

DEEL II

het
Vooronderzoek
in
Strafzaken

M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.)

onderzoeksproject
Strafvordering
tweede
interimrapport **2001**

GELIEVE DIT EXEMPLAAR NIET MEENEMEN

DIT RAPPORT IS EIGENDOM VAN HET WODC
AFD. EXTERN WETENSCHAPPELIJKE
BETREKKINGEN (EWB)

H — 1345

gg.135a

OE-391
~~gg.033~~

Katholieke Universiteit Brabant



RUG



Gouda Quint

7 Het opsporingsbegrip en het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel in Aruba en de Nederlandse Antillen

7.1 Inleiding

Het nieuwe Wetboek van Strafvordering van de Nederlandse Antillen en van Aruba (1997) is voor een belangrijk deel gemodelleerd naar het Nederlandse Wetboek van Strafvordering, zij het dat er sprake is van enkele in het oog springende verschillen die lijken te duiden op onderling enigszins afwijkende filosofieën die aan beide wetboeken ten grondslag liggen.²⁵⁸

Zo is bijvoorbeeld in het nieuwe wetboek Sv NA/A zoveel mogelijk gestreefd naar concordantie met de EHRM-jurisprudentie, wat er onder meer toe heeft geleid dat bepaalde bevoegdheden van de verdachte duidelijker als 'rechten' zijn geformuleerd.

Daarnaast is in het wetboek Sv NA/A het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel min of meer in overeenstemming gebracht met de gegroeide rechtspraktijk, waarin richtlijnen, circulaire en rechtspraak aanvaardbaar werden geacht als aanvulling op het in beginsel exclusief door de wetgever te reglementeren stelsel van strafvorderlijke bevoegdheden.²⁵⁹

Voorts is in vergelijking met Nederland de positie van het slachtoffer in het strafproces enigszins versterkt.

En ten slotte heeft de rechter een wat meer lijdelijke (controleerende en toetsende) functie gekregen, dan in het Nederlandse stelsel.

Wat betreft het opsporingsbegrip lijkt het wetboek Sv NA/A op het eerste gezicht niet noemenswaardig af te wijken van het Nederlandse Wetboek van Strafvordering. In de commentaren op het nieuwe wetboek Sv NA/A wordt daaraan in ieder geval, in het kader van de bespreking van de verschillen ten opzichte van het Nederlandse Wetboek van Strafvordering, geen aandacht besteed. Een nadere beschouwing leert echter dat daar - vooral na de IRT-affaire en de inwerkingtreding van de wet BOB - inmiddels goede gronden voor zouden zijn. Hieronder zal dan ook in het kort, aan de hand van (de wetsgeschiedenis van) het Wetboek van Strafvordering van de Nederlandse Antillen en van Aruba, worden geschetst wat in deze rechtsstelsels onder opsporing wordt verstaan en in hoeverre dat afwijkt van de inmiddels in Nederland gangbare definitie van het begrip opsporing.

258 Zie D.V.A. Brouwer, G.A.E. Thodé, D.H. de Jong, *Capita Antilliaans en Arubaans strafprocesrecht*, Deventer 1998, p. 11 e.v. en T.M. Schalken & S.W. Mul, *Het Nieuwe Wetboek van Strafvordering van de Nederlandse Antillen en van Aruba (1997); Bronnenpublicatie, Deel 1: Parlementaire stukken*, Deventer: 1997, p. 16-22.

259 Zie Titel VII, art. 43 SvA: Rechterlijke voorzieningen bij dringende noodzaak.

7.2 *Het opsporingsbegrip in de Nederlandse Antillen en Aruba*

De belangrijkste kenmerken van het Arubaanse/Antilliaanse opsporingsbegrip²⁶⁰ kunnen als volgt worden samengevat:

Het Arubaanse/Antilliaanse stelsel van wetshandhaving lijkt uit te gaan van een (in theorie althans) uitgesproken 'eng'²⁶¹ opsporingsbegrip: opsporing duidt op onderzoek naar aanleiding van een concrete, individualiseerbare verdenking van een (gepleegd) strafbaar feit. Zolang daarvan nog geen sprake is, is strafvorderlijk opsporingsonderzoek (in die zin dat de daarmee gepaard gaande speciale strafvorderlijke bevoegdheden en dwangmiddelen mogen worden toegepast) niet toegestaan, dan wel onrechtmatig²⁶².

De wetgever heeft getracht, met de invoering van het nieuwe Wetboek, het strafvorderlijke opsporingsonderzoek nog duidelijker af te bakenen ten opzichte van andere vormen van handhavingsonderzoek, dan voorheen al het geval was. Zo is er een scherpere scheiding aangebracht tussen opsporing en toezicht. Opsporing duidt - zoals gezegd - op onderzoek naar aanleiding van een geconstateerde of vermoede overtreding van een bepaald voorschrift, teneinde deze op te helderen met het oog op een (mogelijke) strafrechtelijke afdoening. Toezicht duidt op een bestuurlijke activiteit die beoogt om - langs de weg van preventie - naleving van een wettelijk voorschrift te bevorderen, door middel van bijvoorbeeld voorlichting, informatie, advisering, controles, aansporing en waarschuwingen.²⁶³

De wetgever heeft een aantal consequenties verbonden aan de beklemtoning van deze scherpe scheiding tussen opsporing en toezicht. Volgens de wetgever betreft het hier twee verschillende soorten activiteiten die weliswaar in een nevenschikkende verhouding tot elkaar staan, maar waarvoor andere normstellingen hebben te gelden. In de verhouding tussen burger en toezichthoudende overheid ligt het accent op het morele beroep op de burger, bezien vanuit de zorgplicht en de waakzaamheid van de overheid, terwijl in de verhouding tussen de burger en

260 Overigens wordt het begrip 'opsporing' nergens met zoveel woorden gedefinieerd. Wel heeft de wetgever gesteld dat 'Kenmerkend voor de opsporing is dat sprake dient te zijn van optreden naar aanleiding van een geconstateerde of vermoede overtreding van bepaalde voorschriften' en voorts dat 'ieder opsporingsonderzoek beheerst dient te worden door de algemene regeling van het Wetboek van Strafvordering (...)'. Opsporing is dus handhavingsonderzoek naar aanleiding van een verdenking van een strafbaar feit, dat wordt beheerst door het Wetboek van Strafvordering. Zie o.m.: T.M. Schalken & S.W. Mul, *Het Nieuwe Wetboek van Strafvordering van de Nederlandse Antillen en van Aruba (1997)*; *Bronnenpublicatie, Deel 1: Parlementaire stukken*, Deventer: 1997, o.a. p. 292 resp. p. 352.

261 Voor alle zekerheid: 'eng' als tegenstelling van 'ruim'.

262 Vgl. o.m. T.M. Schalken & S.W. Mul, *Het Nieuwe Wetboek van Strafvordering van de Nederlandse Antillen en van Aruba (1997)*; *Bronnenpublicatie, Deel 1: Parlementaire stukken*, Deventer: 1997, o.a. p. 36 en p. 292.

263 Zie o.a. Schalken en Mul *a.w.*, p. 292, 352. De vraag of ook toezicht door politieambtenaren - in het kader van de handhaving van de openbare orde, op grond van art. 2 Politie(lands)verordening - tot deze categorie bestuurlijk toezicht moet worden gerekend, komt hierna aan de orde.

de bestraffende overheid de rechtspositie van de justitiabele centraal staat.²⁶⁴ In de woorden van de regering: 'De term strafrechtbedeling verwijst naar bijzondere aan de strafvordering te stellen eisen. Zo zullen de beginselen van behoorlijkheid, die leidraad vormen bij het openbaar bestuur, strafvorderlijk moeten worden vertaald. Opsporing en vervolging scheppen eigensoortige condities waaronder bevoegdheden kunnen worden uitgeoefend'.²⁶⁵

Op grond van deze overwegingen heeft de wetgever gemeend dat de tijd rijp was om een structureel onderscheid tussen toezicht en opsporing aan te brengen in de wetgeving. Daartoe werden en worden (in het kader van de invoeringslandsverordeningen die beogen het nieuwe Wetboek in te bedden in het totale systeem van de wetgeving) de tot dan toe in bijzondere wetten voorkomende (gecombineerde) toezicht- en opsporingsbepalingen vervangen. Toezicht wordt voortaan nog wel genormeerd in de desbetreffende bijzondere landsverordeningen (en wel zo veel mogelijk geüniformeerd aan de hand van een standaard-toezichtsbepaling, waarvan in de bijzondere wetten slechts mag worden afgeweken als daar goede gronden voor zijn), maar opsporing wordt exclusief geregeld in het Wetboek van Strafvordering. Dat wil zeggen dat de landsverordeningen zodanig zullen worden gewijzigd dat daarin in beginsel slechts de toezichthoudende bevoegdheden zullen worden geregeld. Voorzover er behoefte is aan bijzondere opsporingsambtenaren, kan de betreffende landsverordening daar weliswaar nog in voorzien, maar deze ambtenaren staan dan wel onder het regime van het Wetboek van Strafvordering.²⁶⁶

Wat betreft de standaard-toezichtsbepaling²⁶⁷ kan nog worden gemeld dat, gezien de vrij ingrijpende dwangmiddelen waarover toezichthouders kunnen beschikken, de (eventueel categorale) aanwijzing van toezichthoudende ambtenaren dient te geschieden bij landsbesluit, dus door de regering. Om te bevorderen dat de strikte scheiding tussen toezicht en opsporing ook daadwerkelijk en zo

264 Vgl. Schalken en Mul, *a.w.*, p. 351.

265 Zie Schalken en Mul, *a.w.*, p. 30, waar de regering (in het kader van een toelichting bij de bijzondere procesgang waarin is voorzien, als alternatief voor het civiele kort geding ter zake van mogelijk onrechtmatige strafvorderlijke overheidshandelingen) stelt, dat uit het systeem van strafvordering, zijnde een min of meer gesloten stelsel, speciale criteria voortvloeien ter zake van de vraag of een bepaalde strafvorderlijke handeling al dan niet rechtmatig of toelaatbaar is. Deze vraag kan of mag niet zonder meer worden beantwoord aan de hand van het (i.c.) civielrechtelijke onrechtmatigheidsbegrip.

266 Zie Schalken & Mul, *a.w.*, onder andere p. 351, 353, 373.

267 Te vergelijken met de regeling van afdeling 5.2 Awb: Toezicht op de naleving. In Aruba/Ned. Antillen is de standaard-toezichtregeling echter niet opgenomen in de LAR (een soort algemene bestuurswet, waarin echter alleen de bestuursrechtelijke bezwaar- en beroepschriftprocedure is geregeld). Afgezien van het feit dat de LAR daarvoor (dus nog) niet het geschikte wettelijke kader is, is er uit principiële overwegingen voor gekozen per bijzondere bestuurswet de toezichtbevoegdheden te regelen en niet te werken met een algemene regeling van toezichtbevoegdheden waarvan zo nodig kan worden afgeweken in een bijzondere bestuurswet. De regering wil daarmee misverstanden voorkomen wat betreft de vraag welke toezichthoudende bevoegdheden in het kader van een bepaalde bestuurswet nu precies mogen worden gehanteerd. Vgl. Schalken & Mul, *a.w.*, p. 354.

consequent mogelijk wordt doorgevoerd, mede teneinde verwarring bij burgers als gevolg van een gecombineerde toezicht- en opsporingsbevoegdheid te voorkomen, benadrukt de regering dat het aanwijzingsbeleid er niet toe mag leiden dat toezicht- en opsporingsbevoegdheden teveel in één hand komen te liggen.²⁶⁸ Er wordt zoveel mogelijk naar gestreefd toezichthouders niet te belasten met opsporingstaken en anderzijds opsporingsambtenaren niet te belasten met toezichttaken. De regering aanvaardt echter dat dit 'dubbelepettenprobleem' niet helemaal is te vermijden, bijvoorbeeld in de gevallen waarin toezicht en opsporing zeer dicht tegen elkaar aanleunen en de toezichthouder snel moet kunnen overstappen van bestuurlijk toezicht naar het strafrechtelijk traject indien toezicht een verdenking van een strafbaar feit oplevert (vgl. bijvoorbeeld de verkeerscontroles. Dit laat overigens onverlet dat verkeerscontroles primair zijn bedoeld als preventief middel om de naleving van verkeersregels te bevorderen en niet zozeer als opmaat voor een strafrechtelijk traject). In die gevallen is er niet aan te ontkomen toezichtbevoegdheden en opsporingsbevoegdheden in één persoon te verenigen. Voor die gevallen regelt het betreffende aanwijzingsbesluit expliciet dat de ambtenaar, voor zover hij opereert in zijn hoedanigheid van toezichthouder, verplicht is te melden dat hij als toezichthoudend ambtenaar optreedt en zal hij zich als zodanig moeten legitimeren. Bovendien schrijft het Wetboek Sv NA/A voor dat na een gerezen verdenking een cautie moet worden gegeven in alle gevallen waarin een verdachte zal worden verhoord (art. 50, lid 1, lid 2, Sv NA/A) en voorts dat de verdachte die naar een plaats van verhoor wordt/is overgebracht, eveneens moet worden gewezen op zijn zwijgrecht en op zijn andere rechten, terwijl hem tevens moet worden meegedeeld wat de aard en de reden van de vrijheidsontneming is. Dat alles zowel mondeling als door middel van een, door de verdachte te ondertekenen, formulier (art. 82 Sv NA/A).²⁶⁹ Deze mededelingen beogen de verdachte kenbaar te maken dat vanaf dat moment opsporingsbevoegdheden worden uitgeoefend en dat de verdachte vanaf dat moment een beroep kan doen op de speciale waarborgen waarmee het strafproces is omringd.²⁷⁰

