



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 II

Toezicht op strafvorderlijke normen in de
praktijk

5 | Actoren met een toezichthoudende taak

5.1 INLEIDING

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

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

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

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

5.2 TOEZICHT DOOR DE STRAFRECHTER

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

5.2.1 Rechterlijk toezicht in het Wetboek van Strafvordering

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

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

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

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

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

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

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

4 Van Veen 1991, p. 215.

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

5 T. Kooijmans, in: Melai/Groenhuijsen, *Commentaar op het Wetboek van Strafvordering*, art. 256 Sv, aant. 5 (online, laatst bijgewerkt op 1 oktober 2006).

6 Zie hierover, Mevis 1995, p. 262; verwijzend naar onder andere Krikke 1983 en De Jong 1985.

7 Melai 1992, p. 72-73; Fokkens 1985, p. 7; De Gruyter 1976, p. 161-162; zie ook Peters 1993, in het bijzonder p. 48-49; overigens verzette Enschedé zich sterk tegen deze relativisering, zie Enschedé 1966, p. 516-517.

8 Melai 1992, p. 72-73; zie ook Peters 1993.

9 Zie Spronken 2001, p. 125-129.

10 Van Veen 1991, p. 214.

11 Van Bemmelen/Van Veen 1989, p. 314.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁸ Myjer 1982, p. 109-131.

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

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

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

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

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

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

21 Schalken 1989, p. 87.

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

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

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

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

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

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

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

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

27 Rammelink 1980, p. 34.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

34 *Stb.* 1996, 522.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

41 Corstens 1993, p. 17-18.

42 Corstens 1993, p. 53.

43 Corstens 1993, p. 9.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

45 Corstens 1993, p. 53.

46 Corstens 1993, p. 10-11; zie kritiek hierop Fokkens 1993, p. 906.

47 Stolwijk 1993, p. 874-875.

48 Stolwijk 1993, p. 875.

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

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

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

49 Fokkens 1993, p. 907.

50 Fokkens 1993, p. 913.

51 Fokkens 1993, p. 914.

52 Naeyé & Schalken 1993, p. 954-955 en 959.

53 Het in het leven roepen van algemene regels en daarbij rekening houden met de rechtseenheid is een taak die primair aan de wetgever is toevertrouwd (art. 117 Gw.). De grondwettelijke macht van de rechter is beperkt tot de berechting van concrete geschillen of strafbare feiten (art. 112 en 113 Gw.). Zie uitgebreid Bovend'Eert 2010, p. 19-22; Adams 2006, p. 112;

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

in andere zin Kottenhagen, 1986.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

62 Vranken 1997, p. 1828-1829.

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

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

5.3 TOEZICHT DOOR HET OM

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

5.3.1 Wettelijke regeling van het gezag over de opsporing en vervolging

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

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

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

de Koninklijke marechaussee en opsporingsambtenaren bij bijzondere opsporingsdiensten – met de opsporing van strafbare feiten, en bepaalt artikel 148, tweede lid, dat hij ter uitoefening van die taak bevelen geeft aan de overige opsporingsambtenaren. De wet wijst de officier van justitie niet alleen aan als opsporingsambtenaar⁶⁶ maar hij is bovendien belast met de gezagvoering over de opsporing en is in dat kader bevoegd bevelen te geven aan overige opsporingsambtenaren (art. 132a Sv jo art. 12 Politiewet 2012). Het oude artikel 132a sprak over de officier van justitie als leider van het opsporingsonderzoek ('onder het opsporingsonderzoek wordt verstaan het onderzoek onder leiding van de officier van justitie'). Volgens de wetgever kon deze formulering ten onrechte de indruk wekken dat de officier van justitie daadwerkelijk in alle gevallen feitelijk het opsporingsonderzoek zou leiden, terwijl de wet juist tot uitdrukking moest brengen dat de officier van justitie het gezag uitoefent over dat opsporingsonderzoek, het onderzoek op gepaste afstand stuurt en de uiteindelijke verantwoording daarvoor draagt.⁶⁷ Met deze gewijzigde formulering van artikel 132a wordt het gezag van de officier van justitie over het opsporingsonderzoek tot uitdrukking gebracht en wordt zijn verantwoordelijkheid in dat kader benadrukt: 'Alle opsporingshandelingen dienen te worden verricht onder het gezag van het openbaar ministerie (artikel 148 Sv). Er kan geen eigen domein voor politie of andere opsporingsdiensten bestaan.'⁶⁸ In het Wetboek van Strafvordering (en in de bijzondere wetten) wordt tevens voor de inzet van bepaalde opsporingsbevoegdheden de toestemming van de officier van justitie vereist, wat eveneens een expliciete erkenning is van diens gezag over het opsporingsonderzoek. Het gezag van de officier van justitie over de opsporing betekent in dit verband dat de toepassing van opsporingsbevoegdheden plaatsvindt onder zijn verantwoordelijkheid.⁶⁹ De wetgever stelt dat dit gezag betekent dat

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

71 Keulen & Knigge merken hierover op dat het gezag van de officier van justitie 'dubbel' in de wet is verankerd, dat wil zeggen, zowel in de Politiewet als in het Wetboek van Strafvordering (Keulen & Knigge 2016, p. 271).

