



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het toezicht op de opsporing: Enkele aspecten van het toezicht door de officier van justitie

Samadi, M.

Citation

Samadi, M. (2021). Het toezicht op de opsporing: Enkele aspecten van het toezicht door de officier van justitie. *Tijdschrift Voor Bijzonder Strafrecht En Handhaving*, 2021(2), 132-142. doi:10.5553/TBSenH/229567002021007002007

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3249122>

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

Artikel

Het toezicht op de opsporing

Enkele aspecten van het toezicht door de officier van justitie

Mr. dr. M. Samadi*

1. Inleiding

132

Het huidige Nederlandse strafprocesrecht bevat een groot aantal normen die betrekking hebben op het handelen van opsporingsambtenaren in het kader van het strafrechtelijk vooronderzoek. Het grondpatroon van deze verzameling normen wordt gevormd door het Wetboek van Strafvordering, dat lange tijd nauwelijks normen bevatte die specifiek betrekking hadden op het handelen van politie en justitie gedurende het opsporingsonderzoek. Vanaf de jaren zestig van de vorige eeuw is hierin verandering gekomen en is het strafvorderlijk handelen van opsporingsambtenaren in toenemende mate genormeerd. Dat gebeurde in formele (al dan niet bijzondere) wetgeving, lagere wetgeving (zoals in circulaire, richtlijnen en aanwijzingen van het OM, maar ook technische normen zoals forensische opsporingsnormen), internationale en Europeesrechtelijke instrumenten, en door de in de rechtspraak ontwikkelde algemene beginselen van een behoorlijke procesorde. Nadere normering vond (en vindt) daarnaast ook plaats in de vorm van regels die niet altijd afdwingbaar zijn maar waarvan wel een zekere normstellende werking uit gaat, zoals de behoorlijkheidsnorm van de Nationale ombudsman, de gedragscode van het OM en de notie van magistratelijheid voor de officier van justitie. Inmiddels moet het strafvorderlijk handelen van politie en het OM – evenals ander overheidsoptreden – beantwoorden aan een complex scala aan geschreven en onge-

schreven normen waarmee hoge verwachtingen aan het optreden van opsporingsambtenaren worden gesteld. Dat opsporingsambtenaren niet altijd hieraan kunnen voldoen, blijkt uit diverse onderzoeken die uitwijzen dat het niveau van parate kennis van strafvorderlijke wetten bij opsporingsambtenaren niet optimaal is.¹

Dat roept de vraag op wie er toezicht houdt op (de naleving van) al deze strafvorderlijke normen. Alom wordt aangenomen dat hierin in ieder geval een belangrijke taak weggelegd is voor de strafrechter. Hiervoor vormt artikel 359a Sv de wettelijke grondslag. In de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake dit artikel is echter al jaren een duidelijke terugtrekkende beweging waar te nemen ten aanzien van de controle op het handelen van opsporingsambtenaren in het opsporingsonderzoek. Deze uit zich met name in een terughoudende sanctionering van onrechtmatig strafvorderlijk handelen van opsporingsambtenaren in het vooronderzoek.² Hieraan ligt de gedachte ten grondslag dat de aandacht van de strafrechter primair naar de beoordeling van het ten laste gelegde feit moet gaan en de controle op politie en justitie niet het zwaartepunt van het strafproces mag vormen. De rechter is immers niet de totaalcontroleur van de opsporing. Tegelijkertijd is het niet zonder meer duidelijk of en op welke wijze dit toezicht (mede) door andere instanties wordt uitgeoefend. Deze ontwikkeling leidt tot het risico dat een leemte ontstaat in het huidige toezicht op het strafvorderlijk optreden van politie en

* Mr. dr. M. Samadi is universitair docent straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden.

1. *Parate kennis bevoegdheden politie, 'Dit moeten we dus eigenlijk allemaal, ja iedere diender, weten'*, Inspectie Veiligheid & Justitie 2014, p. 28 e.v.; S. Huisman e.a., *Handelen naar waarheid. Sterkte-zwakte-analyse van de opsporing*, Politieacademie 2016, p. 21.
2. HR 30 maart 2004, NJ 2004/376, m.nt. Buruma; HR 19 februari 2013, NJ 2013/308, m.nt. Keulen; en de meest recente overzichtsarresten HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889 en 1890.

justitie en in het verlengde daarvan dat niet duidelijk is wie de verantwoordelijkheid draagt voor de precisering van de strafvorderlijke normen in het huidige – alsmaar complexer wordende – stelsel. Deze ontwikkeling roept vragen op over de redenen waarom het strafvorderlijk optreden wordt genormeerd, de wijze waarop het toezicht op die normen is (en dient te worden) geregeld en de eisen die aan dat toezicht kunnen worden gesteld. Het zijn deze vragen die centraal stonden in mijn proefschrift.³

In dit artikel bespreek ik een onderdeel van dit onderzoek, namelijk het toezicht dat door officieren van justitie wordt uitgeoefend op de opsporing. Hoewel alom wordt aangenomen dat de officier van justitie een belangrijke verantwoordelijkheid heeft in het toezicht op de opsporing, is er weinig bekend over hoe dit toezicht er in de praktijk uit ziet. In het hiernavolgende schets ik een aantal belangrijke aspecten van dit toezicht en signaleer ik enkele knelpunten daarbinnen. Daarvoor wordt allereerst in zeven mijlsarzen de achtergrond van de problematiek – de steeds terughoudendere rechterlijke controle op politie en justitie – geschetst (§ 2). Hiermee wordt in kaart gebracht waarom de rechter steeds terughoudender is geworden in de uitoefening van dit toezicht. Vervolgens wordt in beeld gebracht hoe vanuit het OM invulling wordt gegeven aan het toezicht op de opsporing (§ 3). Hierbij zal in de eerste plaats in beeld worden gebracht wat wordt verstaan onder toezicht om vervolgens een aantal aspecten van de invulling ervan in kaart te brengen. Zoals zal blijken is hierin geen uniformiteit; de wijze waarop invulling wordt gegeven aan dit toezicht is afhankelijk van vele factoren, zoals het ‘type zaak’ maar ook de persoonlijke invulling van deze taak door de officier van justitie. In de slotparagraaf vindt een nadere reflectie plaats op een aantal knelpunten in dit toezicht (§ 4).

2. Achtergrond van de problematiek

Het toezicht op de naleving van strafprocessuele normen door opsporingsambtenaren in het vooronderzoek is niet altijd een expliciet en ondubbelzinnig aan de zittingsrechter toebedeelde verantwoordelijkheid geweest.⁴ De rechterlijke bemoeienis met het optreden van politie en justitie in het vooronderzoek vond in belangrijke mate plaats buiten de wetgever om. Vanaf halverwege de vorige eeuw heeft de rechter deze toe-

zichthoudende taak op zich genomen en is deze taak nader ingevuld in de jurisprudentie van de Hoge Raad.⁵ Sindsdien heeft de gedachte dat de rechter een controlerende taak heeft over het handelen van politie en justitie in het voorbereidend onderzoek vaste voet aan de grond gekregen en met de invoering van artikel 359a in 1996 is deze taak ook voorzien van een wettelijke grondslag.⁶ Wat precies de reikwijdte van deze controlerende taak van de rechter is en welke doelstellingen ten grondslag liggen aan deze taak, wordt door de wetgever echter in het midden gelaten. De wetgever koos ervoor de rechter een ruime discretionaire bevoegdheid te geven in de wijze waarop en mate waarin hij op onrechtmatig strafvorderlijk optreden reageert.⁷ Deze beslissingsruimte was noodzakelijk omdat de rechter beter in staat is om de in het geding zijnde belangen te wegen.⁸ 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 daarmee tot rechtsonzekerheid zou kunnen leiden.⁹ Al snel na de invoering van deze bepaling nam de Hoge Raad dan ook zijn rechtsvormende taak ter hand en bracht een nadere structurering aan in de controlerende taak van de rechter.