Deze, systematisch gezien, scherpe scheiding tussen opsporing en toezicht staat in het teken van het verschaffen van helderheid wat betreft de doelstellingen en de te onderscheiden functies van de diverse handhavingssystemen (d.w.z. de primair bestuursrechtelijk, civielrechtelijk of strafrechtelijk georiënteerde handhaving). Daarop worden vervolgens de wettelijke systemen, waarin onder meer de

268 Vgl. Schalken en Mul, *a.w.*, p. 376.

269 Zie Brouwer, Thodé, De Jong, *a.w.*, p. 88-92 en Schalken en Mul, *a.w.*, p. 376.

270 Zie Schalken en Mul, *a.w.*, p. 376.

gezagsverhoudingen, de geldende waarborgen, de bevoegdheidsgrondslagen en de kwalificatie-eisen voor ambtenaren zijn geregeld, afgestemd.²⁷¹

De argumenten en overwegingen die ten grondslag liggen aan de beklemtoning van het onderscheid tussen opsporing en toezicht en de daarop geënte wettelijke systematiek, lijken - grotendeels althans - overeen te komen met (de ratio van) de wettelijke systematiek in Nederland. Vanaf eind jaren zestig is immers ook de Nederlandse wetgever, om vergelijkbare redenen, scherper gaan onderscheiden tussen toezicht en opsporing, hetgeen onder meer tot uiting komt in - het aanvankelijke streven naar een - strikt gescheiden wettelijke normering van toezicht-bevoegdheden en opsporingsbevoegdheden in respectievelijk de Algemene wet bestuursrecht, het Wetboek van Strafvordering en in bijzondere wetten.²⁷² Daarbij gold en geldt ook de verdenking als het belangrijkste criterium voor het onderscheid tussen toezicht en opsporing. In zoverre wijkt het Arubaanse/Antilliaanse stelsel dus nauwelijks af van het Nederlandse stelsel, zij het dat de Arubaanse/Antilliaanse wetgever deze lijn wetssystematisch gezien consequenter lijkt te hebben doorgetrokken dan de Nederlandse wetgever.²⁷³ Zo is de Nederlandse wetgever bijvoorbeeld niet zover gegaan het toekennen van bijzondere opsporingsbevoegdheden in bijzondere wetten niet langer toelaatbaar te achten. Voorts lijkt de Nederlandse wetgever wat minder 'streng in de leer' te zijn dan de Arubaanse/Antilliaanse wetgever wat betreft het verdenkingscriterium: zo blijkt uit de (HR-interpretatie²⁷⁴ van de) art. 18-23 WED dat het bestaan van 'aanwijzingen' dat een economisch voorschrift niet is nageleefd, voldoende is om een strafvorderlijk opsporingsonderzoek te starten. Een concrete, individualiseerbare verdenking is in dat geval dus niet nodig. Zie voorts bijvoorbeeld de Jachtwet. Daarnaast is, sinds de wet BOB in werking is getreden, de verdenking als onderscheidend criterium tussen toezicht en opsporing opgerekt in die zin dat, naast een redelijk vermoeden dat een strafbaar feit is gepleegd, tevens een redelijk vermoeden dat in georganiseerd verband bepaalde misdrijven worden beraamd of zullen worden gepleegd, voldoende om een strafvorderlijk opsporingsonderzoek te starten (art. 132a Sv). Van belang is daarbij wel dat het onderzoek is gericht op strafrechtelijke afdoening.

Daarmee is een belangrijk deel van wat als 'proactieve opsporing' wordt betiteld, onder het regime van het Wetboek van Strafvordering gebracht en uit de sfeer van het toezicht of de controle gehaald. Voorzover niet aan de criteria

271 Vgl. o.m. Schalken & Mul p. 349 (MvT op de Invoeringslandsverordening Aruba, par. 2.1 : Handhavingsmechanismen)

272 Vgl. art. 1:6 Awb oud. Dat de wetgever daar voor een deel op is teruggekomen blijkt wel uit art. 1:6 Awb nieuw, waaruit blijkt dat hoofdstuk 9 Awb (klachtbehandeling) ook van toepassing is op de opsporing en vervolging van strafbare feiten.

273 Een in het oog springend verschil is overigens nog wel, dat in het Nederlandse stelsel -i.t.t. het Arubaanse/Antilliaanse stelsel- lichte verkeersovertredingen worden afgedaan via een bestuursrechtelijke traject (WAHV).

274 HR 9 maart 1993, NJ 1993, 633 en HR 1 juli 1996, D&D 1996, p. 369.

van art. 132a Sv (NI) is voldaan (bijvoorbeeld als het geen strafbare feiten betreft die zijn omschreven in art. 67, lid 1, Sv (NI)) zijn er nog wel parallellen te trekken met het Arubaanse/Antilliaanse stelsel. In dat geval moet onderzoek naar aanleiding van een redelijk vermoeden dat strafbare feiten worden beraamd of zullen worden gepleegd, immers worden beschouwd als toezicht in het kader van de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde o.g.v. art. 13 Politiewet 1993 en kan dus geen gebruik worden gemaakt van de speciale opsporingsbevoegdheden waarin het Nederlandse Wetboek van Strafvordering voorziet. Dat geldt ook voor het verkennend onderzoek dat eventueel aan het opsporingsonderzoek van art. 132a Sv (NI) vooraf kan gaan. De grondslag dáárvoor is echter wèl te vinden in het Nederlandse Wetboek van Strafvordering, omdat het gepaard kan gaan met inbreuken op de persoonlijke levenssfeer en de wetgever er - gegeven de nauwe verwantschap met het opsporingsonderzoek - voor heeft gekozen de daarvoor benodigde specifieke wettelijke grondslag op te nemen in het Wetboek van Strafvordering. Een dergelijke benadering lijkt, gezien de systematisch scherpe scheiding tussen opsporing en toezicht in het Arubaanse/Antilliaanse stelsel op basis van het 'enge' verdenkingscriterium, in Aruba/Ned. Antillen vooralsnog ondenkbaar.

Meer in het algemeen gesproken: de wettelijke systematiek van Aruba/Ned. Antillen lijkt een dergelijke 'flexibiliteit' niet toe te laten. Er is òf sprake van opsporing (naar aanleiding van een verdenking van een concreet strafbaar feit dat reeds is gepleegd) in welk geval de regels van het wetboek van Sv NA/A gelden, òf van toezicht (: alle overige vormen van handavingsonderzoek) waarvoor andere normen gelden. Zo valt proactieve opsporing, afhankelijk van hoe men dat begrip wil definiëren, onder de categorie bestuursrechtelijke 'preventieve controles', dan wel onder de categorie controles en toezicht in het kader van de handhaving van de rechtsorde o.g.v. de algemene taakomschrijving van art. 2 Politie(lands)-verordening. Echter, in de praktijk blijken de grenzen tussen deze vormen van toezicht en anderzijds het strafvorderlijke opsporingsonderzoek niet zo scherp te zijn als ze op het eerste gezicht lijken. Ondanks de beklemtoning van het onderscheid tussen toezicht en opsporing, aan de hand van het verdenkingscriterium en de daarop geënte wetssystematiek, behoren overlappingen en afbakeningsproblemen, evenals in Nederland, bepaald nog niet tot het verleden. Zo vloeit bijvoorbeeld het vermoeden dat in georganiseerd verband strafbare feiten worden beraamd of in de toekomst zullen worden gepleegd, in veel gevallen voort uit de wetenschap, of in ieder geval uit de verdenking, dat in het verleden reeds strafbare feiten zijn gepleegd. In dat geval kan probleemloos het strafrechtelijke traject worden gevolgd, terwijl het complex van strafbare feiten waarop het opsporingsonderzoek zich richt, deels bestaat uit nog niet gepleegde strafbare feiten en het niet ondenkbaar is dat het opsporingsonderzoek (deels) beoogt deze toekomstige strafbare feiten te

voorkomen in plaats van strafrechtelijk af te doen. Preventie en repressie liggen in dat geval in elkaars verlengde. Voorts kunnen bepaalde vormen van onderzoek, ook al is er nog geen sprake van een concrete individualiseerbare verdenking, een onmiskenbaar 'strafvorderlijk' karakter hebben, vooral als het OM daarover de regie voert. Het is bijvoorbeeld in de praktijk niet ongebruikelijk om op vordering van het OM een oriënterend onderzoek te verrichten naar aanleiding van een zeker vermoeden dat strafbare feiten zijn of worden gepleegd, teneinde op basis van de resultaten daarvan te kunnen beslissen of daar al dan niet een strafrechtelijk onderzoek op moet volgen.²⁷⁵ In dat geval kan men moeilijk volhouden dat er sprake is van een vorm van preventief toezicht. Er is wellicht nog geen sprake van de vereiste mate van verdenking, maar desondanks valt niet te ontkennen dat het onderzoek gericht is op een (mogelijke) strafvorderlijke afdoening. Ook overigens blijkt het OM in de 'voorfase' van het strafvorderlijke opsporingsonderzoek in de praktijk een grotere rol te spelen dan gezien het wettelijke stelsel voor de hand zou liggen. Dat heeft in het verleden wel eens tot conflicten geleid tussen het ministerie van Justitie en het OM. Dergelijke vormen van onderzoek of 'toezicht' leunen dus zeer dicht aan tegen, of kunnen zonder al te veel problemen worden gekoppeld aan het strafrechtelijke traject (voorzover ze al geen deel uitmaken van het strafrechtelijke traject).

Voor zover bekend²⁷⁶ is er - in tegenstelling tot in Nederland - nog geen aanleiding geweest om de rechtmatigheid van dergelijke activiteiten in de proactieve sfeer, zoals bijvoorbeeld infiltratie, pseudo-koop e.d., ter discussie te stellen, dan wel om daarvoor om andere redenen een specifieke wettelijke grondslag te creëren teneinde deze vormen van onderzoek wettelijk te kunnen normeren; laat staan dat wordt overwogen deze materie in het wetboek Sv NA/A te regelen, gegeven de verwantschap met de strafvorderlijke opsporing. De belangrijkste waarborg tegen misbruik lijkt te zijn dat dergelijke 'bevoegdheden' slechts mogen worden uitgeoefend door speciaal daartoe aangewezen, gekwalificeerde ambtenaren (en met name door politiefunctionarissen in het kader van hun algemene taak o.g.v. art. 2 Politielandsverordening resp. o.g.v. art. 184 e.v. Sv NA/A) en daarnaast het feit dat het OM daarover in de praktijk de regie voert. Daarnaast geldt natuurlijk het verbod om te handelen in strijd met de grondwettelijk beschermde grondrechten voor zover daarvoor geen speciale wettelijke grondslag is aan te wijzen.

275 Een voorbeeld van een dergelijk oriënterend onderzoek is het onderzoek dat in juni 1999 in opdracht van de PG is ingesteld naar het Radisson-project, naar aanleiding van vermoedens dat zich met betrekking tot de renovatie van het Radisson Hotel onregelmatigheden hadden voorgedaan en dat de minister van Financiën en ambtenaren zich ter zake hadden schuldig gemaakt aan strafbare feiten. Op basis van dat onderzoek is besloten een strafrechtelijk onderzoek in te stellen. Daaruit bleek overigens dat er van strafbare feiten geen sprake was.

276 Met dank aan Glenn Thodé.

7.3 *Intermezzo: het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel*

In de inleiding is al even melding gemaakt van de in het Wetboek Sv NA/A opgenomen constructie waarmee wordt beoogd het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel min of meer in overeenstemming te brengen de gegroeide rechtspraak, waarin - zoals gezegd - richtlijnen, circulaires en rechtspraak aanvaardbaar werden geacht als aanvulling op het in beginsel exclusief door de wetgever te reglementeren stelsel van strafvorderlijke bevoegdheden. Met deze voorziening wordt voorts beoogd een strafvorderlijk alternatief te bieden voor het civielrechtelijke kort geding, teneinde bij dringende noodzakelijkheid bijvoorbeeld ordemaatregelen te kunnen afdwingen waarin de wet niet met zoveel woorden voorziet. Uit het systeem van strafvordering vloeien volgens de wetgever speciale criteria voort ter zake van de vraag of een bepaalde strafvorderlijke overheidshandeling al dan niet rechtmatig of toelaatbaar zou zijn. Dergelijke kwesties dienen volgens de wetgever dan ook bij voorkeur te worden beoordeeld door de strafrechter in een speciale, op het bijzondere karakter van het strafproces afgestemde, procesgang. Een civielrechtelijke procedure, waarin de rechtmatigheid of toelaatbaarheid van overheidsoptreden wordt beoordeeld aan de hand van het civielrechtelijke onrechtmatigheidsbegrip, zou daarvoor minder geschikt zijn.

