waarden kunnen ook andere waarden genoemd worden die weliswaar verder afstaan van de doelstellingen van het strafproces – in die zin dat zij niet altijd *direct* te herleiden zijn tot deze doelstellingen – maar evenwel van fundamenteel belang zijn voor het adequaat functioneren van het strafproces. Een voorbeeld hiervan zijn normen die beogen de voortvarendheid, ordentelijkheid, efficiëntie en effectiviteit van de strafprocedure te waarborgen.

Ook dergelijke waarden kunnen geschaard worden onder de hierboven besproken categorie van niet-epistemologische waarden. Dat brengt eveneens mee dat voortvarendheid, efficiëntie en effectiviteit in de strafrechtspleging

103 Pitcher & Samadi 2018.
104 Hirsch Ballin 2018, p. 40.
105 Hirsch Ballin 2018, p. 46.
106 Hirsch Ballin 2018, p. 47.
107 Pitcher & Samadi 2018, p. 735-743.
108 Zoals bepleit door Hirsch Ballin (2018).

vanzelfsprekend ook raakvlakken hebben met algemene belangen in de samenleving en daarmee ook kunnen raken aan doelstellingen van het strafproces.[109] Voordat een aantal voorbeelden van dergelijke normen genoemd worden is het van belang eerst stil te staan bij de veelzijdigheid van voortvarendheid als onderliggende waarde.

Het belang van een voortvarend strafproces wordt van oudsher als een essentieel onderdeel van de strafrechtspleging erkend. In zijn commentaar bij het oude Wetboek van Strafvordering uit 1838 noemt De Bosch Kemper 'spoed in de regtspleging' een van de hoofdvereisten van een goede strafvordering: 'door kort en goed regt drukten onze voorouders de beider hoofdvereischten eener goeder regtsbedeeling uit'.[110] In zijn visie dient een voortvarend proces allereerst ter verhoging van het ontzag voor de rechterlijke macht: 'De zedelijke indruk der straf bestaat minder in hare zwaarte, dan wel in de zekerheid en den spoed, waarmede zij het misdrijf volgt, en in de overtuiging, dat misdaad en straf vereenigd zijn.'[111] Daarnaast is een spoedig verloop van strafvordering nodig ter ontdekking van de waarheid, en tot slot moet vanuit het 'het beginsel van menschelijkheid' niet-noodzakelijke vertraging in de strafvordering worden vermeden.[112]

In het huidige strafvorderlijke stelsel wordt het belang van een voortvarende strafrechtspleging op verschillende plaatsen onderkend. Een voortvarende strafprocedure draagt er immers aan bij dat overheidsmiddelen op efficiënte wijze worden ingezet, maar draagt daarnaast ook bij aan de legitimiteit en eerlijkheid van de strafprocedure.[113] Een spoedig en voortvarend proces wordt om die reden veelal gekoppeld aan de rechten van de verdachte. Veel strafprocessuele normen beogen de eenmaal verdachte burger bescherming te bieden tegen onvoldoende voortvarend strafrechtelijk optreden om zo de inbreuken op zijn vrijheidsrechten zoveel mogelijk te beperken.[114] Gedacht

109 Zie uitgebreid Cleiren & Crijns 2010 over de vraag of een beginselplicht tot voortvarendheid bestaat in het Nederlandse strafproces. De auteurs bezien voortvarendheid overigens vanuit een breder perspectief waarbij het zowel gaat om voortvarendheid van de strafprocedure (wanneer deze eenmaal is begonnen) als de plicht tot voortvarende rechtshandhaving om een einde te maken aan bepaalde strafbare feiten, in het bijzonder gaat het daarbij om misdrijven als mensenhandel.

110 De Bosch Kemper 1838, p. viii.

111 De Bosch Kemper 1838, p. viii.

112 De Bosch Kemper 1838, p. viii.

113 De relatie tussen voortvarendheid en legitimiteit van de strafprocedure wordt vooral benadrukt in internationaal-strafrechtelijke context. Ambos legt in dit kader een verband met generale preventie als doelstelling van het strafrecht en stelt dat 'we should not create unrealistic aspirations but rather modestly try to achieve the "socio-pedagological" mission of international criminal justice, that is, the goal "of strengthening the public sense of accountability of human rights violations", in traditional criminal law terms captured by the idea of positive general prevention. The fulfilment of this goal, as of any other goal of international criminal justice, is predicated on fairness and expediency in international criminal proceedings', Ambos 2018, p. 186.

114 Cleiren & Crijns 2010, p. 25.

kan worden aan de diverse regels die de inperking van de vrijheidsrechten van de verdachte in tijd afbakenen,[115] maar ook aan het onder artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op berechting binnen een redelijke termijn.[116] De ratio van deze laatstgenoemde norm strekt zich echter ook uit over andere belangen, zoals dat van het slachtoffer en meer in het algemeen het maatschappelijke belang van de afhandeling van een strafzaak binnen een afzienbare tijd. Gerelateerd hieraan is bovendien het belang van een adequate en snelle reactie op strafbaar gedrag en de afschrikwekkende werking die vermoedelijk hiervan uit zou gaan.[117] Daarnaast is ook vanuit het oogpunt van waarheidsvinding een spoedig proces te prefereren aangezien het verkrijgen van bewijsmateriaal na lange tijdsverloop bemoeilijkt wordt.

Wederom geldt dat ook de voortvarendheid als onderliggende waarde overlap vertoont met de overige waarden zoals de rechtmatigheid en betrouwbaarheid. Voortvarendheid van de strafrechtspleging kan echter ook raken aan meer concrete doelen zoals het bevorderen van de efficiëntie en snelheid van de strafrechtspleging en de besluitnemingsprocessen daarbinnen. Dit veelzijdige (hoewel Ambos slechts een tweedeling maakt) karakter van voortvarendheid wordt door Ambos als volgt verwoord:

> 'Indeed, on the one hand, fairness does not only encompass, at its core, the principle of equality of arms but also the temporal element of a speedy procedure or trial in several rights (which entails that expediency must not go at the cost of fairness). On the other hand, efficiency and expediency relates to speedy and well managed investigations, prosecutions and trials, and thus speaks to the need for pre-trial and trial management.'[118]

Naast de raakvlakken die voortvarendheid heeft met betrouwbaarheid en rechtmatigheid raakt deze waarde ook aan andere minder fundamentele belangen zoals een efficiënt en effectief strafproces. In het Wetboek van Strafvordering is een aantal normen te vinden dat ziet op het bespoedigen van het strafproces, zoals de artikelen betreffende het opmaken en toezenden van processen-verbaal en andere processtukken.[119] Naast het belang van een spoedig proces, omvatten efficiëntie en effectiviteit ook waarden van een meer praktische en organisatorische aard. Bijvoorbeeld de stroomlijning van bepaalde

115 Bijv. regels betreffende de duur van het ophouden voor verhoor, de inverzekeringstelling en de voorlopige hechtenis (art. 56a lid 2, 58 lid 2, 59a lid 1, 64 en 66 Sv.).

116 Het recht op berechting binnen een redelijke termijn is in het bijzonder onderwerp van debat in het internationale tribunalenrecht waar lange rechtszaken, waarbij de verdachten veelal in voorlopige hechtenis verkeren, eerder regel dan uitzondering zijn. Zie uitgebreid Whiting 2009.

117 Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, p. 12-13; zie ook Ambos in relatie tot internationaalrechtelijke kwesties (Ambos 2018, p. 179-189).

118 Ambos 2018, p. 182-183.

119 Bijvoorbeeld de art. 152, 153, 156, 159, 167, 177, 177a, 180 Sv.

procedures zoals het doen van aangifte en klachten,[120] maar ook normen die van meer organisatorische aard zijn zoals regelgeving over de organisatie en samenwerking binnen politie en justitie, bijvoorbeeld de Regeling aanhoudings- en ondersteuningseenheid en samenwerking speciale eenheden of de Regeling hulpofficieren.[121]

3.3.5 Overige waarden

Hierboven zijn de meest voor de hand liggende onderliggende waarden van strafvorderlijke normen besproken. Naast deze categorieën is het ook van belang een restcategorie te bespreken waarin strafvorderlijke normen geplaatst kunnen worden die in mindere mate raken aan de twee belangrijkste doelstellingen van het strafproces en die bovendien een sterk veranderlijk karakter hebben.

In de eerste plaats kan worden gedacht aan normen die functioneel zijn voor de bescherming van bepaalde verhoudingen in de samenleving. In het bijzonder kan worden gedacht aan de bescherming van het verschoningsrecht voor familieleden, advocaten en andere beroepsgroepen die een geheimhoudingsplicht hebben zoals journalisten, artsen en andere vertrouwenspersonen.[122] De strafvorderlijke normen die betrekking hebben op het verschoningsrecht beogen in de eerste plaats de bijzondere vertrouwelijke verhouding te beschermen: zij vinden hun grondslag in het algemeen maatschappelijke belang 'dat men zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het aan hem toevertrouwde tot hem als vertrouwenspersoon kan wenden'.[123] Van oudsher wordt de bescherming van het individuele belang van de verschoningsgerechtigde[124] of dat van degene die zich tot hem wendt[125] niet beschouwd als de kern van het verschoningsrecht.[126] In de kern gaat het om de bijzondere maatschappelijke status van de verhouding tussen de verschoningsgerechtigde en degene die zich tot hem wendt.[127] De bescherming van

120 Art. 163-164 Sv.

121 Regeling aanhoudings- en ondersteuningseenheid en samenwerking speciale eenheden, *Stcrt.* 2007, 2.

122 Zie in het bijzonder 217, 218 en 218a Sv en de bepalingen die samenhangen met het verschoningsrecht en de beperkingen die hiermee samenhangen formuleren, onder andere art. 96a, 98, 126nf en 160 Sv.

123 Vranken 1986, p. 49, verwijzend naar HR 14 december 1948, *NJ* 1949/95.

124 Vellinga-Schootstra (2017, p. 98) stelt dat het verschoningsrecht niet het eigen belang van de verschoningsgerechtigde als grondslag heeft. Verwijzend naar HR 26 mei 2009, *NJ* 2009/263, m.nt. Legemaate.

125 Vranken 1986, p. 48-49.

126 Zie ook conclusie A-G Aben onder ECLI:NL:PHR:2011:BP6138.

127 Vranken spreekt in relatie tot het professioneel verschoningsrecht over twee (soorten) materieelrechtelijke belangen: de klassieke grondslag voor het verschoningsrecht, namelijk de hulpverlening die vooral van belang is in relatie tot artsen, medici, advocaten en notaris-

het verschoningsrecht heeft daarnaast ook een belangrijke mensenrechtelijke component en dient daarmee ook individuele belangen van de betrokkenen. Privacybelangen en het recht op familieleven spelen vanzelfsprekend een belangrijke rol in het verschoningsrecht voor verwanten en echtgenoten. Daarnaast spelen privacyaspecten ook een belangrijke rol in de verhouding tussen de professioneel verschoningsgerechtigde en hulpzoekende burger: deze relatie kenmerkt zich immers door het gerechtvaardigd vertrouwen van de hulpzoekende burger in het feit dat zijn privacy niet zal worden geschonden door de verschoningsgerechtigde.[128] In relatie tot het verschoningsrecht van de advocaat speelt bovendien het recht op een eerlijk proces en in het bijzonder het recht van de verdacht om niet mee te werken aan zijn eigen veroordeling een belangrijke rol.[129] Niet zelden wordt de schending van het verschoningsrecht van de advocaat dan ook gezien als een schending op het recht op een eerlijk proces.[130] Voor de reikwijdte en vormgeving van het (functioneel) verschoningsrecht, alsmede voor de uitzonderingsgronden op het verschoningsrecht, is het mensenrechtelijk kader van het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM van groot belang.[131]

De verwevenheid van individuele rechten en het algemeen maatschappelijk belang dat wordt gediend met het verschoningsrecht komt in het bijzonder tot uiting in relatie tot de bescherming van bronnen voor journalisten. In de memorie van toelichting bij de invoering van deze wet benadrukt de wetgever het algemeen belang dat gediend wordt met de bescherming van het recht op bronbescherming voor journalisten en koppelt dat aan het individuele recht op de vrijheid van meningsuiting:

> 'In een democratische samenleving komt aan nieuwsgaring over de verschillende onderdelen van de samenleving een bijzonder belang toe. In een democratische samenleving hebben burgers er recht op om te worden geïnformeerd, ook als deze informatie de autoriteiten onwelgevallig zou zijn. In dit licht kan het uitoefenen van de vrijheid van meningsuiting meebrengen dat bij de informatievergaring die daarmee samenhangt, bronbescherming wordt gezocht en gerespecteerd. Het gaat

---

sen en andere belangen zoals informatievergaring en -spreiding, wetenschappelijk onderzoek, opsporen van fraude en de positie van de overheid of van instanties met overheidstaken. In deze tweede categorie kan in het bijzonder worden gedacht aan journalisten. Vranken 1986, p. 66-69.

128 Vellinga-Schootstra spreekt in dit kader van een verwevenheid van privacyaspecten met het algemeen belang van de dienstverlening dat ten grondslag ligt aan het functionele verschoningsrecht (Vellinga-Schootstra 2017, p. 99).

129 EHRM 24 juli 2008, 18603/03 (*Andre e.a./Frankrijk*).

130 Memorie van Toelichting Vaststellingswet Boek 4 van het Wetboek van Strafvordering, p. 90-92.

131 Zie bijv. voor het medisch beroepsgeheim en het belang van geheimhouding door artsen Duijst 2005, p. 73 e.v.; Duijst & Thoonen 2018, p. 783. In het bijzonder de daarin opgenomen verwijzingen naar de jurisprudentie van het EHRM; voor het verschoningsrecht van de advocaat zie onder andere Brants & Spronken 2006; noot Schalken onder *NJ* 2009/508; Ölçer onder *EHRC* 2013/91.

hier niet om de enkele meningsuiting als individuele expressie of appreciatie die niet voor verificatie vatbaar is, maar op nieuwsgaring die berust op gegevens die anders niet in de openbaarheid zouden komen.'[132]

Hiermee onderstreept de wetgever de vervlechting van deze twee belangen die ten grondslag liggen aan het verschoningsrecht. Opnieuw kunnen we vaststellen dat ook met betrekking tot dergelijke normen niet één grondslag aan te wijzen is waarop de norm berust.

Tot slot kan worden gewezen op normen die veeleer samenhangen met de nevendoelstellingen van het strafproces waarbij in het bijzonder kan worden gedacht aan strafvorderlijke bevoegdheden waar een zekere preventieve werking van uitgaat.[133] In dit kader is de verruiming van opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen in de strijd tegen terrorisme het meest in het oog springende voorbeeld.[134] Met de Wet opsporing en vervolging van terroristische misdrijven heeft de wetgever de mogelijkheid in het leven geroepen om reeds in een eerder stadium – namelijk reeds voor het bestaan van een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit – het opsporingsonderzoek te starten en (bijzondere) opsporingsbevoegdheden in te zetten tegen personen jegens wie aanwijzingen bestaan dat zij zich bezighouden met het beramen van terroristische misdrijven.[135] Hoewel het hier gaat om diverse bevoegden van opsporingsambtenaren (en het OM) die betrekking hebben op uiteenlopende activiteiten, hebben zij een gemene deler.[136] Het uitgangspunt van de wetgever bij het in het leven roepen van deze strafvorderlijke normen is geweest om een wettelijke grondslag te bieden voor die 'opsporingshandelingen waarvan redelijkerwijs verwacht mag worden dat zij kunnen bijdragen aan het voorkomen van een terroristische aanslag'.[137] Het doel van de inzet van deze bevoegdheden is aldus in de eerste plaats de preventie van strafbare feiten. Daarnaast kan ook hier gewezen worden op een mensenrechtelijk aspect, zij het dat dit aspect tweezijdig is. In de eerste plaats dient de vastlegging van de verschillende bevoegdheden in de wet als een waarborg van de rechten (veelal privacy en het recht op vrijheid) van degenen jegens wie de bevoegdheid wordt ingezet. In die zin kunnen deze strafvorderlijke normen ook aangemerkt worden als rechtmatigheidsnormen. In de tweede plaats berust

132 *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 3, p. 1.
133 Hirsch Ballin 2012.
134 Borgers 2007, p. 44-48.
135 Naast de introductie van het toepassingscriterium 'aanwijzingen' zijn er ook andere opsporingsbevoegdheden ingevoerd in de strijd tegen terrorisme die volgens het 'oude' verdenkingscriterium inzetbaar zijn. Zie uitgebreid Borgers 2007, p. 44-45.
136 Zoals het starten van een verkennend onderzoek, het fouilleren van personen buiten concrete verdenking van een strafbaar feit en de inzet van een aantal bijzondere opsporingsbevoegdheden (observatie, pseudokoop, infiltratie en telefoontap), bewaring bij verdenking van een terroristisch misdrijf, ook buiten het geval van ernstige bezwaren; en uitstel van volledige inzage van processtukken.
137 *Kamerstukken II* 2004/05, 30164, 3, p. 1-2.

deze wetgeving ook op de positieve verplichtingen die voortvloeien uit mensenrechten. Van de staat wordt immers verwacht dat zij de voorzorgsmaatregelen treft om de veiligheid van zijn burgers te garanderen, waaronder ook maatregelen die de kans op een terroristische aanslag minimaliseren:

> 'Steeds meer wordt onderkend dat mensenrechten niet alleen beperkingen stellen aan bevoegdheden van de staat om in te grijpen in de individuele vrijheid van personen, maar ook verplichtingen inhouden om ter bescherming van de individuele vrijheid maatregelen te treffen. Oftewel: de staat heeft jegens zijn burgers niet alleen de negatieve verplichting zich te onthouden van bemoeienis met de individuele vrijheid, maar ook de positieve verplichting om maatregelen te treffen om die vrijheid te kunnen beleven. Daarbij gaat het primair om de bescherming van het recht op leven.'[138]

Het huidige politieke en maatschappelijke denken over de functie van het strafrecht in de preventie van strafbare feiten heeft eraan bijgedragen dat ook in het strafprocesrecht een zekere preventieve functie kan worden toegeschreven aan bepaalde strafvorderlijke normen. Het is hierbij wel van belang op te merken dat het hier om een andersoortige waarde gaat dan de hierboven besproken waarden. Daar waar van eerdergenoemde waarden een zekere bescherming (van het individu of van bepaalde maatschappelijke belangen) uitgaat van de strafvorderlijke norm *tegen* het overheidsoptreden, ligt het beschermende element van dit type normen juist in het handhavend optreden van de overheid jegens de burger. Zo bezien kan deze onderliggende waarde dan ook niet geheel op eenzelfde lijn beoordeeld worden als de hiervoor besproken waarden.

3.4 Rubricering van strafvorderlijke normen?

Hoewel het voor de hand ligt dat de onderliggende waarde van een strafvorderlijke norm richtinggevend zou kunnen zijn voor de wijze waarop het toezicht op die norm dient plaats te vinden, maakt het bovenstaande duidelijk dat een strikte rubricering van strafvorderlijke normen aan de hand van hun onderliggende waarden niet goed mogelijk is. Dergelijke pogingen zijn evenwel ook in het verleden ondernomen maar zijn telkens gestuit op dezelfde problemen.

In het kader van de invoering van artikel 359a Sv heeft de Commissie-Moons aandacht besteed aan de rubricering van vormvoorschriften om zo te komen tot een ontwerp waaruit kan worden afgeleid op welke wijze (en door wie) gereageerd dient te worden op de schending van de verschillende typen

138 Hirsch Ballin 2012, p. 663.

vormvoorschriften.[139] Zij heeft zich gebogen over de vraag of onderscheid in 'vormvoorschriften voor politiële en justitiële autoriteiten die doorgaans voorwaarden stellen aan de uitoefening van dwangmiddelen' enerzijds, en 'vormvoorschriften ter bescherming van de rechten van de verdachte en andere procesdeelnemers' anderzijds, behulpzaam zou zijn bij de beantwoording van de vraag hoe de rechter dient te reageren op de schending van vormvoorschriften.[140] In het bijzonder besteedde zij aandacht aan het door Machielse geopperde onderscheid tussen strafvorderlijke normen. Machielse stelde voor strafvorderlijke normen op te delen in normen die betrekking hebben op (a) de 'eerlijkheid en onpartijdigheid van de procedure', en 'bescherming van de verdachte en waarheidsvinding', enerzijds en (b) normen die 'het uiterlijk van het strafproces bepalen', zoals normen die de competentie bepalen en de wijze van het verloop van het geding voorschrijven anderzijds.[141] Een rubricering van deze vormvoorschriften met het oog op het bepalen van het bij schending van de norm toe te passen rechtsgevolg werd echter niet zinvol geacht omdat een scherp onderscheid tussen de verschillende type normen niet goed mogelijk bleek. De meeste strafvorderlijke normen hebben beide elementen in zich waardoor het niet eenvoudig is een onderscheid te maken tussen normen die een specifieke waarborg voor de verdachte bevatten en die welke meer als een instructienorm kunnen worden opgevat. Bovendien, zo overwoog de Commissie, brengt het rechtsstatelijke karakter van strafvordering mee dat 'los van de vraag of het belang van de verdachte geschonden is, geldt dat de overheid de publiekrechtelijke verplichting heeft de rechten van elke burger overeenkomstig de eisen van de rechtsstaat te respecteren'.[142] Tot slot onderstreepte zij dat een normschending zich in verschillende gradaties kan voordoen waardoor het niet eenvoudig is op voorhand vast te stellen welk rechtsgevolg aan een schending verbonden dient te worden.[143]

Reflecterend op deze overwegingen van de Commissie-Moons stelt Kuiper dat een dergelijke rubricering inderdaad zou resulteren in een dogmatische benadering van het reageren op vormfouten die gemakkelijk kan leiden tot onevenwichtige aandacht voor de bescherming van bepaalde belangen en te weinig oog voor daartegenover staande andere belangen. Ter illustratie wijst hij op de maatschappelijke ontwikkelingen in de jaren 70 die ertoe leidden dat er veel aandacht bestond voor de positie van het individu (de verdachte):

> 'In de jaren '70 kwam in Nederland een dergelijke benadering tot ontwikkeling waarin, passend bij het maatschappelijk gesternte, de nadruk lag op bescherming van de belangen van de verdachte. Met een andere tijdgeest kan met een dogmatische benadering de nadruk doorslaan naar de andere kant en het belang van

139 Zie over de totstandkoming van dit artikel hoofdstuk 6; verder Kuiper 2014, p. 45-54.
140 Rapport Commissie-Moons 1993, p. 16.
141 Rapport Commissie-Moons 1993, p. 21-22.
142 Rapport Commissie-Moons 1993, p. 22.
143 Rapport Commissie-Moons 1993, p. 24.

> waarheidsvinding en berechting te dominant worden. Tegenover dat belang staat het belang van (de verdachte als exponent van) de samenleving als geheel bij een behoorlijke rechtmatige opsporing.'[144]

Voor een evenredige rechtspraak waarin oog is voor de verschillende belangen die een rol spelen in het strafproces is het dan ook van belang dat de strafrechter de ruimte krijgt om tot een eigen afweging te komen. In Kuipers visie betekent dit evenwel niet dat de (zittings)rechter in zijn eentje de verantwoordelijkheid draagt voor het waarborgen en controleren van al deze strafvorderlijke belangen (of waarden).[145] Gezien de beperkte middelen die de strafrechter tot zijn beschikking krijgt in de controle van de naleving van strafvorderlijke normen is dat immers niet goed mogelijk. Bovendien speelt hier ook een normatief argument over de reikwijdte van de taak van de strafrechter: hij heeft in de eerste plaats de verantwoordelijkheid voor het waarborgen van het recht op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM. Dat betekent dat de controle van de strafvorderlijke normen die raken aan dit recht – en om in de terminologie van dit hoofdstuk te blijven: die als onderliggende waarde het recht op een eerlijk proces hebben – door de zittingsrechter dient te worden uitgevoerd. In dat kader dient hij te expliciteren welke 'welke belangen hij beschermt' wanneer hij reageert op een normschending. Het bevorderen van normconforme opsporing en bieden van compensatie aan de verdachte voor schending van andere rechten zijn in mindere mate een centrale taak van de rechter.[146]

De bovenstaande discussie wordt niet louter in de literatuur gevoerd maar is ook in de jurisprudentie te zien. Hoewel de wetgever nooit een antwoord heeft geformuleerd op de vraag welke categorieën normen de toepassing van een (bepaald) rechtsgevolg rechtvaardigen, vindt in de jurisprudentie wel een zekere mate van oriëntatie plaats op het belang van het onderscheiden van de onderliggende waarden van strafvorderlijke normen. Dat gebeurt echter niet in deze bewoordingen en ook zeker niet in deze mate. Ten eerste is een dergelijke benadering tot op zekere hoogte aanwezig in de wegingsfactoren die de Hoge Raad meeneemt in zijn oordeel over vormverzuimen, namelijk in de vorm van de *Schutznorm*.[147] De *Schutznorm* betreft weliswaar in de eerste plaats de vraag naar de *strekking* van de norm (en niet de onderliggende waarde ervan) maar gezien de sterke jurisprudentiële nadruk op de rechten en

144 Kuiper 2014, p. 162-163.
145 Kuiper 2014, p. 163-164.
146 Kuiper stelt dat deze taken kunnen 'slinken dan wel groeien, afhankelijk van de mate waarin andere actoren – binnen of buiten de strafrechtspleging – de verantwoordelijkheid voor de verwezenlijking van die doeleinden dragen en zich daarvan kwijten' (Kuiper 2014, p. 164).
147 In hoofdstuk 6 wordt hier nader op ingegaan. Voor nu is het enkel van belang op te merken dat de *Schutznorm* gebruikt wordt als relativering van het verzuim en dit criterium in de rechtspraak niet heeft geleid tot een systematische benadering van vormverzuimen.

belangen van de verdachte, wordt bij de toepassing van deze factor in zekere zin rekening gehouden met een bepaalde categorie strafvorderlijke normen. Ook wordt in de wettekst van artikel 359a Sv de eis geformuleerd dat de rechter bij het toepassen van een rechterlijke reactie rekening houdt met 'het belang dat het geschonden voorschrift dient'. In de jurisprudentie wordt aldus in zekere zin acht geslagen op het belang van strafvorderlijke normen waarmee soms ook de onderliggende waarde van de norm bij komt kijken.

De vraag is nu hoe de bovenstaande discussie in de literatuur en de jurisprudentiële focus op de categorie normen die het belang van de verdachte als onderliggende waarde hebben, zich verhouden tot het doel van dit hoofdstuk. Als gezegd beoogt dit hoofdstuk niet een vastliggende rubricering van strafvorderlijke normen voor te stellen, al dan niet met het oog op de te verbinden rechtgevolgen aan schending van die normen. Dat een dergelijke exercitie niet mogelijk is, is in het bovenstaande benadrukt. Immers, deze waarden en daarmee ook de corresponderende normen zijn niet altijd goed van elkaar te scheiden zijn. Het gaat hier om breed geformuleerde waarden die van belang zijn voor een goed functionerend strafproces. Wat hieronder moet worden verstaan is afhankelijk van zowel de maatschappelijke en rechtspolitieke tijdsgeest. Deze waarden hebben mede om die reden een hoge abstractiegraad, bieden veel interpretatieruimte en zijn gedragsongespecificeerd. Ze hebben rechtsnormen nodig om verplichtingen ten opzichte van het gedrag in het leven te roepen. Deze rechtsnormen geven aan welk gedrag als juist moet worden aangemerkt in het licht van de onderliggende waarde waarop de norm is gebaseerd en geven daarmee invulling aan deze waarden.[148] Deze invulling is dan ook geen statisch gegeven: wat als juist wordt gezien kan in tijd en plaats verschillen (of verschuiven) en bovendien kunnen nieuwe belangen een rol gaan spelen binnen bepaalde waarden zodat deze een ander bereik krijgen. Een illustratief voorbeeld is het diffuse karakter van het recht op een eerlijk proces. Dit recht (en de daaruit voortvloeiende deelrechten) wordt doorgaans gezien als een individueel en subjectief recht van de verdachte en als zodanig aangemerkt als een *rechtmatigheidsnorm*, terwijl zowel epistemologische als niet-epistemologische waarden onder dit recht geschaard kunnen worden.[149] Bovendien geeft het recht op een eerlijk proces ook de institutionele kaders aan van een voor de maatschappij eerlijke strafprocedure, zoals regels omtrent de externe openbaarheid van de strafprocedure.[150]

Ondanks de ambiguïteit van deze waarden moeten we echter wel vaststellen dat zij van belang zijn voor een goed functionerend strafproces en zij ten grondslag liggen aan de verschillende strafvorderlijke normen. Zij zijn daarmee een reden voor het in het leven roepen van deze strafvorderlijke normen. Voor een goed begrip van strafvorderlijke normen is het daarom noodzakelijk dat

148 WRR 2003, p. 10 en 58-59.
149 Pitcher 2018, p. 292-298.
150 Summers 2007, p. 169-172.

op enigerlei wijze rekening wordt gehouden met deze onderliggende waarden: zij hebben veelal een veelzijdig karakter en zijn veranderlijk van aard wat meebrengt dat bij de toepassing van de strafvorderlijke norm de rechter zich uitlaat over deze onderliggende waarde van de norm. De verschillende strafvorderlijke normen worden namelijk vanuit uiteenlopende redenen in het leven worden geroepen, welke redenen veelzijdig en veranderlijk van aard zijn. Dat wil zeggen dat zowel de invulling als de weging van deze onderliggende waarden van normen in tijd en plaats kan wisselen en niet altijd gelijk blijft aan hetgeen de wetgever bij het in het leven roepen van de norm in gedachten had. Dat brengt mee dat voor een goed begrip van de werking van het strafvorderlijk stelsel rekening gehouden moet worden met de onderliggende waarde van de norm en deze ook in het kader van de handhaving van de norm geëxpliciteerd wordt.

3.5 Conclusie

Met het normeren van het handelen van opsporingsambtenaren wordt beoogd een zekere ordening aan te brengen in het strafproces. Strafvorderlijke normen worden evenals andere rechtsnormen met een zeker doel in het leven geroepen en worden geacht nageleefd te worden. Evenals andere rechtsnormen wordt ook de inhoud van deze strafvorderlijke normen in belangrijke mate bepaald door de wetgever. Zo bezien kan ook de normering van strafvordering in grote mate worden beschouwd als een rechtspolitieke aangelegenheid. Ook hier is de wetgever echter niet geheel vrij in de wijze en inhoud van de inrichting, of om in de terminologie van het vorige hoofdstuk te blijven, de ordening van het strafproces. Het waarborgkarakter van het recht en in het bijzonder de grondslagen en doelstellingen van het strafprocesrecht brengen mee dat de wetgever bij het in het leven roepen van strafvorderlijke normen mede rekening dient te houden met bepaalde rechtsstatelijke vereisten zoals de bescherming van grondrechten van burgers. Aan de hand van de hoofddoelstelling van het strafproces en de daarvan afgeleide doelstellingen kan een aantal waarden onderscheiden worden die ten grondslag liggen aan strafvorderlijke normen. Deze waarden kunnen deels (direct dan wel indirect) afgeleid worden van de twee belangrijkste doelstellingen van het strafproces: het enerzijds achterhalen van de (materiële) waarheid en anderzijds bieden van de noodzakelijke bescherming aan de (verdachte) burger. Te denken valt aan rechtsnormen die regels bevatten voor de uitoefening van bevoegdheden die kunnen raken aan de verschillende rechten van burgers, zoals het recht op lichamelijke integriteit en het recht op privacy. Deels bestaan er ook strafvorderlijke normen die in mindere mate direct te herleiden zijn tot deze twee belangrijkste doelstellingen van het strafproces. De wetgever reageert met wetgeving immers ook op bepaalde maatschappelijke ontwikkelingen. Dat brengt noodzakelijkerwijs mee dat niet alle normen teruggevoerd kunnen worden op de meest fundamen-

tele uitgangspunten van het strafproces, maar soms een meer pragmatische aanleiding hebben. Bovendien brengt de hoge abstractiegraad van deze doelstellingen mee dat zij naar tijd en plaats verschillend geïnterpreteerd kunnen worden. Datzelfde geldt in zekere zin ook voor de onderliggende waarden van strafvorderlijke normen, deze kunnen niet alleen onderling overlappen maar kunnen daarnaast ook op uiteenlopende wijzen worden ingevuld. Het identificeren en uit elkaar houden van die redenen is op zichzelf al geen gemakkelijke opgave, laat staan een rubricering van normen aan de hand van deze onderliggende waarden.

Concluderend kan worden gesteld dat strafvorderlijke normen om een verscheidenheid van redenen in het leven geroepen worden. Deels hangen deze redenen samen met de fundamentele grondslagen en uitgangspunten van het Wetboek van Strafvordering (en daarmee het strafvorderlijk stelsel) maar dat hoeft niet noodzakelijkerwijs het geval te zijn. Wetgeving is immers ook een belangrijk middel voor de sturing van de samenleving en het reageren op maatschappelijke ontwikkelingen. Van een strikte doelbinding is dan ook geen sprake. Wil een norm echter effectief zijn, in die zin dat de daarmee gestelde doelen worden bereikt en de norm op bedoelde wijze het gedrag van de normadressaat stuurt, dan is het van wezenlijk belang dat de norm wordt nageleefd. Hiervoor is het noodzakelijk dat er een goed begrip bestaat van de functie van de norm: wat beoogt de norm te beschermen en welke waarden zijn er in het geding bij de overtreding van de norm?

4 Ontwikkeling van het strafvorderlijk normenkader

4.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken is het normeren als activiteit onder de loep genomen en is gezocht naar de onderliggende redenen voor het in het leven roepen van (strafvorderlijke) rechtsnormen). Om een beeld te krijgen van de (complexiteit van) redenen die ten grondslag liggen aan de normering van het strafproces is het echter van belang om de ontwikkeling van het huidige strafvorderlijk normenstelsel in kaart te brengen. In dit hoofdstuk wordt daarom een nadere blik geworpen op deze strafvorderlijke normen en de wijze waarop het thans bestaande normatief kader tot ontwikkeling is gekomen. Deze regels vormen samen het speelveld van normen waaraan het handelen van opsporingsambtenaren dient te beantwoorden. Naast de meer theoretische onderliggende waarden die deze normen hebben, kunnen er ook – veelal naar aanleiding van maatschappelijke en politieke ontwikkelingen – meer pragmatische en praktische redenen aangewezen worden die ten grondslag hebben gelegen aan de totstandkoming van deze regels. Zoals in het vorige hoofdstuk reeds opgemerkt, staan deze ontwikkelingen niet los van de weging en invulling van de onderliggende waarden van strafvorderlijke normen maar beïnvloeden zij zowel de wijze waarop deze waarden worden ingevuld als het belang dat gehecht kan worden aan deze waarden. In dit hoofdstuk volgt een algemene schets van de ontwikkeling van het strafprocesrecht sinds de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafvordering in 1926. Met de invoering van het huidige Wetboek van Strafvordering werd beoogd een samenhangend, overzichtelijk en toegankelijk stelsel van strafprocessuele normen vast te leggen. Gestreefd werd dan ook om het strafprocesrecht zoveel mogelijk bij de wet te regelen en zo tegemoet te komen aan de verschillende waarden van het strafproces. Ten gevolge van verschillende politieke en juridische ontwikkelingen is dit kader echter steeds nader aangevuld met verschillende soorten normen. De vraag is dan ook hoe dat speelveld van normen er thans uitziet.

Het is vanzelfsprekend een onmogelijke taak om in detail op alle belangrijke ontwikkelingen in te gaan die zich in de afgelopen decennia hebben voorgedaan. Beoogd wordt dan ook niet een volledig beeld te geven van het gehele strafprocesrecht, maar slechts een bespreking op hoofdlijnen van de ontwikkeling van het normatief kader waar het handelen van politie en justitie in het kader van de opsporing aan dient te beantwoorden. De onderstaande beschrijving is grotendeels ingestoken vanuit de historische ontwikkeling van de

normering van het strafproces en de indeling in de verschillende paragrafen correspondeert veelal met bepaalde periodes. Die ontwikkelingen laten zich niet altijd strikt van elkaar onderscheiden, maar vallen samen en zijn soms het gevolg van dezelfde maatschappelijke gebeurtenissen. Om toch tot een gestructureerde bespreking te komen van het verloop van strafvorderlijke regelgeving is het aldus van belang een keuze te maken in de wijze waarop deze ontwikkeling wordt geschetst. In het hiernavolgende is gekozen voor een chronologische bespreking waarbij de invoering van de strafvorderlijke norm het startpunt vormt van de bespreking. Bij de bespreking zal de politieke en maatschappelijke tijdsgeest zoveel mogelijk in relatie worden gebracht met de ontwikkelingen in het strafproces en zal daar waar nodig de samenloop van de verschillende ontwikkelingen worden geduid.

4.2 Codificatie van het strafproces

Hoewel de eerste Nederlandse Criminele Ordonnantiën al uit de 16de eeuw stammen, en zelfs strafprocessuele regels voor die tijd aanwezig waren, werd pas na de onafhankelijkheid van de Franse bezetter in het begin van de 19de eeuw het eerste Nederlandse Wetboek van Strafvordering ingevoerd.[1] Voor die tijd was er geen sprake van een coherent en uniform strafproces.[2] De invoering van een strafvorderlijk wetboek waarin het gehele strafproces werd geregeld hing (deels) samen met de behoefte om te komen tot een meer systematische ordening van het strafproces en de erkenning van de rechten van de burger tegenover de staat. Deze ontwikkeling was sterk beïnvloed door de codificatiegedachte die in de 18de eeuw ook in Nederland voet aan de grond kreeg. In de eerste Nederlandse grondwet van 1798 werd immers al een codificatieplicht voor de wetgever in het leven geroepen.[3] Hoewel codificatie op verschillende wijze kan worden uitgelegd, verwijst de codificatieplicht voor de wetgever doorgaans naar het op samenhangende en stelselmatig wijze vastleggen van wetten in formele zin en in 'algemene wetboeken' om de rechtseenheid en rechtszekerheid te bevorderen.[4]

Deels hangt de codificatie van het Wetboek van Strafvordering ook samen met de wens om na de onafhankelijkheid van Frankrijk eigen Nederlandse wetgeving te creëren. Het Wetboek van Strafvordering uit 1838 was echter nog steeds grotendeels gebaseerd op het daarvoor geldende Franse Code d'Instructions Criminelle. Velen merkten dan ook op dat dit wetboek niet meer

1 Simons 1925, p. 3-16; Drenth 1939, p. 186-210.
2 Simons 1925, p. 11-12.
3 Art. 28 Burgerlijke en Staatkundige Grondregels van de Staatsregeling van 1798; Het codificatieartikel staat thans in art. 107 Grondwet.
4 *Kamerstukken II*, 1977/78, 15046, 3, p. 4; Zie voor verschillende interpretaties van codificatie Nolte 1948, p. 2-3.

was dan een vertaling van het oude Franse wetboek, bovendien was er behoefte aan een meer doordacht stelsel van strafvordering.[5] Dit resulteerde uiteindelijk in een gedeeltelijke herziening van het wetboek in 1886.[6] Het ging hierbij echter om maar een zeer beperkte herziening, en raakte niet aan de beginselen van het strafproces.[7] Evenals in het oude wetboek, bleef het onderscheid tussen het vooronderzoek, gekenmerkt door een geheim en schriftelijk onderzoek waarin de verdachte (toen nog beklaagde) geen procespartij was, en een openbaar en mondeling eindonderzoek, gehandhaafd.[8] Aangezien ook dit wetboek niet substantieel was gewijzigd ten opzichte van het vorige wetboek, en daarmee dus nog steeds grotendeels afgeleid was van het Franse strafprocesrecht, bleef de behoefte bestaan om een geheel nieuw en eigen Nederlands wetboek in te voeren.[9] Bovendien bestond in de politiek steeds meer aandacht voor de positie van de verdachte en zijn rechten.

Aan deze behoefte werd vanaf het begin van de 20ste eeuw gehoor gegeven. De Staatscommissie Ort hield zich vanaf 1910 bezig met de samenstelling van een geheel nieuw Wetboek van Strafvordering. Het ontwerp van dit wetboek werd uiteindelijk in 1920, na een aantal keer te zijn gewijzigd, behandeld in de Tweede Kamer. De behandelingen en openbare zittingen brachten nog een aantal andere wijzigingen met zich waarna het wetboek uiteindelijk in 1926 in werking trad.[10] Dit wetboek bracht een aantal principiële wijzigingen in het strafproces met zich.[11] Zo werden voor het eerst expliciet rechten toegekend aan de verdachte in het strafvorderlijke vooronderzoek. Drenth merkt hierover op dat niet langer werd gesproken van de beklaagde maar van de verdachte. Hiermee veranderde ook zijn positie in het vooronderzoek van 'object van onderzoek' tot 'subject van rechten'.[12] Niet alleen de procespositie van de verdachte werd verbeterd, maar ook de bevoegdheden van het OM en andere opsporingsambtenaren werden flink uitgebreid en duidelijk in de wet neergelegd. Over het algemeen ging het hier om bevoegdheden die ook reeds voor de invoering van dit wetboek aangewend werden door opsporingsambtenaren, maar die nu duidelijker en zorgvuldiger omschreven werden in

5 Zie voor de beschrijving van Drenth van de bespreking in de Tweede Kamer naar aanleiding van de herziening van het wetboek van 1838: Drenth 1939, p. 216.
6 Drenth 1939, p. 216-217; Minkenhof/Reijntjes 2006, p. 8-9.
7 Simons 1925, p. 18-19.
8 Simons 1925, p. 16-17.
9 Minkenhof/Reijntjes wijst op het feit dat de wijzigingen eigenlijk enkel zagen op de regeling van het voorarrest en aanpassingen die gepaard gingen met wijzigingen in de Wet RO, Minkenhof/Reijntjes 2006, p. 9.
10 Invoeringswet Strafvordering, Wet van 29 juni 1925, *Stb.* 1925, 308.
11 Zie uitgebreid Lindenberg 2002.
12 Drenth 1939, p. 221.

het wetboek.[13] Uiteindelijk streefde de wetgever er immers naar om – conform het uitgangspunt van de codificatie – het strafprocesrecht zoveel mogelijk in één systematisch wetboek te regelen en zoveel mogelijk tegemoet te komen aan de gedachte dat de rechten van burgers tegenover de staat erkenning verdienen en inbreuken op dergelijke rechten op de wet gebaseerd moeten zijn:

> 'Het Ontwerp breidt de rechten uit van de vervolgende autoriteit en van den verdachte. Bij het eerste is gestreefd naar waarborgen tegen een sterk ingrijpen in individuele rechten waar de noodzakelijkheid dit niet dringend vordert; bij het tweede naar eene zoodanige omschrijving, dat het belang van het onderzoek niet in gevaar kan worden gebracht.'[14]

Een streven dat voortvloeit uit de codificatiegedachte en doorklinkt in het eerste artikel van het wetboek. Kortom, dit Wetboek van Strafvordering uit 1926 vormt sinds zijn inwerkingtreding de grondslag van de bevoegdheden van politie en justitie in het kader van de opsporing en vervolging van strafbare feiten.

Ondanks het streven om het strafproces zo volledig mogelijk in het Wetboek van Strafvordering te regelen, waren de bevoegdheden van politie en justitie niet uitputtend in de wet neergelegd. Ten eerste bestond reeds in het wetboek de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur nadere strafvorderlijke regels in te stellen.[15] Ook het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel wordt zo geïnterpreteerd dat het er niet aan in de weg staat dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld omtrent de wijze van uitvoering van strafvorderlijke bevoegdheden.[16] Ten tweede gaf het wetboek enkel de regels aan van het handelen vanaf het moment dat sprake was van verdenking van een strafbaar feit: de fase van opsporing. Dat betekent dat de toezicht- en controlebevoegdheden van de politie daarmee direct al buiten dit wetboek vielen. Bovendien was deze opsporingsfase – en daarmee de verschillende bevoegdheden van opsporingsambtenaren in deze fase – maar zeer summier genormeerd in de wet. Het feit dat het wetboek geen uitgebreide regeling van de opsporing en vervolging bevatte hing grotendeels samen met het dominante kader van het gerechtelijk vooronderzoek. Door de rol die de rechter-commissaris daarbinnen speelde, was er weinig

13 Bijvoorbeeld de bevoegdheid tot inbeslagname, deze was voorheen onvolledig en verspreid over diverse artikelen geregeld maar werd in het wetboek van 1926 samengebracht onder één afdeling. Zie hierover Simons 1925, p. 100; maar ook andere bevoegdheden die daarvoor niet geregeld waren in het wetboek werden nu wel uitdrukkelijk geregeld, zoals het onderzoek aan het lichaam of aan de kleding (art. 56 Sv), zie Simons 1925, p. 95.

14 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, 3, p. 59.

15 Zie Corstens 1987, p. 99 voor een bespreking van diverse artikelen uit het Wetboek van Strafvordering waar aan de lagere wetgever wordt gedelegeerd.

16 HR 26 februari 1985, *NJ* 1985/595, m.nt. Van Veen.

behoefte aan een gedetailleerde normering van de opsporing. In de memorie van toelichting weegt de wetgever de verschillende mogelijkheden voor de wijze (of mate van detail) waarin strafvorderlijke normen geregeld kunnen worden. De wetgever kan:

> 'ofwel aan de vervolgende Overheid hare rechten zoo zuinig mogelijk toe te bedeelen, haar niet meer macht toekennen dan streng noodzakelijk, ten einde op die wijze de belangen de belangen van de individuen zoo min mogelijk te treffen, en dan daartegenover ook de rechten van het individu bij het optreden van die Overheid aan zeer beperkende maatregelen binden, d.w.z. men kan uit wantrouwen tegenover beide partijen, aan beide partijen niet meer bevoegdheden toekennen dan even noodzakelijk is. Of wel (...) Men kan ruime rechten toekennen aan politie en justitie, doch de uitvoering ervan, voorzoover dit mogelijk is, stellen onder de controle van den onafhankelijken rechter.'[17]

Uiteindelijk koos de wetgever deze tweede optie en werden de strafvorderlijke rechten en bevoegdheden in brede zin opgesteld. Deze keuze heeft grote gevolgen gehad voor de latere ontwikkeling van het strafvorderlijk normatief kader. De ruime bevoegdheidstoedeling bracht immers ook een brede discretionaire ruimte voor opsporingsambtenaren met zich dat later door de rechter – en daarna door het OM – nader moest worden genormeerd.

4.3 Opkomst van bijzonder strafrecht

Ondanks de bedoeling van de wetgever om aansluiting te vinden bij de codificatiegedachte en het strafproces – en al in 1886 het strafrecht – zoveel mogelijk in één wetboek te regelen, werd tamelijk snel na de invoering van het Wetboek van Strafvordering ook regelgeving in afzonderlijke bijzondere wetten in het leven geroepen. Al vrij snel na de invoering van het Wetboek van Strafrecht werd in 1890 de Wapenwet ingevoerd.[18] Deze regeling was zeer bescheiden en bevatte slechts zes artikelen, waarvan geen enkel artikel gewijd was aan de opsporing van de strafbaarstellingen. Pas enige tijd na de Tweede Wereldoorlog ontstond de behoefte om repressiever op te treden tegen verboden wapenbezit als gevolg waarvan de – inmiddels in 1919 aangepaste – Vuurwapenwet werd aangevuld met de Wet tot wering van ongewenste handwapenen en later vervangen door de huidige Wet wapens en munitie.[19]

---

17 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, 3, p. 55.

18 Wet van 9 mei 1890, *Stb.* 1890. 81; Sackers wijst als reden voor de invoering van deze wet na de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafrecht naar de onenigheid in de Kamer over het nut van een dergelijk verbod. De Kamerleden gaven er uiteindelijk de voorkeur aan te werken met een systeem van gekwalificeerde delicten, waarbij op misdrijven gepleegd met een wapen een hogere straf zou staan, Sackers 2012, p. 35.

19 Zie uitgebreid over de geschiedenis van de wapenwetten, Sackers 2012, p. 33-68.

De bevoegdheden voor de handhaving en opsporing van de WWM werden dan ook pas later afzonderlijk geregeld, eerst in richtlijnen en daarna in de WWM.[20]

Andere bijzondere wetten volgden al snel na de Wapenwet. In 1928 trad ook de Opiumwet in werking, naar aanleiding van het in 1925 gesloten Internationale Opiumverdrag.[21] Tot aan de zestiger jaren bestond er weinig strafrechtelijke aandacht voor opiumdelicten en speelden drugs geen groot probleem in de Nederlandse maatschappij. Dit veranderde echter gedurende de jaren 60 en 70 als gevolg van de komst van toenemend drugsgebruik (en nieuwe drugssoorten) en de populariteit van marihuana en hasjiesj.[22] Ondanks dat de Opiumwet maar weinig strafvorderlijke bepalingen bevatte – de wetgever had slechts een verruiming van een aantal opsporingsbevoegdheid opgenomen in artikel 10 van die wet[23] –, had de wet vanwege de maatschappelijke veranderingen in de jaren 60 en 70 alsnog een aanzienlijke invloed op het strafprocesrecht. Als gevolg van de toename in drugsdelicten kwamen vanaf de tweede helft van de jaren 70 veel richtlijnen en aanwijzingen van het OM ten aanzien van de opsporing en vervolging van opiumdelicten tot stand.[24]

In deze periode kwamen ook op andere treinen steeds meer afzonderlijke wetten, zoals de in 1935 ingevoerde Wegenverkeerswet en de Wet economische delicten uit 1951, waarin een aantal ordeningswetten is vastgelegd. Niet veel later werd ook het fiscale strafrecht door middel van een bijzondere wet ingevoerd in de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen.[25] Hoewel de opsporing van al deze feiten dikwijls ook onder het Wetboek van Strafvordering kon worden uitgevoerd, bevatten deze wetten (inmiddels) een groot aantal afzonderlijke strafvorderlijke bevoegdheden. De reden van afzonderlijke toekenning van opsporingsbevoegdheden in deze bijzondere wetten is dat deze bevoegdheden doorgaans een ruimer bereik hebben dan de algemene bevoegdheden in het Wetboek van Strafvordering, en daarom eerder kunnen worden toegepast.

Hoewel het uitgangspunt dat het straf- en strafprocesrecht bij voorkeur in algemene wetboeken geregeld dienen te zijn om zo de rechtseenheid en rechtszekerheid te bevorderen, nog steeds bestaat, is er aldus vanaf na de Tweede Wereldoorlog een proliferatie van bijzondere strafwetten waarneembaar. De meeste bijzondere wetten bevatten aanvankelijk weinig strafvorderlijke regelingen, maar inmiddels hebben de bijzondere wetten ook afzonderlijke strafvorderlijke regelingen. Bovendien gaat een aantal van deze wetten gepaard

20 De eerste richtlijnen zijn afkomstig uit het einde van de jaren 70, zie Sackers 2012, p. 264-267.
21 *Stb.* 1928, 356.
22 Zie Blom 2008, p. 1-36.
23 Het huidige art. 9 Opiumwet.
24 Zie verder § 4.6.
25 *Stb.* 1959, 301.

met eigen richtlijnen en aanwijzingen voor de strafvorderlijke overheid waarin eveneens het handelen van politie en justitie nader is genormeerd.[26]

4.4 Mensenrechten en het strafproces

Het concept mensenrechten en de gedachte dat het individu beschermd dient te worden tegen de staat was aan het begin van de 19de eeuw niet nieuw. De invoering van de Grondwet in 1798, maar ook de discussies in het parlement ten tijde van de invoering van het Wetboek van Strafvordering, maken duidelijk dat dit onderwerp al lang deel uitmaakte van het politieke en juridische debat.[27] Reeds in 1926 werden de rechten van (verdachte) burgers expliciet erkend in het Wetboek van Strafvordering en werd er belang gehecht aan de bescherming van de individuele vrijheid van burgers in het kader van het strafproces. Toch duurde het nog tot in de jaren 50 eer daadwerkelijk aandacht ontstond voor deze kwestie. Al snel na de invoering van het Wetboek van Strafvordering werd het 'individualistische' karakter van het wetboek bekritiseerd. Zowel tijdens als na de invoering van het wetboek in 1926 gingen veel stemmen op om de rechten van de verdachte – met name het zwijgrecht en het recht op vrije verkeer met raadsman – in te perken dan wel af te schaffen.[28] Het wetboek werd geacht te veel waarde te hechten aan het belang van (de bescherming van) het individu ten opzichte van de staat of de gemeenschap. Drenth brengt deze ontwikkeling in verband met de politieke opvattingen van die tijd: 'Aan deze richting is niet vreemd de Nationaal-socialistische les, die in haar anti-individualistische strekking het recht van de gemeenschap sterk op den voorgrond plaatst.'[29]

Na de Tweede Wereldoorlog veranderde het politieke en maatschappelijke denken en ontstond veel aandacht voor de bescherming van het individu tegen de staat. In deze 'bevrijdingspolitiek' van vlak na de Tweede Wereldoorlog

---

26 De meeste bijzondere wetten hebben strafvorderingsrichtlijnen, maar hier zijn veelal slechts richtlijnen in opgenomen ten aanzien van de wijze waarop standaarddelicten worden afgedaan. Daarnaast zijn er ook aanwijzingen voor de opsporing van bepaalde bijzondere delicten, bijvoorbeeld voor economische, milieu- en fraudedelicten; zie Aanwijzing bemonstering en analyse milieudelicten (2009A017); Aanwijzing sociale zekerheidsfraude (2016A001); Aanwijzing handhaving Arbeidsomstandighedenwet en arbeidstijdenwet (2018A006); ook andere bijzondere wetten hebben aanwijzingen voor de opsporing, in het bijzonder de WWV (zie onder andere Aanwijzing feitgecodeerde misdrijven, overtredingen en muldergedragingen (2017A009) en Aanwijzing meting snelheidsoverschrijdingen (2015A005)); de Opiumwet Aanwijzing Opiumwet (2015A003).

27 In het buitenland waren veel mensenrechten zelfs lang daarvoor reeds gecodificeerd, zie bijvoorbeeld de Amerikaanse Onafhankelijkheidsverklaring (1776) en de Franse Verklaring van de Rechten van de Mens en de Burger (1795); zie uitgebreid over de totstandkoming van Europese mensenrechten Duranti 2017; Bates 2010 over de geschiedenis en ontwikkeling van het EVRM.

28 Zie de uitvoerige bespreking in Drenth 1939, p. 224-230.

29 Drenth 1939, p. 230.

lag de nadruk op het herstel van de democratie en de bescherming van vrijheidsrechten en fundamentele rechten van burgers.[30] De grootschalige schendingen van mensenrechten tijdens de Tweede Wereldoorlog brachten het politieke besef dat de bescherming van mensenrechten op internationaal niveau gewaarborgd dienen te worden. Het gevolg hiervan was dat in die periode veel internationale (mensenrechtelijke) verdragen werden gesloten.[31] In 1948 werd door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens ('UVRM') aangenomen. Deze verklaring had een grote politiek-symbolische functie, maar was juridisch niet bindend. Zij onderstreepte echter wel het belang van een internationale standaard voor mensenrechtenbescherming: 'a common standard achievement for all peoples and nations'.[32] Onder invloed van deze internationale ontwikkeling werd ook in Europa een mensenrechtelijk verdrag opgesteld. In 1950 werd het door de Raad van Europa opgestelde Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, waarvan de tekst grotendeels gebaseerd is op de UVRM, getekend door twaalf Europese landen.[33] Met de invoering van het EVRM beoogde de Raad van Europa de bescherming van fundamentele en noodzakelijke vrijheden van burgers in een rechtsstaat op Europees niveau te waarborgen. Het verdrag gaat aldus uit van de gedachte dat de bescherming van fundamentele rechten van burgers niet langer een nationale aangelegenheid is.[34] Met het oog hierop werd ook een Europees Hof voor de Rechten van de Mens in het leven geroepen dat als laatste instantie bevoegd was zich uit te laten over schendingen van verdragsrechten.[35] In 1966 werd het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR) opgesteld, dat in 1979 in werking trad.[36] De in het EVRM gewaarborgde rechten werden met de inwerkingtreding van het IVPBR ook op mondiaal niveau in een juridisch bindend instrument vastgelegd. Zowel het IVBPR als het EVRM maken deel uit van het Nederlandse recht, waardoor burgers direct een beroep kunnen doen op deze rechten.[37] Daarnaast geldt voor het EVRM dat ook de uitspraken van het EHRM bindend

30 Schuyt 2006, p. 26-28.
31 Naast mensenrechtenverdragen werden in die periode ook de Geneefse Conventies gesloten waarin het internationaal humanitair recht werd vastgelegd, om zo burgers ten tijde van gewapende conflicten zoveel mogelijk te ontzien.
32 Preambule Universele Verklaring van de Rechten van Mens.
33 Verdrag tot bescherming van de Rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, *Trb.* 1951, 154.
34 Zie o.a. Rainey, Wicks & Ovey 2014, p. 3-21 voor een beschrijving van de historische ontwikkeling ten tijde van de ondertekening van het EVRM.
35 Zie uitgebreid over de procedure zoals uiteengezet door de verdragspartijen: Myjer 2002, p. 6-7.
36 Verdrag van 19 december 1966, *Trb.* 1969, 99; ook sociale en economische rechten werden reeds als mensenrechten gekenmerkt maar zijn in het kader van dit onderzoek minder van belang.
37 Art. 93 & 94 Gw.

worden geacht voor de Nederlandse rechtsorde.[38] Hoewel beide mensenrechtelijke verdragen direct doorwerken in het Nederlandse recht, is het EVRM van groter belang geweest voor de ontwikkeling van het Nederlandse recht. Dit kan grotendeels worden verklaard door enerzijds het bestaan van het individueel klachtrecht bij het EHRM, en de omvangrijke jurisprudentie van het EHRM die dientengevolge is ontstaan, en anderzijds het feit dat het toezichtsorgaan van het IVBPR (het Mensenrechtencomité van de Verenigde Naties) geen formeel verbindende uitspraken doet over de toepassing van het Verdrag. In het vervolg zal daarom met name gerefereerd worden aan het EVRM.

Hoewel de invloed van het EVRM op het huidige (strafproces)recht nauwelijks meer weg te denken is, heeft het lang geduurd voordat de Nederlandse strafrechtspleging daadwerkelijk beïnvloed werd door het EVRM.[39] Ten tijde van de invoering van het EVRM, en in het bijzonder de onderhandelingen met betrekking tot het instellen van een Europees hof en het daarmee samenhangende individueel klachtrecht, was de Nederlandse regering niet gerust op de eventuele invloed die het EVRM zou hebben op het Nederlandse recht. Vanuit de politiek vreesde men voor de omslachtige procedure bij het EHRM en de hoge kosten die dat met zich zou brengen. Ook juridisch gezien waren er twijfels over het EVRM, met name de rechtstreekse werking van de niet al te duidelijk omschreven bepalingen werd als eventueel problematisch ervaren.[40] Niettemin ging de Kamer uiteindelijk akkoord met zowel de instelling van het EHRM als het individueel klachtenrecht.[41] Men ging ervan uit dat de Nederlandse wetgeving de toets aan het EVRM ruimschoots zou doorstaan. Dit vertrouwen in het eigen rechtstelsel wordt door Myjer als volgt beschreven: 'In de Kamer was men het erover eens dat het EVRM "een duidelijke uitspraak bevat tegenover de totalitaire landen in Europa, waar van de waarborging van deze rechten en vrijheden helaas geen sprake is". Of anders gezegd: bij ons zat het allemaal wel goed, maar het buitenland zou er wel zijn voordeel mee kunnen doen.'[42] Ook bestond veel vertrouwen in de eigen strafvorderlijke wetgeving. Met betrekking tot het strafproces, waarvoor het EVRM immers een aantal belangrijke waarborgen voor biedt, werd door de minister van Justitie opgemerkt dat 'het complex regelingen van de Nederlandse wet, zowel van strafrechtelijke als van andere aard, voldoende waarborgen biedt dat deze beginselen in ons land eerbiediging zullen vinden'.[43] Kortom, men ging ervan-

38 Art.46 lid 1 EVRM bepaalt dat staten zich dienen te houden aan de einduitspraak van het EHRM indien zij daarbij partij zijn. Zie over de rechtsgevolgen van uitspraken van het EHRM: Vande Lanotte & Haeck 2005, p. 695-752.

39 Lawson 2000, p. 11-12.

40 Zie Myjer 2002, p. 8-9.

41 Dit gebeurde echter wel pas in 1960 nadat bleek dat het Straatsburgse beleid ten aanzien van het individueel klachtenrecht nogal terughoudend was.

42 Myjer 2002, p. 8.

43 *Kamerstukken II* 1953/54, 6, p. 3; Myjer 2002, p. 9.

uit dat het bestaande strafvorderlijke stelsel reeds een wettelijk kader bood voor een eerlijke strafprocedure.

Dit vertrouwen in het eigen juridisch strafvorderlijk systeem bleek echter niet geheel terecht te zijn. Aan het einde van de jaren 70 werd de eerste verdragsschending van Nederland door het EHRM vastgesteld,[44] maar vanaf halverwege de jaren 80 kwam de jurisprudentie van het EHRM ten aanzien van het straf(proces) echt van de grond.[45] Een van de eerste – en voor het strafproces meest ingrijpende – arresten die het EHRM wees tegen Nederland betrof de zaak *Kostovski*. In deze zaak oordeelde het Europese Hof dat de Nederlandse praktijk inzake het gebruik van verklaringen van anonieme getuigen in strijd was met het recht op een eerlijk proces.[46] Een aantal jaren later oordeelde het Hof in *Van Mechelen* opnieuw dat de wijze waarop de anonieme getuigen gehoord waren in de strafzaak tegen de verdachte strijd opleverde met het ondervragingsrecht zoals gewaarborgd in artikel 6 EVRM.[47] Deze jurisprudentie leidde tot nadere wettelijke waarborgen omtrent het gebruik van anonieme getuigenverklaringen in het strafproces.[48] In dezelfde periode benadrukte het Hof in een reeks arresten het in artikel 6 gewaarborgde recht op berechting binnen een redelijke termijn.[49] De eis dat een berechting binnen een redelijke termijn plaatsvindt, legt verplichtingen op de zittingsrechter maar roept daarnaast een zorgplicht in het leven voor de officier van justitie (en de rechter-commissaris). De officier van justitie is immers verantwoordelijk voor het verloop van het voorbereidend onderzoek en dient toe te zien op een voortvarend verloop hiervan.[50] Inmiddels behoort de redelijke termijn tot de kern van het recht op een eerlijk proces.

De invloed van het Hof is echter niet beperkt tot die zaken waar Nederland direct als partij betrokken is, ook de Straatsburgse jurisprudentie tegen andere landen heeft in grote mate haar uitwerking gehad op het Nederlandse recht.

---

44 Zie bijv. EHRM 8 juni 1976, 5100/71, (*Engel e.a./Nederland*) waarin het Hof bepaalde dat art. 6 EVRM ook van toepassing is op het militair tuchtrecht.

45 Zie bijv. EHRM 26 maart 1985, 8978/80, (*X en Y/ Nederland*).

46 EHRM 20 november 1989, 11454/85, (*Kostovski/Nederland*).

47 EHRM 23 april 1997, 21363/93, (*Van Mechelen/Nederland*); in *Doorson/Nederland* oordeelde het hof opnieuw over deze kwestie maar oordeelde dat hier wel voldoende compensatie was geboden voor de beperkingen op het ondervragingsrecht van de verdediging EHRM 26 maart 1996, 20524/92, (*Doorson/Nederland*).

48 In eerste instantie reageerde de Hoge Raad door de eisen aan het gebruik van anoniem getuigenbewijs te verscherpen: *NJ* 1990/692, m.nt. Van Veen; In 1994 trad de Wet getuigenbescherming in werking waarmee een nieuwe regeling in het Wetboek van Strafvordering in het leven werd geroepen voor het gebruik van anoniem getuigenbewijs; Nederland is echter ook nadien veroordeeld voor een schending van art. 6 EVRM in verband met deze materie (EHRM 14 februari 2002, 26668/95, (*Visser/ Nederland*).

49 EHRM 25 november 1992, 12728/87 (*Abdoella/Nederland*); EHRM 26 mei 1993, 26/1992/371/445 (*Bunkate/Nederland*) en ten slotte Hoezee waarin het Hof geen schending aannam wegens de complexiteit van de zaak: EHRM 22 mei 1998, 81/1997/865/1076 (*Hozee/Nederland*);

50 De rechtsgevolgen van de schending van de redelijke termijn zijn uiteengezet in de jurisprudentie van de Hoge Raad en zullen in een ander hoofdstuk besproken worden.

Als gevolg van deze grote hoeveelheid Straatsburgse jurisprudentie heeft het EHRM in de loop der jaren veel belangrijke veranderingen teweeggebracht in de inrichting van het Nederlandse strafproces. In 1988 besliste het Hof in het *Brogan*-arrest tegen het Verenigd Koninkrijk over de betekenis van 'onverwijlde' voorgeleiding voor de rechten na een arrestatie in het licht van artikel 5 EVRM.[51] Naar aanleiding van dit arrest werd door het College van Procureurs-Generaal een richtlijn in het leven geroepen voor de inverzekeringstelling waarin onder meer de maximale duur van dit dwangmiddel werd vastgelegd.[52] Niet veel later volgende een wetswijziging waarin het Wetboek van Strafvordering werd aangepast om tegemoet te komen aan de door het Hof geformuleerde criteria.[53]

Voor de wetgeving ten aanzien van opsporingsbevoegdheden is tevens de rechtspraak van het Hof inzake artikel 8 EVRM van groot belang geweest. Dit is niet geheel verrassend, gezien de inbreuk die de uitoefening van deze bevoegdheden doorgaans maken op de privacyrechten van burgers. Mede naar aanleiding van de uitspraken van het Hof in *Kruslin* en *Huvig* werden de regelingen inzake het aftappen van telefoongesprekken herzien.[54] Ook in de latere wetgeving inzake opsporingsbevoegdheden – en met name de bijzondere opsporingsbevoegdheden – zijn de effecten van de rechtspraak van het Hof inzake schendingen van het recht op privacy duidelijk zichtbaar. Een uitvoerige regeling van opsporingsbevoegdheden werd niet alleen noodzakelijk geacht met het oog op het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel, maar ook duidelijk in verband gebracht met door de EVRM vereisten van legaliteit en het bestaan van een controlemechanisme op de rechtmatige uitoefening van die bevoegdheden.[55] Ook bij de beoordeling van opsporingsmethoden die niet uitdrukkelijk in de wet geregeld zijn, speelt het toetsingskader van artikel 8 EVRM een dominante rol. Te denken valt onder andere aan de rechterlijke toetsing van opsporingsmethoden als de stealth-sms,[56] de IMSI-catcher,[57] het gebruik van het ANPR-systeem in de opsporing,[58] de GPS-tracker,[59] en digitale opsporings-

51 EHRM 28 oktober 1988, 11209/84 (*Brogan e.a./Verenigd Koninkrijk*).
52 *Stcrt* 1989, 99, p. 19.
53 *Kamerstukken II* 1988/89, 21225, 3, p. 5; Wet van 1 oktober 1994, *Stb*. 1994, 307.
54 *Kamerstukken II* 1992-93, 23251, 3, p. 3-4; EHRM 24 april 1990, A176-A (*Kruslin/Frankrijk*); EHRM 24 april 1990, 11105/84 (*Huvig/Frankrijk*).
55 *Kamerstukken II* 1996–97, 25403, 3, p. 9; WODC 2004, p. 33; zie uitgebreid Ölçer 2006, in het bijzonder p. 255-357.
56 Hof Den Bosch, 20 juni 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2579; Hof Arnhem-Leeuwarden, 7 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5849; HR 1 juli 2014, *NJ* 2015/115, m.nt. Van Kempen.
57 HR 1 juli 2014, *NJ* 2015/115, m.nt. Van Kempen.
58 HR 11 november 2014, *NJ* 2015/296, m.nt. Borgers; *Kamerstukken II* 2012/13, 33542, 3, p. 15-19; CBP Richtsnoeren ANPR, *De toepassing van automatische kentekenherkenning door de politie*, juli 2009.
59 Onder andere in Rb. Midden-Nederland 8 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2106; Hof Arnhem-Leeuwarden 7 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1180.

activiteiten.[60] Het recht op privacy zoals dat door het EHRM wordt geïnterpreteerd is voortdurend van belang voor de normering van het handelen van opsporingsambtenaren, ofwel omdat de wetgever dit kader expliciet ten grondslag legt aan (de noodzaak van) nieuwe strafvorderlijke wetgeving, ofwel omdat bij gebrek aan een expliciete wettelijke grondslag de rechter de opsporingsactiviteiten veelal aan dit EHRM-kader toetst.

Hoewel een opsporingsambtenaar in zijn praktijk wellicht weinig zal stilstaan bij de vereisten van deze algemene mensenrechtelijke normen, hebben zij toch een duidelijke en onmiskenbare invloed op het strafproces en daarmee op het opsporingsoptreden van de overheid. Het belang van veel van deze mensenrechtelijke normen ligt veelal in de wijze waarop zij de wetgever verplichten waarborgen in het leven te roepen ter bescherming van deze rechten. De opsporing van strafbare feiten gaat immers altijd gepaard met een inbreuk op bijvoorbeeld privacyrechten van burgers. Wil er sprake zijn van gelegitimeerde inbreuken op rechten, dient de overheid zorg te dragen voor wetgeving die als grondslag voor dergelijk optreden kan dienen. Daarnaast hebben deze mensenrechtelijke normen ook een directe werking op het opsporingsoptreden. Zo zal de officier van justitie in het kader van het bewaken van de rechtmatigheid van het vooronderzoek acht moeten slaan op de vereisten van het recht op een eerlijk proces van de verdachte. Ook met betrekking tot dit recht geldt dat de Straatsburgse jurisprudentie van groot belang is geweest voor het Nederlandse strafprocesrecht. Zo heeft de omvangrijke jurisprudentie van het EHRM inzake artikel 6 EVRM geleid tot een nadere normering van het handelen van opsporingsambtenaren in het vooronderzoek, te denken valt aan de gedetailleerde regels van het Hof aangaande het uitlokverbod[61] en regels aangaande de wijze van verhoor van verdachten (en vooral regels omtrent de reikwijdte van het zwijgrecht).[62] Daarnaast heeft deze jurisprudentie ook geleid tot de erkenning van een belangrijk aantal deelrechten dat daarvoor niet (of niet expliciet) een rol speelden in het Nederlandse strafprocesrecht. In dit kader moet de invloed van de jurisprudentie van het Hof op de positie van de verdediging in het strafproces worden benoemd,[63] waar als meest belangwekkend arrest voor de Nederlandse strafrechtspleging wellicht wel het in 2008 gewezen *Salduz*-arrest te gelden heeft. Met dit arrest erkende het

60 Oerlemans 2017, p. 20-67 voor een bespreking van dergelijke opsporingsactiviteiten en p. 69-83 voor de relevantie van art. 8 EVRM in dit kader.

61 EHRM 9 juni 1998, 25829/94 (*Teixeira de Castro/Portugal*); EHRM 4 november 2010, 18757/06 (*Bannikova/Rusland*).

62 EHRM 25 februari 1993, 10828/84 (*Funke/Frankrijk*); EHRM 8 februari 1996, 18731/91 (*John Murray/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 17 december 1996, 19187/91 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 11 juli 2006, 54810/00 (*Jalloh/Duitsland*); EHRM 29 juni 2007, 5809/02, 25624/02 (*O'Halloran en Francis/Verenigd Koninkrijk*).

63 De jurisprudentie van het Hof is ook van belang geweest voor het onderzoek ter terechtzitting, zie EHRM 26 oktober 1986 (*De Cubber/België*), EHRM 24 mei 1989 (*Hauschildt/Denemarken*); zie uitgebreid Myjer 2000, p. 23 e.v.

Hof het recht van de verdacht op rechtsbijstand tijdens het politieverhoor als onderdeel van het recht op een eerlijk proces.[64] Aangezien ook onder het Nederlandse strafproces de verdachte bij het politieverhoor geen recht op een raadsman had, is dit arrest voor de Nederlandse strafrechtspraktijk van groot belang. Het heeft geleid tot een aantal aanzienlijke wijziging in de jurisprudentie van de Hoge Raad, de politiepraktijk en in uiteindelijk in de Nederlandse wetgeving.[65] Het Hof had zich ten aanzien van andere verdedigingsrechten in het vooronderzoek reeds eerder uitvoerig uitgelaten. In 1992 besliste het Hof dat het voor een effectieve verdediging van belang is dat de verdediging geen relevant materiaal wordt ontzegd.[66] Dit arrest had gevolgen voor de invulling van 'recht op stukken' in de jurisprudentie van de Hoge Raad, maar zorgde ook voor een wijziging van de toen geldende Gedragscode waarin tot uitdrukking werd gebracht dat de officier van justitie ontlastend dan wel relevant feitenmateriaal (ongevraagd) aan de verdediging dient over te brengen.[67] Ook ten aanzien van het recht op een tolk[68] en het horen van getuigen[69] heeft het Hof een belangrijke rechtsvormende taak gehad.

De veranderingen die het EHRM teweeg heeft gebracht in het Nederlandse strafproces zijn soms duidelijk aanwijsbaar in wetgeving of jurisprudentie, bijvoorbeeld indien naar aanleiding van één bepaald arrest verandering van het strafprocesrecht noodzakelijk wordt. Zoals wanneer in de memorie van toelichting bij een wet wordt verwezen naar een bepaald arrest van het EHRM dat verandering van wetgeving noodzakelijk heeft gemaakt. Te denken valt ook aan de gevallen waarin de Hoge Raad naar aanleiding van een arrest van het EHRM een andere invulling geeft aan een bepaalde regel. In andere gevallen is de invloed van het EVRM eveneens duidelijk waar te nemen, maar kan deze niet direct herleid worden tot één bepaald arrest. Indien de wetgever bijvoorbeeld bij het in het leven roepen van een nieuwe opsporingsbevoegdheid acht slaat op de verschillende criteria die het EHRM hanteert voor de beoordeling van inbreuken op privacyrechten van burgers. Daarnaast kan het EVRM als een toetssteen worden gebruikt door de rechter wanneer opsporingsambtenaren gebruik hebben gemaakt van opsporingsmethoden die niet in regelgeving zijn vastgelegd. In de Nederlandse strafvordering is aldus op uiteenlopende wijze gehoor gegeven aan de Straatsburgse rechtspraak. Al met al heeft deze juris-

64 In de Nederlandse jurisprudentie is er lange tijd sprake geweest van consultatierecht voorafgaand aan het politieverhoor. Met de implementatie van Richtlijn 2013/48/EU is het recht op rechtsbijstand tijdens het politieverhoor sinds 2017 een feit (*Stb.* 2017, 66).

65 Zie voor een bespreking van de relevantie van algemene mensenrechten (het Amerikaanse *due process*) voor de dagelijkse praktijk van opsporingsambtenaren Miller 2018.

66 EHRM 16 december 1992 (*Edwards/Verenigd Koninkrijk*); zie ook Bauw 1996, p. 135-143.

67 Zie Myjer 2002, p. 24.

68 EHRM 19 december 1989, A168 (*Kamasinksi/Oostenrijk*); zie naar aanleiding hiervan ook het rapport van de Commissie Moons 1991 en de brief van de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer, *Strafvordering in balans*: *Kamerstukken II* 1993/94, 23672, 1, p. 13-14.

69 EHRM 24 november 1986, A110, (*Unterpertinger/Oostenrijk*).

prudentie grote gevolgen gehad voor de wijze waarop het Nederlandse strafproces thans is ingericht. Uit deze ontwikkeling blijkt dat het vertrouwen van de wetgever in de eigen wetgeving ten tijde van de inwerkingtreding van het EVRM niet geheel terecht was. Hoewel het EHRM niet leert 'hoe een nationaal stelsel van strafprocesrecht eruit moet zien, maar slechts aan[geeft] waar de grenzen van de in het EVRM neergelegde rechten liggen' – zoals in de jaren 90 door Corstens is verwoord –[70] blijkt die ondergrens van de verdragsbepalingen wel degelijk in grote mate het nationale stelsel te hebben gewijzigd.

4.5 Invloed van ongeschreven beginselen

Hoewel de wetgever bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafvordering gepoogd heeft zo volledig mogelijk de bevoegdheden van opsporingsambtenaren daarin op te nemen, heeft hij tegelijkertijd een bepaalde discretionaire ruimte of een beoordelingsruimte gelaten met betrekking tot de wijze van deze bevoegdheden. Sedert de jaren 70 is in de rechtspraak met behulp van de algemene beginselen van een behoorlijke procesorde deze beoordelingsvrijheid van opsporingsambtenaren nader genormeerd. Cleiren verbindt de ontwikkeling van deze beginselen in de strafrechtspraak aan soortgelijke ontwikkelingen in andere rechtsstelsels (zoals het Amerikaanse *due process*-model), maar ook in andere rechtsgebieden zoals het bestuursrecht. Als gevolg van deze ontwikkelingen zijn deze algemene ongeschreven beginselen in alle rechtsgebieden van invloed geweest en hebben zij in de rechtspraak gefungeerd als een extra toetssteen – naast de wettelijke normen – waar langs het overheidsoptreden gelegd kon worden.[71]

Deze beginselen vertonen grote verwantschap met de beginselen van een behoorlijk bestuur die afkomstig zijn uit het bestuursrecht. De werking ervan in het bestuursrecht wordt toegeschreven aan de terugtred van de wetgever, die resulteerde in de totstandkoming van vage en open normen waardoor meer discretionaire bevoegdheden ontstonden voor bestuursorganen. Gezien de aard en het doel van deze bevoegdheden, het verwezenlijken van de bestaande taak van de overheid en het dienen van het algemeen belang, moet de discretionaire ruimte overeenkomstig met de in de wet tot uitdrukking gebrachte taakvervulling worden gebruikt. De algemene beginselen van een behoorlijk bestuur dienen dan als toetsingsgrond voor de rechter om te oordelen of de invulling van deze discretionaire bevoegdheid voldoet aan datgene wat van een behoorlijk handelend overheidsorgaan wordt verwacht. De overeenkomst tussen de beginselen van een goede procesorde in het strafprocesrecht en beginselen van behoorlijk bestuur ligt in de beschermende werking voor de burger tegen

70 Corstens 1992, p. 210; in diens navolging de Minister van Justitie: *Strafvordering in balans*, p. 14.
71 Cleiren 1989, p. 4-5.

overheidsoptreden die geboden wordt door deze beginselen.[72] Daarnaast verwijzen beide naar dezelfde criteria en normen; in beide rechtsgebieden wordt met behulp van een aantal overeenkomstige materiële rechtsbeginselen getoetst: het vertrouwensbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het beginsel van zuiverheid van oogmerk en het beginsel van evenredige belangenafweging (verbod van willekeur).[73]

De nadere normerende werking van deze beginselen resulteert aldus in een extra waarborg voor de burger tegen het overheidsoptreden. Cleiren typeert de werking van de algemene beginselen als *binnen-wettelijk*, dat wil zeggen dat zij zien op de door de wetgever gegeven keuzeruimte in wettelijke bepalingen.[74] Een voorbeeld hiervan kan worden gevonden in het Braak bij binnentreden-arrest. De Hoge Raad concludeerde in dit arrest voor het eerst dat de algemene beginselen van een goede procesorde, in dit geval de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit, een aanvullende normerende werking hebben voor strafvorderlijk optreden.[75] In casu werd het door de desbetreffende opsporingsambtenaar opgemaakte proces-verbaal niet als bewijs meegenomen, omdat zijn handeling weliswaar binnen de grenzen van het Wetboek van Strafvordering viel maar toch strijd opleverde met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.

De huidige toepassing van de algemene beginselen van een behoorlijke procesorde in de jurisprudentie laat echter een enigszins ander beeld zien dan het bekende *Braak bij binnentreden*-arrest. Deels kan dit worden verklaard door het feit dat de proportionaliteit- en subsidiariteitstoets inmiddels in veel wettelijke regelingen is verwerkt. Hierdoor is een nadere toetsing aan deze beginselen dan ook niet altijd meer noodzakelijk.[76] Daarnaast kan ook de toenemende terughoudendheid in de sanctionering van onrechtmatig handelen in de opsporing door de rechter worden aangewezen als reden voor de gewijzigde betekenis van deze beginselen.[77] In de literatuur is tevens de zorg geuit dat de Hoge Raad zich niet altijd duidelijk uitlaat over de precieze betekenis van de algemene beginselen van een behoorlijke procesorde, maar deze beginselen veeleer inzet als algemene toetssteen voor behoorlijk handelen, waardoor

72 Cleiren 1989, p. 36-38.
73 Cleiren 1989, p. 253-254
74 Cleiren 1989, p. 315-331.
75 HR 12 December 1978, *NJ* 1979/142.
76 Zie Franken 2009; in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering is de wetgever voornemens om een aantal van deze beginselen in het wetboek te codificeren, in het bijzonder gaat het om de beginselen van proportionaliteits- en subsidiariteitseis, het verbod op détournement de pouvoir en het instigatieverbod. Voor een bespreking van deze plannen, zie Das 2018.
77 Franken 2009, p. 116-117; zie uitgebreid hoofdstuk 6.

de precieze normerende werking van deze beginselen steeds minder zichtbaar wordt.[78]

Naast de algemene beginselen van een behoorlijke procesorde wordt het handelen van opsporingsambtenaren ook aan andere ongeschreven regels gehouden. Deze ongeschreven regels zijn echter van een andere orde dan de algemene beginselen aangezien hun normerende werking in ieder geval niet bij de rechter kan worden afgedwongen. Te denken valt allereerst aan het behoorlijkheidsvereiste van de Nationale ombudsman waaraan hij het optreden van de overheid (in het bijzonder de politie) kan toetsen. Bij het beoordelen van de behoorlijkheid van het overheidsoptreden beperkt de Nationale ombudsman zich niet tot een toetsing aan het geschreven recht maar mag daarbij rekening houden met ongeschreven beginselen en fatsoensnormen.[79] Deze toets van de ombudsman overlapt ten dele met de rechtmatigheidstoets van de rechter omdat behoorlijkheid ook deels ziet op naleving van de wet, algemene beginselen en grondrechten van burgers. Maar de behoorlijkheidstoets van de ombudsman heeft een ander karakter dan de rechtmatigheidstoets van de rechter en ondanks de bestaande overlap vallen de rechtmatigheid en behoorlijkheid niet altijd samen.[80] De ombudsman buigt zich immers niet enkel over het juridische aspect in de verhouding tussen overheid en burger, maar ook over het sociale aspect hiervan.[81] Langbroek en Rijpkema merken hierover op dat rechtsregels vaak een minimumstandaard van behoorlijk overheidsoptreden formuleren, terwijl de toetsing van de ombudsman zich richt op het niveau van de behoorlijkheid die in redelijkheid van de overheid mag worden verwacht.[82] De behoorlijkheidstoets behelst zodoende aanvullende criteria die van belang zijn voor de relatie tussen de overheid en de burger, daarbij spelen aspecten van procedurele rechtvaardigheid, participatie en een goede communicatie een grote rol.[83]

Tot slot dient in dit kader ook de notie van magistratelijkheid te worden genoemd die het gevolg is van de bijzondere institutionele en constitutionele positie van de officier van justitie in het staatsbestel.[84] De in de magistratelijkheid vervatte kenmerken als objectiviteit, onpartijdigheid en onafhankelijkheid nopen de officier van justitie ertoe acht te slaan op de belangen van de verdachte en zorg te dragen voor een adequaat niveau van rechtsbescherming

78 Crijns 2015, p. 181; een uitzondering hierop is echter de toetsing van de vervolgingsbeslissing aan de algemene beginselen, maar dat valt buiten het bestek van dit onderzoek. Zie Duker 2013.

79 *Kamerstukken II* 1979/80, 14178, 5, p. 19-20.

80 Zie voor voorbeelden van rechtmatig maar onbehoorlijk gedrag, en onrechtmatig maar behoorlijk gedrag, Van der Vlugt 2011, p. 69.

81 *Kamerstukken II* 2004/05, 30052, 1, p. 2.

82 Langbroek & Rijpkema 2004, p. 25; zie ook Langbroek & Rijpkema 2007, p. 275.

83 Van der Vlugt 2011, p. 69; zie p. 63-70 voor verschillende interpretaties van behoorlijkheid door de ambtsdragers.

84 Hier wordt in hoofdstuk 8 nader op ingegaan.

voor de verdachte. Hoewel de notie van magistratelijkheid hiermee in zekere zin een stempel drukt op het handelen van officieren van justitie – en daarmee de opsporing mede normeert – fungeert deze in de rechtspraak niet als toetssteen voor het handelen van de opsporing. Zij verschilt hiermee in karakter van de algemene beginselen van een behoorlijke procesorde, aangezien het ook hier niet gaat om een norm waaraan de rechter het gedrag van de officier van justitie toetst.[85] Daarnaast verschilt het ook van het hierboven genoemde behoorlijkheidsvereiste van de Nationale ombudsman, daar zij niet fungeert als een externe toetssteen – in die zin dat zij gezien wordt als een aanvullend normatief kader voor het handelen van het OM – voor het handelen van de officier van justitie. Wel is de notie van magistratelijkheid van belang voor het functioneren van officieren van justitie omdat zij wordt gezien als een interne kwaliteit die officieren van justitie dienen te bezitten in de uitoefening van al hun wettelijke taken. Tegelijkertijd is de invulling van magistratelijkheid niet in steen gebeiteld, waardoor zij onderhevig is aan verschillende interpretaties (afhankelijk van tijd, plaats en persoon).[86]

4.6 ONTWIKKELING VAN HET OM-BELEID

Een ander belangrijk instrument voor de normering van de opsporing en vervolging zijn de beleidsregels van het OM die door het College van procureurs-generaal worden vastgesteld.[87] Deze beleidsregels vallen uiteen in richtlijnen voor strafvordering, aanwijzingen en instructies. Zoals ook hierboven gezegd, hebben opsporingsambtenaren en de leden van het OM doorgaans een zekere discretionaire ruimte bij het toepassen van hun wettelijke bevoegdheden. Tot op zekere hoogte is deze discretionaire ruimte noodzakelijk omdat de wetgever bij het formuleren van strafvorderlijke regels niet alles kan voorzien. Deze beleidsregels worden dan ook gebruikt om de discretionaire bevoegdheid die aan het OM en opsporingsambtenaren wordt gegeven nader te normeren. Hoewel de opkomst van deze beleidsregels van het OM doorgaans gekoppeld wordt aan de jaren 80, zijn zij een veel ouder verschijnsel. Reeds in de 19de eeuw werden door zowel het Ministerie van Justitie als de Procureur-Generaal bij het Haagse Hoog Gerechtshof (de voorganger van de Hoge Raad) circulaires uitgebracht die gericht waren aan officieren van justitie.[88] Deze circulaires bevatten veelal aanbevelingen over het al dan niet vervolgen van bepaalde delicten en werden daarom aangemerkt als (ministeriële) vervolgings-

85 Zie bijv. het uitgebreide verweer van de verdediging inzake magistratelijkheid in het passageproces en de wijze waarop het hof hierop reageert: Hof Amsterdam, 29 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2504.

86 Zie uitgebreid Crijns 2010, p. 235 e.v.; Lindeman 2017, p. 248-250; zie verderop in dit onderzoek § 8.2 over de invulling van magistratelijkheid in de praktijk.

87 Art. 130 lid 4 Wet RO.

88 Faber 1992, p. 8-11.

richtlijnen.[89] De totstandkoming van het strafrechtelijk beleid door het OM zoals we dat thans kennen, en de ontwikkeling ervan (mede versterkt en versnel door de publicatie van deze beleidsregels)[90] kwam vanaf 1970 echt van de grond.[91]

Verschillende maatschappelijk en politieke redenen hebben ten grondslag gelegen aan deze beleidsvoering door het OM. De turbulente jaren 60 en 70 hadden hun weerslag gehad op het strafrecht.[92] De maatschappelijke opvattingen ten aanzien van controversiële onderwerpen als abortus, het gebruik van (soft) drugs, en de krakersbeweging, en later ook euthanasie, waren gewijzigd waardoor ook de noodzaak was ontstaan om de strafrechtelijke reacties ten aanzien van deze handelingen aan te passen. Hoewel deze handelingen strafbaar waren, werden vraagtekens gesteld bij de strafwaardigheid ervan. Het belang van deze ontwikkeling wordt erkend in het eerste gepubliceerde jaarverslag van de procureurs-generaal in 1972. In dit jaarverslag – dat overigens over het jaar 1970 ging – leggen de procureurs-generaal verantwoording af over het gevoerde OM-beleid. Over het belang van de verantwoording van het gevoerde beleid en het nemen van een stelling door het OM wordt in het jaarverslag gesteld dat 'nu zovele waarden, welke in de wetten reeds lang bescherming vonden, de laatste jaren ter discussie zijn gesteld (…) het openbaar ministerie duidelijk (…) zijn standpunt diende te bepalen'.[93]

Naast deze veranderde houding ten aanzien van het strafrecht – en meer in het algemeen de politieke bewustwording van de burger – was er ook maatschappelijke onvrede ontstaan over de ongelijkheid in de straftoemeting, de wijze waarop officieren van justitie gebruik maakten van hun bevoegdheden, en het vervolgingsbeleid van de diverse parketten van het Openbaar Ministerie.[94] Zo werd geconstateerd dat de sepotbevoegdheid van officieren van justitie niet op een uniforme wijze werd gebruikt. Ook werden door verschillende officieren van justitie andere transactiebedragen opgelegd ten aanzien van eenzelfde overtreding, en werden verschillen geconstateerd met betrekking tot het vervolgingsbeleid van de verschillende parketten.[95]

Tot slot kan de beleidsvoering door het OM ook ten dele worden toegeschreven aan de overbelasting van de strafrechtelijke keten. Met de komst van de verzorgingsstaat na de Tweede Wereldoorlog vindt een grote toename aan

89 Corstens 1992, p. 24.
90 Over de ontwikkeling die heeft geleid tot publicatie van deze OM-beleidsregels en het belang ervan zie 't Hart 1983, p. 362 e.v.
91 Faber 1992, p. 8; Jaarverslag OM 1972.
92 Zie voor een uitgebreide bespreking van de verschillende maatschappelijke ontwikkelingen die hebben geleid tot de vorming van dit strafrechtelijke beleid (en meer in het algemeen een andere visie op het gebruik van het strafrecht): 't Hart 1994, p. 17-116.
93 Jaarverslag 1970, p. 8 geciteerd door Van de Bunt 1985, p. 89.
94 Gerding 2011, para 2.
95 Gerding 2011, para 2.

wetgeving – waaronder ook veel strafrechtelijke wetten – plaats.[96] Met name vanaf de jaren zeventig vindt een grote toename in ordeningswetgeving plaats: Waar de wetgever zich voor deze tijd doorgaans bezighield met codificatie, het wettelijk vastleggen van normen die reeds gangbaar waren geworden in de maatschappij, is een verschuiving gaande naar modificatie: het beïnvloeden en sturen van de maatschappij door middel van wetgeving.[97] Door de toename aan nieuwe strafbaarstellingen, bijvoorbeeld op het gebied van economische delicten en verkeersdelicten, wordt steeds vaker een beroep gedaan op de handhaving van deze regels door het OM. De hogere werkdruk die dit met zich bracht, maakte het stellen van prioriteiten noodzakelijk.[98]

Al deze maatschappelijke ontwikkelingen maakten het noodzakelijk dat binnen het OM de noodzaak ontstond om afspraken te maken over de (wijze van) opsporing en vervolging van strafbare feiten en het voeren van een uniform beleid daarbij. Om te waarborgen dat beslissingen op individuele zaken zoveel mogelijk genomen werden op basis van een uniform beleid was het aldus van belang richtlijnen voor de leden van het OM te ontwikkelen. Daarnaast was het belangrijk dat het beleid niet van bovenaf werd opgelegd, maar met inbreng van de officieren van justitie moest worden ontwikkeld.[99] Gezien de structuur van het OM was het voor zowel de minister van Justitie, als voor de procureurs-generaal mogelijk om richtlijnen voor het functioneren van het OM in het leven te roepen.[100] Vanaf de jaren 80 werden de verschillende nota's en rapporten van zowel het OM, als de minister van Justitie over min of meer dezelfde onderwerpen op gang.[101]

Ook in het huidige strafprocesrecht kennen we zowel beleidsregels die afkomstig zijn van het Ministerie van Justitie als van het College van procureurs-generaal. Zoals gezegd geldt voor al deze beleidsregels dat zij een nadere normering van de ruime discretionaire bevoegdheid van politie en justitie inhouden. Zij kunnen aldus geen nieuwe bevoegdheden in het leven roepen en kunnen de bevoegdheden die in het formele strafprocesrecht zijn neergelegd niet verruimen.[102] Deze beleidsregels kunnen worden onderscheiden in aanwijzingen, richtlijnen, circulaires en instructies.[103] Doorgaans worden de richtlijnen en aanwijzingen als de belangrijkste beleidsregels voor het strafprocesrecht gekenmerkt. Zij kunnen betrekking hebben op alle taken van het OM:

96 Van de Bunt 1985, p. 102.
97 Koopmans 1991, p. 152; Veerman relativeert deze ontwikkeling meer en stelt dat de ordenende functie van wetgeving er altijd al is geweest, zie Veerman 2012, 28.
98 Van de Bunt 1985, 103-105.
99 Gerding 2011, para 2.
100 Art. 127 en 130 lid 4 Wet RO (art. 5 Wet RO (oud)).
101 Stolwijk 1992, p. 39.
102 Corstens wijst in dit kader op de transactiebevoegdheid ad 74 Sr die in richtlijnen ook aan politieambtenaren werd gedelegeerd in richtlijnen als voorbeeld van een buitenwettelijke toepassing van richtlijn. Corstens 1992, p. 26.
103 Wat betreft instructies kan gedacht worden aan de Ambtsinstructie voor de politie, de Koninklijke marechaussee en andere opsporingsambtenaren

de opsporing, vervolging en de executie van straffen. De strafvorderingsrichtlijnen categoriseren de (lichtere) strafbare feiten en schrijven voor welke straffen geëist dienen te worden in de diverse categorieën strafbare feiten.[104] Daarnaast kunnen ook aanwijzingen worden gegeven voor opsporingsambtenaren die onder het gezag van het OM zich bezighouden met de opsporing van strafbare feiten. In het kader van de opsporing zijn er dan ook tal van aanwijzingen. Deels zien deze op de wijze waarop gebruik moet worden gemaakt van de wettelijke bevoegdheden van de opsporingsambtenaren waardoor zij zowel een toelichtend karakter hebben als een normerend karakter, en deels geven zij aan welke strafbare feiten in het bijzonder de aandacht hebben van het OM met het oog op de beperkte capaciteit van het OM. Zo heeft het College van procureurs-generaal aanwijzingen voor opsporingsambtenaren waarin het nadere regels uiteenzet met betrekking tot de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden.[105] Daarnaast is er de meer algemene Aanwijzing voor de opsporing waarin het College aangeeft de opsporing van welke strafbare feiten prioriteit heeft en hierover verantwoording aflegt.[106] Tot slot worden naast de richtlijnen voor de strafvordering en aanwijzingen, ook interne instructies uitgevaardigd door het College van procureurs-generaal.

Hoewel al deze regels intern bindend zijn voor het OM en de overige opsporingsambtenaren – voor zover zij aan hen gericht zijn –, hebben de interne instructies geen externe bindende werking en worden zij doorgaans niet gepubliceerd.[107] De richtlijnen en aanwijzingen worden echter wel gepubliceerd, en kunnen dan ook ingevolge de jurisprudentie van de Hoge Raad aangemerkt worden als recht in de zin van artikel 79 RO.[108] De grondslag van de externe werking van deze beleidsregels moet worden gezocht in de beginselen van een behoorlijke procesorde. De gedachte is dat indien het OM beleidsregels formuleert waarin het uiteenzet op welke wijze gebruik wordt gemaakt van zijn bevoegdheden, de burger daar bepaald vertrouwen aan kan ontlenen. Daarnaast moet het gebruik van die bevoegdheid op consistente wijze geschieden. De externe binding aan beleidsregels heeft dan ook als grondslag het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. Dat de grondslag voor deze binding gezocht moet worden in de algemene beginselen zal overigens geen verrassing zijn aangezien beide rechtsbronnen uit min of meer dezelfde behoefte zijn ontstaan. De beleidsregels zijn ontwikkeld om de ruime discretionaire bevoegdheid van politie en justitie nader te normeren, en de algemene

104 Zie Aanwijzing kader voor strafvordering en OM-afdoeningen (2015A001).
105 Aanwijzing opsporingsbevoegdheden (2014A009).
106 Aanwijzing voor de opsporing (2013A020).
107 Zie over de interne binding aan de richtlijnen Corstens 1992, p. 25-27.
108 HR 19 juni 1990, *NJ* 1991/119, m.nt. Scheltema & Van Veen.

beginselen zijn ontstaan uit dezelfde behoefte maar dan vanuit het perspectief van de rechter.

4.7 Nadere normering van de opsporing

Ondanks de codificatiegedachte die ten grondslag heeft gelegen aan het Wetboek van Strafvordering en de wens van de wetgever om het strafproces zoveel mogelijk in dat wetboek neer te leggen, bleek de normering van de opsporing niet geheel duidelijk in de wet te zijn bepaald. Dit gegeven werd in de jaren 90 duidelijk naar aanleiding van de grootschalige opsporingsonderzoeken naar de georganiseerde misdaad die bekend is komen te staan als de IRT-affaire.

Al in het midden van de jaren 80 kwalificeerde het Ministerie van Justitie, in het beleidsplan *Samenleving en Criminaliteit*, de georganiseerde misdaad als een groot gevaar voor de samenleving. Het bestrijden van deze vorm van criminaliteit – die zich veelal bezighoudt met illegale drugshandel, wapenhandel en prostitutie – werd in hetzelfde beleidsplan als prioriteit aangemerkt voor politie en het OM.[109] Tevens werd opgemerkt dat de bestrijding van deze vorm van georganiseerde criminaliteit gerealiseerd moet worden door enerzijds een meer intensieve opsporing en anderzijds door het vorderen van hogere straffen voor dit type delicten.[110] Met deze hardere aanpak werd een begin gemaakt door de oprichting van een interregionaal rechercheteam voor de provincies Noord-Holland en Utrecht (IRT team).[111] Dit IRT-team beoogde met een 'proactieve opsporing' de georganiseerde criminaliteit en de hoofdrolspelers daarbinnen in kaart te brengen. Dit gebeurde door onder meer het observeren en tappen van de betrokken personen, het gebruik van informanten en door het infiltreren in de organisaties, en het laten doorgroeien van de infiltranten in de organisaties door het hen mogelijk te maken strafbare feiten te begaan.[112] Bovendien werd wegens angst voor het lekken van gevoelige informatie de politieoperatie zoveel mogelijk geheimgehouden. Het IRT werd uiteindelijk aan het einde van 1993 opgeheven, waarop de minister van Justitie en Binnenlandse zaken de bijzondere onderzoekscommissie IRT (Commissie-Wierenga) instelden om onderzoek te verrichten naar het functioneren van het IRT en de reden van opheffing van dit team.[113] Hoewel de Commissie-Wierenga tot de conclusie kwam dat de IRT-methode 'op een weloverwogen en zorgvuldige wijze en niet onrechtmatig is toegepast', besloot de Tweede Kamer tot het instellen van een Werkgroep vooronderzoek opsporingsmetho-

109 *Kamerstukken II* 1984/85, 18995, 2, p. 46-47.
110 *Kamerstukken II* 1984/85, 18995, 2, p. 48.
111 *Kamerstukken II* 1984/85, 18995, 2, p. 75 e.v.
112 De zogenoemde Deltamethode, zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24072, 10-11, p. 85 e.v.
113 *Kamerstukken II* 1995/96, 24072, 10-11, p. 98.

den.[114] Deze werkgroep concludeerde in oktober 1994 dat een parlementair enquête moest worden ingesteld naar de opsporingsmethoden die door politie en justitie werden gebruikt en de wijze waarop deze gecontroleerd werden.[115]

Deze parlementaire enquêtecommissie, de Commissie-Van Traa, werd in december 1994 ingesteld met het doel om inzicht te krijgen in de opsporingsmethoden die worden gebruikt voor en noodzakelijk zijn ter opsporing van de georganiseerde criminaliteit, en de mate waarop zij wettelijk zijn toegestaan.[116] In 1996 concludeerde de Commissie-Van Traa in haar eindrapport, Inzake opsporing, dat sprake was van een 'drievoudige crisis' in de opsporing.[117] Ten eerste ontbrak het aan een adequate normering van de opsporingsmethoden van politie en justitie, ten tweede was er een gebrek aan een organisatiestructuur waarin duidelijk was wie verantwoordelijk is, en ten derde was er een gezagscrisis bij het OM omdat het onvoldoende effectief en als eenheid zijn gezag over de opsporing kon doen gelden.[118] Naar het oordeel van de Commissie was er 'in de eerste plaats door wetgever maar ook door de rechter te veel ruimte gelaten voor politie en justitie. Niemand weet precies waar men aan toe is bij het gebruik van opsporingsmethoden. Dit gebrek aan normstelling heeft ertoe kunnen leiden dat in Nederland op heel verschillende wijzen opsporingsmethoden worden ingezet.'[119]

Op basis van haar onderzoek kwam de Commissie-Van Traa tot een aantal concrete aanbevelingen. Zij concludeerde dat een uitvoerige wettelijke regeling van de opsporingsmethoden die reeds in de praktijk werden toegepast noodzakelijk was. Het principe dat het handelen van de opsporingsautoriteiten een wettelijke basis behoeft, vloeit voort uit de beginselen van een democratische rechtsstaat. Aan deze gedachte wordt door het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel reeds uiting gegeven. Daartoe noopte niet alleen het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel, maar was bovendien noodzakelijk met het oog op de eisen die het EVRM aan het Nederlandse recht stelt: 'De opsporing en vervolging van ernstige misdrijven en georganiseerde criminaliteit dient met de nodige voortvarendheid te kunnen verlopen, terwijl verdragsrechtelijke verplichtingen te allen tijde dienen te worden nageleefd, in het bijzonder waarborgen van een eerlijk proces en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.'[120] Opsporingsmethoden waarmee een inbreuk wordt gemaakt op grondrechten van burgers

114 De conclusies van de Commissie-Wierenga werden niet gedeeld door de beide verantwoordelijke ministers, bovendien was een deel van het rapport van de commissie geheimgehouden voor de Tweede Kamer, *Kamerstukken II* 1995/96, 24072, 10-11, p. 97-113.

115 *Kamerstukken II*, 1994/95, 23593, 9.

116 *Kamerstukken II* 1995/96, 24072, 10-11, p. 9.

117 Term ontleend aan de eindevaluatie van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden, *Kamerstukken II*, 2004/05, 29940, 1, p. 28.

118 *Kamerstukken II* 1995/96, 24072, 10-11, p. 413-415.

119 *Kamerstukken II* 1995/96, 24072, 10-11, p. 413.

120 De Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden eindevaluatie, *Kamerstukken II*, 2004/05, 29940, 1, p. 2.

dient aldus te berusten op een expliciete wettelijke basis. In haar rapport sluit de Commissie hierbij aan en stelt dat de opsporingsmethoden limitatief en duidelijk in de wet moeten zijn neergelegd. Dit is niet alleen noodzakelijk met het oog op het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel, het is daarnaast essentieel dat opsporingsambtenaren precies weten welke bevoegdheden zijn hebben. Tevens is de wettelijke vastlegging van bevoegdheden ook noodzakelijk om de controleerbaarheid, transparantie en rechtmatigheid van de opsporing mogelijk te maken voor het OM en de rechter.[121]

Op basis van de aanbevelingen van de Commissie-Van Traa besloot de wetgever tot een nadere normering van de opsporing in het Wetboek van Strafvordering. Deze nieuwe wettelijke regelingen, de Wet Bijzondere opsporingsbevoegdheden, hield een aanzienlijke uitbreiding in van het Wetboek van Strafvordering. Met de inwerkingtreding van deze nieuwe wet op 1 februari 2000, werd een groot aantal nieuwe opsporingsbevoegdheden in de wet geregeld, zoals de stelselmatige observatie; het opvragen van verkeersgegevens; het opnemen van telecommunicatie (tappen); het opnemen van vertrouwelijke communicatie; het betreden van een besloten plaats; drie 'undercoverbevoegdheden': infiltratie, pseudokoop of pseudo-dienstverlening en het stelselmatig inwinnen van informatie. Daarnaast werd de bijstand aan de opsporing door burgers wettelijk geregeld. Het betreft hier stelselmatige informatie-inwinning door burgers, burgerpseudo-koop of -dienstverlening en infiltratie door burgers.[122] Een van de belangrijkste doelstellingen van de wetgever was om de bijzondere opsporingsmethoden, voor zover zij de integriteit van de opsporing in gevaar zouden kunnen brengen of inbreuk maken op fundamentele rechten van burgers, te codificeren in het Wetboek van Strafvordering.[123]

Ondanks deze doelstelling was het echter niet de bedoeling van de wetgever om een limitatieve opsomming te geven van alle opsporingsactiviteiten die politie en justitie in het kader van de opsporing kunnen verrichten. De wetgever overwoog ten aanzien hiervan dat 'de ontwikkelingen in de diverse vormen van criminaliteit, die hun oorsprong overigens mede in allerlei technologische ontwikkelingen hebben, vereisen dat ook de opsporingsmethoden zich voortdurend verder ontwikkelen. Het is onvoorspelbaar welke nieuwe opsporingsmethoden als gevolg daarvan ontwikkeld zullen worden, laat staan dat aangegeven zou kunnen worden in hoeverre deze nieuwe methoden een inbreuk op de privacy kunnen maken.'[124] De wetgever overwoog dan ook dat het ook in de toekomst kan voorkomen dat opsporingsambtenaren zich van nieuwe methoden bedienen die niet in de wet zijn neergelegd. Het is in die gevallen dan aan de rechter om te beoordelen of en in hoeverre het gebruik

121 *Kamerstukken II* 1995/96, 24072, 10-11, p. 448.
122 Zie Titel IVA van het Wetboek van Strafvordering.
123 De Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden eindevaluatie, *Kamerstukken II*, 2004/05, 29940, 1, p. 29.
124 *Kamerstukken II* 1996/97, 25403, 3, p. 12-13.

van een dergelijke bevoegdheid inbreuk maakt op de privacy van burgers. Voor zover deze nieuwe methoden een meer dan beperkte inbreuk maken op (privacy)rechten van burgers, zal de wetgever telkens een adequate wettelijke regeling daarvoor in het leven roepen.[125] Om deze reden achtte de wetgever het niet noodzakelijk om een restartikel in het Wetboek van Strafvordering op te nemen voor opsporingshandelingen die geen (of maar een beperkte) inbreuk opleveren voor grondrechten van burgers.[126] Dergelijke handelingen kunnen immers berusten op de algemene taakstellende bepaling van artikelen 141, 142 Sv en 3 Politiewet 2012. Dit is ook conform de (reeds daarvoor gewezen) jurisprudentie van de Hoge Raad, waarin wordt gesteld dat slechts bevoegdheden die een meer dan beperkte inbreuk maken op grondrechten van burgers, dan wel zeer risicovol zijn voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing een uitdrukkelijke wettelijke grondslag nodig hebben.[127] De toetsing van dit soort opsporingshandelingen moest volgens de minister worden overgelaten aan de rechter:

> 'De Registratiekamer acht het daarentegen wel een evenwichtige werkwijze om de toetsing van geringe schendingen van de privacy in concrete situaties te doen plaatsvinden door de rechter aan de hand van de wetsartikelen die aan opsporingsambtenaren taken opdragen en bevoegdheden toekennen. Wel merkt de Registratiekamer ook op dat hierop kritiek mogelijk is vanuit de optiek van het legaliteitsbeginsel en vanuit de eisen die de Europese jurisprudentie stelt. Kan een algemeen taakstellend artikel worden beschouwd als een specifieke grondslag die bovendien nog voorzienbaar en kenbaar is voor de burgers? Deze vraag wordt ook ingegeven door artikel 10 van de Grondwet, dat voor een beperking van het recht op privacy een voldoende specifieke formeelwettelijke grondslag vereist. Uiteindelijk zal dit echter in een concreet geval ter beoordeling van de rechter zijn.'[128]

De huidige jurisprudentie toont aan dat thans een groot aantal 'nieuwe' opsporingshandelingen onder deze algemene taakstellende bepaling vallen. Te denken valt aan het gebruik van de stealth-sms, de lokfiets en -auto, en het gebruik van ANPR-gegevens.[129] Het belang van het EVRM als toetsingskader voor de beoordeling van de rechtmatigheid van dergelijke opsporingshandelingen wordt dan ook steeds groter. Zowel voor de rechter die de rechtmatigheidscontrole over de opsporing uitoefent, als voor de opsporingsambtenaren die zelf dienen te bepalen of en in hoeverre het gebruik van een nieuwe opsporingsmethode een zware inbreuk op grondrechten van burgers oplevert.

125 *Kamerstukken II* 1996/97, 25403, 3, p. 13.
126 *Kamerstukken II* 1996/97, 24072, 48, Motie Kalsbeek-Jasperse.
127 HR 19 december 1995, *NJ* 1995/249 m.nt. Schalken.
128 *Kamerstukken II* 1996/97, 25403, 3, p. 13.
129 HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1569; HR 28 oktober 2008, *NJ* 2009/224; HR 6 oktober 2009, *NJ* 2009/503; HR 11 november 2014, *NJ* 2015/296, m.nt. Borgers.

De IRT-affaire in de jaren 90 maakte duidelijk dat het gebrek aan normering in de opsporing voor grote problemen in de praktijk kan zorgen en was daarmee de directe aanleiding van de wetgevingsoperatie die daarop volgde. Ook na de invoering van de Wet Bob is het Wetboek van Strafvordering nader aangevuld met diverse opsporingsbevoegdheden. Zo stelde het Ministerie van Justitie in 2000 de Commissie Strafvorderlijke gegevensvergaring in de informatiemaatschappij (Commissie-Mevis) in om onderzoek te doen naar de vraag of en in hoeverre het Wetboek van Strafvordering, gelet op de ontwikkelingen op het gebied van de informatie- en communicatietechnologie, een toereikend wettelijk kader biedt voor gegevensvergaring en bewerking ten behoeve van de opsporing.[130] De directe aanleiding voor dit onderzoek en de wetgeving die op advies van deze commissie werd ingevoerd, was de ontwikkeling van de samenleving richting de zogenoemde 'informatiemaatschappij'.[131] In het kader van de opsporing was de politie in toenemende mate afhankelijk van informatie van private partijen (zoals telecom- en internetbedrijven, maar ook beelden van beveiligingscamera's). De bevoegdheden van de opsporingsdiensten om dit soort informatie en gegevens bij niet-overheidsinstanties te vorderen was echter onvoldoende geregeld in de wet. De Commissie-Mevis stelde vast dat dit gebrek aan normering tot een aantal knelpunten in de praktijk leidde. Zo leidde de gefragmenteerde regeling van deze bevoegdheden tot onduidelijkheid en rechtsonzekerheid, zowel bij de met opsporing belaste instanties als bij de derde van wie gegevens worden verkregen. Daarnaast waren de aanwezige bevoegdheden ontoereikend voor die gevallen waarin gegevens noodzakelijk waren voor het opsporingsonderzoek. Hierdoor moest in de praktijk vaak een beroep worden gedaan op de vrijwillige medewerking van de private partij om de gegevens te verstrekken. Deze vrijwillige medewerking voor private partijen was echter nader geregeld in de Wet bescherming persoonsgegevens. Deze wet bepaalde dat een vrijwillige medewerking enkel was toegestaan indien 'er een dwingende en gewichtige reden is die verstrekking van gegevens noodzakelijk maakt'. Aangezien een dergelijke afweging voor private partijen, zonder toegang tot de achtergrond van het opsporingsverzoek, nogal problematisch kon zijn, werd de wetgeving niet adequaat geacht.[132]

Naar aanleiding van dit onderzoek kwam de commissie met een conceptwetsvoorstel waarin zij aanbevelingen deed ten aanzien van de bevoegdheden die nodig waren in de praktijk en de wijze waarop deze bevoegdheden vorm dienden te krijgen in wetgeving. Op 1 januari 2006 trad deze nieuwe Wet bevoegdheden tot het vorderen van gegevens in werking en werd het Wetboek

130 Rapport Commissie-Mevis 2001, p. 13.
131 Rapport Brandstof voor de opsporing 2011, p. 1-2.
132 Rapport Commissie-Mevis 2001, p. 6-7.

van Strafvordering opnieuw gewijzigd.[133] Sinds de inwerkingtreding van deze nieuwe wet is het voor opsporingsambtenaren mogelijk om – mits voldaan aan de wettelijke vereisten – zowel historische als toekomstige gegevens te vorderen, ontsleuteling van versleutelde gegevens te vorderen en doorzoekingen te verrichten ter vastlegging van gegevens. Verdere technologische ontwikkelingen, met name op het gebied van internet en daarmee samenhangend de toename van cybercriminaliteit en de mogelijkheden van het verrichten van online-opsporingsonderzoek hebben sinds de invoering van deze wet telkens geleid tot nieuwe aanpassingen van het Wetboek van Strafvordering.[134]

Een laatste ingrijpende verandering in het Wetboek van Strafvordering die in dit kader benoemd moet worden is de Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven die in 2007 in werking trad.[135] Naar aanleiding van de terroristische aanslagen in september 2001 in de Verenigde Staten kwamen er op zowel nationaal als internationaal niveau verschillende strafrechtelijke instrumenten tot stand om de daders van dergelijke aanslagen beter te kunnen vervolgen en deze aanslagen in de toekomst zoveel mogelijk te voorkomen. In Nederland trad in 2004 de Wet terroristische misdrijven in werking waarmee op het gebied van het materiële strafrecht een aantal nieuwe strafbaarstellingen in het leven werden geroepen, zoals het plegen van strafbare misdrijven met een zogenoemd 'terroristisch oogmerk', deelneming aan en het leiden van een organisatie die tot oogmerk heeft het plegen van terroristische misdrijven en de uitbreiding van de rechtsmacht ter zake van terroristische misdrijven.[136] Ter verbetering van de 'preventieve functie van het strafrecht' werden daarnaast de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen verruimd, samenspanning tot de ernstigste terroristische misdrijven strafbaar gesteld en het werven voor de gewapende jihad strafbaar gesteld.[137] De aanpassingen op het terrein van het formele strafrecht lieten langer op zich wachten. Tegen de achtergrond van de dreiging van (internationaal) terrorisme en als directe reactie op de terroristische aanslagen in Madrid en de moord op Theo van Gogh werd in 2007 ook het strafprocesrecht uitgebreid met een groot aantal nieuwe bevoegdheden ter voorkoming en bestrijding van (nieuwe) terroristische aanslagen in Nederland.[138] Het kabinet beoogde met deze wet 'te doen wat mogelijk en wenselijk is om het vermogen van overheid en samenleving

133 Het oude art. 125i Sv werd vervangen door een tal van nieuwe bevoegdheden, zie voor een uitvoerige bespreking Stevens, Koops & Wiemans 2004.
134 Zie bijv. Oerlemans 2017b.
135 *Stb.* 2006, 580.
136 *Stb.* 2004, 290; zie de MvT over de redenen voor de totstandkoming deze wet, *Kamerstukken II* 2001/02, 28463, 3.
137 *Kamerstukken II* 2004/05, 30164, 3, p. 6.
138 *Kamerstukken II* 2004/05, 30164, 3, p. 1.

om terroristische aanslagen te voorkomen, te versterken'.[139] Hiertoe werd de toepassing van een aantal opsporingsbevoegdheden verruimd, zoals

> 'de mogelijkheden om in een verkennend onderzoek informatie te verzamelen, (…) personen te fouilleren buiten concrete verdenking van een strafbaar feit, (…) de toepassingsmogelijkheden van bijzondere opsporingsbevoegdheden, zoals stelselmatige observatie en de telefoontap, bewaring bij verdenking van een terroristisch misdrijf, ook buiten het geval van ernstige bezwaren, [en] uitstel van volledige inzage van processtukken.'[140]

Met de invoering van deze wet volgde de introductie van een nieuw 'opsporingsdomein' in het strafproces. Dit opsporingsdomein voor terroristische misdrijven kenmerkt zich door het feit dat het politie en justitie de bevoegdheid geeft in een zo vroeg mogelijk stadium strafvorderlijk te kunnen optreden. Hoewel 'proactieve opsporing' reeds met de invoering van de vroegverdenking in de Wet BOB al een wettelijke basis had gekregen in het Wetboek van Strafvordering, onderscheidt dit zogenoemde derde opsporingsdomein zich in belangrijke mate van de al bestaande criteria voor de toepasbaarheid van strafvorderlijke bevoegdheden.[141] Waar doorgaans strafvorderlijke bevoegdheden worden toegepast in verband met de opheldering en berechting van reeds gepleegde strafbare feiten, en daarmee een verdenking van een concreet misdrijf als voorwaarde heeft te gelden voor de toepassing van deze bevoegdheden, is sinds de Wet-Bob de toepassing van een aantal bevoegdheden toegestaan indien er sprake is van een redelijk vermoeden dat in georganiseerd verband misdrijven worden beraamd.[142] Met het oog op een adequate bestrijding van terroristische misdrijven, besloot de wetgever het toepassingsbereik van bepaalde opsporingsbevoegdheden nader te verruimen naar situaties waarin sprake is van aanwijzingen van een terroristisch misdrijf.[143] Dat betekent dat de toepassing van een aantal (bijzondere) opsporingsbevoegdheden mogelijk is jegens personen die (nog) niet als verdachte van een strafbaar feit aangemerkt kunnen worden.[144]

Hoewel het hier slechts om een gering aantal bevoegdheden gaat en doorgaans opsporingsonderzoeken aanvangen op basis van het klassieke verden-

---

139 *Kamerstukken II* 2004/05, 30164, 3, p. 2.
140 *Kamerstukken II* 2004/05, 30164, 3, p. 1.
141 De vroegverdenking is opgenomen in titel V van het Wetboek van Strafvordering.
142 De wet spreekt over een 'redelijk vermoeden (...) dat in georganiseerd verband misdrijven als omschreven in art. 67, eerste lid, worden beraamd of gepleegd die gezien hun aard of de samenhang met andere misdrijven die in dat georganiseerd verband worden beraamd of gepleegd een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren', zie de bevoegdheden die zijn opgenomen in titel V van het Wetboek van Strafvordering.
143 *Kamerstukken II* 2004/05, 30164, 3, p. 8; Dit geldt met betrekking tot de bevoegdheden opgenomen in Titel VB van het Wetboek van Strafvordering.
144 *Kamerstukken II* 2004/05, 30164, 3, p. 9.

kingscriterium,[145] is de impact van deze wet op het karakter van het strafproces aanzienlijk te noemen. Hiermee is de preventieve functie van het strafprocesrecht op de voorgrond geplaatst en wordt als belangrijkste doel genoemd voor de inzet van deze bevoegdheden. Hirsch Ballin voegt hieraan toe dat deze zogenoemde anticiperende opsporing een intelligence-led karakter heeft. Dat wil zeggen dat deze preventieve functie van het straf(proces)recht slechts kan worden gerealiseerd door middel van een sterke informatiepositie die in grote mate gefaciliteerd dient te worden door inlichtingen van de AIVD.[146] In de literatuur is er zeer kritisch gereageerd op deze ontwikkeling waarin het klassieke reactieve uitgangspunt van het straf(proces)recht steeds meer is verlaten voor een meer proactief strafvorderlijk optreden van de overheid. Hoewel met name de dreiging van internationaal terrorisme en in mindere mate de strijd tegen georganiseerde criminaliteit hebben bijgedragen aan de behoefte om in een vroeg stadium ingrijpende strafvorderlijke bevoegdheden in te zetten, is de preventieve functie van het straf(proces)recht inmiddels ook op een aantal andere terreinen waar te nemen.[147]

4.8 Europeanisering van het strafproces

Hoewel de invloed van internationale en Europese mensenrechtenverdragen op het strafprocesrecht al sinds de jaren 70 duidelijk te merken is, worden het straf- en strafprocesrecht nog steeds beschouwd als een nationaal product waarin de waarden van de eigen samenleving tot uiting komen. Niettemin is gedurende de laatste jaren binnen de Europese Unie ook op het gebied van de criminaliteitsbestrijding veel samenwerking tot stand gekomen als gevolg waarvan de lidstaten steeds meer Europese regelgeving op het gebied van het straf- en strafprocesrecht hebben gekregen.

Onder de oude pijlenstructuur van de Europese Unie viel de politiële en justitiële samenwerking onder de derde pijler en werd aldus niet gerekend tot het supranationale Gemeenschapsrecht. Lidstaten beoogden op deze wijze hun soevereiniteit over het nationale strafrecht te waarborgen doordat regelgeving onder deze pijler enkel op basis van anonimiteit kon worden aangenomen. Niettemin was het ook onder deze oude structuur mogelijk dat langs de route van de eerste pijler strafrechtelijke regels in het leven werden geroe-

145 Naar aanleiding van de invoering van de Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven is een aantal monitoringsonderzoeken geweest onder leiding van het WODC. In het laatste WODC-onderzoek, Rapport Opsporing van terrorisme in de praktijk 2012, concludeerden de onderzoekers dat er relatief weinig gebruik wordt gemaakt van de bevoegdheden in deze wet (p. 57-58).

146 Hirsch Ballin 2012, 662-663.

147 Zie voor een duiding van deze ontwikkeling waarin de preventieve en controlerende functie van het strafrecht steeds meer op de voorgrond is geraakt, Borgers 2007.

pen.[148] Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon en het einde van de pijlenstructuur is dit onderscheid echter niet langer relevant en heeft de EU op grond van artikel 82 en 83 VWEU de bevoegdheid om ook op het gebied van het strafrecht regelgeving uit te vaardigen. Op het gebied van het materiële strafrecht heeft de Europese Unie reeds voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon gretig gebruik gemaakt van haar bevoegdheid tot het uitvaardigen van kaderbesluiten en richtlijnen, bijvoorbeeld op het gebied van terrorisme,[149] mensenhandel,[150] kinderporno[151] en computercriminaliteit.[152]

Maar ook op het terrein van het strafprocesrecht zijn er veel Europese regels. Het beginsel van de wederzijdse erkenning in strafzaken vormt al lange tijd de hoeksteen van de justitiële samenwerking binnen de Europese lidstaten en heeft de basis gelegd voor het Europees aanhoudingsbevel in 2002. Maar met name na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon heeft de Europese Unie een grote hoeveelheid richtlijnen uitgevaardigd die zien op de procedurele bescherming van individuen die betrokken zijn bij het strafproces, met het oog op een standaard niveau van rechtsbescherming in de Europese Unie. Voor de verdachte zijn er inmiddels richtlijnen die betrekking hebben op het recht op vertaling en vertolking, het recht op informatie over beschuldiging en procedurele rechten, en de richtlijn aangaande het recht op toegang tot een advocaat.[153] Deze laatste richtlijn heeft inmiddels geleid tot (o.a.) de regeling van het recht op bijstand van een raadsman voorafgaand aan en tijdens verhoren van de verdachte in de Nederlandse strafprocedure.[154] Daarnaast heeft de Europese Unie ook veel aandacht voor de positie van het slachtoffer en heeft daarvoor belangrijke minimumnormen in het leven geroepen zoals het recht op informatie en correcte bejegening.[155] Tevens zijn er ook meer recentelijk richtlijnen aangaande rechtsbijstand bij overleveringsdetentie,[156] de richtlijn vermoeden van onschuld en de richtlijn procedurele waarborgen voor kinderen die verdachte zijn in een strafprocedure.[157]

Hoewel de Europese Unie aldus een belangrijke bron van regelgeving vormt voor de Nederlandse rechtsorde is het wel de vraag op welke wijze deze Europese regels van invloed zijn op het Nederlandse recht. Wat betreft

---

148 Zie bijv. Van Sliedregt, Sjöcrona & Orie 2008, p. 97-98.
149 Kaderbesluit van de Raad inzake terrorismebestrijding van, 13 juni 2002, (2002/475/JBZ).
150 Kaderbesluit 2002/629/JBZ vervangen door Richtlijn 2011/36/EU na inwerkintreding van het Verdrag van Lissabon.
151 Kaderbesluit 2004/68/JHA.
152 Kaderbesluit 2005/222/JHA.
153 Richtlijnen 2010/64/EU; Richtlijn 2012/13/EU; Richtlijn 2013/48/EU.
154 *Stb*. 2017, 66; *Kamerstukken II* 2014/15, 34157, 3; Richtlijn 2013/48/EU.
155 Richtlijn 2012/29/EU. Ook deze richtlijn heeft inmiddels geleid tot een wetsvoorstel *Kamerstukken II* 2014/15, 34236.
156 2013/0409 (COD).
157 2013/0407 (COD), en de richtlijn procedurele waarborgen voor kinderen die verdachte zijn in een strafprocedure, 2013/0408 (COD).

de Europese regels aangaande het materiële strafrecht geldt dat deze regels omgezet dienen te worden naar het nationale recht voordat de staat de burger hierop kan aanspreken en de regel kan toepassen.[158] Ook voor de procedurele rechten die door middel van Europese wetgeving tot stand komen, geldt in beginsel hetzelfde. Een uitzondering kan echter worden gemaakt indien een bepaalde EU-richtlijn niet tijdig of onvoldoende wordt omgezet in het nationale recht. In dit soort gevallen is het vaste rechtspraak van het Europese Hof van Justitie dat indien de bepalingen van een richtlijn onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn, de burger hier aanspraak op kan maken jegens de overheid. Kortom, indien Europese wetgevingsinstrumenten correct en tijdig worden geïmplementeerd in het nationale recht worden zij – doorgaans – deel van het Wetboek van Strafvordering en leveren zij als zodanig geen extra rechtsbron op voor de opsporingsambtenaren. Wel bestaat er voor de strafrechter op basis van het beginsel van unietrouw (art. 4 VWEU) de plicht om in dergelijke gevallen de regelgeving conform de Europese regelgeving uit te leggen.

4.9 Technische normen

In de afgelopen jaren is ook een grote toename geweest van strafvorderlijke regels die in lagere wetgeving geformuleerd worden. De opkomst van dit type regels is met name te relateren aan de belangrijke en snelle ontwikkelingen van technische en forensische aard, die ook hun weerslag hebben op de wijze waarop het technisch opsporingsonderzoek wordt verricht. Forensisch en technisch onderzoek heeft inmiddels een belangrijke waarde voor de opsporing en levert cruciale bewijsmiddelen op. Op dit gebied zijn er echter veel methoden van onderzoek, waardoor het noodzakelijk is dat de opsporing op dit gebied zoveel mogelijk uniform verloopt. Dit komt niet enkel de betrouwbaarheid van het onderzoek ten goede, maar maakt het bovendien mogelijk om het onderzoek te controleren (bijvoorbeeld in het kader van een contra-onderzoek).

Hoewel forensisch-technisch bewijs, zoals DNA, al sinds de jaren 90 in de opsporing gebruikt wordt, is er met name in het afgelopen decennium veel aandacht geweest voor forensisch-technische normen (of forensische opsporingsnormen). Deels hangt dit samen met de nieuwe technologische ontwikkelingen op dit gebied. Maar deels is deze ontwikkeling ook te wijten aan de nasleep van de Schiedammer parkmoord en de aanbevelingen van de Commissie-Posthumus. Als gevolg van de aanbevelingen van deze commissie werd in 2005 het Programma Versterking Opsporing en Vervolging opgezet, waarin het OM, de politie en het Nederlands Forensisch Instituut een aantal maatregelen zouden nemen om zo het vertrouwen in de opsporing te herstellen; de

158 HvJ, 3 mei 2005, C-387/02, Jur. I-3565.

kwaliteit en de professionaliteit te versterken; en een zichtbaar transparante en integere werkwijze zouden aannemen.[159] In het kader van het waarborgen van de kwaliteit van de forensische opsporing werd besloten dat er behoefte was aan een verbeterde procedure voor het ontwikkelen en valideren van FT-normen. Tevens diende er op bepaalde gebieden waar methoden en procedures niet geformaliseerd waren, nadere normering plaats te vinden, zoals voor de lijkschouw en het vervoeren en bewaren van stoffelijke overschotten.[160]

Vanaf 2009 heeft een herziening plaatsgevonden van deze FT-normen naar forensische opsporingsnormen (FO-normen). Deze normen beschrijven 'een standaard werkwijze bij het onderzoeken en veiligstellen van forensische sporen en sporendragers. Deze standaard werkwijze beschrijft handelingen die kritisch zijn voor de integriteit van het spoor en de kwaliteit van het forensisch vervolgonderzoek.'[161] Zij stellen aldus algemene eisen aan de wijze van forensische en technische opsporing en beogen de kwaliteit ervan te waarborgen. Deze regels schrijven voor hoe opsporingsambtenaren – inclusief de technische recherche – om moeten gaan met het opsporen, verzamelen en veiligstellen van sporen en sporendragers. Maar beperken zich niet tot opsporingsambtenaren. Ze zijn immers van belang voor alle beroepsgroepen die zijn betrokken bij de technische opsporing, te denken valt bijvoorbeeld aan schouwartsen.

Naast deze forensische opsporingsnormen zijn er ook andere normen van een technische aard die in lage regelgeving (veelal in AMvB's of ministeriële regelingen) te vinden zijn. Hierbij gaat het bijvoorbeeld om regelingen die betrekking hebben op de wijze waarop bepaald (strafvorderlijk) onderzoek wordt uitgevoerd. Doorgaans gaat het dan om een nadere invulling van een wettelijke regeling ten behoeve van een uniforme toepassing ervan. Gedacht kan worden aan de Regeling alcohol, drugs en geneesmiddelen in het verkeer, waarin de minister gedetailleerde aanwijzingen geeft voor de toepassing van bepaalde bevoegdheden uit de Wegenverkeerswet of de vele strafvorderlijke AMvB's bijvoorbeeld het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken of het Besluit technische hulpmiddelen strafvordering.[162]

159 Zie Eindrapportage OM-programma Versterking Opsporing en Vervolging 2010.
160 PVOV 2009, p. 11.
161 PVOV 2009, p. 11.
162 Besluit DNA-onderzoek in strafzaken (*Stb.* 2001, 400) en Besluit technische hulpmiddelen strafvordering (*Stb.* 2006, 524); tevens zijn er ook veel AMvB's die niet of in een mindere mate het karakter van technische normen hebben maar wel op een meer gedetailleerd niveau de uitoefening van strafvorderlijke bevoegdheden uiteenzetten, zie bijvoorbeeld Besluit inbeslaggenoemen voorwerpen (*Stb.* 1995, 699) en Besluit vorderen gegevens telecommunicatie (*Stb.* 2004, 394).

4.10 Modernisering van het Wetboek van Strafvordering

De laatste – en nog lopende – ontwikkeling die in dit kader benoeming verdient, is de wetgevingsoperatie 'modernisering van het Wetboek van Strafvordering'. Onder deze noemer kondigde toenmalige minister van Veiligheid en Justitie Opstelten in 2014 een grootschalige herziening aan van het Wetboek van Strafvordering waarmee werd beoogd 'te komen tot een toekomstbestendig, voor professionals en burgers toegankelijk en in de praktijk werkbaar wetboek dat voorziet in een evenwichtig stelsel van rechtswaarborgen'.[163]

Deze wetgevingsoperatie begon als onderdeel van het programma Versterking Prestaties Strafrechtketen en had ten doel de doorlooptijden in de strafrechtspleging te verkorten en de uitval van strafzaken (bijvoorbeeld door fouten en knelpunten in de ketenprocessen) tot aanvaarbare proporties terug te dringen.[164] De directe aanleiding voor het stellen van deze doelen waren de twee rapporten uit 2012 van de Algemene Rekenkamer (Prestaties in het strafrechtketen) en het WODC (Doorlooptijden in de strafrechtsketen) waarin grote knelpunten werden geconstateerd in het functioneren van de strafrechtspleging, in het bijzonder ten aanzien van de doorlooptijden van strafzaken, ongewenste uitstroom van zaken en het gebrek aan een adequate capaciteitsbenutting door politie en OM.[165] Om deze problemen het hoofd te bieden kondigde de minister reeds in 2012 een aantal verbetermaatregelen aan, waaronder een drietal wetswijzigingen waarmee beoogd werd een snellere en betere tenuitvoerlegging van de opgelegde straffen mogelijk te maken (Wetsvoorstel herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen), het opsporingswerk te verbeteren (Wetsvoorstel herziening dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden) en tot slot te tegemoet te komen aan de digitalisering van het strafproces (Wetsvoorstel elektronisch strafdossier).[166] Langzaamaan kwam de nadruk van deze verbetermaatregelen steeds meer te liggen op een aanpassing van strafvorderlijke wetgeving en werd een herziening van wetgeving als een van de belangrijkste voorwaardenscheppende maatregelen voor het bereiken van de eerder gestelde beleidsdoelen.[167] Tegen deze achter-

163 *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278, p. 1.

164 *Kamerstukken II* 2011/12, 29279, 147, p. 2; zie Cleiren 2015; Crijns 2017, p. 19 die de modernisering tevens koppelen aan het onderzoeksproject Strafvordering 2001.

165 *Kamerstukken II* 2011/12, 29279, 147, p. 1; zie voor het rapport van het WODC *Kamerstukken II* 2011/12, 29279, 133); voor de Algemene Rekenkamer *Kamerstukken II* 2011/12, 33173, 2.

166 Wetsvoorstel herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen en het Wetsvoorstel herziening dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden, *Kamerstukken II* 2011/12, 29279, 147, p. 2, en p. 16-17; met betrekking tot de andere verbetermaatregelen zie de bijlage bij deze kamerbrief (p. 5-17).

167 *Kamerstukken II* 2012/13, 29279, 156, p. 1, de minister benadrukt in deze brief dat aanpassing van wetgeving en digitalisering in de keten als de twee belangrijke voorwaardenscheppende maatregelen gezien moeten worden voor het bereiken van de beleidsdoelen in het kader van het VPS-programma. Zie over de verschuiving in de focus van het VPS-programma Knigge 2017, p. 277.

grond kondigde de minister in 2013 een 'herstructurering van (kern-)onderdelen van het Wetboek van Strafvordering en andere wetgeving' om zo regels en (administratieve) lasten te verminderen, een bijdrage te leveren aan de versnelling van de doorlooptijden, het vereenvoudigen en stroomlijnen van procedures en het digitaliseren van de strafrechtsketen.[168]

Deze herstructurering – of modernisering – van het Wetboek van Strafvordering werd door de minister noodzakelijk geacht om recht te kunnen doen aan de verschillende beleidsdoelstellingen die in het kader van het VPS-programma waren gesteld.[169] De minister voerde voorts aan dat modernisering ook om andere redenen nodig lijkt: het huidige Wetboek van Strafvordering is sterk verouderd waardoor het niet altijd meer goed aansluit bij de huidige (gedigitaliseerde) maatschappij, en hoewel het in de afgelopen decennia meermaals is aangepast en aangevuld met nieuwe wettelijke regelingen, gaat het hier telkens om 'incidentele wijzigingen die betrekking hadden op specifieke onderwerpen, hetzij ingegeven door nationale beleidsoverwegingen, hetzij als gevolg van Europese en andere internationale verplichtingen'.[170] Deze vele wijzigingen komen de overzichtelijkheid en toegankelijkheid van het wetboek niet ten goede, wat in het bijzonder duidelijk wordt in de regeling van de bijzondere opsporingsbevoegdheden, aldus de minister. Daarnaast lopen de wet en de rechtspraak inmiddels op belangrijke onderdelen uiteen, aangezien jurisprudentiële ontwikkelingen niet of onvoldoende worden gereflecteerd in het wetboek.[171] Om gestalte te geven aan deze aangekondigde herstructurering van het Wetboek van Strafvordering stuurde de minister in 2015 een Contourennota naar de Tweede Kamer waarin de belangrijkste wijzigingen van dit 'gemoderniseerde' wetboek worden toegelicht en de (nieuwe) doelstellingen die hiermee zijn gediend uiteen worden gezet.[172]

Inmiddels zijn de (toekomstige) boeken 7 (herziening regeling internationale samenwerking in strafzaken) en 8 (tenuitvoerlegging) afgerond[173] en zullen vooruitlopend op de invoering van het nieuwe wetboek binnenkort in werking treden. De overige delen van het nieuwe wetboek (boeken 1-6) zijn inmiddels openbaar maar moeten nog aan de Raad van State worden voorgelegd voor advies.[174] Hoewel deze wetgevingsoperatie niet strekt tot een fundamentele herziening van de (grondslagen van de) strafvordering, maar slechts een stroomlijning en herstructurering ten doel heeft die het wetboek bij de tijd

168 *Kamerstukken II* 2012/13, 29279, 165, p. 8-9.
169 *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278, p. 1.
170 *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278, p. 2.
171 *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278, p. 2.
172 *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278; zie Crijns 2017 voor een bespreking van deze doelstellingen en de belangrijkste wijzigingen in de contourennota.
173 *Stb.* 2017, 246 en *Stb.* 2017, 82; zie ook de Kamerbrief over het vierde voortgangsrapportage modernisering Wetboek van Strafvordering, *Kamerstukken II* 2018/19, 29279, 459.
174 *Kamerstukken II* 2018/19, 29279, 501.

brengen,[175] brengen de vele wijzigingen wel een aantal belangrijke veranderingen met zich voor het Wetboek van Strafvordering.[176] In het kader van strafvorderlijke normen die het handelen van politie en justitie beheersen kan met name gedacht worden aan de codificatie van een aantal voor de opsporing van belang zijnde rechtsbeginselen,[177] de vereenvoudiging van de verdenkingscriteria,[178] de vereenvoudiging en opschoning van de bijzondere opsporingsbevoegdheden[179] en de toevoeging van een aantal nieuwe heimelijke bevoegdheden (zoals het gebruik van de IMSI-catcher, de stille sms en het verrichten van online-opsporingsonderzoek),[180] een nieuwe regelingen met betrekking tot de inbeslagneming van voorwerpen en vastlegging van gegevens (in het bijzonder gaat het hier om inbeslaggenomen elektronische gegevensdragers en geautomatiseerde werken),[181] een nieuwe regeling omtrent het onderzoek aan en in het lichaam en aan de kleding,[182] en een aantal wijzigingen in de bevoegdheden met betrekking tot vrijheidsbeneming en vrijheidsbeperking.[183]

Met deze wetgevingsoperatie wordt beoogd te komen tot een meer overzichtelijke regeling van het opsporingsonderzoek en de bevoegdheden van opsporingsambtenaren daarin. Deze overzichtelijkheid wordt bereikt deels bereikt door opschoning en vereenvoudiging van bestaande bevoegdheden en deels door het codificeren van bestaande jurisprudentie in de huidige regeling, waardoor het 'vinden van het recht door de wetstoepasser' eenvoudiger dient te worden.[184] In hoeverre deze modernisering de daarmee gestelde doelen zal bereiken, zal zich in de toekomst moeten uitwijzen. Gezien het huidige complexe strafvorderlijke normenstelsel dient deze wetgevingsoperatie in ieder geval te worden toegejuicht.

175 *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278, p. 2.
176 Over de diverse wetsvoorstellen is er inmiddels veel gepubliceerd, zie onder andere de themanummers van Themis (2017/6 en 2018/5); Strafblad (2015/3; 2015/4; 2017/5); de verschillende bijdragen in het Tijdschrift Modernisering Strafvordering.
177 Memorie van Toelichting Vaststellingswet Boek 2 van het Wetboek van Strafvordering, p. 17-24; zie hierover uitgebreid Das 2018.
178 Memorie van Toelichting Vaststellingswet Boek 2 van het Wetboek van Strafvordering, p. 12-17; zie Simmelink 2017, p. 325-328.
179 Memorie van Toelichting Vaststellingswet Boek 2 van het Wetboek van Strafvordering, p. 56-62, zie Ölçer 2015.
180 Memorie van Toelichting Vaststellingswet Boek 2 van het Wetboek van Strafvordering, p. 58-62.
181 Memorie van Toelichting Vaststellingswet Boek 2 van het Wetboek van Strafvordering, p. 43-56; met betrekking tot inbeslagneming van voorwerpen zie Vellinga-Schootstra 2017 en Simmelink 2017, p. 329-330.
182 Memorie van Toelichting Vaststellingswet Boek 2 van het Wetboek van Strafvordering, p. 37-43.
183 Memorie van Toelichting Vaststellingswet Boek 2 van het Wetboek van Strafvordering, p. 69-72; zie ook Stevens 2017.
184 *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278, p. 2.

4.11 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is de ontwikkeling van het huidige strafvorderlijk normatieve kader van opsporingsambtenaren beschreven. Hoewel bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafvordering de wetgever, geïnspireerd door de codificatiegedachte, beoogde om het strafproces zo compleet en overzichtelijk mogelijk in het wetboek neer te leggen, heeft het strafprocesrecht zich in de loop der jaren ook buiten het Wetboek van Strafvordering om ontwikkeld. Sindsdien hebben dan ook veel nieuwe normen hun intrede gedaan in de strafvordering. Sommige van deze normen zijn later vastgelegd in diverse formele wetten, terwijl andere normen terug te vinden zijn in internationale verdragen, lagere nationale wetgeving en zelfs het ongeschreven recht. Dit normatieve kader is steeds complexer en omvangrijker geworden en behelst thans een groot aantal verschillende soorten normen. Deels kan deze ontwikkeling worden toegeschreven aan internationale politieke en juridische invloeden. Mensenrechtelijke verdragen hebben bijvoorbeeld meer aandacht op de bescherming van het individu gevestigd, waardoor de bescherming van andere of nieuwe waarden in het strafproces een rol gingen spelen. Maar ook technologische ontwikkelingen of ontwikkelingen op het gebied van criminaliteit hebben hun uitwerking gehad op de normering van het strafproces. Zo heeft de georganiseerde criminaliteit en de daaropvolgende IRT-affaire een van de grootste wetgevingsoperaties na de codificatie van het wetboek met zich gebracht. Daarnaast wordt ook vanuit het OM steeds vaker gereageerd op maatschappelijke ontwikkelingen (of incidenten) met het in het leven roepen van aanwijzingen en werkprotocollen.

Het huidige stelsel aan strafvorderlijke normen laat aldus een complex beeld zien. De wijze waarop bepaalde normen hun uitwerking hebben op het strafproces is in veel gevallen anders geweest dan door de wetgever voorzien. Zo was de dominante rol die het EVRM thans heeft voor zowel opsporingsambtenaren als voor de rechter ten tijde van de invoering van het verdrag moeilijk voor te stellen. Maar ook de bescheiden normering van de opsporing in het Wetboek van Strafvordering in 1926 heeft gezorgd voor een groot aantal aanvullende normen.

De initiële reden waarom gekozen wordt voor een bepaalde wijze van normering van het strafproces kan aldus afwijken van de wijze waarop een norm later functioneert, maar wordt mede beïnvloed door maatschappelijke en politieke invloeden en gebeurtenissen. Er worden kortom uiteenlopende waarden nagestreefd met de normering van het strafproces. Met het oog op dit complexe normatieve kader is het van belang om te zien op welke wijze thans aan deze waarden wordt tegemoetgekomen.

CONCLUSIE DEEL I

Normen en normering in strafvordering

Normering in strafvordering

De vraag waar dit onderzoek zich over buigt, is op welke wijze en met welk doel het strafvorderlijk vooronderzoek en het handelen van opsporingsambtenaren in dat kader genormeerd wordt, hoe het toezicht op dit handelen geregeld is, hoe dit in de praktijk vorm krijgt en tot slot hoe dit toezicht gewaardeerd kan worden in het licht van de eisen die kunnen worden gesteld aan goed toezicht.

Als in de inleiding aangegeven ligt er een tweeledig probleem ten grondslag aan deze vraagstelling. Enerzijds heeft het betrekking op de normering van het handelen van opsporingsambtenaren in het vooronderzoek en anderzijds op de wijze waarop in het huidige stelsel het toezicht op dat handelen is vormgegeven. In de probleemanalyse van dit onderzoek is geconstateerd dat het huidige strafproces een veelheid aan (vage en open) normen bevat die betrekking hebben op het strafvorderlijk optreden van opsporingsambtenaren, terwijl de wijze waarop deze normen worden gehandhaafd niet altijd duidelijk is. Opsporingsambtenaren worden geacht zich aan een scala aan geschreven en ongeschreven regels te houden, terwijl niet altijd duidelijk is hoe die normen zich tot elkaar verhouden en hoe wordt toegezien op de naleving van deze normen. Tegen deze achtergrond is het van belang in kaart te brengen waartoe het handelen van politie en het OM in het vooronderzoek wordt genormeerd, welke rol toezicht daarin speelt en tot slot hoe het huidige speelveld aan strafvorderlijke normen eruitziet waar opsporingsambtenaren zich aan dienen te houden. Voor de beantwoording van de vraag hoe de naleving en handhaving van deze normen plaatsvindt en of gesproken kan worden van een adequaat stelsel van toezicht, is het allereerst van belang om te weten waartoe deze normen in het leven zijn geroepen. De veronderstelling die ten grondslag ligt aan dit onderzoek, is dat het in het leven roepen van normen inderdaad plaatsvindt met een doel en dat voor de verwezenlijking van dit doel het noodzakelijk is dat deze normen worden nageleefd. Om te onderzoeken of er sprake is van adequaat of goed toezicht is dan ook van belang om inzichtelijk te maken waartoe deze strafvorderlijke normen in het leven worden geroepen.

