



Universiteit
Leiden
The Netherlands

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

Meij, P.P.J. van der

Citation

Meij, P. P. J. van der. (2010, February 4). *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*. Meijers-reeks. Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14654>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14654>

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

7 | De jaren '80 en '90

7.1 OVER OVERHEIDSSTURING EN CRIMINALITEITSBESTRIJDING

In het vierde tijdvak na de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafvordering in 1926 zijn veel ontwikkelingen te beschrijven die inwerken op de functies van de procesdeelnemers en de onderlinge rolverdeling. In tegenstelling tot het derde tijdvak zijn de belangrijkste ontwikkelingen voor het merendeel juridisch van aard. De maatschappelijke en rechtspolitieke ontwikkelingen uit het voorafgegangene tijdvak kennen echter wel een doorwerking in de jaren tachtig en negentig. De nieuw verworven plaats en de almaar groeiende aandacht voor verdragen waarin verscheidene fundamentele grondrechten voor de burger zijn vervat (en dan met name de aandacht voor het EVRM) vertalen zich in de jaren tachtig in een tendens van een verdere internationalisering van het rechtssysteem. De verslechterde maatschappelijke en economische omstandigheden uit de jaren zeventig werken door op de verhouding tussen overheid en burger. Ook de gedeeltelijke verschuiving van het takenpakket van het Openbaar Ministerie naar dat van een 'beleidsvoerend bestuursorgaan' zet zich door in die zin dat het Openbaar Ministerie zich steeds meer uitdrukkelijk op dat beleid gaat richten en steeds vaker allerlei problemen die samenhangen met en voortvloeien uit verschillende soorten criminaliteit met beleidsinstrumenten tracht op te lossen.

Halverwege de jaren tachtig wordt de georganiseerde criminaliteit één van de belangrijkste onderwerpen van het opsporingsbeleid. Deze prioriteitsstelling zorgt tezamen met de al eerder vastgestelde verzelfstandiging van het politietoetreden en met het in de praktijk ontstane controlerende leiderschap van de officier van justitie over de opsporing uiteindelijk voor een diepgravende justitiële crisis waarbij de legitimiteit van de opsporing en vervolging in het geding raakt. De Parlementaire Enquête Commissie onder leiding van Kamerlid Van Traa die de zogenoemde IRT-affaire onderzoekt, komt in haar eindrapport tot schokkende conclusies. De aanbevelingen uit dat rapport worden belangrijke richtsnoeren voor nieuwe wetgeving. In de jaren die volgen op de affaire en het onderzoek door de Commissie Van Traa vinden twee omvangrijke wetgevingsoperaties plaats die verstrekkende gevolgen hebben voor de inrichting van het vooronderzoek, de functies van de procesdeelnemers en de onderlinge rolverdeling.

In de inleiding van het vorige tijdvak is aangestipt dat het veelbelovende toekomstbeeld van de verzorgingsstaat plaatsmaakt voor een maatschappelijke

realiteit waarin de overheid een enorm tekort aan middelen heeft om de verwachtingen van haar burgers te kunnen inlossen. In het verlengde daarvan wordt in het begin van de jaren tachtig in tal van boeken en publicaties door met name sociologen, economen en bestuurskundigen de discussie aangezwengeld over de toestand van de sociale verzorgingsstaat die Nederland sinds de Tweede Wereldoorlog beoogt te zijn, en over de mogelijkheden voor de overheid om in de toekomst nog in de verzorging van haar burgers te kunnen voorzien. Zoals hieronder blijkt hebben de verslechterde maatschappelijke en economische omstandigheden eveneens consequenties die relevant zijn voor de strafrechtspleging in het algemeen en voor de procesdeelnemers uit dit onderzoek in het bijzonder.

7.1.1 Veranderingen in de verzorgingsstaat

Vanaf het einde van de jaren zeventig wordt gesproken van een stagnatie in de verzorgingsstaat.¹ De verzorgingsstaat is een staats- en maatschappijvorm² die vanaf de Tweede Wereldoorlog ontstaat onder meer door de actieve bemoeienis van de overheid met de sociaaleconomische situatie van het land en door de snelle stijging van de welvaart ten gevolge van de – mede door de overheid gestimuleerde – industrialisatie. In 1962 heeft het begrip 'verzorgingsstaat' een invulling gekregen door het gezaghebbende proefschrift van de hand van Thoenes. Volgens zijn definitie is de verzorgingsstaat 'een maatschappijvorm die gekenmerkt wordt door een op democratische leest geschikt systeem van overheidszorg, dat zich – bij handhaving van een kapitalistisch productiesysteem – garant stelt voor het collectieve sociale welzijn van haar onderdanen'.³ Volgens Thoenes is dat collectieve sociale welzijn bereikt als bijvoorbeeld de werkgelegenheid en het arbeidsloon, de sociale zekerheid, de koopkracht, maar ook een factor als 'burgerzin', een dusdanig niveau bereiken dat naar de stand van de sociale en medische wetenschap gesproken kan worden van een lichamelijk en geestelijk welzijn van alle burgers.⁴

In samenhang daarmee kunnen enkele kenmerken van de verzorgingsstaat worden genoemd zoals het uitgebreide sociale zekerheidsstelsel dat sinds de invoering van de eerste sociale voorzieningen aan het einde van de jaren veertig tot ver in de jaren zeventig blijft uitdijen⁵ en de garanties die de over-

1 Zie voor de stagnerende verzorgingsstaat Van Doorn en Schuyt 1978 (1). Zie voor een overzichtelijk beeld van de ontwikkeling van de verzorgingsstaat op verschillende terreinen tot halverwege de jaren tachtig Schuyt en Van der Veen 1986.

2 Zie over het vervagen van het onderscheid tussen maatschappij en staat Rosenthal 1980, p. 11 e.v.

3 Thoenes 1962, p. 124. Zie ook Velema 1987 (1), p. 14.

4 Zie Thoenes 1962, p. 128.

5 Zie Schuyt 1991, p. 6 over de periode 1945-1959: 'De eerste stenen van de naoorlogse verzorgingsstaat worden gelegd: de Noodwet Ouderdomsvoorziening in 1947, de Noodwet

heid beoogt te bieden voor een sociaal aanvaardbaar bestaan voor elke burger.⁶ Om dit alles te kunnen realiseren zijn niet alleen de uitgaven voor de sociale zekerheid heel hoog, maar ook die voor het onderwijs, de gezondheidszorg en de volkshuisvesting.

Ongeveer halverwege de jaren zeventig keert het economische tij, onder meer door de oliecrisis en energieschaarste die de belastinginkomsten van de overheid drastisch verminderen, terwijl de kosten van de verzorgingsstaat voor de overheid blijven stijgen. 'De verzorgingsstaat is groot geworden in het kielzog van een expanderende economie. Maar niemand heeft eraan gedacht dat de expansie van de zorg in economische goede tijden door een expansie van sociale uitkeringen in slechte tijden zou worden ingehaald.'⁷ Het besef dat maatregelen dienen te worden genomen, begint langzaam door te dringen. 'Een in snel tempo oplopende werkloosheid, het volledige ontbreken van enige groei, toenemende financieringstekorten van de overheid, [...] leiden tot de overtuiging dat de verzorgingsstaat niet ongewijzigd kan worden gehandhaafd.'⁸ In 1978 wordt het verschijnsel van de stagnerende verzorgingsstaat geïntroduceerd door Van Doorn en Schuyt, met de vraag of het voor de overheid in de verzorgingsstaat wel mogelijk is om onder stagnerende omstandigheden doeltreffend te opereren.⁹ 'In plaats van groeiproblemen zijn overlevingsproblemen getreden; sommige commentatoren spreken al van een crisis.'¹⁰

Bij het voortduren van de stagnatie wordt de situatie waarin de verzorgingsstaat is komen te verkeren, steeds vaker aangeduid als crisis.¹¹ Of dit beeld terecht is, wordt echter evenzo vaak betwijfeld: 'Wie de crisis in de verzorgingsstaat wil zien, ziet haar.'¹² Als symptomen van de crisis kunnen

Kinderbijslag Kleine Zelfstandigen 1951, de Werkloosheidswet 1952 en natuurlijk als krachtig sluitstuk van deze periode de AOW 1957 en de AWW 1959.'

- 6 Den Hoed noemt een drietal centrale elementen: de bevordering van een hoogontwikkelde economie door overheidsingrijpen met instandhouding van het stelsel van ondernemingsgewijze productie en een ten opzichte van de individuele sfeer terughoudende opstelling van de overheid; een op democratische leest geschoeid stelsel van overheidszorg dat zich het collectieve sociale welzijn van de bevolking ten doel stelt; en de inschakeling bij (de organisatie van) de uitvoering van beide doelstellingen van relatief autonome intermediaire structuren die zich hebben ontwikkeld uit of zijn ingesteld met het oog op samenwerking c.q. solidariteit van maatschappelijke groepen. Zie Den Hoed 1980, p. 33.
- 7 Schnabel 1983, p. 39.
- 8 Van Houten 1984, p. 10.
- 9 Zie Van Doorn en Schuyt 1978 (2), p. 13.
- 10 Van Doorn en Schuyt 1978 (1), p. 7.
- 11 Zie voor de vermeende crisis en tevens de nuancering daarvan vanuit economisch perspectief de Preadviezen van de Vereniging voor Staathuishoudkunde uit 1981 ('Overlevingskansen van de verzorgingsstaat'); vanuit bestuurskundig perspectief Kooiman 1980 ('De verzorgingsstaat: bestuurlijk een chaos?'); vanuit overwegend sociologisch perspectief Idenburg 1983 ('De nadagen van de verzorgingsstaat') en Thoenes 1984 ('De crisis als uitdaging'). Zie over de crisis en het verval van de verzorgingsstaat Velema 1987 (1) en (2); Albeda en Wemelsfelder 1986.
- 12 Pen 1981, p. 39.

de economische teruggang, de werkeloosheid en de begrotingstekorten worden genoemd, alsmede de stijgende criminaliteit. 'Het is dus niet moeilijk een meeslepend verhaal te vertellen dat aan alles zijn plaats geeft. [...] Ook de krakers worden moeiteloos ingevoegd, [net als] de heroïnegebruikers, het glasgerinkel en het geweld op straat. En de angst die onder de mensen is – in de verzorgingsstaat zijn de mensen bang ontslagen te worden en 's avonds durven ze de deur niet uit. En de kernenergie en de oorlogsdreiging, voor wie het beeld van de crisis volledig wil maken', aldus hoogleraar economie Pen in 1981.¹³ Hoogleraar openbare financiën Wolfson doet ook zijn best de vermeende crisis te relativiseren: 'Misschien is er helemaal geen crisis. Misschien moeten we gewoon wat meer georganiseerd zien te raken in ons denken over de maakbaarheid van de welvaart en wat minder geëxalteerd in onze verwachtingen van de verzorgingsstaat.'¹⁴ Ook vanuit sociologisch en bestuurskundig perspectief wordt het beeld van de crisis in de verzorgingsstaat eerst opgeroepen en daarna genuanceerd.¹⁵ Ongeacht of er een crisissituatie is, de economie verkeert in recessie en dit zorgt duidelijk voor problemen bij de verwezenlijking van wat de overheid met de verzorgingsstaat beoogt.¹⁶

7.1.2 De moeizame verhouding tussen overheid en burger

Naast de hierboven genoemde eigenschappen heeft de verzorgingsstaat als kenmerk dat het kan worden onderverdeeld in een aantal verschillende subsystemen zoals een politiek subsysteem, een economisch subsysteem en een juridisch subsysteem.¹⁷ Het juridische subsysteem brengt met zich dat in de verzorgingsstaat het recht door de bestuurlijke autoriteiten in belangrijke mate wordt gehanteerd om de samenleving van burgers vorm te geven of een bepaalde vorm te laten houden, en om de ontwikkeling van de maatschappij in een bepaalde richting te sturen.¹⁸ Het stagneren van de verzorgingsstaat heeft als vanzelfsprekend gevolg voor de veronderstelde maakbaarheid en

13 Zie Pen 1981, p. 39.

14 Wolfson 1981, p. 3.

15 Zie bijvoorbeeld Schnabel 1984, Quené 1984, p. 105-106 en Emmerij 1984, p. 163-165, respectievelijk de bijdragen in Kooiman 1980.

16 Zie ook Schnabel 1983, p. 41: 'De verzorgingsstaat loopt gevaar, maar voor een deel is dat gevaar zelf opgeroepen: wat als garantie voor het collectieve sociale welzijn en als sociale grondrechten van de individuele burger is gepresenteerd, is in feite niet meer geweest dan een al te optimistische kijk op een tijdelijke herverdeling van een slechts korte tijd gerealiseerde maatschappelijke rijkdom. Ook zonder economische crisis zou de verzorgingsstaat in gevaar zijn gekomen, alleen wat later.' Zie ook Zijdeveld 1983, p. 201 e.v. en Van Doorn en Simonse 1985.

17 Zie Den Hoed 1980, p. 35-36. Zie ook Pen 1981, p. 43-46 die naast de drie genoemde nog meer subsystemen onderscheidt zoals een fiscaal subsysteem en een ethisch subsysteem.

18 Zie voor een belangrijke uitweiding over de rol van de overheid en overheidssturing onder meer Bovens en Witteveen 1985; Bovens, Derksen en Witteveen 1986 en 1987.

stuurbaarheid van de samenleving en de daarbij aangenomen houding van de overheid ten opzichte van de burger en de houding van de burgers ten opzichte van elkaar.¹⁹

Het is interessant na te gaan wat er onder de verslechterende economische en sociale omstandigheden overblijft van de in de voorafgegane tijdvakken gegroeide onafhankelijkheid en mondigheid van de individuele burger, vooral nu de overheid zich niet langer ten doel lijkt te stellen de individuele autonomie voor die burger te versterken. En stel dat daarentegen die mondigheid zich onverminderd laat gelden en dat de burger volhardt in zijn kritische opstelling, welke consequenties heeft dat dan voor de onderlinge verhouding tussen overheid en burger? In aansluiting daarop kan de vraag worden gesteld op welke wijze en in welke mate de overheid de rechtsbescherming van de burger nog realiseert. Het omvangrijke samenstel van rechten ten behoeve van de burger (ook de verdachte burger) kent tenslotte verschillende implicaties: zo dient de burger enerzijds tegen de overheid te worden beschermd (denk aan de bescherming die uitgaat van eerbiediging van de klassieke grondrechten), maar anderzijds ook door het overheidsingrijpen te worden beschermd en wel tegen maatschappelijke en economische ontwikkelingen die een bedreiging vormen voor diens persoonlijke levensomstandigheden (de sociale grondrechten).²⁰ Hoe gaat de individuele burger om met zijn rechten en weet hij die rechten gewaarborgd door de overheid? Het is bovendien nog maar de vraag of de individuele burger in lijn met de ontwikkelingen uit het voorafgegane tijdvak waarin de aandacht voor diens wel en wee sterk is toegenomen, in het middelpunt van de belangstelling blijft staan of dat zich een tegengestelde ontwikkeling voordoet.

7.1.2.1 *De invloed van de overheid op het welzijn van de burger*

De invloed die de overheid in de verzorgingsstaat heeft op het leven van haar burgers is op drie verschillende manieren toegenomen: direct als gevolg van de erkenning van de sociale grondrechten, indirect als gevolg van de noodzakelijke uitbreiding van het overheidsapparaat en tot slot als gevolg van de verwachting dat alle maatschappelijke problemen door de overheid kunnen

19 Zie Van Veen 1981, p. 1: 'De door de techniek en de politieke en economische constellatie [...] mogelijk gemaakte groei in welvaart schiep de gelegenheid een netwerk van – deels door strafsancities beveiligde – regelingen uit te werken ter herverdeling van het nationale inkomen. [...] Daarmee gingen ingrijpende wijzigingen gepaard in de opvattingen omtrent de rechten en verplichtingen, die de burgers tegenover elkaar en ten aanzien van de staat hebben.'

20 Zie Schnabel 1983, p. 28: 'De vrijheidsrechten beschermen de burger tegen het opdringen van de staat, de sociale grondrechten brengen daarentegen een toenemende invloed van de staat met zich mee. De vrijheidsrechten dringen de staat terug tot aan de rand van de maatschappij – in de rol van scheidsrechter – de sociale grondrechten dwingen de staat zelf deel te nemen aan het spel.' Zie De Waard 1981 (2), p. 348.

worden opgelost.²¹ Bij deze beïnvloeding speelt wetgeving een zeer belangrijke rol: in de verzorgingsstaat hanteert de overheid het recht in zekere zin om de maatschappij te beheersen of te veranderen en allerlei maatschappelijke ontwikkelingen in een bepaalde richting te sturen. Die sturing richt zich vooral op de herverdeling van inkomen, kennis en macht over de burgers; zoals gezegd tracht de overheid met de verwezenlijking van de verzorgingsstaat de bestaansmogelijkheden voor haar burgers te verzekeren en te verruimen. De essentie van de verzorgingsstaat bestaat oorspronkelijk in het waarborgen van een zekere minimumhoogte van individueel welzijn voor elke burger – vandaar dat men aanvankelijk ook wel spreekt van de 'waarborgstaat' –, maar die doelstelling wordt geleidelijk opgewaardeerd tot het streven naar een zo hoog mogelijke welzijnsstandaard.

Dit veranderde streven vergt een grotere inspanning van de overheid en nog veel meer bemoeienis met de samenleving en haar burgers – daargelaten dat uiteraard de kostenfactor veel hoger uitvalt. Vooral de almaar groter wordende sturingsdrang van de overheid botst met de bij de burger gegroeide autonomie en dat terwijl de verzorgingsstaat aanvankelijk toch in belangrijke mate juist gericht is geweest op het scheppen van de voorwaarden voor die autonomie. De combinatie van overheidssturing en individuele autonomie van de onderdanen heeft veel weg van een paradox,²² maar als het eerste als doel heeft het tweede te bewerkstelligen, zijn beide nog wel met elkaar te verenigen.²³ Wanneer de overheid echter het recht aangrijpt als middel om greep te blijven houden op de samenleving in een verwoede poging om de verzorgingsstaat ondanks het tekort aan financiële middelen en maatschappelijk draagvlak te realiseren, vormt dat zeker een bedreiging voor de zelfstandigheid en onafhankelijkheid van haar burgers. Dit laatste geldt ook andersom voor de aanspraak die de burgers steeds meer menen te mogen maken op de verzorging door de staat: 'Wie om geld of zorg vraagt, maakt zich op enige wijze afhankelijk'.²⁴ Het eerstgenoemde brengt echter de grootste bedreiging mee voor de individuele autonomie: om de welzijnsstandaard van de verzorgingsstaat te kunnen handhaven, blijkt het voor de overheid onder omstandigheden onvermijdelijk tegenover haar burgers autoritair op te treden.²⁵

21 Zie Velema 1987 (1), p. 27.

22 Zie Bovens 1985, p. 98: 'Bijna elke vorm van overheidsoptreden, voor zover de overheid tenminste optreedt als overheid, betekent immers een inperking van de autonomie, in de zin van zelfbestuur, van individuele burgers' en zo ook Schnabel 1983, p. 35. Zie over het strafrecht en de paradox van de strafwetgever Enschedé 1982, p. 173: 'De strafrechtspleging tast door het recht te garanderen vrijheidssfeer van de burger aan ter handhaving van het recht.'

23 Zie Bovens 1985, p. 101, die in het realiseren van een samenleving van vrije en autonome burgers een belangrijke rechtvaardiging ziet voor de sturingsgedachte in de verzorgingsstaat.

24 Velema 1987 (1), p. 28.

25 Zie Schuyt 1982, p. 8-9.

Met de veranderende bejegening van de burgers en de zich gestaag verder uitstreckende wet- en regelgeving, dringt de vraag zich op hoe het in de stagnerende verzorgingsstaat is gesteld met de rechtsbescherming. Omdat de regelgeving van de verzorgingsstaat tot doel heeft de burger bescherming te bieden tegen sociale en economische bedreigingen van het bestaan,²⁶ spreekt men in dat verband van 'verhoogde rechtsbescherming'.²⁷ Wanneer die regelgeving de burger in zijn vrijheid beperkt of zijn gedrag aan bepaalde voorschriften bindt, worden de op het oog onbegrensde mogelijkheden van regelgeving begrensd 'door opvattingen over de vraag tot hoever het overheidsingrijpen in de vorm van het stellen van regels mag reiken.'²⁸

De overheid zal ook bij haar poging de verzorgingsstaat te verwezenlijken ervoor dienen te zorgen dat aan de andere kant het persoonlijke leven en de ontwikkeling van de burger niet al te zeer worden beperkt. 'Een te strak geordende samenleving betekent voor de rechtsgenoten een keurslijf en maakt vrijheid in belangrijke mate illusoir.'²⁹ De 'verhoogde rechtsbescherming' heeft in elk geval geen betrekking op de rechtsbescherming in traditionele zin van de burger *tegen* de overheid. Wanneer nu blijkt dat de rechtsbescherming die geacht wordt voort te vloeien uit allerlei wetgeving en beleid, veel minder dan beoogd of gewoon te weinig bescherming biedt, of als het overheidsingrijpen zelfs de verwezenlijking van die bescherming belemmert, leidt dat juist tot een harde botsing met die traditionele rechtsbescherming.³⁰ In dat geval kan gemakkelijk de situatie ontstaan dat de overheid terwijl ze de burger tracht te beschermen (het waarborgen van zijn individuele welzijn), juist die burger op een ander terrein zijn hoogstnodige bescherming (de garantie van zijn vrijheidsrechten) ontnemt. En dat laatste laat zich weer moeilijk verenigen met de werkelijke doelstelling van de overheid in een verzorgingsstaat: het verwezenlijken van een zekere mate van vrijheid en onafhankelijkheid voor de burger door middel van diens welzijn.

26 Zie bijvoorbeeld Thomassen 1981, p. 294: 'Hadden de klassieke grondrechten vooral betrekking op het recht op een persoonlijke levenssfeer, op het recht van overheidsbemoeienis verschoond te blijven, de sociale grondrechten hebben juist betrekking op het recht op overheidshandelen. De voorzieningen van de verzorgingsstaat kunnen worden gedefinieerd als een systeem van rechten.'

27 Zie Franken 1982, p. 454.

28 Hoogewerf en Maarse 1981, p. 279.

29 Herstel 1982, p. 521.

30 Als oorzaken van het verkeerd uitpakken van verhoogde rechtsbescherming worden de maatschappelijke kosten ervan genoemd: de overbelasting van het rechterlijke apparaat, de lange tijdsduur van procedures, de selectieve handhaving van de strafwetgeving en de valse hoop die bij de burgers wordt gewekt. Zie Franken 1982, p. 454-455. Zie hierover verder Blaauw 1982; A. Mulder 1982; Nivard 1982. Zie over overbelasting van de rechterlijke macht het jaarverslag van de Algemene Rekenkamer van 1981, *NJB* 1982, p. 505.

7.1.2.2 *Wetgeving als instrument*

Ondanks deze dreigende botsing blijft de overheid ook in de loop van het vierde tijdvak de wet hanteren alsof deze voor elk sociaal en economisch probleem een oplossing kan bieden. Bovendien zijn in de bijzondere wetten waarin dat recht is vervat maar al te vaak strafrechtelijke bepalingen opgenomen ten behoeve van de handhaving.³¹ Aan de hand van de problematische handhaving wordt echter al snel duidelijk dat de samenleving niet zo maakbaar is als zij lijkt en dat het recht maar al te vaak niet het sturingsmiddel bij uitstek is: 'De mogelijkheden om door middel van wetgeving maatschappelijke en andere processen te sturen, zijn zeker niet onbeperkt. Een nadeel van wetgeving is bijvoorbeeld, dat zij vaak een nogal inflexibel instrument blijkt. Dit nadeel telt met name, wanneer zich in de samenleving snelle veranderingen voltrekken waarop met behulp van de bestaande wetgeving onvoldoende kan worden ingespeeld [...]. Daarnaast wordt de effectiviteit van wetgeving ook beperkt door gebrek aan maatschappelijke steun.'³²

De overheid krijgt als wetgever te kampen met het probleem dat veel van de normen die zij stelt gewoonweg niet door de burgers worden nageleefd, omdat die de noodzaak daartoe niet voelen.³³ Een belangrijke oorzaak van dit probleem is dat de overheid aan de burger onvoldoende duidelijk kan maken waarom zij de betreffende regelgeving in het leven roept.³⁴ Het feit dat de burger zich niet is genegen zich te houden aan de gestelde regels en dat de regels desondanks worden gesteld, zorgt voor grote onvrede. Naast de vraag of de overheid wel in staat is door middel van wetgeving alle sociale en economische misstanden op te lossen, dringt ook de vraag zich op of zij een dergelijke taak naar zich toe moet willen halen: 'Een onbeperkt uitbreiden van de taak van de wetgever biedt geen garanties voor een betere taakvervulling door de wetgever. Men zou haast zeggen: integendeel. Een dergelijke

31 Zie Corstens 1983, p. 7.

32 Hoogewerf en Maarse 1981, p. 279. Zie ook Kortmann 1981.

33 Van der Vlies 1987, p. 127: 'Of een wet goed is, blijkt bij haar toepassing. En de wetgever bezint zich te weinig op de navolging van de normen die door hem zijn gesteld. Veel van de normen worden door een deel van de burgers op een eigen manier opgevat en uitgetest op hun hardheid. De wetgever moet zich derhalve gaan bezinnen op het gedrag van de burgers in verhouding tot de door hem gestelde normen. Indien te vermoeden is dat een norm op grote weerstand zal stuiten bij bepaalde groepen in de samenleving, dan zal de wetgever moeten kiezen tussen het verzorgen van een adequaat uitvoeringsapparaat of het nalaten van het stellen van de norm.' Zie ook Schalken 1987, p. 17: 'Er is een vervreemding ontstaan tussen norm en normadressant, die in niet geringe mate de bereidheid tot het overtreden van de norm negatief heeft beïnvloed.'

34 Zie Van der Vlies 1987, p. 128: 'De wetgever heeft wel veel normen gesteld, maar in die normen onvoldoende duidelijk gemaakt wat de essentie daarvan is. Met andere woorden: de wetgever en de bestuursorganen zijn maar gaan sturen zonder duidelijk te maken wat de basisnorm is.'

uitbreiding kan tot een grotere overbelasting leiden die de kwaliteit en de legitimatie van het optreden van de wetgever nadelig kan beïnvloeden.³⁵

Het overheidsoptreden wordt vanuit de samenleving fel bekritiseerd en het kan niet bogen op veel vertrouwen of op brede steun. In weerwil van die groeiende onvrede verwachten de burgers echter wel dat de overheid tal van problemen in de samenleving die zij ervaren, oplost.³⁶ Deze tegenstrijdigheid is wellicht te beschouwen als een neveneffect van de verworvenheden van de verzorgingsstaat in eerdere tijdvakken: naarmate de overheid er in de naoorlogse samenleving steeds beter in slaagt de vrijheid en gelijkheid van haar burgers als uitgangspunt te nemen voor het overheidsoptreden, groeit bij die burger zelf onder meer door het verhoogde welzijnsniveau, de uitgebreide ontwikkelingsmogelijkheden en de toegenomen mondigheid en onafhankelijkheid, juist de behoefte aan erkenning van zijn bijzonderheid en de drang om aan die bijzonderheid gestalte te geven.³⁷ De overheid lijkt met haar regelgeving en beleid en het streven naar gelijkheid geen oog te hebben voor de wens van de individuele burger zich te onderscheiden van de anderen, wat bij die burger een 'escalatie van verlangens' teweegbrengt en voor frustratie zorgt. Ook het feit dat de overheid er niet in slaagt alle (hoge) verwachtingen van de burger in te lossen, voedt de ontevredenheid en onvrede. De persoonlijke vrijheid en de behoefte daaraan die onder invloed van de verzorgingsstaat enorm is gestegen, zorgen voor een botsing met de ontstane economische en sociale afhankelijkheid van de burger ten opzichte van de overheid.

7.1.2.3 Van sturing naar stuurloosheid

Zoals gezegd blijft de overheid onder al deze ongunstige omstandigheden proberen door middel van het recht de samenleving en de burgers te sturen. In het verlengde van het toch al instrumentele karakter van het recht in de verzorgingsstaat,³⁸ wordt dat recht daardoor nog veel verder geïnstrumentaliseerd. In die ontwikkeling lijkt men voorbij te gaan aan het feit dat 'recht' en

35 Van der Vlies 1987, p. 128. Zie over de 'overvraging van het beleid' en bestuurlijke onmacht ook Van Doorn 1980.

36 Zie Idenburg 1983 (1), p. 12; Schnabel 1983, p. 28/29. Dit is volgens Velema overigens ook één van de pretenties van de verzorgingsstaat, zie Velema 1987 (1), p. 29.

37 Zie Schnabel 1983, p. 37 en p. 57; De Lange en Lehning 1978; Burkens en Stroink 1980, p. 746; Schuyt 1982, p. 9; Idenburg 1983 (2), p. 225. Schnabel (1983, p. 61-63) geeft in zijn bijdrage een aantal kenmerken van het 'kwalitatieve individualisme' zoals dat zich in het begin van de jaren tachtig manifesteert in de verzorgingsstaat, waaronder de individualiteit ('het op zichzelf gericht zijn'), het 'gemeenschapsgevoel in kleine kring', de vervreemding en de vervreemdende werking van de maatschappij en de eisende en consumptieve houding ten overstaan van de overheid.

38 Zie bijvoorbeeld Schuyt 1982, p. 15: 'Wetgeving wordt vaak gezien als instrument in handen van de overheid om maatschappelijke problemen op te lossen. Naarmate er meer problemen geformuleerd werden ontstonden er derhalve vanzelf meer wetten. De wet werd in een instrumentele doel-middel relatie als onderdeel van overheidsbeleid.' Zie ook Schuyt 1983.

'sturing' twee begrippen zijn die zich niet goed met elkaar verhouden en waartussen heel duidelijk spanning bestaat: 'Het probleem is dat voor sturing macht nodig is en dat het recht nu eenmaal grenzen stelt aan de macht van de overheid.'³⁹ Het begrip 'sturing' heeft – daargelaten dat het onmisbaar lijkt voor de verwezenlijking van de verzorgingsstaat – over het algemeen een negatieve connotatie die sterk samenhangt met de machtsuitoefening die sturing doorgaans meebrengt: 'Om bepaalde doeleinden te kunnen bereiken (beleid), zal men maatschappelijke processen in een bepaalde richting moeten beïnvloeden (sturing), hetgeen op zich reeds het vermogen tot het beperken en verruimen van gedragsalternatieven (macht) impliceert.'⁴⁰

Het overheidsingrijpen in de samenleving en in het leven van de burgers, verliest haar legitimiteit wanneer datgene wat de overheid beoogt geen draagvlak heeft of niet kan worden gerealiseerd als gevolg van bijvoorbeeld een economische teruggang. Dit is ook het geval wanneer de vele verschillende doeleinden van de overheidssturing niet (langer) onderling verenigbaar zijn of wanneer deze doeleinden door de noodzakelijke opsplitsing van overheids-taken naar tenuitvoerleggende overheidsinstanties, hun oorspronkelijke betekenis en idee verliezen. De overheid verliest dan ook langzaam maar zeker de macht over de sturing.⁴¹ Terwijl de hoeveelheid wetgeving enorm in omvang toeneemt, blijkt het steeds moeilijker een eenduidig, consequent en consistent beleid te voeren: 'De groeiende omvang en verscheidenheid van het overheidsbeleid gaan gepaard met een door velen geconstateerd tekort aan samenhang, coördinatie en eenheid van beleid.'⁴² De overheid ondervindt veel problemen in het beheersen en sturen van de ontwikkeling van de samenleving en haar burgers. Die problemen blijven niet tot beperkt tot de beleidsterreinen waarop de overheid zich in de verzorgingsstaat primair richt.

39 Witteveen, Bovens en Derksen 1987, p. 1. De schrijvers citeren Schuyt 1985, p. 123: 'Het recht stelt zich ten doel een aantal intrinsieke waarden te bewaken en te bewaren. Sturing wil juist aan andere waarden prioriteit geven en is per definitie niet intrinsiek, maar juist extrinsiek gemotiveerd, nl. door de gestelde maatschappelijke doelen. Het recht is erop gericht macht in te perken of althans binnen de juridische bevoegdheden ingeperkt te houden. Sturing is er vaak op gericht het machtsbereik uit te breiden ten behoeve van de te bereiken doeleinden. Voor het recht zullen doelen slechts onder zeer specifieke omstandigheden de middelen heiligen. Voor sturing bestaat constant de verlokking het doel te stellen boven de middelen.'

40 Witteveen, Bovens en Derksen 1987, p. 4. Zo ook Schuyt 1987, p. 27 die sturing omschrijft als 'op één doel gerichte machtsuitoefening, waarbij het bereiken van af te bakenen doelen voorop staat.'

41 Zie Van der Vlies 1987, p. 123.

42 Hoogewerf 1981, p. 33. Zo ook Van der Vlies 1987, p. 131: 'de hoofdpunten van het beleid zijn moeilijk vergelijkbaar daar zij niet als zodanig in het beleid van de wetgever tot uitdrukking zijn gebracht; de kwaliteit van de belangrijkste juridische besluiten wordt onvoldoende bewaakt, daar er onvoldoende mogelijkheid bestaat voor de samenstellende delen van de wetgever om zich intensief met de kwaliteit van elke wet bezig te houden.'

7.1.3 Veranderingen in de criminaliteit

Over het algemeen richt de overheidssturing in de verzorgingsstaat zich vooral op sociale en economische aangelegenheden en concentreert die sturing zich minder op zaken als normhandhaving en conflictbeslechting.⁴³ Toch resulteert de stagnatie van de verzorgingsstaat niet alleen in een economische en bestuurlijke 'crisis', maar wordt de verzorgingsstaat ook een crisis toegedicht op het terrein van de normhandhaving. Deze zogenaamde 'zedelijke crisis' zou dan met name voortvloeien uit het vergevorderde proces van individualisering van de burger in de samenleving en het daarmee samenhangende egoïsme.⁴⁴ Juist terwijl sprake is van een economische teruggang lijken de burgers in groten getale de verworvenheden van de verzorgingsstaat steeds vaker aan te wenden in hun eigen belang, zelfs ook wanneer zij geen aanspraak hebben of zouden moeten maken op bepaalde voorzieningen.⁴⁵ Daarenboven is men over het algemeen steeds minder bereid zich te conformeren aan de grote hoeveelheid regels die de overheid blijft uitvaardigen om de verzorgingsstaat nog te laten functioneren. Het is voor de overheid moeilijk onder deze omstandigheden in rechte op te treden. 'Het besef dat van bijna elke regeling misbruik wordt gemaakt en dat derhalve geen regeling kan worden gehandhaafd zonder krachtige controle en repressie dringt slechts langzaam door.'⁴⁶ Bij andere burgers weer neemt juist de onvrede toe, zowel over het genoemde misbruik, als over het gebrek aan effectieve maatregelen die de overheid daartegen lijkt te nemen. Daarbij speelt dan ook nog eens de al eerder geconstateerde ontstane tegenstrijdigheid in de verhouding tussen overheid en burger een rol, dat de burger ontevreden is over het overheidsoptreden en daar geen vertrouwen in heeft, maar wel van de overheid verwacht dat zij het probleem oplost.⁴⁷

In het verlengde daarvan heeft de situatie waarin de verzorgingsstaat is komen te verkeren ook gevolgen voor de normhandhaving en conflictbeslechting. In de jaren tachtig lopen de criminaliteitscijfers hoog op en verandert

43 Zie Den Hoed 1980, p. 36.

44 Zie Velema 1987 (1), p. 41. Velema (1987 (2), p. 28/29) onderscheidt in zijn beschouwingen over het verval van de verzorgingsstaat de onbetaalbaarheid, de onbestuurbaarheid en de morele crisis.

45 Zie Corstens 1983, p. 8.

46 Zie Van Veen 1984, p. 947: 'Dat is niet onbegrijpelijk, want de consequenties van dat inzicht zijn buitengewoon ingrijpend. Immers de samenleving is zo gecompliceerd geworden en zo onzeker [...] dat het laten vallen van tal van voorschriften even onvoorstelbaar is als het handhaven van die voorschriften.' Zie ook Corstens 1983, p. 8.

47 Zie bijvoorbeeld Blad en Uildriks 1984, p. 195: 'De creatie nu van de verzorgingsstaat [...] heeft er waarschijnlijk toe geleid, dat aan de ene kant de betekenis 'geweld' eerder wordt verleend aan bepaalde gebeurtenissen, en aan de andere kant dat deze betekenisverlening vaker de verwachting of eis impliceert dat de overheid er iets aan moet doen. Mensen hebben immers geleerd dat ze de oplossing van bepaalde problemen in de eerste plaats bij of via de overheid moeten zoeken.'

een deel van de criminaliteit van aard.⁴⁸ Zo heeft de overheid in bijzondere wetgeving tal van 'nieuwe' strafbare feiten gecreëerd⁴⁹ en wordt in de rapporten van het Sociaal en Cultureel Planbureau (SCP) vastgesteld dat de verzorgingsstaat ook nog eens haar eigen soort criminaliteit kent die samenhangt met de situatie in de verzorgingsstaat.⁵⁰ Er is sprake van een duidelijke toename van geweld hetgeen zich bijvoorbeeld ook sterk uit in het zogenaamde 'primaire levensverband':⁵¹ er is een stijging waar te nemen van mishandelingen binnen het gezin en tevens van seksuele delicten binnen het huwelijk.⁵² Daarnaast bestaan de veranderingen in criminaliteit grotendeels in de stijging van het aantal vermogensdelicten, vernielingen en verkeersdelicten.⁵³ Bepaalde vormen van criminaliteit zijn ook moeilijker te bestrijden omdat de aanpak door de criminelen steeds professioneler lijkt te worden: 'Bepaalde uitingen van misdadigheid komen voor bij groepen personen of individuen die beroepsmatig te werk gaan en met kennis van zaken een wetsovertredend gedrag gecompliceerder maken.'⁵⁴

Veel burgers bekruipt een gevoel van onveiligheid, met name diegene die in grote steden wonen.⁵⁵ Die gevoelens vertalen zich in een extra belasting voor justitie omdat de burger – het type dat al eerder is geschetst en kenmerkend is voor de verzorgingsstaat – die slachtoffer is van criminaliteit of bang is dat te worden, zich op één of andere wijze in zijn recht voelt geschonden en daartegen wil opkomen. Het justitiële apparaat raakt dus naast de genoemde stijging en verandering van de criminaliteit ook steeds meer belast door de gewone burger die meent recht te hebben op bescherming tegen criminaliteit (maar ook tegen andere aantastingen van zijn persoon) en daartoe een beroep doet op het recht. 'De toegenomen mondigheid en individualisering hebben een verhoogd beroep op de rechtsgang tot gevolg, met nieuwe rechtsaanspraken en grotere alertheid op rechtsbescherming.'⁵⁶ De stijging en verandering

48 Zie bijvoorbeeld Fiselier 1985.

49 Zie Herstel 1982, p. 516: 'Zowel de lage als de hoge overheid hebben de neiging met enig gemak strafbepalingen uit de hoge hoed van de wetgever te toveren.' Zo ook Tak 1982, p. 160.

50 Sociaal en Cultureel Rapport 1980, p. 13. Zie bijvoorbeeld ook A. Mulder 1981 (1), p. 227/288 over de toenemende botsingen met de normen van het verkeersstrafrecht.

51 Zie over de toename van het geweld ook Schuyt 1982, p. 9/10.

52 Zie Weeda 1983, p. 84.

53 Zie De Jong 1983, p. 254. Zie bijvoorbeeld *NJB* 1984, p. 1117: 'Criminaliteitsstijging ruim 11%.'

54 Herstel 1982, p. 515.

55 Zie Schnabel 1983, p. 57/58.

56 De Jong 1983, p. 254; Zie ook Burkens en Stroink 1980, p. 747 en Franken 1983, p. 209: 'In de eerste plaats zijn voorkeuren of verwachtingen tot rechten geworden. [...] Een afwachtende houding om hulp is veranderd in actief of zelfs agressief gedrag om gepretendeerde rechten gehonoreerd te krijgen. [...] Een tweede aanknopingspunt voor de toegenomen mondigheid en assertiviteit biedt de verzorgingsstaat door bij tegenstellingen steeds rechtsbescherming mogelijk te maken. [...] Een derde gegeven in dit veld biedt de terug-

van criminaliteit en het toenemende 'beroep op de rechter' nopen de overheid ertoe haar vrijwel onverdeelde aandacht voor economische en sociale aangelegenheden enigszins te verleggen naar de normhandhaving en conflictbeslechting. Dit heeft enkele belangrijke consequenties voor het overheidsbeleid en de betekenis die het strafrecht en het strafrechtelijke beleid daarin hebben.

7.1.4 Het justitiële overheidsbeleid in de jaren tachtig

Het blijkt zeer lastig om een justitieel overheidsbeleid te voeren dat voldoet aan de eisen van rechtvaardigheid en doelmatigheid zoals die bij de beschrijving van de ontwikkeling van het Openbaar Ministerie naar een beleidsvoerende overheidsinstantie in het derde tijdvak aan de orde zijn gekomen.⁵⁷ De problemen waar het justitiële overheidsbeleid voor wordt gesteld, doen zich voor op verschillende vlakken: op het abstracte vlak van de invulling van de strafrechtelijke rechtshandhaving en het begrip 'rechtsorde' dat daarbinnen een rol speelt en op het meer concrete vlak van de verwezenlijking van het justitiële overheidsbeleid in de (strafrechts)praktijk en in de samenleving. De problemen op het eerste vlak komen overeen met de kwestie van de sturingsgedachte die zich manifesteert in vrijwel al het overheidsbeleid in de verzorgingsstaat. De problemen op het tweede vlak zijn beter in verband te brengen met de ineffectiviteit van het justitiële overheidsbeleid, omdat die problemen zichtbaar maken welke (verkeerde, averechtse of geen) uitwerking het beleid heeft. Die problemen laten zich gemakkelijk vertalen in 'handhavingproblemen' en zijn net zo gemakkelijk te linken aan de economische regressie in de jaren tachtig en de toestand waarin de verzorgingsstaat is komen te verkeren. Het gevaar is zeker niet denkbeeldig dat de overheid zich beperkt tot een poging de problemen op het concrete vlak op te lossen (bijvoorbeeld door niet te bezuinigen op het terrein van Justitie of door de strafrechtelijke procedure te vereenvoudigen),⁵⁸ terwijl de oorzaak van de problemen juist veel dieper lijkt te liggen, namelijk op het abstracte vlak.

lopende economie. Wanneer men krapper komt te zitten neemt de noodzaak toe om eigen rechten te verdedigen.'

57 Hustinx 1983, p. 195: 'Blijkens zijn openbare jaarverslagen beschouwt het O.M. als kernen van zijn beleid rechtmatigheid en doelmatigheid. Ook essentieel is de eis van legitimiteit. Deze drie behoren als condities centraal te staan in het functioneren van het O.M. in opsporing en vervolging.' Zie Hustinx 1988 voor een schets van de ontwikkeling van het Openbaar Ministerie als beleidsvoerend orgaan.

58 Zie voor een niet uitputtend overzicht van wetsontwerpen Van Veen 1984, p. 949-952 waarin onder andere de vereenvoudigde afdoening, de transactiebevoegdheid en het overhevelen van het verkeersstrafrecht naar het bestuursrecht (Commissie Mulder) worden genoemd. Zie ook De Waard 1981 (1) en Ubbink 1981. Zie voor kritiek op dit streven naar efficiëntie door vereenvoudigingen in het strafproces Leijten 1987 en De Jong 1987.

7.1.4.1 *Rechtshandhaving en het positieve opportuniteitsbeginsel*

De rechtshandhavende taak voor het Openbaar Ministerie wordt vanaf het begin van de jaren tachtig overgenomen door de justitiële beleidsmakers en ten grondslag gelegd aan het strafrechtelijk overheidsbeleid: de minister van Justitie legt zich uitdrukkelijk daarop toe blijkens de toelichting op de Justitiebegroting voor 1981 en datzelfde geldt voor de Procureurs-generaal in hun jaarverslagen.⁵⁹ Voor zover het Openbaar Ministerie het justitieel overheidsbeleid voert en bepaalt, wordt het in het licht van deze veranderde taakstelling ook steeds vaker gepresenteerd als een soort bestuursorgaan.⁶⁰ Met de strafrechtelijke rechtshandhaving als basis voor het beleid wordt voortgebouwd op de veranderde, positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel zoals dat wordt gehanteerd in de praktijk: het Openbaar Ministerie gaat pas tot vervolging over als daarvoor gronden zijn te vinden in het recht en in het algemeen belang.⁶¹

Het positieve opportuniteitsbeginsel en de taakstelling van de rechtshandhaving bieden de overheid en het Openbaar Ministerie de mogelijkheid in het strafrechtelijk optreden aansluiting te vinden bij maatschappelijke veranderingen: 'Taak van justitie is [...] de rechtshandhaving, dat wil zeggen de handhaving van de rechtsorde. Het strafrecht is daartoe een middel, naast andere, dat nooit contraproductief mag zijn. Het moet dan ook terzijde worden gelaten als een ander, passender middel voorhanden is. Net als voor het rechterswerk is dus ook voor de beleidsvoering door het OM het automatisme doorbroken: binnen de mogelijkheden van de wet zijn beslissend de maatschappelijke effecten voor de rechtsorde. Een bevoegdheid tot optreden impliceert niet meer een plicht, maar geeft een mogelijkheid. Dit idee van rechtshandhaving als doelstelling van het strafrechtelijke beleid is de logische consequentie van het positief uitgelegde opportuniteitsbeginsel als grondslag van dat beleid.'⁶²

59 Zie Justitiebegroting 1981, p. 3-4: 'Ik zie [...] de rechtshandhaving als een taak gericht op het scheppen van voorwaarden om de rechten en vrijheden van de burger te waarborgen, de overheid in staat te stellen haar taak naar behoren te vervullen en conflicten in de samenleving binnen de banen van het recht te houden.' Zo ook Jaarverslag OM 1980, p. 41; Jaarverslag OM 1981, p. 48; Jaarverslag OM 1983; Jaarverslag OM 1984, p. 70 e.v.

60 Naar de mening van Heijder brengt de term bestuursorgaan zo veel implicaties mee, dat het gebruik daarvan beter kan worden vermeden. 'Het lijkt mij daarom voorzichtiger te zeggen dat het openbaar ministerie op bepaalde terreinen bestuurlijk functioneert', aldus Heijder 1981 (1), p. 82. 't Hart (1981 (1), p. 86) ziet daarentegen het Openbaar Ministerie als een zelfstandig bestuursorgaan *avant la lettre*. Zo ook Enschedé 1981, p. 89; Hoogenboom 1983, p. 100-102; Van Maarseveen 1983, p. 175-177. Tak (1981, p. 373) spreekt van bestuurlijke momenten en bestuurlijke werkzaamheden van het Openbaar Ministerie. Meijers is verontsteld dat het Openbaar Ministerie teveel als bestuursorgaan wordt gezien en als zodanig functioneert en hij is van mening dat het zich meer op de rechter zou moeten oriënteren, zie Meijers 1987.

61 't Hart 1981 (1), p. 72.

62 't Hart 1983 (1), p. 240. Zie ook Singer-Dekker 1982, p. 123: 'Door het opportuniteitsbeginsel de inhoud te geven van: 'niet vervolgen, tenzij' in plaats van 'vervolgen, tenzij', hebben

Ten einde in de justitiële beleidsvoering daadwerkelijk te kunnen aansluiten bij de maatschappelijke ontwikkelingen is het van groot belang dat het Openbaar Ministerie zich in zijn optreden niet (meer) laat leiden door de sturingsgedachte die in de jaren tachtig eigen is aan vrijwel alle wet- en regelgeving van de overheid. Het Openbaar Ministerie zal zich – ten einde zich te kunnen toeleggen op de rechtshandhaving – kritisch en ten dele onafhankelijk moeten blijven opstellen bijvoorbeeld ten aanzien van de politieke druk om al dan niet te vervolgen of ten aanzien van het door de overheid gevoerde beleid.⁶³ Het is nog maar de vraag of het Openbaar Ministerie daartoe in het onderhavige tijdvak wel de ruimte heeft.⁶⁴ In de verzorgingsstaat wordt namelijk ook de strafrechtelijke regelgeving, die de basis is voor het justitiële overheidsbeleid, ingezet als middel om de ontwikkelingen in de samenleving en het gedrag van de burgers te beheersen en te sturen,⁶⁵ waardoor uiteindelijk ook het strafrechtelijke overheidsoptreden toch al door de sturingsgedachte wordt gekleurd. De wijze waarop het strafrecht wordt gehanteerd – een almaar toenemend aantal strafbepalingen als uitvloeisel van een al te grote overheidsbemoeienis – zorgt er, naast het tekort aan middelen en de noodzaak tot bezuiniging op het strafrechtelijke apparaat ten gevolge van de economische regressie, voor dat de strafrechtelijke aanpak van criminaliteit en van tal van andere (aanverwante) maatschappelijke problemen, uiteindelijk faalt.

7.1.4.2 De invulling van het begrip 'rechtsorde'

Het falen van de strafrechtelijke aanpak van maatschappelijke problemen kan in abstracto worden teruggevoerd op de invulling van het begrip 'rechtsorde'

de Procureurs-Generaal openlijk gesteld, dat het OM een grote beleidsvrijheid heeft. Daardoor hebben zij de mogelijkheid geopend dat beleid kritisch te bezien. De houding dwingt in de eerste plaats het OM zelf, maar ook al degenen die zich geroepen voelen dat OM te bekritisieren, zich rekenschap te geven van het doel van de strafrechtspleging én van de vraag of dat doel soms ook op andere manieren kan worden bereikt.'

63 Zie 't Hart 1983 (2), p. 248: 'Het begrip recht heeft in ieder geval mede een machtskritische functie: recht moet bescherming bieden aan de zwakkere tegen de sterkere. Als het OM dus optreedt met als einddoel recht te handhaven, moet het er tevens voor zorgen dat de individuele burger die verdacht wordt voldoende waarborgen heeft. Als het OM daar niet voor zorgt, maakt het zijn taak niet waar. Dit machtskritische aspect, dat het OM dus mede moet verwezenlijken, brengt een zekere mate van zelfstandigheid voor het OM mee om zich kritisch op te stellen, ook tegenover de overheid.'

64 Zie 't Hart 1983 (3), p. 374: 'Bovendien is het de vraag of het OM zelf, in een maatschappij die in toenemende mate centralistisch gedirigeerd wordt, zich uiteindelijk zal ontwikkelen tot een louter machtsinstrument voor overheidspolitiek, of dat het zich bij het vervullen van zijn functies werkelijk zal kunnen blijven richten op rechtshandhaving, hetgeen dan voor het OM een marge vereist waarbinnen het zich kritisch kan opstellen, zowel ten aanzien van politieke druk om al dan niet tot vervolging over te gaan als ten aanzien van het door de overheid gevoerde beleid.'

65 Zie 't Hart 1983 (4), p. 378: 'De situatie van stagnatie en zelfs van crisis, waarin dit maatschappelijk stelsel is verzeild geraakt, [...] moest wel eveneens haar terugslag hebben op het recht in het algemeen en het strafrecht in het bijzonder.'

zoals dat een rol speelt in de taakstelling van de rechtshandhaving. Wanneer de rechtshandhaving wordt uitgelegd naar de betekenis die in theorie daaraan ten grondslag is gelegd, wordt duidelijk dat bij de handhaving van de rechtsorde 'via het begrip rechtsorde de maatschappelijke effecten [...] meespelen teneinde disfunctionaliteit te vermijden': de rechtsorde die het Openbaar Ministerie dient te handhaven wordt dan voor een belangrijk deel ingevuld door de wijze waarop het recht in de samenleving zijn beslag krijgt.

Een kritische en onafhankelijke houding van het Openbaar Ministerie wordt bemoeilijkt wanneer het begrip rechtsorde binnen die rechtshandhavende taak wordt opgevat op een manier die past bij het overheidsbeleid in de verzorgingsstaat: het strafrecht en het strafrechtelijk beleid worden aangegrepen als middel om maatschappelijke effecten te bewerkstelligen. In dat geval *wordt* het recht niet gestuurd door maatschappelijke ontwikkelingen, maar *stuurt* het recht die maatschappelijke ontwikkelingen. De overheid heeft zo een middel om de gewenste orde – een 'vervlakte' rechtsorde – te scheppen of in stand te houden. 'De noties die het mogelijk hadden gemaakt om met strafrecht ook werkelijk beleid te voeren werden impliciet dusdanig uitgelegd dat het strafrecht vrijwel restloos opging in de instrumentele functie ten behoeve van het totale bestuurlijke overheidsbeleid.'⁶⁶ Het strafrecht wordt door de overheid afgestemd op een maatschappijbeeld zoals kenmerkend is voor de verzorgingsstaat: 'Via de rechtshandhaving in de instrumentalistische versie kreeg het strafrechtelijke denken een naadloze aansluiting bij de ideologie van de maakbaarheid van de maatschappij.'⁶⁷ Terecht kan daarbij de vraag worden gesteld of de overheid zich wel rekenschap heeft gegeven wat het effect is van een dergelijk gebruik van het strafrecht en het strafrechtelijk beleid.⁶⁸

7.1.4.3 Zoeken naar een oplossing voor de handhavingsproblemen

De strafrechtelijke rechtshandhaving komt door deze invulling onder druk te staan. Toch wordt de oorzaak van de problemen in de rechtshandhaving niet gezocht op dit abstracte vlak, al erkent de minister van Justitie de problemen wel. De oorzaak wordt gezocht op het concrete vlak, te weten in de gestegen behoefte aan rechtsbescherming en het daardoor ontstane tekort aan handhavingmogelijkheden: 'Het blijkt thans, dat de nieuwe wettenvloed, de verhoogde rechtsbescherming en de uitbreiding van de van overheidswege

66 Zie 't Hart 1987 (1), p. 42.

67 Zie 't Hart 1987 (1), p. 70. Zie voor een beschrijving van het instrumentalisme Schuyt 1985 en specifiek voor het strafrecht Foqué en 't Hart 1990 (1) en (2), p. 194: 'Onder instrumentalisme wordt de visie verstaan, waarin het strafrecht uitsluitend wordt opgevat als een specifiek dwangmiddel om een bepaald maatschappelijk doel te bereiken: een doel dat, extern aan het strafrecht, politiek bepaald wordt en in een omvattender beleid wordt uitgewerkt.'

68 Zo ook Melai 1982, p. 675.

gefinancierde rechtshulp voor de werkdruk van het justitie-apparaat maatschappelijke processen in werking hebben gezet, die, als zij aan zichzelf worden overgelaten, tot onaanvaardbare toestanden moeten leiden.⁶⁹ Dergelijke onaanvaardbare toestanden ten gevolge van een tekort aan handhavingsmogelijkheden zijn voor de minister aanleiding om de vraag op te werpen met welke mate van rechtshandhaving genoegzaam mag worden genomen met het oog op de belangenbescherming van de overheid en haar burgers.⁷⁰ De minister houdt daarbij vast aan *zijn* invulling van de strafrechtelijke rechtshandhaving – een strafrechtelijke aanpak van een bepaalde kwestie is ‘pas’ geboden als daarvan ook een maatschappelijk effect is te verwachten en het Openbaar Ministerie stuurt die strafrechtelijke aanpak aan, door richting te geven aan de opsporing en invulling te geven aan het opportuniteitsbeginsel. Door het vasthouden aan die invulling worden de problemen op het abstracte vlak buiten beschouwing worden gelaten. Het ingrijpen door de minister van Justitie beperkt zich tot het concrete vlak: hij vreest dat ‘een redelijk niveau van rechtshandhaving’ niet kan worden gewaarborgd als de overheid niet ingrijpt in de bestaande handhavingsproblemen,⁷¹ dus daar ziet hij ook de oplossing.

De minister stelt vast wat een ‘redelijk niveau van rechtshandhaving’ is aan de hand van de mate waarin het feitelijk mogelijk is de rechtsorde te handhaven, oftewel de mate waarin de overheid het gestelde strafrechtelijke beleid kan doen naleven in de maatschappij. Anders gezegd: de problemen van het justitiële overheidsbeleid worden duidelijk niet gezocht in de te beperkte uitleg van het begrip ‘rechtsorde’ in de ministers visie op de rechtshandhaving inneemt (waar de rechtsorde in theorie voor een belangrijk deel bepaalt wat ‘recht’ is, bepaalt het recht – of beter: de wet – in de opvatting van de overheid juist wat de orde is⁷²). De problemen van het beleid worden door de overheid veeleer gezocht in het tekort aan handhavingsmogelijkheden ten behoeve van de gewenste orde. Wat de minister van Justitie betreft is de oorzaak van het afzakken van de rechtshandhaving tot beneden de ondergrens van ‘een redelijk niveau’ gelegen in het feit dat bij het vaststellen van de

69 Justitiebegroting 1983, p. 3. Zie voor overvraging van rechtsbescherming ook A. Mulder 1981 (2).

70 Zie Justitiebegroting 1984, p. 3: ‘Enerzijds gaven de – in menig opzicht snelle – ontwikkelingen, welke onze samenleving in de afgelopen decennia heeft ondergaan, aanleiding tot bezinning omtrent de plaats, welke de rechtshandhaving in die samenleving zou moeten innemen [...], namelijk dat voor rechtshandhaving slechts plaats is voor zover de belangen van de samenleving daarmee gediend zijn. [...] Anderzijds worden wij geconfronteerd met een aantal verschijnselen die ons dwingen de vraag, welk niveau van rechtshandhaving wenselijk is, te stellen vanuit een geheel andere invalshoek: de mogelijkheid dat wezenlijke belangen van burgers en overheid in het gedrang komen doordat in het bijzonder de aan het strafrecht opgedragen handhavingsmechanismen te kort gaan schieten.’

71 Zie Justitiebegroting 1983, p. 3.

72 Zie bijvoorbeeld ‘t Hart 1987 (1), p. 55: ‘Niettemin heeft [...] de overheid in steeds verdergaande mate het strafrecht alleen opgevat als een middel tot sociale beheersing en ook daarin de legitimatie van haar beleid gezocht.’

intensieve wet- en regelgeving, niet genoeg onder ogen is gezien of die regels ook daadwerkelijk kunnen worden gehandhaafd.⁷³ Zijn conclusie luidt dan dat 'een redelijk niveau van rechtshandhaving' uiteindelijk niet wordt bereikt omdat het beroep van de overheid op het strafrecht als een handhavingsmechanisme en de verwachtingen omtrent de strafrechtelijke handhavingsmogelijkheden, te zeer zijn overtrokken.⁷⁴ De oplossing voor de problemen wordt gevonden in een verbetering van de handhavingsmogelijkheden. De theoretische grondslag voor justitieel overheidsbeleid (strafrechtelijke rechtshandhaving) dient in dat geval enkel nog als grondslag waarop vrijwel elk strafrechtelijk ingrijpen door de overheid kan worden gebaseerd en gelegitimeerd.

Het is niet moeilijk de handhavingsproblemen die in de weg staan aan de verwezenlijking van het justitiële overheidsbeleid te benoemen, te meer daar dat beleid deels dezelfde problemen kent als het overige overheidsbeleid ten tijde van de crisis in de verzorgingsstaat.⁷⁵ De overheid is niet alleen nauwelijks in staat haar justitiële beleid af te stemmen op andere beleidsterreinen, zij schiet ook tekort in de onderlinge afstemming van de verschillende aspecten van dat justitiële beleid.⁷⁶ Een duidelijk voorbeeld daarvan blijft de strafrechtelijke aanpak van grootschalige ordeverstoringen. Aan het einde van het derde tijdvak is al gebleken dat het alsmaar niet lukt een zodanig passend beleid te voeren dat de verstoring van de openbare orde wordt voorkomen of wordt beperkt, dan wel dat de verstoorde orde snel wordt hersteld. In de jaren tachtig wordt het Openbaar Ministerie nog altijd met deze ordeverstoringen geconfronteerd. In de Justitiebegroting voor 1982 wordt de beleidsmatige oplossing helder uiteengezet: het totale beleid van de overheid is het resultaat van een terugkerend coördinerend overleg tussen bestuurlijke en juridische autoriteiten, waarbij het Openbaar Ministerie de verantwoordelijkheid heeft voor de omvang van de strafrechtelijke ondersteuning.⁷⁷ Desondanks sorteert deze voorgenomen beleidsmatige aanpak maar weinig effect.

Dit handhavingsprobleem is – zoals aangegeven – gelegen in de moeizame coördinatie en afstemming van al het beleid, waarbij al snel blijkt dat het feit dat beleid wordt gevoerd nog niet wil zeggen dat daarmee alle strafrechtelijk

73 Zie Justitiebegroting 1984, p. 4.

74 Zie ook 't Hart 1983 (4), p. 398/399.

75 Zie 't Hart 1987 (1), p. 47.

76 Enschedé (1981, p. 42) maakt een onderscheid tussen traditioneel en rationeel beleid; het eerste kent eigenlijk enkel de oorspronkelijke juridische factoren en overwegingen van normatieve aard, en het tweede kent ook rationeel handelen en democratische verantwoording en de beantwoording van rationele vragen over doel en middelen. 'Op traditionele voet [laat zich] nog wel een kleinschalig, [...] maar eigenlijk geen samenhangend beleid in groter verband ontwikkelen. En daaraan bestaat nu juist in de tegenwoordige tijd op velerlei gebied dringend behoefte.'

77 Zie Justitiebegroting 1982, p. 26. Zie voor een latere reflectie op de grootschalige ordeverstoringen in Amsterdam gedurende het vorige tijdvak en de implicaties van het overheidsoptreden dienaangaande ('de handhaving van de rechtsorde' destijds) Hartsuiker 1988.

relevante, maatschappelijke problemen kunnen worden opgelost.⁷⁸ In de Justitiebegroting voor 1985 geeft de minister van Justitie toe dat het buitengewoon lastig is de noodzakelijke samenhang tussen verschillende soorten beleid binnen de strafrechtelijke rechtshandhaving te bewaken.⁷⁹ De oorzaak van de lastig te realiseren samenhang wordt blijkens de begroting van 1986 gezocht in de ogenschijnlijke tegenstrijdigheid dat het recht een inherente spanning kent tussen de kenmerken van stabiliteit en flexibiliteit: 'Op het niveau van de rechtstoepassing en rechtshandhaving van overheidswege doet zich dezelfde spanning gevoelen. Van het daarbij gevoerde beleid wordt – terecht – verlangd dat het consistent en consequent is. Aldus weten de burgers wat zij aan hun overheid hebben en kunnen zij bij het bepalen van hun eigen gedrag beschikken over een hoge mate van zekerheid omtrent de eventueel daarop van overheidszijde te verwachten reactie. Tegenover deze behoefte aan stabiliteit staat ook op dit niveau het verlangen naar flexibiliteit. De wijze waarop het recht door de uitvoerende organen wordt toegepast, moet blijk geven van een open oog voor de maatschappelijke werkelijkheid met al haar verschillende schakeringen. [...] De strafrechtelijke rechtshandhaving vindt ook in het hierboven geschetste spanningsveld plaats.'⁸⁰ Enerzijds dient het beleid houvast te bieden aan de burger (maar toch ook aan de overheid) door niet te vaak te veranderen, anderzijds moet dat beleid uitvoerende overheidsorganen zoals het Openbaar Ministerie de ruimte bieden passend te reageren op individuele omstandigheden in een maatschappelijke context.⁸¹ Het wordt in het midden gelaten hoe dat beleid ten opzichte van het omvangrijke overheidsbeleid op allerlei verschillende en in elkaar grijpende terreinen kan worden gerealiseerd.⁸²

78 Zie bijvoorbeeld 't Hart 1987 (1), p. 45/46: 'Het zich nieuw ontwikkelende beleidsmodel was echter geen toverstaf waarmee alle problemen voortaan waren verholpen. Zo deden zich allereerst de moeilijkheden voor om werkelijk een coherent beleid te ontwikkelen en dat vervolgens in de praktijk door te voeren.' Zie Corstens 1987 (1) voor een voorbeeld van een maatschappelijk probleem als winkeldiefstal, dat men tracht op te lossen met een transactiebeleid.

79 Justitiebegroting 1985, p. 8.

80 Justitiebegroting 1986, p. 5.

81 Zie ook Tak (1981, p. 373) die aangeeft 'dat ten aanzien van de bestuurlijke werkzaamheden de bevoegdheden, de wijze van en de voorwaarden voor het optreden in meer of mindere mate vooraf zijn bepaald door wettelijke voorschriften of circulaire en toetsbaar zijn aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur, een en ander ter beklemtoning van de rechtszekerheid die door het bestuursapparaat moet worden gegarandeerd terwijl voor het OM bij de uitvoering van zijn justitieel beleid de vrijheid moet zijn ingebouwd om in het concrete geval af te wijken wanneer de noodzaak daartoe zich voordoet of de gerechtigheid daarom vraagt.'

82 Een andere complicerende factor met betrekking tot een consistente beleidsvoering door het Openbaar Ministerie wordt aangevoerd door Van de Bunt die betwijfelt of het in zijn geheel feitelijk wel de volledige ontwikkeling tot een beleidsvoerend orgaan heeft doorgemaakt. Ondanks het feit dat het Openbaar Ministerie in de officiële publicaties als dusdanig wordt gepresenteerd, lijkt die hoedanigheid in de praktijk zeker nog niet te zijn verwezenlijkt. Van de Bunt voert ter onderbouwing de resultaten van enkele empirische

7.1.4.4 Capaciteitstekorten en het stellen van prioriteiten

Een ander handhavingsprobleem dat in de weg staat aan de verwezenlijking van het justitiële beleid is het nijpende capaciteitstekort waarvoor het Openbaar Ministerie wordt gesteld. Hoewel het ondanks de economisch slechte omstandigheden waarin de verzorgingsstaat is komen te verkeren wordt gespaard van ingrijpende bezuinigingen, blijkt het Openbaar Ministerie niet in staat de grote toestroom van strafzaken te verwerken.⁸³ Dit leidt tot verstopping van het justitiële apparaat. Bij de poging die de overheid en het Openbaar Ministerie zelf ondernemen om dit handhavingsprobleem op te lossen, wordt duidelijk wat het gevolg is van het feit dat de overheid niet dieper graaft dan de voor de hand liggende oorzaken op het concrete vlak. 'Het jaarverslag over 1983 staat, evenals dat over 1981, wel nadrukkelijk in het teken van de crisis van de verzorgingsstaat en belooft een herbezinning op de positie en beleid van het OM, maar het biedt geen enkele nieuwe visie en geen enkele analyse van bredere maatschappelijke samenhangen. Als remedies stelt het slechts voor de perfectionering van het beleid dat niet goed bleek te werken.'⁸⁴

De eerste reden waarom de bedoelde remedies die de verwerkingscapaciteit zouden moeten vergroten geen oplossing zijn voor het handhavingsprobleem, is dat die zijn te beschouwen als "'meer van hetzelfde dat niet werkt", meer controle, harder optreden, meer bevoegdheden'.⁸⁵ De tweede reden is gelegen in het feit dat niet kan worden voorzien of de vergrote capaciteit afdoende is: 'Nergens wordt de vraag gesteld of de aldus geschapen ruimte niet onmiddellijk zal worden opgevuld, doordat de aanspraken van de burger ten opzichte van de staat om hun maatschappelijk leven te regelen in beginsel onbeperkt zijn en de staat moet trachten om ten behoeve van zijn eigen legitimatie daaraan goeddeels tegemoet te komen. De uitbreiding van de verwerkingscapaciteit teneinde de verstopping tegen te gaan zal dan ruimte scheppen voor nieuwe vraag, waardoor de hypertrofie van de staat weer toeneemt en opnieuw verstopping ontstaat.'⁸⁶ Het handhavingsprobleem van de verwerkingscapaciteit heeft ook nog gevolgen voor het probleem van de consistente beleidsvoering. Waar in het laatstgenoemde geval als voorwaarde geldt dat de burger houvast moet vinden met betrekking tot de te verwachten justitiële reactie op bepaald (crimineel) gedrag en dat de burger op grond daarvan een afweging kan maken hoe zich te gedragen, zorgt het tekort aan mogelijkheden om alle strafzaken te verwerken voor een te grote onvoorspelbaarheid van die

onderzoeken aan: Asser 1982, Van Duyne 1983; Van Duyne 1984; Van de Bunt 1983; Van de Bunt 1984. Zie Van de Bunt 1986, p. 290.

83 Zie bijvoorbeeld De Wit 1983, p. 217; Van Doorn 1984, p. 186; 't Hart 1987 (1), p. 45/46.

84 't Hart 1987 (1), p. 56. Zie voor deze en andere kritiek op de jaarverslagen van het OM en in het bijzonder dat van 1981 Hulsman 1983.

85 't Hart 1987 (1), p. 54.

86 't Hart 1987 (1), p. 54. Zie voor twijfels vanuit het Openbaar Ministerie Sorgdrager 1990, p. 18.

overheidsreactie. De overheid is daarnaast niet in staat om op passende wijze in te spelen op maatschappelijke veranderingen. Dit alles gaat dan weer ten koste van zowel de stabiliteit als de flexibiliteit van de rechtshandhaving.

De overheid tracht het tekort aan middelen op te vangen door een prioriteitsstelling in het optreden van het Openbaar Ministerie aan te nemen, die is terug te voeren op het positieve opportuniteitsbeginsel.⁸⁷ 'Prioriteitsstelling is thans een onontkoombare noodzaak geworden, ook met betrekking tot strafbare feiten die op zich een strafrechtelijke reactie rechtvaardigen. De criminaliteitscijfers geven onmiskenbaar een toeneming te zien op vrijwel alle terreinen. Nog immer groeit het aantal door middel van het strafrecht te handhaven wettelijke voorschriften. Het opsporingsapparaat en de organen van de strafrechtspleging hebben de grenzen van hun verwerkingscapaciteit bereikt of al overschreden. Aan verdere uitbreiding van het politie- en justitie-apparaat zijn beperkingen gesteld.'⁸⁸ De verwerkingscapaciteit van politie en justitie vereist volgens het Jaarverslag van het Openbaar Ministerie over 1981 dat bepaalde vormen van criminaliteit minder aandacht krijgen.⁸⁹ Het gaat bij deze prioriteitsstelling om een 'dubbele keuze': het is niet alleen de op zichzelf al lastige keuze welke strafbare feiten voorrang krijgen, er moet ook worden vastgesteld welke prijs de overheid bereid is te betalen, bijvoorbeeld in de zin van de doorwerking die dat kan hebben in de samenleving.⁹⁰

De prioriteitsstelling wordt ingekaderd in het gehele justitiële overheidsbeleid⁹¹ en wordt onderdeel van beleidsafstemming tussen politie en Openbaar Ministerie omdat deze zowel in het opsporings- als in het vervolgingsbeleid een doorwerking heeft.⁹² 'Prioriteiten stellen impliceert in dit verband het op elkaar afstemmen van vervolgingsbeleid van het openbaar ministerie enerzijds en opsporings- en verbaliseringsbeleid van de politie anderzijds en wel zodanig dat de politie haar activiteiten vooral richt op die zaken waarvan ze op grond van afspraken mag aannemen dat ze passen in het totale strafrechtelijke beleid.'⁹³ Hoewel een prioriteitsstelling schijnbaar een oplossing kan

87 Zie bijvoorbeeld 't Hart 1987 (2), p. 444: 'Sinds het Jaarverslag van het OM over 1981 is ook officieel het positieve opportuniteitsbeginsel uitgebreid met een derde vereiste: aan het strafrechtelijk optreden moet, behalve de eisen van wettelijkheid en maatschappelijke geïndiceerdheid, ook de eis worden gesteld van prioriteit binnen het beleid.' Zie Jaarverslag OM 1981, p. 42. Zie hieromtrent ook Kelk 1987, p. 279-280.

88 Justitiebegroting 1983, p. 40. Zie ook Herstel 1982, p. 523: 'Een van de kenmerkende punten uit genoemd jaarverslag is het duidelijk benadrukken van het schaarste-element bij de opsporing en vervolging van strafbare feiten.'

89 Zie Jaarverslag OM 1981, p. 40. Zie voor kritiek De Jonge 1983, p. 145-148.

90 Jaarverslag OM 1981, p. 41.

91 Zie bijvoorbeeld De Beaufort 1983, p. 156.

92 Zie Justitiebegroting 1985, p. 48-49. Zo ook Van Veen 1984, p. 949; Van Doorn 1984.

93 Jaarverslag OM 1981, p. 54. Uitgangspunt is dat het beleid van de politie wordt afgestemd op dat van het Openbaar Ministerie, daar de verwerkingscapaciteit van de laatste de flessenhals vormt bij de afdoening en het aanbod van zaken daarop moet worden afgestemd. Zie Herstel 1985, p. 31.

bieden voor de handhavingsproblemen en mede wordt gebaseerd op de idee van strafrechtelijke rechtshandhaving⁹⁴ en het positieve opportuniteitsbeginsel, krijgt deze remedie de nodige kritiek. Het belangrijkste bezwaar tegen een te haastige prioriteitsstelling is dat de justitiële beleidsvoering niet mag worden teruggebracht tot de pragmatische afweging omtrent de vraag welke hoeveelheid strafzaken politie en justitie aankunnen.⁹⁵ Om nog maar eens 't Hart te citeren: 'Het beleid kan dan ook niet worden overgelaten als zou het een puur technische kwestie zijn van een zo efficiënt mogelijke werkindeling. Want ook al zouden middelen en mankrachten onbeperkt zijn, dan is toch nog een beleid nodig dat is afgestemd op de maatschappelijke effecten.'⁹⁶ Dat laatste is noodzakelijk omdat ook de prioriteitsstelling wordt bepaald door de verwerkingscapaciteit die toch weer afhankelijk is van allerlei maatschappelijke factoren.⁹⁷ Er kan worden gesteld dat de handhavingsproblemen en de oplossingen die daarvoor worden aangedragen inclusief de prioriteitsstelling, in het midden laten of het door de minister gewenste 'redelijke niveau van rechtshandhaving' wel kan worden gehaald.

7.1.5 De aanpak van de toegenomen en veranderde criminaliteit

Halverwege de jaren tachtig is het justitiële overheidsbeleid in de zin van de strafrechtelijke rechtshandhaving door de enorme stijging van de criminaliteit en door de onmogelijkheid van het justitiële apparaat om de enorm verbrede stroom van opgespoorde en vervolgte strafbare feiten te verwerken, in een noodsituatie terechtgekomen.⁹⁸ De geloofwaardigheid van de strafrechtspleging is ernstig ondermijnd, maar er is meer aan de hand. 'Als de wet op zo grote schaal wordt overtreden [...], gaat de geloofwaardigheid van de wet

94 Zie Jaarverslag OM 1984, p. 70.

95 Dit lijkt echter wel het geval te zijn, zie Jaarverslag OM 1983, p. 39 waarin een 'deugdelijke prioriteitsstelling' wordt opgevat als 'een uitdrukking van een streven naar een zinvol gebruik van de ter beschikking staande capaciteit.' Zie daarover Van Veen 1982, p. 740: 'Dat betekent, dat een politieapparaat, dat door de behandeling van aangiften wordt opgeslorpt en niet meer aan eigen opsporing van overtredingen toekomt een groot stuk van wetshandhaving prijsgeeft. Want wat niet wordt opgespoord kan door het OM ook niet worden vervolgd. En dat heeft weer tot consequentie, dat degenen die zich aan de wet houden, gedupeerd worden. Immers, wie zich niet aan de wet houdt, kan onbelemmerd zijn gang gaan.'

96 't Hart 1983 (1), p. 240-241.

97 Zie Van Veen 1982, p. 741.

98 Zie over het vastlopen van het 'strafrechtelijk bedrijf' ook Steenhuis 1984 (1) en (2). Zie hiertegen Kelk 1990, p. 74: 'De kwaliteit van het strafrecht, voorzover deze is gelegen in de rechtsbescherming van de individu, verdient in alle opzichten een zeer hoge prioriteit te hebben, terwijl de geobsedeerde aandacht voor de omvang van het strafrechtelijk "apparaat" zou dienen af te nemen. De strafrechtspleging dient nu eenmaal uit zijn aard een breed scala van ideële en maatschappelijke doeleinden en is derhalve niet te vergelijken met een bedrijf.'

verloren. Dat betekent, dat de wet als instrument van vreedzame verandering haar functie gaat verliezen. [...] Essentieel voor elke wetgever is, dat hij de wetten die hij geeft ook handhaaft.⁹⁹ Het grote belang van een rechtvaardig en doelmatig justitieel beleid voor het functioneren voor de overheid is daarmee gegeven.¹⁰⁰ De talrijke problemen die de overheid tracht tegen te gaan door middel van justitiële beleidsvoering, worden niet opgelost en dat zorgt voor groeiende onrust in de samenleving en voor nog meer normschendend gedrag. Dit doet bij de overheid het besef ontstaan dat die problemen veel breder moeten worden aangepakt en dat de onderliggende oorzaken niet alleen gecompliceerd zijn, maar ook 'sociaal' van aard: veel criminaliteit houdt verband met verslechterde leefomstandigheden, de gegroeide werkeloosheid (vooral onder de jeugd) en het gebrek aan sociale verbondenheid. Dergelijke problemen zijn structureel van aard en in de visie die de overheid in de loop van de jaren tachtig ontwikkelt, vraagt de bestrijding van de daaruit voortvloeiende uitwassen om een overheidsbrede aanpak.

7.1.5.1 *De aanpak van de kleine criminaliteit*

De overheid zet een eerste stap in deze richting met de instelling van de Commissie Roethof, die een advies uit moet brengen over de mogelijke verbeteringen bij de voorkoming en bestrijding van kleine criminaliteit. Kleine criminaliteit betreft naar de definitie van de commissie 'strafbaar gesteld gedrag dat vanwege de totale schade en hinder die het veroorzaakt weliswaar bestrijdingswaardig wordt gevonden, maar dat, gezien de ernst van elk delict afzonderlijk niet persé vraagt om een repressieve aanpak.'¹⁰¹ Het feit dat de overheid veel aandacht schenkt aan deze vorm van criminaliteit, mag geen verbazing wekken: jaarlijks worden vele Nederlanders en vrijwel alle bedrijven en overheidsinstellingen één of meer keren door kleine criminaliteit getroffen, wat zorgt voor buitengewoon veel overlast en een economische miljardenschade. De Commissie Roethof zoekt de oorzaken van de sterk gestegen kleine criminaliteit inderdaad (mede) in verscheidene maatschappelijke en economische ontwikkelingen die kenmerkend zijn voor het begin van de jaren tachtig, zoals het wegvallen van de sociale controle en een steeds verdergaande individualisering binnen de samenleving. 'De bevindingen van de commissie hebben tot de conclusie geleid, dat veel gelegenheidscriminaliteit ontstaat door de wijze waarop we tezamen onze maatschappij hebben ingericht. [...] Grootschaligheid,

99 Van Veen 1985, p. 603.

100 Dit in contrast met de relativering van de rangorde van het justitiële beleid binnen het totale overheidsbeleid die in de jaren tachtig zo nu en dan ook wel doorklinkt, zie bijvoorbeeld Van Eijkern 1984, p. 129; Heering 1986, p. 346. Zie hieromtrent ook de Justitiebegroting 1988, p. 4.

101 Commissie Roethof 1986, p. 9. Zie ook p. 4 waarin kleine criminaliteit wordt aangeduid als 'massaal voorkomende strafbaar gestelde gedragingen [...] die – vooral door hun massaliteit – hinderlijk zijn of de gevoelens van onveiligheid bij de burgerij bevorderden.'

anonimisering en toezicht of dienstverlening door apparatuur in plaats van personen blijken bij te velen de neiging op te roepen om ook eens een keer zijn slag(je) te slaan.¹⁰²

De commissie stelt als methode om de kleine criminaliteit terug te dringen een geïntegreerde inzet van bestuurlijke en strafrechtelijke middelen voor en zij legt daarbij met het oog op de gewenste preventieve werking die van het betreffende beleid zal moeten uitgaan, de nadruk op de bestuurlijke kant daarvan. De commissie noemt als een belangrijk obstakel voor de verwezenlijking van het voorgestane beleid dat het zonder meer een 'facetbeleid' is: hoewel de minister van Justitie en de justitiële autoriteiten verantwoordelijk zijn voor het signaleren van criminaliteit en het bewaken van de voortgang van het overeengekomen beleid, moet dat beleid worden vastgesteld binnen andere departementen zoals Sociale Zaken, Economische Zaken en Onderwijs. In het rapport doet de commissie een groot aantal sectorgerichte aanbevelingen, ingedeeld naar taakgebieden van de Ministeries.¹⁰³ Het geïntegreerde bestuurlijk-justitiële beleid zoals dat is voorgesteld door de commissie wordt daarmee een overheidsbrede aangelegenheid.

Een uitgebreid onderzoek naar het justitiële overheidsbeleid over een afgebakend deel van het bestaande criminaliteitsprobleem is met de instelling van de Commissie Roethof al in gang gezet, als tijdens de algemene beschouwingen over de Justitiebegroting voor 1985 door het Kamerlid Nijpels een motie wordt ingediend naar aanleiding van de schrikbarende gestegen criminaliteitscijfers en de daaruit voortvloeiende gevolgen voor samenleving en overheid. De motie behelst een verzoek aan de regering om een beleidsplan ter verbetering van de handhaving van de rechtsorde 'waarin de knelpunten die aan de voorkoming en doeltreffende bestrijding van criminaliteit in de weg staan, worden gesignaleerd en waarin een systematisch geheel van thans in uitvoering zijnde organisatorische en operationele maatregelen en voorgenomen beleid ter zake wordt gepresenteerd, gericht op versterking van normbesef en sociale controle, intensivering van misdadpreventie en verdere verbetering van opsporing, vervolging en tenuitvoerlegging van straffen'.¹⁰⁴ Nijpels vraagt de regering vaart te maken met het beleidsplan opdat het nog voor het zomerreces van 1985 kan worden behandeld. De minister van Justitie grijpt de uitreiking van het interim-rapport van de Commissie Roethof van december 1984 aan om wat betreft de kleine criminaliteit bij de tenuitvoerlegging van de motie voortvarend te werk te gaan.

102 Zie Commissie Roethof 1986, p. 59/60.

103 Zie Commissie Roethof 1986, p. 60/61. Als voorbeelden van een concrete sectorgerichte aanbeveling kunnen worden genoemd het tegengaan van lesuitval in het basis- en voortgezet onderwijs, het creëren van subsidieregelingen ten behoeve van woningbouw en verbetering van bepaalde criminaliteitgevoelige woonomgevingen. De commissie ondervindt de nodige kritiek; de aanbevelingen zijn te eenzijdig gericht op jongeren en nostalgisch van aard (zie p. 4).

104 Zie *Kamerstukken II* 1984/85, 18 600, nr. 36.

7.1.5.2 'Samenleving en Criminaliteit'

De motie leidt tot het opstellen van het beleidsplan 'Samenleving & Criminaliteit'. Ten opzichte van de Commissie Roethof wordt in dit beleidsplan het blikveld verbreed tot ook de zware criminaliteit ('kapitale en zware geweldsdelicten, alsmede [...] de georganiseerde criminaliteit, zoals de handel in harddrugs en de omvangrijke fraude- en milieudelicten').¹⁰⁵ Voor zowel de kleine als de zware criminaliteit geldt dat deze enorm is gestegen, terwijl de aangiftebereidheid is gedaald, en blijkens enquêtes die zijn gehouden onder de bevolking is de werkelijke omvang van de criminaliteit nog groter.¹⁰⁶ De regering stelt in het beleidsplan dat de ontstane situatie onaanvaardbaar is geworden, zowel vanuit principieel oogpunt als vanuit het oogpunt van effectiviteit. 'De Minister van Justitie is gedwongen vast te stellen dat het strafrechtelijk apparaat met de huidige middelen niet langer in staat is een niveau van rechtshandhaving te bewerkstelligen dat in een rechtsstaat tenminste is vereist.' [...] 'In de huidige situatie kunnen niet alleen de doelstellingen van afschrikking en normbevestiging niet meer in voldoende mate worden bereikt, maar moet zelfs worden gevreesd dat de altijd aanwezige neiging van burgers het recht in eigen hand te nemen niet steeds meer afdoende kan worden tegengegaan.'¹⁰⁷

Eén van de uitgangspunten van het kabinet voor het toekomstige beleid is een schaalvergroting van de politieke en justitiële inspanningen teneinde de strafrechtelijke bestrijding van de criminaliteit te kunnen intensiveren. Het kabinet is echter van mening dat de oplossing voor de ontstane situatie in de strafrechtspleging niet alleen gelegen kan zijn in een versterking van het apparaat, maar dat ook de plaats die de strafrechtspleging inneemt binnen het totale overheidsbeleid moet worden heroverwogen. 'Een politiek van uitsluitend meer-van-hetzelfde zou derhalve inhouden dat zeer aanzienlijke financiële offers moeten worden gebracht voor een inspanning waarvan het uiteindelijke rendement onzeker is. Zo'n aanpak zou tevens betekenen dat de overheid andermaal verwachtingen zou wekken met betrekking tot de prestaties van het strafrechtelijk apparaat, die waarschijnlijk niet realistisch zijn en daarom niet kunnen worden waargemaakt.'¹⁰⁸ Naast de voor de hand liggende vergroting van de verwerkingscapaciteit van het strafrechtelijk apparaat, richt de regering zich uitdrukkelijk op een andersoortige beleidsvoering. In het beleidsplan wordt voortgebouwd op het door de Commissie Roethof aangedragen geïntegreerde bestuurlijk-justitiële beleid, waarbij het accent komt te liggen op de preventie van criminaliteit en op de versterking

105 Zie Samenleving & Criminaliteit 1985, p. 14.

106 Zie Samenleving & Criminaliteit 1985, p. 20-21.

107 Samenleving & Criminaliteit 1985, p. 30-31.

108 Samenleving & Criminaliteit 1985, p. 35. Een dergelijk besef klinkt halverwege de jaren tachtig ook door in de Tweede Kamer, aldus Singer-Dekker 1987, p. 575.

van de normbevestigende functie van de strafrechtspleging. De regering stelt in het beleidsplan dat het betreffende bestuurlijk-justitiële beleid ('criminele politiek') zich richt tot alle burgers en niet alleen tot de criminele. Het is namelijk in verband met die accenten van belang dat ook de niet criminele of de potentieel (dus nog niet) criminele burgers tot de doelgroep van het beleid worden gerekend; de preventie van criminaliteit dient in alle lagen van de maatschappij en in allerlei maatschappelijke organisatievormen te worden uitgedragen en de normbevestiging dient zich net zo goed te richten op de niet criminele burger die mogelijk door de confrontaties met de vele normschendingen door anderen langzaam maar zeker zijn normbesef verliest, als op de criminele burger.¹⁰⁹

7.1.5.3 *Consistentie en differentiatie*

De regering werkt in de ontwikkeling van de criminele politiek met twee uitgangspunten, te weten de al eerder besproken maar lastig te bewerkstelligen eis van consistentie in het beleid en de uitvoering daarvan, en de intentie om het bestuurlijk-justitiële beleid naar de verschillende criminaliteitsvormen te differentiëren.¹¹⁰ Met name van het laatstgenoemde uitgangspunt koestert men de verwachting dat het een bijdrage levert aan het doorbreken van de impasse waarin de strafrechtspleging is komen te verkeren, aangezien de differentiatie van beleid in het onderhavige beleidsplan voor het eerst in deze omvang en strekking wordt toegepast.¹¹¹ In geval van de kleine criminaliteit brengt de gedifferentieerde aanpak de overheid tot een beleidsvoering die bestaat uit een combinatie van (lokale) bestuurlijke maatregelen, preventieve inspanningen van de politie en 'slechts' een ondersteunende toepassing van het strafrecht. 'Bij de bestrijding van de kleine criminaliteit dient de strafrechtspleging te worden gehanteerd als ultimum remedium.'¹¹² Dit leidt er onder meer toe dat de wetgever wordt gevraagd zeer terughoudend te zijn in het creëren van nieuwe strafbepalingen en bepaalde bestaande strafbepalingen af te schaffen, en dat wanneer de maatregelen van het 'preventieve' beleid falen en 'juridische correctie' nodig is, eerst een privaatrechtelijke of administratiefrechtelijke weg wordt bewandeld.¹¹³ Wanneer de noodzaak van een

109 Zie *Samenleving & Criminaliteit* 1985, p. 36.

110 *Samenleving & Criminaliteit* 1985, p. 38/39.

111 Zie voor een korte, overzichtelijke bespreking van kritiek op het beleidsplan uit die tijd Verbruggen 1991. Zie voor kritiek op het voornemen van differentiatie Verbruggen 1991, p. 49-57; de differentiatie zou ten aanzien van de verschillende vormen van kleine criminaliteit nog veel te weinig zijn doorgevoerd.

112 *Samenleving & Criminaliteit* 1985, p. 38.

