



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 III

Normen en toezicht

9 | De relatie tussen toezicht en normering nader bezien

9.1 INLEIDING

In het eerste deel van dit onderzoek is reeds beargumenteerd dat toezicht een integraal onderdeel is van normering. Immers, wanneer we aannemen dat met het in het leven roepen van rechtsnormen de verwezenlijking van een zeker doel wordt beoogd, brengt dat mee dat die norm naleving (en handhaving) behoeft, willen de daarmee gestelde doelen worden bereikt. Deze relatie tussen normering en toezicht brengt enerzijds mee dat bij het creëren van rechtsnormen het van belang is acht te slaan op de wijze waarop deze normen gehandhaafd dienen te worden. Anderzijds betekent het dat van goed toezicht (onder andere) kan worden verwacht dat het rekening houdt met het *beoordelingsframe* waar dat toezicht betrekking op heeft. Hiermee wordt helderheid verschaft over de wijze waarop de toezichthouder tot zijn oordeelsvorming komt en wordt voor de ondertoezichtgestelde inzichtelijk hoe hij zijn gedrag op de norm behoort af te stemmen.

In de strafvorderlijke context bestaat dit beoordelingsframe uit het geheel aan strafprocessuele normen waar het gedrag van opsporingsambtenaren aan dient te beantwoorden. De complexiteit van dit normenstelsel brengt mee dat het van belang is dat het toezicht bijdraagt aan de opheldering en precisering van deze strafvorderlijke normen. De vraag is echter of, en in hoeverre, dat gebeurt. In hoeverre laat de rechter zich bijvoorbeeld uit over de grenzen van de strafvorderlijke norm (ook wanneer hij geen sanctie verbindt aan normoverschrijdend handelen)? En speelt de aard van de strafvorderlijke norm een rol bij de uitoefening van het rechterlijk toezicht en indien dat niet het geval is, in hoeverre zorgt dat voor problemen (in de praktijk)?

Dat in de praktijk niet altijd acht wordt geslagen op de onderliggende norm is in de voorgaande hoofdstukken reeds aangestipt. Hieronder zal nader bij deze materie worden stilgestaan. Dat gebeurt in de eerste plaats aan de hand van het rechterlijk toezicht. In de uitoefening van dit rechterlijk toezicht lijkt met name veel aandacht te bestaan voor de (eventuele) sanctionering van normschendingen waardoor de andere componenten van het toezicht minder op de voorgrond staan. Deze gerichtheid op de sanctionering draagt eraan bij dat bepaalde normen onvoldoende gepreciseerd worden en leidt daardoor mogelijk tot vervaging van grenzen in de opsporingspraktijk. Hieronder zal aan de hand van een aantal voorbeelden dit gebrek in het toezicht – en in het bijzonder de normering – worden besproken. Vervolgens zal worden aangege-

ven hoe deze problematiek ook doorwerkt in het toezicht dat door de officier van justitie wordt uitgeoefend.

9.2 TOEZICHT DOOR DE RECHTER

De wijze waarop het rechterlijk toezicht in de jurisprudentie van de Hoge Raad is vormgegeven, brengt mee dat binnen dit toezicht een sterke focus bestaat op de sanctionering van normschendingen. Immers, veel jurisprudentiële drempels lijken vooral gericht te zijn op het beteugelen van de rechterlijke sanctionering van vormverzuimen.¹ Het verbinden van een sanctie aan een normschending is echter maar één wijze waarop geïntervenieerd kan worden in het gedrag van de opsporingsambtenaar. Daarnaast is toezicht breder dan slechts de interventie en omvat ook andere activiteiten, namelijk het verzamelen van informatie over het handelen van opsporingsambtenaren en het oordelen over de normconformiteit van dat handelen. Deze gerichtheid op de sanctionering van normoverschrijdend handelen leidt in zekere zin af van het belang van de overige activiteiten die in het kader van toezicht dienen te worden verricht. Dat is niet in de laatste plaats vanwege het dominante ‘eerlijkheidsperspectief’ dat leidend is in de sanctionering van vormverzuimen. Hiervoor is reeds beargumenteerd dat het perspectief van de strafrechter – ingevolge de jurisprudentie van de Hoge Raad – bij de sanctionering van onrechtmatig strafvorderlijk optreden vooral is gericht op de bescherming van de subjectieve rechten van de verdachte en in het bijzonder het recht op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM.² De bescherming van het recht op een eerlijk proces wordt immers in dit kader als de *voornaamste* taak van de rechter gezien.³ Zoals in hoofdstuk 3 besproken is het niet eenvoudig een precieze definitie van het recht op een eerlijk proces te geven. In de huidige Nederlandse jurisprudentie (en literatuur) is een *rights-based approach* dominant waarbij een eerlijke procedure vooral wordt bepaald en gedefinieerd aan de hand van de verschillende deelrechten die onderdeel zijn van het recht op een eerlijk proces.⁴ Het dominante eerlijkheidsperspectief in het kader van het vormverzuimenvraagstuk brengt mede hierdoor een aantal vragen met zich. Hoe verhoudt dit perspectief in het rechterlijk toezicht zich tot de verschillende strafvorderlijke normen? En in hoeverre is de norm – in het bijzonder de achterliggende waarde van de norm – van belang bij het uitoefenen

1 Wat niet wegneemt dat hiermee impliciet ook de andere componenten van het rechterlijk toezicht worden geraakt (zie uitgebreid § 7.4.1 en 7.4.2).

2 Overigens gaat het hier niet om een baanbrekende stelling, ook in andere literatuur wordt deze stelling onderschreven, zie o.a. Borgers 2012; Borgers & Kooijmans 2013; Kuiper 2014; Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, p. 884-886.

3 Waarmee niet is gezegd dat er geen andere gronden ten grondslag kunnen liggen aan de rechterlijke controle van het vooronderzoek, zie uitgebreid § 6.3.

4 Zie § 3.3.2; Summers 2007, p. xix.

van toezicht en op welke wijze komt dat tot uiting? Vooral in het licht van de hoeveelheid strafvorderlijke normen is een duidelijke controle op en precisering van normen van belang voor een helder begrip van de werking en functie van deze normen.