Kort gezegd komt het er op neer dat de wetgever een voorziening heeft getroffen die 'de rechter een zekere ruimte biedt om, met behoud van het karakter van het wetboek en met inachtneming van dwingend voorgeschreven procesregels, meer effectief op te treden in die gevallen waarin de praktijk vraagt om een rechtens aanvaardbare nieuwe regeling of modificatie van een bestaande regeling'.²⁷⁷ De wetgever verschafft daarmee - niettegenstaande art. 9 Sv NA/A²⁷⁸ - de rechter de mogelijkheid om in een aan hem voorgelegde zaak, met in achtneming van de strekking van het wetboek, zelf oplossingen te zoeken voor problemen die niet waren te voorzien en waarvoor de wetgever dus geen regeling heeft kunnen treffen. Dat zou een snelle veroudering van het wetboek tegengaan.²⁷⁹ Deze voorziening heeft - zoals bleek - de gedaante gekregen van een soort strafvorderlijk kort geding en is geregeld in Titel VII (Rechterlijke voorzieningen bij dringende noodzaak), art. 43 Sv NA/A, waarvan lid 1 en 2 luiden:

1. In alle gevallen waarin het belang van een goede strafrechtsbedeling een voorziening dringend noodzakelijk maakt en het wetboek zelf daaromtrent geen regeling bevat, kan

277 Zie T.M. Schalken en S.W. Mul, *Het Nieuwe Wetboek van Strafvordering van de Nederlandse Antillen en van Aruba (1997)*; *Bronnenpublicatie, Deel 1: Parlementaire stukken*, Deventer: 1997, p. 16-17.

278 Art. 9 Sv NA/A: Strafvordering heeft alleen plaats in de gevallen en op de wijze bij landsverordening voorzien.

279 Zie Schalken & Mul, onder meer p. 263 (Nota n.a.v. het Nader Verslag Nederlandse Antillen).

een verzoek om zodanige voorziening worden gedaan door de verdachte of degene die daarbij een rechtstreeks hem bepaaldelijk aangaand belang heeft.

2. Op gelijke wijze komt het openbaar ministerie de bevoegdheid toe een zodanige voorziening te vorderen.

Lid 3 tot en met 11 regelen enige processuele aspecten.

Welke mogelijkheden deze voorziening in de praktijk biedt en aan welke grenzen de procesdeelnemers en de rechter in concreto zijn gebonden, gegeven het legaliteitsbeginsel van art. 9 Sv NA/A, is nog niet helemaal helder.²⁸⁰ De discussies daarover zijn nog niet uitgekristalliseerd. Van verschillende kanten is nogal kritisch gereageerd op de voorziening, met name wat betreft de bevoegdheid van het OM om bij de strafrechter voorzieningen te vorderen die diep kunnen ingrijpen in de vrijheidsrechten van de verdachte, zonder dat de wetgever zich daarover heeft kunnen uitspreken. Het voert in dit bestek te ver om daar uitgebreid op in te gaan.²⁸¹ Hoewel er dus op onderdelen wellicht het één en ander op valt af te dingen op deze voorziening, is het nog wel vermeldenswaard dat er, wat betreft de ratio die aan deze constructie ten grondslag ligt, een zekere parallel is te trekken met de overwegingen naar aanleiding van het intern rechtsvergelijkende onderzoek naar het bestuursrechtelijke en grondwettelijke legaliteitsbeginsel in eigen land (zie par. 6).

7.4 *Tot slot*

Samenvattend kan worden geconcludeerd dat het Arubaanse/Antilliaanse stelsel van wetshandhaving uitgaat van een (in theorie althans) uitgesproken 'eng' opsporingsbegrip en van een scherpe scheiding tussen opsporing en toezicht. Onder opsporing wordt verstaan onderzoek naar aanleiding van een concrete, individualiseerbare verdenking van een (gepleegd) strafbaar feit, teneinde dit op te helderen met het oog op strafrechtelijke afdoening. Alle andere vormen van onderzoek van overheidswege vallen onder de categorie (preventief) toezicht. Het onderscheid is/wordt vrij consequent doorgevoerd in het systeem van de wet en in het toewijzingsbeleid wat betreft de bestuurlijke toezichtsbevoegdheden. Opsporing wordt exclusief genormeerd door het Wetboek van Strafvordering; toezichtbevoegdheden worden (voorzover ingrijpend) geregeld in de bijzondere landsverordeningen. Voorts is het toewijzingsbeleid er op gericht dat toezicht- en opsporingstaken zo min mogelijk in één hand komen.

280 Er zijn overigens inmiddels wel een aantal uitspraken gedaan door de rechter naar aanleiding van verzoeken van verdachten om voorzieningen te treffen.

281 Zie daarvoor bijvoorbeeld D.V.A. Brouwer, G.A.E. Thodé & D.H. de Jong, *a.w.*, p. 45-46, waar o.a. wordt verwezen naar commentaren van Reijntjes, De Doelder en Groenhuijsen in dit verband.

Tegen de achtergrond van dit scherpe systematische onderscheid tussen opsporing en toezicht, is niet geheel duidelijk wat het precieze karakter is van 'toezicht' (en proactieve opsporing) door de politie in het kader van de handhaving van de rechtsorde, op grond van de algemene taakomschrijving van art. 2 Politie(lands)-verordening. De scherpe scheiding tussen toezicht en opsporing heeft op dat terrein in ieder geval niet geleid tot een personele scheiding tussen toezicht- en opsporingsambtenaren. Ook anderszins lijkt er sprake te zijn van kennelijk aanvaarde overlappingsen en vloeiende grenzen die gepaard gaan met deze 'dubbele-petten-problematiek'. Zo blijkt men weinig moeite te hebben met proactieve 'opsporingsmethoden' en andere vormen van onderzoek met een 'strafvorderlijk' karakter (vgl. een aan het opsporingsonderzoek voorafgaand oriënterend onderzoek op vordering van het OM), ook al is er geen sprake is van een concrete verdenking en ook al is er (dus) geen sprake van een specifiek wettelijk normatief kader voor deze vormen van 'opsporingsonderzoek'.²⁸²

Naar het zich laat aanzien is er tot nu toe geen reden geweest om het feit dat deze vormen van onderzoek niet goed zijn in te passen in het scherpe onderscheid tussen toezicht en opsporing, te problematiseren dan wel dit type onderzoek specifiek wettelijk te normeren.

Wellicht blijkt de constructie waarmee onder meer is beoogd het legaliteitsbeginsel wat beter af te stemmen op de gegroeide rechtspraktijk en die zijn beslag heeft gekregen in artikel 43 Sv NA/A, de toekomstige panacee te zijn voor al dit soort afbakeningsproblemen en het eventuele normeringsdeficit in dat verband, al is het de vraag of dat de wetgever voor ogen heeft gestaan.

8 Lessen uit de oriënterende rechtsvergelijking

8.1 De externe rechtsvergelijkende verkenning

Waarin onderscheidt opsporingsonderzoek zich van andere vormen van (handhavings)onderzoek van overheidswege? Dat is de vraagstelling die centraal stond in de rechtsvergelijkende verkenning van het opsporingsbegrip in enkele ons

282 Voor zover er wel sprake is van een concrete verdenking zegt dat niet veel meer dan dat een aantal bijzondere - in het Wetboek Sv NA/A geregelde en met waarborgen omgeven - dwangmiddelen mogen worden toegepast. Eventuele proactieve opsporingsmethoden vallen daar niet onder en zijn dus ook in dat geval niet nader genormeerd of met waarborgen omringd. Ook artikel 71 Sv NA/A (het vereiste van proportionaliteit en subsidiariteit) ziet slechts op de toepassing van de in het wetboek geregelde bijzondere dwangmiddelen en is als zodanig dus niet van toepassing op proactieve opsporingsmethoden. Een andere vraag is, of de (niet in het wetboek geregelde) proactieve opsporingsmethoden in dat geval toelaatbaar zijn, teneinde gepleegde en evt. toekomstige strafbare feiten op te helderen. Dat hangt af van hoe men art. 9 (het legaliteitsbeginsel) in verband met art. 183 e.v. (taakomschrijving opsporingsambtenaren) wil interpreteren.

omringende landen. Uit deze rechtsvergelijkende verkenning kan een aantal lessen worden getrokken, die als volgt kunnen worden samengevat.

a. Wat betreft de vraag wat precies onder strafvorderlijke opsporing moet worden verstaan, valt er geen duidelijke, richtinggevende 'Europese lijn' te ontdekken (waarmee rekening gehouden moet worden teneinde in Europees verband niet te veel uit de pas te lopen).

b. Er blijkt geen sprake te zijn van, voor alle rechtsstelsels geldende, 'wezenlijke' kenmerken die als het ware de 'natuurlijke' afgrenzing van de strafvorderlijke opsporing t.o.v. andere vormen van handhavingsonderzoek zouden markeren (zoals het criterium 'verdenking' dat voor velen als het 'vanzelfsprekende' startpunt voor het opsporingsonderzoek geldt).

c. De beantwoording van de vraag wat onder opsporing moet worden verstaan, blijkt een kwestie van kiezen te zijn en geen dwingende uitkomst van de wetten van de logica. De wijze waarop de wetshandhaving organisatorisch is vormgegeven, op basis van rechtspolitieke keuzes (binnen de context van een deels in de historie verankerd complex van factoren, zoals maatschappelijke ontwikkelingen en het organisatorische en wettelijke kader), blijkt uiteindelijk doorslaggevend te zijn voor de vraag, wat onder opsporing moet worden verstaan en waarin opsporingsonderzoek zich onderscheidt van andere vormen van handhavingsonderzoek.

d. Deze organisatorische vormgeving van de wetshandhaving blijkt in een aantal rechtsstelsels afbakeningsproblemen op te leveren. De grens tussen opsporing en andere vormen van handhavingsonderzoek blijkt veelal niet scherp te zijn, terwijl deze grens van belang kan zijn voor de vraag welk organisatorisch kader, welke gezagsverhoudingen, bevoegdheidsgrondslagen, rechtsbeschermingsregimes, e.d. hebben te gelden. De grens is met name vaak vloeiend

- Als er tegelijkertijd meerdere doelen worden nagestreefd, zoals het voorkomen van criminaliteit en (afhankelijk van wat een onderzoek oplevert) het bestraffen van criminaliteit.
- Als wordt overgestapt van het ene handhavingstraject op het andere handhavingstraject en er dus sprake is (geweest) van overlappende regelsystemen.
- Als binnen een rechtsstelsel bagateldelicten (gedeeltelijk) bestuursrechtelijk kunnen worden afgedaan, terwijl dezelfde delicten onder bepaalde voorwaarden tevens in aanmerking komen voor strafrechtelijke afdoening (vgl. de ernst van het delict).
- Als wat betreft het opsporingsonderzoek het 'doelcriterium' en het 'verdenkingscriterium' niet synchroon lopen.

Deze afbakeningsproblemen doen zich vooral voor op het terrein dat in het algemeen wordt omschreven als de 'proactieve fase' of de 'informatieve fase' van de opsporing en voorts ten aanzien van de 'repressieve controle' (vgl. verkeerscontroles).

e. In de onderzochte rechtsstelsels is op verschillende manieren getracht oplossingen te vinden voor deze afbakeningsproblemen. In veel gevallen is er in dat verband op rechtspolitieke gronden voor gekozen de 'proactieve fase' van het opsporingsonderzoek - voor een deel althans - te normeren in het Wetboek van Strafvordering door de definitie van het begrip 'opsporing' te verruimen. Op grond daarvan is (ook) een verdenking dat bepaalde strafbare feiten in de toekomst zullen worden gepleegd, voldoende om een - door het Wetboek van Strafvordering genormeerd - opsporingsonderzoek te starten.

In andere rechtsstelsels worden voorbereidingshandelingen of de beraming van strafbare feiten als zodanig strafbaar gesteld, zodat een verdenking daarvan reden kan zijn om een opsporingsonderzoek in de 'traditionele' zin van het woord te starten. Daaruit kan worden geconcludeerd dat ook wat betreft deze afbakeningsproblemen oplossingen niet logisch dwingend kunnen worden afgeleid uit eventuele 'wezenlijke' kenmerken van het opsporingsbegrip.

f. Resumerend kan worden vastgesteld dat een speurtocht naar de 'intrinsieke' betekenis van het begrip 'opsporing' weinig of geen vruchten zal afwerpen, aangezien de vraag wat onder opsporing moet worden verstaan, slechts kan worden beantwoord aan de hand van rechtspolitieke afwegingen en keuzes. Een daaruit voortvloeiende conclusie is dat een onderzoek naar de grondslagen van toekomstig recht niet kan volstaan met een definitie van het begrip 'opsporing' als dwingende uitkomst van een analyse van huidig, geldend recht. Het accent zal veeleer moeten liggen op het aanreiken van materiaal ten behoeve van afgewogen rechtspolitieke keuzes, leidend tot een organisatorische vormgeving van de wetshandhaving waarin een optimale eigentijdse balans is bereikt tussen doelmatigheid en rechtsbescherming. Daaruit vloeit het 'opsporingsbegrip' voort en niet andersom.

8.2 *De intern rechtsvergelijkende verkenning*

Staat het legaliteitsbeginsel in de weg aan een gedifferentieerde, flexibele regeling van strafvorderlijke overheidsbevoegdheden die recht doet aan het dynamische karakter van de samenleving? Deze vraag stond centraal in het intern rechtsvergelijkende onderzoek naar het bestuursrechtelijke legaliteitsbeginsel en het grondwettelijke legaliteitsbeginsel, beide te beschouwen als 'specialis' van het algemene legaliteitsbeginsel dat aan ons rechtsstelsel ten grondslag ligt.