113 Zie Corstens 1981 over effectiviteit van bepaalde strafbaarstellingen en de ontoereikendheid van het strafrechtelijk instrumentarium. Zie over de mogelijkheden van privaatrechtelijke, administratiefrechtelijke en strafrechtelijke rechtshandhaving Corstens 1984 en Verslag vergadering NJV 1984, p. 63-68.

strafrechtelijke reactie zich ten slotte aandient, geldt dat ook die reactie gedifferentieerd is naar de verschillende strafbare feiten binnen de categorie kleine criminaliteit en naar de omstandigheden van het geval. Zo ligt het voor de hand een minder ernstige normschending van iemand die zijn eerste overtreding begaat af te doen met een sepot of transactie, en een minder incidenteel en veel ernstiger normschending steeds strafrechtelijk te vervolgen.¹¹⁴

Bij de bestrijding van de zware criminaliteit zijn de mogelijkheden om te differentiëren veel beperkter, aangezien in dat geval een strafrechtelijke vervolging eigenlijk altijd noodzakelijk is.¹¹⁵ In het plan wordt binnen de categorie 'zware criminaliteit' een verdere onderverdeling gemaakt tussen de klassieke delicten (levensbedreigende feiten en geweldsmisdrijven als moord, doodslag, verkrachting en mishandeling), de economische delicten (zoals fraude, belastingontduiking en ernstige milieucriminaliteit) en de georganiseerde criminaliteit.¹¹⁶ De verantwoordelijkheid voor de aanpak van al deze soorten zware criminaliteit ligt vrijwel geheel bij de politieke en de justitiële autoriteiten, zodat de differentiatie zich niet richt naar de vraag *welke* aanpak van de betreffende normschending gepast is, maar naar de vraag waaruit de *strafrechtelijke* aanpak moet bestaan. 'De betekenis van het begrip differentiatie beperkt zich hier derhalve tot de soort en de zwaarte van de strafrechtelijke interventie.'¹¹⁷

Hoewel dit in het beleidsplan niet zozeer in de sleutel van de differentiatie wordt geplaatst, wordt de intensiteit van de te leveren inspanning door politie en justitie gekoppeld aan de ernst van de strafbare feiten, waarbij de organisatiegraad waarmee het strafbare feit wordt gepleegd een belangrijk criterium vormt voor het vaststellen van de ernst van het feit. Om uiteenlopende redenen en wellicht ook in verband met het genoemde criterium, richt het beleidsplan zich wat de zware criminaliteit betreft niet op de eerste twee soorten zware criminaliteit. Juist de georganiseerde criminaliteit verdient volgens de regering veel extra aandacht, omdat bij de politie en justitie de stellige indruk bestaat – hoewel men toegeeft dat die indruk niet cijfermatig kan worden onderbouwd – dat daarin voor de samenleving een groot gevaar dreigt waartegen met spoed dient te worden opgetreden. 'Nederland is in het verleden goeddeels gevrijwaard gebleven van deze vormen van crimineel gedrag en een uiterste krachtsinspanning is nodig om het thans opkomende gevaar van een grootschalige en in de samenleving gewortelde onderwereld [...] af te wenden. Veel meer nog dan ten aanzien van de hiervoor besproken vormen van zware criminaliteit dienen politie en justitie hier alle zeilen bij te zetten en anders dan bij de kleine criminaliteit en de klassieke zware criminaliteit dient de aanpak vooral op bovenlokale en landelijke leest te zijn geschoeid.'¹¹⁸

114 Zie Samenleving & Criminaliteit 1985, p. 38.

115 Zie Samenleving & Criminaliteit 1985, p. 39.

116 Zie Samenleving & Criminaliteit 1985, p. 46.

117 Samenleving & Criminaliteit 1985, p. 39.

118 Samenleving & Criminaliteit 1985, p. 47.

De regering geeft een aantal overwegingen op grond waarvan de strafrechtelijke bestrijding van de georganiseerde criminaliteit een dergelijke voorrangspositie verdient: een aanpak die niet hard genoeg is kan meer georganiseerde criminaliteit uitlokken (ook vanuit het buitenland); een aanpak die niet daadkrachtig is kan het gezag van de strafrechtspleging uithollen (ook ten opzichte van de gewone burger); een harde aanpak van de georganiseerde criminaliteit in een vroegtijdig stadium voorkomt dat deze zich verder vestigt en verbetert; en tenslotte 'is een harde aanpak van deze criminaliteit van belang omdat de daders ervan niet zelden met opzettelijk vertoon hun minachting voor onze rechtsorde demonstreren en het dulden daarvan in sterke mate kan bijdragen aan het proces van normvervaging'.¹¹⁹

In 'Samenleving & Criminaliteit' wordt stilgestaan bij de oorzaken, de omvang en de ontwikkeling van criminaliteit en worden lijnen geschetst waarlangs het toekomstige beleid bij de aanpak van de criminaliteit zich heeft te vormen. Het beleidsplan staat daarnaast grotendeels in het teken van concrete maatregelen die de overheid heeft genomen of zal gaan nemen ten behoeve van de criminaliteitsbestrijding. Het voert in het bestek van dit onderzoek te ver om alle maatregelen apart of in hun onderlinge samenhang te bespreken. Er kan worden volstaan met de opmerking dat inderdaad wordt geprobeerd het beleid te differentiëren en consistent te maken. Veruit de meeste maatregelen ('preventieve maatregelen van bestuurlijke aard' en maatregelen in het kader van de 'zelfstandig preventieve taak van politie en justitie') zijn te scharen onder de aanpak van de kleine criminaliteit. Deze preventieve maatregelen zijn goeddeels ontleend aan het interim-rapport van de Commissie Roethoef en ook in het onderhavige beleidsplan geldt dat die maatregelen nauwelijks 'strafrechtelijk' kunnen worden genoemd; het zijn overheidsbrede maatregelen, maatregelen die op elk denkbaar deelgebied van overheidsbemoeyenis met de samenleving kunnen worden getroffen.¹²⁰

De gedifferentieerde aanpak blijkt in dit geval uit de voornamelijk preventieve en bestuurlijke aanpak ten opzichte van de juridische aanpak van de zware criminaliteit. Onder de noemer van 'het functioneren van de strafrechtspleging' worden de maatregelen uit de doeken gedaan waarmee de regering de *strafrechtelijke* bestrijding van de criminaliteit verwacht te bevorderen. Waar wel (wederom) wordt gesproken van het strafrecht als sluitstuk van het overheidsbeleid en van de noodzakelijke intensivering van het politieke en justitiële overheidsoptreden, verdwijnt de voorgenomen gedifferentieerde *strafrechtelijke* aanpak van de kleine en de zware criminaliteit naar de achtergrond.

De maatregelen die in het beleidsplan worden genoemd in het kader van de strafrechtspleging zijn doorgaans algemeen van aard, behalve die voor de opsporing van strafbare feiten waarbij wel het onderscheid wordt gemaakt naar de soort criminaliteit. Voor de aanpak van de zware criminaliteit bena-

119 Samenleving & Criminaliteit 1985, p. 47.

120 Zie ook Storm van 's Gravesande en De Vries 1986.

drukt de regering nog maar eens dat met name de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit zeer veel aandacht verdient. De meeste maatregelen kunnen in dat licht worden gezien en deze beogen onder andere de opsporingsbevoegdheden van de politie, vooral die ten aanzien van Opiumwetdelicten en illegaal wapenbezit, te verruimen. Verder lijken de maatregelen vooral voort te spruiten uit het streven naar consistentie in de aanpak van zware criminaliteit, nu een aantal van die maatregelen zijn gericht op de informatievergaring en het delen van informatie door politie, en het afstemmen van de verrichtingen van de lokale recherche, de bovenlokale recherche en de CRI.¹²¹ Tot slot kan worden vermeld dat veel organisatorische aspecten van het te voeren beleid betrekking hebben op effectievere executie van straffen (vooral vermogensstraffen), op uitbreiding en ontlasting van de penitentiaire capaciteit en op diverse onderzoekstrajecten die inzicht moeten geven in het functioneren van de strafrechtspleging.¹²²

7.1.5.4 *Kritiek op de beleidsvoering rondom de criminaliteitsbestrijding*

De regering toont met het beleidsplan en in latere beleidsstukken grote voortvarendheid in de aanpak van het criminaliteitsprobleem.¹²³ De kritiek op het plan en het daaruit voortvloeiende beleid voor de periode tot aan 1990 is niet van de lucht: kritiek op de oorzaken van de criminaliteit die de regering aanwijst,¹²⁴ kritiek op het gekunstelde onderscheid tussen kleine en zware criminaliteit,¹²⁵ kritiek op de gecompliceerde benadering van het vraagstuk¹²⁶ en de te hoge verwachtingen van het te bereiken resultaat.¹²⁷ Ook na het verstrijken van de vijf jaar die het beleidsplan belooft, blijft men zeer kritisch.¹²⁸ De meest fundamentele kritiek wordt geuit ten aanzien van het instrumentalistische opvatting van het recht in het algemeen en het strafrecht in het bijzonder, zoals deze reeds naar voren is gekomen bij de bespreking van de maatschappelijke en politieke ontwikkelingen binnen de stagnerende verzorgingsstaat en zoals deze aan het einde van de jaren tachtig nog altijd in het overheidsbeleid de boventoon voert.

Zo richt Kelk zijn pijlen net als 't Hart op het instrumentele karakter van de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, omdat naar zijn uitleg in het beleidsplan rechtshandhaving wordt gelijk gesteld aan criminaliteitsbestrij-

121 Zie Samenleving & Criminaliteit 1985, p. 86-89.

122 Zie Samenleving & Criminaliteit 1985, p. 91-97.

123 Zie Justitiebegroting 1986, p. 7 en Justitiebegroting 1987, p. 5. Zie ook Samenleving & Criminaliteit 1986 (voortgangsrapportage) en Actieplan veelvoorkomende criminaliteit 1986.

124 Als kritiek genoemd in WRR 1988, p. 17/18; zie ook Singer-Dekker 1985.

125 Zie Tulkens 1986.

126 Als kritiek genoemd in WRR 1988, p. 18; zie ook 't Hart 1987 (1), p. 58.

127 Zie Sociaal en Cultureel Rapport 1986, p.252: de veranderbaarheid van de maatschappij zou wel eens kunnen worden overschat (p. 252). Zie ook Glastra van Loon 1994, p. 14-17.

128 Zie voor een uitgebreide analyse en evaluatie van het beleidsplan Verbruggen 1991.

ding.¹²⁹ Kelk erkent dat de individuele rechtsbescherming – ‘het in acht nemen van de vrijheid van de burger’ – ook deel uitmaakt van die rechtshandhaving, maar stelt dat die rechtsbescherming ten onrechte ondergeschikt is gemaakt aan criminaliteitsbestrijding.¹³⁰ Het feit dat het handhaven *door middel van* het recht het handhaven *van* het recht verdringt is inmiddels bekende kritiek, maar nu doet zich ook de complicatie voor dat deze verschuiving steeds luider doorklinkt in het preventieve, bestuurlijke beleid in het kader van de kleine criminaliteit. ‘Het belang van de individuele rechtsbescherming, die onder geen beding mag worden opgeofferd aan de pure doelmatigheid, vormt het permanente thema van de kritische strafrechtsbeoefening en hoort deze voortdurend tot zorg te zijn. [...] Wat echter thans gebeurt, is dat het strafrecht langs welhaast mathematische weg in sterke mate ondergeschikt wordt gemaakt aan het doel van de criminaliteitsbestrijding.’¹³¹ Met betrekking tot de bestrijding van zware criminaliteit stelt Kelk dat het strafrechtelijk optreden wordt gebruikt als wondermiddel en dat de overheid het bestaan van de georganiseerde criminaliteit waartegen het wordt ingezet, overdrijft. ‘Niet valt te ontkennen dat georganiseerde misdaad ook in Nederland bestaat, doch vergeleken op internationaal niveau is dit waarschijnlijk niet in excessieve of zelfs verontrustende mate het geval.’¹³²

Foqué en 't Hart bespreken een benadering van de criminaliteit door de overheid die aansluit bij wat Kelk noemt het ‘overtrekken’ van de bedreiging die georganiseerde misdaad vormt voor de samenleving: uit het gigantische aantal strafzaken dat justitie niet het hoofd kan bieden wordt afgeleid dat de samenleving verkeert in een permanente noodtoestand en dit beeld wordt versterkt door de voorstelling van een almaar toenemende en steeds meer doortrapte criminaliteit.¹³³ In al het overheidsbeleid met betrekking tot het criminaliteitsprobleem worden de voorhanden zijnde rechtsbeschermende voorzieningen voor de individuele burger gepresenteerd alsof deze overvloedig zijn, zodat de rechtsbescherming mag worden ingeperkt met het doel die noodtoestand te keren. ‘Kort samengevat: de dosering van de rechtsbescher-

129 Zie ook Stolwijk 1989, p. 741: ‘Anno 1985 wordt in ‘Samenleving en criminaliteit’ het strafrecht weer gepresenteerd als middel om criminaliteit te bestrijden.’

130 Zie Kelk 1990, p. 59/60. Zie ook Schalken 1987.

131 Kelk 1990, p. 61. Zie ook p. 70 e.v., namelijk dat in het beleidsplan Samenleving & Criminaliteit de zorg en de aandacht voor de rechten van de burger ‘op z'n zachtst gezegd onderbelicht’ blijven. Foqué en 't Hart (1990 (2), p. 194-195) achten een instrumentalistische visie op het recht karakteristiek voor het justitiële overheidsbeleid, hetgeen naast het genoemde beleidsplan wordt geïllustreerd door Actieplan veelvoorkomende criminaliteit 1986.

132 Kelk 1990, p. 73.

133 ‘Deze voorstelling heeft op z'n minst twee componenten. Allereerst lijkt zij slechts een beschrijving te zijn van een gegeven stand van zaken, terwijl zij in feite de dwingende gedragslijn oplegt dat die criminaliteit met alle middelen bestreden moet worden om de samenleving te redden. Met dit laatste is de tweede component verbonden: de te redden samenleving en dus ook haar kwaliteit worden niet aangetast door de aard van de middelen die voor haar redding worden ingezet’, aldus Foqué & 't Hart 1990 (2), p. 195/196.

ming wordt afhankelijk gesteld van de interpretatie van de toestand van de samenleving.¹³⁴ Uiteindelijk kan dit leiden tot de omstandigheid dat het strafrecht maar liefst in een tweetal opzichten faalt: ten eerste schiet het tekort in het tegengaan van de criminaliteit en ten tweede in het bieden van rechtsbescherming van de burger tegen de overheid. 'In beide opzichten lijkt het strafrecht in toenemende mate problematisch te zijn geworden', aldus Peters in één van zijn kritieken op het justitiële overheidsbeleid.¹³⁵ Peters constateert dat in het beleidsmatige denken over het criminaliteitsprobleem en de bestrijding daarvan de rechtsbescherming in de zin van de procedurele rechten en waarborgen voor de verdachte, wordt gepresenteerd als obstakel voor een efficiënte criminaliteitsbestrijding, 'als mogelijkheden verschaffend aan misdadigers om te voorkomen dat het recht zijn beloop krijgt, om "zand in de machine te gooien"'.¹³⁶

Deze manier van denken komt bijvoorbeeld ook naar voren in de Justitiebegroting voor 1989 waarin de minister die voornemens is de strafrechtelijke procedure te vereenvoudigen, een evenwicht zoekt tussen 'het door de rechtspleging te dienen belang van de veiligheid van de maatschappij en de burgers, en het belang van de verdachte bij een eerlijke, zorgvuldige en tijdige berechting.' [...] 'Het gaat in wezen om de spanning tussen hetgeen de beveiliging van de maatschappij en haar burgers alsmede de belangen van slachtoffers vereisen, en de waarborgen die de strafrechtspleging in een rechtsstaat voor de verdachte moet bieden. Ik heb de vraag gesteld of het evenwicht tussen die belangen, die beide in een rechtsstaat van eminente betekenis zijn, in de loop der jaren niet zodanig is verschoven, dat de beveiliging van de maatschappij in het gedrang dreigt te komen.'¹³⁷ Met een beroep op de vermeende belemmerende werking van de strafprocessuele waarborgen voor de verdachte wordt een vergaande inperking van de rechtsbescherming gerechtvaardigd, hoewel het volgens Peters hoogst onwaarschijnlijk is dat dat ook leidt tot een meer effectieve criminaliteitsbestrijding. 'Wij zijn in het recht, maar met name in het strafrecht, waar het instrumentalisme zich het eerst opdringt, in grote

134 Foqué & 't Hart 1990 (2), p. 196.

135 Zie Peters 1990, p. 211. Gemakshalve worden hier de door 't Hart en door Peters geuite kritieken ten aanzien van het justitiële overheidsbeleid in en na het beleidsplan op één lijn gesteld. Het is echter zo dat de visies van Peters en 't Hart op de functies van het strafrecht wezenlijk van elkaar verschillen. Zie voor de machtskritische visie van Peters bijvoorbeeld Peters 1972 en de relationele visie van 't Hart onder meer Foqué en 't Hart 1990 (1) en 't Hart 1994. De verschillende bijdragen van Steenhuis kunnen volgens 't Hart tot de instrumentalistische visie worden gerekend (zie Foqué en 't Hart 1990 (2), p. 195). De drie visies worden tegenover elkaar geplaatst in Van Dijk 1986. Zie Peters 1986; 't Hart 1986; Steenhuis 1986. Zie voor kritiek op de visie van Foqué en 't Hart 1990 ook Van Roermund, Groenhuijsen en Witteveen 1993.

136 Peters 1990, p. 218.

137 Justitiebegroting 1989, p. 3. Zie voor kritiek op deze tendens van stroomlijning De Jong 1985; De Jong 1987; Van Veen 1986; Corstens 1987 (2); Vellinga 1987; Van Almelo, Cohen en Wiewel 1992.

mate slachtoffer geworden van de illusie dat het recht ervoor kan zorgen dat de samenleving enigszins ordelijk verloopt en dat rechtshandhaving [...] voor maatschappelijke orde en veiligheid noodzakelijk is. Ook al geloven wij niet meer dat het zo is, wij blijven het strafrecht in belangrijke mate "toepassen" alsof wij dat wél geloven.¹³⁸

Ondanks alle fundamentele kritiek presenteert de overheid na het verstrijken van de periode waarin 'Samenleving & Criminaliteit' het overheidsbeleid beheerst, een nieuw vijfjarig justitieel beleidsplan: 'Recht in beweging'. Vrijwel tegelijkertijd verschijnt van de hand van het Openbaar Ministerie het beleidsplan 'Strafrecht met beleid'. Ook deze plannen zijn aan veel kritiek onderhevig en wel aan dezelfde kritiek als wordt geuit ten aanzien van 'Samenleving & Criminaliteit'.¹³⁹ De plannen liggen duidelijk in elkaars verlengde: volgens Fijnaut verschilt 'Recht in beweging' qua (conservatieve) ideologie niet van 'Samenleving & Criminaliteit'.¹⁴⁰ Bovendien stelt Fijnaut zich op het standpunt dat deze beleidsplannen eigenlijk alleen dienen als bestuurlijke legitimering van het strafrechtelijke overheidsoptreden teneinde iets ongrijpbaars als 'de ideële geloofwaardigheid van de strafrechtspleging' op te vijzelen.¹⁴¹ De aanleiding voor het nieuwe beleidsplan van de overheid is andermaal de overbelasting van de instellingen die verantwoordelijk zijn voor rechtspraak, rechtshulp en rechtshandhaving – al haast men zich te benadrukken dat sinds 'Samenleving & Criminaliteit' de capaciteitsproblemen al aanmerkelijk zijn teruggedrongen.¹⁴²

Het doel van het beleidsplan is gelegen in het bevorderen van 'de geloofwaardigheid van de justitiële prestaties'.¹⁴³ De kritieken laten aan duidelijkheid niets te wensen over: ook dit plan kan de maatschappelijke ontwikkelingen die van invloed zijn op de rechtshandhaving niet bijhouden en niet in het beleid verdisconteren, ook dit plan wordt te zeer beheerst door een sterke sturingsgedachte vanuit de overheid en ook dit plan wordt gekenmerkt door te hoge verwachtingen met betrekking tot het uiteindelijke resultaat.¹⁴⁴ 'Justi-

138 Peters 1990, p. 215. Zie hierover ook Den Doelder 1987, p. 6-7; Groenhuijsen 1987.

139 Franke 1990, p. 253; zie bijvoorbeeld Fijnaut 1990 (2).

140 Zie Fijnaut 1990 (2), p. 274-276. Zie ook Justitiebegroting 1990, p. 3: 'De wijze waarop in de jaren tachtig de taken van het Ministerie van Justitie zijn vervuld, bepaalt in sterke mate mede het in de jaren negentig te voeren beleid. Blijven door de jaren heen de zorg voor de rechtshandhaving [en] de zorg voor de rechtsbescherming [...] de hoofdtaken van het Ministerie van Justitie, de wijze waarop deze taken moeten worden vervuld, is in sterke mate afhankelijk van de maatschappelijke behoeften op het gegeven moment en in de voorzienbare toekomst.'

141 Zie Fijnaut 1990 (1), p. 48/49 resp. p. 44. Zie in deze zin Hirsch Ballin 1990: p. 11: verder herstel en versterking van geloofwaardigheid strafrechtelijke rechtshandhaving dienen ook in komende jaren wezenlijk onderdeel te zijn van de criminele politiek. Zo ook Fijnaut 1990 (2), p. 912.

142 Corstens spreekt nog altijd van een crisis in de strafrechtspleging, zie Corstens 1990, p. 290.

143 Zie Lissenberg 1990, p. 260.

144 Zie Rosenthal, Hoogenboom en Cachet 1990. Zie ook 't Hart 1990 (2).

tie zou zich [...] beter moeten realiseren dat het 'master plan' grote verwachtingen wekt en (dus) eisen stelt aan de effectiviteit van de claimende organisatie. Wie nu een groter deel van de politietijd claimt, zal op termijn dalende misdaadcijfers en stijgende ophelderingspercentages moeten leveren. Wie niet 'levert' zal juist datgene verbeuren waar *Recht in beweging* [...] zoveel waarde aan [hecht]: geloofwaardigheid en legitimiteit.¹⁴⁵ Alle justitiële beleidsvoornemens en plannen van de overheid in de jaren zeventig en tachtig die bol staan van ambitie, maar die in de strafrechtspraktijk nauwelijks of ieder geval te weinig effect sorteren, ontlocken Franke met betrekking tot 'Recht in beweging' de ietwat wrange vraag of de overheid in plaats van het 'bewegen' nu eens het 'stilzitten' als beleids optie zou kunnen overwegen.¹⁴⁶

7.1.6 De tenuitvoerlegging van beleid door Openbaar Ministerie en politie

Op dit punt is het goed de aandacht te verleggen van de overheid als beleidsvormende instantie naar het Openbaar Ministerie dat is belast met de tenuitvoerlegging van het merendeel van het juridische overheidsbeleid in de strafrechtspraktijk, en naar de politie die feitelijk de opsporing van strafbare feiten verricht. Er wordt van het Openbaar Ministerie gezegd dat het vanaf het einde van de jaren zestig een heuse gedaantewisseling heeft ondergaan, vooral vanwege de bestuurlijke aspecten die steeds meer de boventoon zijn gaan voeren in het strafrechtelijk optreden.¹⁴⁷ Deze verandering zou de gelegenheid bieden om het optreden van het Openbaar Ministerie rationeler en doelmatiger te maken en daarin ook de zeer veranderlijke maatschappelijke omstandigheden te laten meewegen. 'De ontwikkelingen [...] kunnen in elk geval in één opzicht geslaagd worden genoemd. Het O.M. heeft het eerder verloren gegane vertrouwen in zijn functioneren, dat onder meer tot uitdrukking kwam in toenemende maatschappelijke kritiek, grotendeels heroverwonnen door zich te presenteren als beleidsvoerend orgaan en beleidsintenties te formuleren die soms letterlijk zijn overgenomen van de critici.'¹⁴⁸ Het blijft echter de vraag of het Openbaar Ministerie die pas verworven positie in de jaren tachtig en negentig op die manier kan (blijven) effectueren zodat het herwonnen vertrouwen blijft gelden.

In het eerste decennium van het vierde tijdvak worden veelvuldig beschouwingen gewijd aan het beleidsmatige optreden van het Openbaar Ministerie en de implicaties van justitiebegrotingen, jaarverslagen en beleidsplannen als 'Samenleving & Criminaliteit', 'Recht in beweging' en 'Strafrecht met be-

145 Rosenthal, Hoogenboom en Cachet 1990, p. 321.

146 Franke 1990, p. 259.

147 Zie Van de Bunt 1982; Herstel 1982, p. 518-522.

148 Van de Bunt 1983 (2), p. 43.

leid'.¹⁴⁹ Het Openbaar Ministerie lijkt zich eenvoudigweg te conformeren aan dergelijke beleidsplannen van de overheid, overigens zonder daarbij ook daadwerkelijk de gelegenheid te baat te nemen de eigen plaatsbepaling binnen de strafrechtelijke rechtshandhaving en de eigen organisatie aan een kritische zelfreflectie te onderwerpen. Er zijn in het begin van de jaren tachtig weliswaar twee rapporten uitgebracht vanuit het Openbaar Ministerie waarin men tracht de centrale taken te omschrijven en te komen tot een interne organisatiestructuur die geschikt is om zich van die taken te kunnen kwijten, maar door de aansluiting bij het beleidsplan 'Samenleving & Criminaliteit' en het overnemen van de daarbij behorende visie op de criminaliteitsbestrijding en de abstracte beleidsdoelstellingen, gaat die bezinning vooralsnog verloren.¹⁵⁰ 'Doeltreffende bestrijding' van criminaliteit is uitgangspunt en voornaamste oogmerk van S&C; de beide OM-rapporten nemen deze doelstelling zonder enig voorbehoud over voor het bepalen van de koers van het OM. Er wordt evenwel weinig aandacht aan de operationalisering van het doel besteed. Dit wekt bevreemding, te meer daar de knelpunteninventarisatie leert dat de leden van het OM juist kampen met het probleem hoe aan de veelal abstracte doeleinden van het OM uitvoering moet worden gegeven.¹⁵¹

Complicerende factoren bij het realiseren van het strafrechtelijke overheidsbeleid, die in zekere zin samenhangen met het 'verzuim' zich te bezinnen op de eigen plaats binnen de strafrechtspleging, zijn de onderlinge afstemming tussen de werkzaamheden van het Openbaar Ministerie en die van de politie¹⁵² en de gezagsverhouding van het Openbaar Ministerie ten opzichte van de politie zoals deze zich betoont in de strafrechtspraktijk. Het Openbaar Ministerie heeft formeel de leiding over het opsporingsonderzoek en controleert de rechtmatigheid van het politieoptreden, maar er wordt bij zowel vertegenwoordigers van de politie als die van het Openbaar Ministerie betwijfeld of

149 Zie bijvoorbeeld Van de Bunt 1983 (1); Van de Bunt 1986; Van de Bunt 1990.

150 Zie voor de betreffende rapporten vanuit het Openbaar Ministerie Van de Bunt 1986. Het ene rapport is afkomstig van de Werkgroep-Boekraad en betreft een voorstudie naar de structuur van het Openbaar Ministerie. Het andere rapport is van de Werkgroep-Addens en is oorspronkelijk bedoeld te adviseren omtrent de prioriteitsstelling in het strafrechtelijke beleid (Werkgroep Prioriteitsstelling 1986), maar krijgt met het oog op de verschijning van 'Samenleving & Criminaliteit' de opdracht voorstellen te formuleren voor de wijze waarop aan dat beleidsplan door het Openbaar Ministerie uitvoering zal worden gegeven. Zie Van de Bunt 1986, p. 286/287. In 1994 volgt wel een rapport van de Commissie Openbaar Ministerie dat veel meer weg heeft van een herbezinning op de positie van het Openbaar Ministerie. Zie Commissie Donner 1994.

151 Van de Bunt 1986, p. 295. Zie ook p. 294: 'De beide rapporten getuigen van een grote veranderingsdrift binnen de top van het OM; er worden ingrijpende organisatorische veranderingen in het vooruitzicht gesteld om uitvoering te geven aan S&C. De veranderingsdrift gaat gepaard met een groot optimisme [...]. Kennelijk is geen lering getrokken uit het recente verleden.' Zie ook Jaarverslag OM 1985; 't Hart 1987 (3).

152 Zie met betrekking tot die afstemming in het kader van 'Samenleving & Criminaliteit' Stolwijk 1989, p. 740.

die gezagsverhouding daadwerkelijk in de praktijk bestaat en of dat de verhouding niet veeleer omgekeerd is.¹⁵³

Voor de afstemming in de werkzaamheden geldt dat de onderlinge samenwerking tussen de politie en het Openbaar Ministerie hierin zou kunnen bestaan dat de politie inzicht geeft in haar feitelijke opsporingscapaciteit en dat het Openbaar Ministerie op basis daarvan verantwoorde keuzes maakt. Wanneer het Openbaar Ministerie die keuzes niet maakt, bepaalt de politie wat wordt opgespoord – en daarmee in belangrijke mate wat kan worden vervolgd –, al dan niet aan de hand van op voorhand gemaakte keuzes. ‘Dan kan niet gesproken worden van criminele politiek van het OM: er zijn geen doeleinden vooropgesteld, noch is over middelen waarlangs die doeleinden kunnen worden bereikt, iets bepaald. [...] De verhouding OM-politie die in haar harde kern er een van ondergeschiktheid is, is daarmee omgedraaid: het OM laat zich door de politie regeren.’¹⁵⁴ In de strafrechtspraktijk zou die omdraaiing van de gezagsverhouding kunnen worden vermeden door aansturing van de politie aan de hand van het strafrechtelijk beleid van het Openbaar Ministerie en met bijvoorbeeld de prioriteitsstelling die uit dat beleid voortvloeit.¹⁵⁵ Die feitelijke invloed van het Openbaar Ministerie op de opsporing door de politie zou echter te gering zijn omdat die aansturing te incidenteel en te onsamenhangend is. De bestaande middelen die mogelijk bijdragen aan de aansturing schieten tekort, omdat de plannen uit de jaarverslagen van de Procureurs-generaal niet door de hele organisatie van het Openbaar Ministerie heen tot aan de feitelijke leiding van de politie-instantie doorwerken en de landelijke beleidsrichtlijnen zich veeleer richten op de vervolging dan op de opsporing.¹⁵⁶ Hier staat tegenover dat het Openbaar Ministerie wel tracht zich steeds intensiever bezig te houden met het opsporingsbeleid en de afstemming daarvan op het eigen vervolgingsbeleid.¹⁵⁷

Zoals gezegd wordt het Openbaar Ministerie wel geacht formeel het gezag over de politie te hebben. Dat gezag dient toch in hoofdzaak naar voren te komen in die steeds intensievere bemoeienis met het strafrechtelijke beleid en in bijvoorbeeld de opstelling van het Openbaar Ministerie aangaande de uitvoering van dat beleid in het lokale driehoeksoverleg. De al eerder genoemde verzelfstandiging van de politie – ‘de numerieke versterking van de politie, de uitbouw van operationele en de interne organisatie van het apparaat, de invoering van geavanceerde technische hulpmiddelen en de toepassing van

153 Zie Van de Bunt 1983 (1), p. 231. Slothouwer en Spickenheuer 1983. In Bakker 1980 en ‘t Hart 1981 (2) wordt de moeizame relatie tussen openbaar ministerie en politie ook behandeld.

154 Corstens en Tak 1982, p. 6-7.

155 Zie Corstens 1983, p. 14: ‘Het openbaar ministerie tracht meer greep te krijgen op het opsporingsbeleid en aldus de verzelfstandiging van de politie tegen te gaan. Daartoe worden in overleg met de politie opsporingsprioriteiten bepaald.’ Zie ook ‘t Hart 1984, p. 193-194.

156 Zie Fledderus 1983, p. 236 resp. 234. Zie ook ‘t Hart 1984, p. 200.

157 Zie bijvoorbeeld De Doelder 1985, p. 158-159.

ongewone tactische concepten¹⁵⁸ – en met name de toegenomen deskundigheid van opsporingsambtenaren, vormen voor het Openbaar Ministerie aanleiding om de nodige terughoudendheid te betrachten in zijn bemoeienis met de concrete opsporingsbezigheden van de politie.¹⁵⁹

De noodzakelijke gezagsuitoefening over het opsporingsonderzoek van de politie wordt dan in de vorm gegoten van een controle 'achteraf': het opsporingsonderzoek in een concrete strafzaak wordt in dat geval gecontroleerd door de vertegenwoordigers van het Openbaar Ministerie die de verantwoordelijkheid dragen voor het vervolg (de vervolging) van de strafzaak.¹⁶⁰ De jurisprudentiële ontwikkeling van het leerstuk van het onrechtmatig verkregen bewijs is van grote invloed op deze wijze van controleren en biedt als het ware aanknopingspunten voor een repressieve gezagsuitoefening door het Openbaar Ministerie op het politieapparaat. In het begin van de jaren tachtig bestaat de verwachting dat naar mate de vragen omtrent de rechtmatigheid van de inzet van opsporingsmethoden en omtrent de betrouwbaarheid van de resultaten van ingezette opsporingsmiddelen aan betekenis winnen voor het strafproces, het Openbaar Ministerie het politieoptreden meer en gemakkelijker aan zich kan onderschikken.¹⁶¹ In de jaren negentig lijkt deze vorm van controle door het Openbaar Ministerie er voor te zorgen dat niet alleen daadwerkelijk het gezag over de opsporing bij die instantie wordt gelegd, maar ook de verantwoordelijkheid voor de kwaliteit ('het rechtsgehalte') daarvan.¹⁶² Het is interessant te bezien of het Openbaar Ministerie daadwerkelijk het gezag over de opsporing naar zich toetrekt¹⁶³ en of de kwaliteit van de opsporing daarmee kan worden gewaarborgd.

7.1.7 De bestrijding van de georganiseerde criminaliteit

Het feit dat het Openbaar Ministerie in de loop van het vierde tijdvak het gezag over de politie langzaam maar zeker lijkt te herwinnen zou zich duidelijk manifesteren in geval van bestrijding van de zware criminaliteit. 'In 't algemeen kan worden gesteld dat het parket tegenwoordig een vrij intensieve controle over de politie uitoefent daar waarvan een gespecialiseerde aanpak

158 Fijnaut 1983 (1), p. 252. Zie voor een voorzichtige constatering dat de politie enigszins haar opstelling jegens het Openbaar Ministerie aanpast Fijnaut 1983 (2).

159 Zie Corstens en Tak 1982, p. 89.

160 Het feit dat het Openbaar Ministerie de politie steeds meer tracht aan te sturen, kan echter ook weer bijverschijnselen laten zien, aldus Corstens 1983, p. 14: 'Op die wijze raken politie en openbaar ministerie meer met elkaar vervlochten. De afstand tussen politie en openbaar ministerie wordt geringer.'

161 Zie bijv. Fijnaut 1983 (1), p. 256/257.

162 Zie bijv. Justitiebegroting 1990, p. 5: 'Het rechtsgehalte van het strafrechtelijk optreden van de Nederlandse politie moet worden gewaarborgd door het openbaar ministerie.'

163 Het 'formele' gezag om de politie te sturen wordt aangenomen, zie Van de Bunt en Gerding 1992, p. 114-115; Schalken 1992.

van ernstige en/of veel gepleegde delicten sprake is.¹⁶⁴ Deze geconstateerde verschuiving van een zekere autonomie in het optreden van het politieapparaat in de richting van de 'formele' gezagsverhouding van het Openbaar Ministerie over de politie, kan zeker in verband worden gebracht met de enorm toegenomen aandacht van de overheid voor de criminaliteitsbestrijding in haar beleidsplannen en in het bijzonder met het nogal rigoureuus verleggen van die aandacht naar de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit. Zoals al uit de bespreking van dat beleidsplan is gebleken, vormt de bedreiging die de georganiseerde criminaliteit verondersteld wordt te betekenen voor de samenleving voor de overheid de aanleiding om haar justitiële beleid in belangrijke mate in het teken te stellen van de bestrijding daarvan.

Al in de jaren zeventig wordt vanuit de politie gewaarschuwd voor de bedreiging die de georganiseerde criminaliteit meebrengt voor de samenleving.¹⁶⁵ In het begin van de jaren tachtig zouden de bijverschijnselen van de georganiseerde misdaad ook steeds duidelijker zichtbaar worden: 'Allerhande tekenen wijzen erop dat ook in Nederland georganiseerde misdaad een feit is. Enkele van de meer geruchtmakende signalen zijn: liquidaties in 'het milieu', louche bankzaken, misdadige notarissen, corrupte politiemensen en afpersingen in de horeca.'¹⁶⁶ De vermeende opmars van de georganiseerde misdaad is evenwel een moeilijk te bestuderen verschijnsel wat onder meer blijkt uit het feit dat de studie naar deze vorm van criminaliteit in Nederland halverwege de jaren tachtig niet veel voorstelt.¹⁶⁷ Het is daarnaast onduidelijk wat precies onder het begrip 'georganiseerde criminaliteit' wordt verstaan. 'Heel in het algemeen zou men kunnen zeggen dat het hier om die vorm van misdaad gaat, waarbij een aantal mensen met het oog op het behalen van winst en ter vrijwaring van strafrechtelijk ingrijpen, van het plegen van strafbare feiten gemeenschappelijk een afzonderlijke onderneming maken. Uitgaande van deze globale omschrijving is het duidelijk dat er vele vormen van georganiseerde misdaad mogelijk zijn, dat de organisatievormen die zulke misdaad aanneemt, in de tijd zullen evolueren, en dat de manieren waarop misdaad wordt georganiseerd, ook afhankelijk zijn van o.a. de justitiële omstandigheden waarin ze moet worden gepleegd.'¹⁶⁸ Als kenmerken van de georganiseerde

164 Fijnaut 1983 (1), p. 257. Dit in tegenstelling tot het gezag over de politie bij de kleine criminaliteit: 'Grote problemen stelt het opsporingsbeleid echter nog altijd, en zeker in de grote steden, waar het de grote massa van al dan niet aangegeven 'gewone' misdaden betreft. Hier stelt dit beleid, zowel in de vorm van prioriteitenstelling als in die van normstelling, in de praktijk van alledag nog niet veel voor. Veel 'gewone' politiemensen zijn er zich dan ook niet van bewust dat er zoiets als 'opsporingsbeleid' bestaat.'

165 Zie bijvoorbeeld Blaauw 1974 en daarover Fijnaut 1985 (2), p. 5.

166 Fijnaut 1984, p. 581.

167 Zie Fijnaut 1985 (2), p. 26.

168 Fijnaut 1984, p. 581. Over de witteboordencriminaliteit als verschijningsvorm van georganiseerde criminaliteit is wel veel geschreven. Zie bijvoorbeeld De Roos 1983; voor misbruik en fraude van de sociale zekerheid Sinnighe Damsté 1983; en meer algemeen Van de Bunt en Van Duyne 1983; Brants en Van de Bunt 1984; Berghuis, Brants en Willemse 1984.

criminaliteit worden voorts genoemd de demonstratieve overtreding van strafbepalingen, de gewelddadige uitbuiting van haar directe slachtoffers, de oplichting van de overheidsfinanciën en de verstoring van de economische markt.¹⁶⁹

Tegen deze achtergrond van de onbekendheid met de kwantiteit en kwaliteit van de georganiseerde criminaliteit en de vage omschrijving, wekt het propageren van de bestrijding ervan in het strafrechtelijke overheidsbeleid enige bevreemding.¹⁷⁰ Fijnaut stelt dat het onder deze omstandigheden een toch wel hachelijke onderneming is de bestrijding van die criminaliteit aan te gaan, ook al mag het verschijnsel zeker niet worden onderschat of worden genegeerd.¹⁷¹ Een duidelijk beeld en analyse van de toestand van de georganiseerde criminaliteit worden geacht te voorkomen dat te impulsief, te ondoordacht, en te overspannen door politie en justitie wordt gereageerd en als het ware een oorlog tegen de georganiseerde misdaad wordt ontketend.¹⁷²

Ondanks dit alles wordt de bestrijding van de georganiseerde misdaad vanaf de publicatie van het beleidsplan 'Samenleving & Criminaliteit' één van de speerpunten in het strafrechtelijke beleid van de overheid. Het antwoord op de georganiseerde criminaliteit wordt gezocht in een harde politieke bestrijding daarvan. Volgens Fijnaut is dit voor de overheid de meest voor de hand liggende reactie, omdat deze in elk geval de indruk wekt concreet, direct en geschikt te zijn.¹⁷³ Ook Spickenheuer constateert een versterkte machtspositie voor de politie.¹⁷⁴ Het fenomeen van de oorlog tegen de georganiseerde misdaad doet daarmee toch zijn intrede: 'Nooit eerder in elk geval werden politie en justitie op zo'n luidruchtige manier en zo over heel de linie – interne organisatie; methoden en bevoegdheden; financiële en andere middelen – gemobiliseerd om beslissende slagen te kunnen toebrengen aan zulke misdaad als tegenwoordig het geval is.'¹⁷⁵

Ook in de strafrechtspraktijk worden de mogelijkheden van de politie aanzienlijk uitgebreid door de toepassing van allerlei opsporingsmethoden die veel minder strikt zijn geregeld dan de reeds bestaande wettelijke bevoegdheden, zoals het werken met tipgevers, het inzetten van informanten, infiltran-

169 Fijnaut 1985 (2), p. 31.

170 Zie ook Spickenheuer 1985, p. 108.

171 Fijnaut 1984, 581.

172 Fijnaut 1984, p. 581; zie eveneens Fijnaut 1985 (2), p. 6.

173 Zie Fijnaut 1985 (2), p. 34. Zie ook Smit 1987, p. 1095: 'Ten eerste omdat oorlogen tegen de misdaad qua directe resultaten gewoonlijk op een fiasco uitlopen. [...] ten tweede omdat het – ironisch genoeg – welhaast onvermijdelijk is dat zulke oorlogen de georganiseerde misdaad eerder bevorderen dan verzwakken, omdat de andere partij de organisatiegraad van haar criminele bedrijf zal gaan opvoeren om het hoofd te kunnen bieden aan het versterkte politie-optreden. [...] Ten derde omdat in dergelijke oorlogen vooral in de rangen van het politieke voetvolk altijd weer de nodige slachtoffers vallen.'

174 Spickenheuer 1985, p. 110/111. Zie ook Fijnaut 1985 (2), p. 5-6 en over de samenwerking tussen de verschillende politiediensten Nuijten-Edelbroek 1985.

175 Fijnaut 1988, p. 148.

ten, undercoveragenten en observatieteams. De grondslag van de inzet van deze opsporingsmethoden wordt doorgaans gevonden in de algemene, in de wet neergelegde taakstellingen van de politie en het Openbaar Ministerie, terwijl de grenzen voor de inzet van die methoden veelal worden bepaald in onderling overleg tussen hen. 'Deze berusten waarschijnlijk grotendeels op de (gegroeide en gangbare) praktijk en op bepaalde afspraken of richtlijnen daaromtrent.'¹⁷⁶ Spickenheuer stelt dat deze gang van zaken toch wel opmerkelijk is daar de wetgever doorgaans terughoudend is in het toekennen van ingrijpende bevoegdheden aan opsporingsambtenaren; de omslag komt volgens hem enkel voort uit de gedachte dat de opsporing van zwaardere categorieën van criminaliteit noopt tot de inzet van zwaardere (tactische) middelen en bevoegdheden.¹⁷⁷

Ook in de justitiebegrotingen komt deze gedachtegang duidelijk naar voren en wordt benadrukt dat de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit landelijke prioriteit behoeft.¹⁷⁸ In het kader van die bestrijding blijft men aandringen op een uitbreiding van de ter beschikking gestelde (financiële) middelen en op meer armslag voor politie en justitie.¹⁷⁹ In de nota 'De georganiseerde criminaliteit in Nederland' van 1993 wordt het standpunt uitgedragen dat de beleidsmatige aanpak die een aanvang heeft genomen met 'Samenleving & Criminaliteit', dient te worden geïntensiveerd.¹⁸⁰ Deze intensivering kenmerkt zich onder meer in de samenwerking van tal van (al dan niet justitiële) overheidsdiensten met het doel zoveel mogelijk informatie te verzamelen omtrent criminele organisaties en in een aantal concrete wetsvoorstellen die de mogelijkheden van strafrechtelijke aanpak vergroten.¹⁸¹ Daarbij kan worden opgemerkt dat men naast deze beleidsmaatregelen en wettelijke aanpassingen ook denkt aan een capaciteitsvergroting voor het gerechtelijk vooronderzoek vanuit de verwachting dat meer strafzaken worden aangebracht met betrekking tot 'misdadgroeperingen'¹⁸²

Een belangrijk gevolg van de wijze waarop de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit wordt vormgegeven is dat door middel van de intensieve

176 Spickenheuer 1985, p. 109.

177 Spickenheuer 1985, p. 109-110.

178 Zie bij voorbeeld Justitiebegroting 1991, p. 5: 'De eis van evenredige rechtshandhaving stelt ons [...] ook voor de vraag, tot welke toerusting van de overheid de specifieke verschijningsvormen van criminaliteit aanleiding moeten geven. In vakkundig afgeschermdde criminele organisaties moet met andere middelen worden doorgedrongen dan in het verleden voorhanden waren.' Zie voorts Justitiebegroting 1992, p. 38 en Justitiebegroting 1993, p. 11-13.

179 Van belang zijn de innovaties die worden voorgesteld door de Werkgroep-Gonsalves. Zie hieromtrent De Wit 1988 en Korthals Altes 1989, p. 42-44. Zie over het verruimen van de armslag van het Openbaar Ministerie ook Van Capelle 1989.

180 Zie *Kamerstukken II* 1992/93, 22 838, nr. 2, p. 6.

181 Zie *Kamerstukken II* 1992/93, 22 838, nr. 2, p. 20.

182 Zie *Kamerstukken II* 1992/93, 22 838, nr. 5, p. 8. De minister van Justitie geeft aan dat hij voornemens is wetsvoorstellen in te dienen ter uitvoering van de voorstellen van Commissie Moons (p. 13).

samenwerking tussen politie en justitie zeer veel informatie kan worden verzameld, die zich leent voor analyse (overigens zonder dat daarmee is gezegd dat dergelijke analyses ook een representatief beeld geven van de georganiseerde criminaliteit) en dat de verzamelde en geanalyseerde informatie op haar beurt weer dienst doet als grondslag voor verdere beleidsontwikkeling. In overkoepelende beleidsinstanties of in samenwerkende bovenregionale researcheteams als het IRT Noord-Holland/Utrecht is daarnaast de ervaring opgedaan dat bestrijding van de georganiseerde criminaliteit noopt tot ontwikkeling van nieuwe opsporingsmethoden ten behoeve van deze informatievoorziening.¹⁸³ De bestaande mogelijkheden ter bestrijding worden onvoldoende geacht.¹⁸⁴ Nieuwe opsporingsmethoden en de vergroting van de kring van betrokken instanties bij de opsporing zouden de informatiepositie van de politie aanzienlijk verder versterken zodat politie en justitie feitelijk in staat zijn een zo realistisch mogelijke inventarisatie te maken van de criminele organisaties.¹⁸⁵ De instelling van een vijftal 'bovenregionale kernteams' dat een landelijk dekkend opsporingsnetwerk vormt, wordt geacht daar een belangrijke bijdrage aan te leveren.¹⁸⁶

Het blijkt inderdaad met name de informatie over de omvang en de verschijningsvormen van de georganiseerde criminaliteit te zijn waar het in eerste instantie aan schort. In de nota 'De georganiseerde criminaliteit in Nederland' wordt dan ook toegegeven dat de kennis over de georganiseerde criminaliteit nog altijd slechts gedeeltelijke kennis is en dat veel van de informatie die men wel heeft, betrouwbaar is. De georganiseerde criminaliteit wordt daarmee een tamelijk onbestemd en ongrijpbaar fenomeen. Ondanks het gebrek aan inzicht stelt de regering zich op het standpunt dat met de bestrijding niet kan worden gewacht.¹⁸⁷ De regering erkent weliswaar dat de analyse van de georganiseerde criminaliteit in Nederland nog verre van compleet is, maar dat geeft naar haar mening slechts aanleiding tot de toezegging dat het beleid in de komende jaren zal moeten worden aangevuld en bijgesteld. 'Wij zien de hier voorliggende nota als de aanzet tot een open beleidsproces.'¹⁸⁸ Het feit dat de georganiseerde criminaliteit op deze intensieve wijze dient te worden bestreden, lijdt volgens de regering geen twijfel.

'De georganiseerde criminaliteit is in Nederland in omvang gegroeid en heeft bovendien nieuwe gedaanten aangenomen. Kenmerkend voor de hedendaagse georganiseerde misdaad zijn de internationale schaal van opereren, de grootschalige vermogensopbouw, de systematische afscherming en de penetratie in de legale bovenwereld.'¹⁸⁹ De juistheid van deze veronderstel-

183 Zie *Kamerstukken II 1992/93*, 22 838, nr. 2, p. 7.

184 Zie *Kamerstukken II 1992/93*, 22 838, nr. 2, p. 20.

185 Zie *Kamerstukken II 1992/93*, 22 838, nr. 5, p. 4.

186 Zie *Kamerstukken II 1992/93*, 22 838, nr. 5, p. 6.

187 Zie *Kamerstukken II 1992/93*, 22 838, nr. 2, p. 9.

188 Zie *Kamerstukken II 1992/93*, 22 838, nr. 2, p. 22.

189 *Kamerstukken II 1992/93*, 22 838, nr. 2, p. 19/20.

ling kan worden betwijfeld op grond van het genoemde gebrek aan kennis. Op grond van de onduidelijkheid over de noodzaak van de bestrijding en over de wijze van bestrijden en op grond van de onbekendheid met de effectiviteit en de gevolgen van de bestrijding, is bovendien niet duidelijk welke *neveneffecten* met een dergelijke intensieve bestrijding gepaard gaan:¹⁹⁰ meer dan eens wordt gewaarschuwd voor het gevaar van onwettigheden bij de opsporing of onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal¹⁹¹ en voor het gevaar van corruptie onder politieambtenaren.¹⁹² Hoever de justitiële aandacht uiteindelijk doorschiet en welke vergaande consequenties die buitensporige aandacht heeft voor de legitimiteit van de strafrechtspleging, zou pas halverwege de jaren negentig echt aan de oppervlakte komen.

7.1.8 De IRT-affaire

Op 7 december 1993 wordt het IRT Noord-Holland/Utrecht op instigatie van de 'Amsterdamse driehoek' opgeheven met als formele reden dat in een bepaald proactief opsporingsonderzoek naar een drugsbende gebruik zou zijn gemaakt van een ontoelaatbare opsporingsmethode, dat wil zeggen van een methode die op zichzelf weliswaar toelaatbaar is (omdat de toepassing wordt genormeerd in richtlijnen van het Openbaar Ministerie en omdat de rechter het gebruik van dergelijke opsporingsmethoden pleegt goed te keuren), maar die gezien de omstandigheden niet heeft voldaan en niet voldoet aan de vereisten van beheersbaarheid en controleerbaarheid.¹⁹³ In het kader van de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit zou een criminele burgerinformant of -infiltrant zijn ingezet met het doel deze te laten 'ingroeien' in een criminele organisatie die zich bezighoudt met de handel in soft drugs, welk doel onder andere met zich heeft gebracht dat de betreffende infiltrant zelf de nodige strafbare feiten heeft gepleegd, bijvoorbeeld in het kader van de Opiumwet.

In het verlengde hiervan heeft het IRT zich beziggehouden met de handel in softdrugs en daarnaast zou het team zich eveneens hebben ingelaten met bijvoorbeeld de invoer van cocaïne. Deze 'Deltamethode' – vernoemd naar het opsporingstraject waarin de methode wordt gebruikt – komt aan het licht doordat de Amsterdamse teamleider van het IRT melding daarvan maakt aan 'zijn' commissaris van politie. De bevindingen van de teamleider – die overigens niet kan beschikken over alle informatie vanwege het geheime karakter van de methode – worden door de commissaris doorgestuurd aan de Amster-

190 Zie bijvoorbeeld Fijnaut 1989, p. 24 en Fijnaut 1988, p. 151.

191 Minister van Justitie Korthals Altes stipt dit gevaar slechts aan, zie Korthals Altes 1989, p. 40.

192 Zie bijvoorbeeld Pijl 1990; Korthals Altes 1989, p. 39/40.

193 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 593, nr. 1, p. 1-2.

damse hoofdofficier van justitie en via deze aan de Procureur-generaal. Na een overleg met de ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken waarin wordt besloten tot het stopzetten van het betreffende onderzoek maar ook tot het op andere voet laten voortbestaan van het IRT, stuurt de Amsterdamse driehoek gezamenlijk een persbericht uit waarin wordt aangekondigd dat het IRT Noord-Holland/Utrecht is opgeheven. Dit is het begin van de zogenaamde IRT-affaire. Op de achtergrond van deze affaire speelt een andere kwestie, namelijk dat spanningen zouden bestaan die hebben geleid tot een gebrek aan vertrouwen tussen de teamleden.¹⁹⁴ Teneinde enig licht in de duisternis te krijgen stellen de betrokken ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken een kleine onafhankelijke commissie in die als opdracht heeft een beschrijving te geven van de geschiedenis van de totstandkoming en het functioneren van het IRT, alsmede een analyse te geven welke problemen daarbij zijn ontstaan. Op grond hiervan zal de commissie dan conclusies trekken en aanbevelingen doen.¹⁹⁵

Het rapport van de Commissie Wierenga spreekt zich in niet mis te verstane bewoordingen uit over de haars inziens ware toedracht van de IRT-affaire. De commissie stelt dat de gewraakte opsporingsmethode die door de Amsterdamse driehoek is aangegrepen om het IRT op te heffen 'op een weloverwogen en zorgvuldige wijze en niet onrechtmatig is toegepast. De commissie is voorts van oordeel dat de toepassing viel binnen het kader van de door het openbaar ministerie vastgestelde richtlijnen',¹⁹⁶ met als gevolg dat die opsporingsmethode ('de omstreden werkmethode') naar de mening van de commissie niet mag worden beschouwd als werkelijke reden achter de ontbinding van het IRT. Wierenga c.s. komen tot de conclusie dat de ontbinding haar oorsprong vindt in een tweetal feiten, namelijk ten eerste in het feit dat de leiding van de Amsterdamse recherche het IRT eigenlijk bij haar eigen centrale recherche wilde inlijven en in het geval dat dat niet mocht lukken, zij het team wilde opheffen, en ten tweede in het feit dat de Amsterdamse hoofdofficier van justitie van mening was dat het IRT slechts moeilijkheden veroorzaakte en ook hij het team wilde opheffen, maar dan met die reden. De conclusie is dat het IRT op onjuiste gronden en geheel onnodig is ontbonden.¹⁹⁷ De schuld van de hele affaire wordt door de Commissie Wierenga gelegd bij de Amsterdamse politie en justitie autoriteiten.

Het rapport van de commissie stuit op veel kritiek zowel vanuit de wetenschap als in de Tweede Kamer. Verschillende wetenschappers zoals De Roos, Naeyé en De Doelder hekelen het rapport omdat het naar hun mening te snel voorbijgaat aan het feit dat methoden zijn toegepast die de grenzen van het

194 *Kamerstukken II 1993/94*, 23 593, nr. 1, p. 1.

195 *Kamerstukken II 1993/94*, 23 593, nr. 2. Zie ook Van Veen en Werdmuller 1996, p. 423-424.

196 Commissie Wierenga 1994, p. 182. Met betrekking tot de opsporingsmethode geeft de commissie enkel aan dat een verschil van inzicht kan bestaan omtrent de wenselijkheid van de toepassing ervan.

197 *Kamerstukken II 1993/94*, 23 593, nr. 6, p. 4 en Commissie Wierenga 1994, p. 186.

toelaatbare schijnbaar hebben overschreden – of dat het gaat om zeer ingrijpende opsporingsmethoden die ten onrechte een wettelijke normering ontberen – en dat de hele affaire wordt afgedaan als ware het slechts een ordinaire competentiestrijd tussen politiekorpsen.¹⁹⁸ De Roos vindt het opmerkelijk dat in het rapport zo ‘makkelijk’ wordt aangenomen dat het met de betreffende opsporingsmethode wel goed heeft gezeten. ‘De integriteit van de rechtsstaat en de toelaatbaarheid van opsporingsmethoden als (diepte)infiltratie en het dealen met criminelen is nu net de kwestie die de burgers raakt. Het valt de commissie aan te rekenen dat het debat over die kwestie [...] dreigt te verdwijnen onder (misschien) rollende koppen van verantwoordelijke functionarissen.’¹⁹⁹ Naeyé bestempelt de hele affaire als een politiek-juridische tijdbom die op het punt staat te ontploffen: ‘Politiek omdat de verantwoordelijke autoriteiten de IRT-blamage hadden behoren te voorkomen. En juridisch omdat de strafrechter straks met de gebakken peren zit, want de politieke integriteit vormt het fundament van het strafrechtelijk bedrijf.’²⁰⁰ De Doelder tenslotte geeft aan niet te kunnen begrijpen waarom de juistheid van het oordeel van de Amsterdamse autoriteiten om de toepassing van de opsporingsmethode af te kappen, toch zo in twijfel wordt getrokken. Naar zijn mening zijn het oordeel omtrent de gang van zaken bij de opheffing en omtrent de beslissing van de hoofdofficier van justitie en de Procureur-generaal dat de opsporingsmethode niet deugde, twee geheel verschillende aangelegenheden en kan van het laatstgenoemde eenvoudigweg niet worden gezegd dat het een ‘foute’ beslissing betreft. ‘Van verschillende zijden is opgemerkt, dat het goed is dat de leiding van het OM in Amsterdam de door het IRT gebezigde opsporingsmethode te ver vond gaan. Blijkbaar zitten er nog mensen in het OM, die zich tot taak rekenen om niet alleen tegen criminelen te vechten maar ook tegen de afbraak van de rechtsstaat.’²⁰¹

Minister Hirsch Ballin (Justitie) en minister Van Thijn (Binnenlandse Zaken) zeggen de Tweede Kamer toe dat zij ‘functioneringsgesprekken’ met de hoofdrolspelers van de affaire gaan voeren. De IRT-affaire kent echter in de loop van de verdere behandeling in de Tweede Kamer enkele consequenties die veel verder gaan en die het functioneren van de ministers zelf betreffen. Verschillende leden van de oppositiepartijen dienen moties in waarvan de

198 Zie De Roos 1994 (2); Naeyé 1994; De Doelder 1994. Zie ook Kelk 1994, p. 54: ‘Er hebben zich – zo zou men kunnen zeggen – in het licht van het monomane doel van de criminaliteitsbestrijding egocentrische tendenties van de strafrechtelijke organen meester gemaakt ten koste van een collectief streven naar pluriformiteit van doelen.’ De Roos vindt het bizar te moeten constateren dat ‘de luidruchtige verbale en legislatieve actie tegen de georganiseerde criminaliteit tot nu toe niet veel meer oplevert dan een van radeloosheid getuigende situatie bij de politie en de justitie – de organen dus, die het in feite allemaal moeten doen.’ Zie Roos 1994 (3), p. 110/111.

199 De Roos 1994 (2), p. 439.

200 Naeyé 1994, p. 7.

201 De Doelder 1994, p. 541.

ene leidt tot de instelling van een parlementair onderzoek onder leiding van Tweede Kamerlid Van Traa.²⁰² Deze onderzoekscommissie schrijft het rapport 'Opsporing gezocht' en de belangrijkste aanbeveling van de werkgroep leidt tot de instelling van een Parlementaire Enquête naar de opsporingsmethoden van politie en justitie in Nederland. Deze aanbeveling vloeit voort uit de ervaring van de werkgroep zelf dat zij met haar beperkte mogelijkheden niet in staat is de affaire tot op de bodem uit te zoeken en een definitief oordeel omtrent de toepassing van opsporingsmethoden te vellen.²⁰³ De enquête strekt zich uit tot drie onderwerpen: (1) het beeld van de ernst, aard en omvang van de zware georganiseerde criminaliteit; (2) de feitelijke toepassing, de rechtmatigheid, het verantwoord zijn en de effectiviteit van opsporingsmethoden; en (3) de organisatie, het functioneren en de controle van de opsporing.²⁰⁴ De bevindingen in het rapport van de Parlementaire Enquêtecommissie – getiteld 'Inzake Opsporing' – zullen uiteindelijk diep ingrijpen in het denken over de legitimiteit van de strafrechtspiegeling bij de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit en bovendien van grote betekenis worden voor de regeling van de functies van de procesdeelnemers in het vooronderzoek, de onderlinge rolverdeling tussen die functies en de inrichting van dat vooronderzoek.

De andere motie die tijdens de parlementaire behandeling van de IRT-affaire wordt ingediend behelst het functioneren van Hirsch Ballin en Van Thijn. Er wordt gesteld dat de beide ministers ernstig tekort zijn geschoten in de samenwerking bij de afhandeling van de IRT-affaire, waardoor zo mogelijk nog meer schade zou zijn ontstaan, en daarin wordt bovendien uitgesproken dat de nieuwe vormgeving en aansturing van de interregionale rechteerteams dient te worden overgelaten aan een volgend kabinet.²⁰⁵ Ook deze motie wordt aangenomen en dat blijkt wel heel concrete gevolgen te hebben: de beide ministers treden af.²⁰⁶ De ontwikkeling van het justitiële overheidsbeleid met betrekking tot de criminaliteitsbestrijding en de bijkans buitensporige aandacht daarbinnen voor de georganiseerde misdaad hebben geleid tot een affaire die zijn weerga in de strafvorderlijke geschiedenis tot dan toe niet kent.

Van een 'crisis' in de verzorgingsstaat naar een crisis in de opsporing. De beschrijving van de grotendeels maatschappelijke en rechts(politieke) ontwikkelingen die zich in het vierde tijdvak voordoen en die van invloed zijn op de functies van en de onderlinge verhoudingen tussen de procesdeelnemers in het vooronderzoek en de inrichting van dat vooronderzoek, wordt afgebroken op het moment waarop de intensieve bestrijding van de georganiseerde criminaliteit zijn tol eist. Nu het onderzoek op dit punt is aanbeld, ligt het voor

202 Zie *Kamerstukken II 1993/94*, 23 593, nr. 9.

203 Zie Werkgroep Vooronderzoek Opsporingsmethoden 1994, p. 4-5.

204 Zie Werkgroep Vooronderzoek Opsporingsmethoden 1994, p. 83 en *Kamerstukken II 1994/95*, 23 945, nr. 11.

205 Zie *Kamerstukken II 1993/94*, 23 593, nr. 13.

206 Zie *Kamerstukken II 1993/94*, 23 593, nrs. 14-15.

de hand over te gaan naar een bespreking van de juridische ontwikkelingen in het vierde tijdvak, vooral ook om inzicht te krijgen in de veranderingen van de concrete functies van de procesdeelnemers tot aan het moment waarop de maatschappelijke, (rechts)politieke en juridische ontwikkelingen samenvallen in het onderzoek van de Parlementaire Enquêtecommissie.

7.2 OMZIEN NAAR HET WETBOEK VAN STRAFVORDERING VAN 1926 IV

Uit de beschrijving van de maatschappelijke en rechtspolitieke ontwikkelingen in de inleiding op het onderhavige tijdvak is duidelijk geworden dat de strafrechtspleging in de loop van de jaren tachtig een steeds grotere betekenis heeft gekregen als onderdeel van het functioneren van de overheid ten opzichte van haar burgers. Bovendien is gebleken dat die strafrechtspleging steeds meer van invloed is geworden op maatschappelijke verhoudingen en tendensen, bijvoorbeeld in het kader van de almaar toenemende criminaliteit en de bestrijding daarvan. Met betrekking tot de ontwikkelingen op het juridische vlak kan eveneens worden gezegd dat de aandacht voor de strafrechtspleging stijgt en wel in die zin dat men zich steeds meer bewust wordt van de mogelijkheden die het strafrecht en het strafprocesrecht in zich (lijken te) dragen voor de oplossing van vele juridische en aanverwante problemen.

De veranderingen die in het straf(proces)recht worden doorgevoerd om de enorm gestegen criminaliteit en de navenant gestegen werklast voor het justitiële apparaat het hoofd te bieden en om de tekortschietende verwerkingscapaciteit van de organen die zijn belast met de strafrechtspleging te verruimen, zijn talrijk. Van veel van die veranderingen kan worden gezegd dat deze in het bestek van dit onderzoek niet heel relevant zijn. Om die reden zal de invloed van die veranderingen op de functies van de procesdeelnemers, op de onderlinge rolverdelingen of op de inrichting van het vooronderzoek hier en daar slechts worden aangestipt. Op zichzelf zijn die veranderingen zonder meer betekenisvol, maar er worden in dit onderzoek in elk geval geen uitvoerige beschouwingen aan gewijd. Voorbeelden van die veranderingen zijn de invoering van de Wet Vermogenssancties in 1983, die het onder meer mogelijk maakt voor het Openbaar Ministerie naast overtredingen ook bepaalde lichte misdrijven zelfstandig af te doen door middel van een transactie, en de overheveling van het verkeersstrafrecht naar het bestuursrecht met de invoering van de Wet Administratiefrechtelijke Handhaving Verkeersvoorschriften in 1989.²⁰⁷ Een andere verandering in de wet die zeker van betekenis is voor de voorfase van het strafproces, maar die verder niet wordt besproken is de

²⁰⁷ Corstens spreekt ten aanzien van het laatstgenoemde wel van 'interne convergentie', het samenkomen van verschillende soorten nationaal recht als het straf(proces)recht, het bestuursrecht en het civiel recht (bijv. de plaats die het Kort-Geding inneemt ten opzichte van het straf(proces)recht). Zie Corstens 1991.

strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen, die ertoe leidt dat politie en Openbaar Ministerie opsporingsbevoegdheden kunnen aanwenden in een eerder stadium dan daarvoor het geval was, namelijk op het moment dat een bepaald strafbaar feit wordt voorbereid en dus voordat het feit of de poging daartoe zich heeft geopenbaard. Tot slot kunnen nog als voorbeelden van dergelijke veranderingen worden genoemd de diverse wettelijke voorzieningen die worden geacht onderdelen van het strafproces te stroomlijnen, zoals de wettelijk voorziening van de kop-staartvonnissen en de vereenvoudiging van verscheidene vormvoorschriften.

Er zijn op het gebied van de strafvordering wel meer veranderingen te noemen waaraan geen aparte beschouwing wordt gewijd, ook al ligt de doorwerking op de concrete functies van de procesdeelnemers, de onderlinge rolverdelingen en de inrichting van het vooronderzoek wellicht meer voor de hand dan bij de veranderingen die hierboven worden genoemd. Dit betreft onder meer dwangmiddelen die zijn opgenomen in bijzondere strafwetgeving en die doorgaans een groter toepassingsbereik hebben en een andere bevoegdheidsverdeling kennen dan die in de algemene regeling van de strafvordering.²⁰⁸ Een ander voorbeeld betreft de uitbreiding van de maatregel tot ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel in 1993 en de daarmee gepaard gaande mogelijkheid tot het instellen van een strafrechtelijk financieel onderzoek om de hoogte van de vordering tot ontneming te kunnen bepalen. Het strafrechtelijk financieel onderzoek is een onderzoek onder leiding van de officier van justitie op machtiging van de rechter-commissaris, specifiek gericht op het criminele vermogen van een verdachte. Omdat deze procedure goed los kan worden gezien van het normale strafproces, blijft een uitgebreide bespreking achterwege.

Een laatste belangrijke verandering op het gebied van de strafvordering die evenmin een aparte bespreking krijgt, is de vergaande internationalisering van het Nederlandse strafproces. In dit onderzoek zal de ontwikkeling van de internationalisering slechts worden besproken aan de hand van de toenemende invloed van het EVRM.²⁰⁹ Factoren als internationale samenwerking in het kader van de criminaliteitsbestrijding – maar bijvoorbeeld ook in het kader van het vrij verkeer van personen en de implicaties daarvan voor de

208 Zie Aler 1982 over opsporingsbevoegdheden en de controlebevoegdheden in de bijzondere wetgeving. Zie ook Hartevelde 1990, p. 94-97 en p. 101: 'Vooral door enkele ingrepen van de wetgever is duidelijk geworden dat het gerechtelijk vooronderzoek bepaald geen exclusieve plaats inneemt als kader voor bevoegdheden. Bij dwangmiddelen is dat al lang niet meer zo, omdat er een geheel afzonderlijk stelsel van bevoegdheden in bijzondere wetten is ontstaan. Het nadeel van die situatie is, dat op sommige punten de waarborgen die verbonden zouden dienen te zijn aan ruime bevoegdheden uit het zicht zijn verdwenen.'

209 Corstens spreekt in dit kader van 'externe convergentie', het steeds meer samenkomen van nationaal en internationaal (Europees) recht. Zie Corstens 1991.

justitiële apparaat – en de groei van de grensoverschrijdende criminaliteit worden aangenomen en buiten beschouwing gelaten.²¹⁰

In het vierde tijdvak wordt het ‘omzien’ naar het Wetboek van Strafvordering van 1926 gekenmerkt door een toch wel vergaande strafvorderlijke veranderingsdrift. In eerste instantie betreft die veranderingsdrift afzonderlijke bevoegdheden of regelingen die ten behoeve van een meer efficiënte strafrechtspleging worden aangepast of waarvan een aanpassing in die zin wordt bepleit. Na verloop van tijd komen meer omvattende onderdelen van het Wetboek van Strafvordering ter discussie te staan, zoals aan het einde van de jaren tachtig de fase van het gerechtelijk vooronderzoek. De grootschalige wetgevingsoperatie die wordt ondernomen door de Commissie Moons richt zich weliswaar hoofdzakelijk op dat gerechtelijk vooronderzoek, maar beperkt zich daar zeker niet toe: het uitbrengen van het rapport ‘Herziening van het gerechtelijk vooronderzoek’ wordt gevolgd door een aantal andere ‘herijkende’ rapporten die veel meer onderdelen van de Nederlandse strafvordering betreffen. Het kan dan ook niet uitblijven dat ruim vijftien jaar na de inwerkingtreding de veranderingsdrift zich uiteindelijk uitstrekt over het gehele wetboek. Zo wordt in de strafrechtswetenschap meer dan eens een aanzet gegeven tot het denken over een integrale herziening. Het enige wat de veranderingsdrift een korte tijd lijkt te temperen is de crisis in de opsporing waar de Commissie Van Traa in haar Parlementaire Enquête op stuit, maar na de presentatie van die bevindingen laait de roep om aanpassing van de wettelijke regeling van de strafvordering weer op. Het uiteindelijke resultaat is de introductie van de zogenoemde bijzondere opsporingsbevoegdheden in de wet en een verlate herziening van het gerechtelijk vooronderzoek. De roep om een heel nieuw wetboek vindt evenwel pas zijn beslag in het vijfde en laatste tijdvak.

7.2.1 Mogelijkheden om het strafrechtelijk onderzoek te controleren

Er wordt doorgaans gesteld dat de mogelijkheden om de gang van zaken in het strafrechtelijk onderzoek te controleren vanaf het einde van de jaren zeventig en het begin van de jaren tachtig aanzienlijk worden verruimd door ontwikkelingen in de rechtspraak en in de strafrechtspraktijk. Deze controle-mogelijkheden worden geacht feitelijk te liggen bij de zittingsrechter, maar ook de verdediging en de officier van justitie krijgen door de betreffende

²¹⁰ Zie voor een beknopte uiteenzetting van het strafrechtelijk internationaliseringsproces aan het begin van de jaren tachtig Swart 1984. Swart noemt een viertal wegen waarlangs de internationalisering zich voltrekt: – de Nederlandse rechtshandhaving is in sterke mate afhankelijk geworden van de bereidheid van andere staten te assisteren (zie Corstens 1986; Thomas 1986); – de uitbreiding van het bereik van de nationale strafwetgeving (zie Keijzer 1986; Wiarda 1986 (2)); – het ontstaan van allerlei vormen van gemeenschappelijke regionale of mondiale belangenbehartiging; – de internationalisering op het gebied van de rechten van de mens (Swart 1986 (1), p. 57-63). Zie ook Buruma 1990 en Van de Landen 1996.

ontwikkelingen meer handvatten om (de resultaten van) de in het vooronderzoek verrichte onderzoekshandelingen op verschillende punten te bestrijden (de verdediging) of te controleren (de officier van justitie).

Met name de verdediging heeft met het doorwerken van de eisen die het EVRM stelt aan het strafproces, met de jurisprudentiële ontwikkelingen omtrent het leerstuk van het onrechtmatig verkregen bewijs en met de opkomst van de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging een aantal belangrijke verdedigingsmogelijkheden in handen. Met betrekking tot de officier van justitie kan worden gezegd dat deze ontwikkelingen hem vooral de gelegenheid bieden om het opsporingsonderzoek dat onder zijn verantwoordelijkheid door de politie wordt verricht te controleren en om daarover gezag uit te oefenen. Daarnaast vormen deze ontwikkelingen ook voor de officier van justitie zelf een leidraad waar hij zich naar heeft te richten bij de opsporing en vervolging. In de literatuur wordt echter het meest over deze ontwikkelingen gesproken als een belangrijke verbetering in de positie van de verdediging. Deze uitleg staat enigszins in contrast met de uiteindelijke afwijzing van een andere, wellicht de meest voor de liggende verbetering van die procespositie. In de jaren tachtig lijkt namelijk de discussie aangaande de aanwezigheid van de raadsman bij het politieverhoor vooralsnog ten nadele van de verdediging te worden beslecht.

7.2.1.1 *Aanwezigheid van de raadsman bij het politieverhoor*

In de bespreking van de juridische ontwikkelingen in het derde tijdvak is een beschouwing gewijd aan de rechtsbijstand tijdens het politieverhoor van de verdachte. Daar is aangegeven dat gedurende dat tijdvak noch de voorzieningen worden getroffen om die aanwezigheid wettelijk te regelen, noch dat de plannen daaromtrent definitief van tafel worden geveegd. De aangenomen motie van het kamerlid Faber bij de Justitiebegroting voor 1980 met het verzoek alvast te starten met experimenten in de geest van de door de Commissie Van Bemmelen voorgestelde regeling, wordt pas ruim twee jaar na de indiening ervan op aandringen van diezelfde Faber door de minister van Justitie in behandeling genomen. Dit resulteert in een brief aan de Tweede Kamer waarin de minister zich opstelt achter de door de adviserende lichamen van politie en Openbaar Ministerie aangedragen bezwaren tegen het betreffende aanwezigheidsrecht.²¹¹ De bezwaren worden goeddeels ontleend aan een brief van de Recherche Advies Commissie (RAC) uit 1975 die anticipeerde op het onderzoek van de subcommissie Van Bemmelen: het verdachtenverhoor is van cruciaal belang voor de waarheidsvinding en de randvoorwaarden voor dat

211 Zie *Kamerstukken II* 1981/82, 17 480, nr. 1.

verhoor maken duidelijk dat een eventuele aanwezigheid van de raadsman daarbij de opsporingsambtenaar louter zou kunnen hinderen.²¹²

In de betreffende brief worden enigszins ongrijpbare factoren aangedragen waaruit die hinder zou kunnen bestaan, zoals intimidatie van de verhoorder door de juridische deskundigheid van de raadsman,²¹³ de toenemende zelfverzekerdheid van de verdachte die wordt bijgestaan, de vertraging van het verhoor door interrupties en de vermindering van de motivatie bij de recherche om het verhoor tot een goed einde te brengen. Het zijn evenwel de praktische consequenties die de minister ervan weerhouden met het aanwezigheidsrecht te experimenteren: in geval van een wettelijke regeling of zelfs in geval van een experiment zou het opsporingsonderzoek moeilijker en kostbaarder worden en langer duren, en bovendien zou dat de inzet van meer opsporingsambtenaren en de uitbreiding van het aantal rechters(-commissarissen) vergen. Een experiment op kleine schaal verhoudt zich volgens de minister slecht met het gelijkheidsbeginsel en zou daarom in het hele land dienen plaats te vinden, waardoor de ministeriële circulaire op grond waarvan het experiment wordt ingevoerd al gauw de vorm van 'pseudowetgeving' zou aannemen. Die cirkelredenering wordt rond gemaakt met de opvatting dat het aanwezigheidsrecht van de raadsman bij het politieverhoor niet uit het wetboek van 1926 valt af te leiden en derhalve voor het scheppen van dat recht een wijziging van de wet nodig is, hetgeen de vorming van pseudowetgeving onwenselijk maakt: 'In feite zou dus een ingrijpende wijziging in het strafproces plaatsvinden zonder dat daaraan wetswijziging is voorafgegaan.'²¹⁴

De brief aan de Tweede Kamer komt de minister van Justitie op veel kritiek te staan en dan met name van de kant van de advocatuur. Zijn beslissing om af te zien van het experiment met het aanwezigheidsrecht wordt bestempeld als te eenzijdig gefundeerd op de bezwaren van de kant van de opsporing.²¹⁵ Vanuit de wetenschap klinkt het geluid door dat die bezwaren op gespannen voet staan met de rechten van de verdachte en dat de schattingen omtrent de te verwachten praktische consequenties zeker aanvechtbaar zijn.²¹⁶ Lensing stelt zich wat dit laatste betreft op het standpunt dat de minister pas uitspraken kan doen over deze consequenties wanneer hij weet hoe in de strafrechtspraktijk feitelijk met de aanwezigheid van de raadsman bij het politieverhoor wordt

212 Zie *Kamerstukken II* 1981/82, 17 480, nr. 1, p. 3-4. Zie voor een iets andere benadering van de kant van politie Staal 1985, p. 4: 'de voorfase van het strafproces [wint] meer aan kwaliteit [...] door kwaliteitsverbetering van de politie en efficiency in het strafproces dan door opwaardering van de advocatuur door middel van ogenschijnlijk verbetering in de verhouding van de "equality of arms".' Zie over deze argumenten Schalken 1988, p. 165: 'Het merkwaardige is dat in de argumentatie van de politie tegen de toelating van raadslieden tot het verhoor, de belangrijkste steun kan worden gevonden voor de opvatting dat zij juist wel tot het verhoor dienen te worden toegelaten.'

213 Zie voor een geheel tegenovergestelde projectie Staal 1985, p. 8.

214 *Kamerstukken II* 1981/82, 17 480, nr. 1, p. 6.

215 Zie Van Schelle-Feenstra 1982.

216 Zie Lensing 1982, p. 1083.

omgegaan. Zo vraagt hij zich af of de raadsman daadwerkelijk altijd gebruik zal maken van de gelegenheid om bij het verhoor aanwezig te zijn. Lensing heeft evenwel begrip voor de lastige situatie waarin de minister is komen te verkeren: nu in de bestaande praktijk de aanwezigheid wel wordt gedoogd, betekent een legalisering daarvan vrijwel zeker de opvolging van het fel bekritiseerde wetgevingsadvies uit 1978; het terugdraaien van de bestaande praktijk betekent daarentegen een aantasting van een min of meer reeds 'verworven' recht.²¹⁷

Het achterwege blijven van een wettelijke regeling laat nog altijd de onverlet dat de raadsman in voorkomende gevallen desgevraagd aanwezig mag zijn bij het politieke verhoor, maar leidt er wel toe dat de raadsman zich wanneer hem de toegang tot het politieverhoor wordt ontzegd, niet zal kunnen beroepen op een recht daartoe.²¹⁸ De raadsman blijft afhankelijk van de politieke autoriteiten die belast zijn met het verhoor. Vanuit de advocatuur blijven men daarom ondanks de afwijzende brief van de minister van Justitie, aandringen op een wettelijke regeling.²¹⁹ Ook de vertegenwoordigers van de grote politieke partijen in de Tweede Kamer zijn niet tevreden met het antwoord van de minister en zij bestrijden ieder voor zich de aangedragen bezwaren.²²⁰ Uiteindelijk zegt de minister van Justitie – inmiddels heeft Korthals Altes de taak van De Ruiter overgenomen – toe een onderzoek te laten instellen naar de stand van zaken omtrent de rechtsbijstand tijdens het politieverhoor.²²¹

In het uit deze toezegging voortvloeiende onderzoek komt Fijnaut in 1987 tot de niets aan duidelijkheid te wensen overlatende slotsom 'dat er geen, althans niet voldoende steekhoudende argumenten zijn om de verdachte nog langer het recht op aanwezigheid van zijn raadsman bij het politieverhoor te ontzeggen: er hoeft niet te worden gevreesd voor (schokkende) negatieve gevolgen voor de doeltreffendheid en efficiëntie van de strafrechtspleging. Maar wat meer, en beter, is: de verlening van dit recht zou niet alleen passen in de (normatieve) evolutie die het strafproces in ons land [...] tot nu toe heeft doorgemaakt, maar zij zou ook de discrepantie verkleinen tussen de strafprocessuele beginselen die hier in het geding zijn, en de strafprocessuele praktijk

217 Zie Lensing 1982, p. 1087. Zie anders over deze verworvenheid Wladimiroff 1985, p. 60.

218 Koster bespreekt in een artikel voor het *Advocatenblad* de uitspraken van de Hoge Raad in zaken waarin de raadsman niet in de gelegenheid is gesteld aanwezig te zijn bij het politieverhoor. De Hoge Raad komt tot de slotsom dat de opvatting dat de raadsman het recht heeft bij de politieverhoren aanwezig te zijn, in haar algemeenheid geen steun vindt in het recht. Zie Koster 1984.

219 Glasz 1986, p. 238: 'De raadsman moet erop kunnen toezien dat de aan de verdachte toegekende proceswaarborgen niet worden geschonden en dat de verdachte niet (ongewild) het slachtoffer wordt van de situatie van stress en intimidatie, waartoe aanhouding, insluiting en verhoor zonder enige bijstand al spoedig kunnen leiden..' Namens de Orde van Advocaten ontwerpt de Deken zelfs een 'wetsvoorstel', zie Glasz en Minkjan 1986.

220 Zie voor een beknopte schets van het verloop van de behandeling in de Tweede Kamer Fijnaut 1987, p. 39-51.

221 Zie Fijnaut 1987, p. 13 en ook *Kamerstukken II* 1982/83, 17 480, nr. 4.

die voor veel verdachten beklemmender is dan in de schoot van de zo-even bedoelde beginselen ligt besloten.²²² Naar de mening van Fijnaut dienen er wel voorwaarden te worden gecreëerd aan de hand waarvan het aanwezigheidsrecht van de raadsman bij het politieverhoor kan worden ingesteld: naast processuele waarborgen (ook ten behoeve van de waarheidsvinding), wordt in het rapport aangedrongen op bijscholing van de verhorende ambtenaren, op kwaliteitsverbetering van de rechtshulp en op een goede voorlichting van de verdachte.²²³ Fijnaut ziet ook een taak weggelegd voor het Openbaar Ministerie: in overleg met de politie heeft het zich te buigen over tactische normen die in acht dienen te worden genomen bij het politieverhoor en het zal zich meer dan tot dan toe het geval is geweest bezig dienen te houden met de controle op het naleven van die normen.²²⁴ Over de wenselijkheid van de invoering van het aanwezigheidsrecht laat Fijnaut geen twijfel bestaan.

In 1988 komt de parlementaire discussie omtrent het aanwezigheidsrecht tot een einde. De 'positieve' conclusie van het rapport van Fijnaut wordt door minister Korthals Altes van de hand gewezen met het oordeel dat de betreffende conclusie zeker niet dwingend uit de onderzoeksbevindingen naar voren komt. 'Ik betreur het dan ook [...] dat dit overigens zeer informatieve rapport niet is afgesloten met een evenwichtige samenvatting van de argumenten pro en contra de voorgestelde regeling die aan het onderzoeksmateriaal kunnen worden ontleend. Nog steeds ben ik van mening dat deze literatuurstudie per saldo geen belangrijke nieuwe argumenten oplevert om tot invoering van een dergelijke regeling in Nederland over te gaan.'²²⁵ Tegenover het gebrek aan sterke argumenten vóór de regeling worden door de minister tegenargumenten geplaatst met de strekking dat 'gerede vrees' bestaat dat het politieonderzoek wordt bemoeilijkt en dat de verdachte minder bereidheid zal tonen om het door hem begane feit te bekennen. De minister vervolgt: 'Ik ben niet bereid het risico van dergelijke negatieve effecten te accepteren, nu immers een meer slagvaardige aanpak van de zware georganiseerde misdaad een van mijn beleidsprioriteiten is.'²²⁶ Korthals Altes is resoluut: 'De maatregel is uit oog-

222 Fijnaut 1987, p. 499. De voorstellen van Fijnaut krijgen impliciet bijval van Lensing in diens dissertatie over het verhoor van de verdachte. Zie Lensing 1988 (1), bijv. p. 570-572. Zie ook Van Schendel 1988, p. 88-91; Lensing 1988 (3), p. 109-112. Zie anders Sietsma 1988, p. 64: 'Alleen indien blijkt dat het opsporingsapparaat met het hanteren van opsporingsmethoden en het gebruiken van dwangmiddelen, inclusief de verhoren, de kwaliteit van de rechtspleging op de tocht zet en de rechterlijke macht niet in staat is gebleken ontoelaatbare methoden te sanctioneren [...] dient de wetgever de leemte [...] op te vullen met controlemogelijkheden die in staat stellen de toepassing van opsporingsmethoden en de hantering van dwangmiddelen op de voet, al dan niet audio-visueel, te volgen.'

223 Zie ook Naeyé 1988 over een advocatenbalie op het politiebureau en Koster 1988 over enkele organisatorische aspecten. Zie over de gevolgen voor de opsporingspraktijk Wilzing 1988.

224 Zie Fijnaut 1987, 500.

225 Zie *Kamerstukken II 1987/88*, 20 440, nr. 1, p. 3. Zie ook Wackie Eysten 1988, p. 109; Manschot 1988, p. 72.

226 *Kamerstukken II 1987/88*, 20 440, nr. 1, p. 4.

punt van rechtsbescherming onnodig, uit oogpunt van rechtshandhaving onwenselijk en derhalve de ermee gemoeide kosten niet waard.²²⁷

De mogelijkheid voor de verdediging om de gang van zaken in het strafproces te beïnvloeden wordt met de afwijzing van het aanwezigheidsrecht van de raadsman bij het politieverhoor, niet vergemakkelijkt. In de gevoerde discussie omtrent dat recht schemeren echter ook zo nu en dan andere, niet enkel aan de verdediging toegekende controlemogelijkheden door. Nu eens worden als zwaarwegend argument vóór het aanwezigheidsrecht genoemd de eisen die art. 6 EVRM stelt aan de eerlijkheid van het strafproces en het feit dat de rechtsbijstand tijdens het politieverhoor ook uit die eisen voort zou vloeien,²²⁸ dan weer wordt de mogelijkheid om bewijs uit te sluiten dat onrechtmatig is verkregen genoemd als compensatie voor de afwezigheid van de raadsman tijdens het politieverhoor en als argument tegen het aanwezigheidsrecht. Met het laatstgenoemde lijkt men voorbij te gaan aan de omstandigheid dat de aanwezigheid van de raadsman juist in het geval dat de politie onoorbare verhoortechnieken gebruikt van cruciaal belang kan zijn. Hieronder wordt gezien of van de andere mogelijkheden voor controle mag worden verwacht dat zij de verdediging inderdaad soelaas kunnen bieden.

7.2.1.2 *Het EVRM en het fair trial*

Het almaar toenemende belang van internationaalrechtelijke verdragen en de daarin neergelegde grondrechten van de burger loopt als één van de vele lijnen door dit onderzoek. Zo is bij de bespreking van het tweede tijdvak de opkomst en verdere bewustwording van respectievelijk de sociale en de klassieke grondrechten geschetst en zo is voor het derde tijdvak als belangrijke juridische ontwikkeling aan de orde gesteld dat meer en meer betekenis wordt toegekend aan de bepalingen uit het EVRM. Vanaf de jaren tachtig wint het EVRM verder aan terrein in het denken over een 'rechtens behoorlijke strafrechtspleging'.²²⁹ Rummelink ziet het toenemende beroep op het EVRM en de toepassing daarvan in het kader van strafprocessuele vraagstukken, als een onderdeel van een in de strafrechtswetenschap op gang gebrachte 'tegenstroom' die zorgt voor enige weerstand tegen de overheersende instrumentalistische en functionalistische stromingen binnen het strafrecht en het strafrechtelijk beleid.²³⁰ Myjer registreert dat de bepalingen van het EVRM – in het licht van die tegenstroom als een bron van rechtsbescherming te beschouwen – vanaf halverwege de

227 *Kamerstukken II* 1987/88, 20 440, nr. 1, p. 5. Zie voor eenzelfde opvatting vanuit de politie Sietsma 1988, p. 69/70 en vanuit het Openbaar Ministerie Manschot 1988, p. 82/83.

228 Zie bijvoorbeeld Lensing 1988 (1) en Van de Pol 1990, p. 1408 en 1412.

229 Zie Myjer 1982, p. 140.

230 Zie Rummelink 1980. Zo ook Myjer 1985, p. 41: 'Te midden van en als reactie op al die ontwikkelingen brak – wat grof gesteld – in het begin van de zeventiger jaren een heroriëntatie door op de eis dat criminaliteitsbestrijding moet plaatsvinden op een rechtens behoorlijke wijze.'

jaren zeventig ook feitelijk meer effect sorteren ten gevolge van steeds meer 'dynamische, originele en alles behalve restrictieve' rechtspraak van het EHRM en ten gevolge van de ietwat veranderende opstelling van de Nederlandse strafrechter. 'Ook op nationaal niveau zijn althans bij de rechterlijke macht tekenen waarneembaar dat deze zich meer gelegen laat liggen aan een daadwerkelijke rechtsbescherming van de burger en eindelijk bereid is rechtstreeks consequenties te verbinden aan schending van de in de Conventie opgenomen grondrechten.'²³¹ Volgens Swart winnen ook de uitspraken van het EHRM langzaam maar zeker aan gezag en dan met name wanneer daaruit meer dan eens blijkt dat ook de Nederlandse autoriteiten te kort kunnen schieten in het eerbiedigen van mensenrechten. 'Zelfs blijkt het mogelijk dat de Nederlandse rechter door de internationale instanties op de vingers wordt getikt.'²³²

Bij de verdergaande doorwerking van het EVRM in de Nederlandse strafvordering kan ten eerste de vraag worden gesteld tot wie deze verdragsbepalingen zich richten. De bepalingen lijken op het eerste gezicht een opdracht te bevatten aan de wetgever die dient te bewerkstelligen dat het Nederlandse recht in het algemeen en het straf(proces)recht in het bijzonder zich op de juiste wijze verhoudt dan wel blijft verhouden tot de eisen die het EVRM daaraan stelt en dat waar nodig het nationale recht aan die eisen wordt geconformeerd. In diezelfde zin kan in de verdragsbepalingen een opdracht worden gezien aan de overheidsinstanties die behoren tot de uitvoerende macht, namelijk een opdracht om te zorgen dat het feitelijke overheidsoptreden de beginselen van het EVRM niet met voeten treedt. Van niet te onderschatten waarde is evenwel de mogelijkheid die het EVRM meebrengt voor de rechter om het recht van de wetgever of het optreden van de overheidsinstanties te toetsen. Het EVRM beoogt de individuele burger als onderdeel van de samenleving te beschermen tegen een willekeurige en disproportionele uitoefening van overheidsmacht die een inbreuk maakt op zijn rechten, en met het EVRM kan de rechter een dergelijke onterechte schending van die rechten sanctioneren of in zijn uitspraak verdisconteren. In het verlengde hiervan heeft het EVRM ook een zeer grote, concrete waarde voor de verdediging, daar zij zich ten overstaan van de rechter kan beroepen op een schending.

De verwezenlijking van de fundamentele rechten uit het EVRM in de Nederlandse rechtspraktijk mag dan het meest zichtbaar worden ter terechtzitting, daarbij doet zich ook een aantal complicerende omstandigheden voor. Zo stelt

231 Myjer 1980, p. 21/22. Zo ook Von Brucken Fock 1983, p. 153: 'Sedert de inwerkingtreding van het Verdrag op 3 september 1953 is deze bepaling zowel voor de Europese rechter als voor de nationale rechter veelvuldig ingeroepen. Een overvloedige en gevarieerde jurisprudentie zowel op Europees als op nationaal niveau is daarvan het gevolg geweest.'; Myjer 1985, p. 42: 'De rechter bleek in toenemende mate bereid om in voorkomende gevallen met de bepalingen van de internationale verdragen als inspiratiebron [...] voorrang te willen verlenen aan een interpretatie die is gebaseerd op de rechtsbeschermende functie van grondrechten.'