In algemene zin geldt dat normen een bepaalde orde in de samenleving creëren doordat ze het gedrag van individuen reguleren en daarmee voor een zekere voorspelbaarheid, zekerheid en continuïteit in het maatschappelijk leven

zorgen. Grotendeels zijn de normen waar we mee te maken hebben te herleiden tot socioculturele aspecten van de samenleving, zoals religie, moraal en gewoonte. Een deel van deze zogenoemde maatschappelijke normen is vastgelegd in het recht en daarmee aan te merken als rechtsnormen. Deze rechtsnomen hoeven niet altijd aan te sluiten bij of te overlappen met maatschappelijke normen, maar zijn soms het resultaat van bepaalde rechtspolitieke keuzes en beoogde doelen van de wetgever. Rechtsnormen in een democratische rechtsstaat onderscheiden zich mede op een ander vlak van maatschappelijke normen; zij maken immers deel uit van een dwingende rechtsorde doordat zij door de wetgever – in de meeste ruime zin van het woord – in het leven worden geroepen, bepaalde (rechtsstatelijke) functies vervullen en verwachtingen scheppen voor de naleving van deze normen. Rechtsnormen bevatten normatieve uitspraken van uiteenlopende aard: zij kunnen gedrag voorschrijven, rechten en aanspraken verlenen, een bevoegdheid in het leven roepen, ambten scheppen, rechtsgevolgen verbinden aan feiten en een bepaalde juridische betekenis toeschrijven aan begrippen. Dit brengt onder andere mee dat het normeren van gedrag in rechtsregels een doelbewuste activiteit is, in die zin dat de wetgever iets wil met het in het leven roepen van deze regels. Zij kunnen worden geacht een bepaalde functie te hebben; zij hebben een ordenende en conflictbeslechtende en -beperkende functie, een rechtsbeschermende functie (zowel in relatie tot de overheid als anderen in de rechtsorde), een emancipatoire functie en tot slot dienen zij als communicatiemiddel tussen de overheid en de burger.[1] De wetgever streeft ernaar een bepaald doel te bereiken met deze normen, zoals het beschermen van het individu, het sturen van het gedrag van het individu in een specifieke richting, of het aanspreken van het individu indien niet normconform is gehandeld. Ook de rechter kan nieuwe normen creëren. We spreken dan vaak van beoordelingsnormen omdat deze erop gericht zijn algemene en open normen van de wetgever nader in te vullen. Ook hieruit vloeien concrete(re) regels en beginselen voort die richting geven aan menselijk handelen en een maatstaf zijn voor de beoordeling van dat handelen.

Idealiter is op voorhand duidelijk wat een rechtsnorm beoogt te bewerkstelligen en welk gedrag wordt verlangd van de normadressaat. De praktijk is echter weerbarstiger. Deels wordt dit veroorzaakt door het feit dat rechtsnormen op verschillende niveaus tot stand komen waardoor een complex stelsel van rechtsnormen ontstaat. Daarnaast kunnen rechtsnormen variëren in de mate van detail: zij kunnen heel specifiek het gewenste gedrag weergeven (te denken valt aan verkeersregels die maximumsnelheden voorschrijven), maar kunnen ook in meer algemene en vage bewoordingen zijn opgesteld (zoals privaatrechtelijke regels over redelijkheid en billijkheid). Hoe vager een norm, des te meer deze zal worden gezien als een standaard of beginsel. Wil een rechtsnorm op adequate wijze effect sorteren, dat wil zeggen dat deze nage-

1 Veerman 2012, p. 145.

leefd wordt, dan is het noodzakelijk dat deze norm begrepen wordt door de normadressaat en op eenduidige wijze wordt geïnterpreteerd door de rechtsorde. Immers, voor de naleving van (rechts)normen is het onder andere van belang dat de normadressaat kennis heeft van de norm en deze begrijpt. Pas dan kan de norm richtinggevend zijn in de wijze waarop gehandeld dient te worden in het concrete geval waarin deze van toepassing is. Voor de naleving van normen zijn niet alleen kennis en begrip van de norm van belang, ook andere factoren zoals acceptatie van de rechtsnorm, de (materiële en immateriële) kosten en baten die gemoeid zijn met naleving, en de normgetrouwheid van de doelgroep kunnen onder andere een rol spelen in de mate waarin een rechtsnorm wordt nageleefd. Normnaleving is in de praktijk dan ook afhankelijk van een complex geheel aan factoren. In het kader van de naleving van strafvorderlijke normen speelt daarbij het gegeven dat de normadressaat een professionele beroepsbeoefenaar is een grote rol. Gegeven de specifieke opleiding en functie in het strafrechtelijk vooronderzoek kunnen, althans dienen, we van opsporingsambtenaren (te) verwachten dat zij kennis hebben van strafvorderlijke normen, deze normen begrijpen en een grote mate van normgetrouwheid hebben.

Naleving van normen is weliswaar afhankelijk van een complex geheel aan factoren maar naleving is in de meeste gevallen wel het uitgangspunt. Het bijzondere karakter van rechtsnormen en de verwachtingen die zij scheppen, brengen mee dat wanneer rechtsnormen niet (afdoende) worden nageleefd, in beginsel een verplichting op de overheid rust deze naleving alsnog af te dwingen.[2] Dat betekent dat toezicht (en daarmee handhaving) een inherent onderdeel is van het normeringsproces. Wanneer regels niet 'spontaan' worden nageleefd en naleving niet wordt afgedwongen, is het immers zeer de vraag wat nog het nut is van de norm. Ook doet het af aan het rechtsstatelijk karakter van normeren door de overheid: in een rechtsstaat worden normen geacht nageleefd te worden. Dat geldt in het bijzonder voor normen die zich juist richten tot die overheid.

Ook in het strafproces wordt door middel van normering een bepaalde ordening aangebracht en geven normen sturing aan het handelen van opsporingsambtenaren en andere betrokkenen. Deze ordening is in de meest abstracte zin erop gericht om de hoofddoelstelling en de daarvan afgeleide doelstellingen van het strafproces te realiseren, te weten de materiële waarheidsvinding en rechtsbescherming. In de literatuur bestaat veel discussie over de onderlinge verhouding tussen deze doelstellingen, de precieze invulling en de waarden die hierachter schuilgaan. Uit de verschillende opvattingen volgt dat de invulling van deze doelstellingen in grote mate afhankelijk is van rechtstheoretische

2 In de meeste gevallen omdat denkbaar is dat naleving van de norm niet de prioriteit heeft. Zoals bij zogenoemde symbolische wetgeving/normstelling, waarbij de handhaving van de norm niet of onvoldoende wordt geregeld.

en rechtspolitieke voorkeuren. Daarnaast kunnen politieke, culturele en technologische ontwikkelingen bijdragen aan verschuivingen en veranderingen in de wijze waarop deze doelstellingen worden geïnterpreteerd. Ondanks het belang van deze doelstellingen voor de inrichting van het strafproces kan worden geconcludeerd dat zij geen dwingende ordening van het strafproces voorschrijven maar mede vanwege hun hoge abstractiegraad een zeker flexibel karakter hebben. Voor de beantwoording van de vraag waartoe het normeren van het strafvorderlijk handelen dient, geven deze doelstellingen dan ook geen concreet houvast. Wel kan mede aan de hand van deze doelstellingen een aantal waarden onderscheiden worden die ten grondslag liggen aan strafvorderlijke normen. Denk hierbij aan het waarborgen van de betrouwbaarheid van het bewijs dat in de strafprocedure wordt gebruikt, de bescherming van de rechten van de verdachte en andere betrokkenen in de strafprocedure, het bewaken van zowel de integriteit van het overheidshandelen als de rechtspraak en het faciliteren van een voortvarende en efficiënte strafrechtspleging. De verschillende strafvorderlijke normen geven invulling aan deze – eveneens abstracte – waarden en zijn daardoor een instrument om deze waarden – en daarmee de doelstellingen van het strafproces – te verwezenlijken. Echter, ook ten aanzien van deze onderliggende waarden moet worden geconcludeerd dat zij niet altijd scherp van elkaar te onderscheiden zijn, eveneens op uiteenlopende wijzen kunnen worden ingevuld en niet alle in gelijke mate van belang zijn voor het strafproces. Dat wil zeggen dat ook de invulling van deze achterliggende waarden van strafvorderlijke normen afhankelijk is van rechtstheoretische en rechtspolitieke voorkeuren, terwijl ook maatschappelijke ontwikkelingen de invulling of het belang van deze waarden kunnen wijzigen, eraan kunnen bijdragen dat bepaalde waarden in tijd en plaats meer of minder van belang zullen zijn, en zodoende van invloed zijn op de inrichting van het strafproces. Een strikte rubricering van strafvorderlijke normen aan de hand van deze onderliggende waarden is dan ook niet goed mogelijk. Wel kunnen deze waarden worden aangewezen als de meer abstracte redenen voor het in het leven roepen van strafvorderlijke normen en doorgaans kan per afzonderlijke norm wel een 'dominante' onderliggende waarde worden aangewezen.

Hoewel de waarden te herkennen zijn in de verschillende strafvorderlijke normen, is de directe aanleiding van de normering van strafvordering doorgaans concreet en praktisch ingegeven. Normering is niet louter gericht op het beschermen van deze (abstracte) waarden in het strafproces maar wordt mede ingegeven door maatschappelijke en politieke ontwikkelingen. Deze ontwikkelingen beïnvloeden hoe tegen deze abstracte waarden wordt aangekeken en geven een nadere invullingen en betekenis aan deze waarden. Zo heeft de invloed van het EVRM onder andere ervoor gezorgd dat de wetgever nadere regelgeving in het leven moest roepen ter bescherming van de rechten van de verdachte. De onderliggende waarde van veel van deze normen kan daarmee worden aangemerkt als rechtsbescherming, terwijl de aanleiding voor het vastleggen van deze norm een maatschappelijke (politiek-ideologische)

ontwikkeling was, namelijk de toenemende aandacht voor burgerlijke vrijheidsrechten. Tegelijkertijd zorgde deze maatschappelijke ontwikkeling ervoor dat rechtsbescherming als onderliggende waarde een ruimere invulling kreeg, bijvoorbeeld door de (ruimere) erkenning van bepaalde vrijheidsrechten en de opvatting dat deze bescherming behoeven in het kader van het strafvorderlijk handelen van de overheid. Technologische ontwikkelingen hebben eveneens geleid tot (de behoefte aan) nieuwe normen in het strafproces. Zo heeft de opkomst van het internet geleid tot computercriminaliteit maar heeft ook de deur geopend voor nieuwe opsporingsmogelijkheden. Normering van deze bevoegdheden was noodzakelijk om de privacy van de (verdachte) burger te waarborgen, terwijl digitalisering tegelijkertijd heeft gezorgd voor een herdefiniëring van het concept privacy. De ontwikkelingen in forensisch onderzoek hebben weer geresulteerd in wetgeving die de betrouwbaarheid van dat onderzoek dient te waarborgen.

Normering in strafvordering vindt plaats om uiteenlopende redenen, binnen een complexe invloedssfeer van zowel de doelstellingen van het strafproces en de onderliggende waarden van strafvorderlijke normen als de politieke en maatschappelijke ontwikkelingen die aanleiding kunnen geven tot nieuwe wetgeving en tegelijkertijd ook van invloed zijn op de wijze waarop tegen de onderliggende waarden wordt aangekeken. Concluderend kan dan ook worden gesteld dat strafvorderlijke normen inderdaad met een zekere reden in het leven worden en zijn geroepen maar het niet altijd even gemakkelijk is precies aan te wijzen wat de reden is.

Al met al laat het huidige stelsel aan strafvorderlijke normen een complex beeld zien van een groot aantal ongelijksoortige typen normen – die ook naar aard en werking verschillend zijn – en waarvan de totstandkoming uiteenlopende redenen heeft gehad. Dit roept de vraag op of de opsporingspraktijk nog goed uit de voeten kan met dit normenstelsel en hoe het toezicht op deze normen dient te worden ingericht. Met betrekking tot die laatste vraag kan in ieder geval deels aansluiting worden gezocht bij de onderliggende waarden van normen. Weliswaar is het niet goed mogelijk om de verschillende normen te rubriceren aan de hand van de onderliggende waarde die zij beogen te beschermen en op basis daarvan algemene uitspraken te doen over de wijze waarop het toezicht op de verschillende categorieën normen ingericht dient te worden, maar deze waarden zijn wel veelzeggend voor de vraag waartoe de norm in het leven is geroepen en wat de functie van de norm is. Dat betekent dat zij wel een rol dienen te spelen in de handhaving van de norm. Immers, wanneer bij de handhaving van de norm onvoldoende acht wordt geslagen op deze onderliggende waarde kan er onduidelijkheid bestaan omtrent de precieze functie van de norm. Indien we ervan uitgaan dat deze onderliggende waarden op enigerlei wijze gerealiseerd dienen te worden in het kader van het strafproces, is het bovendien van belang dat deze strafvorderlijke normen ook daadwerkelijk worden nageleefd en dat adequaat toezicht bestaat op de naleving ervan. Indien bepaalde waarden in het strafproces niet

of onvoldoende worden gerealiseerd, kan dat een reden zijn om het toezicht daarop beter te organiseren, de normen nader aan te scherpen, of het belang daarvan in het huidige stelsel van strafvordering te bezien.

Goed toezicht in de context van strafvordering

In het licht van het voorgaande is het de vraag wat kan worden verstaan onder adequaat toezicht in het kader van de naleving van strafvorderlijke normen door opsporingsambtenaren. In hoofdstuk 2 werd aan de hand van bestuurskundige en juridische literatuur gekomen tot de volgende algemene definitie van toezicht: 'Toezicht is een doelgerichte activiteit die is toegesneden op het verzamelen van informatie over de vraag of een handeling of zaak heeft voldaan aan de daaraan gestelde eisen, het zich daarna vormen van een oordeel daarover en het eventueel naar aanleiding daarvan interveniëren.'[3] Deze definitie kent drie componenten: (1) het verzamelen van informatie, (2) het vormen van een oordeel, en (3) het zo nodig interveniëren (waarbij met betrekking tot dit laatste moet worden toegevoegd dat deze interventie de ondertoezichtgestelde ook daadwerkelijk dient te bereiken). Deze brede definitie is geschikt en noodzakelijk om het veelvoorkomende fenomeen toezicht te accommoderen. Toezicht komt immers in verschillende contexten voor en bestaat daarom in verschillende vormen. In de ideale situatie worden deze verschillende componenten ofwel vervuld door één toezichthouder ofwel uitgeoefend door meerdere toezichthouders in een aaneengeschakelde keten, om zo de continuïteit, overzichtelijkheid en volledigheid van het toezicht te bevorderen.

In de bestuurskundige literatuur worden aan de uitoefening van deze drie componenten vervolgens aanvullende eisen gesteld om het toezicht als *goed* of *adequaat* te kunnen aanmerken. In algemene zin is echter niet te zeggen welke eisen dat precies moeten zijn. De vereisten die aan goed toezicht worden gesteld zijn afhankelijk van de specifieke context van dat toezicht en worden bepaald door de vorm en aard van het toezicht, het beoordelingsframe dat ten grondslag ligt aan het toezicht en de doelstellingen die met dat toezicht worden beoogd. De vraag is aldus welke aanvullende eisen of kwaliteiten van belang zijn voor de beoordeling van het toezicht in de strafvorderlijke context en voor de vraag wanneer in dit specifieke verband van goed toezicht kan worden gesproken.

Te beginnen met de context waarbinnen het toezicht plaatsvindt. Deze kenmerkt zich door het juridische en publieke karakter ervan. Het gaat hier om toezicht op het handelen van de strafvorderlijke overheid; handelen waarmee ingrijpende inbreuken (kunnen) worden gemaakt in het leven van burgers. Deze context brengt mee dat het toezicht idealiter een juridische basis kent

3 Zie § 2.6.1.

en plaatsvindt aan de hand van een wettelijk kader; oftewel, het gaat hier niet om informeel toezicht of sociale controle maar om formeel ingebed toezicht op de naleving van rechtsnormen. De publiekrechtelijke aard van het toezicht brengt daarnaast mee dat het toezicht een zekere mate van transparantie en consistentie dient te bezitten.[4] Het moet zichtbaar zijn dat de (strafvorderlijke) overheid zich ook daadwerkelijk aan de regels houdt. Bovendien kan ook de toezichthouder worden gehouden aan bepaalde vereisten: de juridische inbedding van het toezicht brengt mee dat de toezichthouder een formele verantwoordelijkheid voor het toezicht draagt. Daarnaast is het van belang dat het toezicht een zekere mate van objectiviteit heeft, dat brengt mee dat de toezichthouder onafhankelijk is ten opzichte van de instantie(s) waarop hij toezicht houdt en belangeloos is ten aanzien van de normnaleving door de ondertoezichtgestelde. Tot slot dient het toezicht volledig te zijn. Dat wil niet zeggen dat er in de praktijk te allen tijde toezicht dient te bestaan op het handelen van de ondertoezichtgestelde, maar dat het toezicht in beginsel is gericht op al het handelen van de ondertoezichtgestelde en betrekking heeft op het gehele beoordelingsframe dat ten grondslag ligt aan dat toezicht. Wanneer immers op voorhand vaststaat dat de toezichthouder slechts zicht heeft of kan hebben op een fractie van het handelen dan wel enkel oordeelt ten aanzien van een deel van de normen waaraan het handelen van de ondertoezichtgestelde dient te beantwoorden, kan niet worden gesproken van volledig toezicht.[5]

Samenvattend kan worden gesteld dat voor goed toezicht in de strafvorderlijke context het toezicht formeel, transparant, onafhankelijk en belangeloos dient te zijn. Deze vereisten kunnen worden getypeerd als de institutionele vereisten van goed toezicht. Daarnaast kan ten aanzien van de reikwijdte van het toezicht worden verlangd dat deze een zekere mate van volledigheid heeft. Tot slot zal in het navolgende blijken dat tevens enkele inhoudelijke eisen aan het toezicht in de strafvorderlijke context kunnen worden gesteld. Deze drie categorieën van vereisten gelden in beginsel ten aanzien van de uitoefening van alle componenten van het toezicht, maar wel zal blijken dat zij afhankelijk van de aan de orde zijnde activiteit (informatievergaring, oordeelsvorming of interventie) op verschillende wijze gestalte kunnen krijgen. Vertaald naar de hierboven gegeven definitie van toezicht en de drie daarin opgenomen componenten, brengen de genoemde vereisten het volgende beeld met zich voor het strafvorderlijk toezicht.

De *institutionele* vereisten brengen ten aanzien van de invulling van de eerste component van (goed) toezicht met zich dat idealiter wordt verwacht dat de toezichthouder kan beschikken over informatie over het handelen van opsporingsambtenaren in de context van het opsporingsonderzoek om zich actief en gericht een oordeel te kunnen vormen over de vraag of al dan niet is

4 Zie § 2.6.1.
5 Zie § 2.6.2.

voldaan aan de gestelde strafvorderlijke normen. De eis van onafhankelijkheid betekent in deze context dat de toezichthouder voor zijn informatiepositie niet louter afhankelijk is van de informatie die opsporingsambtenaren (willen) aanleveren, maar zowel de praktische middelen als formele bevoegdheden dient te hebben zelf onderzoek (te doen) instellen. Ten aanzien van de tweede component van (goed) toezicht brengen de onafhankelijkheid ten opzichte van opsporingsambtenaren en de belangeloosheid ten opzichte van de normnaleving met zich dat de toezichthouder vrij dient te zijn zich een oordeel te vormen op basis van die informatie zonder dat hij hier partij bij is. Met betrekking tot de invulling van de derde component kan worden verwacht dat de toezichthouder zowel de juridische mogelijkheden als de praktische middelen heeft om naar aanleiding van zijn oordeelsvorming te interveniëren in het handelen van de opsporingsambtenaren (zonder dat dit veronderstelt dat dit ook altijd daadwerkelijk gebeurt). Hij dient hierbij onafhankelijk en belangeloos te kunnen handelen; dat wil zeggen dat hij geen direct belang heeft bij zijn keuze voor een eventuele interventie en hierdoor niet zelf wordt geraakt.

Het vereiste met betrekking tot de *reikwijdte* van het toezicht brengt als gezegd mee dat het toezicht een zekere mate van volledigheid dient te hebben. Deze eis van volledigheid brengt met betrekking tot de eerste component van het toezicht mee dat in beginsel zicht bestaat (of kan bestaan) op al het strafvorderlijk handelen. In het kader van de tweede component van het toezicht, de oordeelsvorming, brengt het vereiste van volledigheid mee dat van goed toezicht kan worden verwacht dat het betrekking heeft op het gehele beoordelingsframe waar het op toeziet. Of anders geformuleerd: het gehele relevante normatieve kader op het betreffende strafvorderlijk handelen dient bij de oordeelsvorming als toetssteen te kunnen worden gebruikt. Voor de derde component van de toezichtsdefinitie brengt de eis van volledigheid met zich dat al het normoverschrijdend handelen in beginsel in aanmerking kan komen voor een eventuele interventie (wederom zonder dat dit zou impliceren dat ook steeds daadwerkelijk wordt geïntervenieerd). Daarnaast dient er transparantie te bestaan over de wijze waarop wordt geïntervenieerd. Het toezicht dient kortom zichtbaar te zijn.

Tot slot brengen de specifieke kenmerken van het beoordelingsframe van het strafvorderlijk toezicht – het strafvorderlijk normatief kader zoals dat is geschetst in hoofdstuk 4 – mee dat ook een tweetal *inhoudelijke* vereisten aan het strafvorderlijk toezicht kan worden gesteld, wil in dit verband van goed toezicht kunnen worden gesproken. In het licht van de complexiteit van het stelsel aan strafvorderlijke normen ligt het voor de hand dat van goed toezicht ten eerste kan worden verwacht dat het zich daadwerkelijk oriënteert op het onderliggende beoordelingsframe en ten tweede dat het bijdraagt aan de opheldering ervan. Met betrekking tot het eerstgenoemde vereiste betekent dit dat het toezicht rekening dient te houden met de onderliggende waarde van de norm, aangezien deze onderliggende waarde van belang is voor de juiste interpretatie van de norm en de verwezenlijking van de daarmee gestelde

doelen. Om te kunnen spreken van een adequaat systeem van toezicht zal in ieder geval toezicht moeten bestaan op de verschillende waarden die de strafvorderlijke normen beogen te beschermen. Deze moeten op enigerlei wijze zijn 'afgedekt'. Deze strafvorderlijke normen zijn immers in het leven geroepen om deze onderliggende waarden te verwezenlijken in het strafproces. Ten tweede brengt de complexiteit van het huidige speelveld aan strafvorderlijke normen mee dat het toezicht een zekere mate van opheldering dient te verschaffen over de betekenis en werking van deze verschillen strafvorderlijke normen. Deze opheldering is van belang voor de oordeelsvorming omtrent het handelen (de tweede component van de toezichtsdefinitie). Zo is het wanneer de norm niet helder is, niet goed mogelijk een oordeel te vellen over de normconformiteit van het handelen. Daarnaast is de opheldering (van de werking) van de normen van belang voor de naleving van de norm doordat zij voor de normadressaat inzichtelijk maakt op welke wijze zijn gedrag hieraan dient te beantwoorden. De complexiteit van het huidige strafvorderlijke normenstelsel maakt deze functie van toezicht des te meer prangend. Zoals we in het voorgaande hebben gezien, worden strafvorderlijke normen om een veelheid aan redenen in het leven geroepen. Deze redenen kunnen in de loop der jaren wijzigen, een andere betekenis of een andere weging krijgen. Dat geldt zowel voor de rechtsnormen die door de wetgever(s) in het leven worden geroepen, als de beoordelingsnormen van de rechter. De ontwikkeling van het strafvorderlijk normenkader laat zien dat zowel de invulling als de werking van veel strafvorderlijk normen niet constant is, maar deze normen meebewegen en evolueren met hun tijd. De invulling die thans wordt gegeven aan het recht op een eerlijk proces, verschilt immers in aanzienlijke mate van de wijze waarop ten tijde van de totstandkoming van het Wetboek van Strafvordering werd aangekeken tegen procesrechten van de verdachte (laat staan andere betrokkenen in het strafproces). Ook de normerende werking die uitgaat van de algemene beginselen van een behoorlijke procesorde kan inmiddels niet op één lijn worden gesteld met de wijze waarop de rechter in de jaren 70 gebruikmaakte van deze ongeschreven beginselen. Niet alleen zijn deze beginselen deels gecodificeerd in bepaalde strafvorderlijke regels waardoor zij in ieder geval ten aanzien van deze regels een andere werking hebben, ook de veranderde maatschappelijke en politieke tijdsgeest noopt tot een andere toepassing van deze beginselen door de strafrechter. Deze twee voorbeelden zijn slechts een illustratie van het veranderlijke karakter van zowel strafvorderlijke normen als hun onderliggende waarden. In zekere zin mag het niet verbazen dat een rechtsnorm nadat deze in het leven is geroepen meebeweegt met zijn tijd, de ordening die het recht aanbrengt in de samenleving is immers geen constante. Wel brengt dit mee dat voor een goed begrip van de werking van de verschillende strafvorderlijke normen het telkens van belang blijft dat in het kader van toezicht de toezichthouder ook aan normprecisering doet om zo de naleving van deze normen in de toekomst te bevorderen. Deze inhoudelijke vereisten van waardenoriëntatie en normprecisering hebben als

gezegd primair betrekking op de tweede component van het toezicht. Het is immers in de oordeelsvorming waar de hierboven besproken vereisten van waardenoriëntatie en normprecisering vooral tot uiting zullen komen. De vereiste waardeoriëntatie zal zich echter ook kunnen manifesteren in de mate waarin (of wijze waarop) geïntervenieerd zal worden naar aanleiding van normoverschrijdend handelen.

In het tweede deel van dit onderzoek zal de praktijk van het toezicht op de naleving van strafvorderlijke normen in kaart worden gebracht. Hierbij wordt in de eerste plaats stilgestaan bij de institutionele rol van de instanties die een toezichthoudende taak hebben ten aanzien van politie en OM. Vervolgens wordt ingegaan op de twee belangrijkste toezichthouders met betrekking tot de normnaleving door opsporingsambtenaren, namelijk de rechter en de officier van justitie. In hoofdstukken 6, 7 en 8 zal de wijze waarop thans in de praktijk gestalte wordt gegeven aan het toezicht op opsporingsambtenaren door de rechter en officier van justitie worden uiteengezet. Deze uiteenzetting vindt plaats tegen de achtergrond van de criteria van goed toezicht zoals hierboven besproken. Deze criteria zijn aldus impliciet vervlochten in de bespreking van de praktijk van het toezicht in het hiernavolgende. Een expliciete koppeling tussen de hierboven genoemde criteria en de knelpunten in het toezicht vindt in het derde deel van dit onderzoek plaats.

DEEL II

Toezicht op strafvorderlijke normen in de praktijk

5 Actoren met een toezichthoudende taak

5.1 Inleiding

In het vorige deel van dit onderzoek is in beeld gebracht wat in het algemeen onder toezicht verstaan kan worden. Dit brede begrip van toezicht is vervolgens nader geconcretiseerd en toegepast op de vraag wat verwacht mag worden van toezicht in het kader van de naleving van strafvorderlijke normen door opsporingsambtenaren. In dit tweede deel van het onderzoek staat de vraag centraal naar de wijze waarop het toezicht op de naleving van strafvorderlijke normen thans is geregeld en in de praktijk gestalte krijgt.

In dit hoofdstuk worden de verschillende instanties die een toezichthoudende rol uitoefenen ten opzichte van de politie en het OM besproken. De focus van dit onderzoek is het nalevingstoezicht op het handelen van politie en justitie. Dat brengt mee dat het zwaartepunt van onderstaande bespreking zal liggen op de twee 'hoofdrolspelers' in het nalevingstoezicht op politie en justitie. Allereerst zal de toezichthoudende taak van de rechter worden besproken aan de hand van de kaders die de wet heeft gesteld voor de uitoefening van deze taak. Omdat de reikwijdte van deze toezichthoudende taak in grote mate door de Hoge Raad is bepaald, wordt aandacht besteed aan deze jurisprudentiële ontwikkeling. Vervolgens wordt de positie die het OM (en de officier van justitie) inneemt in de uitoefening van toezicht op (andere) opsporingsambtenaren besproken. Deze positie laat zich niet eenduidig omschrijven doordat deze toezichthoudende taak niet ondubbelzinnig uit de wet kan worden afgeleid waardoor deze onderhevig is (geweest) aan verschillende interpretaties en bovendien verweven is in de institutionele en grondwettelijke rol die het OM als organisatie inneemt in het Nederlands staatsbestel. Voor een goed begrip van de (wettelijke) basis van de toezichthoudende taak van het OM is het dan ook van belang dat mede aandacht wordt besteed aan deze institutionele positie van het OM en de wijze waarop aan deze taak door de jaren invulling is gegeven.

In het huidige stelsel bestaat een groot aantal andere toezichthouders. Deze instanties oefenen weliswaar allemaal een bepaalde vorm van toezicht uit op opsporingsambtenaren, maar zoals zal blijken gaat het hier om verschillende typen toezicht met uiteenlopende functies en verwachtingen. Daarnaast vindt dit toezicht in veel gevallen plaats buiten het strafvorderlijke kader en is niet (direct) gericht op de naleving van strafvorderlijke normen door opsporingsambtenaren. Wel kan dit toezicht in bepaalde gevallen overlappen met na-

levingstoezicht zoals dat in dit onderzoek centraal staat. Om een volledig beeld te krijgen van het huidige toezicht op naleving van strafvorderlijke normen door politie en justitie zal in het laatste deel van dit hoofdstuk aandacht worden besteed aan deze instanties en het type toezicht dat zij uitoefenen.

5.2 Toezicht door de strafrechter

Hoewel er veel discussie bestaat (en heeft bestaan) over de reikwijdte van het rechterlijk toezicht op het vooronderzoek en het handelen van opsporingsambtenaren in dat kader, wordt de rechter (inmiddels) als één van de hoofdrolspelers gezien in de uitoefening van dit toezicht. De controlerende taak van de rechter ten aanzien van het vooronderzoek heeft zich met name ontwikkeld in de rechtspraak, is nader aangescherpt in de jurisprudentie van de Hoge Raad en is later in het Wetboek van Strafvordering voorzien van een wettelijke basis. Ook na de wettelijke verankering van de rechterlijke controle van het vooronderzoek is deze bevoegdheid met name vormgegeven in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Voordat in het volgende hoofdstuk de kaders van dit toezicht zoals dat in de jurisprudentie is ontwikkeld zullen worden besproken, wordt hier de historische ontwikkeling van het rechterlijk toezicht uiteengezet.[1]

5.2.1 Rechterlijk toezicht in het Wetboek van Strafvordering

Hoewel de strafrechter inmiddels een bijna vanzelfsprekende toezichthoudende taak heeft ten aanzien van de naleving van strafprocessuele normen in het vooronderzoek is deze taak niet altijd een expliciete en ondubbelzinnige aan de strafrechter toebedeelde verantwoordelijkheid geweest in het Wetboek van Strafvordering. Bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafvordering in 1926 heeft de wetgever overwogen dat een ruime bevoegdheidstoebedeling aan politie en justitie voor de opsporing van strafbare feiten gepaard dient te gaan met een controle van de uitoefening van deze bevoegdheden door een onafhankelijke rechter.[2] De vraag of dat ook de zittingsrechter moet zijn, leek hij echter negatief te beantwoorden. De wetgever gaf er immers blijk van een strikte scheiding te willen aanbrengen tussen het vooronderzoek en het onderzoek ter terechtzitting zodat discussies over vormverzuimen begaan tijdens het vooronderzoek zoveel mogelijk geweerd zouden worden van het

1 Zoals zal blijken wordt hierna de toezichthoudende taak van de zittingsrechter besproken. Hoewel ook de rechter-commissaris een toezichthoudende taak met betrekking tot de uitoefening van bepaalde strafvorderlijke bevoegdheden. Dit toezicht bestaat echter voor het overgrote deel uit een toetsing vooraf. Bovendien blijkt de invulling van de bemoeienis van de rechter-commissaris met het vooronderzoek in de praktijk zeer gering te zijn, zie hierover uitgebreid Van der Meij 2010, p. 552-562.

2 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, 3, p. 55; zie ook Melai 1992, p. 4-9.

onderzoek ter terechtzitting. Deze gedachte is terug te vinden in de artikelen 199 en 256 Sv waaruit volgt dat in geval van vormverzuimen in het vooronderzoek de rechter-commissaris herstel dient te bieden, zodat – ingevolge het tweede lid van artikel 256 Sv – deze vormverzuimen tijdens het onderzoek ter terechtzitting – waar de zittingsrechter verantwoordelijkheid draagt – niet meer zullen leiden tot nietigheid. Hiermee bewerkstelligde deze bepaling dat bezwaren tegen de gang van zaken in het vooronderzoek, niet meer voorgelegd konden worden aan de zittingsrechter. Het belang van deze bepalingen is in de literatuur echter sterk gerelativeerd en ook in de jurisprudentie van de Hoge Raad is niet strikt vastgehouden aan deze tweedeling tussen de controlerende bevoegdheid van de zittingsrechter en de rechter-commissaris.[3] Van Veen verklaart de steeds geringere betekenis van deze bepalingen met name vanuit het feit dat artikel 256 niet alle verweren aangaande vormverzuimen in het vooronderzoek uit het onderzoek ter terechtzitting weert. Als voorbeeld wijst hij op vormverzuimen die kunnen raken aan de ontvankelijkheid van het OM, of vormverzuimen aangaande de naleving van termijnen. De zittingsrechter dient immers ingevolge artikel 358 lid 3 Sv te responderen op dergelijke verweren:

> 'Naarmate met succes kon worden aangevoerd dat het OM niet ontvankelijk was omdat het beginselen van behoorlijke strafvordering had geschonden in het voorbereidend onderzoek ging de deur verder open. Vooral het beroep op onredelijke traagheid in het voorbereidend onderzoek en het bezwaar tegen het hanteren van niet geoorloofde methoden van opsporingsonderzoek ter onderbouwing van het verweer dat het openbaar ministerie niet ontvankelijk zou moeten worden verklaard, dwongen de zittingsrechter zich over de wijze, waarop het voorbereidend onderzoek was gevoerd, een oordeel te vormen. Het was van de Hoge Raad een kleine stap om de rechter te verplichten ook in te gaan op klachten over de methode van bewijsvergaring, die niet uitmondden in het verweer dat de OvJ niet ontvankelijk zou zijn maar in de eis, dat het verkregen materiaal niet voor het bewijs zou mogen worden gebruikt. Daarmee heeft zich de responsieplicht van de rechter uitgebreid. De controle op de inhoud van gebezigde bewijsmiddelen heeft zich verbreed tot de controle op de wijze van verkrijging. De Hoge Raad heeft leiding aan deze ontwikkeling gegeven door meer dan vroeger motivering te verlangen van het verwerpen van gevoerde verweren. Het doorbreken van de papieren muur, waardoor ook van andere, in cassatie vaststaande, feiten gebruik kon worden gemaakt dan van de in het vonnis en het proces-verbaal van de zitting vermelde feiten, heeft dat bevorderd.'[4]

Kooijmans wijst er in zijn commentaar bij artikel 256 Sv op dat de betekenis van deze bepaling reeds gering was omdat het enkel zag op schending van

---

3 Boek, in: Melai/Groenhuijsen *Commentaar op het Wetboek van Strafvordering*, art. 199 Sv, aant. 3 (online, laatst bijgewerkt op 1 juni 2000); Corstens 1993, p. 24-25.

4 Van Veen 1991, p. 215.

vormfouten die tot *nietigheid* leiden.[5] *Nietigheid* als sanctie kan (doorgaans) verbonden worden aan verzuim van vormen begaan door de rechter, terwijl het handelen van politie en justitie vanuit een ander kader wordt getoetst.[6] Over de exacte betekenis van deze artikelen voor de afhandeling van vormverzuimen door de zittingsrechter bestaat aldus discussie. Wel kan worden betoogd dat het achterwege blijven van een controle op het vooronderzoek door de zittingsrechter niet geheel te wijten is aan deze artikelen, aangezien de discussie hieromtrent (zowel in de literatuur als in de rechtspraak) pas in de jaren 60 opleefde.[7] De relativering van de betekenis van deze bepalingen kan in grote mate worden gekoppeld aan het toenemende belang van mensenrechtelijke verdragen vanaf de jaren 60 en de daaraan ten grondslag liggende politieke en maatschappelijke veranderingen in de samenleving, zoals de emancipatie van de burger, de invloed van verschillende mensenrechtenverdragen (met name het EVRM) en de hiermee samenhangende groeiende maatschappelijke aandacht voor grondrechten.[8] In het strafprocesrecht hebben deze ontwikkelingen bijgedragen aan meer aandacht voor de positie van de verdachte ten opzichte van het OM.[9] Van Veen wijst er in dit verband op dat in die periode sprake was van een toename van verweren aangaande de ontvankelijkheid van het OM en de gronden op basis waarvan dit kon worden toegekend. Hoewel voorheen de niet-ontvankelijkheid enkel werd uitgesproken in de zeldzame gevallen waarin de wet dat voorschreef, gebeurde dat mede onder invloed van mensenrechtelijke verdragen ook in verband met niet-naleving van 'normen van behoorlijke procesvoering, [die *MS*] grotendeels geformuleerd zijn in art. 6 Verdrag van Rome (EVRM) en art. 14 Verdrag van New York (IVBPR)'.[10] De invloed van deze ontwikkeling werd voor het eerst bevestigd in het Tweede Bloedproefarrest, waarin de Hoge Raad de bewijsuitsluitingsregel als reactie op onrechtmatig verkregen bewijs toepaste. Over de betekenis van dit arrest merkt Van Veen op dat het niet naleven van belangrijke strafvorderlijke voorschriften doorwerkt in het hele proces en wanneer ten gevolge hiervan bewijsmateriaal wordt verkregen artikel 256 wordt doorbroken.[11] Hiermee lijkt artikel 256 lid 2 dan ook in belangrijke mate aan betekenis te hebben ingeboet en enkel nog van belang te zijn bij de door de rechter-commissaris zelf gemaakte vormfouten bij het uitvoeren van het gerechtelijk voor-

5 T. Kooijmans, in: Melai/Groenhuijsen, *Commentaar op het Wetboek van Strafvordering*, art. 256 Sv, aant. 5 (online, laatst bijgewerkt op 1 oktober 2006).
6 Zie hierover, Mevis 1995, p. 262; verwijzend naar onder andere Krikke 1983 en De Jong 1985.
7 Melai 1992, p. 72-73; Fokkens 1985, p. 7; De Gruyter 1976, p. 161-162; zie ook Peters 1993, in het bijzonder p. 48-49; overigens verzette Enschedé zich sterk tegen deze relativering, zie Enschedé 1966, p. 516-517.
8 Melai 1992, p. 72-73; zie ook Peters 1993.
9 Zie Spronken 2001, p. 125-129.
10 Van Veen 1991, p. 214.
11 Van Bemmelen/Van Veen 1989, p. 314.

onderzoek, in welk geval de rechter-commissaris zorg dient te dragen voor het herstel van deze vormfouten.[12]

De rechterlijke bemoeienis met het optreden van politie en justitie in het vooronderzoek, en daarmee dus een uitbreiding van de 'taken' van de zittingsrechter, vond in belangrijke mate plaats buiten de wetgever om.[13] De ontwikkeling van de rechterlijke controle op het handelen van opsporingsambtenaren in de Nederlandse rechtspraak stond bovendien niet op zichzelf. Zoals gezegd werd zij sterk beïnvloed door de inwerkingtreding van verschillende mensenrechtelijke verdragen, zoals het EVRM, maar daarnaast was een dergelijke ontwikkeling ook in andere jurisdicties te ontwaren.[14] Zo werd ook toentertijd gewezen op de reeds verder ontwikkelde Amerikaanse *exclusionary rule* die grotendeels gestoeld was op de constitutionele bescherming van burgerrechten.[15] Ondanks de bestaande structuurverschillen in beide rechtssystemen werd grote waarde gehecht aan de Amerikaanse rechtspraak en theorievorming omtrent de rechterlijke controle op opsporingsambtenaren. Doorgaans met een verwijzing naar de gemeenschappelijke 'rechtsstatelijke' problematiek, hiermee doelend op de mate van bescherming die de rechter de burger biedt tegen ongerechtvaardigde inbreuken op de vrijheidsrechten van de burger.[16]

Sindsdien heeft de gedachte dat de controlerende taak van de (zittings)rechter – en de daarmee samenhangende sanctionerende bevoegdheid in geval van verzuim van vormen – voortvloeit uit de strekking van het Wetboek van Strafvordering geleidelijk vaste voet aan de grond gekregen, zowel in de rechtspraak als in de literatuur.[17] Een rechterlijke controle op het handelen van opsporingsambtenaren kan immers gemakkelijk worden ontleend aan het karakter van het strafprocesrecht en de daarin geldende rechtsbeginselen. Het strafvorderlijk stelsel gaat er namelijk vanuit dat beslissingen worden genomen op basis van wettelijke normen en geldende rechtsbeginselen, en met inachtneming van verschillende belangen die een rol spelen in het strafproces. Een dergelijk stelsel dwingt ertoe dat daadwerkelijk een onafhankelijke toetsing

---

12 Hoewel De Jong juist in deze bepaling een wettelijke basis ziet voor de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs, zie De Jong 1985, p. 987.

13 Van Veen wijst ook op de bijdrage van de wetgever in dezen, namelijk door een aanscherping van de voorschriften voor de strafmotivering in 1983 (zie Van Veen 1991, p. 216).

14 Hoewel doorgaans gewezen wordt op de Amerikaanse rechtspraak waar de bewijsuitsluitingsregel al een lange historie kent (in het bijzonder naar *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616, 1886; Redemann die deze geschiedenis terugvoert tot de Engelse bezetting van de Verenigde Staten en de oorsprong van deze regel in het natuurrecht, Redemann 1976, p. 323-336) en met name in de jaren 60 een rechtsontwikkeling en brede toepassing kende (met als belangrijk arrest *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961)), moet ook worden gewezen op de Duitse bewijsuitsluitingsregel die eveneens een lange geschiedenis kent, zie: Bradley 1983, p. 1032-1066. Zie over de Amerikaanse bewijsuitsluiting, Kuiper 2008.

15 Zie bijvoorbeeld de noot van Peters onder HR 7 december 1971, *NJ* 1972/197 (*Illegale radiozender de Marconist*), in: Gunning, Kelk & Schuyt 1993.

16 Peters, in Gunning, Kelk & Schuyt 1993, p. 56.

17 HR 26 juni 1962, *NJ* 1962/470 (*Tweede Bloedproefarrest*); Cleiren 1989, p. 21-22; Schalken 1981, p. 1-4; Van Bemmelen/Van Veen 1989, p. 311-312.

plaatsvindt. Hoewel hiermee niet gezegd is dat deze toetsing ook voor rekening van de zittingsrechter komt – en bijvoorbeeld niet voor rekening van de rechter-commissaris zoals het Wetboek van Strafvordering lijkt te suggereren – is sinds de jaren 60 deze taak wel steeds meer aan de zittingsrechter toegeschreven.[18]

Het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel – zoals dat ten uitdrukking komt in artikel 1 Sv – wordt vaak aangevoerd als grondslag voor deze toezichthoudende verantwoordelijkheid van de rechter. Dit beginsel schrijft voor dat inbreuken op rechten van burgers moeten worden voorzien van een wettelijke grondslag. In de wet staan daarom de bevoegdheden en verplichtingen van justitiële autoriteiten geregeld, als ook de voorwaarden voor een rechtmatige uitoefening van deze bevoegdheden.[19] Het strafvorderlijk stelsel bevat naast een weergave van de bevoegdheden van politie en justitie ook garanties voor de rechten van bij het strafproces betrokken burgers. Deze bevoegdheden van justitiële autoriteiten en de waarborgen voor naleving van rechten van de verdachte scheppen tezamen aldus voor zowel opsporingsambtenaren als de rechterlijke macht verplichtingen in het leven. Cleiren leidt dan ook de controlerende taak van de rechter hieruit af:

> 'De rol van de toetsende/controlerende rechter hangt ten nauwste samen met de bevoegdheden die aan de "handelende" justitiële organen zijn toegekend. De bedoelde strafprocessuele toetsings/controlefunctie van de strafrechter bestaan namelijk in het toetsen van de uitoefening van de gecreëerde bevoegdheden aan de daaraan in de wet gesteld voorwaarden. Het toetsingsrecht voor de rechter met betrekking tot de opsporing en vervolging vloeit voort uit de verdeling van bevoegdheden in de strafrechtspleging over een onafhankelijke rechter en een afhankelijk OM (...) Door deze bevoegdheidsverdeling kan de regering haar invloed doen gelden op het door het OM gevoerde strafrechtelijk beleid. Die verdeling waarborgt voor de justitiabelen dat niet alleen het algemeen belang maar ook de rechten en belangen van de burger tegen de bevoegdheden en dwangmiddelen van de overheid worden beschermd.'[20]

18 Myjer 1982, p. 109-131.

19 Deze gebondenheid is in de praktijk minder strikt dan een eerste lezing van art. 1 Sv zou doen geloven. Het handelen van politie en justitie hoeft immers niet altijd op een uitdrukkelijke wettelijke grondslag te berusten, maar mag indien slechts lichte inbreuken op grondrechten van burgers wordt gemaakt ook berusten op de algemene taakstellende grondslag van art. 141, 142 Sv en 3 Politiewet 2012. Inbreuken die een meer dan beperkte inbreuk maken op grondrechten van burgers, dan wel zeer risicovol zijn voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing behoren volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad te berusten op een uitdrukkelijke wettelijke grondslag: HR 19 december 1995, *NJ* 1995/249 m.nt. Schalken; *Kamerstukken II* 1996/97, 25403, 3, p. 12-13 (MvT Wet Bob); zie ook Borgers 2015.

20 Cleiren 1989, p. 22-23; met bovendien een verwijzing naar de memorie van toelichting van het Wetboek van Strafvordering 1926, *Kamerstukken II* 1913/14, 286, 3.

Ook Schalken leidt uit het rechtsstatelijke karakter van het strafproces af dat de rechter een taak heeft in het toezicht op de naleving van strafprocessuele normen. Hij omschrijft strafvordering als een 'genormeerd stelsel van bevoegdheden, dat enerzijds bestaat uit regels die deze bevoegdheden in het leven roepen en anderzijds de grenzen aangeeft waarbinnen die bevoegdheden moeten worden uitgeoefend'. Dat brengt mee dat de rechter recht dient te spreken overeenkomstig de bepalingen van de wet en volgens de eisen van een behoorlijke rechtspleging:

> 'Door ondeugdelijk bewijsmateriaal buiten de bewijsvoering te houden bewaakt hij de kwaliteit van de strafrechtspleging. De grondslag voor de bewijsuitsluiting ligt dan ook in het handhaven van een bepaald niveau van procesvoering.'[21]

Artikel 1 Sv fungeert in de literatuur aldus als een grondslag voor de controlerende taak van de rechter ten aanzien van het strafvorderlijk optreden van opsporingsambtenaren.[22] Omdat dit beginsel zo wordt gelezen dat het een drieledige doelstelling heeft: ten opzichte van de wetgever verplicht het om strafvordering zoveel mogelijk bij wet vast te leggen, het optreden van de uitvoerende macht – politie en OM – moet vervolgens beantwoorden aan de eisen van die wet,[23] en aan de rechterlijke macht is het tot slot om daarop toe te zien.[24] Kortom, de strafvorderlijke overheid mag slechts een inbreuk maken op de vrijheidsrechten van burgers, indien daarvoor een toereikende grondslag bestaat en het is aan de rechter zulks te toetsen.

Ondanks de principiële argumenten die sedert de jaren 70 aan de controlerende taak van de zittingsrechter ten grondslag werden gelegd, was er voor die periode aldus geen sprake van een controle op de opsporing door de zittingsrechter. Zoals gezegd werd pas in 1962 met het wijzen van het Tweede Bloedproefarrest door de Hoge Raad voor het eerst een rechtsgevolg verbonden aan een normschending begaan door opsporingsambtenaren in het vooronderzoek, welke normschending niet in de wet met nietigheid bedreigd werd.[25] Ondanks dat een meer consequente controle van het vooronderzoek door de zittingsrechter pas eind jaren 70 tot stand kwam, wordt dit arrest als omslagpunt gezien voor de controlerende zittingsrechter. De Hoge Raad overwoog in dit arrest als volgt:

---

21 Schalken 1989, p. 87.

22 Cleiren 1989, p. 18-24; Cleiren 1992, p. 9-10; Berkhout-van Poelgeest 2001, p. 26-27.

23 Zie ook Simmelink 1987, p. 39-42; Corstens 1987, p. 100.

24 Cleiren, in: Melai/Groenhuijsen, *Commentaar op het Wetboek van Strafvordering*, art. 1 Sv, Inleidende opmerkingen (online, laatst bijgewerkt 1 juni 2000).

25 Terwijl er ook buitengewoon weinig normen waren ten opzichte van het vooronderzoek overtreding waarvan met nietigheid werd bedreigd. Fokkens wijst in dit kader op het verzuimen van het geven van de cautie, dat in de regel niet leidde tot de onbruikbaarheid van de afgelegde verklaring. Het was aan de rechter om te beslissen over de bruikbaarheid van de verklaring (met een verwijzing naar HR 23 februari 1931, *NJ* 1931, p. 654), Fokkens 1994, p. 3.

> 'dat het met de strekking van het WvSv, in het bijzonder de daarin aan de verdachte toegekende waarborgen, onverenigbaar zou zijn, indien de rechter tot het bewijs zou doen medewerken de resultaten van een bloedonderzoek ook in gevallen waarin, bij gebreke van toestemming van den verdachte het afnemen van bloed als een onrechtmatige aantasting van diens lichamelijke integriteit moet worden beschouwd'.[26]

Deze expliciete verwijzing van de Hoge Raad naar de strekking van het Wetboek van Strafvordering sterkte velen in hun overtuiging dat een uitvoerige rechterlijke controle van het vooronderzoek wel degelijk voortvloeit uit de aard van het Nederlandse strafvorderlijke stelsel. Hoewel een vervolg op dit arrest lange tijd uitbleef,[27] werd in de literatuur veelvuldig gepleit voor een uitvoerige rechterlijke controle op het handelen van opsporingsambtenaren in het vooronderzoek en een ruime toepassing van rechtsgevolgen bij onrechtmatig handelen.[28] De Hoge Raad paste pas in 1978 opnieuw bewijsuitsluiting toe als reactie op onrechtmatig strafvorderlijke handelen van de overheid.[29] In de jaren daarop nam de Hoge Raad een steeds actievere rol aan in deze controle en sanctionering van het vooronderzoek en bemoeide zich nadrukkelijk met de normering van het strafvorderlijk optreden van de overheid.[30] Daarnaast begonnen andere normen, zoals de (ongeschreven) beginselen van een goede procesorde, een rol te spelen in de rechterlijke toetsing van de uitoefening van opsporingsbevoegdheden. Deze beginselen fungeerden als een aanvullende toetsingsmaatstaf voor de rechter, om de in de wet gelegen strafvorderlijke bevoegdheden nader in te perken.[31] In de jurisprudentie ontwikkelde zich hierdoor een buitenwettelijk sanctiearsenaal waarmee de rechter kon reageren op vormverzuimen begaan in het vooronderzoek, namelijk door middel van strafvermindering, bewijsuitsluiting en het niet-ontvankelijk verklaren van het OM.[32]

De kwestie omtrent vormverzuimen en de rechterlijke afhandeling ervan kreeg vanaf de jaren 90 ook veel politieke aandacht.[33] In 1996 werd deze

---

26 HR 26 juni 1962, *NJ* 1962/470, m.nt. Pompe.

27 Remmelink 1980, p. 34.

28 Wel werd in de feitenrechtspraak in die periode gebruik gemaakt van bewijsuitsluiting als reactie op onrechtmatig verkregen bewijs, zie Myjer 1982, p. 178-179; Fokkens 1985, p. 3-7.

29 HR 18 april 1978, *NJ* 1978/142, m.nt. Mulder (*Braak bij binnentreden*).

30 Onder meer in: HR 12 december 1978, *NJ* 1979/142; HR 22 januari 1980, *NJ* 1980/203.

31 Cleiren 1989, p. 313-330; als voorbeeld zij gewezen op *NJ* 1978/142 (*Braak bij binnentreden*).

32 HR 29 mei 1977, *NJ* 1978/358. In eerdere jurisprudentie werd strafvermindering als sanctie toegepast op de overschrijding van de redelijke termijn als bedoel in art. 6 EVRM, zie bijv. HR 7 april 1987, *NJ* 1987/587.

33 Getuige bijvoorbeeld de instelling van de Commissie Openbaar Ministerie die belast was met het in kaart brengen van de achtergrondredenen van vormfouten (Instellingsbesluit Commissie Openbaar Ministerie, *Stc.* 27 december 1993); zie verder het Rapport Commissie-Openbaar Ministerie 1994; zie ook het onderzoek naar vormfouten in de strafvervolging:

jurisprudentiële praktijk ten aanzien van vormverzuimen, na onderzoek en op advies van de Commissie-Moons, door de wetgever gecodificeerd in het huidige artikel 359a Sv.[34] Als directe aanleiding van deze wet kan worden gewezen naar de memorie van toelichting die als volgt stelt:

> 'Het doel van dit wetsvoorstel is een bijdrage te leveren aan het terugdringen van de ongewenste gevolgen die aan vormverzuimen in het strafproces worden verbonden. Het Wetboek van Strafvordering dateert uit 1926 en is wat betreft de sanctionering van vormvoorschriften verouderd (...) De bedreiging die heden ten dage van de criminaliteit uitgaat noopt ertoe het wetboek ook in dit opzicht aan de passen aan de eisen van de tijd.'[35]

De toenmalige Minister van Justitie stelde dat het beeld was ontstaan dat verdachten van zware misdrijven op vrije voeten worden gesteld wegens fouten die worden begaan door politie en justitie, en een te gretige afrekening van die fouten door de strafrechter.[36] Zijn opvolger, minister Sorgdrager, was evenwel genuanceerder over het doel van deze wetswijziging en streefde er met deze wet vooral naar 'een kwaliteitsverbetering van het strafproces' te bewerkstelligen.[37] Hiertoe nam de minister drie voorstellen over die waren gedaan door de Commissie-Moons, waarvan twee zagen op de invoering van artikel 359a Sv: het aantal vormvoorschriften dat in het wetboek met nietigheid is bedreigd werd teruggedrongen tot enkel die vormvoorschriften die dermate van belang zijn dat schending ervan in *alle* gevallen tot nietigheid moet leiden.[38] En het buitenwettelijke sanctiearsenaal als reactie op vormverzuimen werd voorzien van een wettelijke grondslag.[39] In haar rapport wijst de Commissie-Moons als reden voor deze voorstellen op een aantal ontwikkelingen

---

Van Ruth, Gunther Moor & Stal 1994 en het reeds eerdergenoemde onderzoek van de Commissie-Moons uit 1993.

34 *Stb.* 1996, 522.

35 *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, 3, p. 1.

36 Corstens 1993, p. 13, verwijzend naar de installatierede van minister Korthals Altes; overigens dient het beeld dat door fouten van politie en justitie verdachten vrijuit gingen wel sterk te worden genuanceerd. Uit onderzoek naar geruchtmakende zaken in die periode bleek het in het overgrote deel van de zaken niet om een fout (laat staan een vormverzuim) te gaan, zie uitgebreid Van de Bunt e.a. 1994, p. 125-126 en 135.

37 *Kamerstukken II* 1994/95, 23705, 6, p. 1-2.

38 Overigens moet worden opgemerkt dat een groot deel van deze nietigheden zag op de kwantiteit of de kwaliteit van de samenstelling van de gerechten dan wel de verslaglegging hieromtrent, en niet zozeer op vormvoorschriften aangaande het voorbereidend onderzoek. Het ging om de volgende categorieën: de samenstelling van gerechten, het recht om tot vervolging over te gaan en de condities waaronder deze plaatsvindt, de mededeling betreffende de terechtzitting, de vormgeving van de terechtzitting, de bewijsmiddelen, en de uitspraak, zowel aangaande de inhoud als de wijze van bekendmaking. Zie de opsomming van die voorschriften in Corstens 1993, p. 40-52 en *Kamerstukken II* 1994/95, 23705, 6, p. 15 e.v.

39 *Kamerstukken II* 1994/95, 23705, 6, p. 2. Het derde voorstel zag op de aanpassing van het grondslagstelsel zodat de officier van justitie de bevoegdheid kreeg de tenlastelegging ook

in het Nederlandse strafprocesrecht, zoals de invloed van internationale mensenrechtelijke verdragen:

> 'Terwijl het Wetboek de positie en bevoegdheden van de procesdeelnemers gedetailleerd vastlegt en als zodanig min of meer gesloten systeem vormt, bieden de verdragen de rechter meer vrijheid om belangen af te wegen en van geval tot geval te bekijken wat de gevolgen van vormverzuimen moeten zijn. Wettelijke automatismen worden dan vervangen door een ruimere vrijheid voor de rechter om de in het geding zijnde belangen af te wegen.'[40]

Volgens de commissie hebben deze verdragen en de algemene ongeschreven beginselen van een behoorlijke procesorde eraan bijgedragen dat de rechter bij het bepalen van een reactie op een geschonden vormvoorschrift niet meer automatisch hoeft te grijpen naar een zware sanctie als nietigheid of niet-ontvankelijkheid, maar op basis van een afweging van belangen tot de meest passende reactie kan komen. Deze ontwikkeling brengt tevens mee dat het ongewenst zou zijn indien de wetgever van tevoren de sancties op schending van vormvoorschriften in wetgeving zou neerleggen omdat hij minder goed in staat is de in het concrete geval in geding zijnde belangen af te wegen: 'Er valt een verschuiving waar te nemen in de weging van processuele belangen van de wetgever naar de rechter: met andere woorden, van een beoordeling in abstracto naar een concrete weging.'[41] Wat betreft de sancties die de rechter kan verbinden aan de schending van vormvoorschriften overwoog de commissie dat een codificatie hiervan noodzakelijk is in het licht van de in artikel 1 Sv tot uiting gebrachte legaliteitsgedachte, bovendien moest door middel van de codificatie niet alleen de mogelijke sancties worden vastgesteld maar beoogd werd ook een zekere ordening en hiërarchie aan te brengen in deze sancties.[42] Tegelijkertijd werd ook een zekere terughoudendheid betracht met betrekking hiertoe. De wetgever was van mening dat de relativering van formele nietigheden in de rechtspraak, alsmede de ontwikkeling van het buitenwettelijke sanctiearsenaal als reactie op vormverzuimen, impliceerden dat zijn rol met betrekking tot deze materie bescheiden moet blijven. Deze ontwikkeling had immers aangetoond dat de mogelijkheden van de wetgever om op voorhand in te spelen op dergelijke ontwikkelingen beperkt zijn. Bovendien onderschreef de wetgever de conclusie van de Commissie-Moons dat de rechter 'beter dan de wetgever de in concreto in het geding zijnde belangen [kan] afwegen'[43] Het streven van de wetgever was dan ook om het wettelijke kader te scheppen

---

na zijn requisitoir in eerste aanleg alsmede in appel nog een wijziging te vorderen *Kamerstukken II* 1994/95, 23705, 6, p. 5-14.

40 Corstens 1993, p. 17; *Kamerstukken II* 1994/95, 23705, 6, p. 3.

41 Corstens 1993, p. 17-18.

42 Corstens 1993, p. 53.

43 Corstens 1993, p. 9.

waarbinnen de rechter tot zijn oordeel komt, terwijl hem tegelijkertijd voldoende ruimte werd gelaten voor de toepassing van dit artikel.[44]

Kortom, in 1996 werd met de invoering van de Wet Vormverzuimen de rechterlijke controle op het vooronderzoek definitief voorzien van een wettelijke basis in het huidige artikel 359a Sv. Hiermee leek de discussie over het bestaan van een controlerende taak van de zittingsrechter te zijn beslecht. De aanwezigheid van deze wettelijke basis maakt echter nog niet helder hoe deze rechterlijke controle eruit moet zien, dat wil zeggen wat de grenzen van deze bevoegdheid van de rechter zijn en hoe vergaand zij is. Ook met betrekking tot de invulling van deze verantwoordelijkheid van de rechter heeft de jurisprudentie van de Hoge Raad een leidende rol gespeeld.

5.2.2 Rechtsvormende taak van de Hoge Raad inzake artikel 359a Sv

Hoewel de wetgever met de invoering van artikel 359a Sv een definitieve wettelijke grondslag heeft gecreëerd voor de rechterlijke controle van het vooronderzoek, heeft hij een betrekkelijk grote beoordelingsvrijheid gelaten aan de rechter voor de toepassing van die bepaling en daarmee de invulling van de controlerende taak van de rechter. Vanwege deze 'open' bepaling en de betrekkelijk summiere memorie van toelichting bestond ten tijde van de invoering van het artikel de vrees dat de invulling van deze rechterlijke bevoegdheid gepaard zou gaan met veel onderlinge verschillen en zou kunnen leiden tot rechtsonzekerheid. Mede ingegeven door de in de literatuur geuite vrees voor rechtsonzekerheid en de wens voor een uniforme invulling van deze controlerende taak van de rechter, heeft de Hoge Raad zijn rechtsvormende taak inzake dit artikel ter hand genomen.

Met het invoeren van artikel 359a Sv werd niet alleen de buitenwettelijk tot stand gekomen rechterlijke praktijk gecodificeerd, de wetgever overwoog bovendien expliciet dat de rechter een ruime beslissingsvrijheid toekomt in de nadere invulling van het toetsingskader:

> 'In de eerste plaats omdat de ervaring heeft geleerd dat de mogelijkheden van de wetgever in dit opzicht beperkt zijn. Zoals in onderdeel 3.2 is uiteengezet heeft de rechter de formele nietigheden gerelativeerd. Voorts heeft hij buiten de wetgever om een eigen sanctiearsenaal ontwikkeld. In de tweede plaats is de commissie van oordeel, zoals ook reeds is toegelicht, dat de rechtsgevolgen van vormverzuimen over het algemeen beter door de rechter dan door de wetgever kunnen worden beoordeeld. (...) Het streven is daarbij niet om de taak van de rechter over te nemen en voor het concrete geval te bepalen wat het rechtsgevolg moet zijn, maar om het wettelijke kader te scheppen waarbinnen de rechter tot zijn oordeel komt. Het voorstel voorziet hier in door enerzijds de mogelijke rechtsgevolgen van vormverzuimen vast te stellen en hierin ook een zekere ordening en hiërarchie aan te

44 *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, 3, p. 25; Corstens 1993, p. 9-10.

> brengen, terwijl anderzijds aan de rechter de vrijheid wordt gegeven te beoordelen welke sanctie in concreto voor het vormverzuim passend is.'[45]

Deze beslissingsruimte voor de rechter werd noodzakelijk geacht omdat er een verschuiving valt waar te nemen in de weging van processuele belangen van de wetgever naar de rechter van een beoordeling in abstracto naar een concrete weging.[46] Aldus is met opzet het wettelijk kader van artikel 359a Sv 'open' gehouden, zodat de rechter een ruime beslissingsbevoegdheid heeft voor de toepassing van dit artikel en de vormgeving van zijn controlerende taak ten aanzien van het strafvorderlijke vooronderzoek. Dit open kader was ook reden voor zorg. Stolwijk uitte naar aanleiding van de conclusies van de Commissie-Moons het commentaar dat de commissie onvoldoende duidelijk maakt hoe de rechter om moet gaat met vormverzuimen:

> 'In feite komt het er op neer dat hier en daar enkele bepalingen die met nietigheid zijn bedreigd worden geschrapt. Dit geschiedt niet volgens inhoudelijke door de commissie zelf ontwikkelde criteria, maar op basis van de wijze waarop in de rechtspraak met de regel wordt omgegaan. Die rechtspraak is per definitie casuïstisch en dus onvast. Nu eens berust zij op de vaststelling dat er geen inbreuk is, dan weer op de overweging dat de inbreuk niet ernstig is.... In beide gevallen is er sprake van relativering en is er reden de nietigheid te schrappen. Dat levert een onevenwichtig resultaat op.'[47]

Stolwijk beargumenteert dat een waardeschaal waaraan het belang van een bepaald voorschrift kan worden getoetst een zinvol instrument had kunnen zijn voor de rechter die moet beoordelen welk rechtsgevolg aan een bepaald vormverzuim moet worden verbonden:

> 'Dat telt des te zwaarder nu de commissie uitdrukkelijke kiest voor een open toetsing van de handhaving van regels door de rechter. Daaraan doet niet af dat de sancties op vormverzuimen een wettelijke basis krijgen. Veel houvast geeft zo'n bepaling niet, nu die slechts een rangorde van sancties aangeeft en de rechter verplicht eerst naar herstel van het verzuim te zoeken alvorens aan sancties te denken. Van zo'n bepaling behoeven wij niet veel te verwachten, zolang het gewicht van het voorschrift in het midden blijft. Het komt erop neer dat de gehele handhaving van het procesrecht in handen komt van de rechter (...) Het strafproces wordt vormvrij.'[48]

De kritiek van Fokkens sluit hierbij aan. Hij stelt dat de praktijk van relativering van nietigheden en de rechterlijke keuzemogelijkheden in sancties op vormverzuimen minder vergaand zijn dan het voorstel van de commissie dat

45 Corstens 1993, p. 53.
46 Corstens 1993, p. 10-11; zie kritiek hierop Fokkens 1993, p. 906.
47 Stolwijk 1993, p. 874-875.
48 Stolwijk 1993, p. 875.

erop neerkomt dat buiten het geringe aantal formele nietigheden om, het geheel aan de rechter is 'of, en zo ja op welke wijze, het niet in acht nemen van processuele voorschriften gesanctioneerd moet worden. Door op deze wijze norm en sanctie uit elkaar te halen schept het voorstel het risico van vergaande processuele ongelijkheid tussen verschillende rechtbanken'.[49] Hoewel Fokkens een bepaalde mate van rechterlijke beoordelingsvrijheid inzake deze materie zinvol acht, vreest hij dat door een te grote beslissingsvrijheid van de rechter 'het aan art. 1 Sv ten grondslag liggende beginsel van eenheid van procesrecht in het gedrag [dreigt] te komen'.[50] Hij erkent dat voor wat betreft de sancties de Hoge Raad deze ruimte zou kunnen inperken en nader vormgeven door voor de diverse (soorten) vormverzuimen alsnog te formuleren welke sanctie onder welke omstandigheden in aanmerking komen, maar 'daarmee zou het uitgangspunt van de commissie ten dele worden verlaten, omdat de (het type) sanctie dan in overwegende mate in abstracto en niet in concreto zou worden bepaald'.[51] Ook tijdens het congres Vormverzuimen in het Strafrecht werd gelijkluidende kritiek geuit ten aanzien van de vrijheid van de rechter dit artikel nader in te vullen en de onzekerheid en onbepaaldheid die deze bevoegdheid met zich zou brengen.[52]

Na de invoering van artikel 359a Sv heeft de Hoge Raad uitdrukkelijk uitvoering gegeven aan de wens van de wetgever om het open wettelijk kader van artikel 359a Sv nader vorm te geven. Hiermee is langzamerhand een duidelijke jurisprudentiële lijn ontstaan aan de hand waarvan de feitenrechter zijn controlerende taak ten aanzien van het vooronderzoek kan uitoefenen. De vraag is echter in hoeverre de feitenrechter genoodzaakt is de Hoge Raad hierin te volgen. De Hoge Raad zet immers weliswaar de kaders uiteen van het rechterlijk toezicht, maar hoe het rechterlijk toezicht er daadwerkelijk uitziet, wordt in grote mate bepaald door de feitenrechtspraak. Immers, het grootste deel van het rechterlijk toezicht vindt plaats door de feitenrechter. Om daar een beeld van te krijgen, wordt in hoofdstuk 7 de feitenrechtspraak nader bestuurd. Vooruitlopend op dat hoofdstuk is hier een klein uitstapje op zijn plek met betrekking tot de doorwerking van de jurisprudentie van de Hoge Raad om zo een beter beeld te krijgen van de verhouding tussen de Hoge Raad en de feitenrechter en eventuele discrepanties beter te kunnen plaatsen.

Van een strikte formeel-juridische binding aan de jurisprudentie van de Hoge Raad is in het Nederlandse stelsel geen sprake.[53] De grondwettelijke

---

49 Fokkens 1993, p. 907.
50 Fokkens 1993, p. 913.
51 Fokkens 1993, p. 914.
52 Naeyé & Schalken 1993, p. 954-955 en 959.
53 Het in het leven roepen van algemene regels en daarbij rekening houden met de rechtseenheid is een taak die primair aan de wetgever is toevertrouwd (art. 117 Gw.). De grondwettelijke macht van de rechter is beperkt tot de berechting van concrete geschillen of strafbare feiten (art. 112 en 113 Gw.). Zie uitgebreid Bovend'Eert 2010, p. 19-22; Adams 2006, p. 112;

verdeling van bevoegdheden brengt een strikte scheiding van machten tot uitdrukking waarin de wetgever de bevoegdheid toekomt algemene regels vast te stellen en het aan de rechter is om aan de hand van die regels in concrete zaken te beslissen.[54] Tegelijkertijd bevat de wet wel aanwijzingen waaruit het belang van precedentenwerking kan worden afgeleid. Zo wordt het instituut van de cassatie in het belang der wet gezien als een uitdrukkelijke erkenning van de wetgever dat feitenrechters in beginsel de jurisprudentie van de Hoge Raad dienen te volgen.[55] Tevens wordt het bewaken van de rechtseenheid als een van de belangrijkste doelen van cassatie (en hoger beroep) gezien, en zou het negeren van jurisprudentiële regels door feitenrechters dit doel ondergraven.[56] Bovendien wordt ook in de praktijk in toenemende mate belang gehecht aan de rechtsvormende taak van de Hoge Raad,[57] zoals bijvoorbeeld ook geïllustreerd door 'rechtsvormende' (of overzichts)arresten van de Hoge Raad waarin algemene regels worden gesteld.[58] Hoewel de feitenrechter niet (in formele zin) gebonden is aan een arrest van de Hoge Raad, kan aldus niet worden ontkend dat er wel degelijk sprake is van een bepaalde binding.[59] Deze bindende werking van de jurisprudentie van de Hoge Raad wordt ook in de literatuur erkend en veelal gekoppeld aan het belang van rechtszekerheid (mede in het licht van de ordenende functie van het recht).[60]

---

in andere zin Kottenhagen, 1986.

54 Asser-Scholten (Algemeen Deel) 1974, p. 85; zie uitgebreid Bovend'Eert 2010; Adams 1997, hoofdstuk 1; Kottenhagen 1986, hoofdstuk 2; over het negentiende-eeuwse legisme dat ten grondslag ligt aan deze systematiek, zie de aantekeningen van Opzoomer bij art. 12 Wet Algemene Bepalingen (Opzoomer 1884, p. 58).

55 Drion 1950, p. 159; Kottenhagen 1986, p. 124-127;

56 Zie o.a. de memorie van toelichting bij de Wet RO 2002, p. 203; zie bijv. Dijksterhuis 2008, p. 8.

57 Buruma 2017, p. 18; verwijzend naar Scholten 1931/1934, p. 128.

58 Zie hierover Vranken 2009, p. 1086; maar ook Davids 2009, p. 224; Mevis (2009, p. 248) die overzichtsarresten karakteriseert als *arrêts de règlement* en opmerkt dat deze met name op het gebied van het strafprocesrecht in toenemende mate voorkomen; Adams verklaart dit met een verwijzing naar de ontwikkeling van de Nederlandse rechtscultuur, die zich steeds meer richting de open Duitse en Anglo-Amerikaanse rechtscultuur heeft bewogen, en waarin een expliciete rechtscheppende rol voor de rechter is weggelegd (Adams 2006, p. 112).

59 Scholten spreekt in dit geval van het gezag van de uitspraak van de rechter. Zie Asser-Scholten (Algemeen Deel) 1974, p. 90; Scholten voegt er wel aan toe dat dit gezag niet onvoorwaardelijk is, in die zin dat het is toegestaan te 'breken' met staande jurisprudentie, zie Asser-Scholten (Algemeen Deel) 1974, p. 91; zie ook Scholten 1944, p. 23.

60 In dit verband stelt Scholten dat de bindende werking van een uitspraak bepaald wordt door het gezag ervan. Een uitspraak van de rechter heeft volgens Scholten gezag 'waar rechtszekerheid van groter waarde is dan de inhoud van het recht zelf. Recht is ordening, het komt er dikwijls meer op aan, dát er orde is dan hoé zij wordt verkregen. Het is volkomen onverschillig of de mensen rechts of links houden, doch het is van groot belang, dat zij allen hetzelfde doen.' Asser-Scholten (Algemeen Deel) 1974, p. 90; zie ook Kottenhagen 1986, p. 174-175 en 298-299, hij spreekt van een voorwaardelijke normatieve gebondenheid aan precedent: de rechter mag van een precedent afwijken, mits hij afdoende

Evenwel is afwijking van een precedent wel mogelijk wanneer er twijfels over de juistheid en redelijkheid van het precedent bestaan.[61] Het volgen van de jurisprudentie van de Hoge Raad is aldus niet in alle gevallen noodzakelijk, maar te snel (of te veel) afwijken van deze jurisprudentie komt de stabiliteit en consistentie van de rechtsorde niet ten goede. Hoewel aan rechtszekerheid veel waarde wordt gehecht, kan het in bepaalde gevallen noodzakelijk zijn om af te wijken van precedenten, bijvoorbeeld om recht te doen aan andere belangrijke beginselen. Vranken stelt in dit kader dat rechtszekerheid en vertrouwen wel essentieel zijn maar niet voldoende voor de vraag of recht is gedaan. Zij moeten daarom worden aangevuld met andere noties en beginselen: rechtsstaatgedachte, grondrechten, redelijkheid, billijkheid en rechtvaardigheid.[62] Afwijkingen van jurisprudentie kunnen in bepaalde gevallen worden gezien als moedwillig – expliciete afwijkingen die aan te merken zijn als *rechterlijk activisme*[63] – omdat de feitenrechter een andere opvatting heeft over wat ter zake een rechtvaardige oplossing is, maar kunnen ook gelegen zijn in het feit dat de feitenrechter zichzelf (wellicht ten onrechte) een zekere mate van beoordelingsvrijheid heeft gegund. Daarnaast kunnen afwijkingen ook te maken met onduidelijkheid over het geldende jurisprudentie kader of simpelweg een kwestie van onduidelijke motivering van het vonnis zijn.

Juridisch gezien is de precedentwerking van de jurisprudentie van de Hoge Raad aldus geen vaststaand feit en de feitenrechter kan om verschillende redenen afwijken van het jurisprudentiële kader van de Hoge Raad. Hierdoor kan het rechterlijk toezicht er in de praktijk (van de feitenrechtspraak) er toch anders uitziet dan een blik op de jurisprudentie van de Hoge Raad doet

---

motiveert waarom hij het precedent onjuist, achterhaald of niet van toepassing acht. In feite wordt er dus – tegen alle schijn in – niet zo zeer gepleit voor een starre precedentenleer, als wel voor een verregaande motiveringsplicht voor 'de rechter'; Adams spreekt van een *onvoorwaardelijke* binding aan precedenten en wijst als reden op het normatieve gezag van de uitspraak: de veronderstelde juistheid en rationaliteit van de uitspraak (Adams 2006, p. 106-107). Precedenten dienen volgens Adams gevolgd te worden 'omdat ze de uiting zijn van het proces van rationeel-juridisch redeneren en ze daarom een vermoeden van juistheid bezitten. In de tweede plaats omdat het precedentbeginsel als intermediaire operator kan zorgen voor de consistente (gelijk *in de tijd)*, rechtszekere en proceseconomische toepassing van rechterlijke uitspraken. In de derde plaats ten slotte omdat precedenten deel uitmaken van de collectieve ervaringen en geschiedenis van de rechtsgemeenschap, ervaringen en geschiedenis waarin opvattingen over de normatieve *pointe* van het recht tot uiting komen en die bovendien kunnen leiden tot een coherente structuur van het rechtsstelsel.' (Adams 2006, p. 112).

61 Adams stelt in dit kader een rationaliteitstoetsing voor waarin niet de opvatting van de individuele rechter vooropstaat maar die van de rechtsgemeenschap, zie uitgebreid Adams 1997, p. 1388-1389.

62 Vranken 1997, p. 1828-1829.

63 Zie de 5 categorieën van rechterlijke activisme zoals benoemd door Kmiec: 1 het vernietigen van wetgeving waarvan kan worden verdedigd dat zij ongrondwettig is; (2) het doorbreken van de precedentwerking; (3) rechterlijke wetgeving; (4) het hanteren van niet algemeen geaccepteerde interpretatiemethodes; (5) oordelen op basis van een eigen, geheime (politieke) agenda. Kmiec 2004, p. 1441-1477.

vermoeden. Dit vormt een reden om in hoofdstuk 7 de feitenrechtspraak nader te onderzoeken.

5.3 Toezicht door het OM

Toezicht op de rechtmatigheid van het handelen van opsporingsambtenaren wordt ook uitgeoefend door het OM en in het bijzonder door de officier van justitie. Deze toezichthoudende taak wordt veelal afgeleid uit het gezag en de leidinggevende positie van de officier van justitie ten aanzien van het opsporingsonderzoek. Deze algemene bepaling is echter weinig richtinggevend met betrekking tot de vraag wat dit toezicht precies inhoudt, wat de reikwijdte ervan is en op welke wijze hier uitvoering aan gegeven dient te worden. Om een beeld te krijgen van wat dit gezag precies inhoudt met betrekking tot de controle op het rechtmatig handelen gedurende het opsporingsonderzoek door de officier van justitie wordt hieronder allereerst de wettelijke regeling van het gezag van de officier van justitie besproken waarbij tevens aandacht wordt besteed aan de implicaties die de bijzondere staatsrechtelijke positie van het OM heeft voor de uitoefening van deze taak door het OM. Omdat de juridische regeling van de gezagsrelatie tussen het OM en de politie met name gestalte krijgt in de opsporingspraktijk, wordt de invulling van dit gezag vervolgens nader besproken in het licht van een aantal in dit kader relevante maatschappelijke ontwikkelingen.

5.3.1 Wettelijke regeling van het gezag over de opsporing en vervolging

Met betrekking tot (het gezag over) de opsporing en de vervolging van strafbare feiten kent de wet een exclusieve taak toe aan het OM en diens leden.[64] Het OM heeft de leiding over het opsporingsonderzoek en is verantwoordelijk voor de wijze waarop dit onderzoek plaatsvindt en al dan niet uitmondt in een vervolging.[65] Ten aanzien van de opsporingstaak belast artikel 141 Sv de officier van justitie – naast ambtenaren van politie, bepaalde militairen van

64 Art. 125 Wet RO legt de uitvoering van de taken van het OM in handen van het College van PG's, AG's en hun plaatsvervangers alsmede door de officieren van justitie en hun plaatsvervangers; in dit kader moet ook worden gewezen op de mandateringsbevoegdheid ex art. 126 Wet RO. Dit artikel bepaalt dat het mogelijk is bepaalde (zie voor de uitzonderingen het derde lid) taken en bevoegdheden van de officier van justitie te mandateren aan 'een andere bij het parket werkzame ambtenaar' (veelal parketsecretarissen). Dit artikel is een codificatie van een praktijk die ook voor de invoering van de Wet RO 1999 voorkwam, zie Lindeman 2017, p. 65 met een verwijzing naar HR 1 juli 1997, *NJ* 1998, 49; De Meijer & Reijntjes, aant. 20 bij art. 7-11 Sv, in: Melai/ Groenhuijsen.

65 De wetgever benadrukt ook in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering het belang van deze taken van het OM, zie Memorie van Toelichting Vaststellingswet Boek 1 van het Wetboek van Strafvordering, p. 53.

de Koninklijke marechaussee en opsporingsambtenaren bij bijzondere opsporingsdiensten – met de opsporing van strafbare feiten, en bepaalt artikel 148, tweede lid, dat hij ter uitoefening van die taak bevelen geeft aan de overige opsporingsambtenaren. De wet wijst de officier van justitie niet alleen aan als opsporingsambtenaar[66] maar hij is bovendien belast met de gezagvoering over de opsporing en is in dat kader bevoegd bevelen te geven aan overige opsporingsambtenaren (art. 132a Sv jo art. 12 Politiewet 2012). Het oude artikel 132a sprak over de officier van justitie als leider van het opsporingsonderzoek ('onder het opsporingsonderzoek wordt verstaan het onderzoek onder leiding van de officier van justitie'). Volgens de wetgever kon deze formulering ten onrechte de indruk wekken dat de officier van justitie daadwerkelijk in alle gevallen feitelijk het opsporingsonderzoek zou leiden, terwijl de wet juist tot uitdrukking moest brengen dat de officier van justitie het gezag uitoefent over dat opsporingsonderzoek, het onderzoek op gepaste afstand stuurt en de uiteindelijke verantwoording daarvoor draagt.[67] Met deze gewijzigde formulering van artikel 132a wordt het gezag van de officier van justitie over het opsporingsonderzoek tot uitdrukking gebracht en wordt zijn verantwoordelijkheid in dat kader benadrukt: 'Alle opsporingshandelingen dienen te worden verricht onder het gezag van het openbaar ministerie (artikel 148 Sv). Er kan geen eigen domein voor politie of andere opsporingsdiensten bestaan.'[68] In het Wetboek van Strafvordering (en in de bijzondere wetten) wordt tevens voor de inzet van bepaalde opsporingsbevoegdheden de toestemming van de officier van justitie vereist, wat eveneens een expliciete erkenning is van diens gezag over het opsporingsonderzoek. Het gezag van de officier van justitie over de opsporing betekent in dit verband dat de toepassing van opsporingsbevoegdheden plaatsvindt onder zijn verantwoordelijkheid.[69] De wetgever stelt dat dit gezag betekent dat

> 'het openbaar ministerie, onverlet de beheersverantwoordelijkheid van de korpsbeheerder, beslist over de te onderzoeken zaken en de te gebruiken opsporingsbevoegdheden (…) Van het gebruik van opsporingsbevoegdheden moet expliciet verslag worden opgemaakt. Niet alleen de inhoud van de informatie, maar ook de wijze waarop de informatie is verkregen, dient te worden vastgelegd. Op die manier wordt het mogelijk de wijze van informatieverwerving te controleren.

66 Hoewel de officier van justitie krachtens de wet als opsporingsambtenaar mag optreden, gebeurt dat in de praktijk zelden. Zie Van Hoorn in: *T&C Wetboek van Strafvordering*, aant. 2 bij art. 141 Sv; zie verder Van Daele 2003, p. 226.

67 Zie Van Hoorn, in *T&C* bij art. 141 Sv; overigens had Naeyé al bij de invoering van de Wet Bob gepleit voor het schrappen van dit zinsdeel: 'de officier van justitie is zonder enige restrictie verantwoordelijk voor de opsporing maar dat houdt niet in dat hij daaraan in alle gevallen daadwerkelijk "leiding geeft"', Naeyé 1997, p. 877.

68 *Kamerstukken II* 1996/97, 25403, 3, p. 97.

69 *Kamerstukken II* 1996/97, 25403, 3, p. 14

> In beginsel dienen de gebruikte bevoegdheden in het openbaar ter terechtzitting te kunnen worden verantwoord.'[70]

Het gezag van de officier van justitie ten opzichte van de politie wordt daarnaast ook tot uitdrukking gebracht in de Politiewet. Artikel 12 Politiewet 2012 bepaalt dat indien de politie optreedt ter strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, dan wel taken verricht ten dienste van de justitie, zij onder gezag van de officier van justitie staat en zij de nodige aanwijzingen van het OM ontvangt.[71]

Het gezag van de officier van justitie over de opsporing houdt aldus nauw verband met de verantwoordelijkheid die hij heeft over de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek, de controleerbaarheid van het handelen van opsporingsambtenaren in het kader van dat opsporingsonderzoek en de juridische kwaliteit van het opsporingsonderzoek.[72]

Concreet komt het gezag van de officier van justitie er aldus op neer dat hij de politie aanwijzingen geeft ten aanzien van te verrichten opsporingshandelingen in een opsporingsonderzoek en hij toeziet op de naleving van strafvorderlijke regels door de politie in het kader van dat onderzoek. Volgens 't Hart is deze gezagsverhouding een weergave van de opsporingspraktijk: 'De OvJ bepaalt, vaak in overleg, binnen het kader van de richtlijn het beleid, hij wordt door de politie ingeschakeld wanneer in een afzonderlijke zaak zwaarwegende beslissingen met betrekking tot de opsporing en de daarbij gebezigde methoden moeten worden genomen, hij dient garant te staan voor de rechtsstatelijkheid van de opsporing en in daarvoor in aanmerking komende gevallen kan hij zelfs actief de leiding van de opsporing nemen (zij het altijd in een continue overlegsituatie met de politie, al was het maar omdat zijn specifieke opleiding niet ligt op het gebied van de recherche) en eventueel als (mede)verbalisant optreden.'[73]

Dit gezag komt er kortgezegd op neer dat de officier van justitie verantwoordelijkheid draagt voor de rechtmatigheid en de betrouwbaarheid van het opsporingsonderzoek. Het belang van deze gezagsverhouding is erin gelegen dat de officier van justitie de integriteit en beheersbaarheid van het opsporingsonderzoek bewaakt en daarmee ook 'het proces van waarheidsvinding optimaliseert'.[74] Om op adequate wijze invulling te kunnen geven aan dit gezag is het noodzakelijk dat de officier van justitie vanaf het begin van het opsporingsonderzoek betrokken wordt bij de te nemen beslissingen door opsporingsambtenaren en afdoende wordt geïnformeerd over het verloop van

70 *Kamerstukken II* 1996/97, 25403, 3, p. 3.
71 Keulen & Knigge merken hierover op dat het gezag van de officier van justitie 'dubbel' in de wet is verankerd, dat wil zeggen, zowel in de Politiewet als in het Wetboek van Strafvordering (Keulen & Knigge 2016, p. 271).
72 Simmelink 2015, p. 39; zie verder Kooijmans 2011, p. 42.
73 't Hart 2001, p. 27-28.
74 Lindeman 2017, p. 119.

het opsporingsonderzoek. In deze behoefte wordt voorzien niet alleen door de vereiste toestemming van de officier van justitie voor de inzet van bepaalde opsporingsbevoegdheden (de zogenoemde *toetsing vooraf*), ook de in artikel 152 Sv gelegen verbaliseringsplicht stelt de officier van justitie in staat de regie over het opsporingsonderzoek te behouden. Deze verbaliseringsplicht schrijft voor dat opsporingsambtenaren 'ten spoedigste proces-verbaal op[maken] van het door hen opgespoorde strafbare feit of van hetgeen door hen tot opsporing is verricht of bevonden'. Daarnaast benadrukt het Wetboek van Strafvordering de verantwoordelijkheid van de officier van justitie voor de samenstelling van de processtukken en bepaalt dat deze processen-verbaal onverwijld bij de officier van justitie moeten worden ingediend (art. 156 Sv).[75]

Dat er een duidelijke koppeling is tussen het gezag van de officier van justitie en de verbaliseringsplicht wordt door de wetgever erkend. De ratio van deze wettelijke bepaling wordt als volgt verwoord: 'In de eerste plaats stelt een proces-verbaal de officier van justitie in de gelegenheid om controle uit te oefenen op het onderzoek en de daarbij gehanteerde opsporingsbevoegdheden. In de tweede plaats ondersteunen processen-verbaal het nemen van een verantwoorde vervolgingsbeslissing. En in de derde plaats speelt het proces-verbaal een centrale rol bij het bewijs van strafbare feiten (vgl. artikel 344, tweede lid, Sv). Een proces-verbaal stelt de rechter ook in staat om de rechtmatigheid van het onderzoek te toetsen en zich een oordeel te vormen over de betrouwbaarheid van de resultaten van het onderzoek.'[76] Kortom, 'omdat er onderzoek wordt gedaan met het oog op het nemen van strafvorderlijke beslissingen, dient de officier van justitie het gezag te hebben en geldt de verbaliseringsplicht'.[77]

Hoewel het belang van de verbaliseringsplicht groot is, is deze regel niet absoluut. Ten eerste is de wettelijke regeling van artikel 152 Sv betrekkelijk summier.[78] In de rechtspraak zijn op bepaalde gronden en onder bepaalde voorwaarden uitzonderingen geaccepteerd op de verbaliseringsplicht,[79] die deels nader zijn uitgewerkt in richtlijnen van het OM, en deels samenhangen met de praktijk van het politieoptreden.[80] Ondanks de stevige verankering van de gezagsrelatie tussen de officier van justitie en de politie wordt hiermee aldus een belangrijk accent gelegd op de praktijk voor de (nadere) invulling

75 Deze bepaling is daarnaast een weergave van de intermediaire positie van de hulpofficier van justitie tussen de reguliere opsporingsambtenaren en de officier van justitie, zie Van Hoorn, in: *T&C*, aant. 2 bij art. 156 Sv.

76 *Kamerstukken II* 2009/10, 32468, 3, p. 13.

77 Borgers in: Melai/Groenhuijsen *Commentaar Wetboek van strafvordering*, art. 132a.

78 *Kamerstukken II* 2009/10, 32468, 3, p. 1.

79 Zie bijv. HR 19 december 1995, *NJ* 1996/249.

80 *Kamerstukken II* 2009/10, 32468, 3, p. 1.

van deze relatie.[81] Van Daele stelt in dit kader dat de juridische regeling van de verhouding tussen het OM en de politie er blijk van geeft dat het OM als leidinggevende en gezaghebbende instantie in het opsporingsonderzoek formeel gesproken over een sterke positie ten aanzien van de politiediensten beschikt, terwijl de praktijk in het verleden een weerbarstiger beeld heeft laten zien ten aanzien van deze verhouding.[82]

De uitoefening van het gezag over de opsporing hangt tevens samen met de vervolgingstaak – en het daarmee samenhangende opportuniteitsbeginsel – van het OM. Het vervolgingsmonopolie en het daarbij horende opportuniteitsbeginsel zijn belangrijke kenmerken van het OM als institutie. Een van de voornaamste institutionele verantwoordelijkheden die het OM immers heeft, is het nemen van de vervolgingsbeslissing (art. 167 en 242 Sv).[83] In combinatie met het opportuniteitsbeginsel geeft het gezag het OM de mogelijkheid om de opsporing in meerdere opzichten te sturen. Het stelt de officier van justitie in staat om sturing te geven aan het opsporingsonderzoek, zodat het onderzoek zich richt op die feiten die ter beoordeling aan de rechter worden voorgelegd. In meer brede zin is het door middel van dit gezag en de daarmee samenhangende aanwijzingsbevoegdheid dat het OM invloed kan uitoefenen op de keuzes die er gemaakt worden in de strafrechtspleging, bijvoorbeeld ten aanzien van de besteding van de opsporingscapaciteit: 'Op deze wijze kan het Openbaar Ministerie de totale werkstroom in de strafrechtsketen sturen, kan worden voorkomen dat fricties ontstaan en kan een evenwichtige strafrechtsbedeling worden bevorderd.'[84] In dit kader dient ook te worden gewezen op artikel 140 Sv dat een verantwoordelijkheid toeschrijft aan het College van procureurs-generaal ten aanzien van het bevorderen van een 'richtige opsporing'.[85] Volgens 't Hart wordt met de term 'richtige' opsporing een zekere afstandelijkheid aangeduid: 'de PG is toezichthoudend, hij mag niet, eventueel via de (H)OvJ, de leiding van het opsporingsonderzoek overnemen'.[86] Deze verantwoordelijkheid houdt aldus een opdracht in voor het College van procureurs-generaal als hoofd van het OM inzake het bredere opsporingsbeleid van het OM. Keulen en Knigge merken in dit kader op dat

81 Zie in dezelfde zin Lindeman 2017, p. 122: 'Ten tijde van mijn onderzoek was de verhouding van de politieorganisatie en die van het OM zo op elkaar afgestemd dat de districtsteams van de politie (het "blauw" op straat) doorgaans de standaardzaken afleverden, de districtsrecherche leverde de maatwerkzaken af en de regionale recherche de bijzondere zaken. Gezag en leiding over concrete opsporingsonderzoeken vonden dan ook plaats via deze teams.'

82 Van Daele 2003, p. 237.

83 Borgers 2018, p. 280.

84 Simmelink 2015, p. 39; zie verder Kooijmans 2011, p. 42.

85 Zie ook 't Hart 1995, p. 415-421; 't Hart merkt tevens op dat dit artikel onder het oude stelsel waarin een hiërarchie bestond tussen de ressortsparketten bij de gerechtshoven en de arrondissementsparketten bij de rechtbanken, een enigszins andere inhoud had, met de term richtig wordt een zekere afstandelijkheid bedoeld.

86 't Hart 2001, p. 28.

de opdracht om te waken voor de richtige opsporing verwijst naar algemene en bijzondere aanwijzingsbevoegdheid van het College van procureurs-generaal. Het College dient door middel van algemene aanwijzingen beleid te ontwikkelen dat landelijk geldt en dat eraan bijdraagt dat 'strafbare feiten daadwerkelijk worden opgespoord, overeenkomstig de door het OM te stellen prioriteiten. Het gaat voorts om de juridische kwaliteit van het onderzoek en de behoorlijkheid van de wijze van opsporing.'[87]

De inhoud van de gezagsrelatie tussen het OM en de politie wordt nader ingekleurd door de constitutionele en institutionele positie van het OM in het Nederlands staatsbestel die de nodige implicaties heeft voor de invulling van deze taak (evenals zijn andere wettelijke taken). Hoewel de implicaties van de constitutionele en institutionele positie van het OM met name van belang zijn voor het debat inzake de positie van OM ten opzichte van de minister van justitie,[88] heeft de positie van het OM in het staatsbestel gevolgen voor de wijze waarop het OM uitvoering geeft aan al zijn taken.[89] En is daarmee ook medebepalend voor de wijze waarop het OM toezicht houdt op andere opsporingsambtenaren en het gewicht dat aan die vorm van toezicht kan worden gegeven. Het gaat het bestek van dit hoofdstuk te buiten om de politieke en wetenschappelijke discussie over de positie van het OM in het Nederlandse staatsbestel dat al sinds de invoering van Wet RO in 1838 gevoerd wordt, uitgebreid uiteen te zetten.[90] Het volstaat hier om te wijzen op het bestaan van deze bijzondere positie van het OM in het Nederlands staatsbestel en de implicaties die deze (in theorie) heeft voor de taakuitoefening van het OM.[91]

In het debat aangaande de betekenis van deze institutionele positie van het OM voor de onafhankelijkheid van het OM ten aanzien van de uitvoerende macht en diens positionering binnen de rechterlijke macht, zijn in de loop der jaren verschillende standpunten ingenomen.[92] De heersende gedachte in zowel de wetenschap als de praktijk is inmiddels dat het OM kenmerken vertoont van zowel de rechterlijke macht[93] als de uitvoerende macht, en dat het daar-

87 Keulen & Knigge 2016, p. 270.

88 Zie hiervoor uitgebreid *Kamerstukken II* 1996/97, 25392, 3, p. 18 e.v.; Van Daele 2003, p. 119 e.v.; Lindeman 2017, p. 50-60.

89 Art. 124 Wet RO belast het OM met de 'strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde en met andere bij de wet vastgestelde taken' (*Kamerstukken II* 1996/97, 25 392, nr. 3, p. 2); zie voor een bespreking van de wettelijke taken van het OM o.a. 't Hart 2001, p. 25-44.

90 Zie verder uitgebreid over de geschiedenis van de rechterlijke organisatie Van Boven 1990, p. 139 e.v.; Van Maanen 1860, p. 18 e.v.; zie over de organisatiestructuur van het OM bij de invoering van de Wet RO in 1838 De Meijer 2011; voor de periode daaraan voorafgaand Bosch 2011.

91 Zie voor een uitgebreide bespreking van deze discussie Van Daele 2003, p. 119-168.

92 Van Daele 2003, p. 119 e.v.; zie ook Van Daele 2002, p. 102 e.v. voor een vergelijking van het OM in Nederland met andere jurisdicties (Duitsland en België).

93 Eerder in de memorie van toelichting wordt gesproken van het OM als onderdeel van de rechterlijke *organisatie*, en de leden van het OM als lid van de rechterlijke macht. Zie over deze discussie Lindeman 2017, p. 63; 't Hart 2001, p. 83 e.v.; Van Daele 2003, p. 128-129.

mee een bijzondere positie inneemt tussen deze beide staatsmachten in: 'Enerzijds is het te beschouwen als een uitvoerder van overheidsbeleid en behoort het in die zin tot de uitvoerende macht. Anderzijds vervult het zijn taak als uitvoerder van overheidsbeleid evenwel vanuit een magistratelijke, "rechterlijke" houding, en dient het zodoende steeds een zekere afstand ten aanzien van de uitvoerende macht in acht te nemen.'[94]

De magistratelijkheid van het OM en zijn bijzondere rechtsstatelijke verantwoordelijkheid komen ook tot uitdrukking in de gerichtheid van de huidige taakomschrijving van het OM op het recht (in plaats van op de wet).[95] Immers, de handhaving van de rechtsorde kan niet alleen in verband worden gebracht met het behalen van wenselijk geachte resultaten maar ook met de wijze waarop die resultaten moeten worden bereikt. 't Hart merkt met betrekking tot de strafrechtelijke handhavingstaak van het OM op dat deze neerkomt 'op het garanderen, voornamelijk met strafrechtelijke middelen, van een rechtsorde, namelijk een maatschappelijke orde die voldoet aan de kwaliteitseis dat die orde kan worden begrepen als zodanig juridisch gestructureerd, dat het recht daarbinnen rechtsbescherming garandeert'.[96]

Deze taakomschrijving en de daaraan gegeven uitleg brengen mee dat het OM bij de uitoefening van zijn wettelijke taken gebonden is aan zowel de instrumentele als de rechtsbeschermende functie van het recht. Dat de taak van rechtshandhaving wordt opgevat als instrumenteel en rechtsbeschermend, leidt ertoe dat het OM zich in zijn taakuitoefening moet richten op alle betrokken belangen die rechtens te respecteren zijn.[97]

De institutionele en staatsrechtelijke positie van het OM – en de erkenning van deze positie in de formulering van de taakomschrijving van het OM – hebben aldus ook gevolgen voor de wijze waarop het OM invulling dient te geven aan zijn opsporings- en vervolgingstaak:

> 'Als wet en recht de instrumenten vormen voor de overheid tot ingrijpen in de samenlevingsverbanden, in die zin dat het ingrijpen zijn legalisering vindt in de wet en zijn legitimering in het recht, dan wordt de keerzijde van het instrumentele karakter van recht en wet gevormd door het beperkende karakter daarvan ten opzichte van het overheidsingrijpen; enerzijds verschaffen zij de overheid de mogelijkheid sociale processen te kontroleren en bij te sturen, anderzijds leggen

94 Van Daele 2003, p. 129; zie voor een bespreking van het debat omtrent de institutionele positie van het OM en wat dit betekent voor de taakvervulling van officieren van justitie: Crijns 2010, p. 315 e.v.; Van de Bunt & Beckers 2013, p. 292; Sorgdrager 1989, p. 68; Bosch 1992, 20.

95 't Hart 2001, p. 34; Corstens en Tak merken op dat vanuit staatsrechtelijke gezichtshoek deze taakstelling van het OM op zichzelf niet bijzonder te noemen is, het OM 'behoort tot de categorie van de gedeconcentreerde ambten: het oefent aan hem geattribueerde, publiekrechtelijke bevoegdheden uit, doet dat dus op eigen naam, en de leden van het OM zijn ambtenaren van het MvJ', Corstens & Tak 1982, p. 15.

96 't Hart 1994, p. 266.

97 't Hart 1976, p. 19.

> zij het optreden van de overheid duidelijk aan banden. Het gevolg hiervan is dat niet alleen het eigen optreden van het O.M. aan kontrole door andere instanties wordt onderworpen, maar ook dat het O.M. zelf, als handhaver van het recht, en dus gericht op beide aspekten van het recht, zich in dienst moet stellen van deze beide vaak tegenstrijdig werkende aspekten, en steeds opnieuw beide tegen elkaar moet afwegen, hetgeen noopt tot een kritische houding tegenover de doelrationaliteit van het bestuur.'[98]

Kortom, het gezag van het OM over de opsporing raakt aan verschillende aspecten van zijn opsporings- en vervolgingstaak en wordt bovendien nader ingekleurd door de magistratelijke positie van het OM. Dat de officier van justitie het gezag heeft over de opsporing staat buiten kijf en is bovendien historisch gezien – zowel in de wet als in de praktijk – een gegeven. De officier van justitie heeft een duidelijke toetsende taak ten opzichte van de opsporing; de inzet van een groot aantal opsporingsbevoegdheden dient vooraf getoetst te worden door de officier van justitie. De wettelijke regeling van dit gezag bevat bovendien elementen die wijzen op een toezichthoudende taak ten opzichte van de opsporing. Het bestaan van deze toezichthoudende taak is echter niet ondubbelzinnig wettelijk vastgelegd waardoor deze met name gestalte heeft gekregen in de praktijk.[99]

5.3.2 Gezag over de opsporing door de jaren heen

Ondanks de wetswijzigingen die verband hielden met de organisatie van het OM – in het bijzonder de reorganisatie van de Wet RO[100] – is er in de staatsrechtelijke positie van het OM weinig wezenlijks gewijzigd sinds de 19de eeuw.[101] Dat betekent echter niet dat het functioneren van het OM niet onderhevig is geweest aan verandering. Veranderingen in de maatschappij, en met name het maatschappelijk en politiek denken ten aanzien van criminaliteit(sbestrijding) hebben gezorgd voor organisatorische verschuivingen binnen het

98 't Hart 1976, 20-21.

99 Bosch merkt daarover op dat er historisch gezien in ieder geval geen sprake was van een meer structureel toezicht vanuit het OM op de politie: 'De officier van justitie is altijd gezien als het bevoegd gezag over de politie waar het de opsporing van strafbare feiten betrof. Die bevoegdheid is nooit in twijfel getrokken. Men krijgt uit het Wetboek van Strafvordering van 1838 de indruk dat de officier van justitie zich intensief met de politie moest bemoeien, vooral daar waar het grotere zaken betrof. Er bestond een duidelijk relatie tussen de officier van justitie en de ambtenaren van gerechtelijke politie. Die bemoeiingen hadden waarschijnlijk een incidenteel en niet een structureel karakter.' Bosch 1992, p. 28.

100 Zie voor een uitvoerige bespreking van deze wijzigingen 't Hart 2001, p. 52-101; Lindeman 2017, p. 62 e.v.

101 Bosch 1992, p. 22; zie voor een overzicht van de wijzigingen in de 19de en 20ste eeuw, Corstens & Tak 1982, p. 1-3 en Van de Bunt 1985, p. 64-118.

OM en hebben hun weerslag gehad op het OM en andere justitiële autoriteiten.[102] De maatschappelijke veranderingen waar justitie zich vanaf de rumoerige jaren 60 – de daaropvolgende gezagscrisis – mee geconfronteerd zag, zijn een belangrijke aanleiding geweest voor de gespannen verhouding tussen politie en het OM.[103] De al in de jaren 60 broze verhouding tussen politie en het OM kwam in de decennia daarna steeds meer onder druk te staan.[104]

De toename aan regels – in het bijzonder op het gebied van het bestuursstrafrecht en ordeningsstrafrecht – en de proliferatie van bijzondere wetten, zorgden ervoor dat de werkdruk voor de officier van justitie toenam en de noodzaak tot zowel het voeren van beleid als het delegeren van bepaalde werkzaamheden noodzakelijk werd.[105] Van de Bunt beschrijft dat hoewel de officieren van justitie in eerste instantie nogal individualistisch ingesteld waren en daarom terughoudend in het delegeren van werkzaamheden aan het parketpersoneel, de delegatie van werkzaamheden aan het parketpersoneel geleidelijk steeds meer toeneemt om het hoofd te bieden aan de groeiende werkdruk.[106] Niet alleen de toegenomen werkdruk werd als problematisch ervaren, ook was het voor het OM moeilijk om greep te krijgen op de bijzondere opsporingsdiensten, enerzijds omdat het geen zeggenschap had over de bijzondere opsporingsdiensten[107] en anderzijds vanwege een gebrek aan voldoende deskundigheid ter zake van de verschillende bijzondere delicten.[108]

Tegelijkertijd nam ook de werkdruk bij de politie toe en werd vanuit de politie verwacht dat het OM een oplossing zou bieden voor deze problematiek. Het OM

102 Zie voor een historische beschrijving Bosch 1992; voor een beschrijving van de justitiële crisis in het strafrecht vanaf de jaren 60 zie 't Hart 1994, p. 32-57. Tegelijkertijd zorgden de rumoerige jaren 60 er ook voor dat beleid gevoerd moest worden ten aanzien van de opsporing en vervolging van bepaalde strafbare feiten. Stolwijk spreekt in dit verband van de crisisachtige sfeer in de jaren 60 waarbij justitie het zwaar te verduren heeft en moet omzien naar andere overlegstructuren om maatschappelijke problemen het hoofd te bieden (problemen zoals de Amsterdamse rellen, de krakersbeweging en later ook de abortus- en euthanasieproblematiek), Stolwijk 1992, p. 37 e.v.

103 De discussie over de veranderde maatschappelijke verhoudingen en de effecten daarvan op de functies van het OM waren al aan het einde van de jaren 60 op zowel politiek als wetenschappelijk niveau gevoerd: Duisterwinkel & Mostert, preadviezen NJV 1968, p. 195-251 en 253-376. Zie verder 't Hart 1994, p. 32 e.v. waarin hij refereert naar Enschede die reeds in 1965 schrijft over een latente justitiële crisis (Enschedé 1965, p. 394).

104 't Hart 2001, p. 64.

105 Uitgebreid 't Hart 1994, p. 88-89.

106 Van de Bunt 1985, p. 86; Lindeman 2017, p. 46.

107 't Hart beargumenteert dat deze moeilijkheden er vooral in gelegen waren dat het OM geen zeggenschap had over de uitoefening van controlebevoegdheden van de algemene en bijzondere opsporingsambtenaren ten behoeve van de controlerende taken waarmee zij belast zijn waardoor het moeilijk greep kreeg op de opsporing, zie 't Hart 1994, p. 89.

108 't Hart 1994, p. 89.

> 'werd geacht sturing te geven aan de politie en te bepalen in welke zaken bijvoorbeeld kon worden volstaan met een beperkte verslaglegging in plaats van het samenstellen van een heel onderzoeksdossier. De gezagsuitoefening in de praktijk liet echter het beeld zien dat de officier van justitie terughoudend was in de relatie tot de opsporingsambtenaren omdat hij de vereiste technische deskundigheid miste.'[109]

De gespannen verhouding tussen de politie en het OM zette door in de jaren zeventig en tachtig en zette de relatie tussen politie en OM steeds meer onder druk. Van Daele benoemt in dit kader een aantal ontwikkelingen waaruit het gebrek aan afstemming tussen politie en het OM kan worden afgeleid, zo werd tot wel 40% van de door de politie aangebrachte misdrijfzaken door het OM geseponeerd en was er vanuit de politie niet of nauwelijks zicht op het opsporings- en vervolgingsbeleid van het OM.[110] Van Daele wijst op twee belangrijke redenen die ten grondslag lagen aan dit gebrek aan afstemming:

> 'Enerzijds had dit zeker te maken met het feit dat het driehoeksoverleg vaak beperkt bleef tot overleg omtrent incidentele gebeurtenissen en/of crisissituaties, waarbij het daarenboven zo was dat de afspraken die in het kader van dit overleg werden gemaakt niet steeds werden opgevolgd in de onderlinge contacten tussen het openbaar ministerie en de politie. Anderzijds was het zo dat het openbaar ministerie met name voor de grote bulk van strafzaken nauwelijks richtlijnen aan de politie meedeelde en er slechts sporadisch afspraken met betrekking tot de afstemming tussen de opsporing en vervolging werden gemaakt. Een en ander had tot gevolg dat de politie in het kader van de opsporing veel werk verrichte dat in termen van vervolging niets opleverde.'[111]

Deze ontwikkelingen hebben hun weerslag gehad op de gezagsrelatie tussen het OM en de politie en de mate (en wijze) van interactie tussen deze instanties. In de eerste plaats vond bij de politie een kwaliteitsverbetering plaats waardoor zij op het gebied van de opsporing een steeds grotere kennis – en op bepaalde gebieden (zoals het verkeer) – zelfs specialistische kennis verkreeg.[112] Ten tweede ontstonden ten gevolge van de invoering van de bijzondere wetten ook bijzondere opsporingsdiensten die veelal aangestuurd werden door een andere instantie dan het OM.[113] Deze ontwikkelingen hebben er mede aan bijgedragen dat er steeds minder sprake was van sturing op het niveau van individuele zaken door de officier van justitie, terwijl wel behoefte bleef ontstaan aan sturing en verantwoordelijkheid op de juridische kwaliteit van het door de opsporing afgeleverde werk:

---

109 Lindeman 2017, p. 46-47, verwijzend naar Corstens & Tak 1985, p. 87-88.
110 Van Daele 2003, p. 237.
111 Van Daele 2003, p. 238.
112 Bosch 1992, p. 28.
113 Bosch noemt als bijvoorbeeld de toenmalige Economische Controledienst die viel onder het ministerie van economische zaken. Bosch 1992, p. 28.

> 'Steeds meer komt naar voren de behoefte aan sturing van het beleid dat de politie voert. Het Openbaar Ministerie profileert zich nu sterk bij de bestrijding op grotere schaal van georganiseerde en zware criminaliteit. De nieuwe politieorganisatie waarbij de regiokorpsen als werkgebied het arrondissement hebben geeft het Openbaar Ministerie meer mogelijkheden om op hoofdlijnen leiding te geven dan de huidige versnipperde organisatie.'[114]

Vanaf de jaren 80 wordt het OM steeds meer als een beleidsvoerende organisatie gezien, wat zich kenmerkt door een toenemende hiërarchische organisatie van het OM en (daarmee samenhangend) een afnemende beoordelingsvrijheid van individuele officieren van justitie.[115] Hiermee werd niet enkel op organisatorisch niveau het functioneren van het OM gewijzigd, er was ook een 'attitudeombuiging' nodig: 'van puur en alleen zittingsofficier tot – mede, en misschien zelfs vooral – een beleidsfunctionaris, van een voornamelijk individuele aanpak van incidentele zaken tot een vooral collectieve en uniforme aanpak gericht op grote lijnen'.[116] Met deze veranderingen wijzigde ook het beeld van het OM, van een zelfstandig en magistratelijk OM naar een OM dat meer als de vertegenwoordiger van de regering wordt gezien.[117]

Met de introductie van het beleidsplan *Samenleving en Criminaliteit* in de jaren 80 ontwikkelde het OM zich in toenemende mate als beleidsorgaan, waarbij effectiviteit en doelmatigheid van het optreden centraal stonden. Het 'nieuwe strafrechtelijke beleidsdenken' – ondersteund door de positieve uitleg van het opportuniteitsbeginsel[118] – resulteerde in steeds de uitbreiding van de mogelijkheden van buitengerechtelijke afdoening en delegatie, en noopte bovendien tot meer overleg (zowel intern als extern met politie en het bestuur) over het te voeren beleid.[119] Lindeman stelt dat het OM zich inmiddels had ontwikkeld tot een organisatie waarbinnen verschillende krachtenvelden de taakopvatting en de taakinvulling van de officier van justitie beïnvloedden, waardoor de magistratelijkheid van de organisatie steeds meer in gedrang raakte:

114 Bosch 1992, p. 29.

115 't Hart wijst een drietal redenen aan voor de noodzaak voor het OM om zich te heroriënteren op het eigen functioneren: (1) 'de onstuimige groei, na de Tweede Wereldoorlog, van het bestuursrecht naast de meer klassieke strafrechtdelicten; (2) de schaalvergroting, de toegenomen mobiliteit, de toename van de techniek en het in kracht afnemen van de traditionele sociale controlemechanismen. Daarmee ging weer gepaard een sterke stijging van het aantal strafzaken dat het OM kreeg te verwerken; (3) de kritische houding van de burger, de toegenomen mondigheid en de grote waarneembaarheid van het bestuur, ook van justitie, vooral onder invloed van de massamedia.' 't Hart 1994, p. 87-90.

116 't Hart 1994, p. 103.

117 Bosch 2011, p. 62; met een verwijzing naar Meijers 1991, p. 170-174 en de onder Van Maanen bepleite gedachte van een OM als de vertegenwoordiger van de 'hooge regering'.

118 Zie hierover uitgebreid 't Hart 1994, p. 117-140.

119 Lindeman 2017, p. 49.

> 'het specifieke, magistratelijke karakter van de officier van justitie dreigde ondergeschikt te raken aan de beleidsontwikkeling (ook wel "verambtelijking" genoemd): Richtlijnen, indicatie- en checkpointlijsten zijn de beleidsinstrumenten om de rationaliteit en uniformiteit van beslissingen in vervolging en strafvordering te verhogen. Hiervoor waren echter overleg en standaardisering nodig, waardoor de verambtelijking van de organisatie steeds maar toe leek te nemen.'[120]

Het beleidsdenken in het strafrecht en het streven naar consistent en doelmatig beleid maakten noopten tot afstemming van dat beleid met andere overheidsinstanties die zich met deze materie bezighielden:

> 'de zich qua aard en omvang wijzigende criminaliteit, de vanuit de samenleving toenemende bevragingen met het oog op de strafrechtelijke interventies en de, in verhouding tot de veelheid aan doelstellingen, schaarste aan middelen hebben geleid tot het algemene inzicht dat er vanuit een oogpunt van effectief criminaliteitsbeleid keuzes gemaakt moeten worden en dat de instanties die met de strafrechtelijke rechtshandhaving zijn belast hun beleid onderling daarop moeten afstemmen.'[121]

Het streven naar (consistent) beleid zorgde ervoor dat er gedurende deze periode diverse interne en externe overlegstructuren worden geïntroduceerd. Daar waar vroeger het contact tussen het OM en het bestuur op ad hoc basis plaatsvond en sporadisch was, komt er vanaf de jaren 70 een vorm van overleg tot stand tussen de burgemeester, officier van justitie en de politiechef. Dit zogenoemde driehoeksoverleg dat eind jaren 80 een formele basis in de wet krijgt, dwingt het OM de incidentele strafzaak te verlaten en meer te denken in termen van criminele politiek.[122]

> 'In het kader van externe afstemming werd verwacht dat het OM en zittende magistratuur in overeenstemming met elkaar beleidsafspraken zouden maken om tot een zo efficiënt mogelijk strafrechtsketen te komen. Ook het driehoeksoverleg tussen burgemeester, politiechef en officier van justitie kreeg een veel prominentere rol. Vanaf 1988 was er in alle gemeentes zo'n driehoeksoverleg. De oplossing werd immers niet alleen in het strafrecht gezocht maar ook in o.a. bestuursrechtelijke instrumenten. Dit betekende dat de burgemeester aan invloed won en het gezagsdualisme scherper zichtbaar werd.'[123]

Niet alleen het OM voelde invloed van maatschappelijke veranderingen, ook bij de politie was er steeds meer aandacht voor (opsporings)beleid.[124] Door

120 Lindeman 2017, p. 49.
121 Schalken 1992, p. 105.
122 Bosch 1992, p. 30.
123 Zie voor een bespreking en kritische duiding van dit beleidsplan 't Hart 1994, p. 245-246 en Lindeman 2017, p. 50 e.v.
124 't Hart 1994, p. 109-110.

discussies rondom de vernieuwing en reorganisatie van de politie in de jaren 80 werd het vraagstuk rondom het gezag op de politie opnieuw actueel. Hoewel het dualisme van het gezag over de politie in de wet helder was – bij de handhaving van de openbare orde staat de politie onder het gezag van de burgemeester, terwijl zij bij de uitoefening van haar strafrechtelijke taken onder het gezag van de officier van justitie valt – deden zich in de praktijk wel degelijk situaties voor die leidden tot onduidelijkheid omtrent het gezag op de politie.[125] Bovendien werd de relatie tussen politie en justitie ondergeschikt geacht aan die van politie en bestuur. Exemplarisch in dit verband was volgens Schalken de verhouding tussen OM en recherche: 'doordat de recherchechef geen deel uitmaakte van de korpsleiding was de justitiële invloed op het totale politiebeleid van weinig betekenis'.[126] Vanuit het gemeentelijke bestuur gingen steeds meer stemmen op om de zeggenschap over de politie primair bij het lokale bestuur te leggen, bovendien zou het OM de specialistische deskundigheid ontberen die nodig is om leiding te geven aan de politie.[127] Hiertegen werd stelling ingenomen door het OM dat het belang van de leiding van de opsporing in verband bracht met de hierboven aangehaalde ratio, namelijk het houden van toezicht op de kwaliteit van de opsporing, het vaststellen van opsporingsprioriteiten en het op elkaar afstemmen van de opsporing en vervolging.

> 'Enerzijds moest het OM de zeggenschap over de politie behouden teneinde een gecoördineerd opsporings- en vervolgingsbeleid te kunnen voeren (dus het gezagsdualisme handhaven en zo veel mogelijk invloed verkrijgen op het beheer), anderzijds moest het, in dit krachtenveld, ook daadwerkelijk een beleid van de grond brengen om die zeggenschap met succes te blijven opeisen. Vooral het greep krijgen op de politie en het doorvoeren van een OM-beleid met betrekking tot de opsporing na overleg in de driehoek, kostte veel moeite.'[128]

De toenadering tussen OM en politie (en de rechterlijke macht) werd destijds met de nodige scepsis ontvangen. Vanuit het oogpunt van de controlerende rol die het OM op de politie heeft kwam het afgestemde beleid en de overlegcultuur weinig wenselijk voor. Daarnaast waren er hooggespannen verwachtingen ten aanzien van het OM:

> 'in de eerdere rapporten *Samenleving en criminaliteit* en *Recht in beweging* werd het OM als het ware voorgesteld als een "spin in het web": het strafrechtelijk beleid zou moeten worden vervlochten met allerhande maatschappijbrede totale misdaad-

125 Te denken valt aan de preventieve politietaak, zie Reijntjes in: Melai/Groenhuijsen *Commentaar Wetboek van strafvordering* art. 7-11, aant. 19; Schalken 1992, p. 103.
126 Schalken 1992, p. 104
127 't Hart 1994, p. 111.
128 't Hart 1994, p. 112 verwijzend naar *Jaarverslag OM* 1973 en 1977.

> bestrijdingsmachine waarbij de OvJ de piloot in de cockpit zou zijn. De verwachtingen waren hooggespannen, maar werden in de praktijk niet waargemaakt.'[129]

Het OM bleek al gauw deze hooggespannen verwachtingen ten aanzien van de relaties met het openbaar bestuur en de leiding over de politie en het opsporingsonderzoek niet helemaal waar te kunnen maken. De affaire rondom het handelen van het Interregionaal Recherche Team Noord-Holland/Utrecht (IRT-affaire) legde dit op pijnlijke wijze bloot. Uit het onderzoek van de Parlementaire Enquêtecommissie Opsporingsmethoden (Commissie-Van Traa) in 1994-1996 naar aanleiding van de IRT-affaire kwam aan het licht hoe broos het gezag van de officier van justitie over de opsporing daadwerkelijk was. In haar rapport sprak de Commissie-Van Traa van een crisis in de opsporing die (onder meer) bestond uit een gebrek aan controle en sturing door de officier van justitie op het opsporingsonderzoek. Vanuit het OM was er weinig zicht op het feitelijk handelen van de politie en het 'hanteren de opsporingsmethoden' en zette de politie veelal op eigen gezag allerlei opsporingsmethoden in in onderzoeken naar de georganiseerde criminaliteit. Daarnaast waren er uiteenlopende opvattingen over wat het gezag van de officier van justitie over het opsporingsonderzoek inhoudt en op welke wijze hier invulling aan dient te worden gegeven:

> 'Er bestaan grote verschillen van opvatting tussen officieren van justitie over hun rol in de besluitvorming over de te gebruiken methoden. Sommigen zijn geporteerd voor een afstandelijke positie. Zij willen op grond van een magistratelijke rolopvatting hun controle van de opsporing zoveel mogelijk objectiveren. Anderen benadrukken het belang van een actief sturende rol bij de opsporing. Ook buiten het OM pleiten velen, waaronder een aantal politiefunctionarissen, voor een meer sturende rol van het OM. De verschillen van opvatting tussen officieren van justitie worden in belangrijke mate gevoed door de afwezigheid van een eenduidige gezagsconceptie. Sommigen stellen gezag gelijk met "sturing op afstand" en zien daarin meteen een reden om zich niet met concrete opsporingsactiviteiten te bemoeien die voortvloeien uit de inzet van specifieke methoden. Anderen zien hun gezagsrol als een opdracht zich wel degelijk met die concrete opsporingsactiviteiten te bemoeien. Zij achten het noodzakelijk "bovenop" onderzoeken van georganiseerde criminaliteit te zitten.'[130]

Door deze verschillende opvattingen was er niet altijd sturing vanuit het OM op het opsporingsonderzoek en de in dat kader in te zetten opsporingsmethoden. Volgens de Commissie-Van Traa was het OM 'reactief bij de besluitvorming over de te gebruiken methoden betrokken' en was er op het niveau van de top van het OM niet of nauwelijks aandacht voor de wenselijkheid en

129 't Hart 2001, p. 15-16.
130 *Kamerstukken II*, 1995/96, 24072, 10-11, p. 364.

haalbaarheid van het gebruik van specifieke bijzondere opsporingsmethoden.[131] De Commissie-Van Traa concludeerde dat er zowel wettelijke als organisatorische veranderingen noodzakelijk zijn om het voor het OM mogelijk te maken zijn gezag op effectieve wijze uit te kunnen oefenen.

Het onderzoek van de Commissie-Van Traa resulteerde in een aantal aanbevelingen ter versterking van het gezag van de officier van justitie over de opsporing. Wettelijk gezien heeft de reorganisatie van het OM geresulteerd in de verankering van de gezagsverhouding van de officier van justitie over de opsporing door deze expliciet te benadrukken in (het nieuwe) artikel 132a Sv. Daarnaast, en belangrijker, is met de invoering van de Wet BOB de toepassing van een groot aantal bijzondere opsporingsmethoden aan het gezag van de officier van justitie onderworpen. Op organisatorisch vlak werd door de Commissie-Van Traa aanbevolen om een duidelijke taakomschrijving te geven voor de functies van rechercheofficier, zaaksofficier, kernteamofficier, zwacri-officier, fraudeofficier en milieuofficier.[132] De rechercheofficier van justitie is in dit kader in het bijzonder noemenswaardig, daar hij is belast met het toezicht op de eenheid, de professionaliteit en de kwaliteit van de opsporing binnen een politieregio, met in het bijzonder een focus op de inzet van opsporingsbevoegdheden die zijn geregeld in de Wet-Bob.[133] Naar aanleiding van het evaluatieonderzoek in de Schiedammer parkmoord en het uit dat onderzoek voortvloeiende Programma Versterking Opsporing en Vervolging, werd de positie van de rechercheofficier van justitie verder versterkt.[134] Daarnaast werd in het kader van het Programma Versterking Opsporing en Vervolging een aantal andere maatregelen in het leven geroepen om het kwaliteitsniveau van de opsporing te verbeteren, zoals de bevordering van de deskundigheid van officieren van justitie, de verbetering van werkprocessen (in algemene zin en tussen politie en OM), het organiseren van een kritische toets en controle op onderzoeken, het organiseren van tegenspraak en reflectie in de opsporingsonderzoek en het doorlopen en toetsen van beslissingen in het opsporingsonderzoek door niet direct bij dat onderzoek betrokken personen.[135]

Hoewel een groot deel van deze maatregelen gericht is op de verbetering van de kwaliteit van de opsporing en vervolging, draagt een deel van deze maatregelen ook bij aan de versterking van de interne toezichtsmechanismen van het OM alsmede de (gezags)relatie tussen het OM en de politie. In het bijzonder kan in dit kader worden gedacht aan de positie van de rechercheofficier en het daarmee samenhangende samenwerkingsverband in het Bureau Recherche. Van de Beek, Hillenaar & De Meijer omschrijven het Bureau Recherche als 'een regionaal samenwerkingsverband van officieren, beleidsmedewer-

131 *Kamerstukken II*, 1995/96, 24072, 10-11, p. 383.
132 *Kamerstukken II*, 1995/96, 24072, 10-11, p. 476-477; Van Daele 2003, p. 244.
133 Programma versterking opsporing en vervolging, p. 6.
134 *Kamerstukken II* 2005/06, 30300, VI, 32.
135 Van de Beek, Hillenaar & De Meijer 2017, p. 164.

kers en secretarissen met specialistische kennis en ervaring. Dit verband wordt gevormd door de rechercheofficier, de forensisch officier, CIE- en informatieofficieren, kwaliteitsofficieren, de TGO- en FO-secretaris en beleidsmedewerkers van de rechercheofficier en de afdeling zware criminaliteit.'[136] De functie van het Bureau Recherche is onder andere om de kwaliteit van de opsporing en vervolging in met name de grote (en gevoelige) onderzoeken te waarborgen en te adviseren bij eventuele juridische knelpunten en strategische keuzes bij deze onderzoeken. Dit brengt mee dat het vooral een belangrijke toetsende en sturende rol aan de voorkant van het opsporingsproces heeft.[137]

Andere belangrijke toevoegingen in het kader van toezicht vooraf zijn de Centrale Toetsingscommissie (CTC) en de landelijke en regionale reflectiekamers.[138] De reflectiekamers zijn 'een hulpmiddel om de zaaksofficier in staat te stellen de zaak beter ter zitting te kunnen brengen en om eventuele voorzienbare knelpunten, ontstane problemen of dilemma's zo goed mogelijk het hoofd te kunnen bieden'. De samenstelling van de reflectiekamer is afhankelijk van de geconstateerde knelpunten en de benodigde expertise, maar bestaat veelal uit ervaren officieren van justitie, advocaten-generaal en politiefunctionarissen en externe deskundigen. De reflectiekamer wordt gezien als een evaluatie- en kwaliteitsinstrument dat op ad-hoc basis bijeen wordt geroepen en adviseert over specifieke zaken met een (zeer) complexe juridisch-inhoudelijke aard, of gevoelige en betekenisvolle zaken alsmede zaken met een hoog afbreukrisico.[139] Van de Beek, Hillenaar en De Meijer schrijven dat de vragen die aan de reflectiekamer voorgelegd kunnen worden van zeer uiteenlopende aard kunnen zijn: zij kunnen betrekking hebben op het opsporingsonderzoek, bijvoorbeeld ten aanzien van 'uitrechercheren' van de mogelijke scenario's, het verifiëren van rechercheresultaten maar ook de inzet van nieuwe en/of risicovolle opsporingsmethoden, maar kunnen ook zien op ingewikkelde juridische vraagstukken (onduidelijkheden ten aanzien van bepaalde strafwetgeving) of het vervolgingsbeleid (bijvoorbeeld in mediagevoelige zaken of medisch-ethische kwesties).[140]

Tot slot speelt naast de reflectiekamer ook de CTC een belangrijke rol in de toetsing (en controle) vooraf van de inzet van bepaalde strafvorderlijke bevoegdheden. De CTC is samengesteld uit leden van het OM en de politie, en adviseert het College van procureurs-generaal omtrent de inzet van risico-

136 Van de Beek, Hillenaar & De Meijer 2017, p. 165.
137 Van de Beek, Hillenaar & De Meijer 2017, p 165.; Verwijzend ook naar het WODC-rapport Focus in de opsporing, p. 343 e.v.
138 De reflectiekamers zijn in feite onderdeel van de CTC, zie Van de Beek, Hillenaar & De Meijer 2017, p. 166-167.
139 De Landelijke reflectiekamer is in 2011 opgericht en is in dat jaar vijf keer ingezet. In de jaren 2012 tot 2016 waren dat er respectievelijk acht, twee, vier, tien en vijf keer (Van de Beek, Hillenaar & De Meijer 2017, p. 166).
140 Van de Beek, Hillenaar & De Meijer 2017, p. 167.

volle bijzondere opsporingsbevoegdheden.[141] Zowel de CTC als de reflectiekamer hebben formeel een adviserende functie en beogen de kwaliteit, deskundigheid en zorgvuldige besluitvorming binnen het OM te bevorderen. Zij hebben hiermee aldus ook een belangrijke controlerende functie. Deze controle (en toetsing vooraf) heeft echter wel een interne aard en is gebonden aan strikte vertrouwelijkheid en geheimhouding:

> 'Om de LRK [*MS*: landelijke reflectiekamer] optimaal als kwaliteitsinstrument te kunnen inzetten ten behoeve van tegenspraak en waarheidsvinding, en om te kunnen bijdragen aan een goede, zorgvuldige en deskundige besluitvorming in de behandeling van strafzaken, is het van groot belang dat de deelnemers niet alleen deskundig en ervaren zijn in hun vakgebied, maar ook dat zij zich vrij en veilig voelen om mee te denken, om van gedachten te wisselen en kritisch te kunnen zijn. De zaakbehandelaars moeten op hun beurt erop kunnen vertrouwen dat wat zij aan de LRK voorleggen niet alleen zorgvuldig en deskundig wordt benaderd, maar ook dat er sprake is van een hoge mate van vertrouwelijkheid en van geheimhouding. Het raadplegen van de LRK mag bijvoorbeeld ook op geen enkele wijze het opsporingsonderzoek belemmeren of frustreren doordat bepaalde informatie naar buiten komt (…) De advisering van de LRK is net als toetsing door de CTC van interne aard en de beweegredenen die ten grondslag hebben gelegen aan de advisering spelen dan ook geen rol bij de beoordeling door de rechter. Het is geen rechtens bindend advies. Het LRK-advies wordt net als de CTC-stukken ook niet gevoegd aan het strafdossier.'[142]

Al met al kan worden gesteld dat in recente jaren zowel in beleidsstukken als de (interne) organisatie van het OM de gezagsuitoefening van de officier van justitie jegens het opsporingsonderzoek in toenemende mate wordt benadrukt. Mede dientengevolge wordt binnen de top van het OM een duidelijke verantwoordelijkheid gevoeld voor het toezien op de kwaliteit, behoorlijkheid en rechtmatigheid van het strafvorderlijk handelen.[143] Deze ontwikkelingen hebben er ook toe geleid dat in de huidige jurisprudentie en literatuur de opinio communis erop neerkomt dat de officier van justitie een grote verantwoordelijkheid draagt voor het houden van toezicht op de rechtmatigheid van het strafvorderlijk handelen van opsporingsambtenaren, zowel in concrete zaken als op meer algemeen niveau. Exemplarisch in dit kader is de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot het uitsluiten van bewijs als

141 *Kamerstukken II* 1997/98, 24034, 24, p. 7-8; zie ook Aanwijzing opsporingsbevoegdheden 5.1, de officier van justitie is in ieder geval ten aanzien van de inzet van een bepaald aantal risicovolle opsporingsbevoegdheden verplicht toestemming te vragen van het College van PG's en advies in te winnen bij de CTC.

142 Van de Beek, Hillenaar & De Meijer 2017, p. 167.

143 Hoewel deze gedachte eerder ook expliciet tot uiting kwam in de Gedragscode van het OM, bevat de nieuwe Gedragscode OM 2012 slechts een vijftal kernkwaliteiten van de OM'er en is er geen duidelijke verwijzing meer naar de gezagsrelatie tussen de officier van justitie en de politie. Zie Van Daele 2003, p. 256 en Gedragscode OM 2012.

gevolg van onrechtmatig strafvorderlijk optreden. In het standaardarrest ten aanzien van bewijsuitsluiting heeft de Hoge Raad bepaald dat deze strafprocessuele sanctie kan worden toegepast in de – zeer uitzonderlijke – situatie 'waarin het desbetreffende vormverzuim naar uit objectieve gegevens blijkt zozeer bij herhaling voorkomt dat zijn structureel karakter vaststaat en de verantwoordelijke autoriteiten zich, vanaf het moment waarop dit structurele verzuim hun bekend moet zijn geweest, onvoldoende inspanningen hebben getroost overtredingen van het desbetreffende voorschrift te voorkomen'.[144] Voorts stelt de Hoge Raad dat het op de weg van het OM ligt om concrete gegevens te verstrekken aan de hand waarvan kan worden bepaald of 'zijn getroffen om structurele overtreding van het desbetreffende voorschrift zoveel als redelijkerwijs mogelijk uit te sluiten'.[145] Aan deze overweging van de Hoge Raad ligt de aanname ten grondslag dat er vanuit het OM niet alleen toezicht wordt gehouden op een concreet opsporingsonderzoek dat onder het gezag van de officier van justitie plaatsvindt, maar dat ook in meer algemene zin het OM een zekere mate van zeggenschap heeft over het handelen van opsporingsambtenaren en dit handelen dient te controleren en te normeren in de meest brede zin van het woord. Simmelink sluit zich hierbij aan en stelt dat het gestructureerd inventariseren van onrechtmatigheden in de opsporing behoort tot de taak van het OM. Aan de hand van een dergelijke inventarisatie kan het OM (in overleg met de politie en het ministerie van Justitie) maatregelen nemen om de kwaliteit van de opsporing te verbeteren, aldus Simmelink. Een dergelijke praktijk kan volgens Simmelink worden gezien als een 'hedendaagse invulling' van de toezichthoudende taak van het OM conform artikel 140 Sv.[146]

Kortom, hoewel het bestaan van een toezichthoudende taak van het OM (zowel op het niveau van de organisatie als op het niveau van de individuele officier van justitie) inmiddels een vanzelfsprekendheid is, is de invulling ervan onderhevig aan fluctuatie en wordt deze invulling en reikwijdte van het toezicht vooral bepaald door de wijze waarop hier in de praktijk uitvoering aan wordt gegeven.

5.4 Overige toezichthouders

Als gezegd kunnen met toezicht diverse doelen worden nagestreefd en heeft toezicht daarmee verschillende functies. Het kan gericht zijn op de naleving van wet- en regelgeving, het beperken van risico's in bepaalde werkprocessen, het borgen van de kwaliteit van een product, proces of een dienst, of het

144 *NJ* 2013/308, *r.o.* 2.4.6.
145 *NJ* 2013/308, *r.o.* 2.4.6.
146 Simmelink 2015, p. 44.

bevorderen van de prestatie en effectiviteit van een proces of dienst.[147] In hoofdstuk 2 is reeds onderstreept dat deze verschillende categorieën toezicht elkaar niet noodzakelijkerwijs uitsluiten en zelfs met elkaar kunnen overlappen of elkaar kunnen complementeren.[148] Vanwege deze mogelijke overlap is het van belang om naast de toezichthouders die in de strafvorderlijke context toezien op de naleving van wet- en regelgeving door opsporingsambtenaren ook een aantal overige toezichthoudende instanties in kaart te brengen. Dit toezicht kan immers in sommige gevallen overlappen met het nalevingstoezicht in strafvorderlijke context en dit toezicht zelfs aanvullen. Om die reden wordt in deze paragraaf aandacht besteed aan deze toezichtsinstanties, waarbij het type toezicht dat zij uitoefenen zal worden geduid en de relevantie van dat toezicht voor het onderhavige onderzoek zal worden besproken (dat wil zeggen, in hoeverre dat toezicht betrekking heeft op het bewerkstelligen van normconform handelen van opsporingsambtenaren in het kader van het vooronderzoek). Hoewel er ook veel informeel toezicht bestaat op het handelen van politie en het OM – te denken valt aan de wetenschap, media, advocatuur en een aantal maatschappelijke organisatie – zal hier louter aandacht worden besteed aan publiek-formeel (juridisch-ingebed) toezicht. Weliswaar vervullen deze informele vormen van toezicht een belangrijke maatschappelijke functie en dragen zij bij aan de transparantie en het goed functioneren van de politie en het OM, maar zij kunnen niet als vervanging worden gezien voor een wettelijk geregeld onafhankelijk toezicht op de uitvoerende overheid. Het informele karakter van dit toezicht brengt immers een zekere mate van vrijblijvendheid en subjectiviteit mee. Ook het toezicht dat langs de politieke lijn (door het parlement, ministeries of de provincie/gemeente) wordt gehouden op politie en het OM zal niet in dit hoofdstuk aan bod komen omdat dit type toezicht op politieke verantwoording is gericht.[149]

In het hiernavolgende worden in de eerste plaats de verschillende vormen van toezicht binnen de politieorganisatie besproken. Vervolgens komt een aantal toezichthoudende instanties aan bod dat een grote mate van distantie

147 Ruimschotel 2014, p. 24-26; WRR 2013, p. 31.

148 Ruimschotel 2014, p. 26-27; zie tevens ook Cleiren die stelt dat het toezicht op justitiële autoriteiten niet slechts toezicht achteraf is maar in belangrijke mate bestaat uit het geven van sturing en richting aan justitiële autoriteiten vooraf, verschillende wijzen van zelfregulering en compliance. Met deze bredere benadering wordt beoogd zowel het (verticale) toezicht te bevorderen als de interne controle binnen deze organisaties.

149 Zie Cleiren 2014 voor (o.a.) een bespreking van toezicht langs de politieke lijn. Overigens moet worden erkend dat dit toezicht ook voor substantiële wijzigingen binnen de politieorganisatie en het OM heeft gezorgd. Te denken valt bijvoorbeeld aan de instelling van ad hoc-commissies die onderzoek hebben verricht naar voorvallen binnen justitie en politie en naar aanleiding van dat onderzoek aanbevelingen hebben gedaan ter verandering van bepaalde werkprocessen (zoals de reeds besproken Commissie-Van Traa, Commissie-Wieringa en Commissie-Posthumus).

heeft tot het opsporingsapparaat en daarom als extern toezicht kan worden gekwalificeerd.[150]

De bespreking van de rol van deze toezichthouders wijkt af van de hierboven beschreven toezichthoudende taak van de rechter en officier van justitie. Daar waar de toezichthoudende taak van de rechter en de officier van justitie niet (altijd) duidelijk uit de wet af te leiden is (geweest) en met name gestalte heeft gekregen in de praktijk doordat zij deze taak eigen hebben gemaakt, is de toezichthoudende taak van de hierna te bespreken toezichthouders juist heel duidelijk in de wet vastgelegd maar hebben zij in het huidige stelsel geen prominente rol in het nalevingstoezicht op politie en justitie. Hierdoor zal de onderstaande bespreking zich met name richten op deze wettelijke toezichthoudende taak en de mate waarin dit toezicht betrekking heeft (of kan hebben) op de naleving van strafvorderlijke normen door opsporingsambtenaren.

5.4.1 Intern toezicht vanuit de politieorganisatie

Binnen de politieorganisatie wordt op uiteenlopende wijzen en door verschillende "organen" en commissies toezicht uitgeoefend op het eigen handelen. In de eerste plaats moet in dit kader worden gedacht aan het toezicht dat opsporingsambtenaren op zichzelf en op elkaar uitoefenen. Een opsporingsambtenaar moet uit hoofde van zijn functie bekend zijn met de geldende regelgeving en zijn gedrag daarop aanpassen.[151]

Naast deze vorm van zelfcontrole wordt ook op institutioneel niveau – langs de hiërarchische lijn in de politieorganisatie – toezicht uitgeoefend op het personeel door de leidinggevenden.[152] Dat gebeurt bijvoorbeeld op het niveau van de teamchefs die leidinggeven aan de basisteams en verantwoordelijk zijn voor de tactische (en soms ook operationele)[153] sturing van de teams en het functioneren van de politiemedewerkers in deze basisteams.

---

150 Delen van deze paragraaf zijn ontleend aan Samadi 2016.

151 Zie ook Bertrand & Crijns 2014, p. 304.

152 De politie bestaat uit tien regionale eenheden, een landelijke eenheid en het Politiedienstencentrum. In het Politiedienstencentrum zijn de bedrijfsvoeringsonderdelen van de politie ondergebracht, terwijl de eenheden het operationele politiewerk verrichten. De regionale eenheden zijn allemaal op dezelfde wijze opgebouwd en bestaan uit een eenheidsstaf, vijf diensten en districten met daarin basisteams, bestaande uit (hoofd)agenten, wijkagenten, rechercheurs en teamchefs. Anders dan de regionale eenheden die een 'territoriale verantwoordelijkheid' dragen is de landelijke eenheid belast met de uitvoering van landelijke en specialistische politietaken en biedt zo nodig ondersteuning aan de regionale eenheden. Deze eenheid is opgedeeld in zeven operationele diensten en een dienst bedrijfsvoering (zie Inrichtingsplan Nationale Politie 2012, p. 170-171 e.v.).

153 Terpstra e.a. schrijven dat de teamchefs ernstig overbelast zijn en bij gebrek aan ondersteuning vaak ook de operationele sturing van de basisteams op zich nemen (Terpstra e.a. 2016, p. 76-77; tevens verwijzend naar Vierde Onderzoek Vorming Nationale Politie van de Inspectie J&V 2015).

De interne hiërarchische lijn loopt verder via de districtschef, die leidinggeeft aan een district, de eenheidsstaf, die het dagelijks toezicht op het personeel binnen de regionale eenheid heeft, en tot slot de politiechef als eindverantwoordelijke van de eenheid.[154]

Zowel zelfcontrole als sociale controle, dat wil zeggen het toezicht dat opsporingsambtenaren onderling op elkaar uitoefenen, hebben een belangrijke functie in het adequaat functioneren van de politieorganisatie en kunnen op zinvolle wijze interveniëren naar aanleiding van normoverschrijdend gedrag, bijvoorbeeld wanneer collega's elkaar aanspreken op wangedrag. Niettemin gaat het hier om informeel toezicht.[155] Dat ligt anders ten aanzien van interne stelsel van toezicht binnen het politiebestel dat zich richt op de algemene kwaliteit, effectiviteit en goed functioneren van de organisatie en het personeel.[156] Grotendeels is dit interne 'toezicht' gericht op het geven van sturing en leiding aan het personeel en het monitoren van de kwaliteit van de organisatie voor een adequaat functioneren van de politie op beleidsmatig en operationeel niveau. Dit interne toezicht kan echter onder bepaalde omstandigheden leiden tot een intern onderzoek naar een politieambtenaar en zelfs resulteren in een tuchtrechtelijke procedure.[157]

In het kader van het integriteitshandhavingsbeleid binnen de politie verricht de politie intern onderzoek naar aanleiding van (meldingen van) vermoedens van plichtsverzuim (en integriteitsschending) en zorgt tevens voor een afhandeling van deze melding.[158] In beginsel kan een melding van plichtsverzuim op verschillende wijzen binnenkomen bij (het bevoegde gezag van) de politie, zo kan een melding afkomstig zijn van burgers, collega's, bedrijven of instellingen. Naar aanleiding van een ingekomen melding beoordeelt het bevoegde gezag of de melding aanleiding geeft om een oriënterend of intern onderzoek te starten, een ander traject in te zetten (zoals een functioneringstraject, klachtenprocedure, strafrechtelijk onderzoek) of tot het nemen van een personeelsbesluit (bijvoorbeeld verplaatsing, buitenfunctiestelling).[159] Een oriënterend onderzoek (of vooronderzoek) is beperkt in aard en omvang en richt zich op het verifiëren van bepaalde beweringen (in openbare of politiesystemen) of het voeren van gesprekken met de melder of de leidinggevende van de politiemedewerker tegen wie de melding is gericht. Naar aanleiding van de bevindin-

154 De interne hiërarchische lijn loopt verder via de districtschef (die leidinggeeft aan een district), de eenheidsstaf (die het dagelijks toezicht op het personeel binnen de regionale eenheid heeft) en tot slot de politiechef aan als eindverantwoordelijke van de eenheid.

155 In zekere zin omdat opsporingsambtenaren ook een min of meer formele verantwoordelijkheid hebben toe te zien op de rechtmatigheid van elkaars gedrag. Dat zou kunnen worden afgeleid uit art. 76 Besluit algemene rechtspositie politie. Zie uitgebreid over deze bepaling Van der Steeg 2004, p. 54 e.v.

156 WODC 2017, p. 29.

157 Zie art. 47 lid 4 Pol. Wet en de uitwerking van deze bepaling in het Protocol intern onderzoek politie.

158 Protocol intern onderzoek politie, hoofdstuk 2.

159 Protocol intern onderzoek politie, hoofdstuk 3.

gen van dit onderzoek beslist het bevoegde gezag of er redenen zijn om over te gaan tot vervolgstappen (bijvoorbeeld in de vorm van een intern onderzoek) of om geen nader gevolg te geven aan de melding.[160] Indien de melding – of het interne onderzoek – aanleiding geeft te vermoeden dat er sprake is van mogelijk plichtsverzuim, dan wordt een intern onderzoek gestart door de afdeling Veiligheid, Integriteit en Klachten (VIK) van de eenheid[161] – dit kan eventueel ook na advies van de Klachtencommissie (zie hierna).[162] In beginsel kan de niet-naleving van strafvorderlijke normen die zich richten tot de opsporingsambtenaar, leiden tot vaststelling van plichtsverzuim, en daarmee resulteren in een tuchtrechtelijke reactie. In de praktijk zijn er wel bepaalde type 'vormverzuimen' die tevens ook als (ernstige) vormen van plichtsverzuim worden aangemerkt. Goos concludeert dat het hier met name gaat om ernstige en verwijtbare normoverschrijdingen, zoals onrechtmatige geweldsaanwending, schending van de verbaliseringsplicht en schending van vormvoorschriften rondom inbeslagneming.[163] De veelvoorkomende vormverzuimen van strafprocessuele normen, zoals verzuimen rond rechtsbijstand, de cautie, onbevoegd handelen en het ontbreken van een redelijke verdenking, komen in deze tuchtrechtelijke zaken niet (of nauwelijks voor).[164] Volgens Goos kan dit verklaard worden doordat de toerekenbaarheid en verwijtbaarheid van het handelen van de politieambtenaar een belangrijke rol speelt in het politietuchtrecht. Dat ligt immers ook in de rede wanneer men acht slaat op het doel van het politietuchtrecht, dat omschreven kan worden als het waarborgen van een goede professionele uitoefening van de functie van politieambtenaren.[165] Dit doel brengt mee dat het beoordelingskader van het tuchtrecht niet geheel aansluit (of overeenkomt) met het strafvorderlijk handelingskader van opsporingsambtenaren: het gaat hier om een sectoraal beoordelingskader dat bestaat uit (geschreven en ongeschreven) normen waar een goed (politie)ambtenaar zich aan behoort te houden. Het toezicht ziet dan ook in het bijzonder op de borging van een integere en professionele politieorganisatie waardoor de focus van dit toezicht in mindere mate ligt op naleving van *strafvorderlijke* normen.[166] Dat kan, gezien de bredere taak van de politie, ook niet geheel verbazen.