Illustratief voor de onduidelijkheid die het eerlijkheidsperspectief veroorzaakt is de wijze waarop in de rechtspraak wordt omgegaan met het herstel van vormverzuimen in de zin van artikel 359a Sv.⁵ Voor de uitoefening van de rechterlijke controle langs de weg van artikel 359a Sv – en de toepassing van de daarin gelegen rechtsgevolgen – moet er sprake zijn van een vormverzuim dat niet voor herstel vatbaar is. Als besproken in hoofdstuk 6 lijkt de uitleg die de Hoge Raad aan herstel geeft breder te zijn dan men zou verwachten op basis van de memorie van toelichting bij dit artikel en de verdere systematiek van het Wetboek van Strafvordering.⁶ Uit de memorie van toelichting kan worden afgeleid dat herstel enkel mogelijk is bij een gering aantal vormverzuimen.⁷ Te denken valt aan een situatie waarin per abuis het bevel tot inverzekeringstelling van de verdachte geen omschrijving bevat van het feit waarvan hij wordt verdacht, maar binnen afzienbare tijd een nieuw afschrift van het bevel wordt uitgereikt waarop wel een dergelijke omschrijving staat.⁸ In de jurisprudentie van de Hoge Raad lijkt herstel breder te worden geïnterpreteerd en bijvoorbeeld ook van toepassing te zijn op fouten die betrekking hebben op de volledigheid van het strafdossier en vormverzuimen omtrent de schending van de verbaliseringsplicht.⁹ Hiermee lijkt de wijze waarop de Hoge Raad het herstelvraagstuk behandelt, sterk geïnspireerd te zijn door de benadering van het EHRM inzake compensatie van inbreuken op (deelrechten van) artikel 6 EVRM. Het Europese Hof beziet inbreuken op artikel 6 EVRM immers vanuit een holistisch perspectief waarin de vraag centraal staat of ondanks beperkingen of schendingen op bepaalde (verdrags)rechten van de verdachte de procedure in haar geheel eerlijk is geweest.¹⁰ Een dergelijke benadering is begrijpelijk in het licht van het feit dat artikel 6 EVRM ziet op de *gehele* strafprocedure. Mede hierdoor heeft de jurisprudentie van het EHRM een sterk casuïstisch karakter en erkent ook het EHRM dat het geen algemene uitspraken doet over de inhoud en precieze invulling van artikel 6 EVRM. Dat geldt in het bijzonder met betrekking tot normoverschrijdend gedrag gedurende het vooronderzoek en de rechterlijke reactie daarop. Het Hof bezigt in

5 De volgende paragrafen zijn deels gebaseerd op Samadi 2017.

6 Zie § 6.2.1.2.

7 Als eerder besproken, hebben de voorbeelden die in de memorie van toelichting van de wet worden genoemd geen betrekking op het vooronderzoek maar gezien de aard van de voorbeelden ligt het niet in de rede dat de wetgever een brede interpretatie van herstel voor ogen heeft gehad (zie § 6.2.1.2).

8 HR 27 oktober 1995, NJ 1996/638, m.nt. Groenhuijsen.

9 HR 18 maart 2004, NJ 2014/190; HR 5 januari 2016, NJ 2016/153, m.nt. Vellinga-Schootstra.

10 Zie Goss 2014, p. 116-118 die deze algemene eerlijkheidstoets koppelt aan het ontbreken van een beperkingsclausule; zie ook Ölçer 2016, p. 508.

dergelijke gevallen doorgaans de algemene stelling dat het geen regels voorschrijft betreffende de toelaatbaarheid van het bewijs aangezien dit een taak is voor de nationale rechter.¹¹ Met uitzondering van een aantal noodzakelijke deelrechten (zoals het recht op rechtsbijstand) waarvan de schending in beginsel tot bewijsuitsluiting dient te leiden, beoordeelt het Hof slechts of het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs raakt aan de eerlijkheid van de procedure waarbij rekening dient te worden gehouden met de gang van zaken gedurende de *gehele* procedure.¹² Kortom, inbreuken op rechten (in het vooronderzoek of het onderzoek ter terechtzitting) maken het strafproces niet noodzakelijkerwijs *unfair*.¹³

In de jurisprudentie van de Hoge Raad wordt een vormverzuim geacht hersteld te zijn wanneer (en voor zover) het nadeel dat het vormverzuim heeft toegebracht aan de procesrechten van de verdachte is weggenomen. Deze benadering vertoont veel verwantschap met de wijze waarop het EHRM omgaat met beperkingen op (deelrechten van) artikel 6 EVRM: namelijk door het bieden van procedurele waarborgen ter compensatie van deze beperkingen in verdedigingsrechten. Het lijkt er kortom op dat het herstelkader en compensatiekader hier sterk door elkaar lijken te lopen. Dat ligt echter niet zonder meer voor de hand aangezien herstel van een vormverzuim een fundamenteel andere betekenis heeft dan compensatie van inbreuken op bepaalde rechten. Bij herstel gaat het erom de onrechtmatige situatie – inclusief alle nadelige gevolgen die daaruit zijn voortgekomen – te herstellen. Wanneer het vormverzuim is hersteld, hoeft de rechter zich niet langer te buigen over de vraag naar eventuele rechtsgevolgen die aan de onrechtmatigheid moeten worden verbonden. Er is simpelweg geen vormverzuim meer en daarmee is het beoordelingskader van artikel 359a Sv ook niet van toepassing. Of een vormverzuim voor herstel vatbaar is, is afhankelijk van de vraag of de onderliggende norm die geschonden is voor herstel vatbaar is. Een dergelijke conclusie ligt niet voor de hand met betrekking tot normen die beogen bepaalde (mensen)rechten te waarborgen of normen die ten grondslag liggen aan het vertrouwen van de rechter in de opsporing (zoals de verbaliseringsplicht). Het doel van compensatie is echter een ander dan dat van herstel. Hierbij gaat het om de vraag welke rechterlijke

11 EHRM 12 juli 1988, 10862/84 (*Schenk/Zwitserland*), para 45-46; EHRM 1 maart 2007, 5935/02 (*Heglas/Tsjechië*), para 84; EHRM 4 november 2010, 18757/06 (*Bannikova/Rusland*), para 57; desondanks heeft het EHRM wel een aantal strikte bewijsuitsluitingsregels geformuleerd in zijn rechtspraak (bijvoorbeeld in *Salduz en Gäfgen*). Zie voor een kritische bespreking van deze ogenschijnlijke tegenstelling Goss 2014.

12 EHRM 10 maart 2009, 4378/02 (*Bykov/Rusland*), para 89; EHRM 11 juli 2006, 54810/00 (*Jalloh/Duitsland*), para 96; EHRM 1 juni 2010, 22978/05 (*Gäfgen/Duitsland*).