232 Swart 1986 (1), p. 57.

Alkema in zijn preadvies voor de NOvA in 1981 dat de houding van Nederlandse rechter ten aanzien van het EVRM tot op dat moment wordt bepaald door een tweetal factoren. Die factoren zorgen er wat hem betreft voor dat de rechter zich terughoudend opstelt bij de interpretatie van de verdragsbepalingen en dat de rechter niet zo snel bereid is te beslissen dat die bepalingen zijn geschonden.²³³ De eerste factor is gelegen in het feit dat de rechter vanuit de achtergrond van het Nederlandse constitutionele bestel niet gewend is wetgeving te toetsen aan de Grondwet en dat de toetsing van de wet aan het verdrag in zekere zin een uitzondering op het toetsingsverbod behelst. De terughoudendheid van de rechter kan worden uitgelegd alsof de rechter bepaalde heikele punten in de verhouding tussen wet en rechtspraak liever bij de wetgever laat.²³⁴ De tweede factor in de terughoudendheid van de rechter is dat naar de mening van Alkema het EVRM als toetssteen asymmetrisch werkt ten gunste van de burger: 'als de rechter het EV[ERM] te schriel uitlegt kan de particulier altijd nog proberen zijn gelijk in Straatsburg te krijgen. Is de rechter daarentegen te gul jegens hem, dan kan de staat zulks in Straatsburg niet laten corrigeren, terwijl een dergelijke rechterlijke uitleg van een zelfwerkende verdragsbepaling evenmin door een wet terzijde kan worden gesteld.'²³⁵ Van Dijk en Van Hoof zien in hun handboek over het EVRM naast de 'constitutionele drempelvrees' ook de 'relatief grote onbekendheid, die in het algemeen [...] bij de rechterlijke macht bestaat met de inhoud van de bepalingen van de Conventie en met name met de daarop betrekking hebbende Straatsburgse jurisprudentie' als oorzaak van de rechterlijke terughoudendheid.²³⁶

Deze complicerende omstandigheden staan in contrast met het eerder geschetste optimisme van auteurs als Myjer, die bijvoorbeeld al spreekt van een 'Hollandse lente' met betrekking tot de groeiende bereidheid van de rechter om aan het verdrag te toetsen. Het contrast tussen de hooggespannen verwachtingen omtrent de mogelijkheid van deze toetsing door de rechter en diens terughoudendheid wordt ook gezien door Biesheuvel: 'Al met al zijn wij intussen opgescheept met een tamelijk diffuus beeld. Enerzijds wordt de rechter alom beschouwd als het orgaan bij uitstek, dat bij de bescherming van fundamentele rechten op de barricade heeft te springen. [...] Maar als wij anderzijds op de commentaren mogen afgaan over de dagelijkse omgang van de rechter met internationaal erkende grondrechten, doemt het beeld op van een rechter, die deze garanties benadert als ware het zijn eerste afspraakje.'²³⁷ Dit brengt

233 Zie Alkema 1981, p. 307.

234 Zie Von Brucken Fock 1983, p. 153: 'In een aantal gevallen is sprake van doorwerking van de verdragsbepaling in onze (proces)praktijk en heeft de rechter langs interpretatieve weg nieuwe procesrechtelijke regels geschapen. Veelal ook echter heeft de rechter zich terughoudend opgesteld en heeft hij eerst het woord aan de wetgever willen laten.'

235 Alkema 1981, p. 307.

236 Van Dijk en Van Hoof 1982, p. 533.

237 Biesheuvel 1983, p. 20-21. Zie ook Wiarda 1986 (1).

de zijns inziens ietwat merkwaardige situatie met zich dat de wetgever lastige kwesties die zich in de rechtspraktijk kunnen voordoen overlaat aan de rechter – bijvoorbeeld in een strafvorderlijke context het leerstuk van het onrechtmatig verkregen bewijs of de toepassing van opsporingsmiddelen die vooralsnog geen uitdrukkelijke wettelijke basis kennen – en dat de rechter op zijn beurt weer terughoudend is in zijn toetsing aan het EVRM.

Hoewel het verdrag en de daarin vervatte mensenrechten minimumwaarborgen stellen voor de meest uiteenlopende rechtsgebieden, is art. 6 EVRM vooral van groot belang voor het strafproces.²³⁸ In het strafproces zijn namelijk per definitie de rechten van de burger in het geding ten gevolge van een overheidsingrijpen – zoals het recht op vrijheid en eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer – en is bovendien voor een groot deel van het strafrechtelijk vooronderzoek sprake van een fundamentele ongelijkheid in procespositie tussen het Openbaar Ministerie en de verdediging. Dit zorgt ervoor dat het beginsel van *equality of arms* dat in art. 6 EVRM ligt besloten, voor die fase niet wordt verwezenlijkt;²³⁹ beide omstandigheden maken de waarborg van het recht op een eerlijk strafproces des te noodzakelijker. Art. 6 EVRM stelt uitdrukkelijk eisen waaraan een *fair trial* heeft te voldoen en dat zorgt in verband met de karakteristieken van het Nederlandse strafproces toch voor de nodige complicaties. Zo volgt uit het beginsel van *equality of arms* dat de procespartijen – officier van justitie en verdediging – gelijkkelijk toegang dienen te hebben tot de processtukken die van betekenis (kunnen) zijn voor de rechterlijke oordeelsvorming en dat beide partijen in de gelegenheid dienen te worden gesteld die bewijsstukken te belichten of te betwisten. Dit heeft tegen de achtergrond van het overkoepelende beginsel van *fair hearing* plaats te vinden tijdens een openbare behandeling.²⁴⁰

De vraag die hierbij van doorslaggevende betekenis is voor de werking van art. 6 EVRM en voor het daadwerkelijk kunnen verwezenlijken van een eerlijk strafproces, is vanaf welke fase het verdragsartikel de loop van het

238 Zie ook Nijboer 1984, p. 85.

239 Zie Baauw 1981, p. 333; Van Dijk 1983, p. 95 en 96. Zie ook Leijten 1984, p. 523: 'Waar het in het strafrecht om gaat is, naar ik meen, dus niet de essentiële gelijkheid van partijen, maar de redelijkheid die binnen die ongelijkheid met name van de sterkere partij mag worden verwacht. Niet omdat zij sterker is, maar omdat zij ons, de gemeenschap, vertegenwoordigt. Dat men van de – op dat moment – zwakkere partij weinig redelijkheid mag verwachten, lijkt duidelijk. Niet omdat zij de zwakkere partij is, maar omdat zij, als het om grote zaken gaat, enkel en alleen haar eigen, onwettig, belang verdedigt.'

240 Zie hierover Van Dijk 1983, p. 97-98 en verder p. 98/99: 'Het beginsel van 'fair hearing' houdt naar mijn mening ook de eis in, dat de rechterlijke beslissing met redenen omkleed wordt, indien die redenen niets reeds voortvloeien uit de inhoud van het vonnis zelf in combinatie met de tenlastelegging. De verdachte heeft er recht op te weten, op welke overwegingen de rechter zijn beslissing baseert. Bovendien dreigen bij het ontbreken van een motivering de toegekende rechtsmiddelen illusoir te worden.' Zie voor andere aspecten van het beginsel van *fair hearing* Veenhoven 1981. Zie over alle aspecten van het 'openbaarheidsprincipe' bij de verschillende fasen van het strafproces Van de Pol 1986.

strafproces dient te bepalen.²⁴¹ Von Brucken Fock gaat in zijn preadvies voor de NJV van 1983 dieper op dit vraagstuk in en tracht aanknopingspunten voor de beantwoording daarvan te vinden in de verdragsbepaling zelf. In art. 6 EVRM staat namelijk als absolute voorwaarde vermeld dat het recht op een eerlijk proces moet zijn verzekerd vanaf het moment dat de verdachte onderwerp is of redelijkerwijs mag menen onderwerp te zijn van een *criminal charge*, oftewel van een strafvervolgning. De vraag wanneer sprake is van een strafvervolgning in de zin van art. 6 EVRM is des te lastiger, vooral omdat de Europese jurisprudentie zich daarover tot dan toe slechts heeft uitgelaten in de context van de redelijke termijnproblematiek. De uitleg van de Hoge Raad is weliswaar duidelijk, maar naar de mening van Von Brucken Fock te restrictief vanuit het perspectief van het EVRM, namelijk dat sprake is van een *criminal charge* 'vanaf het moment waarop vanwege de Staat jegens de betrokkene een handeling is verricht waaruit deze heeft opgemaakt – en in redelijkheid heeft kunnen opmaken – dat het OM het ernstige voornemen heeft een vervolging in te stellen'.²⁴²

De oplossing voor de vraag of de eisen die art. 6 EVRM stelt ook in het vooronderzoek in strafzaken dienen te worden gerealiseerd, wordt door Von Brucken Fock ten dele gevonden in de uit het artikel voortvloeiende beperkingen van die eisen. 'Vrij algemeen wordt aangenomen dat het recht op een openbare behandeling van de strafzaak en de aan een rechterlijke instantie te stellen eisen enkel en alleen het onderzoek ter terechtzitting betreffen. De aanspraak op een berechting binnen redelijke termijn kan uit de aard der zaak al in het voorbereidend onderzoek geldend gemaakt worden. [...] Algemeen aanvaard is ook dat de in art. 6.2 neergelegde onschuldspresumptie zijn werking direct in het voorbereidend onderzoek kan doen gelden.'²⁴³

Het beginsel van *equality of arms* is in de lezing van Von Brucken Fock verstoken van dergelijke inherente beperkingen of vanzelfsprekendheden waaruit het al dan niet realiseren ervan in het vooronderzoek logischerwijze zou kunnen voortvloeien. Aan de hand van het recht van de verdachte en diens raadsman op afdoende tijd en gelegenheid om de verdediging voor te bereiden en het daarmee samenhangende recht op inzage van de processtukken door de verdediging, wordt beredeneerd dat het ook bij deze rechten vanzelfsprekend is dat zij reeds in het vooronderzoek gelding hebben, zodat het beginsel van *equality of arms* zich langs deze weg als een recht in het vooronderzoek manifesteert.²⁴⁴ In overeenstemming hiermee stelt Von Brucken

241 Zie Von Brucken Fock 1983, p. 154.

242 Von Brucken Fock 1983, p. 154.

243 Von Brucken Fock 1983, p. 162. Zie ook Harteveld 1990, p. 123-124.

244 Zie Peters 1987, p. 510: 'Wanneer het vooronderzoek van groot belang is in de gehele procedure, moet reeds in die fase daartoe gelegenheid gegeven worden; [...] Inzage in de processtukken is juist bij de voorbereiding van de verdediging essentieel.' Mevis (1991 (2), p. 36) schrijft echter dat beslissingen van de ECRM voor een directe gelding van het inzagerecht weinig ruimte laten.

Fock op grond van beslissingen van de ECRM dat het beginsel zich volgens de Commissie weliswaar niet leent voor een *directe* toepassing in het voorbereidend onderzoek, maar dat uit die beslissingen volgt dat het voor een 'eerlijk proces' onvermijdelijk is dat het beginsel van *equality of arms* als zodanig zeker niet mag worden geschonden. 'Deze rechtspraak steunt m.i. voor een belangrijk deel op de gedachte dat het in art. 6.1 gaat om de 'fairness' van het strafgeding in zijn totaliteit en niet om die van een onderdeel daarvan.'²⁴⁵ Myjer legt in het verlengde van deze opvatting een duidelijk direct verband tussen de *fairness* van het vooronderzoek en die van het eindonderzoek en koppelt dat verband aan het belang van de rechtmatigheid van de wijze van het verzamelen en van het verzamelde bewijsmateriaal tijdens het vooronderzoek: 'De vruchten van een oneerlijk vooronderzoek kunnen immers, indien ter tafel gebracht op het onderzoek ter terechtzitting en aldaar gebruikt, de voor die fase gegarandeerde eerlijkheid zo zeer geweld aandoen dat daarmee het hele onderzoek ter terechtzitting in strijd zou komen met art. 6.'²⁴⁶

Ook Von Brucken Fock brengt de *fairness* van het strafproces in verband met onder meer het hieronder nog te behandelen leerstuk van het onrechtmatig verkregen bewijs en met het hierboven reeds besproken aanwezigheidsrecht van de raadsman bij het politieverhoor. Met betrekking tot dat laatste stelt hij dat het gebrek aan invloed van de raadsman op die zeer belangrijke politieverhoren uiteindelijk de *fairness* van het hele strafproces kan ondermijnen. '[Het blijkt] in de praktijk moeilijk zo niet onmogelijk om op bij de politie afgelegde verklaringen terug te komen en deze zelfs te nuanceren. De verdachte loopt om die reden al in een vroegtijdig stadium van het strafproces een – soms onoverkomelijke – achterstand op. De werking van de onschulds-presumptie wordt daarmee sterk gereduceerd; het zal de verdachte zwaar vallen in het verdere verloop van het strafproces geloofwaardig te maken dat en waarom het historisch gebeuren geheel of gedeeltelijk anders was dan hij tegenover de politie heeft verklaard.'²⁴⁷ Vanuit het oogpunt van de eerlijkheid van het hele strafproces stelt Von Brucken Fock zich op het standpunt dat het beginsel van *equality of arms* zeker ook gelding toekomt in het vooronderzoek, althans in een eerder stadium dan wordt aangegeven in de uitleg van het begrip '*criminal charge*' door de Hoge Raad.²⁴⁸ Hij denkt daarbij zelfs aan de fase van het opsporingsonderzoek.²⁴⁹ 'Art. 6 verdient een teleologische

245 Zie Von Brucken Fock 1983. Zie voor een overzicht voor de mogelijke doorwerking van de wijze waarop het Nederlandse opsporingsonderzoek en het gerechtelijk vooronderzoek zich verhouden tot het *equality of arms*-beginsel Von Brucken Fock 1986.

246 Zie Myjer 1985, p. 43.

247 Von Brucken Fock 1983, p. 170/171.

248 Zie Von Brucken Fock 1983, p. 192-195. Zie hierover ook Harteveld 1990, p. 120-122.

249 De opvatting van Von Brucken Fock dat het politieverhoor van de verdachte reeds heeft te gelden als *criminal charge*, is ingehaald door uitspraken van de Hoge Raad. Zie daarover Von Brucken Fock 1986, p. 71/72; Lensing 1988 (1) geeft aan dat dit verhoor soms wel als zodanig wordt aangemerkt.

interpretatie. Daar waar zich de meest inquisitoire momenten in ons strafproces doen gevoelen, behoeft de processuele positie van de verdachte het meest versterking. Alsdan dient het de verdachte mogelijk te worden gemaakt om zijn verdedigingsrechten te effectueren. Overal waar sprake is van een 'kritieke fase' dient de verdedigingspositie van de verdachte maximaal te zijn; er kan immers voor hem zoveel vanaf hangen.²⁵⁰

Von Brucken Fock vindt het een taak voor de wetgever ervoor te zorgen dat de waarborgen van art. 6 EVRM in elke fase van het strafproces, zodra sprake is van een *criminal charge* en de procespositie van de verdediging dat vereist, gelding hebben. 'Art. 6 kent geen onderscheid tussen een – inquisitoir – voorbereidend onderzoek en een – accusatoir – eindonderzoek. Het gehele strafproces dient zo te zijn ingericht dat een verdachte op elk gewenst moment deze (minimum-)rechten geldend moet kunnen maken. Gelet op de 'under-dog-positie' die een verdachte nu eenmaal heeft, dient iedere behandeling van hem door welke justitiële autoriteit dan ook aan deze minimale eisen van 'fairness' te beantwoorden.²⁵¹ De rol van de rechter is die van toetsende instantie; de rechter controleert op de zitting of over het hele strafproces bezien daadwerkelijk is voldaan aan de eisen van een eerlijk proces en of de verdachte een eerlijke behandeling heeft gehad. 'Hij zal vooral dienen te onderzoeken of de niet-inachtneming van bepaalde proceswaarborgen in het voorbereidend onderzoek tot gevolg moet hebben dat deze éne verdachte aan een onfaire behandeling onderworpen is geweest, en zo ja, welke processuele sanctie daaraan dient te worden verbonden.'²⁵²

Het ligt voor de hand dat wanneer mogelijk sprake is (geweest) van een dergelijke onfaire behandeling, de verdediging daarover verweer voert ten overstaan van de zittingsrechter. Naar de mening van Baauw is het dan bij uitstek de taak van de raadsman om in rechte op te komen voor de fundamentele vrijheden van de verdachte die hij bijstaat.²⁵³ Hij stelt echter dat dit in het onderhavige tijdvak geen eenvoudige opgave is omdat de verdediging zagezegd nog niet eigen is met de waarborgen van het EVRM. Baauw ziet daarnaast een vergaande belemmering in de feitelijke onmogelijkheid van de raadsman binnen diens individuele beroepsuitoefening die rechten te verdedigen²⁵⁴ en in de 'vrij banale, maar wel zeer reële beperkingen qua tijd en geld, die bij het verdedigen van mensenrechten een rol spelen'.²⁵⁵ Bovendien wordt wat hem betreft de geschetste juridische ontwikkeling van de toenemende aandacht voor de fundamentele rechten van de individuele burger binnen

250 Von Brucken Fock 1983, p. 170. Zie minder uitgesproken Van Dijk 1983, p. 147.

251 Von Brucken Fock 1983, p. 172. Zie in deze lijn ook Von Brucken Fock 1986, p. 105-106.

252 Von Brucken Fock 1983, p. 172.

253 Zie in diezelfde lijn Myjer 1985, p. 53.

254 Vooral in strafzaken laten deze beperkingen zich voelen. Zie Baauw 1981, p. 333: 'De geschetste voordelen die het OM als tegenpartij bezit zijn in spiegelbeeld even zoveel nadelen voor de advocaat.'

255 Zo ook Nouwen 1981, p. 355.

het strafprocesrecht in belangrijke mate getemperd door de eveneens voor dit tijdvak kenmerkende ontwikkeling van instrumentalisering en functionalisering van het recht ten gevolge waarvan het strafproces vooral doelmatig dient te zijn in de bestrijding van de criminaliteit. Hij merkt op dat het vooropstellen van doelmatigheid zich moeilijk laat rijmen met 'een angstvallig ontzien van de fundamentele rechten van de verdachte'.²⁵⁶

De mate waarin het EVRM zijn beslag krijgt in de strafrechtspraktijk is voor een groot deel afhankelijk van de procesopstelling van politie en justitie; de raadsman is bij het effectueren van deze fundamentele rechten ten dele afhankelijk van de overige procesdeelnemers.²⁵⁷ Om het probleem van de afhankelijkheid te ondervangen, zal de raadsman zich in ieder geval bewust moeten worden van mogelijke strijdigheden van het strafrechtelijk optreden door politie en justitie en van wettelijke regelingen met de in het EVRM neergelegde mensenrechten en ook dat is lastig, aldus Baauw. 'Het vereist een nieuwe oriëntatie op en creativiteit in het benaderen en uitwerken van grondrechten en constitutionele aspecten in termen van strafrechtelijke beginselen als legaliteit, schuld, proportionaliteit etc. en het toepassen van beginselen van behoorlijk bestuur bij opsporing, vervolging en executie en beginselen van een goede procesorde bij de berechting. Daarbij wreekt het zich reeds op nationaal niveau, wanneer de advocaat onvoldoende kennis heeft van internationale verdragen, waarin grondrechten zijn vastgelegd die ook in de nationale rechtsorde rechtstreeks ingeroepen kunnen worden. Juist het feit dat dergelijke grondrechten directe werking hebben en bovendien hogere rechtskracht bezitten ten opzichte van afwijkende nationale voorschriften, biedt aan de advocaat aanknopingspunten voor de verdediging en aan de rechter voor toetsing van zowel praktijk als wetbepaling.'²⁵⁸ Een uitdrukkelijk beroep op de grondrechten van het EVRM ten overstaan van de zittingsrechter kan dan op termijn een preventieve werking van die rechten teweegbrengen in die zin dat de rechtspositie van de verdachte onder invloed van het EVRM wordt verbeterd.

256 'De primaire functie van het strafrecht is het 'bestrijden' van de 'criminaliteit'. Als zodanig wordt het door de overheid gehanteerd als een machtsinstrument om de rechtsorde, een juridische vertaling van de bestaande machtsverhoudingen in de sociale orde, te beschermen. [...] Vanuit een juridische optiek is daarbij niet zozeer problematisch de doelmatigheid (wàt zijn voor de criminaliteitsbestrijding geschikte middelen) maar wel de rechtmatigheid (wèlke van die middelen zijn uit maatschappelijk en juridisch oogpunt ook toelaatbaar). Het gaat dan om de vraag hoe de criminaliteitsbestrijding plaatsvindt op een rechtens behoorlijke wijze.' Baauw 1981, p. 329-330.

257 Zie Baauw 1981, p. 322.

258 Baauw 1981, p. 334. Baauw geeft een opsomming van mogelijke schendingen van de rechten uit het EVRM die zich in de Nederlandse praktijk kunnen voordoen, zie p. 337-341.

7.2.2 Onrechtmatigheden in het strafrechtelijk vooronderzoek

Volgens Swart laten de invloeden van het EVRM zich duidelijk voelen, vooral bij onderwerpen die verwantschap tonen met de problematiek van het eerlijk proces zoals het leerstuk van het onrechtmatig verkregen bewijs en de toets aan de ongeschreven algemene rechtsbeginselen. 'Kenmerkend voor deze leerstukken is dat zij de overheid binden aan andere normen en op diens onbehoorlijk handelen andere sancties stellen dan die in de formele wet te vinden zijn. Het overeenkomstig de wet handelen, vrijwaart de overheid niet zonder meer van ieder verwijt dat zij onrechtmatig gehandeld heeft. In zoverre heeft hier een emancipatie van de wet plaats in het belang van een verdere en met de tijd meegaande bescherming van individuele burgers.'²⁵⁹

7.2.2.1 *Schending van het strafprocesrecht*

De idee van de *fairness* van het strafproces werkt op bepaalde punten zonder meer door tot in het vooronderzoek. Dit is ook het geval bij het leerstuk van het onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal. Uit het *fair trial*-beginsel vloeit rechtstreeks voort dat de verdediging het recht heeft om het tegen de verdachte gerichte optreden door politie en Openbaar Ministerie op rechtmatigheid te laten controleren door een onafhankelijke en onpartijdige rechter en dat beginsel ziet eveneens op het overheidsoptreden tijdens het vooronderzoek.²⁶⁰ Von Brucken Fock geeft al aan dat de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot het onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal tegemoet komt aan de wens van diegenen die van mening zijn dat de *fairness* in een eerder stadium van het strafproces zijn gelding dient te hebben dan in de fase van het eindonderzoek.²⁶¹

In de loop van de jaren zeventig wordt met de jurisprudentie over het onrechtmatig verkregen bewijs duidelijk dat het optreden in het vooronderzoek gebonden is aan de grenzen die in het wetboek zijn gesteld aan bevoegdheden. 'Het bewijsmateriaal, waarop de rechter [...] zijn bewezenverklaring doet steunen, is voor het merendeel afkomstig uit het voorbereidend onderzoek en kan als zodanig dan ook worden beschouwd als het resultaat van de hantering van bevoegdheden (dwangmiddelen) in het kader van het voorbereidend onderzoek. De uitoefening van die bevoegdheden is gebonden aan voorschriften, waarvan de niet-naleving wel van invloed kan zijn op het rechterlijk bewijsoordeel.'²⁶² De verdediging voert ten overstaan van de rechter steeds vaker het verweer dat de grenzen van die ten aanzien van de verdachte uitgeoefende bevoegdheden zijn overschreden en de rechter weet zich

259 Swart 1986 (1), p. 58. Zie ook Corstens 1983, p. 19-20.

260 Zie Myjer 1982, p. 132.

261 Zie Von Brucken Fock 1983, p. 165.

262 Schalken 1981 (2), p. 4.

steeds vaker gesteld voor de beantwoording van vragen of een bepaalde opsporingshandeling onrechtmatig is verricht, of daarmee ook het bewijsmateriaal dat uit de handeling voortkomt onrechtmatig is en op welke wijze een eventuele onrechtmatigheid dient te worden gesanctioneerd. Ook in de strafrechtswetenschap neemt de problematisering van het onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal een vlucht.²⁶³

Schalken schrijft hierover in 1981 een preadvies ter vergelijking tussen het Nederlandse en Vlaamse recht en Meijers en Myjer preadviseren hieromtrent in 1982 voor de NJV; Corstens wijdt in 1985 een uitgebreide beschouwing aan de doorwerking van de beginselen van een goede procesorde op het strafprocesrecht en Cleiren schrijft daarover in 1989 een gezaghebbend proefschrift. De ontwikkelingen omtrent het onrechtmatig verkregen bewijs en de beginselen van een goede procesorde zijn in de praktijk en theorie vooral van groot belang voor de verdediging, aangezien deze ontwikkelingen haar de mogelijkheid bieden een zekere mate van controle te stellen tegenover de verrichtingen van politie en Openbaar Ministerie in het vooronderzoek, een fase van het strafproces waarin zij de gang van zaken doorgaans maar weinig kan beïnvloeden.²⁶⁴

Het Openbaar Ministerie zelf lijkt zich lange tijd afzijdig te houden van het vraagstuk omtrent het al dan niet onrechtmatig handelen in het kader van de opsporing.²⁶⁵ Volgens Meijers heeft het Openbaar Ministerie zich tot voor kort daarover ook niet al te druk hoeven maken, omdat de verdediging niet gewoon was de aandacht te richten op het gebrek aan deugdelijkheid van opsporing en vervolging, en mogelijke gebreken aan te snijden op het onderzoek ter terechtzitting. Een andere verklaring vindt Meijers in de reeds in de inleiding van dit tijdvak besproken, beperkte mogelijkheid van het Openbaar Ministerie om het politieke optreden te sturen: 'Het openbaar ministerie heeft moeite zijn invloed op de opsporing te handhaven, niet alleen omdat [...] de opsporingsorganen allengs zijn gaan beschikken over een eigen sterk technisch ontwikkelde deskundigheid en gaandeweg meer versnipperd zijn geraakt, maar – wat het bestek van het onrechtmatig verkregen bewijs betreft – ook omdat het openbaar ministerie zich te weinig, in elk geval te weinig kritisch, heeft ingelaten met het gehalte van het politieke handelen en in het bijzonder met de wijze waarop de opsporingsambtenaar binnen zijn beoordelingsruimte optreedt.'²⁶⁶ Deze laatste constatering verhoudt zich slecht met het – vooral

263 Zie Meijers 1982, p. 9. Zie over de exclusionary rule ook Baauw 1981; Rimmelink 1981; 't Hart 1981 (1); Fokkens 1981; Heijder 1981 (2); Schalken 1981 (1); Schalken 1981 (2). Zie ook Nijboer 1989, p. 599.

264 Melai 1985, p. 21: 'De meest opvallende ontwikkeling van het recht heeft zich in de afgelopen jaren in het rechtstreeks belang van de verdachte voltrokken op het gebied van het bewijsrecht.' Zie voor een schets van de ontwikkeling van het betreffende leerstuk ook Melai 1988, p. 129-133.

265 Zie Meijers 1982, p. 75: 'Het lijkt erop dat de wijze van verkrijgen van bewijsmateriaal in strafzaken geen voorwerp van bijzondere zorg is geweest voor de staande magistratuur.'

266 Meijers 1982, p. 76.

in de literatuur onderschreven – aspect van de functie van het Openbaar Ministerie dat stelt dat het de verrichtingen van de politie in het vooronderzoek controleert, oftewel 'zich met een rechterlijke attitude bemoeit met de opsporing'.²⁶⁷ De uiteindelijke verantwoordelijkheid die het Openbaar Ministerie hoe dan ook draagt voor de opsporing en vervolging maakt in elk geval duidelijk dat ook het Openbaar Ministerie is gebaat bij enige opheldering van het vraagstuk omtrent het al dan niet onrechtmatig handelen.

Het is zogezegd niet ondenkbaar dat gedurende het opsporingsonderzoek of in de fase van vervolging door politie of Openbaar Ministerie handelingen worden verricht die de grenzen overschrijden van de in de wet neergelegde bevoegdheden.²⁶⁸ In geval van de uitoefening van die bevoegdheden kan de onrechtmatigheid van het handelen ten eerste zijn gelegen in een schending van geschreven strafprocessuele voorschriften. Het maakt evenwel verschil of die geschreven regels procedurevoorschriften betreffen ofwel regels die van fundamenteel belang worden geacht voor de inrichting van en de gang van zaken binnen het strafproces. Hoewel in beide gevallen sprake is van een onrechtmatige opsporingshandeling, is het waarschijnlijk dat aan de onvoorwaardelijke naleving van de laatstgenoemde regels meer gewicht wordt toegekend dan aan de naleving van voorschriften die 'slechts' strafprocessuele formaliteiten betreffen. Het is daarnaast even waarschijnlijk dat de schending van formaliteiten nog kan worden 'hersteld' in een later stadium van het strafproces en dat deze niet rechtstreeks de belangen van de verdachte schaadt, terwijl een schending van fundamentele strafprocesrechtelijke regels naar alle waarschijnlijkheid nooit zodanig kan worden hersteld dat de onrechtmatigheid wordt opgeheven, en een schending van dergelijke regels altijd diep ingrijpt in de belangen van de verdachte.

De onrechtmatigheid van het handelen door politie en Openbaar Minister kan ten tweede zijn gelegen in een schending van ongeschreven rechtsregels: het feit dat de uitoefening van bevoegdheden binnen de grenzen van het geschreven strafprocesrecht is gebleven, wil nog niet zeggen dat daarmee de opsporing of vervolging ook zonder meer rechtmatig is. De mogelijkheid bestaat namelijk dat het handelen binnen de grenzen van de wet als onrechtmatig kan worden bestempeld door een schending van algemene rechtsbeginselen die zich eveneens uitstrekken tot het strafprocesrecht: *wetmatig* handelen betekent nog niet dat ook *rechtmatig* is gehandeld. 'Naast formele eisen van wettelijke bevoegdheid (legaliteit) worden in de recente jurisprudentie aan de opsporing materiële eisen gesteld, zoals de eis van evenredigheid tussen doel en middelen bij het aanwenden van de voor de opsporing gegeven

267 Zie bijvoorbeeld De Doelder 1985, p. 159-160 en 1988, p. 31: 'Bij de toetsing kan de officier van justitie tot het oordeel komen, dat een bepaalde handeling, hoewel juridisch haalbaar, toch niet gewenst is.'

268 Zie Reijntjes 1980, p. 205: niet elke overschrijding betekent dat onrechtmatig is gehandeld.

bevoegdheden, en materiële eisen dat de opsporing niet geschiedt in strijd met het ongeschreven procesrecht of beginselen van procesrecht.²⁶⁹

Aan de hand van het bovenstaande wordt duidelijk dat een eventueel onrechtmatig strafrechtelijk overheidsoptreden verscheidene oorzaken kan hebben; zo is een onderscheid gemaakt tussen de schending van de geschreven essentiële strafprocesrechtelijke regels dan wel de procedurele voorschriften, en de schending van het geschreven strafprocesrecht is weer afgezet tegen de schending van ongeschreven rechtsbeginselen. Ter verduidelijking van het verschil in de *geschreven* procesregels splitst Schalken het onrechtmatige overheidsoptreden ten gevolge van een schending van het *geschreven* strafprocesrecht nog verder uit in de schending van materiële en formele voorwaarden voor uitoefening van strafprocessuele bevoegdheden enerzijds en in de schending van formele voorschriften met betrekking tot het onderzoek in strafzaken anderzijds.²⁷⁰

Als voorbeeld van algemene *materiële* voorwaarden noemt Schalken de eis dat sprake moet zijn van een verdenking; als voorbeeld van bijzondere materiële voorwaarden noemt hij de 'ernstige bezwaren' die in sommige gevallen voor de toepassing van dwangmiddelen zijn vereist. Evenzo onderscheidt hij de algemene *formele* voorwaarden van de bijzondere: de eerste categorie betreft de algemene functionele bepaaldheid voor de uitoefening van bevoegdheden, de tweede categorie betreft bijvoorbeeld de voorwaarde van schriftelijke machtiging die is vereist voor de inzet van bepaalde opsporingsbevoegdheden.²⁷¹ 'Niet naleving van rechtsregels, waarin deze voorwaarden [zowel de materiële als de formele, PPJvdM] liggen vervat, heeft rechtstreeks onbevoegdheid tot gevolg en kan onder omstandigheden leiden tot onrechtmatigheid van de wijze waarop het bewijs tot stand is gebracht.'²⁷²

Schalken zet de formele voorschriften met betrekking tot het onderzoek in strafzaken af tegen de materiële en formele voorwaarden door bij de nadere uitwerking van de eerstgenoemde te benadrukken dat deze voorschriften geen strafprocessuele *bevoegdheden* constitueren, maar beogen de uitoefening van die strafprocessuele bevoegdheden te reguleren en af te bakenen. Hij beschouwt de regels waarin dergelijke formele voorschriften zijn neergelegd als waarborgen voor een behoorlijke procesgang, oftewel voor een eerlijk proces.²⁷³ Gang-

269 't Hart 1981 (1), p. 79. Zo ook G.E. Mulder 1981, p. 16: de marge van beslissingsvrijheid bij opsporing en vervolging wordt ingeperkt door de toetsing door de strafrechter op wetmatigheid en op rechtmatigheid.

270 Zie Schalken 1981 (2). Het door hem aangebrachte onderscheid beslaat niet hetzelfde onderscheid zoals dat eerder is gemaakt tussen de schending van essentiële regels en procedurele formaliteiten.

271 Schalken 1981 (2), p. 19: 'Het verschil tussen de algemene en bijzondere formele voorwaarden bestaat hierin, dat onbevoegdheid bij niet-naleving van de bijzondere voorwaarden, anders dan bij de algemene, met medewerking van de verdachten kan worden opgeheven.'

272 Schalken 1981 (2), p. 31.

273 Zie Schalken 1981 (2), p. 31-32.

bare voorbeelden van dergelijke formele voorschriften zijn het verbod van door opsporingsambtenaren afgedwongen zelfincriminatie van de verdachte en het verbod van uitoefening van ongeoorloofde pressie.²⁷⁴

Tot slot wijdt Schalken een beschouwing aan de schending van ongeschreven algemene rechtsbeginselen. Bij een beroep op ongeschreven rechtsbeginselen ten overstaan van de rechter, wordt impliciet aansluiting gezocht bij de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en wordt als het ware het strafrechtelijke optreden van de overheid jegens een burger getoetst;²⁷⁵ dit geschiedt doorgaans door een toetsing aan de beginselen van een goede procesorde zoals het vertrouwensbeginsel of het beginsel dat sprake dient te zijn van een redelijke belangenafweging.²⁷⁶ Het in acht nemen van deze en andere algemene rechtsbeginselen kan het gebruik van bepaalde opsporingsmethoden en tactieken in de fase van het opsporingsonderzoek normeren. Verderop in deze paragraaf zal dieper worden ingegaan op de schending van het ongeschreven (strafproces)recht in de zin van beginselen van een goede procesorde.

Wanneer het politieke of justitiële optreden in het kader van de opsporing of vervolging onrechtmatig is (geoordeeld) dienen de vragen zich aan of daarmee ook het voortbrengsel van die onrechtmatige handeling zelf onrechtmatig is en wel zodanig dat die onrechtmatigheid moet worden gesanctioneerd.²⁷⁷ Vooral in het bestek van deze vragen kan het gemaakte onderscheid in strafprocesrechtelijke regels zoals Schalken dat toepast, enige uitkomst bieden. Een eventuele sanctionering kan bijvoorbeeld achterwege blijven wanneer jegens een bepaalde verdachte onrechtmatig is opgespoord en die opsporingshandeling bewijsmateriaal oplevert tegen iemand anders, behalve in het geval dat de overtreden regel één van Schalkens formele voorschriften betreft (of Meijers' essentiële strafprocesrechtelijke regels).²⁷⁸

Ondanks de gecompliceerde gezagsverhouding tussen Openbaar Ministerie en politie en de vraagtekens die worden geplaatst bij de effectuering van het gezag in de praktijk, wordt het Openbaar Ministerie vastgepind op de in de

274 Zie Schalken 1981 (2), p. 33.

275 In verband hiermee zij nogmaals aangegeven dat het Openbaar Ministerie wel wordt gezien als (zelfstandig) bestuursorgaan. Het handelen door politie kan in dit verband ook worden beschouwd als het handelen door een orgaan dat behoort tot de uitvoerende macht. Zie hieronder nader.

276 Zowel Corstens als Cleiren heeft bezwaar tegen de aanduiding 'beginselen van behoorlijk bestuur' (teveel bestuursrechtelijke implicaties, zie Corstens 1985, p. 187; Cleiren 1990 (2), p. 497-498) en 'beginselen van een behoorlijke of goede procesorde' (beginselen zien in strafrechtelijke context niet alleen op het procesverloop, zie Corstens 1985, p. 187; Cleiren 1989, 263). Cleiren verkiest 'beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging.' Zie ook Lensing 1988 (2), p. 961-964.

277 Zie Meijers 1982, p. 15.

278 Zie bijvoorbeeld Meijers 1982, p. 23.

wet geregelde en in de wetenschap onderschreven gezagsverhouding.²⁷⁹ Het is volgens Meijers een logische stap van het volharden in het hanteren een vervolgingsbeleid door het Openbaar Ministerie dat rechtstreeks doorwerkt in het opsporingsbeleid van de politie, naar het effectief en strak aansturen van de politie in het opsporingsonderzoek. Dit alles lijkt bovendien met het oog op het concrete functioneren van het Openbaar Ministerie onontbeerlijk. 'De wijze waarop het openbaar ministerie inhoud geeft aan zijn zeggenschap over de opsporingsactiviteiten van de politie is van grote betekenis voor het vervolgingsbeleid van het openbaar ministerie en voor de strafrechtspleging. Een krachtige normatieve leiding van het openbaar ministerie beïnvloedt vanzelfsprekend ook de grenzen van het terrein waarbinnen de politie zelfstandig werkt.'²⁸⁰ Het Openbaar Ministerie heeft er dan ook alle belang bij dat de politie zich bij de opsporing beweegt binnen de grenzen van het geschreven en ongeschreven strafprocesrecht. Het feit dat het Openbaar Ministerie ook daarvoor dient te zorgen – door een daadwerkelijke gezagsuitoefening en door een controle achteraf – sluit heel nauw aan op de taakstelling in het kader van de strafrechtelijke rechtshandhaving en op de zogenoemde 'magistratelijke' aspecten van de functie van de officier van justitie: de officier van justitie dient zich te verzekeren van de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek.²⁸¹

7.2.2.2 Algemene beginselen van een goede procesorde

Het handelen van het Openbaar Ministerie zelf kan echter ook onrechtmatig zijn. Zo kan het zijn dat het Openbaar Ministerie gedurende de opsporing of de vervolging de geschreven formele voorschriften schendt. De meest voor de hand liggende situatie is echter dat het Openbaar Ministerie in zijn handelen de ongeschreven rechtsbeginselen tart, bijvoorbeeld door in strijd daarmee de tenuitvoerlegging van bepaalde dwangmiddelen te gelasten of door een verdachte in strijd met het beleid te gaan vervolgen. Er kan bovendien sprake zijn van een schending van de beginselen van een goede procesorde wanneer het Openbaar Ministerie in de wetenschap van het feit dat door de politie onrechtmatig is opgespoord, toch besluit te vervolgen.²⁸²

Het inzicht dat het optreden van het Openbaar Ministerie dient te worden beheerst door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur of kan worden

279 Meijers 1982, p. 87: 'Indien de politie optreedt ter strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde staat zij onder gezag van de officier van justitie. En: strafrechtelijk handhaving van de rechtsorde omvat [...] de daadwerkelijke voorkoming, de opsporing en de beëindiging van strafbare feiten.'

280 Meijers 1982, p. 89.

281 Zie Meijers 1982, p. 93: 'De verantwoordelijkheid van het openbaar ministerie voor de belangen van de rechtsstaat brengt met zich mee dat de wijze waarop in een strafzaak bewijsmateriaal wordt verzameld bijzondere aandacht behoeft van het openbaar ministerie.' Zo ook Myjer 1982, p. 141-142, e.v.

282 Schalken 1981 (2), p. 63. Zie ook Cleiren 1989, p. 60-61.

getoetst aan de beginselen van een goede procesorde, is bij de uitgebreide bespreking van de veranderende positie van het Openbaar Ministerie in het vorige tijdvak reeds aan de orde gesteld.²⁸³ In de loop van de jaren tachtig wordt meer betekenis toegekend aan de normerende werking van deze ongeschreven rechtsbeginselen en wordt meer dan eens stilgestaan bij de 'strafprocesrechtelijke' betekenis daarvan voor het 'bestuurlijk' handelen door het Openbaar Ministerie.²⁸⁴ Het Openbaar Ministerie is een overheidsorgaan en heeft in die hoedanigheid net als andere overheidsorganen tot taak het 'algemeen belang' te behartigen; in geval van het Openbaar Ministerie is dat belang gelegen in het doel 'strafrechtelijke rechtshandhaving'. Het heeft voor het verwezenlijken van dat doel tal van 'gebonden' bevoegdheden die slechts mogen worden uitgeoefend in overeenstemming met en binnen de grenzen van dat doel.²⁸⁵

De doelstelling van strafrechtelijke rechtshandhaving en het discretionaire karakter van onder meer de bevoegdheid om tot vervolging over te gaan, nopen het Openbaar Ministerie tot het ontwikkelen en voeren van een consistent strafrechtelijk beleid. Het feit dat het doel is gelegen in het algemeen belang maakt dat het Openbaar Ministerie in de uitoefening van zijn taak zeker ook de belangen van de verdachte in acht heeft te nemen, en dat zijn optreden dat voortvloeit uit het strafrechtelijk beleid zeker niet die belangen in strijd met de geschreven en ongeschreven regels van het strafprocesrecht mag schaden.²⁸⁶ Bovendien brengt de invoering van 'vaste beleidslijnen' mee dat het Openbaar Ministerie in beginsel niet mag afwijken van die beleidslijn. Vanuit het perspectief dat het Openbaar Ministerie handelt als een beleidsvoerende overheidsorgaan is het min of meer vanzelfsprekend dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zoals die gelding hebben bij bestuursrechtelijke aangelegenheden, na een vertaling in een voor het straf(proces)recht meer geschikte context – beginselen van een goede procesorde – eveneens van toepassing zijn op het optreden van het Openbaar Ministerie.²⁸⁷

De beginselen van een goede procesorde werken zeker ook door in het optreden van de politie in het kader van het opsporingsonderzoek. Myjer stelt in zijn preadvies voor de NJV dat 'de politie-functionaris [...] zich bij zijn optreden ook [zal] moeten laten leiden door andere algemene (ongeschreven)

283 Zie in deze lijn een korte schets van Lensing 1988 (2), p. 976.

284 Zie hierover bijvoorbeeld Borman 1981, p. 104: 'De activiteit van het OM behoort, nu zij bestuurlijk van aard is, mede te worden beheerst door de beginselen van behoorlijk bestuur. Deze stelling is vaag vanwege het weinig bepaalde karakter van die beginselen, en houdt dan ook nog geen rekening met de eigensoortigheid van het bestuur dat het OM voert.' Zie ook Corstens 1985.

285 Zie hieromtrent Cleiren 1990 (2), p. 500 e.v.

286 Zie Cleiren 1990 (2), p. 501.

287 Zie Corstens 1985, p. 174. De aanverwante beginselen uit de verschillende context kunnen evenwel naar het eigen rechtsgebied op een andere wijze gelding hebben. Zie ook Cleiren 1990 (2), p. 507.

beginselen als fair play, geen willekeurig optreden, rechtszekerheid, zuiverheid van oogmerk en zorgvuldigheid; waar hij toe kan met het mindere middel zal hij het meerdere niet moeten gebruiken (subsidiariteit); er moet evenredigheid zijn tussen het door hem nagestreefde of beschermde belang en de rechten en vrijheden waarop hij inbreuk gaat maken (proportionaliteit); hij zal niet bij ongewijzigde omstandigheden twee keer hetzelfde dwangmiddel mogen gebruiken; zijn optreden zal ook door een juiste verslaggeving in het procesverbaal, controleerbaar moeten zijn.²⁸⁸

Minder concreet maar wel beslist stelt Cleiren in haar onderzoek naar de betekenis van de beginselen van een goede procesorde voor de gehele strafrechtspleging dat deze beginselen 'de bevoegdheidsuitoefening van justitiële organen [binden] aan de strekking van de bevoegdheid en daarmee aan de publieke taak in het kader van strafvordering.'²⁸⁹ Voorafgaand aan deze algemene stelling komt Cleiren aan de hand van een systematisch jurisprudentieonderzoek tot de conclusie dat ook blijkens het oordeel van de strafrechter de beginselen van een goede procesorde verplichtingen meebrengen voor opsporingsambtenaren, in aanvulling op wettelijke bevoegdheidsbepalingen waarop het concrete handelen van die opsporingsambtenaren wordt gebaseerd.²⁹⁰ Het ligt voor de hand te stellen dat zowel de officier van justitie als de opsporingsambtenaar zich in de uitoefening van zijn publieke strafvorderlijke functie niet alleen gebonden weet aan wettelijke bevoegdheden, maar ook aan ongeschreven beginselen die het optreden van overheidsorganen ten behoeve van het 'algemeen belang' beheersen. Corstens constateert hierop aansluitend dat de ongeschreven beginselen die het gedrag van politie en justitie betreffen, een zelfstandige betekenis hebben buiten de wet om. 'De bedoelde strafvorderlijke autoriteiten moeten zich eraan houden en de rechter toetst eventueel (indien de verdachte zich op schending ervan beroept of de rechter ambtshalve daartoe aanleiding ziet) de gedragingen van die autoriteiten aan de in die beginselen vervatte rechtsnormen.'²⁹¹

Op het eerste gezicht lijkt de mogelijkheid om te toetsen hoe politie en Openbaar Ministerie in het vooronderzoek handelen en zich bewegen binnen de ruimte die hun is gelaten in de uitoefening van hun bevoegdheden, mee te brengen dat nieuwe eisen worden gesteld bovenop de bestaande voorwaarden uit de wet: 'De vrijheid van het OM en de politie is ingeperkt van een vrijheid die ook inhield dat desnoods ongestraft tegen het ongeschreven recht kon worden gezondigd, tot een vrijheid om met respect voor geschreven én ongeschreven recht zijn beleid te voeren. Een deel van hetgeen voorheen in het voor de rechter gesloten vat van opportuniteit zat, is nu doorgestroomd

288 Myjer 1982, p. 162.

289 Cleiren 1989, p. 311.

290 Zie Cleiren 1989, p. 68.

291 Corstens 1985, p. 173.

naar het voor de rechter open vat van het ongeschreven recht.²⁹² Cleiren geeft echter aan dat de normerende werking van ongeschreven beginselen niet 'nieuw' is.²⁹³ Meijers ziet de eis dat de opsporing daarmee in overeenstemming dient te zijn zelfs als een bevestiging van een bestaande, in de wet besloten liggende eis: 'Het optreden van de politie stond en staat onder de toets van de rechtmatigheid omdat de politie als overheidsorgaan in het bijzonder tot taak heeft het recht te handhaven 'met alle redelijke middelen', dus die welke vooreerst zijn de minst vexatoire waarmede het doel te bereiken is, welke verder niet onevenredig zijn aan het doel en bovenal niet in andere opzichten met het recht in strijd komen.'²⁹⁴

7.2.2.3 Controle vooraf of achteraf?

Op grond van het bovenstaande lijkt de aanname gerechtvaardigd dat hetgeen inhoudelijk uit de ongeschreven rechtsbeginselen voortvloeit reeds in acht wordt genomen of dient te worden genomen door de justitiële autoriteiten, maar dat de ontwikkeling van de algemene beginselen als rechterlijke controlemechanisme juist weer de doorwerking van die beginselen bevordert. Het blijft evenwel in het midden tot welk van beide instanties – tot politie en Openbaar Ministerie of tot de rechter – de beginselen van een goede procesorde zich *primair* richten. 'Enerzijds kan men verdedigen dat beginselen van een goede procesorde primair moeten worden beschouwd als beoordelingsnormen voor de rechter omdat zij nu eenmaal tot uitdrukking komen in de toetsingsnormen van de toetsende/controlerende rechter. Anderzijds kan men stellen dat die beginselen op grond van hun functie primair moeten worden belicht als gedragsnormen voor de 'handelende organen.'²⁹⁵

Cleiren brengt in dit verband een onderscheid aan tussen de uit de rechtsbeginselen voortvloeiende positieve eisen aan het gedrag van overheidsorganen *vooraf* en de negatieve toetsingsmaatstaf voor de rechter *achteraf*.²⁹⁶ Een belangrijke factor bij de bepaling van de 'primaire werking' lijkt evenwel het feit dat de rechter in zijn toetsing afhankelijk is van het Openbaar Ministerie. Zo worden lang niet alle zaken waarin wel sprake is van een strafrechtelijk overheidsoptreden uiteindelijk aan het oordeel van de rechter voorgelegd, terwijl de ongeschreven rechtsbeginselen wel in al het strafrechtelijk optreden gelding hebben.²⁹⁷ Daarnaast is de toetsende taak van rechter met betrekking tot de ongeschreven rechtsbeginselen binnen de wettelijke structuur van de strafvordering – bijvoorbeeld ten opzichte van de rechter in het administratief-

292 Corstens 1985, p. 177. Zie ook Schalken 1987, p. 5.

293 Bijvoorbeeld Cleiren 1989, p. 34-35.

294 Meijers 1987, p. 38.

295 Cleiren 1989, p. 261.

296 Zie Cleiren 1990 (2), p. 499-500. In haar proefschrift markeert Cleiren deze verschillende functies met de term 'gedragsaspect' respectievelijk 'geldingsaspect'. Zie Cleiren 1989, p. 261.

297 Zie Cleiren 1990 (2), p. 504.

rechtelijke proces – beperkt en heeft de strafrechter weinig mogelijkheden om een schending van rechtsbeginselen te sanctioneren.²⁹⁸ Cleiren legt vanuit deze achtergrond het accent op de normerende werking van de rechtsbeginselen met betrekking tot het strafrechtelijke overheidsoptreden. Zij ziet het als een rechtsplicht van justitiële overheidsorganen om beleid te voeren en daarnaar te handelen; de rechter mag dat orgaan aan dat beleid houden, maar een afwijking daarvan is toegestaan als naleving daarvan een ‘onbillijke’ situatie zou opleveren. Het onverplicht afwijken van het beleid ten nadele van een belanghebbende – de verdachte – kan dan strijd opleveren met de ongeschreven beginselen.²⁹⁹ Borman drukt met een vroege bijdrage aan de gedachtewisseling in 1981 duidelijk uit waar wat hem betreft de primaire werking naar uitgaat: ‘Het bestuursorgaan past de beginselen niet toe omdat de rechter er aan toetst maar de rechter toetst er aan omdat de bestuursorganen ze tot gelding behoren te brengen.’³⁰⁰

Ondanks het feit dat aan de beginselen van een goede procesorde in eerste instantie betekenis toekomt bij het optreden van politie en Openbaar Ministerie, wordt de werking van deze beginselen door de toepassing daarvan als controlemechanisme door de strafrechter zeker niet onderschat. Zo ziet Peters in de rechterlijke toets van de rechtmatigheid van het handelen door politie en justitie een belangrijk controlemechanisme dat van grote betekenis is voor de rechtsbescherming van de individuele burger.³⁰¹ Bij dit controlemechanisme lijkt het dat ‘pas’ achteraf een eventuele schending wordt gesanctioneerd door de rechter (Cleirens negatieve toetsingsmaatstaf), maar daarnaast is het aannemelijk dat het vooruitzicht van een rechterlijke toets omtrent de rechtmatigheid van het optreden in het vooronderzoek ook in enigerlei mate bewerkstelligt dat de opsporingsambtenaren en de officier van justitie hun handelen eerder afstemmen met de eisen die de wettelijke regels en de ongeschreven beginselen daaraan stellen. Dit wordt versterkt door de gedachte dat de strafrechter reeds een onderzoek zal instellen wanneer hij twijfelt aan de rechtmatige totstandkoming van het bewijs dat ter terechtzitting wordt gepresenteerd; de rechter *moet* daarenboven een dergelijk onderzoek instellen wanneer van de kant van de verdediging uitdrukkelijk een verweer daaromtrent wordt gevoerd.³⁰²

Naast een taak van de strafrechter en een mogelijkheid van de verdediging om de bestaanbare onrechtmatige bewijsverkrijging aan de kaak te stellen, ziet Meijers in dit verband ook nog een min of meer zelfstandige verantwoordelijkheid voor de officier van justitie die de zaak ter zitting presenteert: ‘Ook

298 Zie Cleiren 1990 (2), p. 503; Cleiren 1989, p. 261.

299 Zie Cleiren 1990 (2), p. 504.

300 Borman 1981, p. 103.

301 Zie Peters 1983, p. 364-366. Zie ook Corstens 1983, p. 19.

302 Zie Schalken 1981 (2), p. 5-6. De Hoge Raad heeft uitgemaakt dat de rechter niet stilzwijgend voorbij mag gaan aan verweren van de verdediging daaromtrent. Zo ook Myjer 1982, p. 195/196: ‘Een door de verdachte gedaan beroep op onrechtmatigheid van het verkrijgen van bewijsmiddelen dient echter te worden onderzocht en beantwoord.’

bij de behandeling ter terechtzitting vraagt de wijze van bewijsgaring de attentie van het openbaar ministerie, niet slechts wanneer de verdediging op dit punt een verweer voert, maar ook wanneer het onderzoek ter zitting twijfels oproept over de kwaliteit van de bewijsverkrijging.³⁰³

De toets van de strafrechter kan worden getypeerd als een rechtmatigheids-toets en een dergelijke toets wordt onderscheiden van een wetmatigheidstoets. Bij een wetmatigheidstoets – een opsporingsambtenaar schendt tijdens de opsporing een geschreven strafprocesrechtelijke regel – kan de rechter doorgaans zonder veel problemen tot het oordeel 'onrechtmatig' komen. De rechtmatigheidstoets brengt echter onduidelijkheid met zich waarover de rechter nu aan de hand van de ongeschreven rechtsbeginselen feitelijk oordeelt en mag oordelen. In dat geval toetst de rechter namelijk in zekere zin de ruimte die de opsporingsambtenaar of de officier van justitie door de wetgever is gelaten om zijn taak naar behoren uit te oefenen; het gaat dan bij een rechterlijke toets niet zozeer om de vraag of de door de wetgever gelaten ruimte binnen de wettelijke regels van de bewijsverkrijging in strafzaken al dan niet redelijk is, maar om de vraag of de opsporingsambtenaar of de officier van justitie op een redelijke manier van die ruimte gebruik heeft gemaakt.³⁰⁴ De strafrechter zal bij die beoordeling een grotere reserve aan de dag moeten leggen dan bij de wetmatigheidstoets,³⁰⁵ vooral omdat de rechtmatigheidstoets zoveel ruimer is dan die wetmatigheidstoets.³⁰⁶ Het gaat om de ruimte die een opsporingsambtenaar of een officier van justitie nodig heeft om de hem gestelde taak of doelstelling te kunnen vervullen en die is gelegen in de behartiging van het algemeen belang en wel in de strafrechtelijke rechtshandhaving.³⁰⁷ De rechtmatigheidstoets van de rechter mag vanuit dat perspectief niet anders dan een marginale toets zijn: '[De rechter] stelt slechts een grens aan de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid door niet te accepteren dat deze wordt gebruikt in strijd met de strekking waarvoor die moet worden geacht te zijn verleend. Daartoe bindt hij het overheidsorgaan aan de eigen invulling van de toegekende vrijheid (beleid), maar onthoudt zich van een beoordeling van die invulling als zodanig. Als gevolg van deze beperking wordt de toetsing ook regelmatig aangeduid als een rechtmatigheidstoetsing.'³⁰⁸

303 Meijers 1982, p. 94.

304 Zie Meijers 1982, p. 103.

305 Zie Meijers 1982, p. 27.

306 Zie Peters 1983, p. 367-368.

307 Zie Cleiren 1989, p. 37: 'Voor het strafprocesrecht [...] zal ook moeten worden aangenomen dat er sprake is van bevoegdheidstoekenning aan [de 'handelende' justitiële] organen met het oog op een bepaald doel, een algemeen belang. [...] Voor het strafproces zullen de discretionaire bevoegdheden worden bepaald door het 'doel' van het strafproces en de rol en/of de taak van het betrokken justitieel orgaan daarbinnen.' Zo ook Schalken 1981 (2), p. 86.

308 Cleiren 1990 (2), p. 508. Zie ook Peters 1983, p. 367.

De rechtmatigheidstoets van de rechter kan bij het oordeel dat het bewijs onrechtmatig is verkregen leiden tot consequenties voor het bewijsmateriaal en voor de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. In de wettelijke regeling ontbreekt evenwel een bepaling die voorschrijft hoe de rechter met het onrechtmatige bewijs dient om te gaan, aldus Myjer: 'In het Wetboek van Strafvordering staat niet met zoveel woorden aangegeven wat dient te gebeuren als bewijsmateriaal op onrechtmatige wijze is verkregen danwel als bewijsmateriaal wordt aangedragen waarvan de herkomst niet te controleren valt. [...] De wetgever heeft met de term 'wettige bewijsmiddelen' niet tevens bedoeld rechtmatig verkregen bewijsmiddelen.'³⁰⁹ Desondanks is een eventuele 'voorsprong' van de overheid ten opzichte van de verdediging ten gevolge van een onrechtmatig strafrechtelijk optreden naar de mening van Myjer zeker wel strijdig met de strekking van het Nederlandse strafprocesrecht, vooral omdat met het in de wet neerleggen van bevoegdheden is getracht de machtsuitoefening door de overheid aan banden te leggen. 'Het kan niet getolereerd worden dat degenen rond wier bevoegdhedenuitoefening grenzen zijn getrokken eigenmachtig en ongestraft de grenzen gaan verleggen, ten nadele van degenen ten behoeve van wie die grenzen nu juist door de wetgever waren gesteld. De integriteit van het strafproces staat daarmee op het spel.'³¹⁰

In deze lijn ziet Melai de regel dat bewijs dat is verkregen in strijd met wettelijke voorschriften moet worden vernietigd zelfs als een 'beginsel', omdat de rechtsbescherming in de zin van een zorgvuldige belangenafweging door politie en Openbaar Ministerie en van een omlijning van bevoegdheden zou worden uitgehold, als de rechter gebruik zou mogen maken van bewijsmateriaal of onderzoeksresultaten die zijn verkregen door nalatigheid of door de uitoefening van die bevoegdheden in strijd met fundamentele burgerlijke rechten en vrijheden.³¹¹

7.2.2.4 Sancties op onrechtmatigheden

Er bestaan diverse mogelijkheden voor de rechter om met het onrechtmatig verkregen bewijs om te gaan. De eerste mogelijkheid is dat de rechter het onrechtmatig verkregen bewijs, ondanks de onrechtmatigheid, toch bezigt voor het bewijs. Dit is bijvoorbeeld mogelijk in het al eerder geschetste geval dat weliswaar onrechtmatig is opgespoord, maar jegens een ander dan de verdachte, waarbij die onrechtmatige opsporing wel bewijsmateriaal oplevert tegen

309 Myjer 1982, p. 169.

310 Myjer 1982, p. 183. Zie echter Fokkens 1981, p. 61: 'Het vertrouwen in de rechtsorde zou afnemen als de *exclusionary rule* niet zou worden toegepast. In zijn algemeenheid lijkt mij deze stelling niet op te gaan.'

311 Melai 1985, p. 26. In dezelfde zin Schalken 1981 (2), p. 73-74. Ook Fokkens (1981, p. 57) noemt de regel dat onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal niet mag worden gebruikt een 'beginsel'.

de verdachte. Deze gang van zaken kan worden verdedigd met de opvatting dat de verdachte niet rechtstreeks in zijn belangen is geschaad.³¹² Er zijn echter ook situaties denkbaar waarin wel sprake is van een dergelijke rechtstreekse belangenschending door onrechtmatige bewijsverkrijging en waarin de rechter toch dat onrechtmatige materiaal gebruikt: bijvoorbeeld wanneer de onrechtmatigheid niet zo heel ernstig is of de onrechtmatige bewijsverkrijging in zekere zin te goeder trouw tot stand is gekomen, of wanneer de ernst van het strafbare feit waarvan men de verdachte verdenkt veel zwaarder weegt dan de onrechtmatigheid. Fokkens noemt naast deze situaties ook andere factoren die kunnen meewegen bij de beslissing van de rechter om het onrechtmatig verkregen bewijs wel of niet te gebruiken, zoals de vraag of het bewijs ook op een legale wijze had kunnen worden verkregen.³¹³ Daarmee lijkt de regel op te gaan dat niet al te ernstig onrechtmatig optreden onrechtmatig bewijs oplevert dat de rechter niettemin kan gebruiken. Fokkens stelt: 'Belangrijk is dat de HR de verschillende vormen van onrechtmatige bewijsgaring naar de rechtsgevolgen van de onrechtmatigheid in twee groepen onderscheidt. In die gevallen waarin uitsluiting niet zonder meer voortvloeit uit de aard van de inbreuk is het aan de procespartijen de argumenten aan te dragen, die tot al dan niet uitsluiting van het verkregen bewijsmateriaal moeten leiden. De rechter heeft hier, zo lijkt het, enige speelruimte. Ook als hij de bewijsgaring onrechtmatig oordeelt, hoeft hij niet tot uitsluiting van het verkregen bewijsmateriaal te concluderen.'³¹⁴

De tweede mogelijkheid is natuurlijk dat de rechter het onrechtmatig verkregen bewijs wel uitsluit. Op deze manier biedt de *exclusionary rule* – een term voor de bewijsuitsluitingsregel die men ontleent aan het Amerikaanse strafrecht – de strafrechter de nodige handvatten om op grond van de omstandigheden van het geval te beslissen hoe hij in dat concrete geval omgaat met het onrechtmatige bewijs. De genoemde ruimte van de rechter is in de strafrechtspraktijk echter veel kleiner in alle gevallen dat – om de terminologie van Schalkens preadvies aan te houden – formele voorschriften met betrekking tot het onderzoek in strafzaken zijn geschonden, en in de meeste gevallen dat in ernstige mate inbreuk wordt gemaakt op materiële of formele voorwaarden voor de uitoefening van strafprocessuele bevoegdheden. In die gevallen wordt bewijsuitsluiting de meest geschikte sanctie geacht³¹⁵ en deze feitelijke regel aangaande de bewijsuitsluiting kan ook worden ontleend aan de jurisprudentie van de Hoge Raad hieromtrent.³¹⁶

Myjer constateert dat de strafrechter naast deze sanctie nog een derde mogelijkheid heeft om onrechtmatig strafrechtelijk overheidsoptreden te

312 Zie over het 'beschermde belang' en de Schutznorm Heijder 1981 (2), p. 92-96.

313 Zie Fokkens 1981, p. 65-66.

314 Fokkens 1981, p. 66. Zie ook Meijers 1982, p. 33-34.

315 Zie Schalken 1981 (2), p. 81-82. Zo ook Meijers 1982, p. 30.

316 Zie Schalken 1981 (2), p. 83-85. Zo ook Myjer 1982, p. 186.

sanctioneren. 'In de lagere jurisprudentie is een aantal malen gekozen voor een nog zwaardere sanctie dan het hanteren van de uitsluitingsregel: die van de niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie. De rechter gaf daarmee aan een dergelijke vervolging zozeer in strijd te achten met beginselen van een behoorlijk strafrechtsbedeling, dat hem niets anders restte dan afstrafing met de uitspraak dat het recht van strafvordering in die zaak niet meer bestaat.³¹⁷ Er zijn situaties voorstelbaar waarin het Openbaar Ministerie het recht om te vervolgen verspeelt en deze situaties houden zeer sterk verband met een schending van de beginselen van een goede procesorde.

Meijers noemt in zijn preadvies voor de NJV enkele voorbeelden: er kan niet-ontvankelijkheid volgen wanneer het Openbaar Ministerie overgaat tot vervolging terwijl bij de verdachte het gerechtvaardigde vertrouwen is gewekt dat hij niet of niet verder zou worden vervolgd (schending vertrouwensbeginsel); een strafzaak kan door toedoen van de politieke en justitiële autoriteiten een zodanig langdurige vertraging oplopen dat niet langer sprake is van een behandeling binnen een redelijke termijn en het vervolgingsrecht zodoende komt te vervallen;³¹⁸ de opsporing ten aanzien van een verdachte kan zodanig onrechtmatig zijn dat de beslissing van de officier van justitie om de verdachte te gaan vervolgen terwijl hij weet heeft van ernstige onrechtmatigheden, in strijd is met het ongeschreven strafprocesrecht.³¹⁹ 'De drie categorieën van gevallen hebben met elkaar gemeen dat telkens de beslissing van het openbaar ministerie om (verder) te vervolgen wordt gedragen door een belangenafweging waartoe het openbaar ministerie uit hoofde van zijn taak is geroepen. De rechter die de rechtmatigheid van een beslissing van het openbaar ministerie beoordeelt, kan tot een andere waardering van de belangen komen dan de officier van justitie.³²⁰

Ook bij de sanctie van niet-ontvankelijkheid zal veel afhangen van de omstandigheden van het geval en is het aan de rechter om de feitelijke gang van zaken te toetsen op rechtmatigheid. Het is aan hem welke consequentie hij daaraan verbindt, waarbij veel afhangt van de ernst van de onrechtmatigheid; hoe ernstiger de onrechtmatigheid van opsporing of vervolging, des te eerder zal de rechter komen tot de beslissing dat het bewijs dient te worden uitgesloten respectievelijk dat het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk is in zijn vervolging. Ook lijkt de ernst van de op te sporen criminaliteit een rol te spelen in de belangenafweging van de rechter. Met het oog op de volgende subparagraaf over opsporingsmiddelen is het wellicht relevant hier te noemen dat in geval van de bestrijding van ernstige drugscriminaliteit (oftewel: georganiseerde criminaliteit) de rechter niet zo snel lijkt te komen tot de beslissing dat het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk is, ook niet wanneer door

317 Myjer 1982, p. 192.

318 Zie ook Peters 1983, p. 372 over de invloed van art. 6 EVRM.

319 Zie Meijers 1982, p. 84-85.

320 Meijers 1982, p. 86.

politieambtenaren in het kader van een infiltratieactie strafbare feiten zijn uitgelokt en (mede)gepleegd. De mogelijkheid dat de rechter het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk verklaard, is echter niet uitgesloten.³²¹

De speelruimte die de rechter heeft en de vergaande consequenties die de rechter aan het strafrechtelijk overheidsoptreden uit het vooronderzoek kan verbinden, werpen de vraag op of het voor het overgrote deel in de jurisprudentie tot ontwikkeling gekomen leerstuk van het onrechtmatig verkregen bewijs niet toe is aan een wettelijke regeling. Schalken ziet daar niet de noodzaak toe, omdat de rechterlijke beslissingen in dit verband altijd blijken hebben gegeven van het belangrijke evenwicht dat de regeling van de strafvordering beoogt te bereiken tussen de bescherming van de individuele burger en de opsporing door politie en justitie.³²² Bovendien bestaat zijns inziens het gevaar dat een wettelijke regeling de verdere geleidelijke jurisprudentiële ontwikkeling van het leerstuk ondermijnt. Schalken ziet als belangrijkste argument tegen een (uitgebreide) wettelijke regeling de al eerder aangedragen, feitelijke beperking van de wetgever in het vooruitlopen op alle mogelijke omstandigheden waaronder opsporing dan wel vervolging plaatsvindt. 'De wijze waarop het bewijs tot stand wordt gebracht is zo sterk toegesneden op concrete feiten en omstandigheden, dat de rechter meer geschikt lijkt daarover een oordeel te geven dan de wetgever die zich slechts in algemene termen kan uitdrukken.'³²³ Deze tegenargumenten staan echter niet in de weg aan het feit dat aan het einde van de jaren zeventig en in het begin van de jaren tachtig een aantal wetsvoorstellen wordt ingediend waarmee wordt gepoogd de onrechtmatig bewijs-jurisprudentie in wettelijke regels te vatten.³²⁴

Door Schalken en anderen wordt slechts één belangrijk voordeel gezien in een mogelijke regeling van de bewijsuitsluiting in het wetboek, namelijk wanneer een dergelijke regeling zou betekenen dat het onrechtmatig bewijs al in het vooronderzoek uit het dossier kan worden gehaald en dus helemaal niet ter kennis zou komen van de zittingsrechter.³²⁵ Het onrechtmatig verkregen bewijs zou op die manier op geen enkele wijze meewerken aan een mogelijk bewezenverklaring, ook niet in het geval wanneer de rechter het bewijs niet als bewijsmiddel gebruikt, maar misschien wel onbedoeld laat meespelen in de vorming van zijn rechterlijke overtuiging. Vooral Von Brucken Fock spreekt deze zorg uit: 'Weliswaar is de controle van de rechter op de rechtmatigheid van de bewijsgaring aanzienlijk verscherpt, een feit blijft toch dat de rechter ter terechtzitting kennis kan nemen van onrechtmatig verkregen

321 Zie Peters 1983, p. 376. Zie hieromtrent ook De Waard 1987; Wortel 1989, p. 100.

322 Zie Schalken 1981 (2), p. 88; Schalken 1987, p. 6-7.

323 Schalken 1981 (2), p. 88.

324 Zie voor een bespreking van de verschillende voorstellen Reijntjes 1980, p. 204 e.v.

325 Zie Schalken 1981 (2), p. 88: 'De voorkeur zal waarschijnlijk toch [...] moeten uitgaan naar een afzonderlijke regeling, die met zoveel woorden voorschrijft dat het in strijd met bepaalde voorschriften verkregen bewijsmateriaal door de rechter van de bewijsvoering moet worden uitgesloten.'

bewijsmateriaal en dit derhalve bij de totstandkoming van de rechterlijke overtuiging een geenszins te verwaarlozen rol zal kunnen blijven spelen.³²⁶

Myjer laat de mogelijkheid om eventueel onrechtmatig verkregen bewijs al in het vooronderzoek te bestrijden samenvallen met de gedachte dat daarmee de *equality of arms* tussen enerzijds politie en justitie en anderzijds de verdediging in die fase wordt gediend en met de verwachting van een verhoogde zuiverheid van de bewijsvoering ter terechtzitting: 'De mogelijkheid van oppositie in de fase voorafgaande aan het onderzoek ter terechtzitting lijkt mij belangrijk. Het gaat niet aan om controle op het optreden van politie en justitie alleen via de openbare terechtzitting te laten geschieden. Voor zover het reeds vóór de terechtzitting duidelijk is dat het hoogst onwaarschijnlijk is dat een strafrechter later oordelend het tenlastegelegde feit geheel of ten dele bewezen zal achten, omdat het niet zindelijk is een dergelijke verdachte toch de vaak vernederende gang van de terechtzitting te laten ondergaan; voor zover er nog voldoende andere – wettige – bewijsmiddelen over zijn, omdat het de hygiëne van de procesvoering bevordert, als de rechter ter terechtzitting uitsluitend kennisneemt van de rechtmatig vergaarde bewijsmiddelen en zijn overtuiging niet beïnvloed wordt door middelen die hij niet meer zou mogen gebruiken. Want dat laatste valt anders *nooit* uit te sluiten.'³²⁷

In het Wetboek van Strafvordering wordt uiteindelijk geen regeling opgenomen die voorschrijft hoe de rechter ter terechtzitting dient om te gaan met onrechtmatig verkregen bewijs, maar worden wel de mogelijke sancties die de rechter ter beschikking staan van een wettelijke grondslag voorzien door invoering van art. 359a Sv.³²⁸ In de memorie van toelichting bij de Wet Vormverzuimen, die voortvloeit uit één van de tien rapporten van de Commissie Moons genaamd 'Recht in vorm',³²⁹ worden veel van de hierboven geschetste ontwikkelingen besproken en wordt nog eens benadrukt dat het niet de wetgever maar de zittingsrechter is die in concreto heeft te toetsen welke van de wettelijke sancties passend is: de weging van de processuele belangen – en daarmee de bepaling met welke sanctie kan worden volstaan – wordt aan de rechter overgelaten.³³⁰ De minister van Justitie geeft wel aan dat de rechter zal meewegen of de overtreden norm de belangen van de verdachte wel beoogt te beschermen en of de verdachte ook daadwerkelijk door de normschending is geschaad.³³¹

326 Von Brucken Fock 1983, p. 168. Zo ook Krikke 1983, p. 293-294.

327 Myjer 1982, p. 200.

328 Zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23 705, nr. 3, p. 2 e.v. Zie ook Stolwijk 1993, p. 871.

329 Zie Corstens 1993 (2), p. 90-91.

330 Holthuis (1993, p. 928) spreekt hier van een nieuw evenwicht tussen wetgever en rechter.

331 Zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23 705, nr. 3, p. 3. Stolwijk (1993, p. 875) stelt dat de Commissie Moons ten aanzien van deze belangafweging te weinig regels heeft gegeven. Cleiren en Mevis (1996, p. 191/192) stellen dat de sanctionering van een normschending niet afhankelijk zou mogen worden gemaakt van de vraag of de verdachte door de schending in zijn belan-

Ook andere aspecten van de onrechtmatige bewijsverkrijging die hierboven zijn besproken, komen in de memorie van toelichting aan bod. Art. 359a Sv heeft alleen betrekking op de normschendingen uit het voorbereidend onderzoek en richt zich hoofdzakelijk op het onrechtmatig handelen van politie en Openbaar Ministerie tijdens de opsporing. Het vormverzuim mag pas worden gesanctioneerd als het herstel van dat verzuim niet meer tot de mogelijkheden behoort, hetgeen sterk afhangt van het soort vormvoorschrift dat is geschonden (denk hierbij aan het onderscheid dat Schalken heeft gemaakt).³³² De rechter is voorts pas vrij om te kiezen uit de drie sancties van art. 359a Sv³³³ wanneer het rechtsgevolg van het betreffende verzuim niet reeds in de wet is gegeven.³³⁴ Strafvermindering is aan de orde wanneer het nadeel dat is ontstaan door het vormverzuim redelijkerwijs kan worden gecompenseerd. Voor de bewijsuitsluiting geldt weer dat deze slechts mag worden toegepast wanneer het bewijs rechtstreeks door het verzuim is verkregen: 'Alleen datgene wat door het vormverzuim wordt gevonden, komt in aanmerking voor uitsluiting.'³³⁵ De niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie zal pas dan worden uitgesproken als de behandeling van de strafzaak wegens een zeer ernstig verzuim niet meer aan de beginselen van een behoorlijke procesorde kan voldoen. De regeling zoals die hier is beschreven is niet veel meer dan een codificatie van de wijze waarop de rechter het onrechtmatig verkregen bewijs of andere vormverzuimen in het vooronderzoek pleegt te sanctioneren, zodat de kritiek dat het correctiemechanisme ook ten nadele van de verdediging kan worden uitgelegd en vanuit dat perspectief niets 'oplevert' – omdat de verdediging niet of te laat gewag maakt van een mogelijk verzuim of omdat zij niet rechtstreeks in haar belang zou zijn geschaad – terwijl wel onrechtmatigheden hebben plaatsgevonden, niet wordt weggenomen. Dit laat zich nog het beste illustreren door een voorbeeld uit de memorie van toelichting waarin wordt gesteld dat een onrechtmatige huiszoeking die niets oplevert maar die wel aanleiding vormt voor het verhoor van de verdachte die na het geven van de cautie een verklaring aflegt, niet hoeft te leiden tot uitsluiting van die verklaring of tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie: 'De verdachte kon namelijk zwijgen. Dit heeft hij echter niet gedaan.'³³⁶

gen is geschaad, maar door de rechter dient te worden toegepast omdat het voorschrift zich in abstracto ook richt tot de overheid.

332 De voorkeur voor herstel in combinatie met het feit dat de zittingsrechter het optreden van politie en Openbaar Ministerie in het vooronderzoek controleert, leidt tot verbazing bij Fokkens 1993, p. 909.

333 Door de wetgever wordt naast de bewijsuitsluiting en de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie de sanctie van strafvermindering opgenomen. Zie Cleiren en Mevis (1996, p. 196), afwijzend over de strafvermindering: de sanctie op de normschending dient gerelateerd te zijn aan de gedragsnorm en heeft zich te richten op het herstel van de onrechtmatige situatie vanuit publiekrechtelijk perspectief.

334 Zie *Kamerstukken II 1993/94*, 23 705, nr. 3, p. 25.

335 *Kamerstukken II 1993/94*, 23 705, nr. 3, p. 25/26.

336 *Kamerstukken II 1993/94*, 23 705, nr. 3, p. 26.

De jurisprudentiële ontwikkeling van het leerstuk van het onrechtmatig verkregen bewijs en het besef dat het optreden van politie en justitie niet strijdig mag zijn met ongeschreven algemene rechtsbeginselen, geven niettemin de verdediging belangrijke middelen in handen om de kwaliteit van de opsporing en de vervolging jegens de verdachte aan te vechten ten overstaan van de zittingsrechter. Bovendien klinkt bij de bespreking van de beide ontwikkelingen steeds de verwachting door dat deze ontwikkelingen ook ertoe kunnen bijdragen dat het strafrechtelijke overheidsoptreden met inachtneming van regels en beginselen plaatsvindt.³³⁷ Wanneer dit alles wordt bezien in samenhang met het steeds meer in trek raken van het voeren van verweren die zijn geënt op de fundamentele rechten uit het EVRM en die kunnen worden gevoerd ten einde misstanden binnen de Nederlandse strafvordering ter discussie te stellen, ligt de slotsom voor de hand dat de mogelijkheden voor de verdediging haar functie naar behoren te vervullen, zich al aan het begin van het vierde tijdvak aanzienlijk uitbreiden. De aandacht voor de rechtsbescherming die hiermee gepaard gaat, manifesteert zich voor een belangrijk deel bij de zittingsrechter: 'strafrechters lijken de laatste tijd onbevangerter te staan tegenover de politie en het openbaar ministerie en hebben een grotere bereidheid getoond de opsporings- en vervolgingshandelingen van deze instanties onder de loupe te nemen, te toetsen op hun rechtmatigheid.'³³⁸

Hoewel op dat moment de betreffende ontwikkelingen zeker mogen worden gezien als een belangrijke verbetering van de positie van de verdediging in het strafproces, is het te verleidelijk om op grond daarvan te denken dat de strafrechtelijke rechtsbescherming van de individuele burger ook een zekere inhaalslag maakt ten opzichte van de feitelijke mogelijkheden van politie en justitie bij de opsporing. In de loop van de jaren tachtig wordt namelijk het arsenaal van opsporingsmiddelen zowel in de wet als in de strafrechtspraktijk aangepast aan de stijging van de criminaliteitscijfers en aan de vermeende dreiging van de georganiseerde misdaad en deze ontwikkeling kan in geval van de ernstige criminaliteit toch ook rekenen op veel begrip. Peters stelt dat er bepaald geen sprake is van een eenduidige ontwikkeling in de richting van een betere rechtsbescherming voor de verdachte burger. 'In sommige opzichten is er winst – de nieuwe mogelijkheden van rechtmatigheidstoetsing van het handelen van justitie en politie – in andere opzichten verlies – de grote vrijheden die justitie en politie worden toegestaan bij bestrijding van gevaarlijk

337 Zie Holthuis 1993, p. 928: '[D]e rechter [wordt] aangespoord om iets van zijn lijdelijkheid te laten vallen en actiever en inventiever dan tot nu toe bezig te zijn met de beoordeling van de door de officier van justitie voorgelegde gevallen. [...] Het betekent trouwens ook een grotere alertheid van de officier van justitie tijdens het opsporingsonderzoek, als het gaat om de controle op de kwaliteit en rechtmatigheid van het politieoptreden, wat mij betreft het belangrijkste kenmerk van de magistratelijke rol van het OM.'

338 Peters 1983, p. 379.

geachte criminaliteit.³³⁹ Die verliessituatie wordt uiteindelijk nog groter wanneer de verbeteringen in de mogelijkheden tot rechtsbescherming die voortvloeien uit de hierboven beschreven ontwikkeling zelfs worden aangevoerd als gewichtige reden voor de noodzaak om vooral de opsporingsbevoegdheden van politie en justitie verder uit te breiden en om de rechtsbescherming op tal van andere punten in de strafvordering (verder) te beknootten.

7.2.3 De grondslag voor buitenwettelijke opsporingsmiddelen

Er wordt veel belang aan gehecht de snelle stijging van de misdaadcijfers en de problemen die dat meebrengt voor de samenleving zo snel mogelijk de kop in te drukken en het beleid daartoe kent een uitgebreid palet aan maatregelen die lang niet allemaal zuiver strafrechtelijk van aard zijn, wat weer strookt met de veelomvattende sturingsgedachte die de overheid in de jaren tachtig eigen is. Ondanks het feit dat de oplossingen niet enkel in de strafrechtelijke sfeer worden gezocht, wordt van het straf(proces)recht en van de met de uitvoering daarvan belaste organen een nog intensievere bijdrage gevraagd aan de criminaliteitsbestrijding.

In 1987 schrijft Simmelink een essay over de betekenis die art. 1 Sv heeft voor het strafrechtelijk optreden van politie en justitie in de opsporingsfase. Aan de hand van een beknopte beschrijving van de totstandkoming van het wetboek en van enkele ontwikkelingen sinds de inwerkingtreding in 1926 komt Simmelink tot de stelling dat de inhoud van de wet – onder meer de strafvorderlijke bevoegdheden van politie en justitie en de rechten en plichten van de verdediging, alsmede de verhouding daartussen – afhankelijk is van de politieke stroming binnen het tijdvak waarin de wettelijke regeling wordt ontworpen en van de met die stroming samenhangende visie op samenleving, criminaliteit en criminaliteitsbestrijding. Naar zijn mening is het compromis dat de wetgever van 1926 heeft gesloten tussen enerzijds de uitbreiding van de bevoegdheden van politie en justitie en anderzijds de rechten van verdediging, een tijdsgebonden neerslag van een rechtspolitieke strijd en wel van de liberale stroming die rond de eeuwwisseling de boventoon heeft gevoerd.³⁴⁰ De politieke stroming en visies zijn onophoudelijk aan verandering onderhevig, aldus Simmelink, en die veranderingen maken een slingerbeweging waarbij nu eens de aandacht het meest uitgaat naar de rechtsbescherming van het individu tegen de overheid en dan weer naar de bestrijding van de criminaliteit door de overheid. Deze slingerbeweging zorgt er zijns inziens voor dat in de

339 Peters 1983, p. 379. Zie in deze ook Lensing 1988 (2), p. 976-977 die het mogelijke bezwaar tegen de ontwikkeling van de rechtsbescherming aan de hand van de beginselen van een goede procesorde (het gevaar bestaat van een eenzijdige belichting van die rechtsbeschermende functie) afdoet als 'denkbeeldig'.

340 Zie Simmelink 1987, p. 9.

geschiedenis van de strafvordering de nodige overeenkomsten zijn te ontwaren tussen de verschillende tijdvakken: de periode ten tijde van de totstandkoming van het wetboek, waarin veel aandacht is voor de rechtsbescherming, kenmerkt zich net als een vergelijkbare periode vanaf het einde van de jaren zestig door voor overheid en samenleving economisch gunstige omstandigheden; de periode onmiddellijk voorafgaand aan de Tweede Wereldoorlog, waarin sprake is van een diepe economische regressie, kenmerkt zich net als de periode vanaf het einde van de jaren zeventig door een verschuiving van de aandacht naar de criminaliteitsbestrijding.³⁴¹

Het meest vanzelfsprekende gevolg van de aandacht die de criminaliteitsbestrijding in het onderhavige tijdvak ten deel valt, is de uitbreiding van het arsenaal aan opsporingsmiddelen voor politie en justitie.³⁴² In de eerste plaats scheidt de wetgever nieuwe opsporingsbevoegdheden of vergroot de wetgever het toepassingsbereik van reeds bestaande bevoegdheden door dat bereik bijvoorbeeld in het kader van de Opiumwet naar de voorbereidingsfase op te rekken of door in andere wettelijke regelingen de voorwaarden voor de toepassing van bepaalde bevoegdheden te versoepelen.³⁴³ Ten tweede krijgen politie en justitie door inschikkelijke rechtspraak meer armslag bij de tenuitvoerlegging van die wettelijke bevoegdheden in de opsporingspraktijk (zoals in geval van de telefoontap, de anonieme getuige of de huiszoeking).³⁴⁴ In de derde plaats heeft de nadruk op de criminaliteitsbestrijding binnen het overheidsoptreden de weg vrijgemaakt voor politie en justitie om in de praktijk tal van methoden en technieken te ontwikkelen en toe te passen die vanwege de wijze waarop ze ten uitvoer worden gelegd en het doel dat ze dienen wellicht kunnen worden beschouwd als opsporingsbevoegdheden, maar die

341 Zie bijvoorbeeld Simmelink 1987, p. 67: 'Bij het typeren van het huidige overheidsbeleid keren de begrippen bezuiniging, effectiviteits- en efficiencyverhoging steeds weer terug. Zulks geldt ook in belangrijke mate voor het strafrechtelijke beleid. Met name de doelmatigheidsgedachte heeft in de strafrechtspleging de wind in de zeilen. Dit komt op alle niveau's van de strafrechtspleging tot uiting. De doelmatigheidstendens is niet alleen duidelijk aanwijsbaar in de wetgevende producten op strafrechtelijk en strafvorderlijk terrein, maar ook op het gebied van de rechtspraak en de executieve.' Zie over de slingerbeweging ook Commissie Moons 1990, p. 27.

342 Zie Knigge 1991, p. 372: 'Het crime control-belang is sinds 1926 in wetgeving en jurisprudentie bepaald niet verwaarloosd. In zowel het Wetboek van Strafvordering zelf als in tal van bijzondere wetten zijn ten behoeve van de opsporing nieuwe bevoegdheden gecreëerd. Daarbij komt dat de Hoge Raad meer dan eens bereid is gebleken bestaande bevoegdheden ruim uit te leggen.'

343 Zie Van den Hout 1989, p. 43: in de bijzondere wetgeving zijn de bevoegdheden van de rechter-commissaris uit het gerechtelijk vooronderzoek ook toebedeeld aan 'gewone' opsporingsambtenaren.

344 Zie Simmelink 1987, p. 15/16.

de bij een dergelijke bevoegdheid horende uitdrukkelijke wettelijke grondslag ontberen.³⁴⁵

Ten aanzien van deze laatste uitbreiding kan de principiële vraag worden gesteld naar de geoorloofdheid van dergelijke buitenwettelijke opsporingsmiddelen. Simmelink koppelt de beantwoording van die vraag aan de betekenis die toekomt aan het formeelrechtelijke legaliteitsbeginsel: strafvordering vindt alleen plaats op de wijze bij de wet voorzien.³⁴⁶ Dit beginsel heeft in de meest strikte zin als consequentie dat alle verrichtingen van politie en justitie in het vooronderzoek moeten zijn terug te voeren op een wettelijke grondslag en dat derhalve politie en justitie niet meer bevoegdheden hebben dan die in de wet zijn neergelegd. Simmelink legt de memorie van toelichting bij het Ontwerp ook uit in deze lijn: de wetgever heeft de opsporingsbevoegdheden uitputtend willen regelen.³⁴⁷ Deze uit het legaliteitsbeginsel voortvloeiende strengheid blijkt in de strafrechtspraktijk niet altijd te kunnen worden volgehouden vanwege de omstandigheid dat in het opsporingsonderzoek doorgaans tal van handelingen worden verricht die als zodanig niet in de wet worden genoemd – denk aan het dactyloscopisch onderzoek, de sorteerproef of de inzet van speurhonden. Een wettelijke grondslag voor dergelijke opsporingshandelingen wordt echter zonder moeite gevonden in de algemene opsporingstaak van politie zoals die is opgenomen in art. 28 Politiewet 1957. Deze taakstelling wordt echter ook als grondslag aangedragen voor veel verdergaande buitenwettelijke opsporingsmiddelen als observatie en infiltratie en in dat geval lijkt een algemene grondslag vanuit de behoefte aan normering en begrenzing van inbreukmakende bevoegdheden zoals die bij de wetgever van 1926 bestond, veel minder geschikt.³⁴⁸

Simmelink vraagt zich af hoe deze ontwikkelingen uit de opsporingspraktijk zich verhouden tot de betekenis die aan art. 1 Sv wordt toegekend.³⁴⁹ Het inzicht dat het nu eenmaal onmogelijk is alle feitelijk toegepaste handelingen en technieken uitputtend in de wet op te sommen en te regelen, zou de verleiding met zich kunnen brengen om het formeelrechtelijke legaliteitsbeginsel anders uit te leggen, namelijk in die zin dat politie en justitie de opsporingsbevoegdheden die in de wet zijn geregeld in overeenstemming met die wettelij-

345 Zie Simmelink 1987, p. 17: 'Deze bevoegdheden zijn ontwikkeld vanuit de achterliggende gedachte, dat bepaalde categorieën strafbare feiten met de wettelijk geregelde opsporingsbevoegdheden onvoldoende kunnen worden aangepakt.'

346 Zie Simmelink 1987, p. 31-33: '[Er] kan geconcludeerd worden, dat de garantie die de woorden "bij de wet voorzien" beogen te bieden is gelegen in de reservering van de bevoegdheid om wetgevende maatregelen op het gebied van het strafprocesrecht te treffen tot het terrein van de formele wetgever, tenzij die formele wetgever zelf delegatie mogelijk heeft gemaakt.' Zie ook Corstens 1987 (3), p. 98-100.

347 Zie Simmelink 1987, p. 34.

348 Zie in dit verband ook Schalken 1990 (2).

349 Zie over een drietal verschillende 'posities' t.a.v. het legaliteitsbeginsel – de exclusieve gelding van de wet; de wet als richtsnoer; de wet als grens van bevoegdheden – Nijboer 1987, p. 112-119.

ke regeling dienen toe te passen, maar dat zij voor wat niet in de wet geregeld is de vrijheid hebben naar de eigen maatstaven van rechtmatigheid te handelen. Art. 1 Sv zou zich dan enkel richten op de bevoegdheden die wel in de wet zijn geregeld en in enkel in dat kader 'beperkend' werken: 'Met andere woorden, alles, wat niet expliciet is verboden zou zijn toegestaan?'³⁵⁰ Simmelink vindt dit laatste geen passende oplossing voor de strijdigheid van de verscheidene buitenwettelijke opsporingshandelingen en -technieken uit de praktijk met het legaliteitsbeginsel. Hij is wel van mening dat de politieële en justitieële autoriteiten tijdens het opsporingsonderzoek tot op zekere hoogte de mogelijkheid moeten hebben om naast het toepassen van de in de wet omschreven opsporingsbevoegdheden ook anderszins te handelen: wat dat betreft is het zijns inziens beter werkbaar als art. 1 Sv minder strikt wordt uitgelegd.³⁵¹

Zoals gezegd wordt voor veel van deze opsporingshandelingen een wettelijke grondslag aan de algemene opsporingstaak uit art. 28 Politiewet 1957, namelijk het in ondergeschiktheid aan het bevoegde gezag en in overeenstemming met de geldende rechtsregels zorgen voor de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde. Eventuele strijdigheid met art. 1 Sv wordt langs deze weg ondervangen: het handelen vloeit voort uit de wet en geschiedt binnen de grenzen van de algemene opsporingstaak. Voor de buitenwettelijke opsporingsmiddelen waarmee een forse inbreuk wordt gemaakt op de rechten van de burger tegen wie deze zijn gericht, ligt dit echter anders: bepaalde feitelijke handelingen kunnen worden herleid tot de tenuitvoerlegging van de algemene opsporingstaak, maar voor andere handelingen – bijvoorbeeld voor de opsporingsmethoden – is die grondslag niet genoeg. In dit verband dringt de belangrijke vraag zich op tot hoever de algemene opsporingstaak als wettelijke grondslag kan worden opgerekt. Sommige auteurs zijn van mening dat toepassing van gecompliceerde opsporingsmethoden zoals de inzet van undercoveragenten kan worden gefundeerd op de taakstelling uit de Politiewet;³⁵² anderen betogen dat een dergelijke algemene grondslag complexe en vergaande methoden als observatie en infiltratie zeker niet kan dragen.³⁵³

Het gevaar is niet denkbeeldig dat wanneer de algemene opsporingstaak heel ruim wordt uitgelegd en bijgevolg als grondslag fungeert voor alle buitenwettelijke opsporingsmiddelen, toch de indruk wordt gewekt dat al wat niet uitdrukkelijk in de wet is geregeld en dientengevolge is begrensd, is toegestaan. Simmelink vindt het alleen daarom al een 'hachelijke onderneming' om enkel

350 Simmelink 1987, p. 34.

351 Simmelink haalt hier andere auteurs aan die impliciet (Nijboer 1982, p. 55) dan wel expliciet (Reijntjes 1980, 13) eenzelfde mening zijn toegedaan.