Uit deze jurisprudentie van de Hoge Raad is inmiddels duidelijk dat de toepassing van artikel 359a Sv gebonden is aan een strikt kader, waardoor de controlerende taak van de zittingsrechter in sterke mate is beperkt.¹⁰ In de eerste plaats ligt de drempel voor de toepassing van deze bepaling hoog. Zo moet het gaan om een onherstelbaar vormverzuim dat is begaan in het voorbereidend onderzoek van het ten laste gelegde feit en dat niet reeds had kunnen worden voorgelegd aan de rechter-commissaris of de raadkamer van de rechtbank.¹¹ Maar ook als de rechter eenmaal toekomt aan het verbinden van een rechtsgevolg aan onrechtmatig strafvorderlijk handelen, gelden hiervoor strikte voorwaarden en motiveringsvereisten. De Hoge Raad stelt namelijk voorop dat de sanctionering van een vormverzuim geen plicht maar een

3. M. Samadi, *Normering en toezicht in de opsporing. Een onderzoek naar de normering van het strafvorderlijk optreden van opsporingsambtenaren in het voorbereidend onderzoek en het toezicht op de naleving van die normen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020.
4. De wetgever gaf er zelfs blijk van een strikte scheiding voor te staan tussen het vooronderzoek en het onderzoek ter terechtzitting. Deze gedachte is af te leiden uit de systematiek van art. 199 en 256 Sv. Zie uitgebreid Samadi 2020, p. 130-133 en de daarin genoemde literatuur.

5. Een omslagpunt vormt het Tweede bloedproefarrest in 1962 (HR 26 juni 1962, *NJ* 1962/470, m.nt. Pompe), al duurde het daarna tot eind jaren zeventig voor de zittingsrechter meer consequente arrest invulling gaf aan zijn controlerende taak. Dat gebeurde in het arrest Braak bij binnentreden (HR 18 april 1978, *NJ* 1978/142, m.nt. Mulder) en kreeg al snel opvolging in de rechtspraak van de Hoge Raad, zie HR 12 december 1978, *NJ* 1979/142 en HR 22 januari 1980, *NJ* 1980/203.
6. *Stb.* 1996, 522.
7. *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, nr. 3, p. 25, in navolging van het rapport van de commissie Corstens (G.J.M. Corstens (red.), *Rapporten herijking strafvordering* 1993, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 53).
8. Corstens 1993, p. 53.
9. S.A.M. Stolwijk, ‘Recht in vorm. De vorm uit het recht?’, *DD* 1993, p. 868-880; J.W. Fokkens, ‘Recht in vorm?’, *DD* 1993, p. 904-915; J. Naeye & T.M. Schalken, ‘Verslag congres vormverzuimen in het strafrecht’, *DD* 1993, p. 953-963.
10. Omwille van de ruimte en gegeven het feit dat de toepassing van artikel 359a Sv inmiddels veelvuldig is besproken in de literatuur en op grote lijnen als bekend kan worden verondersteld bij strafrechtjuristen, zal ik hier niet in detail ingaan op deze jurisprudentie maar slechts de hoofdlijnen schetsen.
11. Zie uitgebreid Samadi 2020, p. 177-211 en de daarin genoemde literatuur.

rechterlijke bevoegdheid is. Aan het verbinden van een rechtsgevolg aan een vormverzuim ligt dan ook het uitgangspunt ten grondslag ‘dat het rechtsgevolg in verhouding moet staan tot de aard en de ernst van het vormverzuim en het door de verdachte als gevolg van het vormverzuim geleden nadeel’.¹² Hierbij is de subsidiariteitsgedachte leidend: vanwege de belangen die met de vervolging en berechting van strafbare feiten zijn gemoeid, dient de rechter te volstaan met het minst verstrekkende rechtsgevolg.¹³ Grofweg komt deze jurisprudentie erop neer dat slechts in zeer uitzonderlijke gevallen plaats is voor de toepassing van de twee zwaardere sancties – de niet-ontvankelijkverklaring en bewijsuitsluiting – uit het sanctiearsenaal. Voor de toepassing van de sanctie niet-ontvankelijkheid moet het gaan om een ‘onherstelbare inbreuk op het recht op een eerlijk proces die niet op een aan de eisen van een behoorlijke en effectieve verdediging beantwoordende wijze is of kan worden gecompenseerd’.¹⁴ Ook de toepassing van bewijsuitsluiting staat grotendeels in het teken van het voorkomen van een schending van het recht op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM. Weliswaar kan onrechtmatig verkregen bewijs ook worden uitgesloten in gevallen waarin het recht van de verdachte op een eerlijk proces niet (rechtstreeks) aan de orde is – namelijk wanneer het gaat om de aanzienlijke schending van een ander belangrijk strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel – maar de belangenafweging die de rechter in dit kader dient te maken, brengt mee dat hiervoor zelden plaats is.¹⁵ De toepassing van strafvermindering als rechtsgevolg is eveneens in de jurisprudentie van de Hoge Raad nader uitgewerkt,¹⁶ waarbij de feitenrechter weliswaar meer ruimte wordt gelaten voor de toepassing ervan maar hij gebonden is aan strikte motiveringsvereisten.¹⁷ Tot slot kan ook het enkel constateren van een vormverzuim worden gezien als een rechterlijke reactie op een vormverzuim. Hoewel deze rechterlijke reactie niet als een heel krachtig signaal van afkeuring wordt gezien, is het gezien de vele jurisprudentiële drempels voor de toepassing van

een sanctie op een vormverzuim, wel de meest voorkomende reactie die de rechter tot zijn beschikking heeft. Noch de wetgever noch de Hoge Raad heeft richtlijnen in het leven geroepen voor dit ‘rechtsgevolg’, althans niet anders dan die grenzen die de reikwijdte van artikel 359a Sv bepalen. Bij het ontbreken van een nadeel voor de verdachte of bij een onvoldoende ernstig vormverzuim, ligt het voor de hand dat de rechter geen rechtsgevolg verbindt aan dat vormverzuim. De mate waarin de feitenrechter zich dan wel uitlaat over dat vormverzuim wordt in grote lijnen overgelaten aan zijn eigen oordeel. De jurisprudentie van de Hoge Raad nodigt daartoe echter bepaald niet uit. De rechter mag immers een vormverzuimverweer ‘zonder onderzoek naar de feitelijke grondslag daarvan verwerpen indien hij tot het oordeel komt dat wat is aangevoerd – ware het juist – niet noopt tot één van de in artikel 359a lid 1 Sv genoemde rechtsgevolgen’.¹⁸ De terughoudende toepassing van deze bepaling komt tot slot ook tot uiting door de vereisten die de Hoge Raad heeft geformuleerd voor het verweer van de verdediging inhoudende dat een normschending langs de weg van artikel 359a Sv voor sanctionering in aanmerking komt.¹⁹

Kortom, hoewel de jurisprudentie van de Hoge Raad aan de wieg heeft gestaan van de rechterlijke controle op het vooronderzoek, laat de huidige jurisprudentie vooral een grote mate van terughoudendheid zien in dezen. In zijn laatste overzichtsarrest overweegt de Hoge Raad hieromtrent dat in ‘het strafproces centraal [staat] dat de rechter, met inachtneming van de regels van een eerlijk proces, zoveel mogelijk een inhoudelijk oordeel velt over de beschuldiging die jegens de verdachte wordt geuit en zo recht spreekt in de concrete zaak. (...) Op de strafrechter [rust] niet de taak en verantwoordelijkheid de rechtmatigheid en de integriteit van het optreden van politie en justitie als geheel te bewaken. De strafrechter is daartoe ook niet in staat.’²⁰ Uit deze overweging kan de centrale doelstelling die de Hoge Raad ten grondslag legt aan de rechterlijke controle van het vooronderzoek worden ontwaard, namelijk de bescherming van de individuele rechten van de verdachte, en in het bijzonder het recht op een eerlijk proces. Voorts erkent de Hoge Raad in zijn jurisprudentie expliciet een rechterlijke verantwoordelijkheid voor het afdwingen van normconform strafvorderlijk handelen aan de zijde van opsporingsambtenaren maar het gaat hier wel om een doel dat van ondergeschikt belang is. In eerdere jurisprudentie – en nog altijd in de literatuur – is de rechterlijke controle bovendien ook in verband gebracht met het waarborgen van een rechtsstatelijk en integer handelen van de overheid.²¹ De gedachte is dat de rechter door het controleren van de (strafvorderlijke) overheid

12. HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, r.o. 2.1.3.

13. Deze subsidiariteitsgedachte lag ook al ten grondslag aan eerdere rechtspraak van de Hoge Raad en kan in zekere zin ook worden afgeleid uit de volgorde waarin de rechtsgevolgen in art. 359a Sv zijn opgenomen.

14. Voorheen gold hier het Zwolsmancriterium, maar dit criterium is in het laatste overzichtsarrest van de Hoge Raad nader ‘verduidelijkt’ en geherformuleerd; zie HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, r.o. 2.5.1-2.5.2.

15. HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, r.o. 2.4.1-2.4.5. Zie uitgebreid R. Kuiper, *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014; J.S. Nan & D. Bektevic, ‘Structurele vormverzuimen: een structureel probleem?’, *DD* 2017/22; Samadi 2020, p. 175-243.

16. Strafvermindering kan ook buiten het kader van artikel 359a Sv worden toegepast, zie bijvoorbeeld HR 13 oktober 2015, *NJ* 2016/111, m.nt. B.E.P. Myjer (*Eindhovense kopschoppers*).

17. In zijn meest recente jurisprudentie aangaande artikel 359a Sv benadrukt de Hoge Raad wel dat de sanctie strafvermindering als mogelijk gevolg van (voldoende ernstige) vormverzuimen niet is beperkt tot die normschendingen die de verdachte hebben geraakt in zijn procesrechten (zie HR 23 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1092 en HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889).

18. HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, r.o. 2.6.2.

19. Zie uitgebreid Samadi 2020, p. 192-199.

20. HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, r.o. 2.6.2.

21. Deze gedachte kwam vooral tot uitdrukking in het Karman-arrest: HR 1 juni 1999, *NJ* 1999/567, m.nt. Schalken; zie verder K.M. Pitcher & M. Samadi, ‘Integriteit als perspectief bij de rechterlijke reactie op vormverzuimen’, *DD* 2018, p. 731-746.

en het verbinden van een sanctie aan de niet-naleving van normen door de overheid, bijdraagt aan het bevorderen van de geloofwaardigheid en de integriteit van de rechtspleging. Deze doelstelling lijkt echter nagenoeg geheel uit de jurisprudentie van de Hoge Raad te zijn verdwenen.

De rechter heeft aldus een beperkte rol in het toezicht op de opsporing: het afdwingen van normconformiteit aan de zijde van de opsporing en het bewaken van de integriteit van de strafrechtspleging is vooral aan andere instanties. In het bijzonder is hierin een taak weggelegd voor de officier van justitie (en in meer algemene zin het OM).²² Weliswaar zijn er verschillende actoren²³ belast met een zekere vorm van toezicht op de opsporing (instanties), maar de focus van dit toezicht is niet de naleving van strafprocessuele normen door politie en justitie.²⁴ In het huidige stelsel is dit specifieke toezicht voornamelijk met name belegd bij de rechter en de officier van justitie.²⁵ Ook de Hoge Raad lijkt in zijn jurisprudentie naar de officier van justitie (en het OM) te kijken als de andere (wellicht zelfs primaire) toezichthouder op de opsporing. Dat wordt misschien wel het meest zichtbaar ten aanzien van de toepassing van de sanctie bewijsuitsluiting. In het *onbevoegde hulpofficier*-arrest stelt de Hoge Raad dat deze strafprocessuele sanctie kan worden toegepast als reactie op zogenoemde structurele vormverzuimen (ook wanneer zij niet raken aan de procesrechten van de verdachte).²⁶ In dat kader kan waarde

worden gehecht aan het feit dat ‘de verantwoordelijke autoriteiten’ zich onvoldoende hebben ingespannen overtredingen van het desbetreffende voorschrift te voorkomen. Het ligt dan op de weg van het OM concrete gegevens te verstrekken aan de hand waarvan kan worden bepaald of en welke maatregelen zijn getroffen ‘om structurele overtreding van het desbetreffende voorschrift zoveel als redelijkerwijs mogelijk uit te sluiten’.²⁷ De Hoge Raad lijkt hiermee te impliceren dat het primair op de weg van het OM ligt zorg te dragen voor normconform handelen van opsporingsambtenaren. Pas wanneer de officier van justitie of het OM hier onvoldoende in slaagt, dient de rechter in actie te komen. Met andere woorden, vanuit het OM wordt niet alleen toezicht gehouden op een concreet opsporingsonderzoek dat onder het gezag van de officier van justitie plaatsvindt, maar ook in meer algemene zin is er een verantwoordelijkheid voor de controle en de normering van het handelen van de opsporing.

3. De rol van de officier van justitie in het toezicht op de opsporing

Het gezag van de officier van justitie over het opsporingsonderzoek (art. 132a Sv en art. 12 Politiewet) wordt veelal als aanknopingspunt gezien voor de uitoefening van een zekere onafhankelijke en objectieve toezichthoudende taak ten opzichte van de opsporingsambtenaren. Dit gezag vloeit voort uit verschillende wettelijke bepalingen en wordt nader ingekleurd door de magistratelijke positie van het OM.²⁸ Deze gezagsrelatie heeft betrekking op diverse aspecten van het opsporingswerk, variërend van het geven van concrete aanwijzingen in een specifiek opsporingsonderzoek, het geven van toestemming voor de inzet van bepaalde (bijzondere) opsporingsbevoegdheden en het toezien op de naleving van regels door opsporingsambtenaren tot het meer in algemene zin sturing geven aan het opsporingsbeleid. Mede door verschillende ontwikkelingen op het strafrechtelijk terrein vindt deze toezichthoudende verantwoordelijkheid bovendien ook steeds meer op het orga-

135

22. Zie uitgebreid Samadi 2020, p. 129-174.

23. Te denken valt aan toezicht binnen de politieorganisatie zelf, de Nationale ombudsman, de procureur-generaal bij de Hoge Raad, maar ook instanties als de Inspectie Justitie & Veiligheid, Onderzoeksraad voor Veiligheid en de Algemene Rekenkamer. Dit toezicht heeft echter een andere aard, focus, doelstelling en beoordelingsframe; het is bijvoorbeeld gericht op het waarborgen van de kwaliteit van het handelen van politie, gaat uit van een ander onderliggend normenkader en is slechts incidenteel gericht op het strafvorderlijk handelen van politie en justitie. Dat wil niet zeggen dat het in het geheel niet bijdraagt aan normconform handelen door opsporingsambtenaren maar bij de huidige stand van zaken heeft het een te gefragmenteerd en incidenteel karakter om een aanvulling te zijn op het toezicht dat door de rechter en de officier van justitie wordt uitgeoefend. Zie uitgebreid voetnoot 22.

24. Toezicht is een ruim begrip, in de meest brede zin van het woord kunnen veel actoren als toezichthouder op politie en justitie worden gezien, maar het toezicht op de naleving van strafvorderlijke normen door politie en justitie in het kader van het opsporingsonderzoek brengt belangrijke voorwaarden met zich voor dat toezicht waar niet al deze actoren aan beantwoorden, zie uitgebreid over de terminologie en de afbakening: Samadi 2020, p. 35-44 en 117-126.

25. In de literatuur wordt al enige tijd discussie gevoerd over mogelijk alternatieven voor de rechterlijke controle (zie o.a. Kuiper 2014 en M.J. Borgers & T. Kooijmans, ‘Alternatieven voor rechterlijke controle op vormverzuimen’, in: M.S. Groenhuijsen, T. Kooijmans & J.W. Ouwkerk (red.), *Roosachtig strafrecht (liber amicorum Th.A. de Roos)*, Deventer: Kluwer 2013, p. 17-36). Deze suggestie is ook de minister opgevallen die in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering de mogelijkheden voor alternatief toezicht wilde verkennen. In dat kader is in opdracht van het WODC onderzoek gedaan naar de volledigheid van het toezicht op de strafvorderlijke overheid, waaruit onder andere werd geconcludeerd dat met het oog op de onafhankelijkheid en zichtbaarheid van het toezicht vooral de rechter hierin een rol heeft (*Kamerstukken I* 2015/16, 33750 VI, AF, p. 102-103; E. Devroe e.a., *Toezicht op strafvorderlijk overheidsoptreden*, Leiden: WODC 2017). Zie tevens Samadi 2020, p. 380-405.

26. *NJ* 2013/308, r.o. 2.4.6; sinds HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889 vormen structurele vormverzuimen geen aparte categorie

meer waar de sanctie bewijsuitsluiting van op toepassing is. In dit nieuwe arrest wordt het niet-ingrijpen van het OM bij structurele vormverzuimen meegenomen in de beoordeling van de ernst van het vormverzuim en daarmee samenhangend het verwijt dat politie en justitie kan worden gemaakt daaromtrent (r.o. 2.4.4.).

27. *NJ* 2013/308, r.o. 2.4.6.