---

160 Protocol intern onderzoek Politie, hoofdstuk 3.2.

161 Elke eenheid heeft een afdeling VIK. Deze afdeling houdt zich bezig met de screening van het personeel, behandeling en beoordeling van vermeende integriteitsschendingen door politieambtenaren (en het voeren van interne onderzoeken hiernaar) en de afhandeling van klachten tegen politieambtenaren, zie ook WODC 2017, p. 33-38.

162 Protocol Intern Onderzoek Politie, hoofdstuk 4; zie voor de procedure van het interne onderzoek uitgebreid hoofdstukken 5-6 van het protocol.

163 Goos 2019, p. 10.

164 Uit de door Goos genomen steekproef waren 90 van de 900 tuchtrechtelijke zaken (die zich in drie jaar hebben voorgedaan) mede te kwalificeren als een vormverzuimen (Goos 2019, p. 10).

165 Van der Steeg 2014, p. 473.

166 Ruimschotel 2014, p. 26; zie ook Van der Steeg 2004, p. 54-61; Van der Steeg 2014, p. 477.

Naast het interne onderzoek door de afdeling VIK heeft de politie ook een regeling voor de afhandeling van klachten.[167] De aard van deze klachten kan nogal verschillend zijn, doorgaans zien de meeste klachten op niet of onvoldoende actie van de politie (bijvoorbeeld het niet opnemen van een aangifte), klachten over dienstverlening en service van de politie (bijvoorbeeld onvoldoende informatieverstrekking of het niet nakomen van afspraken), onjuiste bejegening van burgers, maar ook meer strafvorderlijk gerelateerde klachten zoals het onterecht aanwenden van bevoegdheden of het gebruik van (excessief) geweld. In beginsel is de politiechef van de eenheid verantwoordelijk voor de behandeling van een klacht die is ingediend tegen een politieambtenaar.[168] Hij wordt in deze taak bijgestaan door een klachtencommissie die bestaat uit onafhankelijke leden en hem (gevraagd of ongevraagd) adviseert over de afhandeling van de klacht.[169] Naar aanleiding van een binnengekomen klacht wordt in de eerste plaats getracht om met de klager en betrokken politiemedewerker in gesprek te gaan en de klacht naar tevredenheid op te lossen.[170] Ondanks het bestaan van een model voor de klachtbehandelingsprocedure wordt in de praktijk vaak afgeweken van dit model waardoor er geen uniformiteit bestaat in de wijze waarop de verschillende politie-eenheden invulling geven aan de klachtbehandeling.[171] Bovendien blijkt uit onderzoek van de Inspectie Justitie en Veiligheid dat de interne klachtbeoordelaars bij de politie klachten regelmatig op onjuiste wijze toetsen aan de formele ontvankelijkheidsvereisten waardoor deze klachten niet in behandeling worden genomen.[172] Personele en organisatorische problemen bij de politie brengen bovendien mee dat klachtbehandelaars zwaar belast zijn, er onvoldoende tijd en ruimte is voor kwaliteitsbewaking van de klachtbehandelingsprocedure, en voor het treffen van voorzieningen in de politieorganisatie om te leren van klachten.[173]

---

167 Art. 67a-72 Pol.Wet.

168 Art. 70 lid 2 Pol.Wet. Indien een klacht tegen de politiechef wordt ingediend draagt de korpschef zorg voor de afhandeling van de klacht (lid 3) en in het geval van een klacht tegen een ambtenaar die werkzaam is bij de rijksrecherche is het College van procureurs-generaal het verantwoordelijke orgaan voor de afhandeling van de klacht (lid 4).

169 Art. 2-3 Regeling klachtbehandeling politie; Naast de regionale klachtencommissies en de klachtencommissie van de landelijke eenheid bestaat er een nationale klachtencommissie die de korpschef adviseert (art. 4 Regeling klachtenbehandeling politie en Klachtenregeling rijksrecherche).

170 Dit gebeurt door politieklachtbehandelaar en bij sommige eenheden (regionale eenheid Den Haag, jaarverslag 2017) door de afdeling Veiligheid, Integriteit en Klachten (bijv. de Eenheid Noord-Nederland, jaarverslag 2017, Eenheid Zeeland-West Brabant, jaarverslag 2017).

171 Inspectie J&V, Klachtbehandeling door de politie 2016, p. 9.

172 Inspectie J&V, Klachtbehandeling door de politie 2016, p. 12.

173 Inspectie J&V, Klachtbehandeling door de politie 2016, p. 16. Met name het leereffect dat uit dient te gaan van de klachtbehandeling is problematisch zo blijkt uit onderzoek van de Inspectie Justitie en Veiligheid. De oorzaak hiervan is gelegen in het feit dat het belang van de klachtbehandeling en de doelen die ermee worden nagestreefd onvoldoende bekend

Wanneer klachten niet naar tevredenheid worden opgelost, worden deze behandeld door de onafhankelijke klachtencommissie.[174] Naar aanleiding van de (gegronde) klacht brengt de klachtencommissie een advies en aanbevelingen ter verbetering van het algemene politieoptreden uit aan de politiechef. De klachtencommissies van de eenheden brengen bovendien een jaarlijks verslag uit van de klachtenbehandeling in dat jaar waarin aandacht wordt besteed aan de vraag in hoeverre bepaalde klachten wijzen op structurele tekortkomingen in het functioneren van de politie binnen de eenheid en aan de mogelijke maatregelen om deze tekortkomingen op te heffen. Daarnaast worden in het jaarverslag de belangrijkste aandachtspunten van de klachtenbehandeling van dat jaar besproken.[175]

In hoeverre de adviezen van de klachtencommissies ook worden teruggekoppeld en welk effect zij sorteren, is echter niet geheel duidelijk. De jaarverslagen van de verschillende klachtencommissies stellen met grote regelmaat vraagtekens bij deze terugkoppeling en de wijze waarop de politie lering trekt uit deze adviezen. Een terugkoppeling vindt soms niet[176] of niet voldoende plaats,[177] ook missen klachtencommissies een meer systematische aanpak vanuit de eenheid[178] en is er geen zicht op het lerend effect van de klachtenbehandeling.[179]

Tot slot bestaat er ook een Commissie van Toezicht op het beheer politie. Deze commissie bestaat uit vijf onafhankelijke leden en een secretaris en heeft als taak 'het beoordelen van de wijze waarop de politie uitvoering geeft aan het door de minister vastgestelde beleid en de kaders inzake het beheer van de politie en de minister hieromtrent gevraagd en ongevraagd te adviseren'.[180] Uit de evaluatie van de politiewet 2012 blijkt dat deze commissie zich veelal richt op goed bestuur en financieel beheer van de politie. In de afgelopen jaren heeft de commissie zich met name toegelegd op het toetsen of de politie de opgestelde ontwikkelingsplannen adequaat implementeert en

---

zijn bij de medewerkers. Zij staan hierdoor terughoudend tegenover de behandeling van klachten omdat zij vrezen voor mogelijke (negatieve) gevolgen van dergelijke klachten voor hun loopbaan. Deze opstelling staat eraan in de weg om te leren van gemaakte fouten.

174 Art. 67a lid 1 Politiewet 2012.

175 Art. 68 lid 2 o. c Pol.Wet. Het doel van de klachtencommissie wordt tevens ook omschreven als het zorgdragen van het herstel van vertrouwen tussen burger en politie, zie Jaarverslag Klachtcommissie Amsterdam 2017, p. 4.

176 Jaarverslag 2017, Klachtencommissie Den Haag, p. 2.

177 Jaarverslag 2017, Klachtencommissie Noord-Holland, p. 7; Jaarverslag 2017, Klachtencommissie Noord-Nederland, p. 7.

178 Jaarverslag 2017, Klachtencommissie Noord-Nederland, p. 7.

179 Ook de Klachtencommissie Rotterdam vraagt aandacht voor de rol van de direct leidinggevenden van de beklaagde politiefunctionarissen in het kader van het lerend effect dat van de klachtenbehandeling uitgaat, maar is weinig concreet over tekortkomingen hieromtrent (Jaarverslag 2017, Klachtencommissie Rotterdam, p. 5; Jaarverslag 2017, Klachtencommissie Zeeland-West Brabant, p. 5.

180 Art. 2 Instellingsbesluit Commissie van toezicht op het beheer politie.

heeft zij getracht 'agenderend op te treden, bijvoorbeeld wanneer het gaat om de algemene kwaliteit van de bedrijfsvoering bij de politie'.[181]

Kortom, hoewel er binnen de politieorganisatie wel sprake is van onderzoek naar het (onrechtmatig) handelen en naar aanleiding van dat onderzoek ook maatregelen genomen kunnen worden, vindt het onderzoek veelal plaats naar aanleiding van incidenten en klachten.[182] Er is geen sprake van systematisch en structureel onderzoek naar de normconformiteit van het handelen.

5.4.2 Extern toezicht

Naast het interne toezicht in de politieorganisatie bestaan er ook een aantal externe vormen van toezicht. Hierboven zijn reeds de rechter en het toezicht dat vanuit het OM wordt gehouden (en in zekere zin mede als intern toezicht kan worden aangemerkt) uitgebreid aan bod gekomen, maar naast deze twee toezichthouders bestaan er in het huidige stelsel een aantal instanties die buiten het strafvorderlijk kader toezicht uitoefenen op de politie.

Als eerste kan worden gedacht aan het toezicht door de Nationale ombudsman op behoorlijk handelen van overheidsorganen, waaronder de politie.[183] Het staat de Nationale ombudsman vrij zelf informatie te verzamelen en zich naar aanleiding daarvan een oordeel te vormen. Hij rapporteert bovendien regelmatig over zijn bevindingen, maar doet dat meestal op ad hoc basis naar aanleiding van klachten van burgers.[184] De Nationale ombudsman kijkt echter niet zozeer naar de naleving van (strafprocessuele) regelgeving door de politie maar meer of de politie zich in haar omgang met de burger behoorlijk heeft gedragen. Zijn toetsingskader wijkt daarmee af van het strafvorderlijk normatief kader.[185] Het beoordelingsframe van de Nationale ombudsman wordt in belangrijke mate bepaald door de behoorlijkheidsnorm en wijkt in die zin af van de rechtmatigheidstoets.[186] Een belangrijk knelpunt in het toezicht dat door de Nationale ombudsman wordt gehouden, is de doorwerking van het toezicht. Van der Vlugt constateert in haar onderzoek hiernaar dat de oordelen van de Nationale ombudsman in individuele zaken veelal worden afgedaan als incidenten waardoor deze niet verder komen dan de informatie-

181 Evaluatie politiewet 2012, p. 32.
182 Een uitzondering hierop zijn de interne audits waarin op systematische wijze wordt getoetst of de politie adequaat uitvoering geeft aan de bepalingen van de Wpg. Dit is echter niet per se het handelen van de politie in het kader van de opsporing (zie Regeling periodieke audit politiegegevens).
183 Art. 1a WNo; art. 9:27 Awb.
184 Art. 9:18 Awb; hoewel hij krachtens art. 9:26 Awb ook de bevoegdheid heeft uit eigen beweging een onderzoek in te stellen.
185 Van der Vlugt 2011, p. 207 e.v.
186 Van der Vlugt 2011, p. 363-368.

fase.[187] Dit gebrek aan doorwerking heeft volgens Van der Vlugt zowel te maken met de politiecultuur als met de controlestijl van de ombudsman die als weinig effectief wordt aangemerkt.[188]

Kwaliteitstoezicht op het functioneren van het OM wordt daarnaast (mede) uitgeoefend door de procureur-generaal bij de Hoge Raad.[189] Dit toezicht strekt zich over de juridische kwaliteit van (een deel van) het werk van het OM en is als zodanig mede gericht op de naleving van strafvorderlijke normen door de organisatie als geheel. In 2014 publiceerde de procureur-generaal zijn eerste onderzoek op basis van deze toezichthoudende bevoegdheid en kondigde daarbij aan dat hij nader inhoud zou geven aan deze taak door middel van 'thematische onderzoeken naar de wijze waarop het openbaar ministerie zijn taken uitvoert'.[190] In het eerste onderzoek stond de naleving van wettelijke voorschriften bij het uitvaardigen van OM-strafbeschikkingen centraal, gevolgd door een onderzoek naar de wijze waarop binnen het OM gevolg is gegeven aan de aanbevelingen die in het eerste onderzoek waren geformuleerd.[191] In het kader van het thema OM-strafbeschikkingen publiceerde de procureur-generaal tot slot een rapport over de behandeling van verzet tegen opgelegde strafbeschikkingen, in het bijzonder de naleving van procedurele waarborgen, de zorgvuldigheid van oplegging van strafbeschikkingen in het licht van de integrale herbeoordelingen en de mate waarin de rechterlijke beoordeling afwijkt van opgelegde beschikkingen.[192] Hierna zijn nog een tweetal andere thema's onderzocht in opdracht van de procureur-generaal, namelijk de naleving van de wet door het OM bij het toevoegen van strafvorderlijke, justitiële en politiële gegevens aan het Bopz-dossier[193] en de uitvoering van de Wet DNA-onderzoek bij veroordeelden.[194] Dit toezicht door de procureur-generaal op het OM heeft in de afgelopen een hoge vlucht genomen maar is nog een relatief nieuw instrument dat pas recent nadere invulling heeft gekregen.[195] Hoewel dit toezicht mede gericht is op naleving van regelgeving door het OM, is ook hier sprake van een andere focus van het toezicht. De procureur-

187 De Nationale ombudsman doet ook algemene onderzoeken en doet naar aanleiding van die onderzoeken aanbevelingen. Deze onderzoeken (en aanbevelingen) hebben betrekking op het functioneren van de organisatie als geheel (in plaats van het gedrag van de individuele politieambtenaar). Uit het onderzoek van Van der Vlugt volgt dat aan deze aanbevelingen wel gehoor wordt gegeven door de korpsleiding (Van der Vlugt 2011, p. 377).

188 Van der Vlugt 2011, p. 377-378.

189 Art. 122 Wet RO.

190 Knigge & De Jonge van Ellemeet 2014 (Rapport Beschikt en gewogen), p. 5.

191 Knigge & Peters 2017 (Rapport Wordt vervolgd).

192 Knigge & Peters 2017 (Rapport Beproefd verzet).

193 Spronken & Koopmans 2017 (Rapport Gedeelde informatie).

194 Spronken & Luining 2018 (Rapport DNA van veroordeelden).

195 In 2011 is door het College van procureurs-generaal verzocht om de toezichthoudende taak nadere invulling te geven, waarna de procureur-generaal na onderzoek naar de wenselijkheid van dit verzoek nadere invulling heeft gegeven aan deze toezichthoudende taak, zie Knigge & De Jonge van Ellemeet 2014, p. 7.

generaal stelt te dien aanzien dat hij behoedzaam gebruik maakt van deze bevoegdheid en kiest voor 'probleemgericht toezicht op basis van thematische analyses' waarbij in het bijzonder wordt gezocht naar thema's die passen bij de positie van de procureur-generaal bij de Hoge Raad in de strafrechtspleging.[196] Wel kan ten aanzien van dit toezicht worden gesteld dat het duidelijk effect sorteert binnen het OM en daarmee een hoge mate van effectiviteit bevat.[197]

Het overheidstoezicht op politie en justitie richt zich naast de borging van de kwaliteit van politie en justitie in belangrijke mate op het beoordelen van de continuïteit, doelmatigheid en rechtmatigheid van deze instanties.[198] Zo toetst de Inspectie Justitie en Veiligheid de kwaliteit van de taakuitvoering van alle organisaties die werkzaam zijn op het terrein van justitie en veiligheid.[199] Met betrekking tot de politie richt dit toezicht zich op de taakuitvoering, de kwaliteitszorg door de politie en de kwaliteit van het politieonderwijs en de examinering van de politie.[200] Door het uitoefenen van toezicht biedt zij de mogelijkheid tot het bijsturen van het beleid en geeft inzicht in de kwaliteit van de activiteiten van de politie. Het gaat hier aldus niet over toezicht op normnaleving maar meer in het algemeen op de kwaliteit van de politie met als doel het signaleren van risico's op het terrein van veiligheid en justitie, en deze te agenderen.

De Algemene Rekenkamer voert toezicht uit op de verschillende overheidsorganisaties. Dit doelmatigheid- en rechtmatigheidsonderzoek (art. 82-89 Comptabiliteitswet 2001) richt zich op de effectiviteit en efficiëntie van een bepaald gevoerd beleid binnen een organisatie.[201] Hiermee kan dit toezicht getypeerd worden als een vorm van kwaliteits- of prestatietoezicht en is gericht op het behalen van bepaalde (beleids)afspraken.[202]

Ook de Onderzoeksraad voor Veiligheid kan in dit kader worden benoemd. De Onderzoeksraad is een zelfstandig bestuursorgaan en heeft als missie het verbeteren van de veiligheid in Nederland, en kijkt daarbij naar die situaties waarbij burgers voor hun veiligheid afhankelijk zijn van de overheid, bedrijven of instellingen. Ter voorkoming van toekomstige voorvallen of beperking van gevolgen van dergelijke voorvallen heeft de Onderzoeksraad tot taak 'te onderzoeken en vast te stellen wat de oorzaken of vermoedelijke oorzaken

196 Knigge & De Jonge van Ellemeet 2014, p. 7.
197 Getuige bijvoorbeeld de veranderingen die door het College van procureurs-generaal in gang zijn gezet naar aanleiding van het rapport Beschikt en Gewogen (zie hierover Wordt vervolgd: beproefd verzet 2019 en de reactie van de Minister van Justitie en Veiligheid op de rapporten van de procureur-generaal, Brief van de Minister van Justitie en Veiligheid van 27 november 2017, *Kamerstukken II* 2017/18, 29279, 399).
198 Zie ook Kamerbrief Minister van Justitie en Veiligheid van 5 december 2018, p. 3.
199 Art. 65 Pol.W.; Protocol voor de werkwijze van de Inspectie Veiligheid en Justitie.
200 Art. 65 Pol.W. lid 1 o. a-c.
201 Zie ook Cleiren 2014, p. 423.
202 Zie bijv. het rapport over Prestaties in de strafrechtsketen 2012: *Kamerstukken II* 2012/13, 33173, 2.

van individuele of categorieën voorvallen en van de omvang van hun gevolgen zijn en daaraan zo nodig aanbevelingen te verbinden'.[203] Hoewel de onderzoeksbevoegdheden van de Onderzoeksraad een breed terrein beslaan, en mede kunnen inhouden dat de raad onderzoek verricht naar voorvallen binnen de politieorganisatie, vormt het strafvorderlijk optreden van politie en justitie een uitzondering op de gebeurtenissen die onderzocht kunnen worden door de raad.[204]

Tot slot houdt ook de Autoriteit persoonsgegevens zich naast advisering over nieuwe privacyregelgeving bezig met het toezicht op de naleving van wettelijke regels betreffende bescherming van persoonsgegevens door zowel de private als de publieke sector.[205] Zij kan ambtshalve onderzoek instellen naar de naleving van privacywetgeving, maar kan ook in actie komen naar aanleiding van een tip of klacht.[206] Zij kan bovendien handhavend optreden. Hoewel de Autoriteit persoonsgegevens een belangrijke instantie is aangaande het toezicht op de privacy van burgers, richt haar onderzoek zich op structurele (en ernstige) overtredingen die veel burgers treffen.[207] Het is echter wel de vraag in hoeverre de Autoriteit persoonsgegevens daadwerkelijk een aanvullende rol kan spelen in het toezicht op de opsporing. Hierbij moet worden bedacht dat het een redelijk kleine instantie is, met slechts 157 werknemers (in 2018),[208] zij zowel toezicht uitoefent op naleving van privacywetgeving in de private als de publieke sector en bovendien te kampen heeft met een alsmaar groeiend takenpakket (in het bijzonder kan worden gedacht aan de invoering van de Algemene verordening gegevensbescherming). Bovendien is dit toezicht beslist aan te merken als nalevingstoezicht maar heeft niet de individuele opsporingsambtenaar als focus, als wel de organisatie waarbinnen deze functioneert.

Deze beknopte bespreking van de verschillende toezichthoudende instanties maakt duidelijk dat in het huidige stelsel een scala aan toezichthouders en toezichtsvormen bestaat over politie en justitie. Deels is dit toezicht gericht op naleving van wet- en regelgeving door opsporingsambtenaren: dat geldt bijvoorbeeld voor het interne toezicht dat binnen de politieorganisatie bestaat,

---

203 Art. 3 Rijkswet Onderzoeksraad voor veiligheid.

204 Art. 1.2 Aanwijzing afstemmingsprotocol Onderzoeksraad voor de veiligheid – Openbaar Ministerie.

205 Sinds januari 2016 de opvolger van College bescherming persoonsgegevens. De belangrijkste wetten waar het toezicht op ziet zijn de Wet bescherming persoonsgegevens, Wet politiegegevens, Wet basisregistratie personen, en Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens.

206 Art. 60 Wbp; op basis van het ingestelde onderzoek kan de Autoriteit overgaan tot het opleggen van een sanctie aan de organisatie (art. 65 Wbp e.v.); zie ook Toezichtkader Autoriteit persoonsgegevens 2018-2019, p. 3.

207 Zie Beleidsregels handhaving door het CBP; zulks blijkt ook uit de Jaarverslagen van de Autoriteit Persoonsgegevens, zie bijv. Jaarverslag CBP 2014, p. 42-45, en Jaarverslag CBP 2013, p. 54-55. Uit de jaarverslagen is tevens op te maken dat zij zich op het terrein van politie en justitie voor een substantieel deel richt op advisering over regelgeving.

208 Zie Jaarverslag Autoriteit persoonsgegevens 2018, p. 9.

in het bijzonder het toezicht door de afdeling VIK, het toezicht door de Nationale ombudsman en het toezicht dat door de procureur-generaal op het OM wordt uitgeoefend. Hierbij dient echter wel te worden opgemerkt dat het toezicht in grote mate gefragmenteerd lijkt te zijn en niet het strafvorderlijk kader als uitgangspunt neemt. Grotendeels houden de instanties (zoals de Inspectie Justitie en Veiligheid, de Onderzoeksraad voor Veiligheid en de Algemene rekenkamer) zich echter bezig met een bepaalde vorm van kwaliteitstoezicht dat ten doel heeft het goed functioneren van de justitiële autoriteiten als geheel te borgen.[209]

5.5 Conclusie

Toezicht is een breed concept dat in verschillende contexten gebruikt wordt en uiteenlopende functies kan vervullen. Met het houden van toezicht kunnen afhankelijk van de context en verwachtingen verschillende doelstellingen worden nagestreefd. Het plaatsen van de onderhavige discussie in toezichtstermen roept dan ook de vraag op over welk type toezicht het hier gaat en welke toezichthouders zich bezighouden met het toezicht op het handelen van politie en het OM. Om deze vraag te beantwoorden zijn in het voorgaande de belangrijkste toezichthoudende instanties ten aanzien van politie en justitie besproken.

Zowel de rechter als de officier van justitie hebben een belangrijke toezichthoudende taak ten aanzien van de rechtmatigheid van het handelen van opsporingsambtenaren in het vooronderzoek. Ondanks deze belangrijke en centrale rol is op basis van de wet en theorie niet altijd duidelijk te zeggen wat de reikwijdte van dit toezicht precies is (of dient te zijn) en op welke wijze hier uitvoering aan moet worden gegeven. De toezichthoudende rol van de rechter lijkt veelal gekoppeld te worden aan de normatieve taakuitoefening die hem wordt toegedicht en kan afhankelijk van (onder andere) de rechtspolitieke tijdsgeest en de praktische behoefte aan een actievere of juist terughoudendere rechter verschillend worden ingevuld. Er is dan ook een zekere fluctuatie waar te nemen in de intensiteit van het rechterlijk toezicht door de tijd heen: in het oorspronkelijke Wetboek van Strafvordering leek er geen toezichthoudende taak weggelegd voor de rechter, maar deze is halverwege de vorige eeuw langzaam tot stand gekomen in de jurisprudentie van de Hoge Raad. In recente jaren is weer een zekere terughoudendheid waar te nemen in de invulling van deze toezichthoudende taak.

209 Dat wil niet zeggen dat dit toezicht niet van belang is, dit toezicht is noodzakelijk voor het garanderen van de kwaliteit van de politieorganisatie als geheel. Zie in dat kader ook de brief van de minister van Justitie en Veiligheid over het belang van een goed functionerend stelsel van toezicht op de politieorganisatie: Brief minister, 5 december 2018, Toezicht op en waarborgen voor de politieorganisatie.

Deze veranderlijkheid in toezichthoudende functie is ook waar te nemen ten aanzien van de officier van justitie en meer in algemene zin het OM. Er is geen wettelijke regeling waarin de toezichthoudende taak van het OM en in het verlengde daarvan de officier van justitie, duidelijk wordt uiteengezet. De toezichthoudende verantwoordelijkheid van de officier van justitie wordt veelal afgeleid uit zijn gezagsverhouding jegens de politie en zijn leidinggevende functie in het opsporingsonderzoek. De positie van de officier van justitie in het opsporingsonderzoek brengt in ieder geval mee dat hij een (wettelijke) verantwoordelijkheid heeft met betrekking tot de toetsing vooraf van de inzet van bepaalde opsporingsbevoegdheden. Hoewel hiermee niet gezegd is dat hij ook verantwoordelijk is voor het toezicht achteraf op de opsporing, brengt deze toetsende verantwoordelijkheid in ieder geval met zich dat hij waakt over de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek. Daarnaast is de uitoefening van deze taak door de officier van justitie in belangrijke mate verbonden met de constitutionele en institutionele positie van het OM; deze magistratelijke positie brengt mee dat de officier van justitie een zekere afstand dient te bewaren tot andere opsporingsambtenaren en met de nodige objectiviteit uitvoering te geven aan zijn wettelijke taken. Bovendien dient hij bij de uitoefening van zijn taken rekening te houden met maatschappelijke ontwikkelingen en verwachtingen. Dit brengt mee dat het niet gemakkelijk is een duidelijk omlijnde definitie te geven aan het gezag van de officier van justitie en daarmee samenhangend geen eenduidige bestaat voor de invulling van de toezichthoudende taak van de officier van justitie, althans niet in theorie. Kortom, hoewel op basis van de wettelijke en institutionele positie van de rechter en de officier van justitie onmiskenbaar een toezichthoudende taak ten aanzien van het handelen van opsporingsambtenaren afgeleid kan worden, is de reikwijdte, focus en de invulling van dit toezicht geenszins in beton gegoten. Voor een duidelijk beeld van dit toezicht is een blik op de praktijk dan ook noodzakelijk.

Naast de rechter en het OM bestaan er ook enkele andere actoren die zich met enige vorm van toezicht op het handelen van politie en justitie bezighouden. Met name in recente jaren is er in de literatuur veel aandacht geweest voor meer toezicht op het handelen van politie en justitie. In deze discussies wordt vaak gewezen op de rol van andere toezichthouders (dan de rechter en de officier van justitie) met betrekking tot het nalevingstoezicht op opsporingsambtenaren en worden suggesties gedaan deze instanties een grotere rol te geven. Als gezegd bestaat toezicht in verschillende vormen, ook in het kader van toezicht op het handelen van opsporingsambtenaren en bestaan er in het huidige stelsel veel instanties die een bepaalde vorm van toezicht uitoefenen op de strafvorderlijke overheid. Een blik op deze instanties laat echter zien dat de aard van dat toezicht zeer verschillend is. Niet alleen voor wat betreft de doelstellingen en focus van het toezicht, ten aanzien waarvan moet worden vastgesteld dat deze veelal niet gericht zijn op de naleving van strafvorderlijke normen door opsporingsambtenaren maar doorgaans meer de kwaliteit van

de strafvorderlijke instanties waarborgen Dat wil echter niet zeggen dat dit toezicht in het geheel niet bijdraagt aan normconform handelen door opsporingsambtenaren in het kader van het vooronderzoek. Het ligt bijvoorbeeld voor de hand dat toezicht op de kwaliteit van het politieonderwijs (zoals dat wordt uitgeoefend door de Inspectie Justitie en Veiligheid) resulteert in kwalitatief beter onderwijs waardoor politieambtenaren beter bekend zullen zijn met na te leven normen, wat uiteindelijk kan leiden tot grotere normconformiteit van het handelen. Dit type toezicht is echter wel van een andere orde dan het toezicht op de naleving van strafvorderlijke normen door individuele opsporingsambtenaren. Daarnaast wijkt ook het beoordelingsframe van het toezicht dat door deze actoren wordt uitgeoefend sterk af van het strafvorderlijk handelingskader van opsporingsambtenaren: het gaat hierbij ofwel om bepaalde interne integriteitsnormen waaraan getoetst wordt (bijvoorbeeld in het kader van het politietuchtrecht) of algemene ongeschreven normen zoals de behoorlijkheidsnorm van de Nationale ombudsman. Bovendien lijkt het toezicht veelal een gefragmenteerd en incidenteel karakter te hebben en kan er niet gesproken worden van een onderlinge afstemming van dit toezicht.

Kortom, hoewel het toezicht dat deze instanties uitoefenen kan overlappen met *nalevingstoezicht* en een waardevolle aanvulling *kan* vormen, is het toezicht dat thans door deze toezichthouders wordt uitgeoefend niet van dien aard dat het gezien kan worden als een aanvulling op het huidige nalevingstoezicht in de strafvordering. In het huidige stelsel zijn (vooralsnog) vooral de rechter en de officier van justitie belast met de uitoefening van dit type toezicht.

6 Kader voor het (rechterlijk) toezicht

6.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de kaders van het rechterlijk toezicht zoals uiteengezet in de jurisprudentie van de Hoge Raad besproken. Voor een beter begrip van dit jurisprudentiële toetsingskader is reeds in het vorige hoofdstuk de totstandkoming en historische ontwikkeling van het rechterlijk toezicht besproken. Hoewel deze rechterlijke controle op het handelen van opsporingsambtenaren in het vooronderzoek niet altijd expliciet afgeleid kon worden uit de Nederlandse strafvorderlijke wet, en deze vooral vorm heeft gekregen in de jurisprudentie van de Hoge Raad, is er in het huidige Wetboek van Strafvordering – in de vorm van artikel 359a Sv – inmiddels een expliciete grondslag voor de controle van het vooronderzoek door de zittingsrechter te vinden. Deze bepaling geeft de rechter veel vrijheid in de beoordeling van de rechtmatigheid van het vooronderzoek en de sanctionering van geconstateerd onrechtmatig handelen, maar zoals in het hiernavolgende duidelijk zal worden is deze beoordelingsruimte in grote mate nader ingekleurd door de jurisprudentie van de Hoge Raad. Met dit toetsingskader geeft de Hoge Raad richting aan de wijze waarop de (feiten)rechter invulling dient te geven aan zijn toezichthoudende taak, bepaalt de grenzen en reikwijdte van deze taak en laat zien wat de focus is van de uitoefening van rechterlijk toezicht op het handelen van opsporingsambtenaren.

Over de precieze invulling van artikel 359a Sv is in de literatuur al het nodige geschreven. In dit hoofdstuk wordt daarom het algemene kader van deze bepaling, zoals uiteengezet door de Hoge Raad, op hoofdlijnen geschetst. Hierbij zal in het bijzonder aandacht worden besteed aan die aspecten van het kader die de meeste vragen hebben opgeworpen in de jurisprudentie dan wel in de literatuur.[1] Vervolgens zal in het volgende hoofdstuk op basis van de in dit hoofdstuk geschetste hoofdlijnen worden bekeken hoe de feitenrechter het door de Hoge Raad ontwikkelde kader toepast en hoe hij in algemene zin

1 Hoewel een aantal van deze bezwaren reeds onderwerp van discussie zijn in de huidige moderniseringsoperatie van het Wetboek van Strafvordering, zullen deze moderniseringsplannen hier niet worden besproken. In de eerste plaats omdat het dit hoofdstuk te doen is om de vraag hoe het *huidige* toezichtskader van de rechter eruitziet en in de tweede plaats omdat er nog veel onduidelijkheid bestaat over hoe deze (nieuwe) bepaling uiteindelijk vormgegeven zal worden.

controle uitoefent op de naleving van strafprocessuele normen door opsporingsambtenaren in het vooronderzoek.

6.2 Toepassing van Artikel 359a Sv. door de Hoge Raad

De invoering van artikel 359a Sv is in feite de codificatie van het in de jurisprudentie ontwikkelde beoordelingskader voor vormverzuimen.[2] Op advies van de Commissie-Moons besloot de wetgever de rechter een ruime beoordelingsvrijheid te geven om te beslissen over individuele vormverzuimen. De commissie achtte de tijd namelijk niet rijp voor 'een verdergaande codificatie van dit leerstuk', maar gaf de voorkeur aan een bepaling die de rechter de vrijheid geeft acht te slaan op de relevante belangen die op het spel staan.[3] Deze expliciete beoordelingsvrijheid die de wetgever de rechter heeft gelaten is niet unaniem omarmd in de literatuur. Zo was Mevis het fundamenteel oneens over deze taakverdeling omdat de wetgever met deze bepaling 'het heft uit handen geeft'. Het rechtsgevolg van de schending van een regel zou zijns inziens door de (formele) wetgever moeten worden vastgelegd vanuit zijn taak als eerstaangewezen hoeder van de rechtsstaat.[4] Ook vanuit een meer praktisch oogpunt waren er bezwaren tegen deze wet omdat gevreesd werd dat een dergelijke ruime bepaling het risico met zich brengt dat verschillende rechtbanken op uiteenlopende wijze zullen oordelen over (gelijksoortige) onregelmatigheden in het vooronderzoek en daarmee zou leiden tot rechtsonzekerheid.[5]

Om dit laatste bezwaar zoveel mogelijk weg te nemen heeft de Hoge Raad gebruik gemaakt van zijn rechtsvormende taak in dezen en een duidelijk kader ontwikkeld voor de toepassing van dit artikel. Ondanks de expliciete beoordelingsvrijheid die de wetgever de individuele rechter liet ter beoordeling van vormverzuimen en de daaraan te verbinden gevolgen, heeft de Hoge Raad van meet af aan geen uitvoerige controle van het opsporingsoptreden in het vooronderzoek en het verbinden van consequenties aan onrechtmatigheden hierin voorgestaan.[6] Al vlak voor de inwerkingtreding van artikel 359a Sv zette de Hoge Raad in het Zwolsman-arrest de criteria voor sanctionering van vormverzuimen uiteen en liet hiermee blijken dat de rechter terughoudend moet optreden bij het verbinden van rechtgevolgen aan onrechtmatigheden in het vooronderzoek.[7]

Hoewel artikel 359a Sv aldus in beginsel voldoende ruimte biedt voor de rechterlijke controle op de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek, leek

2 Zie over het kader voor art. 359a Sv, Mevis 1995.
3 Corstens 1993, p. 55; de minister gaat mee in dit advies *Kamerstukken II* 1993-94, 23075, 3, p. 25.
4 Mevis 1995, p. 259 e.v.
5 Fokkens 1993, p. 904-915.
6 Zie voor kritiek hieromtrent Pitcher 2016, p. 174-175; Brinkhoff 2016.
7 HR 19 december 1995, *NJ* 1996/249, m.nt. Schalken.

de rechtspraak steeds minder te voelen voor een uitgebreide uitoefening van deze controlerende taak.[8] In het Afvoerpijparrest uit 2004 wees de Hoge Raad voor het eerst een overzichtsarrest inzake dit artikel waarin hij de kaders voor de toepassing van deze bepaling uiteenzette en de toepassing van het artikel in aanzienlijke mate beperkte.[9] Sindsdien is deze restrictieve lijn door de Hoge Raad voortgezet waardoor thans de jurisprudentie nog maar weinig ruimte biedt voor de sanctionering van vormverzuimen. In deze paragraaf zal het toetsingskader van artikel 359a Sv worden besproken. Hierbij wordt aandacht besteed aan de memorie van toelichting bij dit artikel en de uitleg die de Hoge Raad aan dit artikel heeft gegeven. Omdat het rechterlijk beoordelingskader van artikel 359a Sv reeds uitvoerig aan de orde is gekomen in de literatuur zal de beschrijving van de verschillende door de Hoge Raad gebezigde factoren voor de toepassing van artikel 359a Sv summier zijn en enkel op hoofdlijnen worden besproken. Het doel van deze bespreking is immers niet om een uitvoerige uiteenzetting te geven van het kader van 359a Sv, maar slechts om de pijnpunten binnen dat kader bloot te leggen zodat in het volgende hoofdstuk de aandacht kan worden gericht op de wijze waarop de feitenrechtspraak omgaat met deze pijnpunten.

6.2.1 Reikwijdte van artikel 359a Sv

Het in 1995 ingevoerde artikel 359a Sv geeft de rechter zoals gezegd een ruime beoordelingsvrijheid bij de controle van het vooronderzoek en een ruime discretionaire bevoegdheid met betrekking tot het verbinden van rechtsgevolgen aan eventuele onrechtmatigheden begaan in dat vooronderzoek. De bepaling stelt dat de rechtbank bij gebleken vormverzuimen in het vooronderzoek die niet hersteld kunnen worden en waarvan de rechtsgevolgen niet uit de wet blijken, kan bepalen dat zij geredresseerd worden met strafvermindering, bewijsuitsluiting of niet-ontvankelijkheid. Bij de afweging welke van deze sancties het meest passende antwoord biedt voor de normoverschrijding dient te rechter zich te laten leiden door de volgende in de wet opgenomen factoren: het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt.

Deze beoordelingsvrijheid roept ook veel vragen op over de (juiste) toepassing van de bepaling. In zijn jurisprudentie heeft de Hoge Raad op veel punten een nadere aanscherping aangebracht wat betreft de reikwijdte van de bepaling en de daarin opgenomen sancties. In de volgende paragraaf worden deze jurisprudentiële voorschriften van artikel 359a Sv en hun praktische implicaties besproken.

---

8 Zie ook Buruma 2003, p. 81.
9 *NJ* 2004/376, m.nt. Buruma.

6.2.1.1 Voorbereidend onderzoek

Aanvankelijk hield het voorstel van de Commissie-Moons in dat zowel vormfouten begaan tijdens het vooronderzoek als het onderzoek ter terechtzitting onder het bereik van artikel 359a Sv zouden vallen.[10] Het door de Commissie-Moons voorgestelde artikel 359a Sv luidde als volgt: 'De rechtbank kan, indien blijkt dat bij het voorbereidend onderzoek of bij het onderzoek ter terechtzitting vormen zijn verzuimd…'[11] De wetgever koos er echter voor om op dit punt af te wijken van het voorstel van de Commissie-Moons, en enkel vormverzuimen begaan tijdens het voorbereidend onderzoek onder het bereik van artikel 359a Sv te laten vallen.[12] Deze beperking zou volgens de wetgever beter aansluiten 'bij de bestaande systematiek waarin de beoordeling van vormverzuimen ter zitting met uitsluiting van anderen is voorbehouden aan de appel- en cassatierechter, terwijl verzuimen begaan in het voorbereidend onderzoek ook door de rechter in eerste aanleg kunnen worden beoordeeld'.[13] Indien tijdens het onderzoek ter terechtzitting belangrijke voorschriften niet worden nageleefd, vloeit daar immers nietigheid van het onderzoek uit voort en krijgt de verdachte een nieuwe behandeling van zijn zaak. Bovendien merkte de wetgever op dat ook geen behoefte is aan de mogelijkheid voor de zittingsrechter om zijn eigen handelen door middel van de in artikel 359a Sv genoemde rechtsgevolgen te sanctioneren. Immers, 'indien hij [de zittingsrechter] een verzuim begaat, en hij zich dit realiseert, bijvoorbeeld indien hij vergeet een getuige te beëdigen, dan zal hij dit verzuim herstellen'.[14]

Ondanks deze wettelijke beperking in de werkingssfeer van artikel 359a Sv heeft de wetgever er uitdrukkelijk blijk van gegeven de rechter een ruime beoordelingsvrijheid te willen toekennen bij de het beslissen over de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek en de gepaste sanctie die daarop zou moeten volgen. Deze werkingssfeer is door de Hoge Raad evenwel op verschillende punten ingeperkt en aangescherpt. In het standaardarrest uit 2004 oordeelde de Hoge Raad dat artikel 359a Sv, ingevolge de wetsgeschiedenis, slechts van toepassing is op vormverzuimen begaan tijdens het voorbereidend

10 Min of meer gelijktijdig met de invoering van de Wet Vormverzuimen werd ook het nieuwe Antilliaanse Wetboek van Strafvordering herzien, waar eveneens een regeling aangaande de rechterlijke reactie op vormverzuimen werd gecodificeerd (Wet van 1 oktober 1997, weliswaar ingevoerd na de inwerkingtreding van 359a Sv in 1996, maar reeds in 1987 terug te vinden in het regeringsontwerp van het Wetboek van Strafvordering). De Antilliaanse variant van art. 359a Sv (art. 413 ASv) beperkt zich niet enkel tot vormverzuimen begaan tijdens het vooronderzoek, maar omvat ook het onderzoek ter terechtzitting. Zie hierover onder meer de noot van Reijntjes onder *NJ* 2012/438.

11 Corstens 1993, p. 52.

12 Hoewel in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering en aanpassing van art. 359a Sv de wetgever terug lijkt te komen van dit standpunt, zie Memorie van Toelichting Vaststellingswet Boek 4 van het Wetboek van Strafvordering,, p. 88-89.

13 *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, 3, p. 24.

14 *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, 3, p. 24.

onderzoek. Voor de definitie van voorbereidend onderzoek haakt de Hoge Raad aan bij artikel 132 Sv, namelijk het onderzoek dat voorafgaat aan het onderzoek ter terechtzitting. Daar voegt de Hoge Raad echter wel een nadere beperking aan toe:

> '"Het voorbereidend onderzoek" uit art. 359a Sv heeft uitsluitend betrekking op het voorbereidend onderzoek tegen de verdachte ter zake het aan hem tenlastegelegde feit waarover de rechter die in art. 359a Sv wordt bedoeld, heeft te oordelen. Art. 359a Sv is dus niet van toepassing indien het verzuim is begaan buiten het verband van dit voorbereidend onderzoek. Dat doet zich onder meer voor als het vormverzuim is begaan in het voorbereidend onderzoek inzake een ander dan het aan de verdachte tenlastegelegde feit.'[15]

De zittingsrechter kan aldus pas overgaan tot sanctionering van een vormverzuim indien dat vormverzuim is begaan tijdens het opsporingsonderzoek ter zake van het aan de verdachte ten laste gelegde feit. Indien een vormverzuim is begaan tijdens het voorbereidend onderzoek naar een ander strafbaar feit – dat zelfs tegelijk ten laste is gelegd – of tegen een andere persoon dan de verdachte zal dit niet kunnen leiden tot een rechtsgevolg onder artikel 359a Sv.[16] Ter illustratie kan worden gewezen op een arrest uit 2005. De onrechtmatigheid waarover ter zitting werd geklaagd bestond eruit dat politiefunctionarissen onrechtmatig de woning van een derde waren binnengekomen ter executie van een tegen de verdachte gewezen vonnis, waarop de verdachte de functionarissen had beledigd en bedreigd. De Hoge Raad overwoog dat dit vormverzuim – de onrechtmatig binnentreding – niet onder artikel 359a Sv beoordeeld kan worden aangezien het niet was begaan tijdens het vooronderzoek ter zake van het aan de verdachte ten laste gelegde feit.[17] Deze beperking van de werkingssfeer van artikel 359a Sv – die reeds voor het standaardarrest uit 2004 vaste jurisprudentie was – wordt door Buruma de *salaminorm* genoemd: 'De bezwaren tegen het overheidsoptreden in geval van toepassing van de salaminorm [worden] geacht niet in de desbetreffende procedure aan de orde te hoeven komen. Het betwiste optreden wordt als het ware afgesneden van de procedure in het kader waarvan de verdachte terecht staat.'[18]

---

15 *NJ* 2004/376, m.nt. Buruma.

16 Zie bijv. HR 31 mei 2011, *NJ* 2011/412, m.nt Schalken; HR 11 september 2001, m.nt. Buruma; HR 13 februari 2001, *NJ* 2001/365; HR 3 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1063.

17 In 2001 en 2002 had de Hoge Raad al geoordeeld dat voor de niet-ontvankelijkheid slechts ruimte was indien het vormverzuim was begaan ten tijde van het voorbereidend onderzoek naar het aan de verdachte ten laste gelegde feit: HR 13 februari 2001, *NJ* 2001/365, m.nt. Buruma en HR 2 juli 2002, *NJ* 2003/2, m.nt. Knigge; HR 29 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3297, *NJ* 2006/193, m.nt. Buruma; HR 8 juli 2008, *NJ* 2009/440, m.nt. Buruma; zie uitgebreid Kuiper 2014, p. 225-228.

18 Noot Buruma o. *NJ* 2009/440, o. 2.

Met deze inperking beoogt de Hoge Raad de rechterlijke controle op het vooronderzoek te beperken tot dat handelen van opsporingsambtenaren dat rechtstreeks verband houdt met de ten laste gelegde feiten waarover de rechter in die zaak een beslissing dient te nemen. Op zichzelf is deze gedachte begrijpelijk, maar in de praktijk kan zij leiden tot onduidelijke gevallen.[19] Een illustratie hiervan vormt het arrest van de Hoge Raad aangaande een beroep op de niet-ontvankelijkheid van het OM in verband met de buitensporige geweldstoepassing bij de aanhouding van de verdachte. Aan de verdachte werd in eerste aanleg verboden wapenbezit en bedreiging van een opsporingsambtenaar met een misdrijf tegen het leven ten laste gelegd. Het door de politie toegepaste geweld bij de aanhouding van de verdachte was gerelateerd aan het verboden wapenbezit, waarvoor in eerste aanleg al een vrijspraak had gevolgd. In hoger beroep stond aldus slechts de bedreiging van de opsporingsambtenaar ter discussie. In zijn conclusie onder het arrest staat A-G Bleichrodt stil bij de vraag of dit vormverzuim wel begaan is in het kader van het voorbereidend onderzoek ter zake van het ten laste gelegde feit – zijnde de bedreiging van de opsporingsambtenaren. Hij overweegt hiertoe als volgt:

> 'Tegen de toepassing van dit rechtsgevolg zou kunnen worden aangevoerd dat de aanhouding plaatsvond in verband met het onder 2 ten laste gelegde wapenbezit en dus niet in het kader van het voorbereidend onderzoek naar de ten laste gelegde bedreiging waarover het hof had te oordelen. Aldus zou gesteld kunnen worden dat het verzuim zich heeft voorgedaan in het voorbereidend onderzoek naar een ander feit dan het feit waarvoor de verdachte in hoger beroep terecht stond en dat daarop het beroep op art. 359a Sv afketst. In de onderhavige zaak doet zich echter de bijzondere omstandigheid voor dat het hof heeft aangenomen dat sprake is van een rechtstreeks verband tussen de ten laste gelegde bedreiging en het voorbereidend onderzoek waarin de onrechtmatige aanhouding heeft plaatsgevonden.
> (…)
> het hof [heeft] vastgesteld dat hetgeen de verdachte in deze zaak verweten wordt, te weten de bedreiging van een verbalisant, een direct gevolg is geweest van de manier waarop de verdachte door de politie is aangehouden. Het hof heeft zelfs aangenomen dat het door de politie toegepaste buitensporige geweld en het daardoor ontstane letsel bij de verdachte een dusdanige psychische toestand teweeg heeft gebracht dat hij daarna, ten tijde van de geuite bedreigingen, onderhevig is geweest aan een drang waaraan hij redelijkerwijs geen weerstand kon bieden. In het licht van deze vaststellingen is het oordeel van het hof dat niet aannemelijk is geworden dat (doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte) aan het recht op een eerlijke behandeling van de zaak tekort is gedaan niet zonder meer begrijpelijk. Uit de rechtspraak van het Straatsburgse Hof volgt dat de vervolging wegens een strafbaar feit dat op instigatie van de politie heeft

19 Zie voor nadere kritiek: Buruma onder *NJ* 2002/218.

> plaatsgevonden in het licht van het recht op een eerlijk proces als bedoeld in art. 6, eerste lid, EVRM problematisch is.'[20]

Bleichrodt betoogt – evenals het hof – dat artikel 359a Sv hier van toepassing is omdat deze casus parallellen vertoont met een situatie waarin de verboden gedraging van verdachte wordt uitgelokt door opsporingsambtenaren,[21] waardoor als het ware de ten laste gelegde bedreiging door de politie is uitgelokt. De Hoge Raad gaat echter niet mee met deze redenering, maar geeft er in zijn overweging wel blijk van dat artikel 359a Sv in beginsel van toepassing is op deze casus.[22]

Ook Kuiper erkent dat er in de praktijk grensgevallen zijn waarin de Hoge Raad de *salaminorm* niet altijd even strikt toepast. Hij stelt dat de Hoge Raad in 'gevallen waarin door de vormfout op verdachtes rechten inbreuk is gemaakt, de salami-regel niet steeds op een te technisch juridische wijze moet worden benaderd'.[23] Als voorbeeld wijst hij op een arrest betreffende de onrechtmatige aanhouding van een verdachte op basis van een vermoeden van schuld aan overtreding van de Opiumwet, waarna bleek dat verdachte tot ongewenst vreemdeling was verklaard. De Hoge Raad casseerde het arrest van het hof waarin het had geoordeeld dat de onrechtmatige aanhouding 'geen invloed [had, *MS*] op het bewijsmateriaal met betrekking tot het onder 2 [van artikel 197 Sr, *MS*] aan verdachte tenlastegelegde'.[24] Het afwijken van de salaminorm ter bescherming van rechten wordt in de praktijk echter niet altijd even consistent toegepast. In een zaak betreffende een onrechtmatige aanhouding die was geschied op grond van verdenking van diefstal met geweld, maar uiteindelijk had geresulteerd in de vondst van hennep en MDMA en daarmee een vervolging ter zake van de overtreding van de Opiumwet, oordeelde de Hoge Raad dat de 'onrechtmatige aanhouding niet heeft plaatsgevonden in het kader van het voorbereidend onderzoek van het in deze zaak tenlastegelegde opzettelijk handelen in strijd met het in art. 3 onder C en het in art. 2 onder C Opiumwet gegeven verbod'.[25] Daarmee kon het vormverzuim aldus niet onder het bereik van artikel 359a Sv worden gebracht.[26] Zoals gezegd wordt in andere situaties minder strikt vastgehouden aan deze beperking. Zo leidde de onrechtmatige lijfsvisitatie (op grond van de controlebevoegdheid gegeven in de Douanewet) wel tot uitsluiting van de daarmee verkregen drugs.[27]

---

20 Conclusie A-G Bleichrodt, ECLI:NL:PHR:2016:9, o. 9 en 21.
21 EHRM 9 juni 1998, *NJ* 2001/471, m.nt. Knigge (*Teixeira de Castro/Portugal*).
22 HR 5 januari 2016, *NJ* 2016/153, m.nt. Vellinga-Schootstra, *r.o.* 2.4.4.
23 Kuiper 2014, p. 227.
24 HR 18 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:638.
25 HR 8 november 2016, *NJ* 2016/481.
26 Zie hierover ook de noot van Keulen onder HR 2 december 2014, *NJ* 2015/87.
27 HR 29 mei 2007, *NJ* 2008/14, m.nt. Reijntjes.

Strikt genomen zou de beperking van de reikwijdte van artikel 359a Sv tot vormfouten begaan in het voorbereidend onderzoek ter zake van het aan de verdachte ten laste gelegde strafbare feit immers meebrengen dat de uitoefening van controlebevoegdheden (door politie of andere overheidsinstanties) in beginsel niet onder deze bepaling valt. Kuiper stelt hierover het volgende:

> 'Bij de uitoefening van controlebevoegdheden gaat het immers niet om uitoefening van strafvorderlijke bevoegdheden in een onderzoek onder verantwoordelijkheid van politie of OM. In de gevallen waarin het wel gaat om de uitoefening van strafvorderlijke bevoegdheden, stuit een beroep op art. 359a Sv er soms op af dat het niet gaat om het voorbereidend onderzoek, zoals gedefinieerd in art. 132 Sv of dat het niet gaat om voorbereidend onderzoek in de aan de rechter ter beoordeling voorliggende zaak.'[28]

In de jurisprudentie worden de nodige uitzonderingen gemaakt op deze beperking, waarbij sommige auteurs spreken van een minder formele en een meer pragmatisch ingekleurde benadering.[29] Harteveld stelt in dit kader dat een kenmerk van deze pragmatische inkleuring is dat pas 'achteraf vastgesteld kan worden hoe sterk de band met het voorbereidend onderzoek in de strafzaak is geweest. Het beginpunt van de opsporing is dus meer een kwestie van terugblikken dan van vooruitzien.'[30] Hierbij wordt in het bijzonder gewicht toegekend aan de vraag of het onderzoek onder verantwoordelijkheid van de politie of het OM heeft plaatsgevonden.[31] In zijn jurisprudentie expliciteert de Hoge Raad echter niet altijd dat de beoordeling van het handelen plaatsvindt in het kader van artikel 359a Sv. Zo beoordeelde de Hoge Raad in twee recente arresten de uitoefening van controlebevoegdheden op basis van de WVW weliswaar aan de hand van het toetsingskader van artikel 359a Sv, maar sprak zich niet expliciet uit over of deze bepaling ook daadwerkelijk van toepassing was op dat handelen.[32] In zijn conclusie onder het arrest de dynamische verkeerscontrole merkt Harteveld hierover op dat ongeacht of dit vormverzuim onder het bereik van artikel 359a Sv dient te vallen, voor de beoordeling van de vraag naar enig rechtsgevolg moet worden verbonden aan dergelijke vormverzuimen, aansluiting kan worden gezocht bij het toetsingskader van deze bepaling.[33] Ook Bleichrodt is eenzelfde oordeel toegedaan en pleit voor een 'zekere reflexwerking van artikel 359a Sv':

---

28 Kuiper 2014, p. 222-223.
29 Kuiper 2014, p. 223; zie conclusie Harteveld bij ECLI:NL:PHR:2016:460.
30 Conclusie Harteveld bij ECLI:NL:PHR:2016:460, o. 5.4; verwijzend naar HR 13 oktober 2012, *NJ* 2013/413, m.nt. Borgers.
31 Conclusie Harteveld onder ECLI:NL:PHR:2016:460, o. 5.4; Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, p. 866-867; Kuiper 2014, p. 224.
32 HR 1 november 2016, *NJ* 2017/84 m.nt. Keulen (*Dynamische verkeerscontrole)*; HR 9 oktober 2018, *NJ* 2019/24, m.nt. Reijntjes (*Moelander*).
33 Conclusie AG Harteveld onder *NJ* 2017/84 m.nt. B.F. Keulen, o. 5.9.

> 'Er is naar mijn mening veel voor te zeggen in die – bijzondere – gevallen waarin de rechter van oordeel is dat ambtenaren die zowel controlebevoegdheden kunnen uitoefenen als belast zijn met de opsporing van strafbare feiten doelbewust, met het oog op het buiten toepassing blijven van strafvorderlijke waarborgen, geen opsporingsbevoegdheden maar controlebevoegdheden hebben aangewend, aansluiting te zoeken bij het beslissingsschema van art. 359a Sv. In dat geval zal zich immers in de regel de situatie voordoen dat een onderzoekshandeling in formele zin niet tot het voorbereidend onderzoek in de zin van art. 132 Sv wordt gerekend alleen omdat de werkelijke aard van de onderzoekshandelingen is verhuld.'[34]

Deze pragmatische benadering van de Hoge Raad zorgt in de jurisprudentie echter ook voor de nodige onduidelijkheid. Zo oordeelde het Hof Amsterdam dat de verklaring van de verdachte ten overstaan van de douaneambtenaar niet uitgesloten hoefde te worden van het bewijs nu er geen cautie was verleend, aangezien het hier geen verhoorsituatie betrof maar de betreffende vragen werden gesteld in het kader van een controle op basis van de Algemene douanewet. De Hoge Raad casseerde met een verwijzing naar eerdere jurisprudentie inhoudende dat ook bij het aanwenden van controlebevoegdheden door opsporingsambtenaren tegenover een verdachte de aan deze als zodanig toekomende waarborgen in acht dienen te worden genomen.[35] Crijns merkt in zijn noot bij dit arrest op dat hoewel dit oordeel van de Hoge Raad geen verbazing wekt gezien de uitgezette jurisprudentiële lijn, deze casus wel te denken geeft over het grensvlak van controle en opsporing:

> '[H]et feit dat het hof in deze toch tamelijk overzichtelijke casus tot een diametraal ander oordeel kwam, [laat] zien dat het diffuse grensvlak tussen controle en opsporing tot op de dag van vandaag voor de nodige onduidelijkheid blijft zorgen. En wanneer zelfs hogere rechters achteraf oordelend de kluwen slechts met de nodige moeite kunnen ontwarren, rijst de vraag in hoeverre het onderscheid tussen controle en opsporing in de praktijk van alledag daadwerkelijke normerende werking toekomt.'[36]

Een ander heikel punt dat voortvloeit uit deze beperking ziet niet zozeer op de jurisprudentiële aanscherping, als wel de keuze van de wetgever om artikel 359a Sv van toepassing te laten zijn op het voorbereidend onderzoek. De aansluiting die de Hoge Raad heeft gezocht bij artikel 132 Sv brengt impliciet mee dat artikel 359a Sv niet langer van toepassing is wanneer het onderzoek ter terechtzitting wordt geopend. Daarmee eindigt immers het voorbereidend onderzoek (art. 270 Sv). In de praktijk kunnen zich gevallen voordoen die de vraag doen rijzen of artikel 359a Sv van toepassing is of dient te zijn, te denken

34 Conclusie Bleichrodt onder HR 22 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:967.
35 HR 20 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:247, *r.o.* 3.3 met een verwijzing naar HR 1 november 2016, *NJ* 2017/84.
36 Noot Crijns onder HR 20 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:247, SR-Updates 2018-0101.

valt aan het parallelle opsporingsonderzoek. Een dergelijke situatie deed zich voor bij het passageproces voor de Rechtbank Amsterdam. De verdediging had zich op het standpunt gesteld dat gedurende het opsporingsonderzoek vormverzuimen waren begaan die onder de werkingssfeer van artikel 359a Sv vallen. De officier van justitie stelde echter dat de eventuele normschendingen zich niet gedurende het voorbereidend onderzoek hadden afgespeeld omdat dat het onderzoek ter terechtzitting op dat moment reeds was geopend – er was sprake van zogenoemde parallelle opsporing –, daarmee vielen de vormverzuimen buiten het bereik van artikel 359a Sv. De rechtbank oordeelde als volgt:

> 'Naar het oordeel van de rechtbank heeft de Hoge Raad, waar hij de werking van artikel 359a Sv strikt beperkt tot het voorbereidend onderzoek, niet het oog gehad op voortgezet opsporingsonderzoek dat onder verantwoordelijkheid van de officier van justitie wordt uitgevoerd, parallel aan het onderzoek ter terechtzitting doch niet als direct uitvloeisel daarvan en niet in opdracht van een rechterlijke autoriteit (verder: parallel opsporingsonderzoek). Parallel opsporingsonderzoek kan naar het oordeel van de rechtbank, op gelijke wijze als het vooronderzoek, worden getoetst op de voet van artikel 359a Sv. Het gaat daarbij immers om onderzoekshandelingen die materieel kunnen worden gelijkgesteld met onderzoekshandelingen in verband van het voorbereidend onderzoek.'[37]

Het belang en met name de hardheid van deze beperking wordt door Keulen en Knigge sterk in twijfel getrokken. Zo wijzen zij er op dat ook schendingen van zittingsvoorschriften kunnen leiden tot bewijsuitsluiting, te denken valt aan een verklaring van de verdachte ter terechtzitting zonder dat hij voorafgaand aan die verklaring op zijn zwijgrecht is gewezen.[38] Ook zij wijzen in dit kader op de parallelle opsporing, en tevens op het onderzoek door opsporingsambtenaren na het eerste aanleg en onderzoek dat in opdracht van de zittingsrechter door de rechter-commissaris wordt verricht: 'Betoogd zou kunnen worden dat het hier om voorbereidend onderzoek gaat. Ook dit onderzoek bereidt immers een volgend onderzoek ter terechtzitting voor. Maar ook als daar anders over gedacht wordt, behoort dat voor de uitsluiting voor het bewijs van onrechtmatig verkregen materiaal geen verschil te maken.'[39] Bovendien staat de Hoge Raad ook zelf toe dat vormverzuimen die strikt gezien niet onder artikel 359a Sv vallen toch tot dezelfde rechtsgevolgen kunnen leiden:

> 'Dat een in een andere zaak opgeslagen dactyloscopisch profiel vernietigd had moeten zijn, levert geen vormverzuim op dat is begaan in het kader van het voorbereidend onderzoek als bedoeld in art. 359a Sv. Een dergelijk buiten het kader

37 Rb. Amsterdam 29 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA4041.
38 Keulen & Knigge 2016, p. 552.
39 Keulen & Knigge 2016, p. 552.

van art. 359a Sv vallend vormverzuim kan slechts tot bewijsuitsluiting leiden in uitzonderlijke gevallen, en wel indien door het vormverzuim in de aanhangige strafprocedure een belangrijk strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel in zodanig aanzienlijke mate is geschonden dat de uitkomst van het onderzoek naar de op de plaats van het delict aangetroffen vingerafdruk van het bewijs zou moeten worden uitgesloten.'[40]

De analoge toepassing van het beoordelingskader van artikel 359a Sv vindt tevens ook plaats op andere typen normen (of procedures). Te denken valt bijvoorbeeld aan ontnemingszaken,[41] opsporing door burgers,[42] onrechtmatig overheidshandelen dat niet valt onder het gezag van het OM,[43] en de reeds hierboven genoemde situatie van onrechtmatig handelen in het kader van de toezichthoudende taak van de politie.[44] Tot slot geldt ten aanzien van bepaalde rechten – zoals artikel 3 EVRM – dat het er niet toe doet in welke zaak de schending is begaan aangezien het daarvoor verkregen bewijs altijd zal moeten worden uitgesloten.[45]

6.2.1.2 Onherstelbaar verzuim

In de aanhef van artikel 359a Sv wordt tot uitdrukking gebracht dat de rechter zoveel mogelijk dient te streven naar het herstellen van vormverzuimen. Indien het vormverzuim hersteld kan worden, is artikel 359a Sv niet van toepassing, er is dan immers geen noodzaak meer om te reageren op het vormverzuim. Pas wanneer herstel niet mogelijk is, dient de rechter aan de hand van de in het artikel genoemde factoren te beslissen welk rechtsgevolg verbonden kan worden aan het vormverzuim. Dat herstel de voorkeur geniet boven sanctionering van vormverzuimen vloeit daarnaast ook voort uit de terughoudende rechterlijke sanctionering die de wetgever bij de invoering van dit artikel voor ogen had en de rangschikking die hij in dat licht aanbracht in de verschillende rechtsgevolgen die aan een vormverzuim kunnen worden verbonden, waarbij de lichtere sanctie telkens de voorkeur geniet boven een (relatief) zwaardere sanctie. De wetgever geeft hiermee te kennen dat zoveel mogelijk gestreefd

---

40 HR 29 januari 2013, *NJ* 2013/414, m.nt. Borgers.

41 HR 9 december 2003, *NJ* 2004/199, m.nt. Buruma; HR 26 april 2011, *NJ* 2011/201; HR 11 januari 2011, *NJ* 2012/297, m.nt. Borgers.

42 HR 1 juni 1999, *NJB* 1999, p. 1167; HR 14 november 2006, *NJ* 2007/179, m.nt. Buruma; Kuiper 2014, p. 232-233; zie uitgebreid Moerman 2016, p. 253-256.

43 HR 27 september 2011, *NJ* 2011/557, m.nt. Schalken; HR 5 september 2006, *NJ* 2007/336, m.nt. Schalken; HR 15 november 2011, *NJ* 2012/36, m.nt. Schalken.

44 *NJ* 2017/84; zie voor andere voorbeelden waarin de Hoge Raad ondanks dat 359a Sv niet van toepassing is, toch overgaat tot controle – en in sommige gevallen zelfs – sanctionering van het vormverzuim: Kuiper 2014, p. 230-239.

45 Zie de rechtspraak van het EHRM in dit kader in onder meer EHRM 11 juli 2006, nr. 54810/00 (*Jalloh/Duitsland*), *NJ* 2007/226, m.nt. Schalken; EHRM 1 juni 2010, nr. 22978/05 (*Gäfgen/Duitsland*).

moet worden naar de minst ingrijpende reactie op geconstateerde vormverzuimen. Ondanks het grote belang van het uitgangspunt dat herstel van vormverzuimen voorop dient te staan, ontbreekt in de wet – en de daarbij behorende memorie van toelichting – een duidelijke omschrijving van wat onder herstel moet worden verstaan en welke vormverzuimen voor herstel in aanmerking komen. De memorie van toelichting noemt slechts een tweetal voorbeelden dat zij ontleent aan het rapport van de Commissie-Moons:

> 'Indien bijvoorbeeld blijkt dat een stuk niet rechtsgeldig is betekend of een getuige of deskundige niet is beëdigd, en deze verzuimen nog hersteld kunnen worden, dan dient de rechter hiertoe over te gaan in plaats van het verzuim te sanctioneren.'[46]

Opvallend hierbij is dat deze twee voorbeelden niet zien op de situaties die vallen onder artikel 359a Sv, ze gaan immers over vormverzuimen tijdens het onderzoek ter terechtzitting en zijn aldus terug te voeren op het wetsvoorstel van de Commissie-Moons dat een breder bereik toerekende aan artikel 359a Sv waardoor dit artikel ook betrekking had op het onderzoek ter terechtzitting. Ook het OM gaat in zijn advies op dit wetsvoorstel uit van een beperkter herstelbegrip:

> 'In vele gevallen zal een vormfout in het voorbereidend onderzoek daarna kunnen worden hersteld op initiatief van of door het OM. Merkt het OM een herstelbare vormfout niet op, of neemt het OM om andere redenen geen initiatief tot herstel, dan zal zo een nalaten aan het OM kunnen worden aangerekend.'[47]

Het gaat er hierbij aldus om dat vormfouten worden hersteld door het OM *alvorens* de zaak zich aandient bij de zittingsrechter. De wetgever heeft echter niet geëxpliciteerd wat precies onder herstel dient te worden verstaan, en ook elders in het Wetboek van Strafvordering wordt onvoldoende duidelijk op welke wijze invulling dient te worden gegeven aan dit herstelconcept.[48] Een nadere invulling van dit concept is aldus overgelaten aan de rechter. In de jurisprudentie aangaande herstel komt tot uitdrukking dat de te verbinden rechtsgevolgen aan vormverzuimen begaan tijdens het vooronderzoek (of het onderzoek ter terechtzitting), afhankelijk zijn van de vraag of het vormverzuim hersteld kan worden.[49] De vraag of een vormverzuim voor herstel in aanmerking komt, levert in de meeste gevallen geen problemen op. Doorgaans liggen de in de rechtspraak van de Hoge Raad voor herstel vatbare vormverzuimen in het verlengde van de tamelijk eenvoudige voorbeelden die de wetgever

46 Corstens 1993, p. 25.
47 Van Ruth, Gunther Moor & Stal 1994, p. 18.
48 Zie hierover uitgebreid Samadi 2017.
49 HR 4 februari 1997, *NJ* 1997/308, m.nt. Schalken, zie in het bijzonder de conclusie van AG Van Dorst; HR 22 oktober 1991, *NJ* 1992/217, m.nt. Van Veen.

in de memorie van toelichting heeft genoemd. Zo oordeelde de Hoge Raad in een zaak waarin het bevel tot inverzekeringstelling van de verdachte – in afwijking van artikel 59 lid 2 – geen omschrijving bevatte van het feit waarvan hij werd verdacht, dat het hier weliswaar een belangrijke strafvorderlijke norm betreft maar het vormverzuim niettemin hersteld was omdat aan verdachte ongeveer een uur later een nieuw afschrift van het bevel werd uitgereikt waarop wel een dergelijke omschrijving stond.[50] Kuiper stelt in dit verband terecht dat 'vormfouten in het voorbereidend onderzoek in veel gevallen niet herstelbaar [zijn]. Inbreuken op grondrechten, zoals de inbreuk op de privacy die een onrechtmatige doorzoeking meebrengt, laten zich achteraf niet ongedaan maken.'[51] Wanneer bijvoorbeeld zonder een machtiging een doorzoeking in een woning is gedaan, is dit vormverzuim niet meer te herstellen, ook niet wanneer achteraf – bijvoorbeeld ter zitting – wordt vastgesteld dat een machtiging wel was verleend indien daarom was verzocht. Deze vraag komt in de jurisprudentie van de Hoge Raad namelijk pas aan de orde bij de beoordeling van de factor de ernst van het vormverzuim (artikel 359a lid 2).[52] Dit type inbreuken kan aldus hoogstens gecompenseerd worden. Herstel in de jurisprudentie van de Hoge Raad betreft dan ook vaak andere type normen. Een eenvoudig voorbeeld van herstel deed zich bijvoorbeeld voor in *NJ* 2001/536, waar de Hoge Raad oordeelde dat het verzuim om verdachte schriftelijk in kennis te stellen van de uitslag van het DNA-onderzoek van het van hem afgenomen celmateriaal (art. 195a lid 3) niet hoeft te leiden tot een rechtsgevolg, aangezien een dergelijk verzuim eenvoudig kan worden hersteld door hem alsnog schriftelijk in kennis te stellen van deze uitslag.[53] In zijn standaardarrest uit 2004 heeft de Hoge Raad de prioriteit van het herstellen van vormverzuimen nader aangescherpt:

> 'Voorts heeft art. 359a Sv *uitsluitend* betrekking op onherstelbare vormverzuimen. Ingeval het vormverzuim is hersteld of alsnog *kan* worden hersteld, is deze bepaling niet van toepassing. Blijkens de hiervoor aangehaalde Memorie van Toelichting moet de rechter zoveel mogelijk naar zulk herstel van het verzuim streven.'[54] [cursivering: *MS*]

50 HR 27 oktober 1995, *NJ* 1996/638, m.nt. Groenhuijsen.

51 Kuiper 2014, p. 210; zie in dezelfde zin ook Keulen & Knigge 2016, p. 536: 'Art. 359a lid 1 Sv maakt duidelijk dat het herstel van (de gevolgen van) het onrechtmatig handelen de voorkeur van de wetgever heeft. De mogelijkheid daartoe doet zich evenwel sporadisch voor.'

52 *NJ* 2013/308, m.nt. Keulen, *r.o.* 2.7.4.

53 HR 3 juli 2001, *NJ* 2001/536.

54 *NJ* 2004/376, m.nt. Buruma, *r.o.* 3.4.3.

Hiermee dwingt de Hoge Raad de rechter na te gaan of het vormverzuim dat ter beoordeling ligt, hersteld *kan* worden.[55] Het gaat aldus niet meer om vormverzuimen die reeds hersteld zijn of nog door de rechter hersteld kunnen worden. Deze extensieve interpretatie van *herstel* in het kader van artikel 359a Sv wordt door Kuiper geplaatst in de centrale plaats die de bescherming van de subjectieve rechten van de verdachte krijgt bij de sanctionering van vormverzuimen:

> 'In de huidige rechtspraak lijkt een interpretatie van herstel te domineren, waarin het voorkomen van eventuele nadelige gevolgen van het verzuim voor de verdachte centraal staat. Dat voor toepassing van art. 359a Sv in beginsel geen plaats is wanneer een vormverzuim hersteld of herstelbaar is, past bij concentratie op de belangen van de individuele verdachte.'[56]

Dit verklaart volgens Kuiper waarom de Hoge Raad niet (of nauwelijks) bereid is om vormverzuimen die op zichzelf ernstig zijn maar niet raken aan het recht op een eerlijk proces van de verdachte, toch binnen het bereik van artikel 359a Sv te plaatsen. Deze gedachte wordt ook onderstreept door advocaat-generaal Aben die stelt dat het uitgangspunt van artikel 359a Sv is dat vormverzuimen zoveel mogelijk worden hersteld, 'pas indien herstel niet mogelijk is en evenmin met de constatering van het verzuim kan worden volstaan, [dient aan het vormverzuim] enig rechtsgevolg te worden verbonden. Kortom, reparatie gaat voor compensatie.'[57] Ter illustratie kan worden gewezen op onbehoorlijk handelen van de opsporing dat eruit bestaat dat processen-verbaal niet zijn toegevoegd aan het strafdossier[58] of valselijk opgemaakte processen-verbaal door opsporingsambtenaren.[59] De wijze waarop de Hoge Raad herstel van dit type vormverzuimen interpreteert levert in de literatuur de nodige discussie op.[60] Zo oordeelde de Hoge Raad in een zaak aangaande het valselijk opmaken van processen-verbaal dat:

---

55 De door de Hoge Raad gekozen formulering wijst erop dat het vormverzuim niet per definitie hersteld hoeft te zijn, de mogelijkheid van herstel lijkt afdoende om het vormverzuim uit het 359a-kader te houden, zie verder Kuiper 2014, p. 209.

56 Kuiper 2014, p. 209.

57 Conclusie Aben onder *NJ* 2014/190.

58 HR 1 juli 2003, *NJ* 2003/695, m.nt. Mevis.

59 HR 29 november 2011, *NJ* 2012/146, m.nt. Borgers; HR 5 januari 2016, *NJ* 2016/153, m.nt. Vellinga-Schootstra.

60 Zie uitgebreid over dit type verzuimen De Graaf & Kesteloo 2016; het problematische karakter blijkt tevens uit het feit dat de feitenrechter meer moeite heeft met het 'herstellen' van deze vormverzuimen, zie bijvoorbeeld: Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7633 (het aanpassen van het proces-verbaal om de juiste gang van zaken te maskeren) en de lange geschiedenis van deze zaak in Rb. Noord-Holland 29 november 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:9792 (onjuist uitwerken van tapgesprekken).

> 'In zijn hiervoor onder 2.2.2 en 2.3.2 weergegeven overwegingen heeft het Hof als zijn oordeel tot uitdrukking gebracht dat de omstandigheid dat de opsporingsambtenaren verbalisanten 1 en 2 in hun proces-verbaal van bevindingen in strijd met de waarheid hebben gerelateerd dat uit een buurtonderzoek is gebleken dat de door de verdachte gebruikte auto verband hield met de in het bosperceel aangetroffen hennepkwekerij, niet een vormverzuim oplevert dat van dien aard is dat het moet leiden tot de vergaande sanctie van niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in de vervolging. Daarbij heeft het Hof in aanmerking genomen dat de verdachte, mede in het licht van de door genoemde opsporingsambtenaren gegeven verklaring voor hun relaas, door het verzuim niet ernstig in zijn verdedigingsbelangen is geschaad.
>
> Tegen de achtergrond van hetgeen hiervoor is vooropgesteld, getuigt 's Hofs oordeel niet van een onjuiste rechtsopvatting. Dat oordeel is toereikend gemotiveerd, in aanmerking genomen dat in hoger beroep door of namens de verdachte niet is aangevoerd dat en in hoeverre door voormeld handelen is tekortgedaan aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak.'[61]

Kortom, zolang niet is aangetoond dat door het valselijk opmaken van de processen-verbaal de verdachte in zijn recht op een eerlijk proces is aangetast, acht de Hoge Raad het vormverzuim hersteld indien uiteindelijk de waarheid boven tafel komt. Ter verklaring stelt Borgers in zijn annotatie onder *NJ* 2012/146 als volgt:

> 'De steller van het middel tracht de aandacht te verleggen van het recht van de verdachte op een eerlijk proces naar de integriteit van de opsporing. Betoogd wordt dat vertrouwen in de juistheid en de volledigheid van het procesdossier van eminent belang is, juist in een strafprocesrechtelijk model waarin de nadruk sterk ligt op dat dossier. Dat vertrouwen zou, wat er verder ook zij van het waarheidsgehalte van de overige processtukken, door de gang van zaken omtrent het proces-verbaal van bevindingen onherstelbaar zijn aangetast en daarin zou de grond voor niet-ontvankelijkheid moeten worden gevonden. In het licht van de geldende rechtspraak is dit betoog bepaald een long shot. De grond voor niet-ontvankelijkheid kan immers, zo blijkt duidelijk uit de rechtspraak van de Hoge Raad, niet uitsluitend worden gevonden in de laakbaarheid van het optreden van politie of justitie.'[62]

Hoewel de focus van de Hoge Raad op de subjectieve rechten van de verdachte thans veel sterker aanwezig is dan in de oudere jurisprudentie van de Hoge Raad, kwam een dergelijke gedachte ook al tot uitdrukking in de rechtspraak en literatuur voor de invoering van artikel 359a Sv. Zo blijkt uit de annotatie van Schalken onder *NJ* 1994/143. In casu werd geklaagd over de onbevoegd-

---

61 HR 29 november 2011, *NJ* 2012/146, m.nt. Borgers.

62 *NJ* 2012/146, m.nt. Borgers o. 3; verwijzend naar HR 29 juni 2010, *NJ* 2010/441; HR 29 juni 2010, *NJ* 2010/442 m.nt. Schalken; HR 18 januari 2011, *NJ* 2011/141 m.nt. Schalken.

heid van de officier van justitie om na het aantekenen van hoger beroep de recherche de opdracht te geven tot het verrichten van nader opsporingsonderzoek:

> 'onbevoegdheid van de officier van justitie leidt niet automatisch tot onbruikbaarheid van het proces-verbaal. Deze zienswijze vloeit voort uit de gedifferentieerde opvatting over de bewijsuitsluitingsregel (…). In dit geval stond billijking achteraf eraan in de weg dat aan het verzuim fatale rechtsgevolgen werden verbonden.
>
> Deze gedachtengang [sic.] vertoont verwantschap met de filosofie over het herstel van vormverzuimen. Afstraffing van gebreken in de procedure is nooit een doel in zichzelf. Waar begane misslagen zonder schade aan de integriteit van de strafrechtspleging vereffend kunnen worden, heeft dat de voorkeur. Dat is ook het uitgangspunt geweest van de Commissie Moons in haar rapport Recht in vorm, Arnhem 1993, p. 53. Reparatie gaat boven sanctionering. Bij autorisatie achteraf berust de reparatie op een gefingeerde toerekening: de bedoeling goed te keuren wat verkeerd ging, wordt in de uiterlijke gedraging (i.c. voeging in het dossier) "ingelezen".'[63]

Schalken voegt daar echter wel het volgende aan toe:

> 'De Hoge Raad zegt immers niet dat de officier van justitie onbevoegd was, maar dat de verdachte op een mogelijke onbevoegdheid geen beroep toekomt. Daarmee is de vraag wat de Hoge Raad zou beslissen als de verdachte dat beroep wel toekomt, nog onbeantwoord. In dat geval lijkt onbruikbaarheid onvermijdelijk. Het bij een strafvorderlijke bevoegdheid ontbreken van een wettelijke grondslag is iets anders dan een technisch mankement dat bij de uitoefening van een wel aanwezige bevoegdheid optreedt. Wat niet had mogen plaatsvinden, kan niet worden hersteld. Het is niet duidelijk of de Hoge Raad thans reeds deze regel zo strikt hanteert: HR 17 jan. 1984, *NJ* 1984, 405, m.nt. ThWvV en conclusie Leijten (billijking achteraf van optreden undercover agent) en HR 7 juni 1988, *NJ* 1988, 987, m.nt. Sch (billijking achteraf van Nederlandse opsporingsambtenaren op vreemd grondgebied).'[64]

Aldus was ook binnen de rechtsopvatting waarin een terughoudende sanctionering van onrechtmatig opsporingsoptreden geboden is, en deze met name dient ter bescherming van de subjectieve rechten van de verdachte, nog wel ruimte voor het corrigeren van onrechtmatig gedrag wanneer de integriteit van het overheidsapparaat in geding was.[65] Deze ruimte lijkt in de huidige jurisprudentie van de Hoge Raad te zijn verdwenen. De huidige jurisprudentiële lijn van de Hoge Raad staat een ruimhartige interpretatie van herstel voor met betrekking tot dit type verzuimen. Hierbij overweegt de Hoge Raad in de regel

63 HR 25 mei 1993, *NJ* 1994/143, m.nt. Schalken.
64 *NJ* 1994/143, m.nt. Schalken.
65 Zie Buruma 1997, p. 616-617.

dat indien het vormverzuim tijdens het onderzoek ter terechtzitting aan het licht komt, de mogelijkheid tot herstel alsnog bestaat waardoor het vormverzuim buiten het kader van artikel 359a Sv kan worden gehouden.[66] Herstel kan in dergelijke gevallen bestaan uit diverse handelingen, zoals het laten opmaken van een aanvullend (herstel)proces-verbaal,[67] de mogelijkheid voor de verdediging (en de rechter) om de informatie in het proces-verbaal later alsnog te toetsen,[68] het horen van de verbalisant,[69] of het niet gebruiken van het bewijsmateriaal.[70] Zo oordeelde de Hoge Raad in *NJ* 2014/109 dat het onjuist verbaliseren en misleidend weergeven van getuigenverklaringen door de politie niet hoeft te leiden tot de niet-ontvankelijkheid van het OM aangezien niet 'aannemelijk is dat daardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte tekort is gedaan aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak'. Hierbij nam de Hoge Raad in aanmerking dat 'de verdediging door de beschikbaarheid van geluidsopnamen van de verhoren op de onjuiste weergave heeft kunnen wijzen en (…) het verzuim is *hersteld* doordat de Advocaat-Generaal bij het Hof een aanvullend proces-verbaal heeft doen opmaken waarin een juiste weergave van de verklaring van de getuige is gerelateerd' [cursivering *MS*].[71]

Kuiper relativeert het belang van deze jurisprudentie door te wijzen op de zeer beperkte categorie vormverzuimen die vatbaar zijn voor herstel, immers 'vormfouten in het voorbereidend onderzoek zijn in veel gevallen niet herstelbaar. Inbreuken op grondrechten, zoals de inbreuk op de privacy die een onrechtmatige doorzoeking meebrengt, laten zich achteraf niet ongedaan maken'.[72] Toch kan worden gezegd dat de jurisprudentie van de Hoge Raad ten aanzien van herstel van vormverzuimen wel voor verwarring zorgt, aangezien er niet altijd duidelijkheid bestaat ten aanzien van de vraag waar de grenzen van herstel liggen. De Hoge Raad gaat er in zijn rechtspraak vanuit dat zodra het nadeel voor de verdachte in zijn procesrechten is weggenomen door het bieden van openheid achteraf het vormverzuim hersteld geacht dient te zijn.[73] Dit standpunt gaat voorbij aan het gegeven dat van daadwerkelijk herstel – in die zin dat de negatieve gevolgen van de normschending zijn hersteld – geen sprake is aangezien er wel degelijk sprake is van nadeel. In bovengenoemde zaken kan immers goed beargumenteerd worden dat welis-

66 Uitzondering op deze regel is HR 4 februari 1997, *NJ* 1997/308, m.nt. Schalken.
67 HR 18 maart 2014, *NJ* 2014/190; HR 1 juli 2003, *NJ* 2003/695, m.nt. Mevis.
68 *NJ* 2014/190; HR 5 januari 2016, *NJ* 2016/153, m.nt. Vellinga-Schootstra.
69 HR 29 november 2011, *NJ* 2012/146, m.nt. Borgers.
70 *NJ* 2014/190.
71 *NJ* 2014/190, *r.o.* 2.6.
72 Kuiper 2014, p. 210; zie in dezelfde zin ook Keulen & Knigge 2016, p. 536: 'Art. 359a lid 1 Sv maakt duidelijk dat het herstel van (de gevolgen van) het onrechtmatig handelen de voorkeur van de wetgever heeft. De mogelijkheid daartoe doet zich evenwel sporadisch voor.'
73 De Graaf & Kesteloo 2016, p. 260.

waar een het vormverzuim is 'hersteld' – in die zin dat het juiste procesverbaal uiteindelijk boven tafel is gekomen – maar niet dat dit verzuim geen effecten heeft gesorteerd in het strafproces. Bijvoorbeeld omdat door de onrechtmatigheid het vertrouwen in het integer functioneren van de strafvorderlijke overheid is geschaad. Dit is echter geen relevant nadeel voor de *sanctionering* van het vormverzuim aangezien het niet direct raakt aan het belang van de verdachte.

6.2.1.3 Stelplicht

Een ander obstakel voor de toepassing van artikel 359a Sv, in het bijzonder de daarin opgenomen sancties, is de door de Hoge Raad gecreëerde stelplicht voor de verdediging die aanvoert dat er onregelmatigheden hebben plaatsgevonden in het vooronderzoek. Zoals gezegd biedt de wet in beginsel voldoende ruimte aan de rechter om over te gaan tot controle en sanctionering van het vooronderzoek, en is in het licht van die beoordelingsvrijheid die aan de rechter wordt gelaten terughoudend in het formuleren van eisen voor toepassing van deze bepaling. Op de controlerende bevoegdheid van de zittingsrechter wordt in de rechtspraak veelvuldig een beroep gedaan door de verdediging in strafzaken die vaak klagen over onrechtmatig optreden van opsporingsambtenaren gedurende het vooronderzoek. Om de zittingsrechter te behoeden van het reageren op (ongemotiveerde en soms bij voorbaat kansloze) verweren en er daarmee voor te zorgen dat de controlerende taak van de rechter niet oeverloos zou zijn, heeft de Hoge Raad eisen gesteld waaraan een verweer krachtens artikel 359a Sv dient te voldoen alvorens de rechter daar gemotiveerd op dient te reageren. Deze stelplicht (en daarmee corresponderende responsieplicht voor de rechter) vloeit niet rechtstreeks voort uit artikel 359a Sv. Zo merkt ook Mevis op in zijn noot onder *NJ* 2012/253:

> 'Dat artikel is tot de rechter gericht en bevat geen zelfstandig opgezet, derde model van verweren. Het artikel bevat geen stelplicht voor de raadsman, al kan die natuurlijk een beroep doen op dat artikel, eigenlijk een verzoek aan de rechter om het artikel toe te passen, zoals ook bij art. 315 jo. 328-330 Sv het geval is. Artikel 359a bevat ook geen bijbehorende, op straffe van nietigheid voorgeschreven, motiveringsplicht in geval de rechter zo'n beroep passeert. Het artikel benoemt slechts de sancties die de rechter aan geconstateerde, onherstelbare vormverzuimen kan verbinden. De motiveringsplicht van art. 359a lid 3, tweede volzin, Sv betreft de toepassing van die sancties, niet de weerlegging van een beroep op het artikel door de verdediging. Gegeven de beslispunten die blijkens art. 359a Sv aan de orde zijn, te weten: niet-ontvankelijkheid (als beslispunt een art. 358 lid 3 verweer), bewijsuitsluiting (een beroep daarop noopte voor de invoering van art. 359 lid 2, tweede volzin, Sv al tot weerlegging in geval van afwijzing) en strafvermindering

> (idem), ligt "verdeling" van een beroep op één van de in art. 359a Sv genoemde sancties, conform bovenstaand "schema", voor de hand.'[74]

Een stel- en responsieplicht vloeien aldus niet expliciet voort uit artikel 359a Sv en voor de vereisten waaraan de stelplicht moet voldoen wordt ook niet expliciet aangehaakt bij de vereisten genoemd in artikel 359 Sv. Zo oordeelde de Hoge Raad in *NJ* 2012/253 dat het motiveringsvoorschrift ten aanzien van uitdrukkelijk onderbouwde standpunten in artikel 359 lid twee, tweede volzin, niet van toepassing is op een verweer op artikel 359a Sv. Het gaat hier dus in zoverre op een in de jurisprudentie in het leven geroepen bijzondere 'categorie'.[75] Volgens Fokkens biedt artikel 359a Sv echter wel impliciet de ruimte voor het formuleren van een dergelijke stelplicht:

> 'De regeling van art. 359a biedt daarbij de mogelijkheid, en dat past in een stelsel waarbij de rechter de centrale rol krijgt bij het al dan niet sanctioneren van processuele fouten, ook op andere vormverzuimen dan de gevallen waarin dat tot nu toe is geschied te reageren met strafvermindering. Dat wil echter niet zeggen dat ieder vormverzuim in het voorbereidend onderzoek, ook als dat op geen enkele wijze doorwerkt in het eindonderzoek, tot deze sanctie zou kunnen leiden en dat de rechter op een daartoe strekkend verzoek zou moeten reageren. Het doel van de wet was immers, zoals hierboven reeds is opgemerkt, de gevolgen van vormverzuimen terug te dringen en niet een nieuwe categorie verweren waarop de rechter moet reageren te creëren.
>
> Ik zou willen bepleiten dat een antwoordplicht slechts ontstaat indien het (impliciete) oordeel dat er geen reden is tot strafvermindering hoewel een verweer van die strekking is gevoerd, gelet op de aard van het geschonden voorschrift danwel op grond van bijzondere omstandigheden van het geval, zonder nadere motivering onbegrijpelijk zou zijn.'[76]

In het hierboven weergegeven citaat van Fokkens komt tot uitdrukking dat het niet in de bedoeling van de wetgever lag om de rechterlijke controle op de opsporing uit te breiden, maar zelfs de gevolgen ervan in te perken en te voorzien van een wettelijke grondslag. Dat de Hoge Raad in dat licht een wildgroei aan verweren op onrechtmatigheden in het vooronderzoek probeert in te perken, is dan ook begrijpelijk. Dat brengt mee dat bepaalde eisen gesteld kunnen worden aan degene die een verweer voert op het bestaan van onregelmatigheden in het vooronderzoek. In het *Afvoerpijp*-arrest uit 2004 formuleert de Hoge Raad deze eisen die worden gesteld aan een verweer langs de weg van artikel 359a Sv. Deze stelplicht voor de verdediging luidt als volgt:

---

74 HR 17 januari 2012, *NJ* 2012/253, m.nt. Mevis, o. 4; zie verder ook Timmerman & Van Toor 2013, p. 324-311.

75 *NJ* 2012/253, m.nt. Mevis, o. 5.

76 Conclusie A-G Fokkens onder HR 8 mei 2001, *NJ* 2001/587, m.nt. Reijntjes o. 18 en 19.

> 'van de verdediging die een beroep doet op schending van een vormverzuim als bedoeld in art. 359a Sv, [mag] worden verlangd dat duidelijk en gemotiveerd aan de hand van die factoren wordt aangegeven tot welk in art. 359a Sv omschreven rechtsgevolg dit dient te leiden. Alleen op een zodanig verweer is de rechter gehouden een met redenen omklede beslissing te geven.'[77]

Dat de Hoge Raad hiermee vooral voor ogen heeft gehad om grenzen te stellen aan de rechterlijke controle op de opsporing blijkt uit de volgende overweging:

> 'Voorts brengt het hiervoor overwogene mee dat de rechter een onderzoek naar de juistheid van de feitelijke grondslag van het verweer achterwege kan laten op grond van zijn in zijn beslissing tot uitdrukking gebrachte oordeel dat het desbetreffende verweer in verband met hetgeen daartoe is aangevoerd niet kan leiden tot niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging, tot bewijsuitsluiting of tot strafvermindering dan wel dat het verweer – ware het gegrond – slechts zou kunnen leiden tot de enkele vaststelling dat een onherstelbaar vormverzuim is begaan. Daarbij verdient nog opmerking dat indien materiaal ten aanzien waarvan een beroep is gedaan op bewijsuitsluiting, door de rechter niet voor het bewijs wordt gebezigd, de verdachte geen belang heeft bij een bespreking van zijn tot bewijsuitsluiting strekkende verweer.'[78]

In zijn jurisprudentie heeft de Hoge Raad deze (hierboven zo scherp gestelde) stelplicht niet altijd even streng gehandhaafd.[79] Sinds 2014 heeft de Hoge Raad echter een aantal arresten gewezen waaruit een striktere handhaving van deze stelplicht blijkt. In een arrest uit 2014 wordt geklaagd over de verwerping van het verweer van de verdediging aangaande de onrechtmatige binnentreding in de woning van de verdachte, omdat voorafgaand geen mededeling is gedaan van het doel van het binnentreden, overeenkomstig artikel 1 lid 1 Awbi. A-G Vegter concludeert tot vernietiging omdat het hof heeft verzuimd een beslissing te nemen op het door de verdediging gevoerde verweer. De Hoge Raad erkent dat het hof in zijn arrest geen aandacht heeft besteed aan dit verweer maar stelt dat dit niet tot cassatie hoeft te leiden:

> '(…) nu het gevoerde verweer blijkens de pleitnota slechts inhoudt dat sprake is van een onherstelbaar vormverzuim en dat zulks tot bewijsuitsluiting moet leiden, terwijl over het belang van voormeld geschonden voorschrift, de ernst van het verzuim en het daardoor veroorzaakte nadeel niet meer is aangevoerd dan dat

77 *NJ* 2004/376, m.nt. Buruma, *r.o.* 3.7.
78 *NJ* 2004/376 m.nt. Buruma, *r.o.* 3.7.
79 Zie bijv. de noot van Keulen onder HR 10 maart 2015, *NJ* 2015/357, met een verwijzing naar HR 25 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL7666; HR 21 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR1106. In beide zaken heeft de Hoge Raad gecasseerd omdat het Hof een met redenen omklede beslissing had dienen te geven op het verweer van de raadsman, terwijl in dat verweer geen aandacht was besteed aan de in het tweede lid genoemde factoren.

> anders mogelijk snel duidelijk was geweest dat het niet P. was die zich in de woning bevond, maar de verdachte.'[80]

In een ander arrest uit 2014 klaagde het middel van de verdediging dat hof de verwerping van het verweer aangaande de rechtmatigheid van de aanhouding van de verdachte niet behoorlijk heeft gemotiveerd. In casu was verdachte buiten heterdaad aangehouden, terwijl volgens het verweer van de verdediging niet was gebleken van enige spoedeisendheid waardoor het optreden van de (hulp)officier van justitie niet kon worden afgewacht. Het hof had dit verweer als volgt verworpen:

> 'Getuige E. zag op 11 juni 2012 de man lopen die zij herkende als de persoon die drie weken eerder een grote hoeveelheid tandpasta uit de winkel had weggenomen. E. is achter de verdachte aangerend maar verloor hem uit het oog. Op het moment dat de politie kwam aanrijden werden zij door twee jongens aangesproken dat de verdachte op de begraafplaats zou lopen. Kort daarna is de verdachte aangehouden. Niet is gebleken dat er enig onrechtmatig politieoptreden heeft plaatsgevonden.'

A-G Spronken concludeert tot vernietiging van het arrest van het hof omdat het hof een verkeerde maatstaf – namelijk die voor heterdaad – lijkt te hebben aangenomen en ook anderszins nader had moeten motiveren waarom het heeft aangenomen dat hier sprake was van zodanige spoedeisendheid dat een bevel van de (hulp)officier van justitie niet kon worden afgewacht.[81] De Hoge Raad gaat hier niet in mee en oordeelt dat het hof de verwerping van het verweer weliswaar niet behoorlijk heeft gemotiveerd, maar dat dat evenwel niet tot cassatie dient te leiden aangezien:

> 'het gevoerde verweer blijkens de pleitnota slechts inhoudt dat sprake is van een vormverzuim als bedoeld in art. 359a Sv en dat zulks tot bewijsuitsluiting moet leiden, terwijl over het belang van het geschonden voorschrift dat niet tot aanhouding mag worden overgegaan zonder een daartoe door de (hulp)officier van justitie gegeven bevel, de ernst van het verzuim en het daardoor veroorzaakte nadeel niet meer wordt aangevoerd dan dat bij naleving van bedoeld voorschrift "geen klopjacht had plaatsgevonden" en de verdachte niet van zijn vrijheid beroofd zou zijn geweest. (Vgl. HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, NJ 2013/308).'[82]

Met de expliciete verwijzing naar de nader aangescherpte criteria voor de toepassing van bewijsuitsluiting in het *Onbevoegde Hulpofficier van justitie*-arrest maakt de Hoge Raad duidelijk dat in het kader van de stelplicht van de verdediging wordt verwacht dat het verweer op bewijsuitsluiting rekenschap

80 HR 21 januari 2014, *NJ* 2014/106, m.nt. Borgers, *r.o.* 2.6.
81 *NJ* 2015/356, m.nt. Keulen, conclusie A-G o. 17.
82 *NJ* 2015/356 m.nt. Keulen.

geeft van deze nieuwe criteria.[83] Deze verwijzing is op zichzelf dan ook niet opzienbarend aangezien het voor de hand ligt dat nadere aanscherping van criteria voor de toepassing van artikel 359a Sv, een direct effect hebben op de stelplicht conform artikel 359a Sv. Dat de door de Hoge Raad geformuleerde maatstaven voor toepassing van artikel 359a Sv een sterke invloed hebben op de stelplicht wordt ook door Kuiper onderschreven. Wel voegt hij eraan toe dat de stelplicht minder streng is wanneer het voor de hand ligt dat de verdachte nadeel heeft ondervonden in zijn procesrechten, 'bijvoorbeeld als het gaat om inbreuken op door art. 6 beschermde belangen'.[84] Met betrekking tot schendingen van de cautie of recht op rechtsbijstand stelt de Hoge Raad zelfs expliciet dat er geen nadere toelichting vereist is ten aanzien van de vraag waarom het vormverzuim zou moeten leiden tot bewijsuitsluiting.[85]

Ten aanzien van onrechtmatigheden die niet direct verband houden met hetgeen de Hoge Raad onder artikel 6 EVRM schaart, lijkt de Hoge Raad echter wel vast te houden aan een strikte stelplicht. Zo oordeelde hij in een arrest uit 2015 als volgt:

> 'Het gevoerde verweer houdt slechts in dat sprake is van een vormverzuim als bedoeld in art. 359a Sv en dat zulks tot bewijsuitsluiting moet leiden, maar over het belang van het geschonden voorschrift, de ernst van het verzuim en het daardoor veroorzaakte nadeel is niets aangevoerd. *Het Hof had reeds op die grond niet anders kunnen doen dan het verweer verwerpen'* [cursivering MS].[86]

Deze formulering lijkt bovendien te suggereren dat de Hoge Raad de teugels verder aantrekt. Want hoewel de Hoge Raad in zijn eerdere arresten sprak van een verplichting te reageren op 359a-verweren *mits* deze voldoende waren gemotiveerd aan de hand van de factoren in artikel 359a lid 2 Sv, lijkt de Hoge Raad een strenge toets te hebben aangebracht en te stellen dat de rechter het verweer onbesproken *moet* laten wanneer deze niet voldoet aan de strenge stelplicht.[87] Deze jurisprudentie is in zekere zin geleidelijk aan steeds strenger

83 *NJ* 2015/356 m.nt. Keulen, *r.o.* 3.5.

84 Kuiper 2014, p. 314.

85 HR 19 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3198; HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1233; Hoewel er wel anders wordt omgegaan met verschillende 'type' Salduz-schendingen, zie de literatuur in voetnoot 937.

86 HR 10 maart 2015, *NJ* 2015/357 m.nt. Keulen; zie voor eenzelfde formulering HR 3 april 2018, *NJ* 2018/296, m.nt. Kooijmans.

87 Zie ook Keulen in zijn noot: 'Dat suggereert dat het Hof het verweer wel had moeten verwerpen, en niet stilzwijgend aan het gestelde had mogen voorbijgaan.' Zie tevens de noot van Borgers onder *NJ* 2014/105, waarin hij de steeds hogere eisen die de Hoge Raad stelt aan 359a-verweren bespreekt: 'namelijk dat bij de inkleding van een op bewijsuitsluiting gericht verweer ook oog dient te bestaan voor (op zichzelf niet onwaarschijnlijke) alternatieve scenario's waarin hetzelfde bewijsmateriaal langs een andere weg – rechtmatig of onrechtmatig – zou zijn verkregen, waarbij zo nodig moet worden toegelicht waarom ook in het licht van die scenario's bewijsuitsluiting nog steeds het aangewezen rechtsgevolg is. Indien dit inderdaad hetgeen is dat de Hoge Raad voor ogen staat, dan wordt daarmee

geworden en stelt hogere eisen aan de stelplicht van de verdediging om zo de rechter te ontzien van uitvoerig motiveren waarom een bepaald verzuim niet tot een rechtsgevolg hoeft te leiden. Dat het hier wel degelijk om een nieuwe ontwikkeling gaat die ook na invoering van artikel 359a Sv niet aan de orde was blijkt uit een arrest uit 1998 waarin de Hoge Raad als volgt oordeelde:

> 'Als de rechter heeft vastgesteld dat zich een onherstelbaar verzuim als bedoeld in art. 359a Sv heeft voorgedaan en hij tot het oordeel komt dat de in art. 359a, tweede lid, genoemde belangen rechtvaardigen dat het verzuim zonder rechtsgevolgen dient te blijven, brengt een redelijke uitleg van art. 359a Sv, derde lid, Sv mee dat hij die beslissing eveneens in zijn vonnis vermeldt en met redenen omkleedt.'[88]

Kuiper noemt deze jurisprudentiële eisen een van de belangrijkste sturingsmiddelen voor de vormgeving van de rechterlijke controle op het voorbereidend onderzoek: '(i) het bepalen van aard en omvang van de ambtshalve op de rechter rustende onderzoeksplicht, (ii) het stellen van eisen aan timing en inhoud van verweren waarin een beroep wordt gedaan op een vormfout en (iii) het bepalen van de aard en omvang van de plicht om de aan een verweer ten grondslag gelegde feiten aannemelijk te maken en het bepalen op wie deze plicht rust.'[89] Deze sturing is volgens Kuiper noodzakelijk vanwege de beperkte capaciteit van gerechten en de behoefte hier zo efficiënt en zinvol mogelijk te benutten: 'De aandacht van alle procesdeelnemers moet dus worden gericht, mede met behulp van de hiervoor behandelde sturingsmiddelen, op de meest relevante kwesties… Hoe meer aandacht binnen het strafproces bestaat voor vragen die niet direct verband houden met de beoordeling van het aan de verdachte gemaakte verwijt, hoe meer capaciteit elke zaak vereist, hoe hoger de kosten van elke strafzaak.'[90] Deze jurisprudentiële eisen geven aldus uitdrukking aan de normatieve keuze van de Hoge Raad ten aanzien van de kaders (en het zwaartepunt) van de rechterlijke toetsing van het vooronderzoek. Daar waar Kuiper deze keuze positief beoordeelt, zijn andere auteurs kritischer. Brinkhoff beargumenteert dat de zware motiveringsverplichting zich moeilijk verhoudt met de in de memorie van toelichting tot uitdrukking

---

een zeer stevige eis gesteld aan de onderbouwing van het verweer door de verdediging.'

88 HR 22 september 1998, *NJ* 1999/104, m.nt. De Hullu; Fokkens wijst in zijn conclusie onder *NJ* 2001/587 erop dat de Hoge Raad ook in zijn latere jurisprudentie deze lijn bevestigt: 'In HR 11 juli 2000, *NJ* 2000, 693 kwam de vraag aan de orde hoe het met artikel 359a Sv verwante artikel 413 SvNA moet worden uitgelegd.' Het ging daarbij om de vraag of het Hof had moeten beslissen op een verzoek tot strafvermindering omdat bij de verlenging van de voorlopige hechtenis door de rechter-commissaris was verzuimd de verdachte voorafgaand aan die verlenging te horen. De Hoge Raad overwoog dat 'ook wanneer het Hof van oordeel was dat het onderhavige verzuim niet tot strafvermindering behoefde te leiden, het Hof deze beslissing had behoren te motiveren'.

89 Kuiper 2014, p. 138

90 Kuiper 2014, p. 140.

komende gedachte dat de feitenrechter in een concrete zaak de vrijheid moet hebben een zelfstandige afweging te maken omtrent de strafprocessuele reactie op vormverzuimen.[91] Deze zelfstandige taak dient bovendien niet afhankelijk te zijn van de vraag of en in hoeverre de verdediging heeft voldaan aan haar stelplicht, al lijkt de jurisprudentie van de Hoge Raad dat soms wel te impliceren.[92] Hoewel het alleszins begrijpelijk is dat de verdediging een verantwoordelijkheid heeft in het deugdelijk onderbouwen van een verweer ten aanzien van onrechtmatigheden in het vooronderzoek en de wijze waarop deze onrechtmatigheden de verdachte hebben geschaad, kan de stelplicht niet als drempelvoorwaarde worden aangemerkt voor toepassing van artikel 359a Sv. Deze eis zou zich niet alleen slecht verhouden met de zelfstandige controlerende taak van de rechter, maar heeft ook een aantal problematische praktische aspecten. Brinkhoff wijst op het feit dat in bepaalde gevallen nauwelijks aan deze eis is te voldoen, bijvoorbeeld bij (veronderstelde) onrechtmatigheden rondom de verkrijging van afgeschermde startinformatie.[93] Daarnaast wordt op deze wijze de rechtsbescherming van de verdachte te veel afhankelijk gemaakt van de kwaliteit van (het verweer van) zijn advocaat. Met name waar het onrechtmatigheden betreft die niet rechtstreeks aan het recht op een eerlijk proces raken, zal de rechter immers gemakkelijk voorbij kunnen gaan aan het verweer wanneer dit niet voldoet aan de in de jurisprudentie gestelde stelplicht. Röttgering plaatst deze jurisprudentie in de bredere ontwikkeling naar een steeds meer contradictoir strafprocesrecht waarin de rechter alleen hoeft te motiveren wanneer hem dat uitdrukkelijk wordt gevraagd en wijst (onder andere) op de risico's die dat met zich brengt vanuit een rechtsbeschermend perspectief.[94]

Als gezegd is deze jurisprudentiële lijn te begrijpen is vanuit de behoefte om de wildgroei aan vormverzuimverweren in te perken. Tegelijkertijd kunnen deze vereisten de normerende werking van de jurisprudentie ondermijnen doordat de rechter zich niet in altijd meer geroepen voelt uit te laten over de vraag of een strafvorderlijke bevoegdheid al dan niet op rechtmatige wijze is aangewend en wat de wettelijke grenzen van de inzet van de bevoegdheid zijn.

Tot slot moet in dit kader ook op een andere ontwikkeling ten aanzien van de stelplicht in 359a Sv worden gewezen. De Hoge Raad legt niet zelden een beroep op bewijsuitsluiting uit als een tot vrijspraak strekkend verweer, waardoor een bewijsuitsluitingsverweer alsnog niet hoeft te voldoen aan de strenge stelplicht die geldt onder artikel 359a Sv.[95] In dit kader merken Ver-

91 Brinkhoff 2016, p. 115.
92 Zie in dit verband ook Nan & Bektesevic 2017, p. 202-203.
93 Brinkhoff 2016, p. 114; Brinkhoff 2015.
94 Röttgering 2013, p. 292-293.
95 Zie bijvoorbeeld HR 16 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2773; HR 4 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2244.

baan en Bektesevic op dat de Hoge Raad ten aanzien van de eisen die aan een verweer op de voet van artikel 359 lid 3 tweede volzin Sv ruimhartig is, terwijl de stelplicht in artikel 359a Sv zeer strak wordt gehanteerd.[96] Dit draagt er verder aan bij dat niet duidelijk is welke eisen de Hoge Raad precies stelt voor verweren op de voet van 359a Sv, waarbij voor de vraag of het verweer al dan niet moet voldoen aan de stelplicht onder artikel 359a Sv niet alleen van belang is om wat voor type vormverzuim het gaat (met vormverzuimen die raken aan artikel 6 EVRM wordt immers ruimhartiger omgegaan), maar ook op welke sanctie een beroep wordt gedaan. Mevis voegt hier tot slot aan toe dat met het ontwikkelen van een derde (jurisprudentiële) model voor verweren en motiveren de Hoge Raad het al complexe stelsel aangaande de motiveringsplicht onnodig gecompliceerd heeft maakt.[97]

6.2.1.4 Ambtshalve toetsing

Voor de invoering van artikel 359a Sv schuwde de Hoge Raad de ambtshalve toetsing van het vooronderzoek en de sanctionering van onregelmatigheden daarbinnen allerminst.[98] Aangezien artikel 359a Sv slechts een codificatie is van de jurisprudentiële ontwikkeling, kan betoogd worden dat een ambtshalve toetsing nog steeds tot de mogelijkheden behoort. Het bovenstaande ten aanzien van de stelplicht kan echter een andere licht werpen op deze kwestie waardoor de vraag gesteld kan worden in hoeverre een ambtshalve toetsing van de rechtmatigheid van het vooronderzoek en toepassing van de in artikel 359a Sv gelegen sancties nog tot de mogelijkheden van de rechter behoren. Daartoe lijkt de aangescherpte stelplicht impliciet weinig ruimte te bieden. Bovendien geeft noch artikel 359a Sv noch de jurisprudentie van de Hoge Raad hierover expliciet uitsluitsel. De vraag is dan ook wat de relatie is tussen de stelplicht en de reikwijdte van de verantwoordelijkheid van de rechterlijke controle en daarmee de ambtshalve toetsing van het vooronderzoek. Om te beginnen kan worden gewezen op het voorstel van de Commissie-Moons voor het eerste lid van artikel 359a Sv lid 1 van dit voorstel luidde als volgt:

> '1. De rechtbank kan, indien blijkt dat bij het voorbereidend onderzoek of bij het onderzoek ter terechtzitting vormen zijn verzuimd die niet meer kunnen worden hersteld en de rechtsgevolgen hiervan niet uit de wet blijken, *ambtshalve*, op vordering van de officier van justitie of op verzoek van de verdachte, bepalen dat (...)' [cursivering *MS*].[99]

96 Zie hierover de noot van Verbaan & Bektesevic onder HR 4 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2244.
97 Zie noot Mevis onder *NJ* 2012/253.
98 *NJ* 1979/142 (*Braak bij binnentreden*), m.nt. Mulder.
99 Corstens 1993, p. 52.

Dit voorstel wijkt op een tweetal punten af van de uiteindelijke bepaling. In de eerste plaats beperkt het huidige artikel 359a Sv zich tot het voorbereidend onderzoek, zoals hierboven reeds uitgelegd. Ten tweede heeft de wetgever overwogen dat 'de rechtbank deze sancties alleen ambtshalve en niet op verzoek van de verdachte of op vordering van de officier van justitie kan toepassen'.[100] Deze afwijking was mede ingegeven door de reactie van het OM op het rapport:

> 'Voorgesteld art. 359a, eerste lid, aanhef (rechtsgevolgen van vormverzuimen): hierin wordt bepaald dat de rechtbank ambtshalve, op vordering van de OvJ of op verzoek van de verdachte de nader omschreven rechtsgevolgen van niet meer herstelbare vormverzuimen kan bepalen. De werkgroep wijst erop dat deze formulering ingevolge art. 330 Sv. een reactieplicht voor de rechtbank met zich meebrengt. De werkgroep acht het systematisch juister dat deze bevoegdheid slechts aan de rechter ambtshalve wordt toegekend.'[101]

De wetgever sloot zich aan bij dit advies en besloot op dit onderdeel af te wijken van het voorstel van de Commissie-Moons omdat deze formulering om systematische redenen de voorkeur verdient.[102] De gekozen formulering van de wetgever roept wel de nodige vragen op, namelijk waarom zou de rechter een bepaalde in de wet voorziene sanctie wel ambtshalve en niet op vordering van het OM of op verzoek van de verdachte kunnen toepassen? Fokkens legt deze formulering uit tegen de achtergrond van het advies van het OM:

> 'Kennelijk heeft de wetgever met het schrappen van de bedoelde passage tot uitdrukking willen brengen dat een vordering van de officier van justitie of een verzoek van de verdachte tot toepassing van art. 359a Sv geen verplichting tot een gemotiveerd antwoord van de rechter in het leven roept, die vergelijkbaar is met de in art. 330 Sv neergelegde responsieplicht.'[103]

In het licht hiervan kan de in de jurisprudentie aangebrachte aanscherping van de stelplicht beter gezien worden als de bevestiging dat de verdediging in beginsel verantwoordelijk is om aan te geven waarom een bepaald verzuim tot een rechtsgevolg dient te leiden. Dit niet zozeer om de rechter vrij te stellen van het doen van ambtshalve onderzoek naar de rechtmatigheid van het onderzoek, maar meer om hem te vrijwaren van het uitvoerig motiveren

100 *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, 3, p. 24.
101 *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, 3.
102 *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, 3, p. 24.
103 Conclusie AG Fokkens onder *NJ* 2001/587, o. 11.

waarom hij afwijkt van (slecht onderbouwd) verweer van de verdediging.[104] Dat blijkt bijvoorbeeld ook uit het feit dat de Hoge Raad niet geneigd is te casseren indien de feitenrechter zich wel heeft gewaagd aan ambtshalve toetsing van het vooronderzoek, ook niet wanneer het niet gaat om een artikel 6-recht.[105]

Voor de stelling dat de ambtshalve toetsing wel degelijk een rechterlijke bevoegdheid en zelfs verantwoordelijkheid is, kan ook elders in het rapport van de Commissie-Moons – en de jurisprudentie van zowel de Hoge Raad als het Europese Hof voor de Rechten van de Mens – enkele aanwijzingen worden gevonden.

Zo kan worden gewezen op de overwegingen van de Commissie-Moons ten aanzien van andere sancties dan die thans zijn gecodificeerd in artikel 359a Sv. Met betrekking tot een aparte bezwaarschriftprocedure inzake onrechtmatig verkregen bewijs overweegt de commissie dat een dergelijke bezwaarschriftprocedure om meerdere redenen ongeschikt is als alternatief voor een rechterlijke toetsing ter zitting. Eén van deze redenen is dat een bezwaarschriftprocedure alleen een oplossing is indien de verdachte een verweer voert waarin de rechtmatigheid van het bewijs ter discussie wordt gesteld en vervolgens gebruik maakt van deze procedure. Indien de zittingsrechter ambtshalve tot de conclusie komt dat bewijs onrechtmatig is verkregen, is het immers te laat voor een dergelijke bezwaarschriftprocedure daar hij reeds kennis heeft genomen van het eventueel onrechtmatig verkregen bewijs: 'Een dergelijke procedure ontslaat de rechter ook niet van de verplichting ambtshalve de rechtmatigheid van het bewijs te toetsen.'[106] Ondanks dat de bezwaarschriftprocedure ook een aantal voordelen heeft, was mede vanwege de bovenstaande overweging de commissie van oordeel dat een dergelijke procedure een ontoereikend alternatief was voor de toetsing van de rechtmatigheid van de bewijsverkrijging door de zittingsrechter. Hiermee erkent de Commissie-Moons aldus ondubbelzinnig de mogelijkheid van ambtshalve toetsing.

Dat deze mogelijkheid wordt erkend is bovendien niet vreemd in het licht van de verantwoordelijkheid die de zittingsrechter heeft ten aanzien van de rechtmatigheid van het strafproces en de bescherming van de rechten van alle betrokkenen bij de strafprocedure. Uit artikel 6 EVRM kan in ieder geval worden afgeleid dat de zittingsrechter een verantwoordelijkheid draagt voor het waarborgen van de eerlijkheid van het proces van de verdachte. Deze eerlijkprocesrechten hebben ook implicaties ten aanzien van de (rechtmatigheid) van de voorfase van de berechting, te denken valt aan het recht van verdachte

104 Zo ook Kuiper 2014, p. 304: 'Een en ander neemt mijns inziens niet weg dat ook tegenwoordig de rechter, indien sprake is van een uit de stukken rijzend rechtstreeks en ernstig vermoeden dat niet-ontvankelijkheid van het OM of bewijsuitsluiting zou moeten volgen, ervan blijk dient te geven hiernaar onderzoek te hebben gedaan.'

105 HR 4 november 2014, *NJ* 2015/126, m.nt. Mevis.

106 Corstens 1993, p. 26.

op rechtsbijstand, zijn zwijgrecht, het recht om te beschikken over voldoende tijd en faciliteit ter voorbereiding van zijn verdediging, en het recht op behandeling van zijn zaak binnen een redelijke termijn. In het licht hiervan ligt het in ieder geval voor de hand om te stellen dat er wel degelijk een bepaalde verantwoordelijkheid op de rechter rust om de rechtmatigheid van het vooronderzoek (ook ambtshalve) te toetsen.[107] Van de rechter kan tegelijkertijd ook niet worden verwacht dat hij telkens een onderzoek instelt naar de rechtmatigheid van het vooronderzoek. Hij mag in beginsel de rechtmatigheid van de opsporing veronderstellen en is slechts gehouden deze te toetsen wanneer het strafdossier daar aanleiding toe geeft.[108]

Tegelijk blijft het de vraag hoe ver deze inherente verantwoordelijkheid van de zittingsrechter reikt. Hierover stelt Melai het volgende:

> 'De Nederlandse arbiter is geen lijdelijk arbiter, die slechts heeft af te wachten wat partijen hem uit het resultaat van het vooronderzoek verlangen aan te bieden of te onthouden, maar de rechter in strafzaken is daarentegen belast met de *leiding* van het onderzoek (art. 274 Sv.). Deze in de wet vooropgestelde functie omvat meer dan een verbale versiering tegen de achtergrond van enkele bescheiden ordeproblemen. Verdachte, getuigen en deskundigen worden niet alleen uitsluitend ondervraagd door de rechter (de bevoegdheden van partijen zijn immers daarop in een relatie van afhankelijkheid afgestemd), maar de rechter is bovendien bevoegd niet op de terechtzitting gehoorde getuigen of deskundigen dan wel daar niet aanwezige bescheiden of stukken van overtuiging te doen dagvaarden of te doen overleggen: ongeacht wat partijen in dat opzicht voor goed houden. Kortom: de rechter is de in het wetboek aangewezen hoeder van de deugdelijkheid en de volledigheid van het onderzoek, hetgeen ook hieruit blijkt dat hij de zorg heeft voor het kenbaar maken van de inhoud van de stukken (art. 97 Sv.) en dat hij los van de partijen (onder nadere aanduiding van het onderwerp) alsnog een gerechtelijk vooronderzoek kan doen instellen of – als dat al was ingesteld – kan doen heropenen.'[109]

We kunnen kortom concluderen dat zowel in de jurisprudentie van de Hoge Raad als in de wet de ambtshalve toetsing nog steeds geoorloofd is. De vraag is echter wel hoe ver deze verantwoordelijkheid reikt (en ingevolge de jurisprudentie mag reiken).

6.2.1.5 Betrouwbaarheid

Een andere inperking die de Hoge Raad heeft aangebracht in het toepassingsbereik van artikel 359a Sv ziet op verweren aangaande de betrouwbaarheid van het verkregen bewijs. Hiermee wordt gedoeld op het algemene onder-

107 Zo wordt de schending van de redelijke termijn steevast ambtshalve toegepast. Zie bijv. HR 13 oktober 2015, *NJ* 2016/111, m.nt. Myjer, *r.o.* 5.
108 Schalken 1981, p. 67-68.
109 Melai 1992, p. 64-65.

scheid tussen enerzijds betrouwbaarheidsnormen en anderzijds rechtmatigheidsnormen. In de literatuur wordt dit onderscheid grofweg als volgt gedefinieerd: normen die de betrouwbaarheid van het bewijs waarborgen zijn veelal technisch en methodologisch van aard en staan in het teken van het proces van de waarheidsvinding, terwijl bij rechtmatigheidsnormen andere waarden – zoals de bescherming van de rechten van de verdachte en de integriteit van het opsporingsapparaat – centraal staan.[110] In het Afvoerpijparrest merkt de Hoge Raad op dat artikel 359a Sv niet van belang is ter beoordeling 'van vormverzuimen waardoor de betrouwbaarheid van het aldus verkregen onderzoeksmateriaal wezenlijk is beïnvloed. Dan zal het onderzoeksmateriaal immers reeds om die reden door de rechter buiten beschouwing worden gelaten.'[111] De gedachte is dat wanneer ten gevolge van de overtreding van strafprocessuele normen er twijfels bestaan over de betrouwbaarheid van het bewijs, de rechter dat bewijs vanzelfsprekend niet zal gebruiken in de bewijsvoering. Het afwegen van belangen en daarbij betrekken van de in het tweede lid van artikel 359a Sv genoemde factoren is niet noodzakelijk, aangezien onbetrouwbaar bewijsmateriaal niet moet dienen als basis voor een rechterlijk oordeel. Aldus dienen ingevolge de jurisprudentie van de Hoge Raad vormverzuimen die vragen oproepen omtrent de betrouwbaarheid en de waarde van het verkregen bewijsmateriaal buiten het kader van artikel 359a Sv te worden afgedaan. Dit onderscheid tussen normschendingen die ofwel de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal ofwel de rechtmatigheid van de bewijsverkrijging betreffen, is ook in latere rechtspraak van de Hoge Raad bevestigd. Zo oordeelde de Hoge Raad in *NJ* 2011/375 dat 'indien door vormverzuimen bij de totstandkoming van de verklaring van een medeverdachte de betrouwbaarheid van die verklaring wezenlijk is beïnvloed, de rechter om die reden een dergelijke verklaring buiten beschouwing zal laten'.[112] In cassatie had de verdediging geklaagd over het gebruik van de (belastende) verklaring van medeverdachte, terwijl de medeverdachte voorafgaand aan zijn verhoor niet in de gelegenheid was gesteld te consulteren met zijn raadsman. De Hoge Raad oordeelde dat aan het recht op rechtsbijstand – de Salduznorm – geen derdenwerking toekomt en de verdachte zich om die reden niet kan beroepen op dit vormverzuim, maar voegde er wel aan toe dat indien door de normschending twijfel bestaat over de betrouwbaarheid van de verklaring die verklaring om die reden niet zal worden gebruikt voor het bewijs. Hoewel dit arrest in die zin weinig opzienbarend is, maakt het wel duidelijk dat een heel scherp onderscheid tussen normen die de betrouwbaarheid van het bewijs betreffen en normen

110 Dubelaar 2009, p. 93-94.
111 *NJ* 2004/376, *r.o.* 3.6.4.
112 HR 7 juni 2011, *NJ* 2011/375, m.nt. Schalken, met een verwijzing naar de in de vorige noot genoemde rechtsoverweging in het Afvoerpijparrest; meer recept ook HR 29 januari 2013, *NJ* 2013/415, m.nt. Borgers over het onrechtmatig bewaren van DNA-profielen.

die de rechtmatigheid van het handelen betreffen niet altijd even goed mogelijk is.

Ook in de literatuur wordt gewezen op het belang een onderscheid te maken tussen deze twee typen normen. Dubelaar betoogt dit onder meer door te wijzen op het verschil in grondslag en doel van 'sanctioneren' van de twee typen normoverschrijdingen. De grondslag van bewijsuitsluiting als reactie op onrechtmatig strafvorderlijk handelen is een rechtsstatelijke, waarbij argumenten omtrent de bescherming van de rechten van de verdachte en de integriteit een centrale rol hebben, terwijl het niet gebruiken van onbetrouwbaar bewijs meer in verband kan worden gebracht met het doel van waarheidsvinding.[113] Daarnaast is het oordeel over de betrouwbaarheid van het bewijs een feitelijk oordeel, terwijl het oordeel over het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs een normatief oordeel betreft waarin verschillende belangen en perspectieven een rol kunnen spelen.[114] Dit betekent dat de hierboven genoemde normatieve standpunten over de reikwijdte en het doel van de rechterlijke controle op de rechtmatigheid van het vooronderzoek, geen rol toekomt in de discussie over het gebruik van onbetrouwbaar bewijs. Immers, ook vanuit een meer op *crime control* gerichte benadering, zal de rechter zich moeten buigen over het ten laste gelegde feit en daarmee rekenschap geven van die vormfouten die de waarheidsvinding in het proces kunnen schaden omdat de betrouwbaarheid van het vergaarde bewijs op het spel is komen te staan.[115]

Zoals gezegd is het ondanks de verschillen in de twee type normen niet eenvoudig om deze scherp van elkaar te onderscheiden, omdat veel strafvorderlijke normen zowel een betrouwbaarheids- als een rechtmatigheidscomponent hebben. Hierbij gaat het vaak om normen die raken aan het recht op een eerlijk proces van de verdachte, zoals het pressieverbod, het recht op rechtsbijstand en het recht op tegenonderzoek. In dit kader merkt Dubelaar op dat de jurisprudentiële lijn niet altijd consequent is, omdat het niet helemaal duidelijk is of betrouwbaarheidsverweren voorafgaan aan rechtmatigheidsverweren, en omdat de Hoge Raad ook daarnaast ruimte laat bestaan voor sanctionering van 'betrouwbaarheidsproblemen' langs de weg van artikel 359a Sv (zowel met betrekking tot betrouwbaarheidsnormen, als met betrekking tot normen die zowel aan de rechtmatigheid als de betrouwbaarheid raken).[116] Hier komt bij dat de steeds grotere rol die de Hoge Raad toedicht aan artikel 6 EVRM voor de invulling van artikel 359a Sv, bijdraagt aan een verdere vermenging van deze twee kaders. Immers, bij het reageren op vormverzuimen die raken aan de betrouwbaarheid van het bewijs treedt het waarborgen van een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM op de voorgrond. Het EHRM

113 Dubelaar 2009, p. 95-96.
114 Dubelaar 2009, p. 96.
115 Zie ook Kuiper 2014, p. 63.
116 Dubelaar 2009, p. 102.

schaart de betrouwbaarheidseisen aan het bewijsmateriaal namelijk onder het vereiste van een eerlijke procesvoering: het gebruik van onbetrouwbaar bewijsmateriaal in het strafproces maakt het proces als zodanig oneerlijk. Hier komen ook de vereisten van de mogelijkheden van het doen van tegenonderzoek en het voldoende in de gelegenheid zijn gesteld onderzoeksresultaten te toetsen bij kijken, die eveneens onder artikel 6 EVRM worden geschaard.[117]

6.2.1.6 Verzuimen voorgelegd aan de rechter-commissaris

De Hoge Raad bepaalde al in 2001 dat vormverzuimen die betrekking hebben op bevelen inzake de vrijheidsbenemende dwangmiddelen die aan de orde kunnen worden gesteld bij de rechter-commissaris niet onder het bereik van artikel 359a Sv vallen. Te denken valt aan bepaalde vormverzuimen bij de aanhouding en inverzekeringstelling van de verdachte. Aangezien de toepassing van deze dwangmiddelen ter toetsing voorgelegd kan worden aan de rechter-commissaris en er geen hogere voorziening mogelijk is tegen dat oordeel, kan niet van de zittingsrechter worden verwacht dat hij deze rechtmatigheidstoets opnieuw uitvoert. Dit zou immers een doorkruising van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen meebrengen, die bovendien niet kan worden afgeleid uit artikel 359a Sv of de wetsgeschiedenis bij die bepaling, aldus de Hoge Raad.[118] In zijn annotatie bij het arrest merkt Reijntjes op dat dit een verrassend oordeel is van de Hoge Raad gezien zijn eerdere standpunt ten aanzien van het bereik van artikel 359a Sv.[119] In 1999 had de Hoge Raad immers met een verwijzing naar de parlementaire geschiedenis van deze wet en de strekking ervan geoordeeld dat de wetgever een ruim begrip van vormverzuimen voor ogen heeft gehad bij de invoering van deze wet en dat daaronder met name ook zijn begrepen normschendingen bij de opsporing.[120] Toch kan Reijntjes deze uitleg van de Hoge Raad ook wel begrijpen vanuit het oogpunt van het inperken van verweren gericht op artikel 359a Sv:

> 'Op zichzelf is het geen bezwaar om daartoe een creatieve wetsuitleg te bezigen. Kennelijk heeft de wetgever een beperking als nu door de Raad gesteld niet voor ogen gestaan, en ook de commissie-Moons, die het voorbereidende werk deed, gaf geen blijk aan iets dergelijks te denken; maar er tegen lieten zij zich evenmin uit.'[121]

Ondanks dat deze jurisprudentie van de Hoge Raad niet met open armen ontvangen werd, heeft de Hoge Raad vastgehouden aan de inperking van de reikwijdte van artikel 359a Sv met een verwijzing naar het leerstuk van het

117 HR 11 oktober 2016, *NJ* 2017/30, m.nt. Reijntjes.
118 HR 8 mei 2001, *NJ* 2001/587, m.nt. Reijntjes.
119 *NJ* 2001/587, m.nt. Reijntjes, o. 1.
120 HR 6 april 1999, *NJ* 1999/565, m.nt. Schalken, *r.o.* 3.5.5.
121 *NJ* 2001/587, m.nt. Reijntjes, o. 2.

stelsel van gesloten rechtsmiddelen.[122] In zijn standaardarrest uit 2004 bevestigt de Hoge Raad wederom deze regel. Hij oordeelt dat artikel 359a Sv niet van toepassing is op vormverzuimen die betrekking hebben op bevelen inzake de toepassing van vrijheidsbenemende dwangmiddelen die voorgelegd kunnen worden aan de rechter-commissaris die krachtens de wet belast is met het toezicht op de toepassing dan wel de voortduring van bepaalde tijdens het voorbereidend onderzoek bevolen vrijheidsbenemende dwangmiddelen en die aan dergelijke verzuimen rechtsgevolgen kan verbinden ten aanzien van de voortzetting van de vrijheidsbeneming.

> 'Tegen het oordeel van de rechter-commissaris dat het verleende bevel tot inverzekeringstelling niet onrechtmatig is en/of dat er geen gronden zijn het verzoek tot invrijheidstelling van de verdachte in te willigen, staat geen hogere voorziening open. Het gesloten stelsel van rechtsmiddelen in strafzaken zou op onaanvaardbare wijze worden doorkruist indien bij de behandeling van de zaak ter terechtzitting opnieuw of alsnog een beroep zou kunnen worden gedaan op verzuimen bij de inverzekeringstelling die aan de rechter-commissaris zijn of hadden kunnen worden voorgelegd.'[123]

Aanvankelijk is veel kritiek geuit op de jurisprudentie van de Hoge Raad omdat deze beperking het karakter van een categorische uitsluiting zou hebben.[124] Gaandeweg bleek dat de Hoge Raad niet altijd even strikt vasthield aan het uitsluiten van verweren die eventueel ook aan de rechter-commissaris voorgelegd hadden kunnen worden. Indien bijvoorbeeld door het vormverzuim onrechtmatig bewijs is verkregen of indien dermate onbehoorlijk is gehandeld dat de ontvankelijkheid van het OM ter discussie kan worden gesteld, kan de zittingsrechter zich evenwel over de kwestie buigen. Ter illustratie kan worden gewezen op het geval dat ten gevolge van een onrechtmatige aanhouding bewijsmateriaal (onrechtmatig) is verkregen en deze klacht zonder succes bij de rechter-commissaris is voorgelegd. Ter zitting kan opnieuw een verweer worden gevoerd ter zake van de onrechtmatigheid van het bewijsmateriaal.[125] Dat het gesloten stelsel van rechtsmiddelen minder strikt wordt toegepast dan het zou vermoeden, kan worden geïllustreerd aan de hand van *NJ* 2005/172. In casu had de verdediging de niet-ontvankelijkheid van het OM bepleit omdat de aanhouding van verdachte met disproportioneel veel geweld gepaard was gegaan. Over dit vormverzuim had de verdediging zich reeds eerder beklaagd bij de rechter-commissaris die ten gevolge van de hardhandige aanhouding de voorlopige hechtenis van verdachte had geschorst. Ondanks dat de Hoge

122 Zie ook HR 30 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4307.
123 *NJ* 2004/376, m.nt. Buruma, *r.o.* 3.4.2.
124 Zie ook Keulen & Knigge 2016, p. 569, zij stellen dat de Hoge Raad met deze beperking 'een categorie vormverzuimen die vooral bij een beroep op strafvermindering een rol kunnen spelen buiten de reikwijdte van art. 359a Sv' heeft geplaatst.
125 Zie hierover ook noot Reijntjes onder *NJ* 2001/578.

Raad dit verweer had kunnen verwerpen met een beroep op het gesloten stelsel van rechtsmiddelen – de rechter-commissaris had zich immers reeds gebogen over het verzuim – oordeelde hij dat het hof het verweer op strafvermindering van de verdediging ten onrechte had verworpen:

> 'Het kennelijke oordeel van het Hof dat, gelet op het verhandelde ter terechtzitting, de hardhandige wijze van optreden van de politiefunctionarissen bij de aanhouding van de verdachte niet disproportioneel is geweest, zodat er geen sprake is van een verzuim van vormen dat tot strafvermindering zou kunnen leiden als bedoeld in art. 359a Sv, is zonder nadere motivering die ontbreekt niet begrijpelijk. De onder 3.5 weergegeven onderdelen van het "verslag slachtofferonderzoek" in samenhang beschouwd met de onder 3.2 weergegeven verklaring van de verdachte had het Hof aanleiding dienen te geven tot die nadere motivering.'[126]

In zijn conclusie onder *NJ* 2006/623 geeft Machielse een opsomming van arresten waarin de Hoge Raad het verweer van de verdediging in behandeling heeft genomen, ondanks dat een strikt begrip van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen tot verwerpen van het verweer had dienen te leiden. Hieruit leidt Machielse af dat 'onder omstandigheden alle mogelijkheden die artikel 359a lid 1 Sv biedt, aan de zittingsrechter kunnen worden voorgehouden ook als eerder de rechter-commissaris de rechtmatigheid van de inverzekeringstelling heeft getoetst of verdachte heeft gehoord op de vordering bewaring.'[127] Hij concludeert dat deze rechtspraak omtrent vormverzuimen (die betrekking hebben op artikel 59 Sv) laat zien dat het gesloten stelsel van rechtsmiddelen door de Hoge Raad wordt ingeroepen wanneer het nadeel dat door het verzuim is veroorzaakt geïsoleerd staat van de vragen van artikel 349 en 350 Sv:

> 'Bijvoorbeeld gaat het er dan om of tweemaal een bevel bewaring tegen verdachte mag worden gevorderd of gegeven. Het antwoord op die vraag belast het onderzoek ter terechtzitting niet. Maar wanneer het gaat om voorwaarden voor het voorarrest die wel uitstralen naar de beslissingen die zittingsrechter moet nemen komt het mij voor dat de rechter-commissaris, die, zoals gezegd meestal op basis van summiere gegevens zijn beslissingen geeft, de zittingsrechter niet kan binden. Als de rechter-commissaris de inverzekeringstelling rechtmatig heeft geoordeeld omdat hij meent dat, ondanks het verweer van verdachte, het bewijsmateriaal op rechtmatige wijze is verkregen, bindt dit oordeel de zittingsrechter niet. Hetzelfde geldt voor het omgekeerde; wanneer de rechter-commissaris meent dat er na aftrek van onrechtmatig verkregen bewijs onvoldoende verdenking aanwezig blijft om verdachte in verzekering te stellen.

126 HR 21 december 2004, *NJ* 2005/172 m.nt. Reijntjes.
127 HR 13 juni 2006, *NJ* 2006/623, m.nt. Klip, conclusie Machielse o. 13.

> Als mijn indruk juist is zal ook in deze zaak het oordeel van de rechter-commissaris dat de inverzekeringstelling onrechtmatig was geen gevolgen hebben voor de beslissingsruimte van de zittingsrechter.'[128]

Door al deze uitzonderingsgevallen is in de literatuur beargumenteerd dat het leerstuk van de gesloten stelsel van rechtsmiddelen in relatie tot artikel 359a-verweren voor veel onzekerheid zorgt in de praktijk.[129] Inmiddels echter maakt de rechtspraak van de Hoge Raad wel helder wat de kern van deze inperking is: zij komt erop neer dat de zittingsrechter geen hogere voorziening dient te vormen voor een beslissing van de rechter-commissaris (of de raadkamer)[130] waar wettelijk gezien geen appèl voor mogelijk is.[131] Indien het gaat om een vormverzuim dat raakt aan een beslissing die de zittingsrechter dient te nemen dan zal hij zich alsnog moeten uitlaten over het vormverzuim. Kuiper laat aan de hand van een categorisatie – die aansluit bij de hierboven gegeven analyse van Machielse – zien dat de rechtspraak van de Hoge Raad inmiddels een duidelijk beeld laat zien van hetgeen de Hoge Raad voor ogen heeft gehad met deze beperking van de reikwijdte van artikel 359a Sv. Hij betoogt dat hiermee ook de onzekerheid ten aanzien van het leerstuk van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen is weggenomen.[132] De begrenzing van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen dient vooral gezocht te worden in de aard van het verzuim en de strekking van het verweer dat daarop volgt, aldus Kuiper. Aan de hand van deze twee factoren onderscheidt hij drie categorieën vormverzuimen die kunnen stuiten op het gesloten stelsel van rechtsmiddelen. Vormverzuimen die:

> '(i) alleen relevant zijn in het kader van de beslissing inzake de toepassing van vrijheidsbenemende dwangmiddelen;
> (ii) die alleen relevant zijn voor de beantwoording van de vragen van art. 348 en 350 Sv door de zittingsrechter; en een categorie daartussen van
> (iii) vormverzuimen die zowel bij de beoordeling door de RC en de raadkamer als bij de beoordeling door de zittingsrechter van belang kunnen zijn.'[133]

Het moge duidelijk zijn dat de vormverzuimen die onder de eerste categorie vallen, zullen afstuiten op het gesloten stelsel van rechtsmiddelen. De vormverzuimen onder de tweede en derde categorie kunnen echter wel ter sprake worden gebracht bij de zittingsrechter. Hierbij moet echter wel worden bedacht dat of een dergelijk verweer ook daadwerkelijk door de zittingsrechter wordt

---

128 Conclusie Machielse o. 21.
129 Zie bijvoorbeeld Brouwer & Jebbink 2002, p. 393-398; Franken 2004, p. 18-19; maar ook de conclusie van AG Machielse onder *NJ* 2006/623; HR 24 november 2009, *NJ* 2011/194, m.nt. Buruma.
130 HR 22 juni 2004, *NJ* 2004/561 m.nt. Mevis.
131 Zie ook Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, p. 868-869.
132 Kuiper 2014, p. 252.
133 Kuiper 2014, p. 254.

behandeld afhangt van de wijze waarop het is 'ingekleed', aldus Kuiper. Maar niet elk verweer dat is gericht op bewijsuitsluiting of niet-ontvankelijkheid zal automatisch door de rechter in beoordeling worden genomen:

> 'de aard van het verzuim is dus niet ondergeschikt aan de strekking van het verweer. Het omgekeerde geldt wel. Strekt het verweer ertoe de – in een eerdere rechtsgang door de RC of de raadkamer getoetste – inverzekeringstelling of voorlopige hechtenis onrechtmatig was, dan stuit dat af op het gesloten stelsel van rechtsmiddelen, ongeacht welk concreet verzuim aan die stelling ten grondslag worden gelegd (...). Bij de zittingsrechter kan wel worden betoogd dat strafvermindering moet volgen op de voet van art. 359a Sv omdat de aanhouding disproportioneel hardhandig en daarom onrechtmatig heeft plaatsgevonden. Niet kan het verweer worden gevoerd dat de formaliteiten bij de inverzekeringstelling niet in acht zijn genomen, als gevolg waarvan deze onrechtmatig is geweest (…). Wie alleen betoogt dat de aanhouding onrechtmatig is geweest, zonder aan te geven op welke grond dat zo is en waarom de zittingsrechter vervolgens daaraan een rechtsgevolg zou moeten verbinden, loopt het risico dat de feitenrechter dat verweer – niet onbegrijpelijk opvat als een beroep op een vormverzuim dat aan de RC kon en moet worden voorgelegd.'[134]

Kortom, de eisen die de Hoge Raad stelt aan de stelplicht hebben ook grote gevolgen voor de inperking die de Hoge Raad heeft ingebracht in de werking van artikel 359a Sv.

De ratio achter deze inperking van de werkingssfeer van artikel 359a Sv door de Hoge Raad is begrijpelijk. Hij wilde paal en perk stellen aan verweren op vormverzuimen waar eerder tevergeefs bij de rechter-commissaris over was geklaagd. Ook in de literatuur wordt deze jurisprudentie van de Hoge Raad (inmiddels) niet als problematisch ervaren. Zoals hierboven gezegd stelt Kuiper dat de contouren van deze jurisprudentie inmiddels helder zijn en dat in twijfelgevallen de Hoge Raad de verdachte 'het volle pond geeft'.[135] Bovendien kunnen vormfouten die raken aan belangrijke rechten van de verdachte altijd ter beoordeling van de zittingsrechter worden voorgelegd. Ook in Corstens, Borgers & Kooijmans wordt gewezen op de relatief geringe betekenis van deze beperking voor de rechtspraak betreffende artikel 359a Sv.[136] Kritischer zijn Keulen en Knigge ten aanzien van de jurisprudentie. Hoewel ook zij het nut van deze inperking inzien vragen zij zich af of een categorische uitsluiting van dergelijke verweren de meest voor de hand liggende oplossing had moeten zijn:

> 'Een bezwaar is (...) dat van die categorische beperking de suggestie uitgaat dat de RC elke vormfout, hoe gering ook, dient te sanctioneren met de invrijheids-

134 Kuiper 2014, p. 258, met een verwijzing naar HR 22 juni 2004, *NJ* 2004/561, Mevis.
135 Kuiper 2014, p. 259-260, met een verwijzing naar *NJ* 2006/623.
136 Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, p. 868-869.

> stelling van de verdachte. Een andere sanctie heeft de RC immers niet. Toch kan dat niet de bedoeling zijn. Het resultaat lijkt dan ook te zijn dat een aantal vormverzuimen tussen de wal en het schip valt. Dat is onbevredigend bij vormverzuimen die de voortzetting van de inverzekeringstelling niet onrechtmatig maken, maar die wel ernstig genoeg zijn om door strafvermindering te worden gecompenseerd. De uitsluiting van art. 359a Sv heeft ook merkwaardige effecten. De verdachte die vlak voor de voorgeleiding bij de rechter-commissaris wordt vrijgelaten, kan wel een beroep doen op art. 359a Sv.'[137]

Wat de toepassing van artikel 359a Sv betreft wordt de leer van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen aldus niet strikt gehandhaafd, en zijn er veel uitzonderingsgevallen te bedenken waar de zittingsrechter ondanks een eerdere controle door de rechter-commissaris zich alsnog zal wagen aan een eigen toets van het vooronderzoek. Dit strookt niet goed met het leerstuk van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen.[138] Het gaat hier immers om een zeer formalistische regel die zich moeilijk laat vereenzelvigen met de vele – op zichzelf terechte – uitzonderingen die de Hoge Raad heeft aangebracht in zijn jurisprudentie.[139] In dit kader stelt Knigge dat hij niet uitsluit dat de Hoge Raad

> 'zich minder gelukkig heeft uitgedrukt en eigenlijk bedoeld heeft dat de oplegging van vrijheidsbenemende dwangmiddelen in ons strafproces met voldoende waarborgen is omkleed (waaronder de waarborg van rechterlijk toezicht) en dat daarom aan toezicht van de zittingsrechter op de rechtmatigheid van die oplegging (door middel van toepassing van art. 359a Sv) geen of onvoldoende behoefte bestaat. De beperking van de toepassing van art. 359a Sv wordt dan niet gezocht in de geslotenheid van het stelsel van rechtsmiddelen, maar in een beperkte strekking of reikwijdte van art. 359a Sv.'[140]

Hierdoor is het dan ook de vraag of een verwijzing naar het gesloten stelsel van rechtsmiddelen in dezen geoorloofd is, naast de door de Hoge Raad aangenomen uitzonderingen zijn er immers ook andere aan de rechter-commissaris

137 Keulen & Knigge 2016, p. 569.

138 Zie in dit kader ook de bespreking van de strekking van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen door A-G Knigge onder HR 10 februari 2015, *NJ* 2015/197 m.nt. Schalken. Hij stelt in zijn conclusie dat de Hoge Raad bij de toepassing van deze beperking een te ruime strekking toedicht aan het gesloten stelsel van rechtsmiddelen.

139 Zo zoekt Kuiper het belang van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen in de gedachte dat het zorgt voor rechtszekerheid, doelmatigheid en overzichtelijkheid, en uiting geeft aan de gedachte dat een rechtsstrijd eens ter einde moet komen. Er moet aldus niet te snel worden afgeweken van het stelsel maar tegelijkertijd staat vast dat uitzonderingen soms noodzakelijk zijn om de rechtvaardigheid van het stelsel te behouden (Kuiper 2014, p. 250, verwijzend ook naar De Hullu 1989, p. 462).

140 Zie conclusie Knigge onder *NJ* 2015/197.

toekomende beslissingen die wel door de zittingsrechter worden getoetst.[141] Al deze uitzonderingen maken de formalistische argumentatie die de Hoge Raad bezigt ter onderbouwing van deze beperking moeilijk te rijmen met de flexibiliteit die hij hanteert bij de zogenoemde 'grensgevallen'.

6.2.2 Factoren

De beperkingen in de reikwijdte van artikel 359a Sv zijn deels door de Hoge Raad in het leven geroepen, en deels zijn ze in de jurisprudentie nader aangescherpt. Hoewel zoals hierboven betoogd, ook uitzonderingen mogelijk zijn op deze beperkingen in de reikwijdte van artikel 359a Sv, geven zij in algemene zin aan in welke situatie de rechter langs de weg van dit artikel kan overgaan tot de sanctionering van onrechtmatig overheidshandelen. Is de rechter voornemens om een sanctie te verbinden aan een geconstateerde onrechtmatigheid, dan zal hij rekening dienen te houden met deze factoren. Ook voor deze wegingsfactoren geldt dat zij met name in de jurisprudentie nader zijn uitgewerkt en ingevuld.

6.2.2.1 Belang

De eerste factor die wordt genoemd in het tweede lid is 'het belang dat het geschonden voorschrift dient'. Het gaat er bij deze factor om dat de rechter zich buigt over de vraag welk belang de norm in het algemeen beoogt te beschermen, wiens belang dat in het specifieke geval is, en hoe zwaarwegend dat belang is in het licht van de strafprocedure. Deze factor wordt in de literatuur vaak in één adem genoemd met de relativiteitseis.[142] Hoewel deze twee 'factoren' met elkaar overlappen, is er ook een onderscheid te maken. Alvorens in te gaan op dit onderscheid wordt eerst aandacht besteed aan de relativiteitseis, omdat deze op verschillende wijzen een rol speelt in het beoordelingskader van artikel 359a Sv.

Deze relativiteitseis,[143] die ook wel de *Schutznorm* wordt genoemd, speelde

---

141 Te denken valt aan de tapmachtiging en de doorzoeking in de zin van 97 Sv; HR 11 oktober 2005, *NJ* 2006/625; Corstens/Borgers & Kooijmans verwijst tevens ook naar het inmiddels afgeschafte GVO; zie ook Kuiper 2014, p. 250.