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

73 't Hart 2001, p. 27-28.

74 Lindeman 2017, p. 119.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

82 Van Daele 2003, p. 237.

83 Borgers 2018, p. 280.

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

85 Zie ook ‘t Hart 1995, p. 415-421; ‘t Hart merkt tevens op dat dit artikel onder het oude stelsel waarin een hiërarchie bestond tussen de ressortsparketten bij de gerechtshoven en de arrondissementsparketten bij de rechtbanken, een enigszins andere inhoud had, met de term richtig wordt een zekere afstandelijkheid bedoeld.

86 ‘t Hart 2001, p. 28.

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

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

In het debat aangaande de betekenis van deze institutionele positie van het OM voor de onafhankelijkheid van het OM ten aanzien van de uitvoerende macht en diens positionering binnen de rechterlijke macht, zijn in de loop der jaren verschillende standpunten ingenomen.⁹² De heersende gedachte in zowel de wetenschap als de praktijk is inmiddels dat het OM kenmerken vertoont van zowel de rechterlijke macht⁹³ als de uitvoerende macht, en dat het daar-

⁸⁷ Keulen & Knigge 2016, p. 270.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

96 't Hart 1994, p. 266.

97 't Hart 1976, p. 19.

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

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

5.3.2 Gezag over de opsporing door de jaren heen

Ondanks de wetswijzigingen die verband hielden met de organisatie van het OM – in het bijzonder de reorganisatie van de Wet RO¹⁰⁰ – is er in de staatsrechtelijke positie van het OM weinig wezenlijks gewijzigd sinds de 19^{de} eeuw.¹⁰¹ Dat betekent echter niet dat het functioneren van het OM niet onderhevig is geweest aan verandering. Veranderingen in de maatschappij, en met name het maatschappelijk en politiek denken ten aanzien van criminaliteit(sbestrijding) hebben gezorgd voor organisatorische verschuivingen binnen het

⁹⁸ 't Hart 1976, 20-21.

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

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

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

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

De toename aan regels – in het bijzonder op het gebied van het bestuursstrafrecht en ordeningsstrafrecht – en de proliferatie van bijzondere wetten, zorgden ervoor dat de werkdruk voor de officier van justitie toenam en de noodzaak tot zowel het voeren van beleid als het delegeren van bepaalde werkzaamheden noodzakelijk werd.¹⁰⁵ Van de Bunt beschrijft dat hoewel de officieren van justitie in eerste instantie nogal individualistisch ingesteld waren en daarom terughoudend in het delegeren van werkzaamheden aan het parketpersoneel, de delegatie van werkzaamheden aan het parketpersoneel geleidelijk steeds meer toeneemt om het hoofd te bieden aan de groeiende werkdruk.¹⁰⁶ Niet alleen de toegenomen werkdruk werd als problematisch ervaren, ook was het voor het OM moeilijk om greep te krijgen op de bijzondere opsporingsdiensten, enerzijds omdat het geen zeggenschap had over de bijzondere opsporingsdiensten¹⁰⁷ en anderzijds vanwege een gebrek aan voldoende deskundigheid ter zake van de verschillende bijzondere delicten.¹⁰⁸

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

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

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

104 't Hart 2001, p. 64.

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

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

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

108 't Hart 1994, p. 89.

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

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

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

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

109 Lindeman 2017, p. 46-47, verwijzend naar Corstens & Tak 1985, p. 87-88.

110 Van Daele 2003, p. 237.

111 Van Daele 2003, p. 238.

112 Bosch 1992, p. 28.

113 Bosch noemt als bijvoorbeeld de toenmalige Economische Controledienst die viel onder het ministerie van economische zaken. Bosch 1992, p. 28.

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

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

Met de introductie van het beleidsplan *Samenleving en Criminaliteit* in de jaren 80 ontwikkelde het OM zich in toenemende mate als beleidsorgaan, waarbij effectiviteit en doelmatigheid van het optreden centraal stonden. Het ‘nieuwe strafrechtelijke beleidsdenken’ – ondersteund door de positieve uitleg van het opportuniteitsbeginsel¹¹⁸ – resulteerde in steeds de uitbreiding van de mogelijkheden van buitengerechtelijke afdoening en delegatie, en noopte bovendien tot meer overleg (zowel intern als extern met politie en het bestuur) over het te voeren beleid.¹¹⁹ Lindeman stelt dat het OM zich inmiddels had ontwikkeld tot een organisatie waarbinnen verschillende krachtenvelden de taakopvatting en de taakinvulling van de officier van justitie beïnvloedden, waardoor de magistratelijkheid van de organisatie steeds meer in gedrang raakte:

114 Bosch 1992, p. 29.

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

116 ‘t Hart 1994, p. 103.