28. Naast art. 132a Sv en 12 Politiewet kan de gezagsrelatie ook worden afgeleid uit art. 148 lid 2 waarin de verantwoordelijkheid van de officier van justitie over het opsporingsonderzoek wordt benadrukt. Voorts hangt ook de verbaliseringsplicht (art. 152 Sv) en de vereiste toestemming van de officier van justitie voor de inzet van bepaalde bijzondere opsporingsbevoegdheden samen met deze positie van de officier van justitie. Hierdoor kan hij de regie over het opsporingsonderzoek voeren en de rechtmatigheid, beheersbaarheid en integriteit van het opsporingsonderzoek bewaken (zie uitgebreid Samadi 2020, p. 144-151).

nisatieniveau van het OM plaats.²⁹ Bijvoorbeeld door het in het leven roepen van verschillende toetsingscommissies en interne toezichtorganen, maar ook door het in het leven roepen van bijzondere taken voor officieren van justitie ter waarborging van de kwaliteit en rechtmatigheid van de opsporing, zoals de recherche-officier van justitie.³⁰

Hoe precies aan deze toezichthoudende taak invulling moet worden gegeven, is in de wet echter niet (ondubbelzinnig) vastgelegd waardoor deze taak met name in de praktijk gestalte heeft gekregen. Om inzicht te krijgen in de wijze waarop officieren van justitie invulling geven aan deze toezichthoudende taak heb ik in het kader van mijn proefschriftonderzoek interviews afgenomen met officieren van justitie.³¹ De resultaten hiervan worden op hoofdlijnen in deze paragraaf besproken en er zal worden ingegaan op een aantal knelpunten in het toezicht dat door de officier van justitie – en het OM – wordt uitgeoefend. Voorts zal worden besproken hoe dit toezicht zich verhoudt tot het rechterlijk toezicht.

3.1 Het gezag van de officier van justitie: het onderscheid tussen toetsing vooraf en toezicht achteraf

Het algemene beeld dat kan worden gedestilleerd uit deze interviews is dat de respondenten een duidelijke verantwoordelijkheid voelen voor de rechtmatigheid en deugdelijkheid van het opsporingsonderzoek. Ze dichtten zichzelf een toezichthoudende verantwoordelijkheid toe en leiden deze – zoals verwacht – veelal af uit het gezag van de officier van justitie over het opsporingsonderzoek, waardoor de officier van justitie als het ware een institutionele positie heeft in dit toezicht.³² Daarnaast worden ook meer pragmatische redenen ten grondslag gelegd aan deze taak; zo is er een praktische noodzaak om de politie te corrigeren en te wijzen op gemaakte fouten omdat anders deze fouten in de toekomst zullen blijven voorkomen. Een enkele keer wordt er ook verwezen naar de notie van magistratelijkheid.³³ Met betrekking tot het bestaan van een toezichthouden-

de taak zijn de respondenten weliswaar eensgezind, maar er is wel verschil van inzicht over de inhoud van die toezichthoudende taak. Deze wordt namelijk vaak in verband gebracht met de *toetsende* taak die de officier van justitie heeft, terwijl dat – zoals hierna zal blijken – een andere taak is dan het houden van toezicht achteraf.

Ook aan deze toetsende taak ligt het gezag van de officier van justitie ten grondslag. Dit gezag wordt sterk geassocieerd met het geven van toestemming voor de inzet van bevoegdheden en de *toetsing vooraf* van de rechtmatigheid van het gebruik van bevoegdheden en dwangmiddelen. Dit aspect van het gezag van de officier van justitie wordt gezien als een evidente verantwoordelijkheid van de officier van justitie en wordt door officieren van justitie in verband gebracht met hun toezichthoudende taak ten opzichte van de opsporing.³⁴ Deze toetsende rol vloeit rechtstreeks voort uit sommige bepalingen uit het Wetboek van Strafvordering en is het meest zichtbaar in de Wet BOB, die naar aanleiding van de IRT-affaire werd ingevoerd. Deze wetgeving – en de daarmee samenhangende aanpassingen in de opsporingspraktijk – hebben eraan bijgedragen dat de officier van justitie beter sturing kan geven aan het opsporingsonderzoek en er een (nauwere) samenwerking is met de politie. Dat geldt vooral ten aanzien van de wat grotere opsporingsonderzoeken. Een van de respondenten verwoordt dat als volgt:

‘Wat met name veranderd is, is dat vroeger de politie een grote mate van zelfstandigheid had in het doen van grote onderzoeken en af en toe de officier nodig had om ergens een handtekening te zetten. Dat beeld is totaal veranderd en het is nu echt een wij. Wij zitten vaker op bureaus (...) we zitten veel dichter op de politie. En met name in de grotere onderzoeken geven we daadwerkelijk leiding aan de politie en bepalen wij de grenzen waarbinnen de politie op kan treden. Soms geeft dat nog weleens frictie want de politie ziet ons soms weleens als een handtekening-machine (...) maar dat wordt steeds minder.’³⁵

Deze nauwere samenwerking brengt niet noodzakelijkerwijs mee dat de officier van justitie het ook altijd eens is met de politie volgens de respondenten. Het adequaat toetsen van de inzet van bevoegdheden vergt van de officier van justitie dat hij soms ‘lastig’ moet zijn voor de politie, hij waakt immers over de rechtmatigheid van het handelen. Tegelijkertijd is het ook aan de officier van justitie om mee te denken met de politie en het opsporingsonderzoek mogelijk te maken. Maar ook dan kunnen er knelpunten optreden. Om de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek adequaat te kunnen waarborgen dienen officieren van justitie volledig en tijdig geïnformeerd te worden door opsporingsambtenaren omtrent het verloop van het onderzoek en de in dat kader ondernomen activiteiten door de politie. Uit eerder onderzoek is al gebleken dat het weleens schort

29. Een aanknopingspunt vormt ook art. 140 Sv; zie voor deze ontwikkeling Samadi 2020, p. 151-163 en de daarin genoemde literatuur (in het bijzonder A.C. 't Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving. Een verkenning*, Arnhem: Gouda Quint 1994; D. Van Daele, *Het openbaar ministerie en de afhandeling van strafzaken in Nederland*, Leuven: Universitaire Pers Leuven 2003; J.M.W. Lindeman, *Officieren van justitie in de 21e eeuw: Een verslag van participierend observatieonderzoek naar de taakopvatting en taakinvulling van officieren van justitie*, Den Haag: Boom juridisch 2017).

30. Zie in het bijzonder G.P. van de Beek, H.M.P. Hillenaar & M.E. de Meijer, ‘De gereflecteerde waarheid van het Openbaar Ministerie’, *Strafblad* 2017/23.

31. Zie Samadi 2020, p. 294-296 voor de methodologische verantwoording van dit onderdeel van het onderzoek.

32. Hoewel sommige respondenten ook kritische kanttekeningen plaatsen bij de uitvoerbaarheid van deze taak gezien de vele beperkingen (in het bijzonder tijdsdruk, een soms gebrekkige informatiepositie waardoor niet altijd voldoende zicht bestaat op het handelen van opsporingsambtenaren, en een gebrek aan lerend vermogen bij de politie). Samadi 2020, p. 307-309, 312 en 331-335.

33. Samadi 2020, p. 314-318.

34. Samadi 2020, p. 298.

35. Samadi 2020, p. 299.

aan de informatiepositie van de officier van justitie.³⁶ Dat geldt in het bijzonder in beginnende strafzaken waar de politie alle informatie heeft en de officier van justitie nog niets en volledig moet afgaan op de (vaak) mondelinge informatie die wordt verstrekt en op basis waarvan toestemming wordt gevraagd voor het uitoefenen van bepaalde bevoegdheden.³⁷ Officieren van justitie zijn zich bewust van de kwetsbaarheid die de grote mate van afhankelijkheid van opsporingsambtenaren met betrekking tot hun informatiepositie met zich brengt en geven aan dat dat problematisch kan zijn voor het adequaat uitoefenen van het gezag over de opsporing:

‘Wat ook nog wel gebeurt is dat je op basis van mondelinge informatie een beslissing neemt, dus de politie belt mij en legt een casus voor, dat vind ik voldoende om aan de rechter-commissaris te vragen om een telefoontap en dan moet zo iets schriftelijke bevestigd worden. Dan lees ik het en denk ik dit is niet wat mij verteld werd, dus dan is het mondelinge verhaal anders dan wat er uiteindelijk op papier komt. Dat soort dingen gebeurt wel veel.’³⁸