13 Ölçer wijst in dit kader op de verschillende beoordelingskaders die het EHRM gebruikt voor de overall fairness-toets (Ölçer 2016, p. 508); kritisch ten aanzien van het beoordelingsmechanisme van het EHRM is Goss. Hij constateert dat het hof zich niet enkel bedient van verschillende analytische instrumenten om de eerlijkheid van de procedure te beoordelen, maar dat deze rechtspraak een gefragmenteerde invulling geeft aan het recht op een eerlijk proces en bovendien veel tegenstrijdigheden bevat (Goss 2014, p. 115 e.v.).

reactie passend is in het licht van de schending van de rechten van de verdachte om zodoende het geleden nadeel in die rechten te compenseren.¹⁴ De focus op de sanctionering van vormverzuimen (en de terughoudendheid die daarbij wordt betracht) brengt mee dat de wijze waarop herstel thans wordt ingevuld in de jurisprudentie in feite neerkomt op compensatie van ondervonden nadeel. Van herstel van een vormverzuim lijkt immers sprake te zijn indien het nadeel van dat vormverzuim is weggenomen, althans voor zover dat nadeel de procesrechten van de verdachte betreft. Een andere (beperkttere) invulling van het herstellvraagstuk betekent niet noodzakelijkerwijs dat de rechter ook daadwerkelijk vaker over zou moeten gaan tot sanctionering van een vormverzuim. Het is zeer goed denkbaar dat een vormverzuim niet tot sanctionering hoeft te leiden omdat het nadeel dat daarmee was toegebracht aan de verdedigingsrechten, (deels) is gecompenseerd. Het is echter niet altijd duidelijk waarom daarmee ook *al* het nadeel (de nadelige gevolgen die verder reiken dan de procesrechten van de verdachte) is hersteld. Veel strafvorderlijke normen beogen immers een ander (of breder) onderliggend belang te beschermen en in het huidige rechterlijke toezicht is niet altijd helder hoe deze belangen thans worden gewaardeerd. Hierbij valt in het bijzonder te denken aan veel bijzondere opsporingsbevoegdheden die tegen de achtergrond van de IRT-affaire in het leven zijn geroepen en veelal strekken ter bescherming van de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing. Ingevolge de huidige jurisprudentie leidt de schending van dergelijke strafvorderlijke normen doorgaans niet tot een rechtsgevolg juist omdat met deze normen niet wordt beoogd het directe (subjectieve) belang van de verdachte te beschermen. Hiermee dreigt ten aanzien van deze normen echter ook onvoldoende normering plaats te vinden waardoor daadwerkelijk afbreuk wordt gedaan aan de bescherming die uitgaat van de norm. Exemplarisch in dit verband is de beperkende werking die uitgaat van de *Schutznorm*. Zo kan ten gevolge hiervan bijvoorbeeld de onwenselijke situatie zich voordoen waarin discussie ontstaat over de vraag welk (of liever wiens) belang het discriminatieverbod dient. In de conclusie van de A-G in het Moelander-arrest wordt aan de hand van de *Schutznorm* het verweer van de verdachte van de hand gewezen: al zou er sprake zijn geweest van indirecte discriminatie van Midden- en Oost-Europeanen bij de politiecontrole, de verdachte kan daar geen beroep op doen omdat hij niet onder die groep valt. Hij is aldus niet getroffen in het belang dat de norm (het verbod op discriminatie) beoogt te beschermen.¹⁵ Reijntjes stelt terecht in zijn noot dat het maken van ongeoorloofd onderscheid een ieder raakt en niet enkel mensen van een *bepaalde* nationaliteit, huidskleur of afkomst.¹⁶ Hoewel de Hoge Raad uiteindelijk niet meegaat met het betoog van

14 Zie uitgebreid Samadi 2017, p. 177 e.v.

15 HR 9 oktober 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1872, o. 15.

16 HR 9 oktober 2018, NJ 2019/24, m.nt. J.M. Reijntjes.

de A-G, kan gezien de uitleg die de Hoge Raad heeft gegeven aan de verschillende factoren van artikel 359a Sv deze conclusie niet geheel verbazen. De wijze waarop in de jurisprudentie gebruik wordt gemaakt van de *Schutznorm*, namelijk als een criterium om de noodzakelijkheid van een rechterlijke sanctie te reduceren, draagt er met name aan bij dat het belang van de norm wordt gerelativeerd. Hier kan weer worden teruggegrepen naar de zojuist genoemde IRT-affaire en de bijzondere opsporingsbevoegdheden. Ten aanzien van normschendingen die niet in aanmerking komen voor sanctionering in verband met de *Schutznorm*, wordt als schoolvoorbeeld vaak gewezen op het doorlaatverbod (art. 126ff Sv). Dit geldt echter ten aanzien van een groot deel van de bijzondere opsporingsbevoegdheden omdat veeleer de bescherming van de integriteit van het opsporingsapparaat of de beheersbaarheid van de opsporing ten grondslag ligt aan deze normen en de context waarin deze normen relevant (kunnen) zijn. Hoewel het in dat licht begrijpelijk is dat de verdachte niet hoeft te 'profiteren' van dergelijke vormverzuimen, is het risico van het huidige gebruik van de *Schutznorm* dat de rechter ook niet stilstaat bij de onderliggende waarde van dergelijke normen.¹⁷ Hiermee kan de indruk worden gewekt dat deze waarden niet van belang zijn in het strafproces waardoor ook tekort wordt gedaan aan de beschermde functie van de norm.

Dergelijke problemen kunnen worden ondervangen indien de rechter zich in het kader van het toezicht expliciet(er) uitlaat over het onderliggende belang van de geschonden norm (en dit waar nodig in een breder verband plaatst dan louter de subjectieve rechten van de verdachte) en daarmee meer inzicht verschaft in zijn oordeelsvorming. Hiermee wordt bijgedragen aan een duidelijke normering vanuit de rechter, waarbij het als gezegd niet noodzakelijk is dat de rechter ook telkens de overtreding van dergelijke normovertredingen sanctioneert.