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

118 Zie hierover uitgebreid ‘t Hart 1994, p. 117-140.

119 Lindeman 2017, p. 49.

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

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

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

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

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

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

120 Lindeman 2017, p. 49.

121 Schalken 1992, p. 105.

122 Bosch 1992, p. 30.

123 Zie voor een bespreking en kritische duiding van dit beleidsplan ‘t Hart 1994, p. 245-246 en Lindeman 2017, p. 50 e.v.

124 ‘t Hart 1994, p. 109-110.

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

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

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

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

125 Te denken valt aan de preventieve politietaak, zie Reijntjes in: Melai/Groenhuijsen *Commentaar Wetboek van strafvordering* art. 7-11, aant. 19; Schalken 1992, p. 103.

126 Schalken 1992, p. 104

127 ‘t Hart 1994, p. 111.

128 ‘t Hart 1994, p. 112 verwijzend naar *Jaarverslag OM 1973 en 1977*.

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

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

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

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

129 't Hart 2001, p. 15-16.

130 *Kamerstukken II*, 1995/96, 24072, 10-11, p. 364.

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

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

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

131 *Kamerstukken II*, 1995/96, 24072, 10-11, p. 383.

132 *Kamerstukken II*, 1995/96, 24072, 10-11, p. 476-477; Van Daele 2003, p. 244.

133 Programma versterking opsporing en vervolging, p. 6.

134 *Kamerstukken II* 2005/06, 30300, VI, 32.

135 Van de Beek, Hillenaar & De Meijer 2017, p. 164.

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

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

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

136 Van de Beek, Hillenaar & De Meijer 2017, p. 165.

137 Van de Beek, Hillenaar & De Meijer 2017, p. 165.; Verwijzend ook naar het WODC-rapport Focus in de opsporing, p. 343 e.v.

138 De reflectiekamers zijn in feite onderdeel van de CTC, zie Van de Beek, Hillenaar & De Meijer 2017, p. 166-167.

139 De Landelijke reflectiekamer is in 2011 opgericht en is in dat jaar vijf keer ingezet. In de jaren 2012 tot 2016 waren dat er respectievelijk acht, twee, vier, tien en vijf keer (Van de Beek, Hillenaar & De Meijer 2017, p. 166).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.4 OVERIGE TOEZICHTHOUDERS

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

¹⁴⁴ NJ 2013/308, r.o. 2.4.6.

¹⁴⁵ NJ 2013/308, r.o. 2.4.6.

¹⁴⁶ Simmelink 2015, p. 44.

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

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

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

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

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

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

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

5.4.1 Intern toezicht vanuit de politieorganisatie

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

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

150 Delen van deze paragraaf zijn ontleend aan Samadi 2016.

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

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

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

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

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

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

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

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

156 WODC 2017, p. 29.

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

158 Protocol intern onderzoek politie, hoofdstuk 2.

159 Protocol intern onderzoek politie, hoofdstuk 3.

gen van dit onderzoek beslist het bevoegde gezag of er redenen zijn om over te gaan tot vervolgstappen (bijvoorbeeld in de vorm van een intern onderzoek) of om geen nader gevolg te geven aan de melding.¹⁶⁰ Indien de melding – of het interne onderzoek – aanleiding geeft te vermoeden dat er sprake is van mogelijk plichtsverzuim, dan wordt een intern onderzoek gestart door de afdeling Veiligheid, Integriteit en Klachten (VIK) van de eenheid¹⁶¹ – dit kan eventueel ook na advies van de Klachtencommissie (zie hierna).¹⁶² In beginsel kan de niet-naleving van strafvorderlijke normen die zich richten tot de opsporingsambtenaar, leiden tot vaststelling van plichtsverzuim, en daarmee resulteren in een tuchtrechtelijke reactie. In de praktijk zijn er wel bepaalde type ‘vormverzuimen’ die tevens ook als (ernstige) vormen van plichtsverzuim worden aangemerkt. Goos concludeert dat het hier met name gaat om ernstige en verwijtbare normoverschrijdingen, zoals onrechtmatige geweldsaanwending, schending van de verbaliseringsplicht en schending van vormvoorschriften rondom inbeslagneming.¹⁶³ De veelvoorkomende vormverzuimen van strafprocessuele normen, zoals verzuimen rond rechtsbijstand, de cautie, onbevoegd handelen en het ontbreken van een redelijke verdenking, komen in deze tuchtrechtelijke zaken niet (of nauwelijks voor).¹⁶⁴ Volgens Goos kan dit verklaard worden doordat de toerekenbaarheid en verwijtbaarheid van het handelen van de politieambtenaar een belangrijke rol speelt in het politietuchtrecht. Dat ligt immers ook in de rede wanneer men acht slaat op het doel van het politietuchtrecht, dat omschreven kan worden als het waarborgen van een goede professionele uitoefening van de functie van politieambtenaren.¹⁶⁵ Dit doel brengt mee dat het beoordelingskader van het tuchtrecht niet geheel aansluit (of overeenkomt) met het strafvorderlijk handelingskader van opsporingsambtenaren: het gaat hier om een sectoraal beoordelingskader dat bestaat uit (geschreven en ongeschreven) normen waar een goed (politie)ambtenaar zich aan behoort te houden. Het toezicht ziet dan ook in het bijzonder op de borging van een integere en professionele politieorganisatie waardoor de focus van dit toezicht in mindere mate ligt op naleving van *strafvorderlijke* normen.¹⁶⁶ Dat kan, gezien de bredere taak van de politie, ook niet geheel verbazen.