En hoewel officieren van justitie dergelijke fouten scherp veroordelen (en dat communiceren naar de politie) is het vertrouwen in de politie onverminderd hoog. Er is in algemene zin een groot vertrouwen in de ‘goede bedoelingen’ van de politie en het beeld bestaat dat gemaakte fouten – zowel in de informatievoorziening naar de officier van justitie toe als in het simpelweg verkeerd toepassen van bevoegdheden – niet moedwillig worden begaan maar eerder het resultaat zijn van slordigheid, onnadenkendheid, overenthousiasme of een gebrek aan kwaliteit in de opsporing.³⁹ Enkele respondenten wijzen in dit kader naar de eigen verantwoordelijkheid van de officier van justitie, bijvoorbeeld door een grotere mate van betrokkenheid te tonen met het onderzoek en meer actief het contact met de politie op te zoeken.⁴⁰ Hiermee kan de kwaliteit van het opsporingswerk worden bevorderd.⁴¹ Ook binnen het OM wordt breed ingezet op het beter bereikbaar en benaderbaar maken van officieren van justitie voor andere actoren in de strafrechtspleging, in het bijzonder de politie. Deze ontwikkeling die onder meer heeft geresulteerd in het in het leven roepen van verschillende beschikbaarheidsdiensten – zoals de weekdienst en piketdienst – wordt in de literatuur nadrukkelijk in verband gebracht met de organisatorische veranderingen binnen het OM die de rol van de officier van justitie als leider van het opsporingsonderzoek moet versterken.⁴² Hierbij ver-

dient het opmerking dat de mate van betrokkenheid (en daarmee de grondigheid waarmee opsporingsbevoegdheden getoetst worden en besproken worden met de officier van justitie) sterk afhankelijk is van het type opsporingsonderzoek. Bij de grote projectmatige zaken – dat geldt voor veel onderzoeken die worden gedaan door de bijzondere opsporingsdiensten – is er veel contact tussen de officier van justitie en het rechteerteam en zit de ‘officier van justitie boven op het onderzoek’. Bovendien is ook op organisatieniveau meer sturing en betrokkenheid; zo is de rechercheofficier nadrukkelijker betrokken bij strategische keuzes in grotere en/of gevoelige opsporingsonderzoeken.⁴³ Voor de kleinere onderzoeken is dat minder het geval.⁴⁴ Een uitzondering is de ZSM-praktijk waar de officier van justitie juist weer wel in nauw contact staat met de politie (en andere ketenpartners) waardoor hij beter in staat is het opsporingsonderzoek te sturen, tijdig fouten te ontdekken en hierover te communiceren met de politie.⁴⁵

Hetgeen hierboven is besproken gaat over de *toetsing vooraf* van de inzet van bevoegdheden en niet zozeer het houden van *toezicht achteraf* op het handelen van de opsporingsambtenaren. Als gezegd wordt niet altijd een scherp onderscheid gemaakt tussen de toetsende rol van de officier van justitie en zijn toezichhoudende rol. Dat is op zichzelf te begrijpen; in zekere zin liggen deze taken ook in elkaars verlengde – ze behelzen immers beide een zekere mate van controle op het handelen van opsporingsambtenaren – waardoor het onderscheid tussen beide diffuus is. Bovendien worden zij beide afgeleid uit het gezag van de officier van justitie. Heel problematisch is de overlap tussen deze twee taken niet, de meeste respondenten zijn zich hiervan bewust en voelen ten aanzien van beide taken een duidelijke verantwoordelijkheid.⁴⁶ Een van de respondenten verwoordt de relatie tussen toetsing vooraf en toezicht achteraf als volgt:

‘Des te kleiner de zaak, des te minder de bemoeienis van de officier aan de voorkant. Eigenlijk voert de politie de opsporing zelf uit totdat er Bob-bevoegdheden nodig zijn en de officier onvermijdelijk nodig is. Bij de grotere zaken is er natuurlijk bijna van meet af aan een officier van justitie bij betrokken en geeft ie in meer of mindere zin – maar des te groter de zaak, des te zwaarder – leiding aan die zaak. Dus als de politie goed communiceert met zo’n officier van justitie, dan zijn al die stappen vooraf gesanctioneerd door de officier, dan gaan we er even vanuit dat die de goede beslissing heeft genomen.’

36. Zie uitgebreid Lindeman 2017, p. 136.

37. Samadi 2020, p. 299-300.

38. Samadi 2020, p. 300 (citaat respondent I).

39. In algemene zin is er veel vertrouwen in de (goede bedoelingen van de) politie, fouten worden veelal in verband gebracht met slordigheid, de gebrekkige politieopleiding of een gebrek aan kwaliteit (Samadi 2020, p. 331-339).

40. Samadi 2020, p. 301.

41. Samadi 2020, p. 331-335.

42. Lindeman 2017, p. 126.

43. Zie uitgebreid over de rechercheofficier en het Bureau recherche De Meijer & Simmelink 2014, p. 205 e.v.

44. Samadi 2020, p. 301 en p. 339-347.

45. In de ZSM-praktijk bestaan er ook knelpunten in het toezicht, juist de intensieve betrokkenheid kan ten koste gaan van een objectieve toets, bovendien is er in de ZSM-praktijk een hoge tijdsdruk waaronder beslissingen genomen moeten worden. Het algehele beeld van de respondenten in dit onderzoek is echter dat de situatie verbeterd is ten opzichte van de eerdere werkwijze in dit type strafzaken dat doorgaans door het standaardzakenteam werd voorbereid. Zie Samadi 2020, p. 343-344 en Lindeman 2017, p. 214-216.

46. Samadi 2020, p. 303.

*Aan het einde van de rit kan de rechtbank daar misschien anders over denken, maar dat speelt veel minder snel. Er heeft een officier op die zaak gezeten en het zou dan heel raar zijn als een [politie]team zelfstandig gekke dingen heeft gedaan, in de zin van onrechtmatig of ongewenste opsporingshandelingen. Ik sluit het nooit uit, kan gebeuren maar die kans is een stuk minder.*⁴⁷

Met andere woorden, de mate van betrokkenheid van de officier van justitie bij de toetsing vooraf van de opsporing bepaalt in grote mate de noodzaak om achteraf toezicht uit te oefenen op de rechtmatigheid van de opsporing en de intensiteit van dat toezicht. Respondenten voelen zich dan ook vooral verantwoordelijk voor het toezicht op hun 'eigen' onderzoeken, dat wil zeggen, onderzoeken waaraan zij zelf direct leiding hebben gegeven. Dat het ingewikkelder is om het handelen van opsporingsambtenaren te controleren in onderzoek dat niet (geheel) onder de feitelijke zeggenschap van de officier van justitie is verricht, hoeft op zichzelf niet te verbazen. De officier van justitie wordt dan voor het eerst op de zitting (of vlak voor de zitting) geconfronteerd met het dossier en de eventuele fouten die in het opsporingsonderzoek zijn gemaakt door de politie. In dit stadium is het niet goed mogelijk om in te schatten of het hier daadwerkelijk gaat om onrechtmatigheden – bijvoorbeeld dat er is binnengetreden zonder een machtiging – of dat het dossier simpelweg niet compleet is. Voor het herstellen van eventuele onvolkomenheden is er dan veelal geen tijd, en voor het verzoeken om aanvullende informatie van de politie evenmin.⁴⁸ En zelfs een terugkoppeling achteraf naar de politie blijft in de regel achterwege.⁴⁹ Kortom, evenals bij de toetsing vooraf geldt dat het toezicht achteraf dat door de officier van justitie wordt uitgeoefend over zijn 'eigen' zaken aldus intensiever en vollediger lijkt te zijn dan bij de zogenoemde 'brengzaken' en zaken die worden overgenomen van collega-officieren van justitie. Hij heeft dan niet alleen meer zicht op hetgeen in het kader van het opsporingsonderzoek heeft plaatsgevonden – in het bijzonder dat wat is misgegaan – maar heeft bovendien ook meer mogelijkheden om daarop te reageren. Dat kan zowel naar de politie toe maar kan ook betrekking hebben op de onrechtmatige handeling. Die reactiemogelijkheden zijn talrijk en variëren tussen herstel, het niet benutten van het resultaat van het opsporingsonderzoek en het seponeren van de zaak. De keuze hiervoor ligt bij de individuele officier van justitie.