Dat knelpunten in de sanctionering kunnen doorwerken in de normering van de opsporing door de rechter, blijkt tevens uit de processuele verwerking van de schending van het uitlokverbod. In afwijking van de jurisprudentie van het EHRM, heeft de Hoge Raad in zijn jurisprudentie uitgemaakt dat de schending van het Tallon-criterium gesanctioneerd dient te worden met de zwaarste sanctie, de niet-ontvankelijkheid van het OM. Immers, door dit handelen wordt 'doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak tekortgedaan'. Noyon merkt in dit licht op dat (mede) door de dwingende sanctie die de Hoge Raad heeft gesteld op de schending van het Tallon-criterium, de

17 Zie voor een voorbeeld de conclusie van A-G Harteveld inzake de schending van art. 126jj lid 2 Sv waarin hij uitgebreid stilstaat bij de ratio van deze voorschriften (HR 14 november 2017, NJ 2019/399, m.nt. J.H. Crijns). In zijn noot wijst Crijns op het belang van het expliciteren van deze ratio.

feitenrechter niet snel geneigd is om een dergelijke schending aan te nemen.¹⁸ Het dwingende karakter van dit kader brengt mee 'minder ernstige' uitlok-situaties – zoals het gebruik van de lokfiets – onvoldoende genormeerd worden door de rechter. Wanneer de rechter immers zou vaststellen dat er inderdaad sprake is van ongeoorloofde uitlokking, dient hij ingevolge de jurisprudentie van de Hoge Raad daar de zwaarste sanctie uit zijn arsenaal aan te verbinden.¹⁹ Kortom, het dwingende sanctioneringskader draagt eraan bij dat ook de normering van de opsporing in de knel raakt. En andersom kunnen onduidelijkheden in de normering leiden tot problemen in de sanctionering van vormverzuimen. Zo wijst Dubelaar op de vermenging van de kaders van betrouwbaarheid en rechtmatigheid bij de rechterlijke toetsing van onrechtmatig handelen door opsporingsambtenaren. Hoewel de Hoge Raad een onderscheid maakt tussen enerzijds gebreken die raken aan de betrouwbaarheid van het bewijs en anderzijds normschendingen die betrekking hebben op de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek, is de verhouding tussen deze twee nog steeds niet geheel uitgekristalliseerd in de jurisprudentie van de Hoge Raad.²⁰

Deze onduidelijkheid werkt ook door in de feitenrechtspraak waar het rechtmatigheidsperspectief leidend is voor de beoordeling van normschendingen en het bepalen van hun processuele gevolgen. Een dergelijke benadering kan zorgen voor knelpunten in de praktijk, bijvoorbeeld wanneer de rechter een betrouwbaarheidsgebrek afdoet langs de weg van artikel 359a Sv en deze compenseert met strafvermindering.²¹

De hierboven beschreven problematiek – de focus op de sanctionering ten gevolge waarvan onvoldoende acht wordt geslagen op de onderliggende strafvorderlijke norm – is in de feitenrechtspraak op bepaalde punten duidelijk waar te nemen. Een voorbeeld hiervan zijn de door de verdediging gevoerde verweren die betrekking hebben op een normschending die in zekere zin raakt aan het recht op een eerlijk proces, maar waarvan niet helemaal duidelijk is hoe deze norm geschonden is (en soms zelfs om welke deelnorm het dan precies zou moeten gaan).²² In dergelijke gevallen vindt (doorgaans) weliswaar een vorm van toezicht of controle plaats, maar kan niet worden gesproken van een voldoende heldere normering (in de zin van normprecisering) door de rechter. Een illustratie hiervan vormt het beroep op bewijsuitsluiting – en soms zelfs niet-ontvankelijkheid – wegens het ontbreken van de mogelijk-

18 Noyon wijt dat enerzijds aan het feit dat het Tallon-criterium als toetsingskader niet lijkt aan te sluiten bij 'inerte lokmiddelen' als de lokfiets, omdat het criterium uitgaat van de ernst van het handelen van de opsporingsambtenaren en de predispositie van de verdachte en anderzijds aan de zware sanctie die verbonden dient te worden aan dit type schendingen. Noyon 2018, p. 105-106.

19 Noyon 2018, p. 107.

20 Dubelaar 2009, p. 103.

21 Zie in het bijzonder de bezwaren van Dubelaar 2009, p. 100-101.

22 Zie § 7.4.

heid tot het uitoefenen van het recht op tegenonderzoek, bijvoorbeeld wanneer bewijsmateriaal is vernietigd voordat de verdediging de kans heeft gekregen om gebruik te maken van haar recht op tegenonderzoek. In de praktijk kan worden gedacht aan de vernietiging van bewijs, bijvoorbeeld camerabeelden of inbeslaggenomen verboden middelen²³ of het afwezig zijn van (voor de bewijsvraag relevante) processen-verbaal.²⁴ In voorkomende gevallen laat de rechter in het midden of er al dan niet een norm is geschonden en komt niet toe aan sanctionering omdat de verdachte niet is geraakt in zijn belangen door het handelen van de opsporing (bijvoorbeeld omdat er ander bewijs voorhanden is). In bepaalde situaties kan echter wel degelijk gesproken worden van een normschending. Ten aanzien van inbeslaggenomen voorwerpen gelden immers duidelijke strafvorderlijke regels met betrekking tot vernietiging.²⁵ Hoewel een (dergelijke) normschending niet noodzakelijkerwijs meebrengt dat het bewijsmateriaal dat daarmee is verkregen ook van het bewijs uitgesloten dient te worden, is het met het oog op normprecisering door de rechter wel degelijk zinvol wanneer meer inzicht wordt geboden in de wijze waarop opsporingsambtenaren in dergelijke situaties dienen te handelen (en aan de hand van welke normen). Problematischer wordt het bovendien wanneer de rechter (wederom) niet vaststelt of met het vernietigen van het bewijsmateriaal al dan niet onrechtmatig is gehandeld, maar niettemin overgaat tot het verbinden van een rechtsgevolg aan de normoverschrijding (bijvoorbeeld het verminderen van de op te leggen straf).²⁶ Hieruit kan het vermoeden rijzen dat er eventueel een norm betreffende de vernietiging van in beslag genomen materiaal zou zijn geschonden, maar of dat zo is en om welke norm het gaat, blijft wederom in het ongewisse. De rechter wil hier kennelijk reageren op de normschending en de daardoor ontstane gebreken aan het opsporingsonderzoek, maar worstelt met de sanctie die daarbij past aangezien de onderliggende norm onvoldoende duidelijk wordt gemaakt. In het verlengde hiervan kan ook worden gewezen op de situatie waarin de rechter wil reageren op een normschending die hij als ernstig beschouwt, maar die volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad geen (of zelden) aanleiding geeft voor een rechtsgevolg. Te denken valt aan valselijk opgemaakte processen-verbaal, een onrechtmatige start van het opsporingsonderzoek en ernstige privacyschendingen.²⁷ Hoewel het gezien de uiteenlopende casuïstiek in dergelijke zaken begrijpelijk is dat

23 Rb. Utrecht 19 juli 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN2077; Rb. Den Haag 9 mei 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW5336; Rb. Zutphen 27 april 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BW4270; Hof Amsterdam 10 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2747.

24 Rb. Leeuwarden 10 april 2012, ECLI:NL:RBLER:2012:BW1463, in casu ging het om het ontbreken van het proces-verbaal van de inbeslagneming van de verboden middelen. Zie § 7.4.1.