160 Protocol intern onderzoek Politie, hoofdstuk 3.2.

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

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

163 Goos 2019, p. 10.

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

165 Van der Steeg 2014, p. 473.

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

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

167 Art. 67a-72 Pol.Wet.

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

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

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

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

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

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

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

In hoeverre de adviezen van de klachtencommissies ook worden teruggekoppeld en welk effect zij sorteren, is echter niet geheel duidelijk. De jaarverslagen van de verschillende klachtencommissies stellen met grote regelmaat vraagtekens bij deze terugkoppeling en de wijze waarop de politie lering trekt uit deze adviezen. Een terugkoppeling vindt soms niet¹⁷⁶ of niet voldoende plaats,¹⁷⁷ ook missen klachtencommissies een meer systematische aanpak vanuit de eenheid¹⁷⁸ en is er geen zicht op het lerend effect van de klachtenbehandeling.¹⁷⁹

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

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

174 Art. 67a lid 1 Politiewet 2012.

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

176 Jaarverslag 2017, Klachtencommissie Den Haag, p. 2.

177 Jaarverslag 2017, Klachtencommissie Noord-Holland, p. 7; Jaarverslag 2017, Klachtencommissie Noord-Nederland, p. 7.

178 Jaarverslag 2017, Klachtencommissie Noord-Nederland, p. 7.

179 Ook de Klachtencommissie Rotterdam vraagt aandacht voor de rol van de direct leidinggevend van de beklagde politiefunctarissen in het kader van het lerend effect dat van de klachtenbehandeling uitgaat, maar is weinig concreet over tekortkomingen hieromtrent (Jaarverslag 2017, Klachtencommissie Rotterdam, p. 5; Jaarverslag 2017, Klachtencommissie Zeeland-West Brabant, p. 5).

180 Art. 2 Instellingsbesluit Commissie van toezicht op het beheer politie.

heeft zij getracht 'agenderend op te treden, bijvoorbeeld wanneer het gaat om de algemene kwaliteit van de bedrijfsvoering bij de politie'.¹⁸¹

Kortom, hoewel er binnen de politieorganisatie wel sprake is van onderzoek naar het (onrechtmatig) handelen en naar aanleiding van dat onderzoek ook maatregelen genomen kunnen worden, vindt het onderzoek veelal plaats naar aanleiding van incidenten en klachten.¹⁸² Er is geen sprake van systematisch en structureel onderzoek naar de normconformiteit van het handelen.

5.4.2 Extern toezicht

Naast het interne toezicht in de politieorganisatie bestaan er ook een aantal externe vormen van toezicht. Hierboven zijn reeds de rechter en het toezicht dat vanuit het OM wordt gehouden (en in zekere zin mede als intern toezicht kan worden aangemerkt) uitgebreid aan bod gekomen, maar naast deze twee toezichthouders bestaan er in het huidige stelsel een aantal instanties die buiten het strafvorderlijk kader toezicht uitoefenen op de politie.

Als eerste kan worden gedacht aan het toezicht door de Nationale ombudsman op behoorlijk handelen van overheidsorganen, waaronder de politie.¹⁸³ Het staat de Nationale ombudsman vrij zelf informatie te verzamelen en zich naar aanleiding daarvan een oordeel te vormen. Hij rapporteert bovendien regelmatig over zijn bevindingen, maar doet dat meestal op ad hoc basis naar aanleiding van klachten van burgers.¹⁸⁴ De Nationale ombudsman kijkt echter niet zozeer naar de naleving van (strafprocessuele) regelgeving door de politie maar meer of de politie zich in haar omgang met de burger behoorlijk heeft gedragen. Zijn toetsingskader wijkt daarmee af van het strafvorderlijk normatief kader.¹⁸⁵ Het beoordelingsframe van de Nationale ombudsman wordt in belangrijke mate bepaald door de behoorlijkheidsnorm en wijkt in die zin af van de rechtmatigheidstoets.¹⁸⁶ Een belangrijk knelpunt in het toezicht dat door de Nationale ombudsman wordt gehouden, is de doorwerking van het toezicht. Van der Vlugt constateert in haar onderzoek hiernaar dat de oordelen van de Nationale ombudsman in individuele zaken veelal worden afgedaan als incidenten waardoor deze niet verder komen dan de informatie-

181 Evaluatie politiewet 2012, p. 32.

182 Een uitzondering hierop zijn de interne audits waarin op systematische wijze wordt getoetst of de politie adequaat uitvoering geeft aan de bepalingen van de Wpg. Dit is echter niet per se het handelen van de politie in het kader van de opsporing (zie Regeling periodieke audit politiegegevens).