Uit deze intern rechtsvergelijkende verkenning is eveneens een aantal lessen te trekken, die als volgt kunnen worden samengevat.

a. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel blijkt niet precies vast te staan en is altijd een omstreden punt geweest. Uit de rechtsvergelijkende verkenning blijkt dat niet zozeer ter discussie staat de vraag òf er op grond van het legaliteitsbeginsel een wettelijke grondslag nodig is voor elke overheidsbevoegdheid, maar de vraag aan welke materiële en andere eisen een wettelijke grondslag voor overheidsbevoegdheden in zijn algemeenheid of in concreto moet voldoen. Daarover lopen de opvattingen uiteen.

b. De wetgever blijkt, wat betreft de materiële invulling van het legaliteitsbeginsel, te differentiëren. Voorzover daar naar het oordeel van de wetgever gronden voor zijn, worden overheidsbevoegdheden specifiek toegekend en zo nodig tot in detail genormeerd. In andere gevallen volstaat de wetgever met een algemene bevoegdheidsgrondslag of laat de (grond)wetgever de rechtspraak de ruimte om de bevoegdheidsgrondslag nader in te kleuren. De wijze waarop het legaliteitsbeginsel in concreto in de verschillende rechtsgebieden is uitgewerkt, blijkt dus (eveneens) het resultaat te zijn van rechtspolitieke keuzes.

c. Blijkens het onderzoek is dat niet strijdig met het legaliteitsbeginsel. Uit het formele vereiste van een wettelijke grondslag voor overheidsbevoegdheden blijkt niet logisch noodzakelijk te kunnen worden afgeleid hoe dit vereiste materieel en anderszins moet worden ingevuld. Zelfs het grondwettelijke vereiste van een 'specifieke' wettelijke grondslag voor inbreuken van overheidswege op (in de Grondwet beschermde) grondrechten laat ruimte voor flexibiliteit en differentiatie.

d. Samenvattend kan worden geconcludeerd dat er in de doctrine weliswaar geen overeenstemming bestaat over de precieze reikwijdte en betekenis van het legaliteitsbeginsel, maar dat uit het geldend recht, dat wil zeggen enerzijds het (grond)wettelijk systeem en anderzijds de daarmee samenhangende rechtspraak, kan worden afgeleid dat het legaliteitsbeginsel niet in de weg staat aan een gedifferentieerde, flexibele regeling van overheidsbevoegdheden. Dat kan betekenen dat het legaliteitsbeginsel in de onderscheiden rechtsgebieden weliswaar verschillend is en wordt uitgewerkt, maar dan wel op grond van een afweging van belangen en niet op basis van logisch dwingende noodzakelijkheid.

e. Zo bezien kan het legaliteitsbeginsel worden opgevat als een inspanningsverplichting voor de overheid om de materiële invulling van de wettelijke grondslag voor overheidsbevoegdheden zo precies mogelijk af te stemmen op de maatschappelijke

en juridische realiteit. Dat wil zeggen dat de wetgever in dat verband ook rekening zal moeten houden met het dynamische en complexe karakter van de samenleving. De vereiste wettelijke grondslag voor overheidsbevoegdheden zal dan ook niet alleen het eindpunt, maar vooral het sturend beginpunt moeten vormen van een rechtspraktijk en een rechtsontwikkeling waarin de optimale balans tussen doelmatigheid en rechtsstatelijkheid niet als een vaststaand gegeven is te beschouwen, maar als een doel waarnaar voortdurend moet worden gestreefd, tegen de achtergrond van telkens wisselende omstandigheden. Dat impliceert dat rigide, knellende en tot in detail uitgewerkte bevoegdheidtoekennende regels niet altijd zullen voldoen. Het kan in sommige gevallen effectiever zijn de bewegwijzering en verbodsborden te plaatsen, maar de lagere wetgevers of de rechter voor het overige de ruimte te laten om bij te sturen teneinde ongelukken ten gevolge van botsende belangen te voorkomen. Ruimte voor flexibiliteit en differentiatie vereist zo bezien niet minder, maar juist meer inspanning van de wetgever (respectievelijk de doctrine en de rechter), dan indien de wijze waarop overheidsbevoegdheden moeten worden genormeerd zou zijn af te leiden uit een logisch dwingende noodzakelijkheid.

f. Ook in dit verband geldt, dat een onderzoek dat zich richt op de grondslagen van toekomstig recht, niet kan volstaan met een speurtocht naar de precieze reikwijdte of de logisch dwingende consequenties van het legaliteitsbeginsel. Het accent zal ook hier moeten liggen op het aandragen van materiaal ten behoeve van rechtspolitieke keuzes die leiden tot een strafvorderlijke invulling van het legaliteitsbeginsel waarmee een optimale balans wordt bereikt tussen doelmatigheid en rechtsbescherming, gegeven de maatschappelijke realiteit. Ook hier geldt dat uit de materiële invulling (in concreto) van het vereiste van een wettelijke grondslag voor overheidsbevoegdheden de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel is af te leiden en niet andersom.

DEEL III KEUZEN EN UITGANGSPUNTEN

9 Verantwoording van aanpak en terminologie

Art. 1 Sv bepaalt dat 'strafvordering' alleen plaats heeft op de wijze bij de wet voorzien. Daarin zou gelezen kunnen worden dat de wet het strafproces tot in de kleinste details moet regelen en dat alle strafprocesrecht in de wet moet zijn vastgelegd. Andere rechtsbronnen dan de wet zouden met andere woorden geen gelding hebben. De werkelijkheid is echter anders. Lang niet al het strafprocesrecht is te vinden in een wet in formele zin. Naast de wet fungeren ook internationale

verdragen, ongeschreven beginselen en de jurisprudentie als erkende rechtsbronnen van strafprocesrecht. Er lijkt dus een discrepantie te bestaan tussen het bepaalde in art. 1 Sv en het strafprocesrecht zoals dat zich in feite heeft ontwikkeld.

Nu hebben maar weinigen met het bestaan van 'buitenwettelijk' procesrecht moeite. Algemeen wordt erkend dat de aanvulling van de wet door ongeschreven recht niet alleen onontkoombaar is, maar ook, althans tot op zekere hoogte, een goede zaak. Verschil van mening bestaat over de vraag *hoe* de erkenning van andere rechtsbronnen gerijmd moet worden met het bepaalde in art. 1 Sv. Een aantal schrijvers lost de gesignaleerde (schijnbare) discrepantie op door het bepaalde in art. 1 Sv niet te beschouwen als een (harde) regel, waarvan niet afgeweken mag worden, maar te zien als de uitdrukking van een of meer beginselen.²⁸³ Door die benadering wordt de betekenis van het wetsartikel gerelativeerd. Aan de beginselen in kwestie komt namelijk ook betekenis toe als ze geen uitdrukking in de wet zouden hebben gevonden. Die benadering leidt voorts tot een bijgestelde vraagstelling. De (bijgestelde) vraag is of ongeschreven strafprocesrecht in alle geval in strijd is met de bedoelde beginselen, anders gezegd, of die beginselen meebrengen dat alle strafprocesrecht in de wet moet zijn vastgelegd. Het antwoord is dan dat dit niet het geval is.

In de literatuur wordt de oplossing ook wel in andere richting gezocht. Om de 'regel' van art. 1 Sv overeind te houden wordt de term 'strafvordering' beperkt uitgelegd. Zo heeft Simmelink betoogd dat van strafvordering alleen sprake is als inbreuk wordt gemaakt op grondrechten.²⁸⁴ Een vergelijkbare benadering wordt gevolgd door Cleiren.²⁸⁵ Zij stelt dat strafvorderlijke bepalingen 'primair gericht (zijn) op het verlenen van bevoegdheden aan justitiële organen in een "handelende functie"'. Daarom zijn volgens haar niet onder het begrip 'strafvordering' begrepen 'de beslissingen die de rechter neemt in zijn functie als controleur of toetsers van de naleving van de voor justitiële organen geldende gedragsnormen. Voorbeelden van deze beslissingen zijn de nietigheid van de dagvaarding en niet-ontvankelijkverklaring van de officier van justitie wegens het ontbreken van een klacht of schending van het vertrouwensbeginsel'.

Uiteindelijk komt Cleiren tot een ruimere uitleg van de term 'strafvordering' dan Simmelink. Zij omschrijft 'strafvordering' als 'bevoegdheidsuitoefening binnen de kaders van (de) betreffende wettelijke voorschriften en beginselen'. Het gaat daarbij om de voorschriften en beginselen 'inzake de uitoefening van bevoegdheden (in het kader van

283 Zo bijvoorbeeld G. Knigge, *Leerstukken van strafprocesrecht*, Groningen: Wolters Noordhoff 1998 (4de druk), p. 3. Ook G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Gouda Quint 1999 (3de druk), p. 13 e.v. lijkt deze benadering te volgen. Zeer uitgesproken in deze zin K. Rozemond (*Strafvorderlijke rechtsvinding*, Deventer: Gouda Quint 1998, p. 194 e.v.), die er bovendien op wijst dat het verschil tussen regel en beginsel van graduele aard is.

284 J.B.H.M. Simmelink, *De rechtsstaatsgedachte achter 1 Sv*, Amhem: Gouda Quint 1987, p. 34 e.v.

285 C.P.M. Cleiren, in: Melai, *Wetboek van Strafvordering*, aant. 8 op art. 1 (suppl. 115).

bevoegdheden)²⁸⁶ in het kader van de opsporing, de vervolging en de tenuitvoerlegging.’ Deze begripsomschrijving omvat, na enige ‘differentiatie’, volgens Cleiren ook niet in de wet geregelde handelingen van personen of organen die in het kader van de strafrechtspleging worden verricht. Opmerkelijk is dat met deze begripsomschrijving niet het definitieve antwoord blijkt te zijn gegeven op de vraag of wettelijke regeling nodig is. Opsporingshandelingen als ‘het uittypen van het proces-verbaal, het zoeken en conserveren van vingerafdrukken op voorwerpen (en) het gebruik van radarapparatuur en speurhonden’ leveren wel ‘strafvordering’ op, maar behoeven volgens Cleiren niet in de wet te zijn geregeld. Zij beroept zich daarbij op de strekking van art. 1 Sv: het legaliteitsbeginsel vergt alleen dat handelingen die inbreuk maken op rechten en vrijheden van de burger bij wet zijn geregeld (zie aant. 9 op art. 1). Men kan zich afvragen of, als uiteindelijk toch de strekking doorslaggevend is, dezelfde conclusies niet zonder de ‘omweg’ via de definitie van het begrip strafvordering hadden kunnen worden bereikt.

Een benadering die haar vertrekpunt *direct* zoekt in de achterliggende beginselen past het beste bij de vraagstelling van het onderzoeksproject Sv 2001. Het gaat daarbij immers niet primair om de uitleg van het geldende recht, maar om een bezinning op de grondslagen van een nieuw te ontwerpen wetboek. Derhalve kan hier in het midden blijven welke interpretatie van art. 1 Sv naar geldend recht de voorkeur verdient.

Het belangrijkste beginsel waaraan art. 1 Sv uitdrukking geeft, is het legaliteitsbeginsel, dat op zijn beurt weer een (nationaal-rechtelijke) uitwerking is van de *rule of law*. Het beginsel is nauw verbonden met de rechtsstaatsgedachte en is er op gericht de burger te beschermen tegen willekeurig overheidsoptreden. Het beginsel brengt mee dat alle overheidsoptreden dat ingrijpt in de rechten en de vrijheden van burgers *direct* of *indirect* dient te berusten op een wet in formele zin.²⁸⁷

Art. 1 Sv belichaamt daarnaast ook het beginsel van de rechtseenheid en de daarmee verbonden codificatiegedachte. Het beginsel keert zich tegen de (in de 18de eeuw bestaande) rechtsverscheidenheid en verzet zich dan ook tegen afwijkend of aanvullend plaatselijk procesrecht. Gewenst is een in beginsel uitputtende, overzichtelijke en systematische regeling op nationaal niveau. Zo opgevat is er een nauwe verwantschap met art. 107 Gw, dat bepaalt dat ‘de wet’ het strafprocesrecht regelt ‘in algemene wetboeken, behoudens de bevoegdheid tot regeling van bepaalde onderwerpen in afzonderlijke wetten’.

Afzonderlijke vermelding verdient wellicht het democratiebeginsel. In de betrokkenheid van de wetgever in formele zin, en dus van het parlement, kan een

286 De tussen haakjes geplaatste woorden lijken bij vergissing in de tekst opgenomen.

287 Vergelijk Cleiren, *a.w.*, aant. 2 op art. 1.

waarborg worden gezien tegen onnodige overheidsbemoeyenis.²⁸⁸ Dit beginsel verklaart waarom art. 1 Sv (en art. 107 Gw) regeling van het strafprocesrecht bij wet eist. Het beginsel verzet zich niet tegen delegatie aan de lagere wetgever, maar noopt wel tot terughoudendheid op dit punt. Aanvaardbaar is uitwerking bij algemene maatregel van bestuur van onderdelen van de regeling binnen door de wet getrokken grenzen. Toekenning van (ingrijpende) bevoegdheden bij AMvB daarentegen zou vermeden moeten worden.²⁸⁹

De opdeling van het achterliggende gedachtegoed van art. 1 Sv in verschillende beginselen is enigszins kunstmatig. De hier onderscheiden beginselen kunnen ook worden gepresenteerd als (onderling samenhangende) *argumenten* die tezamen leiden tot een in ruime zin opgevat 'legaliteitsbeginsel'. Zo bijvoorbeeld Rozemond, *a.w.*, p. 194 e.v., en Corstens, *a.w.*, p. 13 e.v. De term 'legaliteitsbeginsel' krijgt daarbij een weinig specifieke betekenis. Daarmee wordt eenvoudig de noodzaak of de wenselijkheid aangeduid om het strafproces bij de wet te regelen.