142 Bijv. Schoep, in: *T&C Strafvordering* 2018, aant. 3 bij art. 359a Sv; Embregts, in: *Wetboek van Strafvordering*, A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a., aant. 5.9 bij art. 359a Sv (online, laatst bijgewerkt op 1 oktober 2004); Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, p. 870-871; Keulen & Knigge 2016, p. 543-544.

143 Tevens speelt de relativiteitseis ook een rol bij de afbakening van de reikwijdte van art. 359a Sv, in het bijzonder de eis dat het vormverzuim moet zijn begaan in het voorbereidend onderzoek ter zake van het aan de verdachte ten laste gelegde feit (zie hierboven onder 6.2.1.1). Immers, betoogd kan worden dat indien het vormverzuim is begaan in het kader van het vooronderzoek ten aanzien van een ander dan de verdachte, de verdachte niet in zijn belangen is geschaad. In de literatuur wordt om deze reden gesteld dat deze twee

reeds voor de invoering van artikel 359a Sv een rol in de jurisprudentie van de Hoge Raad.[144] Bij de invoering van deze bepaling overwoog de Commissie-Moons dat 'het begrip "Schutznorm" en de daaraan te stellen eisen nog onvoldoende uitgekristalliseerd [waren] om deze wettelijk vast te leggen'.[145] Om die reden werd de nadere invulling van deze norm aan de jurisprudentie van de Hoge Raad overgelaten. In het algemeen worden aan deze uit het civiele recht ontleende norm twee verschillende aspecten toegeschreven. Dat is mede gelegen in het feit dat in het civiele recht twee definities worden gegeven aan deze norm:

> 'Het gaat in de eerste plaats om de variant dat de geschonden norm "strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden" van het negatief geformuleerde artikel 6:163 BW: "Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden." In de tweede plaats is er de variant dat tot schadevergoeding verplicht is hij "jegens een ander" een onrechtmatige daad "pleegt" van artikel 6:162 lid 1 BW: "Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden." Deze laatste variant wordt in de literatuur ook geformuleerd als het vereiste dat de schending van de betreffende norm onrechtmatig is "jegens" de benadeelde.'[146]

In het kader van artikel 359a Sv dient de rechter aan beide aspecten te toetsen. Dat betekent dat de relativiteitseis tweeledig is: deze houdt in dat de geschonden norm beoogt het belang van de verdachte te beschermen, waarbij enerzijds

---

regels verwantschap met elkaar vertonen. Buruma legt in zijn noot onder *NJ* 2009/440 echter het onderscheid als volgt uit: 'Daarmee lijkt de Hoge Raad te kiezen voor wat ik in mijn noot onder HR NJ 2006, 193 de salami-aanpak heb genoemd. In dat arrest ging het om de vraag of een onrechtmatige binnentreding van de politie ter fine van aanhouding van een verdachte na een ontsnapping kon worden aangevoerd, toen hij werd vervolgd wegens bedreiging van de binnentredende agenten met een mes. Naar aanleiding daarvan kon het praktische verschil tussen de Schutznorm en de salaminorm worden uitgelegd. Het gaat er bij de salaminorm niet om dat door een beweerde onrechtmatigheid de belangen van een ander dan de verdachte die er een beroep op doet, zijn geschonden. Het zijn wel degelijk diens belangen. De bezwaren tegen het overheidsoptreden worden in geval van toepassing van de salaminorm evenwel geacht niet in de desbetreffende procedure aan de orde te hoeven komen. Het betwiste optreden wordt als het ware afgesneden van de procedure in het kader waarvan de verdachte terecht staat.'

144 HR 18 december 1990, *NJ* 1991/343, m.nt. Van Veen; HR 8 juli 1992, *NJ* 1993/30.

145 Corstens 1993, p. 55.

146 Den Hollander 2016, p. 27; Den Hollander maakt tevens wel een onderscheid tussen deze twee definities en stelt dat enkel de eerste definitie als de relativiteitseis moet worden gezien, terwijl de tweede uiting geeft aan het relatief onrechtmatigheidsbegrip (p. 28 e.v.).

de nadruk gelegd kan worden op 'beoogt te beschermen' en anderzijds op 'belang van de verdachte'.[147] Dit blijkt uit het standaardarrest van de Hoge Raad uit 2004, waarin hij stelt dat 'indien het niet de verdachte is die door de niet-naleving van het voorschrift is getroffen in het belang dat de overtreden norm beoogt te beschermen, in de te berechten zaak als regel geen rechtsgevolg zal behoeven te worden verbonden aan het verzuim'.[148]

Hoewel deze regel op het eerste oog nogal strikt lijkt te zijn geformuleerd door de Hoge Raad, bestaat er wel enige ruimte voor afwijking ervan. Concreet betekent de relativiteitseis dat de rechter geen rechtsgevolgen hoeft te verbinden aan de onrechtmatige doorzoeking van een niet aan verdachte toebehorende (of door verdachte bewoonde) woning, aangezien de geschonden norm ziet op de bescherming van het huisrecht van de bewoner en niet raakt aan de rechten van verdachte.[149] Een uitzondering wordt echter aangenomen indien de toepassing van de relativiteitseis afbreuk zou doen aan de ratio van de geschonden norm. Hierbij kan worden gedacht aan inbreuken op het verschoningsrecht van geheimhouders[150] en schending van het pressieverbod.[151] Ook hoeft de rechter geen rechtsgevolg te verbinden aan de schending van een norm die in algemene zin niet de bescherming van de belangen van de verdachte tot doel heeft. Zo heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een verdachte geen beroep kan doen op de schending van het doorlaatverbod met betrekking tot drugs (art. 126ff Sv) aangezien deze bepaling niet in het belang van de verdachte in het leven is geroepen.[152] Ook met betrekking tot dit aspect van de relativiteitseis heeft de Hoge Raad uitzonderingen geaccepteerd, namelijk wanneer het een vormverzuim betreft dat van structurele aard is.[153] De uitzonderingen die de Hoge Raad heeft geaccepteerd op de relativiteitseis, alsmede het feit dat deze eis geen wettelijke beperking is van artikel 359a Sv, brengt wat Buruma betreft mee dat 'de rechter dus niet verplicht maar wel van harte uitgenodigd [is] de Schutznorm toe te passen'.[154] De ruimte die de Hoge Raad in zijn jurisprudentie aan de feitenrechter geeft om af te wijken van deze eis is evenwel klein. Het is echter juist in deze uitzonderingen waarin

147 Embregts, in: *Wetboek van Strafvordering*, A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a., aant. 5.9 bij art. 359a Sv (online, laatst bijgewerkt op 1 oktober 2004); zie verder ook Embregts 2003, p. 124.

148 *NJ* 2004/376, *r.o.* 3.5.

149 *NJ* 2004/376, *r.o.* 4.4; zie verder HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/377 waar een (mogelijk) ten onrechte niet geopend gvo tegen medeverdachte in de zaak van verdachte geen gevolgen hoefde te hebben.

150 HR 12 januari 1999, *NJ* 1999/290.

151 HR 9 juni 1987, *NJ* 1997/90; Keulen & Knigge wijzen tevens op bewijs verkregen door schending van het folterverbod. Dit mag ingevolge de rechtspraak van het EHRM niet meewerken aan het bewijs (p. 544).

152 HR 28 mei 2002, *NJ* 2002/601; HR 2 juli 2002, *NJ* 2002/602, m.nt. Buruma; zie ook Kooijmans 2011.

153 HR 19 februari 2013, *NJ* 2013/308, m.nt. Keulen; zie verder paragraaf 6.2.3.2.

154 Noot Buruma onder *NJ* 2004/376.

het onderscheid tussen de relativiteitseis en de wegingsfactor het belang dat de geschonden norm dient, duidelijk worden.

Zoals gezegd is er naast een aanzienlijke overlap die er bestaat tussen de relativiteitseis en de wegingsfactor het belang dat de geschonden norm dient, ook een onderscheid tussen deze twee factoren. Dat verschil ligt in het laatste hierboven genoemde aspect van de wegingsfactor, namelijk de vraag naar de zwaarwegendheid van het belang dat is geschonden. Waarbij ervan uit kan worden gegaan dat hoe zwaarwegender dat belang is, hoe eerder een rechtsgevolg aan het vormverzuim kan worden geboden. Kuiper verwoordt dit als volgt:

> 'de toetsing aan deze wegingsfactor [dwingt] de rechter tot een bredere vraagstelling dan die waartoe het Schutznormvereiste aanleiding geeft. In het Schutznormvereiste dat noopt tot de vraagstelling of de geschonden norm strekt ter bescherming van de belangen van de verdachte (en of op die belangen ook daadwerkelijk inbreuk is gemaakt), komt tot uitdrukking dat de zittingsrechter meestal geen rol heeft bij schending van voorschriften die niet strekken ter bescherming van het belang van de verdachte. (...) het fundamentele belang van het geschonden voorschrift – zoals bescherming van de verklaringsvrijheid en het verschoningsrecht – [kan] onder omstandigheden aanleiding geven een uitzondering te maken op het Schutznormvereiste. De toetsing aan de hier besproken wegingsfactor stimuleert de rechter dus een open oog te houden voor andere zwaarwegende belangen. De in het standaardarrest – zij het beperkte, maar desalniettemin – uitdrukkelijk behouden ruimte om af te wijken van het Schutznormvereiste, maakt de bredere oriëntatie op de betekenis van de geschonden norm op grond van de hier besproken toetsfactor noodzakelijk. Ook volgens dit arrest is immers de toepassing van een rechtsgevolg op de voet van art. 359a Sv niet geheel uitgesloten als geen belang van de verdachte in het geding is.'[155]

In de regel gaat de jurisprudentie van de Hoge Raad er aldus vanuit dat hoe zwaarder de te verbinden sanctie, hoe strikter wordt vastgehouden aan de relativiteitseis en hoe kleiner de mogelijkheid om uitzonderingen aan te nemen. Slechts bij een zwaarwegend belang kan de rechter overgaan tot het verbinden van een sanctie aan een onrechtmatigheid. De verschillende betekenissen die worden gegeven aan de relativiteitseis en de uitzonderingen die er bestaan op deze eis kunnen in de praktijk echter wel leiden tot inconsistente toepassing.

6.2.2.2 Ernst van het verzuim

De volgende wegingsfactor die wordt genoemd in het tweede lid van artikel 359a Sv is de ernst van het vormverzuim. Bij de beoordeling van de ernst van het verzuim dient de rechter acht te slaan op de omstandigheden waaronder het verzuim is begaan en de mate van verwijtbaarheid van opsporingsambtena-

155 Kuiper 2014, p. 327-328.

ren.[156] Wat precies onder de ernst van het verzuim moet worden verstaan maakte de Hoge Raad duidelijk in *NJ* 2008/116. Het ging hier om een schending van het recht op rechtsbijstand wegens een fout – het verkeerd verzenden van een fax – veroorzaakt bij de piket-melding waardoor de raadsvrouw van verdachte te laat op de hoogte werd gesteld van de inverzekeringstelling van verdachte en verdachte in de tussentijd een (ontkennende) verklaring aflegde. De Hoge Raad oordeelde dat het hof hierbij terecht heeft overwogen dat hier weliswaar een belangrijk strafprocessueel voorschrift was geschonden, maar dat de ernst van die schending niet van dien aard is dat dit tot bewijsuitsluiting of niet-ontvankelijkheid tot gevolg dient te hebben. Hierbij speelden de omstandigheden waaronder het verzuim was begaan en de mate van verwijtbaarheid van het verzuim een belangrijke rol: 'In het onderhavige geval betreft het verwijt een technische fout. De betreffende opsporingsambtenaar heeft het papier waarschijnlijk verkeerd in het faxapparaat gelegd, terwijl er van de zijde van de piketcentrale geen pogingen zijn ondernomen de politie op deze fout te attenderen.'[157]

De vraag naar de verwijtbaarheid van het handelen van de opsporingsambtenaren wordt in de literatuur veelal in verband gebracht met het uit het Amerikaanse recht afkomstige *good faith exception*, waarbij het te goeder trouw handelen van opsporingsambtenaren als reden wordt gezien om van sanctionering van het vormverzuim af te zien.[158] Illustratief is het arrest van de Hoge Raad uit 2001 waarin opsporingsambtenaren zonder schriftelijke machtiging de woning van verdachte waren binnengetreden en daar een hennepkwekerij hadden aangetroffen. De verbalisanten verkeerden ten tijde van de binnentreding in de veronderstelling dat het pand onbewoond was, maar hadden dat niet verifieerd. De Hoge Raad overwoog dat 'voor bewijsuitsluiting in beginsel geen plaats [is] indien de verbalisanten op grond van de wijze waarop dat pand zich aan hen aandiende en hetgeen hen overigens omtrent dat pand bekend was en kon zijn redelijkerwijze hebben mogen aannemen dat van een woning geen sprake was'.[159] Hoewel dat in casu niet het geval was omdat de opsporingsambtenaren hun aanname dat het pand onbewoond is hadden gebaseerd op een anonieme tip en daar geen nader onderzoek naar hadden gedaan, wijst Reijntjes er in zijn noot op dat de Hoge Raad met dit arrest een

156 *NJ* 2004/376, *r.o.* 3.5; zie uitgebreid Kuiper 2014, p. 334-335; ook verwijzend naar het voorstel van Borgers om hierbij ook aandacht te besteden aan de vraag of en welke (interne) reactie er is gevolgd op het vormverzuim (Borgers 2012, p. 270).

157 HR 13 november 2007, *NJ* 2008/116, m.nt. Borgers.

158 Zie Embregts, in: *Wetboek van Strafvordering*, A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a., aant. 5.9 bij art. 359a Sv (online, laatst bijgewerkt op 1 oktober 2004); Embregts is tevens zelf zeer kritisch op het overnemen van de good faith exception in de Nederlandse rechtspraak omdat in Nederland naast het afschrikken van toekomstig onrechtmatig handelen door opsporingsambtenaren, ook andere argumenten (zoals reparatie en demonstratie) ten grondslag liggen aan de sanctionering van onrechtmatig handelen in de opsporing.

159 HR 19 juni 2001, *NJ* 2001/574, m.nt. Reijntjes.

nieuwe regel introduceert: 'voor bewijsuitsluiting is, bij verontschuldigbare dwaling, geen plaats'.[160]

Met deze factor wil de Hoge Raad met name tot uitdrukking brengen dat een onrechtmatigheid die het gevolg is van een vergissing, of die begaan is onder omstandigheden die de fout billijken (te denken valt aan het *ticking bomb*-scenario), minder snel in aanmerking zal komen voor sanctionering door de rechter.[161] Omgekeerd betekent het dat moedwillig overschrijden van strafprocessuele normen een ernstig vormverzuim oplevert. Hierbij moet wel worden bedacht dat bij de beoordeling van de ernst van het verzuim weliswaar de vraag naar de omstandigheden waaronder deze is begaan en de mate van verwijtbaarheid een belangrijke rol toekomt, maar dat niet mag worden geabstraheerd van de andere twee factoren in het tweede lid van artikel 359a Sv. Dat wil zeggen dat het verbinden van een rechtsgevolg niet louter mag zijn gebaseerd op het gegeven dat opsporingsambtenaren zich schuldig hebben gemaakt aan laakbaar handelen.[162] Te denken valt in dat licht ook aan de hierboven besproken zaken betreffende het valselijk opmaken van processenverbaal.

6.2.2.3 Nadeel

De derde factor is het nadeel dat wordt veroorzaakt door de normoverschrijding. In de memorie van toelichting bij de Wet vormverzuimen wordt hierbij opgemerkt dat gedacht kan worden aan eventuele schade geleden door de verdachte of het slachtoffer van de normoverschrijding.[163] Hieruit hebben sommigen afgeleid dat de wetgever in ieder geval de mogelijkheid open heeft gelaten dat ook indien de normoverschrijding niet direct het belang van de verdachte beoogde te bescherming – en daarmee niet wordt beantwoord aan de relativiteitseis – de rechter niettemin kan overgaan tot het verbinden van een rechtsgevolg aan het vormverzuim op de voet van artikel 359a Sv.[164] Verder is de memorie van toelichting weinig richtinggevend ten aanzien van het type nadeel waar de rechter rekening mee moet houden. Hierover merkt Kooijmans op dat

160 *NJ* 2001/574, m.nt. Reijntjes, o. 3.

161 In dit verband kan ook worden gedacht aan de omstandigheid waarin onrechtmatig is opgetreden omdat bijvoorbeeld een bepaald bevel ontbrak, maar ook in het geval een bevel was gegeven op dezelfde wijze zou zijn opgetreden (*NJ* 2013/308), in zekere zin gaat het dan om een bepaalde vorm van herstelbaarheid van het vormverzuim; Kuiper maakt tevens nog een onderscheid tussen dwaling ten aanzien van de feiten en dwaling ten aanzien van het recht, zie Kuiper 2014, p. 333.

162 HR 29 juni 2010, *NJ* 2010/442 m.nt. Schalken.

163 *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, 3, p. 26.

164 Kuiper 2014, p. 340; Embregts, in: *Wetboek van Strafvordering*, A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a., aant. 11.3 bij art. 359a Sv (online, laatst bijgewerkt op 1 oktober 2004).

> 'uit de wetsgeschiedenis niet méér [kan] worden afgeleid dan dat deze zich niet verzet tegen een ruime uitleg van het nadeelsbegrip. Wellicht vormt dit een verklaring voor het feit dat de Hoge Raad (enkele jaren vóór het Afvoerpijparrest) een oordeel van het Amsterdamse gerechtshof in stand hield dat "de schending van het immateriële belang van de verdachte bij een integer strafproces" enige compensatie verdiende hoewel zulks naar het oordeel van hof "niet rechtstreeks de concrete belangen van de verdachte raakt".'[165]

De huidige jurisprudentie van de Hoge Raad laat echter een ander beeld zien. Zoals de hiervoor besproken factoren hanteert de Hoge Raad ook ten aanzien van de wegingsfactor nadeel een restrictieve uitleg. In zijn standaardarrest uit 2004 overweegt hij dat bij de beoordeling van het nadeel dat door de onrechtmatigheid is veroorzaakt onder meer van belang is of en in hoeverre de verdachte door het verzuim daadwerkelijk in zijn *verdediging* is geschaad. Hier voegt de Hoge Raad aan toe 'dat indien het niet de verdachte is die door de niet-naleving van het voorschrift is getroffen in het belang dat de overtreden norm beoogt te beschermen, in de te berechten zaak als regel geen rechtsgevolg zal behoeven te worden verbonden aan het verzuim'.[166] De praktische implicaties van de koppeling tussen zowel het nadeel met het verdedigingsbelang van de verdachte, en de wegingsfactoren in artikel 359a Sv onderling, werden in een arrest uit 2011 zichtbaar.[167] In casu waren de opsporingsambtenaren met een machtiging de woning van verdachte (een binnenvaartschip) binnengetreden en hadden aldaar een (onrechtmatige) doorzoeking gepleegd. Deze bestond er onder meer uit dat een afgesloten kastdeur werd geopend die doorgang bood tot een daarachter gelegen ruimte waar zich een hennepkwekerij bevond. Op het verweer op bewijsuitsluiting van de verdediging oordeelde het hof

> 'dat het openen door de politie van de afgesloten kastdeur naast het bed onrechtmatig was en dat daardoor weliswaar inbreuk is gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte, doch dat door het openen van die deur niet een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden, terwijl daarbij geen nadeel in de zin van art. 359a Sv is veroorzaakt'.

Immers, de geopende kastdeur bood slechts een doorgang (naar daarachter gelegen ruimten) en die ruimte was geheel leeg.[168] De Hoge Raad liet dit oordeel in stand en voegde daaraan toe dat alleen schade aan een rechtens te respecteren belang van de verdachte nadeel in de zin van artikel 359a Sv kan opleveren, 'het belang van de verdachte dat het gepleegde feit niet wordt

165 Kooijmans 2011, p. 1103; verwijzend naar HR 6 april 1999, *NJ* 1999/565 m.nt. T.M. Schalken.
166 *NJ* 2004/376, *r.o.* 3.5.
167 HR 4 januari 2011, *NJ* 2012/145, m.nt. Borgers.
168 *NJ* 2012/145, m.nt. Borgers.

ontdekt, [kan] niet worden aangemerkt als een rechtens te respecteren belang'.[169]

Met deze overweging brengt de Hoge Raad een aanzienlijke beperking aan in de betekenis van nadeel. De onrechtmatige doorzoeking van een woning levert immers ook nadeel op in de vorm van een privacyschending, maar blijkbaar is dit nadeel niet voldoende voor de toepassing van een sanctie. Althans, niet wat betreft de bewijsuitsluiting en de niet-ontvankelijkheid.[170] In hoeverre de wegingsfactor nadeel (of belang) los kan worden gezien van procesrechten is niet helemaal duidelijk. Wel kan op basis van de memorie van toelichting worden betoogd dat voor strafvermindering 'lagere' – in die zin dat niet direct een koppeling hoeft te zijn met nadeel in verdedigingsrechten – eisen worden gesteld. Hierin is te lezen dat 'strafverlaging kan worden toegepast als het door het vormverzuim ontstane nadeel hierdoor redelijkerwijs kan worden vereffend'.[171] Deze gedachte is ook terug te vinden in de jurisprudentie van de Hoge Raad, waarin tot uitdrukking komt dat nadeel dat niet direct raakt aan de procesrechten van de verdachte in bepaalde gevallen zich leent voor compensatie door middel van strafvermindering.[172] De interpretatie van nadeel is aldus sterk afhankelijk van het rechtsgevolg dat verbonden wordt aan de onrechtmatigheid.

Alles overziende kan worden gesteld dat voor de toepassing van de zwaardere sancties – niet-ontvankelijkheid en bewijsuitsluiting – de drie wegingsfactoren uit artikel 359a Sv cumulatief en aldus in onderling verband moeten worden gezien: indien wel sprake is van nadeel voor de verdachte maar de geschonden norm niet de bescherming van het belang van de verdachte voor ogen had, ligt een zware rechterlijke sanctie niet voor de hand.

6.2.2.4 Overige factoren

Naast de hierboven genoemde wettelijke wegingsfactoren heeft de Hoge Raad ook een aantal jurisprudentiële factoren geïntroduceerd waar de rechter bij het sanctioneren van vormverzuimen – in het bijzonder bij de sanctie bewijsuitsluiting – rekening mee *kan* houden. Deze aanvullende jurisprudentiële factoren zijn in het laatste standaardarrest van de Hoge Raad uit 2013 voor het eerst geëxpliciteerd, hoewel ook daarvoor impliciete verwijzingen in de rechtspraak aanwezig waren. Het gaat hier in het bijzonder om de factor de ernst van het

169 *NJ* 2012/145, *r.o.* 3.2.2.

170 Hoewel de Hoge Raad voor bewijsuitsluiting ook een tweetal uitzonderingen heeft gemaakt in zijn standaardarrest uit 2013 (zie hieronder). Zie tevens: Kooijmans 2011; Kuiper 2014, p. 342.

171 Waarbij zij opgemerkt dat de memorie van toelichting ook hier niet uitblinkt in helderheid en slechts één voorbeeld geeft: de schending van de redelijke termijn (*Kamerstukken II* 1993/94, 23507, 3, p. 25).

172 Bijv. inbreuk op privacyrechten: HR 21 maart 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5254; maar ook een inbreuk op de lichamelijke integriteit: 11 december 2012, *NJ* 2013/130, m.nt. Schalken.

strafbare feit en daarmee samenhangend de positieve verplichtingen van slachtoffers van dat misdrijf.

In zijn arrest uit 2013 overweegt de Hoge Raad ten aanzien van de sanctie bewijsuitsluiting dat de rechter bij de toepassing van een dergelijke sanctie naast de wettelijke beoordelingsfactoren onder andere moet onderzoeken of:

> 'in de gegeven omstandigheden toepassing van bewijsuitsluiting opweegt tegen de daarvan te verwachten negatieve effecten en of aldus niet op onaanvaardbare wijze afbreuk wordt gedaan aan zwaarwegende belangen als de waarheidsvinding en de bestraffing van de dader van een – mogelijk zeer ernstig – strafbaar feit, alsmede in voorkomend geval aan de rechten van slachtoffers of hun nabestaanden, mede gelet op uit het EVRM voortvloeiende positieve verplichtingen tot effectieve bestraffing.
> In het bijzonder de zojuist besproken, zeer uitzonderlijke, situatie vergt dat de rechter in zijn uitspraak nadere rekenschap aflegt van toepassing van bewijsuitsluiting.'[173]

De ernst van het strafbare feit en de daarmee – in de rechtspraak van de Hoge Raad – samenhangende positieve verplichtingen die voortvloeien uit mensenrechtelijke verdragen zijn bijzondere factoren omdat zij niet zijn opgenomen in artikel 359a Sv.[174] Het betrekken van andere factoren bij de afweging van belangen in artikel 359a Sv is door de wetgever niet expliciet uitgesloten bij de totstandkoming van deze bepaling, maar deze factoren kunnen evenwel als omstreden worden aangemerkt.[175] Om te beginnen bij de positieve verplichtingen jegens slachtoffers van ernstige misdrijven die voortvloeien uit het EHRM.

Dat het EVRM niet enkel negatieve verplichtingen in het leven roept voor een staat om zich te onthouden van het maken van inbreuken op grondrechten van burgers, maar met betrekking tot een aantal rechten ook positieve verplichtingen bevat die eruit bestaan dat de staat zich inspant om schendingen van (bepaalde) mensenrechten,[176] door de overheid zelf of door derden, te voorkomen, is inmiddels een breed gedeelde rechtsopvatting.[177] Zo heeft het EHRM ten aanzien van het in artikel 2 neergelegde recht op leven geoordeeld dat de staat zorg dient te dragen voor 'a legislative and administrative framework

173 *NJ* 2013/308, r.o 2.4.5.

174 Het ontbreken van de factor ernst van het feit is wel bekritiseerd in de literatuur, onder meer door De Hullu in zijn noot onder *NJ* 1999/104.

175 Zie bijv. Schalken onder *NJ* 2002/625, Pitcher 2016, p. 83-95; Thommen & Samadi 2016.

176 In de rechtspraak van het EHRM zijn aanwijzingen te vinden dat het in ieder geval gaat om de art. 2, 3, 4, 5, 8, 9 en 14 EVRM: Zie bijv. EHRM 27 september 2011, 29032/04 (*M & C/Roemenië*); EHRM 30 november 2004, 48939/99, par. 92-94 (*Öneryildiz/Turkije*); Van Kempen 2008, p. 45-48; Lindenberg 2013, p. 501-529.

177 Zie onder meer: Gerards 2006; Van Kempen 2008; Emaus 2011, p. 28-40; Kool 2016, p. 132-140; Lavrijsen 2014, p. 69-129; De Wilde 2016.

designed to provide effective deterrence against threats to the right to life'.[178] Uit deze positieve verplichting van effectieve bescherming van mensenrechten kan onder bepaalde omstandigheden de plicht voortvloeien tot strafbaarstelling van bepaalde gedragingen, en daarop aansluitend de opsporing, vervolging en bestraffing van deze gedragingen.[179] Over de reikwijdte van de verplichting van de wetgever om gedrag strafbaar te stellen is veel discussie in de literatuur. Grotendeels kan dat worden toegeschreven aan het gegeven dat het EHRM zich in zijn – doorgaans casuïstische – rechtspraak niet in algemene zin heeft uitgelaten onder welke omstandigheden een dergelijke plicht tot strafbaarstelling bestaat, waarom en wanneer het strafrecht het geboden instrument is en wat de reikwijdte van deze plicht is.[180] Vraag is er ook over de inhoud van de strafvorderlijke inspanningen ter uitvoering van de strafbaarstelling. Het EHRM vereist in dit kader in ieder geval dat lidstaten aan hun justitiële instanties voldoende strafvorderlijke bevoegdheden hebben toebedeeld ter opsporing, vervolging en bestraffing van dergelijke feiten. De Wilde stelt dat het in de rechtspraak van het EHRM in dit verband doorgaans gaat om de volgende vragen:

> 'Is bijvoorbeeld al het redelijke gedaan om de waarheid te achterhalen? Berust een beslissing om een persoon niet te vervolgen op een redelijke belangenafweging? Wanneer dat in de ogen van de klager niet het geval is, zal naar Nederlands strafrecht een klacht op grond van artikel 12 Wetboek van Strafvordering (Sv) over niet-vervolging zijn afgewezen.'[181]

In de literatuur aangaande vormverzuimen wordt uit deze positieve verplichtingen ten aanzien van strafvorderlijke handhaving van mensenrechtenschending afgeleid dat er in het nationale stelsel van lidstaten geen structurele obstakels bestaan die aan de effectiviteit van die mensenrechtenbescherming afbreuk doen.[182] Deze effectiviteitseis van de bescherming van mensenrechten zou een rol moeten spelen bij de wijze waarop de rechter omgaat met de afdoening van vormverzuimen langs de weg van artikel 359a Sv.[183] Zo betogen Vellinga-Schootstra & Vellinga dat met name de zware sancties uit artikel

178 Onder andere in EHRM 20 oktober 1998, 23452/94, para 115 (*Osman/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 30 november 2004, 48939/99, par. 89 (*Öneryildiz t. Turkije*); EHRM 28 mei 2015, 41107/10, par. 95-96 (*Y/Slovenië*).

179 Van Kempen 2008, p. 26-27.

180 Zie onder meer Van Kempen 2008, p. 28-29; De Wilde 2016, p. 163-164.

181 De Wilde 2016, p. 165, verwijzend naar onder andere EHRM 20 november 2014, 47708/08, par. 43-48 (*Jaloud/Nederland*).

182 Kuiper 2014, p. 347; verwijzend naar EHRM 23 september 1998, 25599-94 (*A/Verenigd Koninkrijk*) over een ongerechtvaardigde bewijslast voor slachtoffers van mishandeling; EHRM 26 maart 1985, 8978/80, (*X&Y/Nederland*) over de onredelijke procedurele vereisten voor vervolging van zedendelicten van kwetsbare slachtoffers van zedendelicten; zie tevens De Wilde 2016.

183 Vellinga-Schootstra & Vellinga 2008, p. 35 e.v.

359a Sv, te weten bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkheid, ernstig afbreuk kunnen doen aan de effectieve strafrechtelijke handhaving van geschonden mensenrechten.[184] Toepassing van dergelijke sancties kan er immers aan in de weg staan dat de staat aan haar positieve verplichtingen tot een *effective remedy*[185] jegens 'slachtoffers van schendingen van die rechten' beantwoordt.[186] Ook Kuiper onderstreept dit betoog,[187] hij beargumenteert dat de positieve verplichtingen in het kader van vormverzuimen met zich kunnen brengen dat deze onder omstandigheden een reden kunnen zijn om af te zien van het sanctioneren van een vormverzuim, bijvoorbeeld wanneer 'bewijsuitsluiting (met vrijspraak tot gevolg), niet-ontvankelijkverklaring of een grote mate van strafvermindering, in gevallen waarin door het te berechten strafbare feit een ernstige inbreuk is gemaakt op verdragsrechten van het slachtoffer. In dit licht is de ernst van het feit als wegingsfactor zeker zinvol.'[188] Tot slot is ook Keulen positief over de introductie van deze factor in de rechtspraak van de Hoge Raad, omdat het moeilijk te rechtvaardigen is dat een vormverzuim waarvan de ernst in het niet valt bij de ernst van het gepleegde feit, aan bestraffing daarvan in de weg zou staan. Hij stelt dat deze rechtspraak aldus zo moet worden verstaan dat de Hoge Raad tot uitdrukking wil brengen dat 'er bij de ingrijpende inbreuken op (grond)rechten die hier aan de orde zijn niet snel aanleiding zal zijn om bewijsuitsluiting vanwege negatieve effecten daarvan achterwege te laten'.[189]

De introductie van de factor ernst van het verzuim langs de weg van de positieve verplichtingen is in de literatuur echter ook geproblematiseerd. Weliswaar wordt in algemene zin erkend dat de EHRM-rechtspraak voorschrijft dat het strafvorderlijk stelsel van de lidstaten zodanig ingericht moet zijn dat de justitiële autoriteiten in staat moet stellen daders van strafbare feiten op te sporen, te vervolgen, en te bestraffen (*'must be capable of leading to the identication and punishment of those responsible'*),[190] wordt er wel onderscheid tussen deze afzonderlijke taken. Pitcher maakt bijvoorbeeld een onderscheid tussen de '*duty to investigate*' en de '*duty to prosecute*', en stelt dat het een niet nood-

184 Vellinga-Schootstra & Vellinga 2008, p. 35.

185 De auteurs merken nog wel op dat een effective remedy niet noodzakelijkerwijs hoeft te bestaan uit een strafrechtelijke voorziening.

186 Vellinga-Schootstra & Vellinga 2008, p. 40.

187 Kuiper verbindt ook een ander gevolg aan deze rechtspraak, in navolging van Vellinga-Schootstra & Vellinga stelt hij: 'In het licht van de verplichting om ook de verdachte indien door de vormfout een inbreuk is gemaakt op zijn door het EVRM beschermde rechten een effectieve remedie te bieden, brengt deze nieuwe ontwikkeling in de jurisprudentie mee dat het belang is toegenomen van een adequate andere procedure waarin die remedie wordt geboden', Kuiper 2014, p. 349; Vellinga-Schootstra & Vellinga 2008, p. 39.

188 Kuiper 2014, p. 350, tevens verwijzend naar R. van de Westelaken, 'Het EVRM als wapen tegen straffeloosheid, Over het recht van slachtoffers van ernstige mensenrechtenschendingen op een effectieve strafrechtelijke aanpak van de dader', *NJCM-Bulletin* 2010, p. 151.

189 *NJ* 2013/308, o.

190 Pitcher 2016, p. 86; verwijzend naar EHRM 15 mei 2007, 52391/99 (*Ramsahai e.a./Nederland*).

zakelijkerwijs het ander impliceert, waardoor niet in algemene zin een verplichting tot vervolging kan worden afgeleid uit het EHRM:

> 'Indeed, under human rights law, there may be said to exist a duty to prosecute *serious* human rights violations, whereby the determination of the seriousness of a violation is informed by the human right at issue, as well as the gravity of the violation. Thus, a violation of the right to life need not give rise to a duty to prosecute; it depends on the facts and circumstances of the case. Murder, it seems, does give rise to a duty to prosecute. However, violation of another right than the right to life or the prohibition of torture and inhuman and degrading treatment and punishment, need not do so; other measures may suffice.'[191]

Het is kortom niet mogelijk in algemene zin de reikwijdte van deze afzonderlijke verplichtingen te bepalen. Tevens wijst de rechtspraak van het EHRM erop dat het hier niet zozeer gaat om een verplichting jegens het individuele slachtoffer om zijn zaak berecht en bestraft te zien, maar een algemene verplichting voor de staat om een functionerend strafvorderlijk stelsel te hebben:

> 'In those cases in which a lack or inadequacy of prosecution was criticized as contrary to the victim's rights it was not because of the lack of punishment (...) [rather] it was generally the failure to conduct an independent official investigation which was held to be in violation of the victim's rights. In X. and Y. v The Netherlands it was not the failure to punish but the lack of initiation of criminal proceedings which was held to be a violation of the victim's rights. It is thus the aspect of bringing to light a violation rather than criminal accountability which leads the Court to assume a right of the victim to investigation. The emphasis is clearly on the duty to investigate allegations of misconduct. The Court has not accepted that punishment is required in the interest of a particular victim.'[192]

Naast het onderscheid in de reikwijdte van de verschillende verplichtingen (het opsporen, vervolgen en bestraffen), benadrukt Pitcher dat het hier gaat om inspanningsverplichtingen en geen resultaatverplichtingen.[193] Het EHRM verlangt van de lidstaten dat zij hun strafvorderlijke stelsel op een wijze hebben ingericht die het mogelijk maakt te voldoen aan deze positieve verplichtingen. Het is kortom geen verplichting dat de opsporing en vervolging van een zeer ernstig feit ook daadwerkelijk resulteert in een individuele straf. In de eerste plaats valt te denken aan een situatie waarin de onrechtmatigheid een schending op de procesrechten van de verdachte teweeg heeft gebracht. Onder bepaalde omstandigheden zal de rechter hier wel een zware sanctie aan *moeten* verbinden. Ook de analyse van Kuiper sluit hierbij aan. Hij stelt

191 Pitcher 2016, p. 86.
192 Seibert-Fohr 2009, p. 148-149.
193 Pitcher 2016, p. 87-88; verwijzend naar onder andere EHRM 29 juli 2010, 3933/04, para 132 (*Kopylov/Rusland*).

dat een deze interpretatie van positieve verplichting op gespannen voet staat met de verdragsrechten van de verdachte jegens wie onrechtmatigheden zijn begaan.[194] Dit brengt mee dat indien een zware rechterlijke sanctie noodzakelijk is om het recht van de verdachte op een eerlijk proces te verzekeren, de rechter niet kan afzien van het toepassen van deze sanctie omwille van de rechten van het slachtoffer of zijn nabestaanden. Sterker nog, met betrekking tot bepaalde verdragsrechten lijkt de ernst van het strafbare feit juist een omgekeerde rol te spelen. Zo overweegt de Hoge Raad dat met betrekking tot Salduz-schendingen dat de ernst van het strafbare feit een rol speelt in de beoordeling van het te verbinden rechtsgevolg aan de normoverschrijding:

> 'Of een verdachte "binnen de grenzen van het redelijke" de gelegenheid heeft gekregen om zijn advocaat te raadplegen hangt af van de omstandigheden van het geval, waarbij ook de ernst van de beschuldigingen en de belangen van verdachte die op het spel staan zullen kunnen meewegen.'[195]

Deze overweging sluit overigens aan bij de Salduz-rechtspraak van het EHRM waarin het hof bepaalt dat:

> 'These principles are particularly called for in the case of serious charges, for it is in the face of the heaviest penalties that respect for the right to a fair trial is to be ensured to the highest possible degree by democratic societies.'[196]

Ten tweede zou een te strikte lezing, dat wil zeggen dat zij aldus zo worden gelezen dat het opsporen en vervolgen van ernstige misdrijven tot een berechting moet leiden, op gespannen voet staan met het recht op een eerlijk proces, en in het bijzonder de onschuldpresumptie. Immers, dan is bij voorbaat de uitkomst van de strafzaak bepaald door de positieve verplichting de verdachte te straffen voor de schending van de rechten van het slachtoffer.[197]

Al met al lijken positieve verplichtingen een problematische grondslag voor de rechtvaardiging van de factor 'de ernst van het feit'. Hoewel de Hoge Raad pas in 2013 expliciteerde dat (langs de weg van de positieve verplichtingen) de ernst van het strafbare feit een factor kan zijn in de beoordeling, had hij hier reeds in 2002 impliciet mee ingestemd. In *NJ* 2002/625 had het hof geoordeeld dat het onderzoek aan de kleding van verdachte – op grond van artikel 52 WWM – onrechtmatig was wegens het ontbreken van ernstige bezwaren. Het aangetroffen wapen hoefde echter niet uitgesloten te worden van het bewijs gezien het belang van het geschonden voorschrift, de ernst van het verzuim en het daardoor jegens verdachte veroorzaakte nadeel alsmede met de ernst van het feit. Het hof overwoog:

---

194 Kuiper 2014, p. 349-350.
195 HR 30 juni 2009, *NJ* 2009/349 m.nt. Schalken.
196 EHRM 27 november 2008, 36391/02 (*Salduz/Turkije*).
197 Seibert-Fohr 2009, p. 203.

> 'Ten aanzien van de aan de verdachte verweten gedraging geldt dat ongecontroleerd vuurwapenbezit in een tijd waar in onze samenleving geweldsdelicten in alle verschijningsvormen hand over hand toenemen, volstrekt ontoelaatbaar is. Desondanks wordt bij de verdachte een vuurwapen met zes patronen aangetroffen. Het hof merkt dit aan als een zeer ernstig feit.'[198]

Als gezegd liet de Hoge Raad dit oordeel in stand en overwoog dat de feitenrechter een ruime beoordelingsvrijheid heeft om naast de factoren die in artikel 359a Sv worden genoemd, ook andere factoren bij zijn beslissing in aanmerking te nemen. In het licht van de positieve verplichting inzake ernstige mensenrechtenschending die thans als grondslag bieden voor het in afweging nemen van de ernst van het feit, verbaast het enigszins dat bovenstaande zaak 'slechts' om verboden vuurwapenbezit ging. Maar ook om een andere reden kan het onderscheidend vermogen van deze factor ter discussie worden gesteld. Immers, ook zonder deze factor kan rekening worden gehouden met de ernst van het strafbare feit, namelijk via de factor de ernst van het verzuim.[199] Bij het opsporingsonderzoek naar ernstige strafbare feiten wordt een andere proportionaliteitstoets aangelegd, daar in dit soort gevallen (wettelijk) meer geboden is.

6.2.3 Sancties

Aangezien de invoering van artikel 359a Sv gericht was op de codificatie van de in de jurisprudentie ontwikkelde rechterlijke toetsing van het vooronderzoek, ligt het voor de hand dat de wetgever bij deze codificatie ook het jurisprudentiële instrumentarium van rechtsgevolgen[200] – of sancties – op onrechtmatig handelen eveneens van een wettelijke basis voorzag.[201] In haar onderzoeksrapport besteedde de Commissie-Moons echter ook aandacht aan enkele mogelijke alternatieven voor de strafvermindering, bewijsuitsluiting en de niet-

198 *NJ* 2002/625, *r.o.* 3.3.

199 Zo ook Schalken, onder *NJ* 2002/625: 'De in acht te nemen proportionaliteit zit niet in de evenredigheid tussen de ernst van het delict en de zwaarte van de sanctie, maar in de evenredige verhouding tussen de zwaarte van de sanctie en de ernst van de onrechtmatigheid waarop de sanctie immers een reactie is. Ook langs die weg kunnen vele sancties van hun scherpe kantjes worden ontdaan.'

200 Kuiper maakt in dit verband een onderscheid tussen reactie en sanctie. Hij maakt een onderscheid tussen reageren op vormverzuimen en sanctioneren van vormverzuimen en acht dit verschil noodzakelijk omdat niet elk verzuim een rechtsgevolg vereist en omdat de aard van de verschillende rechtsgevolgen niet enkel bestraffend (en dus sanctionerend van aard) is (zie Kuiper 2014, p. 4).

201 Zie voor een beschrijving van het rechterlijke beoordelingskader van voor de invoering van 359a Sv Mevis 1995, p. 251-268.

ontvankelijkheid, zoals de schadevergoeding.[202] Uiteindelijk zag de wetgever ervan af om het sanctiearsenaal van de rechter uit te breiden met de schadevergoeding omdat deze sanctie wezenlijk verschilt van de andere sancties en niet duidelijk is hoe het recht op schadevergoeding zich zou verhouden tot de verschillende typen onrechtmatigheden die zich in het strafproces voor kunnen doen. Met betrekking tot de invulling van de criteria voor het toepassen van de uiteenlopende sancties stelde de wetgever zich terughoudend op omdat het streven van de wetgever zich slechts uitstrekte tot het scheppen van het wettelijk kader waarbinnen de rechter tot zijn oordeel kan komen.[203]

Wel geeft de wetgever aan een bepaalde hiërarchie en ordening in de sancties te willen aanbrengen. Deze houdt in dat de rechter pas als herstel van vormverzuimen niet meer mogelijk is, dient over te gaan tot het sanctioneren van het verzuim. Sanctionering van het vormverzuim langs de weg van artikel 359a Sv vindt bovendien pas plaats indien het rechtsgevolg van het vormverzuim niet uit de wet blijkt.[204] Wordt het vormverzuim eenmaal afgehandeld onder artikel 359a Sv, dan dient de rechter zich hierbij naast de factoren die in het tweede lid van artikel 359a Sv zijn genoemd (en inmiddels ook de jurisprudentiële factoren), mede te laten leiden door de relatieve zwaarte die tot uitdrukking wordt gebracht in de volgorde waarin de sancties zijn opgenomen in de wet. De zware sancties – bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkheid – dienen dan ook met grote terughoudendheid te worden toegepast. Het verlangen van de wetgever om de rechtsgevolgen op onrechtmatig handelen van opsporingsambtenaren binnen de perken te houden was zoals gezegd reeds voor de invoering van deze wet in vervulling gegaan in de jurisprudentie van de Hoge Raad.[205] Sindsdien heeft de Hoge Raad in zijn jurisprudentie steeds hogere drempels opgeworpen voor het sanctioneren van vormverzuimen. In deze paragraaf worden de centrale gezichtspunten bij het toepassen van een sanctie in het kader van een onrechtmatig handelen van opsporingsambtenaren besproken.

6.2.3.1 Constatering van het verzuim

Het toepassen van een sanctie naar aanleiding van een geconstateerd onrechtmatig handelen in de opsporing is geen verplichting van de rechter maar een discretionaire bevoegdheid. Zulks vloeit voort uit de memorie van toelichting bij artikel 359a Sv en de bewoording van deze bepaling, waarbij wordt gesteld dat de rechtbank indien haar blijkt dat er onrechtmatigheden zijn begaan in

---

202 *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, 3, p. 26; Ook de schadevergoeding was in de jurisprudentie al gebruikt als reactie op onrechtmatig overheidshandelen, zie HR 8 september 1987, *NJ* 1988/453 en HR 29 november 1988, *NJ* 1989/598.

203 *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, 3, p. 25.

204 Corstens 1993, p. 53.

205 HR 19 december 1995, *NJ* 1996/249, m.nt. Schalken; zie ook noot Schalken onder HR 3 juli 2001, *NJ* 2002/8, m.nt. T.M. Schalken.

het voorbereidend onderzoek, hier een rechtsgevolg aan *kan* verbinden. Uit de aard van deze bevoegdheid vloeit dan ook voort dat de rechter ook mag volstaan met het enkel constateren van het vormverzuim. In zekere zin is het constateren van het verzuim dan ook de 'lichtste sanctie' (hoewel de definitie van sanctie hiermee wel erg wordt opgerekt) die de rechter in zijn instrumentarium heeft. Gezien de hierboven genoemde factoren waar de rechter rekening mee dient te houden bij de sanctionering van een onrechtmatigheid, komt het enkel constateren van een onrechtmatigheid zonder daaraan een rechtsgevolg te verbinden het vaakst voor in de jurisprudentie.

Ten aanzien van het enkel constateren van een vormverzuim heeft de wetgever noch de Hoge Raad richtlijnen in het leven geroepen, althans niet anders dan die grenzen die de reikwijdte van artikel 359a Sv bepalen. Bij het ontbreken van een nadeel voor de verdachte of bij een onvoldoende ernstig vormverzuim, ligt het voor de hand dat de rechter geen rechtsgevolg verbindt aan dat vormverzuim.[206] De mate waarin de feitenrechter zich dan wel uitlaat over dat vormverzuim wordt in grote lijnen overgelaten aan zijn eigen oordeel.[207] Hoewel het enkel constateren van een vormverzuim niet als een heel krachtig signaal van afkeuring wordt gezien, is het gezien de vele jurisprudentiële drempels voor de toepassing van een sanctie op een vormverzuim, wel de meest voorkomende reactie die de rechter tot zijn beschikking heeft. Daarnaast gaat er evenwel een belangrijk normerend signaal af van het constateren van een vormverzuim. De rechter kan hiermee immers duidelijk maken wat de grenzen van de (overtreden) norm zijn, en kan blijk geven van een rechterlijke controle op het opsporingsonderzoek. In dit verband merkt Jörg op dat de betekenis van de in het Wetboek van Strafvordering gegeven begrippen niet als vaststaand kan worden gezien, maar op diverse wijze geïnterpreteerd kunnen worden. Daarnaast is een groot aantal bevoegdheden elders geregeld of zelfs niet genormeerd in wetgeving. Dit maakt dat meer nodig is dan enkel kennis van de wet om te bepalen welke bevoegdheden er bestaan en op welke wijze deze mogen worden uitgeoefend. Het is dan ook de taak van de rechter om duidelijkheid en een bindende verklaring te verschaffen over deze onzekere aspecten van opsporingsbevoegdheden. Jörg stelt dat juist de bewijsuitsluiting deze normerende taak van de strafrechter kracht bij kan zetten:

> 'De rechterlijke beslissing overstijgt echter de directe procesbelangen: zij verheldert de grenzen van de rechtmatige uitoefening van bevoegdheden.'[208]
> (...)
> 'Het gaat ons erom aan te geven dat de exclusionary rule de motor is achter een cruciale taak van de rechter, nl. die van het ophelderen van vraagpunten die in

206 Zie bijv. HR 11 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX4490; HR 30 maart 2010, *NJ* 2011/603, m.nt. Borgers.
207 Hoewel de stelplicht hier natuurlijk wel een rol in speelt, zie hierboven para 6.2.1.3.
208 Jörg 1989, p. 660.

de dagelijkse (politie)praktijk kunnen rijzen omtrent de reikwijdte van de waarborgen van de amendementen.'[209]

Hoewel Jörg deze normerende functie direct koppelt aan de bewijsuitsluiting, omdat door het krachtige signaal dat uitgaat van bewijsuitsluiting deze sanctie als de 'drijfveer' achter deze normerende functie kan worden beschouwd, kan ook vanuit het enkel constateren van het vormverzuim een normerende werking uitgaan. Ook zonder het verbinden van een sanctie aan een vormverzuim kan de rechter een norm preciseren en de grenzen ervan aangeven. In dit kader kan in het bijzonder worden gedacht aan de jurisprudentie ten aanzien van nieuwe opsporingsmethoden die (nog) niet zijn vastgelegd in regelgeving en die raken aan het recht op privacy.[210] Uit het hierboven beschreven toetsingskader van de Hoge Raad wordt duidelijk dat schendingen van het recht op privacy doorgaans niet zullen leiden tot een rechtsgevolg in de zin van artikel 359a Sv. Het is evenwel van belang ook in dit kader te wijzen op de normering van deze bevoegdheden door de rechter. Te denken valt bijvoorbeeld aan de normering van methoden als het gebruik van ANPR-gegevens voor de opsporing, het gebruik van een peilbaken, de stille sms, en de inbeslagname en doorzoeking van mobiele telefoons.[211] Maar de normering kan ook bestaan uit het aanscherpen en definiëren van verschillende bevoegdheden zoals het doorzoeken en zoekend rondkijken.[212] Kortom, er kan door middel van het constateren van het vormverzuim ook een andere belangrijke rechterlijke taak – zijnde de normerende taak – met betrekking tot het vooronderzoek worden vervuld.[213]

6.2.3.2 Strafvermindering

Over de strafvermindering als sanctie op onrechtmatig optreden in het opsporingsonderzoek stelt de wetgever dat deze kan worden toegepast 'als het door het vormverzuim ontstane nadeel hierdoor redelijkerwijs kan worden vereffend'.[214] Als voorbeeld wijst de memorie van toelichting op de schending van de redelijke termijn, maar maakt verder niet duidelijk welk ander soort nadeel geschikt is om gecompenseerd te worden met strafvermindering. Wel

---

209 Jörg 1989, p. 666.

210 Maar ook ten aanzien van andere opsporingsbevoegdheden en de daarbinnen gelegen criteria is rechterlijke normering noodzakelijk, te denken valt bijvoorbeeld ook aan de normering en uitleg van 'waiver' (afstand van recht) zoals gehanteerd door het EHRM, zie uitgebreid: Baaijens-van Geloven & Simmelink 2002, p. 477-479.

211 HR 3 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1800; HR 1 juli 2014, *NJ* 2015/114, m.nt. Van Kempen; HR 6 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2050, *NJ* 2018/446; de jurisprudentie inzake doorzoeking van mobiele telefoons, zie HR 4 april 2017, *NJ* 2017/229, m.nt. Kooijmans.

212 HR 4 januari 2011, *NJ* 2012/145 m.nt. Borgers.

213 Zie in dit kader ook Prakken 2012, p. 512-513; een taak die overigens ook door het EHRM wordt onderstreept, zie bijv. EHRM 15 januari 2015, 68955/11 (Dragojevic/Kroatië).

214 Corstens 1993, p. 54; *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, 3, p. 25.

stelt de wetgever dat het niet voor de hand ligt dat ernstige beperkingen aan de procesrechten van de verdachte worden gecompenseerd met strafvermindering.[215] Op een dergelijke schending zal in de regel een zwaardere sanctie dienen te volgen. Voor andere 'lichtere' – althans in termen van nadeel voor de procesrechten van de verdachte – vormverzuimen kan de strafvermindering in beginsel het gewezen rechtsgevolg zijn.[216] Ook met betrekking tot dit processuele rechtsgevolg van onrechtmatige opsporing geldt dat het reeds voor invoering van artikel 359a Sv in de rechtspraak voorkwam, zij het dat het enkel werd toegepast als reactie op schending van de redelijke termijn.[217]

In de jurisprudentie na invoering van artikel 359a Sv werd dit rechtsgevolg ook geaccepteerd ten aanzien van andere onregelmatigheden in het vooronderzoek, zoals het uitoefenen van ongeoorloofde druk bij het verhoor van verdachte zonder dat dat had geleid tot het afleggen van een verklaring. Omdat hierdoor toch schending was gemaakt op de rechten van de verdachte, werd strafvermindering als gepaste reactie gezien.[218] Aanvankelijk achtte de Hoge Raad de toepassing van de strafvermindering in veel gevallen een geoorloofde reactie op geconstateerde onrechtmatigheden. In dit kader merkte Schalken op dat de strafvermindering als rechtsgevolg op vormverzuimen in opmars was, doordat de Hoge Raad zijn eerdere terughoudendheid ten aanzien van de inkadering van dit rechtsgevolg had ingeruild 'voor een meer sturend aanwijzingsbeleid voor de lagere rechter'.[219] Hierdoor was volgens Kuiper de indruk gewekt dat de strafvermindering een alternatief is voor de zwaardere sancties, bijvoorbeeld wanneer het geleden nadeel van de verdachte geen verband houdt met de vragen van artikelen 348 en 350 Sv, of zelfs wanneer niet is voldaan de *Schutznorm* en geen individuele rechten van de verdachte zijn geschonden.[220]

Dat deze ruime interpretatie en toepassing van dit rechtsgevolg niet geheel strookte met de aard van dit rechtsgevolg maakte de Hoge Raad (onder andere) duidelijk in het Afvoerpijparrest. In dit arrest heeft de Hoge Raad het

215 *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, 3, p. 25.

216 Sommige auteurs leiden uit de MvT en de parlementaire discussie af dat de wetgever deze sanctie ook mogelijk wilde maken voor andere onregelmatigheden dan de schending van de redelijk termijn, zie bijvoorbeeld Van Dorst 1996, p. 272-274; Kuiper bestrijdt deze analyse en stelt dat het de wetgever slechts ging om een codificatie van de rechtspraak, Kuiper 2009, p. 39-40.

217 Van Dorst 1996, p. 271. In HR 29 maart 1994, *NJ* 1994/577 m.nt. Schalken.

218 HR 22 september 1998, *NJ* 1999/104, m.nt. De Hullu; hier was in de literatuur al eerder voor gepleit, zie Van Veen 1988, p. 465; zie uitgebreid over deze jurisprudentie ten aanzien van strafvermindering vlak na de invoering van art. 359a Sv, Kuiper 2009, p. 43-46; veel auteurs zijn echter ook kritisch tegenover deze sanctie, zie bijv. Blom 2002, p. 1049-1055.

219 HR 25 juni 2002, *NJ* 2002/625; Tevens verwijzend naar HR 7 april 1998, *NJ* 1998/559.

220 Kuiper 2009, p. 46; zie ook de kritische noot van De Hullu onder *NJ* 1999/104.

toepassingsbereik van deze sanctie nader aangescherpt en de feitenrechter gezichtspunten geboden bij de toepassing van de sanctie strafvermindering:[221]

> 'Strafvermindering, in die zin dat de hoogte van de op te leggen straf in verhouding tot de ernst van het verzuim wordt verlaagd, komt op grond van het bovenstaande slechts in aanmerking, indien aannemelijk is dat (a) de verdachte daadwerkelijk nadeel heeft ondervonden, (b) dit nadeel is veroorzaakt door het verzuim, (c) het nadeel geschikt is voor compensatie door middel van strafvermindering, en (d) strafvermindering ook in het licht van het belang van het geschonden voorschrift en de ernst van het verzuim gerechtvaardigd is. Opmerking verdient nog dat indien de rechter tot strafvermindering besluit, hij in zijn beslissing niet alleen moet aangeven dat en waarom hij dit rechtsgevolg aan het verzuim verbindt, maar ook in hoeverre hij de straf in verband met het begane vormverzuim vermindert.'[222]

Met deze gezichtspunten brengt de Hoge Raad tot uitdrukking dat strafvermindering niet slechts gezien moet worden als een alternatief voor de zwaardere sancties bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkheid. Wil een normoverschrijding in aanmerking komen voor sanctionering door middel van strafvermindering, dan dient de verdachte daadwerkelijk nadeel te hebben ondervonden in de vorm van schending van zijn individuele rechten en dat nadeel moet geschikt zijn voor compensatie door strafvermindering. Strafvermindering moet dus niet louter resulteren in 'voordeel voor de verdachte' vanwege onrechtmatig handelen door de overheid: strafvermindering als alternatief voor bewijsuitsluiting omdat laatstgenoemde niet het gewenste resultaat – vrijspraak – zal bewerkstelligen is volgens de Hoge Raad geen adequate toepassing van dit rechtsgevolg.[223]

Strafvermindering heeft echter natuurlijk wel een compensatoir karakter, het beoogt de verdachte compensatie te bieden voor de schending van zijn rechten. Hierbij zal het (doorgaans) niet gaan om schending van fundamentele verdedigingsrechten – aangezien bewijsuitsluiting of zelfs niet-ontvankelijkverklaring dan in de rede ligt –, schending van normen die raken aan 'een minder belangrijk voorschrift en een minder ernstig verzuim'.[224] In zijn jurisprudentie sinds het Afvoerpijparrest heeft de Hoge Raad in uiteenlopende situaties de strafvermindering als een geschikt rechtsgevolg aanvaard. Veelal in een situatie waarbij sprake is geweest van een disproportioneel gebruik van geweld bij

221 Kuiper analyseert de rechtspraak voor het Afvoerpijparrest al in het licht van de Schutznorm en 'salami-regel', zie Kuiper 2009, p. 47-51.

222 *NJ* 2004/376, *r.o.* 3.6.3.

223 Zie noot Buruma onder *NJ* 2004/376; Kuiper 2009, p. 50; verwijzend naar Buruma 2002, p. 206 die deze eis als het non-profitkarakter van strafvermindering noemt.

224 Noot Buruma onder *NJ* 2004/376.

de aanhouding van de verdachte.[225] In *NJ* 2005/172 oordeelde de Hoge Raad dat het hof onvoldoende had gemotiveerd waarom het hardhandige optreden van de opsporingsambtenaren niet als onrechtmatig aangemerkt moest worden, en daarmee niet heeft geleid tot strafvermindering in de zin van artikel 359a Sv.[226] Reijntjes merkt in zijn annotatie onder dat arrest op dat de Hoge Raad deze zaak vermoedelijk van principieel belang heeft geacht. Ondanks de aanwezigheid van een doktersverklaring in het dossier, had het hof geoordeeld dat er geen feitelijke gronden aanwezig waren voor het verweer van de verdediging. De Hoge Raad casseerde dan ook ondanks dat de verdachte uiteindelijk precies de straf gekregen, waarom hij vroeg.[227]

In eveneens een zaak betreffende het gebruik van disproportioneel geweld bij aanhouding van de verdachte, casseerde de Hoge Raad omdat het hof het niet nodig vond de straf te verminderen, omdat er reeds disciplinair was opgetreden tegen de verbalisant.[228] De Hoge Raad oordeelde dat het hof er ten onrechte vanuit is gegaan dat 'het aan de korpsleiding en het openbaar ministerie is om op deze onregelmatigheden in de opsporing te reageren'. Met dit oordeel maakt de Hoge Raad duidelijk dat de strafvermindering er daadwerkelijk toe kan dienen de verdachte te compenseren in het door hem geleden nadeel en in die zin losstaat van de afschrikkende functie die de toepassing van een rechtsgevolg kan hebben richting de politie. Strafvermindering kan daarom worden gezien als compensatie voor de verdachte voor inbreuken op zijn andere rechten dan het recht op een eerlijk proces.[229]

Welke rechten daaronder vallen is echter nog wel de vraag. Hoewel de Hoge Raad in eerdere rechtspraak ook met betrekking tot privacyschendingen de strafvermindering in de zin van artikel 359a Sv geoorloofd heeft geacht,[230] is er in meer recente jurisprudentie een trendbreuk waar te nemen ten aanzien van de wijze van afhandeling van dit type schending.[231] In het Kopschoppersarrest had het OM camerabeelden van het geweldsincident waar verdachte bij betrokken was gebruikt als opsporingsmiddel, terwijl het ook had kunnen volstaan met foto's van de camerabeelden, zogenoemde stills. Het OM erkende dat het verspreiden van stills minder belastend was geweest voor de verdachte maar was van oordeel dat in het licht van de ernst van het geweldsincident het inzetten van deze 'troefkaart, het middel dat het grootste bereik heeft'

225 Hoewel de Hoge Raad niet uitsluit dat het disproportionele gebruik van geweld bij de aanhouding van verdachte ook tot een ander rechtsgevolg kan leiden, wordt in beginsel aangenomen dat een dergelijke onrechtmatigheid niet raakt aan de eerlijkheid van de strafprocedure tegen verdachte, zie bijv. HR 2 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:2956.

226 HR 21 december 2004, *NJ* 2005/172, m.nt. Reijntjes, *r.o.* 3.7.

227 Noot Reijntjes, *NJ* 2005/172, o. 1.

228 HR 11 december 2012, *NJ* 2013/130, m.nt. Schalken.

229 Kuiper 2014, p. 565.

230 Bijv. HR 25 juni 2002, *NJ* 2002/625, m.nt. Schalken.

231 Overigens wordt ook indien in situaties die niet onder 359a Sv vallen, maar waar wel sprake is van schending van rechten van verdachten strafvermindering toegepast (in analogie met 359a Sv), zie bijvoorbeeld HR 8 juli 2008, *NJ* 2009/440 m.nt. Buruma.

geoorloofd was. Het hof oordeelde dat dit handelen een ernstige schending van de privacy van de verdachte opleverde, daar het OM een minder ingrijpend middel had kunnen inzetten, paste conform artikel 359a Sv strafvermindering toe.[232] Hoewel de Hoge Raad de strafvermindering in stand laat, stelt hij wel dat deze beoordeling van het hof geplaatst had moeten worden in de sleutel van artikel 8 EVRM en de strafmaat:

> 'Het Hof heeft de toetsing aan art. 8 EVRM geplaatst in de sleutel van "de beginselen van een behoorlijke procesorde, zoals een redelijke en billijke belangenafweging" en overwogen dat een geconstateerde schending van deze bepaling een zelfstandig verzuim oplevert, voor de beoordeling van de rechtsgevolgen waarvan het Hof aansluiting heeft gezocht bij de factoren genoemd in het tweede lid van art. 359a Sv. Aantekening verdient dat in gevallen als de onderhavige, waarin het gaat om privacy-gerelateerd beeldmateriaal dat vanwege het openbaar ministerie wordt openbaar gemaakt, voor de beoordeling van (de gerechtvaardigdheid van) de inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de verdachte op wie het beeldmateriaal betrekking heeft, een zelfstandige of afzonderlijke toets aan de hand van beginselen van een behoorlijke procesorde of aan de hand van de factoren van art. 359a, tweede lid, Sv niet nodig is.'[233]

Het staat de feitenrechter immers bij het bepalen van de straf vrij rekening te houden met reeds geleden nadeel door de verdachte, 'ook indien dit niet aan het toedoen van het openbaar ministerie is te wijten of indien dit niet als een schending van art. 8 EVRM kan worden aangemerkt'.[234] Dit arrest van de Hoge Raad past in de lijn van jurisprudentie waarin steeds meer normschendingen buiten het kader van artikel 359a Sv worden gehouden, maar wel in analogie met het toetsingskader worden beoordeeld. Mede in dat licht is het de vraag of de Hoge Raad de feitenrechter voldoende houvast geeft ten aanzien van de vraag welk type normschending thans in aanmerking komt voor compensatie in de vorm van strafvermindering.

6.2.3.3 Bewijsuitsluiting

Ook met betrekking tot de bewijsuitsluiting is de memorie van toelichting niet heel uitvoerig. Deze stelt dat bewijsuitsluiting als reactie op een vormverzuim kan worden toegepast indien er sprake is van een direct causaal verband tussen het verkregen bewijs en het onrechtmatige handelen. In zijn Afvoerpijparrest stelt de Hoge Raad dat bewijsuitsluiting als reactie op een vormverzuim slechts aan de orde kan komen indien het bewijsmateriaal door het verzuim is verkregen, en als hierdoor een belangrijk strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel

232 HR 13 oktober 2015, *NJ* 2016/111, m.nt. Myjer.
233 *NJ* 2016/111, *r.o.* 4.4.2.
234 *NJ* 2016/111, *r.o.* 4.5.1.

in aanzienlijke mate is geschonden.[235] Met dit criterium sluit de Hoge Raad aan bij zijn eerder rechtspraak – en de memorie van toelichting bij artikel 359a Sv[236] – ten aanzien van de causaliteitseis, en drukt daarnaast uit dat niet ieder onrechtmatig handelen kan leiden tot bewijsuitsluiting: het moet gaan om ernstige schending van een belangrijk voorschrift.

Om te beginnen bij deze causaliteitseis tussen het onrechtmatige handelen en het verkregen bewijsmateriaal, en de daarmee samenhangende verboden-vruchten-problematiek. In de literatuur is terecht opgemerkt dat de vraag naar het causale verband tussen het bewijsmateriaal en de onrechtmatige handeling doorgaans niet moeilijk te beantwoorden is.[237] Toch doen zich in de praktijk ook wel twijfelgevallen voor.[238] Hierbij is het van belang voor ogen te houden dat het vereiste causale verband nogal streng is, om voor uitsluiting in aanmerking te komen moet het bewijsmateriaal als een rechtstreeks gevolg van de onrechtmatigheid zijn verkregen.[239] Dat brengt mee dat 'bewijsuitsluiting in geval van "fruits of the poisonous tree" niet snel geboden [zal] zijn'.[240] Zowel de jurisprudentie van de Hoge Raad – van voor en na de invoering van artikel 359a Sv – als de memorie van toelichting gaan bij de toepassing van de bewijsuitsluiting uit van een strikte causaliteitseis tussen het onrechtmatige handelen en het verkregen bewijs. Enkel datgene wat door het vormverzuim wordt gevonden, kan in aanmerking komen voor uitsluiting van het bewijs:

> 'Dit betekent dat, ook al vloeien alle onderzoeksresultaten voort uit onrechtmatig handelen, in den beginne, later verkregen – secundair – bewijsmateriaal niet behoeft te worden uitgesloten wanneer maar aannemelijk is dat er ook andere factoren aan die verkrijging van secundair materiaal hebben bijgedragen. Wanneer bijvoorbeeld ten gevolge van een onrechtmatige huiszoeking de verdachte wordt aangehouden en deze vervolgens nadat hem de cautie is gegeven een verklaring aflegt dan behoeft deze verklaring niet te worden uitgesloten.'[241]

Een onrechtmatige aanhouding gevolgd door een 'vrijwillige' medewerking aan het onderzoek aan de kleding – in casu liet de verdachte na te zijn aangehouden zijn heuptas en jas op de grond –, brengt mee dat het bewijsmateriaal dat door dat onderzoek is gevonden niet kan worden aangemerkt als zijnde

235 *NJ* 2004/376.
236 Over deze directe causaliteit stelt de wetgever al in de memorie van toelichting dat hij hiermee aansluit bij eerdere rechtspraak van de Hoge Raad: HR 7 april 1981, *NJ* 1981/443; HR 9 oktober 1984, *NJ* 1986/675; HR 21 januari 1986, *NJ* 1988/167; HR 26 januari 1988, *NJ* 1988/1818. Zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, 3, p. 26.
237 Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, p. 879-880; Keulen & Knigge 2016, p. 539.
238 Zie uitgebreid Kuiper 2014, p. 505-518.
239 Zie voor de door de jaren heen gehanteerde terminologie, Kuiper 2014, p. 501-504.
240 Conclusie AG Aben onder HR 6 juli 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BL5528, *NJ* 2010/423, o. 3.4.2.
241 *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, 3, p. 26.

het rechtstreekse gevolg van de onrechtmatige aanhouding.[242] Ook kan sprake zijn van doorbreking van het causale verband tussen het onrechtmatig handelen en het bewijsmateriaal door tussenkomende omstandigheden. Een onrechtmatige binnentreding en doorzoeking van een woning door opsporingsambtenaren die resulteert in de vondst van drugs, waarna de opsporingsambtenaren de rechter-commissaris zodat in zijn aanwezigheid ook elders in de woning (een grotere partij) drugs wordt aangetroffen, leidt ertoe dat de tweede vondst niet kan worden aangemerkt als een rechtstreeks gevolg van het vormverzuim.[243]

De eisen die aan het causale verband worden gesteld kunnen echter anders liggen naarmate aan de norm die geschonden wordt een groter belang moet worden toegekend. De jurisprudentie van de Hoge Raad geeft er blijk van dat in gevallen waarin de (proces)belangen van de verdachte zijn geschaad gemakkelijker bewijsuitsluiting wordt toegepast. Als bij het nalaten van het geven van een cautie – of het achterwege laten van het wijzen op het recht op rechtsbijstand –, een verklaring wordt afgelegd, zal deze verklaring worden uitgesloten van het bewijs. Ook al is niet met zekerheid te zeggen of de verklaring niet was afgelegd wanneer de verdachte wel de cautie had gehad of zijn raadsman had geconsulteerd.[244] Keulen en Knigge beargumenteren zelfs dat in situaties waarbij de procesrechten van de verdachte gemoeid zijn, de bewijsuitsluiting afhankelijk wordt gesteld van de mate waarin het belang van de verdachte is geschonden, en niet van de aannemelijkheid van het causale verband.[245] Kuiper is het hiermee eens en stelt dat de differentiatie in de striktheid van de causaliteitstoets te verklaren is vanuit de geschonden norm. Vormverzuimen die raken aan de artikelen 5 en 8 EVRM[246] zullen strenger worden getoetst op hun causale verband met het bewijsmateriaal dan vormverzuimen die raken aan artikelen 3 en 6 EVRM.[247] Immers: 'hoe groter het belang van naleving van de geschonden norm in het strafproces, hoe nauwer het verband tussen de geschonden norm en de bewijsverkrijging en hoe groter de kans op onrechtmatig handelen, hoe ruimer de vruchtenleer zou kunnen worden toegepast'.[248] Wel voegt hij eraan toe dat de verschillende wijzen waarop de Hoge Raad de causaliteitsvraag benadert gepaard met de summiere motivering ten aanzien van deze vraag met zich brengen dat onduidelijkheid kan bestaan in de feitenrechtspraak over de vraag wanneer sprake is van een

242 HR 24 februari 2004, *NJ* 2004/226.
243 HR 17 januari 2006, *NJ* 2006/495, m.nt. Mevis; zie in het bijzonder ook de kritische noot van Mevis.
244 Keulen & Knigge 2016, p. 541; zie in dit verband ook de rechtspraak voor Salduz, bijv. HR 13 november 2007, *NJ* 2008/116 m.nt. Borgers.
245 Keulen & Knigge 2016, p. 542.
246 Zie uitgebreid Kuiper 2014, p. 507 e.v.
247 Zie uitgebreid Kuiper 2014, p. 504 e.v.
248 Kuiper 2014, p. 519-520.

voor de toepassing van bewijsuitsluiting toereikend causaal verband tussen het vormverzuim en het verkregen bewijsmateriaal.[249]

Het tweede aspect uit het Afvoerpijp-arrest van de Hoge Raad betreft het type normschendingen – aanzienlijke schendingen van belangrijke normen – dat voor toepassing van bewijsuitsluiting in aanmerking komt. Welke strafprocessuele voorschriften als belangrijk moeten worden aangemerkt en wanneer een voorschrift in aanzienlijke mate is geschonden, wordt echter niet direct geëxpliciteerd door de Hoge Raad. Deze gezichtspunten refereren echter wel naar de in artikel 359a Sv genoemde factoren: namelijk het belang van de geschonden norm voor de verdachte en de ernst van het verzuim.[250] In zijn standaardarrest uit 2013 biedt de Hoge Raad wel expliciete uitleg over het toepassingsbereik van deze sanctie en staat nauwgezet stil bij de vraag in welke situaties bewijsuitsluiting in aanmerking kan komen.[251]

In het arrest de Onbevoegde hulpofficier oordeelt de Hoge Raad dat bewijsuitsluiting in drie gevallen geoorloofd is als sanctie op een onrechtmatige handeling. Ten eerste wanneer de onrechtmatige handeling direct raakt aan het recht op een eerlijk proces als bedoeld in artikel 6 EVRM, waarbij kan worden gedacht aan de schending van het recht op rechtsbijstand (Salduz-rechtspraak) of het zwijgrecht.[252] Hoewel ten aanzien van het recht op rechtsbijstand de Hoge Raad ook bepaalde nuanceringen lijkt te maken waardoor niet elk type 'Salduz-schending' noodzakelijkerwijs tot bewijsuitsluiting dient te leiden.[253]

Ten tweede indien er sprake is van een aanzienlijke schending van een belangrijk strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel, dat weliswaar niet rechtstreeks het recht op een eerlijk proces aantast, maar toch noopt tot bewijsuitsluiting om zodoende toekomstige vergelijkbare vormverzuimen te voorkomen en een krachtige stimulans te vormen voor normconform handelen van opsporingsambtenaren. Hierbij kan gedacht worden aan visitatie zonder wettelijke grondslag of de schending van het professionele verschoningsrecht.[254] In tegenstelling tot de eerste grond voor toepassing van bewijsuitsluiting, waarin de rechter weinig ruimte heeft om na afweging van de in artikel 359a Sv genoemde factoren af te zien van bewijsuitsluiting, dient de rechter bij deze tweede grond uitdrukkelijk rekening te houden met de hierboven

249 Kuiper 2014, p. 519.

250 Embregts, in: Wetboek van Strafvordering, A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a., aant. 10.11 bij art. 359a Sv (online, laatst bijgewerkt op 1 oktober 2004).

251 *NJ* 2013/308, m.nt. Keulen, *r.o.* 2.4.3.

252 *NJ* 2013/308, m.nt. Keulen, *r.o.* 2.4.4; met een verwijzing naar HR 30 juni 2009, *NJ* 2009/349, m.nt. Schalken; HR 28 maart 2006, *NJ* 2007/38, m.nt. Schalken.

253 22 december 2015, *NJ* 2016/52, m.nt. Klip; HR 20 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:368; HR 23 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:78; zie in dat kader ook de noot van Ölçer onder EHRM 20 oktober 2015, (*Dvorski/Kroatie*), *EHRC* 2016/10; EHRM 13 september 2016, 50541/08, 50571/08, 50573/08, 40351/09 (*Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk*), *EHRC* 2017/3.

254 *NJ* 2013/308 *r.o.* 2.4.5; met een verwijzing naar HR 29 mei 2007, *NJ* 2008/14, m.nt. Reijntjes.

genoemde wettelijke beoordelingsfactoren. Tevens dient de rechter hierbij ook de negatieve effecten van bewijsuitsluiting te betrekken, en zich ervan vergewissen dat door deze sanctie niet op onaanvaardbare wijze afbreuk wordt gedaan aan 'de waarheidsvinding en de bestraffing van de dader van een – mogelijk zeer ernstig – strafbaar feit', alsmede de belangen van slachtoffers. Bewijsuitsluiting is dan ook enkel gerechtvaardigd in het geval van een zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht van de verdachte.

De derde situatie waarin bewijsuitsluiting kan worden toegepast is ten slotte als sprake is van uitzonderlijke omstandigheden waarin de verdediging kan aantonen dat een bepaald vormverzuim dermate vaak voorkomt dat het een structureel karakter heeft en de verantwoordelijke autoriteiten zich onvoldoende hebben ingespannen om deze normoverschrijdingen te voorkomen. Deze situatie verschilt van de twee hierboven beschreven gevallen. Het hoeft niet te gaan om een onrechtmatigheid die het recht op een eerlijk proces aantast of andere ingrijpende inbreuken op grondrechten van de verdachte oplevert. Het is aan de verdediging om een dergelijke structurele tekortkoming te onderbouwen met objectieve gegevens. Van het OM wordt verwacht dat het aantoont in hoeverre adequate maatregelen zijn getroffen om overtredingen van het voorschrift zoveel mogelijk te voorkomen. Tevens moet de rechter motiveren waarom bewijsuitsluiting in dit soort gevallen daadwerkelijk de beoogde normerende werking op de praktijk van opsporing en vervolging zal hebben. Net als bij de vorige situatie dienen de negatieve effecten van bewijsuitsluiting te worden afgewogen tegen andere zwaarwegende belangen zoals waarheidsvinding, bestraffing, en de belangen van slachtoffers en nabestaanden.[255]

6.2.3.4 Niet-ontvankelijkheid

De zwaarste sanctie die de strafrechter tot zijn beschikking heeft om te reageren op onrechtmatig justitieel handelen in het voorbereidend onderzoek is het niet-ontvankelijk verklaren van het OM. Reeds in 1981 bevestigde de Hoge Raad dat niet-ontvankelijkheid van het OM kan worden uitgesproken bij schending van strafprocessuele normen en algemene beginselen van een behoorlijke procesorde.[256] De Hoge Raad maakte al in zijn vroege jurisprudentie duidelijk dat deze sanctie als een ultimum remedium moet worden gezien die slechts in zeer uitzonderlijke situaties in aanmerking komt.[257] Deze gedachte komt

255 *NJ* 2013/308, m.nt. Keulen, *r.o.* 2.4.6.

256 HR 22 december 1981, *NJ* 1982/233, m.nt. Van Veen. Hoewel het in de betreffende zaak niet werd toegepast verwijst de Hoge Raad wel naar de conclusie van AG Remmelink die zulks betoogt; zie ook de noot van Van Veen onder HR 4 december 1979, *NJ* 1980/356, m.nt. Van Veen.

257 Zie bijv. HR 8 september 1998, *NJ* 1998/879, m.nt. Schalken; HR 31 mei 1994, *NJ* 1995/29, m.nt. Knigge; HR 27 juni 1995, *NJ* 1995/752; zie verder verwijzingen naar rechtspraak in noot Schalken onder Zwolsman, para 4.

ook tot uitdrukking in de memorie van toelichting bij artikel 359a Sv. Hoewel de wetgever evenals bij de andere sancties niet uitgebreid stilstaat bij de situaties die zich lenen voor toepassing van de sanctie – wat geheel in lijn is met de doelstelling om de rechter vrij te laten deze evaluatie zelf te maken – geeft hij wel een algemeen criterium: de niet-ontvankelijkverklaring kan als reactie op een vormverzuim worden uitgesproken wanneer 'als gevolg van het verzuim geen sprake kan zijn van een behandeling van een zaak die aan de beginselen van een behoorlijke procesorde voldoet'.[258] Dat terughoudend moet worden omgegaan met de toepassing van de niet-ontvankelijkverklaring blijkt niet alleen uit de plaats die aan deze sanctie is toebedeeld in de hiërarchische ordening in artikel 359a Sv, de wetgever voegt ten aanzien van deze sanctie er ook expliciet aan toe dat slechts zeer ernstige vormverzuimen die niet gedresseerd kunnen worden met strafvermindering en bewijsuitsluiting voor aanmerking komen voor deze sanctie: 'Bijvoorbeeld in geval een vervolging heeft plaatsgevonden in flagrante strijd met de beginselen van behoorlijke procesorde.'[259]

De huidige jurisprudentie van de Hoge Raad brengt eveneens tot uitdrukking dat niet lichtvaardig mag worden omgegaan met het niet-ontvankelijk verklaren van het OM als gevolg van een geconstateerde onrechtmatigheid in het vooronderzoek. Het thans geldende criterium in de jurisprudentie van de Hoge Raad sluit aan bij de bedoeling van de wetgever, en geeft een nadere beperking aan ten opzichte van de in de memorie van toelichting gegeven ruimte voor de toepassing van deze sanctie.[260] Niet-ontvankelijkverklaring van het OM als sanctie is slechts geboden indien de 'met de opsporing of vervolging belaste ambtenaren ernstig inbreuk hebben gemaakt op beginselen van een behoorlijke procesorde waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan'.[261] De Hoge Raad introduceerde

258 *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, 3, p. 26; zie verder ook Corstens 1993, p. 17 over niet-ontvankelijkheid als sanctie voor de invoering van art. 359a Sv.
259 *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, 3, p. 26.
260 Zie uitgebreid Kuiper 2014, p. 366-367.
261 *NJ* 2004/376, *r.o.* 3.6.5.

dit criterium voor het eerst in het gelijknamige Zwolsman-arrest uit 1995,[262] en heeft het sindsdien diverse keren herhaald in zijn jurisprudentie.[263]

Met dit criterium drukt de Hoge Raad uit dat de rechter terughoudend dient om te gaan met de toepassing van deze sanctie, en zoekt daarbij aansluiting bij de procesrechten van de verdachte. Pas wanneer de eerlijkheid van het proces in het geding is door de onregelmatigheden in het vooronderzoek – bijvoorbeeld vanwege een overtreding van het uitlokverbod – is er plaats voor toepassing van de niet-ontvankelijkheid.[264] In verband hiermee is de rol die de ernst van het verzuim en de laakbaarheid van het handelen van opsporingsambtenaren spelen in dit criterium in de literatuur sterk bekritiseerd. Zo bepleit Knigge dat het eerlijkprocesrecht inderdaad een toereikende grond kan zijn voor de niet-ontvankelijkverklaring, maar dat het daarvoor noodzakelijk is dat 'de aandacht verschuift van de ernst van het verzuim en de kwade trouw van de betrokken autoriteiten naar de gevolgen daarvan voor het recht van de verdachte op een eerlijk proces'.[265] Hierdoor dient minder belang te worden gehecht aan de *Schutznorm* – in die zin dat de onrechtmatigheid ook kan zijn begaan in het vooronderzoek naar een ander strafbaar feit of jegens een andere verdachte – en de verwijtbaarheid van het handelen van de justitiële autoriteiten. Ook Schalken problematiseert het belang dat wordt gehecht aan de verwijtbaarheid van het handelen van opsporingsambtenaren omdat ernstige inbreuken op het recht op een eerlijk proces niet noodzakelijkerwijs direct toe te rekenen zijn aan ernstig verwijtbaar handelen van politie en justitie. Zij kunnen ook gelegen zijn in een opeenstapeling van fouten waardoor 'een zichzelf respecterend OM de zaak niet in de sleutel van een eerlijk proces aan de rechter had mogen voorleggen'.[266] Hiermee legt Schalken een verband met onrechtmatig handelen dat in abstracto wel kan leiden tot een schending van artikel 6 EVRM, maar dat in het concrete geval niet doet omdat het bijvoorbeeld niet heeft geleid tot bewijsmateriaal jegens de verdach-

262 HR 19 december 1995, *NJ* 1996/249, m.nt. Schalken (*Zwolsman*). In het Zwolsman-arrest luidde het criterium als volgt: 'Voorts kan niet worden uitgesloten dat onrechtmatig optreden van opsporingsambtenaren onder omstandigheden een zodanig ernstige schending van beginselen van een behoorlijke procesorde oplevert dat zulks – ook in een geval waarin overigens voldoende op rechtmatige wijze verkregen bewijsmateriaal voorhanden is – tot niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie dient te leiden. Een zo ver gaande sanctie kan in dat geval echter slechts volgen indien sprake is van ernstige inbreuken op die beginselen, waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan.'

263 In *NJ* 2004/376 verwoordt de Hoge Raad het criterium niet geheel op dezelfde wijze, zie voor een bespreking hierover Keulen & Knigge 2016, p. 558-559; Kuiper 2014, 367-369.

264 HR 29 juni 2010, *NJ* 2010/442 m.nt. Schalken; zie in het bijzonder de annotatie van Schalken die de toepassing van dit rechtsgevolg bij de overtreding van het uitlokverbod problematiseert; Voor een meer recente bespreking van deze problematiek zie Noyon 2018.

265 Knigge 2003, p. 194.

266 Schalken noemt als standaardvoorbeeld de schending van de redelijke termijn, waarvan inmiddels helder is dat deze normschending nimmer zal leiden tot niet-ontvankelijkheid.

te. Te denken valt bijvoorbeeld aan schendingen van artikel 3 EVRM.[267] Schalken koppelt deze redenering aan de Zaanse verhoormethode en concludeert in zijn annotatie onder dit arrest dat 'ook als een verdachte tijdens een onrechtmatige verhoorsituatie niet bekent, [dat, *MS*] nog niet [wil, *MS*] zeggen dat hij niet wezenlijk in zijn verdedigingsbelangen kan zijn getroffen of dat er niet in strijd met de beginselen van een behoorlijke procesorde is gehandeld'.[268]

Duker bespreekt in dit licht de overlap tussen de verschillende grondslagen voor de niet-ontvankelijkverklaring van het OM. Hij beargumenteert evenals Schalken dat vormverzuimen die niet raken aan de eerlijkheid van het proces van de verdachte en daarmee niet voldoen aan het Zwolsmancriterium, desondanks kunnen leiden tot niet-ontvankelijkheid omdat zij raken aan de algemene beginselen van een behoorlijke procesorde, in het bijzonder de redelijkheid van de vervolgingsbeslissing.[269] Ter illustratie wijst hij op het arrest *NJ* 2012/346 waarin het hof het OM niet-ontvankelijk had verklaard, onder andere in verband met de schending van de Aanwijzing inzake opsporing en vervolging van seksueel misbruik.[270] De verdachte was in 2009 gedagvaard ter zake van een zedendelict begaan in de periode 1992-1994. De aangifte op basis waarvan het opsporingsonderzoek was gestart was in 2007 gedaan door het slachtoffer, waarna het OM in strijd met eigen regelgeving verzuimd had binnen drie maanden de beslissing tot vervolging te nemen. Bovendien werd de aangifte als mogelijk onbetrouwbaar geacht omdat het deels was gebaseerd op zogenoemde hervonden herinneringen. Het OM had in strijd met zijn de Aanwijzing nagelaten de Landelijke Expertisegroep Bijzondere Zedenzaken te raadplegen over de betrouwbaarheid en geloofwaardigheid van deze aangifte. Tegen deze achtergrond en het feit dat de inmiddels dertigjarige verdachte vervolgd werd ter zake van feiten die hij als 13- tot 15-jarige zou hebben begaan, oordeelde het hof dat hier een zodanig grove verwaarlozing van de belangen van de verdachte heeft plaatsgevonden, dat hier slechts de sanctie past van niet-ontvankelijkverklaring van de officier van justitie in de vervolging. Duker betoogt dat deze zaak illustreert hoe verschillende toetsingskaders – het vertrouwensbeginsel, het kader van artikel 359a Sv en het beginsel van een redelijke en billijke belangenafweging – hier samen lijken te komen, daarnaast speelt ook het perspectief van de redelijke termijn hier een rol.[271] De unieke kenmerken van de zaak en de opeenstapeling van fouten maken het niet gemakkelijk te concluderen of ieder van de verschillende grondslagen voor niet-ontvankelijkheid individueel zou hebben volstaan: 'Het lijkt erop

267 Zie in dat verband de noot van Buruma onder *NJ* 2000/521.

268 Schalken in zijn noot Zaanse verhoormethode; tevens verwijzend naar Th.A. de Roos in zijn annotatie onder het Zaanse verhoormethode-arrest in *AA* 1997/11, p. 816, sub 7.

269 Duker 2013, p. 678-679; verwijzend ook naar de annotaties van Schalken en Reijntjes, onder HR 27 maart 2012, *NJ* 2012/450, m.nt. Schalken; HR 18 januari 2011, *NJ* 2011/141, m.nt. Schalken; HR 3 april 2012, *NJ* 2012/346, m.nt. Reijntjes.

270 HR 3 april 2012, *NJ* 2012/346, m.nt. Reijntjes.

271 Duker 2013, p. 679.

dat met name de combinatie van omstandigheden hier heeft geleid, en heeft mogen leiden, tot de beslissing het OM niet-ontvankelijk te verklaren in de vervolging. De uitspraken van het hof en de Hoge Raad laten zien dat de uiteindelijk grond voor niet-ontvankelijkheid met die verwevenheid van gronden moeilijk precies is te duiden.'[272]

Een soortgelijke situatie is ook waar te nemen in zaken waarin de aanhouding van verdachte gepaard is gegaan met disproportioneel geweldgebruik door opsporingsambtenaren. De Hoge Raad oordeelt in deze situaties steevast dat onregelmatigheden in het politieoptreden ten tijde van de aanhouding op zichzelf niet zullen meebrengen dat aan het recht van de verdachte op een eerlijke behandeling van zijn zaak wordt tekortgedaan.[273] In de literratuur wordt evenwel de positie verdedigd dat 'indien bij een disproportionele aanhouding de niet-ontvankelijkheid van het OM is uitgesloten omdat daarmee nog niet tekort is gedaan aan de eerlijke behandeling van de zaak, wellicht nog wel de redelijkheid van de vervolgingsbeslissing als zodanig zou kunnen worden getoetst aan beginselen van een behoorlijke procesorde'.[274]

Ondanks de hierboven genoemde situaties waarin ofwel meerdere toetsingskaders door elkaar heen lopen, ofwel sprake is van een opeenstapeling van fouten, wordt de niet-ontvankelijkverklaring slechts toegepast indien de eerlijkheid van het proces in het geding is.[275] In zijn annotatie onder het Afvoerpijparrest stelt Buruma de vraag of de Hoge Raad met het Zwolsmancriterium wil aangeven dat niet-ontvankelijkheid enkel in beeld komt indien de normschending raakt aan het recht op een eerlijk proces van de verdachte. Daarmee zou immers een andere grondslag voor de toepassing van deze sanctie – in verband met onrechtmatig handelen in het vooronderzoek[276] – uitgesloten worden. In eerdere rechtspraak heeft de Hoge Raad ook in situaties waarin niet de eerlijkheid van het proces ter discussie stond gebruik van de niet-ontvankelijkverklaring geoorloofd geacht. Deze situatie deed zich voor in het Karmanarrest waarin met de verdachte overeen was gekomen dat in ruil voor zijn verklaring in een andere zaak, de straf tegen de verdachte niet ten uitvoer zou worden gelegd. De Hoge Raad erkent dat in deze zaak de belangen van de verdachte niet worden aangetast door het handelen van het OM. Niettemin acht de Hoge Raad de niet-ontvankelijkverklaring wel geoorloofd omdat dit handelen van het OM zodanig strijdig was met de grondslagen van het strafproces dat het wettelijk systeem in zijn kern is geraakt:

---

272 Duker 2013, p. 679; Kuiper twijfelt of deze zaak in de sleutel van art. 359a Sv geplaatst dient te worden, zie Kuiper 2014, p. 395.

273 HR 30 januari 2001, *NJ* 2001/281; HR 11 oktober 2016, *NJ* 2016/456.

274 HR 12 februari 2008, *NJ* 2008/248 m.nt. Schalken; zie ook de conclusie van AG Bleichrodt onder *NJ* 2016/153, en de annotatie van Vellinga-Schootstra onder hetzelfde arrest.

275 Zie in dit kader de uitgebreide beschrijving van Kuiper over de situaties waarin de Hoge Raad de toepassing van deze sanctie geoorloofd acht, Kuiper 2014, p. 352-401.

276 Dit raakt niet aan de niet-ontvankelijkheid in verband met andere vervolgingsbeletselen, zie daarover uitgebreid: Van Dorst 1989, p. 81 e.v.; Cleiren 1989, p. 88-130; Duker 2013.

> 'Daaruit mag echter niet worden afgeleid dat in een geval als het onderhavige, in aanmerking genomen het fundamentele karakter van de gemaakte inbreuk, niet-ontvankelijkverklaring uitgesloten is, omdat de belangen van de verdachte niet zijn geschaad. Het Hof heeft terecht in aanmerking genomen het belang dat de gemeenschap heeft bij de inachtneming van het wettelijk systeem bij de berechting van strafzaken en de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen zodat de klacht van het middel dat het Hof geen acht heeft geslagen op het belang dat de gemeenschap heeft bij normhandhaving door berechting van de verdachte feitelijke grondslag mist.'[277]

Dit arrest wordt in de regel aldus zo uitgelegd dat de Hoge Raad naast het Zwolsmancriterium, dat slechts van toepassing is bij schending van de rechten van de verdachte, een andere grondslag erkent voor de niet-ontvankelijkheid in relatie tot onrechtmatig justitieel handelen. Namelijk wanneer andere in de rechtsstaat gewichtige belangen in het geding zijn. Het feit dat de Hoge Raad dit criterium in latere arresten niet meer heeft gebruikt, en dit arrest in die zin op zichzelf staat, wordt gezien als teken dat het thans niet meer als grond kan dienen. Bovendien kan in een aantal latere arresten van de Hoge Raad argumenten worden gevonden die erop wijzen dat het Karmancriterium niet langer van toepassing is.[278] Het ligt echter meer voor de hand dat wegens de uitzonderlijke aard van de zaak een dergelijke situatie zich simpelweg niet snel zal voordoen en het stilzwijgen van de Hoge Raad hieromtrent zou in die sleutel kunnen worden geplaatst.[279] Keulen en Knigge merken hieromtrent op dat de toezegging van het OM aan de verdachte de rechter in een onmogelijke positie had gebracht: 'Het proces tegen Karman was daarmee een farce geworden. En voor schijnprocessen is in onze strafrechtspleging geen plaats.'[280]

Kuiper vat de huidige toepassing van de niet-ontvankelijkheid als sanctie op onrechtmatig optreden als volgt op:

> 'De belangrijkste pre van niet-ontvankelijkverklaring is haar effectiviteit als noodrem om te voorkomen dat de verdachte wordt veroordeeld op basis van een proces dat niet voldoet aan de daaraan op basis van art. 6 EVRM te stellen eisen. De mogelijkheid van toepassing van dit rechtsgevolg vervult een vangnetfunctie voor de uitzonderlijke gevallen waarin als gevolg van vormfouten een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM niet meer mogelijk is. Niet-ontvankelijkverklaring kan voorts een zeer krachtige prikkel opleveren voor politie en OM om het gedrag waarop de inzet van dit middel de reactie vormt in de toekomst te vermijden. Die sterke signaalfunctie kan ook als voordeel worden gezien: duidelijker dan met toepassing

277 HR 1 juni 1999, *NJ* 1999/567, m.nt. Schalken.
278 HR 3 juli 2001, *NJ* 2002/8, m.nt. Schalken (*post-Karman I*); HR 25 juni 2002, *NJ* 2002/518, m.nt. Schalken (*post-Karman II*).
279 Zie ook Kuiper 2014, p. 389-390; anders Pitcher 2016, p. 141-142.
280 Keulen & Knigge 2016, p. 561.

van niet-ontvankelijkverklaring kan de rechter niet laten blijken dat de vormfouten waarop deze reactie volgt niet worden getolereerd.'[281]

Kortom, de sanctie niet-ontvankelijkheid dient terecht met grote terughoudendheid te worden toegepast, het betekent immers een einde aan het strafproces zonder dat aan een der functies van het strafproces wordt voldaan. De Hoge Raad beperkt de toepassing van deze sanctie dan ook voor extreme gevallen waarin procesrechten van de verdachte in ernstige mate zijn geschonden. Ondanks het begrip voor deze positie van de Hoge Raad, laten de hierboven genoemde voorbeelden zien dat toepassing van het strikte Zwolsmancriterium niet in alle situaties voor de hand ligt, en bovendien dat de vervlechting van de verschillende grondslag waarop de niet-ontvankelijkheid kan berusten problemen met zich brengt.

6.3 Focus van het rechterlijk toezicht in artikel 359a Sv

Ondanks dat de jurisprudentie van de Hoge Raad aan de wieg heeft gestaan van de rechterlijke controle op het vooronderzoek, laat de huidige jurisprudentiële lijn zien dat terughoudendheid geboden is bij de te verbinden gevolgen aan geconstateerde vormverzuimen in het vooronderzoek. Hierdoor rijst de vraag waartoe de rechterlijke controle op het vooronderzoek dient, met andere woorden, wat is de focus van deze rechterlijke controle?

In het vorige hoofdstuk zijn de doelstellingen van de rechterlijke controle op het opsporingsonderzoek en de sanctionering van onrechtmatigheden daarbinnen aan bod gekomen. In de huidige literatuur worden de volgende drie doelen dominant geacht voor de rechterlijke controle op het vooronderzoek. Ten eerste gaat het om het bevorderen van normconform handelen aan de zijde van politie en het OM. Hoewel dit doel doorgaans wordt gekoppeld aan de sanctie bewijsuitsluiting kan ook van de niet-ontvankelijkverklaring een dergelijk afschrikkend effect uitgaan. Ten tweede wordt als doel gewezen op het borgen van rechtsstatelijk handelen door de overheid. De gedachte is dat de rechter door het controleren van de (strafvorderlijke) overheid en het verbinden van een sanctie aan de niet-naleving van normen door de overheid, bijdraagt aan het bevorderen van de geloofwaardigheid en de integriteit van de rechtspleging. Tot slot wordt als doel van de rechterlijke controle gewezen op de bescherming van de individuele rechten van de verdachte, en in het bijzonder het recht op een eerlijk proces.[282]

Uit de door de bespreking van de verschillende criteria en voorwaarden die de Hoge Raad stelt aan de toepassing van artikel 359a Sv, kan worden

281 Kuiper 2014, p. 365.
282 Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, p. 863-864; Corstens 1993, p. 54-55; *NJ* 2013/308, *r.o.* 2.4.4-2.4.6; Kuiper 2014, p. 76.

afgeleid dat de rechterlijke focus hierbij met name ligt op de bescherming van de individuele rechten van de verdachte. De in de jurisprudentie geïntroduceerde criteria voor het verbinden van een rechtsgevolg aan een vormverzuim – zoals de *Schutznorm* – of de invulling die de Hoge Raad geeft aan de verschillende factoren – zoals het nadeel dat de verdachte ondervonden heeft – maken duidelijk dat de rechter maar zeer beperkte ruimte heeft om buiten die gevallen waarin de rechten van de verdachte zijn geschonden, over te gaan tot toepassing van artikel 359a Sv. Het lijkt er dan ook op dat de Hoge Raad het laatstgenoemde doel als het primaire doel ziet voor de rechterlijke controle op vormverzuimen.

Met betrekking tot de andere twee doelen zijn er minder aanknopingspunten te vinden in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Weliswaar erkent de Hoge Raad expliciet een rechterlijke verantwoordelijkheid voor het afdwingen van normconform strafvorderlijk handelen aan de zijde van opsporingsambtenaren – althans waar het structurele vormverzuimen betreft – maar het gaat hier wel om een doel dat van ondergeschikt belang is. Het waarborgen van een rechtsstatelijk en integer handelen van de overheid lijkt echter nagenoeg geheel uit de jurisprudentie van de Hoge Raad te zijn geraakt.

6.4 Conclusie

De discussie over de rechterlijke bevoegdheid het vooronderzoek te controleren is sinds de invoering van artikel 359a Sv – en in zekere zin al sinds de ontwikkeling van de jurisprudentie van de Hoge Raad ten aanzien van de controle op het vooronderzoek – definitief beslecht. Artikel 359a Sv biedt de wettelijke grondslag voor de controle van het opsporingsonderzoek, en zo nodig de sanctionering van onrechtmatigheden begaan gedurende dat onderzoek. Dit artikel geeft de rechter een ruime discretionaire bevoegdheid om aan normoverschrijdingen die zijn begaan tijdens de opsporing een sanctie te verbinden. Omdat het een discretionaire bevoegdheid betreft, en niet een sanctioneringsplicht, staat het de rechter vrij om enkel het verzuim vast te stellen zonder daaraan verdere consequenties te verbinden. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad duikt het beeld op dat de rechter terughoudend moet omgaan met zijn sanctionerende bevoegdheid. De jurisprudentiële drempels voor het verbinden van rechtsgevolgen – met name bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkheid – aan vormverzuimen zijn hoog, en indien de rechter ervoor kiest een vormverzuim te sanctioneren dient hij dat uitvoerig te motiveren. Hoewel deze jurisprudentie heeft geresulteerd in een nadere aanscherping van het rechterlijk toetsingskader, zijn er tegelijkertijd ook veel uitzonderingen op de verschillende jurisprudentiële drempels en factoren, waardoor het niet altijd duidelijk is hoe dit kader toegepast dient te worden.

Dat de sanctionering van normoverschrijdingen terughoudend plaatsvindt, betekent daarnaast niet dat de rechter ook geen controle uitoefent op het

opsporingsonderzoek en dat daarmee bepaalde strafprocessuele normen als onbelangrijk worden geacht. Een aanhouding zonder dat daar een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit aan vooraf gaat is nog steeds niet toegestaan onder de Nederlandse strafvorderlijke regels, en wordt ook als onrechtmatig aangemerkt door de strafrechter, maar de rechter hoeft er niet per se een rechtsgevolg aan te verbinden. De vraag is dan ook hoe de feitenrechter gebruik maakt van zijn controlerende bevoegdheid op het opsporingsonderzoek en op welke wijze hij reageert op geconstateerde vormverzuimen. Uit het voorgaande vloeit de vraag voort in hoeverre het terughoudende toetsingskader van de Hoge Raad als richtlijn dient voor de feitenrechter en waar de grootste afwijkingen en knelpunten ten aanzien van de toepassing van deze bepaling gelegen zijn.

7 Het toezicht op de opsporing: de feitenrechter

7.1 Inleiding

Uit de beschrijving van de jurisprudentie van de Hoge Raad in het vorige hoofdstuk volgt dat de rechterlijke controle op de rechtmatigheid van het vooronderzoek allerminst onbegrensd is. Hoewel met de invoering van artikel 359a Sv de wetgever deze rechterlijke bevoegdheid van een expliciete grondslag heeft voorzien, en daarbij de rechter in zekere zin een ruime discretionaire bevoegdheid heeft gegeven in de nadere invulling van deze taak, is deze discretionaire bevoegdheid scherp ingekaderd in de jurisprudentie van de Hoge Raad. De huidige stand van de jurisprudentie laat dan ook een grote mate van terughoudendheid zien aan de zijde van de Hoge Raad met betrekking tot toepassing van dit artikel. De rechter kan op grond van artikel 359a Sv weliswaar toezicht uitoefenen op de opsporing, en in dat kader bepaalde rechtsgevolgen verbinden aan normoverschrijdingen begaan door opsporingsambtenaren tijdens het vooronderzoek, maar voor het uitoefenen van het toezicht en in dat kader eventueel verbinden van rechtsgevolgen aan vormverzuimen is de rechter gebonden aan verschillende wettelijke en vooral jurisprudentiële factoren. Hierdoor kan worden gesteld dat enerzijds het door de Hoge Raad ontwikkelde kader voor de rechterlijke controle op de opsporing de feitenrechter duidelijke handvatten geeft om te reageren op onregelmatigheden in het vooronderzoek, terwijl anderzijds de hoge eisen die de Hoge Raad stelt voor de toepassing van deze bepaling en de vele factoren waar de feitenrechter rekening mee moet houden, hem beperkingen opleggen in de uitoefening van deze taak.

Hierdoor kan de indruk ontstaan dat de strafrechter terughoudend is in de uitoefening van zijn controlerende taak ten opzichte van de opsporing. Ingevolge de huidige jurisprudentie van de Hoge Raad is deze controlerende taak in grote mate gericht op de naleving van die vormvoorschriften die ofwel de waarheidsvinding borgen ofwel vormvoorschriften die raken aan fundamentele rechten van de verdachte (in het bijzonder het recht op een eerlijk proces). Het controleren van andere vormfouten zoals, inbreuken op het recht op privacy en de integriteit van de opsporing wordt in mindere mate als taak van de zittingsrechter beschouwd. De gerichtheid van de rechterlijke controle op het waarborgen van het recht op een eerlijk proces van de verdachte en het voorkomen van nadeel aan de procespositie van de verdachte, heeft grote consequenties voor de aard en omvang van het (rechterlijk) toezicht dat thans

wordt uitgeoefend op het strafvorderlijk handelen van politie en het OM. De rechter is weliswaar niet de primaire of de enige toezichthouder op de opsporing maar deze terughoudendheid heeft wel gevolgen voor het *totale* toezicht op de opsporing en de normering van het strafvorderlijk handelen van opsporingsambtenaren door de rechter.

Of de terughoudende sanctionering ook daadwerkelijk tot terughoudendheid ten aanzien van de controlerende taak leidt, valt echter nog te bezien. Het is tenslotte in de feitenrechtspraak waar duidelijk wordt hoe de rechter omgaat met het toezicht op de naleving van strafvorderlijke normen door opsporingsambtenaren. De Hoge Raad oordeelt immers slechts in een klein deel van de strafzaken en bepaalt daarin het algemene kader waarlangs de feitenrechter moet omgaan met zijn controlerende taak en in hoeverre hij dit kader in acht heeft genomen. Dit hoofdstuk heeft tot doel om in kaart te brengen hoe de feitenrechter invulling geeft aan zijn toezichthoudende rol, of en welke knelpunten zich in de praktijk voordoen en welke patronen er in dat kader te ontwaren zijn.

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. Voordat inhoudelijk wordt ingegaan op de wijze waarop in de feitenrechtspraak het rechterlijk toezicht gestalte krijgt, wordt in § 7.2 de in dit hoofdstuk gehanteerde methode besproken. Ten behoeve van de beeldvorming wordt vervolgens in § 7.3 een algemeen overzicht gepresenteerd van de feitenrechtspraak waarin een aantal bijzonderheden kort zal worden genoemd, zoals de veelvoorkomende (typen) vormverzuimen, veel gevoerde verweren en het aantal keer dat de rechter hier al dan niet in meegaat. Hierna wordt aandacht besteed aan de wijze waarop de rechter het opsporingsonderzoek controleert en normeert (§ 7.4). In de eerste plaats wordt gekeken of en in hoeverre de feitenrechter toezicht houdt op het vooronderzoek, meer concreet in hoeverre in de rechtspraak kenbaar wordt gemaakt dat het handelen van de opsporingsambtenaren is getoetst aan bepaalde normen, en op welke wijze de feitenrechter dat al dan niet doet. Met de controle op de opsporing hangt de normering – in de zin van explicitering van de norm – nauw samen. De rechterlijke normering is van belang omdat het duidelijk maakt op welke wijze strafvorderlijke normen uitgelegd dienen te worden, maar speelt tevens een cruciale rol bij de duiding en explicitering van vage of open normen zoals artikel 6 EVRM en de beginselen van een behoorlijke procesorde. Vervolgens wordt in § 7.5 de sanctionering van onrechtmatig handelen in het opsporingsonderzoek besproken, waarbij in het bijzonder aandacht zal zijn voor de vraag in hoeverre de feitenrechter hier op consequente wijze mee omgaat. Deze bespreking vindt plaats aan de hand van een aantal opvallende aspecten die zich in de feitenrechtspraak voordoen met betrekking tot de toepassing van artikel 359a Sv.

7.2 METHODE

Omdat de bestudering en bespreking van feitenrechtspraak in zekere zin (ook) een empirische aangelegenheid is, is het noodzakelijk dat alvorens de inhoud van de rechtspraak wordt besproken eerst wordt stilgestaan bij de wijze waarop deze data zijn verzameld en verwerkt en hoe de bespreking ervan zal plaatsvinden in de rest van dit hoofdstuk. Om een beeld te krijgen van de wijze waarop in de feitenrechtspraak invulling wordt gegeven aan de toezichthoudende taak van de rechter is gekeken naar de beschikbare online-databases, zoals rechtspraak.nl, *NJ*FS en Kluwer Navigator. Omdat op recht spraak.nl de meeste jurisprudentie gepubliceerd wordt, is ervoor gekozen om een selectie te maken van de op deze website beschikbare jurisprudentie. Hoewel artikel 359a Sv reeds in 1996 is ingevoerd, dateren de eerste gepubliceerde uitspraken waarin dit artikel een rol heeft gespeeld uit 1998. In de daaropvolgende jaren zijn er telkens enkele – en vanaf 2002 enkele tientallen – uitspraken per jaar te vinden op de verschillende online-databases. Pas vanaf 2008 wordt er een aanzienlijke hoeveelheid – meer dan 100 – uitspraken per jaar gepubliceerd. Met het oog op de genoemde hoeveelheid beschikbare data en de verdeling ervan over de jaren, is ervoor gekozen om een selectie van deze jurisprudentie te bestuderen en de selectie te baseren op een aantal peiljaren. Gezien het belang van het meest recente standaardarrest van de Hoge Raad, de Onbevoegde hulpofficier, is ervoor gekozen om 2012 en 2015 als peiljaren te nemen.[1] Deze keuze maakt het mogelijk om een vergelijking te maken tussen de situatie vlak voor dit arrest, en de huidige situatie waarin de feitenrechter goed bekend is met het kader van de Hoge Raad. De rechtspraak uit 2015 is ook om een andere reden interessant; sinds 2014 lijkt de Hoge Raad de stelplicht strikter te handhaven. In hoofdstuk 6 is in dit verband opgemerkt dat strengere eisen aan de stelplicht zou kunnen bijdragen aan een terughoudendere controle door de rechter.[2] De vraag is dan ook of een dergelijke ontwikkeling te ontwaren is in de rechtspraak. Tevens is 2010 gekozen in verband met het arrest van de Hoge Raad uit december 2010 waarin hij verschillende factoren uit artikel 359a lid 2, nader aanscherpte.[3]

Vervolgens is in de voornoemde periodes gezocht op de zoekmachine recht spraak.nl, op de zoekterm '359a', bij alle rechtbanken en hoven. Deze zoekterm en de gekozen parameters leverden in totaal 839 uitspraken op, respectievelijk 238 in 2015, 337 in 2012 en 263 in 2010. Van dit totaal zijn 259 uitspraken geselecteerd en bestudeerd. Bij deze selectie is rekening gehouden met een

1 Hoewel het hier niet om heel recente rechtspraak gaat, is er geen reden om aan te nemen dat het beeld dat in dit hoofdstuk wordt geschetst van de feitenrechtspraak aangaande art. 359a Sv, is gewijzigd.

2 Zie hierover uitgebreid § 6.2.1.3.

3 HR 12 december 2010, *NJ* 2010/624 m.nt. Schalken; HR 4 januari 2011, *NJ* 2012/145, m.nt. Borgers; zie verder Kooijmans 2011, p. 1091-1108.

aantal factoren. Zo is gestreefd naar een evenredig aantal arresten per peiljaar: 86 uit 2015, 86 uit 2012 en 87 uit 2010. Tevens is rekening gehouden met zowel regionale spreiding, als een gelijkwaardige verdeling tussen hoven en rechtbanken. Dat wil zeggen dat zowel van rechtbanken als hoven een evenredig aantal zaken is bestudeerd, en daarmee dus per instantie naar rato een aantal zaken is geselecteerd. Ter illustratie: in het jaar 2015 is door het Hof Amsterdam in totaal 43 arresten gepubliceerd waar artikel 359a Sv genoemd is. Van deze 43 arresten zijn er tien zaken geselecteerd voor bestudering, deze selectie heeft plaatsgevonden door de zaken willekeurig te sorteren op rechtspraak.nl en vervolgens om de vier arresten één arrest te selecteren.

Met deze methode is getracht een zo representatief mogelijk beeld van de gepubliceerde rechtspraak te bieden. Niettemin brengt deze methode ook de nodige beperkingen met zich. Het is welbekend dat niet alle feitenrechtspraak gepubliceerd wordt op rechtspraak.nl. Om deze reden is het niet goed mogelijk om een inschatting te maken van de mate waarin de bestudeerde rechtspraak representatief is voor de daadwerkelijke rechtspraak. Het is immers niet duidelijk welk deel van de jurisprudentie ten aanzien van artikel 359a Sv op rechtspraak.nl gepubliceerd wordt. Daarnaast is het niet geheel duidelijk op basis van welke criteria de gepubliceerde uitspraken zijn geselecteerd voor publicatie. Hierbij biedt het Besluit selectiecriteria uitsprakendatabank Rechtspraak.nl weliswaar enige houvast, maar de criteria zijn dermate ruim geformuleerd dat de verschillende rechtbanken en hoven nog steeds een grote beoordelingsvrijheid toekomt bij de publicatie van rechtspraak.[4] Welk beleid de verschillende rechtbanken en hoven precies voeren met betrekking tot het publiceren van jurisprudentie is dan ook niet bekend. Wel kunnen we vaststellen dat er grote verschillen bestaan wat betreft het aantal gepubliceerde uitspraken. Ter indicatie: de strafkamer van het Hof Amsterdam heeft in het jaar 2015 meer dan 40 arresten gepubliceerd die verband houden met artikel 359a Sv, terwijl de Rechtbank Zeeland-West Brabant er slechts zes heeft gepubliceerd.[5]

Daarnaast dragen de "harde criteria" uit het Besluit selectiecriteria eraan bij dat een enigszins scheef beeld ontstaat. Het Besluit bepaalt bijvoorbeeld dat ernstige strafzaken – een strafzaak betreffende een levensdelict of een strafzaak waarin een gevangenisstraf van vier jaar of meer en/of een TBS-maatregel is opgelegd – altijd gepubliceerd dienen te worden. Het is juist bij deze ernstige misdrijven waarin de jurisprudentie van de Hoge Raad grote terughoudendheid met betrekking tot sanctionering van vormverzuimen

4 Zie: https://www.rechtspraak.nl/Uitspraken-en-nieuws/Uitspraken/Paginas/Selectiecriteria.aspx (laatst geraadpleegd 17 januari 2019).

5 Met dit voorbeeld wordt niet bedoeld te suggereren dat het Hof Amsterdam en de Rechtbank Zeeland-West Brabant volledig vergelijkbaar zijn (of zouden moeten zijn) in dezen. Het voorbeeld dient slechts ter illustratie van het gegeven dat er grote onderlinge verschillen bestaan in de hoeveelheid 359a-zaken die te vinden zijn op rechtspraak.nl.

voorstaat. Een ander voorbeeld is het in artikel 4 lid 2 van het Besluit geformuleerde criterium dat een uitspraak altijd gepubliceerd wordt indien

> 'een beroep op het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens, het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten, het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind of een verdrag dat tot stand is gekomen onder de International Labour Organization, is gehonoreerd of anders dan met een standaardmotivering verworpen'.

Dit zou kunnen verklaren waarom relatief veel *Salduz*-verweren (die logischerwijs gebaseerd zijn op artikel 6 EVRM) te vinden zijn in de bestudeerde uitspraken. Ter relativering van deze twee kanttekeningen moet echter wel het volgende worden opgemerkt. In een soortgelijk onderzoek (analyse van feitenrechtspraak) van Goos naar vormverzuimen in het e-archief van de Raad voor de Rechtspraak stelt de auteur dat een vergelijking van de zaken die in het e-archief te vinden zijn en die zaken die op rechtspraak.nl worden gepubliceerd laat zien dat op rechtspraak.nl relatief veel 'vormverzuim'-zaken worden gepubliceerd. Uitspraken waarin vormverzuimen een rol spelen worden verhoudingsgewijs vaker gepubliceerd dan strafzaken waarin geen vormverzuim-verweer is gevoerd.[6] Wat de precieze percentages zijn maakt de auteur echter niet bekend.

Als gezegd wordt met de analyse van deze rechtspraak beoogd in kaart te brengen welke algemene patronen er te ontwaren zijn in de feitenrechtspraak betreffende artikel 359a Sv. Hierbij wordt eveneens gekeken naar de discrepanties die er bestaan tussen de feitenrechters onderling en tussen de feitenrechters en de Hoge Raad. Een dergelijke evaluatie is echter niet altijd eenvoudig op basis van de beschikbare informatie in de uitspraak, omdat bijvoorbeeld niet alle (voor deze evaluatie) relevante feiten zijn opgenomen. Een korte uitspraak met weinig feitelijke informatie is dan ook slecht te toetsen op de vraag of al dan niet conform de lijn van de Hoge Raad is gehandeld.

Ondanks deze kanttekeningen en het feit dat de bestudeerde rechtspraak geen *volledig* beeld oplevert van de daadwerkelijke feitenrechtspraak, kunnen op basis van dit onderzoek wel degelijk bepaalde algemene conclusies worden getrokken, daar het onderzoek in bepaalde opzichten een duidelijke ontwikkeling laat zien en bovendien hieruit een zeker beeld ontstaat van hoe in de feitenrechtspraak omgegaan wordt met de toezichthoudende taak van de rechter. De casuïstische aard van deze thematiek en het gemêleerde beeld van de feitenrechtspraak brengen mee dat er bepaalde keuzes gemaakt moeten worden om tot een gestructureerde bespreking van de onderzoeksbevindingen te kunnen komen. In de volgende paragrafen worden de bevindingen allereerst afgezet tegen de controlerende en normerende taak van de rechter, waarna nader wordt ingegaan op de consistentie waarmee invulling wordt gegeven

6 Goos 2019, voetnoot 17 op p. 8.

aan deze rechterlijke taak. Het is hierbij goed om op te merken dat er een zekere overlap aanwezig is tussen de verschillende indelingen. Dat geldt in de eerste plaats voor de controlerende en normerende taak van de rechter omdat deze activiteiten niet scherp gescheiden kunnen worden, maar geldt ook voor de bespreking van de verdere invulling van deze taak. Dit komt deels doordat bepaalde factoren in het toetsingskader van artikel 359a Sv sterk aan elkaar gekoppeld zijn. Te denken valt aan de invulling van de factoren in het tweede lid van artikel 359a Sv, zoals belang van het geschonden voorschrift en het daardoor ontstane nadeel, met de eisen die er worden gesteld aan de stelplicht voor een verweer op dit artikel. De invulling van de wettelijke factoren is bovendien ook afhankelijk van het rechtsgevolg waar een beroep op wordt gedaan. Kortom, het toetsingskader van artikel 359a Sv laat zich niet heel eenvoudig demonteren en om die reden is het ook niet altijd eenvoudig om precies aan te wijzen op welk onderdeel van het toetsingskader sprake is van onjuiste of onduidelijke toepassing.

Zoals gezegd – en zoals bovendien ook zal blijken uit de bespreking van de rechtspraak hieronder – levert de bestudering van feitenrechtspraak niet noodzakelijkerwijs een volledig beeld op van hoe de praktijk van het rechterlijk toezicht op de opsporing eruitziet. Hierdoor is het niet altijd eenvoudig om algemene uitspraken te doen over de wijze waarop de feitenrechter omgaat met zijn controlerende en normerende taak, en daarom is het ook niet eenvoudig om de onderlinge discrepanties alsmede de discrepanties ten opzichte van de jurisprudentie van de Hoge Raad te duiden aan de hand van de bespreking van concrete casus die zich in de feitenrechtspraak voordoen. Om de bestudeerde rechtspraak in een bredere context te kunnen plaatsen en deze te kunnen veralgemeniseren vindt de bespreking ervan daarom plaats tegen de achtergrond van de rol van de rechter inzake de controle op en normering van het opsporingsonderzoek.

7.3 Algemeen beeld van de bestudeerde feitenrechtspraak

Voordat in het hiernavolgende een nadere blik zal worden geworpen op de inhoud van de bestudeerde rechtspraak, is het voor een algemeen beeld op deze rechtspraak van belang een aantal cijfermatige gegevens over deze rechtspraak te geven. De bedoeling van deze korte schets is niet om harde conclusies te verbinden aan deze cijfers, maar dient ertoe om de lezer een globaal beeld te geven van het type zaak, vormverzuim en verweer dat zich in deze selectie van de feitenrechtspraak (vaak) heeft voorgedaan.

Als gezegd zijn in het kader van dit rechtspraakonderzoek in totaal 259 uitspraken geselecteerd en bestudeerd waarin artikel 359a Sv een rol van betekenis speelde. Dat wil zeggen dat in deze zaken ofwel een vormverzuimverweer werd gevoerd door de verdediging ofwel de rechter ambtshalve de rechtmatigheid van het handelen in de opsporing aan artikel 359a Sv heeft

getoetst. Slechts een enkele keer werd het vermeende vormverzuim voor het eerst door de officier van justitie ter sprake gebracht.

In de eerste plaats is het goed op te merken dat de selectie van uitspraken een grote mate van diversiteit in type zaken bevat, zowel zaken met minder ernstige feiten zoals verkeersdelicten, als veelvoorkomende criminaliteit zoals diefstal en (kleinere) opiumdelicten, en ernstige strafbare feiten zoals levensdelicten, deelname aan criminele organisaties en mensenhandel, maakten deel uit van de selectie. Vormverzuimen en vormverzuimverweren komen aldus in de gehele breedte van de strafrechtspraak voor.

Ook in het type vormverzuim is een grote mate van diversiteit te zien. Veelvoorkomende vormverzuimen zijn verzuimen met betrekking tot het recht op rechtsbijstand bij het politieverhoor (Salduz-vormverzuimen) en het achterwege laten van de cautieverlening (in totaal werd hier 41 keer een beroep op gedaan). Ook wordt vaak een beroep gedaan op een vormverzuimen rondom de aanhouding van de verdachte vanwege het ontbreken van een redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit (in 39 gevallen werd hier een beroep op gedaan) of het disproportioneel gebruik van geweld ten tijde van de aanhouding (in elf gevallen werd hierover geklaagd). Daarnaast wordt ook relatief vaak geklaagd over vormfouten rondom de start van het opsporingsonderzoek, bijvoorbeeld door het gebruik van niet-geverifieerde MMA-meldingen of vragen omtrent het gebruik van CIE-informatie (in twaalf gevallen). Ook verweren betreffende het onrechtmatig binnentreden en doorzoeken van woningen en andere plaatsen komen met enige regelmaat voor (28 keer). Een andere noemenswaardige categorie vormfouten is de schending van de verbaliseringsplicht, bijvoorbeeld vanwege het niet of onjuist opmaken van processenverbaal door opsporingsambtenaren (in zestien gevallen). Een tamelijk grote 'restcategorie' wordt gevormd door verweren aangaande bijzondere opsporingsbevoegdheden, waarbij in het bijzonder vaak wordt geklaagd over stelselmatige observatie en informatie-inwinning, het vorderen van gegevens, gebruik van infiltranten, en het opnemen van vertrouwelijke communicatie. Voor het overige komt een scala aan verschillende soorten onrechtmatigheden voor, zoals schendingen van de privacy door het gebruik van 'nieuwe' (ongenormeerde) opsporingsmethoden (stealth-sms, gebruik ANPR-gegevens), de onrechtmatige inzet van opsporingsberichtgeving, het in strijd met protocollen horen van getuigen (of de verdachte), het niet naleven van forensische opsporingsnormen, het vernietigen van monsternames waardoor geen tegenonderzoek mogelijk is, onbehoorlijk gedrag door het OM (ongeoorloofd contact tussen de officier en getuigen of zelfs de rechter, onvoldoende regievoering, het verstrekken van een onvolledig dossier) en de schending van de redelijke termijn.

De rechter stelde in 127 gevallen vast dat er inderdaad sprake was van een vormverzuim, in 110 gevallen oordeelde de rechter dat er geen vormverzuim was of deze geacht werd te zijn hersteld. In 22 gevallen liet de rechter

zich niet duidelijk uit over de vraag of al dan niet sprake was geweest van een vormverzuim.

Hoewel de rechtspraak van de Hoge Raad een terughoudend beeld laat zien met betrekking tot toepassing van zware sancties als bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkheid, wordt in de praktijk nog relatief vaak een verweer gevoerd op deze rechtsgevolgen: 114 keer (primair) op niet-ontvankelijkheid en 109 keer (primair) op bewijsuitsluiting, terwijl slechts 19 keer primair een beroep op strafvermindering werd gedaan. Het zal weinig verbazing wekken dat de rechter aanzienlijk minder vaak overging tot toepassing van deze sancties: in slechts tien gevallen werd het OM niet-ontvankelijk verklaard, in 46 gevallen werd onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal uitgesloten en in negentien gevallen werd compensatie geboden aan de verdachte door middel van strafvermindering. Waarbij het nog opmerking verdient dat in het bijzonder de sanctie bewijsuitsluiting minder vaak wordt toegepast in 2015 dan in 2012 en 2010: respectievelijk in negen, dertien en 24 gevallen. Een van de verklarende factoren hierin kan zijn dat in de rechtspraak uit 2010 relatief veel 'Salduz'-verzuimen voorkwamen (in twintig gevallen in 2010 tegenover slechts vijf in 2015).

Als gezegd kunnen geen (harde) conclusies worden verbonden aan het bovenstaande en is het niet gemakkelijk om te zoeken naar verklaringen voor de mate van frequentie van bepaalde vormverzuimen of verweren daarop. Hoewel de bestudering van feitenrechtspraak in zekere zin als empirisch onderzoek kan worden aangemerkt, is de wijze waarop in dit hoofdstuk gekeken is naar rechtspraak toch vooral aan te merken als kwalitatief empirisch onderzoek. Het bovenstaande dient dan ook louter ter illustratie van het gemêleerde beeld dat de selectie van de feitenrechtspraak opleverde: vormverzuimen komen voor in alle type strafzaken, zowel in kleine en minder ernstige strafzaken als in grootschalige opsporingsonderzoeken. En discussies over vormverzuimen beslaan een zeer divers palet aan strafvorderlijke normen en gedragingen, waarbij zowel (vermeende) fouten worden gemaakt bij duidelijke normen als de cautieverlening en het recht op rechtsbijstand, als bij nog ongenormeerde en daarom onduidelijkere opsporingsmethoden als het gebruik van de stealth-sms. In de volgende paragrafen zullen deze verschillende vormverzuimen vanuit een meer inhoudelijk perspectief worden bekeken en worden afgezet tegen de toezichthoudende taak van de rechter om zodoende een algemeen beeld te schetsen van de invulling van deze taak.

7.4 Controlerende en normerende taak van de strafrechter

Hoewel de Hoge Raad de toezichthoudende taak van de strafrechter ten opzichte van het vooronderzoek steeds meer heeft beperkt, heeft de feitenrechter nog steeds wel enige ruimte om naar eigen inzicht invulling te geven aan deze bevoegdheid. Daarnaast brengt een terughoudende sanctionering van

onrechtmatig optreden tijdens de opsporing niet noodzakelijkerwijs mee dat de rechter ook terughoudend moet zijn in de controle en normering van dat handelen. In dit licht kan worden verwezen naar het onderzoek van de Commissie-Van Traa inzake de IRT-affaire. In haar onderzoeksrapport wijst de commissie op de zelfstandige taak van de rechter inzake de controle en normering van het optreden van opsporingsambtenaren tijdens het vooronderzoek.[7] Hoewel hiermee niet is gezegd in hoeverre en op welke wijze de rechter dient te reageren op geconstateerd onrechtmatig optreden, brengt deze rechterlijke verantwoordelijkheid wel mee dat ondanks de inperkingen die de Hoge Raad in het toetsingskader van artikel 359a Sv heeft aangebracht, de rechter een zekere mate van vrijheid toekomt in het invullen van zijn controlerende en normerende taak. In het hiernavolgende zal nader op deze rechterlijke verantwoordelijkheid worden ingegaan, waarbij telkens aan de hand van de feitenrechtspraak zal worden bekeken hoe de rechter thans gestalte geeft aan deze taak.

7.4.1 Controle

De Hoge Raad heeft in zijn jurisprudentie hoge drempels opgeworpen voor het verbinden van sancties aan vormverzuimen begaan tijdens het vooronderzoek. Hieruit volgt logischerwijs dat het sanctioneren van vormverzuimen in de feitenrechtspraak niet vaak voorkomt. Een van de hypothesen die ten grondslag ligt aan dit jurisprudentieonderzoek is dat de terughoudendheid die de Hoge Raad voorstaat ten aanzien van de toepassing van (de sancties in) artikel 359a Sv ertoe heeft geleid dat de feitenrechter niet alleen terughoudend is met betrekking tot de sanctionering van onrechtmatigheden in het opsporingsonderzoek, maar dat hij eveneens terughoudend is met de controle en de normering van het strafvorderlijk handelen. Als gezegd behelzen controle, normering en sanctionering drie afzonderlijke activiteiten die ieder een ander doel behelzen.[8] Met controle wordt gedoeld op het beoordelen van de rechtmatigheid van het gedrag in de gegeven situatie. Hiervoor is het niet noodzakelijk dat de rechter (altijd) nader onderzoek verricht, het volstaat als de rechter zich over een kwestie buigt en zich daarover uitlaat zonder het

7 *Kamerstukken II* 1995/96, 24072, 10 en 11 (eindrapport 'Inzake Opsporing' van de Parlementaire Enquête- commissie Opsporingsmethoden en de daarbij behorende bijlagen V en VI), p. 453-459.

8 Zie hierover § 1.4 & § 2.6; Kuiper maakt eveneens een onderscheid tussen sanctioneren en reageren op een vormverzuim. Hij neemt afstand van het gebruik van het woord sanctioneren in dit kader, maar heeft hiertoe andere redenen. Hij spreekt hier over het verschil tussen reageren op vormverzuimen en sanctioneren van vormverzuimen en acht dit verschil noodzakelijk omdat niet elk verzuim een rechtsgevolg vereist en omdat de aard van de verschillende rechtsgevolgen niet enkel *bestraffend* (en dus sanctionerend van aard) is (zie Kuiper 2014, p. 4).

instellen van nader onderzoek. Indien de rechter vaststelt dat in casu sprake is van normoverschrijdend gedrag, dan kan hij daaraan een sanctie verbinden. Het sanctioneren van onrechtmatig gedrag houdt aldus in dat er een rechtsgevolg (strafvermindering, bewijsuitsluiting, niet-ontvankelijkheid) wordt verbonden aan een onrechtmatige handeling naar aanleiding van een controle. Ook normering is gelieerd aan deze twee activiteiten en betekent de precisering en uitleg van strafvorderlijke normen door de rechter, de rechter laat zich hiermee uit over de inhoud van de geschonden norm (en niet per se over het onrechtmatige gedrag). De sanctionering van onrechtmatig gedrag kan de normering extra kracht bijzetten omdat daarmee de geldigheid van de norm wordt onderstreept door een rechtsgevolg te verbinden aan schending ervan.[9] Hoewel controle, normering en – in mindere mate ook – sanctionering vaak samen zullen gaan, hoeft dat dus niet altijd het geval te zijn. Controle behelst meer dan alleen sanctionering, aangezien niet elke onrechtmatige handeling gepaard dient te gaan met een rechtsgevolg. Ook normeren is breder, daar het eveneens ziet op de precisering van de inhoud en werking van de norm door de rechter. In beide gevallen kan sanctionering een effectief middel zijn om het onrechtmatige optreden te corrigeren, herstellen en aan normstelling te doen, maar dit kan (soms) ook zonder het verbinden van een sanctie.[10] Normering van het opsporingsoptreden door de rechter is met name ook met het oog op het omvangrijke handelingskader – het scala aan normen waaraan strafvorderlijk optreden moet beantwoorden – van opsporingsambtenaren wenselijk. Sanctioneren kan evenwel niet helemaal los worden gezien van controle en normering. Vanuit rechtsstatelijk perspectief heeft de rechter immers een taak in het toetsen en waarborgen van normconform handelen van politie en OM, en in dat kader zou hij onrechtmatigheden moeten *kunnen* sanctioneren om het staatsrechtelijk evenwicht in stand te kunnen houden.[11]

Eén van de factoren waar in dit jurisprudentieonderzoek naar is gekeken, is de vraag of de uitspraak blijk geeft van een bepaalde vorm van controle en oordeelsvorming naar aanleiding van die controle door de rechter, in die zin dat hij aangeeft in welke mate het gedrag al dan niet conform de toepasselijke strafvorderlijke normen is geweest.

De juistheid van de hierboven geformuleerde hypothese, namelijk dat terughoudendheid in de sanctionering ook terughoudendheid in de rechterlijke controle ten gevolg heeft, wordt door de bestudeerde rechtspraak behoorlijk gerelativeerd. In ruimschoots de meeste gevallen voert de strafrechter nog steeds een zekere mate van controle uit, ook al blijft het geconstateerde ver-

9 Jörg 1989, p. 659; Dubelaar 2009, p. 96.

10 Vanuit rechtsstatelijk perspectief kan worden betoogd dat de rechter een taak heeft in het toetsen en waarborgen van normconform handelen van politie en OM, en dat hij in dat kader onrechtmatig optreden ook zou moeten kunnen sanctioneren.

11 Zie bijv. Brinkhoff 2016, p. 110 met een verwijzing naar het rapport van de Commissie-Van Traa.

zuim vaak zonder gevolgen. Een (volledig) gebrek aan controle is aldus niet waar te nemen. Wel maakt een vergelijking tussen de verschillende peiljaren zichtbaar dat het achterwege blijven van rechterlijke controle (en vaak ook normering) veel vaker voorkomt in 2015 dan in 2012 en 2010. Met een verwijzing naar de hierboven gemaakte kanttekeningen ten aanzien van de methode van het onderzoek, wordt in kwantitatieve zin het volgende beeld zichtbaar. In 2015 was er in de 86 bestudeerde uitspraken in zeventien geen sprake van een controle of van normering.[12] In 2012 gaat het van de in totaal 86 zaken slechts om vijf uitspraken,[13] en in 2010 om zes uitspraken.[14]

Wat bovenal opvallend is, is dat in 2015 de rechter in negen van de zeventien uitspraken het verweer op vormverzuimen afdeed met een verwijzing naar de stelplicht die geldt voor 359a-verweren.[15] Zoals in het vorige hoofdstuk uiteengezet is deze stelplicht voor het eerst in het *Afvoerpijp*-arrest geformuleerd. Hierbij heeft de Hoge Raad aangegeven dat een beroep op artikel 359a Sv (en in het bijzonder de daarin gelegen sancties) duidelijk moet zijn en gemotiveerd dient te zijn aan de hand van de in het tweede lid genoemde factoren.[16] Indien een verweer niet aan deze eisen voldoet, zal de rechter het verweer ongemotiveerd mogen verwerpen.[17] Hoewel in de literatuur wordt betoogd dat de eisen die worden gesteld aan de stelplicht afhankelijk zijn van

---

12 Hof Amsterdam 11 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:853; Hof Amsterdam 24 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1242; Hof Den Haag 18 februari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:626; Hof Den Haag 6 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1261; Hof Den Bosch 25 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1181; Hof Den Bosch 12 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1726; Hof Den Bosch 14 juli 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2630; Hof Den Bosch 13 augustus 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3200; Rb. Den Haag 9 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8016; Rb. Den Haag 8 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10601; Rb. Gelderland 8 oktober 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6215; Rb. Gelderland 23 december 2012, ECLI:NL:RBGEL:2015:8038; Rb. Limburg 27 januari 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:654; Rb. Limburg 11 maart 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:2074; Rb. Midden-Nederland 7 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4033; Rb. Midden-Nederland 8 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3984; Rb. Overijsel, 1 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3170.

13 Rb. Den Haag 9 mei 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW5336; Rb. Arnhem 27 juni 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW9488; Rb. Rotterdam 21 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV9641; Rb. Rotterdam 25 december 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY1309; Rb. Leeuwarden 10 april 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BW1463.

14 Rb. Amsterdam 27 januari 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BL0675; Rb. Den Haag 9 juni 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BM7397; Rb. Groningen 18 maart 2010, ECLI:NL:RBGRO:2010:BL7973; Rb. Breda 25 oktober 2010, ECLI:NL:RBBRE:2010:BO2795; Rb. Zutphen 12 oktober 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BO0551; Rb. Maastricht 2 juli 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BN4855.

15 Hof Amsterdam 11 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:853; Hof Amsterdam 24 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1242; Hof Den Bosch 25 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1181; Hof Den Bosch 12 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1726; Hof Den Bosch 14 juli 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2630; Rb. Gelderland 23 december 2012, ECLI:NL:RBGEL:2015:8038; Rb. Limburg 27 januari 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:654; Rb. Midden-Nederland 7 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4033; Rb. Midden-Nederland 8 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3984.

16 *NJ* 2004/376 m.nt. Buruma, *r.o.* 3.7.

17 HR 9 december 2014, *NJ* 2015/356 m.nt. Keulen; HR 10 maart 2015, *NJ* 2015/357 m.nt. Keulen.

het type vormverzuim – aan een beroep op een schending van artikel 6 EVRM stelt de Hoge Raad lagere eisen – en dat deze stelplicht met name ten doel heeft de strafrechter een mogelijkheid te geven voorbij te gaan aan kansloze verweren, heeft deze jurisprudentie ook gevolgen voor de controlerende en normerende taak van de rechter. Dat blijkt onder meer uit de volgende zaak.

In een zaak voor het Hof Den Bosch had de verdediging aangevoerd dat er sprake was van détournement de pouvoir omdat de doorzoeking van de auto van de verdachte ten onrechte was gebaseerd op de Wet op de accijns. De raadsman stelde dat:

> 'nu derhalve in het voorbereidend onderzoek vormen zijn verzuimd in de zin van artikel 359a van het Wetboek van Strafvordering en de resultaten van het onderzoek, die door het verzuim zijn verkregen, niet mogen bijdragen aan het bewijs van het ten laste gelegde, dient verdachte daarvan te worden vrijgesproken'.

Het moge duidelijk zijn dat het verweer zoals hierboven weergegeven niet overeenkomt met de eisen die de Hoge Raad stelt aan een 359a-verweer. Het Hof Den Bosch reageerde dan ook als volgt:

> 'Het hof is slechts gehouden te responderen op een door de verdediging naar voren gebracht uitdrukkelijk onderbouwd standpunt in de zin van artikel 359a lid 2 van het Wetboek van Strafvordering. De enkele stelling van de raadsman dat de doorzoeking van de auto onrechtmatig is geweest kan niet als een zodanig standpunt worden aangemerkt. Het hof verwerpt reeds daarom het verweer.'[18]

Eenzelfde situatie deed zich voor bij de Rechtbank Limburg, hoewel het hier om een 'principiëlere' normschending ging, namelijk een vermeende schending van de ambtsinstructie bij de aanhouding van verdachte:

> 'Tot slot merkt de rechtbank nog op dat de raadsman van de verdachte ter terechtzitting nog naar voren heeft gebracht dat de politie, blijkens de ambtsinstructie, niet gerechtigd was om over te gaan tot de achtervolging van de verdachte. De verbalisanten hadden evenmin hun dienstwapen mogen gebruiken. Echter, nu de raadsman hier geen uitdrukkelijke conclusies aan heeft verbonden, bijvoorbeeld in de zin van artikel 359a van het Wetboek van Strafvordering, behoeft het verweer van de raadsman geen (verdere) bespreking.'[19]

Hoewel de feitenrechter in 2015 relatief vaak het niet voldoen aan de stelplicht als argument bezigt om het verweer van de verdediging onbesproken te laten, en daarmee eveneens de normering van de opsporing achterwege laat, kunnen in bepaalde gevallen ook andere redenen worden aangewezen die ten grondslag hebben gelegen aan dit oordeel van de rechter. Wel kunnen in bepaalde

18 Hof Den Bosch 25 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1181.
19 Rb. Limburg 27 januari 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:654.

zaken andere redenen een rol van betekenis hebben gespeeld. Zo vond het Hof Amsterdam in een zaak waarin de verdediging een beroep had gedaan op bewijsuitsluiting vanwege een onrechtmatige doorzoeking in een woning, een inhoudelijke bespreking van het verweer niet nodig 'nu dit op artikel 359a van het Wetboek van Strafvordering gebaseerde beroep niet voldoet aan de eisen die moeten worden gesteld aan een verweer op de voet van deze bepaling'.[20] Het hof sprak de verdachte echter vervolgens vrij van het ten laste gelegde feit omdat er onvoldoende bewijs witwassen voorhanden was. Een soortgelijke situatie (althans wat betreft de afdoening van het verweer omtrent het onrechtmatig overheidsoptreden) doet zich ook voor in een zaak waarin de verdediging aanvoert dat sprake is geweest van onrechtmatige pseudokoop. Het Hof Amsterdam stelt dat 'de raadsman niet [heeft] aangevoerd welke belangen van de verdachte geschonden zouden zijn door het eventuele vormverzuim, noch is anderszins gebleken van enige schending van zijn belangen ten dezen'. Om deze reden gaat het hof niet in op het verweer, wel stelt het hof het door de pseudokoop verkregen bewijs toch al niet te zullen gebruiken voor het bewijs.[21]

Zoals gezegd is het gebruik van dit argument door de feitenrechter een relatief nieuw verschijnsel vergeleken met de rechtspraak uit 2012 en 2010. Ook in deze eerdere jaren zijn er uitspraken te vinden waarin de rechtbank of het hof niet of nauwelijks aan controle (of normering) doet, maar deze lijken meer op de laatstgenoemde uitspraken in die zin dat er vaak een andere aanwijsbare reden ten grondslag ligt aan het achterwege blijven hiervan. Te denken valt aan een situatie waarin de rechtbank voornemens is de verdachte vrij te spreken van het ten laste gelegde en daarom het verweer aangaande vormverzuimen onbesproken laat,[22] of omdat de rechtbank het niet nodig acht gebruik te maken van het bewijs voor de bewezenverklaring: 'Nu de rechtbank het door de raadsman betwiste NFI rapport niet bezigt voor het bewijs, behoeft het verweer voor het overige geen bespreking.'[23]

Dat de rechter doorgaans voorbijgaat aan een bewijsuitsluitingsverweer wanneer hij niet voornemens is het (al dan niet onrechtmatig verkregen) bewijs te gebruiken, was reeds voor de invoering van artikel 359a Sv staande praktijk. Stamhuis stelt hieromtrent in zijn onderzoek naar de afdoening van vormverzuimen in de jurisprudentie tussen 1975 en 1991 dat 'de vraag naar de rechtmatigheid van de bewijsgaring niet meer van belang [is] als de rechter het gewraakte bewijsmiddel buiten de bewijsvoering laat'.[24] Deze praktijk vindt haar grondslag met name in een efficiënte afhandeling van vormverzuimen, waarbij het de rechter makkelijker wordt gemaakt om voorbij te gaan aan

20 Hof Amsterdam 11 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:853.
21 Hof Amsterdam 24 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1242.
22 Bijv. Rb. Zutphen 12 oktober 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BO0551.
23 Rb. Amsterdam 27 januari 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BL0675.
24 Stamhuis 1995, p. 36.

bepaalde verweren. Deze gedachte is op zichzelf te begrijpen is, maar dat neemt niet weg dat de steeds hogere eisen die de Hoge Raad formuleert voor de stelplicht met zich brengen dat de feitenrechter zijn normerende en controlerende taak naast zich *kan* leggen.

7.4.2 Normering

Als gezegd is het de vraag of de terughoudendheid van de Hoge Raad in het beoordelen van de opsporing ook mede resulteert in een terughoudende normering van het opsporingsoptreden. Normering door de rechter is van belang niet alleen om de grenzen van een behoorlijke strafrechtspleging te waarborgen (al dan niet door sancties te verbinden aan onrechtmatig optreden). Een duidelijke normering van de opsporing is tevens ook van belang met het oog op het gebruik van open en vage normen in het wettelijk kader. Hierbij kan in het bijzonder worden gedacht aan de steeds dominantere rol van artikel 6 EVRM voor de beoordeling van het opsporingsoptreden. De jurisprudentie aangaande artikel 6 EVRM is echter zeer casuïstisch van aard is, waardoor niet altijd helder is wat de inhoud van dit recht precies is.[25] Dit geldt in het bijzonder ook met betrekking tot opsporingsoptreden dat inbreuken maakt op het recht op privacy van burgers. Bij onrechtmatig optreden in dit soort situaties volgt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad doorgaans dat een schending van artikel 8 EVRM geen schending van artikel 6 EVRM met zich brengt, waardoor sanctionering van het vormverzuim achterwege kan blijven. De vraag is natuurlijk wel in hoeverre duidelijk normering dan wel plaatsvindt.

In de vorige paragraaf zijn enkele situaties beschreven waar de strafrechter zich niet of nauwelijks uitlaat over de normschending, en daarmee geen controle uitoefent over de rechtmatigheid van het handelen van de opsporingsambtenaren (en ook zijn normerende taak niet uitoefent). In de rechtspraak komt het echter ook voor dat er weliswaar een bepaalde vorm van normering plaatsvindt door de rechter, maar deze normering niet (voldoende) helder is.

Een dergelijk geval doet zich soms voor als de verdediging een beroep doet op een onduidelijke norm. Een dergelijke situatie deed zich voor bij de Rechtbank Den Haag.[26] Het ging hier om een onderzoek in de telefoon van de verdachte waarbij Whatsapp-gesprekken waren ontdekt die leken te duiden op een voorbereiding van een overval. De verdachte was aangehouden wegens verdenking van de diefstal van een fiets en had na zijn aanhouding toestemming gegeven aan de opsporingsambtenaar om het telefoonnummer van zijn moeder op te zoeken in zijn iPhone, zodat zijn moeder in kennis kon worden gesteld van het verblijf van de verdachte op het politiebureau. Bij het ontgrendelen van de telefoon stuitte de opsporingsambtenaar naar eigen zeggen echter

25 Zie hierover uitgebreid: Goss 2014, p. 90-111.
26 Rb. Den Haag 3 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5155.

direct op de genoemde Whatsapp-gesprekken. De verdediging voerde aan dat een dergelijke situatie onaannemelijk is, het doorzoeken van de telefoon is dan ook onrechtmatig geweest waardoor het daaruit verkregen bewijs uitgesloten dient te worden van de bewijsvoering. Hoewel de rechtbank uitgebreid stilstaat bij deze feiten, stelt zij uiteindelijk niet expliciet vast of er al dan niet een norm is geschonden en welke norm dat dan zou zijn. Zij oordeelt:

> 'Zo er al sprake zou zijn van een omstandigheid dat de verbalisant andere handelingen heeft verricht dan het uitsluitend in de telefoon van de verdachte zoeken naar het telefoonnummer van de moeder van de verdachte, en om die reden moet worden geconcludeerd dat sprake is geweest van een onherstelbaar vormverzuim, dan kan niet reeds daarom worden gesteld dat het geschonden belang zodanig is dat het gevolg daarvan moet zijn dat het bewijsmiddel onrechtmatig is verkregen en moet worden uitgesloten van het bewijs (...) van het moedwillig schenden van de privacy van de verdachte door de desbetreffende verbalisant is in dat kader thans onvoldoende gebleken.'