352 Zie bijvoorbeeld Haentjens 1986, p. 9. Een soortgelijke algemene grondslag voor de uitoefening van opsporingsbevoegdheden wordt ook wel gezien in art. 141 en 142 Sv, zie Knigge 1990 (1), p. 201-206 en Knigge 1990 (2); daartegen Mevis 1990. Simmelink spreekt van 'de algemene opsporingstaak, zoals neergelegd in art. 28 Politiewet en de nadere regels in het WvSv', zie Simmelink 1987, p. 37.

353 Zie Simmelink 1987; Knigge 1990 (1) en (2); Mevis 1990.

een algemene taakstelling te hanteren als grondslag voor alle niet in de wet geregelde opsporingsmiddelen.³⁵⁴ Ook als een nadere normering wordt geacht te volgen uit de beginselen van een goede procesorde of als voor het aanwenden van de buitenwettelijke opsporingsmiddelen aansluiting wordt gezocht bij de wel in de wet genormeerde opsporingsbevoegdheden, is dat wat Simmelink betreft niet voldoende.³⁵⁵ Het laatstgenoemde – eerder aangevoerd door Reijntjes³⁵⁶ – biedt bijvoorbeeld geen oplossing voor de toepassing van de doorgaans complexe methoden, daar deze als zodanig juist geen pendant kennen in het Wetboek van Strafvordering.³⁵⁷ Simmelink is van mening dat het tekort aan normering enkel kan worden opgeheven door de betreffende opsporingsmethoden en wellicht ook andere buitenwettelijke opsporingsmiddelen gewoonweg neer te leggen in de wet. Teneinde te voorkomen dat de onmisbare bewegingsruimte van politie en justitie in de opsporingspraktijk verloren gaat omdat *alle* buitenwettelijke opsporingsmiddelen – daarmee ook de feitelijke handelingen – een wettelijke regeling zouden behoeven, is het echter wel zaak een helder criterium te vinden op grond waarvan slechts die opsporingsmiddelen in een regeling worden vervat die een wettelijke normering behoeven.

Simmelink leidt zijn criterium af uit de voor de hand liggende koppeling van art. 1 Sv aan de Grondwet: 'de strekking van art. 1 Sv is gelegen in het tot stand brengen van een verbinding tussen het strafprocesrecht en die bepalingen van de grondwet, waarin waarborgen voor de persoonlijke vrijheid zijn vervat'.³⁵⁸ Die koppeling is ook door de wetgever bij de totstandkoming van het wetboek als uitgangspunt genomen voor de regeling van het vooronderzoek: in de wet zijn destijds die opsporingsbevoegdheden opgenomen

354 Zie Simmelink 1987, p. 38.

355 Ten aanzien van de eerstgenoemde nadere normering geeft Simmelink aan dat in de rechtspraak inderdaad de inzet van niet in de wet geregelde opsporingsmethoden wordt toegestaan (weliswaar achteraf) indien die feitelijke toepassing niet in strijd is met de ongeschreven rechtsbeginselen. Zo ook Naeyé 1989, p. 61: 'De kwaliteit van het opsporingsonderzoek in termen van een zorgvuldige afweging van waarheidsvinding en rechtsbescherming, is goed beschouwd thans in belangrijke mate afhankelijk van de wijze waarop de politie zich bij het hanteren van haar operationele marge laat leiden door algemene rechtsbeginselen.' Simmelink kan zich echter in een dergelijke normering maar moeilijk vinden, met name omdat deze feitelijk een omkering van de werking van de ongeschreven rechtsbeginselen betekent: in dit verband zouden die beginselen worden gebruikt om de toepassing van *niet* wettelijke opsporingsmethoden te legitimeren. Zie Simmelink 1987, p. 30.

356 Zie Reijntjes 1980, p. 13: 'Veeleer moet worden aangenomen, dat dan de bevoegdheden dienen te worden afgebakend, door de grenzen, getrokken op de punten waar wel een uitdrukkelijke en uitputtende wettelijke regeling voorhanden is, zorgvuldig door te trekken op zodanige wijze dat een sluitend en consistent geheel ontstaat.'

357 Zie Simmelink 1987, p. 36: 'Ten aanzien van andere opsporingsmethoden schiet de oplossing [...] echter tekort. Dit wordt veroorzaakt door het feit, dat de opsporingsfase in het WvSv zeer lacuneus is geregeld, waardoor aanknopingspunten voor de beoordeling van verschillende opsporingsmethoden in onvoldoende mate aanwezig zijn.'

358 Simmelink 1987, p. 40. Zie ook Cleiren 1992, p. 12.

die een inbreuk maken op de vrijheid van de burger, op diens lichamelijke integriteit of diens huisrecht.³⁵⁹ Door Simmelink wordt deze koppeling echter aanzienlijk ruimer uitgelegd met het oog op enkele recente ontwikkelingen aangaande de grondrechten, zoals de nieuwe Grondwet van 1983 waarin ook andersoortige grondrechten zijn opgenomen en de ontwikkelingen op het internationaalrechtelijke vlak: de regeling van het strafprocesrecht dient volgens Simmelink naast de persoonlijke vrijheidsrechten ook de meer moderne grondrechten zoals het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de grondrechten uit het EVRM en het IVBPR te respecteren. Dit heeft tot gevolg dat een wettelijke regeling niet alleen vereist is voor dwangmiddelen, maar ook voor allerlei ongeschreven opsporingsmiddelen die een inbreuk met zich meebrengen. 'Veroorzaakt de betrokken bevoegdheid een inbreuk op grondrechten, dan is een wettelijke basis noodzakelijk. Is van een inbreuk op grondrechten geen sprake, dan vloeit de bevoegdheid voort uit de algemene taak tot opsporing'.³⁶⁰

Aan de hand van dit criterium bepleit Simmelink de noodzaak van een wettelijke regeling voor infiltratie en observatie vanwege de inbreuk die deze methoden maken, te weten een inbreuk op art. 10 van de Grondwet waarin de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer wordt gewaarborgd.³⁶¹ In een bijdrage over opsporing en strafvordering geeft Knigge onder meer aan dat op dat punt nu het criterium van Simmelink te alomvattend is: opsporing gaat naar de mening van Knigge namelijk nagenoeg altijd gepaard met een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de individuele burger. Dit kan zijns inziens nog niet betekenen dat ook weer alle verrichtingen in het kader van de opsporing dan maar een wettelijke regeling behoeven.³⁶² Volgens Knigge dient voor een dergelijke algemene inbreuk juist een algemene wettelijke grondslag in de zin van art. 28 Politiewet 1957³⁶³ of, zoals door Knigge centraal wordt gesteld, in de zin van art. 141-142 Sv.³⁶⁴ Pas wanneer sprake is van een inbreuk op één van de nader in de Grondwet uitgewerkte en afzonderlijk geformuleerde privacygrondrechten als het briefgeheim of het telefoon-

359 Zie ook Meijers 1982, p. 30: bevoegdheden die de fysieke vrijheid, de lichamelijke integriteit of het huisrecht van de verdachte onmiddellijk beïnvloeden zijn dwangmiddelen en behoeven een wettelijke regeling; methoden waarmee een dergelijke dwang niet gepaard gaat, hebben geen regeling nodig.

360 Simmelink 1987, p. 42.

361 Zie Simmelink 1987, p. 43 e.v.

362 Zie Knigge 1990 (1), p. 208.

363 Zie hierover Mevis 1988, p. 226.

364 Zie hierover Cleiren 1992, p. 24: 'Taakstellende normen bevatten veelal regelingen over inrichting van ambten, de personele samenstelling daarvan en soms een specifiek geformuleerde taakstelling of functieomschrijving. Zij verlenen nog geen bevoegdheid tot het nemen van beslissingen of het stellen van handelingen waaraan rechtskracht toekomt. Het legaliteitsbeginsel eist immers, dat inbreuken op rechten en vrijheden van burgers slechts plaatsvinden op basis van een wettelijk genormeerde bevoegdheid die duidelijk moet zijn gedefinieerd en gespecificeerd.'

geheim, is een algemene wettelijke grondslag zijns inziens niet voldoende en bestaat de noodzaak van een nadere wettelijke normering.³⁶⁵ Desalniettemin stelt Knigge zich net als Simmelink op het standpunt dat infiltratie en observatie wel een wettelijke regeling behoeven, maar dan met name om op die manier de verantwoordelijkheid voor de toepassing van die opsporingsmethoden helder te regelen.³⁶⁶ En ook dit laatste doet wat Knigge betreft af aan de geschiktheid van Simmelinks criterium; sommige opsporingsmethoden die geen inbreuk maken op grondrechten kunnen vanuit het belang van een overzichtelijke toedeling van verantwoordelijkheden of van een duidelijk omlind te volgen protocol heel wel een wettelijke regeling behoeven. De vraag of een opsporingsmogelijkheid inbreuk maakt op een grondrecht hoeft daarbij lang niet altijd een beslissende factor te zijn.

De kanttkening van Knigge maakt duidelijk dat een geschikt criterium voor de bepaling welke buitenwettelijke opsporingsmiddelen wel een wettelijke grondslag en normering behoeven en welke niet, zich niet eenvoudig laat vinden. Dit komt naar voren bij de opsporingsmiddelen die geen inbreuk op grondrechten maken maar wel een wettelijke regeling behoeven om de verantwoordelijkheid voor het optreden helder te krijgen en bij de technische opsporingsmiddelen die een regeling behoeven, zodat wordt voorzien in een geijkte procedure en een kwaliteitswaarborg voor hetgeen wellicht als bewijsmateriaal uit die opsporingsmiddelen voortspuit.³⁶⁷ Mevis tracht aan dit alles tegemoet te komen door in zijn kritiek op Knigge aan te sturen op het besef dat al het strafrechtelijk optreden waarmee het belang van de burger is gemoeid, legitimering behoeft en dat daarenboven uitdrukkelijke legitimering is vereist – in een specifieke wettelijke regeling – voor het overheidsoptreden dat anders 'onrechtmatig' zou zijn. 'Dientengevolge is legitimatie in elk geval nodig zodra er (door de overheid) inbreuk wordt gemaakt op enig subjectief (grond)recht van een burger, maar wellicht ook reeds als het (overheids)handelen zonder bijzondere legitimatie in strijd zou komen met de zorgvuldigheid die de overheid in het maatschappelijk verkeer ten opzichte van een burger past.'³⁶⁸

Mevis geeft aan niet langer genoeg te willen nemen met de situatie dat tal van buitenwettelijke opsporingsmiddelen zo gemakkelijk worden herleid tot een algemene wettelijke grondslag, omdat daarmee politie en justitie niet

365 Zie Knigge 1990 (1), p. 208. Zie in reactie hierop Mevis 1990, p. 943/944 over art. 10 Grondwet: 'Het was juist de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever om niet langer te volstaan met het enkel opnemen van enkele aspecten van de privacy zoals het privé-huiselijke leven en de lichamelijke integriteit.'

366 Zie Knigge 1990 (1), p. 212. Knigge zoekt hier aansluiting bij de ratio achter toezichtsbepalingen en hetgeen daaromtrent is gesteld in de oratie van Reijntjes (1989). Zie ook Knigge 1990 (2), p. 948: 'Mijn stelling is, dat het enkele feit dat een opsporingsmethode inbreuk maakt op de privacy niet meebrengt dat een aparte wettelijke voorziening is vereist. Ik sluit niet uit dat wettelijke regeling om andere redenen wenselijk of zelfs noodzakelijk is.' Zie ook Fijnaut 1991 (1).

367 Zie bijvoorbeeld ook Naeyé 1989, p. 52.

368 Mevis 1990, p. 940.

alleen de noodzakelijke speelruimte in hun optreden wordt gelaten, maar ook de ruimte wordt genomen die hen vanuit het oogpunt van rechtmatigheid van de opsporing juist niet toekomt. 'Door allerlei algemeen geformuleerde wettelijke bepalingen als bevoegdheidsbasis voor van alles en nog wat te gaan gebruiken, wordt de discussie over allerlei opsporingsactiviteiten omzeild, en de indruk gewekt dat de politie haar gang kan gaan (hetgeen zij – begrijpelijkerwijze – ook doet). Aan de rechtmatigheid is immers kennelijk altijd wel een mouw te passen. Die houding moet ten stelligste worden afgewezen. En niet omdat de politie niets zou mogen, maar juist omdat de politie ter opsporing van strafbare feiten allerlei activiteiten *wel* moet kunnen ondernemen, maar dan [...] wel na een afgewogen discussie over, en liefst wettelijke regeling van (en dus ook begrenzing van) de gevallen waarin en de omstandigheden waaronder bepaalde activiteiten mogen worden ondernomen.'³⁶⁹

In tegenstelling tot de moeizame zoektocht naar een geschikt criterium, is het gemakkelijk uit de verschillende bijdragen – elk met een eigen invalshoek en een andere normeringsbehoefte – af te leiden dat het streven naar een legitimering van de opsporingsmiddelen en dan vooral van de buitenwettelijke, voortkomt uit de behoefte aan een legitieme strafvordering. Het wekt dan ook geen verbazing dat in alle bijdragen over dit onderwerp infiltratie en observatie naar voren worden gebracht als voorbeeld van buitenwettelijke opsporingsmiddelen die een uitdrukkelijke wettelijke grondslag en normering vereisen. Het ligt evenwel voor de hand ook op andere punten het strafrechtelijk vooronderzoek en de wel in de wet neergelegde opsporingsbevoegdheden tegen het licht te houden en te controleren op legitimiteit, zeker nu de maatschappelijke en rechtspolitieke context waarbinnen het strafrecht heeft te fungeren zo duidelijk is verschoven naar die van de criminaliteitsbestrijding. Het is in het bestek van dit onderzoek niet wenselijk om een al te uitgebreid beeld te schetsen van de veranderingen die in het onderhavige tijdvak plaatshebben op het gebied van de opsporing en die vragen omtrent de legitimiteit van de opsporing als zodanig oproepen, laat staan om alle veranderingen dienaangaande in de wet of in de strafrechtspraktijk uitputtend te behandelen. Er is gekozen voor een beknopte weergave van een beperkt aantal veranderingen in de opsporingsmiddelen van politie en justitie, welke weergave als illustratie moge dienen voor de mogelijke vraagstukken op het gebied van legitimiteit en normering.

369 Mevis 1990, p. 944. Zo ook Vellinga-Schootstra 1987, p. 658: 'Er mag geen situatie ontstaan waarin de wettelijke voorschriften de integriteit van de politie als het ware op de proef stellen.' Zie in dezelfde lijn Boek en Nijboer 1987, p. 343: 'Het is vooral de bezorgdheid voor het gemak waarmee de politieorganisatie ruim baan krijgt voor ongecontroleerde, continue en welbewust georganiseerde observatie en de mate waarin wij dientengevolge in een gecontroleerde maatschappij kunnen komen te leven.'

7.2.4 Het afluisteren van telefoongesprekken

De invoering van de telefoontap als opsporingsmiddel is in het vorige tijdvak aan de orde gesteld, namelijk als uitbreiding van de onderzoeksfunctie van de rechter-commissaris binnen het gerechtelijk vooronderzoek. De art. 125g (oud) en 125h (oud) Sv verlenen de rechter-commissaris de bevoegdheid te bevelen dat een telefoon waarvan een verdachte gebruik maakt, wordt afgeluisterd.³⁷⁰ Ook in het geval dat wel een strafbaar feit is gepleegd maar nog geen verdachte bekend is, is het blijkens de gang van zaken in de strafrechtspraktijk en blijkens de jurisprudentie dienaangaande toegestaan om (enkel) met het oog op de telefoontap een gerechtelijk vooronderzoek te openen tegen die nog onbekende verdachte. Deze zogenaamde NN-tap komt gedurende het vierde tijdvak steeds vaker voor en vormt vooral bij de bestrijding van de zware en georganiseerde criminaliteit een belangrijk hulpmiddel voor politie en justitie, die doorgaans juist bij deze gecompliceerde en ernstige strafbare feiten in het duister tasten.³⁷¹ Zo kan het zijn dat bij politie en justitie het vermoeden bestaat dat een grootschalige handel in wapens of in verdovende middelen heeft plaatsgevonden (en nog altijd plaatsvindt) vanuit een kroeg en dat de telefoon in die kroeg bij het plegen van die strafbare feiten is (en wordt) gebruikt. Een gerechtelijk vooronderzoek tegen een nog onbekende verdachte biedt dan uitkomst bij de opsporing, omdat deze 'openbare' telefoon mag worden afgeluisterd. Het laat zich raden welke onuitputtelijke bron aan informatie politie en justitie met deze telefoontap zouden kunnen aanboren: een bron die niet alleen inlichtingen oplevert over de strafbare feiten en de mogelijke verdachte(n) waarop zij in eerste instantie uit zijn, maar ook over andere reeds gepleegde of nog te plegen strafbare feiten door die mogelijke verdachte(n) of zelfs door derden.³⁷²

Een ernstige bedenking bij een dergelijk gebruik van de wettelijke bevoegdheid tot afluisteren ligt in het verlengde van de bedenkingen die reeds bestaan bij het geheime karakter van de telefoontap en de koppeling van dat opsporingsmiddel aan het gerechtelijk vooronderzoek. In de periode van de invoering van de telefoontap is namelijk wel aangevoerd dat de telefoontap zich slecht zou verhouden met de kenmerken van het gerechtelijk vooronderzoek,

370 Zie over deze bepalingen Van den Hout 1989, p. 5-18. In art. 126h (oud) Sv zijn enkele voorschriften opgenomen omtrent de wijze waarop de rechter-commissaris (en de officier van justitie) met het verkregen materiaal dient om te gaan. Zie Klifman 1990, p. 397-400.

371 Zowel Vrieze als Myjer – beide rechter-commissaris geweest – leggen de voorwaarde dat het belang van het onderzoek de telefoontap dringend vordert, uit als een proportionaliteits-toets 'waarbij criteria van effectiviteit en subsidiariteit een rol spelen'. Zie Vrieze 1983, p. 1280-1283: vooral bij de bestrijding van georganiseerde of zware criminaliteit kan de telefoontap een 'gewichtige bijdrage leveren' en bieden andere opsporingsmiddelen geen soelaas. Zie ook Myjer 1983, p. 314; Van Hout 1989, p. 19-20.

372 Zie echter Harteveld 1990: 'Bij toepassing van de telefoontap fungeert het gerechtelijk vooronderzoek veelal uitsluitend als kader voor de machtiging van de rechter-commissaris tot afluisteren.'

omdat die fase onder leiding van de rechter-commissaris onder meer is bedoeld om de interne openbaarheid in het belang van de verdediging voor het eerst in de strafrechtelijke procedure te laten gelden.³⁷³ Het ligt evenwel voor de hand dat het afluisteren van een telefoon slechts van enige waarde kan zijn voor de opsporing en vervolging wanneer de toepassing geheim wordt gehouden voor de afgeluisterde burger. Om die reden worden de toepassing en de inhoud van het materiaal dat uit de telefoontap voortvloeit pas aan het einde van het gerechtelijk vooronderzoek aan de verdediging ter beschikking gesteld.³⁷⁴ Dit maakt de interne openbaarheid van het gerechtelijk vooronderzoek wat dat betreft dan ook illusoir. Bij de NN-tap zijn deze bezwaren van geringere betekenis omdat er nu eenmaal nog geen verdachte is die gebaat zou zijn met een onbeperkte mogelijke interne openbaarheid. Zodra die verdachte wel bekend is, dient de officier van justitie het gerechtelijk vooronderzoek waarbinnen de tap plaatsvindt door middel van een nadere vordering op naam te stellen, zodat de verdediging haar rechten en bevoegdheden in dat kader kan laten gelden.³⁷⁵

Dit is het punt waarop het geheime karakter van de NN-tap zich in de praktijk wreekt ten aanzien van de verdediging: er blijken allerlei mogelijkheden te zijn voor de officier van justitie om de tap – als bron van een enorme hoeveelheid belastende informatie – uiteindelijk voor de verdediging verhuuld te houden, bijvoorbeeld door het gerechtelijk vooronderzoek tegen de onbekende verdachte door de rechter-commissaris te laten sluiten (dat onderzoek heeft dan zogenaamd ‘niets’ opgeleverd) en het materiaal van de NN-tap te gebruiken als grondslag voor een ‘nieuwe’ opsporing tegen de inmiddels bekend geworden verdachte.³⁷⁶ Aangezien in dat laatste geval het opsporingsonderzoek ongetwijfeld andere bewijsmiddelen oplevert – het tapmateriaal is immers slechts het ‘beginpunt’ van dat onderzoek – kan het tapmateriaal gemakkelijk uit het dossier verdwijnen of speelt het in elk geval voor de rechter geen rol van betekenis meer. Waarschijnlijk vormen die uiteindelijk geringe betekenis

373 Zie Dijkstra en Harteveld 1985, p. 26; Abbink en Vermunt 1989, p. 2/3; Van den Hout 1989, p. 29-39; Simmelink 1992, p. 228-229.

374 Het feit dat verdachte niet van meet af aan in het gerechtelijk vooronderzoek zich als ‘procespartij’ verhoudt tot de officier van justitie, lijkt niet strijdig met de gedachte achter het gerechtelijk vooronderzoek. In dit kader kunnen de verdedigingsbelangen worden beperkt met het oog op het belang van het onderzoek. Zie hieromtrent Simmelink 1992, p. 230.

375 Myjer 1983, p. 321: ‘Het systeem van de wet gaat er van uit dat de verdachte die in het kader van de strafvordering is getapt te eniger tijd daarvan op de hoogte kan komen. [...] Eén en ander geeft de verdachte de mogelijkheid te laten toetsen of de beslissing tot het inbreuk maken op zijn persoonlijke levenssfeer en de manier waarop één en ander is gehanteerd, rechtmatig is geweest.’ Zie ook Van den Hout 1989, p. 22; Abbink en Vermunt 1989, p. 3: ‘Uit de rechtspraak blijkt dat heel lang wordt volgehouden dat de verdachte nog steeds niet bekend is.’

376 Zie Van den Hout 1989, p. 91-101 over het voordeel van de NN-tap voor het Openbaar Ministerie.

van het tapmateriaal en de overvloed aan ander bewijsmateriaal een aanleiding voor de rechter om aan de 'duikmethoden' van het Openbaar Ministerie – bijvoorbeeld het niet op naam stellen van het NN-gerechtigd vooronderzoek – geen consequenties te verbinden.³⁷⁷

De kritiek op het inbedden van de bevoegdheid tot af luisteren van telefoongesprekken in het gerechtelijk vooronderzoek is bekend en de bezwaren ten aanzien van de toepassing van de NN-tap in de strafrechtspraktijk liggen voor de hand. In aansluiting op hetgeen in subparagraaf 7.2.3 is geschreven over de grondslag en de normering van opsporingsmiddelen is het niettemin interessant een korte beschouwing te wijden aan de wijze waarop de telefoontap in de wet is geregeld. Het blijkt namelijk dat de kanttekeningen die kunnen worden geplaatst bij de strafrechtelijke af luisterpraktijk door politie en justitie eveneens de kwestie van de legitimiteit van opsporingshandelingen raken, ondanks de wettelijke grondslag en normering die hier wel bestaat. Aan de hand van de regeling van de telefoontap wordt namelijk duidelijk dat zelfs al kan de uitoefening van een opsporingsbevoegdheid worden teruggevoerd op een uitdrukkelijke wettelijke basis, er ook voor die basis zekere minimum-eisen gelden. Het feit dat het af luisteren van de telefoongesprekken in het Wetboek van Strafvordering behoort te worden geregeld, zal – in verband met de duidelijke inbreuk op grondrechten die het opsporingsmiddel met zich brengt, in het bijzonder op art. 13 lid 2 Grondwet – door niemand worden betwist;³⁷⁸ veel belangrijker lijkt de vraag hoe de telefoontap dient te worden geregeld.

Ten eerste kan men zich op het standpunt stellen dat die regeling te gebrekkig is ten opzichte van de eisen die het legaliteitsbeginsel stelt aan in de wet neergelegde bevoegdheden.³⁷⁹ Vanuit de gedachte dat de individuele burger beschermd moet worden tegen een strafrechtelijk overheidsoptreden dat al te grote inbreuken meebrengt zonder dat deze echt noodzakelijk zijn, impliceert art. 1 Sv dat opsporingsmiddelen die een dergelijke inbreuk maken, in de wet geregeld zijn en dat in die regeling ook voldoende waarborgen zijn opgenomen welke duidelijk de grenzen van het rechtmatige overheidsoptreden aangeven. De regeling van de telefoontap is echter summier³⁸⁰ en brengt nog te veel onduidelijkheden met zich (welke openheid van zaken moet door politie van justitie worden verschaft en vanaf welk moment?; heeft de verdachte recht op inzage van stukken en zo ja, van welke stukken?),³⁸¹ zodat politie en

377 Zie Vrieze 1983, p. 1286.

378 Zie Van den Hout 1989, p. 62.

379 Zie Van den Hout 1989, p. 62: 'Voor de praktijk van het af luisteren is met name van belang dat de bevoegdheden van de daarbij betrokken functionarissen op gedetailleerde wijze in de wet worden vastgelegd, alsmede de uitvoering van het af luisteren als zodanig.'

380 Zie Vrieze 1983, p. 1280.

381 Zie over inzage in de processtukken en art. 6 EVRM in het kader van de telefoontap Klifman 1990, p. 405-409; Myjer 1992 (2), p. 526-545. Zie daarnaast in een bredere context Sutorius 1985, p. 24; Peters 1987, p. 510; Mevis 1991 (2), p. 32-33: 'Het is mogelijk dat er naast de

justitie heel veel ruimte hebben om naar eigen inzicht te handelen.³⁸² Vooral dit laatste kan dan leiden tot een beroep op de werking van art. 1 Sv: 'Het legaliteitsbeginsel geeft in dit geval [...] aanleiding tot het nader uitwerken in de wet van de bepaling van het afluisteren.'³⁸³

Ten tweede kunnen, zoals reeds eerder is aangegeven, de nodige vraagtekens worden geplaatst bij het inbedden van het afluisteren van telefoongesprekken in het kader van het gerechtelijk vooronderzoek en dan vooral omdat deze opsporingsbevoegdheid op grond van haar kenmerken niet strookt met de gedachte achter en de inrichting van deze fase van het vooronderzoek. De praktijk van de NN-tap zorgt er daarenboven voor dat de betekenis van het gerechtelijk vooronderzoek zowel voor het vooronderzoek als zodanig, als voor de verdediging in het bijzonder, nagenoeg helemaal verloren gaat.³⁸⁴ de rechter-commissaris luistert bepaald niet zelf de telefoon van de onbekende verdachte – of beter: de verdachte telefoon – af, maar beveelt dat de politie voor hem afluistert hetgeen door hem wordt gecontroleerd (overigens tot zover nog geen fundamentele kritiek); zodra 'de' verdachte echter bekend wordt, kan het 'onderzoek' op vordering van de officier van justitie door de rechter-commissaris gesloten.³⁸⁵ De officier van justitie kan dan zijn eigen opsporingsonderzoek laten doorlopen zonder dat hij ooit nog bij de rechter-commissaris hoeft aan te kloppen. Het gerechtelijk vooronderzoek wordt bij deze gang van zaken slechts aangewend met een beperkt doel, waarbij de belangrijkste oorspronkelijke doeleinden van deze onderzoeksfase in het algemeen – onderzoek door een onpartijdige en onafhankelijke vertegenwoordiger van de rechterlijke macht en de toekenning van een zekere procespositie voor de verdediging vanaf een bepaald moment in het vooronderzoek – worden voorbijgestreefd.³⁸⁶ Het is duidelijk dat deze gang van zaken een fikse aantasting vormt van de 'status' van het gerechtelijk vooronderzoek binnen het vooronderzoek in zijn geheel. Het gerechtelijk vooronderzoek heeft zeker aan waarde ingeboet als opening daarvan alleen is bestemd voor een telefoontap; de noodzakelijke vordering tot opening van dit onderzoek verwordt daarmee tot niet meer dan een vormvoorschrift.³⁸⁷ Vrieze verbindt aan dit alles wat de NN-tap betreft een eenvoudige conclusie: de wetgever heeft het afluisteren

[...] getoonde stukken nog andere stukken zijn die voor een goede verdediging wel eens van belang zouden kunnen zijn, dan wel dat in de wel ter kennisneming overlegde processtukken gegevens ontbreken.'

382 Zie Vrieze 1983, p. 1278.

383 Van den Hout 1989, p. 62/63.

384 Simmelink spreekt van een 'sterk inflatoire werking', zie Simmelink 1992, p. 239.

385 Het gebeurt echter ook dat het gerechtelijk vooronderzoek wordt voortgezet nadat het met een aanvullende vordering van de officier van justitie op naam is gesteld.

386 Fokkens spreekt van verschillende typen gerechtelijk vooronderzoek naar aanleiding van het beperkte doel waarvoor deze doorgaans worden geopend, bijvoorbeeld ten behoeve van enkel een telefoontap, enkel een huiszoeking, enkel een psychiatrisch onderzoek van de verdachte. Zie Fokkens 1985, p. 42-46.

387 Zie ook Van den Hout 1989, p. 36.

van telefoongesprekken uitdrukkelijk in het gerechtelijk vooronderzoek ingebed en een NN-tap met al wat daarop volgt is dientengevolge 'niet alleen in strijd met de bedoelingen van de telefoontap-wetgever, maar ook met wat hij wel regelde: inschakeling van de RC en inpassing in de g.v.o.-regeling.' [...] 'Deze niet altijd even doordacht lijkende keuze van de wetgever [...] mogen politie en OM niet negeren noch de consequenties ervan ontgaan.'³⁸⁸ Deze opvatting zou kunnen leiden tot het niet langer toepassen van een NN-tap volgens de bestaande praktijk en juist dat lijkt niet de oplossing waaraan men zich in een tijdvak waarin criminaliteitsbestrijding voorop staat, wil committeren.

Ten derde kan men in de kritiek op het afluisteren van telefoongesprekken als opsporingsmiddel ook richten tegen de keuze van de wetgever: het hoeft niet vanzelfsprekend te zijn dat een ingrijpend opsporingsmiddel als de telefoontap wordt ingekaderd in het gerechtelijk vooronderzoek.³⁸⁹ Het is begrijpelijk dat de wetgever bij de toepassing van de telefoontap een functie weggelegd ziet voor de rechter-commissaris, maar het is niet noodzakelijk dat diens functioneren geschiedt in het kader van het gerechtelijk vooronderzoek.³⁹⁰ Van den Hout zoekt aansluiting bij een bestaande functie van de rechter-commissaris *buiten* diens onderzoeksfase, te weten bij de toetsingsfunctie in geval van het bevelen van de bewaring. Bij de bewaring is het de wetgever niet te doen geweest om het dwangmiddel in te bedden in het onderzoekskader van de rechter-commissaris, maar enkel om het inschakelen van een rechterlijke instantie om de toepassing van het dwangmiddel toe te staan en te controleren. Ook de telefoontap had op deze manier kunnen worden geregeld *buiten* het kader van het gerechtelijk vooronderzoek en wel *binnen* het kader van het opsporingsonderzoek onder leiding van de officier van justitie, maar dan met een toetsingsfunctie voor de rechter-commissaris.³⁹¹

Wat Van den Hout betreft heeft de wetgever met de invoering van de telefoontap als opsporingsmiddel het wetboek voorzien van 'een lacuneus en – met name wat de plaatsing van de betrokken wettelijke regeling in het kader van het gerechtelijk vooronderzoek betreft – enigszins hypocriet stelsel van bepalingen. [...] Met name waar het gaat om het kennisgeven van het afluisteren aan de verdachte (en andere direct betrokkenen) en dientengevolge om de controle daarop, biedt de wettelijke regeling van het afluisteren onvoldoende waarborgen.'³⁹² De telefoontap als opsporingsbevoegdheid behoeft zijns inziens dan ook met het oog op het rechtskarakter van het strafproces en met het oog op de legitimiteit van de opsporing een ingrijpende wijziging. Hetgeen in paragraaf 7.2.3. is betoogd over de noodzaak van een wettelijke grondslag en normering van opsporingsmiddelen die een inbreuk maken op de persoon-

388 Vrieze 1983, p. 1288.

389 Zie Van den Hout 1989, p. 29.

390 Zie Van den Hout 1989, p. 36. Zie ook Abbink en Vermunt 1989, p. 4/5.

391 Zie Van den Hout 1989, p. 37-38.

392 Van den Hout 1989, p. 103.

lijke rechten van de individuele burger, kan worden aangevuld met hetgeen aan de hand van de onderhavige problematiek omtrent het afluisteren van telefoongesprekken is gebleken, namelijk dat die wettelijke grondslag en normering bovendien tot op zekere hoogte, afhankelijk van de opsporingsbevoegdheid in kwestie, afdoende nauwkeurig dienen te zijn.

Op 16 mei 1990 wordt de Wet Computercriminaliteit bij de Tweede Kamer ingediend ter uitbreiding van het straf(proces)recht 'in verband met de voortschrijdende toepassing van de informatietechniek'.³⁹³ In dit wetsvoorstel worden ook de bepalingen van de telefoontap verruimd. Het gaat in dit geval evenwel niet om een uitbreiding van de waarborgen of de procedurele voorschriften in de wettelijke regeling waarmee door de wetgever aan de geuite principiële bezwaren tegen de tapwetgeving wordt tegemoetgekomen, maar juist om een groter toepassingsbereik van de tapmogelijkheden.³⁹⁴ 'In de loop van de jaren zijn van diverse kanten geluiden te horen geweest [...] justitie de bevoegdheid te geven om naast telefoongesprekken ook de communicatie welke plaats vindt door middel van telex- en faxapparatuur en via computer-verbindingen te kunnen aftappen. Deze uitbreiding van de bevoegdheid tot alle communicatiemiddelen wordt zinvol geacht vanwege het feit dat het afluisteren van telefoongesprekken alleen ontoereikend is gebleken.'³⁹⁵ Het is niet bepaald verwonderlijk dat deze verruiming mede plaats heeft met het oog op de criminaliteitsbestrijding en dan vooral op de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit. De losse teugels die de wettelijke bepalingen aangaande de telefoontap in de strafrechtspraktijk aan politie en justitie laten, blijken namelijk na enige tijd wederom te weinig reikwijdte te hebben. 'Ter motivering van deze uitbreiding wordt er op gewezen dat het afluisteren van telefoongesprekken steeds minder de gewenste bijdrage levert aan het bestrijden van de georganiseerde criminaliteit, omdat een beetje crimineel steeds rekening houdt met de mogelijkheid dat zijn telefoongesprekken worden getapt.'³⁹⁶ Deze ontwikkeling zou kunnen worden gezien als voorbode of

393 Zie *Kamerstukken II 1989/90*, 21 551, nrs. 1-3. De Wet Computercriminaliteit vloeit in belangrijke mate voort uit de voorstellen van de Commissie Franken 1987.

394 Overigens lijkt die uitbreiding ook weer niet consequent te worden doorgevoerd, aldus Hartevelde en Knigge 1991, p. 132-133. Zie ook Hartevelde 1990, p. 167-182. Er dient te worden gezegd dat de voorstellen van de Commissie Moons in het kader van de herziening van het gerechtelijk vooronderzoek – welke voorstellen hieronder meer uitgebreid aan de orde komen – wel weer een aanpassing van de wettelijke regeling van de telefoontap behelzen die meer tegemoetkomt aan de geuite kritiek. Zie voor een beknopte bespreking van die voorstellen aangaande de telefoontap Simmelink 1992, p. 239-250.

395 Zie Klifman 1991, p. 50. Zo wordt voorgesteld de term 'telefoongesprekken' in art. 125g Sv te wijzigen in 'niet voor het publiek bestemd gegevensverkeer via de telefooncommunicatie-infrastructuur'. Klifman 1991, p. 53: 'Doorvoering van deze wijziging zal tot gevolg hebben dat de tapopdracht van de rechter-commissaris niet beperkt hoeft te blijven tot de mondelinge telefonische communicatie, maar zich ook zal mogen uitstrekken tot het onderscheppen van via de telecommunicatie-infrastructuur getransporteerde tekst, data en beelden.'

396 Klifman 1991, p. 56.

wellicht als symptoom van de wapenwedloop tussen politie en Openbaar Ministerie en de georganiseerde criminaliteit.

7.2.5 De bedreigde getuige

In de praktijk doen zich nog enkele ontwikkelingen voor waarbij wettelijke bevoegdheden worden gehanteerd op een wijze waarin niet door de wetgever is voorzien en waarmee de verdedigingsbelangen grotendeels aan de kant worden geschoven. Een duidelijk voorbeeld hiervan betreft het gebruik van verklaringen die in het vooronderzoek zijn afgelegd door getuigen van wie de identiteit geheel of gedeeltelijk wordt afgeschermd.

Vanaf het begin van de jaren tachtig neemt het verschijnsel van de zogenaamde anonieme getuige hand over hand toe. Deze ontwikkeling hangt samen met de steeds vaker wijdvertakte en goed georganiseerde werkwijze van criminele samenwerkingsverbanden wat op zichzelf al de opsporing en vervolging van de daaruit voortkomende strafbare feiten enorm bemoeilijkt,³⁹⁷ maar ook met de verharding in de criminaliteit die ervoor zorgt dat getuigen en (mede)verdachten veel minder dan voorheen bereid zijn belastend te verklaren uit angst voor represailles.³⁹⁸ De getuige in kwestie wordt (of: voelt zich) bedreigd en weigert om deze reden te verklaren of legt een aangepaste verklaring af. Het gebruik van een verklaring van een 'bedreigde getuige' blijft echter niet beperkt tot strafzaken van het allerswaarste kaliber, zoals die tegen de georganiseerde misdaad.³⁹⁹ 'Het ziet er naar uit dat het bij gewone, niet al te zware delicten even goed voorkomt als bij levens- en geweldsdelicten en delicten in de sfeer van de handel in verdovende middelen. Bedreigingen worden geuit of gerealiseerd door het professionele milieu, door jeugdbendes, maar ook door individuele daders van strafbare feiten. De bedreiging kan uitgaan van de verdachte, maar ook van anderen, al dan niet in zijn directe omgeving. Hij kan zich richten tegen de ongewilde, toevallige getuige van een delict of tegen het slachtoffer daarvan, maar ook tegen mededaders of medeplichtigen, tegen informanten of tipgevers van de politie, tegen agenten-

397 Zie Schalken 1981 (1), p. 325/326: 'Bij de opsporing van strafbare feiten [...] ziet de overheid zich al geruime tijd geplaagd tegenover een harde, goed georganiseerde en internationaal wijdvertakte vorm van criminaliteit. [...]. Om enige greep te krijgen op deze professioneel georganiseerde criminaliteit zijn bepaalde opsporingsmethoden ontwikkeld.'

398 Zie Werkgroep Slagter 1983, p. 1: 'Met de gedurende de laatste jaren toegenomen verharding en organisatiegraad van bepaalde vormen van criminaliteit – drugszaken, vuurwapenzaken – is ook het aantal ontkennende verdachten toegenomen. [...]. Tegelijkertijd is de positie van getuigen veranderd: door de verharding van de criminaliteit, de mondigheid van de betrokkenen en de toegenomen openheid van het strafproces waardoor alle partijen in beginsel evenveel weten, is de weerstand om te getuigen groter geworden.' Zo ook Commissie R Emmelink 1986, p. 40; Swart 1986 (2), p. 348.

399 Zie Sutorius 1985, p. 15; Spronken 1988 (1), p. 77; Spronken 1990.

provocateur.⁴⁰⁰ Bij de genoemde angst voor represailles wordt overigens wel de kanttekening geplaatst dat die angst niet altijd zodanig is gegrond dat de getuige daarin ook tegemoet wordt getreden. Die angst wordt echter vaak wel serieus genomen en dan vooral bij de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit: het gebruik van de anonieme verklaring wordt bij dergelijke zaken zelfs onontkoombaar geacht.⁴⁰¹

De in de praktijk aangegrepen mogelijkheid om de identiteit van de getuige verborgen te houden, blijft niet beperkt tot getuigen die zich op enigerlei wijze door de verdachte of diens omgeving bedreigd voelen. Zo wordt met het oog op het opsporingsbelang meer dan eens een undercoveragent als anonieme getuige gehoord, zodat diens identiteit maar ook diens werkwijze niet aan het licht komt en het voor hem mogelijk blijft in de toekomst zijn werkzaamheden te verrichten.⁴⁰² Politie en justitie kunnen op deze manier complexe opsporingstrajecten in het kader van de georganiseerde criminaliteit afschermen voor de verdediging. Opsporingsambtenaren geven er niettemin ook met het oog op het eventuele gevaar dat 'bekendheid' meebrengt voor het privéleven steeds vaker de voorkeur aan anoniem te blijven in de processtukken. Het feit dat het in deze gevallen niet gaat om bedreigde getuigen, maar om een opsporingsambtenaar die zich bezighoudt met de opsporing jegens een verdachte, volgt daardoor lang niet altijd uit die getuigenverklaring. Het is dan moeilijk voor de verdediging om een vinger achter de verklaring te krijgen en om na te gaan of wel sprake is van rechtmatige opsporing.⁴⁰³

7.2.5.1 Consequenties van de vroege de auditu-rechtspraak

Om alle problemen te ondervangen die in de weg staan aan de bereidheid van getuigen om te verklaren, worden deze getuigen tijdens het vooronderzoek buiten aanwezigheid van de verdediging als anonieme getuige door de politie of de rechter-commissaris gehoord. Er wordt een proces-verbaal van de getuigenverklaring opgemaakt waaruit de identiteit van de getuige niet blijkt en ook alle gegevens die daarop zouden kunnen wijzen worden weggelaten. 'In de praktijk wordt zo goed als altijd een anonieme getuige eerst door de politie verhoord. Veelal wordt daarna toch de R-C nog ingeschakeld, om de overtuigende kracht van de verklaring te vergroten. In de regel vindt het verhoor door de R-C dan onder ede plaats.'⁴⁰⁴

400 Swart 1986 (2), p. 348.

401 Zie Werkgroep Slagter 1983, p. 1; Hangelbroek 1984, p. 550; Commissie Remmelink 1986, p. 7.

402 Swart 1986 (2), p. 350: 'Het bewaren van de anonimiteit van een informant of een agent-provocateur kan bijvoorbeeld erg aantrekkelijk zijn met het oog op opsporingsbelangen.'

403 Zie Schalken 1981 (1), p. 326: 'Openbaarheid kan aan het licht brengen dat het bewijs op onrechtmatige wijze is verkregen, onder meer doordat de informant [...] zich aan uitlokking heeft schuldig gemaakt.'

404 Hartevelde 1987, p. 436.

De verdediging kan met name bij het verhoor tijdens het gerechtelijk vooronderzoek de gelegenheid worden geboden schriftelijk vragen op te geven die dan door de rechter-commissaris aan de getuige kunnen worden gesteld, al zal dit achterwege worden gelaten als daardoor de anonimiteit van de getuige verloren dreigt te gaan.⁴⁰⁵ In de aard van deze bijzondere wijze van verklaren ligt besloten dat de getuige niet ter zitting zal verschijnen om daar alsnog met de verdachte te worden geconfronteerd. Het kan wel zo zijn dat de verhorende politiefunctaris of rechter-commissaris ter terechtzitting verantwoording aflegt over de betrouwbaarheid van de getuige en de ernst van de bedreigingen die hem tijdens het verhoor zijn gebleken.⁴⁰⁶ Het feit dat de verdediging het verhoor niet kan beïnvloeden en dat zij niet zelf vragen kan stellen aan de getuige, staat echter blijkens verscheidene uitspraken van de Hoge Raad over deze wijze van verklaren, niet in de weg aan het gebruik van het proces-verbaal van het verhoor als bewijsmiddel tegen de verdachte.⁴⁰⁷

Het gebruik van anonieme getuigenverklaringen is terug te voeren op de aanvaarding van de *de auditu*-verklaring als wettig bewijsmiddel.⁴⁰⁸ Het komt er bij een dergelijke verklaring op neer dat de verhorende functionaris verklaart over hetgeen hij een ander, een getuige die verder buiten beeld blijft, heeft horen zeggen.⁴⁰⁹ In geval van de anonieme getuigenverklaring blijft die ander niet alleen buiten beeld, maar wordt diens identiteit zelfs verborgen gehouden voor de verdediging. Er wordt wel van de rechter verwacht dat hij met het gebruik van (anonieme) *de auditu*-verklaringen doordrongen is van het waardeverschil tussen de overbrengende verklaring en de onderliggende verklaring, en dat hij bij het gebruik de nodige behoedzaamheid betracht. In het geval dat de rechter-commissaris de verhorende functionaris is en men het bezwaar aanvoert dat bij het verhoor van een getuige door de rechter-commissaris de verdediging toch zeker het recht heeft aanwezig te zijn, wordt dat bezwaar in de strafrechtspraktijk soms weggewuifd met de opmerking dat de rechter-

405 Zie evenwel Swart 1986 (2), p. 373: 'Van de bezwaren die daartegen kunnen worden aangevoerd is het belangrijkste wel dat de rechter-commissaris die vragen zal beletten die zouden kunnen leiden tot onthulling van de identiteit van de getuige, hoe relevant de vragen op zichzelf ook kunnen zijn met het oog op een oordeel over de volledigheid en de betrouwbaarheid van diens verklaring. [V]oor de verdediging brengt de procedure toch mee dat er niet werkelijk sprake is van een effectieve mogelijkheid, vragen te stellen en naar aanleiding van de antwoorden door te vragen.'

406 Zie Swart 1986 (2), p. 348.

407 Zie Hartevelt 1987, p. 436. Opvallend is dat ook de Commissie Remmelink (1986, p. 41) in dit verband spreekt van 'opmerkelijke uitspraken inzake het gebruik van anonieme getuigen'.

408 Zie hierover Nijboer 1980; Swart 1986 (2), p. 351. Mols noemt in zijn oratie het accepteren van de *de auditu*-verklaring door de Hoge Raad 'de erfzonde van het strafprocesrecht', zie Mols 1989 (1), p. 9. Zie over 'de glijbaan van *de auditu* naar anoniem' ook Spronken 1988 (2), p. 26-28.

409 Zie bijvoorbeeld Corstens 1988, p. 36-38.

commissaris in het belang van het onderzoek de verdediging in haar rechten kan beperken.

Een samenstel van factoren zoals de ontwikkeling van de *de auditu*-jurisprudentie in de strafrechtspraktijk, de ruime uitleg van enkele relevante wettelijke bepalingen ten aanzien van het getuigenverhoor⁴¹⁰ en het grote belang dat wordt gehecht aan de criminaliteitsbestrijding in het onderhavige tijdvak, zorgt ervoor dat politie en justitie getuigen kunnen blijven aanmerken als 'bedreigd' en zodoende anoniem kunnen (laten) horen. Volgens de Commissie Remmelink, die namens de wetgever de problematiek van de bedreigde getuige onderzoekt en die tot opdracht heeft een wetsvoorstel te schrijven om de anonieme getuigenverklaring op te nemen in het wetboek, ontbreekt voor een dergelijke wijze van verhoren evenwel een wettelijke grondslag. 'Weliswaar voorziet het Wetboek in de mogelijkheid dat verklaringen, tijdens het gerechtelijk vooronderzoek afgelegd, door getuigen die niet op de terechtzitting kunnen verschijnen, toch tot de bewijsvoering kunnen bijdragen, en dat de rechter het beantwoorden van bepaalde vragen ter terechtzitting belet, doch de desbetreffende bepalingen zijn stellig niet primair met het oog op de positie van de bedreigde getuige geschreven.'⁴¹¹

Het ontbreken van een uitdrukkelijke, op de bedreigde getuige toegesneden wettelijke grondslag wordt net als eerder geschetste ontwikkelingen uit de strafrechtspraktijk in verband gebracht met de strafvorderlijke legaliteitseis: door de anonieme getuigenverklaring als wettig bewijsmiddel te aanvaarden gaat de rechter voorbij aan art. 1 Sv en dat is hachelijk.⁴¹² De Commissie Remmelink ziet deze voor de hand liggende strijdigheid ook, maar laat in het midden of de problematiek niet ook eerst in de strafrechtspraktijk zou kunnen worden 'uitontwikkeld': 'Van verschillende kanten is aangedrongen op een aanpassing van het Wetboek van Strafvordering. Daarbij wordt dikwijls gewezen op het bepaalde in art. 1 Sv, dat niet zou gedogen de procesrechtelijke uitwerking geheel aan de jurisprudentie over te laten. Anderen hebben gewaarschuwd tegen een al te snel inroepen van de hulp van de wetgever en niet tot regel te verheffen wat uitzondering dient te blijven.'⁴¹³

Naast art. 1 Sv wordt ook het EVRM ingeroepen als toetssteen voor de praktijk rond de bedreigde getuige: 'Een ander beginsel, waarmee het gebruik van anonieme getuigenverklaring in strijd kan komen, is het *fair trial*-beginsel, dat in dit verband betrekking heeft op de regel dat het bewijs tot stand moet worden gebracht in een eerlijk en openbaar strafproces, waarbij de nadruk ligt op de openbaarheid en controleerbaarheid van het bewijsmateriaal en de

410 Zie bijvoorbeeld Werkgroep Slagter 1983, p. 2: 'Men zoekt naar 'de rek' in de bepalingen van het Wetboek van Strafvordering.'

411 Commissie Remmelink 1986, p. 40.

412 Zie bijvoorbeeld Melai 1985, p. 15.

413 Commissie Remmelink 1986, p. 42/43.

wijze waarop dat is verkregen.⁴¹⁴ Met betrekking tot de betekenis die het EVRM heeft voor de inrichting van het strafproces en de positie van de verdediging constateert Swart dat de uit het verdrag voortvloeiende ontwikkelingen blijkbaar ook een keerzijde hebben en zelfs door toedoen van de rechter een afbreuk van de verdedigingsrechten kunnen meebrengen: 'Het lijkt er soms op dat allerlei veranderingen mogelijk moeten zijn zolang zij niet evident in conflict komen met mensenrechtenverdragen, en de presumptie is al vlug dat zij dat niet doen.'⁴¹⁵

7.2.5.2 De behoedzaamheid van de rechter als waarborg

Volgens de rechtspraak van de Hoge Raad verzet het EVRM zich niet tegen het gebruik van de anonieme getuigenverklaring. Swart brengt hier tegenin dat uit het verdrag voortvloeit dat de verdediging een onvoorwaardelijk recht heeft getuigen die belastend verklaren te ondervragen. 'Onvoorwaardelijk is het recht op ondervraging in die zin dat zonder voorafgaande ondervraging door de verdediging een verklaring van een getuige à charge niet tot het bewijs van het feit kan meewerken. Was het anders dan zou het recht geen betekenis hebben.'⁴¹⁶ De Hoge Raad hecht veel belang aan de rol van de rechter bij de beoordeling van de betrouwbaarheid en lijkt in zijn behoedzaamheid een waarborg te zien voor een beperkt ondervragingsrecht.⁴¹⁷ Het is de vraag of die behoedzaamheid de bestaande bezwaren ten aanzien van de onmogelijkheid om de herkomst van de verklaring en de context waarin deze is afgelegd te achterhalen, kan wegnemen. Wat Schalken betreft is de enkele behoedzaamheid van de rechter niet genoeg: 'In mijn gedachtengang betekent dat in elk geval, dat bij de waardering van schriftelijk vastgelegde anonieme getuigenverklaringen in dit opzicht van de rechter *bijzondere* behoedzaamheid mag worden verlangd in verband met zijn op de juiste naleving van procesregels gerichte toezichthoudende taak. [...] De enkele anonimiteit van een getuige behoort bij de rechter ambtshalve twijfel op te roepen. En bij twijfel is er wél reden te onderzoeken of het bewijs op onrechtmatige wijze is verkregen.'⁴¹⁸

Ook Swart is sceptisch over de concrete betekenis van de behoedzaamheid – ook de 'bijzondere' of 'uiterste' – als waarborg: 'De moeilijkheid met dat argument is vooral dat het zo abstract is en zo weinig oog heeft voor de psychologie van de situatie waarin de rechter verkeert. Behoedzaamheid is niet alleen een zaak die wordt bepaald door opleiding of karakter, maar wordt ook, en misschien vooral, beïnvloed door situationele factoren. Behoedzaam-

414 Schalken 1981 (1), p. 331.

415 Swart 1986 (1), p. 59.

416 Swart 1986 (2), p. 368.

417 Zie ook Schalken 1981 (1), p. 332; Swart 1986 (2), p. 376; Spronken 1988 (1), p. 77.

418 Schalken 1981 (1), p. 332, p. 336-337. Schalken vindt het minder bezwaarlijk als de rechter-commissaris in een proces-verbaal de anonieme getuigenis overbrengt. Zie Schalken 1981 (1), p. 333.

heid moet worden gevoed.⁴¹⁹ Juist het ondervragen van een getuige door de verdediging zou bij uitstek die behoedzaamheid kunnen voeden. Bovendien zorgt volgens Spronken de vaagheid van het begrip 'rechterlijke behoedzaamheid' er bij gebrek aan criteria van de Hoge Raad om dit begrip verder in te vullen voor dat de rechter bij de verantwoording om de anonieme getuigenverklaring alsnog te gebruiken kan volstaan met 'algemene nietszeggende overwegingen zoals dat aannemelijk is geworden dat bij de onthulling van de identiteit van de getuige represailles dreigen'.⁴²⁰

Wanneer de door de rechter aan de dag te leggen behoedzaamheid wordt betrokken op de waarborgen die zijn vervat in de geschreven regels van het strafprocesrecht of in de fundamentele rechten uit het EVRM, blijkt dat die behoedzaamheid fungeert als vangnet voor het niet (kunnen) verwezenlijken van die wettelijke waarborgen vanwege de beperkingen die gepaard gaan met het anoniem laten verklaren door getuigen. Volgens Swart is dit een miskenning van de regels van een eerlijk proces, omdat het overschat waartoe behoedzame rechters in staat zijn. 'Het is juist de functie van zulke rechten als het recht op ondervragen van getuigen à charge, te bevorderen dat het proces zodanig verloopt dat de rechter voldoende prikkels tot behoedzaamheid ontvangt. Juist omdat behoedzaamheid in hoge mate door de concrete omstandigheden wordt bepaald, is vertrouwen in de rechter alleen niet voldoende. De verschillende beginselen die samen de notie van het eerlijke proces uitmaken, zijn er om de rechter tegen falen te beschermen.'⁴²¹ Naar de mening van Swart getuigt het van zelfoverschatting als de zittingsrechter meent het wel zonder deze beginselen te kunnen stellen. Behoedzame rechters zijn voor een eerlijk proces onmisbaar, maar zijn niet het laatste woord. De oplossing van de rechterlijke behoedzaamheid als waarborg brengt volgens hem met zich dat de rechten die voortvloeien uit de verdragsbepalingen een geheel andere invulling krijgen, of beter: dat die rechten die verbonden zijn aan een *accusatoire* inrichting van het strafproces een zuiver *inquisitoire* invulling krijgen. 'In een inquisitoire opvatting van het strafproces past de gedachte dat rechtswaarborgen een betrekkelijke betekenis hebben zolang de rechter maar zorgvuldig en voorzichtig te werk gaat. De behoedzaamheid van de rechter maakt die waarborgen in zekere zin overbodig.'⁴²²

De bezwaren tegen het gebruik van de verklaring van de anonieme getuige zijn zowel principieel als praktisch van aard. Swart voegt daar aan toe dat de praktische problemen over de bruikbaarheid van de anonieme verklaring zo groot zijn, dat de principiële aanvaardbaarheid niet eens ter discussie zou mogen staan.⁴²³ Al deze bezwaren wegen zelfs des te zwaarder nu blijkt dat

419 Swart 1986 (2), p. 352/353.

420 Zie Spronken 1988 (1), p. 77.

421 Swart 1986 (2), p. 376-377.

422 Swart 1986 (1), p. 60. Zie hierover ook Nijboer 1990.

423 Zie Swart 1986 (2), p. 375.

anonieme getuigenverklaringen vaak nodig zijn in strafzaken waarin het bewijs tegen een verdachte maar moeilijk rond is te krijgen en de anonieme verklaring maar al te vaak niet slechts als 'steunbewijs' heeft te dienen.⁴²⁴ De kritiek wordt breed gedragen: Melai stelt dat fundamentele procesregels ter wille van de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit ten nadele van de verdediging worden uitgeschakeld.⁴²⁵ Leijten bestempelt de aanvaarding door de rechter van deze manier van bewijsvoering als een 'intense nederlaag voor het strafproces'.⁴²⁶

7.2.5.3 Een eerste aanzet tot een wettelijke regeling

Ondanks dit alles gaan er in de loop van de jaren tachtig geluiden op om de anonieme getuige in het wetboek te regelen. Waar Swart van geen wijken wil weten met de stelling dat de anonieme getuige gewoonweg niet thuishoort in een eerlijk proces,⁴²⁷ stelt Schalken zich op het standpunt dat een eerlijk proces wordt gekenmerkt door het in de wet vastleggen van strafvorderlijke bevoegdheden van de overheid ten einde de in beginsel onbegrensde macht van die overheid te beperken. Vanuit de gedachte dat politie en justitie toch al veelvuldig en onontkoombaar gebruik maken van anonieme getuigenverklaringen, kan deze in de praktijk gegroeide mogelijkheid tot bewijsgaring volgens hem maar beter worden vastgelegd opdat de toepassingsmogelijkheden kunnen worden beperkt. 'De mate waarin de overheid een deugdelijke controle op het gebruik van haar eigen bevoegdheden toestaat, is bepalend voor het niveau van een behoorlijke rechtspleging. Om nu te bewerkstelligen dat er geen onzuiverheden in het strafvorderlijke systeem binnensluipen, waarop onvoldoende rechterlijke controle kan worden uitgeoefend, valt er niet aan te ontkomen dat de figuur van de anonieme getuige wettelijk wordt geregeld.'⁴²⁸

In het rapport 'De bedreigde getuige' worden namens de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) de eerste aanbevelingen gedaan voor een wettelijke regeling.⁴²⁹ De voorstellen van de Werkgroep Slagter voorzien in de tussenkomst van de onafhankelijke rechter bij de vraag of een getuige als 'bedreigd' kan worden aangemerkt en of deze in het strafprocesrecht kan

424 Zie Spronken 1988 (1), p. 77. Zie over de term 'steunbewijs' ook Prakken 1990 (1), p. 311: 'Die term wekt de indruk dat het eigenlijk om overbodig bewijs zou gaan, om een soort luxeartikel'.

425 Zie Melai 1985, p. 14/15.

426 Zie Leijten 1984, p. 536.

427 Zie Swart 1986, p. 377/378: 'Als het er om gaat, getuigen de bescherming te geven die zij nodig hebben, dan verdient iedere andere methode dan het gebruik van anonieme verklaringen de voorkeur. En blijken ze niet bruikbaar, dan blijft altijd nog de mogelijkheid bestaan dat het openbaar ministerie ter bescherming van de getuige afziet van het gebruik van diens verklaring of dat hij de zaak seponereert wanneer de vervolging niet kan slagen zonder deze verklaring.'

428 Schalken 1986, p. 303.

429 Zie Werkgroep Slagter 1983.

en mag worden beschermd met anonimiteit. De werkgroep is van mening dat de raadkamer de aangewezen rechterlijke instantie is om in een concrete zaak te beoordelen of het belang van de getuige om te worden beschermd en de belangen van politie en justitie bij een doelmatige opsporing en vervolging mogen prevaleren boven het belang van de verdediging om als volwaardige procesdeelnemer haar rechten uit te oefenen. Indien de raadkamer oordeelt dat de identiteit van de getuige voor de verdediging verborgen mag worden gehouden, wordt aan de rechter-commissaris het bevel gegeven de getuige anoniem in afwezigheid van de verdediging te horen. De getuige weet zich gedurende het gehele strafproces van anonimiteit verzekerd; de zittingsrechter is gebonden aan de beslissing van de raadkamer omtrent de anonimiteit.⁴³⁰ In de voorstellen van de werkgroep wordt bovendien de mogelijkheid open gelaten voor het anoniem verklaren door opsporingsambtenaren.

De Commissie Remmelink – zoals al eerder aangegeven de commissie die in opdracht van de minister van Justitie de problematiek van de anonieme getuigenverklaring onderzoekt – tracht eveneens de figuur van de bedreigde getuige onder te brengen in een strafprocesrechtelijke regeling. De commissie acht het gebruik van anonieme getuigenverklaring in beginsel ontoelaatbaar, waarbij enkel een uitzondering wordt gemaakt voor de bedreigde getuige die door het afleggen van een verklaring redelijkerwijs ernstig voor zijn leven, gezondheid of maatschappelijk functioneren heeft te vrezen.⁴³¹ Een dergelijk uitgangspunt houdt met die uitzondering in het achterhoofd eigenlijk geen principiële afwijzing in van de strafrechtspraktijk tot dan toe. Wel zoekt de Commissie Remmelink – overigens net als de Werkgroep Slagter – enige compensatie voor de anonimiteit van de getuige en de beperking die de bijbehorende wijze van verhoren onder meer meebrengt voor de uitoefening van de verdedigingsrechten, in een rechterlijke tussenkomst. De Commissie Remmelink laat echter zowel de beslissing op de vraag of de getuige in kwestie kan worden aangemerkt als een bedreigde getuige, als het verhoor van die getuige over aan de rechter-commissaris in het gerechtelijk vooronderzoek.⁴³² Het uitgangspunt van de commissie dat een anonieme getuigenverklaring niet mag worden gebruikt voor het bewijs, wordt in de voorstellen zelfs nog verder gerelativeerd door de bepaling dat een anonieme schriftelijke getuigenverkla-

430 Dit is bij de feitelijke gang van zaken in het onderhavige tijdvak niet het geval. Zie verder Werkgroep Slagter 1983, p. 18-19 en p. 24. Tegen de beslissing van de raadkamer om de getuige al dan niet anoniem te laten horen staat hoger beroep open. De getuige die niet op bevel van de raadkamer wel anoniem wordt gehoord, mist de zekerheid van anonimiteit gedurende het onderzoek ter terechtzitting; de zittingsrechter kan dan bepalen dat de rechter-commissaris of een politiefunctionaris die het verhoor in kwestie heeft afgenomen, diens identiteit prijsgeeft.

431 Zie Commissie Remmelink 1986, p. 9-10; Schalken 1986, p. 293 e.v.; Harteveld 1987, p. 436 e.v.

432 In deze voorstellen staat beroep open bij de raadkamer tegen de beslissing van de rechter-commissaris om een getuige al dan niet anoniem te horen.

ring (opgemaakt door de politie in de zin van art. 344 Sv) 'slechts' onder strikte voorwaarden mag worden gebruikt en dan nog als het bewijs in belangrijke mate steun vindt in ander bewijsmateriaal. Zo ontstaat weer een wat ruimer toepassingsbereik van het zogenoemde anonieme bewijsmateriaal, te meer als men zich bedenkt dat aan de genoemde strikte voorwaarden 'reeds' is voldaan indien de getuige in een latere fase van het vooronderzoek ook wordt verhoord door de rechter-commissaris of indien op voorhand is gebleken dat de getuige niet ter terechtzitting zal kunnen verschijnen.⁴³³

Beide voorstellen zijn aan kritiek onderhevig, vooral omdat zij niet een uitdrukkelijke afwijzing van de anonieme getuigenverklaring behelzen of niet echt de bekritiseerde gang van zaken in de strafrechtspraktijk beperken.⁴³⁴ Swart schrijft als lid van de Commissie Rummelink zelfs een *dissenting opinion* bij het betreffende rapport.⁴³⁵ Harteveld richt zich in zijn kritiek op datzelfde rapport hoofdzakelijk op de door de commissie gekozen systematiek van de regeling voor het verhoor van de anonieme getuige. Hij vindt het merkwaardig dat de commissie aansluiting zoekt bij het systeem van het wetboek van 1926, waarin enkel de verklaringen die in het vooronderzoek zijn afgelegd als bewijsmiddel kunnen worden gebezigd wanneer deze zijn afgelegd tijdens het gerechtelijk vooronderzoek, terwijl de aanvaarding van de *de auditu*-verklaringen als wettig bewijsmiddel in de rechtspraak van de Hoge Raad nu juist die belangrijke meerwaarde van het gerechtelijk vooronderzoek ten opzichte van het opsporingsonderzoek heeft doen afnemen.⁴³⁶ Volgens Harteveld is het voorstel van de commissie gebaseerd op twee verschillende stelsels en wordt de *de auditu*-ontwikkeling ten dele genegeerd. 'Het is niet goed mogelijk om, zoals de Commissie doet, op één punt terug te grijpen naar het 'oude' bewijsstelsel, zonder daarbij die ontwikkelingen te betrekken. Natuurlijk kan men die ontwikkelingen anders waarderen. Maar dan zou, om daaraan een halt toe te roepen, een veel verdergaande wijziging van het Wetboek van Strafvordering tot stand gebracht moeten worden.'⁴³⁷

De bezwaren die Harteveld aandraagt tegen de plaatsing van het verhoor van de bedreigde getuige binnen het kader van het gerechtelijk vooronderzoek hangen nog het meest samen met de veelal praktische bezwaren tegen (de regeling van) het gerechtelijk vooronderzoek zelf, welke in de loop van de jaren tachtig steeds vaker worden gehoord: maar al te vaak wordt het gerechtelijk vooronderzoek enkel geopend voor de toepassing van een bepaald dwangmiddel (denk aan de telefoontap) hetgeen in combinatie met de mogelijkheid voor politie en justitie om parallel aan het gerechtelijk vooronderzoek een eigen opsporingsonderzoek in de bewuste zaak te (blijven) voeren, leidt tot een 'leeg'

433 Zie Commissie Rummelink 1986, p. 10.

434 Zie Nijboer 1984 voor kritiek op het rapport van de Werkgroep Slagter.

435 Zie Commissie Rummelink 1986, p. 83-93.

436 Zie Harteveld 1987, p. 435.

437 Harteveld 1987, p. 437.

gerechtelijk vooronderzoek, en met de plaatsing van een nieuwe bevoegdheid voor de rechter-commissaris binnen het gerechtelijk vooronderzoek wordt ook de onnodig gecompliceerde sluitingsprocedure op die bevoegdheid van toepassing.⁴³⁸ Om deze redenen geeft Harteveld er de voorkeur aan om de anonieme getuige te regelen buiten het gerechtelijk vooronderzoek, net zoals dat zijns inziens bij de meeste andere dwangmiddelen die binnen dat kader zijn geplaatst, had moeten zijn gebeurd.⁴³⁹

Harteveld beoogt daarmee het gerechtelijk vooronderzoek te reserveren voor de effectivering van de aloude onderzoeksfunctie van de rechter-commissaris, te weten het horen van getuigen en het verrichten van onderzoek door deskundigen en wat dies meer zij. De enkele rechterlijke toetsing bij de inzet van dwangmiddelen – in zijn woorden een ‘waarborgfunctie’ van de rechter-commissaris – hoeft dan zeker niet per se te worden ingebed in het gerechtelijk vooronderzoek. ‘Het waarborgkarakter staat daar meer voorop dan het onderzoeksaspect. Bij die waarborg, die het inschakelen van de onafhankelijke rechter biedt, lijken de voorstellen van de Commissie het meest aan te sluiten. [...] De waarborgfunctie die de R-C heeft kan juist heel goed buiten het g.v.o. tot zijn recht komen. [...] Daarom is de koppeling aan het g.v.o. minder vanzelfsprekend geworden.’⁴⁴⁰

Harteveld laat onbesproken of de door hem bedoelde procedure aangaande het horen van een anonieme getuige niet meer behelst dan alleen de toets of de betreffende getuige inderdaad kan worden aangemerkt als ‘bedreigd’ – de waarborgfunctie – en niet ook het feitelijke horen van die getuige – de onderzoeksfunctie – omvat. De rechter-commissaris verricht namelijk wel – anders dan bij de telefoontap – zelf het feitelijke onderzoek (het horen). Vanuit dat oogpunt zou een inbedding van het verhoor van de anonieme getuige in het gerechtelijk vooronderzoek wellicht meer voor de hand liggen en zouden de genoemde bezwaren van Harteveld al ten dele kunnen worden ondervangen door aanpassing van de sluitingsvoorschriften die het gerechtelijk vooronderzoek compliceren.⁴⁴¹ Harteveld zelf verwacht in elk geval dat het door het telkens opnieuw uitbreiden van het gerechtelijk vooronderzoek met allerlei dwangmiddelen die daar zijns inziens eigenlijk niet in thuis horen, onvermijdelijk wordt het gehele vooronderzoek aan een herziening te onderwerpen. ‘Een dergelijke uitbreiding vond ook al plaats toen de regeling van de telefoontap [...] binnen het g.v.o. werd geplaatst. Dat gebeurde destijds ook zonder dat daaraan een enkel woord werd besteed. Terwijl op die keuze ook nogal wat valt af te dingen. Door de voorstellen van de Commissie wordt naar mijn

438 Zie ook Van de Pol 1989, p. 75.

439 Harteveld 1987, p. 437/438: ‘Denkbaar zou ook zijn om een regeling te ontwerpen die losstaat van het g.v.o.’. De rechter-commissaris verhoort dan wel de anonieme getuige. Zo ook Schalken 1986, p. 299.

440 Harteveld 1987, p. 438.

441 Of volgens Van de Pol (1989, p. 75) in elk geval een verlenging van termijnen.

mening de vraag naar de verdere ontwikkeling van het g.v.o. steeds actueler.⁴⁴² Hartevelde voorspelt dat door steeds weer inpassen van nieuwe bevoegdheden een herziening van de regeling van het voorbereidend onderzoek op een zeker moment wel aan de orde moet komen.

7.2.5.4 Consequenties van rechtspraak van het EHRM

Aan het einde van de jaren tachtig loopt de eventuele totstandkoming van een wettelijke regeling de nodige vertraging op als de wetgever besluit de beslissing van het EHRM af te wachten op een klacht tegen Nederland omtrent het gebruik van anonieme getuigenverklaringen in de zaak Kostovski.⁴⁴³ Men verwacht namelijk dat aan de hand van deze uitspraak duidelijk zal worden aan welke voorwaarden een wettelijke regeling heeft te voldoen opdat het voor politie en justitie mogelijk blijft te werken met anonieme getuigen zonder dat dit een schending meebrengt van de beginselen van een eerlijk strafproces. Het EHRM laat in elk geval op één punt geen twijfel bestaan: een veroordeling die uitsluitend of in beslissende mate is gegrond op anonieme getuigenverklaringen voldoet niet aan de eisen die art. 6 EVRM aan een eerlijk proces stelt.⁴⁴⁴ De vragen of en zo ja onder welke voorwaarden een anonieme verklaring voor het bewijs mag worden gebezigd, blijven echter in belangrijke mate onbeantwoord en de uitspraak laat veel ruimte voor uiteenlopende opvattingen over de toelaatbaarheid van anonieme getuigen in het algemeen.⁴⁴⁵ De opvatting dat het gebruik van anonieme verklaringen na de zaak Kostovski uit den boze is, wordt door geen van de auteurs die zich nadien met dat onderwerp bezighouden beweerd,⁴⁴⁶ maar er wordt verschillend gedacht over de betekenis van hetgeen het EHRM stelt ten aanzien van enkele deelvragen.⁴⁴⁷

De anonieme getuige is met name problematisch voor het recht van de verdediging om de belastende getuige te ondervragen. De discussie naar aanleiding van de zaak Kostovski richt zich in dat kader op de vraag tot in hoeverre de verdediging in dat recht mag worden beperkt en nog meer op

442 Hartevelde 1987, p. 438.

443 Zie over het voornemen tot het wetsvoorstel Justitiebegroting 1988, p. 21. Zie over de vertraging Spronken 1988 (2), p. 42; Mols en Spronken 1988, p. 1331. Zie over het rapport van de ECRM ook Swart 1988; Spronken 1988 (2), p. 33-38 en voor de EHRM-uitspraak Swart 1990, Beijer 1990, p. 245-246.

444 Zie Swart 1988, p. 860 en Swart 1990, p. 320: 'Het Hof drukt zich scherper en onomwonder uit; ook is zijn aanpak veel principiëler dan die van de Commissie.' Zie ook Myjer 1989; Schalken 1990 (1), p. 9.

445 Zie Swart 1988, p. 860 ten aanzien van het ECRM en Swart 1990, p. 312 ten aanzien van het EHRM: '[Het Hof] onthoudt zich van een algemeen antwoord op de vraag in hoeverre de getuige à charge in het strafproces als anoniem kan optreden.' Zie ook Frielink 1990 (2), p. 450: 'Het arrest van het EHRM is bepaald geen schoolvoorbeeld van een helder geformuleerd arrest.'

446 Een uitzondering hierop is misschien Mols 1989 (2).

447 Zie bijvoorbeeld Beijer 1990, p. 243.

de vraag welke compensatie kan worden geboden opdat de anonieme getuigenverklaring wel nog voor het bewijs kan worden gebruikt. Ten aanzien van het eerstgenoemde wordt opgemerkt dat situaties denkbaar zijn waarin de getuige slechts met beperkte anonimiteit wordt gehoord en de verdediging desondanks de gelegenheid heeft de getuige te ondervragen en diens verhoor te beïnvloeden. Dit zou voor de hand liggen bij opsporingsambtenaren die worden verhoord in aanwezigheid van de verdediging terwijl hun personalia worden afgeschermd en hun uiterlijke kenmerken worden verdoezeld.

Naar de mening van Schalken vloeit in ieder geval uit de zaak Kostovski voort dat het niet zozeer in strijd hoeft te zijn met art. 6 EVRM de verdediging te beletten aan de getuigen vragen te stellen omtrent diens identiteit.⁴⁴⁸ Wanneer de beperking van het ondervragingsrecht naast het achterhouden van de identiteit van de getuige ook het gemis van een min of meer directe confrontatie met deze betekent, ligt dit misschien anders. Het is dan de vraag hoe absoluut het recht op ondervraging eigenlijk is en volgens Schalken zit daar wel enige speling in: 'Het gaat om de procedure in haar geheel, met inbegrip van de wijze waarop het bewijs is verkregen *in relatie tot* de wijze waarop de rechten van de verdediging bij de totstandkoming van dat bewijs zijn gerespecteerd. Dat geldt met name ten aanzien van die getuigenverklaringen die in een eerdere fase van de procedure zijn afgelegd. De verdachte zal op enig moment de gelegenheid (*an adequate and proper opportunity*) moeten hebben een getuige à charge te ondervragen teneinde diens verklaring te kunnen betwisten, hetzij op het moment dat het getuigenis wordt afgelegd, hetzij op een later tijdstip in de procedure.'⁴⁴⁹

Op dit punt dient de vraag zich aan naar een mogelijke compensatie voor het beperkte ondervragingsrecht en het is vooral deze kwestie waaromtrent de uitspraak van het EHRM voor uiteenlopende opvattingen vatbaar is. De compensatie die in de zaak Kostovski zou zijn geboden door middel van de in de Nederlandse rechtspraak aan de dag gelegde (vermeende) waarborg van 'rechterlijke behoedzaamheid', wordt in elk geval zonder meer afgeserveerd.⁴⁵⁰ Een mogelijke compensatie zou eventueel wel, zo lezen sommigen in de uitspraak van het EHRM, kunnen worden gevonden in het verhoren van de getuige door de rechter-commissaris tijdens het vooronderzoek, op voorwaarde dat deze op zijn minst op de hoogte is van de identiteit van de getuige en zich verder een goed beeld kan vormen over diens betrouwbaarheid.⁴⁵¹ Een bijkomende voorwaarde die uit de uitspraak voortvloeit zou dan zijn dat

448 Zie Schalken 1990 (1), p. 8.

449 Schalken 1990 (1), p. 10. Zie hierover ook Boek en Nijboer 1992, p. 1010-1013.

450 Zie Swart 1990, p. 321; Schalken 1990 (1), p. 12; Frielink 1990 (2), p. 455; Beijer 1990, p. 252.

451 Zie Schalken 1990 (1), p. 11: 'Het horen door de R-C kan aanvaardbaar zijn, mits hij met de identiteit van de anonieme getuige bekend is teneinde diens betrouwbaarheid te kunnen controleren [...]. Verder dient de verdachte de gelegenheid te hebben tot het *rechtstreeks* stellen van vragen.' en p. 12: 'In elk geval wordt van de R-C een meer persoonlijke en actieve tussenkomst verlangd.' Zie Frielink 1990 (2), p. 454.

de verdediging (de raadsman) in de gelegenheid wordt gesteld de getuige te ondervragen en bij voorkeur rechtstreeks.⁴⁵² 'Of onder de directheid van de ondervraging ook de schriftelijke vragen kunnen worden begrepen? Dat zal toch afhangen van de mogelijkheid of de verdachte daarvoor voldoende de betrouwbaarheid heeft kunnen onderzoeken.'⁴⁵³

Von Brucken Fock meent echter in zijn beschouwing van de zaak Kostovski dat de voorwaarde dat de getuige wel min of meer rechtstreeks moet kunnen worden ondervraagd, eigenlijk niet wordt genoemd en dat het EHRM al genoeg neemt met enkel de grondige ondervraging door de rechter als compensatie voor het beperkte ondervragingsrecht van de verdediging.⁴⁵⁴ De wijze waarop en de mate waarin de verdediging in dat geval de anonieme getuige heeft kunnen ondervragen is dan naar zijn interpretatie van ondergeschikt belang. 'Indien de 'handicaps' van de verdediging met betrekking tot de ondervraging van een anonieme getuige zijn gecompenseerd door een rechterlijke procedure, is de 'fairness' van de strafrechtelijke procedure onaangetast gebleven en stelt artikel 6 EVRM geen nadere eisen aan het gebruik van anonieme getuigenverklaringen voor het bewijs.'⁴⁵⁵ Swart plaatst bij een dergelijke uitleg de nodige vraagtekens: 'Hebben we dan te maken met een procedure die het tegenwicht vormt voor de handicaps waarvoor de verdediging staat? Als dat het geval is, zou de Nederlandse praktijk door het Hof toch grotendeels zijn aanvaard.'⁴⁵⁶

Deze interpretatie van Von Brucken Fock leidt ook tot verzet van Beijer. Volgens haar volgt namelijk uit de onderhavige uitspraak of uit welk ander recent EHRM-arrest dan ook, helemaal niets omtrent hetgeen Von Brucken Fock presenteert als mogelijke 'compensabele rechterlijke procedures'. Beijer geeft aan dat het EHRM niet uitsluit dat de beperking van het ondervragingsrecht wel kan worden gecompenseerd, maar dat het Hof de wijze waarop dat zou

452 Zie Schalken 1990 (1), p. 11 en in deze lijn bijvoorbeeld ook Prakken 1990 (1), p. 312: 'De kern [...] is dat het bewijs in een strafzaak door de verdediging gecontroleerd moet kunnen worden en derhalve geleverd hoort te worden ter zitting, of eventueel gedeeltelijk door de R-C, mits de verdediging daar aan [haar] trekken kan komen.' Prakken spreekt zich evenwel uit tegen het horen van de anonieme getuige in afwezigheid van de verdachte en in aanwezigheid van de raadsman in verband met de wig die deze situatie tussen hen zou kunnen drijven. Zie over dit 'Deense model' C.F. Mulder 1991.

453 Schalken 1990 (1), p. 11.

454 Zie Von Brucken Fock 1990, p. 307-308: 'Als de uitoefening van dat recht in verband met het verborgen houden van de identiteit van de getuige niet mogelijk is, kan tegenwicht worden geboden, en daarmee schending van artikel 6 EVRM worden voorkomen, door een rechtstreekse en onbeperkte ondervraging van die getuige door de rechter hetzij tijdens het onderzoek ter terechtzitting hetzij tijdens het voorbereidend onderzoek.'

455 Von Brucken Fock 1990, p. 308.

456 Zie Swart 1990, p. 325.

kunnen geschieden niet bespreekt.⁴⁵⁷ Beijer trekt zelf echter ook de lijn door die het EHRM aanhoudt in de zaak Kostovski door te beredeneren dat een sluitende procedure ter compensatie van de beperkte verdedigingsrechten eigenlijk niet kan worden gevonden: 'Het Hof sluit niet uit dat bepaalde gebreken die aan een procedure kleven kunnen worden gecompenseerd. Maar van een echte compensatie kan natuurlijk nooit sprake zijn als het meest wezenlijke kenmerk van een procedure nl. de contradictoire structuur wordt aangetast. Het is daarom denkbaar dat de verdachte door de anonimiteit van de getuige in zo'n slechte verdedigingspositie is gekomen dat er *géén compensatie* mogelijk is.'⁴⁵⁸

De uitspraak in de zaak Kostovski doet veel stof opwaaien en brengt veel onduidelijkheid met zich over wat nu wel en wat niet is geoorloofd ten aanzien van de opsporing en vervolging van strafbare feiten door middel van anonieme getuigenverklaringen. Het is dan ook moeilijk te voorspellen op welke wijze de strafrechtspraktijk gevolg zal geven aan de afkeurende uitspraak van het EHRM. Wat politie en justitie betreft zijn de verwachtingen echter niet al te hoog. Schalken voorspelt dat zelfs als politie en justitie zich zouden laten leiden door de genoemde afkeuring van het werken met anonieme getuigen, zij zich nog altijd geplaatst zien tegenover het schrikbeeld van de georganiseerde criminaliteit en andere manieren zullen zoeken om dat te bestrijden. 'Het terugdringen van het gebruik van de anonieme getuige zal in opsporingspolitieke zin zeker leiden tot het aanwenden van andere methoden om de waarheid aan het licht te brengen. Die zullen dan eveneens aan de normen van *fair trial* en *equality of arms* moeten voldoen. Ook hier echter leert de praktijk dat de aard van de (zwarte, internationale, georganiseerde) criminaliteit de politie al gauw brengt in het grijze gebied van buitenwettelijke bevoegdheden.'⁴⁵⁹ Prakken constateert dat het Openbaar Ministerie gewoon neigt voort te gaan op de ingeslagen weg. 'Dat wijst op een begrijpelijke paniek, resp. een verwerpelijk cynisme bij een staatsorgaan dat ziet dat de voor hem geriefelijke afwezigheid van een scherp onderscheid tussen opsporingsonderzoek en gerechtelijk (voor)onderzoek onder druk staat. Deze houding laat het OM zien in zijn enge rol van procespartij, een procespartij die geen strobreed wil wijken als het gaat om het edele doel van de misdadbestrijding, en dat

457 Zie bijvoorbeeld Beijer 1990, p. 252: 'Noch de tekst van de uitspraak noch de recente jurisprudentie van het Hof geeft m.i. aanleiding om te veronderstellen dat het Hof zo ver wil gaan.' en p. 253: 'Volgens Von Brucken Fock is het verhoor van een getuige door een R-C in afwezigheid van de verdediging een 'compensabele rechterlijke procedure' mits de R-C op de hoogte is van de identiteit van de getuige. Ook dit is niet uit het arrest af te leiden.' Zie ook Swart 1990, p. 325: 'Tegelijkertijd rijst de vraag waaraan het Hof dan wèl gedacht heeft bij zijn opmerking over rechterlijke procedures die een tegenwicht kunnen vormen voor de handicaps waarmee de verdediging te maken kan krijgen.'

458 Beijer 1990, p. 253.

459 Zie Schalken 1990 (1), p. 13.

zich met alleen dat doel voor ogen voortsleept van strafzaak naar strafzaak.⁴⁶⁰

Tot slot bespeurt Prakken ook geen echte omslag bij de Hoge Raad over het gebruik van anonieme verklaringen voor het bewijs.⁴⁶¹ Er is wat haar betreft wel iets veranderd, aangezien de voorwaarden die de strafrechter stelt aan de anonieme verklaring als bewijsmiddel zijn aangescherpt – alleen de rechter mag de anonieme getuige horen, hij dient diens identiteit te kennen en hij legt verantwoording af over diens betrouwbaarheid; de verdediging moet in de gelegenheid zijn geweest voorafgaand aan het verhoor en nadien naar aanleiding van de uitkomst van het verhoor (schriftelijk) vragen te stellen⁴⁶² – maar voor de verdediging betekenen deze voorwaarden ook weer niet zo heel veel. '[O]p deze nieuwe 'waarborgen' waar met name de verdediging niets aan heeft omdat die weer afgescheept kan worden met tevoren schriftelijk opgegeven vragen waarbij noch op eerdere antwoorden kan worden ingespeeld, noch de belanghebbendheid of bevooroordeeldheid van de getuige door deze kan worden vastgesteld [...], zijn dan ook nog uitzonderingen mogelijk. Ook de 'behoedzame rechter', waarover het EHRM toch ook duidelijk was in zijn afwijzing als argument, is niet uit de rechtspraak verdwenen, zij het dat deze enige motiveringsplicht opgelegd heeft gekregen.'⁴⁶³

Het gebrek aan overeenstemming ten aanzien van de betekenis en de implicaties van deze zaak maakt het ook lastig die te betrekken op de door de Commissie Remmelink voorgestelde wettelijke regeling en te bezien hoe die regeling zich daarmee verhoudt: de één stelt dat de voorstellen van de commissie met de zaak Kostovski van de baan zijn, de ander is van mening dat die voorstellen pas doorgang kunnen hebben als deze worden uitgebreid met enkele bijkomende voorwaarden (bijvoorbeeld dat anoniem bewijsmateriaal slechts als steunbewijs kan gelden)⁴⁶⁴ en weer anderen zien de in het rapport voorgestelde regeling als gelijk aan de uitspraak.⁴⁶⁵ Het is dan ook de ruimte voor interpretatie die het EHRM in zijn uitspraak laat, die de wetgever doet besluiten de uiteindelijke uitspraak in de zaak Kostovski af te wachten, alvorens naar aanleiding van het rapport van de commissie een wetsvoorstel op te stellen.⁴⁶⁶ De wetgever tracht op deze manier de vereisten zoals die worden geformuleerd in verscheidene uitspraken van het EHRM in de wettelijke

460 Prakken 1990 (1), p. 311. Zie ook De Jonge 1990.

461 Zie Prakken 1990 (2), p. 1817 en ook Nijboer 1990, p. 595: 'De Hoge Raad heeft intussen ná Kostovski een nieuwe uitgangspositie bepaald: de stelling dat (getuigen)verklaringen van anonieme zegslieden niet voor bewijs mogen worden gebruikt, vindt geen steun in het recht.'

462 Von Brucken Fock (1990, p. 309) stelt dat met deze voorwaarden is voldaan aan het EVRM.

463 Prakken 1990 (2), p. 1817.

464 Zie bijvoorbeeld Frielink 1990 (2), p. 458/459.

465 Aldus Prakken 1990 (1), p. 310.

466 Zie *Kamerstukken II* 1991/92, 22 483, nr. 3, p. 3.

regeling te implementeren. Inderdaad worden dan de hierboven reeds genoemde aanvullende waarborgen in het wetsvoorstel verwerkt.⁴⁶⁷

In de memorie van toelichting bij het wetsontwerp wordt door de minister van Justitie uitgelegd waarom de rechter-commissaris de voorkeur krijgt boven de raadkamer om als rechterlijke instantie in het vooronderzoek een rol te vervullen in de procedurele voorzieningen ten aanzien van de bedreigde getuige.⁴⁶⁸ Door de keuze voor de rechter-commissaris af te zetten tegen de enige andere optie, lijkt die keuze ook zonder meer voor de hand te liggen. De minister laat evenwel na in te gaan op de praktische bezwaren en op de wetstechnische problemen die in de loop van de jaren tachtig steeds vaker worden aangekaart met betrekking tot het gerechtelijk vooronderzoek en de dwangmiddelen en onderzoeksbevoegdheden van de rechter-commissaris binnen dat kader.⁴⁶⁹ In dat opzicht is het ten tijde van het wetsvoorstel moeilijk in te schatten of de toebedeling van deze bevoegdheid aan de rechter-commissaris wel die mate van rechtsbescherming voor de verdachte mee zal brengen die de wetgever voor ogen staat, en of de inbedding van het verhoor van de anonieme getuige wat de verdediging betreft niet hetzelfde lot is beschoren als de regeling van de telefoontap. Overigens geeft de minister aan dat, hoewel met de voorgestelde wettelijke regeling aansluiting is gezocht bij de eisen die het EHRM stelt aan een anonieme getuigenverklaring zodat deze kan meewerken tot het bewijs, daarmee nog niet is gegeven dat in een concrete strafzaak onder alle omstandigheden als vanzelfsprekend ook is voldaan aan art. 6 EVRM: 'Iedere procedure die volgens de voorgestelde regeling verloopt zal steeds daar bovenop aan de genoemde verdragsbepaling moeten worden getoetst'.⁴⁷⁰ En zo zijn de ontwikkelingen rondom de anonieme getuige in elk geval illustratief voor een voor dit onderzoek relevante constatering: het gerechtelijk vooronderzoek wordt ondanks het feit dat in de literatuur het nodige wordt afgedongen op de betekenis van die fase voor het strafproces in zijn geheel wel verder uitgebreid met vergaande opsporingsbevoegdheden

467 Dat is niet vreemd aangezien de minister van Justitie zich in de toelichting baseert op het hierboven aangehaalde artikel van Von Brucken Fock (1990). Zie *Kamerstukken II 1991/92*, 22 483, nr. 3, p. 3.

468 Zie *Kamerstukken II 1991/92*, 22 483, nr. 3, p. 13-17. Het wetsvoorstel sluit aan bij de praktijk en het bestaande systeem van het wetboek (p. 13); de rechter-commissaris heeft meer de functie van onderzoeksrechter dan de raadkamer, hij kan op snelle en doeltreffende wijze onderzoek doen (p. 15) en hij is 'ten gevolge van zijn leidinggevende taak in het gerechtelijk vooronderzoek doorgaans goed op de hoogte van de stand van zaken in het vooronderzoek en heeft een goed inzicht in de betekenis van de anonieme getuigenverklaring voor het gehele onderzoek' (p. 16).