Een principieel andere benadering levert dit niet op. Het verschil is eigenlijk alleen van terminologische aard. Wezenlijk is dat art. 1 Sv niet berust op één enkele gedachte, maar wordt gedragen door verschillende, zij het samenhangende, rechtsgronden. In het navolgende zal de term 'legaliteitsbeginsel' niet in ruime zin worden gebezigd, maar in de boven aangeduide, meer specifieke betekenis, als aanduiding derhalve van het uitgangspunt dat overheidsbemoeyenis die voor de burger belastend is, dient te berusten op de wet.

Algemeen aanvaard is dat 'buitenwettelijk' strafprocesrecht niet in strijd behoeft te zijn met de zoëven onderscheiden beginselen. Volledige reglementering van het strafproces door de wet is niet alleen ondoenlijk, nadere normering door 'ongeschreven' jurisprudentierecht verkleint bovendien de kans op willekeur doordat zij de handelingsruimte van de justitiële autoriteiten inperkt. Een verstandig wetgever laat dan ook ruimte voor rechtsontwikkeling en 'reken' min of meer op aanvullende normering door de rechter.

Aandacht verdient dat het antwoord op de vraag in hoeverre buitenwettelijk procesrecht acceptabel is mede afhangt van de vraag welke van de onderscheiden beginselen in het geding is en op welke normadressaat men het oog heeft. Let men alleen op het legaliteitsbeginsel (opgevat in enge zin), dan bestaat bijvoorbeeld geen bezwaar tegen jurisprudentiële uitbreiding van de rechten van de verdachte. Een wettelijke regeling is dan alleen noodzakelijk als het gaat om overheidsoptreden dat ingrijpt in de rechten en vrijheden van burgers. De *rechter* zal dergelijk optreden, als een wettelijke grondslag ontbreekt, onrechtmatig moeten oordelen.

288 In die zin bijvoorbeeld Corstens, *a.w.*, p. 13. Voor enige relativering van het 'primaat van de wetgever' zie Rozemond, *a.w.*, p. 216 e.v.

289 Vergelijk Corstens, *a.w.*, p. 16.

Een argument om de verdachte een (bijvoorbeeld door art. 6 EVRM toegekend) verdedigingsrecht te onthouden, kan de *rechter* bezwaarlijk aan het legaliteitsbeginsel ontlelen.

Betrekt men ook de rechtseenheid- en codificatiegedachte in de beschouwing, dan verbreedt zich het perspectief. Het normadressaatschap verschuift daarbij van de rechter naar de wetgever. In een uitputtende regeling van het strafproces bij de wet hoort ook plaats te worden ingeruimd voor de rechten van de verdachte. Verankering van die rechten in de wet kan bovendien de rechtsbescherming vergroten. De vraag of de *wetgever* de rechten van de verdachte in de wet zou moeten regelen, verdient dus een bevestigend antwoord. Daar komt bij dat uitbreiding van de rechten van de verdachte langs jurisprudentiële weg niet geheel probleemloos is. Die uitbreiding kan namelijk ten koste gaan van de rechten van anderen.²⁹⁰

Zo maakt een ongebreideld ondervragingsrecht een verregaande inbreuk op de privacy van getuigen. Maximering van de rechten van de verdediging kan bovendien op gespannen voet komen te staan met de positieve verplichting die ex art. 8 EVRM op Nederland rust om ten behoeve van (potentiële) slachtoffers te zorgen voor een effectieve handhaving van de strafwet. Tenslotte kan uitbreiding van verdedigingsrechten budgettaire consequenties hebben (men denke slechts aan kosteloze rechtsbijstand) die nopen tot een herverdeling van overheidsuitgaven (of tot verhoging van de belastingen), en die dus indirect ten laste komen van anderen.

Ook het toekennen van verdedigingsrechten vraagt derhalve om afwegingen die in een democratie niet geheel aan de rechter kunnen worden overgelaten.²⁹¹ Ook de wetgever dient daarbij betrokken te zijn. Los daarvan geldt dat ongeschreven jurisprudentierecht de toegankelijkheid en de (oorspronkelijke) systematiek van de regeling van het strafproces kan schaden. Een 'hard' criterium voor regeling bij wet levert dat niet op, maar duidelijk moge zijn dat argumenten ontleend aan het rechtseenheidsbeginsel, de codificatiegedachte en het democratiebeginsel tot een uitgebreider wetgevingsprogramma leiden dan wanneer uitsluitend wordt afgegaan op het legaliteitsbeginsel. Het strafproces in zijn geheel - dus ongeacht de vraag of het gaat om voor de burger belastend optreden of niet - dient dan, althans in hoofdlijnen, in de wet geregeld te worden.

De door Simmelink en Cleiren gekozen benadering, waarbij door middel van interpretatie van de term 'strafvordering' wordt gezocht naar een antwoord op de vraag in welke gevallen een wettelijke voorziening is vereist, heeft belangrijke *criteria* opgeleverd voor wettelijke

290 Daarop is gewezen door Corstens, *a.w.*, p. 34 e.v. Zie ook Rozemond, *a.w.*, p. 196.

291 Vergelijk Eerste interimrapport *onderzoeksproject strafvordering 2001*, 'Algemeen Deel' (M.S. Groenhuijsen & G. Knigge), p. 18 e.v.

regeling. Inderdaad dienen inbreuken op grondrechten op een specifieke wettelijke voorziening te berusten en inderdaad kan verdedigd worden dat 'handelend' optreden in het kader van de strafrechtspleging door justitiële autoriteiten een grondslag dient te hebben in de wet. Het gaat daarbij om criteria die pogen aan te geven in welke gevallen een voorziening in de wet een *noodzakelijke voorwaarde* is voor de rechtmatigheid van het justitiële optreden. Een bezwaar van die benadering is dat zij, door een eenzijdige oriëntatie op het legaliteitsbeginsel, leidt tot een minimaal wetgevingsprogramma. Om recht te doen aan de codificatiegedachte dient de term 'strafvordering' juist niet beperkt te worden uitgelegd.

De hier gekozen benadering brengt mee dat de term strafvordering in de navolgende uiteenzetting in een weinig gearticuleerde betekenis zal worden gebezigd. Daarmee wordt eenvoudig bedoeld op al datgene waarop het strafprocesrecht betrekking heeft. De term duidt dus op de procedurele kant van de strafrechtspleging of, anders gezegd, op de gehele procedure in strafzaken. De kern van die procedure wordt gevormd door de vervolging en de berechting van strafbare feiten. Ook de opsporing en de executie kan echter tot het strafproces worden gerekend.

Dat brengt ons op een volgend punt. Doorgaans wordt aangenomen dat de strafvordering begint op het moment waarop sprake is van een redelijke verdenking dat een strafbaar feit is begaan. Veelal wordt dat eenvoudig gezien als het gevolg van het feit dat de strafvordering begint met de opsporing en dat voor opsporing naar geldend recht een verdenking is vereist.²⁹²

Een andere benadering vindt men bij Cleiren. Zij verdedigt naar wij reeds zagen een ruim opsporingsbegrip, maar meent daarbij dat 'strafvordering' begripmatig is beperkt tot optreden na verdenking. Die beperking wordt door haar ingelezen in art. 1 Sv.²⁹³ Voor die gedachte kan steun worden gevonden bij De Bosch Kemper, die de opsporing 'ex officio' niet tot de strafvordering lijkt te rekenen.²⁹⁴

In de literatuur wordt de heersende leer doorgaans onderbouwd met argumenten ontleend aan het systeem van de wet en aan de (historische) bedoeling van de wetgever. Dat is uiteraard volstrekt legitiem als de discussie zich richt op de

292 In die zin interpreteert bijvoorbeeld P. Mevis ('Preventieve observatie geobserveerd', *D&D* 1988, p. 222 e.v.) de 'schaduw-arresten' (HR 14 oktober 1986, *NJ* 1987, 564 en *NJ* 1988, 511), waarin de Hoge Raad overwoog dat het schaduwen in casu 'niet het karakter had van opsporing en derhalve niet kon worden aangemerkt als strafvordering in de zin van art. 1 Sv'. Een andere interpretatie geeft Cleiren *a.w.*, aant. 10 op art. 1-suppl. 89).

293 *A.w.*, aant. 2 en 13 op art. 1. In suppl. 115 zijn deze aantekeningen overigens voorzien van de kanttekening dat de daarin ontwikkelde visie ten dele is verlaten door de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden.

294 J. de Bosch Kemper, *Wetboek van strafvordering, naar deszelfs beginselen ontwikkeld*, Amsterdam: Johannes Müller, 1838, Deel I, p. 112 e.v.

vaststelling van het geldende recht. Die argumentatie is echter slechts van beperkte waarde in een onderzoek dat zich richt op de grondslagen van toekomstig recht. Daarin past het niet om de strafvordering of de opsporing op voorhand te beperken tot optreden na verdenking. De vraag die beantwoord moet worden is juist of het zinvol is om de verdenking als grens van de strafvordering te hanteren, en om al hetgeen daaraan vooraf gaat buiten het wetboek te houden. Belangrijke ijkpunten in dat debat zijn de rechtsbescherming (draagt een begripsmatige inperking van 'strafvordering' en 'opsporing' bij aan de beperking van willekeur?) en de inzichtelijkheid van de regelgeving (welk begrippenapparaat levert de meest heldere wetgeving op?).

Een bijkomend argument voor de hier gekozen benadering kan paradoxaal genoeg gevonden worden in de rechtshistorie. Aanvankelijk, onder de gelding van het Wetboek van Strafvordering van 1838, was de rol van de politie nog uitermate beperkt. Uit veel meer dan het opnemen van aangiften en het optreden ingeval van heterdaad bestond de 'opsporing' destijds niet. Het onderzoek naar de waarheid geschiedde in een gerechtelijk vooronderzoek onder de leiding van de rechter-commissaris. De strafvordering bestond dus oorspronkelijk zo goed als geheel uit het optreden van de - op vordering van de officier van justitie ingeschakelde - rechter.²⁹⁵ Anders gezegd: strafvordering was praktisch gesproken synoniem met de vervolging (en daaruit voortvloeiende berechting) van strafbare feiten. De systematiek van het huidige wetboek draagt nog steeds de sporen van de toenmalige praktijk. De praktijk zelf echter is drastisch gewijzigd. Argumenten ontleend aan de historische bedoeling van de wetgever en aan de huidige wetsystematiek zijn daarom van weinig waarde meer. Hetzelfde kan ook op een meer positieve wijze onder woorden worden gebracht. Men moet, om werkelijk recht te doen aan de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever, die bedoeling 'vertalen' naar de tegenwoordige praktijk van de strafrechtelijke wetshandhaving. Het is bepaald niet uitgesloten dat die vertaling leidt tot een verruiming van zowel het opsporingsbegrip als het strafvorderingsbegrip.

Cleiren beroept zich voor de begripsmatige beperking van de 'strafvordering' niet alleen op historische en systematische argumenten, maar ook op inhoudelijke, ontleend aan de rechtsbescherming. Zij stelt dat de strafvorderlijke rechtsbetrekking pas mag worden aangegaan als er sprake is van een redelijk vermoeden in de zin van art. 27 Sv. Het hanteren van deze voorwaarde voor overheidsoptreden biedt haars inziens 'een garantie tegen het onbeperkt en als pure formaliteit toepassen van wettelijke bevoegdheden op onverschillig welke burger' (*a.w.*, aant. 2-suppl. 115). De betekenis van art. 27 Sv zou volgens haar worden 'uitgehouden' als de proactieve opsporing in het Wetboek van Strafvordering zou

295 Zie G. Knigge, *De strafvordering in het geding*, preadvies NJV 1994, p. 80 e.v. Zie ook J.M. Reijntjes, 'Het begrip opsporing', *D&D* 1997, p. 217 e.v.

worden geregeld. Zij pleit daarom voor regeling buiten het wetboek (*a.w.*, aant 10-suppl. 89).

Het beroep op art. 27 Sv lijkt een vergissing. Naar geldend recht begint de opsporing reeds als sprake is van het vermoeden dat een strafbaar feit is begaan; niet nodig is dat er een verdenking is jegens een bepaald persoon (hiervoor, onder 2). Strafvorderlijke dwangmiddelen als huiszoeking en inbeslagneming kunnen dan ook toegepast worden als er nog geen verdachte is. Bovendien kunnen dwangmiddelen zich richten tegen anderen dan de verdachte (huiszoeking; telefoontap; gijzeling van getuigen). Voor een 'strafvorderlijke rechtsbetrekking' is een verdenking dus geen noodzakelijke voorwaarde: ook op de rechten van burgers die geen verdachte zijn, wordt door 'de' strafvordering inbreuk gemaakt.

Ook in ander opzicht overtuigt de redenering niet. De verdenkingsvoorwaarde biedt alleen dan een werkelijke garantie tegen onnodig overheidsoptreden als zij een beletsel vormt om enig onderzoek te verrichten in de fase die vooraf gaat aan het vermoeden dat een strafbaar feit is begaan. Dat echter is niet de consequentie van de aangebrachte beperking. Die consequentie lijkt alleen te zijn, dat de repressieve controle en de proactieve opsporing buiten het wetboek moet worden geregeld. Dat een andere *plaats van regeling* de rechtsbescherming vergroot, is niet direct inzichtelijk. Het gevolg daarvan lijkt eerder te zijn dat de waarborgen die in het 'strafvorderlijk' stelsel besloten liggen, niet gelden.