Hoewel de vervlechting van deze twee taken enerzijds en het feit dat ze beide worden afgeleid uit het gezag van de officier van justitie anderzijds, meebrengt dat het onderscheid tussen deze twee taken grotendeels als semantisch kan worden gezien, gaat het hier wel degelijk om twee verschillende activiteiten. De toetsende rol van de officier van justitie blijkt duidelijk uit de wet; de inzet van veel strafvorderlijke bevoegdheden dient voor-

af getoetst te worden door de officier van justitie. De toezichthoudende rol van de officier van justitie is echter niet in de wet vastgelegd maar wordt onder andere afgeleid uit het gezag van de officier en zijn institutionele en constitutionele positie en vindt achteraf plaats. Een nauwe betrokkenheid van de officier van justitie bij het opsporingsonderzoek kan er inderdaad aan bijdragen dat de inzet van opsporingsbevoegdheden rechtmatig plaatsvindt en kan er aldus ook voor zorgen dat het toezicht achteraf minder problematisch is. Tegelijkertijd vergt toezicht een zekere mate van distantie en onafhankelijkheid die wellicht niet helemaal tot uiting zal komen wanneer er sprake is van een nauwe betrokkenheid van de officier van justitie bij het opsporingsonderzoek (iets wat de toetsende rol van de officier van justitie juist wel ten goede komt). Dat de betrokkenheid van de officier van justitie ten koste kan gaan van een zekere mate van distantie, komt in het volgende voorbeeld tot uiting:

*'Ik heb ooit een keer een [groot; MS] onderzoek gedaan waar we gewoon keurig netjes audioverhoren hadden opgenomen en daar tijdens die verhoren – ik had ze niet afgeluisterd – had blijkbaar op enig moment de verhoornde verbalisant iets geroepen over waterboarden en dat soort dingen. Dat kun je beter niet doen. De verdediging bracht dat op en daarna ben ik die audio gaan beluisteren en toen bleek inderdaad dat ie op enig moment gezegd had tegen die jongen van het is maar goed dat we hier niet waterboarden want anders had je misschien wel (...). Het is niet een dreiging, het is een verkeerde grap. Daar werd natuurlijk een enorm toneelstuk op de zitting van gemaakt. Dat is gewoon zo open en eerlijk daar neergelegd. Ik vind het ontzettend onhandig, die verbalisant heeft op zijn flikker gekregen, die heeft ook excuses moeten maken. Disciplinair gestraft zoals dat dan heet. Maar that's it. Het is wel open en eerlijk aan de rechtbank overlegd en de rechtbank heeft er ook nog eens braaf wat van gezegd. Als ik het zelf ontdekt had, dan had ik hem door laten gaan, want ik vond hem echt serieus niet over de schreef. Ik vond hem heel dom maar ik vond hem niet over de schreef.'*⁵⁰

Hoewel de nauwe betrokkenheid van de officier van justitie goed van pas komt bij zijn toetsende rol en deze daarnaast ook kan bijdragen aan een kwalitatief beter opsporingsonderzoek, betekent deze nauwe samenwerking niet zonder meer dat daarmee het toezicht *achteraf* ook adequaat is. Immers, juist die betrokkenheid kan ten koste gaan van een objectief, onafhankelijk en belangeloos oordeel. Dat geldt niet alleen ten aanzien van grote projectmatige opsporingsonderzoeken, maar ook in het kader van de buitengerechtelijke afdoening, en de ZSM-praktijk is dit knelpunt al eerder aangekaart in de literatuur.⁵¹

47. Samadi 2020, p. 304.

48. Samadi 2020, p. 308.

49. Zie ook M. Goos, 'Vormverzuimen bij de politie', *Strafblad* 2019/2.

50. Samadi 2020, p. 311 (citaat respondent F).

51. E. Sikkema & F.G.H. Kirsten, 'Strafbeschikking en ZSM: verschuivingen binnen de strafrechtshandhaving', in: F. de Jong, & R.S.B. Kool (red.), *Relaties van gezag en verantwoordelijkheid: strafrechtelijke ontwikkelingen*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2013, p. 179-205.

3.2 Reikwijdte van het toezicht

Een belangrijk gezichtspunt in de reikwijdte van het toezicht en het verschil van inzicht dat bestaat ten aanzien van deze reikwijdte, is de vraag naar de normen waar dit toezicht betrekking op heeft. Gezien de belangrijke oriëntatie van de rechter op de procesrechten van de verdachte, ligt het voor de hand dat ook de officier van justitie zorgvuldig waakt over deze rechten. Immers, indien gedurende het opsporingsonderzoek deze procesrechten zijn geschonden, zal de rechter daar tijdens het onderzoek ter terechtzitting op (moeten) reageren. Respondenten zijn dan ook eensgezind over het gegeven dat zij een verantwoordelijkheid hebben ten aanzien van de borging van deze rechten. Wel kan er uiteraard verschil van inzicht bestaan tussen de rechter en officier van justitie over wat te gelden heeft als een schending van deze rechten. Ten aanzien van andere type normen wordt deze verantwoordelijkheid echter niet door iedereen gevoeld, een voorbeeld waar vaker naar wordt verwezen zijn normen die betrekking hebben op de privacy. Niet alleen worden zij niet altijd relevant geacht voor het opsporingsonderzoek, ook het feit dat de rechter de schending van dergelijke normen vaak door de vingers ziet speelt in dezen een rol.⁵²

Daar waar sommige officieren van justitie zich in belangrijke mate laten leiden door de rechterlijke toets van artikel 359a Sv, stellen andere officieren een scherpere (strengere) juridische toets aan te brengen dan de rechter. De argumentatie die hieraan ten grondslag ligt, is dat de officier van justitie zich nu eenmaal dient te oriënteren op het gehele strafvorderlijke normenstelsel en niet per definitie gebonden is aan het rechterlijk beoordelingskader van artikel 359a Sv. Hierbij lijkt vooral aan de notie van magistratelijkheid een groot belang te worden gehecht. Binnen het OM wordt zwaar getild aan de magistratelijke positie van de officier van justitie: het OM is onderdeel van de rechterlijke organisatie en zijn taken worden uitgevoerd door de staande magistratuur.⁵³ Tegelijkertijd moet het OM ook effectief samenwerken met andere organen binnen de strafrechtspiegeling en op transparante wijze aan opsporing en vervolging van strafbare feiten doen. Ten aanzien van het opsporingsonderzoek heeft de officier van justitie de magistratelijke taak om de rechtmatigheid, integriteit en objectiviteit van het onderzoek te waarborgen.⁵⁴ Deze magistratelijke taak wordt dan ook vaak genoemd in verband met zijn toezichthoudende taak ten opzichte van de politie. Het is niet precies aan te wijzen welke vereisten de notie van magistratelijkheid meebrengt voor het handelen van de officier van justitie. Wel kan in algemene zin worden aangenomen dat de officier van justitie steeds op een onafhankelijke wijze moet functioneren en een zekere rechterlijke attitude behoort te betrachten.⁵⁵ Bij de uitoefening van zijn strafrechtelijke taken moet hij zich onpartijdig en niet-vooringenomen opstellen,

instaan voor de rechtmatigheid van de opsporing en vervolging waarbij hij zowel het algemene belang als de individuele belangen in acht neemt, en dient hij een ‘poortwachtersfunctie’ tot de rechter te vervullen.⁵⁶

De magistratelijke positie van de officier van justitie vormt een belangrijk onderdeel van de identiteit van de officier van justitie, volgens de respondenten. Deze positie vervult daarnaast een essentieel onderdeel van zijn functie omdat deze magistratelijkheid de officier van justitie een ruime beslissingsvrijheid geeft ten aanzien van de uitvoering van zijn taken. Het brengt volgens respondenten mee dat hij een zelfstandige – dat wil zeggen los van de rechter en andere actoren in de strafrechtspiegeling – taak heeft om de rechtmatigheid en integriteit van de opsporing te waarborgen. Dat brengt – volgens sommige respondenten – mee dat de officier van justitie niet zelden een zwaardere toets aanlegt dan een rechter(-commissaris) bij de beoordeling van zware opsporingsbevoegdheden.⁵⁷ Wat de inhoud van die verzwaarde toets precies is, wordt echter niet geheel duidelijk. Uit de antwoorden van de respondenten blijkt in ieder geval niet dat de notie van magistratelijkheid een afzonderlijk normatief kader is, naast het juridisch kader dat bestaat uit de wet en algemene beginselen. Zo lijken een redelijke wetsuitleg of de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit in zekere zin tot hetzelfde resultaat te leiden.⁵⁸ Wel laat de magistratelijke positie van de officier van justitie zich vooral zien in verhouding tot de rechter. De toezichthoudende taak van de officier is niet beperkt tot hetgeen direct tot consequenties kan leiden in de jurisprudentie van de Hoge Raad: de officier van justitie *mag* een strengere toets aanleggen dan de rechter. Volgens de respondenten hangt dit samen met de notie van magistratelijkheid en de verantwoordelijkheid van de officier van justitie voor het opsporingsonderzoek. Of de officier van justitie ook daadwerkelijk strenger is dan de rechter (en in welke gevallen) wordt echter niet duidelijk. Wanneer het om zwaarwegende belangen gaat, stellen sommige respondenten in ieder geval dat zij niet ‘roomser dan de Paus zijn’.