469 Er wordt bijvoorbeeld slechts naar het rapport van Commissie Moons verwezen ter onderbouwing van de stelling dat de anonieme getuige inderdaad in het (gerechtelijk) vooronderzoek behoort te worden gehoord in verband met de nadruk die in de loop der tijd op deze fase van het strafproces is komen te liggen. Zie *Kamerstukken II 1991/92*, 22 483, nr. 3, p. 13.

470 Zie *Kamerstukken II 1991/92*, 22 483, nr. 3, p. 7.

vanuit de gedachte dat de rechter-commissaris de in het vooronderzoek beperkte verdedigingsrechten kan compenseren.

Op 1 februari 1994 treedt de Wet getuigenbescherming in werking.⁴⁷¹ Deze wettelijke regeling vindt haar oorsprong in het rapport van de Commissie Remmelink, maar is op belangrijke punten aangepast met aanvullende voorwaarden naar aanleiding van de rechtspraak van het EHRM en de fundamentele procesregels zoals die voortvloeien uit het EVRM.⁴⁷² Opmerkelijk genoeg blijkt dat van de mogelijkheid om bedreigde getuigen te horen en de afgelegde verklaring te bezigen als bewijsmiddel, sinds de inwerkingtreding van de wettelijke regeling maar weinig gebruikt wordt gemaakt. De belangrijkste redenen hiervoor zijn dat de procedure al te omslachtig en tijdrovend wordt gevonden en dat het ten einde de anonimiteit van de getuige te verzekeren maar al te vaak nodig is zoveel relevante informatie voor de strafzaak uit de stukken te houden, dat diens verklaringen geen betekenis meer hebben voor het bewijs tegen de verdachte.⁴⁷³ En zo resulteert het in regels vatten van een ontwikkeling uit de praktijk uiteindelijk tot op zekere hoogte in het terugdringen van een gelaakte wijze van opsporen.⁴⁷⁴

7.2.6 Overige relevante ontwikkelingen aangaande het vooronderzoek

Voor de periode die het onderhavige tijdvak beslaat zijn nog andere ontwikkelingen te noemen die in meer of mindere mate de verhouding tussen de procesdeelnemers en de inrichting van het vooronderzoek beïnvloeden. Sommige van de bedoelde ontwikkelingen zijn al eerder zijdelings ter sprake gekomen of worden hieronder – eveneens zijdelings – nog meegenomen, bijvoorbeeld bij de bespreking van de voorstellen van de Commissie Moons en de Commissie Van Traa. Voor zover dat geboden is met het oog op die latere bespreking wordt hier beknopt op die ontwikkelingen ingegaan.

7.2.6.1 Huiszoeking ter inbeslagneming

De wettelijke regeling van de huiszoeking is ingewikkeld omdat de verschillende bevoegdheden ten aanzien van de inbeslagneming al naar gelang de situatie waarin deze worden toegepast (bijvoorbeeld bij huiszoeking) zijn toebedeeld

471 Wet van 11 november 1993, Stb. 1993, 603.

472 Zie hierover uitgebreid de dissertatie van Beijer (1997, p. 141-163). Zie voorts over de zaak Van Mechelen Spronken 1997; Myjer 1997; Van Hoorn en Nijboer 1997; Garé en Spronken 1997; Schalken en Rozemond 1997; Rozemond 1998.

473 Zie Beijer 1997, p. 161-163. Zie voor een evaluatie van de regeling Van Hoorn 1996. Zie voor kritiek op rechtspraak van de Hoge Raad na de Wet Bedreigde getuige Garé 1998.

474 Beijer geeft aan dat de anoniem gebleven bronnen nog steeds een rol spelen in de opsporing van strafbare feiten, maar nu niet meer meewerken aan het bewijs. Zie bijvoorbeeld Beijer 1997, p. 166-170 over onvolledige verslaglegging.

aan verschillende autoriteiten.⁴⁷⁵ Op zichzelf is de idee achter het stelstel van bevoegdheden dat de wetgever van 1926 voor ogen heeft gestaan duidelijk: hoe meer de inbeslagneming mede gezien de situatie waarin deze wordt toegepast, inbreuk maakt op de rechten van de verdachte, des te strikter zijn de voorwaarden waaraan die toepassing heeft te voldoen. Het is goed voorstelbaar dat in dit verband de doorzoeking van het huis van de verdachte ter inbeslagneming van al wat relevant is in de strafzaak tegen hem, door de verdachte als zeer ingrijpend wordt ervaren. Om deze reden heeft de wetgever destijds de huiszoeking ingebed in het kader van het gerechtelijk vooronderzoek en de leiding bij de uitoefening van deze bevoegdheid – of eigenlijk het onderzoek zelf – in handen gelegd van de rechter-commissaris; wil de officier van justitie dat tot huiszoeking wordt overgegaan, dan dient hij de opening van een gerechtelijk vooronderzoek te vorderen. In geval van een zodanige spoed dat het optreden van de rechter-commissaris niet kan worden afgewacht, kan de (hulp)officier van justitie op grond van art. 97 Sv (oud) zelf overgaan tot huiszoeking, waarna deze wel verplicht is alsnog een gerechtelijk vooronderzoek te doen openen.⁴⁷⁶ Het zijn dan deze uitzonderingen die de regeling van de inbeslagneming en de huiszoeking ter inbeslagneming ingewikkeld maken, in combinatie met het gegeven dat de situaties waarin de uiteenlopende bevoegdheden kunnen worden toegepast niet altijd evenzo gemakkelijk van elkaar zijn te onderscheiden als de wet doet voorkomen.

De problemen die in de jaren tachtig bij de toepassing van de inbeslagneming de kop opsteken zijn verschillend van aard, maar in belangrijke mate terug te voeren op de veranderingen in de maatschappij – de toename van de hoeveelheid, ernst en complexiteit van de criminaliteit sinds 1926 – en op de verschuiving van het zwaartepunt binnen het voorbereidend onderzoek van het gerechtelijk vooronderzoek naar het opsporingsonderzoek en al wat daarmee samenhangt – denk bijvoorbeeld aan de verzelfstandiging van de politie ten opzichte van rechter-commissaris, maar ook ten opzichte van de officier van justitie. Het dwangmiddel zelf is ondanks die veranderingen nooit aangepast aan de eisen van de tijd en de strafrechtspraktijk.⁴⁷⁷ De wetgever heeft daarentegen de regeling van de inbeslagneming verder gecompliceerd door bevoegdheden uit het Wetboek van Strafvordering in de bijzondere (straf)wetgeving toe te kennen aan ‘gewone’ opsporingsambtenaren zonder alle bijbehorende waarborgen uit dat wetboek over te nemen, zoals de inmening van de officier van justitie of de rechter-commissaris.⁴⁷⁸ De overweging

475 Zie voor een bespreking van de regeling Vellinga-Schootstra 1982 en Mevis 1989.

476 Zie Machielse 1989 (1), p. 17; Harteveld 1990, p. 85.

477 Zie Vellinga-Schootstra 1987, p. 650.

478 Zie Vellinga-Schootstra 1987, p. 651 over de ingrijpende bevoegdheden in de WED, de Opiumwet en de Vuurwapenwet: ‘Enerzijds is daardoor de gewone opsporingsambtenaar de mogelijkheid gegeven om bij zware criminaliteit doeltreffender te kunnen optreden dan op grond van het Wetboek van Strafvordering mogelijk zou zijn geweest [...] Anderzijds heeft dit geleid tot de zotte situatie dat bij de opsporing van een simpele overtreding in

is geweest dat de bestrijding van bepaalde soorten 'nieuwe' criminaliteit doorgaans een snelle reactie vergt en dat het optreden van andere functionarissen dan de aanwezige opsporingsambtenaren vaak niet kan worden afgewacht. Het wegnemen van de procedurele waarborgen die met dat optreden gepaard zouden moeten gaan, zou dan de doelmatigheid ten goede komen.

De genoemde veranderingen en verschuivingen hebben voor de rechter-commissaris die geacht wordt de huiszoeking te doen en voor het gerechtelijk vooronderzoek in welk kader die huiszoeking volgens de wettelijke regeling behoort plaats te vinden, enkele niet te onderschatten gevolgen. Uit de literatuur volgt dat het voor de rechter-commissaris wegens capaciteitstekorten soms onmogelijk is zijn leidende onderzoeksrol bij de huiszoeking te vervullen en gedurende het hele onderzoek aanwezig te zijn of te blijven, bijvoorbeeld omdat er op meer plaatsen tegelijk huiszoeking wordt verricht of omdat de rechter-commissaris met andere werkzaamheden bezig is of verder moet gaan.⁴⁷⁹ Het is de vraag of nog kan worden gesproken van 'onderzoek' door de rechter-commissaris; diens bemoeienis met een huiszoeking bestaat wellicht meer in het controleren van het onderzoek en derhalve is het beter te spreken van een 'toetsingsfunctie'.⁴⁸⁰ Ook de huiszoeking in het geval dat de tussenkomst van de rechter-commissaris niet kan worden afgewacht zorgt voor een verandering in zijn controle: het onderzoek is al verricht, de rechter-commissaris gaat enkel na of dat onderzoek en de beslissing daartoe over te gaan rechtmatig zijn geweest. Het gerechtelijk vooronderzoek dat voor die toets nog moet worden geopend blijft – als het al wordt geopend⁴⁸¹ – gewoonlijk een 'leeg' gerechtelijk vooronderzoek, omdat de rechter-commissaris en diens bevoegdheden voor de rest van het opsporingsonderzoek niet nodig zijn.⁴⁸²

Nu is het zo dat de zittingsrechter die wordt geconfronteerd met een huiszoeking die in aanmerkelijke mate afwijkt van de in de wet voorgeschreven procedure, niet zwaar daaraan tilt.⁴⁸³ Vellinga-Schootstra constateert dat de rechter door het ietwat opsporingsvriendelijker uitleggen van de wet de steken ophaalt die de wetgever heeft laten liggen of heeft laten vallen, en dat kan

de economische sfeer veel meer mogelijk is dan bij het tot klaarheid brengen van een ernstig klassiek delict.' Zie ook Dijkstra en Harteveld 1985, p. 23.

479 Zie Dijkstra en Harteveld 1985, p. 24; Couzijn 1988; Van den Hout 1989, p. 42-46; Machielse 1989 (1), p. 18; Harteveld 1990, p. 83: 'Zulke situaties doen zich tegenwoordig meer voor.'

480 Zie Dijkstra en Harteveld 1985, p. 24: 'Op zichzelf is dat geen slechte zaak. [...]. Maar het is strijdig met de gedachte dat de rechter-commissaris het gerechtelijk vooronderzoek voert.'

481 Zie Machielse 1989 (1), p. 19: 'Het enkele feit dat de Officier van Justitie een vordering tot instelling van een gerechtelijk vooronderzoek doet betekent immers nog niet dat een gerechtelijk vooronderzoek ook werkelijk gaat lopen.'

482 Zie Harteveld 1990, p. 85.

483 Zie Harteveld 1990, p. 84: 'De punten waar het bij de huiszoeking op aan komt in de overweging van de Hoge Raad zijn enerzijds dat de rechter-commissaris instructies kan geven, en anderzijds dat degenen die de huiszoeking daadwerkelijk verrichten en degene bij wie de huiszoeking geschiedt de beslissing van de rechter-commissaris over enige gerezen kwestie kunnen inroepen.'

wat haar betreft nooit de bedoeling zijn: '[W]anneer men meent dat de wetgeving in onderdelen ondoelmatig is, [moet] de wetgever in actie komen. De wetgever immers – en niet in de eerste plaats de rechter – dient de wet aan te passen aan de maatschappelijke veranderingen.'⁴⁸⁴

Afgezien van deze kritiek zouden ook enkele bezwaren kunnen worden aangevoerd aan de hand van een vergelijking met de gang van zaken bij het afluisteren van telefoongesprekken – welk dwangmiddel eerst door de wetgever onder de onderzoeksfunctie van de rechter-commissaris werd geschaard, terwijl de toepassing daarvan ook feitelijk veel meer een toetsingsfunctie inhield, en welk dwangmiddel ook leidde tot verder 'lege' gerechtelijke vooronderzoeken – waaraan de rechter ondanks het feit dat de toepassing in aanmerkelijke mate afwijkt van de voorgeschreven procedure, ook in zekere zin zijn goedkeuring heeft verleend. De vergelijking gaat misschien nog meer op als daarbij weer andere bevindingen van Vellinga-Schootstra worden betrokken: 'Hulpofficieren van justitie creëren de bevoegdheid tot het doen van huiszoeking op grond van art. 97 Sv – waarin is bepaald dat alleen in geval van dringende noodzakelijkheid, indien het optreden van de Officier van Justitie niet kan worden afgewacht, door de hulpofficier huiszoeking mag worden verricht – door pas vlak voor de aanvang van de huiszoeking het Openbaar Ministerie op de hoogte te stellen van het, vaak al weken van te voren geplande, voorgenomen onderzoek.'⁴⁸⁵ De strekking van de wettelijke regeling om bij vergaande inbreuken op de rechten van de verdachte, met tussenkomst van de rechter-commissaris te voorzien in bescherming tegen al te lichtzinnig optreden, wordt door het op deze manier hanteren van de bevoegdheid uit art. 97 Sv (oud), maar ook door andere omstandigheden uit de praktijk, tekort gedaan.⁴⁸⁶

7.2.6.2 *Parallele opsporing*

Een andere kwestie die in de loop van de jaren tachtig door de zittingsrechter wordt beslist 'in het voordeel van het opsporingsonderzoek' van de officier van justitie en de politie, betreft de parallelle opsporing.⁴⁸⁷ Naar mate het belang van de onderzoekshandelingen die uitsluitend kunnen worden verricht gedurende het gerechtelijk vooronderzoek steeds verder afneemt en het steeds minder noodzakelijk blijkt de rechter-commissaris bij het voorbereidend onderzoek te betrekken om dat onderzoek 'rond' te krijgen, wordt het gerechte-

484 Zie Vellinga-Schootstra 1987, p. 654. Schalken 1987, p. 23-24: 'Dwangmiddelen blijken de steun van de jurisprudentie nodig te hebben om zich in de praktijk overeind te kunnen houden (fouilleren, huiszoeking, inbeslagneming, afluisteren van telefoongesprekken).'

485 Vellinga-Schootstra 1987, p. 651.

486 Zie over deze incongruentie Machielse 1989 (1), p. 20.

487 Zie Machielse 1989 (1), p. 20: '[Het] beeld van het gerechtelijk vooronderzoek als bevoegdhedenkader voor een zelfstandig instruerend rechterlijk ambtenaar wordt evenwel nog het meest omfloerst door de mogelijkheid van parallelle opsporing.'

lijk vooronderzoek doorgaans slechts nog gevorderd in die gevallen waarin de wet dat voor de toepassing van die dwangmiddelen vereist. Nu deze beperkte inzet van de rechter-commissaris het uitgangspunt is geworden voor de strafrechtspraktijk staat nog maar weinig in de weg aan de opvatting dat tegelijk met het verrichten van de onderzoekshandelingen in het kader van het gerechtelijk vooronderzoek, het opsporingsonderzoek van de officier van justitie gewoon kan doorlopen.⁴⁸⁸

De zittingsrechter die instemt met het parallelle opsporingsonderzoek maakt echter wel voorbehouden: het opsporingsonderzoek onder leiding van het Openbaar Ministerie mag niet de rechten omzeilen die aan de verdediging zijn toegekend in het kader van het gerechtelijk vooronderzoek, de rechter-commissaris moet ten minste enig overzicht over het onderzoek in de gehele strafzaak houden en de officier van justitie dient hem tijdig op de hoogte te stellen van de vorderingen in het parallelle onderzoek. 'Tenslotte: noch het zelfstandig opsporingsonderzoek van het Openbaar Ministerie, noch opsporingsactiviteiten op grond van art. 177 Sv mogen de intentie hebben de raadsman buiten beeld te houden. Dat is misbruik van procesrecht.'⁴⁸⁹ Het laat zich niettemin raden wat de parallelle opsporing tijdens het gerechtelijk vooronderzoek ondanks deze en soortgelijke rechterlijke reserves in het onderhavige tijdvak kan betekenen voor de positie van de verdediging. 'Vroeg of laat moet de verdachte als rechtssubject bij [het] gerechtelijk vooronderzoek worden betrokken. Vanaf dan kan hij trachten zijn verdediging te organiseren en de loop van het onderzoek te bepalen. Met die procespositie verdraagt zich moeilijk een parallel lopend opsporingsonderzoek in dezelfde zaak, waarvan de verdachte goeddeels kan worden buitengesloten. Parallelle opsporing biedt de mogelijkheid de rechter-commissaris te passeren, met alle gevolgen van dien voor de rechtsbescherming en staat haaks op een streven naar centralisering van onderzoeksbevoegdheden bij de rechter-commissaris.'⁴⁹⁰

7.2.6.3 *Nieuwe opsporingsmethoden*

Behalve de perikelen rondom de huiszoeking en de parallelle opsporing zijn er ontwikkelingen die weliswaar niet direct verband houden met het gerechtelijk vooronderzoek, maar die toch een verschuiving teweegbrengen in de verhoudingen tussen de functies van de procesdeelnemers in het vooronderzoek. In het kader van het opsporingsonderzoek verandert de manier van werken van politie en justitie namelijk op zodanige wijze, dat het zwaartepunt van het strafrechtelijk onderzoek meer dan ooit tevoren bij de opsporing komt te liggen. Dit verstevigt de positie van de officier van justitie en van de politie

488 Zie Zwerver 1983; Fokkens 1985, p. 42; Harteveld 1990, p. 81; Machielse 1989 (1), p. 22.

489 Zie Dijkstra en Harteveld 1985, p. 18 en 19; Harteveld 1990, p. 82.

490 Machielse 1989 (1), p. 23/24. Zie over de betekenis van een parallel opsporingsonderzoek voor de verdediging ook Van de Pol 1989, p. 68; Prakken 1990 (2), p. 1819.

in het vooronderzoek en gaat wederom ten koste van de betekenis van de functies van de rechter-commissaris en van de verdediging. De bespreking hierboven van het oprekken van de grenzen van wettelijke bevoegdheden en het hanteren van een algemene wettelijke taakstelling als grondslag voor niet in de wet verankerde bevoegdheden, laat een dergelijke ontwikkeling al enigszins doorschemeren. Het Openbaar Ministerie en politie scheppen met name ten behoeve van de strijd tegen de georganiseerde misdaad zelfstandig 'opsporingsbevoegdheden'.⁴⁹¹ complexe en ingrijpende methoden als infiltratie en stelselmatige observatie die geen wettelijk voorgeschreven procedure kennen, die (daarom?) geen bemoeienis van de rechter-commissaris vereisen en die worden toegepast nog voordat in theorie kan worden gesproken van een verdenking zodat een eventuele effectuering van verdedigingsrechten kan worden uitgesteld of achterwege kan worden gelaten.

Infiltratie wordt omschreven als 'het al dan niet onder dekmantel van een aangenomen identiteit binnendringen door buitenstaanders (d.w.z. door personen die buiten het criminele milieu staan) in het criminele milieu ten behoeve van opsporing en vervolging'.⁴⁹² In een studie over deze methode schrijft het Openbaar Ministerie dat de mogelijkheid van infiltratie steeds vaker wordt aangewend om allerlei ongreepbare en ernstige vormen van bijvoorbeeld de handel in verdovende middelen te bestrijden, zonder dat eenduidigheid bestaat over de toelaatbaarheid van de methode en over de grenzen die bij de infiltratie in acht moeten worden genomen. De studiegroep tracht een aantal 'beleidsuitgangspunten' op te stellen naar aanleiding van belangrijke rechterlijke uitspraken over infiltratie. Die uitspraken zijn weer een gevolg van de in het begin van de jaren tachtig sterk toegenomen behoefte van het Openbaar Ministerie om de inzet van infiltranten in een concrete strafzaak te laten toetsen door de zittingsrechter. Deze behoefte komt voor uit het feit dat ook bij het Openbaar Ministerie het besef bestaat dat de inzet van infiltranten gepaard gaat met de nodige risico's. De voorwaarden van de studiegroep kunnen worden beschouwd als een kleine verscherping ten opzichte van wat de rechter in het kader van infiltratie toelaatbaar heeft geacht, maar ook niet veel meer dan dat: de infiltrant mag door zijn optreden de verdachte niet aanzetten tot andere handelingen dan die waarop diens opzet daarvoor al was gericht; het Openbaar Ministerie dient de inzet van een infiltrant vooraf goed te keuren en de infiltrant dient te opereren onder strikte aansturing van de recherchechef in nauw overleg met de officier van justitie; en de aard en ernst van de op te sporen strafbare feiten zal de toepassing van de infiltratie moeten rechtvaar-

491 Frielink (1986, p. 582) vraagt zich af 'of zinvol kan worden gesproken over middelen ter bestrijding van de georganiseerde criminaliteit, zonder dat duidelijk is aangegeven wat daaronder moet worden verstaan.'

492 Zie *Kamerstukken II 1985/86*, 19 328, nr. 1, p. 2. Volgens Frielink (1986, p. 582) is deze definitie te beperkt: 'Onder omstandigheden wordt namelijk ook het inzetten van een burger-infiltrant toelaatbaar geacht.' Zie over infiltratie vanuit het perspectief van de politie Blaauw 1980 en 1985.

digen waarbij de verwachting moet bestaan dat andere, minder ingrijpende opsporingsmiddelen niet effectief kunnen zijn.⁴⁹³ Het meest opmerkelijk in verband met deze voorwaarden is misschien dat de studiegroep weliswaar gewag maakt van de vele nadelen en gevaren die aan een infiltratieactie kunnen kleven – zoals de 'lichamelijke en morele risico's voor de infiltrant'⁴⁹⁴ – en dit ook min of meer impliciet als reden aanmerkt om slechts in beperkte mate van de mogelijkheid van infiltratie gebruik te maken,⁴⁹⁵ maar dat de studiegroep niet of nauwelijks rept over de betekenis van deze methode voor bijvoorbeeld de rechtmatigheid of de controleerbaarheid van het opsporingsonderzoek.

Naast de in de eerste plaats te stellen principiële vraag of een opsporingsmethode als infiltratie wel mag worden toegepast zonder dat is voorzien in een uitdrukkelijk wettelijke basis, kunnen ten aanzien van deze methode enkele bezwaren worden aangevoerd die aansluiten op hetgeen eerder is gesteld ten aanzien van de verschuiving in de verhouding tussen de procesdeelnemers in het vooronderzoek. Opmerkelijk is bijvoorbeeld dat met de toepassing van infiltratie niet is gekozen voor een procedure waarin de rechter-commissaris als onafhankelijke en onpartijdige procesdeelnemer de gang van zaken controleert. Zo stelt Frielink dat 'aldus [...] in elk geval [zou] zijn verzekerd dat al tijdens de opsporing ook rekening wordt gehouden met andere belangen dan die van de opsporing. En in het bijzonder in die gevallen waarin geen terechtzitting volgt, zou het goed zijn dat een rechter zich met de zaak heeft bezig gehouden.'⁴⁹⁶ Toch laat ook Frielink net zo lief de bemoeienis van de rechter-commissaris achterwege vanuit de gedachte dat infiltratie doorgaans toch in een dusdanig vroeg stadium van het opsporingsonderzoek plaatsvindt dat nog niet eens sprake is van een concrete verdenking jegens de verdachte en eigenlijk ook niet van een inbreuk op diens grondrechten. Buiten beschouwing gelaten of infiltratie nu wel of niet gepaard gaat met een dergelijke inbreuk, zou de overweging om de rechter-commissaris in de procedure van deze methode te betrekken ook kunnen zijn dat dat bijdraagt aan de overzichtelijke toedeling van verantwoordelijkheden in het vooronderzoek of voorziet in een bijzondere legitimatie van complexe opsporingshandelingen.⁴⁹⁷ Frielink lijkt evenwel op grond van nog andere argumenten niet aan de tussenkomst van de rechter-commissaris te willen. De vertragende, overbodig ingewikkelde formaliteiten van het gerechtelijk vooronderzoek zijn reeds eerder genoemd, maar daarnaast stelt Frielink dat die tussenkomst juist de verhoudingen in het hele vooronderzoek door de war kan schoppen omdat de kans bestaat

493 Zie *Kamerstukken II* 1985/86, 19 328, nr. 1, p. 3.

494 Zie *Kamerstukken II* 1985/86, 19 328, nr. 1, p. 4-5.

495 Zie hierover Frielink 1986, p. 583.

496 Frielink 1990 (1), p. 136. Betrokkenheid van de rechter-commissaris volgt als hij in het kader van het gerechtelijk vooronderzoek de infiltrant hoort als bedreigde getuige. Zie Frielink 1990 (1), p. 111.

497 Vergelijk Knigge 1990 (1), p. 212; Mevis 1990, p. 940; Knigge 1990 (2), p. 948 (zie hierboven).

dat de politie zich rechtstreeks zal wenden tot de rechter-commissaris of dat de officier van justitie zich minder verantwoordelijk zal voelen voor het opsporingsonderzoek en zijn 'rechterlijke attitude' zal verliezen. 'Dit alles leidt mijns inziens tot de conclusie dat in elk geval zolang de huidige regeling van het gerechtelijk vooronderzoek niet is gewijzigd, bij infiltratie moet worden vastgehouden aan dekking van de officier van justitie.'⁴⁹⁸

Ten aanzien van de stelselmatige observatie kunnen nagenoeg dezelfde bezwaren worden aangevoerd als ten aanzien van de infiltratie. Zo wordt de feitelijke toepassing van deze opsporingsmethode, ofschoon deze niet in de wet is geregeld, wel aanvaard door de zittingsrechter.⁴⁹⁹ Bovendien wordt gesteld dat het vroege stadium van het onderzoek waarin de stelselmatige observatie doorgaans plaatsvindt, meebrengt dat niet gesproken hoeft te worden van een 'strafvorderlijk optreden' en dat deze methode zodoende niet per se een uitdrukkelijke wettelijke grondslag behoeft. 'Er wordt een soort voorfase van de strafvordering geschapen die nog geen strafvordering heet: anders zouden we mogelijk in strijd komen met [...] het strafvorderlijk legaliteitsvereiste.'⁵⁰⁰ Dit weegt des te zwaarder daar dit soort onderzoek zeker strafrechtelijk relevant kan zijn en zich toch bij gebrek aan een wettelijke procedure maar moeilijk laat controleren, laat staan dat de verdediging dat onderzoek op enig moment kan beïnvloeden. In dat verband benadrukken Boek en Nijboer nog eens onomwonden wat het gevaar is van het hanteren van ongeschreven opsporingsmethoden voor de verhoudingen in het vooronderzoek, namelijk 'dat het zonder enige restrictie toestaan van een 'informatieve voorfase' [...] gelegenheid schept voor te zeer aan hun werk verknochte politieambtenaren om ongebreideld 'opsporings'-activiteiten te ontwikkelen die zich op hun beurt aan controle onttrekken. Vanuit de rechtsstatelijke gedachte, dat 'uitoefening van overheidsmacht' ten minste aan controle door de rechter moet zijn onderworpen, moeten dergelijke ontwikkelingen met zorg worden begroet.'⁵⁰¹ Deze ontwikkeling bergt daarenboven het gevaar in zich dat de politie ten opzichte van het Openbaar Ministerie nog meer zelfstandig zal gaan opereren en dat bijgevolg zelfs alle controle op die vroege fase van het onderzoek verloren gaat.⁵⁰²

498 Zie Frielink 1990 (1), p. 137. Frielink komt tot de slotsom dat de opsporingsmethode een wettelijke regeling behoeft, maar met het doel voor de infiltrant die strafbare feiten pleegt een rechtvaardigingsgrond te creëren. Zie voor de aanbevelingen Frielink 1990 (1), p. 172-174.

499 Zie Boek en Nijboer 1987, p. 342.

500 Boek en Nijboer 1987, p. 342/343.

501 Boek en Nijboer 1987, p. 352.

502 Zie De Doelder 1988, p. 32: 'Onmiskenbaar is de tendens te bespeuren, dat de politie (te) zelfstandig optreedt in die gevallen, waarin de OM-bemoeienis niet specifiek wettelijk is voorgeschreven. [...] Te snel gaat men uit van de opvatting, dat wat niet verboden is, toegestaan is in het belang van de opsporing.'

Uit deze schetst van de verschillende ontwikkelingen omtrent de concrete bevoegdheden van de procesdeelnemers in het vooronderzoek volgt dat de onderlinge verhoudingen zeker anders komen te liggen en dan niet in het voordeel van de functies van de rechter-commissaris of de verdediging. Aan deze vaststelling kan worden toegevoegd dat het oprekken van het opsporingsonderzoek naar een vroeger stadium – namelijk nog vóór de concrete verdenking – ten gevolge van het hanteren van ongeschreven opsporingsmethoden, een verdere verschuiving bewerkstelligt van het zwaartepunt binnen het vooronderzoek. De bevoegdheden van de rechter-commissaris raken in de meeste gevallen overbodig en als deze toch worden aangewend lijkt het gerechtelijk vooronderzoek zijn meerwaarde te hebben verloren vanwege allerlei complicaties met overbodige voorschriften en de te strikte sluitingsregeling. Tot slot lijdt de positie van de rechter-commissaris in de praktijk ook onder een ontwikkeling die bestaat in een 'verwarring' van zijn functies. De wetgever heeft bijvoorbeeld gewenst de onderzoeksfunctie in het kader van het gerechtelijk vooronderzoek uit te breiden door de toekenning van nieuwe bevoegdheden – de telefoontap – terwijl het eigenlijk heel vanzelfsprekend is dat de rechter-commissaris feitelijk niet in staat is dat onderzoek zelf te doen en zich zal moeten beperken tot een controle van het onderzoek door de politie. Ditzelfde geldt voor de onderzoeksbevoegdheden die de rechter-commissaris al had met de inwerkingtreding van het wetboek in 1926 zoals de huiszoeking. Daar komt nog eens bij dat voor die onderzoeksbevoegdheden geldt dat het ook weer niet al te moeilijk is die verkapte controlefunctie te omzeilen. Het gerechtelijk vooronderzoek kampt op deze manier met een groot aantal vooral praktische problemen waardoor in de praktijk de waarde van die onderzoeksfase nog meer vermindert.⁵⁰³ Het bestaansrecht van het gerechtelijk vooronderzoek van de rechter-commissaris komt in de loop van het tijdvak steeds meer ter discussie te staan.

7.2.7 Het gerechtelijk vooronderzoek in het middelpunt van de belangstelling

Vanaf halverwege de jaren tachtig wordt veel geschreven over het gerechtelijk vooronderzoek en de functies die de rechter-commissaris daarin bekleedt. In veel bijdragen komt men tot de slotsom dat het gerechtelijk vooronderzoek grondig dient te worden aangepast.⁵⁰⁴ De kritiek die hieraan ten grondslag ligt, lijkt zich niet zozeer te richten op de rechter-commissaris en op het feit dat deze een functie heeft in het voorbereidend onderzoek, maar veel meer

503 Zie Fokkens 1985, p. 40.

504 Zie Mols 1991, p. 63: 'Er bestaat onder strafrechtjuristen een ruime mate van eenstemmigheid over het antwoord op de vraag of het niet tijd wordt om het voorbereidend onderzoek in strafzaken en dan met name het gerechtelijk vooronderzoek te herzien.' Zie ook Schalken 1987, p. 24.

op diens onderzoeksfunctie binnen het genoemde onderzoekskader: 'Nu, bijna zestig jaar nadat men die stap niet heeft willen zetten lijkt het ons dat overwogen moet worden de rechter-commissaris een positie te geven die niet meer suggereert dat hij een eigen instruerende taak heeft in het voorbereidend onderzoek. Het gerechtelijk vooronderzoek in de huidige vorm dient te worden afgeschaft', aldus Harteveld en Dijkstra in 1985.⁵⁰⁵

Uit de bespreking van de vele ontwikkelingen in het onderhavige tijdvak – waarbij de meer abstracte maatschappelijke en (rechts)politieke ontwikkelingen kunnen worden beschouwd als aanleiding tot de meer concrete juridische ontwikkelingen – kan inderdaad worden afgeleid dat het gerechtelijk vooronderzoek als zelfstandig kader voor onderzoeksbevoegdheden van de rechter-commissaris heeft afgedaan. De kritiek op het gerechtelijk vooronderzoek vloeit vooral voort uit enerzijds de in hoog tempo veranderde omstandigheden waaronder het strafrechtelijk onderzoek in de praktijk heeft plaats te vinden en anderzijds de manier waarop de wetgever daaraan het hoofd probeert te bieden door de wettelijke regeling aan te passen met een reeks van te zeer op zichzelf staande wetwijzigingen.⁵⁰⁶

De eerstgenoemde bron van kritiek kan worden uitgelegd aan de hand van de snel stijgende en veranderende criminaliteit die tezamen met het feit dat de overheid zich in allerlei beleidsstukken toelegt op de bestrijding daarvan, bewerkstelligt dat veel van het onderzoek wordt verricht door de politie zonder dat daar een rechter-commissaris of zelfs een officier van justitie bij wordt betrokken. Om alle vormen van criminaliteit ook daadwerkelijk te bestrijden – althans de schijn daarvan op te houden – worden de bevoegdheden van de politie door de wetgever aanzienlijk uitgebreid. Daarnaast wordt door de rechter meer dan eens aanvaard dat het onderzoek afwijkt van de wijze waarop dat is geregeld in het wetboek en dat de bevoegdheidsverlening in die wettelijke regeling zo ver wordt opgerekt dat veel handelingen die niet in de wet zijn geregeld en genormeerd, wel worden verricht.

De tweede bron van kritiek kan worden uitgelegd aan de hand van de wijzigingen die de wetgever heeft aangebracht, aanbrengt of voornemens is aan te brengen in het gerechtelijk vooronderzoek – bijvoorbeeld de telefoontap, de huiszoeking ter inbeslagneming en de bedreigde getuige – terwijl een wijziging juist in dat onderzoekskader gezien tal van ontwikkelingen in de strafrechtspraktijk nu eigenlijk niet altijd evenzeer voor de hand ligt. Die wijzigingen verhouden zich slecht met de gegroeide overheersing van het vooronderzoek door de politieke opsporing onder leiding van de officier van justitie, de beperkte inzetbaarheid van de rechter-commissaris vanwege de

505 Dijkstra en Harteveld 1985, p. 27. Zie ook Van de Laar 1989, p. 387-388.

506 Groenhuijsen en Naeyé (1990, 236) spreken op dit punt over de afstand tussen de strafvorderlijke realiteit van de makers van het wetboek en die van de 'hedendaagse' praktijk, en de diverse manieren waarop is geprobeerd rekening te houden met de steeds wisselende eisen van de tijd.

ontstane capaciteitsproblemen, de ingewikkeldheid van bepaalde aspecten van de wettelijke regeling van het gerechtelijk vooronderzoek, de mogelijkheid om met gemak allerlei verplichtingen en waarborgen binnen dat kader te omzeilen en de strijdigheid van enkele kenmerken van de eerder besproken bevoegdheden met het oorspronkelijke principiële karakter van het gerechtelijk vooronderzoek. Het feit dat het gerechtelijk vooronderzoek vanaf halverwege de jaren tachtig steeds meer onder druk en zelfs ter discussie komt te staan is dan ook niet toe te schrijven aan één bepaalde oorzaak, maar veeleer aan een samenloop van diverse ontwikkelingen en verschuivingen in de praktijk en enkele op zichzelf staande, niet altijd even consequente keuzes die de wetgever heeft gemaakt met het oog op het oplossen van praktische problemen.

Wanneer nu de situatie waarin het gerechtelijk vooronderzoek aan het einde van de jaren tachtig is komen te verkeren, wordt vergeleken met hetgeen de wetgever in 1926 voor ogen heeft gestaan, kan de eenvoudige conclusie worden getrokken dat het gerechtelijk vooronderzoek niet meer aan het beeld uit die tijd voldoet en dientengevolge in de strafrechtspraktijk ook niet de toegedachte waarde vervult.⁵⁰⁷ In de oratie van Machielse uit 1989 voert dit uiteenlopen van oorspronkelijk idee en uiteindelijke werkelijkheid de boventoon. 'De wetgever wilde [...] met het gerechtelijk vooronderzoek het kader scheppen dat het mogelijk maakte de rechter-commissaris als centrale beslisser in een fase voor het onderzoek ter terechtzitting te installeren en verwierp de optie dat rechterlijke tussenkomst in die voorfase beperkt zou kunnen blijven tot het nemen van afzonderlijke beslissingen telkens op vordering van het Openbaar Ministerie of op verzoek van de verdachte. Hij streefde met deze inrichting van het gerechtelijk vooronderzoek zowel een rechtspolitiek als een pragmatisch doel na; het vooronderzoek zou aldus niet alleen met meer objectiviteit, maar ook met meer efficiency en vaart gevoerd worden.'⁵⁰⁸

Machielse plaatst vraagtekens bij zowel het argument van de objectiviteit als dat van de efficiëntie en vooral wat betreft dat laatste argument ligt dat gezien de ontwikkelingen ook wel voor de hand. Hij stelt ten aanzien van de objectiviteit enkel de – wat zijn requiem betreft retorische – vraag welke meerwaarde het gerechtelijk vooronderzoek in dat opzicht eigenlijk heeft als kader voor de bevoegdheden van de rechter-commissaris.⁵⁰⁹ Ten aanzien van de efficiëntie zoals die de wetgever destijds voor ogen stond, geeft Machielse aan dat de verwezenlijking daarvan met name afhangt van hoeveel

507 Zo ook opgemerkt door Commissie Moons (1990, p. 18): 'Veel van de kritiek op de wijze waarop het gerechtelijk vooronderzoek functioneert, richt zich namelijk op het feit dat de doeleinden die met het gerechtelijk vooronderzoek worden beoogd, niet of onvoldoende worden gerealiseerd.'

508 Machielse 1989 (1), p. 10. Zie ook Commissie Moons 1990, p. 18.

509 Zie Machielse 1989 (1), p. 11: 'Ik vraag mij werkelijk af of het inpassen van die onderzoeksactiviteiten en dwangmiddelen in een overkoepelend geheel als het gerechtelijk vooronderzoek, de rechter-commissaris objectiever en onafhankelijker maakt dan wanneer die onderzoeksactiviteiten en dwangmiddelen niet in een dergelijke samenhang waren geplaatst.'

bevoegdheden de rechter-commissaris nog tot zijn beschikking heeft binnen het kader van het gerechtelijk vooronderzoek en welke bevoegdheden buiten dat kader en de rechter-commissaris om toekomen aan de officier van justitie en de politie.⁵¹⁰ De efficiëntie is naar zijn mening nu juist het punt waar de schoen wringt: 'De wetgever heeft in het gerechtelijk vooronderzoek niet het web van bevoegdheden kunnen weven waarin de rechter-commissaris zelfstandig en onpartijdig aan alle draadjes kan trekken. Zulks is terug te voeren op gebreken in de regeling der bevoegdheden zelf, maar ook op latere ontwikkelingen in de organisatie en onderlinge verhoudingen in de strafrechtspleging.'⁵¹¹ Zo lijken de argumenten die bij de totstandkoming van het wetboek van 1926 zijn aangedragen ter onderbouwing van de keuze voor het gerechtelijk vooronderzoek als belangrijkste fase van het voorbereidend onderzoek achterhaald te zijn doordat de inschakeling van de rechter-commissaris nog maar zo incidenteel plaatsvindt dat deze in elk geval niet langer efficiënt is en door de gedachte dat diens objectiviteit ook heel goed op andere momenten dan binnen het gerechtelijk vooronderzoek kan worden benut.⁵¹²

Ter onderbouwing van een intensieve bemoeienis van de rechter-commissaris met het voorbereidend onderzoek is nog een andersoortig argument vanuit het oogpunt van efficiëntie aan te voeren, ook al heeft de wetgever dat argument destijds niet vooropgesteld: de efficiëntie ten opzichte van het eindonderzoek. Hoewel aan het einde van de jaren tachtig het beeld niet meer opgaat dat de rechter-commissaris de zaak 'panklaar' aflevert voor het eindonderzoek,⁵¹³ is de gedachte dat de rechter-commissaris met bepaalde werkzaamheden de zittingsrechter ontlast niet zo vreemd; al wat deze vanuit zijn rechterlijke hoedanigheid aan onderzoekshandelingen in het vooronderzoek kan verrichten, hoeft in beginsel niet nogmaals te worden gedaan door de rechter ter terechtzitting. Dit beeld past goed bij de traditie die het Nederlandse strafproces van oudsher kenmerkt en waarmee het wetboek van 1926 tevergeefs heeft proberen te breken, namelijk dat in een concrete strafzaak veelal recht wordt gedaan op grond van een in het vooronderzoek opgebouwd dossier. Mols constateert ten aanzien van deze traditie dat het eindonderzoek door met name de *de auditu*-rechtspraak in de strafrechtspraktijk nooit heeft kunnen uitgroeien tot een zelfstandig onderzoek waarin de zittingsrechter rechtstreeks

510 Zie Machielse 1989 (1), p. 14: 'Hoe intensiever de rechterlijke bemoeienis in de voorfase moet zijn, gelet op de waarborgen die verdragen, de Grondwet en het Wetboek van Strafvordering dicteren, des te meer gewicht zal dit argument in de schaal kunnen leggen.'

511 Machielse 1989 (1), p. 44. Zie ook Prakken 1990 (2), p. 1819: 'Het GVO is de laatste jaren in opspraak, vermoedelijk omdat RC's nogal eens gefrustreerd raken door de hegemonie die ook in deze fase feitelijk wordt uitgeoefend door de politie [...].'

512 Zo ook Van de Pol 1989, p. 64: het gerechtelijk vooronderzoek vertraagt de voortgang, is niet efficiënt en de vermenging van de taken van de rechter-commissaris is niet bevorderlijk voor de veronderstelde distantie en onafhankelijkheid en p. 66: 'De R-C valt dan ook te typeren als een 'knecht van vele meesters'. De (rechts)conflicten zijn met deze verscheurde positie gegeven.' Zie ook Machielse 1989, p. 13.

513 Deze terminologie wordt door veel schrijvers ontleend aan Frid 1982.

met getuigen en andersoortig bewijs wordt geconfronteerd en waarin de verdediging de gelegenheid heeft vragen te stellen en dat bewijs te betwisten.⁵¹⁴ Aan het feit dat de processtukken goeddeels worden opgemaakt door de politie in het vooronderzoek kan vanuit het oogpunt van efficiëntie het voordeel worden toegeschreven dat de politie in verband met de hoge werklast geneigd is een strafzaak snel af te handelen. De bezwaren tegen een dergelijke efficiënte afhandeling liggen echter voor de hand.

Naar de mening van Mols zouden die bezwaren ten dele kunnen worden ondervangen als de getuige wiens verklaring uiteindelijk wordt gebruikt ter terechtzitting, in plaats van door de politie wordt ondervraagd door de rechter-commissaris. Daarbij speelt diens rechterlijke houding (objectiviteit) een belangrijke rol en het feit dat de raadsman doorgaans in de gelegenheid wordt gesteld bij dat verhoor aanwezig te zijn. Bovendien weegt Mols mee dat de rechter-commissaris veel minder dan de politie wordt gedreven door de behoefte aan een snelle afhandeling, die de inhoud van het proces-verbaal alleen maar ten goede kan komen.⁵¹⁵ De voorbereidende werkzaamheden van de rechter-commissaris doen misschien iets af aan de voortvarendheid van het onderzoek door de politie, maar dragen wel weer bij aan de efficiëntie omdat de zittingsrechter erop mag vertrouwen dat de rechter-commissaris zijn werk naar behoren verricht.

Ook Harteveld ziet deze meerwaarde in dat optreden door de rechter-commissaris en spreekt van een 'voorpostfunctie', aangezien die werkzaamheden kunnen worden beschouwd als afgeleide van die van de zittingsrechter.⁵¹⁶ Wat Harteveld betreft is deze voorpostfunctie niet beperkt tot de onderzoeksfunctie van de rechter-commissaris, maar strekt die functie zich ook uit tot de controlefunctie bij de toepassing van ingrijpende opsporingsbevoegdheden. Het is heel goed denkbaar dat de zittingsrechter de toepassing van die bevoegdheden achteraf controleert en het resultaat verifieert, maar Harteveld ziet duidelijk voordelen in een controle die al *tijdens* het vooronderzoek plaatsvindt. 'Niettemin meen ik dat het doelmatiger is de rechter-commissaris in te schakelen, zowel bezien vanuit het perspectief van de verdachte als vanuit opsporingsbelangen.'⁵¹⁷ Machielse is evenwel terughoudend in het toekennen van die meerwaarde aan het controlerende optreden van de

514 Zie Mols 1989 (1), p. 5-6.

515 Zie Mols 1989 (1), p. 22. Mols geeft wel aan (p. 23) dat het verhoor van een getuige door de rechter-commissaris geen vervanging kan zijn van het verhoor door de zittingsrechter, onder meer omdat dan nog de indrukken en de overtuiging die ontstaan door het verhoor niet kunnen meewerken bij de beoordeling van de betrouwbaarheid van de verklaring door de zittingsrechter.

516 Harteveld 1990, p. 106. Zie ook Van Meijenfheldt 1988, p. 1133: 'Rechtbank en Openbaar Ministerie zien de R-C naar ik aanneem bij voorkeur als degene die de zaak tijdens het g.v.o. 'panklaar' voor de zitting maakt [...], dus geen R-C die leider is van een onderzoek maar meer een rechtsgeleerde bladwijzer.'

517 Harteveld 1990, p. 106-107. Zie ook Von Meyenfheldt 1988, p. 1551.

rechter-commissaris, vooral op grond van de beperkte capaciteit waarmee de rechter-commissaris in het onderhavige tijdvak te kampen heeft en die ten koste gaat van de betekenis van die controle.⁵¹⁸ Overigens kan bij dit alles nog de kanttekening worden geplaatst dat de 'voorpostfunctie' vooral de eventuele meerwaarde van rechterlijke bemoeienis met het vooronderzoek aantoonst en weer niet zozeer die van het gerechtelijk vooronderzoek. Mols' stelling dat het onderzoek van de rechter-commissaris te fragmentarisch is om wat het getuigenverhoor betreft als volledig onderzoek te dienen inclusief een toets van betrouwbaarheid,⁵¹⁹ kan nog worden vertaald in een argument om vooral vast te houden aan de bundeling van alle bevoegdheden van de rechter-commissaris in een eigen kader, maar dat zou een miskennis betekenen van de eerder geschetste ontwikkelingen uit de praktijk.

Het is duidelijk dat het gerechtelijk vooronderzoek aan het einde van de jaren tachtig niet langer mag worden beschouwd als belangrijkste fase van het voorbereidend onderzoek. Niettemin is men over het algemeen geneigd het gerechtelijk vooronderzoek te laten voortbestaan als kader waarin de rechter-commissaris bepaalde onderzoekshandelingen kan verrichten ten behoeve van de opsporing, zij het op een zodanig incidentele basis dat van het oorspronkelijke gerechtelijk vooronderzoek maar weinig overblijft. De ontplooiing van de politie tot een technisch deskundig opsporingsapparaat dringt de noodzaak van een volledig uitgeruste rechter-commissaris die het vooronderzoek 'rond' moet zien te krijgen, steeds verder terug.⁵²⁰ Het onderzoek binnen het gerechtelijk vooronderzoek wordt daarmee beperkt tot het verhoor van getuigen, het houden van een schouw en de reconstructie.⁵²¹ Ook de mogelijkheid om deskundigen te benoemen wordt gezien als een te behouden onderdeel van de onderzoeksfunctie van de rechter-commissaris. Zo ziet Harteveld het gerechtelijk vooronderzoek als aangewezen kader voor het in opmars zijnde maar technische nog gecompliceerde DNA-onderzoek: 'De beslissing of tot zo'n onderzoek moet worden overgegaan en wie daarmee moet worden belast zal bij de huidige stand van zaken wél door de rechter-commissaris genomen worden. De reden daarvoor kan zijn dat zo'n onderzoek naar de stand der techniek gecompliceerd is, zodat extra zorgvuldigheid bij het aanwijzen van één of meer deskundigen is vereist. Bovendien kan binnen het gerechtelijk vooronderzoek worden bewerkstelligd dat ten behoeve van

518 Machielse 1989 (1), p. 26: 'Ontlasting van de zitting door het gerechtelijk vooronderzoek mag men alleen verwachten als er voldoende tijd en capaciteit is om een strafzaak goed te instrueren.'

519 Zie Mols 1989 (1), p. 23.

520 Zie Harteveld 1990, p. 77.

521 Zie Harteveld 1990, p. 78-79. Zie ook Van Meijenfeldt 1988, p. 1133: 'Dat in deze gevallen een rechter wordt ingeschakeld vind ik terecht. Het opsporingsonderzoek neemt voor de verdachte ingrijpende vormen aan. Als de OvJ een g.v.o. vordert weet de verdachte tenminste waar het om gaat.'

de verdediging een contra-expertise plaatsvindt.⁵²² De voorbeelden van onderzoeksbevoegdheden die volgens Harteveld en anderen toekomen aan de rechter-commissaris binnen een eigen onderzoekskader, impliceren dat de rechter-commissaris met name in die strafzaken wordt ingeschakeld waarin 'iets bijzonders' aan de hand is.⁵²³

De bezwaren tegen het inbedden van de toetsingsfunctie van de rechter-commissaris in het gerechtelijk vooronderzoek mogen inmiddels als bekend worden verondersteld. Met name de verplichte opening van het gerechtelijk vooronderzoek na de toepassing van dwangmiddelen wordt fel bekritiseerd door onder meer rechter-commissaris Van Meijenfeldt. 'Mij ontgaat in elk geval de zin daarvan. Controle achteraf kan ook op de terechtzitting (evt. onrechtmatig bewijs). In gevallen waar geen terechtzitting volgt heeft de verdachte waarschijnlijk toch meer aan controle vooraf door een R.C.'⁵²⁴

In lijn met de stelling dat de voorpostfunctie van de rechter-commissaris niet noodzakelijkerwijs hoeft te worden vormgegeven in het gerechtelijk vooronderzoek, vraagt Harteveld zich af of het niet beter zou zijn (de controle op) de toepassing van dwangmiddelen door de rechter-commissaris ook los van dat onderzoekskader te zien.⁵²⁵ Hij zegt bij het beantwoorden van deze vraag de mogelijke consequenties te willen betrekken die de loskoppeling van bevoegdheden kan meebrengen voor de rechtsbescherming van de verdachte en de positie die de verdediging in het vooronderzoek inneemt, maar hij komt al snel tot de slotsom dat dit alles daar niet onder hoeft te leiden. De inkadering van ingrijpende dwangmiddelen in het gerechtelijk vooronderzoek kent weliswaar het voordeel voor de verdediging dat bij de opening daarvan wordt vermeld welke verdenking jegens de verdachte is gerezen – de grondslagfunctie – en dat zij op de hoogte raakt van de toepassing van het dwangmiddel – de informatiefunctie – en met een eventuele loskoppeling zouden dat voordeel verloren gaan, maar Harteveld gaat hieraan voorbij met de opmerking dat die beide functies naar zijn mening feitelijk toch al niet zo veel meer voorstellen. De informatiefunctie zou wat hem betreft zelfs aan betekenis kunnen winnen wanneer voor een vervangend systeem wordt gekozen waarbij de rechter-commissaris telkens voorafgaand aan de toepassing van het dwangmiddel zijn toestemming heeft te verlenen en verplicht wordt de verdediging van die toepassing op de hoogte te stellen. 'Bij toepassing van ingrijpende dwangmiddelen kan het horen vóóraf verplicht worden gesteld. Bovendien

522 Harteveld 1990, p. 78. De ontwikkeling van de toepassingsmogelijkheden van het DNA-profiel als opsporingsmiddel dat aan het einde van de jaren tachtig wordt ingezet, wordt in dit onderzoek verder buiten beschouwing gelaten. Dit vooral vanuit het oogpunt dat deze mogelijkheden zich zo snel ontwikkelen dat de bevoegdheden daaromtrent al heel snel komen te liggen bij de officier van justitie in plaats van bij de rechter-commissaris. Zie De Doelder 1990; Rozemond 1991; Reijntjes 1991; Tak 1991; De Klerk 1991.

523 Zie Harteveld 1990, p. 81.

524 Van Meijenfeldt 1988, p. 1132.

525 Zie Harteveld 1990, p. 110. Zie ook Groenhuijsen en Naeyé 1990, p. 267-269.

kan een kader worden geschapen waarin de invloed van de verdachte op het onderzoek – afhankelijk van de in het geding zijn belangen – gestalte kan krijgen.⁵²⁶ Het lijkt evenwel onontkoombaar dat bepaalde dwangmiddelen gezien het ‘geheime’ karakter (denk aan de telefoontap) van een dergelijk openbaar systeem uitgezonderd blijven, en dat beseft ook Harteveld.

Een andere consequentie van de loskoppeling is dat de rechter-commissaris niet langer de voortgang van het vooronderzoek kan bewaken, aangezien hij slechts incidenteel bij de toepassing van dwangmiddelen wordt betrokken en hem definitief de leiding over (een deel van) het voorbereidend onderzoek uit handen wordt genomen. Harteveld wuift dit nadeel weg met een opmerking dat de rechter-commissaris die leidende rol feitelijk toch al heeft moeten opgeven en dat de rechtsbescherming die wordt geacht voort te vloeien uit de procesbewaking door de rechter-commissaris ook niet zoveel voorstelt daar het overgrote deel van het vooronderzoek zich afspeelt buiten zijn betrokkenheid.⁵²⁷ Voor zover de regeling van het gerechtelijk vooronderzoek voorziet in de kennisneming van processtukken door de verdediging en voor zover met de loskoppeling van de ingrijpende bevoegdheden de positie van de verdachte en diens raadsman ook op dat punt wordt geschaad, stelt Harteveld dat die voorziening van de interne openbaarheid los kan worden gezien van het gerechtelijk vooronderzoek:⁵²⁸ de regeling van art. 30 e.v. Sv geldt namelijk voor het hele vooronderzoek en de verdediging moet op enig moment in dat vooronderzoek in de gelegenheid zijn gesteld kennis te nemen van de stukken, al is dat op het moment dat de verdachte wordt gedagvaard. Harteveld ziet voor de positie van de verdediging niet veel problemen: ‘De rechtsbescherming voor de verdachte kan bij het losmaken van dwangmiddelen uit het gerechtelijk vooronderzoek op een bevredigende wijze worden gerealiseerd. [...] Dat is een kwestie van afweging van voor- en nadelen.’⁵²⁹

526 Harteveld 1990, p. 114-115. Zo ook Von Meyenfeldt 1988, p. 1550: ‘Het toepassen van bepaalde dwangmiddelen behoeft inderdaad niet het instellen van een g.v.o., doch wel rechterlijke goedkeuring vooraf (van de R-C).’

527 Harteveld 1990, p. 116-117. Zie over het leidinggeven aan het gerechtelijk vooronderzoek door de rechter-commissaris ook Van Meijenfeldt 1988, p. 1133: ‘De R-C wordt gezien als leider van het g.v.o. Daarbij moet wel bedacht worden dat de R-C geen apparaat heeft; hij heeft alleen een griffier [...]. De R-C is dus leider van zichzelf, anders gezegd: hij is zijn eigen baas.’ Zie voor het argument dat een meer incidentele betrokkenheid van de rechter-commissaris bij het vooronderzoek kan bijdragen aan zijn rol als procesbewaker Dijkstra en Harteveld 1985, p. 27.

528 Zie Harteveld 1990, p. 119: ‘Ten aanzien van het recht van de verdachte op kennisneming van de processtukken vloeit geen wezenlijke extra rechtsbescherming voort uit het gerechtelijk vooronderzoek.’ Zie ook Dijkstra en Harteveld 1985, p. 29: ‘Wil de rechter-commissaris zijn controlefuncties kunnen uitoefenen dan moet de mogelijkheid voor de verdachte om hem kwesties voor te leggen in ruime mate worden toegekend. Te meer, daar met de afschaffing van het gerechtelijk vooronderzoek op zich een aantal formele grenzen met betrekking tot de interne openbaarheid van het voorbereidend onderzoek wegvallen.’ Zie over de ‘inwendige’ openbaarheid ook Machielse 1989 (1), p. 29.

529 Harteveld 1990, p. 119.

Machielse vindt een compensatie voor de vermindering van de mogelijkheden van de verdediging om het strafrechtelijk onderzoek te beïnvloeden, in bijvoorbeeld de regels die uit art. 6 EVRM zijn af te leiden voor het strafproces.⁵³⁰ Afhankelijk van de uitleg die wordt gegeven aan het begrip *criminal charge* en van het moment dat daarvan in het vooronderzoek sprake is, zou art. 6 EVRM voor een kwestie als die van de interne openbaarheid kunnen betekenen dat daarin wordt voorzien vanaf het moment dat de verdachte in verzekering is gesteld.⁵³¹ Machielse is zich evenwel bewust van het feit dat een vaag begrip als *criminal charge* als beginpunt voor het recht op inzage in processtukken of voor een gelijke procespositie van de verdediging ten opzichte van het Openbaar Ministerie, in een concrete strafzaak ook met zich kan brengen dat de verdediging pas na het uitbrengen van een dagvaarding die positie toekomt. 'Het is dus niet zo dat art. 6 [EVRM] bij afschaffing van het gerechtelijk vooronderzoek zonder meer het vacuüm zal opvullen. Maar ik geloof dat in de praktijk in verreweg de meeste gevallen de bescherming van art. 6 [EVRM] in deze visie ruimer uitvalt dan de bescherming die het regiem van het gerechtelijk vooronderzoek te bieden heeft, als men ervan uitgaat dat met de voorlopige hechtenis ook de *criminal charge* begint.'⁵³²

Uit de beschrijving van de invloed van het EVRM op het Nederlandse strafproces voor het onderhavige tijdvak volgt dat juist op veel onderdelen geen eenduidigheid bestaat over de vraag of de rechten uit art. 6 EVRM zonder meer gelding (kunnen) hebben in het vooronderzoek in strafzaken en dat biedt opgeteld bij de door Machielse geconstateerde vaagheid van het criterium van de *criminal charge*, wel een erg wankele basis voor een garantie dat de verdediging los van het kader van het gerechtelijk vooronderzoek haar rechten kan uitoefenen.⁵³³ Ten aanzien van de oplossing die Machielse aandraagt kan de vraag worden gesteld of de positie van de verdediging in het vooronderzoek niet eerst meer concreet dient te worden uitgewerkt alvorens te spreken over de afschaffing van het gerechtelijk vooronderzoek, zodat de verwerkelijking van die positie minder afhankelijk is van enkele onbestemde beslismomenten in dat vooronderzoek die de officier van justitie voor zich uit zou kunnen schuiven. Mols stelt: 'De meest complicerende factor is de rechtspositie van de verdachte en de vraag naar de mate van rechtsbescherming in deze fase van het strafproces. Eerst wanneer op dat laatste een bevredigend antwoord is gegeven kan dunkt mij op een, uit oogpunt van rechtsbescherming, verantwoorde wijze met de concrete uitwerking van een herzien strafproces

530 Zie Machielse 1989 (1), p. 33 e.v.

531 Zie Machielse 1989 (1), p. 33/34.

532 Zie Machielse 1989 (1), p. 34. Zie ook Hartevelde 1990, p. 124.

533 Zie anders Machielse 1989 (1), p. 35: 'Ik ben van oordeel dat [...] de bescherming die dat artikel aan de verdachte m.n. op het stuk der inwendige openbaarheid biedt, van voldoende gehalte is om in beginsel als opvang te kunnen dienen indien het gerechtelijk vooronderzoek zou worden afgeschaft.'

worden begonnen.⁵³⁴ Een fundamentele beschouwing over de rechtspositie van de verdediging in het strafrechtelijk vooronderzoek kan niet achterwege blijven, omdat anders de hervormingsvoorstellen niet veel meer zijn dan een efficiëntieslag. 'Van een harmonieuze en evenwichtige compositie zal dan niet snel sprake zijn.'⁵³⁵

Uit het bovenstaande kan worden afgeleid dat de breder gevoelde noodzaak de wettelijke regeling van het gerechtelijk vooronderzoek geheel of gedeeltelijk te herzien, voortspuit uit de ervaring vanuit de praktijk dat de opbouw van het gerechtelijk vooronderzoek en de verhouding waarin dat onderzoekskader staat ten opzichte van het opsporingsonderzoek, niet langer aansluit bij de behoefte aan een overzichtelijke en efficiënte gang van zaken in het voorbereidend onderzoek. Deze constatering valt doorgaans samen met de opvatting dat bepaalde bevoegdheden die zich maar moeilijk laten rijmen met het karakter van het gerechtelijk vooronderzoek of die leiden tot de opening van een gerechtelijk vooronderzoek enkel en alleen voor die betreffende bevoegdheid, net zo goed buiten dat onderzoekskader kunnen worden geplaatst met behoud van een toetsende functie voor de rechter-commissaris, zij het ingepast in het opsporingsonderzoek.⁵³⁶

Dit klinkt door in Hartevelds voorstel voor een 'nieuw' gerechtelijk vooronderzoek: 'Het gaat eigenlijk om het oude gerechtelijk vooronderzoek minus de dwangmiddelen waarbij de rechter-commissaris betrokken is. [...] Zo'n nieuw gerechtelijk vooronderzoek heeft niet meer de pretentie dat het gehele onderzoek door de rechter-commissaris wordt verricht. Voorop staan min of meer afzonderlijke onderzoekshandelingen die de rechter-commissaris op vordering van de officier van justitie of op verzoek van de verdachte kan verrichten. Het g.v.o.-nieuwe stijl biedt een kader voor die onderzoekshandelingen.'⁵³⁷ Opmerkelijk is echter dat sommige van de onderzoekshandelingen die Harteveld wil inbedden in het 'nieuwe' gerechtelijk vooronderzoek net als de dwangmiddelen die wat hem betreft uit het 'oude' gerechtelijk vooronderzoek worden gehaald, doorgaans niet worden verricht door de rechter-commissaris. Bij het aanwijzen van deskundigen die een bepaald deel van het onderzoek doen zal de rechter-commissaris feitelijk ook een meer controlerende rol vervullen, de rol van procesbewaker. De vraag waarom deze 'onderzoeksbevoegdheden' tijdens een gerechtelijk vooronderzoek zouden moeten plaatsvinden en het verlenen van toestemming tot en het controleren van de ingrijpende dwangmiddelen niet, is vanuit dat perspectief niet goed te beantwoorden. Het 'nieuwe' gerechtelijk vooronderzoek zou in dat geval beter kunnen worden gereserveerd voor onderzoekshandelingen die de rechter-commissaris daadwerkelijk zelf verricht, waarbij het voor de inbedding van bevoegdheden

534 Mols 1991, p. 64.

535 Mols 1991, p. 64.

536 Kritiek wordt ook genoemd in het rapport van de Commissie Moons (1990, p. 23).

537 Harteveld 1990, p. 126.

in het gerechtelijk vooronderzoek eveneens niet meer van belang is of deze ingrijpend zijn of niet. De waarborg van een rechterlijke toets dat ingrijpende bevoegdheden niet al te lictzinnig worden toegepast, kan namelijk blijkens de voorstellen van Harteveld buiten dat kader plaatsvinden.

Het laatstgenoemde daargelaten, gaat Machielse nog een stap verder: hij acht het beslist niet ondenkbaar dat ook het verhoren van getuigen en het horen van de verdachte – bevoegdheden die de rechter-commissaris zelf verricht – in een andere constructie worden gegoten dan in het kader van een gerechtelijk vooronderzoek,⁵³⁸ zodat het gerechtelijk vooronderzoek helemaal kan worden afgeschaft. 'De rechter-commissaris zal bij afschaffing van het gerechtelijk vooronderzoek telkens bij afzonderlijk verzoek of afzonderlijke vordering per incident geëdieerd moeten worden.'⁵³⁹ De wijze waarop de verdediging ter verwezenlijking van haar procespositie de rechter-commissaris zou kunnen inschakelen blijft in de betogen van Harteveld en Machielse respectievelijk onderbelicht dan wel onbesproken. In de voorstellen ter verbetering van de ontstane situatie worden slechts twee van de drie procesdeelnemers uit het vooronderzoek – de officier van justitie en de rechter-commissaris – opnieuw en uitdrukkelijk ten opzichte van elkaar gepositioneerd en krijgt de derde procesdeelnemer – de verdediging – slechts een afgeleide positie die zou kunnen vloeien uit die genoemde verhouding.⁵⁴⁰ Het valt dan ook te betwijfelen of de rechtsbescherming kan worden verwezenlijkt, als die bij eventuele herziening geen zelfstandige positie krijgt in het denken over de verhoudingen tussen de procesdeelnemers in het vooronderzoek en in de vorm van duidelijk omschreven verdedigingsrechten.

De pleidooien van Harteveld en Machielse vormen zonder meer een belangrijke bijdrage tot een bezinning op de regeling van het gerechtelijk vooronderzoek. Het door hen genomen voorschot op een mogelijke herziening krijgt echter niet alleen maar bijval: Mols betoogt dat voor een verantwoorde revisie meer nodig is dan enkel een eenvoudige herschikking van bevoegdheden,⁵⁴¹ Van de Pol geeft aan dat niet al te gemakkelijk mag worden voorbijgegaan aan de functie van de rechter-commissaris ten opzichte van de verdediging,⁵⁴² en Von Meyenfeldt acht het afschaffen wel erg rigoureuus. 'Ik zie het overigens niet gebeuren. Na ruim 60 jaar g.v.o. moet men echter niet teveel van aanpassingen verwachten. Er is tenslotte een traditie gegroeid.'⁵⁴³ Het

538 Zie Machielse 1989 (1), p. 27.

539 Zie Machielse 1989 (1), p. 44.

540 Zie daartegen bijvoorbeeld Von Meyenfeldt 1988, p. 1551: 'Ik sta voor dat OvJ, R-C en raadsman in het vooronderzoek elk een duidelijke taak hebben en die uitoefenen.'

541 Zie Mols 1991, p. 69.

542 Zie Van de Pol 1989, p. 77.

543 Zie Von Meyenfeldt 1988, p. 1551. Zie daarentegen Van Meijenfeldt 1988, p. 1134: 'Naar mijn mening zijn er zoveel nadelen aan het g.v.o. verbonden dat het beter kan worden afgeschaft. Een g.v.o. is ook nooit echt nodig, wij zijn er alleen aan gewend geraakt. Afschaffing van het g.v.o. schept bovendien duidelijkheid in de rol van de OvJ en van de R-C.'

gerechtelijk vooronderzoek staat in het begin van de jaren negentig meer dan ooit in de belangstelling. De discussie over herziening van het gerechtelijk vooronderzoek wordt in 1990 zelfs naar een hoger plan getild door het rapport van de Commissie Moons dat uiteindelijk leidt tot een wetgevingsoperatie die pas in de 21^{ste} eeuw haar beslag zal krijgen.

7.2.8 De herziening van het gerechtelijk vooronderzoek door de Commissie Moons

Op 20 oktober 1988 installeert minister van Justitie Korthals Altes de Commissie Herijking Wetboek van Strafvordering.⁵⁴⁴ Deze commissie, onder voorzitterschap van voormalig president van de Hoge Raad Moons, heeft tot taak de minister te adviseren hoe het wetboek op een aantal onderdelen kan worden herzien. In de installatierede neemt de minister alvast een voorschot op de bevindingen van de commissie door te stellen dat het door het wetboek van 1926 beoogde evenwicht tussen de bevoegdheden van politie en justitie enerzijds en de bescherming van de verdachte anderzijds inmiddels wel is bereikt en dat de balans zelfs zou zijn doorgeslagen in het voordeel van de verdediging.⁵⁴⁵ De aanpassingen in de wettelijke regeling van bijvoorbeeld de opsporingsbevoegdheden hebben wat hem betreft namelijk geen pas gehouden met de stijging en de verharding van de criminaliteit en met de verbetering van de positie van de verdediging onder vigeur van de internationale verdragen als het EVRM, waardoor politie en Openbaar Ministerie zich noodgedwongen zijn gaan toeleggen op de ontwikkeling van nieuwe methoden ten einde verloren terrein terug te winnen op de verdediging.⁵⁴⁶ Het evenwicht naar

544 De aanleiding voor het aanstellen van de Commissie Moons is een vergadering van de Procureurs-generaal waarin deze aanbevelingen doen voor enkele knelpunten in de rechtshandhaving (zie *Kamerstukken II 1987/88*, 19 774). Zie Schalken 1989, p. 4: 'Een deel van deze aanbevelingen was zo fundamenteel van aard [...], dat de minister een speciale, breed samengestelde commissie met de bestudering ervan belaste.'

545 Zie voor de installatierede *Strafprocesrecht schiet tekort bij criminaliteitsbestrijding*, Staatscourant 1988, nr. 207: 'De 'equality of arms' is inmiddels bereikt, maar de regels gaan nog uit van het structurele onderwicht van de verdachte.' Zie ook de Assense rede van Korthals Altes (Staatscourant 1987, nr. 187). In zijn antwoordrede blijkt Moons de versterking van de positie van de verdediging als positief te waarderen (p. 287) en volgens De Jong blijkt uit haar rapport evenmin van de opvatting dat de balans zou zijn doorgeslagen (De Jong 1991 (2), p. 540). De Wit is evenwel van mening dat de Commissie Moons met haar voorstellen juist bijdraagt aan een mogelijk doorslaan van de balans (zie De Wit 1991 (1), p. 62).

546 Zie Staatscourant 1988, nr. 207. Zie Moons' antwoordrede (p. 287): 'U constateert voorts dat de zware en georganiseerde criminaliteit de strafrechtspleging voor nieuwe en moeilijke opgaven plaatst. Het Wetboek van Strafvordering is maar zeer ten dele met deze ontwikkeling meegegroeid, met als gevolg dat onderdelen van het wetboek niet meer aan de eisen van de tijd voldoen. [...] hoe in de loop der tijd ook de strafkamer van de Hoge Raad heeft getracht wat bij te sturen. Haar mogelijkheden waren echter – uiteraard – beperkter dan die van de wetgever.'

de mening van de minister kan worden hersteld door een vereenvoudiging van allerlei procedureregels en wettelijke voorschriften die bij 'oneigenlijk gebruik' de criminaliteitsbestrijding 'hinderen' en zo 'ten onrechte als fundamentele waarborgen worden bestempeld'.⁵⁴⁷ Korthals Altes verwacht dat – '[g]elet op de fundamentele en tegelijkertijd precaire plaats, die het gerechtelijk vooronderzoek in ons strafproces inneemt, aangezien de resultaten daarvan de basis vormen voor zowel het instellen van een vervolging als het onderzoek ter terechtzitting' – nog het meeste is te winnen met een grondige studie naar en een herziening van het gerechtelijk vooronderzoek.⁵⁴⁸

De commissie beschrijft in haar rapport uitgebreid wat de wetgever met het wetboek van 1926 en met de inrichting van het vooronderzoek destijds heeft beoogd, welke plaats het gerechtelijk vooronderzoek in het strafproces in de loop der jaren is gaan innemen en hoe de rechter-commissaris binnen dat kader functioneert.⁵⁴⁹ Wat Moons c.s. betreft zijn er drie opties om de problemen ten aanzien van het gerechtelijk vooronderzoek op te lossen, te weten het in zijn geheel afschaffen van de betreffende onderzoeksfase, het loskoppelen van de verschillende onderzoekshandelingen van het gerechtelijk vooronderzoek als kader waarin het vooronderzoek wordt geleid door de rechter-commissaris, en het moderniseren en stroomlijnen van het bestaande gerechtelijk vooronderzoek. Bij de eerste optie zou de officier van justitie de leiding krijgen over het gehele vooronderzoek en zou de rol van de rechter-commissaris worden beperkt tot een incidentele lijdelijke toetsende rol.⁵⁵⁰

De commissie draagt argumenten aan waarom deze optie haar geen goede lijkt. Zij stelt dat de rechter-commissaris niet alleen op grond van de procesraditie, maar ook op grond van het feit dat hij geen beslissingen hoeft te nemen over het al dan niet vervolgen van een verdachte, en het feit dat hij geen verantwoordelijkheid draagt in het licht van het algemene vervolgingsbeleid, meer dan de officier van justitie wordt erkend als een onpartijdige en onafh-

547 Zie *Staatscourant* 1988, nr. 207: 'Naar mijn opvatting kan de strafvordering, ook zonder dat wordt getornd aan de verworvenheden van de mensenrechten verdragen, over een breed terrein worden gestroomlijnd.' Zie hierover Machielse 1989 (2), p. 17: 'Wezenlijke waarborgen moeten, zo begrijp ik, onaangetaast blijven, maar de mogelijkheid om via slimmigheidjes en beroepen op futiliteiten uit handen van justitie te komen dient te worden beperkt.' Zie voor kritiek Groenhuijsen en Naeyé 1990, p. 255: 'Het zoeken naar processuele oplossingen ligt op het eerste gezicht wel voor de hand: als je het spel niet gewoon kan winnen, dan verander je de spelregels. Maar zo'n aanpak heeft met betrekking tot ons onderwerp riskante aspecten, want het gaat om een zorgvuldig afgewogen systeem van rechtsbetrekkingen en strafvorderlijke belangen waarin het veranderen van de regels consequenties heeft voor het gehele spel.'

548 Zie *Staatscourant* 1988, nr. 207.

549 De commissie besteedt de vraag naar de betekenis van het gerechtelijk vooronderzoek in de praktijk en het functioneren van de rechter-commissaris uit aan het WODC (zie Van de Werff en Bol 1991).

550 Zie Commissie Moons 1990, p. 28. Zie ook Hermans 1991, p. 48: 'De enge opvatting van de taak van de R-C leidt gemakkelijk tot de conclusie, dat diens bevoegdheden op het gebied van de dwangmiddelen ook los van een GVO kunnen worden uitgeoefend.'

kelijke autoriteit.⁵⁵¹ Deze eigenschappen worden van belang geacht bij de vraag of ingrijpende bevoegdheden of dwangmiddelen mogen worden toegepast. Het feit dat de rechter-commissaris in de geldende wettelijke regeling is belast met deze beslissing, doet de commissie spreken van 'een evenwichtstoestand'.⁵⁵² Moons c.s. verwachten dat met het afschaffen van het gerechtelijk vooronderzoek de waarde die diens onpartijdigheid en onafhankelijkheid op veel punten hebben, verloren zal gaan en dat dientengevolge met name de rechtsbescherming van de verdediging aan betekenis zal inboeten. Het 'exclusieve' leiderschap over het vooronderzoek in handen van de officier van justitie doet afbreuk aan het geconstrueerde evenwicht en brengt onvermijdelijk met zich dat compenserende maatregelen moeten worden getroffen om in de rechtsbescherming voor de verdediging te kunnen blijven voorzien. 'Qua regelgeving zal dat derhalve, in vergelijking met het huidige gerechtelijk vooronderzoek, geen vereenvoudiging opleveren.'⁵⁵³ De commissie draagt daarnaast nog enkele argumenten aan tegen het volledig afschaffen van het gerechtelijk vooronderzoek: de geschetste problemen zijn slechts knelpunten die kunnen worden verholpen bij elke bevoegdheid afzonderlijk en een vergaande oplossing als het afschaffen zou vanwege de plaats die het gerechtelijk vooronderzoek in het strafproces inneemt, bovendien vergen dat het hele wetboek op de schop wordt genomen.⁵⁵⁴

De tweede optie die wordt aangedragen maar niet wordt verkozen,⁵⁵⁵ is minder ingrijpend: de invoering van een systeem van mini-instructies. In plaats van de opening van een 'heel' gerechtelijk vooronderzoek kan de officier van justitie zich telkens wanneer hij dat nodig acht tot de rechter-commissaris

551 Zie Commissie Moons 1990, p. 28-29: 'Het kenmerkende verschil tussen de positie van de RC enerzijds en die van de OvJ anderzijds betreft de onafhankelijkheid van de procespartijen.' Zie Groenhuijsen 1991 (1), p. 547: 'Vermeld wordt dat de OvJ een belangrijke bijdrage levert aan verschillende vormen van beleid; dat hij een 'decisionmaker' is (transactie, sepot, etc.); en dat hij een (strafrechtelijke) *specialist* is. De R-C wordt eerst en vooral getypeerd als een rechter; hij is procesbewaker, geschillenbeslechter en onderzoeker; hij is *generalist*, hetgeen een zekere afstandelijke houding bevordert en een te grote identificatie met de criminaliteitsbestrijding voorkomt.'

552 Zie Commissie Moons 1990, p. 29: 'Deze evenwichtstoestand wordt vooral daarin gekenmerkt dat waar het crime control-belang inbreuk dreigt te maken op fundamentele rechten van burgers, zowel verdachten als niet-verdachten, deze inbreuk behoort te berusten op een, na een zorgvuldige afweging van genoemde belangen in het licht van geschreven en ongeschreven recht, totstandgekomen beslissing van de onafhankelijke rechter, te weten de RC.'

553 Commissie Moons 1990, p. 31.

554 Commissie Moons 1990, p. 30. Zie ook Hirsch Ballin 1991, p. 20: 'Afschaffing van het gerechtelijk vooronderzoek mag niet tot verstopping van het onderzoek ter terechtzitting leiden.' Zie voorts Garé 1992, p. 10 die aangeeft dat de commissie meer oog had kunnen hebben voor het onmiddellijkheidsbeginsel en minder voor de wensen van efficiëntie; het afschaffen van het gerechtelijk vooronderzoek had ook tot gevolg kunnen hebben dat het accent meer op het onderzoek ter terechtzitting zou komen te liggen.

555 Zie Hartevelde 1991 (1), p. 570: 'Vanuit de stellingname tegen afschaffing van het GVO valt ook de afwijzing van een vervolgens onderzochte 'tussenvariant' te begrijpen.'

wenden met het verzoek om één enkele bevoegdheid ten uitvoer te leggen.⁵⁵⁶ Afhankelijk van de bevoegdheid varieert de houding van de rechter-commissaris van een actieve (bij het verzoek tot het horen van een getuige) tot een passieve (bij het toezicht op een huiszoeking). Het nadeel van dit systeem voor *alle* bevoegdheden en controlemomenten waarbij de rechter-commissaris is betrokken, is dat het een zeer brede uitwerking zou vergen met veel vormvoorschriften, hetgeen lang niet altijd ten goede komt aan de structuur van die wettelijke regeling en de zo gewenste vereenvoudiging. Bovendien zou het steeds incidenteel inschakelen van de rechter-commissaris ten koste gaan van het overzicht dat hij nodig heeft voor een zorgvuldige belangenafweging, en tekort doen aan de rechtsbescherming van de verdachte.⁵⁵⁷

Het zou wat de commissie betreft wel een optie zijn om slechts bepaalde bevoegdheden die zich moeizaam verhouden met het karakter van het gerechtelijk vooronderzoek, ook mogelijk te maken buiten dat kader, in de vorm van een mini-instructie. Het is vooral de telefoontap die voor deze oplossing in aanmerking komt.⁵⁵⁸ In de voorstellen van de commissie kan de officier van justitie dan buiten het gerechtelijk vooronderzoek om bij de rechter-commissaris de instelling van een telefoontap vorderen, waarna deze de officier van justitie al dan niet daartoe een bevel verleent in de vorm van een machtiging.⁵⁵⁹ De rol van de rechter-commissaris beperkt zich in dat geval tot een toetsende: 'Het bevel tot het afluisteren van telefoongesprekken dient redelijkerwijs nodig te zijn voor het aan de dag brengen van de waarheid inzake het in de vordering omschreven misdrijf (en de dader(s)) daarvan. Het bij de toepassing van dwangmiddelen geldende vereiste van proportionaliteit en subsidiariteit is met betrekking tot dit zeer ingrijpende dwangmiddel uitdrukkelijk in de wet vastgelegd. [...] Door de RC dient derhalve te worden vastgesteld dat de waarheidsvinding niet op een andere, minder ingrijpende, wijze kan plaatsvinden.'⁵⁶⁰ Deze nieuwe opzet verplicht de leider van de onderzoeksfase waarin de tap wordt toegepast om, na het beëindigen van de tap

556 Zie Commissie Moons 1990, p. 33. Blijkens een verslag van de bevindingen van een klankbordgroep binnen het Openbaar Ministerie, geeft het Openbaar Ministerie zonder meer de voorkeur aan het vervangen van het gerechtelijk vooronderzoek door een systeem van mini-instructies. Zie Werkgroep NVvR 1991, p. 6. De landelijke vergadering van rechters-commissarissen in strafzaken kan zich evenwel heel goed vinden in de verwerping van het systeem van mini-instructies. Zie Werkgroep NVvR 1991, p. 8-9.

557 Zie Commissie Moons 1990, p. 34 en 35. Zie ook Hermans 1991, p. 49. Zie Werkgroep NVvR 1991, p. 5-6: het 'overzichtsargument' is niet steekhoudend omdat ook in geval van het gerechtelijk vooronderzoek de rechter-commissaris geheel afhankelijk is van de door politie en Openbaar Ministerie verstrekte informatie.

558 Zie over deze overweging van de Commissie Moons De Doelder 1991 (1), p. 20; Hartevelt 1991 (1), p. 581: 'Het enige geval dat voor een 'mini-instructie' in aanmerking komt is de telefoontap. Niet omdat daarvoor praktische redenen zijn, maar omdat de tap zich niet verdraagt met de positie van de verdachte binnen het GVO.' Zie over de voorstellen omtrent de telefoontap uitgebreid Klifman 1992.

559 Zie Commissie Moons 1990, p. 113.

560 Commissie Moons 1990, p. 116.

en voor zover het belang van het onderzoek dat toelaat, de verdediging op de hoogte te stellen.⁵⁶¹ De verdediging wordt overigens niet veel meer informatie gegund, zodat de telefoontap als mini-instructie met name van waarde lijkt voor politie en justitie: de belangen van de verdediging worden vooral gediend doordat de nieuwe opzet een intensievere controle door de rechter-commissaris mogelijk maakt ten aanzien van de betrouwbaarheid, de volledigheid en de rechtmatigheid van de tapverslagen. 'De positie van de RC biedt in deze een voldoende tegenwicht tegen een mogelijke beperking van de verdedigingsrechten.'⁵⁶²

Ondanks deze beperkte meerwaarde voor de verdediging in het geval van de telefoontap, kan het werken met een systeem van mini-instructies voor 'losse' bevoegdheden, enig soelaas bieden voor de verdediging. De commissie is van mening dat vanuit het oogpunt van de *equality of arms* op eenzelfde wijze buiten dat kader om aan de verdediging toegang tot de rechter-commissaris en diens onderzoeksfunctie kan worden verleend.⁵⁶³ 'Ook in dit geval doet zich een bijzondere reden voor die de invoering van een mini-instructie, zij het nu op verzoek van de verdachte, rechtvaardigt. Deze bijzondere reden is vooral gelegen in de verbetering van de rechtspositie van de verdachte.'⁵⁶⁴ De verdediging krijgt deze mogelijkheid vanaf het moment dat de verdachte onderwerp is van een *criminal charge*. De rechter-commissaris zal allereerst natrekken of daarvan sprake is door de verdachte te verhoren en door informatie in te winnen bij het Openbaar Ministerie.⁵⁶⁵ De rechter-commissaris heeft verder de discretionaire bevoegdheid om over te gaan tot onderzoek, zodat hij het verzoek kan afwijzen als hij van mening is dat de verdachte geen respectabel belang heeft, of als de officier van justitie aangeeft dat het belang van 'zijn' onderzoek het onderzoek ten behoeve van de verdediging niet toelaat.⁵⁶⁶ Of de eventuele invoering van deze mini-instructie in de praktijk voor de verdediging ook veel verbetering met zich zal brengen, wordt wel

561 Knigge 1991, p. 373: 'Vermelding verdient ook de verplichting om na afloop van de telefoontap de houder van het toestel alsmede de verdachte van het afluisteren in kennis te stellen.'

562 Commissie Moons 1990, p. 117. Prakken ontleent aan de arresten Kruslin en Huvig van het EHRM dat de voorstellen van de Commissie Moons met betrekking tot de telefoontap niet voldoen aan de normen van het EVRM. Zie Prakken 1991.

563 Zie over de wijze waarop de commissie vorm geeft aan de vereisten van het EVRM Prakken 1990 (2), p. 1819: 'Dat is de geest die het rapport sterk uitademt: aan de mensenrechtenverdragen wordt ruim aandacht besteed, maar vooral om *net* geen moeilijkheden met Straatsburg te krijgen.' De Jong wekt de indruk dat ditzelfde geldt voor de bemoeienis van de rechter-commissaris met de in verzekeringstelling waarover de Commissie Moons adviseert. Zie De Jong 1991 (1) en over Moons en de in verzekeringstelling voorts Wattel 1989. Zie ook De Doelder 1991 (1), p. 15 over het EVRM en de Commissie Moons.

564 Commissie Moons 1990, p. 36.

565 Zie Commissie Moons 1990, p. 69.

566 Zie Commissie Moons 1990, p. 70. Zie voor de vrees dat dergelijk onderzoek de opsporing in gevaar brengt Van Baarle 1991, p. 90: 'Nog in het midden gelaten dat deze uitbreiding [...] een ernstige belasting van de R-C kan opleveren, kan een gerechtelijk vooronderzoek in een te vroeg stadium in opsporingstactisch opzicht belemmeringen en derhalve vertragingen

betwijfeld, bijvoorbeeld omdat het nog altijd vaag blijft wanneer nu sprake is van een *criminal charge*.⁵⁶⁷ Ook de wijze waarop de rechter-commissaris zijn discretionaire bevoegdheid na overleg met de officier van justitie kan inkleden⁵⁶⁸ en de vraag naar de meerwaarde van deze mini-instructie ten opzichte van de mogelijkheid voor de voorlopig gehechte verdachte een gerechtelijk vooronderzoek te doen openen – voeden deze twijfel.⁵⁶⁹

Vanuit de gedachte dat de mini-instructie een passende oplossing kan zijn voor enkele heikele knelpunten die zich voordoen in de complexe regeling van het gerechtelijk vooronderzoek bij sommige bevoegdheden, kiest de Commissie Moons tenslotte voor de derde herzieningsoptie: het moderniseren en stroomlijnen van de bestaande regeling waarbij de mini-instructie wordt gebruikt als vangnet. Deze optie houdt onder meer in dat de leiding over het gerechtelijk vooronderzoek in handen van de rechter-commissaris blijft.⁵⁷⁰ Zijn zeggenschap en intensieve bemoeienis waarborgen dat deze fase 'eerlijk' is ten overstaan van de verdediging, ook al is de verdachte onvermijdelijk het merendeel van de tijd onderwerp van onderzoek.⁵⁷¹ Bovendien brengt een onderzoeksfase in het voorbereidend onderzoek onder leiding van een rechterlijke autoriteit met zich dat het verificatieve en doelmatige karakter van het eindonderzoek blijft behouden en dat de verhouding tussen voor- en eindfase van het strafproces niet zo verschuift, dat het nodig is de gehele regeling van de strafvordering in de herziening te betrekken.⁵⁷²

De commissie onderbouwt vervolgens haar keuze voor de derde optie met een aantal principiële uitgangspunten die allicht nog altijd – want voor het merendeel zijn dit de argumenten van de ontwerper van het wetboek uit 1913 – in abstracto onverminderd gelding hebben, maar die bepaald niet in lijn zijn met de constatering ten aanzien van de positie die het gerechtelijk vooronderzoek aan het einde van de jaren tachtig in de strafrechtspraktijk inneemt ten opzichte van het opsporingsonderzoek onder leiding van de officier van

gen veroorzaken. Gevreesd moet worden dat de verdachte [...] te vroeg te goed op de hoogte komt van de onderzoeksgegevens.'

567 Zie hierover De Doelder 1991 (2), p. 355: 'Door deze strenge maatstaf (gekoppeld aan art. 6 EVRM) kan een beperkt aantal verdachten de R-C adiëren.'

568 Zie bijvoorbeeld De Doelder 1991 (1), p. 16: 'Ik vraag me werkelijk af wat een verzoek aan een R-C nog voorstelt, indien het zo gemakkelijk onherroepelijk geweigerd kan worden.'

569 Zie over art. 184 lid 2 Sv in positieve zin Den Ottolander 1985, p. 142. Zie voor de verhouding tussen het bestaande systeem van deze regeling en de voorgestelde mini-instructie Harteveld 1991 (1), p. 585-587.

570 Zie Fijnaut 1991 (2), p. 98: 'Afgezien van wat details beredeneert de commissie haar standpunt, dat het gerechtelijk vooronderzoek niet moet worden afgeschaft maar worden gemoderniseerd, vooral via de stelling dat er geen, of tenminste onvoldoende goede redenen zijn om het af te schaffen.'

571 Zie Commissie Moons 1990, p. 37 en 39.

572 De commissie geeft uitdrukkelijk de voorkeur aan de mogelijkheid voor de rechter-commissaris om een inhoudelijke rechtmatigheidstoets uit te voeren boven een zgn. machtigingsfunctie. Zie p. 37.

justitie.⁵⁷³ Ten eerste stelt zij dat bij bepaalde beslissingsmomenten in het vooronderzoek gewoonweg meer distantie is vereist dan kan worden verwacht van de officier van justitie.⁵⁷⁴ Ten tweede voert de commissie aan dat de bemoeienis van de rechter-commissaris bij ingrijpende dwangmiddelen toch wel noodzakelijk blijft en dat het vanuit het oogpunt van efficiëntie nog altijd voor de hand ligt die dwangmiddelen te centraliseren in het gerechtelijk vooronderzoek. Ten derde verwacht de commissie dat de rechter-commissaris – wanneer zijn functie in het vooronderzoek behouden blijft – een uitgebreid instrumentarium nodig zal hebben om die functie naar behoren te kunnen vervullen.⁵⁷⁵

De door de commissie gekozen herzieningsoptie⁵⁷⁶ kenmerkt zich voorts door een vereenvoudiging van de sluitingsprocedure van het gerechtelijk vooronderzoek; door de afschaffing van de wettelijke voorwaarde dat bij de toepassing van sommige bevoegdheden door de (hulp)officier van justitie achteraf ten overvloede alsnog een gerechtelijk vooronderzoek diende te worden geopend; door een verandering van de regeling ten aanzien van de huiszoeking en inbeslagneming waarbij de meeste van die bevoegdheden van de rechter-commissaris naar andere functionarissen worden overgedragen, aan wie deze bevoegdheden toch al op grond van andere wettelijke regelingen toekomen;⁵⁷⁷ door een uitbreiding van de controlemogelijkheden van de rechter-commissaris met betrekking tot de opsporing door politie en Openbaar Ministerie (vooral met betrekking tot de parallelle opsporing tijdens het gerechtelijk vooronderzoek);⁵⁷⁸ door de invoering van de al eerder genoemde mini-

573 Commissie Moons 1990, p. 37-38. Zie hierover Groenhuijsen 1991 (2), p. 27: 'Na de stortvloed van kritiek te hebben gelezen die in de literatuur is uitgegoten over het systeem dat in 1926 werd ingevoerd, is het enigszins pikant dat de commissie [...] doodleuk vaststelt dat de destijds ontwikkelde dragende gronden nog steeds voldoende steun bieden voor de huidige praktijk.'