Opgemerkt zij nog dat een begripsmatige inperking van de 'strafvordering' in elk geval niet voortvloeit uit het legaliteitsbeginsel (in enge zin). Het gaat hier immers om een algemeen, niet typisch strafrechtelijk beginsel, dat voor het gehele terrein van het publiekrecht geldt. Wel verdedigd kan worden dat de rechtseenheidgedachte en de codificatiegedachte op het terrein van de strafvordering een zwaarder accent hebben dan elders. Art. 107 Gw geldt tenslotte niet voor het bestuursrecht. Dat betekent echter hooguit dat gezocht moet worden naar een zekere afgrenzing van de strafvordering ten opzichte van het bestuursrecht, maar nog niet dat die grens gevonden moet worden in het verdenkingscriterium. Overigens kan men zich afvragen of de afgrenzing een scherpe moet zijn. De codificatiegedachte lijkt eerder te pleiten voor een ruime dan voor een beperkte omlijning van de strafvordering. Het kan toch niet bezwaarlijk zijn om meer rechtseenheid te scheppen en om meer te codificeren dan waartoe art. 107 Gw noopt.

In het navolgende zal eerst onderzocht worden hoe de opsporingstaak dient te worden afgebakend en genormeerd. De vraag daarbij is of het zinvol is om, binnen het geheel van onderzoeksactiviteiten ten behoeve van de justitiële handhaving van de rechtsorde, de opsporing na verdenking als een aparte taak te onderscheiden, dan wel als een aparte fase in het onderzoek afzonderlijk te regelen. Eerst als die vraag beantwoord is, kan een antwoord worden gezocht op de vraag of en in hoeverre de opsporing (in de meest ruime zin van het woord) regeling dient te vinden in het Wetboek van Strafvordering.

10 Opsporing als overheidstaak; consequenties

10.1 Inleiding

De art. 141 en 142 Sv wijzen de personen aan die met opsporing zijn belast. Er bestaat verschil van mening over de vraag of de gegeven opsomming van 'opsporingsambtenaren' limitatief is, of, anders gezegd, de toedeling van de opsporingstaak in de art. 141 en 142 Sv exclusief is. Mogen ook anderen dan de aangewezen personen opsporen of sluiten de genoemde artikelen dat uit?

Er zijn schrijvers die zich op het standpunt hebben gesteld dat de toedeling van de opsporingstaak exclusief is. Zij beroepen zich daarbij op art. 1 Sv en het daarachter liggende legaliteitsbeginsel. Het systematisch verzamelen en registreren van gegevens met betrekking tot het gedrag van individuele burgers met het oog op strafrechtelijke sanctionering is, zo stellen zij, een overheidsactiviteit die voor de betrokken burgers belastend is. Het legaliteitsbeginsel brengt mee dat die activiteit op de wet dient te berusten. De opsporingstaak mag derhalve alleen uitgeoefend worden door personen die daarmee door de wet zijn belast.²⁹⁶

Andere schrijvers daarentegen stellen dat iedere burger mag opsporen. Zij stellen dat burgers hun ogen en oren de kost mogen geven, en de aldus verkregen informatie mogen doorgeven aan de justitiële autoriteiten. De wet gaat daar ook van uit. Van de burger die aangifte doet van inbraak, mag bijvoorbeeld worden verwacht dat hij 'aangeeft' welke spullen worden vermist. Zonder enig onderzoek gaat dat niet. Bovendien kent de wet aan de opsporende burger soms uitdrukkelijk bevoegdheden toe. Hét voorbeeld is hier art. 53 Sv, dat ingeval van heterdaad aan iedere burger de bevoegdheid geeft om de verdachte aan te houden. Opsporing is, zo stellen zij, dus geen exclusieve overheidszaak; ook burgers zijn daarbij betrokken. Naar hun mening is het dan ook minder juist om van een opsporingsbevoegdheid te spreken: aangezien een ieder mag opsporen, is daarvoor geen bevoegdheid vereist.²⁹⁷

De hier beschreven opvattingen lijken diametraal tegenover elkaar te staan. De vraag is echter of de schijn hier niet bedriegt. Mogelijk lopen de meningen slechts uiteen omdat antwoord wordt gegeven op verschillende vragen. De schrijvers die betogen dat de opsporingstaak exclusief is, zoeken een antwoord

296 Zie o.m. C.P.M. Cleiren in: Melai, *Wetboek van Strafvordering*, aant. 3 op art. 1; M.S. Groenhuisen, 'Boekbespreking van J.M. Reijntjes, Boef of burger?', *D&D* 1990, m.n. p. 560 e.v. en G. Knigge, 'Van opsporing en strafvordering', *D&D* 1990, m.n. p. 201 e.v.

297 Zie o.m. G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Gouda Quint 1999 (3de druk), p. 242 e.v. en J.M. Reijntjes, *Boef of burger?*, Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 6 e.v. Zie van de laatste schrijver ook 'Het begrip opsporing', *D&D* 1997, m.n. p. 225 e.v., alsmede zijn bewerking van A. Minkenhof, *De Nederlandse strafvordering*, Deventer: Gouda Quint 1999 (achtste druk), p. 38.

op de vraag wat de *overheid* mag doen: mag de overheid de uitoefening van het haar toekomende *ius puniendi* overlaten aan personen die daartoe niet door de wet 'bevoegd' zijn verklaard? Het gaat dus om een op het legaliteitsbeginsel gebaseerde inperking van het overheidsoptreden. De schrijvers die betogen dat een ieder mag opsporen, zoeken een antwoord op de vraag wat de *burger* mag doen als hij met strafbare feiten wordt geconfronteerd. Dat is een andere kwestie. Uit het feit dat de overheid bij haar optreden aan de wet gebonden is, vloeit op zich geen beperking voort van het handelen van particulieren. Een belemmering van de 'vrije nieuwsgaring' kan daarin bezwaarlijk worden gelezen.

Het verschil in vraagstelling zet zich door op het vlak van de terminologie, waardoor de 'spraakverwarring' in de hand wordt gewerkt. De schrijvers die stellen dat een ieder mag opsporen, bedoelen met opsporing informatievergaring met betrekking tot strafbare feiten. Uitgaande van die definitie mag iedere burger (waaronder de journalist) aan opsporing doen. De schrijvers die van mening zijn dat voor opsporing een bevoegdheid is vereist, definiëren 'opsporing' als een overheidsactiviteit. Opsporing is per definitie beperkt tot van *de overheid uitgaand* optreden of - anders gezegd - van optreden in het kader van de strafrechtspleging zoals die door de overheid wordt georganiseerd.

Hoewel het goed is de beide vragen te onderscheiden, raken zij elkaar wel. En het is op dat raakvlak waar het spannend wordt. De vraag is hoe het overheidsoptreden zich verhoudt tot het particuliere initiatief. Mogen de justitiële autoriteiten gebruik maken van de informatie die burgers door middel van vrije nieuwsgaring hebben verkregen? Mag de justitie gebruik maken van - en vragen om - de medewerking van het publiek en zo ja, hoe moet dan de grens met opsporing door middel van onbevoegden worden getrokken?

Opmerking verdient, dat het gegeven dat de wet incidenteel de inschakeling van burgers bij de opsporing regelt, en aan burgers ten behoeve van die opsporing bevoegdheden toekent, bezwaarlijk in strijd kan worden geacht met het legaliteitsbeginsel. Vanuit het legaliteitsbeginsel gedacht, is de vraag veeleer of niet iedere betrokkenheid van de burger bij de opsporing op de wet dient te berusten. Die vraag vertoont grote overeenkomst met de vraag in hoeverre de opsporingsmethoden wettelijke regeling behoeven. Mag de politie een beloning uitloven voor het verstrekken van inlichtingen die tot de oplossing van het misdrijf kunnen leiden of is daarvoor een specifieke wettelijke regeling nodig? Mag de politie zonder uitdrukkelijke wettelijke grondslag een buurtonderzoek houden of burgers die ooggetuige zijn geweest van het strafbare feit ondervragen?

In het navolgende zal beproefd worden of in de lijn van de hier ontwikkelde voorlopige gedachtegang een standpunt kan worden bepaald.

10.2 Exclusieve taaktoedeling

Het legaliteitsbeginsel brengt mee dat alle overheidsoptreden dat ingrijpt in de rechten en vrijheden van burgers, direct of indirect dient te berusten op een wet in formele zin. De vraag is derhalve of onderzoeksactiviteiten die vanwege de overheid in het kader van de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde worden verricht voor de burger 'belastend' zijn. Die vraag dient bevestigend te worden beantwoord. Doorslaggevend is daarbij niet dat bij de opsporing niet zelden gebruik wordt gemaakt van 'methoden' (dwangmiddelen) die inbreuk maken op de grondrechten van burgers. Ook opsporingsonderzoek dat geheel zonder dergelijke methoden wordt verricht, is belastend voor de burgers op wie dat onderzoek zich richt. Daarbij kan een tweetal redenen worden genoemd.

De eerste reden is dat het systematisch verzamelen en registreren door de overheid van gegevens omtrent personen een privacygevoelige aangelegenheid is, zodat het opsporingsonderzoek als zodanig - dus ongeacht de vraag of de wijze van informatiegaring een inbreuk op grondrechten maakt - al snel een inbreuk betekent op het ('informatieele' aspect van het) recht op privacy. Dat klemmt in gevallen waarin het onderzoek zich richt op delicten die in de privé-sfeer zijn begaan, in gevallen waarin, om de zaak tot klaarheid te brengen, de gangen en de persoonlijke relaties van de (mogelijk) bij het delict betrokken personen in kaart worden gebracht, en in gevallen waarin 'psychische' gegevens (motieven) en persoonlijkheidskenmerken (stoornissen) in het onderzoek worden betrokken.²⁹⁸

De tweede reden is gelegen in het doel van het onderzoek: de strafrechtelijke handhaving van de wet. Een onderzoek dat verstrekkende consequenties kan hebben voor de burger die voorwerp van dat onderzoek is, is voor hem reeds daarom belastend. Hetzelfde kan ook anders worden gezegd. De oplegging van een strafrechtelijke sanctie maakt een (soms zeer vergaande) inbreuk op de rechten en vrijheden van de betrokken burger. Het overheidsoptreden dat tot die oplegging leidt, inclusief het daarvoor nodige onderzoek, belast daarom de positie van de burger.²⁹⁹

Het op het legaliteitsbeginsel gebaseerde uitgangspunt moet derhalve zijn, dat voor zover de opsporing aangemerkt moet worden als een overheidsactiviteit, die opsporing dient te berusten op een wet in formele zin. Beslissend voor de vraag of voor 'opsporing' een wettelijke basis is vereist, is derhalve of het desbetreffende handelen aangemerkt moet worden als optreden in het kader van de vanwege de overheid georganiseerde strafrechtspleging. De keerzijde van die medaille is dat, als een (directe) betrokkenheid van de overheid bij de 'opsporing' ontbreekt, sprake is van een particuliere activiteit waarvoor het legaliteitsbeginsel geen wettelijke

298 Anders Reijntjes, 'Het begrip opsporing', *D&D* 1997, p. 226 e.v.

299 In gelijke zin Cleiren, *a.w.*, aant. 3 op art. 1 (suppl. 115).

voorziening vereist. Dat de grens hier niet altijd eenvoudig is te trekken, en mee afhankelijk is van de bijzonderheden van het geval, doet aan de juistheid van het uitgangspunt niet af.

Een vergelijking met de jurisprudentie inzake de vraag of sprake is van een 'interference by a public authority' in de zin van art 8 lid 2 EVRM, kan dit verduidelijken. Illustratief is hier EHRM 23 november 1993, Serie A 266-B (A tegen Frankrijk). De persoon die door A was ingehuurd om een zekere V te vermoorden, bood de politie aan het bewijs daarvan te leveren door een telefoongesprek daarover met A op de band op te nemen. De beoogde moordenaar voerde het gesprek op het politiebureau met een telefoon van de politie, waarbij het de politie was die het gesprek opnam. Het Europese Hof oordeelde dat 'the public authorities were involved to such an extent' dat het opnemen van het telefoongesprek een 'interference' in de zin van art. 8 lid 2 EVRM opleverde. Een vergelijkbare casus deed zich voor in HR 18 februari 1997, *NJ* 1997, 500 m.nt. 't H. Hier echter beperkte de rol van de politie zich tot het bij de aangeefster (slachtoffer van een zedendelict) thuis aansluiten van een cassette recorder op haar eigen telefoontoestel en tot het geven van instructies met betrekking tot de bediening van het apparaat. Het oordeel van de feitenrechter dat de politie niet 'zodanig sturend' was opgetreden dat sprake is geweest van een inmenging van enige publieke autoriteit, vond genade bij de Hoge Raad.³⁰⁰

Het gaat hier als gezegd om een *vergelijking* met de invulling die door de rechtspraak aan het criterium van art. 8 lid 2 EVRM is gegeven. Dat criterium is niet bepalend voor de vraag of het (nationale) legaliteitsbeginsel een wettelijke voorziening eist. Betoogd werd immers dat opsporingsonderzoek als zodanig - dus afgezien van de vraag of de onderzoeksmethode inbreuk op een grondrecht maakt - voor de burger belastend is. Waar het hier om gaat is dat de vraag of de 'opsporing' in een concreet geval als overheidsoptreden moet worden aangemerkt, op vergelijkbare wijze dient te worden beantwoord. In de aan de Hoge Raad voorgelegde casus kan dan inderdaad geoordeeld worden dat het opnemen van het gesprek zelf een particuliere activiteit was die niet op een wettelijke bevoegdheid behoeft te steunen. Dat wil echter niet zeggen dat in het geheel geen sprake was van overheidsoptreden. De politie trad, in de woorden van annotator 't Hart, 'faciliterend' op. Zij deed dat 'in functie'. Het ging om opsporingsambtenaren die de aangeefster van een strafbaar feit bijstonden met het doel de bewijslevering rond te krijgen. Het faciliterend optreden vond dus plaats in het kader van een tegen een bepaalde verdachte gericht - en voor hem belastend - opsporingsonderzoek. Dat optreden dient derhalve - in de hier ontvouwde gedachtegang - een basis in de wet te hebben.