25 Art. 10 lid 1, o. 1 jo. 13 Besluit inbeslaggenomen voorwerpen; art. 15 Besluit inbeslaggenomen voorwerpen.

26 Rb. Utrecht 19 juli 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN2077.

27 Zie uitgebreid § 7.3.2.

de feitenrechter (soms) afwijkt van het jurisprudentiële kader van artikel 359a Sv, maakt het achterwege blijven van een duidelijke onderbouwing en motivering van de (afwijkende) sanctie onduidelijk op welke wijze de oordeelsvorming van de rechter tot stand is gekomen en draagt daarmee bij aan een gebrek in de normering van de opsporing door de rechter.²⁸

Als gezegd kunnen deze knelpunten deels verklaard worden vanuit de (te) sterke focus in het rechterlijk toezicht op de sanctionering van vormverzuimen. Daarnaast is ook het dominante eerlijkheidsperspectief in dat kader een belangrijke verklaring voor deze knelpunten. De focus op de (terughoudende) sanctionering van normschendingen en de vormgeving van het toezicht langs de weg van (een zeer beperkte uitleg van) het recht op een eerlijk proces kan soms zorgen voor onduidelijkheden, aangezien dit eerlijkheidsperspectief een open notie is die niet helemaal gereduceerd kan worden tot een aantal deelnormen die tezamen als de verdedigingsrechten van de verdachte gezien kunnen worden. De Hoge Raad lijkt het recht op een eerlijk proces in relatie tot het thema vormverzuimen echter wel op deze (beperkte) wijze uit te leggen: in die zin dat het recht slechts ziet op de uitoefening van bepaalde verdedigingsrechten in het vooronderzoek, waarmee geen recht wordt gedaan aan de bredere holistische betekenis die het EHRM hieraan geeft. Tekenend is bijvoorbeeld de eerste grond voor bewijsuitsluiting waar de Hoge Raad overweegt dat 'toepassing van bewijsuitsluiting noodzakelijk [kan] zijn ter verzekering van het recht van de verdachte op een eerlijke proces in de zin van art. 6 EVRM, zoals daaraan mede door het EHRM uitleg is gegeven'.²⁹ Hierbij verwijst de Hoge Raad vervolgens slechts naar enkele verdedigingsrechten waarvan de schending volgens vaste rechtspraak van het EHRM in beginsel tot bewijsuitsluiting dient te leiden.³⁰ Van een nadere invulling van het eerlijkprocesrecht is dan ook geen sprake. De vraag is wat de Hoge Raad precies onder dit recht schaaft en hoe de andere verschillende strafvorderlijke normen zich daartoe verhouden.

Deze onduidelijkheid hoeft zich niet te beperken tot het niveau van de normen. Ook vanuit het perspectief van de opsporingspraktijk kan het enkel verwijzen naar de eerlijkprocesrechten, zonder dat de rechter zich uitlaat over welke norm precies in het geding is, leiden tot onduidelijkheid omtrent wat van de opsporingsambtenaar wordt verwacht. De gemiddelde opsporingsambtenaar zal immers minder in termen van een eerlijke procedure denken om zijn handelen daarop aan te passen aangezien een strafprocedure doorgaans ver van zijn dagelijkse werkzaamheden af zal staan. Immers, niet al het strafvorderlijke handelen leidt noodzakelijkerwijs tot een strafprocedure. Vanuit

28 Zie § 7.4.

29 NJ 2013/308, r.o. 2.4.4.

30 NJ 2013/308, r.o. 2.4.4.; verwijzend naar HR 30 juni 2009, NJ 2009/349, m.nt. Schalken (schending van het recht op rechtsbijstand) en HR 28 maart 2006, NJ 2007/38, m.nt. Schalken (schending van het zwijgrecht).

het perspectief van de opsporingsambtenaar is de meer gedetailleerde normering in het Nederlandse Wetboek van Strafvordering en lagere wetgeving (zoals richtlijnen en aanwijzingen) dan ook te prefereren omdat zij meer richtinggevend is voor het handelen. Deze normen maken het beter mogelijk voor de opsporingsambtenaar om in te schatten hoe zij zich behoren te gedragen dan de holistische *proceedings as a whole*-toets die in het kader van artikel 6 EVRM centraal staat en eerder als een toetsing achteraf gezien kan worden. In dit kader merkt Spronken op dat de focus op deze holistische benadering van het EHRM ervoor zorgt dat

‘het steeds moeilijker [wordt] voor alle betrokkenen, zowel voor de politie en het OM als voor de verdediging, om op het moment dat een recht daadwerkelijk geëffectueerd moet worden, een inschatting te maken of het recht mag worden beperkt. Wat er in de procedure “in zijn geheel” (gaat) gebeuren, is dan immers (meestal) nog niet bekend’.³¹

Kortom, de focus binnen het rechterlijk toezicht op de sanctionering van vormverzuimen en het dominante eerlijkheidsperspectief daarbinnen brengt met zich dat de rechter zich onvoldoende uitlaat over de grenzen van het strafvorderlijk handelen (en daarmee onvoldoende aan normprecisering doet). Daarnaast brengt de gerichtheid op de eerlijkprocesrechten mee dat onvoldoende acht wordt geslagen op overige waarden die in het kader van het strafproces van belang zijn.

9.3 TOEZICHT DOOR DE OFFICIER VAN JUSTITIE

De knelpunten in het rechterlijk toezicht zoals die in het vorige paragraaf zijn besproken, werken door in het toezicht dat door de officier van justitie wordt uitgeoefend op de politie. Hoewel dit toezicht op een geheel andere wijze is vormgegeven dan het rechterlijk toezicht en het andere uitgangspunten heeft, lijkt het rechterlijk toetsingskader van groot belang te zijn voor het toezicht door de officier van justitie.

Zoals in het vorige hoofdstuk is besproken, is het een breed gedragen sentiment onder officieren van justitie dat het houden van toezicht op opsporingsambtenaren een inherente taak van de officier van justitie is. Een duidelijk kader voor de uitoefening van dit toezicht bestaat echter niet. Bij zijn toezichthoudende taak laat de officier van justitie zich – volgens de respondenten – leiden door het strafvorderlijk wettelijk kader in de meest ruime zin en abstraheert aldus in zoverre van de beperkingen die de Hoge Raad in zijn jurisprudentie heeft aangelegd voor de rechterlijke controle op opsporingsambtenaren (en in het bijzonder het sanctioneren van onrechtmatig opsporingshandelen).