574 Zie hierover Groenhuijsen 1991 (1), p. 547: 'Waar Machielse zich inspant om duidelijk te maken dat het rechtspolitieke argument achterhaald is, werpt de commissie tegen dat hij gewoon ongelijk heeft.'

575 Commissie Moons 1990, p. 38.

576 Zie voor een opsomming Commissie Moons 1990, p. 39; Groenhuijsen 1991 (2), p. 23-25.

577 De doorzoeking van een woning blijft evenwel een exclusieve bevoegdheid van de rechter-commissaris. Zie Commissie Moons 1990, p. 104. Zie hierover Wöretshofer 1992, Tomesen 1992 en Mevis 1991 (3). Zie over het voorstel met betrekking tot inbeslagneming van poststukken Vennix 1995.

578 De commissie accepteert de in de praktijk gebruikelijke en in de jurisprudentie bevestigde mogelijkheid van parallelle opsporing naast het gerechtelijk vooronderzoek, maar verbindt daar wel voorwaarden aan. Zie Commissie Moons 1990, p. 82: 'Vanwege de controlerende taak van de RC op het verloop van het opsporingsonderzoek en de leidinggevende positie tijdens het gerechtelijk vooronderzoek, dient de RC volledig op de hoogte te zijn van de gang van zaken tijdens het opsporingsonderzoek.' [...] 'De continuering van het opsporingsonderzoek mag er niet toe leiden dat de rechtspositie van de betrokkenen tijdens het verhoor wordt verzwakt.' Zie Hartevelde 1991 (1), p. 577: 'Eigenlijk gaat het hier helemaal niet om leiderschap [...]. Het GVO bevat een stelsel van rechtswaarborgen die niet omzeild mogen worden doordat andere organen hun eigen bevoegdheden, die met minder waarborgen

instructie in het kader van de telefoontap; en tot slot door de uitbreiding van de mogelijkheid voor de verdediging om zich tot de rechter-commissaris te wenden met het verzoek om déchargerend onderzoek te verrichten. Langs deze weg probeert de commissie vooral de gekende knelpunten te verhelpen en tegelijkertijd de rechter-commissaris en zijn gerechtelijk vooronderzoek te herbevestigen in het voorbereidend onderzoek. Het voorstel tot herziening brengt voor politie en Openbaar Ministerie in bepaalde mate een verlichting met zich, aangezien het vooronderzoek minder snel door al te stringente voorschriften richting het gerechtelijk vooronderzoek wordt gestuurd en bepaalde in de wet neergelegde bevoegdheden doelmatiger kunnen worden aangewend dan voor die tijd het geval is geweest. Als sluitstuk van de herziening worden de mogelijkheden van de verdediging om tegenwicht te bieden tegen het opsporingsonderzoek van de politie en de officier van justitie uitgebreid met een eigen toegang tot het kabinet van de rechter-commissaris.

7.2.9 Kritiek op de herijking van de strafvordering

De herzieningsvoorstellen van de Commissie Moons worden zowel in onderlinge samenhang als ten aanzien van afzonderlijke onderwerpen uitvoerig besproken en becommentarieerd.⁵⁷⁹ De kritiek op het rapport als geheel is dat het bepaald niet getuigt van een al te hoge veranderingsdrift en dat het vooral een compromis tracht te zijn tussen allerlei standpunten ten aanzien van enkele concrete knelpunten.⁵⁸⁰ De verbeteringen die worden aangebracht richten zich ook vooral op deze knelpunten, hetgeen volgens Groenhuijsen en Naeyé het gevaar in zich bergt dat een uiteindelijke herziening te weinig systematisch en consequent zal zijn. '[H]et gevaar van partiële herzieningen is dat niet steeds vanuit één coherente visie wordt gewerkt en ruimte wordt geschapen voor een zekere rechtspolitieke willekeur met het risico dat door achtereenvolgende reacties op incidenten en het telkens weer opnieuw inspelen op door de actualiteit gedicteerde verlangens vanuit de samenleving, het voorbereidend onderzoek als rechtssysteem zijn verband verliest.'⁵⁸¹ De wrange constatering

zijn omkleed, misbruiken. Dat vloeit niet voort uit het leiderschap van de R-C, maar uit beginselen van een goede procesorde.'

579 Zowel in het tijdschrift *Trema* (zie Werkgroep NVvR 1991) als in het tijdschrift *Delikt & Delinkwent* (1991, p. 539-654) wordt een special aan dit rapport gewijd. Zie voorts voor bundels over de herziening van het strafprocesrecht Fijnaut en Kolthoff 1991; Mols 1992 (1); Doorenbos en Verweij 1991.

580 Zie De Doelder 1991 (1), p. 13: 'Men wilde geen revolutionaire veranderingen, doch een stroomlijning en herijking van het bestaande. Het gevaar van een revolutionair voorstel was inderdaad geweest, dat zo'n voorstel altijd gedoemd zou zijn een voorstel te blijven.' Zie in deze lijn ook Harteveld 1991 (1), p. 566; Corstens en Doorenbos 1991, p. 1616.

581 Groenhuijsen en Naeyé 1990, p. 281. Zo ook Harteveld 1991 (1), p. 566: 'Helaas: één belang is niet in de Commissie Moons vertegenwoordigd geweest. Dat is het stelsel van het Wetboek van Strafvordering.'

van sommige auteurs dat de commissie in haar poging de systematiek te herstellen, de consistentie uit het oog lijkt te verliezen, geeft al aan dat de verwachtingen ten aanzien van een toekomstige herziening op grond van het rapport niet al te hooggespannen zijn.⁵⁸² Het feit dat met het verschijnen van het rapport ook een patstelling dreigt te ontstaan in de overkoepelende discussie omtrent het handhaven dan wel het afschaffen van het gerechtelijk vooronderzoek,⁵⁸³ stemt volgens Groenhuijsen eveneens somber voor wat betreft het lot van de herziening.

De Doelder mist in het rapport een duidelijke uiteenzetting van de functies van de procesdeelnemers in het vooronderzoek en van de wijze waarop die functies zich tot elkaar verhouden. Er wordt wat hem betreft te gemakkelijk voorbijgegaan aan de plaats die het vooronderzoek inneemt ten opzichte van het onderzoek ter terechtzitting en aan de betekenis van de werkzaamheden van de officier van justitie en de rechter-commissaris voor het werk van de zittingsrechter.⁵⁸⁴ Het is hem vooral onduidelijk welke voorstelling de commissie heeft van de opstelling van de officier van justitie en de rechter-commissaris in de strafrechtspraktijk. Zo is het voor het doorgronden van de wijze waarop de officier van justitie in de voorstellen functioneert, van belang te weten van welke 'soort' officier van justitie de commissie uitgaat: 'van de meer magistratelijke, of zoals we in de praktijk (m.i. helaas) wel zien, van een crime-fighter?'⁵⁸⁵ Voor het functioneren van de rechter-commissaris dringt de vraag zich op of deze in de praktijk wel kan waarmaken wat in de wet en in de voorstellen van hem wordt verlangd. Deze vraag wordt enerzijds gevoed door de vermeende, te afhankelijke positie die de rechter-commissaris in de voorstellen bekleedt ten opzichte van de officier van justitie en de verdediging, en anderzijds door het vooraf al verwachte tekortschieten van de organisatie van het rechter-commissariaat.⁵⁸⁶

582 Zie Hartevelde 1991 (1), p. 572, 591: 'Stelselmatig wetgeven is een belang, dat de wetgever zich moet aantrekken. De voorstellen van de commissie kunnen vanuit dat belang gedacht, niet in het Wetboek worden opgenomen.'

583 Zie Groenhuijsen 1991 (2), p. 38: 'Een opvallend kenmerk van deze gedachtenwisseling is vooreerst dat beide groepen discussianten dezelfde criteria hanteren om de verdiensten van de eigen denkbeelden te onderstrepen', en p. 42: 'Alle juristen vinden dat het vooronderzoek redelijk snel moet worden uitgevoerd en onder onpartijdig rechterlijk toezicht moet staan. Het wonderlijke is dat sommigen (de critici) het GVO vanuit dit gezichtspunt zien als de oorzaak van de kwaal, terwijl anderen (de Commissie Moons) het gemoderniseerde GVO juist beschouwen als een onmisbaar onderdeel van de oplossing.'

584 Zie De Doelder 1991 (1), p. 13.

585 De Doelder 1991 (1), p. 13-14. Voor een klankbordgroep van het Openbaar Ministerie is het evenwel duidelijk dat de commissie geen al te positief beeld van de officier van justitie heeft; volgens deze groep zien Moons c.s. deze vooral als een procespartij, die met het nodige wantrouwen tegemoet moet worden getreden. Zie Werkgroep NVvR 1991, p. 4.

586 Zie De Doelder 1991 (1), p. 14. Zie ook Van den Hout en Valkenburg 1990, p. 927; Hermans 1991, p. 57; Hartevelde 1991 (2), p. 147: 'Op een aantal punten schetst de Commissie een beeld van de rechter-commissaris als leider van het gerechtelijk vooronderzoek, dat niet

Een ander punt van kritiek dat in de diverse besprekingen van het rapport naar voren komt, betreft de afwegingen die de commissie in haar voorstellen maakt tussen het belang van de waarheidsvinding en dat van de rechtsbescherming van de verdachte. De Doelder is van mening dat een principiële betoog over die afwegingen eigenlijk ontbreekt, net als een betoog over een eventuele verstoring van het evenwicht tussen deze belangen.⁵⁸⁷ Het gebrek aan een dergelijk betoog leidt er onder meer toe dat men op grond van hetzelfde rapport geheel tegengestelde opvattingen kan hebben, namelijk ofwel dat de waarheidsvinding te zeer wordt beperkt door voorzieningen van rechtsbeschermende aard, ofwel dat die rechtsbescherming door de meer instrumentele aspecten van de voorstellen juist in het gedrang komt. Van de kant van het Openbaar Ministerie wordt bijvoorbeeld aangevoerd dat de Commissie Moons voor het vroegste stadium van het strafproces teveel waarde hecht aan en te zeer vooruit loopt op de eventueel toekomstige procesvoering. Dit zou dan tot gevolg hebben dat de commissie de idee van *due process* soms laat prevaleren boven de waarheidsvinding, terwijl het juist in dat vroege stadium bij uitstek gaat om opheldering van de zaak, lees: om waarheidsvinding.⁵⁸⁸ Van de kant van de advocatuur wordt evenwel aangevoerd dat de voorzieningen uit het rapport die de verdediging een betere positie zouden kunnen verschaffen in het vooronderzoek, weer worden ondergraven door de maatregelen ten behoeve van de waarheidsvinding.⁵⁸⁹

Naast onduidelijkheid over het evenwicht tussen waarheidsvinding en rechtsbescherming, blijft de vraag onbeantwoord wie van de twee – de officier van justitie of de rechter-commissaris – de aangewezen procesdeelnemer is om de taak van objectieve waarheidsvinding op zich te nemen. Volgens de vergadering van rechters-commissarissen is dat als vanzelfsprekend de rechter-commissaris. Naar haar mening heeft de Commissie Moons de rechter-commissaris zonder meer in zijn niet-lijdelijke rol willen bevestigen.⁵⁹⁰ In zaken waarin een gerechtelijk vooronderzoek wordt geopend ziet de vergadering het zelfs als taak van de rechter-commissaris 'dat de rechtbank een behoorlijk geïnstrueerd dossier ter tafel krijgt, waarop de zaak in beginsel aanstonds kan worden behandeld en waarin zich zowel het OM welgevallige materiaal, als het OM

overeenkomt met het stelsel van wet, en dat (dus) ook niet een weerspiegeling is van de praktijk.'

587 Zie De Doelder 1991 (2), p. 354. Zie evenwel Knigge 1991, p. 374: 'Niet alle voorstellen van de commissie laten zich even gemakkelijk vangen in de tegenstelling tussen crime control en due process. Dat geldt met name voor de voorstellen die samenhangen met de plaats en de betekenis die aan het gerechtelijk vooronderzoek worden toegekend.'

588 Zie Werkgroep NVvR 1991, p. 4.

589 Zie Baauw 1991, p. 83.

590 Werkgroep NVvR 1991, p. 8: 'De RC is immers de vooruit geschoven post, het instrument van de strafrechter om aan objectieve waarheidsvinding te doen. Men kan niet enerzijds het beginsel van de niet-lijdelijke strafrechter handhaven en anderzijds een lijdelijke RC invoeren. Wie een lijdelijke strafrechter wenst, dient het gehele wetboek te herzien.'

onwelgevallige materiaal bevindt.⁵⁹¹ De klankbordgroep van het Openbaar Ministerie ziet het gerechtelijk vooronderzoek als instrument om de officier van justitie te helpen in de zoektocht naar de materiële waarheid. De magistratelijke inslag van de officier van justitie is naar haar mening de belangrijkste waarborg dat die zoektocht met de nodige objectiviteit wordt verricht.⁵⁹²

Het laatste en zeker niet het minste punt van kritiek op het rapport betreft de vraag of de concrete voorstellen van de commissie wel daadwerkelijk de vooraf geconstateerde problemen omtrent het vooronderzoek en het functioneren van de procesdeelnemers in de praktijk, kunnen oplossen. Bij veel voorstellen bestaat gereede twijfel of de specifieke veranderingen wel het effect kunnen sorteren dat de commissie beoogt. Zo stelt men zich op het standpunt dat het enkele handhaven van het gerechtelijk vooronderzoek zeker niet hoeft te leiden tot een meer en beter aanwenden daarvan. In de voorgestelde regeling is het bovendien nog altijd mogelijk, zij het in mindere mate dan voorheen, de waarborgen te omzeilen die worden toegedicht aan de uitoefening van bevoegdheden die zijn gekoppeld aan het gerechtelijk vooronderzoek.

Vooraf de regeling van de spoeddoorzoeking sterkt de verwachting dat de betekenis van die waarborgen wederom in de strafrechtspraktijk wordt ondergraven.⁵⁹³ Aan de hand van de voorgestelde regeling wordt ook duidelijk dat de Commissie Moons er niet in slaagt bij alle deelonderwerpen van de herziening de complexiteit weg te nemen: '[De kritiek] betreft met name de ingewikkeldheid of onvolledigheid van de voorstellen. De grenzen tussen bepaalde bevoegdheden zouden in de praktijk wel eens minder duidelijk kunnen zijn dan de commissie suggereert. Ook zijn sommige voorstellen wellicht te beperkend.'⁵⁹⁴ Men blijkt daarnaast niet echt overtuigd van de overwegingen om de regeling van de doorzoeking niet en die van de telefoontap wél van het gerechtelijk vooronderzoek los te koppelen.⁵⁹⁵ Overigens wordt het over het algemeen als positief ervaren dat de tap in de voorstellen

591 Werkgroep NVvR 1991, p. 8-9.

592 Zie Werkgroep NVvR 1991, p. 4. Zie Pijl 1991, p. 272: 'Naar mijn mening is het nog maar de vraag of het O.M. [...] de zichzelf toegedichte forsere rol zou kunnen waarmaken. Niet alleen kunnen kritische opmerkingen worden gemaakt over de (beperkte) manier waarop het O.M. de haar toebemeten ruimte thans benut, juist ook de 'bewakende' rol van de zittende magistraat is een rol die het O.M. van nature niet ligt.'

593 Zie bijvoorbeeld Hartevelt 1991 (1), p. 584-585: 'Alleen als er geen tijd is om een GVO te vorderen mag de OvJ daarbuiten een spoedhuiszoeking doen. Als nu wel de eis van een (mondelinge) vordering voorafgaand aan het verlov was gesteld dan zou er ook geen goede reden zijn om niet meteen een GVO te vorderen. Door geen vordering te verlangen van de OvJ kan dus het GVO worden omzeild.'

594 Mevis 1991 (1), p. 637. Mevis is wel van mening dat de voorstellen van de commissie ten aanzien van de doorzoeking een consistent geheel vormen. Zie ook Mevis 1991 (3).

595 Zie Mevis 1991 (1), p. 626: '[De doorzoeking] is geen bevoegdheid die [...] samenhangt met typisch gerechtelijk vooronderzoek-werkzaamheden als het horen van getuigen en verzamelen van gegevens over de persoon van de verdachte. Veeleer is het een typische opsporingsbevoegdheid vergelijkbaar met de bewaring [...] en het afluisteren van telefoongesprekken.'

als een zelfstandige bevoegdheid los van het gerechtelijk vooronderzoek wordt gepresenteerd. Er wordt wel veel kritiek geleverd op dat voorstel, omdat bijvoorbeeld de voorwaarde van de verplichte tenaamstelling achteraf of van het vermoeden dat een concrete verdachte met de getapte telefoon zal bellen, niet in de regeling is opgenomen.⁵⁹⁶ Het gemis van dergelijke bepalingen zal er toe bijdragen dat men in de praktijk anoniem blijft tappen op een wijze die de verdediging in het ongewisse laat en die een toetsing van het tapmateriaal door de zittingsrechter bemoeilijkt.⁵⁹⁷ Het gebrek aan controle op de tapverslagen en op het authentieke materiaal ligt als punt van kritiek in het verlengde hiervan.⁵⁹⁸ Omwille van de controle zou dan een intensievere bemoeienis van de rechter-commissaris met de telefoontap juist gewenst zijn.⁵⁹⁹ Dit stemt echter weer niet overeen met de loskoppeling van de tap en het gerechtelijk vooronderzoek. Volgens De Wit is die bemoeienis echter helemaal niet nodig, daar de tap in de voorstellen van de commissie een opsporingsmiddel is onder leiding van de officier van justitie, 'en dan zijn meer vormen van rechterlijke controle toch overbodig?'⁶⁰⁰

Naast de voorspelling dat veel bestaande problemen niet zullen worden opgelost, zijn de verwachtingen omtrent de mini-instructie op verzoek van de verdediging ter compensatie van het gebrek in haar mogelijkheden om het vooronderzoek te beïnvloeden, ook niet onverdeeld positief. Vooral De Wit is erg afwijzend en plaatst het gevaar van oneigenlijk gebruik en misbruik op de voorgrond: 'Toch wel aardig, nietwaar, zo'n peilstok in de pro-actieve-justitiële vijver, erg verleidelijk om zo nu en dan eens de mate van opsporingsactiviteiten te peilen.'⁶⁰¹ Volgens De Roos hoeft dit bezwaar helemaal niet op te gaan en zijn voor justitie ook voordelen te behalen met een verdachte die zich meldt voor een mini-instructie.⁶⁰² 'De vanuit justitiële kringen geopperde bezwaren met betrekking tot een ernstige doorkruising van de opsporingsinspanning zijn deels overdreven, deels wegen zij tegenover het belang van de burger niet zwaar genoeg. Principieel valt toe te juichen, dat het contradictoire karakter van ons strafproces op deze wijze ook in het voorbereidend

596 Zie Knigge 1991, p. 381-382; Van den Hout 1991, p. 654; Myjer 1990, p. 712-713; Klein Kranenburg 1991, p. 129.

597 De bepalingen uit het voorstel over de positie van de verdediging bij een tap, zijn opgesteld met het oog op de waarheidsvinding en niet met het oog op de rechtsbescherming. Zie Van den Hout 1991, p. 644.

598 Zie voor een controle door de verdediging Klein Kranenburg 1991, p. 131 en voor een betere controle door de zittingsrechter Van den Hout 1991, p. 652.

599 Zie Van den Hout en Valkenburg 1990, p. 932-933.

600 Zie De Wit 1991 (3), p. 125.

601 De Wit 1991 (2), p. 594 en p. 598: 'Het voorstel van de commissie op het punt van art. 36a v.v. heeft een zodanig zwakke fundering dat redelijk aantoonbare belangen van efficiency en effectiviteit in de opsporing daarvoor niet mogen wijken.'

602 Zie De Roos 1991 (2), 608: 'De verzoeker is immers gealarmeerd, wat betekent dat hij toch al geen willig object meer zou zijn voor de justitiële (geheime) bemoeienissen. Het kan voor de justitie zelfs wel voordelig zijn dat de verzoeker met zijn kaarten op tafel komt.'

onderzoek duidelijker gestalte zou krijgen.⁶⁰³ De Wit is daarentegen van mening dat aanvullend onderzoek in de vorm van een mini-instructie eigenlijk overbodig is, daar het Openbaar Ministerie de evenwichtige rechtshandhaving tot taak heeft en vanuit dat perspectief met de opsporing ook de belangen van de verdediging dient.⁶⁰⁴ Volgens De Roos voert het echter te ver van het Openbaar Ministerie te verwachten dat het veel moeite doet zich in te leven in de onderzoeksbehoefte van de verdachte, met name omdat het daartoe 'specifieke betrokkenheid' ontbeert.⁶⁰⁵ De mini-instructie dient wat hem betreft een principieel belang. 'Het gaat meer om een tegenwicht tegen, een correctief op het perspectief en de logica van de vervolgingsmonopolist, verricht door een afstandelijke, niet specialistische functionaris die naar Europese maatstaven als rechterlijke autoriteit wordt aangemerkt, en niet de pretentie behoeft te hebben de gehele zaak 'panklaar voor de zitting' af te leveren.'⁶⁰⁶

Een reden waarom de mini-instructie in de praktijk wellicht slecht uit de verf zal komen, is gelegen in het al eerder als problematisch aangegeven, lastig te bepalen moment waarop de verdediging een verzoek daartoe kan indienen. Als uitgangspunt is gekozen dat de verdediging de onderzoeksfunctie van de rechter-commissaris kan aanwenden vanaf het moment dat de verdachte voor het eerst onderwerp is van vervolging door het Openbaar Ministerie. 'Ligt het nog wel voor de hand de mate van rechtsbescherming te laten afhangen van de vraag, of er formeel vervolgd wordt? In de bestaande regeling is de positie van de verdachte afhankelijk van het oordeel van de OvJ (!), dat onderzoek door de RC wenselijk is en daarnaast van het dwangmiddel, dat 'toevallig' in zijn zaak wordt aangewend. Bezien vanuit een oogpunt van rechtsbescherming is dat nogal willekeurig.'⁶⁰⁷ Het is daarnaast niet duidelijk of de verdediging eerst bij de officier van justitie heeft aan te kloppen voor de opening van een gerechtelijk vooronderzoek, alvorens zij – bij afwijzing van dat verzoek – het zelf mag gaan proberen bij de rechter-commissaris.⁶⁰⁸ De vragen naar de terughoudendheid of juist de toeschietelijkheid die de rechter-commissaris zal betrachten bij het honoreren van dat verzoek, en naar

603 De Roos 1991 (2), p. 610.

604 Zie De Wit 1991 (3), p. 124.

605 Zie De Roos 1991 (2), p. 604/605.

606 De Roos 1991 (2), p. 605. De Roos noemt de bezwaren die De Wit aandraagt tegen de invoering van de mini-instructie deels overtrokken, deels niet terzake. Zie De Roos 1992, p. 22.

607 Knigge 1991, p. 382. Zo ook Corstens 1995 (1), p. 112: 'De verdachte die in de fase vóór de zitting een onderzoek door een onpartijdige en objectieve rechter wenst, is thans [...] voor het vervullen van die wens afhankelijk van de door hem als tegenpartij beschouwde instantie. Dat is een inconsistentie van onze huidige regeling waarin juist wegens zijn onpartijdigheid de rechter-commissaris kan worden ingeschakeld. Het komt erop neer dat de verdachte pas aanspraak kan maken op tussenkomst van die onpartijdige rechter als de tegenpartij dat goed vindt.'

608 Zie Van den Hout en Valkenburg 1990, p. 930-931.

de 'bewijslast' die van de verdachte wordt verlangd, komen de gewenste duidelijkheid eveneens niet ten goede.⁶⁰⁹ Bovendien vraagt men zich af of het de bedoeling is dat de verdediging zelf het strafbare feit aandraagt waarop het onderzoek binnen de mini-instructie betrekking heeft.⁶¹⁰ En tot slot ligt nog een gevaar op de loer, dat zich slecht verhoudt met de intentie van de Commissie Moons ten aanzien van de mini-instructie en de rechtsbescherming van de verdachte: het zou wel eens zo kunnen zijn dat de verdachte die tijdens het vooronderzoek geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om nader onderzoek door de rechter-commissaris te vragen, wordt verondersteld afstand te hebben gedaan van dit recht. 'Geeft de verdachte er geen blijk van een recht te willen uitoefenen, dan wordt dit in de rechtspraak al snel uitgelegd als het ook inderdaad niet willen uitoefenen van dat recht.'⁶¹¹

Zoals dat bij wel meer concrete voorstellen van de commissie het geval is, voorspelt men ook bij de mini-instructie op verzoek van de verdediging dat de voorgestelde regeling ondanks de achterliggende gedachte van de verbeterde rechtsbescherming naar alle waarschijnlijkheid de problemen in dit verband niet kan oplossen. Men ziet bovendien het gevaar dat deze voorziening wordt ingehaald door de trend in de strafrechtspraktijk de wettelijke regeling van de strafvordering onverminderd in het voordeel van de opsporing en vervolging uit te leggen.

Er bestaan veel bezwaren ten aanzien van de herzieningsvoorstellen door de Commissie Moons, ongeacht of die bezwaren nu de oplossingen voor enkele knelpunten betreffen of juist het rapport als geheel. Er wordt gesproken van een systeembreuk, van ondoorzichtige wetgeving en van 'het loslaten' van de rechter-commissaris in het vooronderzoek van de officier van justitie.⁶¹² 'Stelselmatig wetgeven is een belang dat de wetgever zich moet aantrekken. De voorstellen van de Commissie kunnen, vanuit dat belang gedacht, niet in het wetboek worden opgenomen. Daarmee plaatst de Commissie ons – en zichzelf – voor een moeilijke keuze: óf de voorstellen zullen moeten worden aangepast aan de uitgangspunten van het bestaande stelsel, óf de Commissie

609 Zie De Roos 1991 (2), 606: '[Ik deel de verwachting] dat de rechter geneigd zal zijn om de verzoeker niet met een hoge bewijslast op te zadelen. [D]e rechter zal eerder bezien of de OvJ aannemelijk kan maken dat het belang van het lopende opsporingsonderzoek zich tegen het verrichten van de in het verzoekschrift aangeduide onderzoekshandelingen verzet.'

610 Zie Van den Hout en Valkenburg 1990, p. 930-931.

611 Den Hartog en Berkhout 1991, p. 368. Zie ook De Roos 1991 (1), p. 10. Zie in deze lijn ook Meijers 1993, waarin wordt gesteld dat EVRM-rechtspraak uitgaat van een alerte proceshouding van de verdediging, op straffe van rechtsverwerking. Volgens De Roos is dit enigszins overdreven, maar dient de raadsman zonder alert te zijn. Zie De Roos 1994 (1), p. 134-136.

612 Zie Hartevelt 1991 (1), p. 584 en Hartevelt 1991 (2), p. 156. De 'stuurloosheid' van de rechter-commissaris wordt evenwel door anderen gerelativeerd. Zie De Roos 1994 (1), p. 166.

moet aan het werk om een nieuw stelsel van strafvordering te ontwerpen.⁶¹³ Knigge gebruikt bij de herziening van het gerechtelijk vooronderzoek de beeldspraak van een zandkasteel dat men probeert te restaureren, terwijl het al door het water is omspoeld en het tij niet meer te keren is.⁶¹⁴ 'De commissie heeft getracht een stelsel op te lappen, dat hopeloos verouderd is. Opmerkelijk daarbij is, dat op enkele punten met dat stelsel wordt gebroken. Bovendien worden de onevenwichtigheden die aan het stelsel eigen zijn door de voorstellen geaccentueerd. Daardoor brengen de voorgestelde wijzigingen, hoewel zij op korte termijn een verbetering zullen betekenen, een fundamentele herziening van de wettelijke regeling een stap dichterbij.'⁶¹⁵

De kritiek op de werkzaamheden van de Commissie Moons verstomt niet als in het begin van de jaren negentig de overige rapporten verschijnen die de voorstellen ten aanzien van andere pijnpunten in de regeling van de strafvordering behelzen.⁶¹⁶ Het geconstateerde gebrek aan consistentie in de voorstellen tot herziening van het gerechtelijk vooronderzoek, wordt ook als minpunt opgevoerd voor alle rapporten tezamen.⁶¹⁷ Zo stelt Knigge in zijn preadvies voor de NJV over de herbezinning op de grondslagen van het strafproces 'dat het grootste bezwaar dat tegen de gehele operatie kan worden ingebracht het fragmentarische, onstelselmatige en tot op zekere hoogte eenzijdige karakter ervan is. De operatie is gericht op het wegnemen van knelpunten en krijgt daardoor het karakter van symptoombestrijding.'⁶¹⁸ De laatste twee herijkingsrapporten, te weten die inzake de vormverzuimen en die inzake de zogenoemde kop-staartvonnissen, geven zelfs aanleiding voor de opvatting dat de voorstellen van de commissie zeker nog niet 'rijp' genoeg zijn om te worden ingevoerd.⁶¹⁹ Desondanks heeft de wetgever op dat moment toch

613 Hartevelde 1991 (2), p. 159. In de Justitiebegroting van 1992 wordt aangegeven dat alle wijzigingen in het wetboek een zodanige omvang hebben aangenomen, 'dat de vraag onder ogen moet worden gezien in hoeverre nog een helder totaalbeeld bestaat omtrent systematiek en inhoud van het wetboek.' Overigens wordt daarmee niet gezegd dat de systematiek van het wetboek van 1926 geheel verloren is gegaan. Zie Justitiebegroting 1992, p. 28. De Roos (1992 (1), p. 23)) verzet zich tegen de stelling dat er een systeembreuk is door onder meer de invoering van de mini-instructie ter compensatie van de achtergestelde positie van de verdediging: 'Wie dat systeembreuk noemt, moet de pro-actieve bezigheden van de justitie ook van dat etiket voorzien.'

614 Zie Knigge 1991, p. 381.

615 Knigge 1991, p. 383.

616 Zie voor deze rapporten Corstens 1993 (1) en 1993 (2) en voor de wetgevingsplannen op het gebied van de strafvordering Baauw 1993 en Corstens 1994 (2).

617 Zie Osinga 1994, p. 919: 'In de eerste plaats is de consistentie tussen de verschillende rapporten niet optimaal, nu de commissie haar uitgangspunten vanaf het achtste rapport heeft veranderd. Het tweede probleem is dat de laatste drie rapporten op zichzelf onevenwichtig zijn. Niet om hetgeen er in staat, maar om hetgeen er *niet* in staat.'

618 Knigge 1994, p. 72. Zie hierover ook Osinga 1994, p. 907.

619 Zie Fokkens 1993, p. 914-915; Schalken en Naeyé 1993, p. 956-957.

al het nodige werk verricht ten aanzien van verschillende strafvorderlijke onderwerpen die verband houden met de rapporten van de commissie.⁶²⁰

Corstens kondigt als redacteur van de laatste twee rapporten het einde van de werkzaamheden van de Commissie Moons aan. 'Een groot aantal wijzigingen is in de tien rapporten door de commissie voorgesteld. Daarmee kan het wetboek aan nieuwe ontwikkelingen worden aangepast, kunnen in de nood ontstane praktijken, voorzover aanvaardbaar, worden gelegaliseerd, door de mensenrechtenverdragen gestelde eisen beter worden vervuld en overbodige formaliteiten worden geschrapt.'⁶²¹ Hoewel het de commissie voor ogen heeft gestaan het evenwicht tussen waarheidsvinding en rechtsbescherming in de wettelijke regeling van de strafvordering te behouden en te hervinden, blijft het belang van de rechtsbescherming in de omvorming van haar rapporten tot concrete wetsvoorstellen door de wetgever onderbelicht.⁶²² Een overduidelijk voorbeeld daarvan is het feit dat in de nog te bespreken Wet Herziening gerechtelijk vooronderzoek aanvankelijk de meeste voorstellen worden overgenomen, behalve die omtrent de mini-instructie op verzoek van de verdediging.⁶²³ Deze onderbelichting houdt wellicht verband met de opvatting van de opeenvolgende ministers van Justitie dat de rechtsbescherming in de jaren tachtig teveel aandacht zou hebben gekregen ten koste van de criminaliteitsbestrijding, en dat met wetswijzigingen enkel die onevenwichtigheid dient te worden hersteld.⁶²⁴

Minister van Justitie Hirsch Ballin ontleent aan reacties vanuit de samenleving en in de media op het gebrekkig functioneren van het strafproces en de rechterlijke macht vanwege wringende vormvoorschriften, argumenten om de stelling te onderbouwen dat een grootschalige wetswijziging noodzakelijk is om een nieuwe vertrouwenscrisis voor de rechterlijke macht te bezweren. 'De publieke opinie heeft de indruk dat de rechtsbescherming van de verdachte te ver is doorgeschoten. Het evenwicht tussen de rechtsbescherming van het individu en de normhandhaving ten behoeve van de gemeenschap is naar het gevoelen van de bevolking verstoord. De grote aandacht van de machtskritische functies van het recht lijkt de normhandhavende functies te frustreren.'⁶²⁵ De Roos bestempelt deze omvangrijke legislatieve ontwikkelingen van het begin van de jaren negentig als een wetgevingsoffensief waarbij in

620 Zie Rimmelink 1994, p. 23-24.

621 Corstens 1993 (2), p. 3.

622 Zie ook Baauw 1994, p. 143: 'Alles overziend lijkt het niet zo reëel om de commissie-Moons het verwijt te maken dat uitgerekend zij in belangrijke mate zou hebben bijgedragen aan een instrumentele, op criminaliteitsbestrijding gerichte benadering.' Zie ook Franken 1994 (2), p. 753-754; De Roos 1994 (3), p. 108.

623 Zie Corstens 1995 (1), p. 112.

624 Zie Franken 1994 (1), p. 42: 'Het totaalbeeld is [...] zeker genuanceerder dan de voorstelling die opeenvolgende Ministers van Justitie van het huidige strafprocesrecht hebben gegeven.' Zie ook 't Hart 1990 (1), p. 101 en in soortgelijke zin Garé 1997, p. 343.

625 Zie de inleiding van de minister van Justitie op het RAIO-congres 'Om de norm', zoals deze is aangehaald in De Doelder en 't Hart 1993, p. 604.

het streven naar vereenvoudiging van het strafproces vooral de criminaliteitsbestrijding voorop staat.⁶²⁶ 'Sleutelwoord in het hele offensief [...] is: rechtsbescherming. Maar dan met een negatieve klank, want de rechtsbescherming van de verdachte zou zijn doorgeslagen.'⁶²⁷

Een goed voorbeeld kan worden ontleend aan de kwestie omtrent de vormvoorschriften die in het negende rapport van de Commissie Moons wordt behandeld. De mogelijkheid om de verrichtingen van politie en Openbaar Ministerie in het vooronderzoek te controleren wordt in eerste instantie vergroot door de invloed van het EVRM op het strafproces en de ontwikkeling van de leerstukken van het onrechtmatig verkregen bewijs en de beginselen van een goede procesorde. Dit biedt vooral de verdediging de gelegenheid om het optreden jegens de verdachte te laten onderzoeken door de zittingsrechter. Met het vastleggen van de sancties die de rechter kan toepassen bij onrechtmatigheden lijkt de ontwikkeling van deze controlemogelijkheden zich ten dele tegen de verdediging te keren; het aantal formele vormvoorschriften wordt drastisch teruggebracht, het wordt aan de rechter overgelaten te bepalen of sprake is van een substantiële nietigheid, de sanctionering van onrechtmatigheden wordt beperkt door de introductie van de *Schutznorm* en de voorwaarde van direct causaal verband tussen de onrechtmatigheid en het daaruit voortkomende bewijs en met de strafvermindering als sanctie kunnen onrechtmatigheden zonder al te veel pijn worden weggecompenseerd. De introductie van art. 359a Sv zorgt er voorts voor dat de controle op het vooronderzoek achteraf plaatsvindt door de zittingsrechter en niet in het vooronderzoek, bijvoorbeeld door de rechter-commissaris. Dit heeft onder meer tot gevolg dat in die latere fase de onrechtmatigheden zich lastiger laten vinden en de zittingsrechter mogelijk onrechtmatig bewijsmateriaal krijgt gepresenteerd. Tot slot kan in het licht van deze op het oog flexibele omgang met schendingen van vormvoorschriften in het vooronderzoek de rechtsverwerking als procesrisico voor de verdediging worden genoemd; het is niet ondenkbaar dat de verdediging als zij op het onderzoek ter terechtzitting verweer voert over onrechtmatigheden in het vooronderzoek, te horen krijgt dat zij deze verwerpen eerder had moeten voeren.

Het wetgevingsoffensief blijkt met het verschijnen van de laatste twee rapporten van de Commissie Moons nog niet ten einde. Zo blijft de vraag naar een integrale of geïntegreerde herziening ondanks alle rapporten in de lucht

626 Zie De Roos 1994 (3), p. 90. Zie hierover ook Sorgdrager 1994, p. 200: 'De wet is een afspiegeling van de tijdgeest. Zij wordt door de politiek gemaakt en als we de geluiden die daar soms opklinken serieus moeten nemen, zou er wel eens een tendens kunnen ontstaan naar een zodanige 'vereenvoudiging' van het strafproces dat de balans, die nu misschien iets te veel ten gunste van de verdachte is komen te liggen, geheel naar de andere kant doorslaat.'

627 De Roos 1994 (3), p. 90. Over de vraag of de laatste twee rapporten van de Commissie Moons de positie van de verdediging ook verzwakken (zie Spong 1993, p. 924), zijn de meningen verdeeld. Zie Naeyé en Schalken 1993, p. 955 en Fokkens 1993, p. 905.

hangen.⁶²⁸ Als duidelijk wordt dat onder meer de normering van en verantwoording voor de opsporing in de praktijk ook schromelijk te kort hebben geschoten, neemt de vraag naar strafvorderlijke wetgeving toe.

7.2.10 De Commissie van Traa en de discussie over bijzondere opsporingsbevoegdheden

De Wet Bijzondere opsporingsbevoegdheden (Wet BOB), het laatste grote wetgevingstraject van de jaren negentig, komt voort uit de al besproken IRT-affaire. Alvorens deze wetwijziging en haar gevolgen voor de functies van de procesdeelnemers en de onderlinge verhoudingen worden uiteengezet, komen eerst de bevindingen van de Parlementaire Enquêtecommissie Opsporingsmethoden aan bod en de uiteenlopende reacties daarop vanuit de strafrechtswetenschap. Het rapport van de Commissie Van Traa is voor dit onderzoek niet alleen relevant in het licht van de functies van de procesdeelnemers, de onderlinge verhoudingen en de discussies daaromtrent, maar het is ook een rapport waarin tal van hiervoor reeds besproken maatschappelijke, (rechts)politieke en juridische ontwikkelingen uit dit tijdvak samenkomen. Het rapport verschaft inzicht in de manier waarop deze ontwikkelingen uiteindelijk hebben geleid tot een situatie die door de Commissie Van Traa wordt aangeduid als een 'crisis in de opsporing'.⁶²⁹

7.2.10.1 Een verklaring voor de crisis in de opsporing

De omstandigheden waaronder deze crisissituatie zich heeft kunnen ontwikkelen zijn terug te voeren op het van overheidswege prioriteren van de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit in de jaren tachtig.⁶³⁰ De georganiseerde criminaliteit staat daarbij in het middelpunt van de overheidsbelangstelling en men zet alles op alles om deze te bestrijden.⁶³¹ De beeldspraak van criminaliteitsbestrijding als 'oorlogsvoering' raakt allengs meer in zwang.⁶³² De onzekerheid over het te behalen resultaat in de zin van een daadwerkelijk effectieve aanpak wordt in het verlengde hiervan uit de belangstelling gedrongen doordat politie en Openbaar Ministerie de aandacht richten op andersoor-

628 Zie onder meer Hirsch Ballin 1991, p. 15; Groenhuijsen 1991 (3) en vier preadviezen van de NJV in 1994. Zie tegen integrale herziening Meijers 1991 (2).

629 Zie Commissie Van Traa 1996, p. 419.

630 Zie Commissie Van Traa 1996, p. 398.

631 Zie Naeyé 1995, p. 10.

632 Zie Prakken 1999, p. 11. Zie Justitiebegroting 1993, p. 2: 'Terwijl de internationale ontwikkeling voor ons land de oorlogsdreiging drastisch heeft verminderd, neemt de interne dreiging door lokale, regionale en internationale criminaliteit helaas op veel plaatsen grimmiger vormen aan.' Lensing 1994, p. 1008; Durieux en Zaitch 1996, p. 118.

tige resultaten.⁶³³ in de bedrijfsmatige aanpak van de opsporing van de georganiseerde criminaliteit draait het om het optimaliseren van de eigen informatiepositie, het kopiëren van de 'bedrijfsvoering' en het kunnen doorstoten tot in de top van de organisatie.⁶³⁴

De Commissie Van Traa is van oordeel dat het beeld van de georganiseerde criminaliteit dat ten grondslag is gelegd aan de niets ontziende bestrijding daarvan, te weinig is onderbouwd met kwantitatief en kwalitatief onderzoek. Talloze keuzen die door overheid, politie en Openbaar Ministerie zijn gemaakt, hadden bij gebrek aan een duidelijke beeld destijds maar vooral achteraf bezien, anders moeten uitvallen. 'De basis voor het te voeren beleid zou minder ter discussie hebben gestaan. De keuze van de te onderzoeken zaken zou meer richtinggevend zijn geweest. Regering en parlement, maar ook de Nederlandse publieke opinie zouden de werkelijke problematiek van de georganiseerde criminaliteit beter hebben kunnen beoordelen.'⁶³⁵ Ondanks dat gebrekkige beeld is een opmerkelijke wisselwerking ontstaan tussen politie, Openbaar Ministerie, regering en Tweede Kamer waarin het terugkerende verzoek om steeds meer armslag in de criminaliteitsbestrijding door de twee eerstgenoemde, enerzijds wordt ingewilligd, maar anderzijds ook onvermijdelijk wordt aangewakkerd door de toenemende druk vanuit de regering en de Tweede Kamer om die criminaliteitsbestrijding te intensiveren.⁶³⁶

Dit is voor de commissie aanleiding geweest een diepgravend onderzoek in te stellen naar de werkelijke aard en omvang van de georganiseerde criminaliteit in Nederland.⁶³⁷ Het omvangrijke onderzoek dat door de commissie wordt uitbesteed aan een groep criminologen levert uiteindelijk nog geen eenduidig beeld op. De uitkomst van het onderzoek wordt dan ook bekritiseerd, maar laat wel de indruk bestaan dat de ernst van de situatie en de ontwrichtende werking van de georganiseerde criminaliteit meevallen.⁶³⁸ Het onderzoek zorgt er daarnaast voor dat in de aanbevelingen van de com-

633 Zie Boek 1995, p. 291: het beleid kreeg een gunstig onthaal bij de politici omdat het praktische en technische maatregelen bevatte om "de" criminaliteit te bestrijden. Zie over één van de neveneffecten van het niet slagen in de aanpak – ontevredenheid en angst onder de bevolking – ook 't Hart 1996, p. 93.

634 Zie Naeyé 1995, p. 12; Corstens 1996, p. 385; Durieux en Zaitch 1996, p. 135 en p. 143.

635 Commissie Van Traa 1996, p. 32 en ook p. 399. Zie ook Werkgroep Vooronderzoek Opsporingsmethoden 1994, p. 13. Zie in deze zin bijvoorbeeld Naeyé 1995, p. 8 over de Nota Bestrijding georganiseerde criminaliteit in Nederland 1992.

636 Zie Commissie Van Traa 1996, p. 412, p. 416 en p. 417.

637 Een dergelijk onderzoek volgt ook uit de bevindingen en aanbevelingen van het eerdere rapport Opsporing gezocht. Zie Werkgroep Vooronderzoek Opsporingsmethoden 1994, p. 14 en p. 62.

638 Zie Van de Bunt e.a. 1996, p. 117 en 118 en Buruma en Vegter 1998. Zie over het onderzoek naar de georganiseerde criminaliteit Fijnaut 1996 (2) en Bovenkerk 1996. Zie voor kritiek Elffers en Hessing 1996, p. 151 ('Het zicht op de omvang van het probleem, en daardoor op de aard en ernst is onvolkomen') en De Haan 1996, p. 196 ('In absolute zin is er bij gebrek aan maatstaven geen antwoord te geven op de vraag: hoe erg is het?'). Zie in reactie op deze kritiek Fijnaut 1996 (1), p. 410-411 en Bovenkerk e.a. 1997, p. 57.

missie een meer genuanceerd beeld van de georganiseerde criminaliteit als uitgangspunt wordt genomen bij de vraag welke opsporingsmethoden toelaatbaar zijn bij de bestrijding daarvan en dienen te worden voorzien van een wettelijke basis.⁶³⁹

Naast het gebrek aan kennis van de aard en omvang van de georganiseerde criminaliteit is er een aantal andere omstandigheden dat van invloed is geweest op het ontstaan van de crisis. Een eerste omstandigheid die de commissie aandraagt, is dat er te weinig afstemming is geweest in de overkoepelende beleidsvoering. Zo heeft het ontbreken aan coördinatie tussen de werkzaamheden van de commissies, werkgroepen en andere vormen van beleidsoverleg binnen het Ministerie van Justitie en het Openbaar Ministerie.⁶⁴⁰ De problemen blijken nog het grootst voor het laatstgenoemde, daar het vermeende disfunctioneren en het gebrek aan een vastomlijnd toekomstbeeld van de eigen organisatie hebben gezorgd voor elkaar in hoog tempo opvolgende, veranderende beleidsvisies.⁶⁴¹ Een andere omstandigheid is dat ook in de praktijk te weinig is samen gewerkt tussen de verschillende politieke en justitiële autoriteiten. Dit wordt toegeschreven aan uiteenlopende oorzaken als de gebrekkige organisatie van politiediensten en het gebrek aan gezag, en aan de complexe en versplinterde toezichts- en controlestructuren waarbij teveel verschillende bijzondere diensten zijn betrokken.⁶⁴² Het feit dat enkele politiediensten elkaar hebben tegengewerkt, is zelfs de directe aanleiding geweest voor de IRT-affaire.⁶⁴³

Een laatste omstandigheid die heeft bijgedragen aan het ontstaan van de crisissituatie vloeit voort uit het feit dat de wetgever te lang niets heeft ondernomen tegen de wildgroei aan ingrijpende opsporingsmethoden en het oordeel over de toelaatbaarheid van die methoden heeft overgelaten aan de strafrechter.⁶⁴⁴ Deze breed onderschreven kritiek raakt niet alleen de wetgever; het is in de eerste plaats vooral de rechter die wordt aangemerkt als instantie die de teugels van de criminaliteitsbestrijding heeft laten vieren.⁶⁴⁵ Doorgaans

639 Zie Van de Bunt e.a. 1996, p. 118. Zie voor verder onderzoek naar de georganiseerde criminaliteit in Nederland onder meer Kleemans, Van den Berg en Van de Bunt 1998.

640 Zie Commissie Van Traa 1996, p. 400; Schalken 1993, p. 393-394.

641 Zie Schalken 1993, p. 394 ('Door diverse stuur- en projectgroepen, bijgestaan door de onvermijdelijke consultants, zijn in hoog tempo beleidsvisies ontwikkeld. Daarin wordt wel erg rigoureuus met het verleden afgerekend. Alles moet om, liefst vandaag.') p. 397-398.

642 Zie respectievelijk Lensing 1994, p. 1009-1010 en Elzinga 1996, p. 205; Reijntjes 1997, p. 219.

643 Zie Werkgroep Vooronderzoek Opsporingsmethoden 1994, p. 3; Commissie Van Traa 1996, p. 161-168.

644 Al in 1985 is door Fijnaut bepleit dat de wetgever er goed aan zou doen 'de nieuwe mobilisatie van de recherche tegen 'de georganiseerde misdaad' in het kader van het beleidsplan Samenleving en criminaliteit' te vertalen in een hernieuwde regeling van opsporingsbevoegdheden en niet te wachten tot het moment waarop dat politiek onvermijdelijk is geworden. Zie Fijnaut 1985 (1), p. 810 en ook Fijnaut 1988, p. 151.

645 Zie Durieux en Zaitch 1996, p. 137; Leijten 1996, p. 95-96; Boek 1997, p. 529; Bakker Schut 1997, p. 162.

wordt daarbij direct de vraag gesteld of van de rechter kan en mag worden verwacht dat hij bij gebrek aan handelen van de kant van de wetgever zich opwerpt als de instantie die paal en perk stelt aan de grensverleggende wijze van opsporen door politie en Openbaar Ministerie.⁶⁴⁶ Er wordt in dat kader gerefereerd aan strafzaken die de rechter wel degelijk heeft laten 'stuklopen' en waarin hij het gebruik van omstreden methoden heeft afgestraft, en aan zaken waarin de rechter zich in allerlei bochten heeft gewrongen om vergaande methoden toelaatbaar te achten,⁶⁴⁷ maar ook aan zaken waarin de rechter zijn vingers niet heeft willen branden aan een oordeel omtrent al dan niet onrechtmatige opsporing. De oorzaak van dit laatste wordt wel toegeschreven aan het feit dat het Openbaar Ministerie en de politie op grond van bepaalde belangen die de concrete strafzaak overstijgen, de rechter informatie onthouden waardoor deze erop heeft te vertrouwen dat het wel goed zit, of aan het feit dat de rechter in een concrete strafzaak geen zinnig gevolg heeft kunnen geven aan eventuele normschendingen.⁶⁴⁸ 'Hiermee is politiek gezien de reden gegeven om de organisatie van het toezicht op de hantering van opsporingsmethoden te vergroten. Als de zittingsrechter niet kan (of soms: redelijkerwijs wil) toezien, zal een andere instantie het moeten doen. Die andere instantie is er uiteraard wel – het OM – maar is in die taak tekortgeschoten.'⁶⁴⁹

Ook de Commissie Van Traa legt de verantwoordelijkheid voor het oplossen van deze problemen deels bij het Openbaar Ministerie, maar zij stelt bovendien dat de wetgever in de lange periode van bestrijding van georganiseerde criminaliteit zelf eerder en beter uitkomst had moeten bieden. 'Het gebruik van opsporingsmethoden is volgens het ministerie van Justitie primair een verantwoordelijkheid van het OM. Ook omdat het OM geen problemen signaleerde bij het gebruik van opsporingsmethoden deed het ministerie van Justitie niets. Opsporingsmethoden hebben lange tijd niet de aandacht van het ministerie gehad die zij wel hadden verdiend.'⁶⁵⁰

De niets ontziende strijd tegen de georganiseerde criminaliteit, de onduidelijke aard en omvang van die criminaliteit en de daardoor wankelende basis voor de beleidsvorming, het gebrek aan afstemming en samenwerking, en het gebrek aan normering van en controle op ingrijpende opsporingsmethoden hebben uiteindelijk geleid tot de crisissituatie waarin de opsporingspraktijk is komen te verkeren. De door de commissie vastgestelde crisis is drieledig en bestaat uit een normeringscrisis, een organisatiecrisis en een gezagscrisis.⁶⁵¹ Deze crises raken aan de functies van de officier van justitie en de rechter-commissaris en hebben gevolgen voor de verhouding tussen de procesdeelnemers uit

646 Zie hierover ook Willems 1998, p. 51.

647 Zie Durieux en Zaitch 1996, p. 136.

648 Zie Boek 1997, p. 531.

649 Zie Buruma 1996 (3), p. 13.

650 Commissie Van Traa 1996, p. 400; zie ook Bevers 1996, p. 105-106.

651 Zie Commissie Van Traa 1996, p. 419.

het vooronderzoek. De normeringscrisis hangt samen met het eerder geconstateerde gebrek aan een adequate normstelling voor het optreden van politie en justitie door de wetgever.⁶⁵² De organisatiecrisis ziet op het gebrek aan samenwerking en afstemming, op de diffuse bevoegdheidsverdeling en op de wanorde ten aanzien van de kwestie welke instantie waarvoor verantwoordelijk is en kan worden gehouden.⁶⁵³ De gezagscrisis ziet vooral op het ontbrekende gezag van het Openbaar Ministerie over de politie.⁶⁵⁴ De commissie stelt: 'De crisis in de opsporing gaat diep. Zij raakt de legitimiteit van de rechtshandhaving. Het gaat om ernstige problemen binnen een essentieel deel van de democratische rechtsstaat. De beginselen van de democratische rechtsstaat zijn geen boekenwijsheid maar vormen de grondslag voor een levende rechtsstaat die geen ongetoetst, beter nog ongecontroleerd domein in de rechtshandhaving en opsporing duldt. Een vrij politiebedrijf is ongepast.'⁶⁵⁵

7.2.10.2 Een normeringscrisis

De Commissie Van Traa staft de normeringscrisis met een uitgebreide beschrijving van de opsporingspraktijk en de vele buitenwettelijke opsporingsmethoden die in de loop der jaren in de strijd tegen de georganiseerde criminaliteit zijn ontwikkeld.⁶⁵⁶ Het komt er op neer dat de meeste ingrijpende opsporingsmethoden inderdaad geen basis hebben in het wetboek en dat voor zover een opsporingsmethode enige raakvlakken heeft met bevoegdheden die wel in de wet zijn geregeld, de wettelijke grenzen worden opgezocht en zelfs overschreden.⁶⁵⁷ De commissie is van mening dat de meeste buitenwettelijke opsporingsmethoden als inijkoperaties, het 'runnen' van informanten, politieke infiltratie, gecontroleerde aflevering, infiltratie door criminele burgers en doorlating om tal van redenen ofwel een wettelijke regeling behoeven, ofwel

652 Zie Commissie Van Traa 1996, p. 419-420.

653 Zie Commissie Van Traa 1996, p. 420.

654 Zie Commissie Van Traa 1996, p. 420: 'Het gezag van het OM over de politie [...] is weliswaar terug te voeren tot een expliciete wettelijke opdracht [...], maar is daarmee in de praktijk van de opsporing nog niet vanzelfsprekend.'

655 Commissie Van Traa 1996, p. 420. Corstens spreekt in dit verband van 'inbreken in de rechtsstaat', zie Corstens 1994 (1), p. 497-498.

656 De commissie hanteert als definitie van opsporingsmethoden '[h]et verzamelen, registreren en verwerken van gegevens en informatie door overheidsorganisaties met het doel te komen tot vervolging dan wel tot het voorkomen of beëindigen van crimineel handelen of criminele organisaties.' Zie Commissie Van Traa 1996, p. 12-13 en voor een overzicht Koekkoek 1996, p. 47-54.

657 Zie bijvoorbeeld Commissie Van Traa 1996, p. 173-174 (het scannen van mobiele telefoons ten einde de gebruiker te kunnen volgen is wel gebruikt om de telefoon ook af te luisteren, terwijl de rechter-commissaris daartoe geen machtiging had gegeven); p. 171 en 178 (het observeren wordt wel gezien als onderdeel van de algemene politietoekening, terwijl het langdurig observeren van een persoon in combinatie met andere opsporingsmethoden toch een zeer ingrijpende kwestie is).

juist niet langer mogen worden toegepast. Die redenen zijn gelegen in het feit dat de methoden een forse inbreuk maken op grondrechten, in de complexiteit van de methoden, in het gebrek aan effectiviteit en in het risico dat de methoden meebrengen voor de betrokken opsporingsambtenaar of voor het rechtsstatelijke gehalte van de opsporing, of in een combinatie van deze redenen.⁶⁵⁸ Voor de toepassing van opsporingsmethoden geldt daarenboven dat deze gepaard gaat met een gebrekkige verslaglegging, waardoor controle tijdens en achteraf nagenoeg onmogelijk wordt gemaakt. In de strijd tegen de georganiseerde criminaliteit vindt die toepassing door het ontbreken van heldere criteria bovendien min of meer werktuiglijk plaats,⁶⁵⁹ een afweging omtrent de proportionaliteit en subsidiariteit valt gemakkelijk uit ten voordele van de criminaliteitsbestrijding.⁶⁶⁰

Volgens de commissie kan het gebrek aan wettelijke normering niet worden verholpen door een toets aan deze beginselen. Zij krijgt veel bijval. 'Rechtsbeginselen als proportionaliteit en subsidiariteit leveren [...] wel criteria op voor toetsing van het optreden van politie en justitie binnen de grenzen van de ruimte die de wet verschaft (dus een extra toets bovenop de toets van de wettelijkheid), maar zij zijn geen criteria om de wet opzij te mogen zetten', aldus 't Hart.⁶⁶¹ Ook De Roos spreekt zich uit over de nietszeggende toets aan deze beginselen: 'Een begrip als 'proportionaliteit' is rekbaar. Wanneer je mikt op heel grote boeven is een 'onorthodox' middel in een crime fightersbenadering al gauw proportioneel. Een team, dat met de Hirsch Ballin-missie het veld in wordt gestuurd om de grote criminelen te pakken, daarvoor een geprivilegieerde positie krijgt en een eigen cultuur ontwikkelt, zal de neiging hebben een geheel eigen invulling aan de proportionaliteit te geven.'⁶⁶² Deze opvatting steekt af tegen het overheidsstandpunt dat een toets aan proportionaliteit en subsidiariteit zowel een inperkende werking heeft ten opzichte van de uitdijende opsporingspraktijk, als bewerkstelligt dat de criminaliteitsbestrijding gelijke tred kan houden met de verdere professionalisering van de georganiseerde misdaad.⁶⁶³ De crisis in de normering maakt duidelijk dat dit standpunt zich slecht laat verdedigen.

658 Zie Commissie Van Traa 1996, p. 230; p. 273-274.

659 Zie Commissie Van Traa 1996, p. 371: 'Inhoudelijke criteria voor de voorwaarden waaronder een methode mag worden gehanteerd, zijn schaars.'

660 Zie Commissie Van Traa 1996, p. 371: 'De commissie constateert dat deze beginselen dermate veelomvattend zijn dat slechts in buitengewone omstandigheden officieren van justitie tot het oordeel komen dat een methode niet proportioneel of niet subsidiair is. Althans uit de stukken over de afwegingen in zaken blijkt hiervan weinig.'

661 't Hart 1996, p. 105. Zie ook Willems 1998, p. 53.

662 De Roos 1994 (2), p. 439.

663 Vergelijk Justitiebegroting 1991, p. 3 ('Het op deze manier – namelijk als omgrenzing van overheidsoptreden – hanteren van het evenredigheidsbeginsel past in een rechtsstaat.') en Justitiebegroting 1993, p. 2 ('De veiligheid van de rechtsstaat vergt een krachtig functionerende en flexibele criminaliteitsbestrijding.')

7.2.10.3 Een organisatiecrisis

De organisatiecrisis – het tweede onderdeel van de crisis in de opsporing – ziet zowel op de organisatie van de politie als op die van het Openbaar Ministerie. Voor de politie geldt dat de problemen op dit vlak grotendeels het gevolg zijn van de reeds eerder aangehaalde onkunde en onwil om samen te werken.⁶⁶⁴ Een andere oorzaak is gelegen in de onoverzichtelijke beheers- en gezagsstructuren waaraan de politie is onderworpen. Ten dele ligt daar ook een probleem voor het Openbaar Ministerie, aangezien de wettelijke gezagsverhouding en beheersbevoegdheden ten opzichte van de politie niet stroken met de feitelijke verhoudingen in de strafrechtspraktijk.⁶⁶⁵ Daarnaast heeft het Openbaar Ministerie ook problemen binnen de eigen organisatie in de zin van onduidelijkheden in de hiërarchische opbouw, de bijzondere positie van de Procureurs-generaal ten opzichte van de minister van Justitie, en de moeizame afstemming over alle geledingen.⁶⁶⁶ De commissie schrijft de problemen – los van de scheefgegroeide verhoudingen met de politie en interne organisatieproblematiek – echter vooral toe aan enkele kenmerken die bepalend zijn voor de wijze waarop een officier van justitie functioneert, te weten de vergaande autonomie waarover deze beschikt, de afstandelijke houding bij de sturing en controle van opsporingsonderzoeken, en de te grote diversiteit aan taken, bevoegdheden en werkzaamheden.⁶⁶⁷ Deze kenmerken maken dat ongewis blijft welke instantie binnen het Openbaar Ministerie nu precies verantwoordelijk is voor keuzes die worden gemaakt bij de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit.

De vele betrokkenen in de verschillende geledingen van het Openbaar Ministerie en het feit dat elke betrokkene weer tegen zijn eigen beperkingen aanloopt, dragen evenmin bij aan enige duidelijkheid omtrent die verantwoordelijkheid.⁶⁶⁸ Uit het rapport van de Commissie Van Traa kan bovendien worden afgeleid dat die verantwoordelijkheid ook lang niet altijd wordt genomen, waar dat zeker wel mogelijk is: het gezag van het Openbaar Ministerie wordt in de bepaling van de te onderzoeken strafzaken niet te gelde gemaakt en men neemt genoeg met een rol op de achtergrond, er is maar weinig zicht op de feitelijke hantering van de methoden door de politie, en

664 Zie Commissie Van Traa 1996, p. 438: 'De kwaliteit van de opsporingsdiensten bij de politie laat vooralsnog te wensen over voor zover het betreft de organisatorische vormgeving, de onderlinge samenwerking en verstandhouding, het toezicht vanuit de politieleiding en de betrokkenheid van de verantwoordelijke gezagsdragers.'

665 Zie Commissie Van Traa 1996, p. 366.

666 Zie 't Hart 1994 (2).

667 Zie Commissie Van Traa 1996, p. 359/360. Zie over deze problemen het Plan van Aanpak van de Reorganisatie van het Openbaar Ministerie, *Kamerstukken II 1994/95*, 24 034, nr. 3.

668 Zie Commissie Van Traa 1996, p. 360-366.

bij de besluitvorming over of en hoe die opsporingsmethoden dienen te worden ingezet, treedt het Openbaar Ministerie vooral reactief op.⁶⁶⁹

De genoemde kenmerken laten elke individuele officier van justitie veel vrijheid om te bepalen welke houding deze aanneemt ten opzichte van de opsporing in een concrete strafzaak. De commissie constateert in het verlengde hiervan een spanning tussen de toetsende rol, waarbij de officier van justitie waakt over de rechtmatigheid van het onderzoek, en de leidinggevende rol, waarbij deze de politie stuurt in het onderzoek en afwegingen heeft te maken omtrent effectiviteit en opportuniteit. De toetsende rol vergt de nodige distantie ten opzichte van het politieonderzoek, terwijl de leidinggevende rol het gevaar in zich draagt dat de officier van justitie zich te zeer met het politieonderzoek vereenzelvigt; het evenwicht tussen een al te afstandelijke houding en een te grote betrokkenheid lijkt moeilijk te vinden.⁶⁷⁰ Ten aanzien van de leidinggevende rol wordt overigens de vraag opgeworpen of de officier van justitie wel daadwerkelijk de leiding heeft over het opsporingsonderzoek. In de verhoren door de commissie dringt zich hoe dan ook het beeld op van twee uitersten: de officier van justitie als *crimefighter* of als afstandelijke toetsers.⁶⁷¹

Dit beeld leidt onvermijdelijk tot de al verschillende keren eerder aangehaalde discussie over de vraag in hoeverre de officier van justitie is gehouden tot een magistratelijke taakopvatting en of een dergelijk opvatting in het gedrang mag komen door een beleidsbepalende en sturende rol in het vooronderzoek. Het wekt geen verbazing dat na het verschijnen van het onderzoek door de Commissie Van Traa de pleitbezorgers van een meer magistratelijke taakopvatting van de officier van justitie veel gehoor vinden.⁶⁷² Ook voor de sturing van de opsporing wordt een magistratelijke taakopvatting als kompas gezien waarop het Openbaar Ministerie in roerige tijden kan varen. 'De tijd van: wie niet stuurt, wordt gestuurd, is voorbij. Wanneer het OM aan zijn door het recht gestuurde opdracht trouw blijft, kan niemand om het OM heen. [...] Het OM mag zich noch door de politiek noch door de politie tot ongewenste druk op de rechter laten verleiden.'⁶⁷³

Het Openbaar Ministerie behoort de politie te sturen en beleid te voeren op grond van de eenvoudige reden dat een officier van justitie de volle verantwoordelijkheid draagt voor een strafzaak die uiteindelijk het onderzoek ter terechtzitting haalt.⁶⁷⁴ Die verantwoordelijkheid is dan niet beperkt tot het

669 Zie Commissie Van Traa 1996, p. 367-369.

670 Zie Commissie Van Traa 1996, p. 372-373.

671 Zie Rosenthal 1996, p. 85. Zie voor dit beeld naar aanleiding van de IRT-affaire Mols, De Roos en Spronken 1994, p. 802-803.

672 Zie Schalken 1996, p. 11; Stolwijk 1996, p. 77.

673 Schalken 1996, p. 11. Zo ook 't Hart 1996, p. 111.

674 Zie Naeyé en Schalken 1996, p. 202: 'De Commissie merkt terecht op dat de kwaliteit van de organisatie en de wijze waarop functionarissen hun bevoegdheden feitelijk uitoefenen, mede bepalend zijn voor de rechtmatigheid, de effectiviteit en het verantwoord zijn van de opsporing.'

voorbereidend onderzoek.⁶⁷⁵ Het feit dat het in het merendeel van de strafzaken niet komt tot een eindonderzoek, doet daar niets aan af. In het Plan van Aanpak voor reorganisatie van het Openbaar Ministerie wordt ook door de minister van Justitie gesteld dat het Openbaar Ministerie terug moet naar zijn strafrechtelijke kerntaak – leidinggeven aan opsporing, afdoen van strafzaken, tenuitvoerlegging van straffen – waarbij de noodzaak van beleidsvoering wordt gekoppeld aan een magistratelijke taakopvatting: 'De uit de kerntaak voortvloeiende noodzaak van een evenwichtige, rechtsstatelijke bevoegdheidsuitoefening en het feit dat het OM zijn strafrechtelijke interventies – meer dan voorheen – in een zeer gevarieerde omgeving pleegt, stellen zware eisen aan de prestaties van het OM. Het OM zal nu moeten voldoen aan stringente eisen van *samenhang, consistentie en kwaliteit*. Die moeten terug te vinden zijn in de wijze waarop het OM is georganiseerd en ook daadwerkelijk opereert.'⁶⁷⁶ 't Hart waarschuwt nog dat deze beleidsvoering iets anders is dan de bestuurlijke beleidsvoering van de overheid⁶⁷⁷ en dat het Openbaar Ministerie ervoor dient te waken dat het zich niet (wederom) laat meeslepen in de grote sturingsgedachte.⁶⁷⁸ De resterende vraag is dan in hoeverre het Openbaar Ministerie in de praktijk een magistratelijke taakopvatting, de verantwoordelijkheid voor de strafrechtelijke kerntaak, de beleidsvoering en de sturing van de politie daadwerkelijk weet te combineren.

7.2.10.4 Een gezagscrisis

Vooraf wat de sturing van de politie betreft, is het geen goede voorbode dat de Commissie Van Traa naast de organisatiecrisis ook een gezagscrisis vaststelt. Deze gezagscrisis houdt verband met het feit dat het Openbaar Ministerie niet in staat is gebleken de wettelijke gezagsverhouding om te zetten in effectieve leiding over de opsporing. Dit levert een tegenstelling op: de officier van justitie wordt enerzijds geacht gezag te hebben over de opsporing en het onderzoek te leiden, en een dergelijke leidinggevende rol kan als neveneffect hebben dat de officier van justitie te zeer betrokken raakt bij het opsporingsonderzoek en zijn magistratelijke taakopvatting verliest, terwijl anderzijds de Commissie Van Traa ook vaststelt dat de officier van justitie juist te weinig leiding geeft aan het opsporingsonderzoek. Deze tegenstelling legt evenwel de gezagscrisis in haar volle omvang bloot: de officier van justitie oefent te weinig gezag uit over de opsporing, de opsporingsambtenaren benutten de ruimte die daardoor ontstaat voor het opsporingsonderzoek, de officier van justitie laat na al te voortvarende opsporingshandelingen te corrigeren en gaat

⁶⁷⁵ Zie Stolwijk 1996, p. 83.

⁶⁷⁶ Plan van aanpak reorganisatie Openbaar Ministerie 1995, p. 3. Zie hierover Kelk en De Roos 1995 (2).

⁶⁷⁷ Zie 't Hart 1996, p. 107-108.

⁶⁷⁸ Zie 't Hart 1996, p. 109-110.

mee in de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit, waardoor hij uiteindelijk het risico loopt zijn kritische blik te verliezen. 'Er is weinig fantasie voor nodig om hier de conclusie te trekken dat dit met het 'hebben van leiding' over de opsporing weinig van doen heeft, of men moet al een erg extensieve omschrijving van het begrip leidinggeven hanteren.'⁶⁷⁹

Er zijn reeds verschillende aspecten van deze gezagscrisis aan de orde gesteld, waaronder het feit dat niet het Openbaar Ministerie feitelijk de selectie van opsporingsonderzoeken voor zijn rekening neemt, maar de politie, en dat het Openbaar Ministerie tekort is geschoten in de sturende en controlerende taak bij het gebruik van opsporingsmethoden.⁶⁸⁰ Een ander aspect is dat in het verlengde van de constatering dat de zittingsrechter maar al te vaak niet op de hoogte is of wordt gesteld over wat zich heeft afgespeeld in het opsporingsonderzoek, ook de officier van justitie de precieze kennis daaromtrent ontbeert.⁶⁸¹ De opsporingsambtenaren blijken meer dan eens het reilen en zeilen van het opsporingsonderzoek en de ware toedracht van de bevindingen voor de officier van justitie achter te houden, wat veel zegt over de mogelijkheid van controle op dat onderzoek. 'Het Openbaar Ministerie en de rechter moeten onvoorwaardelijk kunnen vertrouwen op de juistheid en de volledigheid van het politieke proces-verbaal. Zij hebben weliswaar ieder hun eigen verantwoordelijkheid ten aanzien van het proces-verbaal als grondslag voor de te nemen beslissingen, dus geen blind vertrouwen, maar de ambtseed en verbaliseringsplicht vormen wel de spil van de waarheidsvinding. Operationele autonomie en de afscherming van gegevens staan in ieder geval op gespannen voet met het belang van een effectieve rechterlijke controle op de rechtmatigheid en betrouwbaarheid van het bewijs in strafzaken.'⁶⁸² Dit is des te verontwaardigender nu ook is gebleken dat de politie in grote strafzaken niet heeft geschuwd informatie te bewerken of wit te wassen, en ongewenste onderzoeksresultaten weg te moffelen of opsporingshandelingen doelbewust te onttrekken aan de controle door het Openbaar Ministerie.⁶⁸³

De indruk wordt gewekt dat al tijdens het onderzoek door de Commissie Van Traa het Openbaar Ministerie bezig is het gezag over de opsporing te herstellen en de aansturing van de opsporingsmethoden met nieuw elan tracht te herpakken.⁶⁸⁴ Deze verwachting wordt onder meer gestaafd aan de hand van de verbeterde gezagsverhouding en beheerstructuren die zouden voortvloeien uit de nieuwe Politiewet 1993. Hoewel de positie van het Openbaar Ministerie ten opzichte van de politie op papier is versterkt, wordt betwijfeld of deze Politiewet kan bewerkstelligen dat het Openbaar Ministerie in de

679 Elzinga 1996, p. 207.

680 Zie Commissie Van Traa 1996, p. 384 en 438. Zie ook Franken 1994 (1), p. 19-20; Schalken 1994 (2), p. 995; Reijntjes 1997, p. 227-288.

681 Zie ook Mols, De Roos en Spronken 1994, p. 802.

682 Naeyé 1995, p. 24.

683 Zie bijvoorbeeld Naeyé 1995, p. 25 en 37.

684 Zie Naeyé 1995, p. 46 en Justitiebegroting 1995, p. 30-32.

strafrechtspraktijk het feitelijke gezag over de politiewerkzaamheden naar zich toe kan trekken en voor een meer effectieve sturing kan zorgen.⁶⁸⁵ De Commissie Van Traa geeft in haar conclusies aan dat deze doorwerking in de praktijk ook sterk afhankelijk is van een meer ondergeschikte opstelling van de politie, en het is juist de vraag of zij zich daartoe zal zetten.⁶⁸⁶

7.2.10.5 *De rol van de rechter-commissaris*

In het kader van de gezagscrisis wordt in het rapport van de Commissie Van Traa naast het tekortschieten van het gezag van het Openbaar Ministerie ten aanzien van de opsporing, ook de rol van de rechter-commissaris bij de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit aan de orde gesteld. De commissie geeft aan dat deze rol feitelijk beperkt is: 'Aan het overgrote deel van de strafzaken komt geen rechter-commissaris te pas.'⁶⁸⁷ Diens controlerende rol is zoals bekend goeddeels ingebed in het gerechtelijk vooronderzoek, terwijl de inzet van opsporingsmethoden doorgaans voorafgaat aan of plaatsvindt buiten dat kader. Wanneer de officier van justitie in een laat stadium van het opsporingsonderzoek toch besluit de rechter-commissaris bij de zaak te betrekken, heeft de officier van justitie de mogelijkheid om diens onderzoek te beperken tot een klein deel van het feitencomplex.⁶⁸⁸ Een grote belemmering voor een uitgebreide controle van het voorafgegaane opsporingsonderzoek, is dat de officier van justitie de rechter-commissaris lang niet altijd op de hoogte stelt van de toegepaste opsporingsmethoden, waardoor de meeste van hen een controle van de opsporing niet tot hun takenpakket rekenen.⁶⁸⁹

Dit doet zich ook voor bij de parallelle opsporing: 'De rechters-commissarissen zijn nauwelijks op de hoogte hoe tijdens de parallelle opsporing het opsporingsonderzoek vorm krijgt. Zij weten alleen dat wat van belang is voor het gebruik van dwangmiddelen door rechters-commissarissen.'⁶⁹⁰ De rechter-commissaris is alleen op de hoogte van de wijze waarop opsporingsmethoden in een strafzaak worden toegepast, als hij zelf toestemming heeft te geven. De controlefunctie van de rechter-commissaris wordt slechts verwezenlijkt bij de telefoontap of bepaalde vormen van observatie. Het ligt voor de hand dat de controle door de rechter-commissaris niet veel behelst. 'De controle

685 Zie Schalken 1994 (1), p. 335 e.v.; Naeyé 1995, p. 45-46; Cachet en Van Sluis 1997, p. 101; Elzinga 1998. Ongeacht deze nieuwe regeling doet de commissie in haar rapport de nodige aanbevelingen ter verbetering van de samenwerking en afstemming tussen de verschillende politiediensten en bijzondere opsporingsdiensten. Zie hierover Fasseur 1995 en 1996.

686 Zie Commissie Van Traa 1996, p. 421: 'Herstel van de verhoudingen vraagt kracht van het bevoegd gezag en de bereidheid van de politie zich in ondergeschiktheid te voegen.' Schalken en Lind 1995, p. 456.

687 Zie Commissie Van Traa 1996, p. 385.

688 Zie Commissie Van Traa 1996, p. 386; Knigge 1996, p. 204.

689 Zie Commissie Van Traa 1996, p. 387; De Roos en Mols 1996, p. 209-210.

690 Commissie Van Traa 1996, p. 389.

van de rechter-commissaris heeft merendeels nagenoeg automatisch plaats. De verlening van telefoontaps op vordering van de officier zal zelden op tegenwerking van een rechter-commissaris stuiten.⁶⁹¹

De commissie stelt dat de rechter-commissaris weinig te maken heeft met de controle op de ingrijpende opsporingsmethoden die in haar rapport centraal staan. Er is bijvoorbeeld getracht enig tegenwicht te bieden tegen de ondoorzichtigheid van de opsporing onder leiding van de officier van justitie, door per arrondissement een zogenoemd coördinerend rechter-commissaris in te stellen die is belast met het houden van overzicht over de werkzaamheden, maar deze functie heeft echter nog niet het gebrek aan controlemogelijkheden kunnen verhelpen. De functie wordt bovendien per arrondissement anders ingevuld, variërend van een aparte onderzoeksrechter voor grote strafzaken tot een rechter-commissaris die zich beperkt tot de bevordering van de onderlinge coördinatie.⁶⁹² Voor de controlefunctie van de rechter-commissaris in het algemeen geldt dat de invulling tot op zekere hoogte afhankelijk is van de eigen opstelling. 'De wijze waarop de rechter-commissaris zijn toetsende rol vervult, varieert. Vaak beperkt de rechter-commissaris zich tot een geïsoleerde beoordeling van het hem gevraagde dwangmiddel. Slechts een enkele rechter-commissaris stelt zich minder terughoudend op.'⁶⁹³ Een belangrijke beperking is gelegen in het feit dat de officier van justitie niet geneigd is het vereiste inzicht te verschaffen in het lopende opsporingsonderzoek. Die beperking werkt door op de mogelijkheid van een effectieve toets op dwangmiddelen als de telefoontap. 'Een beoordeling van proportionaliteit en subsidiariteit is [...] niet goed mogelijk als de rechter-commissaris geen weet heeft van de andere opsporingsmethoden die in het onderzoek worden toegepast en de resultaten die daarvan mogen worden verwacht.'⁶⁹⁴ Dit gebrek aan openheid van de kant van het Openbaar Ministerie heeft het vertrouwen van de rechter-commissaris in het proces-verbaal doen afnemen en de roep om een meer magistratelijke opstelling van de officier van justitie luider doen klinken. De conclusie ten aanzien van de controlefunctie van de rechter-commissaris en de mogelijkheid gezag uit te oefenen over het opsporingsonderzoek, is helder: 'De rechters-commissarissen zijn zo mogelijk nog slechter toegerust voor een goede taakuitoefening dan het openbaar ministerie.'⁶⁹⁵

691 Commissie Van Traa 1996, p. 388.

692 Commissie Van Traa 1996, p. 387. Ondanks de onduidelijke rol van de 'CRC' wordt wel bepleit diens taak uit te breiden met een proactieve toetsingstaak (een 'behoorlijkheidstoets') in een vroeg stadium van de opsporing. Zie Gelderman 1995, p. 223 en ook Kelk en De Roos 1995 (2), p. 1176.

693 Commissie Van Traa 1996, p. 389. Zo ook De Roos en Mols 1996, p. 210; Harteveld 1996, p. 382.

694 Commissie Van Traa 1996, p. 389.

695 Commissie Van Traa 1996, p. 448.

7.2.10.6 De aanbevelingen van de Commissie Van Traa

Het is onvermijdelijk dat de bevindingen van de Commissie Van Traa leiden tot een aantal aanbevelingen op het terrein van de bestrijding van georganiseerde criminaliteit en de bijzondere opsporingsmethoden, met als doel het gebrek aan normering van die opsporingsmethoden, het gebrek aan een systematische en organisatorisch verantwoorde aanpak van die bestrijding en het gebrek aan een effectief gezag over de opsporing, te herstellen.⁶⁹⁶ De aanbevelingen laten zich vatten in een aantal heldere uitgangspunten: de opsporing van strafbare feiten vindt plaats door middel van wettelijke bevoegdheden, de gehanteerde opsporingsmethoden dienen te worden vastgelegd in de wet, een opsporingsmethode vergt al naar gelang de zwaarte van de inbreuk een hogere autoriteit die toestemming heeft te verlenen, elke opsporingsmethode vergt objectieve toetsingscriteria, de inzet van opsporingsmethoden dient te worden verantwoord door middel van openbaarheid, en de opsporing geschiedt onder gezag van het Openbaar Ministerie.⁶⁹⁷

Het valt op dat de Commissie Van Traa bij het uitgangspunt dat een hogere autoriteit toestemming heeft te verlenen naarmate een opsporingsmethode een zwaardere inbreuk maakt, veelal lijkt in te zetten op de rechter-commissaris.⁶⁹⁸ Dit komt terug bij het uitgangspunt van de objectieve toetsingscriteria, al blijkt slechts tussen de regels door dat het de rechter-commissaris is die wordt gezien als de aangewezen toetsingsinstantie. 'Inbreuken op grondrechten vergen een rechterlijke toetsing vooraf door de rechter-commissaris. In enkele gevallen is de inbreuk op de privacy zo gering dat kan worden volstaan met een toets door de officier van justitie. Bij methoden die of zeer ingrijpend zijn of een groot risico voor de overheid [...] met zich brengen, dient ook het college van procureurs-generaal toestemming te verlenen.'⁶⁹⁹ Bij de bespreking van de normeringsvoorstellen wordt de rechter-commissaris wederom opgevoerd als de autoriteit die een meer omvattende en actieve controlefunctie bij de inzet van ingrijpende opsporingsmethoden voor zijn rekening heeft te nemen.⁷⁰⁰ De commissie stelt dat deze bredere inzet van de rechter-commissaris in elk geval een getalsmatige versterking van het rechter-commissariaat vereist, maar dat daarnaast ook een meer doortastende taakinvulling door de rechters-commissarissen zelf nodig is, alsmede een herpositionering van hen ten opzichte van het Openbaar Ministerie en de politie als het gaat om informatie over het onderzoek en over toegepaste opsporingsmethoden. 'De rechter-commissaris dient geen verlengstuk van de officier van justitie te

696 Zie hierover Meijers 1996 (2), p. 65: 'De commissie onderkent daarbij dat het om een complexe crisis gaat die zich niet voor eenvoudige oplossingen leent.' Zie ook Schuyt 1996, p. 721.

697 Zie Commissie Van Traa 1996, p. 451-459 en p. 476-479. Zie ook Koekkoek 1996.

698 Zie Commissie Van Traa 1996, p. 452; zie ook Buruma 1996 (3), p. 17.

699 Commissie Van Traa 1996, p. 458; zie ook Buruma 1996 (3), p. 16; Koekkoek 1996, p. 55-56.

700 Zie Commissie Van Traa 1996, p. 477.

worden. Hij toetst het gebruik van voorgestelde opsporingsmethoden. Hij motiveert zijn beslissingen. Binnen het gerechtelijk vooronderzoek dient hij overzicht te houden over alle opsporingshandelingen, ook in de zogenaamde parallelle trajecten. Nieuwe wetgeving zal de rechter moeten brengen tot een actievare toets van de rechtmatigheid van gebruikte opsporingsmethoden.⁷⁰¹

Het voornemen om de rechter-commissaris een strengere controlefunctie in handen te leggen ten aanzien van het optreden van de officier van justitie bij de opsporing, kan rekenen op de nodige instemming.⁷⁰² Er worden niettemin genoeg kanttekeningen bij deze opgewaardeerde rol geplaatst. Zo wordt het niet nagelaten te benadrukken dat het voor een grotere bemoeienis van de rechter-commissaris met de inzet van opsporingsmethoden strikt noodzakelijk is dat deze uit zijn 'achterstandspositie' wordt gehaald. 'Dit betekent dat hij voor langere tijd dan de gebruikelijke twee à drie jaren moet worden aangesteld, dat hij niet dadelijk aan het begin van zijn carrière in het diepe van het rechter-commissariaat moet worden gegooid, dat hij specifieke deskundigheid moet opbouwen en dat hij de tijd moet krijgen naast de vervulling van zijn taak bij de bewaring zijn taak als instruerend rechter goed te kunnen uitvoeren. Zo lang aan die voorwaarden niet is voldaan, is inschakeling van de rechter-commissaris, of dit nu beperkt blijft tot de fase van de opsporing of ook uitgebreid wordt tot de fase van de vroegsporing, te veel een cosmetische operatie.'⁷⁰³ Een andere kanttekening wordt geplaatst in het kader van de eerder genoemde, daadwerkelijke versterking van de informatiepositie van de rechter-commissaris: zonder beter te zijn ingelicht verandert er voor hem niets aan de mogelijkheid om zijn controlerende functie naar behoren te vervullen, en daarbij kan worden betwijfeld of die verbeterde informatiepositie in de strafrechtspraktijk is te verwezenlijken.⁷⁰⁴ Het probleem dat samenhangt met de situatie dat de rechter-commissaris in een concrete strafzaak wél tot in de puntjes wordt geïnformeerd, is het gevaar dat een te grote betrokkenheid bij de opsporing ten koste gaat van de onafhankelijkheid.⁷⁰⁵ Dit gevaar wordt het grootst geacht indien men de rechter-commissaris een rol zou toebedelen bij geheime opsporingstrajecten waarin uiteindelijk nooit volledige openheid kan worden betracht in verband met zwaarwegende opsporingsbelangen en waarin controle plaatsvindt zonder dat duidelijk wordt wat die controle

701 Commissie Van Traa 1996, p. 477.

702 Zie bijvoorbeeld Lensing 1994, p. 1026; Vellinga-Schootstra in Verslag vergadering NJV 1994, p. 24; Corstens 1995 (1); Buruma 1996 (3); Buruma en Muller 1997, p. 530.

703 Corstens 1995 (2), p. 4. Zie ook Buruma 1996 (2), p. 551.

704 Zie Corstens 1995 (2), p. 4; Verslag vergadering NJV 1994, p. 24.

705 Zie Schalken 1994 (2), p. 994: 'De rechter is niet alleen onpartijdig omdat dit in wet of verdrag staat, maar ook omdat hij – door zijn positie in de procedure en de wijze waarop hij daarin wordt betrokken – zijn onpartijdigheid in kritische onbevangenheid moet kunnen uitoefenen. Wanneer de rechter geen kritische distantie houdt ten opzichte van het politiewerk, kruipt hij op den duur in de huid van de politie.'

heeft ingehouden.⁷⁰⁶ Anderzijds wordt weer verdedigd dat de rechter-commissaris in dergelijke situaties juist de autoriteit bij uitstek zou zijn om de controle aan toe te vertrouwen, als deze zich later ook zelf maar heeft te verantwoorden, bijvoorbeeld ten overstaan van de zittingsrechter.⁷⁰⁷

Een volgende kanttekening die kan worden geplaatst bij een meer intensieve rechterlijke bemoeienis met het vooronderzoek, is dat het zwaartepunt van de strafrechtelijke procedure nog verder van het onderzoek ter terechtzitting afdrijft. Het ligt voor de hand dat de zittingsrechter niet snel geneigd zal zijn de controle op het opsporingsonderzoek door de rechter-commissaris over te doen, en dat deze zich zal conformeren aan diens beslissingen. 'Dat zou in elk geval de bedoeling van een zware toetsing vooraf moeten zijn, want wat is anders de zin ervan? Echter de gebondenheid van de bewijsrechter aan de waardering van de onderzoeksrechter is in strijd met ons systeem, waarin de vonnisrechter uiteindelijk bepaalt wat hij als rechtmatig bewijs aan zijn vonnis ten grondslag wil leggen.'⁷⁰⁸ Dit bezwaar kan worden ondervangen door aan te geven dat het de zittingsrechter nog altijd vrij staat de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek te controleren als de noodzaak daartoe zich aandient.⁷⁰⁹

Het argument dat het vooronderzoek veel meer dan het onderzoek ter terechtzitting het aangewezen stadium van het strafproces is om de rechtmatigheid van opsporingshandelingen te controleren en waar nodig te repareren of te sanctioneren, of dat het geen probleem is dat het zwaartepunt van het onderzoek vóór de terechtzitting ligt, als er maar voldoende rechtswaarborgen voor de verdachte zijn, worden ook aangevoerd om dit bezwaar teniet te doen.⁷¹⁰ In aansluiting op de gedachte dat een bedrijvige rechter-commissaris in het vooronderzoek ten koste zou kunnen gaan van een actieve rechterlijke controle op het onderzoek ter terechtzitting, worden ook wel bedenkingen uitgesproken over wat die meer omvattende positie van de rechter-commissaris heeft te betekenen voor het gezag van het Openbaar Ministerie over de opsporing. De redenering is dat het Openbaar Ministerie dat gezag heeft verspeeld – 'te veel met andere zaken bezig, te veel crime fighting, te weinig sturing van de politie, te weinig juridische kwaliteit in huis' – en dat de controle in handen dient te worden gelegd van de rechter-commissaris, terwijl men zich ook zou kunnen afvragen of het Openbaar Ministerie niet de mogelijkheid

706 Zie Corstens 1995 (2), p. 4; Leijten 1996, p. 96; Buruma 1996 (3), p. 17.

707 Zie Buruma 1996 (3), p. 18: 'De taak van de RC is er in deze opvatting uitsluitend om kennis te nemen van geheime trajecten. Dat kan m.i. door het scheppen van een apart 'onderzoeksdossier', niet zijnde het zittingsdossier, waarin de opsporingsmethoden en -handelingen staan beschreven.'

708 Schalken 1994 (2), p. 995.

709 Zie Buruma 1996 (3), p. 22.

710 Zie Corstens 1995 (1), p. 112. Zo ook Buruma 1996 (2), p. 551: 'De controle die de zittingsrechter achteraf uitoefent op het politie-optreden is onmisbaar, maar op dit moment onvoldoende ondersteund door toetsingsmomenten in een eerdere fase.'

dient te krijgen om zijn eigen gezag te herstellen.⁷¹¹ De uitholling van de positie van de officier van justitie in het vooronderzoek en ten opzichte van het eindonderzoek, waarvan in dit kader wordt gesproken, zou een ongewenst neveneffect zijn.⁷¹² Een laatste kanttekening bij de meer prominente aanwezigheid van de rechter-commissaris als toetsinstantie, is dat daarmee nog niet is gegarandeerd dat die toets effectief is. De voorgestelde criteria zijn dezelfde als die van de officier van justitie – ‘proportionaliteit, subsidiariteit, controleerbaarheid, het doel en het effect van de methode en de aanvaardbaarheid van de risico’s’⁷¹³ – zodat de controlefunctie van de rechter-commissaris het gevaar loopt niet meer te behelzen dan een louter formele toets.⁷¹⁴

In het bovenstaande worden de bevindingen en aanbevelingen van de Commissie Van Traa stap voor stap naar de vraag geleid hoe de bevoegdheidsverdeling tussen de officier van justitie en de rechter-commissaris in het vooronderzoek vorm heeft te krijgen. De kanttekeningen bij een intensievere bemoeienis van de rechter-commissaris met het opsporingsonderzoek maken duidelijk dat die bemoeienis misschien wenselijk is, maar dat aan de verwezenlijking daarvan de nodige haken en ogen zitten. Soortgelijke kanttekeningen zijn reeds geconstateerd ten aanzien van de door de Commissie Moons geuite wens om het gerechtelijk vooronderzoek te behouden en het merendeel van de bevoegdheden van de rechter-commissaris in dat kader te laten voortbestaan. Voor de voorstanders van een zichtbare aanwezigheid van de rechter-commissaris in het vooronderzoek lijkt daarmee het tij te keren dat aan het einde van de jaren tachtig de positie van de rechter-commissaris dreigde af te brokkelen. De vele kanttekeningen laten echter wel de onzekerheid bestaan of wettelijke regelingen met deze wensen in het achterhoofd het effectief functioneren van de rechter-commissaris en zijn gerechtelijk vooronderzoek kunnen garanderen, vooral nu de situatie waarin de rechter-commissaris en zijn onderzoekskader verkeren niet beduidend anders is dan de situatie op het moment dat het functioneren ter discussie is komen te staan. De vraag naar de bevoegdheidsverdeling tussen de rechter-commissaris en de officier van justitie ligt zonder meer voor de hand nu het eindrapport van de Commissie Van Traa onvermijdelijk leidt tot wetgeving op het gebied van het opsporingsonderzoek,⁷¹⁵ terwijl de herziening van het gerechtelijk vooronderzoek naar aanleiding van het rapport van de Commissie Moons reeds in gang is

711 Zie Schalken 1996, p. 9-10. Zie ook Van Traa 1996, p. 78: ‘Daar is ook veel voor te zeggen, gezien de rol van de officier als magistraat en de terughoudendheid die veel rechters-commissarissen, blijkens ons onderzoek, aan de dag hebben gelegd. Maar wanneer er sprake is van inbreuk op grondrechten volgt hieruit dan niet bijkans automatisch dat een rechter ook vooraf een dergelijke inbreuk moet toetsen?’