Het uitgangspunt dat opsporing van overheidswege een wettelijke basis dient te hebben, zegt op zich zelf nog niets over de vraag hoe concreet of hoe specifiek die wettelijke basis dient te zijn. Die vraag zal hierna, onder 12, worden besproken. Daarop zal hier niet te veel worden vooruit gelopen, maar niet verheeld mag worden dat beide kwesties nauw samenhangen. Zoals de hiervoor (onder 6.2) weergegeven

300 Zie ook HR 9 november 1999, *NJ* 2000, 422 m.nt. Sch.

discussie in de bestuursrechtelijke literatuur toont, kan gesproken worden van communicerende vaten. Schrijvers die de kring van overheidshandelen waarvoor het legaliteitsbeginsel geldt, ruim trekken, stellen meestal geen hoge eisen aan de wettelijke voorziening. Omgekeerd geldt dat schrijvers die een specifieke grondslag eisen, de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel plegen in te perken. Het hier ingenomen, betrekkelijk ruime standpunt (opsporing vanwege de overheid is als zodanig reeds belastend voor de burger) lijkt dan ook alleen vol te houden als niet voor elke onderzoekshandeling afzonderlijk een specifieke grondslag wordt geëist.

Zo ontbeert het faciliterend optreden in de zojuist besproken, aan HR 18 februari 1997 ontleende casus een specifieke wettelijke basis. Die basis moet naar geldend recht gevonden worden in vage, taakstellende bepalingen als art. 2 Politiewet en de art. 141 en 142 Sv.

Het hier gekozen uitgangspunt geldt het sterkst voor de klassieke opsporing, dat wil zeggen het optreden na verdenking. Er is echter geen goede reden om het daartoe te beperken. Het gekozen uitgangspunt vloeit immers voort uit een *algemeen* beginsel, dat niet tot het strafrecht is beperkt. Ook onderzoeksactiviteiten in de 'voorfase' - zoals de 'repressieve controle' en de 'proactieve opsporing' - zijn voor de burger (potentieel) belastend. Er behoeft hier dus niet vooruitgelopen te worden op de vraag, hoe en waar de grens tussen opsporing en toezicht, en tussen strafvordering en bestuursrecht moet worden getrokken. Het gekozen uitgangspunt geldt voor alle onderzoeksactiviteiten die gericht zijn op de strafrechtelijke handhaving van de wet.

Daarbij zij opgemerkt dat de wetgever het zeer recent wenselijk heeft geoordeeld het 'verkennd onderzoek' van een specifieke wettelijke basis te voorzien (zie art. 126gg Sv). De bestuurswetgever is er voorts toe overgegaan het 'toezicht' centraal, in afd. 5.2 van de Algemene wet bestuursrecht, te regelen. Hoewel in de bestuursrechtelijke literatuur verschil van mening bestaat over de precieze uitwerking van het legaliteitsbeginsel (zie hiervoor, onder 6.2), lijkt onomstreden dat het 'toezicht' een overheidsactiviteit is die een wettelijke basis behoeft.

Het uitgangspunt dat opsporing van overheidswege een basis in de wet dient te hebben, impliceert dat bij wet geregeld moet worden welke *personen* bij die opsporing mogen worden ingezet. Het gaat bij het legaliteitsbeginsel bepaald niet alleen om de vraag wat 'de' overheid allemaal mag, maar ook en vooral om de vraag aan *welk* overheids'orgaan' *welke* bevoegdheid toekomt. Zonder een min of meer nauwkeurige attributie van bevoegdheden aan de verschillende overheidsorganen zou het legaliteitsbeginsel worden uitgehold. Als 'de' overheid de van haar uitgaande opsporing naar eigen goeddunken zou mogen overlaten aan willekeurig

welke personen en instanties dan ook, kan bezwaarlijk gezegd worden dat de opsporing door die personen en instanties een wettelijke basis heeft.

De vraag die vervolgens rijst, is hoe het gekozen uitgangspunt - de inschakeling van personen in de opsporing van overheidswege moet op de wet berusten - dient te worden uitgewerkt in een wettelijke regeling. Aandacht verdient dat het uitgangspunt de wetgever een zekere speelruimte laat. Kijkt men naar de bestaande wetgeving, dan is de meest gangbare juridische constructie waarvan de wetgever zich bedient, de formulering van taken waarmee bepaalde, bij of krachtens de wet in formele zin aangewezen personen worden 'belast'. Het gaat hier om een min of meer permanente, structurele inschakeling van personen in de strafrechtspleging. Naar wij aanstonds zullen zien, voorziet de wet daarnaast soms in de inzet van personen op meer incidentele basis. Voordat daaraan aandacht wordt besteed, zullen eerst enkele opmerkingen worden gemaakt over de toedeling van taken als juridische constructie.

De omschrijving van taken kan meer of minder ruim zijn. Aan de taaktoedeling kunnen specifieke bevoegdheden én verplichtingen worden gekoppeld. Er kunnen - en moeten - voorzieningen getroffen worden die de effectiviteit en de integriteit van de taakuitoefening waarborgen.

Hét voorbeeld is hier uiteraard art. 141 Sv, dat personen opsomt die 'met de opsporing van strafbare feiten zijn belast'. Ook art. 142 Sv belast personen met de opsporing, maar hier gaat het om een opsporingstaak die zich als regel beperkt tot een bepaalde categorie strafbare feiten. Zeer ruim is de taakomschrijving gegeven in art. 2 Politiewet, die blijkens art. 13 Politiewet de gehele 'strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde' omvat.

Aan 'opsporingsambtenaren' (dat zijn blijkens art. 127 Sv personen die met de opsporing zijn belast) zijn her en der door de wetgever bijzondere bevoegdheden (dwangmiddelen) toegekend. Op hen rust onder meer de verplichting om 'van hetgeen door hen tot opsporing is verricht of bevonden' proces-verbaal op te maken (art. 152 Sv). Aan die processen-verbaal komt bijzondere bewijskracht toe (art. 344 lid 1 sub 2 en lid 2 Sv). Opsporingsambtenaren moeten hun taak uitoefenen onder gezag van de officier van justitie (art. 148 lid 2 Sv). Een andere waarborg is te vinden in art. 142 lid 4 Sv, dat bepaalt dat bij AMvB regels worden gegeven omtrent onder meer het toezicht waaraan de buitengewoon opsporingsambtenaar is onderworpen en 'de eisen van bekwaamheid en betrouwbaarheid waaraan zij moeten voldoen'.

Ook aan burgers kunnen opsporingstaken worden toegekend.

In art. 127 Sv, dat als gezegd definieert wat onder 'opsporingsambtenaren' moet worden verstaan, is de terminologie ('alle personen') afgestemd op de mogelijkheid dat ook

niet-ambtenaren met opsporing worden belast.³⁰¹ Een voorbeeld van burgers met een (algemene) opsporingstaak vormt de vrijwillige politie, genoemd in art. 5 Politiewet.³⁰²

Een onderscheid waarvan de wetgever zich bij de omschrijving van taken bedient, is dat tussen de eigenlijke (executieve) opsporingstaak en ondersteunende taken. Het onderscheid heeft consequenties voor het regime waaraan de taakuitoefening is onderworpen. Voor personen die een louter ondersteunende taak hebben, gelden de bepalingen die voor opsporingsambtenaren zijn geschreven.

Men zie art. 3 lid 1 sub b van de Politiewet, dat spreekt van 'ambtenaren, aangesteld voor de uitvoering van technische, administratieve en andere taken ten dienste van de politie'. Deze ambtenaren worden door art. 141 Sv *niet* met de opsporing van strafbare feiten belast.

De precieze grens tussen de eigenlijke opsporingstaak en een ondersteunende taak lijkt niet eenvoudig te trekken. Aannemelijk is dat er een zekere overlap bestaat tussen beide taken. Zo kan het uittypen van een door een opsporingsambtenaar in klad geschreven proces-verbaal aangemerkt worden als een louter administratieve taak, maar dat belet de opsporingsambtenaar niet om zelf achter de p.c. te kruipen. Het bestaan van enige overlap in taken is bezien vanuit het legaliteitsbeginsel niet bezwaarlijk. Zolang de feitelijke werkzaamheden die een bepaald persoon verricht, gedekt worden door zijn taakomschrijving is er niets aan de hand. Een probleem doet zich pas voor als iemand werkzaamheden verricht die niet tot de taak kunnen worden gerekend waarvoor hij is aangesteld.

Overlap in taken doet zich ook voor tussen de taak van de opsporingsambtenaar en die van de rechter-commissaris en de zittingsrechter. Zo wordt het ondervragen van de verdachte tot de taak van de politie gerekend, maar evenzeer tot die van de rechter-commissaris en de zittingsrechter. Het legaliteitsbeginsel verzet zich daar niet tegen. Tot een scherpe, *inhoudelijke* afbakening van de taken van de genoemde functionarissen dwingt dat beginsel niet.

De toedeling van taken aan bij of krachtens de wet aangewezen personen is als gezegd niet de enige constructie waarvan de wetgever zich bedient om de inschakeling van personen bij de opsporing van een wettelijke basis te voorzien. Daarbij dient gedacht te worden aan een incidentele - aan een bepaald onderzoek of een bepaalde onderzoekshandeling gekoppelde - betrokkenheid van niet-opsporingsambtenaren bij de opsporingsactiviteiten van de overheid.

301 Zie A.J. Blok & L.Ch. Besier, *Het Nederlandsche strafproces*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1925, Deel I, p. 393.

302 Zie daarover D.J. Elzinga, P.H.S. van Rest & J. de Valk, *Het Nederlandse politierecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 49 e.v.

Zo is bij de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden een nieuwe Titel VA ingevoegd in het Eerste Boek van het Wetboek van Strafvordering, die het veelzeggende opschrift 'Bijstand aan opsporing door burgers' heeft meegekregen. In die Titel wordt onder meer de inzet van burgerinformanten en -infiltranten wettelijk geregeld. Onder 'burgers' wordt daarbij blijkens de tekst van de desbetreffende bepalingen verstaan: niet-opsporingsambtenaren. De inschakeling van deze burgers dient volgens die bepalingen te berusten op een met hen door een opsporingsambtenaar, op bevel van de officier van justitie gesloten overeenkomst.

Een ander voorbeeld is te vinden in art. 150 lid 1 Sv, op grond waarvan de (hulp)officier van justitie personen kan aanwijzen die hem bij de schouw vergezellen. Gewezen kan ook worden op de vergelijkbare bepaling van art. 8 lid 2 Algemene wet op het binnentreden.

Uit de gegeven voorbeelden blijkt dat de incidentele inschakeling van burgers bij opsporingsactiviteiten die van de overheid uitgaan, een meer en een minder vergaand karakter kan hebben. Met enige goede wil kan men hier het onderscheid terugvinden dat de wetgever bij de toedeling van *taken* bleek te hanteren, namelijk dat tussen eigenlijke opsporing en ondersteuning. Bij burgerinfiltratie en burgerpseudokoop verricht de burger opsporingshandelingen die tot de eigenlijke opsporingstaak gerekend kunnen worden. Burgers daarentegen die binnentredende opsporingsambtenaren vergezellen, beperken zich tot het geven van ondersteuning. Het onderscheid weerspiegelt zich mogelijk in het verschil in juridische constructie (overeenkomst of aanwijzing als basis).

Ook hier geldt dat het onderscheid tussen opsporing en ondersteuning weinig scherp is, en dat de wetgever bij het kiezen van de meest geëigende constructie een zekere vrijheid heeft. Datzelfde geldt ten aanzien van het onderscheid tussen structurele en incidentele betrokkenheid. Niet ondenkbaar is bijvoorbeeld dat langdurige vormen van burgerinfiltratie gegoten zouden zijn in de toekenning van een (beperkte) opsporingstaak. Daarbij dient echter wel bedacht te worden dat de keuze tussen deze en gene oplossing niet alleen bepaald wordt door het karakter van de te verrichten opsporingsactiviteiten, maar ook door de consequenties die aan de status van opsporingsambtenaar zijn verbonden. Zo zal de wetgever niet hebben gewild dat de burgerinfiltrant over de bevoegdheden kan beschikken die aan opsporingsambtenaren zijn voorbehouden.

Wat met betrekking tot het onderscheid in taken gold, geldt ook hier. Dat de grenzen vloeiend zijn, is vanuit het legaliteitsbeginsel gezien nauwelijks problematisch. Voldoende is dat er in het concrete geval een toereikende, wettelijke constructie is die de betrokkenheid van de burger bij de opsporing dekt. Dat de wetgever ook voor een andere constructie had kunnen kiezen, doet niet ter zake. Problematisch wordt het pas als er in het geheel geen wettelijke regeling is die

als basis voor de inzet van de niet-opsporingsambtenaar kan dienen. Dan klemmt de vraag of die inzet onrechtmatig is.

Bij de beantwoording van die vraag moet voorop gesteld worden dat het hier gaat om de uitwerking van een *uitgangspunt*, en dat ervoor gewaakt moet worden dat die uitwerking ontaardt in star dogmatisme. De innerlijke waarde van het legaliteits*beginsel* neemt af naarmate de grenzen van de reikwijdte van het beginsel in zicht komen. Bovendien moet het belang van de rechtszekerheid afgewogen worden tegen andere belangen, waaronder het belang dat de strafrechtspleging moet kunnen inspelen op uiteenlopende en veranderende maatschappelijke omstandigheden en daarom een zekere flexibiliteit moet hebben. Vergelijk hiervoor, onder 6.2.1.