31 Spronken 2016, p. 380.

Dat wil zeggen dat de officier van justitie het gedrag van opsporingsambtenaren toetst aan alle strafvorderlijke regels, de formele wet, lagere wetgeving, ongeschreven beginselen en relevante mensenrechtelijke normen. Hij laat zich naar eigen zeggen daarbij aldus niet leiden door de jurisprudentiële drempels uit de rechtspraak van de Hoge Raad. Op zichzelf komt dit logisch voor; deze jurisprudentiële drempels bepalen de kaders van het *rechterlijk* toezicht. Daarnaast ligt de rechtvaardiging voor deze drempels deels in het gegeven dat het toezicht op de opsporing (ook of primair) vanuit het OM plaatsvindt.³² Het ligt dan ook voor de hand dat de toezichthoudende taak van de officier van justitie in zekere mate los staat van die van de rechter. Belangrijke redenen hiervoor zijn het gezag van de officier van justitie over het opsporingsonderzoek, de notie van magistratelijkheid en de daarmee samenhangende verantwoordelijkheid van de officier van justitie voor de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek in brede zin, aldus de respondenten.

Dat betekent echter niet dat elke normoverschrijding gevolgen hoeft te hebben voor de strafprocedure ten behoeve waarvan het opsporingsonderzoek wordt verricht.³³ Niet op elke normoverschrijding wordt op dezelfde wijze gereageerd. Voor de vraag wanneer en welke consequentie aan een normovertreding verbonden dient te worden, is het van belang om vast te stellen of de verdachte al dan niet is geraakt in zijn belangen door het vormverzuim. Hierbij komt aan de jurisprudentie van de Hoge Raad grote betekenis toe. Belangrijke afwegingsfactoren die respondenten noemen in dit kader zijn onder andere, hoe ernstig de onrechtmatigheid wordt gevonden (zowel in het licht van de rechten van de verdachte als voor de integriteit en controleerbaarheid van de opsporing); het verwijt dat de politie kan worden gemaakt (in hoeverre hebben zij bewust de strafvorderlijke normen overtreden?); en de ernst van het strafbare feit; en tot slot wat de procedurele gevolgen van de onrechtmatigheid zullen zijn wanneer deze ter beoordeling aan de rechter wordt voorgelegd.³⁴ Deze beoordelingsfactoren zijn sterk geïnspireerd door de jurisprudentie van de Hoge Raad waardoor ook de sanctionering van vormverzuimen door de officier van justitie (in ieder geval wat betreft de strafprocessuele gevolgen) in grote mate gelijk loopt aan het rechterlijk toetsingskader. Veelal worden normoverschrijdingen die niet (direct) raken aan de strafprocedure op een andere wijze afgehandeld. Opmerkelijk hierbij is overigens dat ook ernstige schendingen van de verbaliseringsplicht (zoals hierboven beschreven) over het algemeen geen gevolgen hoeven te hebben voor de strafprocedure. Zolang alsnog transparantie wordt geboden in de gang van zaken in het

32 Zie § 5.2 en § 6.3.

33 In dit kader is er wel verschil van mening onder de respondenten, zo vindt niet iedereen dat de officier van justitie toezicht dient te houden op de naleving van alle strafvorderlijke normen. In het bijzonder worden hier normen genoemd die raken aan het recht op privacy maar ook normen waarop de politie het toezicht zelf zou moeten organiseren (§ 8.2.3). Hier kom ik in het volgende hoofdstuk op terug.

34 Zie § 8.4.

opsporingsonderzoek, zijn respondenten doorgaans van oordeel dat er geen sprake is van een onherstelbaar vormverzuim. De terughoudendheid in de invulling van de controlerende taak van de rechter lijkt op deze wijze ook van invloed te zijn op de vormgeving van het toezicht door de officier van justitie.

Het toezicht dat door de officier van justitie wordt uitgeoefend is breder. Dat wil zeggen dat hij ook buiten het strafvorderlijke kader mogelijkheden heeft om te reageren op normoverschrijdingen door de politie. Normoverschrijdingen die geen gevolgen hebben voor de procespositie van de verdachte en ten aanzien waarvan de officier van justitie ook om andere redenen niet van oordeel is dat deze gevolgen dienen te hebben voor de strafprocedure, kunnen wel worden voorzien van een reactie (richting de politie). De officier van justitie heeft immers ook een normstellende en opvoedkundige taak richting de politie. Deze normstellende en opvoedkundige taak wordt – naast de hierboven genoemde magistratelijkheid en gezag van de officier van justitie – veel genoemd als reden voor een ‘ruime’ toezichthoudende taak op de politie.³⁵ Ruim in die zin dat wordt toegezien op de naleving van alle strafvorderlijke normen, er veel direct contact is met de politieambtenaren en de terugkoppeling plaatsvindt met een zekere didactische houding. De gedachte is dat door het sturen van de politie en het corrigeren van fouten onrechtmatig handelen in de toekomst voorkomen kan worden en de kwaliteit van het politiewerk kan worden verhoogd. Hierbij gaan officieren van justitie doorgaans ervanuit dat de beslissingen die zij nemen en de normering die zij aanleggen in de wijze waarop gebruik wordt gemaakt van opsporingsbevoegdheden een zeker lerend effect heeft op de opsporingsambtenaren. Of dat ook daadwerkelijk altijd het geval is, valt echter te betwijfelen. Immers, ook binnen de ZSM is er ondanks het directe contact tussen de officier van justitie en de politie geen duidelijk leereffect waar te nemen. De beslissingen van de officier van justitie worden niet altijd goed begrepen door opsporingsambtenaren, wat ervoor zorgt dat het lerend effect ervan verloren gaat.³⁶

Hierbij speelt de uiteenlopende wijze waarop officieren van justitie het toezicht uitoefenen een belangrijke rol. In het vorige hoofdstuk is reeds besproken dat respondenten niet alleen op verschillende wijze invulling geven aan hun toezichthoudende taak – de ene officier van justitie is proactiever in het terugkoppelen van fouten aan opsporingsambtenaren en dicht zichzelf een grotere opvoedkundige taak toe dan de ander –, maar zij verschillen ook van mening over wat als een ernstig vormverzuim kan worden aangemerkt, of en welke reactie op een vormverzuim geboden is, en welke eisen gesteld kunnen worden aan opsporingsambtenaren. Een onrechtmatige doorzoeking van een woning wordt bijvoorbeeld door sommige officieren van justitie als een zeer ernstig vormverzuim gezien (en in voorkomende gevallen verbinden

35 Zie § 8.2.2.

36 Zie bijv. Lindeman 2017, p. 135.

officieren van justitie daar ook gevolgen aan voor het eventueel vergaarde bewijs), terwijl andere officieren van justitie hier makkelijker overheen stappen en zich op het standpunt stellen dat zolang er transparantie is geboden over de volledige gang van zaken tijdens het opsporingsonderzoek – inclusief eventuele fouten – en het recht op een eerlijk proces van de verdachte niet is geschaad, er geen sprake hoeft te zijn van een rechtsgevolg. Gezien de grote mate van diversiteit in de oordeelsvorming van de officier van justitie, lijkt hier een taak weggelegd voor de rechter om zich in het kader van zijn eigen toezicht duidelijker uit te laten over het belang van de geschonden norm om zo meer eenduidigheid te creëren in de normering van de opsporing.