De rechtbank voegt hier echter het volgende aan toe:

> 'Wel zal de rechtbank bij de strafoplegging in beperkte mate rekening houden met voornoemde omstandigheden, gelet op het gevolg wat het bekijken van genoemde WhatsApp-geschiedenis voor de verdachte heeft gehad, te weten de aanvang van de verdenking van het onder 1 ten laste gelegde.'

Hoewel de rechtbank aldus niet wil vaststellen of hier al dan niet sprake is van een vormverzuim, en om welk voorschrift het dan precies gaat, wil zij wel op een bepaalde wijze rekening houden met de – kennelijk toch – geschonden privacy van de verdachte. Hiermee wekt de rechtbank de indruk dat de opsporingsambtenaar wel degelijk een norm heeft geschonden maar laat na deze te specificeren. Een ander belangrijk element in de bovenstaande casus betreft de sanctie waar het verweer van de verdediging betrekking op heeft. In casu beroept de verdediging zich op bewijsuitsluiting terwijl, gegeven de feiten en de geldende jurisprudentie, deze sanctie overduidelijk niet passend is. Een dergelijke wanverhouding tussen het (veronderstelde) vormverzuim en de sanctie waar een verweer op wordt gevoerd, resulteert in de feitenrechtspraak vaker in het achterwege blijven van rechterlijke normering. De rechter kan in dergelijke gevallen eenvoudigweg verwijzen naar het (strenge) toetsingskader van de Hoge Raad. Zo oordeelde de Rechtbank Rotterdam in een andere zaak waar de verdediging had aangevoerd dat belastend videomateriaal uitgesloten diende te worden van het bewijs als volgt:

> '*Mochten er bij de verstrekking van de videobeelden al vormen zijn verzuimd* [cursivering MS] door het niet voorhanden zijn van een vordering als bedoeld in artikel 126nd van het Wetboek van Strafvordering, welke vormen in dat geval niet meer kunnen worden hersteld, dan acht de rechtbank dit verzuim niet van dien aard dat daarop

> de sanctie van bewijsuitsluiting dient te volgen. Bewijsuitsluiting op grond van artikel 359a, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering kan immers uitsluitend aan de orde komen indien door een onrechtmatige bewijsgaring een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden. Daarvan is hier geen sprake.'[27]

De rechtbank gaat hier weliswaar in op het verweer van de verdediging, maar alleen wat betreft de gevraagde sanctie voor het onrechtmatig handelen. Zij buigt zich aldus niet over de vraag of het handelen van de opsporingsambtenaren wel conform de daaraan gestelde normen is verlopen, immers *al zou er sprake zijn geweest van een vormverzuim* dan nog zal bewijsuitsluiting geen passende sanctie zijn, aldus de rechtbank.[28]

Onduidelijkheid in de normering, of in ieder geval in de wijze waarop de rechter het verweer in zijn uitspraak behandelt, komt ook regelmatig voor wanneer de verdediging een beroep doet op een norm die raakt aan het recht op een eerlijk proces. Een illustratie hiervan vormt het beroep op bewijsuitsluiting wegens het ontbreken van de mogelijkheid tot het uitoefenen van het recht op tegenonderzoek.[29] Als voorbeeld kan worden gewezen op een strafzaak voor de Rechtbank Den Haag wegens de illegale teelt van hennep. De verdediging voerde aan dat niet kan worden vastgesteld of er sprake is van strafbare hennepteelt nu het OM de in beslag genomen drugs heeft laten vernietigen, als consequentie voor het vernietigen van de hennep moeten de processenverbaal van de politie waarin gerelateerd wordt dat het hennep in de zin van de Opiumwet betreft, worden uitgesloten van het bewijs:

> 'Mannelijke en vrouwelijke hennepplanten zien er hetzelfde uit en ruiken ook hetzelfde. Er is in een vroeg stadium verzocht om een contra-expertise, maar dit bleek niet mogelijk te zijn omdat de in beslag genomen hennep vernietigd was. Dat er sprake is van hennep, wil nog niet zeggen dat het strafbare hennep betreft.'

De rechtbank oordeelt dat 'het begrip hennep betrekking [heeft] op de gehele hennepplant, ongeacht of de plant werkzame bestanddelen bevat. Een onderscheid naar geslacht wordt in de Opiumwet of op lijst II evenmin gemaakt.' De rechtbank stelt tevens dat 'bewijsuitsluiting in de zin van art. 359a Sv volgens de Hoge Raad alleen aan de orde [kan] komen indien het bewijsmateri-

---

27 Rb. Rotterdam 21 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV9641; Hierbij zij opgemerkt dat dergelijke constructies ook gebruikt kunnen worden als de onderliggende feiten niet duidelijk zijn waardoor niet helemaal achterhaald kan worden wat er precies is gebeurd. In dergelijke betreft het probleem niet zozeer onduidelijkheid van de norm als wel het onvermogen de feitelijke toedracht te achterhalen, vooral wanneer lezingen op dit punt tegenover elkaar staan.

28 Zie bijv. ook Rb. Maastricht 2 juli 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BN4855.

29 Rb. Utrecht 19 juli 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN2077; Rb. Den Haag 9 mei 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW5336; Rb. Zutphen 27 april 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BW4270; Hof Amsterdam 10 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2747.

aal als rechtstreeks resultaat van het vormverzuim bij de opsporingshandelingen is verkregen.'[30] Nu daar in casu geen sprake van is, kan het verweer niet leiden tot bewijsuitsluiting, aldus de rechtbank.

De rechtbank maakt met haar oordeel ten eerste duidelijk dat een eventueel tegenonderzoek vruchteloos zal zijn voor de verdediging, aangezien ongeacht het geslacht van de hennepplant hier sprake is van strafbare hennepteelt. Het is vermoedelijk om deze reden dat de rechtbank geen schending van het recht op een eerlijk proces ziet. Ten tweede geeft de rechtbank te kennen dat ook verder geen normen zijn geschonden. Dit laatste punt wordt echter niet geheel duidelijk. Dat het OM de in beslag genomen hennep heeft laten vernietigen kan rechtmatig zijn geschied, maar dat wordt juist niet getoetst door de rechtbank. Er gelden immers wel degelijk regels ten aanzien van het vernietigen van in beslag genomen voorwerpen. In het bijzonder geldt voor in de Opiumwet opgenomen middelen dat deze niet geschikt zijn voor opslag en daarom zo spoedig mogelijk, en na een machtiging, vernietigd moeten worden.[31] Daarnaast bepaalt het Besluit inbeslaggenomen voorwerpen dat deze middelen pas vernietigd worden nadat daarvan een monster is genomen.[32] Uit het verweer van de verdediging blijkt dat een dergelijk monster niet is genomen. Dat betekent dat er aldus wel sprake is van een vormverzuim. Hoewel dit niet betekent dat het bewijs uitgesloten dient te worden – de overweging van de rechtbank ten aanzien van de strafbaarheid van de gehele hennepplant blijft namelijk staan – was het wel zinvol geweest als de rechtbank meer inzicht had geboden in de wijze waarop zij het handelen van de opsporingsambtenaren heeft getoetst en aan de hand van welke normen dat is gebeurd.

Dat het hier gaat om een probleem betreffende de motivering van de rechter – en de daarin gelegen normering van het opsporingsonderzoek – en niet het eindoordeel als zodanig kan worden geïllustreerd aan de hand van een zaak bij de Rechtbank Utrecht. De verdediging had hier eveneens een beroep gedaan op bewijsuitsluiting, omdat het OM de in beslag genomen drugs had laten vernietigen waardoor het niet meer mogelijk was na te gaan of het hier om cocaïne ging (of suiker, zoals de verdachte beweerde), en zo ja wat de hoeveelheid cocaïne was. De rechtbank oordeelde dat het

> 'Openbaar Ministerie met het (laten) vernietigen van de drugs geen geschreven of ongeschreven vormvoorschrift als bedoeld in artikel 359a van het Wetboek van Strafvordering geschonden heeft. De rechtbank zal dan ook niet overgaan tot de door de raadsman betoogde bewijsuitsluiting. Wel is het zo dat door bedoelde vernietiging niet meer kan worden vastgesteld welk gedeelte van de totale partij uit cocaïne bestond. De rechtbank zal met dit gegeven rekening houden in de straftoemeting.'[33]

30 Rb. Den Haag 9 mei 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW5336.
31 Art. 10 lid 1, o. 1 jo. 13 Besluit inbeslaggenomen voorwerpen.
32 Art. 15 Besluit inbeslaggenomen voorwerpen.
33 Rb. Utrecht 19 juli 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN2077.

De rechtbank legt een lagere straf op dan de officier van justitie vordert, omdat zij niet precies meer kan vaststellen hoeveel cocaïne zich in de suiker bevonden heeft, aangezien dit bewijs reeds is vernietigd. Hieruit kan het vermoeden rijzen dat er eventueel een norm betreffende de vernietiging van in beslag genomen materiaal zou zijn geschonden, maar of dat zo is en om welke norm het gaat, blijft in het ongewisse. Op basis van de verklaring van de verdachte en een proces-verbaal van de politie gaat de rechtbank uit van een minder grote hoeveelheid cocaïne dan waar de officier van justitie van uitging, en legt conform die hoeveelheid een straf op. Het eindoordeel van de rechtbank is aldus goed te volgen, maar de weg ernaartoe kan – met het oog op het belang van normering in de strafvordering – duidelijker.

Zoals gezegd levert een beroep op de schending van (een deelnorm van) artikel 6 EVRM wel vaker een probleem op vanwege de vaagheid van deze normen. Naast het beroep op het recht op tegenonderzoek kan ook worden gedacht aan een schending van het recht op een eerlijk proces omdat opsporingsambtenaren blijk hebben gegeven van vooringenomenheid in het onderzoek,[34] het misleidend en daarmee in strijd handelen met de algemene beginselen van behoorlijke procesorde,[35] het zoekraken van aangiften,[36] ongeoorloofde contacten tussen het OM en de rechter.[37] Deze verweren hebben niet alleen met elkaar gemeen dat ze klagen over tamelijk vage en open normen, maar dat zij bovendien een beroep doen op de "zware" sancties bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkheid. Immers, een schending van het recht op een eerlijk proces zal niet gemakkelijk verholpen kunnen worden met strafvermindering.[38] Hoewel niet in alle voornoemde gevallen de normering door de rechter achterwege is gebleven, brengt een beroep op een vage norm in combinatie met een zware sanctie wel mee dat de rechter een dergelijk verweer eenvoudig naast zich kan leggen. De uiteenlopende wijzen waarop de rechters dergelijke verweren behandelen wanneer deze wel tot een inhoudelijk oordeel overgaan – vergelijk bijvoorbeeld ook de in de voetnoten opgenomen beslissingen in eerste aanleg en hoger beroep –, laten zien dat juist in deze gevallen de rechterlijke normering van groot belang is. Het werken met vage normen kan namelijk zijn voordelen hebben, maar het blijft – met het oog op de rechtszekerheid en rechtseenheid – van belang te weten wat de inhoud van de norm is. Een duidelijke normering wanneer een beroep wordt gedaan op (deelrechten van) artikel 6 EVRM is bovendien belangrijk omdat dit artikel een toetsingskader biedt voor de *gehele* strafprocedure en daarmee een groot aantal

34 Rb. Amsterdam 18 januari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV1244.
35 Hof Den Bosch 10 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2293, vergelijk met de uitspraak in eerste aanleg: Rb. Oost-Brabant 16 oktober 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:6042.
36 Rb. Arnhem 27 juni 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW9488.
37 Rb. Breda 6 maart 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BV7783, vergelijk met de uitspraak in hoger beroep: Hof Den Bosch, 10 oktober 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX9798.
38 Een belangrijke uitzondering is natuurlijk de schending van het recht op berechting binnen een redelijke termijn.

(deel)rechten onder dit recht geschaard kunnen worden.[39] Dit brengt mee dat vanuit de verdediging niet zelden een beroep wordt gedaan op schending van een (deelrecht van) artikel 6 EVRM, zonder dat duidelijk wordt in welke fase van het strafproces de onrechtmatigheid zich heeft begaan en welk beoordelingskader van toepassing is. Een voorbeeld hiervan deed zich voor bij het Hof Den Bosch. De verdediging had de niet-ontvankelijkheid van het OM gevorderd omdat zowel tijdens het vooronderzoek als tijdens de berechting in eerste aanleg zich een aantal onregelmatigheden hadden voorgedaan. Buiten de terechtzitting om en buiten medeweten van de verdediging heeft de rechtbank aan het OM de suggestie gedaan een getuige te benaderen en heeft dat vervolgens geprobeerd achter te houden voor de verdediging. Deze getuige is (op tendentieuze wijze) door het OM benaderd, maar later alsnog op zorgvuldige wijze (en in aanwezigheid van de raadsman van de verdachte) gehoord bij de rechter-commissaris. Ook de onregelmatigheden die verband hielden met de berechting in eerste aanleg zijn volgens het hof voldoende geredresseerd doordat de betrokken rechters na wraking zijn vervangen en een geheel nieuw onderzoek heeft plaatsgevonden. Het hof overweegt dat deze onregelmatigheden niettemin wel raken aan het vertrouwen in de rechtspraak en daarom om een reactie nopen. Bij de beoordeling van dit verweer bespreekt het hof op heldere wijze het toepasselijke toetsingskader en geeft een duidelijk motivering waarom het in casu overgaat tot strafmatiging:

> 'De vervanging van de rechters en een zorgvuldige nieuwe procedure ten overstaan van rechters uit een andere rechtbank hebben geleid tot aanzienlijke vertraging in een strafproces dat toch al niet vlot verliep door het herhaald wegblijven van een door de verdediging – niet ten onrechte – van kardinaal belang geachte getuige. In dat verband overweegt het hof dat de procedure in eerste aanleg langer heeft geduurd dan de termijn waarbinnen deze had moeten zijn afgerond. (…) Als gevolg van de genoemde onregelmatigheden is het proces in eerste aanleg vertraagd en ziet het hof aanleiding een korting op de gevangenisstraf toe te passen van drie maanden.'[40]

Een ander voorbeeld betreft een zaak voor de Rechtbank Zeeland-West Brabant. Ter zitting klaagde de verdediging over schending van artikel 6 EVRM omdat het OM had nagelaten 'een volledig en deugdelijk onderzoek met open vizier' te verrichten. Hierdoor zou sprake zijn van een 'ernstige inbreuk op de beginselen van een goede procesorde waardoor in ieder geval met grove veronachtzaming van de belangen van verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak tekort is gedaan'.[41] De rechtbank oordeelt allereerst dat het rapport Posthumus geen regelgeving betreft, maar een evaluatieonderzoek

39 Zie hierover ook § 3.3.2.

40 Hof Den Bosch 10 oktober 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX9798; zie voor een vergelijkbare zaak: Hof Amsterdam 23 juli 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX2363.

41 Rechtbank Zeeland-West-Brabant 22 oktober 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:6817.

is waarin (belangrijke) aanbevelingen worden gedaan, met als doel het voorkomen van tunnelvisie bij de opsporing en vervolging van (bekennende) verdachten. Deze aanbevelingen hebben geleid tot het nemen van maatregelen (in de vorm van een theoretisch kader) door OM en de politie ter voorkoming van tunnelvisie. Dat er in de praktijk weleens afgeweken wordt van het ontwikkelde theoretisch kader, betekent volgens de rechtbank niet dat hiermee regelgeving wordt overtreden waardoor direct sprake is van een (onherstelbaar) vormverzuim. De rechtbank gaat vervolgens uitvoerig in op de wijze waarop het onderzoek is verricht en de vraag in hoeverre dat in overeenstemming is met de bestaande normen omtrent het verrichten van een zorgvuldig opsporingsonderzoek. Zij komt uiteindelijk tot de conclusie dat geen sprake is van fouten in het opsporingsonderzoek. Door de uitgebreide bespreking van het verweer van de verdediging maakt de rechtbank inzichtelijk wat de juridische status is van de normen waar de verdediging zich op beroept. Daarbij besteedt de rechtbank aandacht aan het belang van de normen (in casu het waarborgen van een betrouwbaar opsporingsonderzoek en het voorkomen van tunnelvisie), maar gaat ook specifiek in op de wijze waarop het onderzoek in casu is verricht.

Het is niet altijd gemakkelijk aan te wijzen waar het precies mis is gegaan in het opsporingsonderzoek. Een algemeen beroep van de verdediging op artikel 6 EVRM stelt de rechter in dergelijke gevallen dan ook voor een moeilijke (en tijdrovende) taak. De hierboven genoemde voorbeelden laten echter zien het scheppen van helderheid over hetgeen zich voor heeft gedaan en daarmee het aanbrengen van orde in de toepassing van de normen met name ook een kwestie is van een duidelijke motivering door de rechter.

7.4.3 Normering van nieuwe opsporingsmethoden

De normerende taak van de (feiten)rechter wordt des de meer van belang wanneer het gaat om de inzet van 'nieuwe' strafvorderlijke methoden of methoden die nog zijn geheel uitgekristalliseerd zijn in wetgeving (of jurisprudentie van de Hoge Raad). Met het in het leven roepen van het toetsingskader van artikel 359a Sv heeft de Hoge Raad een helder toetsingskader uiteengezet, maar niet alles daarbinnen is glashelder en binnen deze thematiek is er mede daarom ook een belangrijk rol weggelegd voor de feitenrechter. Dat geldt in het bijzonder met betrekking tot de waardering (en normering) van nieuwe opsporingsmethoden. Het zal niet verbazen dat in dit verband discrepanties voorkomen in de wijze waarop de (feiten)rechter het handelen normeert. Het gaat immers doorgaans om methoden waar geen duidelijk (wettelijk) kader voor bestaat. Dit maakt echter wel dat duidelijke rechterlijke normering des te belangrijker is om inzichtelijk te maken welke grenzen er precies worden gesteld aan het handelen (en waarom). Te denken valt aan onderzoek aan

mobiele telefoons, het gebruik van ANPR-gegevens en heimelijke inbeslagname.[42]

Het Hof Arnhem oordeelde in 2010 over de rechtmatigheid van het gebruik van ANPR-gegevens voor de opsporing in een zaak betreffende een reeks autodiefstallen. In casu had de politie gebruikgemaakt van kenteken-lezende camera's, oftewel *automatic number plate recognition*, een buitenwettelijke opsporingsmethode waarbij kentekens van passerende auto's worden vergeleken met kentekens die geregistreerd staan in het politiesysteem wegens openstaande boetes of omdat de eigenaar gezocht wordt door de politie. Omdat een wettelijke basis voor deze opsporingsmethode ontbrak, zocht het hof voor de toetsing van de rechtmatigheid van deze methode aansluiting bij de Wet bescherming persoonsgegevens en de Wet politiegegevens. Het hof oordeelde dat in casu gebruik was gemaakt van onterecht bewaarde gegevens. De werkmethode van het desbetreffende politiekorps schreef namelijk voor dat ook de kentekens die geen 'hit' opleverden met het politiesysteem, de zogenoemde 'no hits', gedurende zeven dagen bewaard mochten worden. Het College bescherming persoonsgegevens (thans: Autoriteit Persoonsgegevens) had zich immers eerder kritisch uitgelaten over het bewaren van deze gegevens omdat 'in een dergelijk geval het bewaren van deze gegevens niet noodzakelijk is voor het doel van de ANPR-registratie, gelet op het kennelijk ontbreken van het desbetreffende kenteken in het vergelijkingsbestand'.[43] Ondanks dat deze opsporingsmethode in overeenstemming met het OM tot stand is gekomen, hecht het Hof veel waarde aan het feit dat hier geen wettelijke basis bestaat voor bestaat:

> 'Zoals door het hof is uiteengezet, ontbreekt hiervoor een wettelijke basis. Uit de hiervoor genoemde parlementaire stukken blijkt dat er bij de wetgever ook ten tijde van het ingestelde opsporingsonderzoek aarzelingen bestonden over de rechtmatigheid van een dergelijk gebruik van ANPR gegevens. Uit de laatst geciteerde kamerstukken blijkt zelfs dat de minister het standpunt van het CBP – van welk standpunt het hof kennis heeft genomen – deelt, dat voor de uitvoering van het projectplan onvoldoende wettelijke basis bestaat. Niettemin is er toch overgegaan tot het gebruik van deze gegevens. Naar het oordeel van het hof had het op de weg van het Openbaar Ministerie gelegen om zich er eerst van te vergewissen dat er voldoende wettelijke grondslag voor de uitvoering van het projectplan bestond.'[44]

Hetzelfde toetsingskader wordt ook gebruik door de Rechtbank Den Bosch voor de beoordeling van de rechtmatigheid van de stealth-sms. De rechtbank

42 Rb. Maastricht 25 september 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BX8192.
43 Hof Arnhem 16 juni 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM8100.
44 Hof Arnhem 16 juni 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM8100; de rechtbank oordeelde dat deze handelwijze wel rechtmatig was (Rb. Zwolle-Lelystad 2 juli 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BJ2119), zie ook het arrest van de Hoge Raad (HR 3 juli 2012, *NJ* 2013/175, m.nt. Bleichrodt).

overweegt allereerst terecht dat ingevolge de jurisprudentie van de Hoge Raad niet vereist is dat elke opsporingsmethode uitputtend in de wet is geregeld.[45] Vervolgens neemt de rechtbank de in het Zwolsman-arrest ontwikkelde criteria in ogenschouw voor de beantwoording van de vraag of in casu al dan niet sprake is geweest van een stelselmatige inbreuk – het min of meer in kaart brengen van een volledig beeld van bepaalde aspecten van het privéleven van verdachte – op de privacy van de verdachte:

> 'Het gaat daarbij in elk geval om duur, plaats en de intensiteit van de observatie. Verder worden bij het beoordelen van de omvang van de (eventuele) inbreuk gelet op de continuïteit en/of de frequentie van de observatie en kan betekenis worden toegekend aan het gebruik van een technisch hulpmiddel dat meer biedt dan alleen versterking van de zintuigen. Ten slotte kan het doel dat men beoogt te bereiken met de inzet van bepaalde observatiehandelingen van belang zijn.'[46]

Op basis van dit toetsingskader komt de rechtbank tot het oordeel dat in de onderhavige zaak geen sprake is geweest van onrechtmatig handelen aan de zijde van de politie.

Tot slot is ten aanzien van onderzoek aan mobiele telefoons in de rechtspraak uit 2015 een grote toename aan rechtmatigheidsverweren te zien.[47] Deze discussie is aangewakkerd door het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden waarin het hof tot het oordeel kwam dat gezien de huidige technische ontwikkelingen – het belang van een smartphone en het type informatie dat daarop te vinden is – de algemene bevoegdheidsomschrijving van artikel 94 Sv niet als een voldoende wettelijke basis kan dienen voor het onderzoek aan de smartphone.[48] De wijze waarop dit onderzoek in casu had plaatsgevonden leverde volgens het hof dan ook strijd op met artikel 8 EVRM. Hoewel het hof in zijn arrest geen rechtsgevolg verbindt aan dit verzuim, wordt in (andere) rechtspraak het rechtsgevolg bewijsuitsluiting hieraan gekoppeld. Bovendien gaat de feitenrechter op uiteenlopende wijzen om met een dergelijk verweer. Daar waar doorgaans de rechter tot de conclusie komt dat artikel 94 Sv een voldoende duidelijke en voorzienbare wettelijke grondslag biedt voor de inbeslagname en het onderzoek aan smartphones,[49] zijn er ook feitenrechters

45 Rb. Den Bosch 14 juni 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BW8533.
46 Rb. Den Bosch 14 juni 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BW8533.
47 Hof Amsterdam 17 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4348; Hof Arnhem-Leeuwarden 22 april 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2954; Rb. Amsterdam 9 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8034.
48 Hof Arnhem-Leeuwarden 22 april 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2954.
49 Hof Amsterdam 17 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4348, verwijzend naar HR 29 maart 1994, *NJ* 1994/577, m.nt. Schalken; Rb. Gelderland 8 oktober 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6215; Rb. Limburg 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:9128, verwijzend naar HR 20 februari 2007, *NJ* 2008/113, m.nt. Schalken; Rb. Noord-Holland 26 juni 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:5447; Rb. Rotterdam 4 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4085.

die een tussenweg bewandelen. Zo oordeelde de Rechtbank Amsterdam als volgt:

> 'Juist is dat smartphones veel privacygevoelige informatie kunnen bevatten. Bij de vraag of die gegevens onderzocht mogen worden zullen – nu een daarop specifiek gerichte wettelijke regeling vooralsnog ontbreekt – de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit beperkingen kunnen meebrengen die in acht moeten worden genomen bij de uitoefening van de bevoegdheid onderzoek te doen naar de informatie die zich bevindt op een inbeslaggenomen telefoon. Dat betekent dat het onderzoeken van mogelijk privacygevoelige informatie achterwege dient te blijven als dat voor het opsporingsonderzoek onnodig is of als de aard en ernst van de verdenking daarvoor onvoldoende rechtvaardiging biedt (...) De rechtbank is dan ook van oordeel dat de onderzoeken aan de smartphones niet in strijd zijn geweest met de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, zodat geen sprake is van een vormverzuim.'[50]

Soms is het niet geheel duidelijk welk toetsingskader de rechter hanteert. De Rechtbank Rotterdam oordeelt in een zaak aangaande het onderzoek aan smartphone als volgt:

> 'Uit de genoemde artikelen kan niet worden afgeleid op welke wijze en onder welke voorwaarden het onderzoek aan inbeslaggenomen voorwerpen dient te worden uitgevoerd. In zoverre ontbreekt dan ook een expliciete wettelijke basis voor het onderzoek naar de sms berichten en overige gegevens (zoals foto's en een contactlijst) in de inbeslaggenomen (smart)telefoon. Daarmee is echter niet gezegd dat met dergelijk onderzoek een belangrijk strafvorderlijk voorschrift is geschonden, zoals de verdediging heeft gesteld. Gelet op doel en reikwijdte van de genoemde artikelen en de toepassing en invulling die daaraan sinds jaar en dag in de opsporings- en rechtspraktijk wordt gegeven, kan naar het oordeel van de rechtbank niet zonder meer worden gezegd dat dergelijk onderzoek strijd oplevert met enig wettelijk voorschrift of (verdragsrechtelijk) rechtsbeginsel.'[51]

Het wordt in het bovenstaande oordeel van de Rechtbank Rotterdam niet duidelijk of zij artikel 94 Sv afdoende vindt als wettelijke grondslag voor de inbeslagname en doorzoeking van mobiele telefoons, of juist niet. Het eerste deel van de overweging doet vermoeden dat zulks niet het geval is. Door echter direct een koppeling te maken met de sanctie die aan het ontbreken van een expliciete wettelijke grondslag voor de uitoefening van een bevoegdheid, vertroebelt de discussie en wordt het standpunt van de rechtbank niet duidelijk. In de laatste zin van de alinea lijkt de rechtbank tot slot weer aan te nemen dat de bestaande wetgeving – vermoedelijk artikel 94 Sv – wel degelijk voldoende grondslag biedt voor de uitoefening van deze bevoegdheid.

---

50 Rb. Amsterdam 9 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8034.
51 Rb. Rotterdam 4 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4085.

Het bovenstaande maakt duidelijk juist bij 'nieuwe' opsporingsmethoden een krachtig en duidelijk optreden vanuit de feitenrechtspraak geboden is (en dat de feitenrechter daartoe ook vaak bereid is). De wetgever zal immers niet altijd direct uitsluitsel kunnen bieden over innovatieve opsporingsmethoden, en het duurt doorgaans jaren eer de Hoge Raad zich kan buigen over de materie. Over het algemeen levert de bestudeerde rechtspraak het beeld op dat feitenrechters doorgaans ruimhartig invulling geven aan hun normerende taak ten aanzien van nieuwe opsporingsmethoden. Het komt echter ook geregeld voor dat er onduidelijkheid bestaat ten aanzien van het toetsingskader dat de rechter hanteert voor de beoordeling van de rechtmatigheid van de methode en de vraag waarom en in hoeverre de gebruikte methode rechtmatig wordt bevonden.[52] Het is juist bij deze nieuwe methoden van groot belang dat de rechter nauwkeurig aangeeft aan de hand van welk kader het gedrag van de opsporing wordt getoetst. Hierbij is het weliswaar niet altijd noodzakelijk dat de rechter een sanctie verbindt aan een eventueel geconstateerd verzuim, maar wel is het met het oog op de opheldering van de rechtmatigheid van het handelen van opsporingsambtenaren van belang dat de rechter zich uitslaat over dit handelen. Hierbij kan dan ook niet worden volstaan met de constatering dat 'mocht een dergelijk vormverzuim zich al voordoen' het door de verdediging aangevoerde rechtsgevolg toch niet passend zou zijn.[53] Een dergelijke afdoening van het verweer draagt immers niet bij aan de nodige opheldering over (de grenzen aan) het gebruik van deze nieuwe en daarmee relatief onbekende opsporingsmethoden.[54]

7.4.4 Ambtshalve toetsing

Hiervoor is al een aantal keer gerefereerd aan de verscherpte stelplicht voor de verdediging bij een beroep op artikel 359a Sv en de daarmee samenhangende motiveringseisen voor de rechter bij de toepassing van een van de in dat artikel genoemde sancties. De nadere eisen die de Hoge Raad aan dergelijke verweren – en in het verlengde daarvan aan de motivering van de rechter bij de sanctionering van een vormverzuim – stelt, zijn medebepalend voor

52 Rb. Den Haag 30 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5155; Rb. Gelderland 8 oktober 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6215 (ten aanzien van de heimelijke inbeslagname); Rb. Midden-Nederland 17 augustus 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6449.

53 Een ander voorbeeld is het vonnis van Rechtbank Midden-Nederland waarin slechts worde gewezen op het bestaan van toestemming voor de doorzoeking van de telefoon zonder zich verder uit te laten over het gehanteerde toetsingskader en de eisen die worden gesteld aan de toestemming (Rb. Midden-Nederland 17 augustus 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6449).

54 Zie bijv. ook het vonnis van de Rechtbank Maastricht met betrekking tot de buitenwettelijke afdringprocedure waarin de rechtbank zich weliswaar uitlaat over de vraag of het handelen onrechtmatig is geweest maar geen inzicht geeft in de wijze zij tot dat oordeel komt waardoor alsnog niet gesproken kan worden van een heldere normering: Rb. Maastricht 30 januari 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BV2224.

de omvang van de controlerende taak van de rechter. Hoewel het voor de hand ligt dat deze eisen met name in het leven zijn geroepen om de rechter handvatten te geven om de grote hoeveelheid rechtmatigheidsverweren af te kunnen doen, hebben deze eisen aan de stelplicht ook belangrijke gevolgen voor de controlerende taak van de rechter. Hiermee geeft de Hoge Raad immers aan wat de omvang van de rechterlijke controle op het onderzoek dient te zijn.[55]

Het lijkt erop dat de Hoge Raad door het formuleren van de stelplicht (en de daarmee samenhangende motiveringsverplichting van de rechter) via een formele redenering het toepassingsbereik van artikel 359a Sv sterk heeft beperkt. Tegelijkertijd wordt deze strikte jurisprudentiële lijn ook door de Hoge Raad zelf niet altijd gevolgd – zoals betoogd in het vorige hoofdstuk – en laat hij aldus een zekere ruimte voor de feitenrechter om hiervan af te wijken. Hoewel vanuit de literatuur kritisch is gereageerd op deze jurisprudentie, hangt de gegrondheid van de in de literatuur geuite bezwaren grotendeels af van de wijze waarop de feitenrechter invulling geeft aan zijn controlerende en normerende taak. Hierboven is te dien aanzien reeds geconcludeerd dat deze jurisprudentiële eisen wel degelijk gevolgen lijken te hebben voor de wijze waarop de feitenrechter invulling geeft aan zijn controlerende en normerende taak. Althans in die zin dat de rechter (steeds) vaker met een verwijzing naar deze jurisprudentie lijkt af te zien van controle of normering. De eisen aan de stelplicht staan er echter niet aan in de weg dat de rechter ambtshalve de rechtmatigheid van het handelen in het vooronderzoek toetst.

De bestudering van de feitenrechtspraak laat zien dat ambtshalve toetsing van het vooronderzoek weleens voorkomt, waarbij de feitenrechter ook expliciet benoemt de rechtmatigheid van het optreden van opsporingsambtenaren *ambtshalve* te toetsen. Hoewel het hier om slechts een zeer gering aantal – slechts zes – van het totaal aan bestudeerde uitspraken gaat, laat dit gegeven zien dat er verschillend wordt gedacht over de controlerende taak van de strafrechter.[56] Hoe groot deze verschillen zijn kan niet worden gezegd op basis van de beschikbare informatie. In het geringe aantal zaken waarin is overgegaan tot ambtshalve toetsing gaat het om zeer uiteenlopende normschendingen, waardoor het lastig is aan te geven onder welke omstandigheden de rechter overgaat tot ambtshalve toetsing. Dat wordt bovendien bemoeilijkt omdat de gevallen waarin zich wel een vergelijkbaar vormverzuim heeft voorgedaan, en de verdediging het heeft nagelaten hier een verweer op te voeren, hierover in het geheel niks in de uitspraak te vinden zal zijn. Dit maakt een vergelijking dan ook onmogelijk.

---

55 Zie uitgebreid § 6.2.1.3.

56 Rb. Rotterdam 15 november 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO4320; Rb. Utrecht 9 november 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO3825; Hof Den Bosch 26 november 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY4106; Rb. Midden-Nederland 8 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3984; Hof Amsterdam 27 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:656.

Ondanks dat niet in algemene zin gezegd kan worden dat ambtshalve toetsing plaatsvindt bij de meer principiële vormverzuimen, geven de rechters er in hun uitspraak wel (soms impliciet) blijk van dat het hier om een belangrijke norm gaat. Zo oordeelde het Hof Den Bosch in een zaak waarbij de verdachte bij zijn aanhouding in zijn been was geschoten door de politie dat het 'dit vormverzuim zo ernstig [acht] dat het dit ambtshalve vast stelt zonder dat een daartoe strekkend verweer is gevoerd'.[57] Het hof bracht zijn ongenoegen over het handelen van de politie bovendien tot uiting in de toegepaste strafvermindering: 'zoals reeds vermeld acht het hof in beginsel een gevangenisstraf voor de duur van vier maanden passend. Na compensatie zal het hof thans komen tot oplegging van een gevangenisstraf van vier maanden, waarvan drie maanden voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaren.'

Ook de Rechtbank Utrecht ging over tot de ambtshalve toetsing van het vooronderzoek bij een principiële normoverschrijding. De rechtbank oordeelde dat bewijsuitsluiting gepast was nu niet duidelijk was of verdachte voorafgaand aan zijn verhoor was gewezen op zijn consultatierecht.[58] Hierbij dient wel opgemerkt te worden dat het verhoor van verdachte reeds in 2008 had plaatsgevonden, aldus voor het wijzen van het *post-Salduz*-arrest van de Hoge Raad.[59] De *Salduz*-jurisprudentie van het EHRM was in die tijd dan ook onvoldoende uitgekristalliseerd in de praktijk en wellicht onvoldoende bekend bij opsporingsambtenaren. Ten tijde van het onderzoek ter terechtzitting in 2010 was het belang van het recht op rechtsbijstand echter zowel in de literatuur als in de (Nederlandse) jurisprudentie onderkend. De ambtshalve toetsing van de rechter is in dit licht dan ook goed te plaatsen.

Ook het arrest van het Hof Amsterdam in de Klimop-zaak is noemenswaardig in dit verband.[60] De verdediging had ter zitting betoogd dat het OM niet-ontvankelijk verklaard diende te worden wegens de schending van eerlijkprocesrechten van de verdachte en strijdig handelen met de beginselen van een behoorlijke procesorde, onder meer omdat reeds voorafgaand aan de formele start van het opsporingsonderzoek opsporingsbevoegdheden waren ingezet (zodat verdachte de wettelijke waarborgen zijn ontnomen) en vanwege het achterwege blijven van een duidelijke verslaglegging van het opsporingsonderzoek. In zijn behandeling van dit verweer stelde het hof ten eerste vast dat het door de verdediging gevoerde niet-ontvankelijkheidsverweer niet voldoet aan de door de Hoge Raad daaraan gestelde eisen, waarbij het hof tevens wees op het ontbreken van een onderbouwing van diverse factoren die in artikel 359a Sv worden genoemd:

57 Hof Den Bosch 26 november 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY4106.
58 Rb. Utrecht 9 november 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO3825.
59 HR 17 juni 2008, *NJ* 2008/358, m.nt. Mevis.
60 Hof Amsterdam 27 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:656.

> 'Naar het oordeel van het hof voldoet het verweer niet aan bovengenoemde vereisten, in aanmerking genomen dat, voor zover daarbij niet reeds uit het oog is verloren dat in dit verband slechts van belang zijn vormverzuimen die zijn begaan in het voorbereidend onderzoek inzake de aan de verdachte ten laste gelegde feiten welke verzuimen niet zijn hersteld, en voor zover niet is verzuimd te stellen dat en zo ja welk nadeel de verdachte heeft ondervonden van genoemde vormverzuimen, niet is gesteld en uit wat is aangevoerd ook niet kan volgen dat hier sprake zou kunnen zijn van een of meer ernstige inbreuken als hiervoor bedoeld. Daarbij overweegt het hof voorts dat het belang van de verdachte dat de door hem gepleegde strafbare feiten niet worden ontdekt, niet kan worden aangemerkt als een rechtens te respecteren belang.'[61]

Hoewel het verweer derhalve om die reden geen verdere bespreking behoeft volgens het hof, wordt toch overgegaan tot een heldere ('ambtshalve') toetsing van het handelen in het vooronderzoek.[62] Hierbij bespreekt het hof zowel de relevante onderdelen van artikel 6 EVRM, als de toepasselijke strafvorderlijke wet. De vraag is natuurlijk in hoeverre hier sprake is van 'echte' ambtshalve toetsing, aangezien de verdediging wel een verweer heeft gevoerd (zij het onvoldoende gemotiveerd). Daarover laat het hof zich niet uit, noch expliciteert het waarom deze casus zich leent voor een ambtshalve toetsing. Gezien de complexiteit, grootte en belang van deze zaak ligt het echter wel voor de hand aan te nemen dat deze factoren een rol hebben gespeeld bij deze overweging.

Tot slot moet ook worden opgemerkt dat de eisen aan de stelplicht ook voor onduidelijkheid kunnen zorgen inzake de inhoud van de controlerende taak van de rechter. Met betrekking tot de schending van het consultatierecht van de verdachte overwoog de Rechtbank Maastricht dat een inbreuk op dit recht een vormverzuim in de zin van artikel 359a Sv oplevert en in beginsel dient te leiden tot de conclusie dat 'de bekennende verklaring van verdachte in welke vorm dan ook door de politie uitgewerkt, uitgesloten moet worden van het bewijs'. De rechtbank besluit evenwel de verklaring te gebruiken voor het bewijs omdat 'niet door of namens verdachte verweer is gevoerd ten aanzien van dit consultatierecht'.[63] Aangezien de rechtbank vaststelt dat er wel sprake is van een vormverzuim, waardoor er kennelijk geen sprake is van afstand van het recht op rechtsbijstand, is dit oordeel merkwaardig. Immers, juist bij dit type vormverzuimen – verzuimen die raken aan het recht op een eerlijk proces – stelt de Hoge Raad geen eisen aan het verweer omdat het de taak van de rechter is te waken voor de eerlijkheid van de procedure.

---

61 Daarbij verwijzend naar HR 4 januari 2011, *NJ* 2012/145, m.nt. Borgers.

62 Een soortgelijk oordeel is te vinden in: Rb. Midden-Nederland 8 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3984. Hoewel de rechter hier stelt aan ambtshalve toetsing te hebben gedaan, wordt anders dan het arrest van het Hof Amsterdam hierover niks opgenomen in het vonnis van de rechtbank.

63 Rb. Maastricht 25 mei 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BM5521.

7.5 Sanctionering door de strafrechter

Hoewel het jurisprudentiële kader van artikel 359a Sv ten aanzien van de controlerende en normerende taak van de rechter bepaalde beperkingen oplegt, en deze ook zichtbaar zijn in de feitenrechtspraak, blijkt uit het voorgaande ook dat de feitenrechter in zekere zin ruimhartiger invulling geeft aan het toetsingskader dat door de Hoge Raad uiteengezet is. De vraag is echter wel in hoeverre een lijn te ontdekken is in deze rechtspraak. Oftewel, in hoeverre zitten rechters op een lijn wat betreft de sanctionering van onrechtmatig opsporingsoptreden en vindt de invulling van deze controlerende en normerende taak op consistente wijze plaats. Immers, het gedetailleerde toetsingskader van de Hoge Raad heeft mede tot doel gehad rechtseenheid en rechtszekerheid te creëren ten aanzien van de toepassing van artikel 359a Sv.

In het hiernavolgende zal worden gekeken naar de wijze waarop feitenrechters het toetsingskader van de Hoge Raad inzake artikel 359a Sv toepassen en de mate waarin dat op consistente wijze gebeurt. Deze bespreking dient er niet toe om een systematische analyse te geven inzake de vraag of de feitenrechter het toetsingskader zoals door de Hoge Raad bepaald, tot in detail volgt. Dat een dergelijke exercitie niet goed mogelijk is, is hiervoor reeds beargumenteerd. De onderstaande bespreking zal zich slechts richten op bepaalde opvallende aspecten uit het rechterlijk toetsingskader zoals uiteengezet in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Dat bepaalde aspecten uit dit rechterlijk kader niet (of niet voldoende) worden gevolgd brengt niet noodzakelijkerwijs de conclusie mee dat het slecht gesteld is met de doorwerking van dit jurisprudentiële kader. Discrepanties kunnen immers ook worden verklaard vanuit het feit dat bepaalde onderdelen van het kader van de Hoge Raad onvoldoende uitgekristalliseerd zijn of omdat op onderdelen de feitenrechter nog steeds voldoende ruimte behoudt om een zelfstandige weging van de casus te maken (en aldus ruimer of juist minder ruim dan het kader van de Hoge Raad) het vooronderzoek te controleren en te sanctioneren. In dit kader is het van belang om te wijzen op de reeds in hoofdstuk 5 aangehaalde discussie ten aanzien van de discretionaire ruimte van de rechter om aan zijn controlerende bevoegdheid invulling te geven ingevolge de memorie van toelichting bij artikel 359a Sv. Zo heeft Brinkhoff beargumenteerd dat de feitenrechter een zelfstandige verantwoordelijkheid heeft om in een concrete strafzaak te beslissen welke sanctie aan een vormverzuim verbonden dient te worden. Hierbij komt hem noodzakelijkerwijs een grote discretionaire ruimte toe. Hoewel de Hoge Raad in zijn twee standaardarresten deze beoordelingsruimte van de feitenrechter heeft ingekaderd – Brinkhoff spreekt zelfs van minimaliseren van deze beoordelingsruimte – is er nog wel een zekere ruimte voor de feitenrechter.[64] Discrepanties in de feitenrechtspraak kunnen aldus ook deels worden toegeschreven aan de discretionaire bevoegdheid die de feitenrechter

64 Brinkhoff 2016, p. 110.

heeft met betrekking tot deze kwestie. De volgende paragrafen dienen er dan ook toe om aan de hand van een aantal opvallende – omdat zij veelvuldig voorkomen of exemplarisch zijn voor de wijze waarop de feitenrechter invulling geeft aan dit kader – een beeld te schetsen van de wijze waarop de feitenrechter omgaat met het toetsingskader van 359a Sv.

7.5.1 Schendingen van de verbaliseringsplicht

Als eerste voorbeeld kan worden gewezen op schendingen die raken aan de verbaliseringsplicht opgenomen in artikel 152 Sv. Een verweer aangaande een dergelijke schending komt met enige regelmaat voor in de jurisprudentie,[65] en indien de rechter aanneemt dat de betreffende gedraging een schending oplevert, wordt het vormverzuim doorgaans met een zware sanctie bestraft.[66] In het voorgaande hoofdstuk is reeds beargumenteerd dat de jurisprudentie van de Hoge Raad onvoldoende houvast biedt om aan te kunnen nemen dat een zware sanctie op een dergelijk vormverzuim ook daadwerkelijk geboden is. Aangezien deze jurisprudentie veel ruimte laat voor het herstellen van dergelijke typen vormverzuimen. Immers, zolang achteraf de waarheid alsnog boven tafel komt en de nadelige gevolgen van het vormverzuim voor de procesrechten van de verdachte zijn weggenomen, hoeft volgens de Hoge Raad geen rechtsgevolg aan het verzuim te worden verbonden.[67] Desondanks behandelt de feitenrechter in voorkomende gevallen het als een principiële kwestie indien bewust het proces-verbaal verkeerd is opgemaakt en verbindt daar aldus doorgaans een rechtsgevolg aan.

Er zijn echter ook verschillen zichtbaar in de wijze waarop de feitenrechter omgaat met dergelijke schendingen. Deels is dat te verklaren vanuit het belang

---

65 In de bestudeerde rechtspraak kwam een dergelijke schending dertien keer ter sprake: Hof Den Bosch 21 juli 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BN1833; Hof Den Haag 22 oktober 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BQ7898; Hof Amsterdam 9 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO8230; Rb. Breda 27 januari 2010, ECLI:NL:RBBRE:2010:BL0898; Rb. Leeuwarden 10 april 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BW1463; Rb. Almelo 15 maart 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BW3226; Rb. Rotterdam 25 oktober 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY1309; Hof Den Haag 19 december 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY6574; Rb. Amsterdam 2 maart 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV7546; Hof Den Haag 29 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1394; Hof Den Bosch 13 augustus 2008, ECLI:NL:GHSHE:2015:3200; Hof Arnhem 8 december 2012, ECLI:NL:GHARL:2015:9221; Hof Amsterdam 6 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:757.

66 In negen van de hierboven genoemde zaken nam de rechter aan dat de verbaliseringsplicht was geschonden, in vijf hiervan werd het OM niet-ontvankelijk verklaard: Hof Den Bosch 21 juli 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BN1833; Rb. Breda 27 januari 2010, ECLI:NL:RBBRE:2010:BL0898; Rb. Almelo 15 maart 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BW3226; Rb. Amsterdam 2 maart 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV7546; Hof Amsterdam 6 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:757; in drie zaken werd het bewijs uitgesloten: Hof Den Haag 22 oktober 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BQ7898; Hof Den Haag 29 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1394; Hof Arnhem 8 december 2012, ECLI:NL:GHARL:2015:9221.

67 Zie bijv. HR 18 maart 2014, *NJ* 2014/190; HR 1 juli 2003, *NJ* 2003/695, m.nt. Mevis.

van de casuïstiek bij de beoordeling van een beroep op dergelijke schendingen. Zijn er bijvoorbeeld meerdere onregelmatigheden begaan gedurende het vooronderzoek? In hoeverre heeft het OM openheid van zaken gegeven over de schending van de verbaliseringsplicht en deze eventueel proberen te herstellen? Een nadere bestudering van de rechtspraak suggereert echter dat bepaalde discrepanties in de te verbinden sanctie aan de schending van de verbaliseringsplicht, ook verband houden met een uiteenlopende kijk op het belang van de verbaliseringsplicht in algemene zin. Dit verschil van inzicht lijkt dan ook een meer fundamenteel karakter te hebben.

In algemene zin kan worden opgemerkt dat de feitenrechter doorgaans uitgebreid stilstaat bij eventuele gebreken aan processen-verbaal en schendingen van artikel 152 Sv. De casuïstiek van een zaak bepaalt echter vaak het te verbinden rechtsgevolg aan deze schending. Het niet verbaliseren van relatief kleine of niet van wezenlijk belang zijnde feiten wordt door de feitenrechter niet gesanctioneerd vanwege de geringe ernst van het vormverzuim.[68] Ook komt het voor dat het achterwege laten van de verbaliseringsplicht niet als vormverzuim wordt aangemerkt omdat het voor herstel vatbaar wordt geacht.[69] In bepaalde gevallen is het echter niet geheel duidelijk waarom de rechter het vormverzuim niet in de context van artikel 359a Sv plaatst. Zo oordeelde de Rechtbank Leeuwarden dat het achterwege laten van het opmaken van een proces-verbaal inzake de inbeslagneming van verboden middelen in de woning van verdachte, geen schending van artikel 152 Sv oplevert, maar merkte daarbij wel op dat

> 'het proces-verbaal inzake de inbeslagneming in de woning node gemist [is]. Doordat geen proces-verbaal is opgemaakt kan niet worden vastgesteld waar de verdovende middelen zich bevonden en zodat evenmin kan worden vastgesteld dat verdachte enige wetenschap van dan wel enige beschikkingsbevoegdheid over de verdovende middelen had. De rechtbank acht op basis van deze stukken derhalve niet bewijsbaar dat verdachte opzettelijk de amfetamine, hennep en de hasjiesj aanwezig heeft gehad en zal verdachte hiervan vrijspreken.'[70]

Gezien het belang van het proces-verbaal in casu, kan op basis van de in het vonnis opgenomen informatie niet worden gezegd waarom het achterwege blijven van het proces-verbaal geen vormverzuim oplevert.[71]

Ernstige gebreken aan ambtsedig opgemaakte processen-verbaal worden door de rechter met een zwaar rechtsgevolg gesanctioneerd. Feitenrechters beschouwen ernstige gebreken aan ambtsedig opgemaakte processen-verbaal als een principiële kwestie omdat een proces-verbaal de transparantie en

68 Rb. Rotterdam 25 oktober 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY1309.
69 Hof Den Haag 19 december 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY6574.
70 Rb. Leeuwarden 10 april 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BW1463.
71 Tegenwoordig wordt deze situatie beheerst door de Aanwijzing Inbeslagneming (art. 94 WvSv), in het bijzonder sectie II.2.

controleerbaarheid van het handelen van opsporingsambtenaren in het vooronderzoek waarborgt.[72] Hierbij wordt niet alleen gewezen op het belang van het proces-verbaal voor de waarheidsvinding en de controleerbaarheid van het strafproces, er wordt tevens gewezen op de bijzondere bewijskracht die aan het proces-verbaal wordt toegekend en het hiermee samenhangende vertrouwen van de rechter in de waarheidsgetrouwheid van het proces-verbaal.[73] Of de feitenrechter kiest voor bewijsuitsluiting, dan wel de zwaardere niet-ontvankelijkverklaring, wordt met name bepaald door de vraag in hoeverre zich andere onregelmatigheden in het proces hebben voorgedaan[74] en of er sprake is geweest van doelbewuste benadeling van de procesrechten van de verdachte.[75] In een zaak waarin verdachte in eerste aanleg was veroordeeld (mede) op basis van tapgesprekken, waarvan achteraf bleek dat de inhoud daarvan zoals uitgewerkt in de processen-verbaal in het dossier niet klopte en waarop (waarschijnlijk) niet de stem van verdachte te beluisteren was, overwoog het Hof Den Haag dat dit vormverzuim laakbaar en onwenselijk was, maar niet hoefde te leiden tot de niet-ontvankelijkheid van het OM:

> 'Het hof acht niet aannemelijk geworden dat de desbetreffende verbalisanten doelbewust hebben gehandeld teneinde belastend bewijsmateriaal tegen de verdachte te fabriceren, noch dat zij anderszins doelbewust of met grove veronachtzaming van verdachtes belangen hebben gehandeld om aan diens recht op een eerlijk proces tekort te doen.'[76]

De Rechtbank Breda kwam in een vergelijkbare casus wel tot de niet-ontvankelijkheid van het OM. In casu hadden verbalisanten de verklaring van de verdachte verkeerd geverbaliseerd, welke fouten pas tijdens het verhoor bij de rechter-commissaris aan het licht kwamen. De rechtbank hechtte in het bijzonder belang aan het feit dat de verbalisanten, door het na afloop aanbrengen van aanpassingen in het proces-verbaal van de verklaring van de verdachte, 'in sterke mate aanleiding hebben gegeven tot het in twijfel trekken van hun betrouwbaarheid, waardoor zij (...) tevens de betrouwbaarheid van het gehele onderzoek op het spel hebben gezet'.[77] De rechtbank zoekt met deze laatste

---

72 Dat de feitenrechter veel waarde hecht aan de transparantie en controleerbaarheid van het handelen van opsporingsambtenaren wordt ook duidelijk in een arrest van het Hof Arnhem. In deze zaak gaat het weliswaar niet om een schending van art. 152 Sv, maar raakt wel aan min of meer dezelfde problematiek omdat het hier gaat om een verkeerde voorstelling van zaken in de bevelen tot het stelselmatig inwinnen van informatie en infiltratie: Hof Arnhem 1 maart 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BV7484.

73 Rb. Amsterdam 2 maart 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV7546.

74 Hof Den Bosch 21 juli 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BN1833.

75 Vergelijk Rb. Amsterdam 2 maart 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV7546 met Hof Arnhem 8 december 2012, ECLI:NL:GHARL:2015:9221.

76 Hof Den Haag 22 oktober 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BQ7898; een gelijksoortige overweging is te vinden in: Hof Arnhem 8 december 2012, ECLI:NL:GHARL:2015:9221.

77 Rb. Breda 27 januari 2010, ECLI:NL:RBBRE:2010:BL0898.

overweging expliciet aansluiting bij het Zwolsmancriterium en de waarborging van de eerlijkheid van het proces jegens de verdachte. Maar voegt daar het volgende aan toe:

> 'Nu er sprake is van een fundamentele inbreuk op de procesorde, dient, los van de vraag of de verdachte in zijn belangen is geschaad, het openbaar ministerie niet-ontvankelijk te worden verklaard in de vervolging. Die inbreuk raakt de rechtspleging immers in haar kern.'

Hiermee brengt de Rechtbank Breda tot uiting dat een dergelijke schending dermate ernstig is dat deze ook zonder een schending van artikel 6 EVRM, een grond voor niet-ontvankelijkheid oplevert. De rechtbank verwijst hierbij naar het Karmancriterium[78] en stelt dat bij dit criterium 'met name in aanmerking genomen [wordt *MS*] dat de gemeenschap een wezenlijk belang heeft bij eerlijke en volledige verbalisering door de politie, goede invulling van diens verantwoordelijkheid voor de opsporing door het openbaar ministerie en juiste informering van de rechter'. Ook de Rechtbank Almelo lijkt een zelfstandige grond voor niet-ontvankelijkheid te zien bij dit soort schendingen:

> 'Volgens vaste rechtspraak komt niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie op grond van artikel 359a van het Wetboek van Strafvordering slechts in uitzonderlijke gevallen in aanmerking, namelijk alleen als het vormverzuim daarin bestaat dat met de opsporing of vervolging belaste ambtenaren ernstig inbreuk hebben gemaakt op beginselen van behoorlijke procesorde waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekort gedaan, dan wel als de rechter wordt misleid inzake de opsporing' [cursivering: *MS*].[79]

Hoewel ingevolge de jurisprudentie van de Hoge Raad dit type normschendingen in de regel niet in aanmerking komt voor een rechterlijke reactie omdat dergelijke schendingen (doorgaans) niet raken aan de procesrechten van de verdachte, lijkt de feitenrechter veel gewicht toe te kennen aan de principiële aard van deze normschendingen.[80] Hierdoor zou kunnen worden gesteld dat de feitenrechter een strengere controle uitoefent ten aanzien van dit type normschending.

---

78 Verwijzend naar Hof Den Haag 21 februari 2008 ECLI:NL:GHSGR:2008:BC7164 en HR 1 juni 1999, *NJ* 1999/567, m.nt Schalken (*Karmanarrest*).

79 Rb. Almelo 15 maart 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BW3226.

80 Zie onder meer De Graaf & Kesteloo 2016; Samadi 2017; Pitcher & Samadi 2018.

7.5.2 Controle van geweldstoepassing door opsporingsambtenaren

Een categorie normschendingen waarin de rechter een bijzonder actieve rol inneemt – ofwel ambtshalve ofwel na een verweer door de verdediging – betreft het gebruik van geweld door opsporingsambtenaren. Doorgaans gaat het hier om (disproportionele) geweldstoepassing bij de aanhouding van verdachten. Hoewel het niet eenvoudig is om in algemene zin uitspraken te doen over de wijze waarop de rechter omgaat met de controle van een bepaalde normschending, veel hangt immers af van de casuïstiek, kan van deze normschending worden gezegd dat de rechter het in het bijzonder op zich neemt om dit optreden te toetsen.

In elf van het totaal aan bestudeerde rechtspraak werd ofwel een verweer gevoerd betreffende de onrechtmatige toepassing van geweld door opsporingsambtenaren,[81] ofwel de rechter stelde het onrechtmatige handelen ambtshalve vast.[82] Met uitzondering van één vonnis – waarin de rechter wel het verweer benoemt maar niet uitgebreid stilstaat bij de inhoud ervan – staat de rechter in al deze gevallen uitvoerig stil bij de toelaatbaarheid van het opstreden en de geldende regelgeving.[83] In zijn beoordeling van de toelaatbaarheid van de toepassing van geweld door opsporingsambtenaren, besteedt de rechter zowel aandacht aan specifieke instructies aan politie en justitie zoals de Ambtsinstructie voor de politie, de Koninklijke marechaussee en andere opsporingsambtenaren, en de Aanwijzing handelwijze geweldsaanwending (politie)ambtenaar, als aan algemene regels zoals de beginselen van een behoorlijke procesorde (in het bijzonder de proportionaliteit en subsidiariteit van het handelen).[84] Daarbij houdt de rechter in zijn beoordeling rekening met de omstandigheden ten tijde van de geweldstoepassing en de beslissingsruimte die opsporingsambtenaren in een dergelijk geval toekomt.[85] Niet in alle bekeken zaken resulteerde de rechterlijke toetsing dan ook in het constateren van een

81 Hof Amsterdam 4 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2250; Rb. Oost-Brabant 7 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5263; Hof Arnhem-Leeuwarden 18 september 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX8100; Hof Den Haag 7 maart 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BV9796; Rb. Maastricht 30 januari 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BV2224; Rb. Zwolle-Lelystad 25 mei 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BW7219; Rb. Arnhem 3 augustus 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN3276; Rb. Roermond 6 juli 2010, ECLI:NL:RBROE:2010:BN0600; Rb. Haarlem 24 december 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BO8917; Rb. Leeuwarden 23 november 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BO4735.

82 Hof Den Bosch 26 november 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY4106.

83 De uitzondering is Rb. Maastricht 30 januari 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BV2224 waarin de rechter wel de proportionaliteit en subsidiariteit bespreekt, maar deze bespreking is in vergelijking met de andere uitspraken enigszins beknopt.

84 Zie bijv. Hof Amsterdam 4 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2250; Hof Arnhem-Leeuwarden 18 september 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX8100; Rb. Roermond 6 juli 2010, ECLI:NL:RBROE:2010:BN0600.

85 Zie bijv. Rb. Arnhem 3 augustus 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN3276; Rb. Maastricht 30 januari 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BV2224.

verzuim, dat gebeurde slechts in vijf van de elf gevallen.[86] In die zaken waarin de rechter het gebruik van geweld wel toelaatbaar acht, gaat het tevens om uiteenlopende situaties, zoals het inzetten van een politiehond, een indringprocedure, en het gebruik van het vuurwapen.

Wel verbindt de rechter in de meeste gevallen een sanctie aan het vormverzuim, indien hij eenmaal vaststelt dat de politie zich schuldig heeft gemaakt aan onrechtmatige geweldstoepassing jegens de verdachte. Slechts in één vonnis gebeurde dat niet. De Rechtbank Zwolle-Lelystad achtte het weliswaar verwijtbaar dat de verdachte was geslagen door de verbalisant en dat hierover niets in het proces-verbaal van bevindingen was opgenomen, maar zij kon niet vaststellen of deze 'de misslag in voornoemd proces-verbaal van bevindingen is begaan met het oog op een doelbewuste schending van de belangen van verdachte'. Hierdoor kon de door de verdediging bepleite sanctie niet-ontvankelijkheid niet worden opgelegd. Omdat de rechtbank de verdachte vrijsprak van het ten laste gelegde, kwam de sanctie strafvermindering niet aan de orde.[87]

Doorgaans leidt het disproportionele gebruik van geweld tijdens de aanhouding, conform de jurisprudentie van de Hoge Raad, tot de sanctie strafvermindering.[88] Een uitzondering hierop is een arrest van het Hof Amsterdam waarin het hof het OM niet-ontvankelijk verklaart.[89] Na een uitvoerige bespreking van de geldende strafvorderlijke regelgeving zoals de Politiewet en de Ambtsinstructie voor de politie, de Koninklijke marechaussee en andere opsporingsambtenaren, beoordeelt het hof het vuurwapengebruik door de opsporingsambtenaren bij de aanhouding van de verdachte als onrechtmatig. Ondanks dat de verdachte niet is geraakt door het gericht schieten van de politie, rekent het hof het de politie zwaar aan dat zij geen adequate inschatting hebben gemaakt van de risico's die gepaard gaan met schieten in een woonwijk. Het is echter niet alleen dit feit waardoor het hof het OM niet-ontvankelijk verklaart. Het is met name de combinatie van onrechtmatig vuurwapengeweld, het achterwege laten duidelijkheid te verschaffen over het gebruik van het vuurwapen, en het feit dat het hier om een minderjarige verdachte ging, waardoor het OM de niet-ontvankelijkheid van het OM uitspreekt:

> 'In bedekte termen is in het strafdossier van gebruik van dienstwapen(s) bij de aanhouding van verdachte melding gemaakt. Zo heeft [verbalisant 4] voornoemd een proces-verbaal van bevindingen d.d. 16 april 2013 opgemaakt waarin hij vermeldt (pag. 92): "Ik heb vervolgens gepoogd, door gebruik te maken van mijn

86 Hof Amsterdam 4 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2250; Hof Arnhem-Leeuwarden 18 september 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX8100; Hof Den Bosch 23 november 2012 ECLI:NL:GHSHE:2012:BY4106; Rb. Zwolle-Lelystad 25 mei 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BW7219; Rb. Haarlem 24 december 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BO8917.

87 Rb. Zwolle-Lelystad 25 mei 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BW7219.

88 Zie bijv. HR 28 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN0032.

89 Hof Amsterdam 4 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2250.

> dienstwapen de verdachte aan te houden." (…) Eerst na herhaald aandringen van de verdediging om opheldering te geven over het ingezette geweld bij de aanhouding van de verdachte (…) is anderhalf jaar later op last van de rechtbank (…) het hiervoor bedoelde integriteitsonderzoek van 23 april 2013 aan het strafdossier tegen verdachte toegevoegd. In dat integriteitsonderzoek wordt het gericht schieten op de verdachte voor het eerst expliciet genoemd.'

Hoewel de opeenstapeling van vormverzuimen duidelijk maakt waarom het hof in casu tot een niet-ontvankelijkverklaring is gekomen, laat dit arrest zich moeilijk rijmen met de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake dit type vormverzuimen.[90] In de regel komt dit type vormverzuim niet in aanmerking voor sanctionering door middel van bewijsuitsluiting (mocht bewijs zijn verkregen) of de niet-ontvankelijkverklaring van het OM.[91] De achterliggende reden is dat dergelijke onregelmatigheden doorgaans geen afbreuk doen aan het recht van verdachte op een eerlijk proces. In voorkomende gevallen wordt dan ook rekening gehouden met het vormverzuim door de uiteindelijk aan de verdachte op te leggen straf te matigen.[92] Hierbij wordt veelal benadrukt dat voor de niet-ontvankelijkheid slechts ruimte bestaat indien door het handelen van de opsporingsambtenaren doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak te kort is gedaan.[93] Ondanks de terughoudendheid die uit de jurisprudentie inzake 359a Sv volgt, lijkt de feitenrechter een met betrekking tot het disproportioneel gebruik van geweld door opsporingsambtenaren een actieve rol te spelen in de controle van dergelijk handelen. In de laatstgenoemde zaak brengt de opeenstapeling van vormfouten bovendien mee dat de rechter de zwaarste sanctie uit zijn instrumentarium verbindt aan dit vormverzuim.

7.5.3 Onrechtmatige start van het opsporingsonderzoek

Een andere opvallende categorie normschendingen betreft vormverzuimen die betrekking hebben op de start van het opsporingsonderzoek of sfeerovergang (doorgaans omdat strafvorderlijke bevoegdheden worden ingezet zonder dat er sprake is van een verdenking of wanneer 'ten onrechte' controlebevoegdheden worden ingezet om op te sporen). In de bestudeerde rechtspraak kwam een dergelijk verweer vanuit de verdediging veelvuldig voor, waarbij veelal een beroep werd gedaan op het uitsluiten van het bewijs dat ten gevolge van

90 Zie het arrest van de Hoge Raad in deze zaak HR 11 oktober 2016, *NJ* 2016/456.
91 HR 30 januari 2001, *NJ* 2001/281, *r.o.* 3.3; HR 15 november 2011, *NJ* 2011/545, m.nt. Vellinga; HR 5 januari 2016, *NJ* 2016/153, m.nt. F. Vellinga-Schootstra.
92 Hierbij moet wel sprake zijn van zodanige strijd met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit dat strafvermindering in aanmerking komt, zie *NJ* 2011/545, *r.o.* 5.4.
93 HR 30 januari 2001, *NJ* 2001/281.

de onrechtmatigheid was verkregen,[94] en in beperkte sommige gevallen op strafvermindering vanwege schending van mensenrechten van de verdachte.[95] In de bestudeerde rechtspraak uit 2010[96], 2012[97] en 2015[98] kwam een dergelijk verweer respectievelijk twaalf, elf en twaalf keer voor. Hoewel de feitenrechter in lang niet al deze gevallen tot de conclusie komt dat er sprake was van onrechtmatig handelen door opsporingsambtenaren, valt wel op dat de feitenrechter in het overgrote deel van deze gevallen uitvoerig ingaat op het al dan niet bestaan van een redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit ten tijde van het inzetten van de opsporingsbevoegdheden.[99]

Indien de feitenrechter vaststelt dat politieambtenaren onrechtmatig hebben opgetreden omdat nog geen sprake was van een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit, wordt echter uiteenlopend geoordeeld. Hoewel de feiten en omstandigheden van de verschillende casus een rol spelen bij deze verschillen, lijken er ook andere redenen ten grondslag te liggen aan deze onderlinge verschillen in beoordeling.

---

94 Bijv. Rb. Overijssel 9 oktober 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:4590; Rb. Amsterdam 6 augustus 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5391; Hof Den Haag 3 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:624.

95 Bijv. Hof Den Haag 19 oktober 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2912.

96 Hof Den Haag 27 augustus 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO0988; Rb. Amsterdam 22 april 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BM1910; Rb. Maastricht 2 juli 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BN4855; Rb. Maastricht 11 augustus 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BN4821; Rb. Utrecht 21 mei 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM8000; Rb. Den Bosch 25 maart 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BL8763; Rb. Zwolle-Lelystad 28 januari 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BL3211; Rb. Almelo 1 juni 2010, ECLI:NL:RBALM:2010:BM6340; Rb. Breda 31 augustus 2010, ECLI:NL:RBBRE:2010:BN5524; Hof Leeuwarden 19 februari 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BL5274; Rb. Amsterdam 20 juli 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN1981; Rb. Alkmaar 7 oktober 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BN9784.

97 Rb. Leeuwarden 24 juli 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BX2502; Rb. Assen 13 november 2012, ECLI:NL:RBASS:2012:BY3509; Rb. Breda 16 februari 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BV6485; Hof Amsterdam 25 oktober 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY1324; Hof Den Bosch 6 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV3117; Rb. Arnhem 2 mei 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW4678; Rb. Arnhem 28 september 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX8639; Rb. Maastricht 25 april 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BW4819; Rb. Maastricht 25 september 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BX8192; Rb. Leeuwarden 3 februari 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BV3125; Rb. Amsterdam 5 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX3428.

98 Rb. Overijssel 9 oktober 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:4590; Hof Den Haag 19 oktober 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2912; Rb. Amsterdam 6 augustus 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5391; Rb. Den Haag 4 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:16051; Rb. Gelderland 29 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:4568; Rb. Noord-Holland 2 februari 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:654; Rb. Rotterdam 16 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:270; Rb. Zeeland-West Brabant, 6 oktober 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:8523; Hof Den Haag 3 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:624; Hof Den Haag 17 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3581; Hof Den Bosch 25 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1181; Rb. Midden-Nederland 4 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7554.

99 Zie bijv. Rb. Utrecht 21 mei 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM8000; Rb. Noord-Holland 2 februari 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:654; Rb. Breda 16 februari 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BV6485; Uitzonderingen zijn Rb. Maastricht 2 juli 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BN4855; Hof Den Bosch 25 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1181; Rb. Zeeland-West Brabant, 6 oktober 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:8523.

Ingevolge de jurisprudentie van de Hoge Raad ligt een sanctie als strafvermindering, of zelfs het enkel constateren van het vormverzuim, in de rede bij dergelijke onrechtmatigheden. Ondanks de strikte lijn in de jurisprudentie van de Hoge Raad verbindt de rechter in de regel echter een zwaardere sanctie – veelal gaat het dan om bewijsuitsluiting – bij dergelijk onrechtmatig handelen. In die gevallen waarin de rechter tot de conclusie kwam dat er strafvorderlijk was opgetreden zonder dat er een verdenking bestond tegen de 'verdachte', werd slechts in één uitspraak volstaan met het vaststellen van het verzuim,[100] één keer werd strafvermindering toegepast,[101] en in de dertien overige uitspraken paste de rechter bewijsuitsluiting toe.[102]

Hierbij kan overigens in het bijzonder worden gewezen op die gevallen waarin het onrechtmatige optreden een inbreuk maakte op het huisrecht van de verdachte.[103] Een dergelijke schending wordt door de feitenrechter als zeer ernstig opgevat:

> 'Ten aanzien van verdachte is de politie ten onrechte uitgegaan van een redelijk vermoeden dat in zijn woning een overtreding van de Opiumwet plaatsvond. Zonder dit vermoeden mocht zij de woning van verdachte niet betreden. Het belang van het vereiste van een redelijk vermoeden is gelegen in het belangrijke rechtsstatelijke principe dat willekeurig politieoptreden dient te worden voorkomen, zeker waar grondrechten als het huisrecht en het recht op privacy in het geding zijn.'[104]

Het belang van dit voorschrift brengt mee dat 'het resultaat dat door dit verzuim is verkregen, te weten het aantreffen van een in werking zijnde hennepkwekerij waarbij de elektriciteit op illegale wijze werd onttrokken, niet mag bijdragen aan het bewijs', aldus de rechtbank. Daarnaast wordt ook het bewijs dat ten gevolge van het op zichzelf rechtmatige optreden van de rechter-commissaris is verkregen, uitgesloten van het bewijs omdat 'een andere rechtsopvatting de bescherming van het huisrecht tegen onrechtmatig politieoptreden te zeer [zou *MS*] verzwakken'.[105]

---

100 Rb. Overijssel 9 oktober 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:4590.

101 Zie hierboven: Hof Den Haag 19 oktober 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2912.

102 Hof Den Haag 3 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:624; Hof Den Haag 17 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3581; Rb. Midden-Nederland 4 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7554; Rb. Leeuwarden 24 juli 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BX2502; Rb. Assen 13 november 2012, ECLI:NL:RBASS:2012:BY3509; Rb. Maastricht 25 april 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BW4819; Rb. Maastricht 25 september 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BX8192; Rb. Amsterdam 5 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX3428; Rb. Maastricht 11 augustus 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BN4821; Rb. Den Bosch 25 maart 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BL8763; Hof Leeuwarden 19 februari 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BL5274; Rb. Amsterdam 20 juli 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN1981; Rb. Alkmaar 7 oktober 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BN9784.

103 Hierbij ging het eveneens om een inbreuk op het huisrecht maar de verdachte was wel terecht als zodanig aangemerkt volgens de rechtbank: Rb. Midden-Nederland 4 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7554.

104 Rb. Leeuwarden 24 juli 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BX2502.

105 Rb. Leeuwarden 24 juli 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BX2502.

Onregelmatigheden bij de start van het opsporingsonderzoek kunnen vragen oproepen over de rechtmatigheid van de rest van het onderzoek; de zogenoemde verboden vruchten-problematiek. Het komt echter niet zelden voor dat de feitenrechter de verboden vruchten-jurisprudentie van de Hoge Raad buiten beschouwing laat, bijvoorbeeld in het geval van schendingen van het huisrecht.[106] De Rechtbank Zutphen oordeelde in een zaak aangaande mensenhandel dat de politie het huis van de verdachte onrechtmatig had binnengetreden omdat de verbalisanten zich bij het binnetreden niet hebben gelegitimeerd, noch hebben zij aan verdachte het doel van het binnentreden vermeld. De rechtbank rekende dit verzuim het OM zwaar aan, in het bijzonder omdat er geen reden was voor verbalisanten om de woning binnen te treden. Aldus oordeelde de rechtbank dat alle resultaten van het opsporingsonderzoek dat is ingesteld naar aanleiding het binnentreden van de woning van verdachte van het bewijs moet worden uitgesloten: 'waaronder onder meer alle processen-verbaal van verhoor van de getuigen [slachtoffer 2] en [slachtoffer], alsmede alle door de verdachte afgelegde verklaringen'.[107]

Het valt op dat wanneer de rechter eenmaal vaststelt dat het vormverzuim een schending van een belangrijk strafvorderlijk voorschrift betreft, hij doorgaans daar een zwaar maar ook een vergaand rechtsgevolg aan verbindt, waardoor niet zelden de verdachte vrijgesproken wordt van het ten laste gelegde feit. Zou de rechter immers de verboden vruchten van het onrechtmatige optreden alsnog toelaten tot het bewijs, dan zou hij evenwel tot een veroordeling kunnen komen. Kennelijk acht de rechter een dergelijke sanctie aldus geboden gezien het belang van het voorschrift – hoewel dit belang aldus anders wordt geïnterpreteerd dan de jurisprudentie van de Hoge Raad voorschrijft – en het signaal dat met sanctionering wordt afgegeven. Tevens moet ook worden opgemerkt dat een dergelijk oordeel van de feitenrechter – waarbij een zware sanctie wordt verbonden aan het onrechtmatige handelen – in bepaalde gevallen gepaard gaat met andere problemen in het vooronderzoek, waardoor de sanctie ook als een uiting van ongenoegen aan de zijde van de rechter kan worden aangemerkt. Dit blijkt bijvoorbeeld uit een uitspraak van de Rechtbank Maastricht:

> 'Allereerst overweegt de rechtbank dat wezenlijke informatie die gerelateerd wordt in het stamproces-verbaal op punten niet overeenstemt met de onderliggende stukken in het dossier. Deze discrepanties zijn storend en baren de rechtbank zorgen wat betreft de zorgvuldigheid en betrouwbaarheid van de stukken die haar worden aangereikt (...) In het stamproces-verbaal wordt gerelateerd dat verbalisanten bij nadering van de woning van verdachte een hennepgeur ruiken. Dit zou een aanvullende grond voor verdenking kunnen opleveren op grond waarvan alsnog voldoen-

106 Zie onder andere: Rb. Assen 13 november 2012, ECLI:NL:RBASS:2012:BY3509; Rb. Maastricht 25 april 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BW4819; Rb. Maastricht 25 september 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BX8192; Rb. Maastricht 11 augustus 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BN4821.

107 Rb. Zutphen 24 januari 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BV2105.

> de grond voor verdenking zou kunnen bestaan om binnen te treden (...). Echter, na binnentreden blijkt dat er geen hennepplanten in de woning aanwezig zijn, de lampen in de inrichting niet branden en deze niet in werking is. Hoe dan toch een zodanig sterke henneplucht uit de woning zou kunnen komen dat deze bij nadering daarvan buiten te ruiken is, is een raadsel. Mede in het licht van eerder gememoreerde onjuistheden in het stam-procesverbaal overtuigt deze mededeling in het stam-procesverbaal niet.'[108]

Ook buiten schendingen op het huisrecht kan de feitenrechter een onrechtmatige start van het opsporingsonderzoek als een principiële kwestie opvatten,[109] hierbij gaat het bijvoorbeeld wanneer ten onrechte op basis ten onrechte gebruik is gemaakt van controlebevoegdheden of anderszins sprake is van misbruik van bevoegdheid, zoals blijkt uit een arrest van het Hof Den Haag:

> 'Uit het proces-verbaal van bevindingen met (…) blijkt dat de verdachte op 24 juni 2013 is gecontroleerd op de naleving van de bepalingen gesteld bij of krachtens de WVW 1994. In dat verband is op goede grond aan hem zijn rij- en kentekenbewijs gevraagd. Deze documenten kon de verdachte evenwel niet tonen, omdat hij niets bij zich had. Dit enkele gegeven acht het hof echter onvoldoende om aan te nemen dat het voor de politie in het kader van haar taakuitoefening – te weten op dat moment de controle op de naleving van de bepalingen van de WVW 1994 – redelijkerwijs noodzakelijk was om vervolgens het identiteitsbewijs van de verdachte te controleren. De verbalisanten hebben ook niet nader gerelateerd waaruit die noodzaak bestond. Concrete feiten en omstandigheden waaruit die noodzaak kan volgen blijken voorts niet uit het proces-verbaal. De aanwezigheid van enkele kartonnen dozen en buizen in de auto van de verdachte, is daarvoor onvoldoende. Voor de aanwezigheid van de buizen heeft de verdachte bovendien een redelijke verklaring gegeven. Van overige bezwaren jegens de verdachte, bijvoorbeeld de geur van hennep in zijn auto, was toen nog niet gebleken. Naar het oordeel van het hof heeft het vorderen van het identiteitsbewijs van de verdachte op grond van het vorenstaande onrechtmatig plaatsgevonden, hetgeen met zich meebrengt dat ook het in de auto van de verdachte ingestelde onderzoek ter vaststelling van de identiteit van de verdachte onrechtmatig heeft plaatsgevonden.'

Het hof oordeelt dat het hier om een aanzienlijke schending van een belangrijk strafvorderlijk voorschrift gaat omdat naast de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, de beperking op de bevoegdheid van politieambtenaren om naar de legitimatie van burgers te vragen ook een belangrijke rechtsstatelijke waarborg biedt tegen willekeur. Om deze reden besluit het hof tot bewijsuitsluiting

108 Rb. Maastricht 25 september 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BX8192.

109 Overigens valt op dat de toets zwaarder is naar mate de bevoegdheid die wordt ingezet meer inbreuk maakt op vrijheidsrechten van de verdachte, zie bijvoorbeeld: Rb. Den Haag 4 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:16051; Rb. Rotterdam 16 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:270.

en spreekt de verdachte vrij.[110] Ook het Hof Den Haag in een andere zaak tot bewijsuitsluiting (en daarmee vrijspraak) omdat in het proces-verbaal onvoldoende gesubstantieerd was naar aanleiding waarvan en op grond van welke bevoegdheden de verdachte naar zijn rijbewijs was gevraagd:

> 'Het hof stelt vast dat het proces-verbaal van aanhouding in het midden laat ter zake van welke specifieke reden, gebaseerd op grond van welke politietaak, de controle van verdachte plaatsvond. Meer in het bijzonder blijkt daaruit niet of het verzoek van de verbalisanten aan de verdachte om overhandiging van zijn rijbewijs plaatsvond in het kader van hun controlebevoegdheden op grond van (artikel 160 van) de Wegenverkeerswet 1994, dan wel in het kader van enige andere politietaak, bijvoorbeeld die op grond van de Wet op grond van de identificatieplicht. Daarmee worden de inzet van de jegens de verdachte gebruikte controlebevoegdheid en de wijze waarop van die bevoegdheid gebruik is gemaakt in rechte oncontroleerbaar gemaakt.'[111]

Hoewel het hof de toepassing van bewijsuitsluiting wel langs de factoren genoemd in het tweede lid van artikel 359a Sv motiveert, geeft deze motivering er blijk van dat het ook hier met name een principiële zaak betreft. Zo is de uitleg die het hof aan 'nadeel' geeft veel ruimer dan uit de jurisprudentie van de Hoge Raad kan worden opgemaakt en raakt aan een rechtsstatelijke interpretatie van dit begrip:

> 'De verdachte heeft als gevolg van dit vormverzuim nadeel geleden, nu hij niet heeft kunnen controleren op grond waarvan hij aan de autoriteiten zijn naam heeft moeten onthullen en of dat op rechtmatige wijze gebeurde, terwijl hij na de controle is aangehouden en overgebracht is naar het politiebureau. Daarmee is een rechtens niet nader te toetsen inbreuk gemaakt op het in artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden neergelegde recht van de verdachte op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer.'

Tot slot dient hier ook het (principiële) arrest van het Hof Amsterdam inzake de dynamische verkeerscontrole te worden genoemd.[112] De dynamische verkeerscontrole houdt in dat de politie op structurele wijze controlebevoegdheden inzet op basis van risicokenmerken die geen verband houden met de controle van de Wegenverkeerswet maar als doel hebben om 'criminelen te spotten en te controleren'. Om aan de formele vereisten van de uitoefening van controlebevoegdheden te voldoen, wordt overeenkomstig het beleid van de politie wel gevraagd naar het rij- en kentekenbewijs, maar deze werkwijze heeft tot doel om informatie te verkrijgen omtrent vanuit opsporingsperspectief mogelijk interessante personen. In casu was verdachte staandegehouden in het kader

110 Hof Den Haag 3 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:624.
111 Hof Den Haag 17 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3581.
112 Hof Amsterdam 21 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5307.

van een dynamische verkeerscontrole, waarna – na toestemming – zijn auto was doorzocht en verboden middelen waren aangetroffen. De verdediging voerde ter zitting aan dat deze staandehouding onrechtmatig is geweest omdat de politie gehandeld heeft in strijd met het beginsel van zuiverheid van oogmerk. Het hof overweegt dat de staandehouding van verdachte niet wordt ondersteund door objectieve gegevens. In casu bestonden de risicokenmerken uit het rijden in een dure auto die op naam bleek te staan van een discutabel bedrijf en het feit dat in deze dure auto een 'Oost-Europees type op de bijrijdersstoel zat en een Hindoestaans/Surinaamse man bestuurder was', hetgeen volgens de opsporingsambtenaren een opvallende combinatie werd gevonden. Met betrekking tot de methode overweegt het hof dat het hier om een 'strafvorderlijke fishing expedition' gaat waarbij controlebevoegdheden uitsluitend worden ingezet voor een ander doel dan waarvoor die bevoegdheden zijn gegeven. Dit handelen is naar het oordeel van het hof in strijd met het beginsel van zuiverheid van oogmerk. Het structurele gebruik van deze methode door de politie, onderbouwd door het gegeven dat zij is vastgelegd in het opsporingsbeleid en in samenspraak met het OM tot stand is gekomen, brengt mee dat het hof dit vormverzuim plaatst in de derde categorie van bewijsuitsluiting die de Hoge Raad in het *Onbevoegde hulpofficier*-arrest heeft geformuleerd. De motivering van bewijsuitsluiting wordt dan ook gebaseerd op het normerende effect dat uitgaat van deze sanctie. Hierbij komt bijzonder gewicht toe aan het feit dat het OM bekend was met het gebruik van deze methode maar zelf niet heeft opgetreden en het gegeven dat de politie in casu in eerste instantie geen openheid van zaken heeft gegeven over de gehanteerde methode. Maar ook het rechtsstatelijke karakter van de norm wordt expliciet benoemd:

> 'Naar het oordeel van het hof is het van groot belang dat een ieder erop kan vertrouwen dat overheidsorganen de hun toegekende bevoegdheden gebruiken voor de doeleinden waarvoor zij zijn gegeven en dat de politie zich in dit opzicht controleerbaar opstelt. Dynamische verkeerscontroles als de onderhavige maken een aanzienlijk inbreuk op dat vertrouwen, beperken de vrijheid van beweging en schenden de persoonlijke levenssfeer.'

Hoewel dit laatste arrest verschilt van de twee daarvoor genoemde zaken, in die zin dat het Hof Amsterdam duidelijker aansluiting zoekt bij de jurisprudentie van de Hoge Raad en de daarin genoemde factoren expliciet in aanmerking neemt, komt in al deze zaken helder tot uitdrukking dat feitenrechters een sterke neiging hebben ook vanuit het perspectief van rechtsstatelijkheid sanctionerend op te treden. Hierbij wordt dan niet zelden afgeweken van de jurisprudentie van de Hoge Raad. Zoals gezegd is het begrijpelijk dat er soms (in mindere of meerdere mate) afgeweken wordt van de jurisprudentie van de Hoge Raad. Dit brengt niet noodzakelijkerwijs mee dat de feitenrechter hiermee te kennen geeft minder waarde te hechten aan deze jurisprudentie, of om met Adams te spreken, de 'zwaartekrachtwerking' ervan laag is, maar om dit verschil van inzicht te kunnen duiden en het te kunnen waarderen

is een duidelijke motivering wel vereist. Opvallend bij de hierboven besproken uitspraken is nou juist dat een dergelijke motivering in veel gevallen achterwege blijft.

7.5.4 Verhouding tussen de sanctie en de geschonden norm

Zoals in het vorige hoofdstuk is beargumenteerd, staat de Hoge Raad een terughoudende toepassing van artikel 359a Sv voor. Het verbinden van een sanctie aan een geconstateerd vormverzuim moet aan hoge eisen voldoen. Dat geldt in het bijzonder voor de zwaardere sancties die in artikel 359a Sv worden genoemd, de niet-ontvankelijkverklaring en de bewijsuitsluiting, maar in zekere zin ook voor de strafvermindering. De rechter dient namelijk met betrekking tot alle drie sancties uitvoerig te motiveren waarom het rechtsgevolg gegeven de omstandigheden adequaat kan worden geacht. Er moet aldus een relatie bestaan tussen de geschonden norm en de daaraan te verbinden sanctie, de zogenoemde 'doel-middel benadering'.[113]

Hoewel deze jurisprudentie van de Hoge Raad ook de nodige kritiek heeft gekregen in de literatuur – veelal vanwege de sterke koppeling die gemaakt dient te worden met de bescherming van procesrechten en de beperkte rechterlijke controle die hieruit voortvloeit[114] – wordt de gedachte dat er een relatie dient te zijn tussen de geschonden norm en de te verbinden sanctie in de literatuur alom omarmd.[115] Een dergelijke koppeling draagt immers bij aan een betere doordenking van het algemene belang van de verschillende strafvorderlijke normen en maakt inzichtelijk welk concreet nadeel de normschending in een gegeven situatie met zich heeft gebracht en op welke wijze de rechter dit nadeel kan vereffenen.[116] De vraag is aldus of, en in hoeverre, de feitenrechter in zijn uitspraak blijk geeft van deze benadering.

Uit de feitenrechtspraak valt op te maken dat de strafrechter zich niet altijd zo expliciet uitlaat over de relatie tussen de geschonden norm, het daaraan te verbinden rechtsgevolg, en het doel van sanctionering. Het zal niet verbazen dat na het arrest uit 2013 – waarin de Hoge Raad nog nadrukkelijker heeft gewezen op het belang van de explicitering van het doel van sanctionering in het licht van de normschending – hier enigszins een kentering in te zien

113 Kuiper wijst in het kader van deze nieuwe benadering van de Hoge Raad er in zijn proefschrift op dat de doel-middelbenadering bij kan dragen aan meer rechtszekerheid omtrent de rechterlijke controle op het vooronderzoek en een duidelijkere toepassing van art. 359a Sv. Kuiper 2014, p. 76; zie ook de kritische noot van Schalken ten aanzien van deze doel-middelbenadering bij HR 19 september 2014, *NJ* 2014/420, m.nt. Schalken.

114 Schalken onder *NJ* 2014/420; Brinkhoff 2016; De Graaf & Kesteloo 2016.

115 Dubelaar 2009; Borgers 2012; Borgers & Kooijmans 2013; Kuiper 2014.

116 Zie ook de conclusie van AG Vegter bij HR 11 oktober 2011, *NJ* 2011/505, o. 12; zie in dit kader ook Kuiper 2010, p. 274-276. Kuiper beargumenteert hier dat een koppeling met het doel van de sanctionering bovendien van belang is voor het bewaren van de rechtseenheid.

is, maar deze kan ook in relatie worden gebracht met het feit dat de feitenrechter thans nog minder geneigd is een sanctie te verbinden aan een vormverzuim dan voorheen het geval was.

Een dergelijke expliciete koppeling tussen de te verbinden sanctie en de geschonden norm wordt doorgaans wel gemaakt wanneer het om heel duidelijke gevallen gaat, zoals bij een schending van de *Salduz*-norm[117] of een andere norm die raakt aan de procesrechten van de verdachte,[118] ten gevolge waarvan bewijs wordt uitgesloten om het eerlijkprocesrecht te waarborgen. Wanneer het gaat om andere normschendingen – in het bijzonder die raken aan het recht op privacy, en vaak in combinatie met de toepassing van strafvermindering – laat deze onderbouwing regelmatig te wensen over. Het Hof Den Bosch bijvoorbeeld oordeelde in het geval van opzettelijk onjuist verklaren door een opsporingsambtenaar bij de rechter-commissaris als volgt:

> 'Het hof is gelet op het voorgaande van oordeel dat niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in dit geval niet aan de orde is. Dat neemt niet weg dat het opzettelijk onjuist verklaren ten overstaan van een rechter-commissaris op zichzelf al buitengewoon ernstig is en dat dit naar het oordeel van het hof gesanctioneerd dient te worden. Het hof sluit daarvoor aan bij de sanctiemogelijkheden van artikel 359a Sv en zal bij een veroordeling strafvermindering toepassen, waarbij – het zij herhaald – in het voordeel van de verdachte wordt uitgegaan van de werkhypothese dát opzettelijk onwaarheid is verteld.'[119]

Het toepassen van strafreductie als reactie op dit vormverzuim is opmerkelijk omdat niet helemaal duidelijk wordt welk nadeel het hof hiermee tracht te compenseren. Aangezien uiteindelijk alsnog naar waarheid is verklaard, zou volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad zelfs beargumenteerd kunnen worden dat het vormverzuim is hersteld. Het lijkt er dan ook op dat het hof door het sanctioneren van dit vormverzuim met name tot uitdrukking wil brengen dat het gedrag van de opsporingsambtenaar bijzonder laakbaar is geweest. Hierbij gaat het echter wel voorbij aan de aard van de geschonden norm en de relatie daarvan met het rechtsgevolg. Situaties waarin de rechter vanuit de wens bepaald laakbaar gedrag te sanctioneren voorbijgaat aan dergelijke vragen doen zich vaker voor in de feitenrechtspraak. In een zaak waarin twee geheimhoudersgesprekken niet tijdig waren vernietigd – maar op geen enkele wijze richtinggevend waren geweest voor het strafrechtelijk onderzoek waardoor van nadeel in procesrechten niet kon worden gesproken – oordeelde de Rechtbank Dordrecht dat strafvermindering de gepaste sanctie was:

---

117 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 6 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO6670; Hof Amsterdam 9 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO8219; Hof Arnhem 9 december 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BO6761.

118 Rb. Noord-Holland 3 april 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:2874.

119 Hof Den Bosch 24 mei 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW6502.

> 'Het in artikel 126aa, tweede lid, Wetboek van Strafvordering vervatte voorschrift van – kort gezegd – vernietiging van vertrouwelijke gesprekken, beoogt het belang te beschermen dat eenieder de mogelijkheid heeft om vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van hetgeen aan een geheimhouder wordt toevertrouwd, een geheimhouder te raadplegen. Het belang van bescherming van het verschoningsrecht is absoluut. Verdachte moet er vanuit kunnen gaan dat telefoongesprekken met een geheimhouder in vrijheid kunnen worden gevoerd. Als deze afgeluisterd worden dienen de bewuste opgenomen gesprekken derhalve terstond worden vernietigd. Dit is niet gebeurd, en verdachte is daarmee naar het oordeel van de rechtbank per definitie in zijn belang geschaad, ook al gaat het maar om in totaal twee gesprekken. Dit is een onherstelbaar vormverzuim in het voorbereidend onderzoek in de zin van artikel 359a Wetboek van Strafvordering. Nu de rechtbank uit het terzake opgemaakte proces-verbaal echter tevens is gebleken dat het onderzoeksteam geen kennis heeft genomen van de inhoud van deze gesprekken en deze derhalve niet richtinggevend geweest kunnen zijn voor het strafrechtelijk onderzoek, is de schade beperkt gebleven. De rechtbank zal dan ook een korting van 5% toepassen op de op te leggen uren werkstraf (zie hierna).'[120]

Hoewel de rechtbank uitgebreid stilstaat bij het belang van het verschoningsrecht, maakt zij niet duidelijk waar het concrete nadeel van de verdachte in casu uit bestaat (anders dan het abstracte belang van het verschoningsrecht) en op welke wijze strafvermindering tegemoet kan komen aan dit specifieke nadeel. Ook het Hof Arnhem besluit tot strafvermindering als reactie op niet-vernietigde geheimhoudersgesprekken. In deze zaak gaat het weliswaar om een substantieel groter aantal getapte geheimhoudersgesprekken, maar ook hier zijn deze gesprekken niet gebruikt in het opsporingsonderzoek en stelt het hof dat er niet gesproken kan worden van een 'grootschalig en stelselmatige inbreuk op het recht om vertrouwelijk met een geheimhouder te kunnen communiceren'. Desondanks is het hof van oordeel dat 'de vormverzuimen zo ernstig zijn dat zij gecompenseerd kunnen en dienen te worden door verlaging van de op te leggen en hierna te vermelden straf in verhouding tot die ernst van het verzuim'.[121] Gezien het achterwege blijven van een duidelijke koppeling tussen de normschending en de toegepaste sanctie is het niet goed mogelijk te beoordelen in hoeverre strafvermindering in casu een geoorloofde sanctie is. Indien de rechter van oordeel is dat de strafvermindering de privacyschending van de verdachte compenseert, dient hij zich daar immers wel expliciet over uit te laten. Bovendien kan uit de jurisprudentie van de Hoge Raad in ieder geval worden afgeleid dat in het algemeen bij dit type vormverzuim een sanctie achterwege kan blijven zolang geen concreet nadeel is ondervonden door de verdachte.[122] Het achterwege blijven van een dergelijke motivering brengt tevens mee dat het moeilijk is om na te gaan waarom andere

120 Rb. Dordrecht 7 februari 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BV3531.
121 Hof Arnhem 20 december 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BO8383.
122 HR 11 oktober 2011, *NJ* 2011/505.

feitenrechters bij soortgelijke normschendingen tot een ander oordeel komen. Zo oordeelde het Hof Den Haag bij een 'langdurige schending' van artikel 126aa Sv dat dit vormverzuim niet hoefde te leiden tot enig rechtsgevolg omdat niet aannemelijk was geworden dat 'door of vanwege het openbaar ministerie is aangestuurd op het afluisteren van geheimhouders', en er evenmin aanwijzingen waren dat naar aanleiding van de opgenomen communicatie onderzoekshandelingen zijn verricht dan wel informatie daaruit als sturingsinformatie is gebruikt in het opsporingsonderzoek.[123] Het feit dat de geheimhoudersgesprekken niet als sturingsinformatie zijn gebruikt, was ook voor de Rechtbank Noord-Nederland een reden om te volstaan met het enkel constateren van het vormverzuim.[124]

In dit kader kan ook worden gewezen op situaties waarin niet duidelijk is het rechtsgevolg een reactie is op onrechtmatig optreden van de opsporing of in het kader van de strafmaat rekening houdt met de door de verdachte ondervonden schending van zijn privacyrechten, zoals het hierboven genoemde vonnis van de Rechtbank Den Haag aangaande het (al dan niet) onrechtmatig verrichte onderzoek aan de mobiele telefoon van de verdachte.[125]

Met betrekking tot het rechtsgevolg strafvermindering is het dan ook niet heel goed mogelijk een duidelijke lijn te ontdekken in de feitenrechtspraak. De uiteenlopende wijze waarop feitenrechters reageren op schendingen die raken aan privacy en in het bijzonder de wijze waarop gebruik wordt gemaakt van de strafvermindering als rechtsgevolg is met name problematisch vanwege het gebrek aan een duidelijke motivering en koppeling tussen het rechtsgevolg en de normschending. Het zou immers goed verdedigbaar kunnen zijn dat de bijzondere casuïstiek – bijvoorbeeld een opeenstapeling van fouten en onregelmatigheden in het vooronderzoek – noopt tot een andere benadering, maar dat zou dan wel geëxpliciteerd moeten worden.

7.6 Conclusie

De vraag is welk beeld het bovenstaande oplevert over de wijze waarop de feitenrechter het vooronderzoek controleert en normeert? Als gezegd levert de wijze waarop in het voorgaande de feitenrechtspraak is bestudeerd slechts een beperkt beeld op van de gehele strafrechtspraktijk. Om die reden is het niet eenvoudig om de resultaten van dit onderzoek te veralgemeniseren. Niettemin levert dit onderzoek wel een aantal belangrijke bevindingen op aan de hand waarvan bepaalde aspecten van de toezichthoudende taak van de rechter in kaart kunnen worden gebracht. In algemene zin kan worden gesteld

123 Hof Den Haag 19 januari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BK9406.
124 Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11234.
125 Rb. Den Haag 30 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5155.

dat ondanks dat de Hoge Raad geen royale invulling geeft aan de toezichthoudende rol van de strafrechter, de feitenrechter zich een zekere vrijheid permitteert om een ruimere invulling te geven aan zijn toezichthoudende taak. Hierbij gaat het bijvoorbeeld om een uitgebreidere controle en sanctionering van onrechtmatigheden waarvan niet direct duidelijk is waarom zij de procespositie van de verdachte raken, zoals schendingen van de verbaliseringsplicht (die hersteld zijn of kunnen worden), onrechtmatigheden rondom de start van het vooronderzoek en schendingen van het huisrecht. Ook is in de rechtspraak te zien dat de rechter met betrekking tot bepaald optreden pro-actiever is in het uitoefenen van zijn controlerende (en normerende) taak dan bij ander soorten (onrechtmatig) handelen, duidelijke voorbeelden hiervan zijn het gebruik van geweld door opsporingsambtenaren en het gebruik van nieuwe opsporingsmethoden. In het algemeen kan worden gesteld dat de feitenrechter in voorkomende gevallen een ruimhartigere invulling geeft aan zijn controlerende taak dan de jurisprudentie van de Hoge Raad voorstaat.

Tegelijkertijd moet ook worden vastgesteld dat de invulling van deze taak niet altijd even consequent plaatsvindt. Dat geldt in het bijzonder met betrekking tot de factoren genoemd in artikel 359a Sv en nader ingevuld in de jurisprudentie van de Hoge Raad. De vraag is hoe deze discrepanties gewaardeerd kunnen worden; kunnen zij met andere woorden gezien worden als een andere attitude van de feitenrechter ten aanzien van deze taak en moet dit beeld worden gezien als een symptoom van rechterlijke ongehoorzaamheid of activisme? Of betreft het hier een andere invulling van de discretionaire ruimte die artikel 359a Sv dan wel onwetendheid ten aanzien van het jurisprudentiële kader inzake dit artikel?

Aan de hand van de bestudering van deze rechtspraak is het niet mogelijk een eenduidig antwoord te formuleren op die vragen. De rechter expliciteert veelal niet waarom hij afwijkt van het jurisprudentiële kader en bovendien lijkt hij niet stil staan bij het feit dat er sprake is van een dergelijke afwijking. Hierdoor is het niet duidelijk of de jurisprudentie niet bekend is bij de rechter of dat er sprake is van een bewuste afwijking. Wel is het aannemelijk dat de discrepanties in bepaalde gevallen het gevolg zijn van onduidelijkheid over het jurisprudentiële kader.[126] Ook kunnen discrepanties ontstaan omdat een bepaalde normatieve keuze van de Hoge Raad nog onvoldoende is doorgedrongen tot de feitenrechtspraak (bijvoorbeeld met betrekking tot de verhouding tussen de sanctie en normschending).

Tegelijkertijd, en ondanks dat de feitenrechter niet expliciteert waarom (en dat) hij afwijkt van de jurisprudentie van de Hoge Raad, laat de feitenrechtspraak wel een enigszins andere attitude zien van de feitenrechter ten aanzien van zijn controlerende taak. Deze discrepanties kunnen het gevolg zijn van

126 Zoals het gesloten stelsel van rechtsmiddelen lange tijd een onduidelijke drempel is geweest voor toepassing van art. 359a Sv (zie § 6.2.1.6) en wellicht dat de verboden vruchtenproblematiek aan hetzelfde probleem kan worden toegeschreven (§ 6.2.3.3).

een andere taakopvatting van de rechter ten aanzien van het vooronderzoek, waardoor het optreden van justitiële autoriteiten scherper gecontroleerd kan worden en onrechtmatigheden ruimhartiger worden gesanctioneerd. Dat hoeft als gezegd niet problematisch te zijn, mits de uitspraak voldoende inzichtelijk maakt wat de redenen zijn van de afwijking van de jurisprudentie van de Hoge Raad. En het is juist op dit punt waarop de rechtspraak vaak niet helder is, waardoor niet altijd duidelijk is waarom afgeweken wordt van het jurisprudentiële kader. Hierdoor ontstaat zowel een normeringsgebrek als onduidelijkheid over de wijze waarop de controlerende taak van de rechter gestalte krijgt (doordat hierin een grote mate van variatie te zien is). Omdat de feitenrechter niet duidelijk maakt waarom hij een bepaald rechtsgevolg aan een normschending verbindt – in het bijzonder bij de sanctie strafvermindering maar ook wanneer een zwaardere sanctie wordt verbonden dan volgens de jurisprudentie te verwachten is –, is het gissen naar de oorzaak van deze onderlinge verschillen. Dat deze verschillen deels kunnen worden toegeschreven aan de strikte houding van de Hoge Raad blijkt uit het feit dat daar waar de rechter gemotiveerd afwijkt van het jurisprudentiële kader (bijvoorbeeld omdat meer belang wordt gehecht aan de integriteit van het handelen van de opsporing zoals bij de dynamische verkeerscontrole of een meer rechtsstatelijke invulling wordt gegeven aan bepaalde factoren),[127] de Hoge Raad dat in de regel casseert. Hierdoor laat de Hoge Raad weinig ruimte aan de feitenrechter om een eigen invulling te geven aan zijn controlerende taak. Opvallend is bovendien dat de feitenrechter steeds vaker met een verwijzing naar de jurisprudentie van de Hoge Raad afziet van controle of normering. Deze laatste ontwikkeling wijst erop dat de jurisprudentie van de Hoge Raad een inperking meebrengt voor de wijze waarop de toezichthoudende taak van de rechter – dus zowel de sanctionering als de controle en normering – wordt ingevuld.

127 Zie hierboven § 7.5.3: Hof Den Haag 17 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3581; Hof Amsterdam 21 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5307.

8 Het toezicht op de opsporing: de officier van justitie

8.1 Inleiding

In voorgaande hoofdstukken is het toezicht op de naleving van strafvorderlijke normen door de rechter – zowel het rechterlijk kader dat de Hoge Raad uiteen heeft gezet als de wijze waarop de feitenrechter hier invulling aan geeft – besproken. Hoewel de strafrechter een belangrijke functie in dezen vervult, kan hier niet gesproken worden van volledig toezicht. De rechterlijke controle op het opsporingsoptreden vindt doorgaans plaats langs de weg van artikel 359a Sv. In het kader daarvan kan de rechter het handelen van opsporingsambtenaren tijdens het vooronderzoek controleren en eventueel sancties verbinden aan normoverschrijdingen. De rechter heeft echter beperkt zicht op het strafvorderlijk handelen van opsporingsambtenaren in het vooronderzoek, omdat slechts een gering deel van de opsporingsactiviteiten leidt tot een strafzaak die door de rechter wordt beoordeeld. Daarnaast is niet duidelijk of het toezicht dat hij wel uitoefent voldoende doordringt in de opsporingsketen. Vindt er bijvoorbeeld naar aanleiding van een eventuele sanctie die de rechter verbindt aan normoverschrijdingen terugkoppeling plaats met de betreffende opsporingsambtenaar? Bovendien laten de jurisprudentiële drempels het niet altijd toe dat de rechter op alle typen strafvorderlijke normen toezicht uitoefent. Er kan aldus niet gesproken worden van voortdurend en consistent toezicht door de strafrechter op *alle* typen strafvorderlijke normen. Als gezegd kan deze terughoudende rechterlijke controle deels worden verklaard vanuit het feit dat er andere instanties zijn die beter geëquipeerd zijn om toezicht te houden op het handelen van opsporingsambtenaren. In het bijzonder kan dan worden gedacht aan de officier van justitie en in meer algemene zin het OM.

De officier van justitie heeft ambtshalve de verantwoordelijkheid voor de rechtmatigheid en deugdelijkheid van het opsporingsonderzoek. Hoewel deze verantwoordelijkheid niet noodzakelijkerwijs een toezichthoudende functie met zich brengt, ligt het wel voor de hand dat de officier van justitie op enigerlei wijze het handelen van opsporingsambtenaren controleert en normeert. Er is echter weinig bekend over de wijze waarop officieren van justitie invulling geven aan deze taak; wordt het houden van toezicht op opsporingsambtenaren gezien als een taak van de officier van justitie, en zo ja hoe wordt in de praktijk invulling gegeven aan deze taak? Het is dit vraagstuk waar het huidige hoofdstuk zich over buigt.

8.2 METHODE

Zoals gezegd is er weinig informatie beschikbaar over de wijze waarop officieren van justitie toezicht uitoefenen op het normconform handelen van opsporingsambtenaren gedurende het strafvorderlijk vooronderzoek. Hoewel in de literatuur wel eerder de roep is geweest voor meer empirisch onderzoek ter onderbouwing van de vormverzuimenproblematiek[1], en er empirisch onderzoek is verricht naar bepaalde aspecten van het functioneren van het OM in algemene zin en de wijze waarop officieren van justitie invulling geven aan hun wettelijke taken[2], is er nog weinig empirische data beschikbaar over de specifieke vraag naar het toezicht op strafvordering door officieren van justitie.[3] Zo geeft Lindeman – onder meer – een uitvoerige uiteenzetting over de wijze waarop het gezag van de officier van justitie over het opsporingsonderzoek in de praktijk wordt vormgegeven.[4] Hierbij passeren ook bepaalde aspecten van de toezichthoudende taak van de officier van justitie in het bijzonder en het OM in het algemeen de revue, zoals de verschillende overlegstructuren tussen officieren van justitie onderling en tussen het OM en de politieorganisatie, en de wijze waarop de officier van justitie contact houdt met politieambtenaren gedurende het opsporingsonderzoek en daar sturing aan geeft. Dit waardevolle inzicht in de praktijk van het OM heeft echter een fundamenteel ander karakter dan het voorliggende vraagstuk: het beoogt met deze beschrijving vooral de verschillende karaktereigenschappen van de functie van de officier van justitie in beeld te brengen (de ambtenaar, de magistraat en de werker). De wijze waarop het toezicht op opsporingsambtenaren vanuit het OM gestalte wordt gegeven is daarom niet de directe focus van dat onderzoek. Het huidige hoofdstuk probeert in de genoemde informatieleemte te voorzien en biedt een verslag van het hieraan ten grondslag liggende empirische onderzoek.

De doelstelling van deze interviews is om in kaart te brengen in welke mate, en op welke wijze, officieren van justitie toezicht uitoefenen op de rechtmatigheid van opsporingshandelingen en op welke wijze zij die rechtmatigheid trachten te bevorderen (anders dan door de inzet van bepaalde opsporingsbevoegdheden al dan niet toe te staan). Aan welk juridisch kader toetsen zij het gedrag van opsporingsambtenaren, welke mogelijkheden hebben zij om dat gedrag bij te sturen of achteraf te corrigeren, hoe waarderen zij de rol van andere instanties in het kader van dit thema en hoe zien de officieren

1 Bijv. Kuiper 2014, p. 164; Buruma 2005, p. 97-98; Buruma 2008, p. 87-104; Buruma 2011, p. 129-175.
2 Van de Bunt 1985; Pakes 2001; Pakes 2010; Lindeman 2017.
3 Hoewel in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering in opdracht van het WODC wel onderzoek is uitgevoerd over deze kwestie in meer algemene zin. Deze resultaten zullen bij de bespreking in dit hoofdstuk worden meegenomen voor zover zij relevant zijn.
4 Zie Lindeman 2017, hoofdstuk 6.

van justitie zichzelf in dit krachtenveld? Aan de hand van concrete praktijkvoorbeelden, die veelal door respondenten zelf aangedragen werden, is geprobeerd te achterhalen welke problemen er met betrekking tot het toezicht op opsporingsambtenaren in de praktijk spelen en op welke wijze deze knelpunten (kunnen) worden weggenomen. Op deze wijze is getracht om de problemen die vanuit het perspectief van officieren van justitie spelen in kaart te brengen. Daarnaast is tijdens het gesprek nader ingegaan op de rolopvatting van het OM ten aanzien van het optreden van opsporingsambtenaren, en diens opvatting ten aanzien van de rol van de politie en de zittende magistratuur. Gezien de doelstelling van de interviews is gekozen voor semigestructureerde diepte-interviews aan de hand van een topiclijst.[5]

Na toestemming van het College van Procureurs-Generaal zijn de hoofdofficieren van justitie van de arrondissementsparketten benaderd met het verzoek officieren van justitie binnen hun parket te benaderen om mee te werken aan dit onderzoek. Deze werkwijze brengt mee dat de respondenten niet op willekeurige wijze zijn geselecteerd maar zich ofwel zelf hebben aangemeld naar aanleiding van het verzoek mee te werken aan het onderzoek, ofwel vanwege hun functie en ervaring door de hoofdofficier van justitie van het parket waarop zij werkzaam zijn, zijn uitgekozen deel te nemen aan het onderzoek. Daarnaast is een klein aantal (drie) respondenten via de zogenoemde sneeuwbalmethode benaderd om bepaalde hiaten in functiespreiding op te vullen.

Op advies van het College van Procureurs-Generaal is allereerst gestart met het interviewen van een aantal rechercheofficieren. De onderbouwing voor de focus op de rechercheofficieren is tweeledig: deze officieren van justitie hebben in het bijzonder de taak om te waken voor de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek (in doorgaans grootschalige) en moeten bovendien voor een groot aantal bijzonder opsporingsbevoegdheden nadrukkelijk toestemming geven. De aanname is aldus dat zij goed op de hoogte zijn van de in dit onderzoek aan de kaak gestelde problematiek. Ten tweede brengt de aard van de functie mee dat het veelal ervaren officieren van justitie zijn die ook vanuit hun verschillende functies binnen het OM kunnen reflecteren op de voorliggende thematiek. Naast rechercheofficieren zijn tevens ook kwaliteits-officieren, VIK-officieren, ZSM-officieren, en zaaksofficieren geïnterviewd, waarbij zoveel mogelijk is gestreefd naar zowel regionale spreiding als functiespreiding.

In totaal zijn twintig semigestructureerde diepte-interviews afgenomen met officieren van justitie, in de periode januari 2017 tot en met juni 2017. Met uitzondering van één interview dat telefonisch is afgenomen,[6] hebben alle interviews *face-to-face* plaatsgevonden op het parket waar de respondent werkzaam was. Hierbij is zoveel mogelijk gestreefd om het interview plaats

5 Beyens, Kennes & Tournel 2016, p. 194-195. Zie bijlage 1 voor de topiclijst.
6 Interview respondent T.

te laten vinden in een rustige (vergader)ruimte zonder gestoord te worden.[7] De duur van de interviews varieerde tussen 54 minuten en 2 uur en 10 minuten. Alle interviews zijn na toestemming van de respondenten opgenomen en volledig getranscribeerd.

Dit hoofdstuk doet aldus verslag van deze interviews en plaatst deze interviews in het bredere kader waarbij rekening wordt gehouden met zowel de in hoofdstuk 5 besproken institutionele en constitutionele positie en rol van het OM alsmede enkele recente ontwikkelingen op het terrein van de werkwijze en organisatie van het OM. Over deze laatste kwesties is in de literatuur al het nodige geschreven. Deze inzichten uit de literatuur zijn niet alleen waardevol geweest voor de verschillende veranderingen die het OM in de loop der jaren heeft meegemaakt – deels omdat zij de veranderingen in het functioneren van het OM verklaren maar deels ook omdat zij soms richtinggevend zijn geweest voor de wijze waarop het OM zou moeten functioneren – maar bieden ook een uitstekende kapstok om de onderzoeksbevindingen uit het huidige empirische onderzoek aan op te hangen. Hiermee biedt de bestaande literatuur niet alleen een helder theoretisch kader voor deze bespreking, maar het bestaande empirische onderzoek naar het algemeen functioneren van het OM biedt bovendien een bredere context om de huidige onderzoeksbevindingen tegen af te zetten.

Tot slot dient ten aanzien van de weergave van de interviews nog een tweetal opmerkingen te worden gemaakt. Om meer inzicht te geven in de praktijk van het toezicht en de wijze waarop officieren van justitie hun eigen rol in dat toezicht percipiëren, is ervoor gekozen om veel citaten op te nemen die exemplarisch zijn voor de invulling van het toezicht en de wijze waarop respondenten aankijken tegen deze materie. Er is echter gekozen om niet te werken met verbatim citaten aangezien een dergelijke weergave de leesbaarheid van de tekst niet (altijd) ten goede komt. De citaten zijn daarom opgeschoond ten behoeve van de leesbaarheid van de tekst zonder daarmee de essentie van het citaat uit het oog te verliezen.

8.3 Praktische invulling van de toezichthoudende taak

Er is geen wettelijke regeling waarin de toezichthoudende taak van het OM en in het verlengde daarvan de officier van justitie, duidelijk wordt uiteengezet. Enerzijds wordt deze taak impliciet ontleend uit verschillende andere wettelijke taken van het OM en diens leden, en anderzijds wordt deze toezichthoudende taak verbonden met de magistratelijke positie van het OM in het Nederlandse staatsbestel. Het gezag van de officier van justitie wordt als aanknopingspunt

7 De praktijk van het werk van officieren van justitie maakte echter dat dit niet in alle gevallen mogelijk bleek, regelmatig werden de respondenten gebeld over dringende zaken of moesten het interview tijdelijk afbreken voor een kort overleg.

gezien voor de uitoefening van een zekere onafhankelijke en objectieve toezichthoudende taak ten opzichte van de opsporingsambtenaren. Verschillende ontwikkelingen in het strafrechtelijk beleid en criminaliteitsbestrijding hebben eraan bijgedragen dat deze toezichthoudende taak in de loop der jaren geen vast gegeven is geweest maar onderhevig is aan de verschillende behoeften die er bestaan in de strafrechtspleging. Mede dien ten gevolge wordt niet alleen de individuele officier van justitie als een belangrijke toezichthouder gezien ten aanzien van het rechtmatig handelen van opsporingsambtenaren, ook op organisatieniveau trekt het OM zich deze taken steeds meer aan. Bijvoorbeeld door het in leven roepen van verschillende toetsingscommissies en interne toezichtorganen, maar ook door het in het leven roepen van bijzondere taken voor officieren van justitie ter waarborgen van de kwaliteit en rechtmatigheid van de opsporing, zoals de rechercheofficier van justitie en de kwaliteitsofficier van justitie.

Hieronder wordt de praktische invulling van de toezichthoudende taak van de officier van justitie besproken. Zoals zal blijken wordt ook in de praktijk het gezag als aanknopingspunt voor deze toezichthoudende taak beschouwd. Aan de hand van de beschrijvingen van respondenten over de wijze waarop zij hun toezichthoudende taak vormgeven en de associaties die zij hebben met deze toezichthoudende verantwoordelijkheid, wordt in het hiernavolgende een algemeen beeld geschetst van hoe het toezicht door de officier van justitie thans is vormgegeven. Hierbij zal tevens worden gewezen op de inspanningen die op het niveau van de OM-organisatie in dit kader worden verricht en de rol die andere actoren hebben in dat toezicht.

8.3.1 Toetsing vooraf

Het gezag van de officier van justitie over de opsporing is (inmiddels) een vanzelfsprekend gegeven. Dit gezag heeft betrekking op diverse aspecten van het opsporingswerk, variërend van het geven van concrete aanwijzingen in een specifiek opsporingsonderzoek en het toezien op de naleving van regels door opsporingsambtenaren tot het meer in algemene zin sturing geven aan het opsporingsbeleid. Wat daar precies onder wordt verstaan – dat wil zeggen welke concrete verantwoordelijkheden dit gezag praktisch gezien met zich brengt – wordt in de wet echter niet gespecificeerd. In ieder geval wordt aangenomen dat de officier van justitie vanuit deze functie dient te waken voor de rechtmatigheid en deugdelijkheid van het opsporingsonderzoek, bijvoorbeeld door het *toetsen* van de inzet van bepaalde opsporingsbevoegdheden.

Uit dit onderzoek blijkt dat deze verantwoordelijkheid ook in de praktijk wordt gevoeld en uitgedragen. Het gezag van de officier van justitie op het opsporingsonderzoek wordt dan ook sterk geassocieerd met het geven van toestemming voor de inzet van bevoegdheden en de toetsing vooraf van de

rechtmatigheid van het gebruik van bevoegdheden en dwangmiddelen. Dit aspect van het gezag van de officier van justitie wordt gezien als een evidente verantwoordelijkheid van de officier van justitie en wordt vaak in verband gebracht met zijn toezichthoudende taak.[8] Hoewel de toetsing vooraf van de inzet van bevoegdheden onderscheiden kan worden van het houden van toezicht achteraf op het handelen van de opsporing, zijn er ook enkele belangrijke raakvlakken tussen deze twee taken. Hier kom ik in de volgende paragraaf verder op in.

De toetsende rol vloeit rechtstreeks voort uit het Wetboek van Strafvordering en is het meest zichtbaar in de Wet-Bob, die naar aanleiding van de IRT-affaire werd ingevoerd. Het belang van deze wetgeving voor de gewijzigde rol van de officier van justitie ten aanzien van de sturing van het opsporingsonderzoek, de leiding over het opsporingsonderzoek en de (nauwere) samenwerking met de politie wordt door de respondenten meermaals benadrukt:

> 'Wat met name veranderd is, is dat vroeger de politie een grote mate van zelfstandigheid had in het doen van grote onderzoeken en af en toe de officier nodig had om ergens een handtekening te zetten. Dat beeld is totaal veranderd en het is nu echt een wij. Wij zitten vaker op bureaus (…) we zitten veel dichter op de politie. En met name in de grotere onderzoeken geven we daadwerkelijk leiding aan de politie en bepalen wij de grenzen waarbinnen de politie op kan treden. Soms geeft dat nog weleens frictie want de politie ziet ons soms weleens als een handtekeningmachine (...) maar dat wordt steeds minder.'[9]

Deze nauwere samenwerking brengt echter niet noodzakelijkerwijs mee dat de officier van justitie het ook altijd eens is met de politie. Het adequaat toetsen van de inzet van bevoegdheden vergt van de officier van justitie dat hij soms 'lastig' moet zijn voor de politie, hij waakt immers over de rechtmatigheid van het handelen. Tegelijkertijd is het ook aan de officier van justitie om mee te denken met de politie en het opsporingsonderzoek mogelijk te maken:

> 'Niet als doel om lastig te zijn, maar wel om duidelijk te maken wat wel en wat niet kan. Je moet zoveel mogelijk faciliteren wat de politie moet doen, maar wel binnen de grenzen die daartoe gesteld zijn. En dan mag je best wel naar de buitenkant van de grens gaan; je hoeft niet altijd in die kleine ruimte van de bepaling te blijven. Je mag best opzoeken tot hoe ver je kan gaan en je mag best een keer een experiment doen maar er zijn toch grenzen.'[10]

Om de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek adequaat te kunnen waarborgen dienen officieren van justitie voldoende en tijdig informatie te ontvangen van opsporingsambtenaren omtrent het verloop van het opsporings-

8 O.a. interview respondent J.
9 Interview respondent O.
10 Interview respondent A.

onderzoek en de in dat kader ondernomen activiteiten door de politie. Dat het aan tijdig contact weleens kan schorten in de praktijk blijkt uit het onderzoek van Lindeman. Uit verschillende interviews die hij heeft afgenomen met officieren van justitie doemt het beeld op dat de informatiepositie van de officier van justitie ten opzichte van de politie een teer punt kan zijn. Dat geldt in het bijzonder in beginnende strafzaken waar de politie alle informatie heeft en de officier van justitie nog niets.[11]

Dit beeld wordt grotendeels bevestigd in het onderhavige onderzoek. Officieren van justitie zijn zich bewust van de grote mate van afhankelijkheid van opsporingsambtenaren met betrekking tot hun informatiepositie, maar hebben tegelijkertijd ook vertrouwen in de politie. Enerzijds is dit vertrouwen gebaseerd op (positieve) ervaringen en een goed onderling contact met de politie:

> 'Ik vind dat ik er blind op moet vertrouwen dat de politie mij juist informeert. Bij aanhoudingen buiten heterdaad geldt dat, maar ook bij doorzoekingen en spoeddoorzoekingen. Die gaan altijd mondeling. (…) Wat de politie tegen mij zegt, daar wil ik blind op kunnen vertrouwen, dat kan ook in 99 van de 100 gevallen.'[12]

En anderzijds is dit vertrouwen geboren uit praktische noodzaak. De officier van justitie heeft immers geen tijd en mogelijkheid om de politie in alles te controleren en toetsen, binnen de opsporing is er een rolverdeling waarbij de politie zich met richt op het daadwerkelijk uitvoeren van het opsporingsonderzoek en de officier van justitie hier leiding aan geeft. Binnen die rolverdeling is het noodzakelijk dat de officier van justitie vertrouwt op hetgeen de politie de officier van justitie voorhoudt:

> 'Ik heb wel het idee dat wij [het OM *MS*] kunnen sturen maar voor een deel zijn we ook gewoon afhankelijk van de informatie die we krijgen. Voor een deel zit er ook een vertrouwenscomponent, ik moet er in beginsel op kunnen vertrouwen dat de politieagent die op ambtseed een pv opmaakt dat goed doet. Dat is het uitgangspunt en pas bij gebleken breuk van vertrouwen op dat punt ga je acteren. De basis is in die zin vertrouwen. En nogmaals, ik loop niet met de politieagent aan het handje de straat op om te kijken wat ze doen. En ik heb best wel veel zaken, dus ik heb niet de luxe dat ik in een zaak helemaal van begin tot eind kan meetrekken. De teamleiders van de politie zijn daarom vooruitgeschoven posten als het gaat om de bewaking van de normen, maar ook de bewaking van de kwaliteit. (…) Ik zit wel bij de politie maar ik zit niet de hele dag bij het politiebureau te kijken of alle rechercheurs het wel netjes doen. Dat kan gewoon niet.'[13]

11 Lindeman 2017, p. 136.
12 Interview respondent C.
13 Interview respondent E.

Tegelijkertijd zijn officieren van justitie zich ook bewust van de kwetsbaarheid van dit systeem en wordt onderkend dat dit problemen met zich brengt voor het adequaat kunnen uitoefenen van het gezag over de opsporing:

> 'Wat ook nog wel gebeurt is dat je op basis van mondelinge informatie een beslissing neemt, dus de politie belt mij en legt een casus voor, dat vind ik voldoende om aan de rechter-commissaris te vragen om een telefoontap en dan moet zoiets schriftelijke bevestigd worden. Dan lees ik het en denk ik dit is niet wat mij verteld werd, dus dan is het mondelinge verhaal anders dan wat er uiteindelijk op papier komt. Dat soort dingen gebeurt wel veel.'[14]

Hoewel officieren van justitie dergelijke fouten scherp veroordelen (waarover in de volgende paragrafen meer) leiden dit type fouten niet tot een afname in het vertrouwen in de politie.[15] Er is in algemene zin een groot vertrouwen in de 'goede bedoelingen' van de politie en het beeld bestaat dat gemaakte fouten – zowel in de informatievoorziening naar de officier van justitie toe als in het simpelweg verkeerd toepassen van bevoegdheden – niet moedwillig worden begaan maar eerder in verband kunnen worden gebracht met slordigheid, onnadenkendheid en 'overenthousiasme':

> 'Meestal ga ik ervan uit dat het slordigheid is, dat je het al hebt ingevoerd en dat je dan de officier belt en als je dan terugkijkt in je systeem, blijkt dat het net iets anders is gegaan. Ik ga er niet vanuit dat mij iets doelbewust is voorgehouden om die tap te krijgen, want daar kom je later toch wel achter, dus het is volgens mij veel meer professionaliteit van de politie dat degene die jou belt ook echt precies weet welke informatie er beschikbaar is die uiteindelijk als onderbouwing kan gelden voor aanvragen van die telefoontap dan dat ze doelbewust dat verkeerd doen.'[16]

> 'Negen van de tien keer is het niet valsspelen, maar gewoon dom, vergeten, overgeslagen, niet opgelet, daar komt het eigenlijk in 99 van de 100 gevallen op neer.'[17]

> '(…) overenthousiasme, wat gevaarlijk wordt is als je echt een sterke wil hebt om een zaak rond te maken en het gaat knellen in het Wetboek van Strafvordering voor politiemensen. Dan wordt het soms wel ingewikkeld. Maar ik heb niet het idee dat het echt vaak fout gaat, ik heb wel een positief beeld van de opsporing in Nederland nu.'[18]

---

14 Interview respondent I.
15 Respondenten beamen dat dergelijke voorvallen met enige regelmaat voorkomen en dat zij dan doorgaans 'professioneel boos' worden (respondent B).
16 Interview respondent I.
17 Interview respondent H.
18 Respondent O.

Een enkeling wijst in dit kader bovendien naar de eigen verantwoordelijkheid om deze informatiepositie te versterken, bijvoorbeeld door een grotere mate van betrokkenheid te tonen met het onderzoek en meer actief het contact met de politie op te zoeken:

> 'Ik ben er elke dag, elke avond, elke nacht als het kan. Als het erom spande, was ik er zelf. Is ook een stuk betrokkenheid, je weet dat je er bent maar dat je ook alles hoort, als je er ook 's nachts bent. En je moet ook laten merken dat je om het gezag waar te maken alles weet en betrokken bent. Anders denken ze, hij heeft makkelijk praten vanaf het paleis, wij moeten het doen op straat. Daarom was ik er ook veel 's nachts, bij de acties, zodat ze weten dat ik er ben.'[19]

Deze verantwoordelijkheid om betrokken te zijn bij het verloop van het opsporingsonderzoek wordt onder officieren van justitie breed gedragen. Daarnaast wordt ook binnen het OM breed ingezet op het beter bereikbaar en benaderbaar maken van officieren van justitie voor andere actoren in de strafrechtspleging, in het bijzonder de politie. Deze ontwikkeling die onder meer heeft geresulteerd in het in het leven roepen van verschillende beschikbaarheidsdiensten – zoals de weekdienst en piketdienst – worden in de literatuur nadrukkelijk in verband gebracht met de organisatorische veranderingen binnen het OM die de rol van de officier van justitie als leider van het opsporingsonderzoek moeten versterken.[20] Hierbij verdient het opmerking dat de mate van betrokkenheid (en daarmee de grondigheid waarmee opsporingsbevoegdheden getoetst worden en besproken worden met de officier van justitie) sterk afhankelijk is van het type opsporingsonderzoek. Bij de grote projectmatige zaken is er veel contact tussen de officier van justitie en het rechercheteam en zit de 'officier van justitie boven op het onderzoek', terwijl dat bij de kleinere onderzoeken en in de ZSM-omgeving minder het geval is.[21]

De bereikbaarheid van de officier van justitie voor de politie en zijn betrokkenheid in het opsporingsonderzoek is niet alleen afhankelijk van het type opsporingsonderzoek – en de daarmee samenhangende organisatorische inrichting van het OM – maar hangt ook af van de wijze van communicatie met opsporingsambtenaren. Een belangrijk deel van het werk van de officier van justitie is gelegen in het nemen van beslissingen over het al dan niet toepassen van bevoegdheden en dwangmiddelen op basis van door de politie verschafte informatie. Uit het onderzoek van Lindeman blijkt dat dergelijke beslissingen vaak een routinematig karakter hebben omdat de officier van justitie meerdere vergelijkbare beslissingen per dag dient te nemen. Lindeman stelt hieromtrent als volgt:

---

19 Respondent B.
20 Zie uitgebreid Lindeman 2017, p. 126.
21 Interview respondent I; zie ook § 8.3.6.

> 'De toestemming om de bevoegdheid te gebruiken wordt vaak schijnbaar makkelijk gegeven, waarna deze toestemming nog geformaliseerd moet worden. Dat kan leiden tot moeizame communicatie tussen politie en officier, want de officier wil dat de aangeleverde informatie precies past als onderbouwing van het bevel. De officier lijkt de politie te instrueren hoe de informatie eruit moet zien op basis waarvan hij zijn formele bevel gaat geven. Is dit nog wel te verenigen met betrokken distantie? Puur kijkend naar de controlerende taak die de officier van justitie heeft zou het beter passen dat hij enkel afgaat op wat de politie op eigen houtje aanlevert: past daarbij geen bevel of vordering tot een bevoegdheid of dwangmiddel, dan loopt daarmee het politieonderzoek op dat punt spaak.'[22]

De politie heeft hier niet altijd evenveel begrip voor. Lindeman merkt op dat de politie beslissingen van de officier van justitie (bijvoorbeeld die in het kader van voorgeleidingen of sepots worden genomen) vaak als nogal willekeurig ervaart.[23] Onbegrip voor de beslissingen van de officier van justitie vanuit de politie brengt de nodige risico's met zich. Het zet niet alleen de onderlinge verhouding tussen de officier van justitie en de politie op scherp,[24] maar zorgt er tevens voor dat de normering die de officier van justitie aanlegt niet begrepen wordt door de politie waardoor het lerend effect ervan verloren gaat. Dat maakt het te meer van belang dat officieren van justitie hun beslissing duidelijk communiceren aan de politie en het gesprek aangaan wanneer er onduidelijkheden bestaan over in te zetten bevoegdheden. Dit wordt ook beaamd door officieren van justitie:

> 'Ik weet dat er regio's zijn waar soms iets meer de gedachte bij de politie is dat ze zelf wel weten wat goed is. Maar de officier heb je soms nodig, onhandig dat de wet het zo geformuleerd heeft en dat de politie dingen niet zelfstandig mag, jammer het zal wel naar de officier moeten. Handtekeningenmachine, dan gaan we wel een handtekening vragen. Dat soort oprispingen hoor je nog weleens een enkele keer. Ik moet zeggen dat dat niet het geval is in deze eenheid, wij werken in het algemeen erg goed samen op basis van argumenten en elkaar overtuigen zal ik maar zeggen. Waarbij wij uiteindelijk het gezag hebben.'[25]

> 'Dat hoort bij een goed functionerende officier van justitie, je moet op basis van argumenten kunnen duidelijk maken, waarom dingen wel en waarom dingen niet mogen en waarom je moeilijk doet over iets en waarom je wat makkelijker bent in het andere. Maar de ene officier is de andere niet, je hebt ervaren en minder-ervaren officieren. En de minder-ervaren officieren kunnen soms wat onzekerder zijn. Ook in hun communicatie naar de politie. Dat maakt het ook lastig daar een

22 Lindeman 2017, p. 182.
23 Lindeman 2017, p. 135; verwijzend naar Kort, Fedorova & Terpstra 2014, p. 33.
24 Lindeman spreekt in dit kader van 'forumshopping' door politieambtenaren door bijvoorbeeld een 'second opinion' te vragen aan een officier van justitie in verband met een onwelgevallige beslissing van een andere officier van justitie (Lindeman 2017, p. 135).
25 Interview respondent Q.

> antwoord op te geven, want het hangt ervan af met wie je werkt. Er zijn officieren die door politieagenten zullen worden gezien als horken, die zeggen dat had je nooit zo mogen doen, dat is hartstikke stom en je hebt officieren die dat veel communicatief vaardiger doen. Maar de *bottom line* is dat voor zover ik dat kan zien de politie altijd het gezag van de officier erkent en dat zit ook erg in de genen van de gemiddelde politieman, want het zijn vaak – ondanks dat het doeners zijn – ook hiërarchie-gevoelig. Gevoelig in hun eigen lijn maar ook gevoelig in de aansturing.'[26]

Het toetsen van de inzet van bevoegdheden door de officier van justitie – oftewel toetsing of controle vooraf – is aldus een belangrijke taak die direct in verband wordt gebracht met het gezag van de officier van justitie over het opsporingsonderzoek. Een belangrijk element in deze toetsing is de informatiepositie van de officier van justitie. Deze informatiepositie is eveneens van belang voor het uitoefenen van *toezicht achteraf* op de politie. Hoewel toetsing vooraf aldus een andere activiteit is dan het houden van toezicht achteraf, hebben deze twee activiteiten wel raakvlakken en overlappen zelfs deels. Dat brengt mee dat de knelpunten (of in ieder geval een deel van deze knelpunten) in deze toetsing vooraf mede een rol kunnen spelen in het uiteindelijke toezicht (achteraf).

8.3.2 Onderscheid tussen toetsing vooraf en toezicht achteraf

Naast de toetsing van opsporingsbevoegdheden wordt ook het houden van toezicht op het handelen van de politie – in de meest brede zin van het woord – veelal afgeleid uit het gezag van de officier van justitie op de opsporing en wordt gezien als een inherente taak van de officier van justitie. Als gezegd hebben deze taken de nodige raakvlakken met elkaar: het vooraf toetsen van de inzet van bevoegdheden behelst evenals het toezicht achteraf een zekere mate van controle op het handelen van opsporingsambtenaren. Ook in de praktijk wordt niet altijd scherp onderscheid gemaakt tussen de toetsende rol van de officier van justitie en zijn toezichthoudende rol:

> 'Toezicht op de politie zie ik als één van de kerntaken van de officier van justitie op zaaksniveau. De officier die zaken draait heeft als taak om de opsporing te leiden, dat is een van de primaire taken. En uiteindelijk zal hij ook die zaak op zitting aanbrengen en daar op de juiste manier afdoen. Wat de juiste manier is, is afhankelijk van de zaak. (...) ik denk dat de officier van justitie in het opsporingsonderzoek een leidinggevende functie heeft, de toets moet doen – eigenlijk voortdurend – gedurende het gehele onderzoek op rechtmatigheid, maar ook op efficiëntie en effectiviteit van datgene wat in het opsporingsonderzoek wordt gedaan.'[27]

26 Interview respondent B.
27 Interview respondent B.

Een andere respondent maakt het volgende onderscheid tussen enerzijds toezicht en anderzijds toetsing vooraf van de inzet van bevoegdheden:

> 'De toezichthoudende rol is direct (…) in het feitelijk onderzoek waar je leiding aan geeft. En de toetsende rol dat kan ook zijn dat als je een dossier voorgelegd krijgt waar je niet inhoudelijk zelf bij betrokken bent geweest, dus je toetst even wat daar gebeurd is en dingen ziet die niet goed zijn gegaan.'[28]

Hieruit kan worden afgeleid dat in ieder geval niet voor iedereen een scherp onderscheid te maken valt tussen enerzijds het toetsen van de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek (en de inzet van strafvorderlijke bevoegdheden door opsporingsambtenaren) en anderzijds het toezicht op de naleving van strafvorderlijke normen door opsporingsambtenaren (een taak die zoals uit voorgaande hoofdstukken blijkt breder is). In zekere zin liggen deze taken ook in elkaars verlengde waardoor het onderscheid tussen beide diffuus is. Op zichzelf is dat niet problematisch, de meeste respondenten zij zich bewust van de overlap tussen deze twee taken en voelen ten aanzien van beide taken een duidelijke verantwoordelijkheid.[29] Het onderscheid is echter niet louter semantisch, het gaat hier om twee verschillende activiteiten. De toetsende rol van de officier van justitie blijkt duidelijk uit de wet; de inzet van veel strafvorderlijke bevoegdheden dient vooraf getoetst te worden door de officier van justitie. De toezichthoudende rol van de officier van justitie is echter niet in de wet vastgelegd maar wordt afgeleid uit zijn gezag over de opsporing en vindt achteraf plaats. Tegelijkertijd liggen deze taken wel in elkaars verlengde en zijn als het ware communicerende vaten:

> 'Des te kleiner de zaak, des te minder de bemoeienis van de officier aan de voorkant. Eigenlijk voert de politie de opsporing zelf uit totdat er Bob-bevoegdheden nodig zijn en de officier onvermijdelijk nodig is. Bij de grotere zaken is er natuurlijk bijna van meet af aan een officier van justitie bij betrokken en geeft ie in meer of mindere zin – maar des te groter de zaak, des te zwaarder – leiding aan die zaak. Dus als de politie goed communiceert met zo'n officier van justitie, dan zijn al die stappen vooraf gesanctioneerd door de officier, dan gaan we er even vanuit dat die de goeie beslissing heeft genomen. Aan het einde van de rit kan de rechtbank daar misschien anders over denken, maar dat speelt veel minder snel. Er heeft een officier op die zaak gezeten en het zou dan heel raar zijn als een [politie]team zelfstandig gekke dingen heeft gedaan, in de zin van onrechtmatig of ongewenste opsporingshandelingen. Ik sluit het nooit uit, kan gebeuren maar die kans is een stuk minder.'[30]

28 Interview respondent G.
29 O.a. interview respondent J.
30 Interview respondent Q.

Kortom, de mate van betrokkenheid van de officier van justitie bij de toetsing vooraf van de opsporing bepaalt volgens respondenten in grote mate de noodzaak om achteraf toezicht uit te oefenen op de rechtmatigheid van de opsporing en de intensiteit van dat toezicht.

Het toezicht (achteraf) op de naleving van strafvorderlijke normen door opsporingsambtenaren wordt evenals de toetsende rol van de officier van justitie gezien als een belangrijk onderdeel van de eindverantwoordelijkheid van de officier van justitie over het opsporingsonderzoek. Hoewel hier geen duidelijk wettelijk en institutioneel kader voor bestaat, wordt de grondslag van deze toezichthoudende taak veelal gezocht in de positie van de officier van justitie als eindverantwoordelijke over het opsporingsonderzoek en de vervolgingsbeslissing:

> 'Omdat ik degene ben die vervolgt, de politie vervolgt niet. Dat is wat mij betreft inherent aan de vervolgingstaak; je besluit naar aanleiding van de constatering van een feit door de politie of je wil vervolgen. Dat is het opportuniteitsbeginsel. En is datgene wat de politie presenteert iets waarmee je je in het openbaar wil vertonen? En soms zeg je "nou, hier zitten manco's aan maar ik vind dit een pleitbaar standpunt om dat aan de rechter voor te leggen." Of zie ik zoveel manco's in het dossier dat ik zeg van nee, ik ga hier niet in het openbaar verantwoording over afleggen. Ik vind dit zo slecht en hier zijn zoveel fouten gemaakt dat ik het seponeer en bespreek met de politie.'[31]

Ook de verantwoordelijkheid die uiteindelijk gedragen moet worden voor het vervolg van de zaak – en het al dan niet voor de rechter brengen van de zaak – speelt een rol bij het in de gaten houden van het verloop van het opsporingsonderzoek:

> 'Uiteindelijk zal ik, als ik de vervolging instel, met die zaak of op een eigen OM-zitting of bij de rechter komen, dus dan wil ik wel graag wat invloed hebben op wat ik straks uiteindelijk mee naar de zitting neem.'[32]

Ondanks dat een groot deel van de respondenten deze toezichthoudende taak als een inherente taak van de officier van justitie ziet en deze koppelt aan het gezag van de officier van justitie, zijn eindverantwoordelijkheid over het opsporingsonderzoek en zijn vervolgingsbeslissing, zijn er ook respondenten die deze toezichthoudende taak problematiseren en zich afvragen in hoeverre de officier van justitie daadwerkelijk toezicht kan uitoefenen op de politie:

> 'Wij zien op die manier toe op datgene wat de politie aanlevert en of het rechtmatig is, en dat zou je eventueel wel toezicht kunnen noemen. Als wij stukken aangeleverd krijgen van de politie die ze in de context van een onderzoek moeten ophoes-

31 Interview respondent T.
32 Interview respondent S.

> ten – bijvoorbeeld bij de inzet van bob-bevoegdheden – krijg je gaandeweg dat de politie dat moet opbouwen. Begint met een basisdossier en dan wordt de verdenking geformuleerd, en dan krijg je activiteiten die daaruit naar voren komen; de doorzoekingen; taps; eventueel andere bevoegdheden die je wil inzetten. En dan komen steeds stukken die ze moeten aanleveren en die wij nakijken Dat zou ik liever toetsing willen noemen, om te kijken of ze aan de eisen voldoen waardoor wij ze voldoende vinden om ze door te sturen naar de RC om te kijken of die ze voldoende vindt om de middelen in te zetten (…). Toezicht vind ik meer een instrumenteel iets, daar zijn we niet zo een, twee, drie van.'[33]

Een aantal respondenten stelt echter ook dat de toezichthoudende taak ten aanzien van het rechtmatig handelen van opsporingsambtenaren niet noodzakelijkerwijs voortvloeit uit de verantwoordelijkheid van de officier van justitie met betrekking tot de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek. Niet zelden worden daarom ook andere argumenten ten grondslag gelegd ter onderbouwing van de toezichthoudende taak van de officier van justitie. Zo is er een praktische noodzaak om de politie te corrigeren en te wijzen op gemaakte fouten omdat het alternatief zou zijn dat dergelijke fouten in de toekomst zullen blijven voorkomen. In zoverre gaat het aldus om een meer pragmatische opvatting over de toezichthoudende verantwoordelijkheid van de officier van justitie in plaats van argumenten die meer berusten op de institutionele positie van de officier van justitie:

> '(…) het is natuurlijk ook heel inefficiënt. Ik bedoel als je bijna een hokje kunt aanvinken van in deze zaak is dat fout gegaan, is het toch praktischer om dat dan maar een keer bij de wortel aan te pakken en ervoor te zorgen dat dat niet meer fout gaat.'[34]

Hiermee hangt ook samen dat officieren van justitie zichzelf een opvoedkundige rol toe-eigenen in relatie tot de politie:

> '[dat] is ook alleen maar in eigenbelang uiteraard, dat de politie daarvan leert en het de volgende keer anders doet. Dat gaat verder dan feedback geven; ik vind het ook prettig als dat bij mij gebeurt, wij doen dat ook intern met interventiejuristen.'[35]

Hoewel er met betrekking tot het bestaan van een toezichthoudende taak – in een zekere vorm – de respondenten zo goed als eensgezind zijn, zoals blijkt uit het voorgaande, is er wel sprake van verschil van inzicht over de inhoud van die toezichthoudende taak, de reikwijdte en indringendheid ervan. Sommige respondenten zien het belang van hun toezichthoudende taak met name

33 Interview respondent D.
34 Interview respondent L.
35 Interview respondent S.

in de onderzoeken die direct onder hun leiding hebben plaatsgevonden. Ten aanzien van dergelijke opsporingsonderzoeken bestaat bij sommigen het beeld dat zij in staat zijn volledig toezicht uit te oefenen:

> 'Toezicht kan ik houden in onderzoeken die onder mijn verantwoordelijkheid vallen, daar heb ik toezicht. Want ik zie wat er gebeurt onder mijn ogen en ik ben er heel erg bij betrokken altijd; dat is niet per ongeluk, dat is omdat ik denk dat als je heel erg betrokken bent, dan ook alles hoort en dat mensen ook weten dat ze alles tegen je kunnen zeggen. Dat vind ik van belang, want ik vind ook dat alles geverbaliseerd moet worden, vooral dat waar later in de zittingszaal discussie over komt. Dingen die fout gegaan zijn, verkeerde telefoons die getapt worden, panden die binnengegaan zijn, allemaal dat soort dingen waardoor we toch wel door kunnen met de zaak, die presenteer ik zelf.'[36]

Dat het ingewikkelder is om het handelen van opsporingsambtenaren te controleren in onderzoeken die niet (geheel) onder de feitelijke zeggenschap van de officier van justitie zijn verricht, hoeft op zichzelf niet te verbazen. De officier van justitie wordt dan voor het eerst op de zitting (of vlak voor de zitting) geconfronteerd met het dossier en de eventuele fouten die in het opsporingsonderzoek zijn gemaakt door de politie. In dit stadium is het niet goed mogelijk om in te schatten of het hier daadwerkelijk gaat om onrechtmatigheden – bijvoorbeeld dat er is binnengetreden zonder een machtiging van een officier van justitie – of dat het dossier simpelweg niet compleet is. Voor het herstellen van eventuele onvolkomenheden is er dan veelal geen tijd, en voor het verzoeken om aanvullende informatie van de politie evenmin. Voor de individuele officier van justitie is het dan ook maar de vraag in hoeverre zijn toezichthoudende taak verder dient te reiken dan de onderzoeken die onder zijn directe en feitelijke verantwoordelijkheid vallen:

> 'Dat zijn vaak wel de zaken – zeker bij bijvoorbeeld onrechtmatige binnentredingen – waar je dan al mee op zitting staat. En dat kan zijn dat er niet is gebeld met de officier (…), dit zijn de wat we de brengzaken noemen, die worden bij ons aangeleverd. Het zijn de dingen die de politie ambtshalve oppakt en zelf mee aan de slag gaat en waar wij relatief weinig regie op hebben. En als zo'n verbalisant dat zelf niet opmerkt en zelf niet aan de bel trekt, dan komt zo'n zaak bij ons en wordt door een secretaris beoordeeld. Vervolgens wordt er een vervolgingsbeslissing in genomen en een dagvaarding gestuurd en dan komt ie op zitting. Dat is de eerste keer dat de officier er echt naar kijkt en dan moet ik je eerlijk zeggen als ik eenmaal in die fase op zitting sta dat ik dan ook meer geneigd ben om dan de jurisprudentiële lijn te volgen en minder strak te zijn; dat ik dan coulanter ben dan dat ik aan de voorfase zou zijn. En je kan je afvragen of dat wel consistent is. Ik moet je heel eerlijk zeggen dat ik daar niet zo over nadenk of ik dan ook

36 Interview respondent C.

> consistent ben, als ik toevallig eerder word gebeld, ben ik kritisch en als het ter zitting komt dan moet ik hem er gewoon doorheen trekken.'[37]

Het toezicht (en ook de toetsing vooraf) die de officier van justitie uitoefent over zijn 'eigen' zaken lijkt aldus intensiever en vollediger te zijn dan bij de zogenoemde 'brengzaken' en zaken die worden overgenomen van collega-officieren van justitie. Deze verschillen kunnen deels worden verklaard aan de hand van het type zaak, bij grote onderzoeken monitort de officier van justitie het opsporingsonderzoek nauwgezet en is er veel overleg terwijl dat bij de zogenoemde 'brengzaken' minder het geval is. Dat onderscheid is echter niet allesbepalend. Er zijn ook onderlinge verschillen die veelal te maken hebben met de betrokkenheid van de officier van justitie bij het opsporingsonderzoek en de sturing richting de politie. Ook los van het verschil in projectmatige opsporingsonderzoeken en de kleinere zaken zijn er verschillen in de wijze waarop zij de politie aansturen en controleren. Dat deze verschillen bestaan, wordt tevens ook erkend door de respondenten maar wordt evenals andere verschillen (of 'inconsistenties' in het toezicht) niet noodzakelijkerwijs als problematisch ervaren:

> 'Ik denk dat wij heel erg verschillen (…) dat sommigen veel naar de politie gaan, en ook bij het team aan tafel zitten, overleggen, en dat anderen alles op papier doen. Ik denk dat er grote verschillen tussen zitten.'[38]

Naast de vorm van communicatie zijn de verschillen ook gelegen in de wijze waarop de officier van justitie zich verhoudt tot de politie en hoe hij zijn eigen rol daarin inschat. Sommige officieren van justitie zijn nauwer betrokken bij de wijze waarop het opsporingsonderzoek wordt verricht en geven strakker sturing aan de politie daarin, terwijl anderen 'reactiever' werken in hun houding ten opzichte van de politie en haar meer verantwoordelijkheid laten dragen voor het opsporingsonderzoek. Ook hier wordt door respondenten onderstreept dat er géén goede manier van 'betrokkenheid' bij het opsporingsonderzoek bestaat, maar deze veeleer afhankelijk is van de wijze waarop de individuele officier van justitie zijn eigen rol invult en de manier waarop hij zich wenst te verhouden tot de politie:

> 'Er zijn officieren van justitie die veel lijdelijker dingen tot zich laten komen, en het dan nakijken en denken het is wel goed of het is niet goed, en dit is wat ik daarmee moet doen. En als het niet goed is, nou dan merk je het vanzelf wel want dan breng je die zaak niet aan. Er zijn ook officieren die al in een heel vroeg stadium overleggen en sturen, en bijna voorzeggen hoe ze het op papier willen

37 Interview respondent M.
38 Interview respondent O.

> hebben zodat ze uiteindelijk iets mee naar zitting kunnen nemen waarvan ze zeggen, dit is ook iets waar we echt achter staan.'[39]

> 'Ik denk dat dat ook afhangt van hoe je je rol pakt en hoe je deze definieert natuurlijk. Ik praat niet alleen voor mezelf, maar ook voor een aantal collega's. We hechten er waarde aan om ook zelf in intrinsieke zin die rol te vervullen, dus niet alleen het verrichten van een toets maar als het even kan, en het niet mijn spankracht te boven gaat, ook gewoon meekijken. Waarom zou ik dat aan de politiecoördinator overlaten als ik uiteindelijk verantwoordelijk ben voor de interventie die ik formuleer samen met mijn ketenpartners? Ik heb wel de *lead* erin.'[40]

Dergelijke verschillen tussen de wijze waarop officieren van justitie invulling geven aan hun toezichthoudende taak ten aanzien van de opsporing en hun relatie met de politie is deels inherent aan de beoordelingsvrijheid die hun toekomt in de uitoefening van hun taken. Tegelijkertijd zorgen dergelijke verschillen wel voor discrepanties in de invulling van het gezag van de officier van justitie over het opsporingsonderzoek en hebben daarmee uiteindelijk ook gevolgen voor de kwaliteit van het opsporingsonderzoek. Een van die risico's betreft de informatiepositie van de officier van justitie. In dat kader merkt Lindeman op dat officieren van justitie niet altijd heel directief zijn en vaak blindvaren op wat de politie hen aanlevert en op basis van die informatie een beslissing nemen, zonder dat er al gelegenheid is geweest voor uitgebreid onderzoek.[41]

Het bovenstaande beeld wordt echter niet door alle respondenten onderschreven, althans niet altijd even scherp. Een respondent stelt met betrekking tot de (huidige) ZSM-werkwijze dat deze de officier adequaat in staat stelt toezicht uit te oefenen over de politie omdat naast de (veelal mondelinge) presentatie van het dossier door de politie-coördinator (de vaste politieafgevaardigde op de ZSM-locatie) de officier van justitie voldoende gelegenheid heeft om het dossier zelf te bestuderen. Vooral wanneer bepaalde aspecten niet geheel helder zijn, kijkt de officier van justitie altijd zelf naar de verschillende stukken in het dossier. Bovendien is het vanwege de aanwezigheid van de zogenoemde arrestantenmonitor en de inzage in het BOSZ-systeem[42] moeilijk om informatie weg te houden bij de officier van justitie. De officier van justitie kan zich door middel van deze systemen namelijk een goede inschatting

39 Interview respondent H.
40 Interview respondent N.
41 Lindeman 2017, p. 138.
42 In dit systeem worden de werkzaamheden met betrekking tot misdrijven van begin tot eind gemonitord binnen en tussen de politie-eenheden en de arrondissementsparketten. Het systeem krijgt de benodigde informatie van zowel de politie als het OM, waardoor er altijd een actueel en gemeenschappelijk overzicht is van de statussen van onderzoeken en de genomen kernbeslissingen binnen die onderzoeken.

maken van welke informatie er op een bepaald moment beschikbaar zou moeten zijn:

> 'die zaken worden met ons doorgenomen, omdat ik op het scherm zie wie er allemaal binnen zitten en dat betekent als ik het zie dat elke arrestant het werkproces in gaat, dus ik moet op de hoogte worden gesteld van de afdoening. En verdachten die heengezonden worden zonder overleg met mij, daar wordt over gebeld om daar de reden van te vragen. Dus eigenlijk kan ook niks meer bij ons weggehouden worden waar we geen zicht op hebben. En dat was vroeger wel anders.'[43]

Ook aan het andere einde van het spectrum (wat betreft de grootte van de opsporingsonderzoeken) bestaat het beeld dat de officier van justitie goed zicht heeft op hetgeen opsporingsambtenaren in het kader van de opsporing doen. Rechercheofficieren hebben veelal het idee dat er sprake is van goed zicht en toezicht op de politie en het opsporingsonderzoek vanuit het OM. Hoewel hierbij wordt opgemerkt dat de eigen rol als rechercheofficier van justitie in dezen een grote invloed heeft, wordt er in algemene zin vanuit gegaan dat officieren van justitie voldoende sturing (kunnen) geven aan het opsporingsonderzoek, het handelen van de politie toetsen, toezicht houden op opsporingsambtenaren en gemaakte fouten signaleren en zo nodig daar een consequentie aan verbinden.[44]

Toezicht (achteraf) op het opsporingsonderzoek en toetsing van de inzet van bevoegdheden (een activiteit die bij uitstek door rechercheofficieren wordt uitgevoerd) lopen vaak door elkaar heen: officieren van justitie verstaan soms dezelfde activiteit onder zowel toezicht als toetsing of wisselen deze juist helemaal om. Vanwege de vervlechting van deze taken kan het verschil in de praktijk grotendeels als louter semantisch worden aangemerkt. In theorie is er echter wel een onderscheid tussen deze twee taken. Een nauwe betrokkenheid van de officier van justitie bij het opsporingsonderzoek kan er inderdaad aan bijdragen dat de inzet van opsporingsbevoegdheden rechtmatig plaatsvindt en zorgt er aldus voor dat het toezicht achteraf minder problematisch is. Tegelijkertijd vergt toezicht een zekere mate van distantie en onafhankelijkheid die wellicht niet helemaal tot uiting zal komen wanneer er sprake is van een te nauwe betrokkenheid van de officier van justitie bij het opsporingsonderzoek.