183 Art. 1a WNo; art. 9:27 Awb.

184 Art. 9:18 Awb; hoewel hij krachtens art. 9:26 Awb ook de bevoegdheid heeft uit eigen beweging een onderzoek in te stellen.

185 Van der Vlugt 2011, p. 207 e.v.

186 Van der Vlugt 2011, p. 363-368.

fase.¹⁸⁷ Dit gebrek aan doorwerking heeft volgens Van der Vlucht zowel te maken met de politiecultuur als met de controlestijl van de ombudsman die als weinig effectief wordt aangemerkt.¹⁸⁸

Kwaliteitstoezicht op het functioneren van het OM wordt daarnaast (mede) uitgeoefend door de procureur-generaal bij de Hoge Raad.¹⁸⁹ Dit toezicht strekt zich over de juridische kwaliteit van (een deel van) het werk van het OM en is als zodanig mede gericht op de naleving van strafvorderlijke normen door de organisatie als geheel. In 2014 publiceerde de procureur-generaal zijn eerste onderzoek op basis van deze toezichthoudende bevoegdheid en kondigde daarbij aan dat hij nader inhoud zou geven aan deze taak door middel van 'thematische onderzoeken naar de wijze waarop het openbaar ministerie zijn taken uitvoert'.¹⁹⁰ In het eerste onderzoek stond de naleving van wettelijke voorschriften bij het uitvaardigen van OM-strafbeschikkingen centraal, gevolgd door een onderzoek naar de wijze waarop binnen het OM gevolg is gegeven aan de aanbevelingen die in het eerste onderzoek waren geformuleerd.¹⁹¹ In het kader van het thema OM-strafbeschikkingen publiceerde de procureur-generaal tot slot een rapport over de behandeling van verzet tegen opgelegde strafbeschikkingen, in het bijzonder de naleving van procedurele waarborgen, de zorgvuldigheid van oplegging van strafbeschikkingen in het licht van de integrale herbeoordelingen en de mate waarin de rechterlijke beoordeling afwijkt van opgelegde beschikkingen.¹⁹² Hierna zijn nog een tweetal andere thema's onderzocht in opdracht van de procureur-generaal, namelijk de naleving van de wet door het OM bij het toevoegen van strafvorderlijke, justitiële en politieke gegevens aan het Bopz-dossier¹⁹³ en de uitvoering van de Wet DNA-onderzoek bij veroordeelden.¹⁹⁴ Dit toezicht door de procureur-generaal op het OM heeft in de afgelopen een hoge vlucht genomen maar is nog een relatief nieuw instrument dat pas recent nadere invulling heeft gekregen.¹⁹⁵ Hoewel dit toezicht mede gericht is op naleving van regelgeving door het OM, is ook hier sprake van een andere focus van het toezicht. De procureur-

187 De Nationale ombudsman doet ook algemene onderzoeken en doet naar aanleiding van die onderzoeken aanbevelingen. Deze onderzoeken (en aanbevelingen) hebben betrekking op het functioneren van de organisatie als geheel (in plaats van het gedrag van de individuele politieambtenaar). Uit het onderzoek van Van der Vlucht volgt dat aan deze aanbevelingen wel gehoor wordt gegeven door de korpsleiding (Van der Vlucht 2011, p. 377).

188 Van der Vlucht 2011, p. 377-378.

189 Art. 122 Wet RO.

190 Knigge & De Jonge van Ellemeet 2014 (Rapport Beschikt en gewogen), p. 5.

191 Knigge & Peters 2017 (Rapport Wordt vervolgd).

192 Knigge & Peters 2017 (Rapport Beproefd verzet).

193 Spronken & Koopmans 2017 (Rapport Gedeelde informatie).

194 Spronken & Luining 2018 (Rapport DNA van veroordeelden).

195 In 2011 is door het College van procureurs-generaal verzocht om de toezichthoudende taak nadere invulling te geven, waarna de procureur-generaal na onderzoek naar de wenselijkheid van dit verzoek nadere invulling heeft gegeven aan deze toezichthoudende taak, zie Knigge & De Jonge van Ellemeet 2014, p. 7.

generaal stelt te dien aanzien dat hij behoedzaam gebruik maakt van deze bevoegdheid en kiest voor ‘probleemgericht toezicht op basis van thematische analyses’ waarbij in het bijzonder wordt gezocht naar thema’s die passen bij de positie van de procureur-generaal bij de Hoge Raad in de strafrechtspleging.¹⁹⁶ Wel kan ten aanzien van dit toezicht worden gesteld dat het duidelijk effect sorteert binnen het OM en daarmee een hoge mate van effectiviteit bevat.¹⁹⁷