9.4 COMPLEXITEIT VAN HET NORMEN- EN TOEZICHTSTELSEL

Zoals in het eerste deel van dit onderzoek is gesteld, ligt het voor de hand dat een normeringsgebrek in het toezicht op de naleving van strafvorderlijke normen bijdraagt aan de vervaging van grenzen van strafvorderlijke bevoegdheden, waardoor opsporingsambtenaren onvoldoende inzicht krijgen in de wijze waarop zij hun handelen moeten afstemmen op de wet en daarmee steeds vaker (bewust dan wel onbewust) regels overtreden. De vraag is echter of het gebrek aan normnaleving door politieambtenaren en onvoldoende kennis over strafvorderlijke regels teruggevoerd kunnen worden op een normerings- en toezichtsgebrek vanuit de rechter en/of de officier van justitie. In het kader van dit onderzoek is niet bekeken in hoeverre deze verschillen in reactie voor problemen zorgen op het niveau van politieambtenaren. Er is echter wel reden om aan te nemen dat politieambtenaren kunnen worstelen met deze onderlinge verschillen in sturing en normering door het OM. De onderzoekers van het rapport *Handelen naar Waarheid* constateren ten aanzien van de door de politie op te maken processen-verbaal in ieder geval 'dat officieren van justitie onderling sterk verschillende eisen stellen aan de opbouw, inhoud en mate van detaillering van processen-verbaal. Uitvoerenden zien het proces-verbaal te vaak als een administratieve last in plaats van als een weerslag van vakmanschap'.³⁷ Maar veelal lijken problemen in de politiepraktijk niet zo zeer samen te hangen met onduidelijke normering maar met een gebrek aan (strafvorderlijke) kennis binnen de politie. Uit onderzoek naar het kennisniveau van opsporingsambtenaren komt het beeld naar voren dat opsporingsambtenaren niet altijd goed op de hoogte zijn van de wijze waarop zij gebruik dienen te maken van hun strafvorderlijke bevoegdheden. Al in 2011 stelde de Politieonderwijsraad dat bij de politie een gebrek bestaat aan juridische kennis – dat geldt zowel ten aanzien van het materiële strafrecht als ten aanzien van kennis over de inzet van strafvorderlijke bevoegdheden – en inzicht, waardoor zij vaak onvolledig onderzoek verricht en in het verlengde daarvan gebrekkige

37 Rapport *Handelen naar waarheid* 2016, p. 19-20.

processen-verbaal instuurt aan het OM.³⁸ Begeleiding van agenten – zowel vanuit de politieleiding als het OM – ontbreekt vaak. De Inspectie Justitie en Veiligheid kwam in 2014 tot eenzelfde conclusie ten aanzien van politiemensen werkzaam in de basispolitiezorg.³⁹ Zij rapporteerde dat het niveau van de parate kennis van opsporingsbevoegdheden bij politiemensen in de basispolitiezorg suboptimaal is en de politie nauwelijks aanvullend wordt opgeleid. Er is in het algemeen sprake van een gebrekkige kennis van bevoegdheden. Boring van die parate kennis in en door de organisatie ontbreekt: het gebruik van de diverse instrumenten die worden aangereikt om kennis up-to-date te houden is vrijblijvend en de parate kennis van de individuele politieambtenaren wordt niet periodiek getoetst. Daarnaast worden politieambtenaren (na hun basisopleiding) niet meer getoetst op actuele kennis van bevoegdheden en voor het gebruik van geweldsmiddelen door medewerkers in de opsporing.⁴⁰ Deze bevindingen beperken zich niet tot de basispolitiezorg. Ook met betrekking tot recherchemedewerkers bestaan er zorgen over het kennisniveau. In het rapport *Handelen naar waarheid* concluderen de onderzoekers dat ook onder recherchemedewerkers een kennisdeficit bestaat, in het bijzonder onder diverse ervaren recherchemedewerkers.⁴¹ Hierbij gaat het om gebreken in recherchevaardigheden (zoals verbaliseren en verhoortechnieken), maar ook gebrek aan kennis over het strafrecht in algemene zin en de strafvorderlijke bevoegdheden.⁴² Ook met redelijk gedetailleerde regels, zoals de Wet politiegegevens, zijn politieambtenaren niet goed bekend en weten onvoldoende wat wel en niet is toegestaan is in de omgang met persoonsgegevens.⁴³

Het bovenstaande brengt ons bij de constatering die in het eerste deel van dit onderzoek is gedaan met betrekking tot de complexiteit van het normenstelsel en de problemen die deze complexiteit met zich zou kunnen brengen voor opsporingsambtenaren wier gedrag aan dit normenkader dient te beantwoorden. Of deze complexiteit van het normenstelsel, al dan niet in samenhang met het hierboven besproken normeringsgebrek in het toezicht problematisch is voor de normadressaat, kan niet met zekerheid worden gesteld. Wel kan op basis van dit onderzoek worden gesteld dat het bonte palet aan strafvorderlijke normen de toezichthouders voor problemen stelt. Deze 'overnormering' stelt de toezichthouder voor een omvangrijke taak: hij dient zorg te dragen voor de handhaving van de vele strafvorderlijke normen, terwijl niet altijd

38 Juridische kennis en het proces-verbaal 2011, p. 36-37.

39 Rapport Parate kennis bevoegdheden politie 2014, p. 40.

40 Rapport Parate kennis bevoegdheden politie 2014, p. 19-20; p. 38-39.

41 Rapport *Handelen naar waarheid* 2016, p. 20.

42 Rapport *Handelen naar waarheid* 2016, p. 89.

43 Rapport *Handelen naar waarheid* 2016, p. 61. Hoewel sinds het verschijnen van bovengenoemde rapporten nog geen onderzoek is geweest naar eventuele verbeteringen, is er weinig reden om aan te nemen dat de situatie sedertdien is verbeterd. Zie bijv. Noodkreet Recherche 2018 en de verschillende onderzoeken van de Inspectie Justitie en Veiligheid aangaande het politieonderwijs.

duidelijk is waartoe de norm dient en in welke context de naleving ervan van belang is. Doordat de toezichthouders (rechter en officier van justitie) de handhaving van al deze normen kennelijk niet tot de kern van hun toezicht-houdende taak rekenen, wordt een ander (minder omvangrijk) beoordelings-kader gehanteerd voor het toezicht, namelijk het eerlijkheidsperspectief van artikel 6 EVRM. Paradoxaal genoeg leidt dit uiteindelijk tot een zekere 'onder-normering', namelijk een gat in dat onderdeel van het toezicht dat betrekking heeft op de precisering en verduidelijking van de onderliggende strafvorderlij-ke normen.