Doordat de invulling en reikwijdte van de toezichthoudende taak van de officier van justitie – in grote mate – worden opgehangen aan zijn gezag over de opsporing en zijn magistratelijke positie, en het tegelijkertijd niet geheel duidelijk is wat hier precies onder te gelden heeft, zijn er veel onderlinge verschillen zichtbaar in de invulling van het toezicht. Zo gaan sommige officieren van justitie heel ruimhartig om met hun toezichthoudende taak; zij achten het van groot belang dat de politie strafvorderlijke normen naleeft en kijken daarom kritisch naar het handelen van opsporingsambtenaren. Daarnaast zien zij een duidelijke opvoedkundige rol voor zichzelf weggelegd in relatie tot de politie en stellen daarom dat zij geconstateerde fouten altijd terugkoppe-

52. Samadi 2020, p. 312.

53. Samadi 2020, p. 313 e.v.

54. Lindeman 2017, p. 134.

55. Van Daele 2002, p. 132.

56. Lindeman 2012, p. 207.

57. Samadi 2020, p. 314 (o.a. citaat respondent A).

58. Zie voor andere voorbeelden Samadi 2020, p. 315 en 316.

len aan de politie (zowel in grote als kleine strafzaken).⁵⁹ Hiervoor bestaan weliswaar formeel geen duidelijke aanwijzingen, maar respondenten stellen dat geconstateerde fouten in het opsporingsonderzoek wel nopen tot een reactie naar de politie toe en dat zij daar ook de tijd voor nemen.⁶⁰ Terugkoppeling is immers een essentieel onderdeel van het toezicht dat de officier van justitie houdt, dat is althans een breed gedeeld sentiment onder de respondenten.⁶¹ Tegelijkertijd wordt ook erkend dat de waa van de dag ervoor kan zorgen dat de officier van justitie politieambtenaren niet altijd aanspreekt op gemaakte fouten. Andere officieren van justitie onderschrijven dit beeld en stellen dat veel opsporingsonderzoeken onder hoge tijdsdruk plaatsvinden, waardoor niet altijd zorgvuldig met de politie kan worden meegekeken. Wanneer vormverzuimen worden begaan, worden deze soms pas laat – bijvoorbeeld ter zitting – door de officier van justitie geconstateerd, waardoor er nauwelijks tijd en ruimte is om deze adequaat te redresseren. Dat geldt in het bijzonder voor de kleine strafzaken, waar ook de politie aangeeft niet of onvoldoende terugkoppeling te ontvangen vanuit het OM.⁶² Dit probleem speelt in veel mindere mate bij de grote opsporingsonderzoeken; enerzijds vanwege de nauwe samenwerking tussen de officier van justitie en de politie, maar anderzijds ook doordat de kwaliteit van het politiewerk bij dergelijke rechteerteams hoger ligt (dat geldt met name voor de bijzondere opsporingsdiensten).⁶³ Tussen deze twee uitersten zitten uiteraard veel grijstinten die eveneens door respondenten worden aangevoerd als zijnde een realistisch beeld van de praktijk. Er is aldus op veel fronten onderling verschil in de wijze waarop het toezicht wordt uitgeoefend; dat geldt in de mate waarin de officier van justitie betrokken is bij de opsporing in de meest brede zin (dus zowel bij het opsporingsonderzoek als in zijn betrokkenheid en communicatie naar de politie toe), de mate waarin en de normen waarop het toezicht wordt uitgeoefend en de wijze waarop op geconstateerde normoverschrijdingen wordt gereageerd. Deze verschillen in de wijze waarop officieren van justitie invulling geven aan hun toezichthoudende taak ten aanzien van de opsporing en hun relatie met de politie is deels inherent aan de beoordelingsvrijheid die hun toekomt in de uitoefening van hun taken. Tegelijkertijd brengt het gebrek aan een

algemeen gedeelde invulling van deze taak en centrale regie hierover wel mee dat de wijze waarop invulling wordt gegeven hieraan afhangt van veel toevalligheden en daardoor zeer gefragmenteerd is. Een belangrijk houvast voor dit toezicht door de officier van justitie lijkt dan ook te worden gevormd door het rechterlijk toezicht.

3.3 Verhouding tot het rechterlijk toezicht

Hoewel de officier van justitie zichzelf een zelfstandige rol toedicht in het toezicht op opsporingsambtenaren, heeft het toezicht dat de rechter uitoefent een belangrijke rol in zijn toezicht: zo laat de officier van justitie zich voor de te verbinden gevolgen aan een vormverzuim in belangrijke mate leiden door de jurisprudentie van de Hoge Raad en de te verwachten reactie van de rechter op het vormverzuim. De meeste respondenten geven aan dat het toezicht dat zij uitoefenen op het handelen van opsporingsambtenaren doorgaans strenger is dan het rechterlijk toetsingskader en zich bovendien niet hoeft te beperken tot rechtsgevolgen in het strafproces (maar ook kan bestaan uit een berisping naar de politie toe). Tegelijkertijd gaat er wel een zeker effect uit van de rechterlijke toetsing op de toets die de officier van justitie aanbrenkt. Dat effect ziet op verschillende onderdelen van het toezicht van de officier van justitie. In de eerste plaats stellen de respondenten dat zij grote waarde hechten aan de rechterlijke toetsing en om die reden niet snel geneigd zijn een opsporingsonderzoek met mankementen ter zitting te brengen, zonder daar een ‘goed verhaal’ bij te hebben. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn indien er zwaarwegende belangen zijn om ondanks het vormverzuim de zaak toch te vervolgen; in dat geval tracht de officier van justitie zoveel mogelijk transparantie te bieden over de gang van zaken gedurende het opsporingsonderzoek om op die manier het onrechtmatig handelen inzichtelijk te maken en de negatieve gevolgen daarvan zoveel mogelijk weg te nemen.⁶⁴ Het gegeven dat de rechter meekijkt (en de opsporing mede controleert) draagt er aldus aan bij dat de officier van justitie minder snel genegen is een strafzaak waar in het vooronderzoek onrechtmatigheden zijn begaan te vervolgen en voor de rechter te brengen. Dat is althans een tamelijk breed gedeeld sentiment.⁶⁵

Daarnaast wordt de rechterlijke toets als waardevol gezien in het licht van de normstellende taak van de rechter en het stellen van grenzen voor het gebruik van bepaalde (doorgaans nieuwe) opsporingsmethoden. Het voorleggen van bepaalde vormverzuimen kan bijvoorbeeld bijdragen aan een beter normbesef door opsporingsambtenaren en maakt de controle op de politie inzichtelijk en transparant. De rechter kan ook uitsluitel bieden over de rechtmatigheid van het

59. Samadi 2020, p. 318-331.

60. Samadi 2020, p. 319 (citaat respondent E); er bestaan voorts verschillende mogelijkheden voor deze terugkoppeling, zowel op het niveau van de individuele politieambtenaar als op het organisatieniveau (dat pad wordt doorgaans bewandeld bij ernstige en/of structurele fouten).

61. Samadi 2020, p. 352.

62. Uit onderzoek van Goos naar (o.a.) de vraag in hoeverre opsporingsambtenaren op de hoogte worden gesteld van geconstateerde vormverzuimen door de officier van justitie, blijkt dat slechts een klein percentage van politieambtenaren een dergelijke terugkoppeling ontvangt. Goos concludeert dan ook dat terugkoppeling bepaald geen standaardwerkwijze is. Hij plaatst daar wel een belangrijke kanttekening bij, namelijk dat het onderzoek zich richtte op de wat kleinere zaken terwijl juist bij grote opsporingsonderzoeken, de opsporing projectmatig is georganiseerd en terugkoppeling door de officier van justitie vaker wel plaatsvindt (Goos 2019, p. 9).