712 Zie Meijers 1996 (1), p. 220.

713 Koekkoek 1996, p. 57.

714 Zie Schalken 1994 (2), p. 995; Meijers 1996 (1), p. 220; De Smet 1997, p. 13-14.

715 Zie Buruma 1996 (3), p. 7.

gezet.⁷¹⁶ De beide grootschalige wetwijzigingen zorgen ervoor dat op de drempel van de 21^{ste} eeuw de regeling van het vooronderzoek op de schop gaat.

7.2.11 Naar een nieuwe regeling van het vooronderzoek in strafzaken

Het ligt voor de hand de regelgeving op het terrein van de bijzondere opsporingsbevoegdheden en het gerechtelijk vooronderzoek in onderlinge samenhang te bespreken, daar in de eerstgenoemde wetwijziging wat betreft de bevoegdheidsverdeling tussen rechter-commissaris en officier van justitie ten dele aansluiting wordt gezocht bij de voorstellen tot herziening van het gerechtelijk vooronderzoek. Het is daarnaast interessant te bezien tot op welke hoogte de wetgever meegaat in de bevindingen en aanbevelingen van zowel de Commissie Van Traa als de Commissie Moons, aangezien in beide eindrapporten aanbevelingen worden gedaan die van betekenis zijn voor de functie van de rechter-commissaris in verhouding tot de functies van andere procesdeelnemers.⁷¹⁷ Tot slot kan het in het bestek van dit tijdvak een ontwikkeling op zich worden genoemd dat hoewel beide commissieonderzoeken lijken aan te sturen op een opwaardering dan wel herbevestiging van de rechter-commissaris of diens gerechtelijk vooronderzoek in de voorfase van het strafproces, de uiteindelijke wetgeving eenzelfde trend volgt als die voor de functie van de rechter-commissaris in de loop van de jaren tachtig is waar te nemen. Uiteindelijk wordt in de plannen van de wetgever de functie van de rechter-commissaris in het vooronderzoek enkel verder teruggedrongen.⁷¹⁸

7.2.11.1 De Wet herziening gerechtelijk vooronderzoek

Het voorstel tot herziening van het gerechtelijk vooronderzoek is grotendeels in lijn met het voorstel van de Commissie Moons.⁷¹⁹ Minister van Justitie Hirsch Ballin wijkt echter op drie punten af van de commissievoorstellen. De meest opvallende afwijking is het ontbreken van de mini-instructie. Deze mogelijkheid voor de verdediging om zich al in het vooronderzoek tot de rechter-commissaris te wenden voor aanvullend onderzoek wordt op praktische en principiële gronden van de hand gewezen. Naast bijvoorbeeld het bezwaar dat de mini-instructie zich zou lenen voor misbruik, stelt de minister dat de rechter-commissaris bij gebrek aan een formele inbeschuldigingstelling van de kant van het Openbaar Ministerie niet zou weten wat hij heeft te onderzoe-

716 Zie *Kamerstukken II 1992/93*, 23 251, nrs. 1-3.

717 Zie *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 65.

718 De minister geeft aan dat de beide wetsvoorstellen kunnen worden gezien als een uitvloeisel van dezelfde rechtsontwikkeling. Zie *Kamerstukken II 1996/97*, 23 251, nr. 16, p. 5-6.

719 Zie *Kamerstukken II 1992/93*, 23 251, nr. 3, p. 2.

ken, waardoor het gevaar ontstaat dat de rechter-commissaris met zijn onderzoek dat van de officier van justitie doorkruist.⁷²⁰ Een meer principiële grond tegen invoering van de mini-instructie vindt de minister in de stelling dat de rechter-commissaris feitelijk niet in dit onderzoeksbelang van de verdediging hoeft te voorzien; de officier van justitie houdt in zijn eigen opsporingsonderzoek oog voor de belangen van de verdachte en zal een eventueel verzoek van de verdediging tot opening van een gerechtelijk vooronderzoek, mits dat met redenen is omkleed, inwilligen. 'Een onredelijke weigering van de officier van justitie om aan een dergelijk verzoek te voldoen kan later tijdens het onderzoek ter terechtzitting ter toetsing komen voor zover ten minste de verdediging stelt dat de verdachte ten gevolge van deze weigering geen eerlijk proces heeft gehad.'⁷²¹ Een andere principiële grond is dat het voor de verdediging met de mini-instructie mogelijk wordt de officier van justitie zonder voorafgaand verzoek de leiding over een deel van het vooronderzoek te ontnemen en neer te leggen bij de rechter-commissaris. 'Deze bevoegdheid doet afbreuk aan de positie van de officier van justitie als dominus litis en past dientengevolge niet ons strafvorderlijk stelsel.'⁷²² De argumenten dat de mini-instructie ten goede komt aan het contradictoire karakter van het onderzoek en de onafhankelijkheid van de rechter-commissaris bevestigt, kunnen de minister evenmin overtuigen. 'Ik heb niet de indruk dat er getwijfeld wordt aan de onafhankelijkheid van de rechter-commissaris of dat er in de praktijk behoefte bestaat aan een meer contradictoir vooronderzoek. Samenvattend ben ik van oordeel dat de argumenten voor de mini-instructie nogal theoretisch en dogmatisch van aard zijn en bovendien berusten op een wel zeer extensieve interpretatie van artikel 6 EVRM.'⁷²³

De tweede afwijking betreft de voorzieningen die volgens de Commissie Moons de rechter-commissaris beter in staat zouden stellen de parallelle opsporing te controleren en die de verdachte bij het verhoor door de politie in dat parallelle traject een vergelijkbare rechtspositie zouden verschaffen als bij het verhoor in het gerechtelijk vooronderzoek. Weliswaar wordt voor de officier van justitie in het wetsontwerp de verplichting opgenomen de rechter-commissaris op de hoogte te stellen van de verrichtingen in het parallelle traject, maar dan wel met de speelruimte dat dit dient te geschieden 'zo spoedig mogelijk als het belang van het onderzoek dit toelaat'.⁷²⁴ De bepaling dat de verdachte zich in het parallelle politieverhoor mag laten bijstaan door zijn raadsman, wordt niet overgenomen. De minister acht het voor de opsporingsambtenaar iets te veel gevraagd om telkens wanneer hij een verdachte ondervraagt na te gaan of misschien een gerechtelijk vooronderzoek tegen

720 Zie *Kamerstukken II 1992/93*, 23 251, nr. 3, p. 7.

721 *Kamerstukken II 1992/93*, 23 251, nr. 3, p. 8.

722 *Kamerstukken II 1993/94*, 23 251, nr. 6, p. 5.

723 *Kamerstukken II 1993/94*, 23 251, nr. 6, p. 6.

724 Zie *Kamerstukken II 1992/93*, 23 251, nr. 3, p. 9.

deze loopt en te bedenken op welke wijze hij heeft te handelen.⁷²⁵ De gelijk-schakeling van de positie van de verdediging bij de parallelle opsporing aan die positie bij het gerechtelijk vooronderzoek zou ook voor de officier van justitie met zich brengen dat onduidelijk is vanaf welk moment hij weer zelfstandig onderzoek kan doen en niet langer verplicht is de rechter-commissaris daarin te betrekken. Dat moment zou volgens de minister pas echt kunnen worden vastgesteld na beëindiging van het vooronderzoek, oftewel op het onderzoek ter terechtzitting. Het zou zijns inziens niet goed mogelijk zijn voor de rechter-commissaris om te bepalen of de officier van justitie tijdens de verschillende fasen van het vooronderzoek bepaalde verdedigingsrechten in acht heeft te nemen. 'De toetsing door de rechter achteraf aan de hand van ongeschreven beginselen van een behoorlijke procesvoering acht ik met het oog op de bescherming van de verdachte toereikend.'⁷²⁶

Een laatste onderdeel waarbij wordt afgeweken van de commissievoorstellen en de rol van de rechter-commissaris wordt beperkt ten opzichte van de bevoegdheden van de officier van justitie, betreft de spoeddoorzoeking in woningen of in kantoren van geheimhouders. De gewone doorzoekbevoegdheden voor deze plaatsen blijven gekoppeld aan het gerechtelijk vooronderzoek, maar in de commissievoorstellen wordt daarnaast de mogelijkheid van een spoeddoorzoeking gehandhaafd voor de situatie waarin de tussenkomst van de rechter-commissaris niet kan worden afgewacht. In plaats van de verplichting voor de officier van justitie om achteraf alsnog een gerechtelijk vooronderzoek te openen, heeft de commissie een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris als vereiste gesteld. De minister acht deze regeling echter problematisch voor de gevallen waarin de spoed zodanig is dat ook die machtiging niet kan worden afgewacht. De oplossing wordt gevonden met een constructie dat de rechter-commissaris bij gebrek aan een 'machtiging vooraf' binnen drie dagen na afloop van de spoeddoorzoeking alsnog een machtiging kan verlenen. 'Het voorafgaand verlof kan dus onder bepaalde voorwaarden worden vervangen door een machtiging achteraf. Weigert de rechter-commissaris die machtiging, dan dient de officier van justitie zorg te dragen dat de gevolgen van de doorzoeking zoveel mogelijk ongedaan worden gemaakt.'⁷²⁷ Met de ervaring in het achterhoofd dat politie en officier van

725 Zie Eindverslag vaste Commissie voor Justitie, *Kamerstukken II 1993/94*, 23 251, nr. 7, p. 4: 'De politie behoort er toch van de op de hoogte te zijn of er in een bepaalde zaak een gerechtelijk vooronderzoek is ingesteld. Politie en openbaar ministerie dienen zich toch telkens af te vragen of het niet in het belang van het gerechtelijk vooronderzoek is dat de rechter-commissaris de verdachte of getuige verhoort.'

726 *Kamerstukken II 1992/93*, 23 251, nr. 3, p. 10.

727 *Kamerstukken II 1992/93*, 23 251, nr. 3, p. 24. Zie in deze lijn ook het pleidooi van de rechters-commissarissen Smolders en Noordam (1991, p. 411). Zie evenwel Machielse 1992, p. 414: 'Zolang het praktisch niet mogelijk is voor iedere huiszoeking op zijn minst machtiging van de rechter-commissaris te krijgen lijkt mij inschakeling van de rechter-commissaris achteraf weinig zinvol. Mijn optie zou dan zijn om die verplichte inschakeling maar achterwege te laten en de betwisting van de huiszoeking ter terechtzitting te laten onderzoeken.'

justitie geneigd zijn de formaliteiten van de tot dan toe geldende regeling van de spoedhuiszoeking ten eigen nutte aan te wenden, kan worden betwijfeld of een uitzondering als deze wel zou moeten worden gecreëerd.⁷²⁸ Het is in dit verband opmerkelijk dat minister Hirsch Ballin aangeeft dat sommige methoden in de tijd voorafgaand aan het wetsontwerp in het kader van een doelmatige opsporing te extensief zijn uitgelegd en hebben geleid tot oneigenlijk gebruik, terwijl met het onderhavige voorstel voor de spoeddoorzoeking niet is gegeven dat dit zal uitblijven. Toch verwacht de minister dat de herijking van bevoegdheden en het afschaffen van formaliteiten het oneigenlijk gebruik zullen tegengaan, aangezien in het wetsvoorstel de in de praktijk uitgeholde rechtswaarborgen worden opgevangen door het toekennen van een centrale rol aan de rechter-commissaris bij de uitoefening van die bevoegdheden en door de mogelijkheid van de zittingsrechter het optreden van politie en Openbaar Ministerie te toetsen.⁷²⁹ Het is evenwel de vraag – zeker gezien de punten waarop het wetsvoorstel afwijkt van de Commissie Moons – of de rechter-commissaris wel die centrale rol speelt en of de zittingsrechter de ingeperkte controlemogelijkheden uit het vooronderzoek kan compenseren.

Minister van Justitie Sorgdrager neemt als opvolger van Hirsch Ballin de verdere behandeling van de Wet Herziening gerechtelijk vooronderzoek voor haar rekening. Zij schrijft aan de Tweede Kamer dat het haar opvalt dat de voorstellen van Commissie Moons maar ten dele in het wetsvoorstel zijn overgenomen en dat vooral de voorstellen ter verbetering van de rechtsbescherming zijn geschrapt. 'Het resultaat is een onevenwichtig wetsvoorstel. Ik stel daarom voor een aantal afgewezen voorstellen [...] alsnog in het wetsvoorstel op te nemen, n.l. de mini-instructie op verzoek van de verdachte en de preventieve toets door de rechter-commissaris bij de spoedhuiszoeking.'⁷³⁰ In een Nota van wijziging onderbouwt de minister van Justitie het voorstel om de mini-instructie wel op te nemen in het wetsontwerp met dezelfde argumenten die door haar voorganger niet steekhoudend zijn bevonden: 'De mini-instructie op verzoek van de verdachte draagt er voorts toe bij dat het contradictoire karakter van het voorbereidend onderzoek wordt vergroot en de onafhankelijke positie van de rechter-commissaris wordt versterkt.'⁷³¹ Het praktische bezwaar van het gebrek aan een formele inbeschuldigingstelling en aan houvast

ken.' Zie voor kritiek op de toetsing achteraf ook De Roos en Mols 1996, p. 210: 'Wij kunnen ons niet aan de indruk onttrekken dat een toestemming achteraf [...] vooral wordt gegeven op grond van de omstandigheid dat hetgeen waar toestemming voor is vereist al is gebeurd en het zonde zou zijn om nu de zaak nog stuk te laten gaan. Het oprekken van grenzen wordt mede veroorzaakt door degenen die uiteindelijk de beslissing moeten nemen voor het blok te zetten.'

728 Zie over het gebruik van de bepalingen van de spoedhuiszoeking in de praktijk waarbij de bemoeienis van de rechter-commissaris wordt omzeild bijvoorbeeld Smolders en Noordam 1991, p. 407 en 408.

729 Zie *Kamerstukken II 1993/94*, 23 251, nr. 6, p. 2 en 3.

730 *Kamerstukken II 1994/95*, 23 251, nr. 8, p. 1. Zie hierover Kelk en De Roos 1995 (1).

731 *Kamerstukken II 1994/95*, 23 251, nr. 9, p. 6.

voor de rechter-commissaris wordt van de hand gewezen door te stellen dat het de verdachte is die feiten en omstandigheden heeft aan te dragen waaruit zou blijken dat hij onderwerp is van onderzoek en die dient te omschrijven welke handelingen de rechter-commissaris ten behoeve van de verdediging heeft uit te voeren. 'De rechter-commissaris behoeft dus zeker niet in het luchtledige te zwemmen.'⁷³² Het principiële bezwaar dat de leiding over het vooronderzoek weer deels bij de rechter-commissaris komt te liggen, wordt gekeerd met de opmerking dat het nog altijd de officier van justitie is die beslist over de vervolging van de verdachte. De stelling dat de officier van justitie ook waakt over de belangen van de verdediging en dat een mini-instructie om die reden niet hoeft te worden ingevoerd, wordt tussen de regels door van de nodige overtuigingskracht ontdaan. De minister geeft namelijk aan dat zij voornemens is het Openbaar Ministerie te reorganiseren, opdat de officier van justitie in de toekomst beter in staat zal zijn het politieoptreden te controleren.⁷³³ 'Niettemin acht ik het van belang dat de verdachte tegen wie een vervolging wordt overwogen, de bevoegdheid krijgt zich tot de rechter-commissaris te wenden.'⁷³⁴ De 'machtiging achteraf' bij de spoeddoorzoeking wordt teruggedraaid vanuit de gedachte dat de rechtsbescherming beter is gediend wanneer de rechter-commissaris vooraf daarbij wordt betrokken.⁷³⁵ 'De voorgestelde preventieve machtiging van de rechter-commissaris garandeert dat de bijzondere positie van de woning ook in geval van grote spoed wordt beschermd. De woning mag pas tegen de wil van de bewoner worden doorzocht als een onafhankelijke rechter hiervoor toestemming heeft gegeven.'⁷³⁶ Tot slot wordt ten aanzien van het parallelle opsporingsonderzoek de ruimte die de officier van justitie in het oorspronkelijke wetsontwerp in het vooruitzicht is gesteld om als het onderzoeksbelang dat rechtvaardigt de rechter-commissaris niet direct op de hoogte te stellen van zijn verrichtingen, weer ingeperkt door de betreffende zinsnede te schrappen.⁷³⁷ Eén van de weinige afwijkingen ten opzichte van de voorstellen van de Commissie Moons die minister Sorgdrager wel overneemt, is het achterwege laten van een bepaling dat de verdediging in het parallelle opsporingsonderzoek eenzelfde rechtspositie zou toekomen als in het gerechtelijk vooronderzoek.⁷³⁸

7.2.11.2 De Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden

Er wordt gewacht met de verdere behandeling van de herzieningsvoorstellen totdat het rapport van de Commissie Van Traa verschijnt en het duidelijk is

732 *Kamerstukken II 1994/95, 23 251, nr. 9, p. 9.*

733 Zie over deze reorganisatie bijvoorbeeld Schalken 1995 (1) en (2); Schalken en Lind 1995.

734 *Kamerstukken II 1994/95, 23 251, nr. 8, p. 2.*

735 *Kamerstukken II 1994/95, 23 251, nr. 9, p. 8.*

736 *Kamerstukken II 1994/95, 23 251, nr. 13, p. 12.*

737 *Kamerstukken II 1994/95, 23 251, nr. 8, p. 3.*

738 *Kamerstukken II 1994/95, 23 251, nr. 13, p. 5.*

hoe haar voorstellen worden vertaald in een wetsontwerp.⁷³⁹ De commissie onderschrijft in haar rapport in elk geval de voorstellen met betrekking tot de herziening van het gerechtelijk vooronderzoek en zij doet geen voorstellen die leiden tot tegenstrijdigheden.⁷⁴⁰ De twee ontwerpen zouden elkaar alleen raken bij het regelen van de bevoegdheid tot afluisteren van de telecommunicatie en om die reden wordt dit onderdeel losgekoppeld van de herzieningsvoorstellen en overgeheveld naar de regeling van de bijzondere opsporingsbevoegdheden. Dit ligt voor de hand daar het eerstgenoemde wetsontwerp geen voorziening treft voor een eventuele toepassing van bevoegdheden in de proactieve sfeer en men dit wel mogelijk wenst te maken bij telefoontap.⁷⁴¹ Aangezien de telefoontap veel meer een opsporingsbevoegdheid is dan een dwangmiddel en van nut is als deze heimelijk wordt toegepast, past de tap ook beter in de regeling van de bijzondere opsporingsbevoegdheden.⁷⁴² Voor het overige sluiten de wetsontwerpen goed op elkaar aan, wat wordt toegeschreven aan het feit dat zij beide onderwerp zijn van een ontwikkeling waarin opsporingsbevoegdheden steeds meer buiten het gerechtelijk vooronderzoek worden geplaatst en enkel het onderzoek dat alleen door een rechter kan worden verricht binnen dat kader plaatsvindt. 'Het gerechtelijk vooronderzoek evolueert door beide wetsontwerpen van een alomvattend onderzoekskader naar een in beginsel beperkt onderzoekskader, waarin enkele onderzoekshandelingen zijn geplaatst die de persoonlijke bemoeienis (en niet slechts een machtiging) van de rechter-commissaris vragen.'⁷⁴³

In de aanloop naar het wetsontwerp voor de bijzondere opsporingsbevoegdheden blijkt al snel dat het kabinet niet van zins is alle aanbevelingen van de Commissie Van Traa onverkort over te nemen. Het gezag over deze bevoegdheden wordt neergelegd bij de officier van justitie als leider van het opsporingsonderzoek en daaraan wordt de consequentie verbonden dat deze in de meeste gevallen de rechtmatige toepassing van die bevoegdheden heeft te waarborgen. Men kiest ervoor om niet bij elke opsporingsbevoegdheid die een inbreuk op een grondrecht oplevert, een rol toe te bedelen aan de rechter-commissaris, zoals dat de commissie wel voor ogen heeft gestaan. Een rechterlijke toets wordt alleen ingepast als de inbreuk zeer groot is.⁷⁴⁴ 'Uitgangspunt is nl. dat het OM verantwoordelijk is voor de rechtmatigheid van het gebruik van bijzondere opsporingsmethoden. Dat het OM in het verleden tekort gescho-

739 Zie Honig 1997, p. 69.

740 Zie *Kamerstukken II 1996/97*, 23 251, nr. 15, p. 1.

741 Zie *Kamerstukken II 1993/94*, 23 251, nr. 6, p. 17; *Kamerstukken II 1994/95*, 23 251, nr. 13, p. 9 en *Kamerstukken II 1995/96*, 24 072, nr. 26, p. 9.

742 Zie *Kamerstukken II 1996/97*, 23 251, nr. 17, p. 2.

743 *Kamerstukken II 1996/97*, 23 251, nr. 16, p. 5/6.

744 Zie ook *Kamerstukken II 1995/96*, 24 072, nr. 46, p. 7: 'M.b.t. de intensiteit van de rol van de rechter-commissaris maakt het kabinet een voorbehoud: alleen indien een inbreuk op de grondrechten van burgers fundamenteel is, acht het kabinet een toets vooraf door de rechter-commissaris wenselijk.'

ten is bij het nemen van deze verantwoordelijkheid is geen reden nu een hogere autoriteit in deze verantwoordelijkheid te laten delen. Opsporing behoort ook in de toekomst het domein van het OM te zijn.⁷⁴⁵ De controle op de inzet van meer ingrijpende en risicovolle opsporingsmethoden als langdurige infiltratie komt niet voor rekening van de rechter-commissaris; er worden belangrijke waarborgen gevonden in een toets langs de hiërarchische structuren van het Openbaar Ministerie, waarbij het College van Procureurs-generaal geldt als hoogste controle-instantie.⁷⁴⁶ Tot slot wordt de keuze voor een beperkte controlefunctie van de rechter-commissaris verdedigd door te wijzen op de rechtmatigheidstoets die zich voor alle opsporingsbevoegdheden aandient met de controle door de zittingsrechter.⁷⁴⁷ De controlefunctie van de rechter-commissaris dreigt daarmee naar de achtergrond te raken. 'Het kabinet ziet weliswaar voor de rechter-commissaris uitbreiding van taken, maar ziet zijn rol minder geprononceerd dan de Commissie. Slechts indien de inzet van bijzondere opsporingsmethoden gepaard gaat met een fundamentele inbreuk op grondrechten, is een toets vooraf door de rechter-commissaris aangewezen. De rechter-commissaris moet afstand houden tot de opsporing.'⁷⁴⁸ De Commissie Van Traa laat in een reactie naar aanleiding van alle discussies over haar rapport in de Tweede Kamer nog een laatste keer blijken van de wens om de rechter-commissaris een meer omvangrijke rol te geven dan uit de kabinetsstandpunten volgt. 'Het moderne strafproces vraagt een belangrijker taak voor de rechter-commissaris, zeker ook gezien de praktische ervaringen van de commissie tijdens de enquête.'⁷⁴⁹ Het wetsontwerp voor de bijzondere opsporingsbevoegdheden dient zich evenwel snel aan en daarin is maar weinig plaats ingeruimd voor een uitgesproken controlefunctie voor de rechter-commissaris.

De Wet BOB brengt voor de regeling van de strafvordering op meer punten uitkomst. In de memorie van toelichting wordt in de eerste plaats antwoord gegeven op een aantal principiële vragen die bij de beschrijving van de juridische ontwikkelingen uit het onderhavige tijdvak naar voren zijn gekomen. Zo wordt een nieuw opsporingsbegrip in de wet opgenomen dat een einde

745 *Kamerstukken II 1995/96, 24 072, nr. 26, p. 7* en zie ook p. 16: 'Het kabinet is het eens met de [...] Commissie dat het OM het gezag over de opsporing moet blijven behouden. Met haar is het kabinet van mening dat het OM in potentie beschikt over de middelen en kennis om deze taak te kunnen uitvoeren.' Zie in deze zin ook Naeyé en Schalken 1996, p. 204.

746 Frissen betwijfelt of het hardnekkig vasthouden aan hiërarchische structuren binnen het Openbaar Ministerie kan leiden tot het herwinnen van de gezagspositie. Zie Frissen 1998.

747 *Kamerstukken II 1995/96, 24 072, nr. 26, p. 8*: 'Deze rechtmatigheidstoetsing dient vóóraf plaats te vinden door de behandelend officier van justitie en achteraf door de rechter. Voor zeer ingrijpende opsporingsmiddelen kan, zoals gezegd, bovendien een toetsing vooraf door de rechter-commissaris worden verlangd, op vordering van de OvJ.'

748 *Kamerstukken II 1995/96, 24 072, nr. 46, p. 27*. Zie hierover Mul en Schalken 1997, p. 906: 'Het is niet helemaal helder op grond van welke criteria de rechter-commissaris al dan niet wordt ingeschakeld.'

749 *Kamerstukken II 1995/96, 24 072, nr. 83, p. 4*. Zie enigszins bezorgd Buruma 1996 (3), p. 22.

maakt aan de discussie over welke handelingen nu zijn aan te merken als 'opsporing' en onder het bereik van het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel vallen. 'Onder het opsporingsonderzoek wordt verstaan het onderzoek onder leiding van de officier van justitie naar aanleiding van een redelijk vermoeden dat een strafbaar feit is begaan of dat in georganiseerd verband misdrijven worden beraamd of gepleegd, als omschreven in artikel 67, eerste lid, die gezien hun aard of samenhang met andere misdrijven die in dat georganiseerd verband worden beraamd of gepleegd een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren, met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen.'⁷⁵⁰ Hieruit volgt dat de opsporing zich ook kan uitstrekken tot feiten die nog niet zijn gepleegd. 'Het onderzoek moet echter wel op strafrechtelijke afdoening zijn gericht, met als meest nabije doel het openbaar ministerie in staat te stellen een beslissing over de vervolging te nemen.'⁷⁵¹ In het oorspronkelijke wetsontwerp had de wetgever nog de waarheidsvinding opgenomen als doel van de opsporing. In de consultatieronde van het wetsontwerp werd dit echter te onbepaald en te beperkt bevonden, 'omdat het opsporingsonderzoek ook gericht kan zijn op bijvoorbeeld het achterhalen van voorwerpen die aan het verkeer moeten worden onttrokken of om het wederrechtelijk verkregen vermogen vast te stellen.'⁷⁵² De term 'strafvorderlijke beslissingen' krijgt de voorkeur, ondanks de kritiek dat deze term maar een weinig specifieke betekenis heeft.⁷⁵³

In het verlengde van het definiëren van de opsporing wordt in de tweede plaats ook antwoord gegeven op de vraag welke opsporingshandelingen een uitdrukkelijke wettelijke basis behoeven en welke handelingen mogen berusten op een algemene taakstelling in de Politiewet of het Wetboek van Strafvordering. Het criterium voor het neerleggen van opsporingsbevoegdheden in de wet is gelegen in de vraag 'of een opsporingsbevoegdheid inbreuk maakt op een door de Grondwet, het [EVRM] of het [IVBPR] beschermd grondrecht. Als dat zo is, stellen de Grondwet en deze verdragen eisen aan de wijze van normering van deze bevoegdheden. Bij de voorgestelde opsporingsbevoegdheden is in het bijzonder aan de orde het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer.'⁷⁵⁴ Hoewel het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer minder concreet is dan bijvoorbeeld de bescherming van het

750 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 6.

751 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 6.

752 Zie *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 56.

753 Zie Naeyé 1997, p. 877: 'Het strafproces kan zeker worden gezien als een informatieverwerkend beslissingssysteem. De bedoeling ligt echter niet in het nemen van beslissingen, maar in het verwerken van het materiële strafrecht.'

754 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 9. Stolwijk mist een 'consequent concept' over de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de Memorie van Toelichting: 'Er is een mogelijkheid onbenut gebleven om nu eens de balans op te maken en uiteen te zetten welke waarde aan dit recht in het licht van de voorgestelde bevoegdheden moet worden toegekend.' Zie Stolwijk 1997, p. 871.

huisrecht, het briefgeheim of de lichamelijke integriteit, levert dit grondrecht als uitgangspunt voor de vraag of een bevoegdheid een uitdrukkelijke wettelijke regeling behoeft, ook weer niet al te veel problemen op.⁷⁵⁵ Zo is de persoonlijke levenssfeer in het geding wanneer op stelselmatige wijze informatie over een persoon wordt verzameld en er volledig beeld kan worden verkregen van bepaalde aspecten van diens leven.⁷⁵⁶ De opsporingshandelingen die geen al te zware inbreuk maken op de persoonlijke levenssfeer mogen in dat geval berusten op die algemene taakstelling.⁷⁵⁷ Deze ruimte wordt onmisbaar geacht, omdat enerzijds opsporingshandelingen zijn die een kleinere bedreiging vormen voor de grondrechten en anderzijds zich niet laten omschrijven zonder dat de wetgever vervalt in 'nietszeggende algemeenheden'.⁷⁵⁸ Het behoud van deze ruimte kan worden ingebracht tegen de kritiek dat de wetgever zijn hand zou overspelen door werkelijk alle werkzaamheden in het opsporingsonderzoek te willen regelen en zo de slagvaardigheid daaraan te ontnemen.⁷⁵⁹

In de derde plaats worden in het wetsvoorstel enkele onderwerpen behandeld die al langere tijd aan de orde van de dag zijn ten gevolge van ontwikkelingen in de strafrechtspraktijk, maar waarover de wetgever nog niet eerder zo duidelijk zijn visie heeft uiteengezet. In de memorie van toelichting wordt als één van de belangrijkste doelen van het wetsontwerp genoemd het vergroten van de controle op de hantering van de diverse opsporingsmethoden.⁷⁶⁰ De oorzaak van het ontsporen van opsporingspraktijk wordt in navolging van de Commissie Van Traa voornamelijk gezocht in het tekortschieten van de gezagsuitoefening door de officier van justitie en de maatregelen die in het wetsontwerp worden genomen zijn er mede op gericht dit gezag te herstellen. De oplossing wordt gevonden in het nieuwe, ruimere opsporingsbegrip, waardoor de proactieve fase onder de opsporing onder leiding van de officier van justitie is gebracht.⁷⁶¹ In het wetsvoorstel wordt ook de verbaliseringsplicht voor opsporingsambtenaren aangescherpt. Van alle bevindingen en handelingen tijdens het opsporingsonderzoek – ook die tijdens de proactieve

755 Zie Van Asbeck en Jongeneel-Van Amerongen 1998, p. 9. Zie anders Groenhuijsen 1997 (1), p. 852: 'Het overzicht van in dit voorstel geregelde opsporingsmethoden toont aan dat het criterium van de aantasting van de grondrechten minder scherp is dan het op het eerste gezicht lijkt.' Zie over een meer omvattende betekenis van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in art. 8 EVRM Stolwijk 1997, p. 861-862.

756 Zie Van Asbeck en Jongeneel-Van Amerongen 1998, p. 10-11.

757 Zie Buruma & Vegter 1998, p. 38-39; Buruma 1996 (3), p. 8: 'Mijns inziens is het niet fraai dat aldus bevoegdheden aan taakstellende of organieke bepalingen worden ontleend, maar het lijkt niet in strijd te zijn met de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.' Zie voor een afwijzend standpunt Prakken 1995 (1), p. 833.

758 Zie Reijntjes 1997, p. 215.

759 Zie bijvoorbeeld Meijers 1996 (1), p. 215 en 220.

760 Zie *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 14-15.

761 Zie hierover Naeyé 1997, p. 878: 'De zinsnede 'onder leiding van de officier van justitie' in art. 132a leidt tot de conclusie dat er geen opsporingsonderzoek mogelijk is zonder diens leiding. Dit kan niet de bedoeling zijn.'

opsporing – dient proces-verbaal te worden opgemaakt. ‘Alleen als naar het oordeel van deze ambtenaren hetgeen door hen is verricht of bevonden redelijkerwijs niet van belang kan zijn voor enige door de rechter in het eindonderzoek te nemen beslissing, kan, als de officier van justitie dit oordeel deelt, van het opmaken van proces-verbaal worden afgezien. Voorwaarde is wel dat dan verslaglegging van deze onderzoekshandelingen plaatsvindt, zodat uiteindelijk ook over dit onderzoek verantwoording kan worden afgelegd.’⁷⁶² Deze aangescherpte verbaliseringsplicht bevordert ook de controlemogelijkheden voor de zittingsrechter.⁷⁶³ Voor het gezag van de officier van justitie is voorts van belang dat de opsporingsbevoegdheden alleen mogen worden toegepast nadat hij daartoe een bevel heeft gegeven. De toets van het College van Procureurs-generaal bij de meer complexe en risicovolle bevoegdheden zorgt er ook voor dat het gezag over de opsporing bij het Openbaar Ministerie blijft.⁷⁶⁴ De beperkte bemoeienis van de rechter-commissaris versterkt de controle tijdens de opsporing, maar laat het gezag van de officier van justitie intact.⁷⁶⁵

Naast de problematiek van de controle op de opsporing is ook de bevoegdheidsverdeling tussen de procesdeelnemers in het vooronderzoek een onderwerp waarover de wetgever met dit wetsvoorstel uitsluitend geeft. Het uitgangspunt is dat de bevoegdheden worden toebedeeld aan de functionaris die is belast met de feitelijk uitvoering daarvan. Dit zou echter meebrengen dat veel opsporingsbevoegdheden worden neergelegd bij de politieambtenaren en dat is gezien de ingrijpendheid van die bevoegdheden onaanvaardbaar. ‘Daarom is ervoor gekozen de officier van justitie als bevoegde autoriteit aan te wijzen. Hiermee wordt tevens de centrale positie van de officier van justitie in het

762 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 14.

763 Zie ook *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 17: ‘Een belangrijk uitgangspunt van het wetsvoorstel is dat in beginsel alle gebruikte opsporingsbevoegdheden in het openbaar moeten kunnen worden verantwoord. Daarom moet het openbaar ministerie [...] mededeling doen van alle in de zaak gebruikte opsporingsbevoegdheden en moeten de processen-verbaal van de opsporingsambtenaren een waarheidsgetrouw en volledig beeld geven van wat ter opsporing in een concrete zaak is verricht.’ Mevis stelt dat de controle door de zittingsrechter op de rechtmatigheid van het overheidsoptreden impliceert dat de zittingsrechter onderzoekt: ‘En dat onderzoeken heeft dan weer de dubbele betekenis van: door de strafrechter zelf onderzocht (hij is niet lijdelijk) en door hem op het onderzoek ter terechtzitting ter discussie gesteld.’ In zijn kritiek op het wetsvoorstel, geeft hij echter aan: ‘Onduidelijk blijft of de wetgever zich een actievere opstelling voorstelt. [...] Over de opstelling van de rechter laat de wetgever zich helaas niet uit.’ Zie Mevis 1997, resp. p. 921 en 922. Zie ook Frielink en Wortel 1995, p. 138 die de zittingsrechter de aangewezen instantie vinden om toetsingsnormen te ontwikkelen.

764 Zie *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 99.

765 Zie *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 15. Zie in vergelijking met de beslispunten van de Commissie Van Traa *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 103 en 104: ‘Inbreuken op grondrechten vergen een rechterlijke toetsing vooraf door de rechter-commissaris. In enkele gevallen is de inbreuk op de privacy zo gering dat kan worden volstaan met een toets door de officier van justitie.’ Buruma denkt dat indien de rechter-commissaris een rol van gewicht zou spelen, de officier van justitie juist beter in staat zou zijn de politie te controleren. Zie Buruma 1998, p. 25. Zie ook Scheffers en De Vries 1997, p. 728.

opsporingsonderzoek benadrukt. Hij zal in het concrete geval de afweging tussen de burgerrechten enerzijds en het opsporingsbelang anderzijds moeten maken.⁷⁶⁶ Deze bevoegdheidsverdeling hangt nauw samen met hetgeen reeds is gezegd bij het gezag over de opsporing: de officier van justitie controleert de verrichte opsporingshandelingen van de politieambtenaren. Een dergelijke constructie is echter niet vrij van principiële bezwaren, aangezien deze de situatie in het leven roept dat de ene ambtelijke instantie de andere controleert. Het enkele feit dat de officier van justitie volledige verantwoording is verschuldigd over het politietoetreden bij de zittingsrechter, kan dat bezwaar niet geheel ondervangen. 'De vraag – Quis custodiet ipsos custodes? – (wie instrueert en bewaakt de bewakers) roept een veel scherpere beantwoording op.'⁷⁶⁷ De vraag dringt zich op of niet reeds in het vooronderzoek meer en andersoortige bevoegdheden dienen te worden gecreëerd die een effectieve controle op de opsporing beter waarborgen. In dat geval komt men al snel uit bij de rechter-commissaris.

Volgens de memorie van toelichting wordt de rechter-commissaris niet meer dan nodig bij de opsporingsbevoegdheden betrokken, oftewel krijgt deze minder bevoegdheden toebedeeld dan hem zijn toegedacht in het rapport van de Commissie Van Traa.⁷⁶⁸ In het ontwerp heeft de rechter-commissaris vooraf toestemming te verlenen voor het afluisteren van telecommunicatie en het direct afluisteren. Er is overigens nog wel een rol voor de rechter-commissaris weggelegd bij de samenstelling van het procesdossier voor zover de officier van justitie het voornemen heeft bepaalde stukken niet daarin op te nemen. Het is dan aan de rechter-commissaris om te bepalen of die informatie relevant is voor het oordeel van de zittingsrechter en in het licht van een eerlijk proces, en om die redenen toch in het dossier dient te worden gevoegd.⁷⁶⁹ In het wetsvoorstel krijgt de rechter-commissaris daarnaast de mogelijkheid bij het opmaken van een proces-verbaal bepaalde informatie achter te houden. Deze regeling is bedoeld voor het geval waarin opheldering wordt gevraagd over de inzet van opsporingsbevoegdheden, maar de officier van justitie zich niet kan vinden in het onverkort openbaar maken van gevoelige informatie. 'De rechter-commissaris moet dan hetzij eigener beweging hetzij op verzoek van de rechtbank [...] daarnaar onderzoek kunnen doen. Indien hij het oordeel

766 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 51. Zie hierover Mul en Schalken 1997, p. 895-902.

In dit kader stelt Wladimiroff de vraag of naarmate de rol van het openbaar ministerie wordt verbeterd, niet ook de rol van zijn functionele tegenspeler, de raadsman, dient te worden versterkt. Zie Wladimiroff 1998, p. 83.

767 Elzinga 1996, p. 212. Mul en Schalken vragen zich af of de officier van justitie zich met de nieuwe Wet op de Rechterlijke Organisatie niet minder gelegen zal laten liggen aan de oriëntatie op de rechter. Zie Mul en Schalken 1997, p. 905-905. Zie Schalken 1997, p. 985-988.

768 Zie *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 54. Volgens Boek gaat het wetsvoorstel ten aanzien van de beperkte bevoegdheden voor de rechter-commissaris 'te ver'. Zie Boek 1997, p. 535.

769 Zie *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 60.

van het openbaar ministerie dat de gegevens voor de verdediging afgeschermd moeten blijven, deelt, doet hij, daarmee rekening houdend, op aangepaste wijze verslag van zijn bevindingen. Die aangepaste wijze houdt in dat de rechter-commissaris o.a. bepaalde vragen kan beletten, dan wel het antwoord niet in het proces-verbaal doet opnemen. Hij kan voorts een rechtstreekse confrontatie tussen de verdachte en de getuige beletten.⁷⁷⁰ In de Memorie van Toelichting wordt benadrukt dat deze maatregelen niet tot doel hebben de rechter-commissaris de rechtmatigheid van de opsporing al tijdens het vooronderzoek te laten controleren. 'De zittingsrechter toetst de rechtmatigheid van de opsporing; ten behoeve van die toets kan hij evenwel feitenonderzoek aan de rechter-commissaris opdragen.'⁷⁷¹

Een laatste onderwerp dat al langere tijd aan ontwikkelingen uit de strafrechtspraktijk onderhevig is en dat met beide wetsvoorstellen over het vooronderzoek in strafzaken door de minister van Justitie wordt afgehandeld, is dat van de parallelle opsporing. Bij de voorstellen tot herziening van het gerechtelijk vooronderzoek is reeds aan de orde gekomen dat parallelle opsporing zonder meer is toegestaan, maar dat in dat geval voor de officier van justitie een plicht bestaat inlichtingen te verschaffen aan de rechter-commissaris. 'Het ligt voor de hand dat van de processen-verbaal een kopie wordt gemaakt, en dat deze aan de rechter-commissaris worden gezonden. Op de officier van justitie blijft immers de verplichting rusten, de processen-verbaal bij de processtukken te voegen.'⁷⁷² Het is de vraag of deze verplichting voor de officier van justitie ook een verkapte controlemogelijkheid voor de rechter-commissaris op de volledigheid van het dossier en de rechtmatigheid van de opsporing kan inhouden. De bepaling is echter bedoeld om de rechter-commissaris zelf een beter gefundeerde beslissing te laten nemen bij de handelingen die hij verricht op verzoek van de officier van justitie in het kader van het gerechtelijk vooronderzoek en om te controleren of de waarborgen van zijn onderzoek niet worden ontweken in het parallelle traject. De minister wijst voorts op de bevoegdheid die de rechter-commissaris reeds heeft om opsporingsambtenaren op te dragen om 'nasporing' te doen en de bevoegdheid die hij krijgt met de introductie van de mini-instructie. De rechter-commissaris kan daarmee het

770 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 19. Zie kritisch hierover Prakken 1995 (2); Naeyé en Schalken 1996, p. 205; De Roos en Mols 1996, p. 211.

771 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 60. In de memorie van toelichting wordt eveneens aangegeven dat op dit punt het wetsvoorstel afwijkt van de beslispunten van de Commissie Van Traa, aangezien het wetsvoorstel uitdrukkelijk niet inhoudt dat relevante informatie uit het procesdossier kan worden gehouden. Zie *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 105/106. Zie ook Willems 1998, p. 60: 'Ik onderschrijf de voorkeur van het ontwerp en meen dat de RC zo weinig mogelijk bij de opsporing zou moeten worden betrokken, zulks mede omdat [...] de werkzaamheden en bevindingen van de RC ter terechtzitting in toenemende mate ter discussie worden gesteld.' Zie ook Mevis 1997, p. 932-935.

772 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 65/66. Zie over de gang van zaken tijdens het parallelle opsporingsonderzoek en de beperkte informatie van de rechter-commissaris Honig 1997, p. 71-72.

gezag over bepaalde onderzoekshandelingen – ook de bijzondere opsporingsbevoegdheden uit het onderhavige wetsvoorstel – naar zich toetrekken, maar de minister haast zich te zeggen dat dit niet kan zonder tussenkomst van de officier van justitie. 'Het is evenwel niet aannemelijk dat de rechter-commissaris dikwijls van deze bevoegdheid gebruik zal maken. De afweging of deze bevoegdheden moeten worden toegepast is niet voor niets, ook in het geval er tevens een gerechtelijk vooronderzoek loopt, aan de officier van justitie toevertrouwd.'⁷⁷³ Zelfs in het onwaarschijnlijke geval dat de verdediging om de toepassing van dergelijke bevoegdheden vraagt, wordt de tussenkomst van rechter-commissaris overbodig geacht; ook de officier van justitie zal gewoonlijk bereid zijn aan het verzoek van de verdediging tegemoet te komen.

Het moge duidelijk zijn dat in de memorie van toelichting de onderlinge verhouding tussen de functies van de officier van justitie en de rechter-commissaris wordt uitgelegd in het voordeel van de eerstgenoemde. De officier van justitie wordt gezien als de onbetwiste leider van het opsporingsonderzoek, het opsporingsonderzoek is van grotere waarde voor het strafproces dan het gerechtelijk vooronderzoek, de bevoegdheden van de rechter-commissaris zijn hoofdzakelijk geconcentreerd in dat gerechtelijk vooronderzoek en diens controlefunctie ten opzichte van het opsporingsonderzoek is veel minder groot uitgevallen dan lange tijd de bedoeling heeft geleken. Deze ontwikkeling stuit aanvankelijk op de nodige weerstand waar het de uitgeklede functie van de rechter-commissaris betreft.⁷⁷⁴ De vraag wordt opgeworpen of voldoende recht wordt gedaan aan de bevindingen van de Commissie Van Traa en of de kaarten met de Wet BOB anders zijn komen te liggen dan bij de Wet Herziening Gerechtelijk Vooronderzoek het geval is geweest.⁷⁷⁵ De gezamenlijke behandeling van de wetsvoorstellen laat in eerste instantie zien dat de teruggedrongen positie van de rechter-commissaris bezwaren oproept, maar ook dat deze ontwikkeling uiteindelijk wordt aanvaard uit vrees voor een te grote betrokkenheid van de rechter-commissaris bij de opsporing en het verlies van diens onafhankelijkheid.⁷⁷⁶ De amendementen die tot doel hebben de rol van de rechter-commissaris te vergroten halen in het merendeel van de gevallen niet de eindstreep.⁷⁷⁷

De herziening van het gerechtelijk vooronderzoek en de invoering van de bijzondere opsporingsbevoegdheden worden kort na elkaar aangenomen en de datum voor inwerkingtreding van beide wetten wordt gesteld op 1

773 Zie *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 66.

774 Zie *Kamerstukken II 1997/98*, 25 403, nr. 6, p. 14-20.

775 Zie *Kamerstukken II 1997/98*, 25 403, nr. 6, respectievelijk p. 19-20 en p. 21.

776 Zie bijvoorbeeld *Handelingen II 1998/99*, 25 403, nr. 23, p. 1467/1468 (over de vraag waarom de rechter-commissaris niet is ingezet bij de regeling van infiltratie); 1475 (over het gebrek aan controle door de rechter-commissaris in het geval er geen gerechtelijk vooronderzoek is geopend) en *Handelingen II 1998/99*, 25 403, nr. 24, p. 1542.

777 Zie voor amendementen bijvoorbeeld *Kamerstukken II 1997/98*, 25 403, nr. 13, 21 en 26. Alleen het laatste amendement wordt aangenomen, zie *Handelingen II 1998/99*, p. 2145.

februari 2000.⁷⁷⁸ De functies van de procesdeelnemers in het vooronderzoek en de onderlinge rolverdeling zijn bovendien in navolging van de praktijk ook in de wettelijke regeling verschoven.

7.3 DE FUNCTIES VAN DE PROCESDEELNEMERS EN HUN ONDERLINGE ROLVERDELING

De bespreking van de veranderde functies van de procesdeelnemers en de verschuivingen in de onderlinge verhoudingen in de jaren tachtig en negentig is ten opzichte van de andere tijdvakken bijzonder, omdat in dit vierde tijdvak nu eens alle functies onmiskenbaar aan verandering onderhevig zijn. Voor de functies van de rechter-commissaris en de officier van justitie geldt dat de veranderingen veelomvattend en ingrijpend zijn en uiteindelijk ook worden vastgelegd in het wetboek. De verdediging ondervindt het nadeel van het feit dat de versteviging van haar functie, die zo kenmerkend is geweest voor het vorige tijdvak, vooral in de strafrechtspraktijk haar beslag heeft gekregen; hoewel die versteviging zich aanvankelijk lijkt door te zetten, stuit deze vanaf halverwege de jaren tachtig steeds vaker op tegengestelde ontwikkelingen. De wetgever stelt zich gemakkelijk op het standpunt dat het vermeende overschot aan rechtsbescherming moet worden teruggedrongen en dat tegemoet dient te worden gekomen aan het belang van het onderzoek door politie en Openbaar Ministerie. Ook de functies van de rechter-commissaris hebben te lijden onder die omslag. Het gerechtelijk vooronderzoek als kader waarin de rechter-commissaris zijn onderzoeksfunctie uitoefent, is aan veel kritiek onderhevig. Uiteindelijk wordt in de herziening van de wettelijke regeling het onderzoekskader nog wel gehandhaafd, maar neemt de betekenis van de onderzoeksfunctie daarbinnen niettemin verder af. Ofschoon met alle kritiek op het gerechtelijk vooronderzoek niets wordt afgedongen op de waarde van de toetsingsfunctie van de rechter-commissaris voor de gehele fase van het voorbereidend onderzoek en dat een uitbreiding van die functie zelfs wordt aangedragen als één van de oplossingen voor de crisis in de opsporing, blijft die uitbreiding achterwege. De wetgever zoekt zijn heil in de uitdrukkelijke positionering van de officier van justitie als leider van het vooronderzoek, ondanks de problemen die het Openbaar Ministerie heeft ondervonden bij het laten gelden van zijn gezag over de politie en bij het controleren van het opsporingsonderzoek. Al deze veranderingen zorgen ervoor dat de onderlinge verhoudingen tussen de procesdeelnemers in het vooronderzoek anders komen te liggen dan de verhoudingen die zijn geconstateerd aan het eind van de jaren zeventig. Na de uitgebreide beschrijving van de maatschappelijke, rechtspolitie-

778 Respectievelijk Wet van 27 mei 1999, Stb. 1999, 243 en Wet van 17 juni 1999, Stb. 1999, 245. Zie hierover ook Doorenbos 2000 (1), p. 508-510; Brouwer 2000; Dozy 2000 (over de mini-instructie); Vellinga-Schootstra 2000 (over de onderzoekingsbevoegdheden).

ke en juridische ontwikkelingen uit het vierde tijdvak, worden die ontwikkelingen in deze paragraaf vertaald naar hun betekenis voor de functies van de procesdeelnemers en de onderlinge verhouding daartussen.

7.3.1 De rechter-commissaris

Voor het eerst sinds de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafvordering van 1926 en de bespreking van de functies over de verschillende tijdvakken, komt de tweeledige functie van de rechter-commissaris echt ter discussie te staan. Dit hangt op het eerste gezicht vooral samen met de verminderde betekenis van het gerechtelijk vooronderzoek voor het voorbereidend onderzoek in strafzaken en alle kritiek die op de inrichting van het gerechtelijk vooronderzoek wordt geuit. Tot aan het vierde tijdvak is de tweeledige functie vooral vormgegeven binnen dat gerechtelijk vooronderzoek, al is de rechter-commissaris ook wel daarbuiten werkzaam (bijvoorbeeld in het kader van de bewaring en incidenteel de opening van een gerechtelijk vooronderzoek op verzoek van de voorlopig gehechte verdachte). Voor het vierde tijdvak geldt dat de veranderingen in die tweeledige functie zich vooral kenmerken door de gedeeltelijke overheveling van zowel de toetsingsfunctie als de onderzoeksfunctie naar het opsporingsonderzoek onder leiding van de officier van justitie, alsmede door een feitelijke inperking van de betekenis van die tweeledige functie binnen het gerechtelijk vooronderzoek ten gevolge van de genoemde afgenomen waarde van dat onderzoekskader in de strafrechtspraktijk.

7.3.1.1 *Het leiderschap over het vooronderzoek*

Alvorens in te gaan op de stand van zaken met betrekking tot de concrete functies van de rechter-commissaris binnen en buiten het gerechtelijk vooronderzoek, worden hier kort enkele aspecten geschetst die daarbij van belang zijn. Het eerste aspect betreft het leiderschap over het gehele voorbereidend onderzoek. In het onderhavige tijdvak heeft men in tal van beschouwingen vastgesteld dat het leiderschap over deze fase van het strafproces te enen male in handen van de officier van justitie is komen te liggen. Dit houdt verband met het naar de achtergrond verdwijnen van het gerechtelijk vooronderzoek als meest bepalende onderzoekskader voorafgaand aan het onderzoek ter terechtzitting en met de steeds geringere invloed die de rechter-commissaris op het voorbereidend onderzoek kan uitoefenen. Binnen het vooronderzoek verschuift het zwaartepunt naar het opsporingsonderzoek onder leiding van de officier van justitie en in het verlengde daarvan wordt bij de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit het accent gelegd op een fase die voorafgaat aan de klassieke opsporing, te weten de vroegsporing.

Ten gevolge van het vooropstellen van de criminaliteitsbestrijding worden politie en Openbaar Ministerie door de wetgever en de rechter veel vrijheid

gelaten om onorthodoxe methoden te ontwikkelen en creatief om te springen met bestaande, al dan niet aan bijzondere wetgeving ontleende bevoegdheden. Dit leidt ertoe dat de bevoegdheden die gezamenlijk zijn ondergebracht in het gerechtelijk vooronderzoek, in de eerste plaats niet langer nodig zijn voor een daadkrachtige opsporing van gepleegde en nog te plegen strafbare feiten, of slechts incidenteel worden aangewend en dan alleen ten behoeve van die specifieke bevoegdheid. Het is niet langer gebruikelijk na opening van een gerechtelijk vooronderzoek de rechter-commissaris bij het onderzoek betrokken te laten blijven, omdat met de jurisprudentiële erkenning van het parallelle opsporingsonderzoek het onderzoek door politie en Openbaar Ministerie gewoon kan doorlopen. De opening van een gerechtelijk vooronderzoek is daarmee niet veel meer dan een formele voorwaarde voor de toepassing van de soms benodigde onderzoeksbevoegdheden die in het wetboek van 1926 aan de rechter-commissaris zijn toebedeeld.

De rechter-commissaris kent voorts het probleem dat hij bij gebrek aan capaciteit niet bij machte is het onderzoek dat van hem wordt gevraagd feitelijk zelf te verrichten, of daarbij lijfelijk aanwezig te zijn en het onder zijn leiding en toezicht te doen uitvoeren. Het inroepen van zijn onderzoeksbevoegdheid is niet veel meer dan het vragen van toestemming voorafgaand aan dat onderzoek en een beperkte controle tijdens of achteraf. Het gerechtelijk vooronderzoek blijft behoudens het gevraagde onderzoek verder 'leeg'. Het opsporingsonderzoek van de officier van justitie – vroegsporing, klassieke opsporing en parallelle opsporing tezamen – domineert het voorbereidend onderzoek. Ook al behoudt de rechter-commissaris de leiding over het gerechtelijk vooronderzoek, dit steekt schril af bij het leiderschap van de officier van justitie over de rest.

7.3.1.2 *Het gerechtelijk vooronderzoek als noodzakelijk kader?*

Het tweede aspect dat de uitwerking van de functie van de rechter-commissaris verder inkleurt, is het feit dat in de loop van het vierde tijdvak meer dan eens de vraag wordt gesteld of de bemoeienis van de rechter-commissaris met het vooronderzoek in strafzaken per se in het gerechtelijk vooronderzoek dient te zijn ingekaderd.⁷⁷⁹ De steeds meer incidentele inschakeling voor bevoegdheden die de rechter-commissaris toch niet feitelijk zelf ten uitvoer legt en het verder onbenut laten van diens onderzoekskader, vormen in dit bestek een logische aanleiding tot die vraag. Ook het feit dat de onderzoeksfunctie ten aanzien van sommige bevoegdheden in de praktijk niet veel meer is dan een toetsingsfunctie – denk aan de machtiging in het kader van de telefoontap en de toestemming voorafgaand aan de (spoed)doorzoeking – draagt aan die gedachte bij; er is misschien niet zo veel op tegen om de toetsingsfunctie van de rechter-commissaris buiten zijn onderzoekskader te halen. Er wordt ook

⁷⁷⁹ Zie Machielse 1989 (1), p. 11; Harteveld 1990, p. 110; Groenhuijsen en Naeyé 1990, p. 267-269.

aangevoerd dat het niet helemaal logisch is dat bij bepaalde bevoegdheden de opening van een gerechtelijk vooronderzoek is vereist – of de betrokkenheid van de rechter-commissaris – omdat diezelfde bevoegdheden volgens bijzondere wetgeving al mogen worden toegepast door hulpofficieren van justitie of opsporingsambtenaren. De argumenten tegen een eventuele loskoppeling bestaan vooral in het feit dat het verlies aan betekenis van het gerechtelijk vooronderzoek meebrengt dat de verdedigingspositie in de voorfase van het proces en de informatiepositie van de rechter-commissaris worden beperkt. Deze tegenargumenten worden vaak ondervangen met een verwijzing naar de strafrechtspraktijk. Het verminderen van het aantal gerechtelijk vooronderzoeken en de beperkte reikwijdte daarvan maken dat dat onderzoekskader toch al niet het meest geschikte stadium van het strafproces is voor de verdediging om zich te manifesteren.⁷⁸⁰ Voor de informatiepositie van de rechter-commissaris geldt hetzelfde, aangezien deze gewoonlijk laat (te laat) bij het onderzoek wordt betrokken en slecht wordt geïnformeerd over de stand van het onderzoek op het moment dat hij een beslissing moet nemen. Vooral bij dit laatste wekt het toch wel bevreemding dat men zich op deze manier afmaakt van dat argument tegen een eventuele loskoppeling, terwijl het allicht meer voor de hand ligt zich te verbazen over het feit dat de rechter-commissaris laat wordt betrokken en slecht wordt geïnformeerd. Ten aanzien van de verdedigingspositie wordt nog wel gesteld dat die positie op een andere en betere manier vorm zou kunnen krijgen in het voorbereidend onderzoek dan op dat moment het geval is in het gerechtelijk vooronderzoek, maar de uitwerking van de manier waarop blijft doorgaans achterwege.⁷⁸¹ Het handhaven – of liever: het garanderen en verbeteren – van de procespositie van de verdediging en de informatiepositie van de rechter-commissaris buiten het gerechtelijk vooronderzoek zouden twee voorwaarden moeten zijn bij de loskoppeling van de bevoegdheden. Die noodzaak wordt evenwel lang niet altijd door de wetgever gevoeld.

7.3.1.3 *De rechter-commissaris als voorpost van de zittingsrechter*

Sommige bevoegdheden lenen zich wel zonder al te veel problemen voor een inbedding in het onderzoekskader van de rechter-commissaris. Dit zijn onder andere de bevoegdheden die de rechter-commissaris zelf ten uitvoer legt op

780 Harteveld noemt bij de mogelijke loskoppeling van bevoegdheden als nadeel het verlies van de grondslagfunctie en de informatiefunctie van het gerechtelijk vooronderzoek, dat vooral de belangen van de verdediging raakt, maar hij ondervangt dit neveneffect door te stellen dat beide functies in de praktijk toch al niet veel voorstellen. Zie Harteveld 1990, p. 114-115.

781 Machielse wijst op de bescherming die zou kunnen uitgaan van art. 6 EVRM voor de verdedigingspositie in het voorbereidend onderzoek, maar werkt dit niet verder uit. Zie Machielse 1989 (1), p. 33-34. Harteveld wijst op art. 30 Sv dat voor het gehele vooronderzoek zou gelden, maar werkt dit evenmin verder uit. Zie Harteveld 1990, p. 119.

vordering van de officier van justitie of op verzoek van de verdediging, bijvoorbeeld het getuigenverhoor. Het gaat dan om bevoegdheden die kort gezegd overeenkomen met de werkzaamheden die de zittingsrechter op het onderzoek ter terechtzitting zou kunnen verrichten. In de literatuur komt bij de bespreking van de kritiek op het gerechtelijk vooronderzoek en de ontwikkelingen op het terrein van de wetgeving meer dan eens naar voren dat de rechter-commissaris ten aanzien van die bevoegdheden als het ware als een 'voorpost' fungeert ten opzichte van de zittingsrechter.⁷⁸² Dit is het derde en laatste aspect dat van belang is voor het uitwerken van de tweeledige functie van de rechter-commissaris. Het ligt zeker voor de hand om te spreken van de rechter-commissaris als voorpost, maar deze omschrijving roept in het licht van de vele verschuivingen in diens tweeledige functie ook veel vragen op. In de beschrijving van de ontwikkelingen in alle tijdvakken tot en met dit vierde, is duidelijk geworden dat niet het eindonderzoek maar het vooronderzoek dient te worden beschouwd als beslissende fase van het strafproces.⁷⁸³ Het onderzoek ter terechtzitting beperkt zich in de meeste gevallen tot een verificatie van de bevindingen uit het vooronderzoek.⁷⁸⁴ Voor dit verificatieonderzoek kan al direct de prangende vraag worden gesteld in hoeverre de zittingsrechter zich daadwerkelijk kan en mag verlaten op die bevindingen, nu dat vooronderzoek – het opsporingsonderzoek – niet (langer) wordt gecontroleerd door een onafhankelijke en onpartijdige rechter-commissaris maar 'slechts' door de leider van dat opsporingsonderzoek zelf, de officier van justitie. Dit wringt des te meer omdat de functie van de rechter-commissaris over het hele vooronderzoek bezien, aanzienlijk is ingekrompen. Ook de tegenspraak door de verdediging in de fase van het voorbereidend onderzoek is niet bepaald bevorderd, een enkele uitzondering daargelaten. Een volgende vraag is dan welke consequenties de status van 'voorpost' meebrengt voor de rechter-commissaris. Zo is het niet echt duidelijk of van de rechter-commissaris al te veel bedrijvigheid kan worden verwacht in de zoektocht naar de materiële waarheid, en wekt diens beperkte functie en feitelijke opstelling in de strafrechtspraktijk zelfs eerder de indruk van lijdelijkheid. Wanneer de voorpoststatus alleen van toepassing wordt verklaard op de onderzoekshandelingen die de rechter-commissaris feitelijk zelf verricht, lijkt de vergelijking met de werkzaamheden van de zittingsrechter nog wel op te gaan. Die vergelijking is echter minder goed vol te houden bij de onderzoekshandelingen die niet door de rechter-commissaris worden toegepast, maar slechts na zijn toestemming of onder zijn controle worden verricht. Zo is het nog maar de vraag of de toetsingsfunctie kan worden geschaard onder de voorpoststatus.

782 Zie onder meer Hartevelde 1990, p. 106; Van Meijnefeldt 1988, p. 1133.

783 Zie over deze veranderingen ook Baauw 1996.

784 Zie over dit verificatieonderzoek Stolwijk 1994, p. 889; Myjer 1998, p. 122; Buruma 1996 (1), p. 15.

Een indicatie dat dit niet zo zou zijn, kan worden gevonden in het nieuwe art. 359a Sv dat halverwege de jaren negentig in de wettelijke regeling van de strafvordering is geïntroduceerd, zeker wanneer dit in samenhang wordt bezien met de beslissing van de wetgever om de toetsingsfunctie van de rechter-commissaris bij de nieuwe bijzondere opsporingsmethoden niet verder op te tuigen.⁷⁸⁵ Naar de letter van art. 359a Sv is het de zittingsrechter die het verzuim van vormen bij het optreden van politie en justitie tijdens het voorbereidend onderzoek sanctioneert. Er is vooral gezien de aard van de sancties die kunnen worden opgelegd weinig op tegen dat deze taak aan de zittingsrechter is toebedeeld. Niettemin is ook veel te zeggen voor een intensieve betrokkenheid van de rechter-commissaris – als voorpost van de zittingsrechter – bij de controle op het in acht nemen van vormen door politie en Openbaar Ministerie.⁷⁸⁶ Afhankelijk van de feitelijke positie van de rechter-commissaris in het voorbereidend onderzoek zouden eventuele misstanden eerder aan het licht kunnen komen en wellicht kunnen worden hersteld, en zouden de schadelijke gevolgen van vormverzuimen kunnen worden ingeperkt. Een bijkomstig voordeel zou kunnen zijn dat de zittingsrechter minder wordt geconfronteerd met onrechtmatig verkregen bewijs dat hij weliswaar niet mag gebruiken, maar waarvan hij toch kennisneemt, alvorens het uit te sluiten. Het vroegtijdig voorkomen en herstellen van onrechtmatigheden past eigenlijk ook beter bij één van de essenties van het strafproces, namelijk het bewaken van de integriteit van het strafrechtelijk overheidsoptreden.⁷⁸⁷ De sancties die de zittingsrechter in art. 359a Sv ter beschikking staan, bevestigen echter de tendens uit de praktijk om onrechtmatigheden weg te masseren met bewijsuitsluiting zonder consequenties, met een strafvermindering voor de verdachte of met de redenering dat de verdachte niet in zijn belangen is geschaad en er derhalve geen sanctie aan de onrechtmatigheden hoeft te worden verbonden.⁷⁸⁸ Ook op dit punt zou de bemoeienis van de rechter-commissaris uitkomst kunnen bieden. Bij een dergelijke constructie hangt echter veel af van

785 Zie *Kamerstukken II 1997/98*, 25 403, nr. 7, p. 23/24.

786 Zie Buruma 1996 (1), p. 44: 'Omdat de zittingsrechters een fair trial moeten waarborgen, zal de kwaliteit van het opsporingsoptreden dat ook het oordeel van de rechter beïnvloedt ter discussie moeten kunnen staan. Dat neemt niet weg dat we zouden kunnen gaan naar een systeem waarin het niet vooral de zittingsrechter is die zich met dit soort vragen bezighoudt; de rechter-commissaris zou dan een bufferfunctie kunnen krijgen.'

787 Zie daarentegen de opvatting van de wetgever, *Kamerstukken II 1997/98*, 25 403, nr. 7, p. 23: 'De rechter-commissaris toetst preventief, of aan de voorwaarden voor toepassing van een bevoegdheid is voldaan; de ruimte voor de zittingsrechter om deze rechterlijke afweging later te corrigeren is beperkt. De officier van justitie die, niet voorzien van een rechterlijke machtiging, de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden heeft bevolen, moet deze ter terechtzitting echter integraal kunnen verantwoorden. Ook dat werpt zijn schaduw vooruit en heeft preventieve effecten.'

788 Zie over het relativeren van onrechtmatigheden door de zittingsrechter Lensing 1985; Hirsch Ballin 1991, p. 29. Zie over het 'wegmasseren' van onrechtmatigheden Buruma 1996 (1), p. 45.

de feitelijke positie van de rechter-commissaris – bij welke bevoegdheden wordt hem een rol toebedeeld, hoe wordt hij geïnformeerd, hoe structureel wordt hij betrokken bij het voorbereidend onderzoek van de officier van justitie – en dat is nu juist waar met alle wijzigingen in de Wet BOB en de Wet Herziening gerechtelijk vooronderzoek de schoen wringt: die positie wordt niet versterkt. In dat licht bezien zou de neiging van de zittingsrechter om een beslissing van de rechter-commissaris zonder veel eigen onderzoek over te nemen – waarom is de rechter-commissaris anders met die beslissing belast?⁷⁸⁹ – het gevaar in zich dragen dat belangrijke beslissingen over de rechtmatigheid van de opsporing alsnog niet met de meeste zorgvuldigheid kunnen worden genomen. Men zou zich kunnen afvragen of de rechter-commissaris niet een betere positie in het vooronderzoek toekomt.

Het blijft met dit alles in het achterhoofd maar zeer de vraag of de rechter-commissaris naast diens onderzoeksfunctie ook wat betreft zijn toetsingsfunctie echt kan en mag worden beschouwd als voorpost van de zittingsrechter. Ongeacht deze vraag is met de voorpoststatus van de rechter-commissaris nog niet gegeven dat deze ook vorm dient te krijgen in het gerechtelijk vooronderzoek.⁷⁹⁰ Voor de onderzoeksfunctie ligt dat wellicht meer voor de hand dan voor de toetsingsfunctie, maar op deze vraag is pas echt een bevestigend antwoord te geven wanneer de inbedding in dat onderzoekskader meebrengt dat de rechter-commissaris alle informatie krijgt die hij nodig heeft voor een afgewogen beslissing, hij net als de zittingsrechter niet lijdelijk hoeft toe te zien op het onderzoek dat zich onder zijn ogen voltrekt en hij ook is belast met alle relevante beslissingen die hem in het voorbereidend onderzoek toekomen. De waarde die het gerechtelijk vooronderzoek aan het einde van dit vierde tijdvak toekomt in het voorbereidend onderzoek, komt in elk geval niet met dat beeld overeen.

7.3.1.4 De onderzoeksfunctie buiten het gerechtelijk vooronderzoek

Bij de bespreking van de onderzoeksfunctie buiten het gerechtelijk vooronderzoek is de voorziening aan de orde gekomen waarmee de rechter-commissaris ambtshalve of op verzoek van de verdediging een gerechtelijk vooronderzoek kan openen in het geval de verdachte in voorlopige hechtenis is genomen. Deze voorziening is daar aangemerkt als onderdeel van de onderzoeksfunctie buiten het gerechtelijk vooronderzoek omdat het doorgaans om een ander gerechtelijk vooronderzoek zou gaan dan dat op instigatie van de officier van justitie; het onderzoek zou vooral tot doel hebben om de noodzaak van het

789 Zie in deze lijn Schalken 1994 (2), p. 995.

790 Baauw (1996, 142-143) noemt enkele voordelen van de onderzoeksfunctie (het horen van getuigen) in het gerechtelijk vooronderzoek, maar deze zijn vooral uit te leggen als een pleidooi voor een sterker aangezette onderzoeksfunctie van de rechter-commissaris in het vooronderzoek.

voortduren van de voorlopige hechtenis in de gaten te houden en de invrijheidsstelling van de verdachte te bevorderen.⁷⁹¹ Met de invoering van de Wet Herziening gerechtelijk vooronderzoek is deze onderzoeksmogelijkheid vervangen door de mini-instructie op verzoek van de verdachte.⁷⁹² De mini-instructie is bedoeld om de verdediging de gelegenheid te geven tegenonderzoek door de rechter-commissaris te laten doen vanaf het moment dat de verdachte in redelijkheid mag verwachten dat tegen hem een vervolging zal worden ingesteld. De aangedragen bezwaren tegen de invoering worden minder zwaar gewogen dan het belang van de versterking van het contradictoire karakter van het vooronderzoek, en worden bovendien ontdaan van hun overtuigingskracht door te wijzen op de waarborgen waarmee de regeling van de mini-instructie is omkleed: de verdediging heeft aan te geven uit welke omstandigheden zou blijken dat het Openbaar Ministerie wellicht een vervolging zal instellen, welke onderzoekshandeling concreet van de rechter-commissaris wordt gevraagd en wat het belang van de verdachte daarbij is. Het gevaar van misbruik wordt ook afgedaan door te stellen dat de rechter-commissaris een grote discretionaire bevoegdheid heeft ten aanzien van het verzoek en dat hij dat gemakkelijk kan afwijzen, en dat tegen die beslissing geen rechtsmiddel openstaat. De rechter-commissaris zal daarnaast met zijn incidentele onderzoekshandeling zeker niet het leiderschap van de officier van justitie over het opsporingsonderzoek doorkruisen en hij kan deze niet verplichten tot vervolging over te gaan. De officier van justitie heeft bovendien de mogelijkheid zich tegen het instellen van de mini-instructie te verzetten als hij van oordeel is dat dit zijn onderzoek zal doorkruisen; de rechter-commissaris zal het verzoek in dat geval afwijzen.

De mini-instructie is blijkens de toelichting bij de wijziging van het herzieningsvoorstel ingegeven door de wens om de verdediging in het vooronderzoek meer rechtsbescherming te bieden. De voorziening kan ook worden gezien als compensatie voor de teruggelopen betekenis van het gerechtelijk vooronderzoek als kader voor de effectuering van de verdedigingsrechten in de voorfase van het strafproces, maar dat wordt niet met zoveel woorden gezegd. Naast het opsommen van voordelen voor de verdediging wordt ook aangegeven dat met de mini-instructie enige winst is te behalen voor de efficiëntie van het strafproces en in het bijzonder het onderzoek ter terechtzitting. De getuigen van de kant van de verdediging die normaliter worden opgevoerd tijdens het eindonderzoek, kunnen gemakkelijker ook vooraf door de rechter-commissaris worden verhoord. De toelichting bij het herzieningsvoorstel vermeldt dat 'vertraging van het onderzoek ter terechtzitting [kan] worden voorkomen, omdat de verdachte zich reeds in het voorbereidend onderzoek tot de rechter-

791 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 1994/95*, 23 251, nr. 9, p. 6.

792 Overigens behoudt de rechter-commissaris de mogelijkheid om ambtshalve onderzoek te verrichten in het geval de verdachte in voorlopige hechtenis is genomen. Zie art. 36e Sr.

commissaris heeft kunnen wenden.⁷⁹³ In de meest negatieve uitleg van deze opmerking zou het bestaan van de mini-instructie zich kunnen keren tegen de verdediging: er is kans geweest getuigen te doen horen in het vooronderzoek en derhalve hoeft de zittingsrechter zich niet genoodzaakt te voelen het onderzoek ter terechtzitting aan te houden en de daar opgegeven getuigen alsnog op te roepen.⁷⁹⁴ Zo bezien zou de voorziening van de mini-instructie die is gecreëerd voor de verdediging om in een eerder stadium van het strafproces haar kant van de zaak te belichten, zich tegen haar keren wanneer zij daar geen gebruik van heeft gemaakt.

De mini-instructie betekent voor de onderzoeksfunctie van de rechter-commissaris buiten het gerechtelijk vooronderzoek in elk geval een uitbreiding ten opzichte van die functie in het derde tijdvak. Of de mini-instructie ook feitelijk tot meer onderzoeksbemoeienis zal leiden is voor een groot deel afhankelijk van de mate waarin de rechter-commissaris is geneigd gehoor te geven aan de verzoeken van de verdediging. Zoals hierboven is geschetst, werpt de regeling zelf geen hoge drempels op voor het afwijzen van een verzoek. Ten aanzien van de bereidheid om een verzoek van de verdediging in te willigen bestaan geen al te hoge verwachtingen.

Met betrekking tot de onderzoeksfunctie buiten het gerechtelijk vooronderzoek is voorts nog vermeldenswaardig dat de Commissie Moons in haar rapport ook aandacht heeft besteed aan de mogelijkheid van een systeem van mini-instructies ter vervanging van het gehele gerechtelijk vooronderzoek. Ook onderzoeksbevoegdheden als de doorzoeking en het deskundigenonderzoek zouden daarmee worden losgekoppeld van dat onderzoekskader en de rechter-commissaris zou telkens voor één enkele bevoegdheid worden ingeschakeld. De commissie heeft ter verwerping van een dergelijk systeem volstaan met het noemen van twee nadelen: het systeem zou een zeer omvangrijke, gedetailleerde wettelijke regeling vereisen en de rechter-commissaris zou een te wankel positie gaan innemen om gedegen onderzoek te kunnen verrichten en een afgewogen oordeel te vellen. De commissie besteedt overigens geen aandacht aan een eventuele loskoppeling van de onderzoeksbevoegdheden als het horen van getuigen op verzoek van de officier van justitie, en de mogelijke vormgeving daarvan in een mini-instructie. De enige bevoegdheid die op voorstel van de Commissie Moons in de vorm van een mini-instructie wordt gegoten, is de bevoegdheid tot het afluisteren van telecommunicatie. Deze verandering geeft de tweeledige functie van de rechter-commissaris buiten het gerechtelijk vooronderzoek weer verdere invulling.

Er is in dit onderzoek al eerder aangegeven dat de telefoontap als bevoegdheid het beste kan worden beschouwd als onderdeel van de toetsingsfunctie van de rechter-commissaris. Ten tijde van de introductie van de telefoontap in de regeling van het gerechtelijk vooronderzoek stond misschien nog wel

793 *Kamerstukken II 1994/95*, 23 251, nr. 9, p. 6.

794 *Vergelijk Baauw 1996*, p. 140.

het onderzoeksaspect voorop, maar het zou vreemd zijn als men echt had verwacht dat de rechter-commissaris zelf de telefoongesprekken zou afluisteren. Het ligt veel meer voor de hand de betrokkenheid van de rechter-commissaris uit te leggen als het controleren van het feitelijke onderzoek en de inachtneming van termijnen en voorwaarden. De overheveling van de telefoontap naar het opsporingsonderzoek van de officier van justitie betekent aldus een uitbreiding van de toetsingsfunctie van de rechter-commissaris buiten het gerechtelijk vooronderzoek en wel één die los staat van de toets bij het bevel tot bewaring. Overigens is die laatste toets in de jaren negentig ook uitgebreid: de rechter-commissaris dient de rechtmatigheid van de invezekeringstelling van de verdachte op bevel van de officier van justitie te toetsen.⁷⁹⁵

7.3.1.5 De toetsingsfunctie buiten het gerechtelijk vooronderzoek

De keuze voor de overheveling van de telefoontap naar het opsporingsonderzoek met een toetsende bemoeienis van de rechter-commissaris wordt op zichzelf niet bekritiseerd. De praktijk heeft onder meer uitgewezen dat veel gerechtelijke vooronderzoeken worden gestart enkel en alleen voor de toepassing voor de telefoontap en dat de betrokkenheid van de rechter-commissaris daarbij zo klein mogelijk wordt gehouden door politie en Openbaar Ministerie. Dit verhoudt zich slecht met de idee achter de opening van een gerechtelijk vooronderzoek. Ook het feit dat de verdediging zo lang mogelijk in het ongewisse wordt gelaten over de toegepaste telefoontap of zelfs helemaal niet op de hoogte raakt omdat de gegevens die voortvloeien uit een aanvankelijk anonieme tap uit het procesdossier tegen de verdachte verdwijnen, strookt niet met de kenmerken van de bemoeienis van de rechter-commissaris met de strafzaak gedurende een gerechtelijk vooronderzoek. De overheveling van de telefoontap naar het opsporingsonderzoek doet in ieder geval meer recht aan de feitelijke status van de bevoegdheid: de bevoegdheid wordt op zichzelf, los van andere bevoegdheden toegepast, de rechter-commissaris heeft een duidelijk afgebakende rol waarbij niet de schijn wordt opgehouden dat deze het feitelijke onderzoek bestiert, en de verdediging wordt niet geconfronteerd met een grove beperking van de interne openbaarheid en de tegenspraak in een fase van het vooronderzoek waarin zij normaliter haar rechten zou moeten kunnen laten gelden. De nieuwe plaats van de telefoontap in het vooronderzoek laat echter de meer inhoudelijke bezwaren tegen de regeling bestaan: de controle door de rechter-commissaris is wel heel erg beperkt – niet alleen

795 Wet van 21 april 1994, Stb. 1994, 307. Zie ook *Kamerstukken II 1992/93*, 21 225, nr. 12. De toets van de invezekeringstelling valt doorgaans samen met de voorgeleiding bij de vordering bewaring.

in de praktijk maar nu ook in de wettelijke regeling – en de verdedigingspositie is bepaald niet verbeterd.⁷⁹⁶

Het is in het licht van de verplaatsing van de telefoontap naar het opsporingsonderzoek opmerkelijk dat de wetgever er niet voor kiest ook andere bevoegdheden uit het onderzoekskader van de rechter-commissaris waarbij soortgelijke afwijkende feitelijkheden zich voordoen in de strafrechtspraktijk, over te hevelen naar die eerdere fase. Het argument om de doorzoeking exclusief in het gerechtelijk vooronderzoek te laten – het doorzoeken van een privéwoning of van een kantoor van een geheimhouder is een delicate aangelegenheid die de volle betrokkenheid van de rechter-commissaris vergt en daarmee inbedding in dat kader – overtuigt lang niet altijd. De daarmee samenhangende maar minder ingrijpende andere bevoegdheden tot doorzoeking en inbeslagneming zijn namelijk gewoon toebedeeld aan lagere opsporingsambtenaren en worden toegepast los van het gerechtelijk vooronderzoek. Men kan zich afvragen of nu de bevoegdheden binnen en buiten dat onderzoekskader wel zoveel van elkaar verschillen in de praktijk als in theorie wordt gesuggereerd, en of dat theoretisch onderscheid naar de verschillende fasen van het vooronderzoek wel houdbaar is. Het is niet voor niets dat de mogelijkheid van spoeddoorzoeking buiten het gerechtelijk vooronderzoek na machtiging door de rechter-commissaris wordt gehandhaafd. De verplichting dat na de spoeddoorzoeking alsnog een gerechtelijk vooronderzoek wordt geopend, is echter komen te vervallen met de Wet Herziening gerechtelijk vooronderzoek; de rechter-commissaris dient enkel nog achteraf de rechtmatigheid van de spoeddoorzoeking te toetsen. Deze constructie van de spoeddoorzoeking kan dan ook als voorbode worden gezien van de uiteindelijke loskoppeling van deze bevoegdheid in het volgende tijdvak. De vraag waarom de doorzoeking niet net als de telefoontap al in het onderhavige tijdvak is losgemaakt van het gerechtelijk vooronderzoek, blijft verder onbeantwoord.

In het bovenstaande is al aan de orde gesteld dat veel van de onderzoeksbevoegdheden die de rechter-commissaris niet feitelijk zelf uitvoert, eigenlijk dienen te worden beschouwd als toetsingsbevoegdheden. Voor de telefoontap is deze verschuiving van onderzoeksfunctie naar toetsingsfunctie reeds een feit en ook voor de doorzoeking dient een dergelijke verandering zich aan. In het onderhavige tijdvak doet zich naast deze verschuiving nog een andere ontwikkeling voor ten aanzien van de toetsingsfunctie en het onderscheid dat kan worden gemaakt tussen de bevoegdheden die uit die functie voortvloeien. Die bevoegdheden zijn namelijk steeds duidelijker te onderscheiden in enerzijds bevoegdheden waarbij de rechter-commissaris de rol van machtigingsrech-

796 De motivering van de wetgever om de rechter-commissaris een machtigingsfunctie te geven bij het afluisteren van (tele)communicatie, is vooral gelegen in de redenering dat deze bevoegdheid een inbreuk maakt op een vastomlijnd grondrecht (art. 13 Grondwet), in tegenstelling tot andere bevoegdheden die inbreuk maken op 'de persoonlijke levenssfeer'. Zie *Kamerstukken II 1997/98*, 25 403, nr. 7, p. 24.

ter vervult en anderzijds bevoegdheden waarbij deze een controlerende rol op zich neemt. Voor de telefoontap wordt bijvoorbeeld gesproken van een machtiging vooraf als voorwaarde voor de toepassing daarvan en datzelfde geldt voor de spoeddoorzoeking. Voor de gewone doorzoeking in het kader van een gerechtelijk vooronderzoek wordt gesproken van een controlerende rol tijdens het onderzoek of achteraf. Voor de bijzondere opsporingsbevoegdheden is onder meer door de Commissie Van Traa voorgesteld om de rechter-commissaris niet alleen als machtigingsrechter aan te merken bij ingrijpende bevoegdheden als infiltratie en stelselmatige observatie, maar ook om de rechter-commissaris de controle op de toepassing en voortgang van die bevoegdheden in handen te geven.⁷⁹⁷ Ten eerste is de ontwikkeling van het onderscheid in machtigen en controleren noemenswaardig omdat daarmee duidelijk wordt gemaakt welke bemoeienis van de rechter-commissaris concreet wordt verwacht. Die verwachting dient bij een machtigingsbevoegdheid naar beneden te worden bijgesteld ten opzichte van het beeld van de toetsingsfunctie dat in dit onderzoek is geschetst voor eerdere tijdvakken en voor de periode van de totstandkoming van de wettelijke regeling. De verwachting bij controlebevoegdheden ligt veel dichter tegen de oorspronkelijke idee van de toetsingsfunctie aan. Ten tweede is het onderscheid tussen een machtigingsrol en een controlerende rol relevant omdat er ook tussen deze twee rollen een verschuiving kan worden gezien. Waar de onderzoeksfunctie van de rechter-commissaris steeds meer wordt ingekleed als toetsingsfunctie – hetgeen iets zegt over de mate van betrokkenheid van de rechter-commissaris bij de toepassing van de betreffende bevoegdheid –, vinden binnen de toetsingsfunctie weer verschuivingen plaats van een controlerende rol naar een rol als machtigingsrechter. Deze verschuiving zegt niet alleen iets over de intensiviteit van de betrokkenheid van de rechter-commissaris, maar ook over de verminderde betekenis daarvan voor het voorbereidend onderzoek. De verschuiving van het controleren naar het machtigen hangt niet toevallig samen met de overheveling van bevoegdheden van de rechter-commissaris uit het gerechtelijk vooronderzoek naar de fase van de opsporing; juist die bevoegdheden waarbij de rechter-commissaris wegens een capaciteitsgebrek enkel nog een rol op de achtergrond speelt en waarbij deze wegens zijn beperkte informatiepositie niet veel meer kan controleren dan de inachtneming van wettelijke voorwaarden, worden uit het gerechtelijk vooronderzoek gehaald en omgevormd tot bevoegdheden waarvoor een rechterlijke machtiging is vereist.

⁷⁹⁷ De wetgever heeft dit voorstel niet overgenomen. Zie *Kamerstukken II 1997/98*, 25 403, nr. 7, p. 23: 'Ik meen dat het niet wenselijk is de rechter-commissaris op grotere schaal in te schakelen in de opsporingsfase. Daarbij staan voor mij drie argumenten centraal. Het eerste is, dat de officier van justitie de leider is van het opsporingsonderzoek, en dat een al te frequente inschakeling van de rechter-commissaris in dit kader aan deze positie, en daarmee aan een heldere verdeling van verantwoordelijkheden, afbreuk doet. Het tweede is de omstandigheid dat deze bevoegdheden in het geheim worden aangewend. Het derde is de positie van de zittingsrechter.'

Deze ontwikkeling heeft enkele opmerkelijke consequenties. Er wordt enerzijds met de overheveling van bevoegdheden uit het gerechtelijk vooronderzoek naar het opsporingsonderzoek en met de genoemde verschuivingen tegemoet gekomen aan het bezwaar dat het gerechtelijk vooronderzoek in de meeste gevallen nog enkel heeft te gelden als formele voorwaarde voor toepassing van een bepaalde bevoegdheid en aan het bezwaar dat met de betrokkenheid van de rechter-commissaris in zijn onderzoekskader meer wordt gepretendeerd dan feitelijk wordt waargemaakt. Anderzijds bevestigen deze verschuivingen juist de ontwikkeling dat een meer intensieve bemoeienis van de rechter-commissaris met het vooronderzoek blijkbaar niet nodig is – niet gewenst is –, en houden deze veranderingen wel de pretentie van de betrokkenheid van de rechter-commissaris in stand. Nu de fase van de opsporing binnen het vooronderzoek steeds verder wordt uitgebreid, de rol van de politie en Openbaar Ministerie uitdijt en zelfs bij het verificatieve karakter van het eindonderzoek vraagtekens kunnen worden gezet, heeft de positie van de rechter-commissaris als machtigingsrechter in het opsporingsonderzoek iets weg van een schijnoplossing. Er wordt gesuggereerd dat ten minste enige rechterlijke controle plaatsvindt tijdens de opsporing waardoor de rechtmatigheid van het vooronderzoek minder een punt van discussie hoeft te zijn. En dat terwijl niet kan worden volgehouden dat de betrokkenheid van de rechter-commissaris in zijn toetsingsfunctie buiten het gerechtelijk vooronderzoek veel meer is dan een formele voorwaarde voor de toepassing van een opsporingsbevoegdheid, in plaats van een inhoudelijke waarborg.⁷⁹⁸

7.3.1.6 *De toetsingsfunctie binnen het gerechtelijk vooronderzoek*

Veel van wat hierboven is gesteld, kan worden doorgetrokken naar de toetsingsfunctie binnen het gerechtelijk vooronderzoek. De onderzoeksbevoegdheden die de rechter-commissaris van oudsher ter beschikking heeft, zijn veeleer min of meer intensieve controlebevoegdheden en moeten eigenlijk worden geschaard onder diens toetsingsfunctie. Een intensieve controle met lijfelijke aanwezigheid van de rechter-commissaris die de supervisie heeft bij het onderzoek, zou nog de schijn kunnen ophouden dat het wel degelijk de rechter-commissaris is die onderzoek doet, maar van die aanwezigheid en supervisie is juist meestal geen sprake. Het verschuiven van bevoegdheden van de onderzoeksfunctie naar de toetsingsfunctie zorgt er zo bezien voor dat de toetsingsfunctie in het gerechtelijk vooronderzoek groter wordt. De eigenlijke toetsingsfunctie wordt evenwel teruggedrongen ten gevolge van het overhevelen van de telefoontap naar het opsporingsonderzoek en het afschaffen van de verplichting om na een spoeddoorzoeking een gerechtelijk vooronderzoek te openen ter toetsing van het toegepaste dwangmiddel. Ondanks groot-schalige wetswijzigingen als de Wet BOB en de Wet Herziening gerechtelijk

⁷⁹⁸ Zie in deze lijn ook Meijers 1996 (1), p. 220.

vooronderzoek is de toetsingsfunctie binnen het gerechtelijk vooronderzoek niet wezenlijk uitgebreid. De enige noemenswaardige veranderingen in de toetsingsfunctie ten gevolge van die wetwijzigingen zijn de bevoegdheden die de rechter-commissaris krijgt om de volledigheid van het dossier en de verrichtingen in het parallelle opsporingsonderzoek te controleren. Deze veranderingen vloeien echter vooral voort uit de wens om de rechter-commissaris de mogelijkheid te bieden beter geïnformeerd te zijn ten behoeve van de incidentele beslissingen die hij heeft te nemen in het kader van het gerechtelijk vooronderzoek, en zijn veeleer hulpmiddelen bij de bestaande toetsingsbevoegdheden dan zelfstandige toetsingsbevoegdheden.

7.3.1.7 De onderzoeksfunctie binnen het gerechtelijk vooronderzoek

Het laatste te bespreken onderdeel van de tweeledige functie van de rechter-commissaris in het voorbereidend onderzoek, is de onderzoeksfunctie binnen het gerechtelijk vooronderzoek. Met het afnemende belang van dit onderzoekskader voor de opheldering van strafbare feiten, verdwijnt ook de noodzaak van een uitgebreid onderzoek door de rechter-commissaris. Diens onderzoeksfunctie binnen het gerechtelijk vooronderzoek raakt daarmee op de achtergrond. Een voorbeeld van deze ontwikkeling hangt samen met de bevoegdheid van de rechter-commissaris om deskundigen in te schakelen voor technisch of gedragskundig onderzoek. Er is al gesteld dat opsporingsinstanties zelf over een steeds grotere deskundigheid beschikken of deze eenvoudiger kunnen invoeren, en dat de bevoegdheid van de rechter-commissaris om opdracht te geven tot een deskundigenonderzoek daardoor min of meer overbodig is geworden. Het gaat dan om de meer opsporingstechnische aangelegenheden zoals het sporenonderzoek, waarvoor politie en Openbaar Ministerie zich wenden tot de technische recherche of het Nederlands Forensisch Instituut (NFI).⁷⁹⁹ De officier van justitie heeft bovendien de mogelijkheid om verschillende soorten deskundigen zoals ambtenaren van de reclassering of de Raad voor de kindbescherming in te schakelen die hem informatie kunnen verschaffen over de persoon van de verdachte.⁸⁰⁰ In de Wet Herziening gerechtelijk vooronderzoek wordt in het onderhavige tijdvak daarnaast ook de mogelijkheid voor de officier van justitie gecreëerd om zich los van dat onderzoekskader en de rechter-commissaris te wenden tot één van de psychiaters uit een pool van vaste gerechtelijke deskundigen voor een rapportage over de persoonlijkheid van de verdachte.