Uit de antwoorden van de respondenten blijkt daarnaast dat er grote verschillen bestaan ten aanzien van de invulling van de toezichthoudende taak. Sommige officieren van justitie gaan ruimhartig om met hun toezichthoudende taak terwijl anderen meer terughoudend zijn ten opzichte van de politie. Ook in de communicatie naar de politie zijn er duidelijke verschillen te zien. Dat geldt niet alleen ten aanzien van verschillende typen zaken maar lijkt veeleer

43 Interview respondent N.
44 Interview respondent A; J.

samen te hangen met de uiteenlopende stijlen van de officieren van justitie. Geconcludeerd kan dan ook worden dat het gebrek aan een duidelijke invulling van het *gezag* ook doorwerkt in een gebrek aan uniforme invulling van de toezichthoudende taak in algemene zin. Hieronder zullen een aantal praktische voorbeelden worden gegeven van dergelijke verschillen.

8.3.3 Reikwijdte van het toezicht

Een belangrijk gezichtspunt in de reikwijdte van het toezicht en het verschil van inzicht dat bestaat ten aanzien van deze reikwijdte, is de vraag naar de typen normen waar dit toezicht betrekking op heeft. Gezien de belangrijke oriëntatie van de rechter op de procesrechten van de verdachte, ligt het voor de hand dat ook de officier van justitie zorgvuldig waakt over deze rechten. Immers, indien gedurende het opsporingsonderzoek deze procesrechten zijn geschonden, zal de rechter daar tijdens het onderzoek ter terechtzitting op (moeten) reageren. Respondenten zijn dan ook eensgezind over het gegeven dat zij een verantwoordelijkheid hebben ten aanzien van de borging van deze rechten. Niettemin bestaan er alsnog verschillende inzichten ten aanzien van de ernst van een 'fout' en daarmee ook de reikwijdte van het toezicht, zoals blijkt uit het volgende voorbeeld:

> 'Ik heb ooit een keer een [groot MS] onderzoek gedaan waar we gewoon keurig netjes audioverhoren hadden opgenomen en daar tijdens die verhoren – ik had ze niet afgeluisterd – had blijkbaar op enig moment de verhorende verbalisant iets geroepen over *waterboarden* en dat soort dingen. Dat kun je beter niet doen. De verdediging bracht dat op en daarna ben ik die audio gaan beluisteren en toen bleek inderdaad dat ie op enig moment gezegd had tegen die jongen van het is maar goed dat we hier niet *waterboarden* want anders had je misschien wel (…). Het is niet een dreiging, het is een verkeerde grap. Daar werd natuurlijk een enorm toneelstuk op de zitting van gemaakt. Dat is gewoon zo open en eerlijk daar neergelegd. Ik vind het ontzettend onhandig, die verbalisant heeft op zijn flikker gekregen, die heeft ook excuses moeten maken. Disciplinair gestraft zoals dat dan heet. Maar *that's it*. Het is wel open en eerlijk aan de rechtbank overlegd en de rechtbank heeft er ook nog eens braaf wat van gezegd. Als ik het zelf ontdekt had, dan had ik hem door laten gaan, want ik vond hem echt serieus niet over de schreef. Ik vond hem heel dom maar ik vond hem niet over de schreef.'[45]

De officier van justitie kan zoals in bovenstaand voorbeeld een andere inschatting maken van de ernst van een bepaalde onrechtmatigheid of het handelen juist niet als onrechtmatig aanmerken. Het feit dat de onrechtmatigheid raakt aan de procesrechten van de verdachte en de rechter (mede) om die reden scherper toeziet op de naleving van dergelijke normen, heeft in bovenstaand

45 Interview respondent F.

voorbeeld tot gevolg gehad dat er alsnog van controle en terugkoppeling gesproken kan worden. Dat kan echter ook anders zijn. Een belangrijke categorie in dit kader betreft strafvorderlijke normen die de privacy van (verdachte) burgers waarborgen. Hierover stelt een van de respondenten als volgt:

> 'Privacy [is MS] niet de sterkste kant van de officier. Er is hele mooie wetgeving over geschreven en die ken ik niet helemaal en ik weet dat het een element is dat je bij je beslissing mee moet nemen maar ik voel me niet [verantwoordelijk MS] (…) De *Schutznorm* is ook een mooie ontsnapping voor ons. Ik vind het ook niet onze taak om daar heel erg [op toe te zien] (…) Het moet redelijk zijn wat je doet, het moet proportioneel zijn, het moet transparant zijn wat je doet, maar we zijn niet de voorvechters van privacy van verdachten.'[46]

Dit beeld wordt ook in de literatuur onderstreept. Simmelink stelt in zijn oratie dat bepaalde strafvorderlijke bevoegdheden justitie in staat stellen om tijdens de opsporing heimelijk grote hoeveelheden informatie van verdachten en niet-verdachten te verzamelen. Hierbij valt te denken aan onderzoek van telecommunicatie (ook wel de telefoontap en de internettap), het opvragen van verkeersgegevens omtrent het gebruik van telecommunicatie, het opvragen van gegevens over betalingsverkeer, het gebruik van camera's met gezichtsherkenningssystemen en het onderzoek in, en het binnendringen in geautomatiseerde systemen. De toepassing van dergelijke bevoegdheden is veelal gebonden aan de wet en onderworpen aan diverse waarborgen; Simmelink noemt interne toetsing binnen het OM, een beslissing door de officier van justitie, eventueel een machtiging door de rechter-commissaris en notificatie. Tegelijkertijd acht hij deze waarborgen niet afdoende gezien de grootschaligheid van de inbreuken die op de privacy van burgers worden gemaakt, de gefragmenteerdheid van de waarborgen en het ontbreken van systematisch toezicht op de rechtmatige toepassing en wijze van uitvoering van dergelijke bevoegdheden.[47]

Hier komt bij dat ook bij de politie onvoldoende besef bestaat van het belang van privacy en inzicht in bepaalde normen die hiermee samenhangen. In het rapport 'Handelen naar waarheid' stellen de onderzoekers vast dat de politie onvoldoende op de hoogte is van wat wel en niet is toegestaan in de omgang met persoonsgegevens. Exemplarisch is de wijze van omgang met de Wet politiegegevens:

> 'De Wpg wordt gezien als oorzaak van extra bureaucratische rompslomp en extra beperking in informatiedeling. De Wpg levert regelmatig discussie en verwarring op, waardoor soms teveel informatie wordt gedeeld, maar vaak ook te weinig. Tegelijk blijkt uit de privacy-audit naar de naleving van de Wpg dat de politie op essentiële punten nog onvoldoende aan de wet voldoet (Auditdienst Rijk, 2015).

46 Interview respondent O.
47 Simmelink 2015, p. 43.

> De politie is hierin overigens niet uniek; eenzelfde verbeterpunt werd overigens in april 2016 door de Autoriteit Persoonsgegevens bij de gemeenten gesignaleerd.'[48]

Een andere kwestie die ten grondslag ligt aan de onderlinge verschillen tussen de wijze waarop toezicht wordt uitgeoefend door de officier van justitie is de rechterlijke beoordeling van het vooronderzoek op grond van artikel 359a Sv. Hierin zijn verschillende smaken te ontwaren. Daar waar sommige officieren van justitie zich in belangrijke mate laten leiden door de rechterlijke toets van artikel 359a Sv,[49] stellen andere officieren een scherpere (strengere) juridische toets aan te brengen dan de rechter.[50] De argumentatie die hieraan ten grondslag ligt, is dat de officier van justitie zich nu eenmaal dient te oriënteren op het gehele strafvorderlijke normenstelsel en niet per definitie gebonden is aan het rechterlijk beoordelingskader van artikel 359a Sv.[51] Hierbij lijkt vooral aan de notie van magistratelijkheid een groot belang te worden gehecht. Binnen het OM wordt zwaar getild aan de magistratelijke positie van de officier van justitie: het OM is onderdeel van de rechterlijke organisatie en zijn taken worden uitgevoerd door de staande magistratuur.[52] Tegelijkertijd moet het OM ook effectief samenwerken met andere organen binnen de strafrechtspleging en op transparante wijze aan opsporing en vervolging van strafbare feiten doen. Ten aanzien van het opsporingsonderzoek heeft de officier van justitie de magistratelijke taak om de rechtmatigheid, integriteit en objectiviteit van het onderzoek te waarborgen.[53] Deze magistratelijke taak wordt dan ook vaak genoemd in verband met zijn toezichthoudende taak ten opzichte van de politie. Als gezegd is niet precies aan te wijzen welke vereisten de notie van magistratelijkheid meebrengt voor het handelen van de officier van justitie. Wel kan in algemene zin worden aangenomen dat de officier van justitie steeds op een onafhankelijke wijze moet functioneren en een zekere rechterlijke attitude behoort te betrachten.[54] Bij de uitoefening van zijn strafrechtelijke taken moet hij zich onpartijdig en niet-vooringenomen opstellen, instaan voor de rechtmatigheid van de opsporing en vervolging waarbij hij zowel het algemene belang als de individuele belangen in acht neemt, en dient bij een 'poortwachtersfunctie' tot de rechter te vervullen.[55]

---

48 Rapport Handelen naar waarheid 2016, p. 61.
49 Respondent N; P.
50 Respondent C.
51 Respondent B; C.
52 Lindeman 2017, p. 19.
53 Lindeman 2017, p. 134.
54 Van Daele 2002, p. 132.
55 't Hart 2001, p. 34; Lindeman 2012, p. 207.

De magistratelijke positie van de officier van justitie vormt een belangrijk onderdeel van de identiteit[56] van de officier van justitie, zoals blijkt uit dit onderzoek. Deze positie vervult daarnaast een essentieel onderdeel van zijn functie omdat deze magistratelijkheid de officier van justitie een ruime beslissingsvrijheid geeft ten aanzien van de uitvoering van zijn taken.[57] Het brengt volgens respondenten mee dat hij een zelfstandige – dat wil zeggen los van de rechter en andere actoren in de strafrechtspleging – taak heeft om de integriteit van de opsporing te waarborgen:

> 'Wat uiteindelijk bij de rechter komt is maar een heel klein stukje en die magistratelijke rol als officier heb je ook in dat hele grote stuk van zaken die misschien helemaal nooit bij de rechter komen of alle beslissingen en afwegingen die gemaakt moeten worden voordat de zaak bij de rechter komt. In heel veel gevallen is die rechterlijke toets pas een eindtoets met een beperkt aantal zaken. En er wordt ook steeds meer buitengerechtelijk opgelost, wat betekent dat je die magistratelijke toets daar nodig hebt.'[58]

Dat betekent echter niet dat de magistratelijkheid de criminaliteitsbestrijdende kant van het werk in de weg moet staat:[59]

> 'Wij zijn natuurlijk leider opsporing, we zijn van de opsporing en eventjes voor het begrip: Soms wordt er badinerend gedaan of het heeft een slechte naam om te zeggen dat je een *crimefighter* bent, ik vind mijzelf een magistraat, ik draag een toga, ik vind het ook belangrijk dat wij zorgvuldig opereren en niet dat wij onrechtmatigheden begaan en ondertussen moeten wij criminaliteit bestrijden en dat heet in het Engels *crime fighten*, dus dat is geen vies woord.'[60]

Dat de officier van justitie als magistraat een zelfstandige taak te vervullen heeft, uit zich bijvoorbeeld in de wijze waarop hij de toepassing van bevoegdheden toetst. Zo wijst een van de respondenten erop dat officieren van justitie niet zelden een zwaardere toets aanleggen dan een rechter(-commissaris) bij de toepassing van zware opsporingsbevoegdheden. Deze 'verzwaarde' toets van de officier van justitie vloeit voort uit het besef dat hij het voorportaal voor de rechter is en daarom niet al te lichtvaardig moet beslissen over de toepassing van zware opsporingsbevoegdheden:

> 'Ik vind wel dat het heel belangrijk is dat je vanuit een magistratelijke invalshoek de politie bijstaat. Omdat je het voorportaal bent voor de rechter. Als wat wij doen

56 Respondenten wijzen regelmatig op het belang van de magistratelijke positie van de officier van justitie. Deze positie wordt veelal omschreven als zijnde essentieel voor het functioneren van de officier van justitie (interview respondent C, B).
57 Interview respondent B.
58 Interview respondent K.
59 Interview respondent D.
60 Interview respondent D.

niet meer de toets van de rechterlijke kritiek kan doorstaan, dan doen we het in de richting van de politie niet goed.'[61]

Wat de inhoud van deze 'verzwaarde' toets precies is, is echter moeilijk te omschrijven maar veelal wordt er (in abstracto) gewezen op handelen op een onafhankelijke en onpartijdige wijze, conform de wet en de algemene beginselen van een behoorlijke procesorde,[62] met inachtneming van de verschillende relevante belangen[63] en tot slot het bieden van transparantie en zich toetsbaar opstellen richting de rechter. Dit komt onder meer tot uitdrukking uit de volgende uitspraken van respondenten:

'Die juridische toets is nog de meest simpele, terwijl ook die eigenlijk nog niet eens altijd simpel is want het is een beetje een grijs gebied: wat de een voldoende vindt voor een verdenking is voor de ander nog net onvoldoende. Maar die juridische normering en toets zijn nog wel het makkelijkste. Het gaat er met name om hoe je vindt dat je dat dan zou moeten doen? Om op een nette en transparante manier de opsporing en vervolging vorm te geven. En dat is de vraag naar de relatie tussen magistratelijkheid en toetsing. Die magistratelijkheid zit juist in dat tweede aspect van toetsing. (…) Transparantie is de kern van magistratelijkheid, een eerlijke afweging en daar helder over zijn, als er dingen fout gaan of er zijn dingen waarvan je misschien denkt dat die door een andere procespartij als verkeerd kan worden gekwalificeerd, om dat te benoemen en op tafel te leggen en laten zien wat je hebt gedaan.'[64]

'Dat je in de eerste plaats ervoor zorgt dat dat wat je doet altijd rechtmatig is en dat je niet buiten de wet gaat. En dat wil niet zeggen dat je geen nieuwe dingen mag proberen maar je moet je wel altijd bewust zijn dat je zorgt dat het wel rechtmatig is en je moet ook altijd je willen verantwoorden, niet alleen bewust zijn dat je je moet verantwoorden maar ook *willen* verantwoorden. (…) Als je niet weet hoe het moet en je moet soms toch een beslissing nemen, dan kun je als stelregel heel goed gebruiken: "kan ik het uitleggen? En wil ik het uitleggen?" Dat is een onderdeel van magistratelijkheid. Dat je wil uitleggen hoe het gegaan is, dat je wil staan voor datgene wat je hebt gedaan, in het kader van de opsporing leiding aan hebt gegeven, dat je wil verantwoorden en dat dat ook transparant gebeurt. Dus dat je altijd streeft naar dat je zelf wel rechtvaardig bent.'[65]

In hoeverre de notie van magistratelijkheid voor respondenten een afzonderlijk normatief kader is – naast het juridisch kader dat bestaat uit de wet en algemene beginselen – is echter maar de vraag. Zo lijkt een redelijke wetsuitleg of

61 Interview respondent A.
62 Interview respondent B.
63 Interview respondent R.
64 Interview respondent B.
65 Interview respondent G.

de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit in zekere zin tot hetzelfde resultaat te leiden:

> 'Ik wil de kluit niet belazeren, ik wil even heel lullig gezegd 's ochtends gewoon mezelf recht in de spiegel kunnen aankijken bij het scheren. En ik wil niet het gevoel hebben dat ik de kluit zit de belazeren, je kan soms in de opsporing heel slim zijn door bepaalde dingen wel of niet te verbaliseren of heel handig iets neer te zetten, maar als je er nou echt naar kijkt en echt eerlijk bent en zegt, ben ik nou open en transparant in mijn relatie naar de rechtbank toe? Als dan het antwoord nee is, dan moet je het niet doen (…). Dat is wel het magistratelijke vind ik, dat is toch wat anders dan alleen maar kijken naar de letter van de wet en of je er eventueel omheen kan. Of moet ik gewoon echt even met droge ogen kijken wat nou de bedoeling van die wetgever is en als de bedoeling van die wetgever is dat we dat niet doen, dan moeten we dat niet doen.'[66]

> 'Het heeft te maken met de menselijkheid van je organisatie. Over het algemeen zijn de mensen waar we naar binnen stuiteren fout want doorgaans hebben we voldoende [bewijs MS] als we dat doen, maar dat betekent nog niet dat ik *power play* hoef te spelen. Waar het niet anders kan, dan moet je dat vooral doen. Als je een arrestatieteam nodig hebt omdat iemand vuurwapengevaarlijk is, dan moet je dat gewoon doen en dan bemoei ik me er ook niet mee want ik ga niet over de veiligheid van de politie, dat is hun inschatting. (…) Maar als dat niet hoeft of als je het op een andere manier kunt aanvliegen, dan vind ik wel dat we die verantwoordelijkheid hebben, nog even los van de juridische toets. Want stel dat iemand jouw huis binnen stuitert met een arrestatieteam en je hebt kinderen die voor het leven getraumatiseerd zijn, die hebben er niet voor gekozen om bij die vader of moeder in huis te wonen die kennelijk iets heeft gedaan waardoor wij vinden dat er een AT naar binnen moet. En je kán er ook best wel rekening mee houden. De politie is daar natuurlijk ook best goed in, maar daar gaat weleens wat fout, dus je moet daar wel als officier vragen over stellen. Hoe proportioneel is dat wat we aan het doen zijn en hoe gaan we dat doen? Het heeft een enorme impact, je komt wel even bij de mensen thuis en dat geldt ook voor een aanhouding buiten heterdaad. Je moet daar gewoon over nadenken, of je iemand om 6 uur van zijn bed wil lichten, of je iemand vraagt om zich om 9 uur op het bureau te melden.'[67]

De magistratelijke positie van de officier van justitie laat zich ook zien in verhouding tot de rechter. Als gezegd is de toezichthoudende taak niet beperkt tot hetgeen direct tot consequenties kan leiden in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Volgens de respondenten hangt dit samen met de notie van magistratelijkheid en de verantwoordelijkheid van de officier van justitie over het opsporingsonderzoek. Tegelijkertijd lijkt deze ruimere opvatting van de eigen toezichthoudende taak ook in zekere zin verband te houden met het

66 Interview respondent E.
67 Interview respondent J.

streven om een rechterlijke 'afkeuring' van het opsporingsonderzoek te willen voorkomen. Respondenten stellen daarover als volgt:

> 'De meeste officieren van justitie zijn echt wel magistraten. Zo'n RAIO-opleiding is een opleiding om rechter of officier te worden, dus die voelen ook de magistratelijke verantwoordelijkheid om te zeggen dat iets op een bepaalde wijze niet door kan gaan. Soms zijn de officieren wel te magistratelijk en schoven die vroeger iets aan de kant wat je nu vanwege die splitsing in artikel 8 EVRM en 6 EVRM niet aan de kant hoeft te schuiven. Maar je kunt niet door blijven gaan met artikel 8-schendingen. Je kunt nu aan hun magistratelijkheid refereren door te zeggen, het is een artikel 8-schending waarmee je wel naar zitting kunt maar je moet wel ook aangeven dat je het geconstateerd hebt, dat je er iets mee gaat doen en dat je het ook bij ons weglegt om te zorgen dat er verbeteringen komen. Als ik dan bij de rechter met twee vingers in de lucht zou moeten vertellen dat ik kan garanderen dat het niet meer gebeurt of dat de verbeteringen ook echt beklijven, is dat natuurlijk veel moeilijker.'[68]

> 'Ik zie ook wel de jurisprudentie waarbij de Hoge Raad als het ware een beetje terugtrekt en dan ga je kijken hoeveel ruimte er is om dit bewijsmiddel toch te gebruiken. Maar aan de andere kant, wat ik net ook aangaf, als je op een gegeven moment een lijn ziet in het optreden van de politie waarin zij steeds over de grens gaan, dan moet je wel op de rem trappen en zeggen dat het te ver gaat. Dat doen wij eigenlijk beleidsmatig in die hele grote hoeveelheid zaken die er dan voorkomen.'[69]

In hun antwoorden geven de respondenten aan dat de notie van magistratelijkheid van belang is voor de invulling van hun toezichthoudende taak. Wat de inhoud van hiervan is en hoe deze zich verhoudt tot de toetsing aan de wet, blijft echter in zekere zin onduidelijk. Wel lijken de respondenten er in algemene zin over eens te zijn dat transparantie en het zich toetsbaar opstellen in relatie tot de rechter een belang element van de magistratelijkheid zijn. Dat brengt mee dat je ook als magistraat de grenzen van de wet mag opzoeken – iets dat vooral bij de opsporing van grote complexe onderzoeken naar bijvoorbeeld georganiseerde criminaliteit noodzakelijk kan zijn – maar dat je daar wel volledige openheid en transparantie in moet geven, dat geldt voor het eigen handelen en het besluitvormingsproces, maar betekent ook dat die openheid van de politie wordt verlangd.[70]

Als gezegd wordt het houden van toezicht op de opsporing over het algemeen gezien als een inherente taak van de officier van justitie. De wijze waarop invulling wordt gegeven aan deze taak is echter afhankelijk van een aantal factoren, zoals het type opsporingsonderzoek en de functie van de officier van justitie: rechercheofficieren zien hun toezichthoudende taak meer

68 Interview respondent H.
69 Interview respondent T.
70 Interview respondent L.

in relatie tot het waarborgen van de rechtmatigheid van bepaalde strafvorderlijke normen (in het bijzonder de bob-bevoegdheden). Daarnaast zijn er ook sterke (persoonlijke) onderlinge verschillen in de wijze waarop aangekeken wordt naar de toezichthoudende taak van de officier van justitie. Deze verschillen vertalen zich in de wijze waarop invulling wordt gegeven aan deze taak, hoe het handelen van opsporingsambtenaren wordt genormeerd door de officier van justitie, maar ook het type normen waarop wordt toegezien door de officier van justitie. Hoewel veel respondenten in eerste instantie antwoorden dat zij toezien op het gehele stelsel aan strafvorderlijke regels waar het handelen van opsporingsambtenaren aan moet voldoen – en hier bovendien nog een eigen magistratelijke toets bovenop komt – wordt tegelijkertijd duidelijk dat niet alle strafvorderlijke normen een even strenge handhaving behoeven in de perceptie van de officier van justitie. Bovendien is niet geheel duidelijk hoe de magistratelijke toets zich verhoudt tot het strafvorderlijk normenstelsel (in het bijzonder de algemene beginselen van een behoorlijke procesorde). Er lijken kortom veel onduidelijkheden maar ook verschillen te bestaan in zowel de invulling van de toezichthoudende taak als de reikwijdte van deze taak. Deze verschillen in de invulling van het toezicht hebben bovendien ook hun weerslag op de consequenties van het constateren van onrechtmatigheden in het opsporingsonderzoek.

8.3.4 Interventiemogelijkheden: terugkoppeling en andere gevolgen

In voorgaande hoofdstukken zijn drie componenten in de definitie van toezicht aangewezen: het verzamelen van informatie over de vraag of een handeling of zaak voldoet aan de daaraan gestelde eisen, het zich daarna vormen van een oordeel daarover en het eventueel naar aanleiding daarvan interveniëren in het gedrag van de ondertoezichtgestelde. Hoewel de wijze waarop de officier van justitie toezicht houdt op opsporingsambtenaren niet zichtbaar is, bestaan in de literatuur in het bijzonder ten aanzien van deze laatste component van toezicht vragen.[71] Immers, wat betreft de eerste twee componenten kan er op basis van de wet worden betoogd dat er een zekere mate van verantwoordelijkheid berust op het OM om deze activiteiten uit te voeren: de verbaliseringsplicht stelt het OM in staat zich een zeker beeld te verwerven van het strafvorderlijk handelen van opsporingsambtenaren en uit het gezag van de officier van justitie volgt dat er ook een evaluatie of toetsing van dat gedrag plaats dient te vinden, al was het maar voor de toepassing van bepaalde bevoegdheden van politieambtenaren. Of en in hoeverre onrechtmatig beoordeeld gedrag dan ook teruggekoppeld dient te worden aan opsporingsambtenaren, wordt in de wet echter niet gespecificeerd en ook bestaat geen formele verplichting voor de officier van justitie om aan dergelijke terugkoppeling te

71 Zie bijvoorbeeld ook WODC 2017, p. 47.

doen. De vraag is of een dergelijke terugkoppeling plaatsvindt, welke mogelijkheden de officier van justitie daartoe heeft en op welke wijze deze terugkoppeling zoal plaatsvindt.

In de vorige paragraaf zijn enkele onderlinge verschillen in de wijze waarop toezicht wordt uitgeoefend besproken. Deze verschillen zien niet alleen op de wijze waarop in algemene zin wordt aangekeken tegen toezicht (en in het verlengde daarvan de toetsing van de inzet van bevoegdheden), de persoonlijke verschillen in stijl en communicatie brengen ook mee dat er verschillen zijn in de terugkoppeling die er plaatsvindt naar aanleiding van het constateren van een vormverzuim. In de eerste plaats dient opgemerkt te worden dat hoewel er formeel geen duidelijke aanwijzingen zijn voor de terugkoppeling van fouten aan politie door de officier van justitie, de respondenten in algemene zin een sterke verantwoordelijkheid voelen om te reageren op onregelmatigheden in het opsporingsonderzoek:

> 'Een vormverzuim is iets wat misgaat in een opsporingsonderzoek, ernstiger of minder ernstig, maar iets wat uiteindelijk linksom of rechtsom vraagt om een soort van reactie. Dus dat is mijn allereerste associatie.'[72]

In de praktijk zijn er echter verschillende wijzen (zowel het communicatiekanaal als het gevolg) waarop de officier van justitie kan reageren op dergelijke onregelmatigheden:

> 'Je hebt twee manieren om toezicht te houden op de politie. Dat is individueel in een zaak die je tegenkomt, terugkoppeling naar de verbalisanten die die zaak gebracht hebben. En als je het gevoel hebt dat het breder gaat of verder gaat dan de individuele verbalisanten, dan zal je dat moeten doen via de eenheidsleiding of via de afdeling waar zo'n jongen of vrouw werkt, en dan zoek je naar mensen in je eigen organisatie die daarmee in gesprek zijn. Als het een bijzonder project is, zal je met de officier die verbonden is aan dat project overleg hebben en hem erop wijzen daarop te letten.'[73]

---

72 Interview respondent E.

73 Interview respondent K. De politie bestaat uit 10 regionale eenheden, een Landelijke Eenheid en het Politiedienstencentrum. De regionale eenheden hebben ieder een eenheidsstaf, vijf diensten en districten met basisteams. De vijf diensten zijn de Dienst Regionaal Operationeel Centrum, Dienst Regionale Recherche, Dienst Regionale Informatieorganisatie, Dienst Regionale Operationele Samenwerking en de Dienst Bedrijfsvoering Regionale Eenheid. Voor de opsporing is met name de Dienst Regionale Recherche van belang. Naast deze vijf diensten zijn er ook de districten. Deze districten overbruggen de afstand tussen het regionale niveau van de eenheid en het lokale niveau van de basisteams. Elk district kent een districtsrecherche die zich toelegt op de aanpak van delicten met een hoge impact op het slachtoffer, zoals fraude, zeden en jeugdcriminaliteit. Ook ondersteunen deze rechercheurs de basisteams, die als belangrijkste taak de basispolitiezorg hebben maar in dat kader ook veel bezig zijn met de bestrijding van veelvoorkomende criminaliteit zoals woninginbraak en de aanpak van criminele jeugdgroepen. Zie voor een overzicht de bijlage Inrich-

Respondenten ervaren geen beperkingen in de mogelijkheden die zij hebben om te communiceren met de politie naar aanleiding van geconstateerde fouten en/of onrechtmatigheden in het opsporingsonderzoek. Uit het hierboven weergegeven citaat volgt echter wel dat er een verschil is in het communicatiekanaal dat gekozen wordt en als het meest passend wordt gezien. De keuze voor het communicatiekanaal en de terugkoppeling hangt enerzijds af van de officier van justitie (in het bijzonder zijn persoonlijke en onderlinge relatie met de politie) maar is bovenal afhankelijk van het type onrechtmatigheid, de betrokkenheid van de officier van justitie bij het opsporingsonderzoek, en de mate waarin de officier van justitie geconfronteerd wordt met dergelijke fouten en/of onrechtmatigheden. Daarnaast is de terugkoppeling ook sterk afhankelijk van de 'fase' waarin het opsporingsonderzoek zich bevindt.

Zoals hierboven besproken stelt de positie van de officier van justitie als gezag over de opsporing hem in staat (of zo men wil, verplicht hem ertoe) om ook het toezicht over de rechtmatigheid van de opsporing en het handelen van opsporingsambtenaren uit te oefenen. De wettelijke verbaliseringsplicht van de politie en daarmee samenhangende administratie stellen de officier van justitie hiertoe in staat. Van de politie wordt in het kader van het opsporingsonderzoek verwacht dat zij aan verslaglegging doet. De politie onderbouwt het gebruik van bevoegdheden in processen-verbaal, maar daarnaast dient zij ook aan verslaglegging te doen wanneer zij bepaalde opsporingsbevoegdheden wil gebruiken waarvoor een schriftelijk bevel of vordering van de officier en/of toestemming van de rechter-commissaris nodig is. De aanvraag voor het gebruik van dergelijke bevoegdheden dient in de regel schriftelijk plaats te vinden. Lindeman observeert dat deze administratie noodzakelijke verslaglegging hoofdzakelijk voor rekening van de politie komt. Slechts indien de officier van justitie (of parketsecretaris) niet tevreden is met de verslaglegging wordt gevraagd naar aanvullende informatie of het herstel van geconstateerde omissies. Voor het overige is de betrokkenheid van de officier van justitie met dit proces beperkt.[74]

Bij grote onderzoeken, of onderzoeken waar zwaarwegende belangen spelen, is de officier van justitie veelal nauw betrokken bij het opsporingsonderzoek waardoor ook de bemoeienis met de wijze waarop bevoegdheden worden ingezet en de onderbouwing daarvan in processen-verbaal onder strenger toezicht van de officier van justitie plaatsvindt.[75] Bovendien draagt de betrokkenheid van de officier van justitie eraan bij dat de kans op onrecht-

tingsplan Nationale Politie, december 2012 bij de aanbiedingsbrief van de minister inrichtingsplan en realisatieplan nationale politie d.d. 7 december 2012.

74 Lindeman 2017, p. 143-144.

75 Zo observeert ook Lindeman 2017, 144: de officier van justitie is verantwoordelijk voor de samenstelling van het dossier maar laat daarbij een belangrijke taak aan de politie. Bij onderzoeken waar veel van afhangt let de officier van justitie scherper op het PV en de onderbouwing daarvan in een bevel.

matigheden kleiner is.[76] In dergelijke gevallen wordt de fout (of onduidelijkheid)[77] sneller geredresseerd en vindt de terugkoppeling op een meer directe wijze plaats:

> 'In de wat grotere onderzoeken heb je als zaaksofficier gewoon minimaal een keer in de week contact met je team en spreek je over wat het onderzoek doet. En als daar dingen niet helemaal honderd procent lopen dan spreek je elkaar. Dat is echt serieus over en weer en dan spreek je elkaar ook daarop aan. En zo hoort het ook.'[78]

> 'In alle onderzoeken met enige gewicht is er een officier die eraan verbonden is en die uiteindelijk ook de eindverantwoordelijke is op de zitting. Dat betekent ook dat ie voor de zaak moet staan en de politie erop moet aanspreken als er dingen niet goed gaan of als er dingen verkeerd worden aangepakt. En dat gebeurt ook.'[79]

Anders ligt dat bij de kleinere zaken of zaken waar de officier van justitie niet continu bij betrokken is geweest:

> 'Als je een onderzoek hebt waarbij je van meet af aan betrokken bent, is de kans dat er onrechtmatigheden gebeuren waardoor je verrast wordt heel klein. Je wordt meestal verrast door onrechtmatigheden in dossiertjes in de kleine zaakjes waar de politie al het een en ander heeft gedaan en die worden voorgelegd ter beoordeling of voor een afdoeningsbeslissing. Dat is eigenlijk waar de meeste onrechtmatigheden in zitten en dan moet je vooral denken aan betreden van woningen zonder dat er een machtiging is, iets wat achteraf bezien moet worden gezien als een observatie waarvoor een bevel nodig was omdat er wel sprake is van stelselmatigheid bijvoorbeeld, terwijl de politie dacht dat het nog wel op artikel 3 [Politiewet 2012 *MS*] kon omdat het nog wel kortstondig was. Dat is geen wiskunde want een politieagent kan wel denken van nou één dag met z'n allen achter een verdachte aanrijden levert geen stelselmatigheid op maar onder omstandigheden kan ik vinden dat er toch wel sprake was van stelselmatigheid. En dan kan ik zeggen, jullie denken dat dat kan maar ik vind van niet. Dat is mijn toets en dan leg ik uit waarom ik vind dat dat niet kan. Dan ga ik ervanuit dat de politie bij een volgende gelegenheid denkt: "ja toen heeft ie de boel afgeschoten omdat ie vond dat er een bevel nodig was en dus volgende keer gaan we eerst even bellen".'[80]

---

76 Interview respondent Q.

77 Het is in deze fase soms beter om te spreken van fouten of onduidelijkheden omdat deze veelal nog te herstellen zijn en bovendien van echte onrechtmatigheden niet snel zullen voorkomen gezien de grote bemoeienis van officieren van justitie met het opsporingsonderzoek.

78 Interview respondent F.

79 Interview respondent D.

80 Interview respondent B.

Bij het constateren van fouten in grote zaken is er zoals gezegd een sterke focus op het herstellen van de fout.[81] Dit wordt mede mogelijk gemaakt doordat de officier van justitie nauw (en vaak van meet af aan) betrokken is bij het opsporingsonderzoek, er is redelijk veel tijd en ruimte om het onderzoek (bij) te sturen en er zijn regelmatig werkoverleggen tussen de officier van justitie en het politieteam.[82] Hierdoor kunnen officieren van justitie problemen vaak direct terugkoppelen, hoewel het aanspreekpunt in dit type zaken doorgaans de teamleiding is en niet de individuele rechercheur.[83] Ondanks de controle van de officier van justitie kunnen ook in dit type onderzoeken onrechtmatigheden voorkomen:

> 'Ik kan in zijn algemeenheid erover zeggen, en wat ik in ieder geval wil benadrukken dat als het gaat om de ondermijningszaken of de categorie zware onderzoeken en langdurige onderzoeken, daar kun je als officier van justitie redelijk goed op sturen, daar is redelijk veel tijd en ruimte en is er denk ik vanuit het OM redelijk goed zicht op wat er in het onderzoek gebeurt. (…) Je probeert in eerste instantie zoveel mogelijk fouten te voorkomen, dus goed met de politie afspraken te maken over de kaders. En over het algemeen weet de politie heel goed wat de grenzen zijn en als de rechercheurs er niet zijn, zijn de teamleiders die juridisch onderlegd zijn er vaak wel. Of de hulpofficieren die een rol spelen. Maar als ik een verzuim constateer, dan hangt het af van het soort verzuim wat ik ermee doe. Ik kan een voorbeeld geven. Bijvoorbeeld het opnemen van vertrouwelijke communicatie, dat moet altijd met een machtiging van de RC. Ja, het is weleens voorgekomen dat de politie dat niet helemaal scherp had of dat in de haast, zeker als het gaat om opnames in cafés, tijdens ontmoetingen, dan is het altijd in de haast dat iets opgenomen is zonder dat de machtiging van de RC er is. Mijn opstelling is dan dat we het gaan vernietigen, we maken er geen gebruik van want we hebben niet de juiste route gevolgd.'[84]

Dat vormverzuimen – van zeer uiteenlopende aard en in alle typen opsporingsonderzoeken[85] – nog met regelmaat in de rechtspraak voorkomen maakt duidelijk dat de soep niet altijd zo heet wordt gegeten. Het beeld dat uit de rechtspraak opdoemt is dat officieren van justitie veel soepeler omgaan met vormfouten die zij aantreffen in de opsporing dan bovenstaande citaat doet vermoeden. Dat een onrechtmatigheid niet altijd fataal hoeft te zijn wordt ook wel door de respondenten erkend. Belangrijke afwegingsfactoren in dat kader zijn onder andere hoe ernstig de onrechtmatigheid wordt gevonden (zowel

81 Interview respondent A.
82 Zie in dezelfde zin, WODC 2017, p. 46 waar een van de respondenten opmerkt dat bij de zwaardere zaken de officier van justitie veel nauwer betrokken is bij het opsporingsonderzoek wat eraan bijdraagt dat fouten sneller worden ontdekt en kunnen worden bijgestuurd.
83 Respondent E wijst erop dat de teamleiders van de politie de eerste (en daarmee vooruitgeschoven posten) zijn om aan terug te koppelen.
84 Interview respondent E.
85 Zie § 7.3.

in het licht van de rechten van de verdachte als voor de integriteit en controleerbaarheid van de opsporing); het verwijt dat de politie kan worden gemaakt (in hoeverre hebben zij bewust de strafvorderlijke normen overtreden?); en de ernst van het strafbare feit; en tot slot wat de procedurele gevolgen van de onrechtmatigheid zullen zijn wanneer deze ter beoordeling van de rechter wordt voorgelegd.[86] Deze afwegingsfactoren geven blijk van een sterke oriëntatie op de jurisprudentie van de Hoge Raad en sluiten daar in zekere zin op aan. De invulling van de criteria sluit echter niet altijd aan bij de jurisprudentiële invulling, en is mede daardoor ook onderling sterk verschillend.

Zoals uit het hierboven weergegeven citaat blijkt beschouwen sommige officieren van justitie vormverzuimen als zeer ernstig wanneer het opsporingsmiddel alleen na toestemming van de rechter-commissaris kan worden toegepast en deze toestemming om wat voor reden dan ook niet is verkregen.[87] Zo worden schendingen van strafvorderlijke normen die het huisrecht beschermen als zeer ernstig aangemerkt,[88] ook wanneer het om een betrekkelijk minder ernstige situaties gaat, zoals wanneer niet geheel duidelijk is of een doorzoeking heeft plaatsgevonden met toestemming van de bewoner.[89] Er zijn echter ook officieren die dergelijke onrechtmatigheden minder ernstig achten, zoals blijkt uit het volgende voorbeeld:

> 'Er wordt iemand aangehouden en dat gebeurt door middel van een ondersteuningsgroep, die komen zonder kloppen binnen, dus de deur wordt eruit gehaald en verdachte wordt aangehouden en afgevoerd. In afwachting van het bedrijf dat die deur moet repareren, want dat wordt altijd netjes achtergelaten, zit er een politieagent daar in die woning te wachten. En wat doet ie? Die gaat televisiekijken en denkt waar is de afstandsbediening? Dat zoekt ie en daarbij trekt ie een laadje open van een tafeltje dat voor de bank staat en daar ligt de afstandsbediening en harddrugs, een zakje. Vervolgens gaat ie toch verder in de woning kijken en dan vindt ie in de keuken nog wat apparatuur, een soort mixer waarvan ie kan zien dat er kennelijk wat versnijdingsmiddel met de cocaïne was gemixt, er lagen ook gipszakjes. Wat ie feitelijk aan het doen was, was een doorzoeking langzamerhand. Hij had laadjes geopend en kastdeuren geopend. Vervolgens is ie wel zo verstandig geweest om de hulpofficier te bellen en te zeggen dat ie van alles en nog wat heeft gevonden en er een doorzoeking nodig was. Toen was nog steeds niet de bel gerinkeld bij die hulpofficier om de officier te bellen en te zeggen dat er een RC nodig is. Toen zijn ze eerst aan de gang gegaan en ze vonden in een laadje een pond, een zakje van een pond. En toen dacht iemand dat het misschien wel verstandig was om een officier te bellen aangezien het niets meer met die aanhouding te maken had. Daarop is ook de RC gebeld en is uitgelegd wat er is gebeurd; de RC vond het allemaal prima en vervolgens wordt er uiteindelijk in de kast een zak met tien kilo drugs gevonden. Toen was het een interessante discussie die ik

86 Interview respondent D.
87 Interview respondent E.
88 Interview respondent C.
89 Interview respondent S.

> nog wel had willen aangaan, maar de secretaris was wat eigenwijs geweest en uiteindelijk op die tenlastelegging wel die tien kilo gezet en niet nog eens een keer die halve kilo erbij. Ik had die discussie nog wel willen aangaan met de rechter of er sprake was van dermate onrechtmatig optreden dat die vondst van die eerste drugs als onrechtmatig moest worden beschouwd. Die agent was weliswaar heel dom geweest, onnadenkend, maar niet doelbewust bezig geweest om iemands rechten te maltraiteren. Hij had heel onhandig opgetreden, hij had niet nagedacht, hij was ook geen rechercheur, hij zou nu ook nooit meer kastjes opentrekken als ie ergens moet oppassen.'[90]

Het bovenstaande voorbeeld geeft niet alleen aan dat officieren van justitie de ernst van bepaalde normovertredingen uiteenlopende waarderen, maar ook dat sommigen een groot vertrouwen hebben in de goede bedoelingen van politieambtenaren.

Officieren van justitie zijn aldus soms minder genegen om bij onrechtmatigheden die (naar hun oordeel) niet direct van belang zijn voor de procesrechten van de verdachte grote processuele gevolgen te verbinden aan de strafzaak, vooral wanneer de laakbaarheid (dat wil zeggen opzettelijk strafvorderlijke normen overtreden) van het gedrag van de opsporingsambtenaren niet op voorhand vast staat.[91] Wanneer echter het vermoeden bestaat dat de politie moedwillig regels heeft overtreden of onvoldoende openheid van zaken geeft omtrent hetgeen zich heeft voorgedaan tijdens het onderzoek, is de opstelling van de officier van justitie veel strenger omdat hiermee ook de integriteit van de opsporing in het geding komt. Een van de respondenten geeft een redelijk uitzonderlijk voorbeeld van een TCI-zaak waarbij vraagtekens bestonden omtrent de wijze waarop een informant 'gerund' werd. Ondanks de grootte van het onderzoek – dat een jaar had geduurd en waar een team van 20 personen aan had gewerkt – besloot de officier van justitie het onderzoek te staken vanwege deze onduidelijkheden en het gebrek aan transparantie.[92] Kortom, ook bij grote onderzoeken (naar ernstige strafbare feiten) kunnen onrechtmatigheden leiden tot verstrekkende gevolgen, maar daarvoor dient er sprake te zijn van een ernstige onrechtmatigheid (die ofwel raakt aan de procesrechten van de verdachte ofwel aan de beheersbaarheid en integriteit van de opsporing). Deze factoren liggen dan ook in zekere mate in elkaars verlengde: onrechtmatigheden worden als minder ernstig aangemerkt zolang zij 'uit te leggen' zijn (aan de rechter) doordat de politie zich transparant[93] en controleerbaar opstelt (en daarmee de integriteit van de opsporing gewaarborgd kan worden):

---

90 Interview respondent D.
91 Interview respondent I; J; L.
92 Interview respondent G.
93 Het belang van transparantie naar de rechter toe wordt door respondenten meermaals benadrukt.

> 'Zo'n zaak komt ooit misschien bij de rechter en dan zal een advocaat er een punt van maken. Als ik dan niet voldoende geïnformeerd ben waarom iets gebeurd is, als ik dat uit het dossier niet kan opmaken, dan sta ik als officier op de zitting op achterstand. Als je kan laten zien dat je er kennis van draagt, dat je er een bewuste beslissing over hebt genomen, waarom je die beslissing hebt genomen, dan sta je op zitting veel sterker. Kan het nog zo zijn dat de rechter het alsnog niet goedkeurt, maar dan heb je wel laten zien dat je het wel weet en dat het is gecommuniceerd en dat duidelijk is hoe het precies is gegaan.'[94]

> 'Waar mogelijk moeten we ook in die dingen die niet goed gaan transparant zijn, want mijn ervaring is ook dat rechters best wel snappen dat waar politie werkt en waar wij werken fouten worden gemaakt. Je kunt niet alles voorkomen en soms gaan dingen niet goed maar schrijf gewoon eerlijk op wat er gebeurd is want dan kunnen we er met z'n allen een oordeel aan binden. Ik kan een zaak seponeren als ik denk het te ver is gegaan of tegen de rechter zeggen dat er strafvermindering moet komen, of het is een vormverzuim. Maar als je het niet opschrijft en het komt linksom of rechtsom op een andere manier naar boven, dan ben je veel verder van huis.'[95]

Bij integriteit van de opsporing wordt de nadruk sterk op de openbare controleerbaarheid en het afleggen van verantwoording (jegens de rechter) gelegd. Ook De Meijer verbindt integriteit sterk met deze openbare toetsing: de officier van justitie moet aangesproken kunnen worden op fair handelen in concrete zaken, bij de waardering van bewijs, de resultaten van politieonderzoek of de beslissing niet of wel te vervolgen.[96] Vanuit het oogpunt van integriteit kan de reactie van het OM er aldus uit bestaan dat er openheid van zaken wordt gegeven ter zitting zodat de onrechtmatigheid van het handelen door de zittingsrechter kan worden getoetst. Richting de politie toe wordt dan vaak om aanvullende informatie (in de vorm van processen-verbaal of rapportages) gevraagd, iets dat de politie veelal als een extra last ervaart.[97] Tegelijkertijd geven respondenten ook aan dat een zaak eerder geseponeerd zal worden of het onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal eerder niet zal worden gebruikt wanneer de officier van justitie een bepaalde wijze van handelen niet kan (of wil) uitleggen ter zitting[98] en vermoedt dat daar 'gedoe' van zal komen (waardoor juist deze transparantie niet wordt verschaft):

> 'Gaat het om een paar gram, in het geval van harddrugs, dan kijk ik ook eventjes naar baten en lasten: wat levert het op als ik met veel gedoe deze zaak doorzet? Dan heb ik sneller zoiets van, laat maar zitten, gegeven het feit dat er inherente

94 Interview respondent P.
95 Interview respondent D.
96 De integriteit van het OM wordt overigens in een breder kader geplaatst door De Meijer met ook een sterk persoonlijk en moreel-filosofisch aspect (De Meijer 2016).
97 Interview respondent B en O.
98 Interview respondent P.

problemen zitten in de bewijsconstructies, dan wanneer het om kilo's gaat bij wijze van spreken.'[99]

Tot slot is er ook een sterke oriëntatie op de zittingsrechter in die zin dat de officier van justitie zich bij de afweging van de gevolgen bewust is van het uiteindelijke oordeel van de rechter met betrekking tot de onrechtmatigheid. Dat betekent dat 'grote missers' (schendingen die raken aan het recht op een eerlijk proces of het verschoningsrecht) ertoe leiden dat de zaak niet voorgelegd wordt aan de rechter.[100] Maar ook minder ernstige (vanuit het oogpunt van de procesrechten van de verdachte) onrechtmatigheden kunnen leiden tot een sepot, omdat bijvoorbeeld vanwege het te verwachten processuele gevolg de verdachte geen straf opgelegd zal krijgen:

'Bij een onrechtmatige aanhouding hangt het ervan af wat er is gebeurd, stel je voor dat iemand met veel te veel geweld is aangepakt, dan kan je zeggen dat gegeven het strafbare feit dat we hier hadden, gaan we die persoon niet nog eens een keer naar de rechter brengen. Dat levert aan het einde van de rit niks op, dan kan je het met een sepot of iets afdoen.'[101]

De vraag of de onrechtmatigheid gevolgen heeft voor de strafzaak en welke gevolgen dat dan zijn, staat in zekere zin los van de andere mogelijkheden die de officier van justitie heeft om te reageren op een geconstateerde onrechtmatigheid:

'Dat [het gevolg voor de strafzaak en de reactie naar de politie *MS*] zijn ook weer hele verschillende dingen. Dat is een afweging die de officier van justitie aan de voorkant al maakt. Op het moment dat ik ermee doorga, dan vind ik het dus per definitie wel rechtmatig, alleen realiseer ik me dat een rechter of advocaat er anders over kan denken en dan wil ik die discussie wel aan en het risico dat de zaak daarmee kapotgaat acht ik gewoon niet zo groot. Maar op het moment dat je kennisneemt van een schending en ook al is het dan een artikel 8-schending, waarvan je vindt dat het geen afgewogen oordeel van een officier geweest is maar gewoon een *cowboy*-politie die op eigen titel iets gedaan heeft, dan ga je er wel iets van vinden; ook al is het dan artikel 8 en geen artikel 6 [EVRM *MS*]. Want je wil niet dat de politie grondrechten schendt en het blijven risico's voor de zaak.'[102]

Kortom, onrechtmatigheden in de opsporing hoeven – evenals in de jurisprudentie – niet altijd te leiden tot een rechtsgevolg in de strafzaak. Dat betekent echter niet dat deze volledig zonder gevolg blijven. De officier van justitie communiceert in dergelijke gevallen wel met de politie over hetgeen hij heeft

99 Interview respondent R.
100 Interview respondent I en L.
101 Interview respondent D.
102 Interview respondent I.

geconstateerd en zoekt actief mee naar een oplossing voor het probleem. Dat kan een oplossing zijn op het individuele niveau van de opsporingsambtenaar (bijvoorbeeld door hem aan te spreken op geconstateerd onrechtmatig handelen) maar dat kan ook een oplossing op een hoger niveau zijn om zo structurele fouten te voorkomen. Een voorbeeld van laatstgenoemde wordt door een van de respondenten gegeven:

> 'Wij hebben een moordzaak gehad en daar voegen we altijd kwalitatief hoogwaardige politie aan toe. De zogenoemde TGO-teams, de mensen die daarin participeren, dat zijn wel de mensen die wat kunnen. Daar vechten we ook voor in overleg met de recherche-chef om die teams zo goed mogelijk te bemensen. In dat TGO werden er vervolgens vertrouwelijke gesprekken opgenomen, OVC. De machtiging en alles was geregeld, keurig volgens het boekje. Wat gebeurt er? Er blijkt op een goed moment dat er gesprekken zijn die buiten de machtigingstermijn zijn opgenomen, maar die wel zijn opgeslagen, die staan ook op de moederband. Toen zijn we gaan vragen hoe dat nou kan. Dat had te maken met een technisch verhaal van wanneer je iets aan of uit kunt schakelen, dat je daarvoor echt in de woning moet zijn of in de woning ernaast of wat dan ook. Dat kon op dat moment niet, dat weten de techneuten die de apparatuur plaatsen maar die moeten dat communiceren met degenen die de opnamen ook verwerken. Die communicatie had niet plaatsgevonden en daardoor hadden wij buiten de machtiging wel gesprekken gevangen. Nou waren die gesprekken hartstikke relevant voor het dossier, dus wij moesten daarmee komen. Normaal zou je zeggen, het is buiten de machtiging dus we doen alsof ze niet bestaan hebben, maken daar wel verbaal van op en weg ermee. Maar nu hebben we ook echt aan de rechtbank aan moeten geven dat het buiten de machtiging was opgenomen maar het wel relevant is en het daarom in het dossier opgenomen moet worden. De consequenties zijn dan voor ons. Maar dat was niet het enige wat we hebben gedaan, we hebben ernaast aan de rechtbank uitgelegd hoe die fout ontstaan was en dat we het proces inmiddels zo hebben ingericht dat die fout zich niet meer kan voordoen. Dus we hebben ook het probleem opgelost omdat wij per se dat stukje bewijs zoveel mogelijk wilden bewaren voor die zaak. En de rechtbank heeft dat geaccepteerd. Ik weet niet of ze dat zo expliciet in het vonnis hebben opgenomen maar omdat je ook je herstel aangeeft, heeft de rechtbank op die manier 359a gepasseerd en het bewijs wel mee laten wegen.'[103]

Met name bij de rechercheofficieren bestaat in dit verband het beeld dat terugkoppeling naar de politie en het zoeken naar een oplossing voldoende gefaciliteerd worden en in beginsel plaats moeten vinden. Dat dienen officieren van justitie zowel op het individuele niveau te doen, maar zij kunnen daarvoor ook gebruikmaken van de diverse overlegstructuren die er bestaan tussen de politie en het OM.[104] Dit beeld is echter genuanceerder bij officieren van justitie die middelgrote of kleine zaken onder hun leiding hebben (gewone zaaksofficieren of ZSM-officieren). Hoewel ook hier een verantwoordelijkheid

103 Interview respondent H.
104 O.a. interview respondent J.

wordt gevoeld voor het terugkoppelen van fouten, wordt ook erkend dat de officier van justitie nou eenmaal niet in staat is alle fouten terug te koppelen:[105]

> 'Mijn ervaring als zaaksofficier of zittingenofficier is dat je een zitting aan het voorbereiden bent en op dat moment check je ook op basis waarvan de politie is gaan doorzoeken. Wat is er hier gebeurd? Dan kom je zelf ook wel op het idee dat het heel dunne informatie is op basis waarvan men naar binnen is gegaan. Dan zie je het pas achteraf, en dan ga je niet voor ieder dossier zeggen dat als je het zo door je oogharen bekijkt de politie eigenlijk geleerd moet worden wat je minimaal nodig hebt om te mogen binnetreden. Tenzij je een lijn ziet in het onrechtmatig handelen. Dan kijk je of er een beleidsoverleg met de politie is waarin je dat kan aankaarten. Dan wil je nog wel eens als individuele officier kijken of je dat niet breder kunt trekken. Maar anders sta je met die zaak op zitting en denk je, ik zie ook dat het op het randje is, of je probeert hem er net doorheen te slepen want het nooit zo zwart/wit. En als het niet lukt, koppel je terug? Ik denk als je twintig zaken op een ochtend hebt gedaan, dan ben je al blij dat je je administratieve proces hebt uitgezet en de volgende zitting weer pakt om de volgende dag weer wat te doen. Dus nee dan niet of veel minder.'[106]

Het daadwerkelijk controleren en naar aanleiding van geconstateerde fouten terugkoppelen van fouten in dergelijke 'brengzaken' wordt kortom niet door iedereen als een realistisch streven gezien.[107] Tijdgebrek vanwege de hoge werkdruk alsmede het feit dat verbalisanten moeilijk bereikbaar zijn (omdat bijvoorbeeld geen telefoonnummer of emailadres bekend is bij de officier van justitie) worden als belangrijke redenen genoemd.

> 'Tijd is altijd een factor. We hebben een behoorlijke werkdruk; wanneer een zaak klaar is moet je door naar de volgende zitting, dus je moet even een moment nemen en iets wel even terugkoppelen. Dat is een uitdaging, en zoals ik al zei zijn de verbalisanten niet altijd makkelijk te bereiken (…) het is uiteindelijk wel mogelijk om dat [de terugkoppeling *MS*] te doen maar het is niet altijd even makkelijk.'[108]

Als gezegd heeft de officier van justitie bij de terugkoppeling aan de politie verschillende mogelijkheden. Dat geldt zowel voor wat betreft het communicatiekanaal (direct met de politie of meer in het kader van een interne overlegstructuren) als de wijze waarop teruggekoppeld wordt (mondeling, telefonisch, per mail) maar ook in hoeverre energie wordt gestoken in het didactische effect van de terugkoppeling. Deze keuze is sterk afhankelijk van de persoonlijke voorkeur van de officier van justitie. Zo achten sommige respondenten het

105 Het belang van terugkoppeling wordt ten aanzien van de kleinere zaken in verband gebracht met het streven om structurele vormverzuimen te voorkomen (Interview respondent P).
106 Interview respondent H.
107 Interview respondent M.
108 Interview respondent P.

'opvoedkundige aspect' van hun verhouding ten opzichte van de politie van belang en vinden dat zij in dat kader een taak hebben de politie bij te scholen,[109] terwijl anderen hier minder belang aan lijken te hechten en dit vooral als een taak voor de politie(organisatie) beschouwen.[110]

Respondenten zijn het echter wel eens over de wijze van terugkoppeling wanneer het zeer ernstig normoverschrijdend gedrag betreft. Dat kan zijn het opzettelijk valselijk opmaken van processen-verbaal, maar ook onvoldoende normbesef kan reden zijn om de terugkoppeling op een 'hoger niveau' plaats te laten vinden:

> 'Als er opzet in het spel is en dat hangt erg van de casus af natuurlijk maar dan kan iemand eruit geschopt worden of overgeplaatst worden. Dat is niet iets wat wij zelf kunnen doen, maar meer iets voor de politieorganisatie. Maar het zijn wel dingen waar wij met de leidinggevende binnen de politie over spreken en dan geven wij wel aan dat we niet meer willen samenwerken met zo iemand (…) Ik weet dat dat een paar keer gebeurd is.'[111]

Een reden om de terugkoppeling niet op het directe niveau plaats te laten vinden maar via de leidinggevende te laten verlopen is ook wanneer het idee bestaat dat er onbegrip is voor de wijze waarop de officier van justitie reageert of onvoldoende normbesef bestaat bij de politie:

> 'Het was in het verleden toen ik in [plaatsnaam] werkte, dat die politieagenten veel op straat werkten, heel veel zagen gebeuren, en inderdaad heel veel vanuit die snelheid handelden. Toch ook vaak iets te veel vanuit zo'n onderbuikgevoel handelden en het dan ook wel terecht vonden dat zo'n verdachte was opgepakt. Dat dat niet helemaal volgens de regels was gegaan, tja, achteraf zijn die verdovende middelen toch wel aangetroffen, dus was er onbegrip. Ik heb gemerkt dat het ook voor collega's en ook voor secretarissen die indertijd daar werkten, heel moeilijk was soms om door te dringen, om uit te leggen wat er mis is gegaan. Dan moet je echt wel naar leidinggevenden gaan om uit te leggen dat die het aan zijn mensen kan uitleggen waarom ze anders hadden moeten handelen.'[112]

Tevens kan het aankaarten van fouten of onrechtmatigheden in de opsporing ook een signaleringsfunctie hebben om fouten op grote schaal fouten te voorkomen. Dat geldt in het bijzonder voor de rechercheofficieren, waarbij de indruk bestaat dat zelfs tot op het hoogste niveau invloed uitgeoefend kan worden:

---

109 Interview respondent B; M.
110 Interview respondent P.
111 Interview respondent Q.
112 Interview respondent P.

> 'Op een gegeven moment zie je een patroon. Ik zie dingen gebeuren, ik hoor veel, in mijn functie komen er allerlei collega's binnen en die vertellen allerlei dingen, dan krijg je signalen binnen. En dan ga je op het gegeven moment gebruik maken van je toezichtfunctie. Ik hoor te vaak en te veel dat dat en dat gebeurt, en dan gaan we daar onderzoek naar doen (…). Soms heeft dat te maken met het format van de politie. Dan is een format ingevoerd dat niet op de wet gebaseerd is, maar wel het landelijke format is. Nou, dan moeten we naar Gerard Bouman of Akerboom. Die moeten dan naar hun straf-afdeling toe want wat daar staat klopt niet. (…) Nou dat komt niet vaak voor, maar het komt wel voor lokaal.'[113]

Een laatste aspect ten aanzien van de terugkoppeling is de terugkoppeling van de rechterlijke reactie op een geconstateerde fout. Ook hier geldt dat bij ernstige onrechtmatigheden waar een zwaar rechtsgevolg – zoals niet-ontvankelijkheid – aan wordt verbonden respondenten aangeven dat er (veelal) sprake zal zijn van terugkoppeling naar de politie.[114] Met betrekking tot de andere – minder zware – rechtsgevolgen geldt dat het afhankelijk is van de officier van justitie en de mate waarin de opsporingsambtenaren betrokken zijn (geweest) bij de strafzaak in hoeverre zij op de hoogte zullen zijn van het processuele gevolg van die onrechtmatigheid. Waar sommige officieren van justitie stellen de politie te allen tijde op de hoogte te stellen van het processuele gevolg van de onrechtmatigheid – ook wanneer het slechts blijft bij het constateren van het vormverzuim[115] – zijn andere officieren daar minder actief mee en stellen slechts terug te koppelen in geval van een zwaar processueel gevolg:[116]

> 'Ik denk dat als er echt een consequentie wordt verbonden, dat betekent dat het verzuim al vrij ernstig is. Juist omdat de rechter wat soepeler is tegenwoordig, is het wel zo dat we dat over het algemeen wel terugkoppelen. Ik durf niet te zeggen dat dat in 100% van de gevallen gebeurt maar vaak wijd ik wel een mailtje aan de desbetreffende verbalisant van joh, weet dat dit en dat is fout gegaan in die zaak. Is toch die terugkoppeling die ze wel nodig hebben.'[117]

In de voorgaande paragrafen is het beeld geschetst van een officier van justitie die in staat is het handelen van opsporingsambtenaren te toetsen en toezicht uit te oefenen over de naleving van strafvorderlijke normen door de politie. De officier van justitie kan in de meeste gevallen de politie op effectieve wijze aansturen in het opsporingsonderzoek, is veelal goed geïnformeerd en kan daarmee waken over de integriteit van de opsporing en de rechtmatigheid van het handelen van opsporingsambtenaren. Hij heeft daarnaast diverse

113 Interview respondent A.
114 Interview respondent F.
115 Interview respondent H.
116 Soms stellen respondenten dat terugkoppeling in de regel wel dient te gebeuren, maar ze – 'als ze eerlijk zijn' – dat in de praktijk niet altijd doen (interview respondent F).
117 Interview respondent P.

mogelijkheden naar aanleiding van het door hem uitgeoefende toezicht te reageren richting de politie. Tegelijkertijd zijn er ook zwakke plekken in dit stelsel: zo is de officier van justitie in grote mate afhankelijk van de informatie die de politie hem verschaft (en waarvan hij erkent dat deze niet altijd volledig (objectief) zal zijn), zijn er grote individuele verschillen in de wijze waarop officieren van justitie de ernst van bepaalde (type) onrechtmatigheden inschatten en bovendien is er ook met betrekking tot de terugkoppeling geen sprake van een consistent beleid.

8.3.5 Kwaliteit

Een belangrijke associatie die dit thema oproept bij de respondenten, is de kwaliteit van de politie en meer in algemene zin van de gehele opsporing:

> 'Waar het in ergere mate aan schort, is gewoon het opleidingsniveau van de politiemensen. Dat constateren we wel, dat ze gewoon niet voldoende opgeleid zijn en datgene wat ze moeten leren ook goed kunnen toepassen. (...) Basaal strafvordering. En dat gaat echt niet goed. Wij maken ons wel heel veel zorgen om het politieonderwijs. Vier of vijf jaar geleden hebben ze het systeem veranderd, in mijn beleving is dat niet goed gedaan want heel veel politiemensen weten gewoon niet meer hoe strafvordering in elkaar zit.'[118]

De associatie met kwaliteit van de opsporing ligt niet direct voor de hand en ook in de literatuur wordt het toezicht op het handelen van opsporingsambtenaren niet altijd (direct) in verband gebracht met de kwaliteit van de opsporing – en in het bijzonder de kwaliteit van de politie – en daarmee samenhangend de verantwoordelijkheid van het OM om die kwaliteit te waarborgen en te bevorderen.[119] Hoewel toezicht ook kan bijdragen aan de verbetering van de kwaliteit van de strafrechtspleging,[120] gaat het bij toezicht op de naleving van strafvorderlijke normen door opsporingsambtenaren in de eerste plaats vooral om de naleving van bekend veronderstelde normen en de gevolgen

118 Interview respondent A.

119 Dat deze associatie in de praktijk wel vaak wordt gemaakt blijkt ook uit het WODC-onderzoek naar toezicht op de opsporing dat de kwaliteit van het werk van politie en justitie als een knelpunt wordt ervaren in de rechtmatigheid van het strafvorderlijk handelen: 'Het is niet zo dat het vrijspraken regent, maar wel is de organisatie niet meer zo stabiel. Je ziet het aan de werkstromen, en de dossiers, soms zijn die niet compleet als ze worden aangeleverd. Dat is voor ons vervelend, omdat we dan omzet mislopen en we op grond van het financieringssysteem worden afgerekend op productie.' WODC 2017, p. 47.

120 Waarbij zij opgemerkt dat specifiek voor deze vorm van kwaliteitsborging de Inspectie Justitie en Veiligheid verantwoordelijk is die als taakstelling heeft het houden van toezicht op de taakuitvoering van, en de kwaliteitszorg door de politie. Het gaat hierbij niet alleen om het functioneren van de nationale politie als eigenstandige organisatie, maar ook om haar rol als ketenpartner (bijvoorbeeld binnen de strafrecht- en vreemdelingenketen). De Inspectie houdt ook toezicht op de kwaliteit van politieopleidingen en de examinering.

op de niet-naleving van die normen. Terwijl de kwaliteit van de politie met name verband houdt met de opleiding, het kennisniveau, de deskundigheid op het gebied van (forensisch-)technische opsporing en de effectiviteit van de opsporing, waartoe ook de onderlinge samenwerking tussen politie en OM gerekend kan worden.[121] Een zekere overlap is er vanzelfsprekend ook: zo draagt het naleven van bepaalde strafvorderlijke normen – in het bijzonder die normen die de betrouwbaarheid van het opsporingsonderzoek borgen – bij aan de kwaliteit van het opsporingsonderzoek. De associatie tussen kwaliteit van de opsporing en de toezichthoudende taak van de officier van justitie op het handelen van opsporingsambtenaren lijkt echter van meer algemene aard te zijn en kwaliteit neemt binnen dit thema een prominente rol in.[122]

Een belangrijk element dat in dit kader wordt genoemd is de kwaliteit van de door de politie opgemaakte processen-verbaal. De kwaliteit van processen-verbaal en de algemene verslaglegging door de politie heeft ook in eerder onderzoek centraal gestaan en is niet zelden negatief geëvalueerd.[123] In het in 2016 uitgevoerde onderzoek naar knelpunten binnen de opsporing constateerden de onderzoekers dat de kwaliteit van processen-verbaal zeer wisselend is. Daar waar de processen-verbaal van gespecialiseerde rechercheafdelingen doorgaans van voldoende kwaliteit zijn, is dat niet het geval bij de basispolitiezorg. Dit is met name problematisch omdat de opsporing doorgaans aanvangt bij de basispolitiezorg: 'In veel aangiftes worden de zeven Gouden W's [Wie, Wat, Waar, Waarmee, op Welke wijze, Wanneer en Waarom] onvolledig beschreven. De kwaliteit van het proces-verbaal is in brede zin niet altijd voldoende. Lastig daarbij is dat er geen eenduidige eisen zijn waaraan een proces-verbaal dient te voldoen.'[124] Respondenten verwijzen regelmatig naar dit onderzoek en bevestigen het daarin geschetste beeld.[125] De gebrekkige kwaliteit van door de politie aangeleverde processen-verbaal (of andere vorm van administratieve verslaglegging) bemoeilijkt de sturing en toetsing van het opsporingsonderzoek door de officier van justitie, doordat hij bijvoorbeeld niet goed kan beoordelen op basis van welke feiten en omstandigheden de

121 Rapport Commissie-Posthumus 2005, p. 171-175.

122 Waarbij respondenten zelfs de kwaliteitsbewaking van de politie als eerste associatie noemen bij dit thema, bijv. Interview respondent K; Interview respondent H.

123 Ook Lindeman beschrijft in dit kader meer in het algemeen de administratieve verslaglegging door de politie die de officier van justitie in staat moet stellen effectief zijn gezag over de opsporing uit te oefenen (het nemen van strafvorderlijke beslissingen, het waarborgen van de kwaliteit en integriteit van de opsporing), en bespreekt in dat kader dezelfde problematiek die in eerder onderzoek ook is aangekaart (Lindeman 2017, p. 143-146).

124 Rapport Handelen naar waarheid 2016, p. 18.

125 Veelal wordt gewezen op de kwaliteit van de politieopleiding, de infrastructuur en ICT en het gebrek aan tijd om processen-verbaal op te maken (Interview respondent H; Respondent A).

politie bepaalde opsporingsbevoegdheden wil inzetten.[126] Daarnaast wordt ook het toezicht op de opsporing bemoeilijkt doordat de officier van justitie zich moeilijker een beeld kan vormen van hetgeen zich heeft afgespeeld tijdens het opsporingsonderzoek.[127] Een van de respondenten noemt als voorbeeld de beschrijving van videobeelden in processen-verbaal waarbij niet zelden de beschrijving ofwel vanuit een bepaalde *bias* is opgeschreven ofwel onvoldoende inzichtelijk maakt wat zich heeft afgespeeld. Een dergelijk 'mankement' wordt veelal niet gezien als een vormverzuim – een schending van artikel 152 Sv – maar wordt eerder gekoppeld aan het kennis- en vaardighedenniveau van de politie.[128] Daarnaast hebben de kwaliteitsgebreken van de processen-verbaal ook hun weerslag op de rechtmatigheidscontrole van het opsporingsonderzoek die de rechter ter zitting uitoefent:

> 'Ik hoor rechters toch ook met enige regelmaat, met name over pr-zittingen en kleine zittingen, wel klagen over de kwaliteit van de pv's en dat is dan niet eens zo zeer dat er allemaal verzuimen in zitten. Bij de kleinere zaken heeft de officier nauwelijks een rol, die krijgt een pv kant-en-klaar en dan kan je ongeveer alleen nog maar ja en nee zeggen.'[129]

Ook los van de kwaliteit van de processen-verbaal zijn respondenten kritisch ten aanzien van het functioneren van de politie, dat geldt zowel voor de kwaliteit van het politiewerk in algemene zin als het kennis- en opleidingsniveau van de politie.[130] Daarbij wordt ook verwezen naar onderzoeken van de Inspectie Justitie en Veiligheid. De Inspectie constateert in haar laatste onderzoek naar het niveau van parate kennis van opsporingsbevoegdheden bij politiemensen in de basispolitiezorg dat deze suboptimaal is en de politie (nauwelijks) aanvullend wordt opgeleid. Hoewel de politie-eenheden de medewerkers faciliteiten aanbieden om hun kennisniveau op peil te houden, wordt nauwelijks gebruik gemaakt van dergelijke faciliteiten. De oorzaak hiervan is gelegen in het feit dat gebruik van deze faciliteiten zeer vrijblijvend is: medewerkers dienen zelf het initiatief te nemen voor gebruik van dergelijke faciliteiten en worden bovendien niet getoetst op hun kennisniveau van straf-

---

126 Respondent A spreekt bijvoorbeeld over de zogenoemde 'bob-verbalen' (processen-verbaal ter onderbouwing van de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden) waaruit de redenen van de inzet van de bevoegdheid niet duidelijk worden; Respondent B stelt dat de kwaliteit ook bij bijzondere opsporingsdiensten veelal te wensen overlaat.

127 Interview respondent E.

128 Hierbij wordt niet zelden verwezen naar het (lage) opleidingsniveau van politieambtenaren (bijv. interview respondent H; interview respondent C).

129 Interview respondent E; het belang van het pv voor controle in algemene zin wordt ook benadrukt door andere respondenten, die zich beklagen over de vaardigheden van de politie in het opmaken van bob-verbalen, maar ook voor de toetsbaarheid van het onderzoek door de rechter (interview respondent A).

130 Interview respondent M.

vorderlijke bevoegdheden.[131] Ook met betrekking tot recherchemedewerkers bestaan er zorgen over het kennisniveau. In het hierboven aangehaalde onderzoek naar de knelpunten in de opsporing stellen de onderzoekers dat een kennisdeficit onder recherchemedewerkers eveneens onderwerp van zorg is, in het bijzonder onder diverse ervaren recherchemedewerkers (onder andere werkzaam bij kwaliteitsbureaus). Zij gaven daarbij aan dat de alledaagse praktijk van de recherchewerkvloer aantoont dat er een grote noodzaak is om vakkennis voortdurend te onderhouden, en dat men in de huidige situatie te veel teert op oude kennis opgedaan in eerdere onderzoeken:[132]

> 'Elementaire recherchevaardigheden zoals verbaliseren, verhoortechniek en kennis van wetten en bevoegdheden ontbreken te vaak, zelfs bij medewerkers in de teams grootschalige opsporing. Het niet bevorderen en toetsen van vaardigheden leidt tot een tekort aan generieke vakkennis.'[133]

Deze problemen worden ook gesignaleerd in het huidige onderzoek.[134] Een van de respondenten stelt dat de kwaliteit van de politie in brede zin als een zorgpunt wordt gezien:

> 'Kwaliteit van de politie, de *know how* met betrekking tot wat in strafvordering wel en niet kan. In grotere zaken is meer bemoeienis van het OM, maar in kleinere zaken waar dus meer fout gaat, heeft het ook vaak te maken met *know how* van de politie.'[135]

Dergelijke problemen zijn weliswaar op zichzelf niet als een vormverzuim te bestempelen maar zijn wel een heikel punt in het werk van de officier van justitie en kunnen uiteindelijk leiden tot fouten en onrechtmatigheden tijdens het opsporingsonderzoek. Bovendien hebben officieren van justitie het vermoeden dat onrechtmatig strafvorderlijk handelen niet per se te maken heeft met opzettelijk het overtreden van regels maar veelal ook te wijten kan zijn aan onwetendheid en onkunde aan de kant van de politie en het feit dat politieambtenaren (met name 'blauw op straat') zich meer laten leiden door het onderbuikgevoel dan strafvorderlijke regels:

> 'In 99 van de 100 keer is het eerder een kwestie van onkunde dan onwil, en daar zit gewoon een problematische verhouding tussen de politie, de rechterlijke macht

131 Rapport Parate kennis bevoegdheden politie 2014, p. 7.
132 Rapport Handelen naar waarheid 2016, p. 20.
133 Rapport Handelen naar waarheid 2016, p. 89.
134 Respondent H refereert zelfs expliciet naar dit onderzoek en onderschrijft de daarin beschreven problematiek.
135 Interview respondent G.

en ons. Dat is echt een mbo-organisatie die materiaal moet aanleveren aan een organisatie met WO'ers die dat moet gaan beoordelen.'[136]

Belangrijk hierbij is te melden dat er zowel een verschil wordt gemaakt tussen de reguliere politieambtenaren, de recherche, als de bijzondere opsporingsdiensten. Waarbij het algemene beeld bestaat dat de kwaliteit van bijzondere opsporingsdiensten zoals de FIOD, maar ook gespecialiseerde onderdelen van de politie, zoals de rijksrecherche hoger ligt. Dit heeft enerzijds te maken met het kennisniveau en de deskundigheid bij deze diensten, maar kan ook worden verklaard vanuit het gegeven dat de opsporing van dit type delicten veelal rustiger verloopt en meer ruimte is voor overleg met en sturing door de officier van justitie.[137]

De hierboven besproken problematiek wordt door de respondenten tot op zekere hoogte gezien als de verantwoordelijkheid van de politieorganisatie: zij is in de eerste plaats zelf verantwoordelijk voor de kwaliteit van de politie.[138] Tegelijkertijd wordt ook de verantwoordelijkheid van de officier van justitie – en in meer brede zin van het OM – benadrukt voor wat betreft het waarborgen van de kwaliteit van de opsporing.[139] In dit kader wordt veelal gewezen op de diverse maatregelen die zijn genomen in het kader van beleidsprogramma's ter verbetering en professionalisering van de opsporing.[140]

De associatie tussen de kwaliteit van het opsporingsonderzoek en het toezicht van de officier van justitie op het rechtmatig handelen van opsporingsambtenaren kan worden verklaard vanuit de verschillende beleidsprogramma's die in de afgelopen twee decennia naar aanleiding van een aantal incidenten ten gevolge waarvan de integriteit en kwaliteit van de opsporing ter discussie hebben gestaan.[141] Een belangrijke gebeurtenis in dit kader is de affaire rondom de Schiedammer Parkmoord en het naar aanleiding van die zaak verrichte onderzoek door de commissie-Posthumus. De commissie-Posthumus concludeerde onder meer dat – ondanks de in het kader van de IRT-affaire genomen maatregelen en wetswijzigingen – de verhouding tussen de officier van justitie en de politie nog altijd niet duidelijk is en de vraag hoe de officier van justitie 'leiding behoort te geven aan het opsporingsonderzoek binnen en buiten het OM niet eenduidig [wordt] beantwoord'.[142] Deze onduidelijkheid deed volgens de commissie afbreuk aan de kwaliteit van de opsporing en vervolging, welke

136 Interview respondent G; veel respondenten wijzen op deze 'mismatch' tussen het niveau van de politie en de verwachtingen die er bestaan ten aanzien van deze organisatie. Zij wijzen mede op de behoefte aan meer hoogopgeleide politieambtenaren, met name voor het recherchewerk.

137 Interview respondent H; B; E.

138 Interview respondent A; J; H.

139 Interview respondent K.

140 Voor een uitgebreide beschrijving van de wijze waarop deze maatregelen het functioneren van de officier van justitie hebben beïnvloed zie uitgebreid Lindeman 2017, p. 146-166.

141 Zie uitgebreid hierover Lindeman 2012, p. 221 e.v.

142 Rapport Commissie-Posthumus 2005, p. 144-145.

kwaliteit 'gediend [zou zijn *MS*] als politie en justitie in hun (nauwe) samenwerking ieder hun eigen rol vervullen dan wanneer de officier van justitie één wordt met de politie'.[143] Als gezegd hebben deze aanbevelingen uit het onderzoek van de Commissie-Posthumus geleid tot het 'Programma Versterking Opsporing en Vervolging' (PVOV). In het kader van het PVOV hebben het OM en de politie (en het NFI) samen maatregelen genomen die er onder meer op gericht waren om het gezag van de officier van justitie in de opsporing te verbeteren en de kwaliteit en professionaliteit van de opsporing te versterken (om zodoende tunnelvisie in het opsporingsonderzoek tegen te gaan en de kwaliteit van de materiële waarheidsvinding te versterken).[144] In het PVOV wordt onder andere de magistratelijke rol van de officier van justitie benadrukt: hij dient zich primair te richten op strategische keuzen in het opsporingsonderzoek, de legitimiteit van strafvorderlijke maatregelen en toetsing van tactische beslissingen.[145] Daarnaast wordt ook de verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van de opsporing in algemene zin aan de officier van justitie toevertrouwd. In het bijzonder krijgt de rechercheofficier een belangrijke rol in het borgen van de kwaliteit van de opsporing:

> 'Indien de kwaliteit van voorstellen, aanvragen of uitvoering van opsporingshandelingen niet voldoet wordt de teamleider daarop aangesproken door de zaaksofficier van justitie. Bij blijvend verschil van inzicht daarover beslissen de rechercheofficier met de divisie-chef recherche over te nemen herstelmaatregelen.'[146]

In 2010 heeft het OM het programma Permanent Professioneel[147] geïntroduceerd, dat weliswaar los staat van het PVOV maar in grote lijnen aansluit bij het PVOV omdat in beide programma's de nadruk ligt op het versterken van de kwaliteit van de opsporing.[148] In Permanent Professioneel ligt de nadruk meer op het 'in een vroeg stadium signaleren van risicovolle zaken', in het bijzonder zaken met een groot afbreukrisico voor het OM.[149] Binnen dit programma wordt ingezet op de rol van de officier van justitie als 'professional' die zich begeeft in een 'professioneel leerklimaat waarin evaluatie, discussie en correctie veilig en vanzelfsprekend zijn'.[150] Om invulling te kunnen geven aan de aansturing, monitoring en reflectie van 'gevoelige' zaken dient ieder arrondissementsparket volgens Permanent Professioneel te beschikken 'over

143 Rapport Commissie-Posthumus, p. 144.
144 PVOV 2005, p. 4.
145 PVOV 2005, p. 5.
146 PVOV 2005, p. 15.
147 De notitie Permanent Professioneel is niet openbaar, wel wordt in literatuur eruit geciteerd, zie o.a. Focus in de opsporing 2015, p. 139 e.v.; Lindeman 2017, p. 150-151; Van de Beek, Hillenaar & De Meijer 2017.
148 Focus in de opsporing 2015, p. 126.
149 Focus in de opsporing 2015, p. 126; zie uitgebreid Lindeman 2012 en Lindeman 2017, p. 149-152.
150 Focus in de opsporing 2015, p. 126.

een "virtueel" Bureau Recherche,[151] dat tot doel heeft om "te komen tot een permanente methode en werkwijze om in lopende onderzoeken/strafzaken actief kwetsbaarheden op te zoeken en daarop te reflecteren en acteren." Dat doet het door het parket te sturen en te faciliteren op het terrein van de kwaliteit van de opsporing en vervolging, zodat de 'juiste zaken' op kwalitatief goede wijze worden afgedaan: 'het Bureau Recherche is aldus "aan de voorkant" van het opsporings- en vervolgingsproces actief en is nauw betrokken bij de gang van (straf)zaken binnen het parket en bij juridische knelpunten'.[152] Het Bureau Recherche is een regionaal samenwerkingsverband waarin beleidsmedewerkers, secretarissen met specialistische kennis en ervaring en officieren van justitie (een rechercheofficier, CIE-officier, informatieofficier, forensisch officier en de kwaliteitsofficier) aan deelnemen.[153] Vanuit het Bureau Recherche bestaat er zicht op de lopende zaken en op de zaaksofficieren die de zaken doen. De zaaksofficieren kunnen bij dit bureau terecht als zij vragen hebben, maar ook kan het bureau ongevraagd advies geven aan de zaaksofficieren. De rechercheofficier is nadrukkelijker betrokken bij de strategische keuzes in grotere en/of gevoelige opsporingsonderzoeken. De kwaliteitsofficier heeft een belangrijke rol gekregen in de coaching van officieren van justitie en de monitoring van kwaliteit van de werkzaamheden.[154] De kwaliteitsofficier heeft primair de taak om op individueel als op organisatieniveau de kwaliteit van de werkzaamheden binnen een parket te monitoren en te verbeteren. Bovendien moet hij reactie bevorderen en het lerend vermogen van de organisatie versterken.[155] Beide hebben aldus een zekere verantwoordelijkheid voor het in goede banen leiden van de opsporing in samenspraak met de politie en worden gezien als de eindverantwoordelijke voor de kwaliteit van de opsporing binnen het parket.[156] In deze functie vervullen ze ook een rol als sparringpartner voor jongere officieren van justitie en brengen een zekere mate van kennis en senioriteit mee.[157]

Naast de aansturing van zaken en de officieren die de zaak op zich nemen, wordt in het kader van het programma Permanent Professioneel ook aandacht besteed aan de evaluatie en reflectie op zaken. Dit gebeurt in de al eerder besproken reflectiekamers die als een evaluatie-instrument dienen waar collega's (van justitie en soms ook van politie) over belangrijke en ingewikkelde beslispunten in een zaak meedenken en hierop kritisch reflecteren.[158] Een

151 Focus in de opsporing 2015, p. 127.
152 De Meijer & Simmelink 2014, p. 205.
153 De Meijer & Simmelink 2014, p. 205.
154 Focus in de opsporing 2015, p. 18.
155 Lindeman 2017, p. 151.
156 Interview respondent D; B.
157 Interview respondent A.
158 Focus in de opsporing 2015, p. 34.

knelpunt in dezen is echter dat niet alle officieren van justitie de weg weten te vinden naar deze evaluatie-instrumenten.[159]

De hierboven besproken kwaliteitsprogramma's dragen niet alleen bij aan meer zicht (en toezicht) op het handelen van politie maar zijn vooral ook interne overlegstructuren waar kwesties besproken kunnen worden die raken aan het optreden van opsporingsambtenaren, de normering van het strafvorderlijk handelen en de inzet van bevoegdheden door ofwel het OM ofwel de politie. Deze overlegstructuren hebben ook een belangrijke functie in het toezicht dat uitgeoefend wordt op opsporingsambtenaren doordat problemen die kleven aan vormverzuimen ook in het kader van deze overlegstructuren besproken kunnen worden.[160] Daarnaast wordt in dergelijke overleggen ook zorgvuldig overlegd over de toepassing van bevoegdheden[161] en wordt daarmee aldus ook een vorm van interne controle toegepast:

> 'Naarmate onderzoeken groter zijn en er meer dilemma's zijn, wordt er meer over gesproken, en zijn er interne overleggen, zeker bij moordonderzoeken of onderzoeken die projectmatig worden aangepakt en langere tijd duren. (…) Gedurende het onderzoek heb je reflecties, in de loop naar de zitting heb je strafmaatoverleggen en daar komen ook allemaal andere onderwerpen ter sprake, zoals dilemma's rondom de inzet van opsporingsbevoegdheden. Als het zwaarder wordt heb je de rechercheofficier (…) om de twee weken is er ook een zogenaamde GZO (gevoelige zaken-overleg). Daar zit de plaatsvervangend hoofdofficier en de hoofdofficier ook bij zodat ook zij op de hoogte zijn en ook zij hun mening kunnen geven vanuit hun ervaring. Dus er zitten best veel *checks & balances* in het hele systeem.'[162]

Meer recent zijn in het kader van het Kwaliteitsplan OM-Politie ook maatregelen genomen ter verbetering van de kwaliteit van de processen-verbaal, de juridisch-inhoudelijke kwaliteit van strafdossiers, de samenwerking tussen politie en het OM en het logistieke proces (tijdigheid en volledigheid van de dossiers en protocollering van het werkproces).[163] Met betrekking tot de hierboven besproken problematiek zijn met name de politie-OM koppels noemenswaardig. Deze koppels bestaan uit een politie- en een OM-medewerker die in elke eenheid actief betrokken zijn in de basisteam en districten en collega's ondersteunen en adviseren bij het opstellen van de processen-verbaal, aangiftes en andere administratieve verslagleggingen (in het bijzonder bij de ZSM en

159 Focus in de opsporing 2015, p. 34.

160 Overigens kan verder gedacht worden aan collegiaal overleg, intervisie, bespreking van een zaak in de Landelijke Reflectiekamer, het Bureau Recherche, bespreking in een strafmaatoverleg, en overleg tussen de eerste en tweede lijn, zie uitgebreid De Meijer & Simmelink 2014, p. 247.

161 Interview respondent A.

162 Interview respondent D.

163 Zie de brief van de minister *Kamerstukken II*, 2014/15, 29279, 215; *Kamerstukken II* 2014/15, 34085 VI, 2, p. 8, sub 33.1.

veelvoorkomende criminaliteit).[164] Respondenten oordelen positief over deze koppels en zijn tevreden met de resultaten die hiermee worden behaald, waaronder betere en duidelijkere processen-verbaal en een aanzienlijke foutenreductie in de wijze van aanvragen van de inzet van opsporingsbevoegdheden.[165] In hoeverre en of deze samenwerking ook bijdraagt aan minder onrechtmatig strafvorderlijk optreden gedurende het opsporingsonderzoek is echter niet duidelijk. Wel bestaat er duidelijk het beeld bij het OM dat veel van dergelijk onrechtmatig handelen opgelost zou kunnen worden met meer investeringen in de kwaliteit van de politie en de opsporing in algemene zin. Mede hierdoor wordt vooral vanuit het niveau van het OM als organisatie met name ingezet op de verbetering van de kwaliteit van de (samenwerking in de) opsporing.

8.3.6 ZSM en CVOM

Hoewel het OM zoveel mogelijk streeft naar uniformiteit in de wijze waarop zaken worden beoordeeld en afgehandeld, moge het duidelijk zijn dat gezien de grote diversiteit aan zaken waar het OM mee te maken heeft er ook verschillende werkwijzen zijn binnen het OM. Als gezegd kan het type zaak van grote invloed zijn op de wijze waarop in het opsporingsonderzoek toezicht wordt uitgeoefend op het handelen van opsporingsambtenaren. Het type zaak zegt immers veel over de wijze waarop en de intensiteit waarmee de officier van justitie betrokken is bij het opsporingsonderzoek. Hierboven zijn deze verschillen al aan de hand van de diverse besproken aspecten van de toezichthoudende taak van de officier van justitie opgemerkt. De werkwijze die gehanteerd wordt door de Centrale Verwerking Openbaar Ministerie (CVOM) en de ZSM-werkwijze die ook in andere arrondissementsparketten wordt uitgevoerd, verdienen echter in het bijzonder aandacht omdat deze tot op zekere hoogte een eigen dynamiek hebben en daarmee op bepaalde aspecten afwijken van het hierboven geschetste beeld. Bovendien worden in beide werkwijzen grote aantallen zaken afgedaan, waardoor deze praktijk in grote mate bepalend is voor de wijze waarop het toezicht vanuit het OM op de politie is vormgegeven.

De CVOM is een zelfstandig parket dat zich bezighoudt met de uitvoering van werkzaamheden in standaardzaken:[166] Mulderberoepen (verkeergedragin-

164 Daarbij gaat het bijvoorbeeld om het vergroten van het besef van de aanwezigheid van de 7 gouden W's in een proces-verbaal. Het leren gaat twee kanten op: waar de politie winst kan behalen in zorgvuldigheid, kan het OM dat in het tijdig communiceren (aangeven wanneer het voldoende is, uitleggen van het terugsturen, positieve feedback geven). Rapport Handelen naar waarheid 2016, p. 57.

165 Interview respondent H.

166 Parket Centrale Verwerking Openbaar Ministerie heeft sinds 1 januari 2015 een wettelijke status als zelfstandig parket (*Stb.* 2014, 225), maar is sinds 2011 operatief. Zie hierover uitgebreid: Knigge & De Jonge van Ellemeet 2014, p. 14 e.v.

gen), zijnde strafzaken ter zake van artikel 8 WVW 1994 (rijden onder invloed) en artikel 30 WAM (motorrijtuigen zonder vereiste verzekering), en de zogenoemde feitgecodeerde overtredingen.[167] De CVOM hanteert daarin twee werkwijzen: de 'klassieke' aanpak en de afdoening via ZSM. Op beide werkwijzen kom ik hieronder terug.

De (algemene) ZSM-werkwijze is gericht op het daadkrachtig, snel, passend en efficiënt aanpakken van veelvoorkomende criminaliteit, waarbij het kenmerkend is dat het OM samen met de politie en verschillende ketenpartners, zoals de reclassering, slachtofferhulp, en de Raad voor de Kinderbescherming, samenwerkt op één fysieke locatie. Deze fysieke samenwerking moet bijdragen aan een *snelle* afhandeling van eenvoudige strafzaken door middel van een betekenisvolle interventie, waarbij op *zorgvuldige* wijze rekening wordt gehouden met de belangen van alle betrokkenen en de fundamentele waarborgen van een eerlijk strafproces.[168] Inmiddels beschikt bijna elk arrondissementsparket over een dergelijke ZSM-locatie en wordt er landelijk gestreefd naar een zo uniform mogelijke werkwijze.[169]

De ZSM-werkwijze heeft in de afgelopen jaren veel kritiek gehad omdat deze weinig blijk zou geven van 'een rechtsstatelijk of anderszins gefundeerde inhoudelijke oriëntatie of rechtsstatelijke waakzaamheid van het OM' en zich slecht zou verdragen met de magistratelijke rol van de officier van justitie.[170] Kritisch zijn ook Kristen en Sikkema in hun rapport naar de opzet en implementatie van de ZSM-werkwijze, waarin zij onder meer concluderen dat 'politie en OM vooralsnog meer oog hebben gehad voor de oplossing van praktische vraagstukken die samenhangen met de beoogde versnelling van de afdoening van grote hoeveelheden eenvoudige strafzaken, met als gevolg dat de aandacht voor strafvorderlijke waarborgen onderbedeeld is gebleven'. Met die waarborgen wordt gedoeld op strafvorderlijke voorschriften met betrekking tot de vorming van processtukken en de uitoefening van verdedigingsrechten, in het bijzonder het recht op rechtsbijstand.[171] Dit negatieve beeld is nader versterkt door het rapport van de procureur-generaal bij de Hoge Raad naar de naleving van de regelgeving bij het afdoen van strafzaken met een zogenoemde OM-strafbeschikking.[172] Hoewel het onderzoek gericht is op de kwaliteit en onderbouwing van de OM-strafbeschikking – en daarmee aldus geen evaluatie geeft van de ZSM-werkwijze in algemene zin – wijzen de resultaten van het onderzoek erop dat de grondigheid en de zorgvuldigheid waarmee de schuldvaststelling bij de OM-strafbeschikking dient te geschieden, niet afdoende was

167 De Meijer & Simmelink 2014, p. 147; 198; zie ook Knigge & Peters 2017, p. 11 e.v.
168 Salet & Terpstra 2017.
169 Haverkate 2015.
170 Mevis 2015, p. 221.
171 Zie hierover uitgebreid Van Kampen & Van der Meij 2016; Simmelink 2015, p. 10; Sikkema & Kristen 2012, p. 179-205.
172 Knigge & De Jonge Van Ellemeet 2014; Voor het dossieronderzoek werden zaken uit drie zaakstromen gekozen en geanalyseerd: de ZSM-, CVOM- en de reguliere zaakstroom.

bij de ZSM en de CVOM-zaakstroom. Concreet hield dat in een te groot aantal dossiers (8%) die door de ZSM en CVOM was afgedaan met een strafbeschikking gebreken vertoonde in de schuldvaststelling en het daaraan ten grondslag liggende bewijs voor de schuldvaststelling.[173] Bij de zaken die door de arrondissementsparketten op de 'reguliere' wijze waren afgehandeld was dat niet het geval.[174]

In de in opdracht van het WODC uitgevoerde tussenevaluatie van de ZSM-werkwijze wordt geconcludeerd dat hoewel er verbeteringen te zien zijn in de ZSM-werkwijze – zo lijkt de nadruk van 'snel' te zijn verschoven naar 'betekenisvol' – er nog wel kritische kanttekeningen te plaatsen zijn bij de 'zorgvuldigheid' en de rechtsstatelijke randvoorwaarden van het proces, en onderschrijven in zoverre (deels) de bevindingen uit het rapport Beschikt en Gewogen. De onderzoekers stellen dat er zorgen zijn over de kwaliteit van de informatie die door de politie wordt geleverd: 'de politie levert nog altijd zaken aan zonder voldoende bewijs en de tijdsdruk maakt dat door de politie geleverde informatie vaak niet kritisch tegen het licht wordt gehouden; er wordt te weinig gevraagd om informatie op schrift te stellen en camerabeelden worden niet bekeken'.[175] Ook stellen de onderzoekers dat er een risico bestaat van onvoldoende distantie van de officier van justitie ten opzichte van de politie omdat het bewijs niet voldoende kritisch beoordeeld wordt, vanwege de hoge tijdsdruk wordt soms niet de tijd genomen die nodig is om andere, voor de beslissing relevante informatie te verkrijgen en te beoordelen. Daarnaast bestaan er zorgen over 'de combinatie van snelheid, hoge druk en het gebrek aan ervaring van de ZSM-officieren van justitie en parketsecretarissen, die bovendien veel rouleren en een beperkt dossiereigenaarschap hebben'.[176] Hiermee komt de rechtsstatelijkheid van de rol van de officier van justitie in het gedrang: 'Er wordt te gemakkelijk meegegaan met de politie die geen nader onderzoek wil (of door tijdsdruk kan) verrichten of geen nadere uitwerking wil geven. Aldus wordt geregeld beslist op basis van mondelinge informatie, hetgeen de officier van justitie de gelegenheid ontneemt tot distantie en reflectie.'[177]

Deze kritische kanttekeningen van de onderzoekers ten aanzien van de zorgvuldigheid van de ZSM-werkwijze zien op zowel de besluitvorming rondom de dossiervorming en bewijsbeslissing, als de noodzaak van een regeling

173 Knigge & De Jonge Van Ellemeet 2014, p. 62.

174 Knigge & De Jonge Van Ellemeet 2014, p. 60. Inmiddels is er een vervolgonderzoek geweest waarin de onderzoekers verslag doen van de wijze waarop door het OM gevolg is gegeven aan de aanbevelingen die in het eerste rapport waren geformuleerd. In algemene zin zijn de onderzoekers tevreden over de genomen maatregelen maar uiten nog wel kritiek op een aantal aspecten van de werkwijze van de CVOM. Zie Knigge & Peters 2017, p. 13.

175 Simon Thomas e.a. 2016, p. 96.

176 Simon Thomas e.a. 2016, p. 110.

177 Van Lent, Simon Thomas & Van Kampen 2016, p. 2757.

omtrent de rechtsbijstand.[178] Meer recent zijn deze conclusies ook in een onderzoek naar de gevolgen van ZSM voor het politiewerk onderschreven.[179] De onderzoekers concluderen onder meer dat het grote vertrouwen op mondelinge informatie aan de ZSM-tafel risico's met zich brengt en lijkt de omvang en complexiteit van het werkaanbod de zorgvuldigheid onder druk te zetten:

> 'De intensieve samenwerking tussen politie en OM in het kader van ZSM [heeft] gevolgen voor de autonomie en flexibiliteit van politiemedewerkers in hun werk. Hoewel de sturing door het OM van het politiewerk met ZSM is toegenomen, blijken politiemedewerkers in de basisteams vaak toch meer afstand te ervaren ten opzichte van het OM. Deze afstand kan negatieve effecten hebben op het overdragen van de informatie die nodig is om te komen tot een "betekenisvolle interventie".'[180]

De vraag is wat het bovenstaande nu zegt over het toezicht dat de officier van justitie in het kader van de ZSM (of in ZSM-zaken) kan uitoefenen op de politie. Enerzijds lijkt deze werkwijze een nauwer contact tussen het OM en de politie te faciliteren waardoor niet alleen het zicht van de officier van justitie op het handelen van politie toeneemt[181] maar daarnaast ook sneller en directer gereageerd kan worden. Anderzijds blijkt uit de hierboven besproken evaluaties dat de ZSM-werkwijze niet altijd een zorgvuldigere besluitvorming in de hand werkt. In algemene zin lijkt er in de literatuur een negatief beeld te bestaan ten aanzien van het toezicht op de opsporing in het kader van de ZSM-werkwijze.[182] Ook in het onderhavige onderzoek bestaan er twijfels over de volledigheid van het toezicht van de officier van justitie op de politie in de ZSM-zaakstroom:

> 'Als je kijkt naar de ZSM-praktijk dan is dat zulk bulkwerk, dat ik daar zelf, en nogmaals mijn ervaring is wat beperkt, maar ik heb niet de illusie dat we daar echt de tijd en de ruimte hebben om alle vormverzuimen goed te onderkennen.'[183]

178 De onderzoekers beklagen zich in een later artikel in het *NJB* overigens over de reactie van de minister die slechts op het kritiekpunt ten aanzien van de rechtsbijstand ingaat en de overige conclusies niet lijkt te delen: 'We kunnen erop vertrouwen dat de ketenpartners hun professionaliteit inzetten om de goede balans tussen "snel", "zorgvuldig" en "betekenisvol" te vinden. En daar ook gezamenlijk geregeld – ook in regionaal verband – op reflecteren.' Zie Van Lent, Simon Thomas & Van Kampen 2016, p. 2758; de reactie van de minister *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 334.

179 Salet & Terpstra 2017.

180 Salet & Terpstra 2017, p. 500.

181 Onder meer ook doordat zij beide gebruikmaken van het BOSZ-systeem.

182 Ook in het WODC-onderzoek naar toezicht op strafvordering zijn de respondenten negatief over het toezicht in het kader van de ZSM-werkwijze en stellen dat deze werkwijze zich slecht verhoudt met de toezichthoudende taak van de officier van justitie, WODC 2017, p. 72.

183 Interview respondent F.

Een aantal nuanceringen is hier evenwel op zijn plek. In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat de officieren van justitie die (recente) ervaring hebben met de ZSM-werkwijze hier in algemene zin positiever over zijn. Dat geldt met betrekking tot het contact met politieambtenaren, de doorlooptijden, het zicht op de opsporing en meer in algemene zin het contact met andere ketenpartners. Het beeld bestaat dat het OM bij de ZSM-werkwijze goed in staat is om goed te sturen op het opsporingsonderzoek, tijdig fouten te ontdekken en hierover te communiceren met de politie:

> 'Bij ZSM is het zo dat je daar een veel directere terugkoppeling krijgt, het zijn geen haalzaken maar meestal brengzaken, die worden aangebracht en dat wordt getoetst: is dit voldoende en als het niet voldoende bewijs is of er zijn vragen dan wordt het teruggelegd [bij de politie *MS*] en er wordt om nieuwe aanvullende informatie gevraagd om dat te corrigeren. Daar heb je dus een heel direct contact.'[184]

Ten tweede is de tijdsdruk bij ZSM – evenals bij de andere omgevingen van het OM – inderdaad een factor om rekening mee te houden maar wordt in algemene zin ervan uitgegaan dat op de officier van justitie de verantwoordelijkheid rust om toch aan terugkoppeling te doen, waarbij bijvoorbeeld gebruik kan worden gemaakt van parketsecretarissen en politie-coördinatoren die zich op de ZSM-locatie begeven[185] Het beeld dat officieren van justitie in de ZSM-context in nauwer contact staan met de politie en er een snellere en betere terugkoppeling plaatsvindt dan ervoor wordt in ander onderzoek bevestigd. Zo constateren Terpstra en Salet in hun eerdergenoemde onderzoek naar de gevolgen van de ZSM voor het politiewerk dat verbalisanten nu vaker (en sneller) dan in het verleden te horen krijgen wat de uitkomst is van een zaak waaraan zij hebben gewerkt.[186]

Ondanks dat er inderdaad direct contact is met de politie, is dit contact in de regel met de politie-coördinator die op de ZSM-locatie aanwezig is en niet (altijd) met de betreffende verbalisanten die de onrechtmatigheid hebben begaan. In die zin wordt er bij de terugkoppeling aldus in grote mate op vertrouwd dat de politie-coördinator de terugkoppeling op adequate wijze aan de betreffende verbalisanten doorgeeft.[187]

Daarnaast geldt dat er met betrekking tot 'eigen zaken' een grote mate van sturing, controle en toezicht bestaat, dan zaken die worden overgenomen van collega's:

---

184 Interview respondent G.

185 Interview respondent P.

186 Terpstra & Salet 2017, p. 493-494. Ironisch genoeg lijkt dit bij politiemedewerkers echter bij te dragen aan nieuwe onvrede over het functioneren van het strafrecht: 'Met de komst van ZSM hebben verbalisanten meer zicht gekregen op de hoogte van de afdoeningsbeslissing in zaken waaraan zij hebben gewerkt. Zij verbazen zich daarbij nogal eens over hoe laag de opgelegde straf in hun ogen is.'

187 Interview respondent N; S.

> 'Als ik beslis tot dagvaarden, dan dagvaard ik de zaak ook op mijn eigen zitting, dus het is niet dat ik denk, nou ik heb het [vormverzuim *MS*] wel gezien maar laat de rechter er maar wat van vinden en dat iemand anders met mijn zaak verder moet. Ik zal de zaak ter zitting moeten doen, dus ik zal ook aan de rechtbank moeten uitleggen waarom ik tot deze keuze ben gekomen. Terwijl ik denk dat als je op een politiebureau zit en er staat een politiemens naast je die je al weet ik veel hoe lang kent, waar je mee aan de lunchtafel zit en die zegt, ja het verdient allemaal niet de schoonheidsprijs maar we moeten het maar doen, dat je dan denkt, nou ja je wil het graag, laten ze het maar op de zitting uitzoeken, ik dagvaard wel en dan moet die officier dat op de zitting maar over een paar maanden gaan uitzoeken. Ik denk dat dat wel veranderd is. (…) Dat controlemoment vindt ook veel eerder plaats. En ik vind dat je beter kunt sturen en beter bepalen welke zaken je presenteert aan de rechtbank op het moment dat je aan de voorkant zit en niet alleen maar iets moet vinden van zaken die door een andere collega al zijn ingenomen binnen je eigen organisatie.'[188]

> 'Ik heb wel een zaak meegemaakt over beelden; dat was wel ernstig dus later is die naar de rechercheofficier gegaan. Er was wel beschreven wat de verdachte had gedaan aan geweld naar de politie toe, maar het geweld naar de verdachte toe was in het proces-verbaal van bevindingen niet vermeld. Dat heeft uiteindelijk zelfs tot niet-ontvankelijkheid geleid, dus dat was wel een ernstig verzuim. En daar is toen ook wel gelijk met schrik op gereageerd en de zaak is naar de rechercheofficier gegaan. Er is een onderzoek geweest maar ik weet niet wat er uit het onderzoek is gekomen. Dat was een zaak die ik op zitting had, maar niet een zaak die vanaf het begin van mezelf was. Ik weet nog dat de beelden op de een of andere manier niet van tevoren kon kijken, die kreeg ik heel kort voor de zitting en het lukte niet met de apparatuur om de beelden te zien. Op de zitting heb ik pas de beelden gezien. Ik had totaal niet verwacht dat de politie ook geweld had gebruikt anders had ik natuurlijk veel uitgebreider die beelden van tevoren bekeken, maar goed daar waren we dus allemaal een beetje door verrast ook op de zitting en dat was voor mij wel onverwacht.'[189]

Ondanks de terechte bezwaren die er bestaan op de ZSM-werkwijze kan al met al – in ieder geval wat betreft het toezicht – genuanceerd aangekeken worden tegen deze werkwijze. Zo blijkt ook uit ander onderzoek. Lindeman concludeert in dit kader dat er wel degelijk gesproken kan worden van een verbetering ten opzichte van de eerdere situatie, waarbij dit type zaken veelal door het standaardzakenteam werden voorbereid. Deze voorbereiding was veelal niet van een afdoende kwaliteit en het ontbrak de meeste officieren van justitie (uitzonderingen daargelaten) doorgaans aan tijd om onduidelijkheden en problemen in het dossier terug te koppelen.[190]

188 Interview respondent N.
189 Interview respondent P.
190 Lindeman 2017, p. 214-216.

Hoewel dergelijke problemen ook in de huidige ZSM-praktijk nog (kunnen) voorkomen is er thans meer ruimte dan voorheen in dergelijke type onderzoeken was voor de officier van justitie om invloed uit te oefenen op het verloop van het opsporingsonderzoek en toezicht te houden op het handelen van de politie in dat onderzoek, aldus de respondenten. Voorheen was de werkwijze veeleer dat de politie het onderzoek zelf had verricht, het dossier had samengesteld en dat instuurde naar de officier van justitie. Indien er fouten waren gemaakt in het opsporingsonderzoek kwam de officier van justitie er pas op dat moment achter en was het doorgaans te laat om de fout te herstellen, nader onderzoek in te stellen of het onrechtmatig handelen terug te koppelen. Een van de respondenten stelt daarover als volgt:

> 'Dat was het moment waarop je een dossier had, dat dossier had bestudeerd en dan kwam je erachter dat dat knetteronrechtmatig was. En dan werden die dossiers afgedaan met een sepot. Het voordeel van de ZSM ten opzichte van die oude situatie is dat in die oude situatie veel minder de telefoon werd gepakt om de verbalisant die de onrechtmatige handeling had verricht te bellen en te zeggen "luister vriend, ik heb jouw dossier gelezen, en ik heb die zaak moeten seponeren, want weet je dat dat onrechtmatig is?" En op ZSM heb je dat overleg sowieso omdat ingebeld wordt over zaken waarin een afdoeningsbeslissing gevraagd wordt. En daar zit de verdachte nog bij de politie.'[191]

Een andere werkwijze van het OM dat in het kader van toezicht bijzondere aandacht verdient is de werkwijze bij de zojuist genoemde CVOM. De ZSM-werkwijze van de CVOM wijkt in zekere zin af van de algemene ZSM-werkwijze in die zin dat de enige ketenpartner van de CVOM de politie is waar (niet fysiek maar) via de telefoon of e-mail contact mee worden onderhouden:

> 'Alcoholcontroles door de politie worden door de ZSM-werkwijze van de CVOM *real time* ondersteund, waardoor het tijdsverloop tussen de aanhouding van de verdachte en de afdoening aanzienlijk wordt verkort. Automobilisten die betrapt zijn op het rijden onder invloed kunnen in veel gevallen direct betalen; de stap naar het Central Justitieel Incassobureau (CJIB) wordt hiermee overgeslagen. Daartoe stuurt de politie een sterk vereenvoudigd proces-verbaal per e-mail naar de CVOM, dat binnen dertig minuten een beslissing neemt. De politie kan vervolgens meteen een boete opleggen of een dagvaarding overhandigen.'[192]

De werkwijze van de CVOM is aldus in hoge mate geautomatiseerd en vindt plaats via standaardprocessen-verbaal, strakke werkinstructies per delict-soort en een standaard-terugkoppelformulier. De processen-verbaal die binnenkomen bij de CVOM worden beoordeeld door de beoordelaars (parketsecretarissen), waarna een beslissing wordt genomen over de wijze van afdoening (seponeren,

191 Interview respondent B.
192 Van Lent, Simon Thomas & Van Kampen 2016, p. 38.

dagvaarden of het uitvaardigen van een strafbeschikking). De sturing van de politie vindt plaats doordat de CVOM werkt met standaard-processen verbaal, de politie weet op die manier precies wat er van ze verwacht wordt. Dat houdt in de praktijk niet meer in dan het aanvinken en invullen van het standaard-proces verbaal. De controle hierop vindt plaats door de beoordelaars die per delict-soort een aparte werkinstructie hebben waar de meest actuele stand van de wetgeving en jurisprudentie weergegeven is en die uiteindelijk ook de afdoeningsbeslissing nemen in die zaak. Ook de terugkoppeling naar de politie toe wordt door de beoordelaars verricht door middel van het standaard-terugkoppelformulier. De werkwijze bij de CVOM is aldus in hoge mate sjabloonmatig, desondanks komen ook hier vormverzuimen voor die niet door de beoordelaar worden opgemerkt of verkeerd worden ingeschat. In dergelijke gevallen is het aan de officier van justitie hier een gepaste reactie op te geven. Vanwege de doorgaans geringe ernst van de zaken hebben vormverzuimen in dergelijke zaken relatief vaker gevolgen voor de strafzaak (in die zin dat de officier van justitie de zaak seponeert, het bewijsmateriaal niet gebruikt en/of vrijspraak bepleit).[193]

Naast de geringe ernst van het verwijt spelen ook de langetermijneffecten van het presenteren van dergelijke fouten een rol in de overweging van de officier van justitie hoe om te gaan met het vormverzuimen. Hierover stelt een respondent als volgt:

> 'Deze zaken zijn getalsmatig ook heel groot en het belang is gering, zeker in vergelijking met zaken als moord en doodslag en roofovervallen, in die zaken zou je sneller zeggen dat de zaak voorgaat en dan toch proberen om dat bewijsmiddel in te zetten. Maar als je in 10000 artikel 8 [WVW, *MS*]-zaken dit zou toestaan, dan denk ik dat uiteindelijk de rechter tegen het OM zal zijn, omdat er telkens geaccordeerd wordt dat de politie over de grens gaat van de bevoegdheid en dat is niet goed.'[194]

Indien een vormverzuim wordt geconstateerd (door de officier van justitie of tijdens de zitting door de rechter) wordt altijd een terugkoppelformulier ingevuld dat in de eerste plaats bedoeld is voor de beoordelaar maar ook wordt gecommuniceerd met de politie, aldus de respondent. Deze terugkoppeling vindt niet plaats door de officier van justitie zelf waardoor hij weinig zicht heeft op dit specifieke traject.[195]

In de literatuur bestaan er veel bezwaren tegen de ZSM -werkwijze (en in het verlengde daarvan de CVOM) van het OM en bestaan er zorgen over de wijze waarop de officier van justitie in staat is adequaat invulling te geven aan zijn sturende, toetsende en toezichthoudende taak in dergelijke type zaken.

---

193 Ook wanneer het om een relatief gering vormverzuim gaat dat hersteld had kunnen worden indien deze wel was opgemerkt in de ZSM-lijn (Interview respondent T).

194 Interview respondent T.

195 Interview respondent T.

Hoewel er inderdaad nadelen kleven aan de ZSM- en CVOM-praktijk, bestaat er vanuit het perspectief van het toezicht op de opsporing bij de respondenten in ieder geval een positief beeld: de nauwere samenwerking met de politie draagt bij aan de mogelijkheid van betere en duidelijkere sturing van het opsporingsonderzoek en biedt bovendien meer inzicht in het handelen van opsporingsambtenaren. Ten opzichte van de wijze waarop vroeger dergelijke type zaken afgehandeld werden, merken respondenten op dat er een aanzienlijke verbetering is opgetreden.

8.3.7 De positie van andere actoren in het toezicht door de officier van justitie

Hierboven is de eigen taakopvatting van de officier van justitie in het toezicht op de politie uitgebreid aan bod gekomen. Hoewel er als gezegd verschillen zitten in de wijze waarop hier invulling aan wordt gegeven, ervaren respondenten veelal een grote verantwoordelijkheid voor de uitoefening van dit toezicht. Tegelijkertijd zien zij ook een controlerende 'taak' voor andere instanties, in het bijzonder spelen de rechter en de politie hierin een rol, en in zekere mate wordt ook aan de advocatuur een toezichthoudende taak toegedicht.

De invloed van de controlerende taak van de rechter in het toezicht dat door de officier van justitie wordt uitgeoefend is hierboven reeds een aantal keer besproken. Hoewel de officier van justitie zichzelf een zelfstandige rol toedicht in het toezicht op opsporingsambtenaren, heeft het toezicht dat de rechter uitoefent een belangrijke rol in zijn toezicht: zo laat de officier van justitie zich voor de te verbinden gevolgen aan een vormverzuim in belangrijke mate leiden door de jurisprudentie van de Hoge Raad en de te verwachten reactie van de rechter op het vormverzuim. De meeste respondenten geven aan dat het toezicht dat zij uitoefenen op het handelen van opsporingsambtenaren doorgaans strenger is dan het rechterlijk toetsingskader en zich bovendien niet hoeft te beperken tot rechtsgevolgen in het strafproces. Tegelijkertijd gaat er wel een zeker effect uit van de rechterlijke toetsing op de toets die de officier van justitie aanbrengt. Dat effect ziet op verschillende onderdelen van het toezicht van de officier van justitie. In de eerste plaats stellen de respondenten dat zij grote waarde hechten aan de rechterlijke toetsing en om die reden niet snel geneigd zijn een opsporingsonderzoek met mankementen ter zitting te brengen, zonder daar een 'goed verhaal' bij te hebben. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn indien er zwaarwegende belangen zijn, in dat geval tracht de officier van justitie zoveel mogelijk transparantie te bieden over de gang van zaken gedurende het opsporingsonderzoek om op die manier het onrechtmatig handelen inzichtelijk te maken en de negatieve gevolgen daarvan zoveel

mogelijk weg te nemen.[196] Het gegeven dat de rechter meekijkt (en de opsporing mede controleert) draagt er aldus aan bij dat de officier van justitie minder snel genegen is een strafzaak waar in het vooronderzoek onrechtmatigheden zijn begaan te vervolgen en voor de rechter te brengen.

In de tweede plaats wordt de rechterlijke toets als waardevol gezien in het licht van de normstellende taak van de rechter en het stellen van grenzen voor het gebruik van bepaalde (doorgaans nieuwe) opsporingsmethoden. Het voorleggen van bepaalde vormverzuimen kan bijvoorbeeld bijdragen aan een beter normbesef door opsporingsambtenaren en maakt de controle op de politie inzichtelijk en transparant:

> 'Opvoeding van de politie, klinkt paternalistisch maar dat bedoel ik niet zo. De Hoge Raad heeft het daar ook over, dat het soms goed kan zijn dat wanneer een patroon is van bepaalde verzuimen die misschien niet ernstig zijn maar het toch goed is om daar een consequentie aan te verbinden. Dat kan maken dat je om die reden gewoon een keer helderheid wil hebben over een verzuim dat wel vaker gebeurt. In de kern is de controle op de politie alleen maar zichtbaar op het moment dat het gaat om een toetsing door de rechter. Alles wat wij doen is voor de samenleving niet zichtbaar.'[197]

Bovenal kan de rechterlijke toetsing zekerheid opleveren over de rechtmatigheid van het handelen in een concrete zaak. Veelal gaat het dan om het actief betrekken van de rechter-commissaris bij het gebruik van bepaalde opsporingsbevoegdheden,[198] maar de rechter kan ook uitsluitsel bieden over de rechtmatigheid van het gebruik van bepaalde opsporingsmethoden in de toekomst, bijvoorbeeld ten aanzien van 'nieuwe' methoden, als voorbeelden worden door respondenten onder andere genoemd de dynamische verkeerscontrole,[199] het onderzoek aan smartphones[200] of het gebruik van een peilbaken bij niet-verdachte burgers.[201] De rechterlijke toets wordt kortom soms ('proactief') opgezocht[202] om de grenzen van rechtmatig handelen in de opsporing te achterhalen. Een van de respondenten stelt hieromtrent als volgt:

> 'In sommige gevallen is het naar mijn oordeel ook niet zo erg om je grenzen te laten onderzoeken door de rechter. Ik vind dat je transparant moet optreden maar ik vind dat je best wel de grenzen mag opzoeken. Sommige criminaliteit is moeilijk

196 Interview respondent B; D; P; O. Zie over het belang van transparantie naar de rechter toe ook paragraaf 8.3.4.
197 Interview respondent B.
198 Interview respondent M.
199 Interview respondent L.
200 Interview respondent I.
201 Interview respondent B.
202 Deze manier van proactief de rechterlijke toets opzoeken wordt echter niet door alle respondenten gebruikt of zinvol bevonden, in de ZSM-praktijk is hier bijvoorbeeld veel minder behoefte aan (Interview respondent S).

te vangen, en soms moet je wat proactief optreden en bijvoorbeeld de grenzen van een [artikel *MS*] 27-verdenking opzoeken en laat het dan maar toetsen hoe ver je daarin mag gaan. (…) Om te weten wat nog net wel en wat net niet rechtmatig is.'[203]

Het opzoeken van de rechterlijke toets hangt mede samen met de wijze waarop de respondenten deze rechterlijke reactie waarderen en het effect dat uitgaat van een rechtsgevolg dat de rechter verbindt aan onrechtmatigheden in het opsporingsonderzoek. Veelal stellen respondenten dat een rechterlijke reactie – in welke vorm dan ook – serieus wordt genomen en elke rechterlijke afkeuring als een duidelijk signaal wordt ervaren. Ook wanneer de rechter geen sanctie verbindt aan een vormverzuim, wordt de rechterlijke afkeuring van het onrechtmatige optreden als vervelend ervaren en leidt tot een aanpassing van het handelen in de toekomst, blijkt uit de antwoorden van respondenten.[204]

Naast de rechter wordt ook aan de politie (zowel de individuele opsporingsambtenaren als de organisatie) een belangrijke rol toegedicht in het toezicht. Dat betreft zowel het zelf zorgdragen voor rechtmatig handelen van opsporingsambtenaren als het adequaat gevolg geven aan signalen vanuit het OM dat bepaald handelen niet normconform is. Hoewel het voor de respondenten niet altijd duidelijk is wat de politie zelf op dat terrein doet, wordt er wel vanuit gegaan dat zij hier zelf een belangrijke taak in heeft en dat er een verantwoordelijk rust op de organisatie om de doorgegeven signalen vanuit het OM op te vangen en zo nodig gevolg aan te geven. Hierboven is reeds opgemerkt dat respondenten de afhankelijkheid van de politie voor de informatievoorziening, de communicatie met de politie,[205] en de kwaliteit en het niveau van (het werk van) de politie veelal als een knelpunt ervaren. Vanuit het OM wordt dan ook veel geïnvesteerd in het verbeteren en waarborgen van deze aspecten (in het bijzonder de kwaliteit van de politie). Als belangrijke knelpunten in het toezicht van de officier van justitie worden deze aspecten dan ook veelvuldig genoemd, waarbij tevens wordt opgemerkt dat er een gebrek aan 'lerend vermogen' bestaat bij de politie en dat veel fouten telkens terug blijven komen.[206] Overigens bestaat ten aanzien hiervan ook een verschil van mening; sommige respondenten geven aan dat er wel degelijk een waarneembaar lerend effect is bij de politie, met name in de ZSM-praktijk.[207]

---

203 Interview respondent O.

204 Interview respondent L; respondent B stelt in min of meer dezelfde bewoordingen dat de officier van justitie het niet altijd eens hoeft te zijn met de rechterlijke toets maar dat hij deze wel serieus moet nemen en bij geconstateerd onrechtmatig handelen hier iets meer moet; Respondent G wijst daarnaast op het gevaar van onrechtmatigheden in het opsporingsonderzoek. Namelijk dat eventueel bewijs uitgesloten kan worden waardoor al het opsporingswerk voor niks is gedaan.

205 Interview respondent D; F.

206 Interview respondent B; C; G; H.

207 Interview respondent D; N.

Interessant in dit kader is dat respondenten veelal wel een zeker verband zien tussen het lerend vermogen van de politie en de wijze het OM eventuele fouten terugkoppelt en de mate waarin de officier van justitie zich bemoeit met de opsporing. Naast de communicatie met de politie en de begeleiding vanuit het OM spelen weliswaar ook andere (organisatorische en institutionele) factoren een belangrijke rol in het functioneren van de politie, maar een sterke en continue samenwerking wordt wel als een belangrijke factor gezien om het niveau van de opsporing te waarborgen. Dat betekent dat de terugkoppeling vanuit het OM consistent en volhardend moet zijn:

> 'De politie staat onder druk door personeelstekort, de hoeveelheid werk en bezuinigingen, dus het is ook altijd spannend om de hoeveelheid werk en de beschikbare mankracht te managen. En daar komt natuurlijk bij dat de politieopleiding natuurlijk ook niet al te juridisch is, dus je beseft als OM'er dat je continu een rol hebt in het begeleiden van de politie. Je moet er niet vanuit gaan dat eenmaal getraind het goed is. Je hebt echt een taak en moet er continu mee bezig zijn. Dus het is niet zo dat ik denk dat bepaalde dingen waar ik tegenaan ben gelopen en heb teruggekoppeld niet meer terug zullen komen. Je moet er wel vanuit gaan dat je dat continu moet blijven herhalen. Je hebt natuurlijk de politieorganisatie met een man of 50000 die 24 uur per dag werken. Om ze allemaal te willen bereiken is natuurlijk een illusie, je zult je ook moeten instellen op het feit dat je sommige dingen terug moet blijven koppelen. Het zal niet zo zijn dat als we het eenmaal gezegd hebben, iedereen weet hoe het zit.'[208]

Respondenten hebben doorgaans ook een zekere verwachting ten aanzien van de terugkoppeling van geconstateerde vormverzuimen (ongeacht of dat vormverzuim nou door de officier van justitie is geconstateerd of door de rechter tijdens het onderzoek ter terechtzitting); namelijk dat deze terugkoppeling effect sorteert bij de politie.[209] Hierbij geldt – evenals bij de officier van justitie zelf – dat niet alleen ten aanzien van het verbinden van zware sancties zoals de niet-ontvankelijkheid en de bewijsuitsluiting, maar ook indien het vormverzuim enkel wordt geconstateerd dit zal bijdragen aan het normbesef van opsporingsambtenaren.[210] Tegelijkertijd wijst een van de respondenten erop dat het effect van zware sancties juist overschat wordt en voor meer afstand *kan* zorgen tussen de opsporing en de rechterlijke macht:

> 'Ik denk dat voorheen toen vormverzuimen sneller leidden tot het kapotgaan van de zaak er meer afstand was. Dat politieambtenaren niet begrepen wat er op het paleis van justitie gebeurde. Dat heeft denk ik meer afstand veroorzaakt dan dat je nu wel te horen krijgt dat iets niet goed is gegaan maar niet heeft geleid tot

208 Interview respondent O.
209 Interview respondent D.
210 Interview respondent G (hoewel respondent erbij meldt niet namens alle collega's te willen spreken, wat erop kan duiden dat volgens respondent dit geen breed gedeeld sentiment is binnen het OM); L; O.

> consequenties voor de zaak. Dan is het een soort strijden voor dezelfde zaak; dat de rechter ook wel ziet dat het niet goed is en je je dat moet aantrekken. Dat klinkt paradoxaal, maar ik denk dat je daardoor het gesprek veel eerder aan kunt gaan dan wanneer de zaak helemaal weg is.'[211]

Dit beeld past tevens bij de redenen die volgens respondenten ten grondslag liggen aan onrechtmatig handelen door politieambtenaren; namelijk dat er veelal geen sprake is van opzet maar dat onrechtmatigheden doorgaans gelegen zijn in 'overenthousiasme', slordigheden en gebrek aan kennis. Terugkoppeling van de fout brengt in dergelijke gevallen volgens de respondenten een groter lerend effect met zich dan een zware rechterlijke sanctie.[212] Bovendien stellen respondenten dat terugkoppeling veelal op prijs wordt gesteld:

> 'Die didactische rol wordt echt op prijs gesteld, dat vinden politieagenten erg leuk. Hangt er ook vanaf hoe je het brengt. Dat je vanuit een soort van gelijkwaardigheid iets samen bekijkt en beoordeelt. Ik heb ook mensen die me gaan terugbellen en allemaal andere vragen voorleggen. Het hangt er ook een beetje vanaf welke politieagenten je hebt, je hebt twee bloedgroepen bij de politie: de mensen in de uniformdienst die houden zich bezig met openbare orde en hulpverlening en het echte blauwe politiewerk en je hebt mensen die gewoon houden van het recherchewerk van het opsporen en met name die laatste groep, die vinden het alleen maar leuk als je met hen over dit soort dingen praat.'[213]

De vraag wanneer en welke vormverzuimen teruggekoppeld worden is hierboven reeds aan de orde geweest maar in dit verband is het goed om nog enkele aspecten van deze vraag nader te bezien. Hoewel respondenten doorgaans antwoorden dat terugkoppeling eerder regel dan uitzondering is, geven zij wel aan dat praktische factoren zoals tijdsdruk en bereikbaarheid van verbalisanten soms ervoor zorgen dat de terugkoppeling achterwege blijft. Andere respondenten geven aan dat zinvolle terugkoppeling juist op een hoger niveau (bijvoorbeeld dat van de rechercheofficier) plaats dient te vinden om effectief te zijn en minder plaatsvindt op het niveau van incidenten.[214] Het zal niet verbazen dat zware consequenties – zoals de niet-ontvankelijkverklaring van het OM – sneller (en vaker) teruggekoppeld worden en een duidelijker effect hebben. Immers, ook de politie wil niet dat het opsporingswerk uiteindelijk voor niks is geweest.[215] Maar respondenten stellen dat in beginsel elke sanctie die de rechter verbindt aan een vormverzuim teruggekoppeld wordt aan de politie:

---

211 Interview respondent H.
212 Interview respondent J; H.
213 Interview respondent M.
214 Interview respondent T.
215 Interview respondent D.

> 'Het is een bijzonderheid, en het raakt het politieoptreden, dus ik vind als het consequenties heeft voor mijn zaak, dan koppel ik dat wel terug. En strafvermindering, nou dat vind ik nog wel wat. Ik wil dat degene die er betrokkenheid bij heeft gehad weet hoe zich dat vertaald heeft naar de beslissing in de zaak. Dus het maakt wel voor mij wel uit wanneer ik wel en wanneer ik niet terugkoppel, dan denk ik toch wanneer de consequentie groter is, dat het dan toch uitmaakt voor het wel of niet terugkoppelen.'[216]

Gezien het grote belang dat gekoppeld wordt aan de communicatie naar de politie toe en de terugkoppeling van geconstateerde vormverzuimen, is het opmerkelijk dat er geen eenduidige wijze van terugkoppeling bestaat binnen het OM. Daarnaast blijkt uit het schaarse onderzoek naar de terugkoppeling van door de rechter geconstateerde (of gesanctioneerde) vormverzuimen, dat het beeld anders is dan de meeste respondenten lijken te hebben.[217] In het onderzoek van Goos naar het effect van vormverzuimen bij de politie zijn op basis van een selectie van vormverzuimen in de rechtspraak 45 opsporingsambtenaren geïnterviewd die betrokken waren bij (een deel van) deze vormverzuimen. De centrale vraag in deze interviews was of zij op de hoogte waren van het feit dat de strafrechter in 'hun' zaak een vormverzuim had vastgesteld. In slechts 7 van die 45 vormverzuimen bleek er sprake te zijn geweest van terugkoppeling. Goos concludeert dan ook dat terugkoppeling bepaald geen standaard werkwijze.[218] Maar plaatst daar wel een belangrijke kanttekening bij, namelijk dat het onderzoek zich richtte op de wat kleinere zaken terwijl juist bij grote opsporingsonderzoek, de opsporing projectmatig is georganiseerd en terugkoppeling door de officier van justitie vaker zal plaatsvinden.[219] Met betrekking tot de grotere (projectmatige) onderzoeken wordt ook in het huidige onderzoek het beeld geschetst dat er inderdaad sprake is van terugkoppeling en een nauwe samenwerking met de politie.[220] Hoewel respondenten als gezegd wel aangeven dat bij de kleinere zaken de terugkoppeling niet altijd plaatsvindt, bestaat er over het algemeen wel het beeld dat terugkoppeling wel een essentieel onderdeel is van het toezicht en om die reden ook in de kleinere zaken plaats zou moeten vinden (en zelfs plaatsvindt). Wat dit aspect betreft, loopt de perceptie aldus uiteen: kennelijk wordt vanuit de perceptie van de politie te weinig aan terugkoppeling gedaan terwijl vanuit het OM juist het beeld bestaat dat terugkoppeling eerder regel dan uitzondering is.

Een laatste aspect in het toezicht dat de officier van justitie uitoefent ten opzichte van de politie betreft de verhouding tussen eerstgenoemde en de

216 Interview respondent N.
217 Goos 2019, p. 8-9.
218 Goos 2019, p. 9.
219 Goos 2019, p. 9.
220 Bij de grotere zaken bestaat bovendien ook het beeld dat de politie het verloop van de zaak (en het onderzoek ter terechtzitting) scherper in de gaten houdt (Interview respondent F; G; J; P).

advocatuur. Ondanks dat de advocatuur geen (formele) rol speelt in de uitoefening van deze toezichthoudende taak door het OM, vervult zij in zekere zin een belangrijke functie in het laten slagen van de toezichthoudende taak van de officier van justitie. Hoewel advocaten een zekere (informele) toezichthoudende taak hebben,[221] dient tegelijkertijd te worden benadrukt dat zij niet beschikken over de middelen om hier adequaat uitvoering aan te geven. Zo is de tijd die voor een zaak uitgetrokken wordt veelal kort en heeft het voeren van een verweer op de voet van artikel 359a Sv doorgaans weinig kans van slagen, waardoor advocaten hun energie op een andere wijze besteden in de zaak.[222]

Ondanks dat officieren van justitie stellen dat zij een zelfstandige taak hebben in het signaleren en redresseren van gemaakte fouten (of in ieder geval onduidelijkheden) in het dossier, zien de respondenten wel een meerwaarde in de signalerende functie van de advocaat en beschouwen dat als een aanvulling op het eigen toezicht, als 'een extra signalerende functie':

> 'De advocaten zitten er vaak in de grote zaken vrij strak op en die constateren allemaal dingen, maar in heel kleine zaakjes is er geen tijd of geld bij de advocaat om alles aan de orde te stellen wat aan de orde gesteld zou kunnen worden. (…) Advocaten roepen te pas en onpas dat er een vormverzuim is begaan maar zij dienen ook het belang van hun cliënt en nooit het belang van de waarheidsvinding en dat geeft ook niet want daar zijn ze ook niet voor aangenomen, maar zij zijn natuurlijk wel af en toe de signaleerders van de onrechtmatigheden en dat is ook goed. Een advocaat die zegt dat het verhoor van zijn cliënt niet goed uitgewerkt is, zorgt ervoor dat we het uitgewerkte verhoor nog eens bekijken en dan blijkt ook inderdaad dat er op onderdelen dingen niet goed zijn gegaan.'[223]

Niet alleen het signaleren van gemaakte fouten is waardevol voor een adequate uitoefening van het toezicht door de officier van justitie, ook de enkele aanwezigheid van de advocatuur kan als stimulans fungeren voor de officier van justitie om alerter op te treden bij gemaakte fouten in het opsporingsonderzoek. Zij weten immers dat gemaakte fouten door de advocatuur opgemerkt zullen worden en op zitting 'gedoe' zullen opleveren.[224]

De kritische houding van de advocatuur wordt echter niet altijd op prijs gesteld. Zo stelt een van de respondenten dat de rechter over het algemeen

---

221 Uit het WODC-onderzoek blijkt reeds dat veel advocaten zichzelf een toezichthoudende taak toedichten en een groot belang zien in deze taak: WODC 2017, p. 68.

222 WODC 2017, p. 68-69.

223 Interview respondent E; T. Een dergelijke functie vervullen advocaten ook in de buitengerechtelijke afdoening doordat zij beter dan hun cliënt in staat zijn aan te geven dat een strafbeschikking niet zal worden geaccepteerd vanwege vermoedelijke vormverzuimen (respondent B).

224 Interview respondent P; T. Ook in de ZSM-praktijk heeft de signalerende functie van de advocaat een belangrijke meerwaarde, juist omdat de factor tijd een rol speelt (respondent M en P).

erop moet kunnen vertrouwen dat de officier van justitie zijn werk op een goede manier doet, tenzij er echt een reden is om aan te nemen dat bepaalde fouten zijn gemaakt. De ervaring is echter dat dergelijke fouten vaak groter worden gemaakt dan ze in feite zijn en er daardoor veel (kansloze) verweren worden gevoerd of onduidelijkheden in het dossier worden aangegrepen om zogenoemde *fishing expeditions* te verrichten.[225]

8.4 Conclusie

De vraag die in dit hoofdstuk centraal stond is of, en in hoeverre, officieren van justitie het houden van toezicht op het handelen van opsporingsambtenaren tot hun taak zien, en zo ja, op welke wijze invulling wordt gegeven aan deze taak. Het beeld dat uit de interviews naar voren komt is het volgende. Officieren van justitie zien het houden van toezicht op de naleving van strafvorderlijke normen door opsporingsambtenaren als een belangrijk onderdeel van hun taak. Hoewel hier geen duidelijk wettelijk en institutioneel kader voor bestaat, wordt deze toezichthoudende taak veelal afgeleid uit het gezag dat de officier van justitie heeft over het opsporingsonderzoek, maar ook andere argumenten worden ten grondslag gelegd aan deze taak: zo is er een praktische noodzaak om de politie te corrigeren en te wijzen op gemaakte fouten omdat anders deze fouten in de toekomst zullen blijven voorkomen. Een enkele keer wordt er ook verwezen naar de notie van magistratelijkheid, maar de invulling hiervan lijkt niet altijd hetzelfde te zijn.

Met betrekking tot het bestaan van een toezichthoudende taak zijn de respondenten weliswaar eensgezind, maar er is tegelijkertijd ook wel sprake van verschil van inzicht over de inhoud van die toezichthoudende taak en het al dan niet bestaan van knelpunten voor het effectief uitoefenen van die taak. Een van deze knelpunten betreft de samenwerking met de politie: er is een grote afhankelijkheid van de politie ten aanzien van de informatievoorziening om een adequate controle uit te kunnen oefenen op het opsporingsonderzoek ('wat de politie ons niet zegt, weten we niet'). Tegelijkertijd bestaat er ook een groot vertrouwen in de politie en gaat de officier van justitie er veelal vanuit dat opsporingsambtenaren zich in beginsel normconform willen gedragen. Een ander knelpunt betreft de terugkoppeling naar de politie. Voor effectief toezicht is het van belang dat de officier van justitie voldoende mogelijkheden heeft om geconstateerde fouten terug te koppelen aan de politie. In algemene zin zijn de respondenten van mening dat er voldoende mogelijkheden zijn om geconstateerde fouten terug te koppelen aan de politie (zowel op het individuele niveau als bijvoorbeeld met de korpsleiding). In hoeverre hier ook door iedereen gebruik van wordt gemaakt en op welke wijze, leidt

225 Interview respondent K. Sommige respondenten zien de advocatuur in dit kader juist als een knelpunt (respondent F).

echter tot meer discussie: Sommige officieren van justitie zeggen fouten altijd terug te koppelen aan de verbalisanten (en denken dat hun collega's dat ook doen), terwijl andere officieren van justitie stellen dat met name bij de kleinere zaken hier soms onvoldoende tijd en aandacht voor is. De meeste officieren van justitie die ZSM-zaken doen, stellen echter weer dat er juist bij de ZSM scherp gecontroleerd wordt op fouten en dat de communicatie met de politie directer is. Wel is er bij de meeste respondenten onzekerheid over de mate waarin de politie iets doet met deze terugkoppeling (anders is dat bij de rechercheofficieren die veelal op een hoger niveau overleggen over structurele fouten en hier ook een duidelijker effect waarnemen van het overleg en de terugkoppeling).

Een andere kwestie is de vraag in hoeverre vormverzuimen een rol spelen in de opsporingspraktijk. Ook hierover bestaat verschil van inzicht (dat deels verklaard kan worden op basis van het type zaken). Sommige officieren van justitie stellen nauwelijks vormverzuimen tegen te komen "omdat de politie tegenwoordig veel mag doen" en omdat er goed meegekeken en gestuurd wordt vanuit het OM, terwijl andere officieren van justitie regelmatig fouten van de politie tegenkomen en dit veelal koppelen aan de kwaliteit of het opleidingsniveau van de politie (en in sommige gevallen aan een gebrek van kennis over strafvorderlijke wetgeving). In algemene zin bestaat het beeld dat de politie niet moedwillig strafvorderlijke regels overtreedt, maar dat het veelal gaat om vergissingen of verkeerde inschatting van de situatie.

Daarnaast is het de vraag welke rol de rechterlijke beoordeling van het vooronderzoek op grond van artikel 359a Sv speelt bij de wijze waarop de officier van justitie de opsporing controleert. De respondenten zijn van mening dat de officier van justitie een eigen en onafhankelijke taak heeft in de controle op het opsporingsonderzoek. Dat betekent dat hij zich in beginsel niet laat leiden door de terughoudende rechterlijke toetsing maar een eigen (magistratelijke) afweging maakt. Wanneer echter doorgevraagd wordt over concrete vormverzuimen, wordt niet zelden geantwoord dat er tegenwoordig anders wordt gereageerd op een geconstateerd vormverzuim en dat er eerder mee naar zitting wordt gegaan (zolang inzichtelijk wordt gemaakt wat er precies is gebeurd, worden er immers doorgaans geen gevolgen verbonden aan het vormverzuim, zo luidt het argument). Ook in die gevallen zal er doorgaans toch wel gecommuniceerd worden met de politie, waardoor alsnog sprake is van toezicht (en terugkoppeling). Maar er is wel degelijk sprake van een effect van de terughoudende rechterlijke toetsing. In dit kader is het ook interessant dat een groot deel van de respondenten een belangrijke rol weggelegd ziet voor de advocatuur in het eigen toezicht. Advocaten kunnen een belangrijke signalerende functie hebben en houden daardoor ook de officier van justitie scherp. De hoge jurisprudentiële drempels voor het voeren van vormverzuimverweren en de lage slagingskans van dergelijke verweren kunnen er echter wel aan bijdragen dat advocaten zich steeds minder bezig gaan houden met het controleren van de rechtmatigheid van de opsporing

waardoor ook voor de officier van justitie een belangrijk element in het toezicht wegvalt.