Het overheidstoezicht op politie en justitie richt zich naast de borging van de kwaliteit van politie en justitie in belangrijke mate op het beoordelen van de continuïteit, doelmatigheid en rechtmatigheid van deze instanties.¹⁹⁸ Zo toetst de Inspectie Justitie en Veiligheid de kwaliteit van de taakuitvoering van alle organisaties die werkzaam zijn op het terrein van justitie en veiligheid.¹⁹⁹ Met betrekking tot de politie richt dit toezicht zich op de taakuitvoering, de kwaliteitszorg door de politie en de kwaliteit van het politieonderwijs en de examinering van de politie.²⁰⁰ Door het uitoefenen van toezicht biedt zij de mogelijkheid tot het bijsturen van het beleid en geeft inzicht in de kwaliteit van de activiteiten van de politie. Het gaat hier aldus niet over toezicht op normnaleving maar meer in het algemeen op de kwaliteit van de politie met als doel het signaleren van risico’s op het terrein van veiligheid en justitie, en deze te adresseren.

De Algemene Rekenkamer voert toezicht uit op de verschillende overheidsorganisaties. Dit doelmatigheid- en rechtmatigheidsonderzoek (art. 82-89 Comptabiliteitswet 2001) richt zich op de effectiviteit en efficiëntie van een bepaald gevoerd beleid binnen een organisatie.²⁰¹ Hiermee kan dit toezicht getypeerd worden als een vorm van kwaliteits- of prestatietoezicht en is gericht op het behalen van bepaalde (beleids)afspraken.²⁰²

Ook de Onderzoeksraad voor Veiligheid kan in dit kader worden benoemd. De Onderzoeksraad is een zelfstandig bestuursorgaan en heeft als missie het verbeteren van de veiligheid in Nederland, en kijkt daarbij naar die situaties waarbij burgers voor hun veiligheid afhankelijk zijn van de overheid, bedrijven of instellingen. Ter voorkoming van toekomstige voorvallen of beperking van gevolgen van dergelijke voorvallen heeft de Onderzoeksraad tot taak ‘te onderzoeken en vast te stellen wat de oorzaken of vermoedelijke oorzaken

196 Knigge & De Jonge van Ellemeet 2014, p. 7.

197 Getuige bijvoorbeeld de veranderingen die door het College van procureurs-generaal in gang zijn gezet naar aanleiding van het rapport Beschikt en Gewogen (zie hierover Wordt vervolgd: beproefd verzet 2019 en de reactie van de Minister van Justitie en Veiligheid op de rapporten van de procureur-generaal, Brief van de Minister van Justitie en Veiligheid van 27 november 2017, *Kamerstukken II* 2017/18, 29279, 399).

198 Zie ook Kamerbrief Minister van Justitie en Veiligheid van 5 december 2018, p. 3.

199 Art. 65 Pol.W.; Protocol voor de werkwijze van de Inspectie Veiligheid en Justitie.

200 Art. 65 Pol.W. lid 1 o. a-c.

201 Zie ook Cleiren 2014, p. 423.

202 Zie bijv. het rapport over Prestaties in de strafrechtsketen 2012: *Kamerstukken II* 2012/13, 33173, 2.

van individuele of categorieën voorvallen en van de omvang van hun gevolgen zijn en daaraan zo nodig aanbevelingen te verbinden'.²⁰³ Hoewel de onderzoeksbevoegdheden van de Onderzoeksraad een breed terrein beslaan, en mede kunnen inhouden dat de raad onderzoek verricht naar voorvallen binnen de politieorganisatie, vormt het strafvorderlijk optreden van politie en justitie een uitzondering op de gebeurtenissen die onderzocht kunnen worden door de raad.²⁰⁴

Tot slot houdt ook de Autoriteit persoonsgegevens zich naast advisering over nieuwe privacyregelgeving bezig met het toezicht op de naleving van wettelijke regels betreffende bescherming van persoonsgegevens door zowel de private als de publieke sector.²⁰⁵ Zij kan ambtshalve onderzoek instellen naar de naleving van privacywetgeving, maar kan ook in actie komen naar aanleiding van een tip of klacht.²⁰⁶ Zij kan bovendien handhavend optreden. Hoewel de Autoriteit persoonsgegevens een belangrijke instantie is aangaande het toezicht op de privacy van burgers, richt haar onderzoek zich op structurele (en ernstige) overtredingen die veel burgers treffen.²⁰⁷ Het is echter wel de vraag in hoeverre de Autoriteit persoonsgegevens daadwerkelijk een aanvullende rol kan spelen in het toezicht op de opsporing. Hierbij moet worden bedacht dat het een redelijk kleine instantie is, met slechts 157 werknemers (in 2018),²⁰⁸ zij zowel toezicht uitoefent op naleving van privacywetgeving in de private als de publieke sector en bovendien te kampen heeft met een alsmaar groeiend takenpakket (in het bijzonder kan worden gedacht aan de invoering van de Algemene verordening gegevensbescherming). Bovendien is dit toezicht beslist aan te merken als nalevingstoezicht maar heeft niet de individuele opsporingsambtenaar als focus, als wel de organisatie waarbinnen deze functioneert.