Een belangrijke uitzondering op de ontwikkeling dat het inschakelen van deskundigen meestal plaatsvindt buiten de rechter-commissaris om, betreft deze persoonlijkheidsonderzoeken: de grondige onderzoeken op dit terrein worden nog altijd uitgevoerd binnen het kader van een gerechtelijk vooronder-

799 Zie Hartevelt 1990, p. 77; Hielkema 1996, p. 53/54.

800 Zie Hielkema 1996, p. 20; *Kamerstukken II* 1992/93, 23 251, nr. 3, p. 37-39.

zoek. Deze uitzonderingssituatie vloeit voort uit de bevoegdheid van de rechter-commissaris om te bevelen dat de verdachte voor het persoonlijkheidsonderzoek wordt overgebracht naar een psychiatrisch ziekenhuis of een inrichting ter klinische observatie en dat deze voor een bepaalde duur wordt opgenomen; de rapportage over de persoonlijkheid van de verdachte op last van de officier van justitie beperkt zich tot een onderzoek buiten die instellingen en is mede daardoor minder omvangrijk. Het is echter niet toevallig dat er een wijziging is gekomen die het ook mogelijk maakt voor de officier van justitie om een vaste gerechtelijke deskundige in te schakelen op dit terrein: de wetgever achtte het niet wenselijk dat de officier van justitie enkel en alleen voor een persoonlijkheidsonderzoek een gerechtelijk vooronderzoek dient te openen, terwijl in een doorsnee strafzaak zou kunnen worden volstaan met een veel beperkter onderzoek naar de persoon van de verdachte.⁸⁰¹ Op deze manier ontleent de wetgever wederom aan een feitelijke situatie – de instelling van een gerechtelijk vooronderzoek met slechts een beperkt doel is niet wenselijk – argumenten om een bevoegdheid van de rechter-commissaris over te hevelen naar het opsporingsonderzoek en bovendien in handen van de officier van justitie te leggen. Hierdoor wordt het belang van het gerechtelijk vooronderzoek verder teruggedrongen en zo bevestigt een wetswijziging opmerkelijk genoeg de ontwikkeling waaruit deze voortvloeit.

Het op de achtergrond raken van de onderzoeksfunctie van de rechter-commissaris binnen zijn onderzoekskader kan worden geschetst aan de hand van legislatieve ontwikkelingen op het terrein van het DNA-onderzoek door deskundigen. In een tijdsbestek van tien jaar is de noodzaak om de rechter-commissaris de belangrijkste bevoegdheden in handen stellen voor de (gedwongen) afname van celmateriaal bij een verdachte, verdwenen. Aan het einde van de jaren tachtig worden voor het eerst de mogelijkheden verkend die het DNA-profiel zou kunnen bieden bij de opsporing, zonder dat daarvoor een wettelijke regeling of grondslag bestaat. Het gaat in dat geval om een vergelijking van het DNA-profiel afkomstig van lichaamsmateriaal dat op de plaats van het delict is aangetroffen met het profiel afkomstig van materiaal dat vrijwillig is afgestaan door de verdachte. Het is de opsporingsinstanties echter niet toegestaan de verdachte die niet wil meewerken aan een DNA-onderzoek te dwingen lichaamsmateriaal af te laten nemen. Volgens de wetgever kan een dergelijke bevoegdheid niet worden ingelezen in bestaande dwangmiddelen zoals het onderzoek aan het lichaam of aan de persoon en de maatregelen in het belang van het onderzoek. Omdat enerzijds de verwachtingen omtrent de waarde van het DNA-onderzoek voor de opsporing hoog zijn, en anderzijds wel wordt aanvoeld dat een dergelijk gecompliceerd en ingrijpend onderzoek eigenlijk niet zonder wettelijke grondslag en normering mag plaatsvinden, heeft de minister van Justitie in het begin van de jaren negentig aan de Commissie Moons gevraagd een voorstel te doen voor een

801 *Kamerstukken II 1992/93*, 23 251, nr. 3, p. 38.

wettelijke regeling voor de al dan niet gedwongen afname van lichaamsmateriaal.⁸⁰² Het wetsontwerp dat op dat voorstel volgt, verdeelt de bevoegdheden over de officier van justitie en de rechter-commissaris: in geval nog geen verdachte bekend is, heeft de officier van justitie de bevoegdheid het DNA-onderzoek te bevelen (een vergelijking van het profiel van aangetroffen materiaal met bewaarde en reeds beschikbare DNA-profielen); in geval de verdachte bekend is of door het DNA-onderzoek bekend is geworden, vordert de officier van justitie de opening van een gerechtelijk vooronderzoek en schakelt hij de rechter-commissaris in voor (nader) DNA-onderzoek.⁸⁰³ De al dan niet gedwongen afname van lichaamsmateriaal van de verdachte behoort daarmee tot de bevoegdheden van de rechter-commissaris en deze keuze 'berust op de overweging dat het om een ingrijpend dwangmiddel gaat, waarbij fundamentele rechten van de verdachte in het geding zijn'.⁸⁰⁴

De regeling van het DNA-onderzoek in strafzaken is nog geen vier jaar van kracht, als de wetgever zich genoodzaakt ziet de wet te wijzigen. Dit vloeit voort uit de constatering dat de wijze van uitvoering van het DNA-onderzoek onnodig omslachtig is en de voorwaarden voor de inzet van de methode te restrictief. Dit houdt verband met het feit dat het afnemen van bloed ten behoeve van het DNA-onderzoek steeds als zeer ingrijpend is beschouwd. Er is evenwel gebleken dat het onderzoek van wangslimvlies vergelijkbaar betrouwbare resultaten oplevert, terwijl het afnemen daarvan een geringere inbreuk maakt op de lichamelijke integriteit.⁸⁰⁵ De restrictie dat het DNA-onderzoek in verband met de ingrijpendheid van het onderzoek slechts kan plaatsvinden indien dat dringend noodzakelijk is voor de waarheidsvinding, kan wat de minister betreft door deze ontwikkeling ook komen te vervallen. Bovendien is gebleken dat het DNA-onderzoek een dermate grote rol van betekenis kan spelen bij de opheldering van strafbare feiten, dat het zonde zou zijn dat onderzoek niet breder in te kunnen zetten, namelijk los van de vraag of het ook dringend noodzakelijk is: 'DNA-onderzoek kan een uiterst betrouwbaar bewijsmiddel opleveren; er is geen reden dit onderzoek, nu het minder bezwarend wordt dan thans het geval is, aan een zo zware subsidiari-

802 *Kamerstukken II 1991/92, 22 447, nr. 3, p. 5.*

803 Het wetsontwerp wijkt wel af van het commissievoorstel, waarin al het DNA-onderzoek werd ingekaderd in het gerechtelijk vooronderzoek. Die keuze achtte de minister niet verantwoord: 'Het draagt niet bij tot een betere rechtsbescherming van de verdachte en is bovendien buitengewoon onpraktisch als in de fase van het opsporingsonderzoek [...] een anoniem gerechtelijk vooronderzoek moet worden gevorderd.' *Kamerstukken II 1991/92, 22 447, nr. 3, p. 9.* Zie over de regeling Hielkema 1996, p. 28-31.

804 *Kamerstukken II 1991/92, 22 447, nr. 3, p. 10.* Zie in deze lijn ook Harteveld 1990, p. 78.

805 Zie *Kamerstukken II 1998/99, 26 271, nr. 3, p. 1.* Zie ook *Kamerstukken II 1999/2000, 26 271, nr. 6, p. 31*: 'Het afnemen van wangslimvlies geschiedt door een aantal wattenstokjes langs de binnenzijde van iedere wang van de verdachte te strijken. Weliswaar moet de mond van de verdachte worden binnengegaan om deze handelingen op een goede wijze te kunnen verrichten, maar de verdachte voelt hier, als hij meewerkt, niet of nauwelijks iets van.'

teitsnorm te binden.⁸⁰⁶ Zo wordt er ook over gedacht de officier van justitie meer bevoegdheden ten aanzien van het DNA-onderzoek te geven dan tot dan toe het geval is geweest. Gedurende het wetgevingstraject verandert evenwel de inhoud van wijzigingsvoorstel en raakt de rechter-commissaris steeds meer op de achtergrond. In eerste instantie beoogt het wetsvoorstel dat de officier van justitie ook de bevoegdheid krijgt een verdachte die vrijwillig meewerkt aan een DNA-onderzoek, daaraan te onderwerpen. De rechter-commissaris blijft dan nog wel de aangewezen autoriteit om de afname van lichaamsmateriaal van de niet vrijwillig meewerkende verdachte te bevelen en die bevoegdheid blijft ingekaderd in het gerechtelijk vooronderzoek. Dit laatste vloeit voort uit de wens van de minister om de rechter-commissaris intensief bij het DNA-onderzoek te betrekken: de duur van de inschakeling van de rechter-commissaris en de opening van een gerechtelijk vooronderzoek staan daar niet aan in de weg, aangezien het onderzoek geen grote tijdsdruk kent, terwijl de mogelijke registratie van het DNA-profiel in een databank voor een zeer belastend bijeffect van het onderzoek zorgt, wat een zorgvuldigheid vereist die met de betrokkenheid van de rechter-commissaris kan worden gegarandeerd.⁸⁰⁷

Al vrij snel wordt het wijzigingsvoorstel van de regeling van het DNA-onderzoek in strafzaken aangepast. De minister van Justitie geeft aan het toepassingsbereik te willen vergroten door de categorie van strafbare feiten waarvoor het bevel tot afname van lichaamsmateriaal ten behoeve van DNA-onderzoek kan worden gegeven, te verruimen naar strafbare feiten waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten.⁸⁰⁸ Naast de wenselijkheid van een ruimer toepassingsbereik is de minister ook anders gaan denken over de ingrijpendheid van de gedwongen afname van lichaamsmateriaal. De minister refereert aan een uitspraak van de Hoge Raad waaruit volgt dat het op een andere wijze vergaren van lichaamsmateriaal van de verdachte die zich tegen de afname blijft verzetten, is toegestaan. Het gaat dan bijvoorbeeld om het gebruik van haren op kleding of speeksel op een koffiekopje. Als voldoende zeker is dat het betreffende materiaal afkomstig is van de weigerende verdachte, kunnen deze voorwerpen in beslag worden genomen en kan het aangetroffen materiaal in een DNA-onderzoek worden betrokken. Deze nieuwe invalshoek in combinatie met de wederom veranderde opvatting van de minister over de ernst van de inbreuk op de lichamelijke integriteit ten gevolge van het afnemen van wangslimvlies, worden ten grondslag gelegd aan een belangrijke verandering van het oorspronkelijke wetsvoorstel. '[Het] maakt naar mijn mening dat het geven van een bevel tot DNA-onderzoek ook aan de officier van justitie kan

806 *Kamerstukken II 1998/99*, 26 271, nr. 3, p. 4.

807 Zie *Kamerstukken II 1998/99*, 26 271, nr. 3, p. 5.

808 Zie *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 271, nr. 6, p. 7-8: 'Uit onderzoek volgt dat toepassing van DNA-onderzoek bij inbraken, ook die welke geen maximale gevangenisstraf van acht jaar of meer kennen, tot een behoorlijke verhoging van het ophelderingspercentage kan leiden.'

worden toevertrouwd. De inbreuk op de lichamelijke integriteit is bij de voorgestelde wijze van werken niet zodanig dat zij slechts op gezag van een rechter-commissaris kan plaatsvinden.⁸⁰⁹ Deze verschuiving wordt onder meer onderbouwd met de opmerking dat indien het bevel alleen zou zijn voorbehouden aan de rechter-commissaris, dat een te groot beslag op deze zou leggen. De minister geeft toe dat door deze verschuiving de rolverdeling tussen de rechter-commissaris en de officier van justitie opnieuw verandert, maar hij haast zich te zeggen dat de rechter-commissaris natuurlijk wel bevoegd blijft de afname van lichaamsmateriaal tijdens een gerechtelijk vooronderzoek te bevelen. De situaties die worden geschetst waarin een bevel in dat onderzoekskader nog nodig zou zijn, overtuigen niet en zeker niet omdat de minister aangeeft dat indien reeds een gerechtelijk vooronderzoek is geopend, de officier van justitie nog altijd de bevoegdheid heeft zelf in het parallelle opsporingsonderzoek een dergelijk bevel af te geven.⁸¹⁰

Zo zijn de ontwikkelingen omtrent de wettelijke regeling van het DNA-onderzoek in het korte tijdsbestek van ongeveer tien jaar een goede illustratie van de waardevermindering van de onderzoeksfunctie van de rechter-commissaris in het gerechtelijk vooronderzoek, waarbij de vele factoren die bepalend zijn geweest voor het op de achtergrond raken van die onderzoeksfunctie, zich in versneld tempo en ten aanzien van één concrete onderzoeksbevoegdheid voordoen. In eerste instantie is sprake van een ingrijpend dwangmiddel dat met de meeste zorgvuldigheid ten uitvoer dient te worden gelegd en slechts in beperkte mate kan worden toegepast, wat leidt tot een inkadering van de bevoegdheid in het gerechtelijk vooronderzoek. Vervolgens blijkt de toepassing van het dwangmiddel iets minder ingrijpend dan men aanvankelijk had gedacht en is die toepassing bovendien erg waardevol in het licht van de opsporing, zodat de bevoegdheid van de officier van justitie te dien aanzien wordt uitgebreid. De rechter-commissaris behoudt vanwege de resterende ingrijpendheid en vereiste zorgvuldigheid niettemin (een deel van) zijn rol en ook de inkadering in het gerechtelijk vooronderzoek wordt in stand gelaten. Uiteindelijk vindt de wetgever die ingrijpendheid eigenlijk wel meevallen, althans men maakt een andere afweging daaromtrent, en in de wetenschap dat het onderzoek zo waardevol is, besluit men de bevoegdheid volledig in handen te stellen van de officier van justitie. De rechter-commissaris rest nog dezelfde onderzoeksbevoegdheid in het kader van het gerechtelijk vooronderzoek, al ligt het voor de hand dat deze bevoegdheid niet al te vaak meer zal worden aangewend. Dit laatste is maar beter ook, want bij veelvuldig gebruik van het dwangmiddel zou diens kabinet snel overbelast raken en dat is reden te meer de bevoegdheid in volle omvang in handen te leggen bij de officier van justitie.

809 Zie *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 271, nr. 6, p. 8 en nr. 7. p. 1.

810 Zie *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 271, nr. 6, p. 38 respectievelijk p. 16.

Een dergelijke schets van ontwikkelingen ten aanzien van de onderzoeksfunctie binnen het gerechtelijk vooronderzoek is weliswaar illustratief, maar kan niet worden doorgetrokken naar alle bevoegdheden die uit die onderzoeksfunctie voortvloeien. Het verhoor van getuigen door de rechter-commissaris is een bevoegdheid waarvan officieren van justitie, zittingsrechters en de verdediging onverminderd gebruik maken en waaraan zij belang hechten. De genoemde verschuivingen in het vooronderzoek en het verleggen van het accent naar het opsporingsonderzoek – onder meer ten gevolge van de *auditurechtspraak* waardoor een proces-verbaal van een opsporingsambtenaar waarin een getuigenverklaring is vervat als bewijsmiddel kan worden opgevoerd – hadden er voor kunnen zorgen dat deze bevoegdheid van de rechter-commissaris eveneens naar de achtergrond zou zijn verdwenen, maar dat is in het onderhavige tijdvak nog niet aan de orde.

Voor het drietal aspecten dat de bespreking van de functies van de rechter-commissaris inkleurt, geldt dat het getuigenverhoor bij uitstek de bevoegdheid is waar diens voorpoststatus ten opzichte van de zittingsrechter zich manifesteert. Dit houdt verband met de overeenkomst in de concrete werkzaamheden waaruit het getuigenverhoor in beide procesfasen bestaat, met het feit dat beide rechterlijke autoriteiten zelf het verhoor afnemen en met het feit dat de overige procesdeelnemers in beide fasen in beginsel bij het verhoor zijn betrokken.⁸¹¹ Aangezien het getuigenverhoor is ingekaderd in het gerechtelijk vooronderzoek, blijft de onderzoeksfunctie van de rechter-commissaris binnen dat kader voorsnog bestaan. Het is wel opmerkelijk dat nergens de vraag wordt opgeworpen of het getuigenverhoor niet eveneens dient te worden losgemaakt van het gerechtelijk vooronderzoek, zodat de officier van justitie net als de verdediging in het kader van de mini-instructie de mogelijkheid krijgt zich daarbuiten tot de rechter-commissaris te wenden met een verzoek tot het horen van getuigen. De eerder genoemde argumenten voor het loskoppelen van bevoegdheden en de bezwaren tegen het inkaderen daarvan in het gerechtelijk vooronderzoek zou men deels ook met betrekking tot het getuigenverhoor kunnen aanvoeren, maar daaraan wordt niet gerefereerd. Het onbetwiste handhaven van het getuigenverhoor in het gerechtelijk vooronderzoek kan heel goed worden uitgelegd in het licht van de procesefficiëntie en lijkt juist te zijn gelegen in de voorpoststatus. De rechter-commissaris zal in de latere fase van het vooronderzoek waarin de verhoren doorgaans plaatsvinden, iets beter worden geïnformeerd, terwijl het gevaar dat de rechter-commissaris vanuit die betere informatiepositie met zijn werkzaamheden de officier van justitie

811 Mols geeft aan dat de getuige in de loop der tijd een steeds sterkere rechtspositie heeft gekregen, zodat ook diens belangen een factor kunnen zijn die wordt meegewogen in het onderzoek. Die rechtspositie hoeft niet op gespannen voet te staan met het belang van de waarheidsvinding. 'Problematischer is de versterking van de rechtspositie van getuigen wanneer dit ertoe leidt dat het contradictoire aspect binnen het proces van waarheidsvinding wordt aangetast. Dat gebeurt wanneer op de getuige rustende verplichtingen worden geïndividualiseerd.' Zie Mols 1992 (2), p. 77.

voor de voeten zal lopen, zich gezien de aanvaarding van de parallelle opsporingstraject niet snel zal voordoen. De getuigen die de rechter-commissaris verhoort hoeven doorgaans niet opnieuw op de terechtzitting te worden gehoord – de officier van justitie heeft de bewijsgaring rond en de verdediging heeft reeds de gelegenheid gehad getuigen aan te dragen en te doen horen – en dat bespaart de zittingsrechter tijd. Er is zelfs een tendens te bespeuren dat de zittingsrechter incidentele onderzoekswerkzaamheden die wel pas op zitting nodig blijken te zijn – het vooronderzoek is niet volledig geweest of de verdediging voert verweer ten aanzien van de rechtmatigheid van de bewijsvoering waardoor nader onderzoek is gewenst – steeds vaker alsnog overdraagt aan de rechter-commissaris.⁸¹²

Er kunnen met een positieve uitleg ook voordelen voor de positie van de verdediging worden afgeleid uit de inbedding van het getuigenverhoor in het gerechtelijk vooronderzoek, zoals de interne openbaarheid en het recht op tegenonderzoek waardoor dat stadium van het vooronderzoek wordt gekenmerkt. Aan deze voordelen wordt echter in de loop van de jaren negentig afgedaan als de onderzoeksfunctie van de rechter-commissaris wordt uitgebreid met de bevoegdheid tot het horen van de zogenaamde bedreigde getuige. Zoals bij de juridische ontwikkelingen voor dit tijdvak is beschreven, zorgt de uiteindelijke wettelijke regeling van dit verhoor voor een inperking op die verdedigingsrechten, en zoals ook al vaker is aangevoerd laat dat zich moeilijk rijmen met het feit dat het gerechtelijk vooronderzoek nog altijd wordt aangemerkt als het stadium van het vooronderzoek waarin de verdediging juist haar rechten kan uitoefenen. Het is vanuit de procesefficiëntie en de status van voorpostrechter bezien zeker niet vreemd dat de rechter-commissaris de rechterlijke autoriteit is die wordt belast met het verhoor van de bedreigde getuige, maar het blijft de vraag of de toedeling van deze bevoegdheid aan de onderzoeksfunctie van de rechter-commissaris voldoende compenserende maatregelen voor de verdediging in zich bergt om de inbedding in het gerechtelijk vooronderzoek te rechtvaardigen. De voorpoststatus van de rechter-commissaris wordt door de regeling van het verhoor van de bedreigde getuige bevestigd; vanwege de afscherming van de getuige en de onmogelijkheid om deze getuige later op het onderzoek ter terechtzitting nogmaals te horen, wordt de rechter-commissaris het verlengstuk van de zittingsrechter en wordt in het vooronderzoek afgekaart wat normaal gesproken nog op de terechtzitting kan worden overgedaan.

812 Zie Machielse 1992, p. 414: 'Ik merk overigens op dat er ook impulsen zijn die leiden tot een grotere nadruk op de onderzoekswerkzaamheden van de rechter-commissaris. Wanneer ter terechtzitting blijkt dat het onderzoek onvolledig is geweest en dat met name aan de verdediging de gelegenheid geboden dient te worden aan getuigen vragen te stellen, worden deze getuigen vaak niet ter terechtzitting opgeroepen, maar wordt aan de rechter-commissaris gevraagd hen te horen.'

De bevoegdheid tot het horen van de bedreigde getuige staat op gespannen voet met het principiële karakter van het gerechtelijk vooronderzoek zoals dat uit de wettelijke regeling van 1926 is afgeleid. Bovendien is wederom – net als bij de invoering van de telefoontap – niet duidelijk gemaakt waarom een bevoegdheid die inbreuk maakt op de procespositie van de verdediging en ten koste gaat van de interne openbaarheid binnen dat onderzoekskader dient te worden vormgegeven. Het feit dat het gaat om de *onderzoeksfunctie* van de rechter-commissaris – het punt waarop de vergelijking van de telefoontap mank gaat – kan daarbij niet van doorslaggevende aard zijn, nu bijvoorbeeld ook de mini-instructie op verzoek van de verdediging buiten dat kader is vormgegeven. De regeling van het verhoor van de bedreigde getuige draagt er tegelijkertijd niet toe bij dat het gerechtelijk vooronderzoek iets van zijn gewicht binnen de voorfase van het strafproces terugkrijgt en dat de rechter-commissaris verloren terrein terugwint; het gerechtelijk vooronderzoek zal door alle verschuivingen in bevoegdheden tussen de procesdeelnemers steeds vaker voor een beperkt doel worden aangewend, namelijk het verhoor van getuigen.

Alle discussies omtrent het gerechtelijk vooronderzoek en de vele veranderingen brengen voor de tweeledige functie van de rechter-commissaris zeker geen uitkomst. Voor de verdediging betekent dit – daargelaten of de rechter-commissaris door zijn positie en opstelling in de praktijk een compenserende factor heeft kunnen zijn – een belangrijke beperking in haar positie. Het is de vraag in hoeverre een nieuwigheid als de mini-instructie daar iets aan kan veranderen. Voor het Openbaar Ministerie betekent dit meer armslag en minder controle tijdens het vooronderzoek en een doelmatiger aanwenden van de bevoegdheden van de rechter-commissaris. Het feit dat diens gerechtelijk vooronderzoek en de tweeledige functie vanaf halverwege de jaren tachtig steeds meer onder druk komen te staan is evenwel niet zozeer toe te schrijven aan één bepaalde oorzaak, maar veeleer aan een samenloop van verschillende ontwikkelingen en verschuivingen in de strafrechtspraktijk en enkele op zichzelf staande, niet altijd even consequente afwegingen die de wetgever heeft gemaakt met het oog op het oplossen van vooral praktische problemen.

7.3.2 De officier van justitie

Het vierde tijdvak beslaat een periode waarin de officier van justitie definitief de leiding over het vooronderzoek in handen wordt gelegd en waarin deze tevens voor de moeilijkheden wordt geplaatst die uit dat leiderschap voortvloeien. Een complicerende factor is het grote aantal taken dat het Openbaar Ministerie in de loop der jaren toebedeeld heeft gekregen en naar zich toe heeft getrokken, alsmede de steeds meer beleidsgerichte aanpak. De inmiddels breed uitgemeten verschuiving in de aandacht naar de bestrijding van de criminaliteit ten koste van de meer rechtsbeschermende tendensen uit de jaren zeventig

brengt daarenboven voor de officier van justitie de verleiding mee zich te eenzijdig te richten op de opsporing, en de belangen van de verdachte naar de achtergrond te denken. Terwijl de officier van justitie voor een doelmatige en procesefficiënte opsporing steeds minder afhankelijk is geworden van de rechterlijke bemoeienis met het vooronderzoek en hij wat dat betreft veel meer armslag heeft gekregen in het door hem aangestuurde opsporingsonderzoek, is de officier van justitie meer en meer aangewezen op het zich alsmaar verder professionaliserende en zelfstandig opererende politieapparaat. Eén van de moeilijkheden die zich hier aandient is het uiteindelijke gebrek aan gezag over en sturing van dat politieapparaat. Dit alles leidt er onder meer toe dat het Openbaar Ministerie vanaf halverwege de jaren negentig toe is aan een grondige bezinning op het brede takenpakket en de organisatie en beleidsvoering ten aanzien van die taken.⁸¹³ De rapporten die in dat kader worden geschreven, zijn ook weer aan kritiek onderhevig. Zij laten namelijk een grote vraag onbeantwoord: 'zou het vanuit het oogpunt van rechtsbescherming, onafhankelijkheid, openbaarheid, duidelijkheid en beheersbaarheid niet wenselijk zijn de verhoudingen tussen preventie, opsporing, vervolging, berechting en executie grondiger te doordenken?'⁸¹⁴

De organisatie van het Openbaar Ministerie is bepalend geweest voor de mate waarin individuele officieren van justitie gedurende het vierde tijdvak de vrijheid hebben behouden en hebben genomen een eigen proceshouding te kiezen. Het Openbaar Ministerie is weliswaar een hiërarchische organisatie, maar die hiërarchie strekt er tot aan de reorganisaties van de jaren negentig niet uitdrukkelijk toe de individuele officieren van justitie een bepaalde proceshouding op te leggen. Dit laat onverlet dat in de loop van het vierde tijdvak binnen de organisatie van het Openbaar Ministerie wel wordt getracht de taakuitoefening door zijn functionarissen over de verschillende geledingen op elkaar af te stemmen.⁸¹⁵ De Commissie Donner stelt in 1994 echter zeer kritisch dat men eigenlijk niet van 'het' Openbaar Ministerie als organisatie kan spreken: 'Er zijn 24 parketten, daarbinnen units en daarbinnen afzonderlijke officieren.'⁸¹⁶ De problemen hangen naast het 'gebrek aan organisatie' voor een groot deel samen met de vele taken. De problemen manifesteren zich omdat het Openbaar Ministerie in de eerste plaats niet goed genoeg in staat

813 Zie Commissie Donner 1994 en Commissie Korthals Altes 1995. Zie Vast 2000 voor een overzicht van de ontwikkelingen in de organisatie van het Openbaar Ministerie sinds het wetboek van 1926.

814 Faber en Van Ruller 1994, p. 905.

815 Vast spreekt van de officier van justitie die tot en met de jaren zeventig op basis van sterk persoonlijk getinte en op traditie gebaseerde opvattingen, geïsoleerd en naar eigen inzicht opereert. Het meer beleidsmatig en gecoördineerd denken (het 'woud van overleg, communicatie en advies') vanaf halverwege jaren zeventig, zou dit hebben veranderd. Zie Vast 2000, p. 100.

816 Zie Commissie Donner 1994. Zie over de ernstige misstanden in de organisatie Commissie Korthals Altes 1995, p. 11 e.v.; Groenhuijsen 1995, p. 104; Schalken 1999.

lijkt zich behoorlijk van die taken te kwijten en zijn pretenties waar te maken.⁸¹⁷ Dit heeft oorzaken die enerzijds zijn gelegen buiten het Openbaar Ministerie – de maatschappelijke veranderingen, stijgende criminaliteit en politieke druk van de jaren tachtig en negentig die het niet het hoofd kan bieden –, maar die anderzijds zeker ook zijn te wijten aan het eigen optreden en de manier waarop met die externe factoren wordt omgegaan. Het handhavingstekort blijft ondanks alle inspanningen en oplossingen uit de praktijk – een ruimer sepotbeleid, transacties, heenzendingen – verder groeien.⁸¹⁸

Om zijn overkoepelende rechtshandhavende taak te vervullen, bedient het Openbaar Ministerie zich van een beleid ten aanzien van alle afzonderlijke taken en die beleidsvoeringen dienen weer op elkaar te zijn afgestemd: rechtshandhaving impliceert een beleidsmatige aanpak. Voor de onderzoeksfunctie van de officier van justitie betreft dat beleid vooral de sturing van het opsporingsonderzoek door middel van het uitstippelen van een opsporingsbeleid voor de politie, dat daarenboven is afgestemd op het eigen vervolgingsbeleid. De voornemens van het Openbaar Ministerie met betrekking tot een eenduidig, consequent en consistent beleid worden evenwel ten gevolge van de talrijke geschetste maatschappelijke, rechtspolitieke en juridische ontwikkelingen nagenoeg niet waargemaakt. Het op elkaar afstemmen van het opsporings- en vervolgingsbeleid zou daarbij idealiter vooral worden ingegeven door maatschappelijke behoeftes aan strafrechtelijk optreden. De beleidsvoering van het Openbaar Ministerie – en daarmee de rechtshandhaving – is in het verlengde hiervan in het onderhavige tijdvak vooral gericht op sturing van de maatschappij.

Het straf(proces)recht wordt in de jaren tachtig en negentig vooral aangevend ten behoeve van een repressieve aanpak van de criminaliteit. Het Openbaar Ministerie wordt geconfronteerd met een veranderde overheidsaanpak van maatschappelijke problemen, met meer kritische aandacht van de burger en van de media voor de strafrechtelijke aanpak van het criminaliteitsprobleem, met de vergroting van de schaal waarop zowel de criminaliteit als de bestrijding daarvan plaatsvindt en met de toename van al dan niet wettelijke opsporingsmiddelen. De officier van justitie kan daarnaast de werkdruk vanuit de strafrechtspraktijk nagenoeg niet aan. Het Openbaar Ministerie reageert op al deze feitelijke omstandigheden door het stellen van prioriteiten in de opsporing en vervolging en door het verleggen van de blik naar de zware criminali-

817 Zie bijvoorbeeld Groenhuijsen 1995, p. 810; Commissie Korthals Altes 1995, p. 11 e.v.; Osinga 1996, p. 424. Osinga stelt: 'Deze organisatie is op dit moment in een grote en ingrijpende reorganisatie gewikkeld. Doelstelling is daarbij onder andere dat wordt gestreefd naar een kleine, doch effectieve organisatie, die met inachtneming van zijn beperkingen de haar toegewezen taken kan uitoefenen. Daarbij is de pretentie dat het openbaar ministerie als de spin in het web van de strafrechtspleging dient te functioneren verlaten voor de meer realistische opvatting dat zelfs het OM niet alles kan. De plannen van de commissie-Korthals Altes lijken uit te gaan van een openbaar ministerie dat alles kan.'

818 Zie Groenhuijsen 1995, p. 806; Osinga 1996, p. 413-414, Vast 2000, p. 104.

teit, zoals gezegd zonder al te veel succes. Wanneer dit alles wordt betrokken in het antwoord op de vraag welke proceshouding een individuele officier van justitie zal aannemen bij de opsporing en vervolging van strafzaken, laat het zich raden dat maar weinig ruimte overblijft om zich terughoudend en sceptisch op te stellen ten opzichte van het genoemde beleid en de opsporingsactiviteiten. Ondanks dat die beleidsvoering het lastig maakt om een kritische en onafhankelijke houding aan de dag te leggen, wordt een dergelijke proceshouding van de officier van justitie tot in de jaren negentig nog wel verondersteld en in elk geval in theorie vereist.⁸¹⁹

Het is al eerder aangegeven dat de toedeling van de onderzoeksfunctie aan de officier van justitie ten tijde van de regeling van de strafvordering in het Ontwerp uit 1913 impliceert dat deze naast de vertegenwoordiging van het algemeen belang eveneens tot op zekere hoogte oog houdt voor de individuele belangen van de verdachte. Los van de vraag of gedurende het vierde tijdvak die laatstgenoemde belangen wel genoeg meespelen in de procesopstelling van de officier van justitie, is deze hoe dan ook gebonden aan de eisen die de regeling van de strafvordering stelt aan de rechtmatigheid van de opsporing en vervolging. In de jaren tachtig zijn daarenboven enkele belangrijke controlemechanismen verder tot wasdom gekomen die deze rechtmatigheid hebben te waarborgen. Naast de waarborg die zou moeten voortvloeien uit de grondslag en normativering van bevoegdheden in het wetboek zelf, geven ook de grondrechten uit het EVRM en de ongeschreven algemene beginselen van een goede procesorde de nodige handvatten om de verrichtingen in het vooronderzoek en de beslissing van de officier van justitie om te gaan vervolgen, te controleren. Het is vooral het laatste controlemechanisme dat van invloed kan zijn op de beleidsafwegingen van het Openbaar Ministerie en die vooraf of achteraf kan normeren. De controle op het handelen van politie en Openbaar Ministerie zou in de context van het strafproces vooral geschieden door de zittingsrechter en in mindere mate door de verdediging tijdens het onderzoek ter terechtzitting. Er is ook enige rechterlijke controle in het vooronderzoek in de zin van de betrokkenheid van de rechter-commissaris, maar deze neemt in de loop van de jaren tachtig snel verder af. De officier van justitie heeft ook zelf een controlerende rol ten opzichte van de politie. Deze controlerende rol is onder meer in het eigen belang, daar het Openbaar Ministerie op het onderzoek ter terechtzitting verantwoordelijk wordt gehouden voor het reilen en zeilen in het vooronderzoek en daarmee voor het handelen door de opsporingsinstanties.

In de bespreking van de onderzoeksfunctie van de officier van justitie voor het vorige tijdvak is reeds aan de orde gesteld dat die functie langzaam meer zeker verschuift van een eigen onderzoekende rol naar een leidinggevende en daardoor controlerende rol. Voor het onderhavige tijdvak zet die ontwikke-

⁸¹⁹ Zie Den Doelder 1988, p. 13; Meijers 1991 (1), p. 174 en 175; 't Hart 1994 (1), p. 266; Myjer 1998, p. 124.

ling zich sterk door, met dien verstande dat de officier van justitie zoals gezegd veel moeite heeft de zeggenschap over het politieapparaat te versterken en het leiderschap te gelde te maken. Aan het opsporingsarsenaal van de officier van justitie zijn weliswaar de nodige bevoegdheden toegevoegd waarbij diens leidinggevende, controlerende rol in theorie sterker wordt aangezet, maar deze zijn tevens bij uitstek bevoegdheden die bevestigen dat de politie het feitelijke opsporingswerk verricht. Bij het gebrek aan effectief leiderschap van de officier van justitie is het vooral de politie die meer onderzoeksbevoegdheden heeft gekregen en haar positie in het vierde tijdvak versterkt weet. Los van het feit dat de officier van justitie de grip op het politieapparaat lijkt te hebben verloren, neigt deze mee te gaan in de tendens van de criminaliteitsbestrijding waarbij niets of niemand wordt ontzien. Het Openbaar Ministerie staat toe dat de grenzen van de rechtmatigheid van de toepassing van bevoegdheden worden opgezocht en overschreden door de opsporingsinstanties. De beslissingsruimte die de wet de officier van justitie laat, wordt ten volle benut en steeds verder opgerekt. De algemene taakstellingen voor de politie en het Openbaar Ministerie uit de Politiewet en het Wetboek van Strafvordering worden aangegrepen om ingrijpende, buitenwettelijke opsporingsmethoden te creëren en te legitimeren. Er kan onder deze omstandigheden dan ook niet echt meer worden gesproken van een normerende controle door de officier van justitie, wat weer van betekenis is voor veranderde onderzoeksfunctie.

Bij de bespreking van de tweeledige functie van de rechter-commissaris is duidelijk naar voren gekomen dat de controle op het functioneren van de officier van justitie door de overige procesdeelnemers in het vooronderzoek zo langzamerhand illusoir is geworden. Voor zowel de rechter-commissaris als de verdediging geldt dat deze gedurende de vroegsporing, klassieke opsporing en parallelle opsporing zoveel mogelijk buiten spel worden gehouden ten gunste van de doelmatigheid van het onderzoek. Een effectieve controle door de zittingsrechter blijft ondanks de aanwas van controlemechanismen eveneens achterwege. Er is een groot vertrouwen in het optreden van de officier van justitie en de zittingsrechter laat bijvoorbeeld het oprekken van diens discretionaire handelingsruimte en de overschrijding van de grenzen van de wettelijke opsporingsbevoegdheden doorgaans onbestraft. Feitelijk wordt de officier van justitie niet of nauwelijks door de zittingsrechter afgerekend op de verrichtingen in het vooronderzoek. Wanneer uiteindelijk de bom barst tijdens de IRT-affaire en het onderzoek van de Parlementaire Enquêtecommissie waarin de misstanden in de opsporingspraktijk naar voren komen, wordt duidelijk waar het gebrek aan controle in het vierde tijdvak toe heeft geleid: een ernstige crisis in de opsporing. Wat betreft de onderzoeksfunctie van de officier van justitie zijn de oplossingen die in het licht van de geschetste maatschappelijke, (rechts)politieke en juridische ontwikkelingen worden doorgevoerd, opmerkelijk te noemen.

Het Openbaar Ministerie wordt met de wetswijzigingen die volgen op de crisis in de opsporing – de Wet BOB en de Wet Herziening gerechtelijk voor-

onderzoek – in combinatie met de eigen reorganisatierapporten uit diezelfde periode, wederom als een spin in het web van de strafvordering geplaatst met een grote hoeveelheid taken. De veelgehoorde kritiek dat het Openbaar Ministerie zich eerst maar weer eens op de kerntaken zou moeten concentreren – de onderzoeksfunctie, het leidinggeven aan de opsporing en het vervolgen van strafbare feiten – wordt blijkbaar niet ter harte genomen.⁸²⁰ De officier van justitie wordt door de wetswijzigingen nadrukkelijk als leider in het vooronderzoek neergezet, ondanks het feit dat deze dit leiderschap tot dan toe niet heeft kunnen waarmaken. In de op grote schaal aangepaste wettelijke regeling van het strafrechtelijk vooronderzoek wordt maar weinig plaats ingeruimd voor de controlerende functies van de rechter-commissaris en de verdediging, terwijl in het vierde tijdvak toch is gebleken dat een dringende behoefte bestaat aan meer controle op de opsporing en aan meer tegenonderzoek. Aan het gezag van de officier van justitie over de nieuwe en herschikte bevoegdheden wordt de consequentie verbonden dat deze in de meeste gevallen de rechtmatige toepassing van die bevoegdheden heeft te waarborgen. De officier van justitie krijgt meer wettelijke bevoegdheden, zonder dat deze daarbij zelf een actieve, onderzoekende rol heeft. Het gaat vooral om toezicht op de opsporing door de politie. Ofschoon de onderzoeksfunctie van de officier van justitie verder wordt uitgebreid, zal deze zelf niet veel meer onderzoek gaan verrichten, maar met name dat onderzoek controleren. Het voert allicht te ver om voor dit vierde tijdvak al te spreken van een ontwikkeling in de onderzoeksfunctie van de officier van justitie die gelijke trekken vertoont met de eerste veranderingen in de onderzoeksfunctie van de rechter-commissaris zoals die zijn geconstateerd voor het tweede en derde tijdvak, maar de gelijkenis dringt zich wel op en zou de nodige alarmbellen moeten doen rinkelen. Niettemin is het mogelijk dat de officier van justitie zich wat zijn onderzoeksfunctie betreft in het volgende tijdvak herpakt en daadwerkelijk de leiding over de opsporing neemt. Een saillant detail bij het opnemen van de bijzondere opsporingsbevoegdheden in de wet is dat de wetgever niet in navolging van de Commissie Van Traa heeft besloten alle ingrijpende, buitenwettelijke opsporingsmethoden die op gespannen voet staan met de stringente eisen van een legitieme strafvordering gewoonweg buiten toepassing te verklaren. De wetgever heeft echter besloten die methoden te voorzien van een grondslag en normering waarbij nog altijd vraagtekens kunnen worden geplaatst.

De wetgever kiest er bij uitzondering voor de rechter-commissaris een rol toe te delen bij opsporingsbevoegdheden die een ernstige inbreuk op één of meerdere grondrechten opleveren. Een andere controle op de verrichtingen in het vooronderzoek dan die door de officier van justitie zelf, wordt niet echt gecreëerd. Ten aanzien van de controle door de zittingsrechter is al gesteld dat hoewel deze middelen in handen heeft gekregen om misstanden uit het vooronderzoek te verrekenen bij de beoordeling van de strafzaak ter terechtzit-

820 Zie Osinga 1996, p. 424.

ting, die controle niet meer effect hoeft te sorteren dan voor die tijd. Het sanctiearsenaal van art. 359a Sv laat de mogelijkheid open onregelmatigheden in de opsporing toe te staan of niet principieel te bestraffen. Er hoeft dan ook ten opzichte van de bestaande strafrechtspraktijk niet veel te veranderen. Hier komt nog bij dat veel formele voorschriften voor de toepassing van bevoegdheden zijn geschrapt of versoepeld. Er blijft ruimte voor de zittingsrechter om ruimhartig om te springen met de opsporingsbelangen van de officier van justitie. Het is daarnaast niet reëel te verwachten dat de zittingsrechter in staat zal zijn het uitgedijde vooronderzoek in zijn geheel te controleren, vooral niet nu de opsporing door het verruimen van het opsporingsbegrip is opgerekt naar een vroegere fase. In het verlengde van deze constatering blijft voor de officier van justitie de vrijheid aanwezig zich vooral te richten op het opsporingsbelang en andere belangen minder hoog aan te slaan. Nu zal het misbruik van die vrijheid zo kort na de IRT-affaire en andere schokkende ontwikkelingen uit de jaren negentig feitelijk wel meevallen, maar het gevaar blijft bestaan dat de procesopstelling van de officier van justitie weer omslaat wanneer de storm is geluwd. Een wettelijke regeling van de controle op het opsporingsonderzoek met een meer geprononceerde positie voor de rechter-commissaris, de verdediging of de zittingsrechter zou een dergelijke omslag wellicht kunnen voorkomen.

De onderzoeksfunctie van de officier van justitie is in het onderhavige tijdvak naar het zich laat aanzien verruimd: de officier van justitie heeft een sterkere positie gekregen met meer zeggenschap en meer bevoegdheden. Inhoudelijk is echter nog altijd geen oplossing gevonden voor de problemen bij de gezagsuitoefening ten opzichte van de politie. De veranderingen die van invloed zijn op de onderzoeksfunctie van de officier van justitie – het controlerende leiderschap – dragen het gevaar in zich dat dit gezag in zijn geheel niet wordt hersteld en dat in het verlengde daarvan geen effectieve controle wordt gerealiseerd op het strafrechtelijk vooronderzoek. Het Openbaar Ministerie tracht zich aan het einde van de jaren negentig weliswaar te herpakken, maar het blijft ongewis hoe dit controlevraagstuk in het volgende tijdvak wordt beantwoord.

7.3.3 De verdediging

Het is onmiskenbaar dat de positie van de verdediging in de loop van het vierde tijdvak wederom een aanzienlijke verandering heeft ondergaan. In de eerste plaats heeft de rechtsbijstand zich ten opzichte van de eerdere tijdvakken verder geprofessionaliseerd. Vanaf de jaren zeventig wordt de organisatie van de advocatuur alsnauw verbeterd, hetgeen zich onder andere vertaalt in een betere beroepsopleiding voor advocaten.⁸²¹ Er is sprake van een meer bedrijfs-

821 Zie Klijn, Kester & Huls 1992, p. 25-28, Wackie Eysten 2000.

matige aanpak en minder solisme, van commercialisering en internationalisering.⁸²² De eerste advocatenkantoren met een specialisatie in het strafrecht zijn gevestigd en ook die ontwikkeling wordt in de jaren tachtig doorgezet. Voor de raadsman die zich bezighoudt met strafzaken geldt dat in de loop van de jaren tachtig steeds meer eer is te behalen aan de verdediging. Naast het voeren van voor de hand liggende verweren met betrekking tot de strafbaarheid en de strafmaat, wordt het vanaf begin jaren tachtig ten gevolge van sterke rechtsbeschermende tendensen gebruik verweer te voeren ten aanzien van de waarde van het bewijs en het al dan niet rechtmatig handelen door politie en Openbaar Ministerie tijdens de opsporing en vervolging.⁸²³

Aan de ene kant zijn de nieuwe mogelijkheden om het vooronderzoek te controleren – de op het procesrecht georiënteerde rechten uit het EVRM en de beginselen van een goede procesorde – een verrijking voor het verdedigingsarsenaal, aan de andere kant brengen met name de ontwikkelingen ten aanzien van het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM voor de doorsnee raadsman het probleem met zich dat deze zich de hem onbekende materie eigen dient te maken.⁸²⁴ Al naar gelang de jaren tachtig verstrijken, slaagt de raadsman hier steeds beter in; het EVRM wordt een vaak aangedragen en gebruikte toetssteen voor de toepassing van bevoegdheden uit het wetboek.⁸²⁵ In de jaren negentig is het vanzelfsprekend geworden dat de verdediging zich beroept op een schending van de rechten uit het EVRM en op jurisprudentie van het EHRM. Dit past bij de gedachte dat het verdrag is opgesteld om de burger te voorzien van rechtsbescherming tegen vergaand overheidsingrijpen. Dat laatste doet zich bij uitstek voor in het geval van een strafrechtelijke procedure. De verdediging zal door de complexiteit van de rechten uit het EVRM oplettend en creatief moeten zijn in haar verweren, maar dat kan wel bijdragen aan haar procespositie: 'Het EVRM neemt de verdachte serieus; het haalt hem in zijn kwaliteit van procespartij uit de kring van de *personae miserabiles*. Anders gezegd: het EVRM rekent, als het op verwezenlijking van verdragsgaranties aankomt, op een alerte proceshouding.'⁸²⁶

De verbeterde procespositie en de meer inhoudelijke verweren van de raadsman ten aanzien van de gang van zaken in het vooronderzoek hebben opmerkelijk genoeg ook een keerzijde gekregen ten nadele van de verdediging.

822 Zie ook Quant 1999, Wackie Eysten 2000.

823 Zie Sutorius 1985: de raadsman dient zelf verweren te voeren, te ontdekken en te onderbouwen.

824 Zie Baauw 1981, p. 333.

825 Zie Fokkens 1994, p. 3: 'Langzamerhand werd de rechtspositie van de verdachte versterkt. Niet alleen de wetgever [...], maar ook en vooral de rechtspraak van de Hoge Raad heeft daaraan bijgedragen. De uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal [...], de toetsing van de vervolging aan beginselen van een goede procesorde [...], de doorwerking van het EVRM [...] zijn daarvan voorbeelden. Hoewel er ook ontwikkelingen waren die de rechtspositie van de verdachte onder druk zetten, [...] kan samenvattend worden geconcludeerd dat de rechtsbeschermende functie van het strafproces versterkt werd.'

826 Meijers 1993, p. 2.

De wetgever is geneigd de verbeterde procespositie om te buigen in een argument ter onderbouwing van de stelling dat het evenwicht tussen de criminaliteitsbestrijding en de rechtsbescherming vanaf halverwege de jaren tachtig verloren zou zijn gegaan. De verdediging zou door deze ontwikkelingen een onaanvaardbare voorsprong hebben gekregen ten opzichte van de politie en het Openbaar Ministerie die er niet in slagen de stijging, verharding en internationalisering van de criminaliteit te keren.⁸²⁷ Het criminaliteitsprobleem wordt beschreven in het licht van de verdachte die vanwege het georganiseerde verband waarin hij optreedt niet alleen meer en complexere strafbare feiten op zijn kerfstok heeft, maar die bovendien gewiekster is en in samenspel met zijn raadsman een obstakel vormt bij de waarheidsvinding. Deze voorstelling van zaken is in verschillende opzichten van belang voor de beschrijving van de functie van de verdediging in het vooronderzoek voor het onderhavige tijdvak. Ten eerste vormt dit beeld een aanleiding voor de wetgever de bevoegdheden van de justitiële autoriteiten in het vooronderzoek uit te breiden. De procespositie van de officier van justitie dient volgens de wetgever te worden versterkt ten koste van rechtsbeschermende voorzieningen, zodat het verstoorde evenwicht tussen de bestrijding van de criminaliteit en de rechtsbescherming kan worden hersteld. Ten tweede maakt deze voorstelling van zaken duidelijk dat voor de verdediging ten aanzien van de effectivering van haar positie en de functie die zij vervult weliswaar veel afhangt van haar eigen proceshouding en inspanningen, maar dat een slagvaardige houding zich ook tegen haar kan keren.

Voor de vorige tijdvakken is reeds betoogd dat de verdediging de verwezenlijking van haar functie tot op zekere hoogte zelf in de hand heeft. Dit is bijvoorbeeld aangetoond aan de hand van de verbetering in de verdedigingspositie gedurende de jaren zeventig. Die verbetering is onder meer het gevolg geweest van ontwikkelingen die door haarzelf zijn geëntameerd.⁸²⁸ Vanaf eind jaren tachtig wordt echter allengs duidelijk dat deze door eigen inspanningen verbeterde procespositie tegen beperkingen aanloopt die buiten de macht van de verdediging liggen. Zo wordt een beroep op de schending van het EVRM in de opsporingsfase bemoeilijkt door uitbreiding van de opsporing naar een vroegere, meer afgeschermd fase waarover weinig wordt vastgelegd in processen-verbaal. Dit maakt het verweer en de toets daarvan door de zittingsrechter lastig. Ook de aanvaarding door de rechter van een soepelere omgangsvorm met procedurevoorschriften uit het vooronderzoek door de justitiële autoriteiten ondergraaft een effectief beroep op een dergelijke schending. Een toets van de proportionaliteit en subsidiariteit bij de inzet van ingrijpende opsporingsmiddelen die in verband met het zwaarwegende belang van de

827 Zie Wladimiroff 1998, p. 80: 'De door alerte advocaten aan de orde gestelde fouten bij de opsporing en vervolging riepen merkwaardig genoeg niet de vraag op hoe dergelijke fouten voorkomen konden worden.'

828 Zie daarvoor onder meer de beschrijving van de ontwikkelingen voor het derde tijdvak.

opsporing van ernstige criminaliteit al snel in het voordeel van de justitiële autoriteiten uitvalt, maakt een beroep op een schending van de beginselen van een goede procesorde min of meer vergeefs.⁸²⁹ Het lijkt erop dat onder invloed van de tendens die de criminaliteitsbestrijding bovenaan de agenda plaatst, in de praktijk tegenwicht wordt gevonden een verdediging die ten volle de rechtsbeschermende voorzieningen die zij tot haar beschikking heeft, tracht te benutten. Er is onder die omstandigheden in elk geval weinig tot geen behoefte aan een lastige raadsman of een assertieve verdachte. Het lijkt erop dat de verbetering in procespositie wordt 'gecorrigeerd'.

De situatie waarin de verdediging in de jaren negentig verzeild is geraakt ten aanzien van haar eigen functioneren, is bijzonder. Er is eerder in dit onderzoek gesteld dat haar functie dient te worden gezocht in de rechtsbescherming in het belang van de verdachte. Een onvolkomenheid bij het toedichten van een functie aan de verdediging is dat zij feitelijk niet echt een functie in het strafproces heeft. De verdachte is onderwerp van opsporing en vervolging en heeft bepaalde rechten en bevoegdheden die in zijn belang kunnen worden aangewend, maar daartoe bestaat geen verplichting. Melai stelt dat de verdachte '[i]n tegenstelling tot de leden van het OM of de rechter [...] niet een bijzondere status met de kenmerken van een publiekrechtelijke functie ["heeft verkregen"]', waaruit specifieke verplichtingen zouden voortvloeien tot opheldering van een "waarheid", tot de onderwerping aan een dwangmiddel of tot het ondergaan van een straf of een strafrechtelijke maatregel. Op grond van de aan de politieke en justitiële ambtenaren toegekende bevoegdheden heeft de verdachte binnen het strafrechtelijk stelsel – vanuit justitieel gezichtspunt – uitsluitend één en ander te gedogen.⁸³⁰ De raadsman wordt in de regeling van de strafvordering net zo min als de verdachte ergens toe verplicht. De raadsman staat de verdachte bij en heeft in dat kader grotendeels dezelfde rechten en bevoegdheden. Die taak die voortvloeit uit de uitoefening van zijn beroep is gelegen in de behartiging van de individuele belangen van de verdachte.⁸³¹ Omdat de verdediging in beginsel nergens toe kan worden verplicht, verschilt zij van de andere procesdeelnemers.⁸³²

829 Zie over deze ontwikkelingen Wladimiroff 1998, p. 80/81: '[D]e impact van verweren werd beperkt en vervolgens werd vanaf midden jaren tachtig eerst de positie van de politie en vervolgens die van het openbaar ministerie versterkt. Deze ontwikkeling was niet alleen het gevolg van wetgeving onder politieke druk, maar ook van een veranderende jurisprudentie onder een afbrokkelende beginselvastheid van de rechterlijke macht.'

830 Melai 1985, p. 15-16: 'Dat woord "gedogen" heeft geen verdergaande strekking dan dat [...] die handelingen tegenover de verdachte rechtmatig zijn. Maar daarin ligt geen verbintenis opgesloten voor de verdachte om te doen wat in strafrechtelijk onderzoek van hem zou worden verlangd.' Zie voor vergelijkbare opvatting Cleiren 1990 (1), p. 148-155.

831 Zie Wladimiroff 1998, p. 80: '[H]et goed kunnen functioneren van een raadsman is in wezen een zaak van algemeen belang; een fatsoenlijke rechtspleging respecteert de rol van de raadsman.' Zie ook De Roos 1991 (1), p. 14-15 en Spronken 1998, p. 191 en 200.

832 Zie bijvoorbeeld Cleiren 1990 (1), p. 152-154; Cleiren 1992, p. 22-23; Spronken 1998, p. 191.

De verdediging bepaalt haar eigen procespositie en kan door een actieve rol te spelen allicht beter de belangen van de verdachte behartigen. Voor het vierde tijdvak is het in lijn met de daaraan voorafgegangene ontwikkelingen niet zozeer opmerkelijk dat de verdediging daadwerkelijk meer rechtsbescherming tracht te verwezenlijken, als wel dat er ten gevolge van die toegenomen inspanningen wordt gesproken van een 'overschot' aan rechtsbescherming. Met name aan de kant van de wetgever of de justitiële autoriteiten wordt de opvatting breder gedragen dat het evenwicht tussen waarheidsvinding en rechtsbescherming zou zijn doorgeschoten.⁸³³ Zelfs de rechterlijke macht wordt een toenemende irritatie toegedicht ten aanzien van de extra inspanningen van de verdediging en alle 'indirecte' verweren die zij voert.⁸³⁴ Het komt er feitelijk op neer dat de verdediging te goed (te eenzijdig) de belangen van de verdachte behartigt. Met name de raadsman heeft het te ontgelden, omdat deze als professionele tegenspeler van de justitiële autoriteiten in naam van de verdachte gebruik maakt van de rechten en bevoegdheden die de verdediging ter beschikking staan. 'Vaak gaat het hierbij om de manier waarop de verdediging met de materiële waarheidsvinding om gaat, of juist de aandacht daarvan afleidt door zich met name te richten op de (on)rechtmatigheid van de opsporing en vervolging.'⁸³⁵ Soms wordt de gedachte uitgesproken dat de raadsman een verantwoordelijkheid zou hebben in het kader van de waarheidsvinding en dat hij die waarheidsvinding niet mag frustreren.⁸³⁶

Volgens Spronken komt de roep om een objectieve houding van de raadsman en om meer distantie ten opzichte van de verdachte voort uit het feit dat het doel van de waarheidsvinding voorrang geniet boven het doel van de rechtsbescherming.⁸³⁷ Spronken begrijpt dat 'een consequent doorgevoerde partijdigheid die de waarheidsvinding naar de achtergrond schuift' weerstand oproept bij de andere procesdeelnemers.⁸³⁸ Zij ontkent dat de raadsman gezien zijn taak in het strafproces een verantwoordelijkheid ten aanzien van de waarheidsvinding kan worden toebedeeld. Omdat de verdachte geen publieke

833 Zo stelt Cleiren (1990 (1), p. 142) dat de vraag naar de positie van de verdachte actueel is in verband met de doelmatigheidsdrang van de wetgever, het Openbaar Ministerie en de rechter.

834 Zie Baauw 1996, p. 141; Zie Prakken 1999, p. 2-3: 'Tijdens het eindonderzoek wordt van de verdediging vervolgens verwacht dat zij over het vooronderzoek niet al te veel vragen stelt.' Zie ook Sjöcrona 1999, p. 85: 'Het valt op dat de irritatie zich vaker richt op de verdediging dan op de OvJ die het door zijn weigerachtigheid juist tot discussiepunt voor de zitting heeft gemaakt.'

835 Zie Spronken 1998, p. 191. Zie hierover ook De Roos 1995; Mols en Spronken 1996.

836 Spronken beschrijft het beeld van een nieuw soort strafrechtsadvocaat in de vorm van 'de slimme amorele technocraten, die zich niet bekommeren om de rechtsstaat, [...] maar met alle middelen, vooral gebruikmakend van formele vormfouten, hun (in de ogen van de publieke opinie schuldige) cliënten vrijpleiten.' Zie Spronken 1998, p. 192. Spronken verwijst naar Kaptein 1995 (1) en (2) (zie p. 192-195).

837 Zie Spronken 1998, p. 195.

838 Zie ook De Roos 1991 (1), p. 40: 'Een actief verdediger zal al snel de justitie – althans in perceptie van de justitiële organen – hinderlijk voor de voeten lopen.'

functie heeft in het strafproces maar vooral onderwerp is van het handelen van politie en Openbaar Ministerie, kan van zijn raadsman evenmin worden verwacht dat deze meewerkt aan de waarheidsvinding.⁸³⁹ De taak van de raadsman – individuele rechtsbescherming door eenzijdige belangenbehartiging – is immers afgeleid van de positie van de verdachte.⁸⁴⁰ Deze taak brengt voor de waarheidsvinding met zich dat de raadsman doorgaans alleen feiten zal aandragen die de verdachte kunnen ontlasten.⁸⁴¹ De opstelling van de raadsman is wel minder vrij dan die van de verdachte – '[de verdachte] mag door te zwijgen, te liegen of onvindbaar te zijn, de voortgang van de procedure vertragen of saboteren. Hij hoeft niet mee te werken aan zijn eigen veroordeling' –, omdat de raadsman de waarheidsvinding niet mag tegenwerken. Dit is echter niet hetzelfde als dat de raadsman kan worden verplicht mee te werken aan de waarheidsvinding.⁸⁴²

In het verlengde van de stelling dat de verdediging een zekere verantwoordelijkheid zou hebben voor de doelstelling van het strafproces, leidt de discussie over het vermeende overschot aan rechtsbescherming zo nu en dan tot de gedachte dat de verdediging in haar optreden wellicht ook gebonden zou zijn aan de beginselen van een goede procesorde.⁸⁴³ Deze gedachte komt voort uit de ervaring dat de verdediging de rechten en bevoegdheden die haar ter beschikking staan, kan aanwenden met als gevolg dat het onderzoek wordt vertraagd en de waarheidsvinding wordt bemoeilijkt. Zolang de raadsman wijst op de grenzen die de regeling van de strafvordering stelt aan het optreden van politie en Openbaar Ministerie en aanvoert dat deze zijn overschreden, is nog geen sprake van het tegenwerken van de waarheidsvinding. Deze verweren worden wel als lastig ervaren vanuit de gedachte dat daarmee de aandacht van de waarheidsvinding wordt afgeleid en dit wordt al niet gewaardeerd. Wanneer een vertraging van het strafproces het enige is wat wordt beoogd met de gevoerde verweren, stuit dit op grote weerstand. 'Een beetje grote zaak begint aan de kant van de verdediging met de vooronderstelling van schuld aan de kant van de politie. Daaraan pleegt vervolgens pakweg 75% van de zittingstijd en 90% van het pleidooi besteed te worden. En als die

839 Zie Spronken 1998, p. 192. Zie over de publieke functie van de verdediging voorts p. 200: 'De rechtsbeschermende taak van de verdediging heeft ook een publieke functie omdat hierdoor het rechtsstatelijke karakter van het strafproces wordt gehandhaafd.'

840 Anders gezegd De Roos 1991 (1), p. 13: 'Raadsman en verdachte zijn – hoe verschillend hun rol en posities in allerlei opzichten ook mogen zijn – in ons wettelijk systeem tot elkaar veroordeeld.'

841 Zie Spronken 1998, p. 198.

842 Zie Spronken 1998, p. 198/199. Zie ook De Roos 1991 (1), p. 33: 'Voorts is er onder de advocaat-auteurs [...] communis opinio, dat de raadsman de justitiële inspanningen om de zaak tot een oplossing te brengen [...], 'voor zover geschied met inachtneming van de rechten van de verdachte' niet mag verhinderen.' Zie over het zwijgrecht van de verdachte ook Ansmink 1981.

843 Zie Blom en Hartmann 1999, p. 215.

vlieger niet blijkt op te gaan wordt er hard aan gewerkt of de zaak anderszins vertraagd of verbreed kan worden.⁸⁴⁴

Een eventuele koppeling van de verdediging aan de doelstelling van het strafproces impliceert dat zij niet alleen het belang van de rechtsbescherming in acht heeft te nemen, maar dat zij ook het belang van de waarheidsvinding behoort te dienen. Nu is het mijns inziens niet vreemd te beredeneren dat de verdediging een bijdrage kan leveren aan de waarheidsvinding, maar wel om deze bijdrage los te koppelen van de individuele belangen van verdachte.⁸⁴⁵ Een gebondenheid aan de doelstelling van het strafproces impliceert dat de verdediging ook de plicht zou hebben het algemeen belang van de waarheidsvinding te laten prevaleren boven het individuele belang. De verdediging kan er bij het aanwenden van haar bevoegdheden dan op worden aangesproken als zij de belangen van de verdachte voorrang verleent. Dit laatste speelt met name als de verdediging met het effectueren van haar rechtspositie doelbewust de rechtsgang belemmert. Wanneer de verdediging geen ander doel heeft dan die belemmering, wordt vanuit de gedachte dat haar optreden in strijd is met de beginselen van een goede procesorde, onder omstandigheden het etiket 'misbruik van bevoegdheden' op haar handelingen geplakt.⁸⁴⁶

In het verlengde van de vraag of de verdediging een taak heeft bij de waarheidsvinding, ligt de vraag of de beginselen van een goede procesorde zich uitstrekken tot haar optreden.⁸⁴⁷ Dit is een schakel in de redenering dat onder omstandigheden zou kunnen worden gesproken van 'misbruik van bevoegdheden'.⁸⁴⁸ De toepasselijkheid van die beginselen op het functioneren van de verdediging wordt door diverse auteurs bestreden, onder meer op grond van het feit dat noch de verdachte, noch diens raadsman een publieke functie heeft.⁸⁴⁹ Prakken stelt bovendien dat de neiging om de werking van de beginselen van een goede procesorde door te trekken naar de verdediging, onaanvaardbaar is gezien het feit dat de rechter de sanctionering van een schending van die beginselen door de justitiële autoriteiten, al afhankelijk heeft gemaakt van de vraag of de verdachte concreet in zijn belangen is geschaad. De rechten van de verdediging hebben op deze manier een privaat karakter gekregen. '[A]nderzijds worden tegelijkertijd aan de verdediging in de persoon van de raadsman eisen gesteld die alleen aan publieke functionarissen gesteld

844 Myjer 1999, p. 78-79.

845 Vergelijk Spronken 1998, p. 199: 'Ook de rechtsbeschermende taak van de verdediging staat gedeeltelijk in het teken van de waarheidsvinding.'

846 Zie over een concrete strafzaak Sjöcrona en Van der Spek 1993, p. 632-634.

847 Zie Blom en Hartmann 1999, p. 215-221.

848 Zie Blom en Hartmann 1999, p. 215.

849 Zie onder meer Cleiren 1989, p. 183: '[Het] blijkt overduidelijk dat de Hoge Raad niet bereid is de uitoefening van bevoegdheden van de verdachte en/of diens raadsman, buiten de door de wetgever in de bevoegdheden besloten conditioneringen, te laten conditioneren door de beginselen van een goede procesorde.' Zie ook De Roos 1991 (1), p. 30; Sjöcrona 1999, p. 82.

kunnen worden, namelijk dat bevoegdheden slechts gebruikt mogen worden voor het doel waarvoor zij gegeven zijn. De verdedigingsrechten worden dus beperkt tot private rechten, de verdedigingsplichten uitgebreid tot de plichten van een publiekrechtelijke functionaris.⁸⁵⁰ Dit is een veelzeggende inconsequentie in het denken over de rechtspositie van de verdediging.

In de literatuur wordt daarnaast tot terughoudendheid gemaand in het denken over de mogelijkheid de verdediging onder omstandigheden het verwijt te maken dat zij haar rechtspositie misbruikt. 'Wie misbruik maakt van recht is doende de goede gang van zaken van het strafproces te saboteren. Meer in het algemeen gaat het om obstructie en dat is een zodanig ernstig verwijt dat het niet licht gemaakt mag worden.'⁸⁵¹ Cleiren wijst het gebruik van het etiket 'misbruik' zonder meer van de hand wanneer de verdediging in het kader van het strafproces louter haar rechten en bevoegdheden aanwendt.⁸⁵² Cleirens bezwaren bestaan in de eerste plaats in de legitimerende werking die uitgaat van de effectuering van de verdedigingspositie tijdens het strafproces: het vonnis wordt eerder begrepen en aanvaard door de verdachte en het publiek als de verdediging vrij is verweer te voeren en niet wordt beknot door een beperkte uitleg van haar rechten en bevoegdheden. Ten tweede biedt de positie van de verdediging haar de mogelijkheid een eigen versie van de strafzaak voor het voetlicht te brengen, waardoor niet alleen een bijdrage kan worden geleverd aan de rechtsbescherming, maar ook aan de materiële waarheidsvinding:⁸⁵³ de idee dat de bevoegdheden kunnen worden misbruikt, staat hier haaks op. Als laatste bezwaar kan worden genoemd dat het de wetgever is die wat de posities van de procesdeelnemers betreft een afweging heeft gemaakt tussen de belangen die bij het strafproces in het geding zijn. De positie die de verdediging inneemt, is een resultaat van dat afwegingsproces. 'Vanuit dit gezichtspunt ligt het niet in de rede dat de rechter [het] optreden van de verdachte kwalificeert als oneigenlijk gebruik of misbruik van bevoegdheid. Immers, hoe inefficiënt, ondoelmatig, kostbaar, tijdrovend onfatsoenlijk etc. het optreden [...] ook is, men kan stellen dat, nu de wetgever dit type belangen heeft 'meegewogen' bij de totstandkoming van het wetboek, de rechter niet vrij is deze belangenafweging nog eens over te doen.'⁸⁵⁴ De enige situatie waarin zou kunnen worden gesproken van misbruik van bevoegdheden – en dan nog met grote voorzichtigheid en een zeer beperkte toetsingsruimte voor de rechter – is die waarin het optreden van de verdediging 'volstrekt niet meer past of apert in strijd is met de strekking van

850 Prakken 1999, p. 22.

851 Mols 1999, p. 82.

852 Zie Cleiren 1990 (1), p. 156-158.

853 Zie over de rol van de verdachte bij het vaststellen van de waarheid en het verzet tegen het dominante werkelijkheidsbeeld van het recht 't Hart 1983 (5), p. 181-218; 't Hart 1991, p. 11-56. Zie ook Spronken 1998, p. 199.

854 Cleiren 1990 (1), p. 157.

de bevoegdheid en zijn belang niet meer een rechtens te beschermen belang kan worden genoemd'.⁸⁵⁵

De discussie over de vraag of de verdediging een verantwoordelijkheid heeft terzake van de waarheidsvinding in het algemeen belang, over de vraag of zij gebonden is aan de beginselen van een goede procesorde en of zij ervan kan worden beticht haar rechten en bevoegdheden te misbruiken, is veelzeggend voor de positie die de verdediging aan het einde van de jaren negentig is gaan innemen. Hoewel zij beter dan in de eerdere tijdvakken in staat is en de gelegenheid heeft haar belangen te verdedigen, zijn de verwachtingen omtrent haar optreden gestegen en ontstaan er aanspraken in het kader van de waarheidsvinding. Die aanspraken verhouden zich slecht met het feit dat de verdediging weliswaar een betere procespositie heeft verworven, maar op veel cruciale momenten niet bij het vooronderzoek wordt betrokken. Ofschoon men de verdediging wel een verantwoordelijkheid toedicht in het kader van de waarheidsvinding, heeft zij niet meer bevoegdheden gekregen om daadwerkelijk daaraan een bijdrage te leveren.⁸⁵⁶ Zij wordt vooral geacht haar rechten en bevoegdheden aan te wenden in het belang van het onderzoek, althans dat onderzoek niet door haar optreden te bemoeilijken en te vertragen. De verwachtingen zijn ook toegenomen voor wat betreft de alerte proceshouding van de verdediging. Deze proceshouding wordt verondersteld ten aanzien van de rechten van het EVRM waarop de verdediging zich kan beroepen teneinde de individuele belangen van de verdachte te behartigen. Bovendien geeft de wijze waarop in de rechtspraak de verschillende belangen tegen elkaar worden afgewogen, aanleiding tot buitengewone waakzaamheid aan de kant van de verdediging.⁸⁵⁷ In de loop van het onderhavige tijdvak keert het voordeel dat kan worden behaald met een alerte proceshouding zich tegen de verdediging als de tendens kan worden bespeurd dat zij wordt afgerekend op het niet of te laat aanwenden van bevoegdheden. De verdediging dient haar kansen om de procesvoering te beïnvloeden aan te grijpen, aangezien het gevaar zich voordoet dat indien zij die kansen laat lopen, zij in een later stadium van het strafproces voor de voeten krijgt geworpen dat zij eerder iets had moeten ondernemen.⁸⁵⁸ Deze gang van zaken sluit aan bij de eerder

855 Zie Cleiren 1990 (1), p. 161-163 en De Roos 1991 (1), p. 31-32.

856 Zie Prakken 1999, p. 25: ' [D]e verdediging [moet] effectief zijn in die zin dat zij in staat is de resultaten van het proces te beïnvloeden en tenminste haar subjectieve kant van de waarheid daarin in te brengen.'

857 Zie Sjöcrona 1999, p. 82: '[De belangenjurisdictie] komt er op neer dat de verdachte wordt geacht niet in zijn belang te zijn geschaad door onbehoorlijk, onredelijk en soms zelfs onrechtmatig handelen of nalaten van de politie, OM of ZM, indien daarover door verdachte noch raadsman expliciet en vreselijk volhardend verweer is gevoerd.' Zie ook Cleiren 1990 (1), p. 143. Zie voor een bevestiging *Kamerstukken II 1993/94*, 23 705, nr. 3, p. 3: 'Wettelijke automatismen worden vervangen door een ruimere vrijheid voor de rechter om de in het geding zijn de belangen af te wegen. [...] Daarbij wordt in belangrijke mate acht geslagen op de vraag of de verdachte zich beroepen heeft op zijn toekomstige rechten.'

858 Zie De Roos 1991 (1), p. 10.

geconstateerde ontwikkeling dat voor zover er al een overschot aan rechtsbescherming is, de strafrechtspraktijk dat corrigeert. 'Het verwijt dat de verdediging in zijn rechtsbeschermende taak te ver zou doorschieten is niet alleen onterecht, maar ook tegenstrijdig met de tendens in de rechtspraak dat van de verdediging op dit punt een alerte en actieve houding wordt verwacht op straffe van verlies van rechten.'⁸⁵⁹ Het feit dat de door haarzelf verworven effectieve rechtspositie zich tegen de verdediging kan keren, geldt overigens ook voor het terrein van de wetgever: in wetsvoorstellen wordt steeds vaker een actieve houding van de verdediging verlangd, met het oog op een goedkoper en efficiënter strafproces.⁸⁶⁰

Uit het voorgaande blijkt dat de rechtsbeschermende functie van de verdediging vooral door haar eigen optreden ook in het vierde tijdvak meer vorm krijgt. De keerzijde is dat in het wetgevingsproces en bij belangenafwegingen in het strafproces anders over die functie wordt gedacht. Uiteindelijk snijdt de verdediging zichzelf in de vingers door te trachten haar procespositie verder te verbeteren: er wordt min of meer van de verdediging verwacht dat zij de eenzijdige benadering van een strafzaak vanuit het perspectief van de rechtsbescherming inruilt voor een opstelling waarin ook ruimte overblijft voor de materiële waarheidsvinding, ook als dat niet in het belang van de verdachte zou zijn. 'Dit strookt echter niet met de rechtsbeschermende functie die de verdediging in het strafproces heeft. Deze impliceert dat de waarheidsvinding alleen vanuit subjectieve belangen van de verdachte kan worden gediend. [...] Immers indien de verdediging mede verantwoordelijk zou zijn voor de uiteindelijke uitkomst van het strafproces in termen van [...] waarheidsvinding dan moet zij op een gegeven moment haar rechtsbeschermende functie, die geënt is op de ondersteuning van de verdachte en diens recht op een eerlijk proces, loslaten. En daarmee verliest de verdediging haar functie.'⁸⁶¹ Aan het einde van de jaren negentig staat de verdediging als procesdeelnemer in het vooronderzoek met haar functie definitief op de kaart, wat ervoor zorgt dat zij meer tegenwicht heeft te verduren van het Openbaar Ministerie en er nog harder aan heeft te trekken om die functie te kunnen blijven vervullen.

7.3.4 De onderlinge rolverdeling en driehoeksverhouding

7.3.4.1 *De verhouding tussen de rechter-commissaris en de officier van justitie*

Voor de verhouding tussen de rechter-commissaris en de officier van justitie geldt dat de functie van de eerstgenoemde ver naar de achtergrond is gedrongen ten gunste van de laatstgenoemde. De officier van justitie is definitief de

859 Spronken 1998, p. 200.

860 Zie Cleiren 1990 (1), p. 144.

861 Spronken 1998, p. 201.

leider in het vooronderzoek geworden, ook in de wettelijke regeling. De officier van justitie wordt geacht tegelijkertijd een sturende en een controlerende instantie te zijn voor de verrichtingen van de politie in het opsporingsonderzoek. De controle op het optreden van de officier van justitie is voor het grootste deel uit het vooronderzoek gehaald en toebedeeld aan de zittingsrechter. Die controle is daardoor een controle achteraf geworden. Ter verduidelijking van de verhouding in het vooronderzoek is de rechter-commissaris behoudens een incidentele machtiging of toets niet belast met de controle op de officier van justitie. De nieuwe regeling van de bijzondere opsporingsbevoegdheden en het gerechtelijk vooronderzoek sluiten aan bij de situatie die in de loop der jaren in de praktijk is ontstaan: de rechter-commissaris is door tal van oorzaken niet in staat gebleken het vooronderzoek effectief te controleren.

Het verlies aan gezag in de praktijk ten opzichte van het opsporingsonderzoek onder leiding van de officier van justitie is de hoofdreden voor het terugdringen van de functie van de rechter-commissaris. Door het terugdringen van die functie ontstaat het gevaar dat achterliggende belangen worden verwaarloosd: de rechter-commissaris heeft een eigen rol in de materiële waarheidsvinding en de individuele rechtsbescherming, anders dan de andere procesdeelnemers. Het is zeer de vraag of de officier van justitie dat probleem kan ondervangen door zich te profileren als leider van het vooronderzoek met de nodige objectiviteit en onafhankelijkheid bij de opsporing en vervolging.⁸⁶² De wettelijke regeling neemt niettemin de verandering in de functie van de officier van justitie die daarvoor nodig is, als uitgangspunt. Het is onzeker of het doel van de materiële waarheidsvinding in eenzelfde mate kan worden gerealiseerd nu er minder controle is op het onderzoek van politie en officier van justitie, en de verdediging niet meer mogelijkheden krijgt om tegenonderzoek te laten verrichten. Het is daarnaast hoogst onzeker of de rechtsbescherming op eenzelfde wijze zal worden gediend als met de functie die de rechter-commissaris op het concrete niveau van de wettelijke regeling vervulde; het ligt voor de hand dat de officier van justitie anders staat in de afweging omtrent de inzet van bepaalde onderzoeksbevoegdheden tegen de verdachte en in de wezenlijke controle op het vooronderzoek.⁸⁶³ De rechter-commissaris is op grond van zijn nieuwe positie in de wettelijke regeling niet meer in de gelegenheid de waarheidsvinding en rechtsbescherming te dienen zoals dat voorheen kon worden verondersteld. De rechter-commissaris verleent vooral hand- en spandiensten in het onderzoek van de officier van justitie.

862 Zie over de hybride positie van de officier van justitie als onpartijdige partij De Bruijn 1989, p. 976 en Meijers 1988.

863 Zie Wladimiroff 1998, p. 83.

7.3.4.2 *De verhouding tussen de rechter-commissaris en de verdediging*

De verandering in de functie van de rechter-commissaris heeft ook gevolgen voor het functioneren van de verdediging. Het in onbruik geraken en ontmantelen van het gerechtelijk vooronderzoek zorgen er in elk geval voor dat de verdediging in de praktijk geen vastomlijnd kader in de voorfase rest waarin zij als procesdeelnemer bij het onderzoek wordt betrokken. Het voordeel van het gerechtelijk vooronderzoek is voor haar geweest – althans volgens de wettelijke regeling – dat zij door tussenkomst van de rechter-commissaris op de hoogte raakt van de inhoud van het dossier, het onderzoek kan beïnvloeden en op tijd in de gelegenheid wordt gesteld de verdediging voor te bereiden. Het aanwenden van de onderzoeksbevoegdheid van de rechter-commissaris door middel van de mini-instructie wordt wel aangemerkt als waardige en effectieve vervanging voor het gerechtelijk vooronderzoek dat toch zelden meer wordt geopend, maar het verschaft de verdediging zeker niet eenzelfde procespositie. Los van het feit dat er al geen hoge drempels zijn om een verzoek tot mini-instructie af te wijzen, zal de rechter-commissaris niet op eenzelfde wijze worden geïnformeerd als binnen het kader van het gerechtelijk vooronderzoek. Die beperkte informatiepositie zorgt er eveneens voor dat de rechter-commissaris niet goed in staat is de gang van zaken in het vooronderzoek te controleren, hetgeen reeds het geval was onder de omstandigheden uit de strafrechtspraktijk van vóór de wetwijzigingen. Voor de verdediging brengt dit alles mee dat zij ten opzichte van de situatie bij een gerechtelijk vooronderzoek, niet langer een waarborg vindt in de bemoeienis van de rechter-commissaris voor de interne openbaarheid van het procesdossier. Dit wreekt zich des te meer daar geen van de justitiële autoriteiten die een rol betekenis spelen in het opsporingsonderzoek, van nature geneigd zal zijn al te veel rekening te houden met het verdedigingsbelang. Het terugdringen van de functie van de rechter-commissaris betekent ook voor de verdediging functieverlies.

7.3.4.3 *De verhouding tussen de officier van justitie en de verdediging*

De verandering in de verhouding tussen de functies van de officier van justitie en de verdediging is inzichtelijk gemaakt met de bespreking van de ontwikkeling waarin de criminaliteitsbestrijding boven aan de agenda wordt gezet ten koste van de rechtsbescherming. De verdediging ontwikkelt zich in haar functioneren, hetgeen ten goede komt aan de individuele rechtsbescherming, maar eveneens tot de opvatting leidt dat die rechtsbescherming ten koste van de materiële waarheidsvinding is doorgeschooten. Dit leidt in de eerste plaats tot de roep om meer bevoegdheden voor politie en Openbaar Ministerie in het kader van de opsporing en vervolging. Die bevoegdheden worden aanvankelijk gecreëerd in de strafrechtspraktijk als buitenwettelijke opsporingsmethoden, maar krijgen later een grondslag en normering in het wetboek. Ten tweede lijken de justitiële autoriteiten (waaronder de zittingsrechter) het vermeend

verstoorde evenwicht tussen waarheidsvinding en rechtsbescherming in de strafrechtspraktijk te corrigeren, door meer dan eens toe te staan dat de grenzen van de rechtmatige opsporing worden opgezocht en met voeten worden getreden. Tot slot keren de inspanningen die de verdediging betracht om haar procespositie te effectueren zich in zekere zin tegen haar, als de verbetering van die positie wordt vertaald in de eis dat zij zelf alert dient te zijn op het moment waarop zij haar bevoegdheden kan aanwenden, op straffe van het verlies van rechten in een later stadium van het strafproces. Langs deze wegen wordt de uitbreiding in de functie van de verdediging ten opzichte van de officier van justitie tot op zekere hoogte tenietgedaan.

7.3.4.4 *De driehoeksverhouding in het strafrechtelijk vooronderzoek*

Dit laatste is relevant voor de beschouwing van de onderlinge verhouding tussen de drie procesdeelnemers. In het onderhavige tijdvak wordt overduidelijk de functie van de officier van justitie ten opzichte van zowel de rechter-commissaris als de verdediging is versterkt, wat resulteert in een verlies van betekenis van de functie van die twee procesdeelnemers. Met het oog op het evenwicht tussen de functies is het nog te billijken dat de onderzoeksfunctie van de rechter-commissaris voor het overgrote deel in handen wordt gelegd bij de officier van justitie, waarbij de verdediging alsnog een voorziening heeft om zich tot de rechter-commissaris te wenden voor tegenonderzoek. Het belang van de materiële waarheidsvinding zou evenwel zeker onder die ontwikkeling te leiden kunnen hebben, afhankelijk van de vraag of de voorziening die verdediging is geboden wel een effectieve is. Een vraag die daarmee samenhangt maar van nog meer betekenis is voor de rolverdeling in het vooronderzoek, is of de rechter-commissaris met de beperkte functie die hij heeft gekregen wel in staat is de onderzoeksbevoegdheden die hem nog resten aan te wenden in het belang van de waarheidsvinding. De vraag dringt zich op of de rechter-commissaris met die bevoegdheden niet zo incidenteel in het opsporingsonderzoek wordt ingezet, dat zijn onderzoek is te vereenzelvigen met dat van de officier van justitie. Het evenwicht tussen de functies van de drie procesdeelnemers wordt ronduit verstoord waar het gaat om de controle op het onderzoek door de rechter-commissaris en de verdediging. Dit heeft vergaande gevolgen voor de wijze waarop de rechtsbescherming met de regeling van het vooronderzoek wordt gediend. De opvatting dat de rechtsbescherming in de loop van het vierde tijdvak zou zijn doorgeschooten, is onhoudbaar als men acht slaat op de vele nieuwe en herziene bevoegdheden die de balans juist laten doorslaan naar de kant van de officier van justitie. Een versterking van de functie van de officier van justitie zou vergen dat ook de rol van zijn 'functionele tegenspeler', de verdediging, wordt versterkt.⁸⁶⁴ Wanneer niet of slechts ten dele daarvoor wordt gekozen, ligt het voor de hand

864 Zie ook Wladimiroff 1998, p. 83.

de rol van de rechter aan te passen zodat deze in staat is de verrichtingen van de officier van justitie te controleren. Er is veel te zeggen voor de keuze om de sanctionering van onrechtmatigheden in het kader van de opsporing in handen te leggen van de zittingsrechter, maar het zou met het oog op het grote gewicht van het vooronderzoek ten opzichte van de behandeling van een strafzaak op het onderzoek ter terechtzitting vanzelfsprekender zijn de controle in dat vooronderzoek vorm te geven. Beide mogelijke aanpassingen in antwoord op de versterking van de functie van de officier van justitie zijn echter uitgebleven en in de meeste gevallen is zelfs het tegenovergestelde geschied. Onder deze omstandigheden kan niet worden gesproken van een evenwicht in de onderlinge rolverdeling tussen de drie procesdeelnemers, met alle consequenties voor het belang van de materiële waarheidsvinding en de individuele rechtsbescherming van dien.

7.4 OP DE GRENS VAN ANDERE TIJDEN IV

Het strafproces staat op de drempel van de 21^{ste} eeuw in het middelpunt van de belangstelling. Hierboven is reeds uitgebreid uit de doeken gedaan dat de aandacht voor het strafrecht als instrument om maatschappelijke problemen het hoofd te bieden, is gegroeid. In de jaren negentig neemt de aandacht voor het strafrecht ook op andere terreinen toe. Zo is een ontwikkeling te bespeuren die kan worden aangeduid als mediatisering van het strafproces.⁸⁶⁵ Het strafrecht figureert uitgebreid in de verschillende media.⁸⁶⁶ Aan het einde van de 20^{ste} eeuw zijn de opzienbarende strafzaken en al wat daarmee samenhangt bijvoorbeeld niet meer van de televisie weg te denken.⁸⁶⁷ De redenen hiervoor lijken niet zozeer gelegen in het beginsel van externe openbaarheid en de democratische legitimatie van de strafrechtspleging die voortvloeit uit de controlebaarheid van het strafproces door de burgers.⁸⁶⁸ Er is veeleer sprake van een zekere sensatiezucht bij het publiek; er ontstaat zo nu en dan zelfs een heuse mediahype rond een strafzaak.⁸⁶⁹ De grote belangstelling voor het strafrecht laat zich verklaren door de aard van sommige strafzaken: er zijn zaken die hevige emoties bij de burgers oproepen, zaken die intrigeren vanwege het stempel 'georganiseerd verband' en de status van de verdachten als zware jongens, en zaken waarin politie en Openbaar Ministerie zouden hebben 'gefaald'.⁸⁷⁰ Een ontwikkeling als de mediatisering van het strafproces draagt vele gevaren in zich, waarvan de beïnvloeding van de procesdeel-

865 Zie Doorenbos 1998, p. 489; 't Hart 2001 (1), p. 137 e.v.

866 Zie uitvoerig hierover Van Wijk en Blokland 1998.

867 Zie Schuyt 1998, p. 207.

868 Zie Van de Pol 1986, Groenhuijsen 1997 (2).

869 Zie uitvoerig hierover Brandts en Koenraadt 1998.

870 Zie Schuyt 1998, p. 208-209.

nemers, de verstoring van het strafrechtelijk onderzoek in aanloop naar de terechtzitting en de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de betrokkenen in dat onderzoek de belangrijkste voorbeelden zijn.⁸⁷¹

Het strafrecht weet zich vanwege de media-aandacht die het genereert ook in de warme belangstelling van politici en bestuurders. Vooral politici zijn doorgaans bij media-aandacht gebaat en zij schuwen niet strafrechtelijke thema's aan te grijpen om deze te verkrijgen. Deze vorm van aandacht voor het strafrecht houdt verband met de inzet van het strafrecht als instrument om maatschappelijke problemen aan te pakken en borduurt voort op het groeiende gevoel van onveiligheid.⁸⁷² Politici laten zich steeds vaker en feller uit over de gang van zaken in de strafrechtspraktijk. Zo zijn kamerleden steeds meer geneigd vragen te stellen over rechterlijke uitspraken tijdens het vragen-uurtje in de Tweede Kamer, of die uitspraken openlijk te bekritisieren. Op dit punt dringt de vraag zich op welke van de twee machten – de wetgevende of de rechtsprekende macht – het primaat heeft ten opzichte van de ander: welke macht is richtinggevend voor het strafrecht? Stolwijk stelt dat het primaat bij de wetgevende macht ligt en daarmee bij de politiek, omdat de ontwikkeling van het recht vooral wordt gevoed vanuit de Tweede Kamer.⁸⁷³ De wetgever stelt immers de bepalingen vast die de rechter heeft toe te passen. Enige ruimte om niet al te strikt met de wet om te gaan is er wel, maar de rechter zal zich doorgaans terughoudend opstellen, op het gevaar af anders een politiek standpunt in te nemen.

De verhouding tussen de wetgevende en de rechterlijke macht is gecompliceerd, omdat zij elkaar wederzijds bepalen.⁸⁷⁴ Het feit dat wetgever en rechter op elkaar zijn aangewezen, maar ook tegenover elkaar staan, geeft een zekere spanning.⁸⁷⁵ Deze spanning doet zich van oudsher sterk voelen op het gebied van het strafrecht. In de jaren negentig krijg die spanning nog een andere dimensie: het strafrecht is niet alleen wat betreft wetgeving een bruikbaar instrument, maar het wordt ook in het politieke debat aangegrepen om media-aandacht te genereren. Politici gebruiken het strafrecht om zich te profileren. Volgens Stolwijk schuilt daarin een gevaar: 'De politiek zal de neiging hebben haar competentie zo breed mogelijk te maken. De strafrechter aan de andere

871 Zie Scholten 1998; 't Hart 1998, p. 840-844. De beeldvorming in de media doet bovendien niet altijd recht aan de werkelijkheid van de rechtshandhaving, zie Brants 1999, p. 34-36.

872 Zie Stolwijk 1998, p. 849.

873 Zie Stolwijk 1998, p. 848. Zie over misvattingen over het primaat van de politiek Van Gunsteren 1998.

874 't Hart 1998, p. 835. 'De wettelijke bepalingen [...] dienen te worden vastgesteld door democratisch gekozen organen. Vervolgens dient, onder democratische controle, op bestuurlijk niveau het beleid te worden bepaald. Maar het recht, met de daaraan ten grondslag liggende waarden, moet op zijn beurt de democratisch gelegitimeerde besluitvorming als het ware temperen en daaraan randvoorwaarden stellen.'

875 Zie Stolwijk 1998, p. 846, naar het model van Enschedé. Zie ook 't Hart 1997, p. 210-211 over politieke druk op de rechter en dat iedere schijn daarvan in een lopende strafzaak met de grootst mogelijke zorgvuldigheid dient te worden vermeden.

kant zal niet licht een dam opwerpen tegen een al te vrijmoedige overheid. Daarvoor is hij misschien te veel een gevangene van het systeem. Er is dus geen sprake van een natuurlijk evenwicht. Het gaat om een gewenst evenwicht, dat voor beide partijen van levensbelang is. Dat evenwicht kan alleen worden bereikt wanneer beide partijen hun eigen verantwoordelijkheid onder ogen willen zien.⁸⁷⁶ Met in het achterhoofd de vele maatschappelijke en rechtspolitieke ontwikkelingen uit dit tijdvak die van het recht in zekere zin een instrument van sturing hebben gemaakt en zodoende sterk van invloed zijn geweest op de verhoudingen tussen de deelnemers uit het strafproces, is dit een waarschuwing die haar licht vooruit schijnt naar het volgende tijdvak.

876 Stolwijk 1998, p. 852.