Ofschoon het toezicht door respondenten wel als een taak voor de officier van justitie wordt gezien, brengt het gebrek aan een algemeen gedeelde invulling van deze taak en centrale regie hierover mee dat de wijze waarop invulling wordt gegeven hieraan afhangt van veel toevalligheden en daarom zeer gefragmenteerd is. Er wordt op verschillende wijzen aangekeken tegen deze problematiek: dat geldt niet alleen voor de invulling en inhoud van de toezichthoudende taak, ook is er verschil in perceptie ten aanzien van de vraag in hoeverre onrechtmatig strafvorderlijk handelen een 'probleem' vormt in het opsporingswerk. Waar sommige respondenten zeer positief zijn over het handelen en lerend vermogen van de politie en stellen geconstateerde fouten direct terug te (kunnen) koppelen, zien andere respondenten juist knelpunten in deze aspecten van hun toezichthoudende taak.

DEEL III

Normen en toezicht

9 De relatie tussen toezicht en normering nader bezien

9.1 Inleiding

In het eerste deel van dit onderzoek is reeds beargumenteerd dat toezicht een integraal onderdeel is van normering. Immers, wanneer we aannemen dat met het in het leven roepen van rechtsnormen de verwezenlijking van een zeker doel wordt beoogd, brengt dat mee dat die norm naleving (en handhaving) behoeft, willen de daarmee gestelde doelen worden bereikt. Deze relatie tussen normering en toezicht brengt enerzijds mee dat bij het creëren van rechtsnormen het van belang is acht te slaan op de wijze waarop deze normen gehandhaafd dienen te worden. Anderzijds betekent het dat van goed toezicht (onder andere) kan worden verwacht dat het rekening houdt met het *beoordelingsframe* waar dat toezicht betrekking op heeft. Hiermee wordt helderheid verschaft over de wijze waarop de toezichthouder tot zijn oordeelsvorming komt en wordt voor de ondertoezichtgestelde inzichtelijk hoe hij zijn gedrag op de norm behoort af te stemmen.

In de strafvorderlijke context bestaat dit beoordelingsframe uit het geheel aan strafprocessuele normen waar het gedrag van opsporingsambtenaren aan dient te beantwoorden. De complexiteit van dit normenstelsel brengt mee dat het van belang is dat het toezicht bijdraagt aan de opheldering en precisering van deze strafvorderlijke normen. De vraag is echter of, en in hoeverre, dat gebeurt. In hoeverre laat de rechter zich bijvoorbeeld uit over de grenzen van de strafvorderlijke norm (ook wanneer hij geen sanctie verbindt aan normoverschrijdend handelen)? En speelt de aard van de strafvorderlijke norm een rol bij de uitoefening van het rechterlijk toezicht en indien dat niet het geval is, in hoeverre zorgt dat voor problemen (in de praktijk)?

Dat in de praktijk niet altijd acht wordt geslagen op de onderliggende norm is in de voorgaande hoofdstukken reeds aangestipt. Hieronder zal nader bij deze materie worden stilgestaan. Dat gebeurt in de eerste plaats aan de hand van het rechterlijk toezicht. In de uitoefening van dit rechterlijk toezicht lijkt met name veel aandacht te bestaan voor de (eventuele) sanctionering van normschendingen waardoor de andere componenten van het toezicht minder op de voorgrond staan. Deze gerichtheid op de sanctionering draagt eraan bij dat bepaalde normen onvoldoende gepreciseerd worden en leidt daardoor mogelijk tot vervaging van grenzen in de opsporingspraktijk. Hieronder zal aan de hand van een aantal voorbeelden dit gebrek in het toezicht – en in het bijzonder de normering – worden besproken. Vervolgens zal worden aangege-

ven hoe deze problematiek ook doorwerkt in het toezicht dat door de officier van justitie wordt uitgeoefend.

9.2 Toezicht door de rechter

De wijze waarop het rechterlijk toezicht in de jurisprudentie van de Hoge Raad is vormgegeven, brengt mee dat binnen dit toezicht een sterke focus bestaat op de sanctionering van normschendingen. Immers, veel jurisprudentiële drempels lijken vooral gericht te zijn op het beteugelen van de rechterlijke sanctionering van vormverzuimen.[1] Het verbinden van een sanctie aan een normschending is echter maar één wijze waarop geïntervenieerd kan worden in het gedrag van de opsporingsambtenaar. Daarnaast is toezicht breder dan slechts de interventie en omvat ook andere activiteiten, namelijk het verzamelen van informatie over het handelen van opsporingsambtenaren en het oordelen over de normconformiteit van dat handelen. Deze gerichtheid op de sanctionering van normoverschrijdend handelen leidt in zekere zin af van het belang van de overige activiteiten die in het kader van toezicht dienen te worden verricht. Dat is niet in de laatste plaats vanwege het dominante 'eerlijkheidsperspectief' dat leidend is in de sanctionering van vormverzuimen. Hiervoor is reeds beargumenteerd dat het perspectief van de strafrechter – ingevolge de jurisprudentie van de Hoge Raad – bij de sanctionering van onrechtmatig strafvorderlijk optreden vooral is gericht op de bescherming van de subjectieve rechten van de verdachte en in het bijzonder het recht op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM.[2] De bescherming van het recht op een eerlijk proces wordt immers in dit kader als de *voornaamste* taak van de rechter gezien.[3] Zoals in hoofdstuk 3 besproken is het niet eenvoudig een precieze definitie van het recht op een eerlijk proces te geven. In de huidige Nederlandse jurisprudentie (en literatuur) is een *rights-based approach* dominant waarbij een eerlijke procedure vooral wordt bepaald en gedefinieerd aan de hand van de verschillende deelrechten die onderdeel zijn van het recht op een eerlijk proces.[4] Het dominante eerlijkheidsperspectief in het kader van het vormverzuimenvraagstuk brengt mede hierdoor een aantal vragen met zich. Hoe verhoudt dit perspectief in het rechterlijk toezicht zich tot de verschillende strafvorderlijke normen? En in hoeverre is de norm – in het bijzonder de achterliggende waarde van de norm – van belang bij het uitoefenen

1 Wat niet wegneemt dat hiermee impliciet ook de andere componenten van het rechterlijk toezicht worden geraakt (zie uitgebreid § 7.4.1 en 7.4.2).

2 Overigens gaat het hier niet om een baanbrekende stelling, ook in andere literatuur wordt deze stelling onderschreven, zie o.a. Borgers 2012; Borgers & Kooijmans 2013; Kuiper 2014; Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, p. 884-886.

3 Waarmee niet is gezegd dat er geen andere gronden ten grondslag kunnen liggen aan de rechterlijke controle van het vooronderzoek, zie uitgebreid § 6.3.

4 Zie § 3.3.2; Summers 2007, p. xix.

van toezicht en op welke wijze komt dat tot uiting? Vooral in het licht van de hoeveelheid strafvorderlijke normen is een duidelijke controle op en precisering van normen van belang voor een helder begrip van de werking en functie van deze normen.

Illustratief voor de onduidelijkheid die het eerlijkheidsperspectief veroorzaakt is de wijze waarop in de rechtspraak wordt omgegaan met het herstel van vormverzuimen in de zin van artikel 359a Sv.[5] Voor de uitoefening van de rechterlijke controle langs de weg van artikel 359a Sv – en de toepassing van de daarin gelegen rechtsgevolgen – moet er sprake zijn van een vormverzuim dat niet voor herstel vatbaar is. Als besproken in hoofdstuk 6 lijkt de uitleg die de Hoge Raad aan herstel geeft breder te zijn dan men zou verwachten op basis van de memorie van toelichting bij dit artikel en de verdere systematiek van het Wetboek van Strafvordering.[6] Uit de memorie van toelichting kan worden afgeleid dat herstel enkel mogelijk is bij een gering aantal vormverzuimen.[7] Te denken valt aan een situatie waarin per abuis het bevel tot inverzekeringstelling van de verdachte geen omschrijving bevat van het feit waarvan hij wordt verdacht, maar binnen afzienbare tijd een nieuw afschrift van het bevel wordt uitgereikt waarop wel een dergelijke omschrijving staat.[8] In de jurisprudentie van de Hoge Raad lijkt herstel breder te worden geïnterpreteerd en bijvoorbeeld ook van toepassing te zijn op fouten die betrekking hebben op de volledigheid van het strafdossier en vormverzuimen omtrent de schending van de verbaliseringsplicht.[9] Hiermee lijkt de wijze waarop de Hoge Raad het herstelvraagstuk behandelt, sterk geïnspireerd te zijn door de benadering van het EHRM inzake compensatie van inbreuken op (deelrechten van) artikel 6 EVRM. Het Europese Hof beziet inbreuken op artikel 6 EVRM immers vanuit een holistisch perspectief waarin de vraag centraal staat of ondanks beperkingen of schendingen op bepaalde (verdrags)rechten van de verdachte de procedure in haar geheel eerlijk is geweest.[10] Een dergelijke benadering is begrijpelijk in het licht van het feit dat artikel 6 EVRM ziet op de *gehele* strafprocedure. Mede hierdoor heeft de jurisprudentie van het EHRM een sterk casuïstisch karakter en erkent ook het EHRM dat het geen algemene uitspraken doet over de inhoud en precieze invulling van artikel 6 EVRM. Dat geldt in het bijzonder met betrekking tot normoverschrijdend gedrag gedurende het vooronderzoek en de rechterlijke reactie daarop. Het Hof bezigt in

5 De volgende paragrafen zijn deels gebaseerd op Samadi 2017.
6 Zie § 6.2.1.2.
7 Als eerder besproken, hebben de voorbeelden die in de memorie van toelichting van de wet worden genoemd geen betrekking op het vooronderzoek maar gezien de aard van de voorbeelden ligt het niet in de rede dat de wetgever een brede interpretatie van herstel voor ogen heeft gehad (zie § 6.2.1.2).
8 HR 27 oktober 1995, *NJ* 1996/638, m.nt. Groenhuijsen.
9 HR 18 maart 2004, *NJ* 2014/190; HR 5 januari 2016, *NJ* 2016/ 153, m.nt. Vellinga-Schootstra.
10 Zie Goss 2014, p. 116-118 die deze algemene eerlijkheidstoets koppelt aan het ontbreken van een beperkingsclausule; zie ook Ölçer 2016, p. 508.

dergelijke gevallen doorgaans de algemene stelling dat het geen regels voorschrijft betreffende de toelaatbaarheid van het bewijs aangezien dit een taak is voor de nationale rechter.[11] Met uitzondering van een aantal noodzakelijke deelrechten (zoals het recht op rechtsbijstand) waarvan de schending in beginsel tot bewijsuitsluiting dient te leiden, beoordeelt het Hof slechts of het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs raakt aan de eerlijkheid van de procedure waarbij rekening dient te worden gehouden met de gang van zaken gedurende de *gehele* procedure.[12] Kortom, inbreuken op rechten (in het vooronderzoek of het onderzoek ter terechtzitting) maken het strafproces niet noodzakelijkerwijs *unfair*.[13]

In de jurisprudentie van de Hoge Raad wordt een vormverzuim geacht hersteld te zijn wanneer (en voor zover) het nadeel dat het vormverzuim heeft toegebracht aan de procesrechten van de verdachte is weggenomen. Deze benadering vertoont veel verwantschap met de wijze waarop het EHRM omgaat met beperkingen op (deelrechten van) artikel 6 EVRM: namelijk door het bieden van procedurele waarborgen ter compensatie van deze beperkingen in verdedigingsrechten. Het lijkt er kortom op dat het herstelkader en compensatiekader hier sterk door elkaar lijken te lopen. Dat ligt echter niet zonder meer voor de hand aangezien herstel van een vormverzuim een fundamenteel andere betekenis heeft dan compensatie van inbreuken op bepaalde rechten. Bij herstel gaat het erom de onrechtmatige situatie – inclusief alle nadelige gevolgen die daaruit zijn voortgekomen – te herstellen. Wanneer het vormverzuim is hersteld, hoeft de rechter zich niet langer te buigen over de vraag naar eventuele rechtsgevolgen die aan de onrechtmatigheid moeten worden verbonden. Er is simpelweg geen vormverzuim meer en daarmee is het beoordelingskader van artikel 359a Sv ook niet van toepassing. Of een vormverzuim voor herstel vatbaar is, is afhankelijk van de vraag of de onderliggende norm die geschonden is voor herstel vatbaar is. Een dergelijke conclusie ligt niet voor de hand met betrekking tot normen die beogen bepaalde (mensen)rechten te waarborgen of normen die ten grondslag liggen aan het vertrouwen van de rechter in de opsporing (zoals de verbaliseringsplicht). Het doel van compensatie is echter een ander dan dat van herstel. Hierbij gaat het om de vraag welke rechterlijke

11 EHRM 12 juli 1988, 10862/84 *(Schenk/Zwitserland)*, para 45-46; EHRM 1 maart 2007, 5935/02 (*Heglas/Tsjechië*), para 84; EHRM 4 november 2010, 18757/06 (*Bannikova/Rusland*), para 57; desondanks heeft het EHRM wel een aantal strikte bewijsuitsluitingsregels geformuleerd in zijn rechtspraak (bijvoorbeeld in *Salduz* en *Gäfgen*). Zie voor een kritische bespreking van deze ogenschijnlijke tegenstelling Goss 2014.

12 EHRM 10 maart 2009, 4378/02 (*Bykov/Rusland*), para 89; EHRM 11 juli 2006, 54810/00 (*Jalloh/Duitsland*), para 96; EHRM 1 juni 2010, 22978/05 (*Gäfgen/Duitsland*).

13 Ölçer wijst in dit kader op de verschillende beoordelingskaders die het EHRM gebruikt voor de overall fairness-toets (Ölçer 2016, p. 508); kritisch ten aanzien van het beoordelingsmechanisme van het EHRM is Goss. Hij constateert dat het hof zich niet enkel bedient van verschillende analytische instrumenten om de eerlijkheid van de procedure te beoordelen, maar dat deze rechtspraak een gefragmenteerde invulling geeft aan het recht op een eerlijk proces en bovendien veel tegenstrijdigheden bevat (Goss 2014, p. 115 e.v.).

reactie passend is in het licht van de schending van de rechten van de verdachte om zodoende het geleden nadeel in die rechten te compenseren.[14] De focus op de sanctionering van vormverzuimen (en de terughoudendheid die daarbij wordt betracht) brengt mee dat de wijze waarop herstel thans wordt ingevuld in de jurisprudentie in feite neerkomt op compensatie van ondervonden nadeel. Van herstel van een vormverzuim lijkt immers sprake te zijn indien het nadeel van dat vormverzuim is weggenomen, althans voor zover dat nadeel de procesrechten van de verdachte betreft. Een andere (beperktere) invulling van het herstelvraagstuk betekent niet noodzakelijkerwijs dat de rechter ook daadwerkelijk vaker over zou moeten gaan tot sanctionering van een vormverzuim. Het is zeer goed denkbaar dat een vormverzuim niet tot sanctionering hoeft te leiden omdat het nadeel dat daarmee was toegebracht aan de verdedigingsrechten, (deels) is gecompenseerd. Het is echter niet altijd duidelijk waarom daarmee ook *al* het nadeel (de nadelige gevolgen die verder reiken dan de procesrechten van de verdachte) is hersteld. Veel strafvorderlijke normen beogen immers een ander (of breder) onderliggend belang te beschermen en in het huidige rechterlijke toezicht is niet altijd helder hoe deze belangen thans worden gewaardeerd. Hierbij valt in het bijzonder te denken aan veel bijzondere opsporingsbevoegdheden die tegen de achtergrond van de IRT-affaire in het leven zijn geroepen en veelal strekken ter bescherming van de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing. Ingevolge de huidige jurisprudentie leidt de schending van dergelijke strafvorderlijke normen doorgaans niet tot een rechtsgevolg juist omdat met deze normen niet wordt beoogd het directe (subjectieve) belang van de verdachte te beschermen. Hiermee dreigt ten aanzien van deze normen echter ook onvoldoende normering plaats te vinden waardoor daadwerkelijk afbreuk wordt gedaan aan de bescherming die uitgaat van de norm. Exemplarisch in dit verband is de beperkende werking die uitgaat van de *Schutznorm*. Zo kan ten gevolge hiervan bijvoorbeeld de onwenselijke situatie zich voordoen waarin discussie ontstaat over de vraag welk (of liever wiens) belang het discriminatieverbod dient. In de conclusie van de A-G in het Moelander-arrest wordt aan de hand van de *Schutznorm* het verweer van de verdachte van de hand gewezen: al zou er sprake zijn geweest van indirecte discriminatie van Midden- en Oost-Europeanen bij de politiecontrole, de verdachte kan daar geen beroep op doen omdat hij niet onder die groep valt. Hij is aldus niet getroffen in het belang dat de norm (het verbod op discriminatie) beoogt te beschermen.[15] Reijntjes stelt terecht in zijn noot dat het maken van ongeoorloofd onderscheid een ieder raakt en niet enkel mensen van een *bepaalde* nationaliteit, huidskleur of afkomst.[16] Hoewel de Hoge Raad uiteindelijk niet meegaat met het betoog van

14 Zie uitgebreid Samadi 2017, p. 177 e.v.
15 HR 9 oktober 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1872, o. 15.
16 HR 9 oktober 2018, *NJ* 2019/24, m.nt. J.M. Reijntjes.

de A-G, kan gezien de uitleg die de Hoge Raad heeft gegeven aan de verschillende factoren van artikel 359a Sv deze conclusie niet geheel verbazen. De wijze waarop in de jurisprudentie gebruik wordt gemaakt van de *Schutznorm*, namelijk als een criterium om de noodzakelijkheid van een rechterlijke sanctie te reduceren, draagt er met name aan bij dat het belang van de norm wordt gerelativeerd. Hier kan weer worden teruggegrepen naar de zojuist genoemde IRT-affaire en de bijzondere opsporingsbevoegdheden. Ten aanzien van normschendingen die niet in aanmerking komen voor sanctionering in verband met de *Schutznorm,* wordt als schoolvoorbeeld vaak gewezen op het doorlaatverbod (art. 126ff Sv). Dit geldt echter ten aanzien van een groot deel van de bijzondere opsporingsbevoegdheden omdat veeleer de bescherming van de integriteit van het opsporingsapparaat of de beheersbaarheid van de opsporing ten grondslag ligt aan deze normen en de context waarin deze normen relevant (kunnen) zijn. Hoewel het in dat licht begrijpelijk is dat de verdachte niet hoeft te 'profiteren' van dergelijke vormverzuimen, is het risico van het huidige gebruik van de *Schutznorm* dat de rechter ook niet stilstaat bij de onderliggende waarde van dergelijke normen.[17] Hiermee kan de indruk worden gewekt dat deze waarden niet van belang zijn in het strafproces waardoor ook tekort wordt gedaan aan de beschermde functie van de norm.

Dergelijke problemen kunnen worden ondervangen indien de rechter zich in het kader van het toezicht expliciet(er) uitlaat over het onderliggende belang van de geschonden norm (en dit waar nodig in een breder verband plaatst dan louter de subjectieve rechten van de verdachte) en daarmee meer inzicht verschaft in zijn oordeelsvorming. Hiermee wordt bijgedragen aan een duidelijke normering vanuit de rechter, waarbij het als gezegd niet noodzakelijk is dat de rechter ook telkens de overtreding van dergelijke normovertredingen sanctioneert.

Dat knelpunten in de sanctionering kunnen doorwerken in de normering van de opsporing door de rechter, blijkt tevens uit de processuele verwerking van de schending van het uitlokverbod. In afwijking van de jurisprudentie van het EHRM, heeft de Hoge Raad in zijn jurisprudentie uitgemaakt dat de schending van het Tallon-criterium gesanctioneerd dient te worden met de zwaarste sanctie, de niet-ontvankelijkheid van het OM. Immers, door dit handelen wordt 'doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak tekortgedaan'. Noyon merkt in dit licht op dat (mede) door de dwingende sanctie die de Hoge Raad heeft gesteld op de schending van het Tallon-criterium, de

17 Zie voor een voorbeeld de conclusie van A-G Harteveld inzake de schending van art. 126ij lid 2 Sv waarin hij uitgebreid stilstaat bij de ratio van deze voorschriften (HR 14 november 2017, *NJ* 2019/399, m.nt. J.H. Crijns). In zijn noot wijst Crijns op het belang van het expliciteren van deze ratio.

feitenrechter niet snel geneigd is om een dergelijke schending aan te nemen.[18] Het dwingende karakter van dit kader brengt mee 'minder ernstige' uitloksituaties – zoals het gebruik van de lokfiets – onvoldoende genormeerd worden door de rechter. Wanneer de rechter immers zou vaststellen dat er inderdaad sprake is van ongeoorloofde uitlokking, dient hij ingevolge de jurisprudentie van de Hoge Raad daar de zwaarste sanctie uit zijn arsenaal aan te verbinden.[19] Kortom, het dwingende sanctioneringskader draagt eraan bij dat ook de normering van de opsporing in de knel raakt. En andersom kunnen onduidelijkheden in de normering leiden tot problemen in de sanctionering van vormverzuimen. Zo wijst Dubelaar op de vermenging van de kaders van betrouwbaarheid en rechtmatigheid bij de rechterlijke toetsing van onrechtmatig handelen door opsporingsambtenaren. Hoewel de Hoge Raad een onderscheid maakt tussen enerzijds gebreken die raken aan de betrouwbaarheid van het bewijs en anderzijds normschendingen die betrekking hebben op de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek, is de verhouding tussen deze twee nog steeds niet geheel uitgekristalliseerd in de jurisprudentie van de Hoge Raad.[20]

Deze onduidelijkheid werkt ook door in de feitenrechtspraak waar het rechtmatigheidsperspectief leidend is voor de beoordeling van normschendingen en het bepalen van hun processuele gevolgen. Een dergelijke benadering kan zorgen voor knelpunten in de praktijk, bijvoorbeeld wanneer de rechter een betrouwbaarheidsgebrek afdoet langs de weg van artikel 359a Sv en deze compenseert met strafvermindering.[21]

De hierboven beschreven problematiek – de focus op de sanctionering ten gevolge waarvan onvoldoende acht wordt geslagen op de onderliggende strafvorderlijke norm – is in de feitenrechtspraak op bepaalde punten duidelijk waar te nemen. Een voorbeeld hiervan zijn de door de verdediging gevoerde verweren die betrekking hebben op een normschending die in zekere zin raakt aan het recht op een eerlijk proces, maar waarvan niet helemaal duidelijk is hoe deze norm geschonden is (en soms zelfs om welke deelnorm het dan precies zou moeten gaan).[22] In dergelijke gevallen vindt (doorgaans) weliswaar een vorm van toezicht of controle plaats, maar kan niet worden gesproken van een voldoende heldere normering (in de zin van normprecisering) door de rechter. Een illustratie hiervan vormt het beroep op bewijsuitsluiting – en soms zelfs niet-ontvankelijkheid – wegens het ontbreken van de mogelijk-

18 Noyon wijt dat enerzijds aan het feit dat het Tallon-criterium als toetsingskader niet lijkt aan te sluiten bij 'inerte lokmiddelen' als de lokfiets, omdat het criterium uitgaat van de ernst van het handelen van de opsporingsambtenaren en de predispositie van de verdachte en anderzijds aan de zware sanctie die verbonden dient te worden aan dit type schendingen. Noyon 2018, p. 105-106.

19 Noyon 2018, p. 107.

20 Dubelaar 2009, p. 103.

21 Zie in het bijzonder de bezwaren van Dubelaar 2009, p. 100-101.

22 Zie § 7.4.

heid tot het uitoefenen van het recht op tegenonderzoek, bijvoorbeeld wanneer bewijsmateriaal is vernietigd voordat de verdediging de kans heeft gekregen om gebruik te maken van haar recht op tegenonderzoek. In de praktijk kan worden gedacht aan de vernietiging van bewijs, bijvoorbeeld camerabeelden of inbeslaggenomen verboden middelen[23] of het afwezig zijn van (voor de bewijsvraag relevante) processen-verbaal.[24] In voorkomende gevallen laat de rechter in het midden of er al dan niet een norm is geschonden en komt niet toe aan sanctionering omdat de verdachte niet is geraakt in zijn belangen door het handelen van de opsporing (bijvoorbeeld omdat er ander bewijs voorhanden is). In bepaalde situaties kan echter wel degelijk gesproken worden van een normschending. Ten aanzien van inbeslaggenomen voorwerpen gelden immers duidelijke strafvorderlijke regels met betrekking tot vernietiging.[25] Hoewel een (dergelijke) normschending niet noodzakelijkerwijs meebrengt dat het bewijsmateriaal dat daarmee is verkregen ook van het bewijs uitgesloten dient te worden, is het met het oog op normprecisering door de rechter wel degelijk zinvol wanneer meer inzicht wordt geboden in de wijze waarop opsporingsambtenaren in dergelijke situaties dienen te handelen (en aan de hand van welke normen). Problematischer wordt het bovendien wanneer de rechter (wederom) niet vaststelt of met het vernietigen van het bewijsmateriaal al dan niet onrechtmatig is gehandeld, maar niettemin overgaat tot het verbinden van een rechtsgevolg aan de normoverschrijding (bijvoorbeeld het verminderen van de op te leggen straf).[26] Hieruit kan het vermoeden rijzen dat er eventueel een norm betreffende de vernietiging van in beslag genomen materiaal zou zijn geschonden, maar of dat zo is en om welke norm het gaat, blijft wederom in het ongewisse. De rechter wil hier kennelijk reageren op de normschending en de daardoor ontstane gebreken aan het opsporingsonderzoek, maar worstelt met de sanctie die daarbij past aangezien de onderliggende norm onvoldoende duidelijk wordt gemaakt. In het verlengde hiervan kan ook worden gewezen op de situatie waarin de rechter wil reageren op een normschending die hij als ernstig beschouwt, maar die volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad geen (of zelden) aanleiding geeft voor een rechtsgevolg. Te denken valt aan valselijk opgemaakte processen-verbaal, een onrechtmatige start van het opsporingsonderzoek en ernstige privacyschendingen.[27] Hoewel het gezien de uiteenlopende casuïstiek in dergelijke zaken begrijpelijk is dat

23 Rb. Utrecht 19 juli 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN2077; Rb. Den Haag 9 mei 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW5336; Rb. Zutphen 27 april 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BW4270; Hof Amsterdam 10 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2747.

24 Rb. Leeuwarden 10 april 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BW1463, in casu ging het om het ontbreken van het proces-verbaal van de inbeslagneming van de verboden middelen. Zie § 7.4.1.

25 Art. 10 lid 1, o. 1 jo. 13 Besluit inbeslaggenomen voorwerpen; art. 15 Besluit inbeslaggenomen voorwerpen.

26 Rb. Utrecht 19 juli 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN2077.

27 Zie uitgebreid § 7.3.2.

de feitenrechter (soms) afwijkt van het jurisprudentiële kader van artikel 359a Sv, maakt het achterwege blijven van een duidelijke onderbouwing en motivering van de (afwijkende) sanctie onduidelijk op welke wijze de oordeelsvorming van de rechter tot stand is gekomen en draagt daarmee bij aan een gebrek in de normering van de opsporing door de rechter.[28]

Als gezegd kunnen deze knelpunten deels verklaard worden vanuit de (te) sterke focus in het rechterlijk toezicht op de sanctionering van vormverzuimen. Daarnaast is ook het dominante eerlijkheidsperspectief in dat kader een belangrijke verklaring voor deze knelpunten. De focus op de (terughoudende) sanctionering van normschendingen en de vormgeving van het toezicht langs de weg van (een zeer beperkte uitleg van) het recht op een eerlijk proces kan soms zorgen voor onduidelijkheden, aangezien dit eerlijkheidsperspectief een open notie is die niet helemaal gereduceerd kan worden tot een aantal deelnormen die tezamen als de verdedigingsrechten van de verdachte gezien kunnen worden. De Hoge Raad lijkt het recht op een eerlijk proces in relatie tot het thema vormverzuimen echter wel op deze (beperkte) wijze uit te leggen: in die zin dat het recht slechts ziet op de uitoefening van bepaalde verdedigingsrechten in het vooronderzoek, waarmee geen recht wordt gedaan aan de bredere holistische betekenis die het EHRM hieraan geeft. Tekenend is bijvoorbeeld de eerste grond voor bewijsuitsluiting waar de Hoge Raad overweegt dat 'toepassing van bewijsuitsluiting noodzakelijk [kan] zijn ter verzekering van het recht van de verdachte op een eerlijke proces in de zin van art. 6 EVRM, zoals daaraan mede door het EHRM uitleg is gegeven'.[29] Hierbij verwijst de Hoge Raad vervolgens slechts naar enkele verdedigingsrechten waarvan de schending volgens vaste rechtspraak van het EHRM in beginsel tot bewijsuitsluiting dient te leiden.[30] Van een nadere invulling van het eerlijkprocesrecht is dan ook geen sprake. De vraag is wat de Hoge Raad precies onder dit recht schaart en hoe de andere verschillende strafvorderlijke normen zich daartoe verhouden.

Deze onduidelijkheid hoeft zich niet te beperken tot het niveau van de normen. Ook vanuit het perspectief van de opsporingspraktijk *kan* het enkel verwijzen naar de eerlijkprocesrechten, zonder dat de rechter zich uitlaat over welke norm precies in het geding is, leiden tot onduidelijkheid omtrent wat van de opsporingsambtenaar wordt verwacht. De gemiddelde opsporingsambtenaar zal immers minder in termen van een eerlijke procedure denken om zijn handelen daarop aan te passen aangezien een strafprocedure doorgaans ver van zijn dagelijkse werkzaamheden af zal staan. Immers, niet al het strafvorderlijke handelen leidt noodzakelijkerwijs tot een strafprocedure. Vanuit

28 Zie § 7.4.

29 *NJ* 2013/308, *r.o.* 2.4.4.

30 *NJ* 2013/308, *r.o.* 2.4.4.; verwijzend naar HR 30 juni 2009, *NJ* 2009/349, m.nt. Schalken (schending van het recht op rechtsbijstand) en HR 28 maart 2006, *NJ* 2007/38, m.nt. Schalken (schending van het zwijgrecht).

het perspectief van de opsporingsambtenaar is de meer gedetailleerde normering in het Nederlandse Wetboek van Strafvordering en lagere wetgeving (zoals richtlijnen en aanwijzingen) dan ook te prefereren omdat zij meer richtinggevend is voor het handelen. Deze normen maken het beter mogelijk voor de opsporingsambtenaar om in te schatten hoe zij zich behoren te gedragen dan de holistische *proceedings as a whole*-toets die in het kader van artikel 6 EVRM centraal staat en eerder als een toetsing achteraf gezien kan worden. In dit kader merkt Spronken op dat de focus op deze holistische benadering van het EHRM ervoor zorgt dat

> 'het steeds moeilijker [wordt] voor alle betrokkenen, zowel voor de politie en het OM als voor de verdediging, om op het moment dat een recht daadwerkelijk geëffectueerd moet worden, een inschatting te maken of het recht mag worden beperkt. Wat er in de procedure "in zijn geheel" (gaat) gebeuren, is dan immers (meestal) nog niet bekend'.[31]

Kortom, de focus binnen het rechterlijk toezicht op de sanctionering van vormverzuimen en het dominante eerlijkheidsperspectief daarbinnen brengt met zich dat de rechter zich onvoldoende uitlaat over de grenzen van het strafvorderlijk handelen (en daarmee onvoldoende aan normprecisering doet). Daarnaast brengt de gerichtheid op de eerlijkprocesrechten mee dat onvoldoende acht wordt geslagen op overige waarden die in het kader van het strafproces van belang zijn.

9.3 Toezicht door de officier van justitie

De knelpunten in het rechterlijk toezicht zoals die in het vorige paragraaf zijn besproken, werken door in het toezicht dat door de officier van justitie wordt uitgeoefend op de politie. Hoewel dit toezicht op een geheel andere wijze is vormgegeven dan het rechterlijk toezicht en het andere uitgangspunten heeft, lijkt het rechterlijk toetsingskader van groot belang te zijn voor het toezicht door de officier van justitie.

Zoals in het vorige hoofdstuk is besproken, is het een breed gedragen sentiment onder officieren van justitie dat het houden van toezicht op opsporingsambtenaren een inherente taak van de officier van justitie is. Een duidelijk kader voor de uitoefening van dit toezicht bestaat echter niet. Bij zijn toezichthoudende taak laat de officier van justitie zich – volgens de respondenten – leiden door het strafvorderlijk wettelijk kader in de meest ruime zin en abstraheert aldus in zoverre van de beperkingen die de Hoge Raad in zijn jurisprudentie heeft aangelegd voor de rechterlijke controle op opsporingsambtenaren (en in het bijzonder het sanctioneren van onrechtmatig opsporingshandelen).

31 Spronken 2016, p. 380.

Dat wil zeggen dat de officier van justitie het gedrag van opsporingsambtenaren toetst aan alle strafvorderlijke regels, de formele wet, lagere wetgeving, ongeschreven beginselen en relevante mensenrechtelijke normen. Hij laat zich naar eigen zeggen daarbij aldus niet leiden door de jurisprudentiële drempels uit de rechtspraak van de Hoge Raad. Op zichzelf komt dit logisch voor; deze jurisprudentiële drempels bepalen de kaders van het *rechterlijk* toezicht. Daarnaast ligt de rechtvaardiging voor deze drempels deels in het gegeven dat het toezicht op de opsporing (ook of primair) vanuit het OM plaatsvindt.[32] Het ligt dan ook voor de hand dat de toezichthoudende taak van de officier van justitie in zekere mate los staat van die van de rechter. Belangrijke redenen hiervoor zijn het gezag van de officier van justitie over het opsporingsonderzoek, de notie van magistratelijkheid en de daarmee samenhangende verantwoordelijkheid van de officier van justitie voor de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek in brede zin, aldus de respondenten.

Dat betekent echter niet dat elke normoverschrijding gevolgen hoeft te hebben voor de strafprocedure ten behoeve waarvan het opsporingsonderzoek wordt verricht.[33] Niet op elke normoverschrijding wordt op dezelfde wijze gereageerd. Voor de vraag wanneer en welke consequentie aan een normovertreding verbonden dient te worden, is het van belang om vast te stellen of de verdachte al dan niet is geraakt in zijn belangen door het vormverzuim. Hierbij komt aan de jurisprudentie van de Hoge Raad grote betekenis toe. Belangrijke afwegingsfactoren die respondenten noemen in dit kader zijn onder andere, hoe ernstig de onrechtmatigheid wordt gevonden (zowel in het licht van de rechten van de verdachte als voor de integriteit en controleerbaarheid van de opsporing); het verwijt dat de politie kan worden gemaakt (in hoeverre hebben zij bewust de strafvorderlijke normen overtreden?); en de ernst van het strafbare feit; en tot slot wat de procedurele gevolgen van de onrechtmatigheid zullen zijn wanneer deze ter beoordeling aan de rechter wordt voorgelegd.[34] Deze beoordelingsfactoren zijn sterk geïnspireerd door de jurisprudentie van de Hoge Raad waardoor ook de sanctionering van vormverzuimen door de officier van justitie (in ieder geval wat betreft de strafprocessuele gevolgen) in grote mate gelijk loopt aan het rechterlijk toetsingskader. Veelal worden normoverschrijdingen die niet (direct) raken aan de strafprocedure op een andere wijze afgehandeld. Opmerkelijk hierbij is overigens dat ook ernstige schendingen van de verbaliseringsplicht (zoals hierboven beschreven) over het algemeen geen gevolgen hoeven te hebben voor de strafprocedure. Zolang alsnog transparantie wordt geboden in de gang van zaken in het

32 Zie § 5.2 en § 6.3.

33 In dit kader is er wel verschil van mening onder de respondenten, zo vindt niet iedereen dat de officier van justitie toezicht dient te houden op de naleving van alle strafvorderlijke normen. In het bijzonder worden hier normen genoemd die raken aan het recht op privacy maar ook normen waarop de politie het toezicht zelf zou moeten organiseren (§ 8.2.3). Hier kom ik in het volgende hoofdstuk op terug.

34 Zie § 8.4.

opsporingsonderzoek, zijn respondenten doorgaans van oordeel dat er geen sprake is van een onherstelbaar vormverzuim. De terughoudendheid in de invulling van de controlerende taak van de rechter lijkt op deze wijze ook van invloed te zijn op de vormgeving van het toezicht door de officier van justitie.

Het toezicht dat door de officier van justitie wordt uitgeoefend is breder. Dat wil zeggen dat hij ook buiten het strafvorderlijke kader mogelijkheden heeft om te reageren op normoverschrijdingen door de politie. Normoverschrijdingen die geen gevolgen hebben voor de procespositie van de verdachte en ten aanzien waarvan de officier van justitie ook om andere redenen niet van oordeel is dat deze gevolgen dienen te hebben voor de strafprocedure, kunnen wel worden voorzien van een reactie (richting de politie). De officier van justitie heeft immers ook een normstellende en opvoedkundige taak richting de politie. Deze normstellende en opvoedkundige taak wordt – naast de hierboven genoemde magistratelijkheid en gezag van de officier van justitie – veel genoemd als reden voor een 'ruime' toezichthoudende taak op de politie.[35] Ruim in die zin dat wordt toegezien op de naleving van alle strafvorderlijke normen, er veel direct contact is met de politieambtenaren en de terugkoppeling plaatsvindt met een zekere didactische houding. De gedachte is dat door het sturen van de politie en het corrigeren van fouten onrechtmatig handelen in de toekomst voorkomen kan worden en de kwaliteit van het politiewerk kan worden verhoogd. Hierbij gaan officieren van justitie doorgaans ervanuit dat de beslissingen die zij nemen en de normering die zij aanleggen in de wijze waarop gebruik wordt gemaakt van opsporingsbevoegdheden een zeker lerend effect heeft op de opsporingsambtenaren. Of dat ook daadwerkelijk altijd het geval is, valt echter te betwijfelen. Immers, ook binnen de ZSM is er ondanks het directe contact tussen de officier van justitie en de politie geen duidelijk leereffect waar te nemen. De beslissingen van de officier van justitie worden niet altijd goed begrepen door opsporingsambtenaren, wat ervoor zorgt dat het lerend effect ervan verloren gaat.[36]

Hierbij speelt de uiteenlopende wijze waarop officieren van justitie het toezicht uitoefenen een belangrijke rol. In het vorige hoofdstuk is reeds besproken dat respondenten niet alleen op verschillende wijze invulling geven aan hun toezichthoudende taak – de ene officier van justitie is proactiever in het terugkoppelen van fouten aan opsporingsambtenaren en dicht zichzelf een grotere opvoedkundige taak toe dan de ander –, maar zij verschillen ook van mening over wat als een ernstig vormverzuim kan worden aangemerkt, of en welke reactie op een vormverzuim geboden is, en welke eisen gesteld kunnen worden aan opsporingsambtenaren. Een onrechtmatige doorzoeking van een woning wordt bijvoorbeeld door sommige officieren van justitie als een zeer ernstig vormverzuim gezien (en in voorkomende gevallen verbinden

35 Zie § 8.2.2.
36 Zie bijv. Lindeman 2017, p. 135.

officieren van justitie daar ook gevolgen aan voor het eventueel vergaarde bewijs), terwijl andere officieren van justitie hier makkelijker overheen stappen en zich op het standpunt stellen dat zolang er transparantie is geboden over de volledige gang van zaken tijdens het opsporingsonderzoek – inclusief eventuele fouten – en het recht op een eerlijk proces van de verdachte niet is geschaad, er geen sprake hoeft te zijn van een rechtsgevolg. Gezien de grote mate van diversiteit in de oordeelsvorming van de officier van justitie, lijkt hier een taak weggelegd voor de rechter om zich in het kader van zijn eigen toezicht duidelijker uit te laten over het belang van de geschonden norm om zo meer eenduidigheid te creëren in de normering van de opsporing.

9.4 Complexiteit van het normen- en toezichtstelsel

Zoals in het eerste deel van dit onderzoek is gesteld, ligt het voor de hand dat een normeringsgebrek in het toezicht op de naleving van strafvorderlijke normen bijdraagt aan de vervaging van grenzen van strafvorderlijke bevoegdheden, waardoor opsporingsambtenaren onvoldoende inzicht krijgen in de wijze waarop zij hun handelen moeten afstemmen op de wet en daarmee steeds vaker (bewust dan wel onbewust) regels overtreden. De vraag is echter of het gebrek aan normnaleving door politieambtenaren en onvoldoende kennis over strafvorderlijke regels teruggevoerd kunnen worden op een normerings- en toezichtsgebrek vanuit de rechter en/of de officier van justitie. In het kader van dit onderzoek is niet bekeken in hoeverre deze verschillen in reactie voor problemen zorgen op het niveau van politieambtenaren. Er is echter wel reden om aan te nemen dat politieambtenaren kunnen worstelen met deze onderlinge verschillen in sturing en normering door het OM. De onderzoekers van het rapport Handelen naar Waarheid constateren ten aanzien van de door de politie op te maken processen-verbaal in ieder geval 'dat officieren van justitie onderling sterk verschillende eisen stellen aan de opbouw, inhoud en mate van detaillering van processen-verbaal. Uitvoerenden zien het proces-verbaal te vaak als een administratieve last in plaats van als een weerslag van vakmanschap.'[37] Maar veelal lijken problemen in de politiepraktijk niet zo zeer samen te hangen met onduidelijke normering maar met een gebrek aan (strafvorderlijke) kennis binnen de politie. Uit onderzoek naar het kennisniveau van opsporingsambtenaren komt het beeld naar voren dat opsporingsambtenaren niet altijd goed op de hoogte zijn van de wijze waarop zij gebruik dienen te maken van hun strafvorderlijke bevoegdheden. Al in 2011 stelde de Politieonderwijsraad dat bij de politie een gebrek bestaat aan juridische kennis – dat geldt zowel ten aanzien van het materiële strafrecht als ten aanzien van kennis over de inzet van strafvorderlijke bevoegdheden – en inzicht, waardoor zij vaak onvolledig onderzoek verricht en in het verlengde daarvan gebrekkige

37 Rapport Handelen naar waarheid 2016, p. 19-20.

processen-verbaal instuurt aan het OM.[38] Begeleiding van agenten – zowel vanuit de politieleiding als het OM – ontbreekt vaak. De Inspectie Justitie en Veiligheid kwam in 2014 tot eenzelfde conclusie ten aanzien van politiemensen werkzaam in de basispolitiezorg.[39] Zij rapporteerde dat het niveau van de parate kennis van opsporingsbevoegdheden bij politiemensen in de basispolitiezorg suboptimaal is en de politie nauwelijks aanvullend wordt opgeleid. Er is in het algemeen sprake van een gebrekkige kennis van bevoegdheden. Borging van die parate kennis in en door de organisatie ontbreekt: het gebruik van de diverse instrumenten die worden aangereikt om kennis up-to-date te houden is vrijblijvend en de parate kennis van de individuele politieambtenaren wordt niet periodiek getoetst. Daarnaast worden politieambtenaren (na hun basisopleiding) niet meer getoetst op actuele kennis van bevoegdheden en voor het gebruik van geweldsmiddelen door medewerkers in de opsporing.[40] Deze bevindingen beperken zich niet tot de basispolitiezorg. Ook met betrekking tot recherchemedewerkers bestaan er zorgen over het kennisniveau. In het rapport Handelen naar waarheid concluderen de onderzoekers dat ook onder recherchemedewerkers een kennisdeficit bestaat, in het bijzonder onder diverse ervaren recherchemedewerkers.[41] Hierbij gaat het om gebreken in recherchevaardigheden (zoals verbaliseren en verhoortechnieken), maar ook gebrek aan kennis over het strafrecht in algemene zin en de strafvorderlijke bevoegdheden.[42] Ook met redelijk gedetailleerde regels, zoals de Wet politiegegevens, zijn politieambtenaren niet goed bekend en weten onvoldoende wat wel en niet is toegestaan is in de omgang met persoonsgegevens.[43]

Het bovenstaande brengt ons bij de constatering die in het eerste deel van dit onderzoek is gedaan met betrekking tot de complexiteit van het normenstelsel en de problemen die deze complexiteit met zich zou kunnen brengen voor opsporingsambtenaren wier gedrag aan dit normenkader dient te beantwoorden. Of deze complexiteit van het normenstelsel, al dan niet in samenhang met het hierboven besproken normeringsgebrek in het toezicht problematisch is voor de normadressaat, kan niet met zekerheid worden gesteld. Wel kan op basis van dit onderzoek worden gesteld dat het bonte palet aan strafvorderlijke normen de toezichthouders voor problemen stelt. Deze 'overnormering' stelt de toezichthouder voor een omvangrijke taak: hij dient zorg te dragen voor de handhaving van de vele strafvorderlijke normen, terwijl niet altijd

38 Juridische kennis en het proces-verbaal 2011, p. 36-37.
39 Rapport Parate kennis bevoegdheden politie 2014, p. 40.
40 Rapport Parate kennis bevoegdheden politie 2014, p. 19-20; p. 38-39.
41 Rapport Handelen naar waarheid 2016, p. 20.
42 Rapport Handelen naar waarheid 2016, p. 89.
43 Rapport Handelen naar waarheid 2016, p. 61. Hoewel sinds het verschijnen van bovengenoemde rapporten nog geen onderzoek is geweest naar eventuele verbeteringen, is er weinig reden om aan te nemen dat de situatie sedertdien is verbeterd. Zie bijv. Noodkreet Recherche 2018 en de verschillende onderzoeken van de Inspectie Justitie en Veiligheid aangaande het politieonderwijs.

duidelijk is waartoe de norm dient en in welke context de naleving ervan van belang is. Doordat de toezichthouders (rechter en officier van justitie) de handhaving van al deze normen kennelijk niet tot de kern van hun toezichthoudende taak rekenen, wordt een ander (minder omvangrijk) beoordelingskader gehanteerd voor het toezicht, namelijk het eerlijkheidsperspectief van artikel 6 EVRM. Paradoxaal genoeg leidt dit uiteindelijk tot een zekere 'ondernormering', namelijk een gat in dat onderdeel van het toezicht dat betrekking heeft op de precisering en verduidelijking van de onderliggende strafvorderlijke normen.

Dat maakt het aannemelijk dat ook de normadressaat hier uiteindelijk de negatieve gevolgen van zal ondervinden. De combinatie van grote onderlinge verschillen in de wijze waarop het toezicht wordt ingevuld en verschillen in de wijze waarop het handelen wordt genormeerd, dragen niet bij aan een beter begrip van het strafvorderlijke stelsel door politieambtenaren en daarmee aan betere normnaleving. Het gevaar is immers dat wanneer politieambtenaren onvoldoende bekend zijn met strafvorderlijke normen – en het belang van naleving van die normen – de intrinsieke motivatie om zich aan die normen te houden geringer wordt. Immers, wanneer normen onbekend zijn, kan er geen intrinsieke motivatie bestaan om normconform te handelen. Wanneer daarnaast de controle op naleving van die normen onvoldoende (helder) is, zal er sneller en vaker sprake zijn van normoverschrijdend gedrag.

9.5 Conclusie

In het eerste deel van dit onderzoek is het onderscheid tussen controle, sanctionering en normering uiteengezet. Hoewel het hier in de kern om uiteenlopende activiteiten gaat, zijn zij nauw met elkaar verbonden en kunnen daarom met elkaar overlappen. Ook in de praktijk zijn deze activiteiten niet altijd duidelijk van elkaar te onderscheiden. Deze onderlinge verbondenheid brengt mee dat onduidelijkheden of knelpunten in het ene kader kunnen doorwerken in de andere kaders. Zo kan een onduidelijke controle of terughoudende sanctionering eraan bijdragen dat ook onduidelijkheid ontstaat over de inhoud van de (geschonden) norm en deze mede om die reden minder goed wordt nageleefd.

Dat blijkt uit de huidige toezichtspraktijk. Het rechterlijk toezicht heeft een belangrijke focus op een onderdeel van het sluitstuk van het toezicht, namelijk de sanctionering van onrechtmatig handelen en richt zich daarbinnen bovendien op het waarborgen van de subjectieve rechten van de verdachte (in het bijzonder die rechten die betrekking hebben op de eerlijkheid van de procedure). Het feit dat de strafrechter niet altijd in staat is om toe te zien op de naleving van elke strafprocessuele norm – door middel van controle en sanctionering – is vanuit praktisch oogpunt te billijken. De focus van de rechter op het waarborgen van die normen die raken aan de eerlijkprocesrechten van de verdachte is bovendien alleszins begrijpelijk vanuit de gedachte dat het

waarborgen van de eerlijkheid van het proces een inherente taak is van de rechter. Ten aanzien van de schending van andere strafvorderlijke normen staat de jurisprudentie van de Hoge Raad een grote mate van terughoudendheid voor. Mede hierdoor laat de hoogste rechter zich niet altijd uit over de schending van deze strafvorderlijke normen. Dit normeringsgebrek werkt door in de feitenrechtspraak waar in voorkomende gevallen met een verwijzing naar de jurisprudentie van de Hoge Raad niet (voldoende) wordt genormeerd. Deels is de oorzaak hiervan de grote concentratie op de sanctionering van vormverzuimen; omdat de rechter geen sanctie wil verbinden aan het vormverzuim – vanwege de geringe ernst van het vormverzuim of de aard van de regel – wordt in bepaalde gevallen ook niet genormeerd (of zelfs gecontroleerd). Niettemin behoudt hij ook in het kader van de beoordeling van het recht op een eerlijk proces de verantwoordelijkheid zich uit te laten over andere normoverschrijdingen. De focus op het eerlijkheidsperspectief – en de subjectieve rechten van de verdachte in het algemeen – draagt er daarnaast aan bij dat onvoldoende acht wordt geslagen op strafvorderlijke normen die niet direct hieraan raken. Hierdoor is het de vraag of (voldoende) wordt toegezien op die normen die volgens de Hoge Raad niet raken aan het recht op een eerlijk proces, wat de veelzijdige en meerduidige notie van eerlijkheid precies inhoudt en hoe deze zich verhoudt tot de andere strafvorderlijke regels in het stelsel.

Bovendien lijkt de terughoudendheid van de rechter ook door te werken in het toezicht dat de officier van justitie houdt op de opsporing. Dat is des te problematischer wanneer men bedenkt dat deze terughoudendheid (mede) voortvloeit uit de gedachte dat de rechter zich niet primair moet bezighouden met het controleren van de opsporing, aangezien de officier van justitie primair verantwoordelijk is voor het rechtmatig handelen van opsporingsambtenaren. Deze beperkte rechterlijke controle draagt er echter aan bij dat de officier van justitie eveneens een beperkte(re) controle uitoefent aangezien hij hetzelfde toetsingskader als de rechter hanteert. Hierdoor blijft ook aan de zijde van de officier van justitie het toezicht in bepaalde gevallen (ten aanzien van bepaalde normen) achterwege.

Het onvoldoende preciseren van strafvorderlijke normen in het kader van het toezicht kan leiden tot een normeringsgebrek en daarmee tot onduidelijkheid over de functie van de norm en uiteindelijk tot vervaging van de grenzen van deze normen waardoor voor opsporingsambtenaren mogelijk niet altijd duidelijk is op welke wijze zij dienen te handelen in het kader van het opsporingsonderzoek. Of dit risico daadwerkelijk waarheid is geworden, kan op basis van dit onderzoek niet met zekerheid worden gesteld. Wel kan worden vastgesteld dat de veelheid aan normen en het gegeven dat de oordeelsvorming in het kader van het toezicht op die normen niet altijd helder is, bijdragen aan inconsistenties in het toezicht dat door de rechter en de officier wordt uitgeoefend.

Bovenstaande constateringen roepen de vraag op in hoeverre er bezien vanuit het aan het slot van deel I geformuleerd toetsingskader gesproken kan worden van toereikend of goed toezicht op de naleving van strafprocessuele normen door politie en justitie.

10 Conclusie en aanbevelingen

10.1 Inleiding

In de probleemanalyse van dit boek is een koppeling gemaakt tussen de normering van het handelen van opsporingsambtenaren in het kader van het strafvorderlijk onderzoek en het toezicht dat op de naleving van die strafvorderlijke normen wordt gehouden. Deze probleemanalyse heeft vervolgens geleid tot een vraagstelling die uiteenvalt in een aantal deelvragen. In de eerste plaats buigt de vraagstelling zich over de wijze waarop en de doelstellingen waarmee het strafvorderlijk handelen van opsporingsambtenaren wordt genormeerd. Het eerste deel van dit boek heeft zich gebogen over deze materie; in dit deel is aandacht besteed aan de redenen waartoe strafvorderlijke normen in het leven worden geroepen, de vraag hoe het huidige speelveld aan strafvorderlijke normen waar het handelen van politie en justitie aan dient te beantwoorden eruitziet en aan de vraag wat dit betekent voor het toezicht op de naleving van deze normen. Op deze vragen is in de deelconclusie op deel I reeds een antwoord geformuleerd. Daarnaast is op basis hiervan een aantal eisen en kenmerken geformuleerd die gesteld kunnen worden aan goed toezicht in de strafvorderlijke context. In het tweede deel van dit onderzoek is gekeken naar hoe het toezicht op strafvorderlijke normen momenteel is vormgegeven, waarbij in de eerste plaats een aantal toezichthouders de revue heeft gepasseerd en vervolgens de focus is verlegd naar de wijze waarop het toezicht binnen het strafvorderlijke kader (dat wil zeggen door de rechter en de officier van justitie) in de praktijk is vormgegeven en waar op dat vlak de belangrijkste pijnpunten liggen.

In dit hoofdstuk worden de bevindingen van dit onderzoek gepresenteerd en worden de twee delen van het onderzoek op elkaar betrokken. In 10.2 worden de belangrijkste punten van het eerste deel nog eens gerecapituleerd. Vervolgens worden in 10.3 de bevindingen op basis van het onderzoek dat in hoofdstukken 5 tot en met 8 heeft plaatsgevonden, weergegeven. Deze paragraaf bevat de antwoorden op de vraag hoe het toezicht op de naleving van strafvorderlijke normen door opsporingsambtenaren is geregeld en hoe daar in de praktijk invulling aan wordt gegeven. In het licht van het in de deelconclusie op deel I geschetste kader voor goed toezicht wordt in 10.4 vervolgens het huidige toezicht geëvalueerd. Tot slot wordt in 10.5 de blik vooruit gericht en wordt een aantal aanbevelingen gedaan ter verbetering van

de huidige situatie, zowel wat betreft de normering als het toezicht op deze normen.

10.2 Normering van het handelen van politie en het OM

Het huidige stelsel aan normen waar politie en justitie zich in het kader van het strafproces aan moeten houden, is niet alleen omvangrijk maar laat bovendien een grote mate van diversiteit zien in type normen. Van opsporingsambtenaren wordt niet alleen gevergd dat ze zich aan een groot aantal strafprocessuele normen houden, de verschillende normen zijn ook veelal andersoortig. Dat wil zeggen, de normering vindt plaats op verschillende wetgevingsniveaus en daarmee in verschillende (wettelijke) instrumenten; niet alleen de formele wetgever roept strafprocessuele normen in het leven, ook op een lager niveau worden deze normen gecreëerd, bijvoorbeeld in de vorm van aanwijzingen en protocollen. Daarnaast worden ook in de nationale en Europese jurisprudentie nieuwe strafprocessuele normen in het leven geroepen waaraan het gedrag van opsporingsambtenaren dient te beantwoorden. De diversiteit is ook in de aard van de verschillende normen gelegen, sommige normen zijn precies geformuleerd en schrijven nauwgezet voor aan welke eisen het gedrag van opsporingsambtenaren moet voldoen (dat geldt veelal voor strafvorderlijke normen die in het Wetboek van Strafvordering zijn opgenomen), terwijl andere strafprocessuele normen niet zozeer een zekere wijze van handelen voorschrijven of verbieden maar veeleer een meer open karakter hebben. Tevens hebben niet alle strafprocessuele normen altijd primair de opsporingsambtenaar als normadressaat; daar waar het Wetboek van Strafvordering zich veelal lijkt te richten tot opsporingsambtenaren, geldt dat in mindere mate voor bijvoorbeeld mensenrechtelijke normen die eveneens het strafvorderlijk handelen van opsporingsambtenaren normeren.

Ook de wijze en de redenen waartoe het handelen van opsporingsambtenaren wordt genormeerd zijn divers. Deze redenen zijn ingegeven door een combinatie van maatschappelijke ontwikkelingen, pragmatische noodzaak en rechtspolitieke keuzes en voorkeuren. Daarnaast zijn deze redenen – evenals de normen zelf – allerminst statisch en veranderen in de loop der tijd van functie en betekenis. In algemene zin is het daarom niet eenvoudig om aan elke strafvorderlijke norm een specifieke achterliggende waarde toe te schrijven. Deze diversiteit is ook waar te nemen in de wijze waarop het handelen wordt genormeerd. Het Wetboek van Strafvordering is niet langer de belangrijkste bron voor het handelen van opsporingsambtenaren. Zij moeten zich ook steeds meer oriënteren op andere strafvorderlijke rechtsbronnen zoals de rechtspraak, lagere wetgeving en ongeschreven beginselen van het recht. Het resultaat is dat het huidige speelveld aan strafvorderlijke normen waaraan het handelen van politie en OM moet beantwoorden een zeer divers beeld laat zien van strafprocessuele normen met uiteenlopende redenen waartoe deze

in het leven zijn geroepen. Een risico dat dit met zich brengt is dat niet altijd op voorhand duidelijk is welk doel de norm precies beoogt te bereiken, op welke wijze de norm nageleefd dient te worden en op welke wijze het toezicht op de naleving van de norm ingericht dient te worden. Het gebrek aan centrale regie en de veelheid aan strafvorderlijke normen hoeven echter op zichzelf niet noodzakelijkerwijs tot een probleem te leiden in de praktijk. Het nader inkaderen en/of interpreteren van (strafvorderlijke) normen door bijvoorbeeld de lagere wetgever of de rechter kan juist bijdragen aan de verduidelijking van een norm. Te denken valt aan het concretiseren van de omstandigheden en criteria waaronder (ruim geformuleerde) opsporingsbevoegdheden gebruikt mogen worden in bijvoorbeeld aanwijzingen voor het gebruik van opsporingsbevoegdheden. Tegelijkertijd zitten er ook problematische aspecten aan deze versnippering van strafvorderlijke normen. Het telkens grijpen naar wetgeving zorgt er niet alleen voor dat het stelsel vanuit wetssystematisch perspectief de nodige gebreken heeft,[1] maar uit dit onderzoek blijkt dat het ook de (toezichts)praktijk voor de nodige problemen stelt.

Er wordt vaak gegrepen naar nieuwe regelgeving als reactie op maatschappelijke of sociale ontwikkelingen of zelfs incidenten, terwijl niet altijd duidelijk is wat de praktijk met deze nieuwe regels aan moet.[2] De vraag is ook of nieuwe strafvorderlijke wetgeving telkens de meest aangewezen oplossing is voor de (maatschappelijke) problemen die zich voordoen. Onder omstandigheden kan nieuwe wetgeving wel degelijk oplossingen bieden, bijvoorbeeld wanneer sprake is van een situatie van zogenoemde 'ondernormering'. Een duidelijke illustratie hiervan vormde de IRT-affaire. Volgens de Commissie-Van Traa had het gebrek aan duidelijke normering van het handelen van opsporingsambtenaren er destijds aan bijgedragen dat binnen de opsporing niet duidelijk was welke opsporingshandelingen al dan niet waren toegestaan. Met het in het leven roepen van de Wet-Bob zorgde de wetgever voor de nodige opheldering. Tegelijkertijd was dit slechts een deel van het probleem; de wanordelijkheden ten tijde van de IRT-affaire hadden deels met wetgeving te maken maar waren deels ook te wijten aan een gebrek aan sturing van de opsporing en toezicht op het handelen van opsporingsambtenaren. Het in het leven roepen van nieuwe regels kan daarom nooit een eindoplossing zijn; wil een regel effectief zijn dan is het ook noodzakelijk dat er wordt toegezien op naleving ervan.

Het strafvorderlijke kader heeft zich sinds het IRT-tijdperk sterk uitgebreid. Zo sterk dat het stelsel lijkt te zijn doorgeschoten in het andere uiterste. In

1 Zie ook de opmerkingen van de wetgever over de vele wijzigingen van het Wetboek van Strafvordering die de overzichtelijkheid en toegankelijkheid van het wetboek op de proef stellen (*Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278 p. 2).

2 Sprekende voorbeelden zijn met name regels die betrekking hebben op de bescherming van de privacy, zoals de (inmiddels gewijzigde) regeling omtrent de vordering van gegevens.

bepaalde opzichten kan zelfs van een zekere 'overnormering' worden gesproken.[3] Hoewel niet met zekerheid kan worden gesteld dat dit strafvorderlijk kader door opsporingsambtenaren als te complex wordt ervaren – gebreken in kennisniveau en begrip van strafvorderlijke normen worden tot op heden veelal in relatie gebracht met problemen in de politieopleiding en onvoldoende tijd om vakkennis bij te houden – brengt de grote hoeveelheid normen wel een toezichtsprobleem met zich: juist vanwege deze grote hoeveelheid aan strafprocessuele normen is het niet goed mogelijk om op al deze normen toezicht uit te oefenen terwijl dit toezicht wel essentieel is. In de eerste plaats is dat van belang voor de bevestiging van de norm. Als onvoldoende wordt toegezien op de naleving van een norm kan de gedachte postvatten dat de norm kennelijk niet belangrijk wordt gevonden. Immers, wanneer de overschrijding van een norm (telkens) zonder consequenties blijft, is het de vraag wat de functie van een dergelijke norm is. Terwijl voor de verwezenlijking van de onderliggende waarde(n) van de normen het wel van belang is dat de norm ook daadwerkelijk wordt nageleefd. Ten tweede is toezicht van belang voor de precisering van de norm. Door de handhaving van de norm wordt duidelijk hoe de norm in concreto moet worden toegepast en op welke wijze het handelen moet beantwoorden aan de norm. Tot slot is normnaleving – in het bijzonder ook naleving van normen door de overheid zelf – cruciaal voor het vertrouwen van de samenleving in de overheid. Dat brengt mee dat er toezicht moet bestaan op de naleving van normen en eventuele handhaving van normoverschrijdingen. Zo bezien is toezicht dan ook een integraal onderdeel van normering van gedrag.

10.3 Toezicht op de naleving van strafvorderlijke normen

Het huidige strafvorderlijk stelsel laat niet alleen aan de zijde van de normering een complex beeld zien, ook aan de zijde van het toezicht op de naleving van deze normen bestaat er onduidelijkheid. Het is om te beginnen problematisch dat noch in de praktijk noch in de literatuur een eenduidige en ondubbelzinnige opvatting bestaat over wat dient te worden verstaan onder toezicht in de strafvorderlijke context en welke eisen hieraan gesteld kunnen en moeten worden. Dit draagt eraan bij dat in de discussie over het toezicht op de naleving van strafvorderlijke normen niet altijd duidelijk is wie een toezichthoudende taak uitoefent en/of zou moeten uitoefenen, en hoe dit toezicht precies gewaardeerd kan worden. Toezicht is immers een ruim begrip en bestaat in zeer verschillende contexten. Indien we toezicht in de meest ruime zin van het woord opvatten, dan moeten we concluderen dat een groot aantal toezicht-

3 Als voorbeeld kan worden gewezen op de (onoverzichtelijke) regeling van de bijzondere opsporingsbevoegdheden, maar ook de vele aanwijzingen, werkinstructies en gedragscodes van opsporingsambtenaren

houdende instanties (wettelijk) belast is met het houden van (een bepaalde vorm van) toezicht op verschillende aspecten van het werk van opsporingsambtenaren. Binnen de strafvorderlijke context moet worden gedacht aan de strafrechter en het OM, maar ook buiten deze strafvorderlijke context kan op een groot aantal instanties worden gewezen, zoals verschillende organen binnen de politieorganisatie, de Nationale ombudsman, de Inspectie Justitie & Veiligheid, de Algemene Rekenkamer, de Onderzoeksraad voor Veiligheid, en de Autoriteit persoonsgegevens. Met betrekking tot de laatstgenoemde toezichthouders geldt dat zij weliswaar een bepaalde vorm van toezicht uitoefenen op het handelen van politie en justitie, maar dat dit toezicht veelal niet in het teken staat van de naleving van strafprocessuele normen. Het zogenoemde nalevingstoezicht wordt primair uitgeoefend door de rechter en de officier van justitie (en meer algemeen het OM).

Om te beginnen met het rechterlijk toezicht. Hoewel het toezicht op de naleving van strafprocessuele normen in het vooronderzoek niet altijd een expliciete en ondubbelzinnige aan de zittingsrechter toebedeelde verantwoordelijkheid is geweest in het Wetboek van Strafvordering, heeft hij deze taak sedert de jaren 60 wel op zich genomen. Inmiddels is deze rechterlijke controle voorzien van een wettelijke grondslag in het Wetboek van Strafvordering, maar de wetgever heeft zich nooit uitdrukkelijk uitgelaten over de reikwijdte van deze controlerende taak van de rechter en de doelstellingen die ermee worden beoogd. Bij de invoering van artikel 359a Sv is er expliciet voor gekozen de rechter een ruime discretionaire bevoegdheid te geven in de wijze waarop en mate waarin wordt gereageerd op onrechtmatig strafvorderlijk optreden. Deze beoordelingsvrijheid heeft ertoe geleid dat de kaders voor de controlerende taak van de rechter in belangrijke mate bepaald zijn in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Het huidige beeld dat uit deze jurisprudentie kan worden gedestilleerd, is dat de rechter terughoudend moet omgaan met het reageren op onrechtmatigheden begaan in het vooronderzoek. De jurisprudentiële drempels voor het verbinden van rechtsgevolgen – met name bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkheid – aan dergelijke onrechtmatigheden zijn hoog, en indien de rechter ervoor kiest een vormverzuim te sanctioneren dient hij dat uitvoerig te motiveren. Aan deze motiveringsplicht – en de daarmee samenhangende stelplicht voor de verdediging die zich op een dergelijk vormverzuim beroept – stelt de Hoge Raad bovendien hoge eisen, enerzijds om de controlerende taak van de rechter te beteugelen en anderzijds om de uniformiteit van het rechterlijk toezicht te waarborgen. Hoewel het feit dat de sanctionering van normoverschrijdingen terughoudend plaatsvindt, niet noodzakelijkerwijs meebrengt dat er ook geen controle of normering – in de zin van precisering van de norm – plaatsvindt of daarin dezelfde mate van terughoudendheid betracht wordt of dient te worden, lijkt de jurisprudentie van de Hoge Raad wel aanleiding te geven om terughoudend te zijn in zowel de controle op het handelen van opsporingsambtenaren als de normering van het strafproces. Dit beeld wordt bevestigd in het onderzoek naar de feitenrechtspraak waaruit

blijkt dat de terughoudendheid die de Hoge Raad voorstaat ten aanzien van de sanctionering van vormverzuimen – als gevolg van de jurisprudentiële drempels voor het verbinden van sancties aan vormverzuimen – eraan bijdraagt dat de rechter ook met terughoudendheid de opsporing controleert. Immers, wanneer bij voorbaat vaststaat dat een bepaald vormverzuim niet tot een sanctie kan leiden, neemt daarmee ook de noodzaak van controle af. Opvallend is bovendien dat de feitenrechter steeds vaker met een verwijzing naar de jurisprudentie van de Hoge Raad afziet van controle of normering, terwijl de situatie daar wel om vraagt, bijvoorbeeld omdat een beroep wordt gedaan op de schending van vage of open normen zoals het recht op een eerlijk proces (zonder te specificeren om welke deelnorm het gaat).[4]

In algemene zin volgt de feitenrechter de jurisprudentiële lijn van de Hoge Raad. Niettemin lijkt hij zich in bepaalde gevallen ook een zekere ruimte te permitteren om buiten dat strikte kader invulling te geven aan zijn controlerende taak. Hierbij gaat het bijvoorbeeld om een uitgebreidere controle (en sanctionering) van onrechtmatigheden die in de opvatting van de Hoge Raad niet direct raken aan de procespositie van de verdachte, zoals schendingen van de verbaliseringsplicht (die hersteld zijn of kunnen worden), onrechtmatigheden rondom de start van het vooronderzoek en schendingen van het huisrecht. Ook is in de feitenrechtspraak te zien dat de rechter met betrekking tot bepaald optreden meer genegen is om gebruik te maken van zijn controlerende en normerende taak, zoals bij de toetsing van het gebruik van geweld door opsporingsambtenaren en bij de normering van nieuwe opsporingsmethoden.

De ruimte die de feitenrechter neemt om af te wijken van de jurisprudentie van de Hoge Raad leidt echter niet altijd tot een uitvoeriger rechterlijke controle van het vooronderzoek. In bepaalde gevallen kan een afwijking van de jurisprudentiële lijn ook leiden tot vervaging van de normering en ongelijkheid in de wijze waarop wordt omgegaan met normschendingen. De feitenrechter oriënteert zich bijvoorbeeld niet altijd duidelijk op de aard van de geschonden norm en de relatie tussen de normschending, het daaraan te verbinden rechtsgevolg en het doel van sanctionering. In de jurisprudentie van de Hoge Raad – in het bijzonder het Onbevoegde hulpofficier-arrest – wijst de Hoge Raad nadrukkelijk op het belang van de explicitering van het doel van sanctionering in het licht van de normschending (in de literatuur de doel-middelbenadering genoemd).[5] Een dergelijke expliciete koppeling wordt veelal wel gemaakt wanneer de geschonden norm duidelijk raakt aan de eerlijkprocesrechten van de verdachte – bijvoorbeeld het recht op rechtsbijstand – maar is minder duidelijk (of geheel afwezig) wanneer het een normschending betreft die aan andere belangen raakt (zoals het recht op privacy) waaraan de rechter niettemin een consequentie wil verbinden. Mede hierdoor bestaan er veel onderlinge verschillen in de wijze waarop feitenrechters omgaan met vormverzuimen.

4 Zie uitgebreid § 7.4.2.
5 Kuiper 2014, p. 153-176.

Dit brengt mee dat het niet altijd eenvoudig is om aan te geven hoe het rechterlijk toezicht er in de praktijk precies uitziet: de Hoge Raad staat weliswaar een grote mate van terughoudendheid voor in – met name – de sanctionering van onrechtmatig strafvorderlijk handelen, maar hier wordt door de feitenrechter nogal eens van afgeweken. Ook met betrekking tot bepaalde strafvorderlijke normen lijkt de feitenrechter zich een grotere rol toe te bedelen in het toezicht dan de jurisprudentie van de Hoge Raad lijkt toe te staan. In de volgende paragraaf zal ik terugkomen op de betekenis van deze praktijk voor de waardering van het toezicht.

De andere belangrijke hoofdrolspeler in het toezicht op de naleving van strafvorderlijke normen door opsporingsambtenaren is de officier van justitie (en in meer algemene zin het OM). In theorie wordt de toezichthoudende taak van de officier van justitie afgeleid uit zijn gezag over het opsporingsonderzoek; hij heeft ingevolge dit gezag immers de eindverantwoordelijkheid voor de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek. Ook in de praktijk zien officieren van justitie in zijn algemeenheid een duidelijke toezichthoudende taak voor zichzelf weggelegd. De invulling van deze taak is echter minder vanzelfsprekend dan het *bestaan* van die taak. Het gebrek aan eenduidigheid hieromtrent resulteert mede in uiteenlopende wijzen waarop vanuit het OM toezicht wordt uitgeoefend op de politie. Officieren van justitie worstelen soms met de exacte invulling van deze toezichthoudende taak en de reikwijdte ervan. In hoeverre dient een geconstateerde fout bijvoorbeeld te worden teruggekoppeld aan de politie en op welke niveau dient deze terugkoppeling plaats te vinden? Bovendien bestaat er onduidelijkheid over de vraag in hoeverre de politie lering trekt uit deze terugkoppeling en in hoeverre hier nog een taak ligt voor de individuele officier van justitie. De verschillende opvattingen ten aanzien van de reikwijdte en invulling van de toezichthoudende taak van de officier van justitie brengen mee dat de wijze waarop het toezicht in de praktijk wordt vormgegeven onderling sterk kan verschillen. Deze verschillen zitten niet enkel in de wijze waarop wordt gereageerd op geconstateerde normoverschrijdingen (bijvoorbeeld in de wijze van terugkoppeling naar de politie), ook de mate waarin en de normen waarop het toezicht wordt uitgeoefend verschillen soms sterk. Daar komt bij dat het toezicht in verschillende typen zaken anders wordt ingevuld. Zo is er bij de grote onderzoeken een intensieve controle en betrokkenheid bij het opsporingsonderzoek, zowel vanuit de zaaksofficier als op het niveau van de rechercheofficier op het arrondissementparket. Ook wanneer het gaat om de ZSM-zaakstromen stellen officieren van justitie dat er duidelijk zicht is op het handelen van opsporingsambtenaren in het vooronderzoek en er voldoende mogelijkheden bestaan tot sturing van dat handelen. Anders is dat bij de zogenoemde loopzaken, zaken die worden overgenomen van collega-officieren, of zaken waarin enige tijd is verstreken sinds de sluiting van het opsporingsonderzoek. In dergelijke zaken vindt doorgaans geen terugkoppeling plaats richting de politie. Los van het terugkoppelingsvraagstuk kan de officier van justitie ook rechtsgevolgen verbinden

aan een geconstateerd vormverzuim. Hiertoe lijken de meeste officieren van justitie echter niet snel geneigd te zijn, zo blijkt uit de interviews.[6] Hierbij lijkt met name het toetsingskader van de Hoge Raad ingevolge artikel 359a Sv leidend te zijn. De restrictieve uitleg van de Hoge Raad werkt aldus ook door in het toezicht dat door de officier van justitie wordt gehouden op het opsporingsonderzoek. Kortom, het gebrek aan een gedeelde opvatting over de inhoud van de toezichthoudende taak van de officier van justitie brengt mee dat de wijze waarop dit toezicht thans wordt ingevuld zeer gefragmenteerd is.

10.4 Waardering van het toezicht

In het licht van het voorgaande is de vraag nu hoe het huidige toezicht op de naleving van strafvorderlijke normen door opsporingsambtenaren dient te worden gewaardeerd. Voor de beantwoording van die vraag is het van belang om de kenmerken van goed toezicht, zoals deze aan het einde van het eerste deel van dit onderzoek zijn geformuleerd hier nog eens kort te herhalen. De waardering van het huidige toezicht zal immers worden geplaatst in de sleutel van het beoordelingskader van wat in strafvordering te gelden heeft als goed toezicht.

Toezicht in de strafvorderlijke context – zoals gedefinieerd in het eerste deel – behelst drie componenten, te weten informatievergaring, oordeelsvorming en interventie, waaraan om van goed toezicht te kunnen spreken vervolgens enkele aanvullende eisen worden gesteld. De institutionele vereisten brengen mee dat het toezicht formeel, transparant, onafhankelijk en belangeloos dient te zijn. Ten aanzien van de reikwijdte van het toezicht kan een zekere mate van volledigheid worden verlangd. En tot slot volgt uit de inhoudelijke vereisten dat de toezichthouder zich oriënteert op de onderliggende waarden van de normen waarop het toezicht betrekking heeft en er een zekere mate van opheldering van deze normen plaatsvindt. Deze componenten worden hieronder nog kort toegelicht.

De eerste component van toezicht bestaat uit het verzamelen van informatie over het handelen van opsporingsambtenaren in het kader van het opsporingsonderzoek. Hiervoor is het van belang dat de toezichthouder kan beschikken over informatie over het handelen van opsporingsambtenaren in de context van het opsporingsonderzoek. Om de objectiviteit van het toezicht te waarborgen, is het van belang dat de toezichthouder voor zijn informatiepositie niet (louter) afhankelijk is van de informatie die opsporingsambtenaren (willen) aanleveren, maar zowel de formele bevoegdheden als de praktische middelen heeft om zelf onderzoek in te stellen of te doen instellen. De eis van volledig-

6 § 8.3.4.

heid brengt in dit verband mee dat de toezichthouder in potentie zicht heeft of kan krijgen op al het handelen van opsporingsambtenaren.

De tweede component behelst het vormen van een oordeel over het handelen naar aanleiding van die informatie. De eisen van onafhankelijkheid en belangeloosheid brengen in dat verband mee dat de toezichthouder vrij is zich een oordeel te vormen op basis van die informatie en zelf geen direct belang heeft bij dit oordeel. Deze oordeelsvorming vindt plaats op basis van een wettelijk kader (het stelsel aan strafvorderlijke normen) en is volledig in die zin dat het in beginsel betrekking heeft op het gehele normatief kader. De complexiteit van dit normatief kader brengt de inhoudelijke eis met zich dat het toezicht rekening dient te houden met de onderliggende norm; in die zin dat het daar waar nodig een zekere mate van opheldering moet verschaffen over de betekenis en werking van de strafvorderlijke normen om zo voor de normadressaat inzichtelijk te maken op welke wijze hij zijn gedrag moet aanpassen aan de norm en om helderheid te verschaffen over de wijze waarop (en aan de hand waarvan) de oordeelsvorming van de toezichthouder plaatsvindt. Voorts is het van belang dat de toezichthouder reflecteert op (de onderliggende waarde van) de normen waarop toezicht wordt gehouden aangezien deze van belang kunnen zijn voor de interpretatie van de norm.

De derde component van het toezicht bestaat uit de (mogelijke) interventie in het (ongewenste) handelen. Voor een adequate uitoefening hiervan is het van belang dat de toezichthouder de nodige middelen heeft om naar aanleiding van de oordeelsvorming daadwerkelijk te kunnen interveniëren in het handelen van de opsporingsambtenaren en dat deze interventie de opsporingsambtenaren ook daadwerkelijk bereikt. Ook hierbij geldt dat de toezichthouder geen direct belang heeft bij een eventuele interventie, de interventie transparant is en een zekere waardeoriëntatie nodig is, aangezien de achterliggende waarde relevant kan zijn bij het bepalen van de meest passende interventie.

Tot slot is het van belang in herinnering te roepen dat goed toezicht niet vereist dat één toezichthouder het volledige toezicht uitoefent. Het is afdoende dat alle componenten van het toezicht in een aaneengeschakelde keten worden uitgeoefend. Zoals in voorgaande hoofdstukken is gebleken, zijn er immers meerdere toezichthoudende instanties die zich bezighouden met het normconform handelen van opsporingsambtenaren. Naast de rechter en de officier van justitie als de belangrijkste toezichthouders, zal in het hiernavolgende daarom ook worden gewezen op de rol die de overige toezichthoudende instanties spelen in het toezicht op de opsporing.

10.4.1 Informatievergaring

Wanneer we het huidige toezicht op het strafvorderlijke handelen van opsporingsambtenaren langs de lat van deze vereisten leggen, levert dat het volgende beeld op. Met betrekking tot de eerste component van het toezicht, informatie-

vergaring over het handelen van opsporingsambtenaren, kan worden gesteld dat de *rechter* onafhankelijk en belangeloos is en ten aanzien van die strafzaken waarover hij zich moet buigen, over relevante informatie kan beschikken. Ook is deze informatievoorziening wettelijk gewaarborgd. Het dossier dat de rechter ontvangt, wordt samengesteld door de officier van justitie, die de verantwoordelijkheid draagt voor de volledigheid van het dossier. De stukken in het dossier bestaan uit de door opsporingsambtenaren opgemaakte processenverbaal, waarmee de rechter zicht krijgt op hetgeen zich in het vooronderzoek heeft afgespeeld. Indien de rechter het nodig acht, kan hij nader onderzoek bevelen en informatie opvragen. Hoewel de rechter voor zijn informatievoorziening in zekere zin afhankelijk is van opsporingsambtenaren, heeft hij formele bevoegdheden om (nadere) informatie te verkrijgen. Ondanks deze formele waarborgen voor de informatiepositie van de rechter brengen de praktische omstandigheden van de strafvorderlijke praktijk wel mee dat deze afhankelijkheid van de rechter het risico in zich draagt dat wanneer informatie (bewust) wordt achtergehouden, het uitermate lastig en tijdrovend kan zijn om de (volledige) waarheid boven tafel te krijgen.[7] Daarnaast brengt de tijdsdruk in het strafproces mee dat de rechter niet altijd de mogelijkheid zal hebben om ook daadwerkelijk gebruik te maken van deze bevoegdheid. Voorts kan ten aanzien van de volledigheid van de informatievergaring door de rechter worden gewezen op een pijnpunt; het beeld dat de rechter heeft van het handelen van opsporingsambtenaren is per definitie onvolledig, omdat hij slechts een klein deel van het strafvorderlijk optreden van opsporingsambtenaren onder ogen krijgt. Een groot deel van de zaken wordt immers buitengerechtelijk afgedaan of in het geheel niet van een strafrechtelijke reactie voorzien.

Hoewel het toezicht dat de *officier van justitie* uitoefent op opsporingsambtenaren doorgaans minder zichtbaar (en daarmee transparant) is dan het rechterlijk toezicht, heeft de officier van justitie wel een vollediger beeld van het handelen van opsporingsambtenaren dan de rechter; in theorie is hij niet afhankelijk van de vraag of een zaak al dan niet aan hem wordt voorgelegd, maar heeft hij in beginsel zicht op al het handelen van politieambtenaren dat in het kader van het opsporingsonderzoek wordt verricht. Ook hij is voor zijn informatiepositie evenwel in grote mate afhankelijk van politieambtenaren, aangezien hij niet altijd aanwezig of direct betrokken is bij het strafvorderlijk handelen van de politie. Hoewel er binnen het OM bewustzijn bestaat over het feit dat deze afhankelijkheid van opsporingsambtenaren een teer punt kan zijn, hebben officieren van justitie in algemene zin vertrouwen in de politie.[8] Enerzijds is dit vertrouwen gebaseerd op (positieve) ervaringen en een goed onderling contact met de politie en anderzijds is het geboren uit praktische

7 Zie bijvoorbeeld de zaken aangaande een schending van de verbaliseringsplicht in § 7.5.2.
8 Dat bewustzijn blijkt zowel uit de interviews met de respondenten in dit onderzoek (zie § 8.2.1) als uit ander onderzoek, zie met name Lindeman 2017, p. 136 e.v.

noodzaak. Ofschoon een zekere kwetsbaarheid bestaat vanwege deze afhankelijkheid, hebben officieren van justitie doorgaans ook de mogelijkheden (en voelen zij ook een eigen verantwoordelijkheid) om deze informatiepositie te versterken, bijvoorbeeld door een grotere mate van betrokkenheid te tonen met het onderzoek en (meer) actief het contact op te zoeken met de politie.[9] Niettemin brengt de dagelijkse werkdruk met zich dat deze eigen verantwoordelijkheid niet altijd uitgeoefend zal worden en de officier van justitie voor zijn informatie in grote mate zal leunen op politieambtenaren. De hoge werkdruk brengt daarnaast mee dat de officier van justitie voor de uitoefening van zijn toezichthoudende taak soms afhankelijk is van hetgeen ter zitting naar voren wordt gebracht door de verdediging. Hij heeft weliswaar in theorie volledig zicht op hetgeen zich in het vooronderzoek voordoet, maar de praktijk leert dat hij niet altijd voldoende tijd heeft om al deze informatie ook tot zich te nemen. Respondenten wijzen daarom op de signalerende functie die de advocaat in dit kader vervult. Een risico voor deze signalerende functie is echter dat vanwege de toenemende eisen aan de stelplicht van een vormverzuimverweer en de lage slagingskans van een dergelijk verweer, de verdediging zich mogelijk steeds minder op dergelijke verweren zal richten, waardoor ook deze signalerende functie teniet kan gaan.

In het kader van dit onderdeel van het toezicht kan tevens worden gewezen op de aanvullende rol die de *overige toezichthouders* kunnen spelen. In het bijzonder kan worden gedacht aan de klachtencommissie van de politie, de Nationale ombudsman en de procureur-generaal bij de Hoge Raad. Hoewel deze instanties geen structurele vorm van nalevingstoezicht uitoefenen op het handelen van opsporingsambtenaren, hebben zij wel de mogelijkheden om (ambtshalve) onderzoek in te stellen naar dit handelen en op deze wijze thematisch dan wel steekproefsgewijs informatie in te zamelen over normnaleving door opsporingsambtenaren. Ten aanzien van de Nationale ombudsman en de procureur-generaal bij de Hoge Raad geldt bovendien dat dit onderzoek met een grote mate van distantie kan worden uitgeoefend waardoor de onafhankelijkheid van het onderzoek beter kan worden gewaarborgd. Met name de thematische onderzoeken van de procureur-generaal kunnen een belangrijke bijdrage leveren aan het blootleggen van structurele problemen (en blinde vlekken) ten aanzien van normnaleving binnen de opsporing.

Kortom, hoewel het rechterlijk toezicht op dit onderdeel niet volledig is, is het toezicht door de officier van justitie dat in beginsel wel. Praktische omstandigheden, zoals de hoge werkdruk, brengen echter mee dat hier wel een zekere leemte waarneembaar is. Daarnaast is de afhankelijkheid van opsporingsambtenaren voor de informatiepositie van de officier van justitie (en in mindere mate voor de rechter) ook een heikel punt.

9 Zie § 8.3.1.

10.4.2 Oordeelsvorming

De institutionele vereisten ten aanzien van de tweede component van het toezicht brengen mee dat het hier moet gaan om een objectieve en onafhankelijke oordeelsvorming over het handelen van opsporingsambtenaren op basis van het daarvoor geldend beoordelingsframe (het stelsel aan strafvorderlijke normen).

Met betrekking tot de *rechter* kan worden vastgesteld dat hij in beginsel vrij is zich een onafhankelijk oordeel te vormen over het handelen van opsporingsambtenaren in het kader van het opsporingsonderzoek en daarin belangeloos is. Met betrekking tot de volledigheid van de oordeelsvorming kunnen wel de nodige vraagtekens worden geplaatst. Het is immers maar de vraag in hoeverre deze oordeelsvorming betrekking heeft op het gehele beoordelingsframe van het toezicht. Het rechterlijk toetsingskader heeft immers in belangrijke mate betrekking op de controle van die normen die raken aan de eerlijkheid van de procedure en de subjectieve rechten van de verdachte. Dat geldt in ieder geval voor de rechterlijke sanctionering van normovertredingen (zie ook de volgende paragraaf). Dit hoeft weliswaar niet noodzakelijkerwijs te betekenen dat de rechter zich ook geen oordeel vormt over de conformiteit van het handelen met normen die niet (direct) raken aan de subjectieve rechten van de verdachte. Wel brengen bepaalde jurisprudentiële drempels uit de rechtspraak van de Hoge Raad – zoals de stelplicht – met zich dat de rechter zich niet altijd *hoeft* uit te laten over bepaalde vormverzuimen.[10] De feitenrechtspraak bevestigt het beeld dat de rechter zich ook steeds vaker niet uitlaat over de schending van deze normen.[11] De gerichtheid op procesrechten en de sanctionering van vormverzuimen, in combinatie met de terughoudendheid die de Hoge Raad bij laatstgenoemde voorstaat, heeft tot gevolg dat bepaalde normen (namelijk die normen die niet direct in verband kunnen worden gebracht met de subjectieve rechten van de verdachte) nogal eens buiten beeld blijven waardoor een normeringsgebrek ontstaat in het rechterlijk toezicht. Hoewel de omvang van dit normeringsgebrek niet met zekerheid is vast te stellen, is wel duidelijk dat wanneer de rechter geen sanctie wil verbinden aan het vormverzuim – vanwege de geringe ernst van het vormverzuim of de aard van de regel – hij steeds vaker ook de inscherping en/of precisering van de norm achterwege laat.[12] Logischerwijs laat de rechter zich in die gevallen ook niet uit over de onderliggende waarde van de norm. Dit raakt dan ook aan de inhoudelijke vereisten die aan goed toezicht worden gesteld, namelijk dat het toezicht bijdraagt aan normprecisering en zich oriënteert op de onderliggende waarden van normen.

10 § 6.2.1.3 en § 6.2.1.4.
11 § 7.4.1 en § 7.4.2.
12 § 7.4.2.

Geheel consistent is de feitenrechtspraak echter niet; noch in zichzelf, noch in relatie tot de jurisprudentie van de Hoge Raad. Tegelijkertijd is namelijk een beeld waar te nemen waarin de feitenrechter met betrekking tot bepaalde normschendingen – veelal schendingen die kunnen raken aan de integriteit van de strafprocedure – juist een actievere controle uitoefent dan de rechtspraak van de Hoge Raad voorstaat. Dat geldt in het bijzonder ten aanzien van de naleving van strafvorderlijke normen die raken aan de waarheidsgetrouwheid van processen-verbaal en het gebruik van geweld door opsporingsambtenaren. Het is dan ook niet goed mogelijk om in zijn algemeenheid te zeggen of en in hoeverre de rechter ook toeziet op de naleving van strafvorderlijke normen die niet direct raken aan de subjectieve rechten van de verdachte. Geconcludeerd moet dan ook worden dat ten aanzien van normen die niet direct in verband kunnen worden gebracht met een waarde die raakt aan de subjectieve rechten van de verdachte, het rechterlijk toezicht voor wat betreft de oordeelsvorming zeer gefragmenteerd is.

Wat betreft deze tweede component van het toezicht heeft de *officier van justitie* meer vrijheid om te oordelen over de normconformiteit van het handelen van politieambtenaren dan de rechter. Hij is niet noodzakelijkerwijs gebonden aan de jurisprudentie van de Hoge Raad (waarmee de controle in zekere zin wordt beperkt) en kan in beginsel over alle aspecten van het handelen een oordeel vellen. Bovendien stellen respondenten dat de notie van magistratelijkheid met zich brengt dat de officier van justitie een 'zwaardere toets' aanlegt dan de rechter in het kader van artikel 359a Sv. Wat de inhoud van deze verzwaarde toets precies is, laat zich volgens respondenten moeilijk omschrijven en het is maar zeer de vraag of en in hoeverre de notie van magistratelijkheid een afzonderlijk normatief kader is voor het toezicht door de officier van justitie. Respondenten verwijzen voor de invulling van de magistratelijkheid immers veelal op het belang van handelen conform de wet en de algemene beginselen van een behoorlijke procesorde, met inachtneming van de verschillende relevante belangen en tot slot het bieden van transparantie en zich toetsbaar opstellen richting de rechter.[13] Hiermee wordt tevens duidelijk dat hoewel de officier van justitie een eigen (breder) toetsingskader heeft, hij zich wel degelijk oriënteert op het rechterlijk toetsingskader. Dat gebeurt in de eerste plaats voor het bepalen van de wijze waarop wordt gereageerd op een eventuele normoverschrijding, oftewel de interventie in het handelen, maar werkt ook door in de oordeelsvorming. Normoverschrijdingen die in de jurisprudentie niet of nauwelijks tot rechtsgevolgen leiden, worden ook in het kader van het toezicht door de officier van justitie als minder ernstig beoordeeld. Te denken valt wederom in het bijzonder aan normen die betrekking hebben op de bescherming van privacy-rechten. Dat is vooral problematisch als wordt bedacht dat politie en justitie in toenemende mate gebruik

13 § 8.3.3.

maken van opsporingsmethoden die vergaande inbreuken op het recht op privacy kunnen maken. Een bijkomend problematisch aspect hierbij is dat deze handelingen niet altijd tot een strafzaak leiden en daarom in het geheel niet door de rechter of officier van justitie worden gezien. Dat geldt in het bijzonder ten aanzien van regels betreffende de verzameling en verwerking van persoonsgegevens. De politie heeft weinig kennis hieromtrent en sturing vanuit de rechter en officier van justitie ontbreekt goeddeels. Kennelijk wordt de naleving en handhaving van dit type regels niet noodzakelijk geacht in het kader van het strafprocesrecht, terwijl tegelijkertijd in toenemende mate dergelijke regels worden ingevoerd vanuit de (Europese) wetgever.

Evenals het geval was voor de feitenrechtspraak geldt dat in dit verband ook het toezicht door de officier van justitie een inconsistent beeld vertoont: de wijze waarop wordt geoordeeld over het handelen is niet altijd eenduidig. Er zijn niet alleen grote onderlinge verschillen in opvatting over wat te gelden heeft als een ernstig vormverzuim, maar ook de eisen die worden gesteld aan opsporingsambtenaren kunnen verschillend zijn.[14]

Een ander problematisch aspect aan de beoordeling van de normconformiteit van het handelen van opsporingsambtenaren door de officier van justitie is de (nauwe) samenwerking tussen de politie en de officier van justitie gedurende het opsporingsonderzoek. Weliswaar brengt de constitutionele en institutionele positie van de officier van justitie als magistraat mee dat hij met een zekere onafhankelijkheid en objectiviteit behoort te handelen in de opsporing (ook wat betreft de uitoefening van het toezicht op de opsporing), in de praktijk kan er wel degelijk sprake zijn van een zekere mate van gekleurdheid. Het risico hierop is met name aanwezig bij grote opsporingsonderzoeken waarin politie en OM nauw samenwerken. Het wederzijds begrip kan in dergelijke gevallen groot zijn, waardoor normoverschrijdingen eerder als 'onhandige fouten' kunnen worden aangemerkt. Zo kan het spreken over *waterboarden* door een verbalisant tijdens het verhoor van een verdachte door de officier van justitie als een misplaatste grap worden gezien, terwijl de rechter dergelijk handelen wel als een ernstig vormverzuim aanmerkt.[15] Tegelijkertijd geven respondenten aan dat een nauwe samenwerking met de politie niet noodzakelijkerwijs meebrengt dat de officier van justitie het ook altijd eens is met de politie. Het is immers de taak van de officier van justitie om de opsporing kritisch te toetsen. Verwacht kan dan ook worden dat hij een zekere mate van distantie ten opzichte van opsporingsambtenaren hanteert. Geheel belangeloos is hij echter niet in dezen. Wel zijn er (mede) ter waarborging van een objectieve oordeelsvorming diverse functionarissen en organen die een overkoepelende toezichthoudende taak binnen het OM hebben, zoals de rechercheofficier van justitie (en meer algemeen het Bureau recherche), de kwaliteitsofficier van justitie, de CTC en diverse OM-reflectiekamers. Hiermee

14 Zie § 8.3.3, § 8.3.4 en § 9.4.
15 Zie § 8.3.3.

wordt op institutioneel niveau getracht een extra waarborg te bieden voor de rechtmatigheid (en kwaliteit) van de opsporing, in het bijzonder ten aanzien van normen die de integriteit van de opsporing betreffen. Deze meer institutionele vormen van toezicht (in het bijzonder de rechercheofficier, het Bureau recherche en de CTC) richten zich in het kader van hun toezichthoudende taak namelijk met name op de controle (veelal vooraf) van de toepassing van Bob-voorschriften in grote opsporingsonderzoeken. Er is aldus in ieder geval binnen het OM in zekere zin sprake van toezicht op de naleving van normen die raken aan de integriteit van de opsporing. Het gaat hierbij echter wel veelal om toetsing vooraf (en geen controle achteraf), waardoor de oordeelsvorming per definitie niet transparant kan zijn.

Ook met betrekking tot deze tweede component van het toezicht kan worden gekeken naar de aanvullende rol die de *overige toezichthouders* hierin spelen. In de eerste plaats kan in dit kader worden gedacht aan de interne controle vanuit de politieorganisatie en het toezicht dat door de Klachtencommissies van de politie wordt uitgeoefend. Hoewel deze vorm van controle een belangrijke functie heeft in het waarborgen van de professionaliteit van de politie, wordt het toezicht doorgaans uitgeoefend vanuit een ander beoordelingsframe. De controle is niet noodzakelijkerwijs gericht op de naleving van strafvorderlijke normen door opsporingsambtenaren maar op respectievelijk het waarborgen van de professionaliteit en integriteit van de politieorganisatie en het waarborgen van een correcte bejegening van burgers door de politie. Daarnaast ontbeert dit toezicht een meer systematische aanpak omdat het veelal op basis van een klacht in werking wordt gezet en er daarnaast onvoldoende uniformiteit aanwezig is in de wijze waarop de verschillende eenheden met de ingediende klachten omgaan.[16] Tevens kan worden gedacht aan het toezicht door de Nationale ombudsman. Ten aanzien van dit toezicht geldt dat hier een ander beoordelingsframe leidend is. De Nationale ombudsman kijkt niet zozeer naar de naleving van (strafprocessuele) regelgeving door de politie maar meer of de politie zich in haar omgang met de burger behoorlijk heeft gedragen. Zijn toetsingskader wijkt daarmee af van het strafvorderlijk normatief kader en wordt met name bepaald door de behoorlijkheidsnorm.[17] Desondanks kunnen de rapporten van de Nationale ombudsman (met veelal een uitvoerige beoordeling van het handelen) wel een bijdrage aan het normbesef van opsporingsambtenaren leveren. Tot slot kan met betrekking tot privacywetgeving worden gedacht aan de Autoriteit persoonsgegevens. De organisatorische inrichting van deze instantie in combinatie met de zeer brede taakomschrijving brengt echter mee dat op het terrein van strafvorderlijk toezicht geen systematische bijdrage kan worden verwacht van deze instantie. Kortom, de andere doelstellingen die gemoeid zijn met het toezicht van deze instanties en het gebrek aan onderlinge afstemming, brengen mee dat niet kan

16 Zie § 8.3.3.
17 Zie § 5.4.2 (in het bijzonder de verwijzing naar Van der Vlugt 2011, p. 363-368).

worden gesteld dat deze alternatieve toezichthouders de hierboven geconstateerde leemtes opvullen.

10.4.3 Interventie

In algemene zin staat het de *rechter* vrij om met betrekking tot alle typen normschendingen een interventie te plegen. Daarnaast heeft hij in beginsel geen direct belang bij een mogelijke interventie. De beoordelingsruimte van de rechter wordt echter wel beperkt door het jurisprudentiële kader van de Hoge Raad. In deze jurisprudentie is de ruimte om tot sanctionering over te gaan het grootst wanneer het gaat om normschendingen die raken aan de subjectieve rechten van de verdachte. In uitzonderlijke gevallen kan de rechter de sanctie van niet-ontvankelijkverklaring van de officier van justitie of bewijsuitsluiting toepassen, maar hij kan (met betrekking tot minder ernstige normoverschrijdingen) ook de schending van de rechten van de verdachte compenseren door toepassing van strafvermindering. Daarnaast kan ook het enkel vaststellen van een vormverzuim worden gezien als een interventie. Het is immers heel wel denkbaar dat niet op elke normschending een sanctie noodzakelijk is, maar dat in bepaalde gevallen ook kan worden volstaan met een enkele constatering van het normoverschrijdend handelen. Dat ook de constatering van een vormverzuim effectief kan zijn, wordt bevestigd door de in dit onderzoek geïnterviewde officieren van justitie. Zij stellen dat ze zich elke rechtelijke reactie aantrekken – dus ook wanneer wordt volstaan met het constateren van een vormverzuim – en dat deze reactie een belangrijke rol heeft in het normbesef van opsporingsambtenaren.[18]

Een eerste probleem met betrekking tot de component van interventie is echter dat in de praktijk sanctionering met zeer grote terughoudendheid plaatsvindt. Hoewel het verbinden van zware sancties aan normoverschrijdend handelen van opsporingsambtenaren een zeer negatief effect kan hebben op de uitkomsten van het strafproces, lijkt het huidige kader voor de toepassing van een sanctie wel erg weinig ruimte te laten voor de sanctionering van onrechtmatig handelen. Wanneer bepaalde normoverschrijdingen niet of nauwelijks in aanmerking komen voor sanctionering door de rechter, roept dit de vraag op waartoe de norm in het leven is geroepen en welke rol deze norm in het strafproces dient te spelen. Bovendien wordt het gedetailleerde sanctioneringskader van de Hoge Raad in de feitenrechtspraak niet altijd nauwgezet gevolgd, waardoor er nogal discrepanties bestaan in de wijze waarop rechters reageren op verschillende vormverzuimen.

Een tweede probleem is dat voor zover wel sprake is van een rechterlijke reactie, het niet duidelijk is in hoeverre hier van een daadwerkelijke interventie

18 Zie § 8.3.3.

kan worden gesproken. Ten aanzien van al deze rechterlijke reacties (zowel de sancties als het enkel vaststellen van het vormverzuim) geldt namelijk dat zij wel de ondertoezichtgestelde (dat kan zowel de officier van justitie zijn als politieambtenaren, afhankelijk van het type verzuim en de vraag wie het verzuim heeft begaan) dienen te bereiken. Immers, een interventie is enkel zinvol wanneer deze de ondertoezichtgestelde ook daadwerkelijk bereikt zodat een reflectie op begane fouten kan plaatsvinden. Ervan uitgaande dat opsporingsambtenaren niet automatisch kennisnemen van (alle) rechterlijke uitspraken, kan in dit verband worden gekeken naar de officier van justitie als hoofd van de opsporing. Met betrekking tot dit aspect van het rechterlijk toezicht is er aldus een grote afhankelijkheid van de officier van justitie om het toezicht 'sluitend' te maken. De rechter gaat er kennelijk vanuit dat de officier van justitie een verantwoordelijkheid draagt in de volledigheid van het door hem uitgeoefende toezicht, zowel ter aanvulling op het eigen toezicht door de rechter – bijvoorbeeld voor de terugkoppeling van geconstateerde fouten aan politieambtenaren – als het uitoefenen van toezicht op bepaalde normen waar de rechter niet of in mindere mate naar kijkt omdat deze een geringe rol spelen in het kader van de strafprocedure. De vraag is daarom in welke mate de officier van justitie dit aspect van het toezicht uitoefent.

Hoewel er formeel gezien geen duidelijke verplichtingen bestaan voor de *officier van justitie* om geconstateerde fouten terug te koppelen aan politieambtenaren, heeft hij in de praktijk een groot aantal interventiemogelijkheden. Hij kan de politieambtenaar direct aanspreken op normoverschrijdend gedrag, het gedrag aankaarten binnen de politieorganisatie (bij de leidinggevende van de betreffende politieambtenaar of bij de politiechef dan wel de eenheidsleiding), het gedrag binnen het OM bespreken (bijvoorbeeld op het niveau van het Bureau recherche) of rechtsgevolgen verbinden aan het handelen in het kader van het opsporingsonderzoek. De mate waarin normoverschrijdend gedrag van opsporingsambtenaren tot een reactie noopt en de vraag welke reactie dat dan moet zijn, is afhankelijk van de aard van de geschonden norm, de ernst van de normovertreding, het type opsporingsonderzoek maar ook de persoonlijke taakopvatting (en stijl) van de officier van justitie.[19] Hierbij komt het rechterlijk toetsingskader grote betekenis toe.

Gezien de verschillende soorten normschendingen die kunnen voorkomen in het opsporingsonderzoek, is het belangrijk dat de officier van justitie ook verschillende interventiemogelijkheden heeft. Met het oog op de consistentie van het toezicht is het echter wel van belang dat er een zekere mate van overeenstemming bestaat met betrekking tot de vraag welke interventie passend is ten aanzien van welke normschending. In de praktijk blijkt namelijk dat er weinig eenduidigheid bestaat tussen de respondenten in de wijze van interveniëren. Er zijn grote meningsverschillen over wat als een ernstig vorm-

19 Hoewel zoals eerder besproken hierin wel verschillen bestaan. Sommige respondenten vinden dat elke normschending door een opsporingsambtenaar om een reactie vraagt.

verzuim te gelden heeft, welke eisen kunnen worden gesteld aan opsporingsambtenaren en op welke wijze gereageerd dient te worden op een vormverzuim. Opmerkelijk genoeg is er wel een zekere mate van eensgezindheid over de terugkoppeling naar politieambtenaren. Hoewel wordt erkend dat in bepaalde type zaken (de veelvoorkomende criminaliteit) de terugkoppeling richting de politie niet altijd plaats zal vinden, stellen respondenten dat fouten (zowel door de officier van justitie als de vormfouten die ter zitting worden opgemerkt) in beginsel altijd teruggekoppeld (dienen te) worden aan de betreffende politieambtenaren. Over de wijze waarop de terugkoppeling in de praktijk plaatsvindt (telefonisch, via de mail of direct contact), bestaat geen consensus maar is wederom afhankelijk van de officier van justitie. Opvallend in dit kader is dat uit recent onderzoek bij de politie is gebleken dat politieambtenaren stellen dat zij in de regel geen terugkoppeling van officieren van justitie ontvangen naar aanleiding van geconstateerde vormverzuimen door de rechter. Indien we ervan uitgaan dat het inderdaad de praktijk is onder officieren van justitie om geconstateerde fouten terug te koppelen aan politieambtenaren, moeten we concluderen dat deze terugkoppeling kennelijk niet op een dusdanig heldere wijze plaatsvindt dat zij ook daadwerkelijk tot de politie doordringt en daarmee effect sorteert. Er is daarom weinig reden om aan te nemen dat thans een aanvullende functie in dit onderdeel van het toezicht wordt vervuld door de politieorganisatie.[20]

Tot slot speelt het toezicht dat door de *procureur-generaal bij de Hoge Raad* wordt uitgeoefend ook in dit kader een belangrijke rol. De thematische onderzoeken die de procureur-generaal in het kader van zijn toezichthoudende taak verricht, kunnen wellicht als beperkt worden gezien (in die zin dat zij zich slechts richten op de beoordeling van een bepaald onderdeel van het handelen van het OM en bovendien meer als kwaliteitstoezicht kan worden gezien), maar van dit toezicht gaat wel een belangrijke signalerende functie uit dat zowel binnen als buiten de strafrechtspleging serieus wordt genomen.[21]

10.4.4 Opmaken van de balans

Bezien vanuit het toetsingskader zoals dat aan het slot van deel I is uiteengezet, bevat het toezicht op de naleving van strafprocessuele normen aldus op verschillende onderdelen leemtes. In de eerste plaats is de informatiepositie van de rechter beperkt vanwege het gegeven dat hij slechts zicht heeft op het deel van het strafvorderlijk handelen dat hem wordt voorgelegd. Hoewel de officier

20 Dat beeld wordt bovendien bevestigd door de wijze waarop de politie omgaat met de interne klachtbehandelingsprocedure, waarbij het lerend effect van deze procedure zeer problematisch is (Inspectie J&V, Klachtbehandeling door de politie 2016, p. 16; zie tevens § 5.4.1).

21 Zie § 5.4.2.

van justitie in theorie zicht heeft op al het strafvorderlijk handelen van opsporingsambtenaren is ook zijn informatiepositie onzeker. Enerzijds omdat hij een grote mate van afhankelijkheid heeft van politieambtenaren om hierin te voorzien; anderzijds omdat de hoge werkdruk binnen het OM meebrengt dat hij simpelweg niet altijd tijd heeft om de nodige controle uit te oefenen. Ten tweede is ook ten aanzien van de oordeelsvorming een aantal lacunes zichtbaar. Zo brengt de gerichtheid in het rechterlijk toetsingskader op strafvorderlijke normen die raken aan de subjectieve rechten van de verdachte mee dat de rechter zich niet altijd uitlaat over de schending van andere typen normen. Daarmee wordt het dus ook niet altijd duidelijk of en hoe de controle en normering op deze normen heeft plaatsgevonden. Hierdoor is het toezicht in dit opzicht onvolledig. Ofschoon de officier van justitie zich niet gebonden acht aan dit kader, blijkt dit jurisprudentiële kader wel degelijk ook door te werken in het toezicht dat door de officier van justitie wordt uitgeoefend. Daarnaast brengt de betrokkenheid van de officier van justitie in het opsporingsonderzoek mee dat van hem niet kan worden verwacht dat hij te allen tijde een onbevangen oordeelt velt over het handelen van opsporingsambtenaren in dat kader. Ten derde is er een duidelijke leemte waar te nemen in de wijze waarop beide toezichthouders gebruikmaken van hun interventiemogelijkheden naar aanleiding van normoverschrijdend gedrag. De strafrechter is zeer terughoudend in de sanctionering van normoverschrijdend strafvorderlijk optreden. De vele drempels die in de jurisprudentie voor de toepassing van een rechterlijke sanctie op vormverzuimen zijn geformuleerd, brengen daarnaast mee dat de rechter zich ook niet altijd uitlaat over de eventuele normschending waardoor in die gevallen ook niet aan normprecisering wordt gedaan. Wanneer hij wel op het normoverschrijdend gedrag reageert, is het bovendien de vraag of hiermee in alle gevallen kan worden gesproken van een zinvolle interventie aangezien hij doorgaans afhankelijk is van de officier van justitie voor de terugkoppeling van deze reactie aan politieambtenaren. Hoewel de officier van justitie hiertoe wel de middelen heeft, bestaat er binnen het OM geen duidelijke lijn over de wijze waarop dit zou moeten gebeuren. Het gevolg is dat de terugkoppeling afhankelijk is van de individuele officier van justitie, waardoor hierin veel onderlinge verschillen zitten. Dit resulteert erin dat er zowel ten aanzien van de terugkoppeling van de door de rechter geconstateerde verzuimen als door de officier van justitie zelf opgemerkte fouten weinig eenduidigheid bestaat. Daar komt bij dat vanuit de politie de terugkoppeling – voor zover deze plaatsvindt – niet altijd als zodanig wordt herkend. Ten vierde is het overkoepelende probleem dat er met betrekking tot de invulling van het toezicht een grote mate van diversiteit en inconsistentie is te zien, in het bijzonder ten aanzien van de normen waarop het toezicht betrekking heeft, de wijze waarop wordt geoordeeld over het handelen en – tot slot – de wijze van interventie. Dat geldt zowel voor het rechterlijk toezicht (op het niveau van feitenrechters onderling alsmede op het niveau van de feitenrechter in relatie tot de Hoge Raad) als voor het toezicht dat door

de officier van justitie wordt uitgeoefend. Hierdoor kan het huidige toezicht worden gekenschetst als gefragmenteerd en onvolledig.

Daarnaast kan met betrekking tot de rol die andere toezichthouders thans in dit nalevingstoezicht vervullen, worden gesteld dat deze op dit moment te weinig systematisch is om de in dit onderzoek geconstateerde leemtes te kunnen opvullen. Hoewel deze toezichthoudende instanties een belangrijke rol hebben in het toezicht op politie en justitie, gaat het hier (in het huidige stelsel) veelal om een andere vorm van toezicht. Sporadisch kan dit toezicht betrekking hebben op de naleving van strafvorderlijke normen of een signalerende functie hebben voor het nalevingstoezicht, maar doorgaans is de functie van het toezicht een andere, zoals het verbeteren van de kwaliteit van het politiewerk in algemene zin of het signaleren van risico's op het terrein van justitie en veiligheid. Kortom, toezicht dat niet (primair) is gericht op de naleving van strafvorderlijke normen. Dat brengt mee dat in ieder geval bij de huidige stand van zaken deze toezichthouders onvoldoende geëquipeerd zijn om de in dit onderzoek geconstateerde leemtes in het toezicht op te vullen.

10.4.5 Naar een adequaat strafvorderlijk toezicht

Hoewel volmaakt toezicht een illusie is, staat het huidige stelsel van toezicht als gevolg van de hierboven geconstateerde leemtes wel heel ver af van het ideaalbeeld. Het constateren van deze leemtes roept dan ook de vraag op naar de mogelijkheden tot verbetering van dat stelsel. De vraag is op welke wijze deze leemtes in het huidige toezicht kunnen worden opgevuld en op welke instantie(s) deze verantwoordelijkheid moet rusten.

Op dit punt dient zich ten eerste de vraag aan of een scenario denkbaar zou zijn waarin het gehele toezicht bij de rechter wordt belegd. Een dergelijk scenario lijkt echter gezien de omvang en complexiteit van deze toezichthoudende taak geen realistische oplossing. In de literatuur wordt wel gesteld dat de rechter geen 'totaalbewaker van de opsporing' is en hij daarom tot op zekere hoogte moet worden ontzien van het uitoefenen van deze 'tijdrovende' taak.[22] De inherente beperkingen van het rechterlijk toezicht brengen voorts met zich dat ook geen adequaat stelsel van strafvorderlijk toezicht *kan* worden bereikt, gelet op het beperkte zicht op het totale handelen van opsporingsambtenaren en de afhankelijkheid van andere actoren voor de terugkoppeling van de rechterlijke interventie.

Nu het niet realistisch is om te verwachten dat de rechter (en/of de officier van justitie) alle leemtes in het huidige toezicht opvult, is het zinvol om hier stil te staan bij de rol die andere toezichthouders in dezen zouden kunnen spelen. In dit kader is gewezen op het instellen van een (nieuwe) controlerende

22 Baaijens-van Geloven 2004, p. 308.

instantie,[23] het uitbreiden en intensiveren van de taak van de Nationale ombudsman[24] of het parket van de procureur-generaal bij de Hoge Raad,[25] al dan niet in combinatie met een 'databank vormverzuimen' om zo een beeld te krijgen van veelvoorkomende of structurele knelpunten,[26] en een uitgebreidere en beter gecoördineerde controle binnen het OM (bijvoorbeeld in het kader van het Programma versterking opsporing en vervolging of de ZSM-aanpak).[27] Tevens is in algemene zin gerefereerd aan het toezicht zoals dat thans door enkele instanties wordt uitgeoefend op politie en justitie, waar de suggestie vanuit gaat dat deze instanties de leemtes in het stelsel zouden kunnen opvullen.[28] Het toezicht zoals dat thans wordt uitgeoefend door deze 'alternatieve' toezichthouders is in beginsel niet gericht op het bevorderen van normconform gedrag van opsporingsambtenaren in het kader van het strafvorderlijk vooronderzoek. Wanneer ervoor gekozen zou worden om het toezicht bij deze toezichthouders te beleggen, vergt dat een aanzienlijke verschuiving van taken en daarmee een behoorlijke aanpassing van het stelsel.

Niettemin is de onvermijdelijke vraag in dit verband of het toezicht geheel bij (een) andere toezichthouder(s) belegd kan of dient te worden en dus buiten de rechter om geregeld kan worden. Ook dit scenario lijkt geen reële oplossing. Noch in de literatuur noch in de politiek bestaat er animo om het toezicht geheel weg te halen bij de rechter (of de officier van justitie). De bevoegdheid van de strafrechter om zich uit te spreken over de rechtmatigheid van het vooronderzoek wordt in de literatuur telkens benadrukt.[29] Datzelfde geldt ten aanzien van het toezicht dat door de officier van justitie (en het OM in het algemeen) wordt uitgeoefend. Bovendien brengen de verplichtingen uit het EVRM (in het bijzonder voortvloeiend uit artikel 6 EVRM) met zich dat de rechter een zekere controle dient te behouden op de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek. Of dat de zittingsrechter dient te zijn, is de vraag, maar gezien de eerdere doorbreking van de in het Wetboek van Strafvordering neergelegde strikte scheiding tussen het voor- en hoofdonderzoek, ligt het niet voor de hand dat deze taak nogmaals volledig bij de rechter-commissaris wordt belegd.[30] Dat de rechter een toezichthoudende taak heeft, wil echter niet zeggen dat hij verantwoordelijk zou moeten zijn voor het gehele toezicht op de opsporing. De kaders van dit rechterlijk toezicht kunnen immers onderwerp van discussie zijn. Het categorisch uitsluiten van normen van het rechterlijk toezicht is echter problematisch vanuit de eerlijkheidsnotie van artikel 6 EVRM. Het Europese Hof beziet inbreuken op artikel 6 EVRM immers vanuit een holistische

23 Baaijens-van Geloven 2004, p. 308.
24 Borgers 2012, p. 269; Borgers & Kooijmans 2013, p. 25-29.
25 Kuiper 2014, p. 599.
26 Kuiper 2014, p. 597-600; Borgers & Kooijmans 2013, p. 25-29.
27 Borgers & Kooijmans 2013, p. 21-23.
28 *Kamerstukken I* 2015/16, 33750 VI, AF, p. 102-103
29 Zie bijv. Borgers 2012, p. 269.
30 Zie § 5.2.

benadering waarin de vraag centraal staat of ondanks beperkingen of inbreuken op bepaalde (verdrags-)rechten van de verdachte de procedure in haar geheel eerlijk is geweest.[31] Inbreuken op rechten in het vooronderzoek maken de procedure niet noodzakelijkerwijs oneerlijk en niet elke normschending behoeft sanctionering. Wel is van belang dat de rechter zich uitlaat over de norm die in het geding is en het handelen toetst. Kortom, de rechter dient in ieder geval een zekere mate van controle te kunnen uitoefenen, zodat hij ook helderheid kan verschaffen over de in het geding zijnde normen. Indien we er aldus vanuit gaan dat de toezichthoudende taak van de rechter strekt tot het waarborgen van de eerlijkheid van de procedure, zoals de huidige communis opinio lijkt te zijn, is het dan ook niet goed mogelijk om categorisch normen (in of) uit te sluiten van het rechterlijk toezicht. Als gezegd betekent dit niet dat de rechter ook vaker sanctionerend dient op te treden, het scheppen van helderheid over de werking van normen en het waar nodig preciseren van strafvorderlijke normen kan voldoende zijn. In dit kader wijzen de respondenten in dit onderzoek op het belang dat wordt gehecht aan een rechterlijk oordeel (ook wanneer geen sanctionering plaatsvindt) en het effect dat hiervan uitgaat voor het normbesef van opsporingsambtenaren. Geconcludeerd moet dan ook worden dat de rechter (en daarmee de officier van justitie) niet kunnen worden weggedacht uit het stelsel van strafvorderlijk toezicht en dit toezicht niet op voorhand kan worden beperkt tot een bepaalde categorie strafvorderlijke normen.

Een realistischer oplossing zou daarom zijn om te zoeken naar een gedifferentieerd model waarbij het toezicht zoals dat thans door de rechter en de officier van justitie wordt uitgeoefend verder wordt versterkt en op systematische wijze wordt aangevuld met toezicht door andere instanties.

Ten aanzien van de eerste component van het toezicht – de informatievergaring – kan naast het toezicht dat reeds door de rechter en de officier van justitie wordt uitgeoefend, worden gedacht aan steekproefsgewijs onderzoek naar het handelen van opsporingsambtenaren op institutioneel niveau vanuit het OM en de politieorganisatie. Hiermee moet worden beoogd een representatief en cijfermatig onderbouwd beeld te krijgen van het (on)rechtmatig handelen van opsporingsambtenaren in het vooronderzoek. Ten behoeve van de transparantie en objectiviteit van deze informatie is het bovendien zaak dat deze informatie (al dan niet geanonimiseerd) openbaar wordt gemaakt. In dit kader is de eerder in de literatuur geopperde 'databank vormverzuimen' een waardevolle aanvulling in het streven dit onderdeel van het toezicht meer inzichtelijk te maken.[32] Ondanks de positieve ontvangst van dit voorstel in de literatuur is er helaas tot op heden geen aanstalten gemaakt hier uitvoering aan te geven.

31 Zie § 3.3.2.
32 Kuiper 2014, p. 579-600.

Ten aanzien van de geconstateerde leemte in de tweede component van het toezicht – de oordeelsvorming – is hierboven reeds betoogd dat met name een rol is weggelegd voor de rechter. Het rechterlijk toezicht heeft wat betreft de precisering en opheldering van normen een belangrijke sturende functie. Hoewel ook de officier van justitie een normerende taak heeft, is de uitoefening van deze taak veelal aan het publieke oog onttrokken waardoor het effect hiervan minder is dan bij de rechter. Een intensivering van dit onderdeel van het toezicht wil niet zeggen dat onrechtmatig handelen door opsporingsambtenaren ook altijd tot een (vergaand) rechtsgevolg moet leiden, soms is de constatering van een vormverzuim wel degelijk voldoende. Wel is dan van belang dat deze constatering ook daadwerkelijk wordt teruggekoppeld aan de betreffende opsporingsambtenaar. Wat een intensievere controle en normering door de strafrechter vooral behelst, is dat de rechter zich vaker en nadrukkelijker uitlaat over de eventuele normschending, waarbij hij zich duidelijker dan thans het geval is, oriënteert op de onderliggende waarde van de norm en – waar nodig – verantwoordelijk voelt voor de precisering van de norm. Daarnaast betekent de intensivering van dit onderdeel van het rechterlijk toezicht dat de (al overbelaste) strafrechter voldoende tijd en middelen ter beschikking moet worden gesteld om deze verwachting te kunnen waarmaken.

Goed toezicht vereist dat in beginsel al het handelen vatbaar is voor (een zinvolle) interventie. In de strafvorderlijke context kan een stevige rechterlijke interventie echter ongewenste gevolgen hebben waardoor deze interventie niet als optimaal kan worden beschouwd. Het grootste bezwaar tegen een uitbreiding van het rechterlijk toezicht in de literatuur – en de voornaamste reden voor het formuleren van alternatieven voor het rechterlijk toezicht – lijkt daarom gelegen te zijn in deze derde component van de toezichtsdefinitie. Er worden vraagtekens geplaatst bij de effectiviteit van de rechterlijke interventie en de wenselijkheid van (zware) sancties in het kader van de strafprocedure, met name wanneer de normschending nauwelijks raakt aan de kern van de strafprocedure. Derhalve is het in bijzonder zinvol om naar alternatieven te kijken voor het rechterlijk toezicht ten aanzien van dit onderdeel van het toezicht. Mogelijk kan de ontlasting van de rechter waar het gaat om sanctionering de nodige ruimte scheppen om uitvoeriger invulling te geven aan de normering (en controle) van het vooronderzoek zonder dat er een noodzaak bestaat tot sanctionering.

Ter versterking van dit onderdeel van het toezicht moet in de eerste plaats worden gedacht aan de officier van justitie. De terugkoppeling vanuit de officier van justitie moet een duidelijkere en consistentere plaats krijgen zodat in ieder geval hetgeen ter zitting plaatsvindt aankomt bij de betreffende opsporingsambtenaren. Hiervoor is het mede vereist dat binnen het OM (op meer institutioneel niveau) samen met de politieorganisatie wordt nagedacht over deze terugkoppeling. Zoals in hoofdstuk 8 besproken, leeft onder officieren van justitie de indruk dat vormverzuimen doorgaans worden teruggekoppeld aan politieambtenaren terwijl uit onderzoek naar deze terugkoppeling

blijkt dat in de beleving van politieambtenaren nauwelijks sprake is van terugkoppeling. Gezien deze kennelijke discrepantie in perceptie is het zaak dat er duidelijke afstemming plaatsvindt tussen het OM en de politieorganisatie voor het stroomlijnen van deze terugkoppeling (zowel de terugkoppeling van het rechterlijk toezicht als de terugkoppeling van onrechtmatigheden die binnen het OM worden geconstateerd). De recent ingevoerde OM-Reflectiekamer Kwaliteitsontwikkeling zou hierin een rol kunnen spelen.[33] Om het gebrek aan onpartijdigheid en onafhankelijkheid van deze instanties te compenseren – en gezien het feit dat een zinvolle interventie niet vereist dat elke normoverschrijding consequenties heeft voor de strafprocedure – kan tevens in dit kader steekproefsgewijs en meer thematisch toezicht worden georganiseerd, bijvoorbeeld door een intensivering van het toezicht door de procureur-generaal bij de Hoge Raad, de Nationale ombudsman of een andere onafhankelijke instantie die zich hierop toelegt.

Bij dit alles is het van belang te benadrukken dat er in het huidige stelsel onvoldoende afstemming bestaat tussen de verschillende overige toezichthoudende instanties om het toezicht complementair aan elkaar te laten zijn. Niettemin kunnen deze instanties wel een rol spelen in het opvullen van bepaalde geconstateerde leemtes in het toezicht dat door de rechter en de officier van justitie wordt uitgeoefend. Om de overzichtelijkheid en volledigheid van het toezicht te waarborgen, blijft het echter ook dan van belang dat dit toezicht op transparante wijze en in een zekere afstemming met de overige toezichthouders plaatsvindt. In dit licht is het van belang om een verantwoordelijk orgaan aan te wijzen dat zich toelegt op het bewaken van deze onderlinge afstemming en het algehele zicht houdt op het toezicht. Belangrijk is in dit verband dat deze instantie onafhankelijk is, zicht heeft op al het strafvorderlijk toezicht en dat haar voldoende middelen ter beschikking worden gesteld. Hiervoor kan gekeken worden naar een uitbreiding van de toezichthoudende taken van een van de bestaande toezichthouders, zoals de procureur-generaal bij de Hoge Raad.

Deze paragraaf begon met de stelling dat toezicht nooit volmaakt kan zijn. Dat geldt ook (en wellicht te meer) voor het toezicht in de strafvorderlijke context. Het houden van toezicht op de naleving van strafvorderlijke normen is een tijdrovende activiteit die veel inspanning en capaciteit vergt van instanties die veelal toch al overvraagd zijn. Dat neemt niet weg dat een inspanning nodig is om het huidige suboptimale stelsel meer sluitend te krijgen dan thans het geval is. Dat vergt in de eerste plaats dat de rechter zijn toezichthoudende taak steviger ter hand neemt en in ieder geval meer helderheid verschaft over de werking van strafvorderlijke normen en de daarmee beoogde waarden in het strafproces. Dit toezicht werkt door in het gehele stelsel en heeft daarmee

33 Instellingsbesluit OM-Reflectiekamer Kwaliteitsontwikkeling van 6 december 2019 (*Stcrt.* 2019, 66481).

een belangrijke richtinggevende functie maar heeft daarnaast ook een symbolische functie in die zin dat het laat zien dat de strafvorderlijke overheid gehouden wordt aan de wet.

10.5 AANBEVELINGEN

In het licht van de geconstateerde leemtes in het huidige toezicht en de voorstellen ter verbetering van het huidige stelsel, kunnen concreet de volgende aanbevelingen worden gedaan.

Het onderhavige onderzoek heeft zich zowel over de normering van het strafvorderlijk handelen gebogen als over het toezicht op de naleving van deze normen. Betoogd is dat deze twee onderwerpen moeilijk van elkaar kunnen worden gescheiden en daarom in samenhang moeten worden bezien. Dat brengt mee dat alvorens de aanbevelingen ten aanzien van de inrichting van het toezicht worden besproken, eerst wordt stilgestaan bij de rol van de *wetgever* in het verhelderen van het huidige normenstelsel. In het huidige politieke landschap is het in het leven roepen van nieuwe wetten een betrekkelijk voor de hand liggende manier om maatschappelijke 'problemen' of ontwikkelingen het hoofd te bieden. Dat geldt ook op strafvorderlijk terrein. In de eerste plaats dient nadrukkelijker stil te worden gestaan bij de behoefte aan nieuwe strafvorderlijke normen en de vraag of het huidige normenkader niet te veel normen bevat. Wat dat betreft is de moderniseringsoperatie van het Wetboek van Strafvordering die mede beoogt de wettelijke regeling van de bijzondere opsporingsbevoegdheden overzichtelijker en minder versnipperd te maken, een stap in de goede richting. Indien blijkt dat op de naleving van bepaalde normen niet wordt toegezien, kan dat voorts een reden zijn om het toezicht daarop beter te organiseren, de normen nader aan te scherpen, of aanleiding zijn tot herbezinning op de noodzaak van het handhaven van de norm. Daarnaast zou de wetgever bij het in het leven roepen van nieuwe strafvorderlijke normen meer helderheid kunnen verschaffen over de betekenis van deze normen (voor het strafproces). Wat beoogt de wetgever met de norm te bereiken en kan in het licht van dit doel iets worden gezegd over de handhaving van de norm? Weliswaar brengt de dynamische aard van wetgeving mee dat de werking en betekenis van strafvorderlijke normen altijd aan verandering onderhevig is, een duidelijker oriëntatie op de vraag in welke behoefte de norm voorziet en op welke wijze de praktijk met de norm uit de voeten kan, zou er mede aan kunnen bijdragen dat het in het leven roepen van normen met een zekere mate van terughoudendheid plaatsvindt. Bovendien worden hiermee de nodige handvatten aangereikt aan de toezichthouder voor de handhaving van de norm.

Naast een betere doordenking van de noodzakelijkheid van nieuwe strafvorderlijke wetgeving kan ook op het gebied van het toezicht op het niveau van de wetgever verbetering worden geboekt. Bij het in het leven roepen van

normen lijkt niet altijd expliciet te worden nagedacht over de inrichting van het toezicht op deze normen, terwijl toezicht wel een integraal onderdeel is van normeren. Uit dit onderzoek blijkt dat het uitoefenen van toezicht niet altijd meer vanzelfsprekend is en dat daarnaast niet duidelijk is wie hiervoor de verantwoordelijkheid dient te dragen. Hierdoor schiet dat toezicht in de praktijk nogal eens tekort. Deze problemen worden ook in zekere zin erkend door de wetgever. In het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering staat de wetgever daarom ook stil bij de discussie rondom het toezicht op strafvorderlijke normen.[34] De wetgever constateert dat de huidige wijze waarop de rechter invulling geeft aan zijn toezichthoudende taak en de wettelijke basis van deze taak de nodige vragen oproepen. Zo biedt de huidige wet geen normatief richtsnoer aan de rechter voor de uitoefening van deze taak en wordt in de wet onvoldoende tot uiting gebracht dat ook de officier van justitie een verantwoordelijkheid heeft in het toezicht op de opsporing. Hoewel de wetgever hiermee de bredere discussie omtrent het toezicht op de opsporing aanstipt, wordt in de voorgestelde wetswijzigingen de focus vooral gelegd op het codificeren van het jurisprudentiële kader en het wegnemen van een aantal onduidelijkheden daarbinnen. Een expliciete visie op het toezichtsvraagstuk, waaronder de vraag welke instanties verantwoordelijk zijn voor het toezicht op rechtmatig strafvorderlijk handelen en hoe deze onderlinge verantwoordelijkheid zich tot elkaar verhoudt, ontbreekt aldus in de concept-memorie van toelichting. Gezien de leemtes in het huidige toezicht is het zinvol als de wetgever in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering zich bezint op het toezichtvraagstuk en zich mede uitlaat over de verantwoordelijkheid van de verschillende toezichthouders in het huidige stelsel.

De *Hoge Raad* heeft een belangrijke rol (gehad) in de vormgeving van de wijze waarop de strafrechter het vooronderzoek controleert en normeert. Om een uniforme toepassing van deze rechterlijke bevoegdheid te waarborgen heeft de Hoge Raad de rechtsvormende handschoen opgepakt en het kader van artikel 359a Sv nader geconcretiseerd. Uit deze jurisprudentie blijkt een grote mate van terughoudendheid ten aanzien van de omvang en reikwijdte van de toezichthoudende taak van de rechter. De focus op het terugdringen van de sanctionering van onrechtmatigheden in het vooronderzoek, heeft er echter aan bijgedragen dat het rechterlijk toezicht in zijn geheel is beperkt, dus ook wat betreft de componenten van informatievergaring en – met name – oordeelsvorming. Bovendien komt uit de bestudering van de feitenrechtspraak het beeld naar voren dat ook de uniformiteit en consistentie van het rechterlijk toezicht voor verbetering vatbaar zijn. De Hoge Raad zou de feitenrechter daarom meer ruimte moeten laten om zijn normerende taak uit te oefenen. Daarnaast zou de Hoge Raad als hoogste rechtscollege zich moeten uitlaten

34 Memorie van toelichting Vaststellingswet Boek 4 van het Wetboek van Strafvordering, p. 87-88.

over het thans gehanteerde sanctioneringskader van artikel 6 EVRM en de wijze waarop de invulling van dit recht zich verhoudt tot de overige strafvorderlijke normen. Een dergelijke benadering en versoepeling van het kader van artikel 359a Sv zou de *feitenrechter* in staat stellen uitdrukkelijker gebruik te maken van de discretionaire ruimte die artikel 359a Sv de rechter biedt en meer en explicieter gebruik te maken van zijn controlerende en normerende taak.

Op institutioneel niveau wordt binnen het OM reeds op zinvolle wijze geïnvesteerd in het verhogen van de kwaliteit van het opsporingswerk. Deels zien deze maatregelen op intensievere samenwerking met de politie, bijvoorbeeld in het kader van de verbetering van de kwaliteit van de processen-verbaal van veel voorkomende criminaliteit. Het OM zet in dit kader in op meer en betere sturing van de politie, een betere afstemming tussen politie en OM over de vraag waar een proces-verbaal aan moet voldoen en het vaststellen van eenduidige eisen.[35] En ook in de context van de ZSM-werkwijze wordt intensief met de politie samengewerkt en vindt veel sturing plaats. Daarnaast wordt ook op het niveau van rechercheofficieren nagedacht over de sturing van de politie om zo vormverzuimen in de opsporing te voorkomen (of in ieder geval te reduceren). Dat gebeurt bijvoorbeeld door overleg met de politie over veelvoorkomende vormverzuimen en het aanpassen van werkprocessen om zo de kans op gemaakte fouten te verkleinen.[36] Over dergelijke initiatieven zou het OM meer transparantie kunnen bieden. Dat zou er enerzijds aan bijdragen dat voor de rechter duidelijk wordt op welke wijze (op institutioneel niveau) het OM omgaat met deze toezichthoudende taak en wat de rechter in dat kader van het OM kan verwachten. Anderzijds draagt deze transparantie bij aan het uniformeren van de wijze waarop op arrondissementsniveau wordt omgegaan met (structurele of ernstige) normoverschrijdingen. Meer uniformiteit in het toezicht is ook van belang op het niveau van de individuele *officier van justitie*. Hoewel officieren van justitie een grote mate van autonomie hebben in de uitoefening van hun taken, is het voor consistent toezicht van belang dat er duidelijkheid bestaat over de inhoud van de toezichthoudende taak van de officier van justitie. Dat geldt in ieder geval ten aanzien van het vraagstuk van terugkoppeling. Een protocol betreffende de vraag hoe om te gaan met onrechtmatig handelen van politieambtenaren zou in ieder geval duidelijkheid kunnen scheppen over de vraag wanneer en op welke wijze de terugkoppeling richting de politie zou moeten geschieden. Het is bovendien zinvol om een dergelijk protocol in samenspraak met de politie tot stand te brengen. Het is natuurlijk enigszins ironisch dat in een onderzoek waarin regelzucht en protocollering worden geproblematiseerd en in verband worden gebracht met

35 Zie bijvoorbeeld de in het kader van het kwaliteitsprogramma OM-politie uitgebrachte brochure 'Een goed pv, daar vang je boeven mee'.

36 Een helder voorbeeld hiervan wordt gegeven door een van de respondenten ten aanzien van het abusievelijk opnemen en opslaan van OVC-gesprekken buiten de machtigingstermijn, zie § 8.2.4.

de complexiteit van het huidige strafvorderlijke stelsel, juist een aanbeveling wordt gedaan die strekt tot het invoeren van een nieuw protocol. Niettemin is het hebben van een richtlijn voor de wijze waarop terugkoppeling richting de politie moet plaatsvinden van belang. Dit komt niet alleen de eenduidigheid van het toezicht ten goede, het draagt er tevens aan bij dat de terugkoppeling beter wordt begrepen vanuit de politieorganisatie. Dat neemt niet weg dat individuele officieren van justitie ook de tijd, ruimte en vrijheid moeten krijgen (en behouden) om invulling aan hun toezichthoudende taak te geven.

10.6 Slotwoord

Zoals ook op verschillende plekken in dit onderzoek is opgemerkt, is volmaakt toezicht, evenals volledige normnaleving (vooral in het kader van opsporing), een illusie. Voor een rechtsstatelijke en goed functionerende strafrechtspleging is het echter wel noodzakelijk dat het huidige stelsel wordt verbeterd, waarbij een integrale aanpak geboden is die zowel oog heeft voor de normering van het strafvorderlijk handelen als de inrichting van het toezicht op die normen. In het debat aangaande de inrichting van het strafvorderlijk toezicht wordt thans nog onvoldoende stilgestaan bij de relatie tussen toezicht en normering en de implicaties ervan voor het toezicht. Dit debat richt zich vooral op het rechterlijk toezicht, en meer specifiek op het sluitstuk van het toezicht, namelijk de rechterlijke sanctionering van onrechtmatig strafvorderlijk handelen. Met het koppelen van het normeringsvraagstuk aan het vraagstuk van het toezicht op de strafvorderlijke overheid, heeft dit onderzoek deze kwestie vanuit een breder perspectief willen belichten.

In het voorgaande is geïllustreerd welke problemen de proliferatie aan strafvorderlijke normen met zich brengt voor de inrichting van het toezicht op deze normen. De veelheid aan (soms zeer gedetailleerde) normen zorgt niet alleen voor onoverzichtelijkheid in het strafvorderlijk normenkader waaraan het handelen van opsporingsambtenaren moet voldoen, maar stelt ook de 'toezichthoudende' instanties voor een probleem: ten aanzien van welke normen dragen zij een toezichthoudende taak en hoe ver reikt deze toezichthoudende taak? Tegen deze achtergrond werpt dit onderzoek licht op de vraag wat te gelden heeft als goed toezicht in deze strafvorderlijke context. Op basis van deze definitie is in het voorgaande geconcludeerd dat het huidige toezicht op een aantal onderdelen suboptimaal is. Doordat in kaart is gebracht waar en hoe precies deze leemtes in het toezicht zich manifesteren, is een eerste stap gezet om het huidige stelsel verder te versterken.

In het voorgaande zijn enkele voorstellen gedaan om de geconstateerde leemtes te dichten. Hierbij is het in het bijzonder van belang dat het toezicht zich oriënteert op het onderliggende normenkader zodat het gehele kader 'gedekt' is. Voor zover strafvorderlijke normen uit de boot vallen, in die zin dat het toezicht op deze normen onvoldoende van belang wordt geacht, is

het bovendien zaak om na te denken over het nut van deze normen in het strafvorderlijk kader. Wat dat betreft biedt de modernisering van het Wetboek van Strafvordering de wetgever een uitgelezen kans om waar nodig helderheid te verschaffen over deze normen en te snoeien in de hoeveelheid strafvorderlijke normen. Tevens is het van belang dat er eensgezindheid komt over de inhoud en invulling van de toezichthoudende taak van de huidige instanties. De huidige fragmentatie van het toezicht is grotendeels terug te voeren op de uiteenlopende wijze waarop dit toezicht in de praktijk wordt ingevuld en uitgevoerd. Meer overeenstemming en consistentie in dezen draagt bij aan een vollediger en beter toezicht. Hiervoor is het van belang dat de huidige toezichthouders meer ruimte en middelen krijgen om invulling te geven aan deze belangrijke taak. Toezicht op de strafvorderlijke overheid vormt immers een wezenlijk en onmisbaar onderdeel van de rechtsstaat.

Samenvatting

Het huidige Nederlandse strafprocesrecht bevat een groot aantal normen die betrekking hebben op het handelen van opsporingsambtenaren in het kader van het strafrechtelijk vooronderzoek. Het grondpatroon van deze verzameling normen wordt gevormd door het Wetboek van Strafvordering, maar de afgelopen decennia is het wetboek veelvuldig gewijzigd en aangevuld en zijn er bovendien op verschillende (internationale en nationale) wetgevingsniveaus en vanuit de rechtspraak steeds meer strafprocessuele normen aan het bestaande kader toegevoegd. De vele wijzigingen en aanvullingen hebben geresulteerd in een omvangrijk en alsmaar veranderend normenstelsel waarmee hoge verwachtingen aan het optreden van opsporingsambtenaren worden gesteld. Dat opsporingsambtenaren niet altijd hieraan kunnen voldoen, blijkt uit het feit dat divers onderzoek uitwijst dat het niveau van parate kennis van strafvorderlijke wetten bij opsporingsambtenaren niet optimaal is. Ook in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering wordt hierbij stilgestaan. De minister stelt alleen al ten aanzien van het wetboek, in het bijzonder als gevolg van de vele veranderingen die dit in de loop der jaren heeft ondergaan, dat het op belangrijke onderdelen weinig overzichtelijk en toegankelijk is en bovendien op onderdelen afwijkt van de ontwikkelingen in de jurisprudentie. Gezien deze grote hoeveelheid normen is het de vraag door wie en op welke wijze toezicht op de naleving van al deze strafvorderlijke normen wordt gehouden. In de jurisprudentie van de Hoge Raad is in de afgelopen jaren een duidelijke terugtrekkende ontwikkeling waar te nemen ten aanzien van de rechterlijke controle op het handelen van opsporingsambtenaren in het vooronderzoek, terwijl het niet zonder meer duidelijk is of en op welke wijze dit toezicht mede door andere instanties wordt uitgeoefend. De proliferatie van strafvorderlijke normen enerzijds en het vermoeden dat het toezicht op deze normen hierbij achterblijft anderzijds hebben tezamen tot de volgende vraagstelling geleid:

> *Op welke wijze en met welk doel wordt het strafvorderlijk vooronderzoek en het handelen van opsporingsambtenaren in dat kader genormeerd, hoe is het toezicht op de naleving van die normen geregeld, en hoe dient het toezicht in de praktijk te worden gewaardeerd in het licht van de eisen die aan goed toezicht worden gesteld?*

De beantwoording van deze vraagstelling is opgedeeld in drie delen. Het *eerste deel* staat in het teken van normering en de relatie ervan met toezicht. Dit deel brengt in kaart op welke wijze en met welke redenen het handelen van opsporingsambtenaren wordt genormeerd en wat het belang is van toezicht op de naleving van deze normen. Voor een beter begrip van hoe het toezicht op strafvorderlijke normen is ingericht en waar de pijnpunten in dat toezicht gelegen zijn, is het immers essentieel om eerst inzicht te krijgen in de vraag waarop precies het toezicht betrekking heeft. Vervolgens staat in het *tweede deel* van dit onderzoek het toezicht zelf centraal. Dit deel brengt in kaart hoe het huidige speelveld aan toezichthouders eruitziet en welke rol de verschillende instanties in het toezicht op de opsporing vervullen. Vervolgens wordt de focus gelegd op de inrichting en praktijk van het toezicht door de twee voornaamste 'toezichthouders' op de opsporing, te weten de rechter en de officier van justitie. Op basis van een analyse van de feitenrechtspraak en empirisch onderzoek naar de praktijk van het toezicht door de officier van justitie wordt in kaart gebracht hoe respectievelijk de strafrechter en de officier van justitie invulling geven aan hun toezichthoudende taak ten opzichte van de opsporing. Tot slot worden in het *derde deel* het normerings- en toezichtsvraagstuk op elkaar betrokken en wordt een waardering gegeven van het huidige stelsel en de huidige praktijk van strafvorderlijk toezicht. Door het maken van een koppeling tussen de normering van het handelen van opsporingsambtenaren in het vooronderzoek en het toezicht op de naleving van deze normen, wordt beoogd de relatie tussen beide inzichtelijk te maken en daarmee de discussie rondom het toezicht op de strafvorderlijke overheid in een breder perspectief te plaatsen.

Het *eerste deel* van dit onderzoek staat stil bij de normering van het handelen van opsporingsambtenaren in het vooronderzoek; meer specifiek de onderliggende redenen van de normering van dit handelen, de wijze waarop het huidige strafvorderlijke handelingskader eruitziet en wat de implicaties hiervan zijn voor het toezicht op deze normen. De gedachte die ten grondslag aan dit onderzoek ligt, is dat rechtsnormen met een bepaald doel in het leven worden geroepen en dat dit doel betekenis kan hebben voor het toezicht op die normen. De vraag is daarom welke redenen ten grondslag liggen aan het normeren van het handelen van opsporingsambtenaren in het kader van het opsporingsonderzoek. In *hoofdstuk* 2 wordt een globale uiteenzetting gegeven van de functies die aan rechtsnormen worden toegeschreven. Met het neerleggen van normen in rechtsnormen wordt een bepaalde ordening in de samenleving gecreëerd, door het definiëren van begrippen, het stellen van regels en het bepalen van procedures. Het recht zorgt ervoor dat bij conflicten duidelijk is waar de oplossingen moeten worden gevonden en het bevordert daarmee een bepaalde manier van omgang in de samenleving. Rechtsnormen geven voorts een verantwoording van overheidsmacht, zij faciliteren enerzijds maar beperken anderzijds het gebruik van overheidsingrepen in het leven van

individuen, bieden het individu daarmee bescherming en fungeren daarmee als toetsingsmaatstaf voor het optreden van zowel de overheid als de burger. Het in het leven roepen van rechtsnormen is dan ook een doelgerichte activiteit, waarmee bepaalde voorkeuren worden uitgedrukt omtrent het gedrag van mensen in de samenleving en de ordening van die samenleving alsmede de verhouding tussen overheid en burger. Deze ordening is niet statisch maar onderhevig aan maatschappelijke ontwikkelingen. De overheid – in eerste instantie de wetgever, maar in voorkomende gevallen ook de rechter en zelfs de uitvoerende macht – kan door middel van het formuleren van rechtsnormen op bepaalde maatschappelijke behoeftes en problemen reageren, en zal zich vervolgens moeten inspannen voor de naleving van die regels om deze doelstellingen ook te bewerkstelligen. Zo bezien brengt normering een zekere verplichting met zich om ook het toezicht op de naleving van die norm adequaat te regelen. De vraag is echter wel wat hieronder kan worden verstaan en welke eisen moeten worden gesteld aan goed toezicht.

Aan de hand van bestuurskundige literatuur komt dit hoofdstuk tot de volgende definitie van toezicht: een activiteit die is gericht op het verzamelen van informatie over de vraag of een handeling of zaak voldoet aan de daaraan gestelde eisen, het zich daarna vormen van een oordeel daarover en het eventueel naar aanleiding daarvan interveniëren. Deze brede definitie van toezicht is vervolgens ontleed in een drietal componenten – te weten: (1) informatieverzameling, (2) oordeelsvorming, en (3) interventie – en vervolgens nader geoperationaliseerd voor de strafvorderlijke context. Immers, in juridische zin wordt met toezicht gedoeld op een zekere geformaliseerde en professionele variant van toezicht waaraan bepaalde eisen kunnen worden gesteld. Vervolgens zijn de volgende *institutionele* vereisten van goed toezicht geformuleerd en onderbouwd: goed toezicht dient formeel, transparant, onafhankelijk en belangeloos te zijn. Met betrekking tot de reikwijdte van het toezicht is beargumenteerd dat het toezicht een zekere mate van volledigheid dient te hebben. Het creëren van rechtsnormen in een rechtsstaat is immers niet vrijblijvend, maar brengt een zekere verplichting voor de overheid met zich om de naleving van de gestelde normen (zoveel mogelijk) te realiseren.