63. Samadi 2020, p. 331-339.

64. Samadi 2020, p. 348.

65. Het feit dat in de huidige rechtspraak vormverzuimen nog steeds op vrij grote schaal te zien zijn, betekent niet dat sommige officieren van justitie minder belang hechten aan deze rechterlijke toets. Als ook hierboven opgemerkt kunnen vormverzuimen soms pas in een laat stadium worden opgemerkt. Daarnaast is het ook mogelijk dat een officier van justitie een vormverzuim anders (minder ernstig) waardeert.

gebruik van bepaalde opsporingsmethoden in de toekomst, bijvoorbeeld ten aanzien van ‘nieuwe’ methoden. Als voorbeelden worden door respondenten onder andere genoemd de dynamische verkeerscontrole, het onderzoek aan smartphones of het gebruik van een peilbaken bij niet-verdachte burgers.⁶⁶ Tevens is de indruk dat een tamelijk krachtig signaal uitgaat van een rechtsgevolg dat de rechter verbindt aan onrechtmatigheden in het opsporingsonderzoek. Veelal stellen respondenten dat een rechterlijke reactie – in welke vorm dan ook – serieus wordt genomen en elke rechterlijke afkeuring als een duidelijk signaal wordt ervaren. Ook wanneer de rechter geen sanctie verbindt aan een vormverzuim, wordt de rechterlijke afkeuring van het onrechtmatige optreden als vervelend ervaren en leidt tot een aanpassing van het handelen in de toekomst, zo stellen de respondenten.

4. Tot besluit

De steeds terughoudender opstelling die waar te nemen is in de jurisprudentie van de Hoge Raad ten aanzien van de rechterlijke controle op het opsporingsonderzoek, is grotendeels terug te voeren op de gedachte dat de strafrechter niet de totaalcontroleur is van de opsporing. Het toezicht op de rechtmatigheid en integriteit van het handelen van de strafvorderlijke overheid dient in de eerste plaats door het OM te worden uitgeoefend. Hoewel er op zichzelf legitieme redenen ten grondslag (kunnen) liggen aan deze opstelling, zorgt zij bij de huidige stand van zaken wel voor gebreken in het algehele toezicht op de opsporing. Uiteraard kan niet van de rechter en de officier van justitie worden verlangd dat zij alle lacunes in het huidige toezicht opvullen, ook andere instanties kunnen hierin een belangrijke taak vervullen. Tegelijkertijd kunnen de rechter en de officier van justitie niet worden weggedacht uit het stelsel van strafvorderlijk toezicht en dient ook (en vooral) op dat niveau het toezicht te worden versterkt. Op basis van het voorgaande kunnen in ieder geval twee punten worden uitgelicht die het belang van een ruimhartigere rechterlijke controle onderstrepen.

Uit het voorgaande blijkt dat de officier van justitie (en in meer algemene zin het OM) een cruciale rol vervult in het toezicht op de opsporing. Als leider en gezag van het opsporingsonderzoek is hij niet alleen nauw betrokken bij de uitoefening van bepaalde opsporingsbevoegdheden, hij waakt ook over de algehele rechtmatigheid en deugdelijkheid van het opsporingsonderzoek. Het vormverzuimenprobleem wordt dan ook vaak geassocieerd met ‘kleine’ opsporingsonderzoeken waarin minder betrokkenheid is vanuit de officier van justitie, zoals de veelvoorkomende criminaliteit of de ZSM-praktijk die zich kenmerken door het hoge volume zaken en de snelheid waarmee (strafvorderlijke) beslissingen genomen

moeten worden.⁶⁷ Hierdoor heeft de officier van justitie gedurende het opsporingsonderzoek vaak onvoldoende zicht op het handelen van opsporingsambtenaren en ook na constatering van fouten zijn er minder (praktische) mogelijkheden om hierop te reageren. Hoewel dat beeld op zichzelf niet onjuist is en in grote mate wordt beaamd door de respondenten, is enige relativisering wel op haar plaats. In de eerste plaats doemt uit de interviews het beeld op dat de mate waarin toezicht wordt uitgeoefend op het handelen van politie in belangrijke mate ook afhankelijk is van de persoonlijke invulling van de eigen toezichthoudende taak door de officier van justitie; met andere woorden, ook bij kleine opsporingsonderzoeken staat het de officier van justitie vrij scherper toezicht te houden op het handelen van opsporingsambtenaren en stevig in te grijpen wanneer dat handelen onrechtmatig is geweest. Ten tweede kan de toetsende rol van de officier van justitie niet worden gelijkgesteld met toezicht. In projectmatige opsporingsonderzoeken, zoals die door bijzondere opsporingsdiensten veelal plaatsvinden, waarin meer samenwerking is tussen politie en OM wordt het onderzoek scherper gestuurd door de officier van justitie. Ook is er vanuit het OM extra controle (bijvoorbeeld door het Bureau recherche), waardoor de kwaliteit van de opsporing in dergelijke onderzoeken veelal hoger ligt. Niet alleen de sturing vanuit het OM draagt bij aan een kwalitatief beter opsporingsonderzoek, ook de deskundigheid en het kennisniveau van de bijzondere opsporingsdiensten en de gespecialiseerde rechteerteams is hoger. Desondanks brengt de dynamiek van dergelijke opsporingsonderzoeken haar eigen knelpunten mee voor het toezicht.

Juist het gegeven dat de officier van justitie schouder aan schouder optrekt met de politie brengt mee dat niet zonder meer kan worden gesteld dat hij ook in staat is met een zekere mate van distantie toezicht uit te oefenen op het opsporingsonderzoek. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat hij door deze betrokkenheid en het wederzijds begrip de ernst van bepaalde onrechtmatigheden zal relativiseren of ernstige normoverschrijdingen eerder als ‘onhandige fouten’ zal aanmerken.⁶⁸ Weliswaar brengt de notie van magistratelijkheid bepaalde verplichtingen met zich in dit kader, maar welke dat zijn wordt niet geheel duidelijk (er is in ieder geval geen gedeelde opvatting hierover onder officieren van justitie). Het beslag dat dergelijke grote en complexe strafzaken op politie en justitie leggen, brengt bovendien mee dat de officier van justitie bepaald niet als belangeloos kan worden gezien in de uitoefening van dat toezicht. De officier van justitie zal in dergelijke gevallen geen vergaande gevolgen verbinden aan zijn toezicht. Hoewel ook de rechter meer terughoudend zal zijn wanneer zwaarwegende belangen gemoeid zijn bij de vervolging,

66. Samadi 2020, p. 348-349.

67. Als ook hierboven aangegeven dient dat beeld over de ZSM-praktijk wel te worden genuanceerd. Respondenten stellen dat juist in het kader van de ZSM veel en nauw contact mogelijk is tussen de officier van justitie en de andere ketenpartners, zie Samadi 2020, p. 339-347.

68. Illustratief is het vonnis in de Fuji-zaak: Rb. Rotterdam 23 juli 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:6587.

kan hij objectiever en met meer afstand een oordeel vellen over het handelen van opsporingsambtenaren. Het is dan ook te betreuren dat het huidige jurisprudentiële kader daartoe bepaald niet uitnodigt.

Ten tweede werkt de terughoudendheid in het rechterlijk toezicht door in het toezicht dat door de officier van justitie wordt uitgeoefend. Ofschoon toezicht wel als een taak voor de officier van justitie wordt gezien, is er geen algemeen gedeelde invulling van deze taak en wordt ook vanuit het OM geen centrale regie hierover gevoerd. Dat zorgt ervoor dat veel verschillen bestaan in de wijze waarop invulling wordt gegeven aan deze taak. Het mag dan ook niet verbazen dat houvast gezocht wordt in het rechterlijk toezicht. Officieren van justitie oriënteren zich met name voor de vraag wanneer en welke consequentie aan een normovertreding verbonden dient te worden, op de jurisprudentie van de Hoge Raad. Hierdoor ontstaat de ironische situatie dat de rechter een stap terugneemt in het toezicht op de strafvorderlijke overheid in de veronderstelling dat anderen – in het bijzonder de officier van justitie en het OM – beter geëquipeerd zijn dit toezicht op zich te nemen, terwijl de officier van justitie vanwege dit gebrek aan een leidende rechterlijke rol eveneens een stap terugneemt in het toezicht. Hiermee lijkt de leemte in het toezicht alsmaar groter te worden. Het zou een stap in de goede richting zijn als vanuit het OM meer uniformiteit komt in het toezicht en de invulling van de toezichthoudende taak van de individuele officier van justitie. Hierin zou bijvoorbeeld een taak weggelegd kunnen zijn voor de recent ingevoerde OM-Reflectiekamer Kwaliteitsontwikkeling.⁶⁹

69. Instellingsbesluit OM-Reflectiekamer Kwaliteitsontwikkeling van 6 december 2019 (*Stcrt.* 2019, 66481).