Deze beknopte bespreking van de verschillende toezichthoudende instanties maakt duidelijk dat in het huidige stelsel een scala aan toezichthouders en toezichtsvormen bestaat over politie en justitie. Deels is dit toezicht gericht op naleving van wet- en regelgeving door opsporingsambtenaren: dat geldt bijvoorbeeld voor het interne toezicht dat binnen de politieorganisatie bestaat,

203 Art. 3 Rijkswet Onderzoeksraad voor veiligheid.

204 Art. 1.2 Aanwijzing afstemmingsprotocol Onderzoeksraad voor de veiligheid – Openbaar Ministerie.

205 Sinds januari 2016 de opvolger van College bescherming persoonsgegevens. De belangrijkste wetten waar het toezicht op ziet zijn de Wet bescherming persoonsgegevens, Wet politiegegevens, Wet basisregistratie personen, en Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens.

206 Art. 60 Wbp; op basis van het ingestelde onderzoek kan de Autoriteit overgaan tot het opleggen van een sanctie aan de organisatie (art. 65 Wbp e.v.); zie ook Toezichtkader Autoriteit persoonsgegevens 2018-2019, p. 3.

207 Zie Beleidsregels handhaving door het CBP; zulks blijkt ook uit de Jaarverslagen van de Autoriteit Persoonsgegevens, zie bijv. Jaarverslag CBP 2014, p. 42-45, en Jaarverslag CBP 2013, p. 54-55. Uit de jaarverslagen is tevens op te maken dat zij zich op het terrein van politie en justitie voor een substantieel deel richt op advisering over regelgeving.

208 Zie Jaarverslag Autoriteit persoonsgegevens 2018, p. 9.

in het bijzonder het toezicht door de afdeling VIK, het toezicht door de Nationale ombudsman en het toezicht dat door de procureur-generaal op het OM wordt uitgeoefend. Hierbij dient echter wel te worden opgemerkt dat het toezicht in grote mate gefragmenteerd lijkt te zijn en niet het strafvorderlijk kader als uitgangspunt neemt. Grotendeels houden de instanties (zoals de Inspectie Justitie en Veiligheid, de Onderzoeksraad voor Veiligheid en de Algemene rekenkamer) zich echter bezig met een bepaalde vorm van kwaliteitstoezicht dat ten doel heeft het goed functioneren van de justitiële autoriteiten als geheel te borgen.²⁰⁹

5.5 CONCLUSIE

Toezicht is een breed concept dat in verschillende contexten gebruikt wordt en uiteenlopende functies kan vervullen. Met het houden van toezicht kunnen afhankelijk van de context en verwachtingen verschillende doelstellingen worden nagestreefd. Het plaatsen van de onderhavige discussie in toezichtstermen roept dan ook de vraag op over welk type toezicht het hier gaat en welke toezichthouders zich bezighouden met het toezicht op het handelen van politie en het OM. Om deze vraag te beantwoorden zijn in het voorgaande de belangrijkste toezichthoudende instanties ten aanzien van politie en justitie besproken.

Zowel de rechter als de officier van justitie hebben een belangrijke toezichthoudende taak ten aanzien van de rechtmatigheid van het handelen van opsporingsambtenaren in het vooronderzoek. Ondanks deze belangrijke en centrale rol is op basis van de wet en theorie niet altijd duidelijk te zeggen wat de reikwijdte van dit toezicht precies is (of dient te zijn) en op welke wijze hier uitvoering aan moet worden gegeven. De toezichthoudende rol van de rechter lijkt veelal gekoppeld te worden aan de normatieve taakuitoefening die hem wordt toegedicht en kan afhankelijk van (onder andere) de rechtspolitieke tijdsgeest en de praktische behoefte aan een actievare of juist terughoudendere rechter verschillend worden ingevuld. Er is dan ook een zekere fluctuatie waar te nemen in de intensiteit van het rechterlijk toezicht door de tijd heen: in het oorspronkelijke Wetboek van Strafvordering leek er geen toezichthoudende taak weggelegd voor de rechter, maar deze is halverwege de vorige eeuw langzaam tot stand gekomen in de jurisprudentie van de Hoge Raad. In recente jaren is weer een zekere terughoudendheid waar te nemen in de invulling van deze toezichthoudende taak.

²⁰⁹ Dat wil niet zeggen dat dit toezicht niet van belang is, dit toezicht is noodzakelijk voor het garanderen van de kwaliteit van de politieorganisatie als geheel. Zie in dat kader ook de brief van de minister van Justitie en Veiligheid over het belang van een goed functionerend stelsel van toezicht op de politieorganisatie: Brief minister, 5 december 2018, Toezicht op en waarborgen voor de politieorganisatie.