In het *derde hoofdstuk* is de blik gericht op de redenen die ten grondslag (kunnen) liggen aan normering in het kader van het strafproces. Dit hoofdstuk vangt aan met een bespreking van de hoofddoelstelling van strafvordering, namelijk de juiste toepassing van het materiële strafrecht. Het strafvorderlijk stelsel beoogt immers aan deze hoofddoelstelling te beantwoorden, waardoor de wijze van normering – en ordening – van het strafproces sterk zal samenhangen met de te verwezenlijken doelen binnen het strafproces. Aan de hand van de hoofddoelstelling van het strafproces en de daarvan afgeleide doelstellingen wordt in het hoofdstuk een aantal waarden onderscheiden die aan strafvorderlijke normen ten grondslag liggen (in het bijzonder gaat het om de waarden van betrouwbaarheid, rechtmatigheid, integriteit en voortvarendheid). Deze waarden kunnen deels (direct dan wel indirect) worden afgeleid

van de twee belangrijkste doelstellingen van het strafproces: enerzijds het achterhalen van de (materiële) waarheid en anderzijds het bieden van de noodzakelijke bescherming aan de (verdachte) burger. Zo liggen aan veel strafvorderlijke normen de waarden van betrouwbaarheid en rechtmatigheid ten grondslag; bijvoorbeeld normen die regels voor het verzamelen van bewijsmateriaal bevatten of normen die betrekking hebben op de uitoefening van bevoegdheden die kunnen raken aan verschillende rechten van burgers, zoals het recht op lichamelijke integriteit en het recht op privacy. Deels bestaan er echter ook strafvorderlijke normen die minder direct te herleiden zijn tot deze twee belangrijkste doelstellingen van het strafproces. De wetgever heeft immers meerdere 'doelen' in het licht waarvan hij strafvorderlijke normen in het leven roept, waarvan een deel zeer pragmatisch (en daarmee weinig fundamenteel) kan zijn. Zo kunnen veranderingen in de maatschappij – zoals op het gebied van politiek, cultuur of technologische ontwikkelen – tot het creëren van nieuwe rechtsnormen nopen, bijvoorbeeld omdat nieuwe situaties en fenomenen ontstaan die niet zonder meer in bestaande wetgeving kunnen worden ondergebracht. Daarnaast kunnen deze maatschappelijke ontwikkelingen er ook aan bijdragen dat een zekere herdefiniëring plaatsvindt van de fundamentele uitgangspunten, doelstellingen die aan het strafproces en de onderliggende waarden van normen ten grondslag liggen. Dat brengt mee dat niet alle normen kunnen worden teruggevoerd op de meest fundamentele uitgangspunten van het strafproces, maar soms een meer pragmatische aanleiding hebben. Bovendien brengt de hoge abstractiegraad van deze doelstellingen met zich dat zij naar tijd en plaats verschillend kunnen worden geïnterpreteerd. Datzelfde geldt in zekere zin ook voor de onderliggende waarden van strafvorderlijke normen, deze kunnen niet alleen onderling overlappen maar kunnen daarnaast ook op uiteenlopende wijzen worden ingevuld. Het identificeren en onderscheiden van de redenen waarmee strafvorderlijke normen in het leven worden geroepen, is op zichzelf dan ook niet gemakkelijk waardoor het eveneens niet goed mogelijk is om aan de hand van dergelijke onderliggende waarden een strikte rubricering aan te brengen binnen het geheel aan strafvorderlijke normen. Desondanks zijn deze onderliggende waarden wel van belang voor een goed functionerend strafproces; zij zijn immers op een theoretisch niveau redengevend geweest voor het in het leven roepen van deze normen.

Na de bespreking van de juridische waarden die ten grondslag (kunnen) liggen aan de verschillende normen in het strafproces, wordt in *hoofdstuk 4* het huidige speelveld van strafvorderlijke normen in kaart gebracht. Deze bespreking heeft tot doel om in kaart te brengen hoe dit normenstelsel eruitziet en welke politieke en maatschappelijke ontwikkelingen ten grondslag hebben gelegen aan de veranderingen van dit stelsel. Deze bespreking neemt als startpunt de invoering van het huidige Wetboek van Strafvordering en de doelstelling die de wetgever destijds voor ogen had met de invoering van dit wetboek. Inmiddels ziet het strafvorderlijke normenstelsel er aanzienlijk anders uit dan bij de invoering van het Wetboek van Strafvordering. Zowel binnen

als buiten het wetboek hebben veel nieuwe normen hun intrede gedaan. Sommige van deze normen zijn later vastgelegd in diverse formele (en bijzondere) wetten, terwijl andere normen terug te vinden zijn in internationale verdragen, lagere nationale wetgeving en zelfs het ongeschreven recht. Dit normatieve kader is steeds complexer en omvangrijker geworden en behelst een groot aantal verschillende soorten normen. Deels kan deze ontwikkeling aan (internationale) politieke en juridische invloeden worden toegeschreven. Mensenrechtelijke verdragen hebben bijvoorbeeld meer aandacht op de bescherming van het individu gevestigd, waardoor de bescherming van andere of nieuwe waarden in het strafproces een rol gingen spelen. Maar ook technologische ontwikkelingen of ontwikkelingen op het gebied van criminaliteit hebben hun uitwerking gehad op de normering van het strafproces. Zo heeft de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit en de daaropvolgende IRT-affaire een van de grootste wetgevingsoperaties na de codificatie van het wetboek met zich gebracht. De Commissie-Van Traa concludeerde in haar onderzoek naar deze IRT-affaire dat het gebrek aan duidelijke normering van het handelen van opsporingsambtenaren er destijds aan had bijgedragen dat binnen de opsporing niet duidelijk was welke opsporingshandelingen al dan niet waren toegestaan. Met het in het leven roepen van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden zorgde de wetgever voor de nodige opheldering. Tegelijkertijd was dit slechts een deel van het probleem; de wanordelijkheden ten tijde van de IRT-affaire hadden deels met gebrekkige wetgeving te maken, maar waren deels ook te wijten aan een gebrek aan sturing van de opsporing en toezicht op het handelen van opsporingsambtenaren. Het in het leven roepen van nieuwe regels kan daarom nooit een eindoplossing zijn; wil een regel effectief zijn dan is het noodzakelijk dat er ook wordt toegezien op naleving ervan. De conclusie van dit hoofdstuk is dat het huidige stelsel aan strafvorderlijke normen in hoge mate het resultaat van een organische ontwikkeling waarbij zowel juridische als maatschappelijke, politieke en economische ontwikkelingen een belangrijke rol hebben gespeeld. Niet alleen de onderliggende (juridische) waarden zijn aldus van belang voor de totstandkoming van de norm, ook andere meer pragmatische overwegingen kunnen de bestaansreden van de norm nader inkleuren.

Na het in kaart brengen van de omvang en veelsoortigheid van het huidige speelveld aan strafvorderlijke normen – en daarmee ook de (complexiteit van de) redenen die aan de normering van het strafproces ten grondslag liggen – wordt in de *deelconclusie van het eerste deel* de balans opgemaakt. Er wordt vaak naar wetgeving gegrepen als reactie op maatschappelijke ontwikkelingen, waardoor in bepaalde opzichten sprake lijkt te zijn van een zekere overnormering binnen het stelsel van strafvordering. Het in het leven roepen van nieuwe regels kan echter nooit een eindoplossing zijn; wil een regel effectief zijn dan is het ook noodzakelijk dat op de naleving daarvan wordt toegezien. De toenemende normering van het strafproces en de complexiteit van het huidige normenstelsel roepen daarom de vraag op hoe het toezicht thans is geregeld

en hoe dit stelsel van toezicht in de praktijk functioneert. Voordat het onderzoek zich over dit toezichtsvraagstuk buigt, wordt op basis van het voorgaande en aan de hand van de in hoofdstuk 2 geformuleerde definitie van toezicht, het toetsingskader van wat onder *goed* of *adequaat toezicht* te gelden heeft, nader aangescherpt. Hierbij worden in de eerste plaats de *institutionele* vereisten die aan goed toezicht in deze specifieke strafvorderlijke context – die zich kenmerkt door zijn juridische en publieke karakter – kunnen worden gesteld, nader onderbouwd: voor goed toezicht in de strafvorderlijke context dient het toezicht formeel, transparant, onafhankelijk en belangeloos te zijn. Voorts kan ten aanzien van de reikwijdte van het toezicht worden verlangd dat deze een zekere mate van volledigheid heeft. Tot slot wordt beargumenteerd dat de specifieke kenmerken van het beoordelingsframe van het strafvorderlijk toezicht een tweetal *inhoudelijke* vereisten voor het toezicht met zich brengt: in het licht van de complexiteit van het stelsel aan strafvorderlijke normen ligt het voor de hand dat van goed toezicht ten eerste kan worden verwacht dat het zich daadwerkelijk op het onderliggende beoordelingsframe (en daarbinnen de onderliggende waarden van de normen) oriënteert. Ten tweede mag van goed toezicht worden verwacht dat het waar nodig bijdraagt aan de opheldering van het onderliggende beoordelingsframe. Met betrekking tot het eerstgenoemde vereiste betekent dit dat het toezicht rekening dient te houden met de onderliggende waarde van de norm, aangezien deze onderliggende waarde van belang is voor de juiste interpretatie van de norm en de verwezenlijking van de daarmee gestelde doelen. Om te kunnen spreken van een adequaat systeem van toezicht zal in ieder geval over het geheel genomen toezicht moeten bestaan op de verschillende waarden die de strafvorderlijke normen beogen te beschermen. Deze moeten op enigerlei wijze zijn 'afgedekt'. Deze strafvorderlijke normen zijn immers in het leven geroepen om deze onderliggende waarden te verwezenlijken in het strafproces. Ten tweede brengt de complexiteit van het huidige speelveld aan strafvorderlijke normen mee dat het toezicht een zekere mate van opheldering dient te verschaffen over de betekenis en werking van deze verschillen strafvorderlijke normen. Deze opheldering is van belang voor de oordeelsvorming omtrent het handelen (de tweede component van de toezichtsdefinitie). Zo is het wanneer de norm niet helder is, niet goed mogelijk een oordeel te vellen over de normconformiteit van het handelen. Daarnaast is de opheldering (van de werking) van normen van belang voor de naleving van de norm doordat zij voor de normadressaat inzichtelijk maakt hoe hij zijn gedrag hierop dient af te stemmen.

In *deel II* van het onderzoek staat het toezicht op de naleving van strafvorderlijke normen door opsporingsambtenaren centraal. *Hoofdstuk 5* geeft een overzicht van de wettelijke regeling van het toezicht en de instanties die zich hiermee bezighouden. Een bont palet van toezichthouders passeert hierbij de revue, zoals de Nationale ombudsman, de Inspectie Justitie en Veiligheid, de Algemene Rekenkamer, de Autoriteit persoonsgegevens, de procureur-generaal

bij de Hoge Raad en tot slot de politieorganisatie zelf. De bespreking van deze instanties laat zien dat het toezicht dat zij uitoefenen niet (primair) gericht is op de naleving van strafvorderlijke normen door opsporingsambtenaren en bovendien ver afstaat van de definitie van goed toezicht zoals gegeven in het eerste deel. Om die reden focust het hoofdstuk zich op de twee hoofdrolspelers in dit nalevingstoezicht en geeft het een uiteenzetting van de institutionele en wettelijke inkadering van het toezicht dat door de rechter en de officier van justitie wordt uitgeoefend op het opsporingsonderzoek. Het hoofdstuk vangt aan met een bespreking van de ontwikkeling van het rechterlijk toezicht op de opsporing. Het toezicht op de naleving van strafprocessuele normen in het vooronderzoek is immers niet altijd een expliciete en ondubbelzinnige aan de zittingsrechter toebedeelde verantwoordelijkheid geweest. De rechterlijke bemoeienis met het optreden van politie en justitie in het vooronderzoek vond in belangrijke mate plaats buiten de wetgever om. Sedert de jaren zestig heeft de rechter deze toezichthoudende taak op zich genomen en is deze taak nader ingevuld in de jurisprudentie. Inmiddels is deze rechterlijke controle van een wettelijke grondslag in het Wetboek van Strafvordering voorzien, maar de wetgever heeft zich nooit expliciet uitgelaten over de reikwijdte van deze controlerende taak van de rechter en de doelstellingen die ermee worden beoogd. Bij de invoering van artikel 359a Sv is er expliciet voor gekozen om de rechter een ruime discretionaire bevoegdheid te geven in de wijze waarop en mate waarin hij op onrechtmatig strafvorderlijk optreden reageert. Vanwege deze 'open' bepaling en de betrekkelijk summiere memorie van toelichting daarbij bestond ten tijde van de invoering van het artikel de vrees dat de invulling van deze rechterlijke bevoegdheid gepaard zou gaan met veel onderlinge verschillen en tot rechtsonzekerheid zou kunnen leiden. Deze vrees bleek echter niet terecht omdat al snel na de invoering van deze bepaling de Hoge Raad zijn rechtsvormende taak ter hand nam en de controlerende taak van de rechter ingevolge deze bepaling nader structureerde. Hiermee is langzamerhand een duidelijke jurisprudentiële lijn ontstaan aan de hand waarvan de feitenrechter invulling geeft aan zijn controlerende taak ten aanzien van het vooronderzoek. In hoeverre de feitenrechter de Hoge Raad hierin daadwerkelijk volgt, wordt in hoofdstuk 7 onderzocht.

Ook het toezicht dat door de officier van justitie wordt uitgeoefend heeft geen ondubbelzinnige wettelijke grondslag. Er is geen wettelijke regeling waarin de toezichthoudende taak van het OM en in het verlengde daarvan de officier van justitie, duidelijk uiteen wordt gezet. Enerzijds wordt deze taak impliciet ontleend aan verschillende andere wettelijke taken van het OM en diens leden, en anderzijds wordt deze toezichthoudende taak verbonden met de magistratelijke positie van het OM in het Nederlandse staatsbestel. Al met al wordt het gezag van de officier van justitie als aanknopingspunt gezien voor de uitoefening van een zekere onafhankelijke en objectieve toezichthoudende taak ten opzichte van de opsporingsambtenaren. Dit gezag komt er kort gezegd op neer dat hij verantwoordelijkheid draagt voor de rechtmatigheid

en de betrouwbaarheid van het opsporingsonderzoek. De algemene bepaling aangaande deze gezagsverhouding is echter weinig richtinggevend met betrekking tot de vraag wat dit toezicht precies inhoudt, wat de reikwijdte ervan is en op welke wijze hier uitvoering aan dient te worden gegeven. Het is dan ook met name de praktijk die cruciaal voor de vormgeving van deze toezichthoudende taak is geweest. Verschillende ontwikkelingen – zowel ten aanzien van het strafrechtelijk beleid als andere politieke ontwikkelingen – hebben eraan bijgedragen dat deze toezichthoudende taak voortdurend is veranderd. Mede als gevolg hiervan wordt niet alleen de individuele officier van justitie als een belangrijke toezichthouder ten aanzien van het rechtmatig handelen van opsporingsambtenaren gezien, ook op organisatieniveau trekt het OM zich deze taken steeds meer aan. Bijvoorbeeld door het creëren van verschillende toetsingscommissies en interne toezichtorganen, maar ook door het in het leven roepen van bijzondere posities voor officieren van justitie ter waarborging van de kwaliteit en de rechtmatigheid van de opsporing, zoals de rechercheofficier van justitie en de kwaliteitsofficier van justitie. Kortom, hoewel het bestaan van een toezichthoudende taak voor de officier van justitie algemeen wordt aangenomen, is deze geenszins een rustig bezit waardoor de reikwijdte en het doel ervan niet altijd hetzelfde zijn (geweest).

Ofschoon zowel de rechter als de officier van justitie vanuit hun grondwettelijke en institutionele rol een zekere verantwoordelijkheid voor de handhaving van strafvorderlijke normen hebben, is ten aanzien van beide instanties niet zonder meer duidelijk hoe dit toezicht er precies dient uit te zien. In de *hoofdstukken 6, 7 en 8* staat daarom de vraag naar de wijze waarop dit toezicht in de praktijk gestalte krijgt, centraal. *Hoofdstuk 6* richt zich op het rechterlijk toezicht zoals dat in de jurisprudentie van de Hoge Raad is uiteengezet. Dit hoofdstuk schetst de algemene kaders van het rechterlijk toezicht op hoofdlijnen en staat in het bijzonder stil bij die aspecten van het kader die de meeste vragen hebben opgeroepen in de jurisprudentie en de literatuur. Hoewel de wetgever deze rechterlijke taak van een expliciete grondslag heeft voorzien met de invoering van artikel 359a Sv, en daarbij de rechter een ruime discretionaire bevoegdheid heeft gegeven in de nadere invulling van deze taak, is deze discretionaire bevoegdheid door de Hoge Raad scherp ingekaderd. Het beeld dat uit deze bespreking van de jurisprudentie naar voren komt, is dat de rechter terughoudend moet omgaan met zijn toezichthoudende taak, in het bijzonder bij het reageren op onrechtmatigheden begaan in het vooronderzoek. De Hoge Raad lijkt de controlerende taak van de rechter te beperken tot het waken over de subjectieve rechten van de verdachte, in het bijzonder zijn recht op een eerlijk proces. De jurisprudentiële drempels voor het verbinden van rechtsgevolgen – met name bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkheid – aan onrechtmatigheden zijn hoog, en indien de rechter ervoor kiest een vormverzuim te sanctioneren dient hij dat uitvoerig te motiveren. Aan deze motiveringsplicht – en de daarmee samenhangende stelplicht voor de verdediging die zich op een dergelijk vormverzuim beroept – stelt de Hoge Raad bovendien

hoge eisen, enerzijds om deze controlerende taak te beteugelen en anderzijds om de uniformiteit van het rechterlijk toezicht te waarborgen. Dat de sanctionering van normoverschrijdingen terughoudend dient plaats te vinden, betekent echter niet noodzakelijkerwijs dat er ook geen rechterlijke controle en normering is. De vraag is hoe de feitenrechter met deze jurisprudentie omgaat. De conclusie van dit hoofdstuk is dat het door de Hoge Raad ontwikkelde kader voor de rechterlijke controle op de opsporing de feitenrechter enerzijds de nodige handvatten geeft om te reageren op onregelmatigheden in het vooronderzoek, terwijl anderzijds de hoge eisen die de Hoge Raad stelt voor de toepassing van deze bepaling en de vele factoren waarmee de feitenrechter rekening dient te houden, hem beperkingen *kunnen* opleggen in de uitoefening van deze taak.

In *hoofdstuk 7* staat de vraag centraal op welke wijze de feitenrechter zich door de jurisprudentie van de Hoge Raad laat leiden en hoe hij invulling geeft aan zijn toezichthoudende taak. In dit hoofdstuk wordt op basis van een selectie van 259 uitspraken uit drie peiljaren een beeld geschetst van de wijze waarop in de feitenrechtspraak invulling wordt gegeven aan de controlerende taak van de rechter ten aanzien van het opsporingsonderzoek. Het beeld dat uit deze bespreking kan worden gedestilleerd, is dat de feitenrechter in algemene zin de jurisprudentiële lijn van de Hoge Raad volgt, maar hij zich ook een zekere ruimte lijkt te permitteren om buiten dat strikte kader te opereren. Hierbij gaat het bijvoorbeeld om een uitgebreidere controle (en sanctionering) van onrechtmatigheden waarvan niet direct duidelijk is waarom zij de procespositie van de verdachte zouden raken, zoals schendingen van de verbaliseringsplicht (die hersteld zijn of kunnen worden), onrechtmatigheden rondom de start van het vooronderzoek en schendingen van het huisrecht. Ook is in de rechtspraak te zien dat de rechter met betrekking tot bepaald optreden sneller genegen is om van zijn controlerende (en normerende) taak gebruik te maken, zoals bij de toetsing van het gebruik van geweld door opsporingsambtenaren en bij de normering van nieuwe opsporingsmethoden. De wijze waarop de feitenrechter invulling geeft aan zijn toezichthoudende taak is echter niet altijd consistent. Zo lijkt de rechter zich niet altijd duidelijk te oriënteren op de aard van de geschonden norm en de relatie tussen de normschending, het daaraan te verbinden rechtsgevolg en het doel van sanctionering, terwijl in de jurisprudentie van de Hoge Raad nadrukkelijk wordt gewezen op het belang van de explicitering van het doel van sanctionering in het licht van de normschending. Een dergelijke expliciete koppeling wordt veelal wel gemaakt wanneer de geschonden norm duidelijk raakt aan de eerlijkprocesrechten van de verdachte – bijvoorbeeld het recht op rechtsbijstand – maar is minder duidelijk (of geheel afwezig) wanneer het een normschending betreft die aan andere belangen raakt (zoals het recht op privacy) waaraan de rechter niettemin een consequentie wil verbinden. Mede hierdoor bestaan er veel onderlinge verschillen tussen de wijze waarop feitenrechters met vormverzuimen omgaan. Ondanks het gedetailleerde toetsingskader van de Hoge Raad

bestaan er aldus veel discrepanties in de wijze waarop de feitenrechter invulling geeft aan zijn controlerende taak. Wat de oorzaak van deze discrepanties is, wordt echter niet geheel duidelijk daar de feitenrechter hier (doorgaans) niet expliciet bij stilstaat. Gezien de ruimhartiger omgang met zijn toezichthoudende taak, kan worden aangenomen dat sommige discrepanties het gevolg kunnen zijn van een andere taakopvatting van de feitenrechter ten aanzien van zijn verantwoordelijkheid voor de rechtmatigheid van het vooronderzoek, waardoor het optreden van justitiële autoriteiten scherper kan worden gecontroleerd en onrechtmatigheden ruimhartiger worden gesanctioneerd. Voor veel andere discrepanties, bijvoorbeeld in relatie tot de explicitering van het doel van sanctionering in het licht van de normschending, is deze verklaring echter niet overtuigend. Aannemelijker is het dat dergelijke afwijkingen van het jurisprudentiële kader het gevolg zijn van onduidelijkheid over dit kader. Zolang de feitenrechter zich hierover niet uitlaat, zal het echter gissen blijven naar een verklaring voor deze discrepanties. Tegelijkertijd moet worden erkend dat de jurisprudentie van de Hoge Raad de feitenrechter bepaald niet uitnodigt om in dezen uitvoerig te motiveren.

Het laatste hoofdstuk van deel 2 bespreekt het toezicht dat door de officier van justitie wordt uitgeoefend. Er is weinig literatuur beschikbaar over de wijze waarop officieren van justitie invulling geven aan hun toezichthoudende taak. In het kader van dit onderzoek is getracht te voorzien in deze kennisleemte door het afnemen van semigestructureerde interviews met twintig officieren van justitie over het thema toezicht op de opsporing door de officier van justitie en meer in het algemeen het OM. *Hoofdstuk 8* doet verslag van dit empirisch onderzoek. In zijn algemeenheid stellen de respondenten een duidelijke toezichthoudende taak voor de officier van justitie te zien, maar zij zijn minder eensgezindheid over de invulling van die taak. Sommige officieren van justitie gaan ruimhartig om met hun toezichthoudende taak; zij achten het van groot belang dat de politie strafvorderlijke normen naleeft en kijken daarom kritisch naar het handelen van opsporingsambtenaren. Daarnaast zien zij een duidelijke opvoedkundige rol voor zichzelf weggelegd in relatie tot de politie en koppelen daarom waar nodig geconstateerde fouten terug aan de politie. Andere officieren van justitie geven daarentegen aan dat veel opsporingsonderzoeken onder hoge tijdsdruk plaatsvinden, waardoor niet altijd zorgvuldig met de politie kan worden meegekeken. Wanneer vormverzuimen worden begaan, worden deze soms pas laat – bijvoorbeeld ter zitting – door de officier van justitie geconstateerd, waardoor er nauwelijks tijd en ruimte is om deze adequaat te redresseren. Tussen deze twee uitersten zitten veel grijstinten die eveneens door respondenten worden aangevoerd als zijnde een realistisch beeld van de praktijk. Er is aldus op veel fronten onderling verschil in de wijze waarop het toezicht door de officier van justitie wordt uitgeoefend; dat geldt bijvoorbeeld in de mate waarin de officier van justitie betrokken is bij het opsporingsonderzoek, de mate waarin en de normen waarop het toezicht wordt uitgeoefend en de wijze waarop op geconstateerde

normoverschrijdingen wordt gereageerd. Daar komt bij dat het toezicht in verschillende typen zaken anders is ingevuld. Zo is er bij de grote onderzoeken een intensieve controle en betrokkenheid bij het opsporingsonderzoek, zowel vanuit de zaaksofficier als op het niveau van de rechercheofficier op het arrondissementparket. Ook in de ZSM-zaakstromen stellen officieren van justitie dat er duidelijk zicht is op het handelen van opsporingsambtenaren in het vooronderzoek en voldoende mogelijkheden tot sturing van dat handelen. Dat ligt anders bij de zogenoemde loopzaken, zaken die van collega-officieren worden overgenomen of zaken waarin enige tijd is verstreken sinds het opsporingsonderzoek is afgerond. In dergelijke zaken vindt doorgaans geen terugkoppeling plaats. Daarnaast is de officier van justitie niet snel geneigd rechtsgevolgen te verbinden in de strafzaak naar aanleiding van het onrechtmatig handelen van opsporingsambtenaren. Hier lijkt met name het toetsingskader van de Hoge Raad ingevolge artikel 359a Sv leidend te zijn. Hoewel de respondenten stellen dat hun magistratelijkheid meebrengt dat zij een eigen onafhankelijke taak in de controle op het opsporingsonderzoek hebben en daarin verder gaan dan de rechter (in die zin dat zij strenger zijn richting de politie), blijken zij zich toch vaak te oriënteren op de jurisprudentie van de Hoge Raad. Dat brengt mee dat de terughoudendheid die de rechter in zijn toezicht betracht op deze wijze ook doorwerkt in het toezicht dat de officier van justitie uitoefent. Naast een verschil in taakopvatting en -invulling lieten de interviews tot slot ook zien dat er een verschil bestaat in perceptie, meer in het bijzonder ten aanzien van de vraag in hoeverre onrechtmatig strafvorderlijk handelen een probleem in het opsporingswerk vormt en de vraag op welke wijze fouten in de opsporing kunnen worden voorkomen. Deze uiteenlopende perspectieven op het thema brengen niet alleen mee dat het toezicht zeer gefragmenteerd is, maar ook dat er geen eenduidige ideeën zijn over eventuele oplossingen voor deze problematiek.

Het *derde* en tevens laatste deel van dit onderzoek betrekt de twee voorgaande delen op elkaar en geeft de belangrijkste bevindingen van het onderzoek weer. In *hoofdstuk 9* wordt aan de hand van een aantal knelpunten in het rechterlijk toezicht beargumenteerd waarom het van belang is dat strafvorderlijk toezicht zich op het onderliggende beoordelingsframe oriënteert en bijdraagt aan de opheldering en precisering van deze strafvorderlijke normen. Illustratief is de wijze waarop in het rechterlijk toezicht wordt omgegaan met de sanctionering van onrechtmatigheden. Uit de voorgaande hoofdstukken is gebleken dat het rechterlijk toezicht (ingevolge de jurisprudentie van de Hoge Raad) een belangrijke focus heeft op het sluitstuk van het toezicht, de sanctionering van onrechtmatig handelen, en zich daarbinnen bovendien richt op het waarborgen van de subjectieve rechten van de verdachte (in het bijzonder die rechten die betrekking hebben op de eerlijkheid van de procedure). Dat brengt mee dat de rechter zich vaak niet uitlaat over de schending van strafvorderlijke normen die niet aan de subjectieve rechten van de verdachte raken. Dit werkt

door in de feitenrechtspraak waar in voorkomende gevallen met een verwijzing naar de jurisprudentie van de Hoge Raad niet (voldoende) wordt genormeerd. Deels is de oorzaak hiervan de grote concentratie op de sanctionering van vormverzuimen; omdat de rechter – vanwege de geringe ernst van het vormverzuim of de aard van de regel – geen sanctie aan het vormverzuim wil verbinden, wordt in bepaalde gevallen ook niet genormeerd (of zelfs gecontroleerd). De focus op het eerlijkheidsperspectief – en de subjectieve rechten van de verdachte in het algemeen – is daarnaast ook een belangrijke verklaring voor deze knelpunten. De (terughoudende) sanctionering van normschendingen en de vormgeving van het toezicht langs de weg van (een zeer beperkte uitleg van) het recht op een eerlijk proces kan soms zorgen voor onduidelijkheden, aangezien dit eerlijkheidsperspectief een open notie is die niet helemaal kan worden gereduceerd tot een aantal deelnormen die tezamen als de verdedigingsrechten van de verdachte kunnen worden gezien. Tot slot wordt in dit hoofdstuk duidelijk dat de terughoudendheid van de rechter in de uitoefening van zijn toezichthoudende taak doorwerkt in het toezicht dat de officier van justitie op de opsporing uitoefent, omdat hij veelal hetzelfde toetsingskader hanteert en daarom tegen dezelfde knelpunten aanloopt. Dat is des te problematischer wanneer men bedenkt dat deze terughoudendheid (mede) voortvloeit uit de gedachte dat de rechter zich niet primair met het controleren van de opsporing moet bezighouden, aangezien de officier van justitie verantwoordelijk is voor het rechtmatig handelen van opsporingsambtenaren.

Hoofdstuk 10 presenteert de belangrijkste bevindingen van het onderzoek en geeft een evaluatie van het huidige toezicht. De conclusie van dit onderzoek luidt dat dit toezicht op een aantal onderdelen tekortschiet. Aan de hand van de drie componenten van de definitie van toezicht en de vereisten die aan de uitoefening van deze componenten worden gesteld, worden in dit hoofdstuk de balans opgemaakt en de leemtes in het toezicht besproken. Ten aanzien van de eerste component van het toezicht – de informatieverzameling – moet worden vastgesteld dat het zicht op het handelen van opsporingsambtenaren vanuit de rechter beperkt is. Hij krijgt slechts dat deel van het strafvorderlijk handelen onder ogen dat aan hem wordt voorgelegd. Deze leemte wordt niet (en kan niet worden) opgevuld door de officier van justitie. Weliswaar heeft de officier van justitie in theorie zicht op al het strafvorderlijk handelen van opsporingsambtenaren, hij is voor zijn informatiepositie toch in grote mate afhankelijk van politieambtenaren. Daarnaast brengt de hoge werkdruk binnen het OM mee dat hij simpelweg niet altijd de mogelijkheid heeft de nodige controle uit te oefenen. Ten aanzien van de tweede component van de toezichtsdefinitie – de oordeelsvorming – zijn de leemtes van een meer fundamenteel karakter. De focus van het rechterlijk toezicht op strafvorderlijke normen die aan de subjectieve rechten van de verdachte raken, brengt mee dat de rechter zich niet altijd over de schending van andere typen normen uitlaat. Daarmee wordt het dus ook niet altijd duidelijk of en hoe de controle en normering op deze normen heeft plaatsgevonden. Op dit vlak werkt het

rechterlijk toezicht bovendien door in het toezicht dat door de officier van justitie wordt uitgeoefend, waardoor het toezicht waar het gaat om de component van oordeelsvorming over de gehele linie onvolledig is. Tot slot wordt ook een leemte geconstateerd ten aanzien van de derde component van toezicht, de interventie. Met betrekking tot de strafrechter kan worden vastgesteld dat hij zeer terughoudend is in de sanctionering van onrechtmatig handelen van opsporingsambtenaren. De vele drempels die in de jurisprudentie voor de toepassing van een rechterlijke sanctie op vormverzuimen zijn geformuleerd, brengen daarnaast mee dat de rechter zich niet altijd over de eventuele normschending uitlaat, waardoor in die gevallen ook niet aan normprecisering wordt gedaan. Wanneer hij wel op het normoverschrijdend gedrag reageert, is het bovendien de vraag of hiermee in alle gevallen van een zinvolle interventie kan worden gesproken, aangezien hij doorgaans afhankelijk is van de officier van justitie voor de terugkoppeling van deze reactie aan politieambtenaren. Hoewel de officier van justitie hiertoe wel de middelen heeft, bestaat er binnen het OM geen duidelijke lijn over de wijze waarop dit zou moeten gebeuren. Het gevolg is dat de terugkoppeling afhankelijk is van de individuele officier van justitie, waardoor hierin veel onderlinge verschillen zitten. Dit resulteert erin dat er zowel ten aanzien van de terugkoppeling van de door de rechter geconstateerde verzuimen als ten aanzien van de terugkoppeling van door de officier van justitie zelf opgemerkte fouten weinig eenduidigheid bestaat. Daar komt bij dat vanuit de politie de terugkoppeling – voor zover deze plaatsvindt – niet altijd als zodanig wordt herkend.

Tot slot kan in zijn algemeenheid worden geconcludeerd dat de grote mate van diversiteit en inconsistenties in de invulling van het toezicht – met betrekking tot alle drie de componenten van de toezichtsdefinitie – een overkoepelend probleem is. Aldus kan het huidige toezicht worden gekenschetst als gefragmenteerd en onvolledig. De vraag die vervolgens voor ligt, is of en in hoeverre andere bestaande toezichthoudende instanties de geconstateerde leemtes kunnen opvullen. Voortbouwend op de bespreking in hoofdstuk 5 van de huidige rol van deze instanties, is de conclusie dat het toezicht vanuit deze alternatieve toezichthouders op dit moment te weinig systematisch en bovendien onvoldoende gericht is op de naleving van strafvorderlijke normen, om de in dit onderzoek geconstateerde leemtes te kunnen opvullen.

Het onderzoek sluit af met een aantal concrete voorstellen om de geconstateerde leemtes in het huidige toezicht te dichten en het huidige stelsel te verbeteren. In het bijzonder wordt in dit hoofdstuk voor een gedifferentieerd model gepleit, waarbij het toezicht zoals dat thans door de rechter en de officier van justitie wordt uitgeoefend verder wordt versterkt en op systematische wijze wordt aangevuld met toezicht door andere instanties. Het adequaat uitvoeren van dit toezicht zal de nodige inspanning van beide actoren kosten en vergt bovendien tijd en ruimte. Een belangrijke boodschap in dit kader is dan ook dat – indien er geen capaciteit of prioriteit bestaat om strafvorderlijke

normen te handhaven – er kritisch gekeken dient te worden naar de wenselijkheid van de invoering van nieuwe normen.

Summary

REGULATION AND SUPERVISION IN CRIMINAL PROCEDURAL LAW

An inquiry into the rules governing the conduct of police and prosecution in criminal proceedings and supervision of compliance with these rules

The current body of law governing the conduct of police and prosecution during the investigative phase of criminal proceedings encompasses an enormous amount of (procedural) rules. The core of these rules is formed in the Dutch Code of Criminal Procedure ('CCP'), but in recent decades this code has seen many amendments while moreover, many more criminal procedural standards have been introduced at different regulatory levels. These amendments resulted in a complex and ever-changing criminal procedural framework which sets high expectations for the conduct of police and prosecution at the investigative phase of criminal proceedings. Previous research has shown that police and prosecution cannot always meet these legal requirements and have a lack of knowledge on the substance of these rules. This problem has also been acknowledged by the Minister of Justice & Security in the context of current discourse on modernisation of the Code of Criminal Procedure. In this regard, the Minister of Justice & Security has recognised that the many changes that the code has undergone over the past years, have resulted in an ambiguous code which in many ways is not practical and fails to regulate the conduct of investigative authorities in a proper manner. In light of the complexity of the pertinent body of law and concerns attached to it, the question is by whom and how supervision of compliance with all the rules within it, is organised. This question is especially important in light of case law of the Dutch Supreme Court, which in recent years has shifted towards a more restrained approach with regard to the judicial supervisory role of investigative propriety. In the current system, it is unclear whether and to which extent other institutions have a supervisory role in this respect. The proliferation of procedural rules governing the conduct of police and prosecution on the one hand and the lack of clarity surrounding the supervisory system on compliance

with these rules on the other, have led to the following research question central to this study:

> *What is the legal framework governing the conduct of police and prosecution in the investigative phase of criminal law proceedings, what are the underlying reasons for the existence of these rules, and how should the current system of supervision of compliance with these rules be valued?*

The structure of treatment of this research question takes place in three sections corresponding with the three sub-questions, each section with a particular aim. *Section I* focuses on the regulation of conduct in relation to enforcement and supervision. This section maps out what the underlying reasons are for the regulation of the conduct of police and prosecution during the investigative phase of criminal law proceedings and discusses the importance of enforcement of and supervision of compliance with rules. For a better understanding of how the relevant rules should be enforced and how supervision of compliance thereof should be realised, it is essential to gain insight into the reasons why these rules were introduced and how the legal framework has developed in practice. *Section II* focuses on the current system of supervision of the conduct of police and prosecution within the investigative phase of criminal proceedings. This section first provides an overview of the different supervisory authorities who are operative in this regard and explains their respective roles and institutional positions. The perspective is then shifted to the principal supervisory authorities, namely the court and the Public Prosecutor (the individual prosecutors as well as the Public Prosecutor as an entity). While the prosecutor is an investigation officer, he also has supervisory tasks with regards to the lawfulness of the criminal investigations. On the basis of an in-depth analysis of case law as well as empirical research, this section demonstrates how these two key authorities execute their supervisory role. Finally, *section III* connects the two previous sections and provides an answer to the final aspect of the question; namely how the current system of supervision of the conduct of police and prosecution should be valued. By connecting the two issues to each other, this research aims to clarify the relationship between regulation and supervision and aspires to achieve a more comprehensive understanding of the discussion concerning the supervision of police and prosecution.

Substantively, *section I* of this study deals with the regulation of the conduct of police and prosecution during the investigative phase of criminal proceedings; more specifically, it is concerned with the underlying reasons for the existence of these rules, the evolution of the current legal framework and the implications of that framework and its underlying rationale for the supervision of the pertinent procedural rules. After all, legal norms are created with a specific purpose, while distinct objectives may have implications for the enforcement and subsequently the supervision of those norms. *Chapter 2*

provides a global account of the functions which can be attributed to legal norms. Legal norms create order in society by defining concepts, stipulating the rights and duties of individuals (and the government alike) and determining procedures; they thereby ensure a certain stability in society. Legal norms also function as a justification for governmental authority; on the one hand they facilitate the use of interventions by the government, while on the other they also impose restrictions on these interventions, thereby protecting the individual. The introduction of legal norms is goal oriented, by introducing rules the government expresses preferences with respect to the manner in which legal relations are determined and defined. This legal order is however dynamic and is subject to societal changes and developments. The legislator can respond to certain societal needs and problems by formulating legal norms, but to achieve objectives must also ensure compliance with these rules. This chapter thus argues that regulation entails a certain obligation to ensure rule-compliance; meaning a duty to enforce rules which are formulated and to provide for a system for the supervision of compliance with them. The question then is what should be understood under a system of supervision and how this can be defined.

Building upon public administration theory, this chapter comes to the following definition of supervision: an activity that is aimed at gathering information about whether an action or case meets the requirements set for it, subsequently forming an opinion thereon and if necessary, intervening as a result thereof. This broad definition of supervision is then broken down into three components – namely: (1) the collection of information; (2) evaluation of the conduct in light of the relevant norms; and (3) intervention – and potential further operationalisation for the criminal procedural context. In a legal sense, supervision refers to a certain formalised, legal and professional form of monitoring upon which certain requirements can be imposed. In that light, the following *institutional requirements* for adequate supervision are formulated and substantiated in this chapter: adequate supervision must be formal, transparent, independent and unbiased. With regard to the scope of the supervision, it is argued that it must have a certain degree of thoroughness. This means that it must concern the entire underlying legal framework. The creation of legal norms in a rule of law setting is as such not without obligation, bringing with it a requirement on the part of the government to also ensure compliance with the standards it sets itself.

Chapter 3 focuses on the reasons underlying regulation in the context of criminal proceedings. After discussing the main objective of criminal proceedings, namely the correct application of substantive criminal law, the chapter considers how this main objective has influenced the construction of the current legal framework of criminal procedure. It is argued that while this main objective has been directional in this regard, not all legal norms can be traced back to this rather broad and vague notion. On the basis of this main objective, a set of values are distinguished that form the basis of criminal procedural

law; in particular those such as reliability, lawfulness, integrity and expediency. While some of these values can be deduced from the main objective of criminal proceedings, there are underlying values that are less directly linked to the fundamental objectives of criminal procedural law. These are values underlying more pragmatic procedural rules. Indeed, sometimes the underlying reasons for creating legal norms can be very pragmatic and thus less fundamental. Societal changes for instance may require the implementation of new legal norms, because new situations and phenomena arise that cannot simply be incorporated into existing legislation. In addition, societal developments can also contribute to a certain redefinition of the fundamental principles and objectives that underlie the current legal framework. This brings with it that not all rules can be traced back to the most fundamental objectives and values of criminal procedural law, but are of a more pragmatic nature. Moreover, these fundamental objectives and underlying values of procedural rules are to a certain extern versatile and can be interpreted in various ways. A strict categorization of rules according to the underlying values is thus not feasible considering the ever-changing character of the latter. Nevertheless, insight into these underlying values is necessary for a proper understanding of the current legal framework governing the conduct of police and prosecution, given that they form the rationale for the creation of rules contained therein.

After the discussion of the legal values which (can) underlie procedural rules relating to the investigative phase, *Chapter 4* outlines the legal framework of procedural rules and the more pragmatic reasons that have been formative for this it. The purpose of this discussion is to illustrate the complexity of the current system and describe the political and societal developments which gave rise to it. This discussion takes as its starting point the introduction of the current Dutch Code of Criminal Procedure in 1926. The contemporary body of law governing criminal procedural investigations is considerably altered as compared to the original system as regulated in 1926. Many new rules have been introduced both within and outside the Code. Some of these norms have been implemented at the highest level of national legislation while others can be found in international treaties, lower national regulations and even case law. As a whole, the legal framework governing the investigative phase has become increasingly complex, extensive and much more varied in terms of differences in types of rules it contains. This development can partly be attributed to (international) political and legal influences. Human rights conventions, for example, have focused more attention on the protection of the individual, as a result of which some new rights and values have been introduced in the context of criminal proceedings. Technological developments or developments in the field of crime (prevention) have also had an effect on the regulation of criminal proceedings. The so-called battle on organized crime in the 80's and 90's and the ensuing crisis in the police force resulted in one of the biggest legislative operations within the Dutch Code of Criminal Procedural Code since the promulgation of the Code. In its inquiry into this affair,

the parliamentary committee led by MP Van Traa concluded that the lack of clear rules governing the conduct of investigations officers had contributed to a further lack of clarity with respect to investigative powers of the police and prosecution, both in terms of the availability there as well as the manner in which they were to be deployed. With the codification of the Special Investigative Powers Act, the legislator provided some clarifications. At the same time, this resolved only a part of the problem; the crisis was partly due to inadequate legislation, but was also caused by deficiencies in the supervision of the police and prosecution (and specifically the supervision of the police *by* the prosecution). The creation of new rules can therefore never be a final solution; for a rule to be effective, it is necessary that compliance with the rule is also ensured. The conclusion of this chapter is that the current system of criminal procedural law is to a large extent the result of an organic development in which legal, societal, political and economic developments have all played an important role. Not only are the underlying (theoretical and legal) values important to the understanding of the current framework, but other more pragmatic considerations can further clarify the reasons for the existence of the rules contained therein.

After illustrating the complexity of the current legal framework as well as the complexity of reasons underlying its norms, this first section concludes with a few observations on legislative process. It concludes that legislation is often introduced in response to societal developments; in some respects, this has led to an abundance of rules in criminal procedural law. However, creating new rules can never be a final solution. For a rule to be effective, it is also necessary to supervise compliance with the norm. The increasing regulation of the conduct of police and prosecution and the complexity of the current system of rules therefore give rise to the question as to how supervision of these rules is organized in the current system. Before illustrating the manner in which the supervision of the compliance is organized however, this concluding chapter of *section I* sketches the framework for adequate supervision in the specific context of criminal procedure. Firstly, the institutional requirements which may be imposed as a requirement of adequate supervision are further substantiated: for adequate supervision in the context of criminal procedural law, supervision must be formal, transparent, independent and unbiased. Furthermore, with regard to the scope of supervision, a certain degree of thoroughness is necessary. Finally, it is argued that the specific characteristics of the legal framework that is the subject of supervision brings two substantive requirements with it: in view of the complexity of the legal framework, adequate supervision should be able to take underlying values and norm rationales into account, as these reasons are paramount for a correct interpretation and understanding of the rule. Moreover, it is important that the different values that are deemed important in criminal proceedings are 'covered'. After all, these procedural rules were created to effectuate these underlying values in criminal proceedings. Second, adequate supervision should contribute to

the clarification of the legal framework. The complexity of the current legal framework entails that supervision should provide some clarification as to the meaning and functioning of these different rules: if a norm is unclear, it is not impossible to evaluate to what extent the conduct of police and prosecution is in conformity with the rule. This causes a problem for the supervisory authority as well as the police and prosecution whose conduct has to meet these standards.

Section II of the study focuses on the supervision of the conduct of police and prosecution within the context of criminal investigations. *Chapter 5* provides an overview of the institutional and constitutional roles and positions of the various entities who have a supervisory duty with regard to the police and prosecution. The role of various supervisory entities is discussed, such as the National Ombudsman, the Inspection for the Ministry of Justice and Security (Inspectie Justitie & Veiligheid), the Court of Audit (Algemene Rekenkamer), the Authority on the protection of personal data (Autoriteit persoonsgegevens), the Attorney-General at the Supreme Court and finally the police organization itself. The discussion of these authorities illustrates that their supervisory role is to a large extent aimed at the organizational level and is not necessarily concerned with ensuring police and prosecutorial compliance with procedural rules. In light of this, the chapter focuses on the two key supervisory authorities in this regard, namely the judiciary and the public prosecution itself and provides an assessment of their institutional and legal positions in relation to their supervisory roles. The chapter starts with a description of the development of the supervisory role of the judiciary with regard to criminal pre-trial investigations. The supervision of the compliance of police and prosecutorial conduct with criminal procedural rules has not always been an explicit and unambiguous responsibility assigned to the courts. Judicial involvement in the supervision of the conduct of the police and prosecutorial authorities in the preliminary investigation originated and developed in case law, starting in the 1960's. While courts designated a supervisory role for themselves and expanded this role in the years following, it would take the legislator decades to provide a legal basis for this judicial task. Even when it did elect to do so however, the legislator did not comment on the scope of the judicial supervisory task or its objectives. With the introduction of Article 359a CCP, the legislator explicitly chose to provide the courts with a broad discretionary power to structure their own supervisory role. In order to ensure a consistent execution thereof, the Supreme Court provided further structure for the application of this provision in its case law. Gradually, this case law has evolved into a very detailed scheme for judicial supervision of police and prosecutorial conduct in criminal investigations. The extent to which this case law is followed by lower courts is the focus of Chapter 7.

A similar legal ambiguity is manifest in the supervisory task of the prosecutor. While there is no legal basis stipulating his supervisory role, the prosecutor is considered a magistrate and the head of criminal investigations. Therefore,

a certain supervisory role is implied. This task is implicitly derived from various legal powers of the prosecutor and his institutional position as a magistrate within the constitutional division of powers. The origin of this supervisory task is often sought in the authority of the prosecutor as head of investigations and his relation vis-à-vis the other investigating officers (the police). In brief, this 'authority' means that he is responsible for the legality and reliability of the investigation. The general provision regarding his 'authority' and relationship with police officers however provides little guidance as to what exactly this supervision entails, what its scope is and how it should be implemented in practice. It is therefore, in particular, practice which has been crucial to shaping this supervisory task. Various developments – both with regard to criminal policy and other political developments – have contributed to constant changes in this supervisory task. As a result of these developments, it is not only attributed to individual prosecutors, but is also considered as a task of the Public Prosecutor Service (as an entity). In recent years, the Public Prosecutor Service has taken on many activities relating to this supervisory task, such as creating various review committees, internal supervisory bodies and special positions for prosecutors who are (mostly) concerned with the quality and lawfulness of criminal investigations. In short, although it is generally assumed that the prosecutor has a supervisory task in relation to ensuring compliance of investigative authorities in criminal investigations, it is by no means clear what the scope and purpose of this task is.

While both the courts and the prosecutor have a certain responsibility for the enforcement of criminal procedural rules, it is not immediately clear what this supervisory role exactly entails. *Chapters 6, 7 and 8* therefore focus on the question of how this supervision materializes in practice. *Chapter 6* focuses on judicial supervision as set out in the case law of the Supreme Court. This chapter outlines the general framework of judicial oversight and focuses in particular on those aspects of the framework that have raised questions in either literature or other case law. With the introduction of Article 359a CCP the Dutch legislator explicitly provided a legal basis for the supervisory role of the courts. Therewith, he explicitly provided the court with a broad discretionary power to further utilize this judicial power. The Supreme Court however has clearly structured and narrowed down the scope of this discretionary power. The picture which emerges from the analysis of the case law of the Supreme Court is that lower courts must exercise great restraint in their supervision of the police and prosecution, in particular when responding to irregularities committed in the preliminary investigation. The Supreme Court seems to limit the supervisory task of courts to safeguarding the subjective rights of defendants, in particular the right to a fair trial. The threshold set out in the Supreme Court's case law for attaching legal consequences to unlawful conduct – in particular the exclusion of evidence and a stay of proceedings – are very high. Moreover, when courts decide to 'intervene' (i.e. attach

a legal consequence to unlawful conduct), case law requires very extensive reasoning. These strict requirements set out by the Supreme Court are on the one hand aimed at restraining the courts in the exercise of the supervisory task and on the other hand at ensuring the uniformity of judicial supervision. The main conclusion of this chapter is that the case law of the Supreme Court provides a detailed framework for the supervisory task of the court. While it in this sense forms a useful tool for lower courts to respond to unlawful conduct during the investigative phase, at times the details of this framework can also cause uncertainty as to the application of the judicial supervisory task. Moreover, the high thresholds imposed in case law with respect to its, restricts its effectuation greatly. For a clear view on the functioning of the supervisory task of the courts, it is however necessary to examine the response of lower courts respond to Supreme Court case law.

Chapter 7 revolves around the question as to the manner in which lower courts are guided by the case law of the Supreme Court and how the judicial supervisory role is effectuated by them. The analysis of lower courts' case law is achieved through an empirical approach; a total of 259 judgments from three reference years (2010, 2012 and 2015) being selected as a basis of study. The selection of these years is based on the rendering of authoritative Supreme Court judgments in or before those reference years with respect to the application of article 359a CCP and the substance of the judicial supervisory role. Drawing upon this case law, this chapter illustrates how lower courts execute their supervisory task with regard to the supervision of police and prosecutorial conduct. The picture that emerges from this analysis is that while lower courts generally comply with the framework set out by the Supreme Court, they nevertheless also seem to allow themselves certain leeway to operate outside this strict framework. This leeway often appears through a more thorough and extensive supervisory role with regard to unlawful conduct that is not immediately linked to fair trial rights of the defendant, such as violations of rules which safeguard the integrity of the proceedings and violations of rules which safeguard the privacy of the defendant (in particular the inviolability of the home). This case law also shows that with regard to certain conduct, lower courts are more inclined to make use of their supervisory role in order to clarify the use of certain 'new' investigative methods by the police and prosecution, or to clarify the limits of the law; examples are investigative methods relating to the search and seizure of smartphones and other electronic devices. At the same time, there are many discrepancies in the case law of lower courts. Courts do not always specify the reasons for the legal consequences they attach to specific unlawful conduct, while the case law of the Supreme Court emphasizes the importance of explicit reasoning with respect to the relationship between the attached legal consequences and the unlawful conduct. As a result, it is often not clear how and why a consequence attached to unlawful conduct is supposed to remedy the unlawfulness: for instance, a mitigation of the sentence cannot remedy an unlawfulness whereby violation

of procedural rules in the collection of evidence resulted in unreliability of the latter. Moreover, there are great differences in how lower courts deal with different types of violations. Despite the detailed framework provided by the Supreme Court, there are thus many discrepancies in the manner in which lower courts execute their supervisory task. The question is how these differences can be explained. Considering that lower courts do not always provide substantial reasoning, it is not easy to answer this question. Given the more extensive use of the judicial supervisory role by lower courts, it could be argued that some discrepancies are related to a different (broader) interpretation by lower courts of their responsibility in relation to their supervisory role. However, other discrepancies, such as those relating to the legal consequences attached to different types of violations, are more difficult to explain. It is plausible that such deviations from the Supreme Court case law are the result of uncertainty or lack of clarity with respect to the details of this framework. In order to fully explain these differences, it is thus necessary that courts provide more extensive reasoning. Furthermore, while the case law of the Supreme Court seems to require thorough reasoning in relation to the supervisory role of lower courts, the Supreme Court is itself also very ambiguous in this respect, therewith failing to encourage lower courts to provide detailed reasons.

The last chapter of section II deals with the supervisory role of the prosecutor. As little is known about how this supervisory role materializes in practice, the aim of this chapter is to provide more insight into how prosecutors execute their supervisory task. To this end, a series of twenty semi-structured interviews were conducted with prosecutors of various specializations and ranks. *Chapter 8* reports on this empirical study. In general, the respondents claim to see a clear supervisory task for the prosecutor, but they are less unanimous about what this task entails. Some prosecutors consider themselves as possessing an extensive supervisory role; they consider it of great importance that police comply with criminal procedural rules in the context of investigations and therefore closely monitor and scrutinize the conduct of police in this context. In addition, they see a clear educational role for prosecutors and are therefore more inclined to communicate irregularities (either minor errors or greater unlawful conduct), to police officers. Other prosecutors, on the other hand, indicate that many criminal investigations take place under great time pressure, which means that it is not always possible to closely monitor the conduct of police at this stage of criminal proceedings. When procedural rules are violated, these violations are often discovered during the trial phase, making it more difficult for the prosecutor to adequately address these violations. In between these two extremes, many other perspectives are put forward by the respondents. The interviews make clear that there are many differences in the manner in which prosecutors execute their supervisory role; there are divergent perspectives on the underlying norms that prosecutors are supposed to supervise (some for instance do not consider procedural norms relating to

safeguarding the right to privacy as relevant for the supervisory role), as well as the manner in which this supervision is executed (some prosecutors are heavily involved with the criminal investigation and the conduct of the police in that context while others adopt a more distant and independent role). In addition, the supervisory role of the prosecutor is different depending on the type of investigation at issue. In investigations concerning serious or organized crime for instance, there is intensive involvement in the investigation, both of the prosecutor leading the case, as well as that of the Public prosecutor Services (on a regional or even national level). The same level of involvement and collaboration between police and prosecution exists with regard to frequently occurring crimes (in the context of the so-called 'ZSM approach'), which are dealt with according to set protocols. A wholly different picture is true for the 'regular' case load. Investigations for this category are to a great extent conducted by police officers, while prosecutorial involvement only occurs at a later stage; often just before these cases go to trial. In such cases, the supervisory role of the prosecutor is very limited and police often receive no feedback if rules have been violated. In addition, the prosecutor is not often inclined to attach legal consequences to violations of criminal procedural norms by the police in this context. Prosecutors explain this by referring to the framework set out by the Supreme Court and argue that as courts often sanction violations, there is no need for them to attach any legal consequences to them. It suffices to be transparent about potential unlawful conduct by police and explain the context of such actions. Although respondents argue that their constitutional role as magistrates implies that they have an own independent duty to monitor and supervise the police and that this supervisory role exists independently of the courts' supervisory role, they nevertheless remain influenced and guided by the case law of the Supreme Court in this regard. This means that the restraint exercised in the judicial supervisory task has a clear effect on the supervision exercised by the prosecutor. In addition to differences in the interpretation and exercise of the prosecutorial supervisory task, the interviews also illustrate discrepancies in perception, in particular with regard to the extent in which unlawful conduct during investigations constitutes a problem and how to prevent violations from occurring. These divergent perspectives not only illustrate the fragmentation of supervision exercised by the prosecutor, but also show that there are no clear-cut solutions to this problem.

The third and final section of this study merges the findings of the previous two sections and answers the remaining question. Namely, how should the current system of supervision of police and prosecution be valued. Before evaluating the current system of supervision of compliance with criminal procedural rules by police and prosecution, *Chapter 9* demonstrates the (importance of the) relationship between regulation and supervision. It does so by discussing a few irregularities and unclarities in case law concerning the supervisory role of courts and argues the significance of explicitly taking into

account the underlying legal framework (and its underlying values) in the context of the supervision of compliance with rules. In this sense, the manner in which judicial supervision deals with the consequences of unlawful conduct is illustrative. In the previous chapters, it was demonstrated how judicial supervision (in accordance with the case law of the Supreme Court), has as its focus the final component of supervision, the intervention. This intervention is narrowed down to attaching a legal consequence to unlawful conduct. In their 'interventions', courts moreover place emphasis on safeguarding the subjective rights of defendants, in particular those rights that relate to the fairness of the proceedings. The practical implication of this judicial focus is that courts often will not address violations of procedural norms which do not affect defendants' subjective rights. In such cases, lower courts often merely refer to the case law of the Supreme Court stating that an (alleged) violation should not result in any legal consequences, therewith failing to exercise any kind of supervision of the lawfulness of the conduct. This is partly caused by the focus on the consequences of violations of procedural rules; when courts decline to connect any legal consequences to unlawful conduct – perhaps due to the lack of relevance of the consequences of the unlawfulness for the specific case, or the absence of sufficient gravity of the violation – they also often refrain from exercising their judicial supervisory role altogether. The focus on the fairness of the proceedings – more specifically the subjective rights of the defendant in this regard – only exacerbates this problem, as these two phenomena together lead to ambiguities in case law. Although the concept of fairness is not explicitly defined in legislation or case law, it is assumed that fair proceedings are defined by a number of fair trial rights that are mentioned in article 6 ECHR and the case law of the ECtHR. However, in chapter 3, it is argued that fairness is an open value and an ever-changing notion, so that the concept of fairness cannot be reduced to these limitative rights. This chapter moreover illustrates how this restrained judicial supervision influences the supervisory role of the Public Prosecutor, as in lieu of a general understanding of his own supervisory role, the prosecutor refers to the framework set out by the Supreme Court for judicial supervision. As a result, many obstacles occurring in the exercise of judicial supervision can also be identified in the supervision conducted by the prosecutor. This is all the more problematic when one considers that the restraint in judicial supervision is justified partially by referring to the primary supervisory role that the prosecution has with respect to the police.

The most important findings of this book are presented in the final chapter of this study. *Chapter 10* provides an overall evaluation of the current system of supervision of compliance with procedural norms by police and prosecution. The main conclusion of this study is that the current system of supervision cannot be considered as being adequate and contains shortcomings on many levels. On the basis of the three components of the definition of supervision and the requirements imposed thereupon (as discussed in the conclusion to

section I of this study) a balance is drawn up and the most significant flaws of the current system are discussed. With regard to the first component of supervision – the collection of information as to the conduct of the police and prosecution – it should be noted that, due to the nature of criminal proceedings, courts have an inherently incomplete oversight on police and prosecutorial conduct. Only those investigations that lead to trial are brought to the attention of the courts, while these constitute only a small portion of the total investigative conduct of the police and prosecution. This lack of oversight is only partially remedied by the supervision exercised by the prosecutor. Although the prosecutor in theory possesses complete oversight with respect to all police conduct relating to criminal investigations, in practice he is largely dependent on police officers for information in this regard. In addition, the high work load of the individual prosecutor as well as the Public Prosecutor Service as an entity brings with it that prosecutors simply do not always have the possibility to exercise necessary supervision. With regard to the second component of the definition of supervision – evaluation of the conduct in light of pertinent norms – the flaws are of a more fundamental nature. The focus of judicial supervision on procedural rules pertaining to the subjective rights of defendants also leads to incomplete oversight on the conduct of police and prosecution. Courts moreover do not always clarify whether and to what extent they have exercised their supervisory task. The restrained judicial supervision has a clear effect on the supervision exercised by the prosecutor. Consequently, it can be assumed that the supervision exercised by the courts and the prosecutor only relates to a part of the legal framework of procedural rules. Finally, shortcomings can also be established with regard to the third component of supervision – the intervention. Courts are very reserved in attaching legal consequences to unlawful conduct by the police and prosecution. The thresholds set by the Supreme Court are high and when courts do not see any reason to attach a legal consequence to unlawful conduct, they refrain from evaluating the lawfulness of the conduct altogether. Moreover, if courts do respond to unlawful conduct, the question is whether the judicial response can be regarded as a meaningful intervention, as the court is generally dependent on the prosecutor to communicate this judicial response to police officers. Although the prosecutor in theory has many means of communication with the police, there is no general and shared understanding of how this communication should take place and whether there is an effective way of communicating these responses. Consequently, the communication of judicial responses and feedback from the prosecution to the police is, to a great extent, dependent on the individual prosecutor; meaning that there are many different approaches. As a result, there is little clarity, both with regard to feedback on judicial responses as well as unlawful conduct which is detected by the public prosecutor himself. In addition, it is assumed that when prosecutors do communicate with the police, this feedback is often misunderstood. The final overarching problem is the high degree of diversity and inconsistencies

in the interpretation of various supervisory roles, which pertains to all three components of the definition set out in section I. The current system of supervision can thus be characterized as fragmented and incomplete. The next question is whether and to what extent other existing supervisory authorities can fill the flaws that have been identified in the supervision practices of courts and the prosecutor. Based on the assessment of the current role these alternate supervisory authorities have, the chapter concludes that this type of supervision is inadequately systematic in nature and is not sufficiently concerned with compliance with criminal procedural rules in order to be able to compensate for the flaws identified in the supervision exercised by courts and the prosecutor.

The study concludes with a number of recommendations to improve the current system. In particular, this chapter argues for a differentiated model, whereby supervision as it is currently exercised by courts and the prosecutor is further strengthened and systematically supplemented with supervision by other authorities. A system of adequate supervision as put forward in this study requires a significant effort in this regard from both the courts and the prosecutor. It however also requires restraint on the part of the legislator; an important message in this context is that if there is no capacity or willingness to enforce procedural rules, these rules should not be introduced in the first place.

Aangehaalde literatuur

Adams 1997
M. Adams, *De precedentwerking van Rechterlijke uitspraken. Een rechtstheoretische en rechtsvergelijkende studie* (diss. KU Leuven), 1997.

Adams 2006
M. Adams, 'Heden en verleden in de rechtspleging. Rechtsvergelijkende en rechtstheoretische beschouwingen over de precedent- en zwaartekrachtwerking van rechterlijke uitspraken', *RM Themis* 2006/3, p. 106-120.

Aelen 2014
M. Aelen, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op financiële markten* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

Alexander & Sherwin 2001
L. Alexander & E. Sherwin, *The rule of rules: morality, rules and the dilemmas of law*, Durham & Londen: Dukes University Press 2001.

Ambos 2018
K. Ambos, 'Fairness and expediency in International Criminal Proceedings', in: J. Jackson & S.J. Summers, *Obstacles to fairness in criminal proceedings. Individual rights and institutional forms*, Oxford and Portland: Hart Publishing 2018, p. 179-189.

Asser-Scholten (Algemeen Deel) 1974
P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht.* (Algemeen Deel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.

Ayres & Braithewaite 1992
I. Ayres & J. Braithewaite, *Responsive regulation. Transcending the deregulation debate*, New York: Oxford University Press 1992.

Baaijens-van Geloven & Simmelink 2002
Y.G.M. Baaijens-van Geloven & J.B.H.M. Simmelink, 'Normering van de opsporing', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, *Onderzoeksproject Strafvordering 2001. Dwangmiddelen en rechtsmiddelen*, Deventer: Kluwer 2002.

Bates 2010
E. Bates, The Evolution of the European Convention on Human Rights: From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights, Oxford: Oxford University Press 2010.

Bauw 1996
P.J. Baauw, 'Eindonderzoek of vooronderzoek beslissend', in: C.H. Brants, C. Kelk & M. Moerings (red.), *Er is meer. Opstellen over mensenrechten in internationaal en nationaal perspectief*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 135-143.

Beckers 2016
J. Beckers, Transparant toezicht, *Tijdschrift voor toezicht* 2016/1, p. 3-6.
Van de Beek, Hillenaar & De Meijer 2017
G.P. van de Beek, H.M.P. Hillenaar & M.E. de Meijer, 'De gereflecteerde waarheid van het Openbaar Ministerie', *Strafblad* 2017/23.
Van Bemmelen/Van Veen 1989
Th. W. Van Veen, *J.M. van Bemmelen. Strafprocesrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989.
Bertrand & Crijns 2014
N. Bertrand & J.H. Crijns, 'Strafvorderlijke bevoegdheidsuitoefening door de politie', in: E.R. Muller, E.J. van der Torre, A.B. Hoogenboom & N. Kop (red.), *Politie. Studies over haar werking en organisatie*, Deventer: Kluwer 2014, p. 289-315.
Beyens, Kennes & Tournel 2016
K. Beyens, P. Kennes & H. Tournel, 'Mijnwerkers of ontdekkingsreizigers? Het kwalitatieve interview', in: T. Decorte & D. Zaitch (red.), *Kwalitatieve methoden en technieken in de criminologie*, Den Haag/Leuven: Acco 2016, p. 187-222.
Blom 2002
T. Blom, 'De meest passende sanctie: de Hoge Raad en onrechtmatig verkregen bewijs', *DD* 2002/9, p. 1049-1055.
Blom 2008
T. Blom, *Opiumwetgeving en drugsbeleid*, Deventer: Kluwer 2008.
Boek, in: Melai/Groenhuijsen *Commentaar op het Wetboek van Strafvordering*
J.L. Boek, commentaar op art. 199 Sv, in:, A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a., *Wetboek van Strafvordering* (online, laatst bijgewerkt op 1 juni 2000).
Van Bogaert & Hoogers 2003
V.V.R. van Bogaert & H.C. Hoogers, 'De legende van de rechterlijke onafhankelijkheid', in: P.P.T. Bovend'Eert & L.E. de Groot-van Leeuwen (red.), *De rechter bewaakt: over toezicht en rechters*, serie Rechtspleging KUN, Deventer: Kluwer 2003.
Borgers in: Melai/Groenhuijsen *Commentaar Wetboek van strafvordering*
M.J. Borgers, commentaar op art. 132a Sv, in:, A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a., *Wetboek van Strafvordering* (online, laatst bijgewerkt mei 2013).
Borgers 2007
M.J. Borgers, *De vlucht naar voren* (Oratie Amsterdam VU), Boom Juridische uitgevers 2007.
Borgers 2012
M.J. Borgers, 'De toekomst van artikel 359a Sv', *DD* 2012/25, p. 257-273.
Borgers 2015
M.J. Borgers, 'De normering van 'lichte' opsporingshandelingen', *DD* 2015/15, p. 143-155.
Borgers 2017
M.J. Borgers, 'Het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering: beginselen en uitgangspunten', *RM Themis* 2017/6, p. 279-290.
Borgers & Kooijmans 2013
M.J. Borgers & T. Kooijmans, 'Alternatieven voor rechterlijke controle op vormverzuimen', in: M.S. Groenhuijsen, T. Kooijmans & J.W. Ouwerkerk (red.), *Roosachtig strafrecht (liber amicorum Th.A. de Roos)*, Deventer: Kluwer 2013, p. 17-36.

Borst 2018
W.L. Borst, 'Ons strafprocesrecht gaat aan nuancering ten onder', *NJB* 2018/39, p. 2053.
Bosch 1992
A.G. Bosch, 'De ontwikkeling van het openbaar ministerie in de 19de en 20ste eeuw', in: T.M. Schalken e.a. (red.), *Magistraat met beleid. De officier van justitie en zijn omgeving*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 15-31.
Bosch 2011
A.G. Bosch, 'Het Openbaar Ministerie in de periode van 1811-1838', in: A.G. Bosch e.a. (red.), *Twee eeuwen Openbaar Ministerie 1811-2011*, Den Haag: Sdu/OM 2011.
De Bosch Kemper 1838
J. de Bosch Kemper, *Wetboek van Strafvordering, naar deszelfs beginselen ontwikkeld en in verband gebragt met de algemeene regtsgeleerdheid*, Amsterdam: Johannes Mueller 1838.
De Bosch Kemper 1840
J. de Bosch Kemper, *Wetboek van Strafvordering, naar deszelfs beginselen ontwikkeld en in verband gebragt met de algemeene regtsgeleerdheid*, Amsterdam: Johannes Mueller 1840.
Van Boven 1990
M.W. van Boven, *De rechterlijke instellingen ter discussie, de geschiedenis van de wetgeing op de rechterlijke organisatie in de periode 1795-1877*, (diss. Nijmegen), Nijmegen 1990.
Bovend'Eert 2010
P.P.T. Bovend'Eert, *Inleiding constitutioneel recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2010.
Bovens 2010
M. Bovens, 'Two concepts of accountability: accountability as a virtue and as a mechanism', *West European Politics* 2010, afl. 33, p. 946-967.
Bradley 1983
C.M. Bradley, 'The exclusionary rule in Germany', *Harvard Law Review* 1983/96, p. 1032-1066.
Brants 1999
C.H. Brants, *Over levende gedachten. De menselijkheid van een functioneel strafrecht* (oratie Utrecht), Deventer: Gouda Quint 1999.
Brandts e.a. 2003
C.H. Brants e.a., 'Op zoek naar grondslagen', in: C.H. Brants e.a. (red.), *Op zoek naar grondslagen. Strafvordering 2001 ter discussie*, Deventer: Gouda Quint 2003, p. 1-27.
Brants & Spronken 2006
T.N.B.M. Spronken & C.H. Brants, *Het professionele verschoningsrecht: de arts, de advocaat en de journalist in de Nederlandse strafpraktijk* (Preadvies Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht), Tilburg: Wolf Legal Publishers 2006.
Brinkhoff 2015
S. Brinkhoff, 'Afgeschermde informatie in het strafproces. Over conflicterende belangen en de noodzaak van modernisering', *Strafblad* 2015/4.

Brinkhoff 2016
S. Brinkhoff, 'De toepassing van artikel 359a Sv anno 2016. Een pleidooi voor herstel van balans en de terugkeer naar echte rechterlijke vrijheid', *DD* 2016/2, p. 101-116.

Brouwer 1990
P. W. Brouwer, *Samenhang in recht. Een analytische studie* (diss. Leiden), Groningen: Wolters-Noordhoff 1990.

Brouwer & Jebbink 2002
D.V.A. Brouwer & W.H. Jebbink, 'Wie behoedt ons voor de rechter-commissaris', *NJB* 2002, p. 393-398.

Van de Bunt 1985
H.G. van de Bunt, *Officieren van justitie. Verslag van een participerend observatieonderzoek* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1985.

Van de Bunt e.a. 1994
H.G. van de Bunt, C.H. Brants, M.M. Kommer, G. Paulides, B.J.W Docter-Schamhardt & RJ. Bokhorst, 'Geruchtmakende zaken', in: A.G.P. van Ruth, L.G.H. Gunther Moor & P.C. Stal, *Vormfouten in de strafvervolging. Achtergrondstudie uitgevoerd ten behoeve van de Commissie Openbaar Ministerie*, WODC, p. 125-145.

Van de Bunt & Beckers 2013
H.G. van de Bunt & J.J.H. Beckers, 'De 'gruwel' van De Doelder. Enkele overpeinzingen over de positie van het Openbaar Ministerie ten opzichte van zijn minister', in: E. Bleichrodt e.a. (red.), *Onbegrensd strafrecht* (Liber amicorum Hans de Doelder), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013, p. 285-308.

Van de Bunt, Van Erp & Van Wingerde 2013
H. van de Bunt, J. van Erp & K. van Wingerde, 'Hoe stevig is de piramide van Braithwaite?', *Tijdschrift voor Criminologie* 2007, afl. 4, p. 386-399; WRR 2013, p. 58-61.

Buruma in: Melai/Groenhuijsen
Y. Buruma, commentaar op art. 126g-126gg Sv, in:, A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a., *Wetboek van Strafvordering* (online).

Buruma 1996
Y. Buruma, *De aandacht van de strafrechter* (oratie KUN), Deventer: Gouda Quint 1996.

Buruma 1997
Buruma 'De verzwegen doorlating', *AA* 1997, afl. 9, p. 616-617.

Buruma 2003
Y. Buruma, 'Normering van de opsporing', in: C.H. Brants e.a. (red.), *Op zoek naar grondslagen. Strafvordering 2001 ter discussie,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 81-95.

Buruma 2005
Y. Buruma, *De dreigingsspiraal*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Buruma 2008
Y. Buruma, 'Onprofessioneel politieoptreden', *DD* 2008, p. 87-104.

Buruma 2011
Y. Buruma, *Geen blad voor de mond, Strafrechtspraak in Nederland*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2011.

Buruma 2013
Y. Buruma, 'Strafrechtelijke rechtsvorming', *Strafblad* 2013/3, p. 6-14.
Buruma 2017
Y. Buruma, *Wat is een goede rechter? Een mentaliteitsgeschiedenis 1900-2020*, Nijmegen 2017.

Cleiren, in Melai/Groenhuijsen, *Commentaar op het Wetboek van Strafvordering*
Cleiren, Commentaar op art. 1, in: A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Commentaar op het Wetboek van Strafvordering* (online, laatst bijgewerkt 1 juni 2000).
Cleiren 1989
C.P.M. Cleiren, *Beginselen van een goede procesorde. Een analyse van rechtspraak in strafzaken* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1989.
Cleiren 1992
C.P.M. Cleiren, *De openheid van de wet, de geslotenheid van het recht* (oratie Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992.
Cleiren & Mevis 1996
C.P.M. Cleiren & P.A.M. Mevis, 'Het dubbelzijdig karakter van onrechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden', in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Voor risico van de overheid? Vooruitzichten van de aansprakelijkheid van de overheid in bestuurs-, straf- en civielrechtelijk perspectief*, Arnhem: Gouda Quint 1996, 187-205.
Cleiren 2001
C.P.M. Cleiren, 'Waarheid in het strafrecht: niet tot elke prijs', in: C.P.M. Cleiren, R.H. de Bock, C.J.M. Klaassen (red.) *Het procesrecht en de waarheidsvinding*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 9-31.
Cleiren 2003
C.P.M. Cleiren, 'De wetgever aan zet', in: C.H. Brants, P.A.M. Mevis, E. Prakken, J.M. Reijntjes (red.), *Op zoek naar grondslagen. Strafvordering 2001 ter discussie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 55-79.
Cleiren 2014
C.P.M. Cleiren, 'Toezicht op de rechtshandhaving', in: E.R. Muller (red.), *Veiligheid. Studies over inhoud, organisatie en maatregelen*, Deventer: Kluwer 2014, p. 423.
Cleiren 2015
C.P.M. Cleiren, 'Modernisering van het Wetboek van Strafvordering: Kansen zijn niet altijd vrijblijvend', *Strafblad* 13(4), 267-276.
Cleiren & Crijns 2010
C.P.M. Cleiren & J.H. Crijns, 'Beginselplicht tot voortvarendheid in de strafrechtelijke rechtshandhaving?', in: G.K. Schoep, C.P.M. Cleiren, J.L. van der Leun & P.M. Schuyt P.M. (red.), *Vervlechting van domeinen. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.L. de Wijkerslooth,* Deventer: Kluwer 2010, p. 17-35.
Coglianese 2015
C. Coglianese, *Listening, Learning, Leading: A Framework for Regulatory Excellence*, Penn Program on Regulation 2015.
Corstens 1987
G.J.M. Corstens, 'De wet als bron van strafprocesrecht. De betekenis van art. 1 Sv', in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en geweten* (Remmelink-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 93-104.

Corstens 1993
G.J.M. Corstens (red.), *Rapporten herijking strafvordering 1993*, Arnhem: Gouda Quint 1993.
Corstens/Borgers & Kooijmans 2018
G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2018.
Corstens & Tak 1985
G.J.M. Corstens & P.J.P. Tal, *Het openbaar ministerie*, Zwolle: Tjeenk Willink 1982.
Crijns 2008
J.H. Crijns, 'Een kroniek van de strafrechtelijke waarheidsvinding', in: J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij, J.M. ten Voorde (red.), *De waarde van waarheid. Opstellen over waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 15-55.
Crijns 2010
J.H. Crijns, *De strafrechtelijke overeenkomst. De rechtsbetrekking met het openbaar ministerie op het grensvlak van publiek- en privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010.
Crijns 2015
J.H. Crijns, annotatie bij: HR 3 maart 2015, nr. 434, *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht en handhaving* 2015,4; 178-182.
Crijns 2017
J.H. Crijns, 'Modernisering van het Wetboek van Strafvordering: fundamentele herijking of grote voorjaarsschoonmaak?', in: B.J.G. Leeuw, F.P. Ölçer, J.M. ten Voorde (red.), *Leidse gedachten voor een modern straf(proces)recht*, Den Haag: Boom Juridisch 2017, p. 1-19.
Crijns & Van der Meij 2005
J.H. Crijns & P.P.J. van der Meij, 'Over de grenzen van de materiële waarheidsvinding', in: R.H. Haveman & H.C. Wiersinga (red.), *Langs de randen van het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 45-69.

Van Daele 2002
D. van Daele, *Openbaar ministerie en strafrechtelijk beleid: een rechtsvergelijkend onderzoek in België, Nederland en Duitsland*, Antwerpen: Intersentia 2002.
Van Daele 2003
D. van Daele, *Het openbaar ministerie en de afhandeling van strafzaken in Nederland*, Leuven: Universitaire Pers Leuven 2003.
Damaška 2012
M.J. Damaška, 'The Quest for Due Process in the Age of Inquisition', *American Journal of Comparative Law* 2012/60, p. 919-954.
Das 2018
A. Das, 'De codificatie van rechtsbeginselen in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering', *Tijdschrift Modernisering Strafvordering* 2018/1, p. 19-28.
Davids 2009
W.J.M. Davids, 'Judicial reasoning and legitimacy of the Dutch supreme court', in: N. Huls, M. Adams & J. Bomhoff, *The legitimacy of highest courts' rulings: judicial deliberations and beyond*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2009, p. 223-226.

Donner 1982
A.M. Donner, 'Het beleid van de rechter ten aanzien van grond- en mensenrechten', in: Koekkoek, Konijnenbelt & Crijns (red.), *Grondrechten. Commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982.

Van Dorst 1996
A.J.A. van Dorst, 'Een Via della Conciliazione in het strafprocesrecht?', in: C.J.G. Bleichrodt e.a. (red.), *Mens en recht, kanttekeningen bij conclusies van Leo Meijers*, Zwolle: Tjeenk Willink 1996, p. 271-275.

Drenth 1939
J.H. Drenth, *Bijdrage tot de kennis der historische ontwikkeling van het accusatoire tot het inquisitoire strafproces*, Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij 1939.

Drion 1950
J. Drion, *Stare decisis: het gezag van precedenten* (Oratie Leiden), Den Haag: Nijhoff 1950.

Dubelaar 2009
M.J. Dubelaar, 'Betrouwbaarheid versus rechtmatigheid in strafzaken', *RM Themis* 2009, p. 101-113.

Dubelaar 2014
M.J. Dubelaar, *Betrouwbaar getuigenbewijs: waardering en totstandkoming van strafrechtelijke getuigenverklaringen in perspectief* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014.

Duker 2013
M.J.A. Duker, 'Samenhang in buitenwettelijke gronden voor niet-ontvankelijkheid van het OM', *DD* 2013/64, p. 673-684.

Duijst 2005
W.L.J.M. Duijst-Heesters, *Boeven in het ziekenhuis. Een juridische beschouwing over de verhouding tussen het medisch beroepsgeheim en de opsporing van strafbare feiten* (diss. Nijmegen), Den Haag: Sdu Uitgevers 2005.

Duijst & Thoonen 2018
W.L.J.M. Duijst & E. Thoonen, 'Het beroepsgeheim reikt over de dood heen; een onhoudbare stelling?', *AA* 2018, p. 777-785.

Duranti 2017
M. Duranti, *The Conservative Human Rights Revolution: European Identity, Transnational Politics, and the Origins of the European Convention*, Oxford: Oxford University Press 2017.

Eijlander 2000
Ph. Eijlander, 'De betekenis van wetgeving Over soorten regels in wetten', in: B. van Klink, & W. Witteveen (red), *De overtuigende wetgever*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 61-70.

Eindrapportage OM-programma Versterking Opsporing en Vervolging 2010
Eindrapportage OM-Programma Versterking Opsporing en Vervolging, mei 2010, bijlage bij *Kamertukken II* 2009/10, 32123 VI, 117.

Elffers 2000
H. Elffers, 'But taxpayers do cooperate!', in: M. van Vugt, M. Snyder, T.R. Tyler & A. Biel (red.), *Cooperation in modern society: Promoting the welfare of communities, states, and organizations*, London: Routledge 2000, p. 184-194.

Ellfers 2014
H. Elffers, 'Compliance analyseren met behulp van het Willen-Kunnen-Durven-model', *Justitiële Verkenningen* 2014/4, p. 65-76.
Elffers & Van Koppen 2002
H. Elffers & P.J. van Koppen, 'Methoden van de rechtspsychologie', in: P.J. van Koppen, D.J. Hessing, H. Merckelbach & H.F.M. Crombag (red.), *Het recht van binnen: Psychologie van het recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 1005-1030.
Emaus 2011
J.M. Emaus, 'Geen actie, reactie? Over de handhaving van positieve verplichtingen onder artikel 2 EVRM', *Letsel & Schade* 2011/1, p. 28-40.
Embregts 2003
M.C.D. Embregts, *Uitsluitsel over bewijsuitsluiting. Een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2003.
Embregts, in: *Wetboek van Strafvordering*, A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a.
M.C.D. Embregts, commentaar op art. 359a Sv, in:, A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a., *Wetboek van Strafvordering* (online, laatst bijgewerkt op 1 oktober 2004).
Enschedé 1966
Ch.J. Enschedé, 'Bewijs in strafzaken', *RM Themis* 1966, p. 488-518.

Faber 1992
S. Faber, 'OM Richtlijnen, een tamelijk oud nieuw verschijnsel', *AA* 1992.
Focus in de opsporing 2015
C.M.B. Liedenbaum, C.J. de Poot, E.K. van Straalen, & R.F. Kouwenberg, *Focus in de opsporing. Een onderzoek naar de implementatie en uitvoering van de maatregelen uit het Programma Versterking Opsporing en Vervolging en het Programma Permanent Professioneel tegen de achtergrond van het voorkomen van tunnelvisie*, Den Haag: Boom Lemma 2015.
Fokkens 1985
J.W. Fokkens, Onrechtmatig verkregen bewijs, Den Haag: Ministerie van Justitie 1985.
Fokkens 1993
J.W. Fokkens, 'Recht in vorm?', *DD* 1993, p. 904-915.
Fokkens 1994
J.W. Fokkens, *Tussen due process of law en crime control. Beschouwingen over de rechtsbescherming van de verdachte in deze tijd*, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1994.
Fokkens 2003
J.W. Fokkens, 'Over cassatie in het belang der wet, in het bijzonder in strafzaken', in: P.P.T. Bovend'Eert, L.E.M. De Groot-van Leeuwen & Th.J.M. Mertens (red.), *De rechter bewaakt: over toezicht en rechters*, Deventer: Kluwer 2003.
Foqué & 't Hart 1990
R. Foqué, A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem: Gouda Quint 1990.
Franken 2009
A.A. Franken, Proportionaliteit en subsidiariteit in de opsporing, *DD* 2009/8, p. 79-92.

Fuller 1958
L.L. Fuller, 'Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart', *Harvard Law Review* 1958/71, p. 630–672.

Geelhoed 1983
L.A. Geelhoed, *De interveniërende staat. Een aanzet tot een instrumentenleer,* Den Haag 1983.

Gerding 2011
R.A.F. Gerding, 'Her Openbaar Ministerie in de periode 1950-1999. Turbulentie', in: A.G. Bosch e.a. (red.), *Twee eeuwen openbaar ministerie 1811-2011,* Den Haag: Sdu Uitgevers/openbaar ministerie 2011, p. 115-146.

Gerards 2006
J. Gerards, 'Rechtsvinding door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens', *NJCM-Bulletin* 2006/31.

Gerards 2010
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: Boom Juridische uitgevers 2010.

Giesen 2007
I. Giesen, 'Alternatieve regelgeving en privaatrecht', in: *Alternatieve regelgeving* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2007), Deventer: Kluwer 2007.

Goos 2019
M. Goos, 'Vormverzuimen bij de politie', *Strafblad* 2019/2, p. 5-10.

Goss 2014
R. Goss, *Criminal fair trial rights. Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Oxford (OR): Hart Publishing 2014.

De Graaf & Kesteloo 2016
F.C.W. de Graaf & L. Kesteloo, 'Welke mogelijkheden bestaan er om op grond van artikel 359a Sv rechtsgevolgen te verbinden aan fouten in het strafdossier?', *DD* 2016/4, p. 254-270.

Groenhuijsen 1999
M.S. Groenhuijsen, *Systematische grondslagen voor een nieuw Nederlands Wetboek van Strafvordering: inhoud en achtergrond van het onderzoeksproject Strafvordering 2001* (Rede uitgesproken ter gelegenheid van de 72e Dies Natalis van de Katholieke Universiteit Brabant), Tilburg: Katholieke Universiteit Brabant 1999.

Groenhuijsen 2012
M.S. Groenhuijsen, 'Waarheidsvinding in het strafrecht', in: *Waarheid en waarheidsvinding in het recht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2012), Deventer: Kluwer, p. 231-304.

Groenhuijsen & Knigge 2001
M.S. Groenhuijsen & G. Knigge 'Afronding en verantwoording. Algemeen deel', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004, p. 1-185.

De Gruyter 1976
P.S. de Gruyter, *Nietigheden in het strafproces en techniek der appelrechtspraak in strafzaken*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1976.

Harris, O'Boyle & Buckley 2014
D.J. Harris, M. O'Boyle & C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2014.
Hart 1958
H.L.A. Hart, 'Positivism and the Separation of Law and Morals', *Harvard Law Review* 1958/71, p. 593–629.
't Hart 1976
A.C. 't Hart, *Om het O.M.* (oratie Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1976.
't Hart 1983
A.C. 't Hart, *Strafrecht en beleid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983.
't Hart 1994
A.C. 't Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving. Een verkenning*, Arnhem: Gouda Quint 1994.
't Hart 1995
A.C. 't Hart, 'De zeggenschap over de opsporing; OvJ, AG, rechter', *DD* 1995, p. 415-421.
't Hart 2001
A.C. 't Hart, *Hier gelden wetten! Over strafrecht, Openbaar Ministerie en multiculturalisme*, Deventer: Gouda Quint 2001.
Haverkate 2015
G.C. Haverkate, 'ZSM: de huidige stand van zaken vanuit OM-perspectief', *DD* 2015/4, p. 228-241.
Hirsch Ballin 1989
E.M.H. Hirsch Ballin, *Het grondrecht op vrijheid en de wet*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989.
Hirsch Ballin 1990
E.M.H. Hirsch Ballin, 'De waarde van wetgeving', in: M.S. Groenhuijsen & J.A.F Peters, *Rechtsontwikkeling door wetgeving*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.
Hirsch Ballin 2012
M.F.H. Hirsch Ballin, 'Een mensenrechtelijk kader voor anticiperende opsporing', *NJCM-bulletin: Nederlands tijdschrift voor de mensenrechten* 2012/6, p. 661-676.
Hirsch Ballin 2018
M.F.H. Hirsch Ballin, *Over grenzen bij bewijsvergaring: Grondslagen voor geïntegreerde normering van strafrechtelijke bewijsvergaring* (Oratie Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2018.
Den Hollander 2016
P.W. den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016.
Van Hoorn in: *T&C Wetboek van Strafvordering*
A.M. van Hoorn, commentaar op artikel 141 Sv, in: C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns & M.J.M. Verpalen, *T&C Strafvordering*, Deventer: Kluwer 2018.
Huberts 2012
L.W.J.C. Huberts, 'Integriteit van de politie: waar gaat het om?', in: *Integriteit en deontologie*, Antwerpen: Maklu 2012, p. 13-28.

Inrichtingsplan Nationale Politie 2012
Inrichtingsplan Nationale Politie 2012, December 2012.

Jackson & Summers 2018
J. Jackson & S.J. Summers, *Obstacles to fairness in criminal proceedings. Individual rights and institutional forms*, Oxford and Portland: Hart Publishing 2018.
Jörg 1989
N. Jörg, 'De exclusionary rule als drijfveer achter normering van bevoegdheden', *DD* 1989, afl. 7, p. 654-670.
De Jong 1985
D.H. de Jong, 'Bewijsuitsluiting kent meer dan één rechtsgrond', in: J.P. Balkema (red.), Liber amicorum Th.W. van Veen, Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 97-111.
Juridische kennis en het proces-verbaal 2011
Juridische kennis en het proces-verbaal. Een onderzoek naar de kwaliteit en aandachtspunten voor verbetering, Politieonderwijsraad/Politieacademie 2011.

Van Kampen & Van der Meij 2016
P.T.C. van Kampen & P.P.J. van der Meij, 'Verhoorbijstand in een rechtsstaat', *NJB* 2016/554, p. 738-744.
Kelsen 1991
H. Kelsen, *General theory of norms* (vertaald door M. Hartney), Oxford: Calendon Press 1991.
Van Kempen 2008
P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten* (oratie Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 45-48.
Keulen & Knigge 2016
B.F. Keulen & G. Knigge, *Strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2016.
Kmiec 2004
Keenan D. Kmiec, 'The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"', *California Law Review* 2004/92, p. 1441-1478.
Knigge 1994
G. Knigge, 'De strafvordering in het geding', in: *Herbezinning op (de grondslagen van) het Wetboek van Strafvordering*, (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1994), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 39-116.
Knigge 2003
G. Knigge, 'Het Zwolsmancriterium op de helling', *RM Themis* 2003/4.
Knigge 2017
G. Knigge, 'De modernisering van strafvordering', *RM Themis* 2017/6, p. 277-278.
Knigge & De Jonge van Ellemeet 2014
G. Knigge & C.H. de Jonge van Ellemeet, *Beschikt en gewogen. Over de naleving van de wet door het openbaar ministerie bij het uitvaardigen van strafbeschikkingen*, Den Haag: Procureur-generaal bij de Hoge Raad 2014.
Knigge & Peters 2017
G. Knigge en M. Peters, Beproefd Verzet, *Over de naleving van de wet door het openbaar ministerie bij de afhandeling van het verzet tegen een OM-strafbeschikking*, Den Haag: Procureur-generaal bij de Hoge Raad 2017.
Kooijmans, in: Melai/Groenhuijsen *Commentaar op het Wetboek van Strafvordering*
T. Kooijmans, commentaar op art. 256 Sv, in: A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Commentaar op het Wetboek van Strafvordering*, (online, laatst bijgewerkt op 1 oktober 2006).

Kooijmans 2011
T. Kooijmans, 'Elk nadeel heb z'n voordeel? Artikel 359a Sv en de ontdekking van het strafbare feit', *DD* 2011/9, p. 1091-1108.
Kool 2016
R.S.B. Kool, 'Aansprakelijkheid voor seksueel misbruik in het licht van de positieve verplichtingen: vervlechting van domeinen', *AA* 2016/2, p. 132-140.
Koopmans 1991
T. Koopmans, *De rol van de wetgever*, Deventer: Kluwer 1991.
Koops e.a. 2017
B.J. Koops e.a., 'A typology of privacy', *University of Pennsylvania Journal of International Law* 2017/38, p. 483-575.
Koppel 2005
J. Koppel, 'Pathologies of Accountability: ICANN and the Challenge of 'Multiple Accountability Disorder'', *Public Administration Review* 2005, afl. 65, p. 94-108.
Van Koppen 2010
P.J. van Koppen, 'De psycholoog en het deskundigenbewijs', in: P.J. van Koppen e.a. (red.), *Reizen met mijn rechter: psychologie van het recht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 401-421.
Kort, Fedorova & Terpstra 2014
J. Kort, M.I. Fedorova & J.B. Terpstra, *Politiemensen over het strafrecht*, Amsterdam: Reeds Business 2014.
Kottenhagen 1986
R. J. P. Kottenhagen, *Van precedent tot precedent. over de plaats en functie van het rechtersrecht in een gecodificeerd rechtsstelsel*, Arnhem: Gouda Quint 1986.
Krikke 1983
A. Krikke, 'De rechtsgrond van de bewijsuitsluiting in strafzaken', in: E. André de la Porte e.a. (red.), Bij deze stand van zaken (Melai-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 273-294.
Kuiper 2008
R. Kuiper, *De strafrechter en het vormverzuim: inspirerende rechtspraak van het Amerikaanse Hooggerechtshof*, Rechtstreeks 2008/2, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2008.
Kuiper 2009
R. Kuiper, 'Strafvermindering als reactie op vormverzuimen. Van Via della Conciliazione tot Afvoerpijp en verder', in: M.J.A. Duker e.a. (red.), *Welberaden. Beschouwingen in de rechtsontwikkeling van de Hoge Raad der Nederlanden*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 35-59.
Kuiper 2014
R. Kuiper, *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014.

Langbroek & Rijpkema 2004
Ph.M. Langbroek & P.P. Rijpkema, *Ombudsprudentie: over de behoorlijkheidsnorm en zijn toepassing*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Langbroek & Rijpkema 2007
Ph.M. Langbroek & P.P. Rijpkema, 'Ombudsprudentie in ontwikkeling', in: A. Brenninkmeijer (red.), *Werken aan Behoorlijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 269-297.

Vande Lanotte & Haeck 2005
J. Vande Lanotte & Y. Haeck, *Handboek EVRM. Deel1Algemene beginselen*, Antwerpen/Oxford 2005.

Lavrijsen 2014
L. Lavrijsen. 'Protection by the Law: the Positive Obligations to Develop a Legal Framework to Adequately Protect ECHR Rights', in: Y. Haeck & E. Brems, *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century*, Dordrecht: Springer 2014, p. 69-129.

Lawson 2000
R.A. Lawson, 'Het EVRM in vogelvlucht', in: R.A. Lawson & E. Myjer (red.), *Vijftig jaar EVRM*, Leiden: NJCM-Boekerij 2000, p. 3-23.

Van Lent, Simon Thomas & Van Kampen 2016
L. van Lent, M.A. Simon Thoman & P.T.C. van Kampen, 'De ZSM-werkwijze in praktijk. Op zoek naar balans', *NJB* 2016/1884, p. 2753-2758.

Lindeman 2012
J.M.W. Lindeman, 'Verschuivende verantwoordelijkheden bij officieren van justitie', in: F.de Jong & R.S.B. Kool, *Relaties van gezag en verantwoordelijkheid: strafrechtelijke ontwikkelingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 207-242.

Lindeman 2017
J.M.W. Lindeman, *Officieren van justitie in de 21e eeuw: Een verslag van participerend observatieonderzoek naar de taakopvatting en taakinvulling van officieren van justitie,* Den Haag: Boom juridisch 2017.

Lindenberg 2002
K. Lindenberg, *Van ORT tot ORO. Een verzameling werken die hebben geleid tot het Oorspronkelijke Regeringsontwerp van een nieuw Wetboek van Strafvordering,* Groningen 2002.

Lindenberg 2013
K. Lindenberg, 'Zedendelicten en positieve verplichtingen', in J.H. Gerards & C. Sieburgh (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 501-529.

Van Maanen 1860
C.F.Th. van Maanen, *Het Openbaar Ministerie in Nederland*, Den Haag, 1860.

Malsch 2017
M. Malsch, 'Is het totaal meer dan de som der delen?', *NJB* 2017/2278.

Van der Meij 2010
P.P.J. van der Meij, *De driehoeksverhouding in het strafrechtelijk vooronderzoek: een onverminderde zoektocht naar evenwicht in de rolverdeling tussen de rechter-commissaris, de officier van justitie en de verdediging* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010.

De Meijer 2011
M.E. de Meijer, 'Het Openbaar Ministerie in de periode van 1838-1940', in: A.G. Bosch e.a. (red.), *Twee eeuwen Openbaar Ministerie 1811-2011*, Den Haag: Sdu/OM 2011.

De Meijer 2016
M.E. de Meijer, *Integriteit als maatstaf voor het Openbaar Ministerie* (oratie Amsterdam/UvA), Amsterdam 2016.
De Meijer 2019
M.E. de Meijer, 'Focus op de integriteit van het Openbaar Ministerie', *AA* 2019, p. 946-956.
De Meijer & Simmelink 2014
M.E. de Meijer & J.B.H.M. Simmelink, 'Het OM in de strafrechtsketen', in: M.E. de Meijer, J.B.H.M. Simmelink & D. van Daele, *Het OM verandert. Preadviezen NVVS*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 127-290.
Melai/Groenhuijsen
A.L. Melai e.a. (red.), *Het Wetboek van Strafvordering*, Deventer: Kluwer (losbl.).
Melai 1969
A.L. Melai, *Het strafrecht en de cirkel van de abstractie* (oratie Leiden), Arnhem: Gouda Quint/Brouwer 1969.
Melai 1992
A.L. Melai, *Polariteit en tegenspraak. Een selectie uit het werk van A.L. Melai*, Arnhem: Gouda Quint 1992.
Mertens 2006
F. Mertens, 'Toezicht door inspecties', in: F.C.M.A. Michiels & E.R. Muller (red.), *Handhaving. Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer: Kluwer 2006, p. 265-301.
Mevis 1995
P.A.M. Mevis, 'De rechtsgevolgen van onrechtmatigheden in het vooronderzoek', in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Dynamisch strafrecht* (Corstens-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 251-268.
Mevis 2009
P.A.M. Mevis, 'The Perspective of the Annotator: Some Observations About the Organisations and Format of the Judgements and Decisions of the Criminal Division of the Supreme Court of the Netherlands, and the Role of the Annotator', in: N. Huls, M. Adams & J. Bomhoff (red.), *The legitimacy of Highest Courts' Rulings*, Den Haag: TMC Asser Press 2009, p. 235-249.
Mevis 2015
P.A.M. Mevis, 'Versnelde afdoening in het strafrecht/ZSM: buitengewoon, buiten, gewoon; tijd voor reflectie en voor een ZSM-blik op berechting door de versnellende rechter', *DD* 2015/22, p. 215-227.
Miller 2018
E.J. Miller, 'A fair cop and a fair trial', in: J.D. Jackson & S.J. Summers, *Obstacles to fairness in criminal proceedings. Individual rights and institutional forms*, Oxford: Hart Publishing 2018, p. 239-272.
Minkenhof/Reijntjes 2006
A. Minkenhof, *De Nederlandse strafvordering* (bewerkt door J.M. Reijntjes), Deventer: Kluwer 2006.
Myjer 1982
B.E.P. Myjer, *Bewijs uitgesloten* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1982), p. 107-200.

Myjer 2002
B.E.P. Myjer, *De vijftig voorbij. Aantekeningen over het 'Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden' en de Nederlandse strafrechtspleging,* Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2002.
Myjer 2004
B.E.P. Myjer, *De vijftig voorbij. Aantekeningen over het EVRM en de Nederlandse strafrechtspleging,* Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004.

Nan & Bektesevic 2017
J.S. Nan & D. Bektesevic, 'Structurele vormverzuimen: een structureel probleem?', *DD* 2017/22.
Naeyé 1997
J. Naeyé, 'Verdenking en opsporing na Van Traa', *DD* 1997, p. 877-878.
Naeyé & Schalken 1993
J. Naeyé & T.M. Schalken, 'Verslag congres vormverzuimen in het strafrecht', *DD* 1993, p. 953-963.
Nolte 1948
H.J.A. Nolte, *Het strafrecht in de bijzondere wetten*, Utrecht: Dekker & Van de Vegt 1948.
Noodkreet Recherche 2018
NPB, *Noodkreet recherche. Waar blijft onze versterking?*, februari 2018.
Noyon 2018
L. Noyon, 'Inerte lokmiddelen en Tallon: over wanneer te nokken met lokken', *TPWS* 2018/41.

Oerlemans 2017a
J.J. Oerlemans, *Investigating cybercrime* (diss. Leiden), Leiden 2017.
Oerlemans 2017b
J.J. Oerlemans, 'De Wet computercriminaliteit III: meer handhaving op internet', *Strafblad* 15/4, p. 350-359.
Ölcer 2006
F.P. Ölçer, *Eerlijk proces en bijzondere opsporing* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.
Ölçer 2012
F.P. Ölçer, 'Een decennium strafrechtspraak in Straatsburg', *Strafblad* 2012/1, p. 32-42.
Ölçer 2015
F.P. Ölçer, 'Modernisering van de bijzondere opsporing: van BOB naar H(eimelijke)OB', *Strafblad* 2015/4, p. 298-307.
Ölçer 2016
F.P. Ölçer, 'Eerlijk proces en tuchtrechtelijke procedures', *Ars Aequi* 2016/65, p. 506-525.
Opzoomer 1884
C.W. Opzoomer, *Aanteekening op de wet, houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk*, Leiden/Amsterdam: J.H. Gebhard en Comp 1848.

Ottow 2015
A. Ottow, 'Toezicht onder vuur. Lezing ter ere van het vijfjarig bestaan van *Tijdschrift voor Toezicht*, Den Haag 8 september 2015', *Tijdschrift voor Toezicht* 2015/6, 3.

Pakes 2001
F.J. Pakes, *Spiders in the web: Public Prosecutors at work* (diss. Leiden), Leiden: Universiteit Leiden 2001.

Pakes 2010
F.J. Pakes, 'Beslissen door officieren van justitie', in: P.J. van Koppen e.a. (red.), *Reizen met mijn rechter. Psychologie van het recht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 821-833.

Peters 1972
A.A.G. Peters, *Het rechtskarakter van het strafrecht* (oratie Utrecht), Deventer: Kluwer 1972.

Peters 1993
A.A.G. Peters, 'Maatschappelijke verandering en rechtsontwikkeling. De veranderende rol van rechter, wet en proces', in: M.J. Gunning, C. Kelk & C.J.M. Schuyt (red.), *Recht als kritische discussie: een selectie uit het werk van A.A.G. Peters*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 35-52.

Pitcher 2016
K.M. Pitcher, *Judicial responses to pre-trial procedural violations in international criminal proceedings* (diss. Amsterdam/UvA), Amsterdam 2016.

Pitcher 2018
K.M Pitcher, 'Rights-analysis in addressing pre-trial impropriety: an obstacle to fairness?', in: J. Jackson & S.J. Summers, *Obstacles to fairness in criminal proceedings. Individual rights and institutional forms*, Oxford and Portland: Hart Publishing 2018, p. 273-300.

Pitcher & Samadi 2018
K.M. Pitcher & M. Samadi, 'Integriteit als perspectief bij de rechterlijke reactie op vormverzuimen', *DD* 2018/59, p. 731-746.

Prakken 2012
E. Prakken, 'De zittingsrechter en de gang van zaken in het vooronderzoek', in: A.H.E.C. Jordaans, P.A.M. Mevis & J. Wöretshofer, *Praktisch strafrecht. Liber amicorum J.M. Reijntjes*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012.

Prestaties in de strafrechtsketen 2012
Prestaties in de strafrechtsketen, Algemene Rekenkamer, 29 februari 2012, bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 33173, 2.

PVOV 2005
Programma verbetering opsporing en vervolging naar aanleiding van het evaluatierapport van de Schiedammer parkmoord, OM, Politie & NFI, *Kamerstukken II* 2005/06, 30300 VI, 32.

PVOV 2009
Voortgangsrapportage OM-Programma Versterking Opsporing en Vervolging, mei 2009, bijlage bij *Kamerstukken II* 2008/09, 31700 VI, 152.

Rainey, Wicks & Ovey 2014
B. Rainey, E. Wicks & C. Ovey, *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2014.
Rapport Brandstof voor de opsporing 2011
T. Sapens, M. Siesling & E. de Feijter, *Brandstof voor de opsporing, Evaluatie Wet bevoegdheden vorderen gegevens*, WODC Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.
Rapport Commissie-Mevis 2001
P. Mevis e.a., *Gegevensvergaring in strafvordering. Nieuwe bevoegdheden tot het vorderen van gegevens ten behoeve van strafvorderlijk onderzoek* (rapport van de Commissie Strafvorderlijke gegevensvergaring in de informatiemaatschappij), Den Haag 2001.
Rapport Commissie-Openbaar Ministerie
Het functioneren van het Openbaar Ministerie binnen de rechtshandhaving: rapport van de Commissie Openbaar Ministerie, Den Haag 1994.
Rapport Commissie-Posthumus 2005
Evaluatieonderzoek in de Schiedammer parkmoord (rapport in opdracht van het College van procureurs-generaal), openbaar ministerie 2005, bijlage bij *Kamerstukken II* 2004/05, 29800 VI, 168.
Rapport Commissie-Van Traa 1996
Inzake opsporing: eindrapport, Den Haag: Sdu 1996.
Rapport Commissie-Sint 2005
Toezicht: naar naleving voor de samenleving, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties/Ambtelijke Commissie Toezicht II 2005.
Rapport Handelen naar waarheid 2016
S. Huisman e.a., *Handelen naar waarheid. Sterkte-zwakteanalyse van de opsporing*, Politieacademie 2016.
Rapport Klachtbehandeling door de politie 2016
Klachtbehandeling door de politie, Inspectie Veiligheid & Justitie 2016.
Rapport Opsporing van terrorisme in de praktijk 2012
R. van Gestel e.a., *Opsporing van terrorisme in de praktijk. De Wet opsporing terroristische misdrijven vier jaar in werking*, Den Haag: Cahiers/WODC 2012.
Rapport parate kennis bevoegdheden politie 2014
Parate kennis bevoegdheden politie 'Dit moeten we dus eigenlijk allemaal, ja iedere diender, weten.', Inspectie Veiligheid & Justitie 2014.
Ras 1988
H.E. Ras, 'de Burgerlijke kamer (inclusief de Antilliaanse cassatieregeling)', in: De Hoge Raad der Nederlanden 1838 – 1988. Een Portret, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 73-86.
Rawls 1971
J. Rawls, *A theory of justice*, Cambridge: Harvard University Press 1971.
Redemann 1976
B. Redemann, 'The Historical and Philosophical Foundations of the Exclusionary Rule', *Tulsa Law Review* 1976/12, p. 323-336.
Reijntje in: Melai/Groenhuijsen *Commentaar Wetboek van strafvordering*
J.M. Reijntjes, commentaar op art. 7-11 Sv, in:, A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a., *Wetboek van Strafvordering* (online).

Reijntjes 1989
J.M. Reijntjes, *Boef of burger? Over de relatie tussen toezicht en opsporing* (Oratie OU), Arnhem: Gouda Quint 1989.
De Ridder 2004
J. de Ridder, *Een goede raad voor toezicht* (oratie Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.
Van Rossum 2005
A.A. van Rossum, 'Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor overheidstoezicht', in: *Toezicht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2005-I), Deventer: Kluwer 2005.
Röttgering 2013
A.E.M. Röttgering, *Cassatie in strafzaken: een rechtsbeschermend perspectief* (diss. Tilburg), Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.
Ruimschotel 2014
D. Ruimschotel, *Goed toezicht. Principes van professionaliteit, democratie en good governance*, Amsterdam: Mediawerf 2014.
Van Ruth, Gunther Moor & Stal 1994
A.G.P. van Ruth, LG.H. Gunther Moor & P.C. Stal (red.), *Vormfouten in de strafvervolging*, Nijmegen: WODC 1994.

Sackers 2012
H.J.B. Sackers, *De Wet wapens en munitie,* Deventer: Kluwer 2012.
Salet & Terpstra 2017
R. Salet & J.B. Terpstra, 'ZSM in de praktijk', *DD* 2017/47.
Samadi 2016
M. Samadi, 'Policing the police: het toezicht op de opsporing', *DD* 2016/37, p. 406-418.
Samadi 2017
M. Samadi, 'Herstel of compensatie van vormverzuimen? De invloed van het dominante kader van artikel 6 EVRM voor artikel 359a Sv', in: P. van Berlo e.a. (red.), *Over de grenzen van de discipline. Interactions between and within criminal law and criminology*, Den Haag: Boom Juridisch 2017, p. 167-185.
Schalken 1981
T.M. Schalken, *Zelfkant van de rechtshandhaving*, Arnhem: Gouda Quint 1981.
Schalken 1989
T.M. Schalken, 'Schending van wettelijke procesvoorschriften en het redelijke belang van de verdachte. Een redelijk criterium? Enkele inleidende opmerkingen', in: T.M. Schalken & E.J. Hofstee (red.), *In zijn verdediging geschaad. Over vormverzuimen en het belang van de verdachte*, Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 3-15.
Schalken 1992
T.M. Schalken, 'De officier van justitie als hoofd van de opsporing: machthebber of gezagsdrager', in: T.M. Schalken (red.), *Magistraat met beleid. De officier van justitie en zijn omgeving*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 103-111.
Schoep, in *T&C Wetboek van Strafvordering*
G.K. Schoep, commentaar op artikel 359a Sv, in: C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns & M.J.M. Verpalen, *T&C Strafvordering*, Deventer: Kluwer 2018.

Seibert-Fohr 2009
A. Seibert-Fohr, *Prosecuting serious human rights violations*, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 148-149.
Sikkema & Kristen 2012
E. Sikkema & F.G.H. Kristen, 'Strafbeschikking en ZSM: verschuivingen binnen de strafrechtshandhaving', in: F.de Jong & R.S.B. Kool, *Relaties van gezag en verantwoordelijkheid: strafrechtelijke ontwikkelingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 179-205.
Simmelink 1987
J.B.H.M. Simmelink, *De rechtsstaatgedachte achter art. 1. Sv, Gedachten over de betekenis van art. l Sv voor het handelen van de overheid in de opsporingsfase*, Arnhem 1987.
Simmelink 2015
J.B.H.M. Simmelink, *Officier van justitie: magistraat in een bestuursorgaan* (oratie Maastricht), 2015.
Simmelink 2017
J.B.H.M. Simmelink, 'Normering van opsporingsbevoegdheden in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering', *RM Themis* 2017/6, p. 323-333.
Simmelink & Baaijens-van Geloven 2001
J.B.H.M. Simmelink & Y.G.M. Baaijens-van Geloven, 'Vervolging en rechtsbescherming', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 387-496.
Simon Thomas e.a. 2016
M. Simon Thomas e.a., *Snel, Betekenisvol en Zorgvuldig. Een tussenevaluatie van de ZSM-werkwijze*, Utrecht: Universiteit Utrecht 2016.
Simons 1925
D. Simons, *Beknopte handleiding tot het Wetboek van Strafvordering*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1925.
Sjöcrona 2010
J. Sjöcrona, *Bewust Onbehoorlijk Benadelen. Over vormverzuimen en integriteit* (Lezingenreeks NVSA deel 4), Den Haag: SDU uitgevers 2010.
Van Sliedregt, Sjocrona & Orie 2008
E. van Sliedregt, J.M. Sjöcrona & A. M.M. Orie (red.), *Handboek Internationaal Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008.
Snellen 1987
I.Th.M. Snellen, *Boeien en geboeid* (oratie Tilburg), Alphen aan den Rijn 1987.
Soeharno 2011
J.E. Soeharno, *Blind vertrouwen: de norm van rechterlijke integriteit* (Rechtstreeks 2011/3), Den Haag: Sdu 2011.
Spronken 2001
T.N.B.M. Spronken, *Verdediging; Een onderzoek naar de normering van het optreden van advocaten in strafzaken*, Arnhem: Gouda Quint 2001.
Spronken 2016
T. Spronken, 'Salduz 2.0: de zaak Ibrahim', *Strafblad* 2016/53.
Spronken & Koopmans 2017
T.N.B.M. Spronken & P.C. Koopmans, *Gedeelde informatie. Over de naleving van de wet door het openbaar ministerie bij het toevoegen van strafvorderlijke, justitiële en*

politiële gegevens aan het Bopz-dossier, Den Haag: Procureur-generaal bij de Hoge Raad 2017.

Spronken & Luiting 2018
T.N.B.M. Spronken & E.T. Luining, *DNA van veoordeelden Over de uitvoering van de Wet DNA-onderzoek bij veroordeelden door het Openbaar Ministerie,* Den Haag: Procureur-generaal bij de Hoge Raad 2018.

Van der Steeg 2004
M. van der Steeg, *Politietuchtrecht. Een studie naar de juridische aspecten en de praktijk* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2004.

Van der Steeg 2014
M. van der Steeg, 'Politietuchtrecht: plichtsverzuim in perspectief van de nationale politie', in: E.R.Muller e.a. (red.), *Politie. Studies over haar werking en organisatie*, Deventer: Kluwer 2014, p. 467-497.

Stamhuis 1995
E.F. Stamhuis, *Vormvoorschriften: een overzicht van rechtspraak*, Arnhem: Gouda Quint 1995.

Stevens, Koops & Wiemans 2004
L. Stevens, B.J. Koops & P. Wiemans, 'Een strafvorderlijke gegevensvergaring nieuwe stijl', *NJB* 2004, p. 1680-1686.

Stevens 2017
L. Stevens, 'Wijzigingen in de regeling van het voorarrest: wordt het beter, slechter of gewoon anders?', *RM Themis* 2017/6, p. 344-352.

Stolwijk 1992
S.A.M. Stolwijk, 'De minister van justitie, het Openbaar Ministerie en artikel 5 RO', in: T.M. Schalken (red.), *Magistraat met beleid. De officier van justitie en zijn omgeving*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 33-40.

Stolwijk 1993
S.A.M. Stolwijk, 'Recht in vorm. De vorm uit het recht?', *DD* 1993, p. 868-880.

Summers 2007
S.J. Summers, *Fair Trials: The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights*, Oxford: Hart publishing 2007.

Tamanaha 2004
B.Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: On The Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge: Cambridge University Press 2004.

Tamanaha 2017
B.Z. Tamanaha, 'Insights About the Nature of Law from History', *Archiv fur Rechts- und Sozialphilosophy* 2017.

Terpstra e.a. 2016
J. Terpstra e.a., *Basisteams in de Nationale Politie. Organisatie, taakuitvoering en gebiedsgebonden werk,* Nijmegen: Politie & Wetenschap 2016.

Timmerman 1997
L. Timmerman, 'Zelfregulering in de sfeer van het vennootschapsrecht', *De Naamloze Vennootschap* 1997/3, p. 69-73.

Timmerman & Van Toor 2013
M.A.P. Timmerman & D.A.G. van Toor, 'De motiveringsverplichting bij verwerping van door de verdachte gevoerde verweren: een complex stelsel', *Strafblad* 2013/9, p. 324-331.
Trechsel 2018
S. Trechsel, 'The Character of the Right to a Fair Trial', in: J. Jackson & S.J. Summers, *Obstacles to fairness in criminal proceedings. Individual rights and institutional forms*, Oxford and Portland: Hart Publishing 2018, p. 19-35

Van Veen 1988
Th.W. van Veen, 'Onrechtmatig verkregen bewijs', *RM Themis* 1988, p. 465-466.
Van Veen 1991
Th.W. van Veen, 'Over misslagen, vormverzuimen en nietigheden in het strafproces', *RM Themis* 1991, p. 212-219.
Veerman 2012
G. Veerman, *Over wetgeving: principes, paradoxen en praktische beschouwingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012.
Veerman 2013
G.J. Veerman, *Een empathische wetgever. Meta-evaluatie van empirisch onderzoek naar de werking van wetten*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.
Veerman & Mulder 2010
G.J. Veerman & R. Mulder, *Wetgeving met beleid. Bouwstenen voor een bruikbare wetgevingstheorie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.
Vellinga-Schootstra & Vellinga 2008
F. Vellinga-Schootstra & W.H. Vellinga, *Positive obligations' en het Nederlandse straf(proces)recht* (oratie Groningen), Deventer: Kluwer 2008.
Vellinga-Schootstra 2017
F. Vellinga-Schootstra, 'Inbeslagneming van voorwerpen en gegevens', *RM Themis* 2017/06, p. 334-343.
Verhey & Verheij 2005
L.F.M. Verhey & N. Verheij, 'De macht van de marktmeesters: Markttoezicht in constitutioneel perspectief', in: *Toezicht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2005), Deventer: Kluwer 2005.
Van der Vlugt 2011
Y.M. van der Vlugt, *De Nationale ombudsman en behoorlijk politieoptreden* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Lemma 2011.
Voermans 2005
W.J.M. Voermans, 'De communautarisering van toezicht en handhaving', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren. Bijdragen rond het thema adequate naleving van rechtsregels*, Deventer: Kluwer 2005.
Voermans 2011
W.J.M. Voermans, 'Legaliteit als middel tot een doel', in: W.J.M. Voermans, M.J. Borgers & C.H. Sieburgh, *Controverses rondom legaliteit en legitimatie* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2011-1), Deventer: Kluwer 2011, p. 9-67.

Vranken 1986
J.B.M. Vranken, 'Het professionele (functionele) verschoningsrecht', in: *Het professionele functionele verschoningsrecht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1986), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986.

Vranken 2009
J.B.M. Vranken, 'Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: Talrijk, divers en soms vergaand', *NJB* 2009, p. 1082-1093.

Whiting 2009
A. Whiting, 'In international Criminal Law, Justice Delayed Can be Justice Delivered', *Harvard International Law Review* 2009/50.

Wiarda 1988
G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

De Wijkerslooth 2007
J.L. de Wijkerslooth, 'Over de betekenis van alternatieve regelgeving in het strafrecht', in: *Alternatieve regelgeving* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2007), Deventer: Kluwer 2007.

De Wilde 2016
B. de Wilde, 'De rol van positieve verplichtingen bij de totstandkoming van Nederlandse strafwetgeving', *NJCM-Bulletin* 2016/10.

Winter 2015
H.B. Winter, 'Toezicht in het Nederlandse (bestuurs)recht', in: F.J.H. Mertens, E.R. Muller & H.B. Winter (red.), *Toezicht. Inspecties en autoriteiten in Nederland,* Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Witteveen 1992
W.J. Witteveen, 'De wet als boodschap, de wet als tekst', in: W.J. Witteveen, H.D. Stout & M.J. Trappenburg (red.), *Het bereik van de wet*, Zwolle: Tjeenk Willink 1992.

Witteveen 1999
W.J. Witteveen, 'Zes redenen om Fuller te herlezen', *RM Themis* 1999/9, p. 319-329.

Witteveen 2007
W.J. Witteveen, 'Alternatieve regulering: de vele gezichten van de wetgever', in: *Alternatieve regelgeving* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2007), Deventer: Kluwer 2007.

Witteveen 2008
W.J. Witteveen, *De geordende wereld van het recht. Een inleiding*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2008.

Van der Woude 2010
M.A.H. van der Woude, *Wetgeving in een Veiligheidscultuur: totstandkoming van antiterrorismewetgeving in Nederland bezien vanuit maatschappelijke en (rechts)politieke context* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

WODC 2004
A. Beijer e.a., *De wet bijzondere opsporingsbevoegdheden. Eindevaluatie*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2004.

WODC 2012
A.M.G. Zuiderwijk e.a., *Doorlooptijden in de strafrechtsketen ketenlange doorlooptijden en doorlooptijden per ketenpartner voor verschillende typen zaken*, Den Haag: WODC 2012.

WODC 2017
E. Devroe, M. Malsch, J. Matthys & G. Minderman, *Toezicht op strafvorderlijk overheidsoptreden*, Leiden: WODC 2017.

WRR 2003
M. Scheltema e.a., *Waarden, normen en de last van het gedrag*, Wetenschappelijke raad voor het regeringsbeleid, Amsterdam: Amsterdam University Press 2003.

WRR 2013
J.A. Knottnerus e.a., *Toezien op publieke belangen. Naar een verruimd perspectief op rijkstoezicht,* Wetenschappelijke raad voor het regeringsbeleid, Amsterdam: Amsterdam University Press 2013.

Aangehaalde jurisprudentie

FEITENRECHTSPRAAK[1]

Rechtbanken

Rb. Zwolle-Lelystad 2 juli 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BJ2119
Rb. Zwolle-Lelystad 28 januari 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BL3211
Rb. Amsterdam 27 januari 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BL0675
Rb. Breda 27 januari 2010, ECLI:NL:RBBRE:2010:BL0898
Rb. Groningen 18 maart 2010, ECLI:NL:RBGRO:2010:BL7973
Rb. Den Bosch 25 maart 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BL8763
Rb. Amsterdam 22 april 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BM1910
Rb. Utrecht 21 mei 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM8000
Rb. Maastricht 25 mei 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BM5521
Rb. Almelo 1 juni 2010, ECLI:NL:RBALM:2010:BM6340
Rb. Den Haag 9 juni 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BM7397
Rb. Maastricht 2 juli 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BN4855
Rb. Roermond 6 juli 2010, ECLI:NL:RBROE:2010:BN0600
Rb. Utrecht 19 juli 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN2077
Rb. Amsterdam 20 juli 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN1981
Rb. Arnhem 3 augustus 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN3276
Rb. Maastricht 11 augustus 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BN4821
Rb. Breda 31 augustus 2010, ECLI:NL:RBBRE:2010:BN5524
Rb. Maastricht 25 september 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BX8192
Rb. Alkmaar 7 oktober 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BN9784
Rb. Zutphen 12 oktober 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BO0551
Rb. Breda 25 oktober 2010, ECLI:NL:RBBRE:2010:BO2795
Rb. Utrecht 9 november 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO3825
Rb. Rotterdam 15 november 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO4320
Rb. Leeuwarden 23 november 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BO4735
Rb. Haarlem 24 december 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BO8917
Rb. Amsterdam 18 januari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV1244
Rb. Zutphen 24 januari 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BV2105
Rb. Maastricht 30 januari 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BV2224
Rb. Leeuwarden 3 februari 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BV3125

1 De hier opgenomen feitenrechtspraak is de rechtspraak waar in het onderzoek expliciet naar wordt verwezen. De hier opgenomen rechtspraak betreft slechts een deel van de rechtspraak die ten grondslag heeft gelegen aan hoofdstuk 7.

Rb. Dordrecht 7 februari 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BV3531
Rb. Breda 16 februari 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BV6485
Rb. Amsterdam 2 maart 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV7546
Rb. Breda 6 maart 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BV7783
Rb. Almelo 15 maart 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BW3226
Rb. Rotterdam 21 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV9641
Rb. Leeuwarden 10 april 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BW1463
Rb. Maastricht 25 april 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BW4819
Rb. Zutphen 27 april 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BW4270
Rb. Arnhem 2 mei 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW4678
Rb. Den Haag 9 mei 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW5336
Rb. Zwolle-Lelystad 25 mei 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BW7219
Rb. Amsterdam 5 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX3428
Rb. Den Bosch 14 juni 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BW8533
Rb. Arnhem 27 juni 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW9488
Rb. Leeuwarden 24 juli 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BX2502
Rb. Maastricht 25 september 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BX8192
Rb. Rotterdam 25 oktober 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY1309
Rb. Arnhem 28 september 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX8639
Rb. Assen 13 november 2012, ECLI:NL:RBASS:2012:BY3509
Rb. Gelderland 23 december 2012, ECLI:NL:RBGEL:2015:8038
Rb. Rotterdam 25 december 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY1309
Rb. Amsterdam 29 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA4041
Rb. Oost-Brabant 16 oktober 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:6042
Rb. Den Haag 4 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:16051
Rb. Rotterdam 16 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:270
Rb. Limburg 27 januari 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:654
Rb. Noord-Holland 2 februari 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:654
Rb. Limburg 11 maart 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:2074
Rb. Noord-Holland 3 april 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:2874
Rb. Den Haag 30 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5155
Rb. Midden-Nederland 7 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4033
Rb. Midden-Nederland 8 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3984
Rb. Rotterdam 4 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4085
Rb. Den Haag 9 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8016
Rb. Noord-Holland 26 juni 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:5447
Rb. Gelderland 29 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:4568
Rb. Overijsel, 1 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3170.
Rb. Amsterdam 6 augustus 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5391
Rb. Midden-Nederland 17 augustus 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6449
Rb. Midden-Nederland 4 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7554
Rb. Oost-Brabant 7 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5263
Rb. Den Haag 8 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10601
Rb. Zeeland-West Brabant, 6 oktober 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:8523
Rb. Gelderland 8 oktober 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6215
Rb. Overijssel 9 oktober 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:4590
Rb. Zeeland-West-Brabant 22 oktober 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:6817

Rb. Limburg 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:9128
Rb. Amsterdam 9 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8034
Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11234
Rb. Midden-Nederland 8 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2106
Rb. Noord-Holland 29 november 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:9792

Hof

Hof Den Haag 19 januari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BK9406
Hof Den Haag 21 februari 2008 ECLI:NL:GHSGR:2008:BC7164
Hof Leeuwarden 19 februari 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BL5274
Hof Arnhem 16 juni 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM8100
Hof Den Bosch 21 juli 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BN1833
Hof Den Haag 27 augustus 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO0988
Hof Den Haag 22 oktober 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BQ7898
Hof Amsterdam 6 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO6670
Hof Amsterdam 9 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO8230
Hof Amsterdam 9 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO8219
Hof Arnhem 9 december 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BO6761
Hof Arnhem 20 december 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BO8383
Hof Den Bosch 6 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV3117
Hof Arnhem 1 maart 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BV7484
Hof Den Haag 7 maart 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BV9796
Hof Den Bosch 24 mei 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW6502
Hof Amsterdam 23 juli 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX2363
Hof Arnhem-Leeuwarden 18 september 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX8100
Hof Den Bosch, 10 oktober 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX9798
Hof Amsterdam 25 oktober 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY1324
Hof Den Bosch 26 november 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY4106
Hof Arnhem 8 december 2012, ECLI:NL:GHARL:2015:9221
Hof Den Haag 19 december 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY6574
Hof Den Bosch 20 juni 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2579
Hof Arnhem-Leeuwarden 7 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5849
Hof Den Haag 18 februari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:626
Hof Amsterdam 27 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:656
Hof Den Haag 3 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:624
Hof Amsterdam 6 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:757
Hof Amsterdam 11 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:853
Hof Den Bosch 25 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1181
Hof Arnhem-Leeuwarden 22 april 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2954
Hof Amsterdam 24 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1242
Hof Den Haag 29 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1394
Hof Den Haag 6 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1261
Hof Den Bosch 12 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1726
Hof Amsterdam 4 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2250
Hof Den Bosch 10 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2293
Hof Amsterdam 10 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2747

Hof Den Bosch 14 juli 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2630
Hof Den Bosch 13 augustus 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3200
Hof Amsterdam 17 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4348
Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7633
Hof Den Haag 19 oktober 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2912
Hof Den Haag 17 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3581
Hof Amsterdam 21 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5307
Hof Arnhem-Leeuwarden 7 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1180
Hof Amsterdam, 29 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2504

Hoge Raad

HR 20 december 1926, *NJ* 1927, p. 87
HR 23 februari 1931, *NJ* 1931, p. 654
HR 26 juni 1962, *NJ* 1962/470 (*Tweede Bloedproefarrest*)
HR 29 mei 1977, *NJ* 1978/358
HR 29 mei 1978, *NJ* 1978/358, m.nt. Van Veen
HR 18 april 1978, *NJ* 1978/142, m.nt. Mulder (*Braak bij binnentreden*)
HR 12 December 1978, *NJ* 1979/142
HR 4 december 1979, *NJ* 1980/356, m.nt. Van Veen
HR 22 januari 1980, *NJ* 1980/203
HR 6 januari 1981, *NJ* 1981/207, m.nt. Van Veen
HR 22 december 1981, *NJ* 1982/233, m.nt. Van Veen
HR 13 september 1983, *NJ* 1984/151 nt. Tak
HR 9 oktober 1984, *NJ* 1986/675
HR 26 februari 1985, *NJ* 1985/595, m.nt. Van Veen
HR 21 januari 1986, *NJ* 1988/167
HR 7 april 1987, *NJ* 1987/587
HR 9 juni 1987, *NJ* 1997/90
HR 8 september 1987, *NJ* 1988/453
HR 26 januari 1988, *NJ* 1988/1818
HR 29 november 1988, *NJ* 1989/598
HR 19 juni 1990, *NJ* 1991/119, m.nt. Scheltema & Van Veen
HR 2 juli 1990, *NJ* 1990/692, m.nt. Van Veen
HR 18 december 1990, *NJ* 1991/343, m.nt. Van Veen
HR 22 oktober 1991, *NJ* 1992/217, m.nt. Van Veen
HR 8 juli 1992, *NJ* 1993/30
HR 25 mei 1993, *NJ* 1994/143, m.nt. Schalken
HR 29 maart 1994, *NJ* 1994/577, m.nt. Schalken
HR 31 mei 1994, *NJ* 1995/29, m.nt. Knigge
HR 27 juni 1995, *NJ* 1995/752
HR 27 oktober 1995, *NJ* 1996/638, m.nt. Groenhuijsen
HR 19 december 1995, *NJ* 1995/249 m.nt. Schalken
HR 4 februari 1997, *NJ* 1997/308, m.nt. Schalken
HR 8 september 1998, *NJ* 1998/879, m.nt. Schalken
HR 22 september 1998, *NJ* 1999/104, m.nt. De Hullu
HR 12 januari 1999, *NJ* 1999/290

HR 6 april 1999, *NJ* 1999/565, m.nt. Schalken
HR 1 juni 1999, *NJ* 1999/567, m.nt Schalken (*Karmanarrest*)
HR 21 maart 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5254
HR 30 januari 2001, *NJ* 2001/281
HR 13 februari 2001, *NJ* 2001/365, m.nt. Buruma
HR 8 mei 2001, *NJ* 2001/587, m.nt. Reijntjes
HR 19 juni 2001, *NJ* 2001/574, m.nt. Reijntjes
HR 30 januari 2001, *NJ* 2001/281
HR 3 juli 2001, *NJ* 2002/8, m.nt. Schalken.
HR 3 juli 2001, *NJ* 2001/536
HR 11 september 2001, *NJ* 2002/218, m.nt. Buruma
HR 30 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4307
HR 28 mei 2002, *NJ* 2002/601
HR 25 juni 2002, *NJ* 2002/518, m.nt. Schalken (*post-Karman II*).
HR 25 juni 2002, *NJ* 2002/625, m.nt. Schalken
HR 2 juli 2002, *NJ* 2003/2, m.nt. Knigge
HR 2 juli 2002, NJ 2002/602, m.nt. Buruma
HR 1 juli 2003, *NJ* 2003/695, m.nt. Mevis
HR 9 december 2003, *NJ* 2004/199, m.nt. Buruma
HR 24 februari 2004, *NJ* 2004/226
HR 18 maart 2004, *NJ* 2014/190
HR 20 maart 2004, *NJ* 2004/376, m.nt. Buruma
HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/377
HR 22 juni 2004, *NJ* 2004/561 m.nt. Mevis
HR 21 december 2004, *NJ* 2005/172 m.nt. Reijntjes
HR 11 oktober 2005, *NJ* 2006/625
HR 29 november 2005, *NJ* 2006/193, m.nt. Buruma
HR 17 januari 2006, *NJ* 2006/495, m.nt. Mevis
HR 28 maart 2006, *NJ* 2007/38, m.nt. Schalken
HR 13 juni 2006, *NJ* 2006/623, m.nt. Klip
HR 5 september 2006, *NJ* 2007/336, m.nt. Schalken
HR 14 november 2006, *NJ* 2007/179, m.nt. Buruma
HR 20 februari 2007, *NJ* 2008/113, m.nt. Schalken
HR 29 mei 2007, *NJ* 2008/14, m.nt. Reijntjes
HR 13 november 2007, *NJ* 2008/116, m.nt. Borgers
HR 12 februari 2008, *NJ* 2008/248 m.nt. Schalken
HR 17 juni 2008, *NJ* 2008/358, m.nt. Mevis
HR 8 juli 2008, *NJ* 2009/440, m.nt. Buruma
HR 28 oktober 2008, *NJ* 2009/224
HR 26 mei 2009, *NJ* 2009/263, m.nt. Legemaate
HR 16 juni 2009, *NJ* 2009/603
HR 30 juni 2009, *NJ* 2009/349, m.nt. Schalken
HR 6 oktober 2009, *NJ* 2009/503
HR 24 november 2009, *NJ* 2011/194, m.nt. Buruma
HR 30 maart 2010, *NJ* 2011/603, m.nt. Borgers
HR 25 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL7666
HR 29 juni 2010, *NJ* 2010/441, m.nt. Schalken

HR 29 juni 2010, *NJ* 2010/442, m.nt. Schalken
HR 28 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN0032
HR 12 december 2010, *NJ* 2010/624 m.nt. Schalken
HR 4 januari 2011, *NJ* 2012/145, m.nt. Borgers
HR 11 januari 2011, *NJ* 2012/297, m.nt. Borgers
HR 21 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR1106
HR 26 april 2011, *NJ* 2011/201
HR 31 mei 2011, *NJ* 2011/412, m.nt Schalken
HR 7 juni 2011, *NJ* 2011/375, m.nt. Schalken
HR 27 september 2011, *NJ* 2011/557, m.nt. Schalken
HR 11 oktober 2011, *NJ* 2011/505
HR 15 november 2011, *NJ* 2011/545, m.nt. Vellinga
HR 15 november 2011, *NJ* 2012/36, m.nt. Schalken
HR 29 november 2011, *NJ* 2012/146, m.nt. Borgers
HR 10 januari 2012, *NJ* 2012/438, m.nt. Reijntjes
HR 17 januari 2012, *NJ* 2012/253, m.nt. Mevis
HR 3 april 2012, *NJ* 2012/346, m.nt. Reijntjes
HR 3 juli 2012, *NJ* 2013/175, m.nt. Bleichrodt
HR 11 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX4490
HR 13 oktober 2012, *NJ* 2013/413, m.nt. Borgers
HR 11 december 2012, *NJ* 2013/130, m.nt. Schalken
HR 29 januari 2013, *NJ* 2013/414, m.nt. Borgers
HR 19 februari 2013, *NJ* 2013/308, m.nt. Keulen
HR 7 januari 2014, *NJ* 2014/105, m.nt. Borgers
HR 21 januari 2014, *NJ* 2014/106, m.nt. Borgers
HR 18 maart 2014, *NJ* 2014/190
HR 18 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:638
HR 1 juli 2014, *NJ* 2015/114, m.nt. Van Kempen
HR 1 juli 2014, *NJ* 2015/115, m.nt. Van Kempen
HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1569
HR 16 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2773
HR 19 september 2014, *NJ* 2014/420, m.nt. Schalken
HR 4 november 2014, *NJ* 2015/126, m.nt. Mevis.
HR 11 november 2014, *NJ* 2015/296, m.nt. Borgers
HR 2 december 2014, *NJ* 2015/87, m.nt. Keulen
HR 9 december 2014, *NJ* 2015/356 m.nt. Keulen
HR 10 februari 2015, *NJ* 2015/197 m.nt. Schalken
HR 10 maart 2015, *NJ* 2015/357 m.nt. Keulen
HR 2 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:2956
HR 13 oktober 2015, *NJ* 2016/111, m.nt. Myjer
HR 22 december 2015, *NJ* 2016/52, m.nt. Klip
HR 5 januari 2016, *NJ* 2016/ 153, m.nt. Vellinga-Schootstra
HR 4 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2244
HR 11 oktober 2016, *NJ* 2016/456
HR 11 oktober 2016, *NJ* 2017/30, m.nt. Reijntjes
HR 1 november 2016, *NJ* 2017/84 m.nt. Keulen
HR 8 november 2016, *NJ* 2016/481

HR 4 april 2017, *NJ* 2017/229, m.nt. Kooijmans
HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1233
HR 14 november 2017, *NJ* 2019/399, m.nt. Crijns
HR 19 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3198
HR 23 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:78
HR 20 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:247, *SR-Updates.nl* 2018-0101 m.nt. Crijns
HR 20 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:368
HR 3 april 2018, *NJ* 2018/296, m.nt. Kooijmans
HR 3 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1063
HR 9 oktober 2018, *NJ* 2019/24, m.nt. Reijntjes
HR 6 november 2018, *NJ* 2018/446

EHRM

EHRM 8 juni 1976, 5100/71, (*Engel e.a./Nederland*)
EHRM 26 maart 1985, 8978/80 (*X en Y/Nederland*)
EHRM 26 oktober 1986 (*De Cubber/België*),
EHRM 24 november 1986, A110, (*Unterpertinger/Oostenrijk*)
EHRM 12 juli 1988, 10862/84 (*Schenk/Zwitserland*)
EHRM 20 oktober 1998, 23452/94 (*Osman/Verenigd Koninkrijk)*
EHRM 28 oktober 1988, 11209/84 (*Brogan e.a./Verenigd Koninkrijk)*
EHRM 24 mei 1989 (*Hauschildt/Denemarken*)
EHRM 20 november 1989, 11454/85 (*Kostovski/Nederland*)
EHRM 19 december 1989, A168 (*Kamasinksi/Oostenrijk*)
EHRM 24 april 1990, 11105/84 (*Huvig/Frankrijk*)
EHRM 24 april 1990, A176-A (*Kruslin/Frankrijk*)
EHRM 25 november 1992, 12728/87 (*Abdoella/Nederland*)
EHRM 16 december 1992 (*Edwards/Verenigd Koninkrijk*)
EHRM 25 februari 1993, 10828/84 (*Funke/Frankrijk*)
EHRM 26 mei 1993, 26/1992/371/445 (*Bunkate/Nederland*)
EHRM 8 februari 1996, 18731/91 (*John Murray/Verenigd Koninkrijk*)
EHRM 26 maart 1996, 20524/92 (*Doorson/Nederland*)
EHRM 17 december 1996, 19187/91 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*)
EHRM 23 april 1997, 21363/93 (*Van Mechelen/Nederland*)
EHRM 22 mei 1998, 81/1997/865/1076 (*Hozee/Nederland*);
EHRM 9 juni 1998, 25829/94 (*Teixeira de Castro t. Portugal*)
EHRM 14 februari 2002, 26668/95, (*Visser/Nederland*)
EHRM 30 november 2004, 48939/99, par. 92-94 (*Öneryildiz/Turkije*)
EHRM 11 juli 2006, 54810/00 (*Jalloh/Duitsland*)
EHRM 1 maart 2007, nr. 5935/02 (*Heglas/Tsjechië*)
EHRM 29 juni 2007, 5809/02, 25624/02 (*O'Halloran en Francis/Verenigd Koninkrijk*)
EHRM 24 juli 2008, 18603/03 (*Andre e.a./Frankrijk*)
EHRM 10 maart 2009, 4378/02 (*Bykov/Rusland*)
EHRM 1 juni 2010, 22978/05 (*Gäfgen/Duitsland*).
EHRM 4 november 2010, 18757/06 (*Bannikova/Rusland*)
EHRM 27 september 2011, 29032/04 (*M & C/Roemenië*)
EHRM 6 december 2012, 12323/11 (*Michaud/Frankrijk)*, *EHRC* 2013/91

EHRM 15 januari 2015, 68955/11 (*Dragojevic/Kroatië*).
EHRM 28 mei 2015, 41107/10, par. 95-96 (*Y/Slovenië*)
EHRM 20 oktober 2015, (*Dvorski/Kroatie*), *EHRC* 2016/10, m.nt. Ölçer
EHRM 13 september 2016, 50541/08, 50571/08, 50573/08, 40351/09 (*Ibrahim e.a./ Verenigd Koninkrijk*), *EHRC* 2017/3

EU-Hof

HvJ, 3 mei 2005, C-387/02, Jur. I-3565

Bijlage

Topiclijst

- De reikwijdte van de verantwoordelijkheid van de officier van justitie ten aanzien van de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek
- De huidige toepassing van artikel 359a Sv door de rechter en de gevolgen hiervan voor de controle die de officier van justitie uitoefent over de opsporing
- Verschillen in type zaken
- Knelpunten in het toezicht op de opsporing
- Reacties op vormverzuimen (en eventueel onderling overleg)
- OM-afdoening en vormverzuimen
- Terugkoppeling van geconstateerde vormverzuimen aan opsporingsambtenaren en anderen binnen de politieorganisatie
- Rol van de rechter-commissaris ten aanzien van het optreden van opsporingsambtenaren
- Rol van de rechter ten aanzien van het optreden van opsporingsambtenaren
- Rol van de politieorganisatie ten aanzien van het optreden van opsporingsambtenaren

Curriculum vitae

Mojan Samadi, geboren op 11 september 1986 te Tehran, studeerde Rechtsgeleerdheid aan de Universiteit van Amsterdam waar zij in 2012 afstudeerde in Publiekrecht (Strafrecht) en Internationaal Publiekrecht. Tijdens haar studententijd werkte zij onder meer als student-assistent bij de afdeling Internationaal Publiekrecht van de Universiteit van Amsterdam en liep zij diverse stages voor onder meer het Khmer Rouge-Tribunaal (ECCC) en het Libanontribunaal (STL). Van 2012 tot 2020 was zij als promovendus verbonden aan het Instituut voor Strafrecht en Criminologie van de Universiteit Leiden. Thans is zij aldaar werkzaam als universiteit docent Straf- en Strafprocesrecht.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden zijn in 2019 en 2020 verschenen:

MI-315 T.B.D. van der Wal, *Nemo condicit rem suam. Over de samenloop tussen de rei vindicatio en de condictio*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2019

MI-316 R. Zandvliet, *Trade, Investment and Labour: Interactions in International Law,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019

MI-317 M. de Jong-de Kruijf, *Legitimiteit en rechtswaarborgen bij gesloten plaatsingen van kinderen. De externe rechtspositie van kinderen in gesloten jeugdhulp bezien vanuit kinder- en mensenrechten*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2019, ISBN 978 94 6290 600 6

MI-318 R.J.W. van Eijk, *Web Privacy Measurement in Real-Time Bidding Systems. A Graph-Based Approach to RTB system classification*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019, ISBN 978 94 028 1323 4

MI-319 M.P. Sombroek-van Doorm, *Medisch beroepsgeheim en de zorgplicht van de arts bij kindermishandeling in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders,* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2019, ISBN 978 94 6236 906 1

MI-320 Y. Tan, *The Rome Statute as Evidence of Customary International Law,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019

MI-321 T. van der Linden, *Aanvullend Verrijkingsrecht,* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2019, ISBN 978 94 6290 678 5, e-ISBN 978 94 6274 544 5

MI-322 L.B. Louwerse, *The EU's Conceptualisation of the Rule of Law in its External Relations. Case studies on development cooperation and enlargement,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019

MI-323 I. Antonaki, *Privatisations and golden shares. Bridging the gap between the State and the market in the area of free movement of capital in the EU*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019

MI-324 E. Cammeraat, *Economic Effects of Social Protection*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019

MI-325 L.B. Esser, *De strafbaarstelling van mensenhandel ontrafeld. Een analyse en heroriëntatie in het licht van rechtsbelangen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2019, ISBN 978 94 6290 697 6

MI-326 L.G.A. Janssen, *EU bank resolution framework. A comparative study on the relation with national private law*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019

MI-327 L.Y. d'Hondt, *Addressing Industrial Pollution in Indonesia. The Nexus between Regulation and Redress Seeking* (diss. Leiden) Amsterdam: Ipskamp Printing 2019, ISBN 978 94 028 1697 6

MI-328 L.F. Fiallos Pazmiño, *Legal Perspectives on the Cross Border Operations of Unmanned Aircraft Systems,* (diss. Leiden)

MI-329 M. Lochs, *Contempt of court. Een meerwaarde voor de goede strafrechtspleging in Nederland?* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2019, ISBN 978 94 6290 714 0

MI-330 M.V. Antonov, *Formalism, Realism and Conservatism in Russian Law*, (diss. Leiden) Amsterdam: Ipskamp Printing 2019

MI-331 P. van Berlo, *Human Rights Elephants in an Era of Globalisation. Commodification, Crimmigration, and Human Rights in Confinement* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2020, ISBN 978 94 6240 565 3

MI-332 M. Wensveen, *Eigen haard is goud waard? Een studie naar de woonsituatie, het verhuisgedrag en recidive van (ex-)gedetineerden* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019, ISBN 978 94 0281 780 5

MI-333 J. Brouwer, *Detection, Detention, Deportation. Criminal justice and migration control through the lens of crimmigration* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6236 988 7

MI-334 H. Bosdriesz, *Furthering the fight against impunity in Latin America. The contributions of the Inter-American Court of Human Rights to domestic accountability processes*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019

MI-335 M.R. Bruning e.a., *Kind in proces: van communicatie naar effectieve participatie. Het hoorrecht en de procespositie van minderjarigen in familie- en jeugdzaken*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2020

MI-336 J. van Kralingen, *De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht; deconstructie van een leerstuk. Een historisch-comparatieve studie* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 782 9

MI-337 J.C.A. van Dam, *Guidance documents of the European Commission in the Dutch legal order*, (diss. Leiden), Ipskamp Printing 2020

MI-338 F. Jiang, *Greening' the WTO Ban on China's Export Duties. Should WTO law allow China to use export duties to protect the environment and, if so, in what manner?*, (diss. Leiden), Ipskamp Printing 2020

MI-339 M.J.R. Broekema, *Cognitive Bias in the Judgment of Business Valuations and Valuators. How Systematic Patterns of Irrationality Affect Entrepreneurs, Legal Professionals and Business Valuators*, (diss. Leiden), Amsterdam, Ipskamp Printing 2020

MI-340 H. Horii, *Child Marriage as a Choice. Rethinking agency in international human rights*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020

MI-341 R. de Graaff, *Concurrence in European Private Law*, (diss. Leiden), The Hague: Eleven International Publishing 2020, ISBN 978 94 6236 134 8

MI-342 J.M.M. van der Vliet, *The International Legal Protection of Environmental Refugees. A human rights-based, security and State responsibility approach*, (diss. Leiden), The Hague: Eleven International Publishing 2020, ISBN 978 94 6236 139 3

MI-343 M. Samadi, *Normering en Toezicht in de Opsporing. Een onderzoek naar de normering van het strafvorderlijk optreden van opsporingsambtenaren in het voorbereidend onderzoek en het toezicht op de naleving van deze normen*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 816 1