



Universiteit
Leiden

The Netherlands

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

Samadi, M.

Citation

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

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/138388>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



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

Author: Samadi, M.

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

Issue Date: 2020-06-04

DEEL I

Normen en normering in strafvordering

2 | Normen, normeren & toezicht

2.1 INLEIDING

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

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

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

2.2 MAATSCHAPPELIJKE NORMEN EN RECHTSNORMEN

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

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

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

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

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

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

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

Zowel maatschappelijke normen als rechtsnormen geven op een bepaalde wijze richting aan het handelen van individuen. Waar maatschappelijke nor-men vaak ongeschreven zijn, worden rechtsnormen doorgaans expliciet door de wetgever geformuleerd in regels. Ook de rechter komt in bepaalde gevallen de bevoegdheid toe om algemene ongeschreven normen in een concreet geval toe te passen, waardoor ook deze normen als recht dienen te gelden.⁷ Deze

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

6 *Stb.* 2019, 165.

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

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

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

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

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

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

8 Kelsen 1991, p. 97.

9 Kelsen 1991, p. 143.

10 Kelsen 1991, p. 142.

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

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

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

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

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

12 Veerman 2012, p. 45.

13 Koopmans 1991, p. 152-153.

14 Koopmans 1991, p. 152.

15 Veerman 2012, p. 45.

16 Veerman 2012, p. 45.

17 Veerman 2012, p. 28.

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

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

2.3 NORMEREN IN HET RECHT

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

18 Witteveen 2008, p. 13.

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

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

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

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

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

2.3.1 Normeren door de wetgever

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

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

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

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

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

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

24 Aanwijzingen voor de regelgeving art. 2.1-2.3.

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

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

27 Brouwer 1990, p. 21.

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

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

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

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

30 Witteveen 2008, p. 48 e.v.

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

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

33 Timmerman 1997, p. 69.

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

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

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

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

2.3.2 Normeren door de rechter

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

³⁶ Veerman 2012, p. 294.

³⁷ Zie § 4.9.

³⁸ Witteveen 2008, p. 78-79.

³⁹ Veerman 2012, p. 23.

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

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

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

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

40 Veerman 2012, p. 23.

41 Van Bogaert & Hoogers 2003, p. 9.

42 Zie voor een bespreking van de ontwikkeling van de rechterlijke taakstelling in de negentiende en twintigste eeuw Van Bogaert & Hoogers 2003, p. 11-23.

43 Zie voor de strafrechtelijke bespreking van deze taak uitgebreid Röttgering 2013, p. 49-90.

44 Van Bogaert & Hoogers 2003, p. 24; hoewel niet iedereen deze gedachte van harte omarmt, zie bijv. Donner 1982, p. 12-13. Hij beargumenteert dat deze vorm van rechtsvorming en -vinding door de rechter juist tot verstarring van het recht zal leiden.

45 Door Wiarda wordt dit type rechtsvinding als heteronome rechtsvinding getypeerd (Wiarda 1988, p. 14).

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

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

2.4 FUNCTIES VAN RECHTSNORMEN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

51 Veerman 2012, p. 151

52 Veerman 2012, p. 150-151.

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

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

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

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

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

⁵⁵ Veerman 2012, p. 163-165.

⁵⁶ Veerman 2012, p. 145.

⁵⁷ Zie ook Eijlander 2000, p. 61-70.

⁵⁸ Hirsch Ballin 1989, p. 58-60; Veerman 2012, p. 173-184.

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

2.5 NALEVING VAN NORMEN

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

⁵⁹ Snellen 1987, p. 1.

⁶⁰ Van der Woude 2010, p. 12.

⁶¹ Snellen 1987, p. 3-5; Daarnaast worden in het bijzonder voor de strafwetgeving door Cleiren een aantal specifieke rationaliteiten genoemd, zoals de waardenrationaliteit, ketenrationaliteit en rollenrationaliteit (Cleiren 2003, p. 69-72).

⁶² Veerman 2012, p. 173-184.