Deze veranderlijkheid in toezichthoudende functie is ook waar te nemen ten aanzien van de officier van justitie en meer in algemene zin het OM. Er is geen wettelijke regeling waarin de toezichthoudende taak van het OM en in het verlengde daarvan de officier van justitie, duidelijk wordt uiteengezet. De toezichthoudende verantwoordelijkheid van de officier van justitie wordt veelal afgeleid uit zijn gezagsverhouding jegens de politie en zijn leidinggevende functie in het opsporingsonderzoek. De positie van de officier van justitie in het opsporingsonderzoek brengt in ieder geval mee dat hij een (wettelijke) verantwoordelijkheid heeft met betrekking tot de toetsing vooraf van de inzet van bepaalde opsporingsbevoegdheden. Hoewel hiermee niet gezegd is dat hij ook verantwoordelijk is voor het toezicht achteraf op de opsporing, brengt deze toetsende verantwoordelijkheid in ieder geval met zich dat hij waakt over de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek. Daarnaast is de uitoefening van deze taak door de officier van justitie in belangrijke mate verbonden met de constitutionele en institutionele positie van het OM; deze magistratelijke positie brengt mee dat de officier van justitie een zekere afstand dient te bewaren tot andere opsporingsambtenaren en met de nodige objectiviteit uitvoering te geven aan zijn wettelijke taken. Bovendien dient hij bij de uitoefening van zijn taken rekening te houden met maatschappelijke ontwikkelingen en verwachtingen. Dit brengt mee dat het niet gemakkelijk is een duidelijk omlinjnde definitie te geven aan het gezag van de officier van justitie en daarmee samenhangend geen eenduidige bestaat voor de invulling van de toezichthoudende taak van de officier van justitie, althans niet in theorie. Kortom, hoewel op basis van de wettelijke en institutionele positie van de rechter en de officier van justitie onmiskenbaar een toezichthoudende taak ten aanzien van het handelen van opsporingsambtenaren afgeleid kan worden, is de reikwijdte, focus en de invulling van dit toezicht geenszins in beton gegoten. Voor een duidelijk beeld van dit toezicht is een blik op de praktijk dan ook noodzakelijk.

Naast de rechter en het OM bestaan er ook enkele andere actoren die zich met enige vorm van toezicht op het handelen van politie en justitie bezighouden. Met name in recente jaren is er in de literatuur veel aandacht geweest voor meer toezicht op het handelen van politie en justitie. In deze discussies wordt vaak gewezen op de rol van andere toezichthouders (dan de rechter en de officier van justitie) met betrekking tot het nalevingstoezicht op opsporingsambtenaren en worden suggesties gedaan deze instanties een grotere rol te geven. Als gezegd bestaat toezicht in verschillende vormen, ook in het kader van toezicht op het handelen van opsporingsambtenaren en bestaan er in het huidige stelsel veel instanties die een bepaalde vorm van toezicht uitoefenen op de strafvorderlijke overheid. Een blik op deze instanties laat echter zien dat de aard van dat toezicht zeer verschillend is. Niet alleen voor wat betreft de doelstellingen en focus van het toezicht, ten aanzien waarvan moet worden vastgesteld dat deze veelal niet gericht zijn op de naleving van strafvorderlijke normen door opsporingsambtenaren maar doorgaans meer de kwaliteit van

de strafvorderlijke instanties waarborgen. Dat wil echter niet zeggen dat dit toezicht in het geheel niet bijdraagt aan normconform handelen door opsporingsambtenaren in het kader van het vooronderzoek. Het ligt bijvoorbeeld voor de hand dat toezicht op de kwaliteit van het politieonderwijs (zoals dat wordt uitgeoefend door de Inspectie Justitie en Veiligheid) resulteert in kwalitatief beter onderwijs waardoor politieambtenaren beter bekend zullen zijn met na te leven normen, wat uiteindelijk kan leiden tot grotere normconformiteit van het handelen. Dit type toezicht is echter wel van een andere orde dan het toezicht op de naleving van strafvorderlijke normen door individuele opsporingsambtenaren. Daarnaast wijkt ook het beoordelingsframe van het toezicht dat door deze actoren wordt uitgeoefend sterk af van het strafvorderlijk handelingskader van opsporingsambtenaren: het gaat hierbij ofwel om bepaalde interne integriteitsnormen waaraan getoetst wordt (bijvoorbeeld in het kader van het politietuchtrecht) of algemene ongeschreven normen zoals de behoorlijkheidsnorm van de Nationale ombudsman. Bovendien lijkt het toezicht veelal een gefragmenteerd en incidenteel karakter te hebben en kan er niet gesproken worden van een onderlinge afstemming van dit toezicht.

Kortom, hoewel het toezicht dat deze instanties uitoefenen kan overlappen met *nalevingstoezicht* en een waardevolle aanvulling *kan* vormen, is het toezicht dat thans door deze toezichthouders wordt uitgeoefend niet van dien aard dat het gezien kan worden als een aanvulling op het huidige nalevingstoezicht in de strafvordering. In het huidige stelsel zijn (vooralsnog) vooral de rechter en de officier van justitie belast met de uitoefening van dit type toezicht.