Dat maakt het aannemelijk dat ook de normadressaat hier uiteindelijk de negatieve gevolgen van zal ondervinden. De combinatie van grote onderlinge verschillen in de wijze waarop het toezicht wordt ingevuld en verschillen in de wijze waarop het handelen wordt genormeerd, dragen niet bij aan een beter begrip van het strafvorderlijke stelsel door politieambtenaren en daarmee aan betere normnaleving. Het gevaar is immers dat wanneer politieambtenaren onvoldoende bekend zijn met strafvorderlijke normen – en het belang van naleving van die normen – de intrinsieke motivatie om zich aan die normen te houden geringer wordt. Immers, wanneer normen onbekend zijn, kan er geen intrinsieke motivatie bestaan om normconform te handelen. Wanneer daarnaast de controle op naleving van die normen onvoldoende (helder) is, zal er sneller en vaker sprake zijn van normoverschrijdend gedrag.

9.5 CONCLUSIE

In het eerste deel van dit onderzoek is het onderscheid tussen controle, sanctio-nering en normering uiteengezet. Hoewel het hier in de kern om uiteenlopende activiteiten gaat, zijn zij nauw met elkaar verbonden en kunnen daarom met elkaar overlappen. Ook in de praktijk zijn deze activiteiten niet altijd duidelijk van elkaar te onderscheiden. Deze onderlinge verbondenheid brengt mee dat onduidelijkheden of knelpunten in het ene kader kunnen doorwerken in de andere kaders. Zo kan een onduidelijke controle of terughoudende sanctione-ring eraan bijdragen dat ook onduidelijkheid ontstaat over de inhoud van de (geschonden) norm en deze mede om die reden minder goed wordt nageleefd.

Dat blijkt uit de huidige toezichtspraktijk. Het rechterlijk toezicht heeft een belangrijke focus op een onderdeel van het sluitstuk van het toezicht, namelijk de sanctionering van onrechtmatig handelen en richt zich daarbinnen bovendien op het waarborgen van de subjectieve rechten van de verdachte (in het bijzonder die rechten die betrekking hebben op de eerlijkheid van de procedure). Het feit dat de strafrechter niet altijd in staat is om toe te zien op de naleving van elke strafprocessuele norm – door middel van controle en sanctionering – is vanuit praktisch oogpunt te billijken. De focus van de rechter op het waarborgen van die normen die raken aan de eerlijkprocesrechten van de verdachte is bovendien alleszins begrijpelijk vanuit de gedachte dat het

waarborgen van de eerlijkheid van het proces een inherente taak is van de rechter. Ten aanzien van de schending van andere strafvorderlijke normen staat de jurisprudentie van de Hoge Raad een grote mate van terughoudendheid voor. Mede hierdoor laat de hoogste rechter zich niet altijd uit over de schending van deze strafvorderlijke normen. Dit normeringsgebrek werkt door in de feitenrechtspraak waar in voorkomende gevallen met een verwijzing naar de jurisprudentie van de Hoge Raad niet (voldoende) wordt genormeerd. Deels is de oorzaak hiervan de grote concentratie op de sanctionering van vormverzuimen; omdat de rechter geen sanctie wil verbinden aan het vormverzuim – vanwege de geringe ernst van het vormverzuim of de aard van de regel – wordt in bepaalde gevallen ook niet genormeerd (of zelfs gecontroleerd). Niettemin behoudt hij ook in het kader van de beoordeling van het recht op een eerlijk proces de verantwoordelijkheid zich uit te laten over andere normoverschrijdingen. De focus op het eerlijkheidsperspectief – en de subjectieve rechten van de verdachte in het algemeen – draagt er daarnaast aan bij dat onvoldoende acht wordt geslagen op strafvorderlijke normen die niet direct hieraan raken. Hierdoor is het de vraag of (voldoende) wordt toegezien op die normen die volgens de Hoge Raad niet raken aan het recht op een eerlijk proces, wat de veelzijdige en meerduidige notie van eerlijkheid precies inhoudt en hoe deze zich verhoudt tot de andere strafvorderlijke regels in het stelsel.

Bovendien lijkt de terughoudendheid van de rechter ook door te werken in het toezicht dat de officier van justitie houdt op de opsporing. Dat is des te problematischer wanneer men bedenkt dat deze terughoudendheid (mede) voortvloeit uit de gedachte dat de rechter zich niet primair moet bezighouden met het controleren van de opsporing, aangezien de officier van justitie primair verantwoordelijk is voor het rechtmatig handelen van opsporingsambtenaren. Deze beperkte rechterlijke controle draagt er echter aan bij dat de officier van justitie eveneens een beperkte(re) controle uitoefent aangezien hij hetzelfde toetsingskader als de rechter hanteert. Hierdoor blijft ook aan de zijde van de officier van justitie het toezicht in bepaalde gevallen (ten aanzien van bepaalde normen) achterwege.

Het onvoldoende preciseren van strafvorderlijke normen in het kader van het toezicht kan leiden tot een normeringsgebrek en daarmee tot onduidelijkheid over de functie van de norm en uiteindelijk tot vervaging van de grenzen van deze normen waardoor voor opsporingsambtenaren mogelijk niet altijd duidelijk is op welke wijze zij dienen te handelen in het kader van het opsporingsonderzoek. Of dit risico daadwerkelijk waarheid is geworden, kan op basis van dit onderzoek niet met zekerheid worden gesteld. Wel kan worden vastgesteld dat de veelheid aan normen en het gegeven dat de oordeelsvorming in het kader van het toezicht op die normen niet altijd helder is, bijdragen aan inconsistenties in het toezicht dat door de rechter en de officier wordt uitgeoefend.

Bovenstaande constatering roepen de vraag op in hoeverre er gezien vanuit het aan het slot van deel I geformuleerd toetsingskader gesproken kan worden van toereikend of goed toezicht op de naleving van strafprocessuele normen door politie en justitie.