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

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

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

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

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

65 Elffers 2014, p. 66.

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

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

66 Elffers 2014, p. 67.

67 Elffers 2014, p. 68-69.

68 Elffers 2014, p. 68.

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

70 De Tafel van elf, p. 9-10.

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

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

71 Tafel van elf, p. 19-20.

72 Tafel van elf, p. 20-21.

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

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

2.6 TOEZICHT OP EN HANDHAVING VAN NORMEN

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

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

⁷⁵ Deze paragraaf is deels gebaseerd op Samadi 2016.

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

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

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

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

2.6.1 Toezicht in algemene zin

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

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

⁸⁰ WRR 2013, p. 29.

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

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

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

⁸⁴ Ruimschotel 2014, p. 7.

⁸⁵ WRR 2013, p. 29.

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

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

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

⁸⁶ WRR 2013, p. 30, verwijzend naar Mertens 2006, p. 266.

⁸⁷ Ruimschotel 2014, p. 24-26; WRR 2013, p. 31.

⁸⁸ Ruimschotel 2014, p. 26-27.

⁸⁹ Winter 2015, p. 3; ontleend aan Tweede kamerstellende visie op toezicht uit 2005; Ruimschotel 2014, p. 21.

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

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

2.6.2 Wat is goed toezicht?

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

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

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

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

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

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

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

⁹² WRR 2013, p. 29-30.

⁹³ Ruimschotel 2014, p. 12; zie anders De Ridder 2004, p. 18.

⁹⁴ § 1.3; zie voor de operationalisering van de begrippen § 7.4.

⁹⁵ Zie bijv. *Kamerstukken II* 2000/01, 27831, 1 waar onafhankelijkheid, transparantie en professionaliteit als uitgangspunten voor goed toezicht worden aangewezen. In de Tweede Kaderstellende visie op toezicht worden de uitgangspunten selectiviteit, slagvaardigheid en samenwerking onderscheiden, *Kamerstukken II* 2005/06, 27831, 15; Aelen wijst op de beginselen van effectief, gelegitimeerd en behoorlijk toezicht, Aelen 2014, p. 147 e.v.; Ottow 2015 wijst op het beginsel van LITER: *legality, independence, transparency, effectiveness and responsibility*; Coglianese geeft tot slot een omvangrijke opsomming van kenmerken die worden toegeschreven aan goed toezicht, Coglianese 2015.

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

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

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

96 Ruimschotel 2014, p. 11.

97 Dit vereiste wordt vaak in verband gebracht met de effectiviteit van het toezicht, zie, p. 13.

98 Ruimschotel 2014, p. 7-10.

99 Wat de inhoud van de sanctie precies moet zijn is al jaren onderwerp van discussie, zie bijv. de theorie van *Responsive Regulation* van Ayres & Braithwaite 1992, p. 35; Van de Bunt, Van Erp & Van Wingerde 2013, p. 58-61.

100 Perspectief kan ook verwijzen naar het kader waaruit het toezicht wordt beoordeeld, Aelen onderscheidt er in haar proefschrift naar beginselen van goed markttoezicht drie: politiek-bestuurlijk perspectief, economisch perspectief en een juridisch perspectief op het toezicht (zie Aelen 2014, p. 147-148). Deze onderverdeling in perspectieven is in het huidige onderzoek minder van belang aangezien de andere perspectieven geen (of een heel geringe) rol spelen, het is immers op voorhand duidelijk dat deze discussie zich in een juridisch perspectief afspeelt.

101 WRR 2013, p. 38.

102 WRR 2013, p. 39; Zie ook Beckers 2016, p. 5. Beckers bespreekt hoe het kenmerk *transparantie* vanuit verschillende perspectieven een andere invulling kan krijgen.

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

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

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

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

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

105 WRR 2013, p. 105-106.

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

107 Rapport Commissie-Sint 2005, p. 20.

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

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

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

109 Bovens 2010, p. 954.

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

2.7 CONCLUSIE

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

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

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