Welnu, het belang van rechtszekerheid weegt zwaarder naarmate de betrokkenheid van personen bij de opsporing van overheidswege dichter aanleunt tegen de 'eigenlijke', executieve opsporingstaak. Anders gezegd: aan activiteiten die een louter administratief of ondersteunend karakter hebben, behoeft minder zwaar getild te worden dan aan activiteiten die tot de kern van de opsporingstaak gerekend moeten worden. Voorts geldt dat het legaliteitsbeginsel zwaarder weegt naarmate de inzet van personen een meer structureel karakter heeft. Anders gezegd: de incidentele betrokkenheid van burgers bij de door de overheid georganiseerde opsporing kan met minder waarborgen zijn omkleed. Daarbij komt dat het flexibiliteitsargument in dat geval het meeste aanspreekt. Structurele betrokkenheid is nu eenmaal beter te plannen en dus gemakkelijker van een wettelijke basis te voorzien.

Een en ander leidt bij de uitwerking van het uitgangspunt tot de *keuze*, dat in elk geval de structurele inzet van personen in het eigenlijke opsporingsonderzoek een basis in de wet dient te hebben. Die personen dienen bij of krachtens een wet in formele zin als opsporingsambtenaar te zijn aangewezen.³⁰³ Dat brengt mee dat de betrokkenheid van niet-opsporingsambtenaren bij de van de overheid uitgaande opsporing onrechtmatig moet worden geoordeeld als zij (1) het karakter aanneemt van *taakuitoefening*, en (2) niet van ondersteunende aard is. Dat deze criteria niet 'hard' zijn en ruimte laten voor nadere jurisprudentiële invulling, is daarbij geen bezwaar.

303 Toezichthouders in de zin van afd. 5.2 Awb kunnen ook bij of krachtens een (autonome) verordening van de lagere (decentrale) wetgever worden aangewezen. Bemoeienis van de lagere wetgever met de opsporing echter is altijd tegengehouden op grond van art. 1 Sv. Zie het bekende Muilkorf-arrest (HR 12 april 1897, *W* 6954). Wij zouden aan die keuze willen vasthouden. De consequentie daarvan is wel, dat het legaliteitsbeginsel een enigszins verschillende invulling krijgt al naar gelang sprake is van toezicht of opsporing. Daarin is een argument gelegen om onderscheid te blijven maken tussen toezichthoudende taken en opsporingstaken. Zie hierna, onder 11.2.

Als voorbeelden van onrechtmatige uitoefening van de opsporingstaak kunnen worden genoemd: het uitbreiden van de taak van ambtenaren als bedoeld in art. 3 sub b Politiewet tot het horen van getuigen en (vrijwillig verschenen) verdachten; het inzetten van vrijwilligers om kentekens van verkeersvertreders te noteren en door te geven aan de politie; het (door de regio-politie) sluiten van een contract met een particulier beveiligingsbedrijf tot het tegen een bepaald uurtarief observeren van (door de politie op te geven) personen en lokaties; het inschakelen van een particulier beveiligingsbedrijf door het College van B&W om bij evenementen - met gebruikmaking van de aanhoudingsbevoegdheid van art. 53 Sv - op te treden tegen zakkenrollers.

Een grensgeval deed zich voor in HR 31 oktober 1989, NJ 1990, 200. In deze belastingfraudezaak beklaagde de verdediging zich erover dat 'het bewijs in de periode 13 dec. 1979 tot 21 jan. 1981 op onoerbare, onrechtmatige wijze in de controlesfeer is verzameld omdat relatant Goverde tot 1 sept. 1982 geen opsporingsbevoegdheid had.' Goverde (controleur van 's Rijks belastingen) had in de genoemde periode 'gesprekken' gevoerd, en wel 'op het Ministerie van Defensie te 's-Gravenhage, in Leidschendam (Villa Rozenrust) en Noordwijk (Vink accountants)'. In hoger beroep werd het verweer verworpen omdat, zo overwoog het hof, 'relatant Lokkerbol die (opsporings)bevoegdheid wel bezat en hij bij de gesprekken (...) aanwezig is geweest'. In cassatie werd aangevoerd dat de aanwezigheid van een opsporingsambtenaar de onrechtmatigheid van de opsporing door Goverde niet kan opheffen. Aandacht verdient dat de reactie van de Hoge Raad *niet* was dat de opsporingsactiviteiten van Goverde - het voeren van enkele 'gesprekken' - niet onrechtmatig konden zijn met het argument dat iedereen mag opsporen zolang daarbij geen dwangmiddelen worden toegepast. De Hoge Raad begreep de feitelijke vaststellingen van het hof aldus, dat het opsporingsonderzoek was verricht door de daartoe bevoegde Lokkerbol, terwijl Goverde onderzoek verrichtte in zijn hoedanigheid van controleur. Volgens de lezing van de Hoge Raad had Goverde dus niet opgespoord. Dat zijn eigen (controle)onderzoek gelijk opliep met het opsporingsonderzoek van Lokkerbol was daarbij kennelijk niet bezwaarlijk.

Als het gaat om de uitoefening van taken met een louter administratief of ondersteunend karakter, vertaalt het legaliteitsbeginsel zich in een inspanningsverplichting van de wetgever om, als daar goede reden voor is, te voorzien in een wettelijke regeling en te investeren in de kwaliteit van de taakuitoefening (vergelijk hiervoor, onder 6.2.4). Zo'n goede reden kan bijvoorbeeld gevonden worden in het feit dat de administratieve taak bestaat uit het verwerken van privacygevoelige gegevens, of dat de ondersteuning met zich meebrengt dat omgegaan moet worden met voorwerpen (bijvoorbeeld af luisterapparatuur) die gemakkelijk in verkeerde handen kunnen komen. Het ontbreken van een adequate regeling waar die nodig is, zal echter de 'eigenlijke' opsporing niet snel - jegens de burgers tegen wie zich de opsporing richt - onrechtmatig maken. Daarbij kan opgemerkt worden dat ondersteunende activiteiten doorgaans zullen plaatsvinden onder gezag en

verantwoordelijkheid van personen die (wel) met opsporing zijn belast. Daarin is een zekere waarborg gelegen tegen onjuiste praktijken.

Vergelijk HR 9 november 1999, *NJ* 2000, 422 m.nt. Sch. In deze Antilliaanse zaak was door de verdediging aangevoerd dat de Dienst Recherche-samenwerking Nederlandse Antillen en Aruba (DRSNA) bij gebreke van een wettelijke basis geen opsporingsactiviteiten had mogen ontplooiën. Volgens het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba (verder: het Hof) behoeft de instelling van dit samenwerkingsverband geen wettelijke basis en was voldoende dat de individuele ambtenaren die binnen dat samenwerkingsverband opereerden, opsporingsbevoegdheid bezaten. Daarbij stelde het Hof vast dat de desbetreffende Nederlandse opsporingsambtenaren bij beschikking van de Minister van Justitie waren benoemd tot buitengewoon agent van politie in de zin van art. 8 sub 4 (oud) Sv NA/A.

Opmerkelijk is dat het Hof daarenboven overwoog dat de 'bedoelde ambtenaren hun werk (hebben) verricht in ondergeschiktheid aan de leiding van het Korps Politie Nederlandse Antillen (KPNA) en het lokale Openbaar Ministerie. Dat daarbij op technisch vlak de bijstand is ingeroepen van personeel van de Dienst Technische Operationele Ondersteuning (DTOO) doet hieraan niet af.' Deze overweging wekt de suggestie dat het personeel van de DTOO niet (of niet geheel) bestond uit opsporingsambtenaren die tot buitengewoon agent van politie waren benoemd. Het cassatiemiddel sprong daarop in. Ondergeschiktheid aan korpsleiding en OM kon - zo werd aangevoerd - het vereiste van een wettelijke basis niet vervangen, omdat anders 'iedere schoonmaker of koffiejuffrouw naar hartelust kan opereren op opsporingsniveau'.

Volgens de Hoge Raad miste het middel feitelijke grondslag. Hij nam kennelijk aan dat de vaststelling van het Hof dat de Nederlandse opsporingsambtenaren tot buitengewoon agent waren benoemd, ook betrekking had op het personeel van de DTOO. Daardoor bleef een interessante kwestie onbesproken: behoeft bijstand op technisch vlak een wettelijke basis of kan met andere waarborgen - zoals toezicht van de korpsleiding - worden volstaan?

Ook voor de incidentele inschakeling van burgers bij de opsporing van overheidswege geldt, dat het legaliteitsbeginsel niet tot een harde regel dient te worden uitgewerkt. Op de wetgever rust weer de inspanningsverplichting om, als daarvoor goede redenen aanwezig zijn, in een wettelijke regeling te voorzien. De aard van de opsporingsactiviteit zal daarbij een belangrijk criterium zijn. Hoe 'gevoeliger' de opsporingsmethode is waarbij de burger wordt ingezet, hoe meer reden er is om die inzet van een wettelijke basis te voorzien. Men zie de al ter sprake gekomen regeling van onder meer de burgerinfiltratie. Gaat het daarentegen om betrekkelijk 'onschuldige' activiteiten, dan behoeft het ontbreken van een specifieke wettelijke regeling de opsporing niet onrechtmatig te maken. Daarbij geldt dan wel dat voor de inzet van niet-opsporingsambtenaren een goede reden, ontleend aan het opsporingsbelang, aanwezig moet zijn en tevens dat die inzet met voldoende

waarborgen moet zijn omgeven. Daarbij valt in het bijzonder te denken aan leiding en toezicht van wél bevoegde opsporingsambtenaren.

Vergelijk de 'oude' - voor de inwerkingtreding van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden gewezen - jurisprudentie van de Hoge Raad inzake burgerinformanten en -infiltranten. Belangrijke aandachtspunten in die jurisprudentie waren enerzijds het meer of minder vergaande karakter van de burgerinzet (zie bijvoorbeeld HR 17 januari 1989, *NJ* 1989, 574), anderzijds de mate van controle daarop door politie en OM (zie bijvoorbeeld HR 2 november 1999, *NJ* 2000, 162).

Wellicht kan men zeggen dat opsporingsambtenaren aan de art. 141 en 142 Sv binnen zekere grenzen de bevoegdheid ontlene burgers incidenteel bij opsporingsactiviteiten te betrekken. Het inschakelen van burgers kan met andere woorden gezien worden als een opsporingsmethode die door de taakstellende bepaling wordt gedekt. Vergelijk hierna, onder 12.2, waar meer in het algemeen zal worden nagegaan of en in hoeverre bevoegdheden kunnen worden ontleend aan algemene taakstellingen.

De gekozen benadering impliceert dat de rechter in voorkomende gevallen zal moeten uitmaken of de incidentele inzet van burgers in het concrete geval acceptabel is. De richtinggevende vraag daarbij is of de rechtszekerheid voldoende is gewaarborgd. Een eerste vereiste is daarom dat verzekerd moet zijn dat het opsporingsonderzoek plaats vindt onder de leiding en de verantwoordelijkheid van personen die met opsporing zijn belast. Naarmate de eigen beslissingsvrijheid van de bij het onderzoek betrokken 'burgers' beperkter is, zal gemakkelijker geoordeeld kunnen worden dat het opsporingsonderzoek 'door' opsporingsambtenaren is verricht.

Misschien kan HR 31 oktober 1989, *NJ* 1990, 200, dat al ter sprake kwam, in deze sleutel worden gezet. De samenwerking tussen Lokkerbol en Goverde was wellicht daarom acceptabel, omdat Lokkerbol de verantwoordelijkheid voor het opsporingsonderzoek droeg en de incidentele betrokkenheid bij dat onderzoek van een niet-opsporingsambtenaar de verdachte, zoals het hof oordeelde, niet in zijn belangen had geschaad.

Aandacht verdient dat de vragen die de rechter moet beantwoorden, niet in het luchtledige worden gesteld. Die vragen moeten worden gezien tegen de achtergrond van hetgeen in de wet is geregeld. De inzet van niet-opsporingsambtenaren is, zo zagen wij, soms acceptabel bij de gratie van het feit dat zij opereren onder leiding van wél bij of krachtens de wet aangewezen opsporingsambtenaren. Anders gezegd: de rechterlijke rechtsvinding knoopt aan bij een wettelijk systeem waarvan de kern wordt gevormd door een limitatieve opsomming van de personen die met opsporing zijn belast. Zolang die kern intact blijft, behoeft de inspanningsverplichting van de wetgever om de inschakeling van 'burgers' waar nodig bij de wet te regelen, niet tot een sluitend systeem te leiden.

De conclusie is derhalve dat de wetgever in elk geval dient te voorzien in een limitatieve opsomming van de personen die - in het kader van de door de /overheid georganiseerde strafrechtspleging - met de opsporing zijn belast. Die opsomming is exclusief in die zin, dat personen die niet als opsporingsambtenaar zijn aangewezen, de (executieve) opsporingstaak niet mogen uitoefenen. Van taakuitoefening is daarbij sprake als de personele inzet een structureel, niet zaaksgebonden karakter draagt. De aanwijzing als opsporingsambtenaar schept zogenoemde een bevoegdheid. Anderen dan de aangewezen personen mogen de opsporingstaak niet uitoefenen.

In de art. 141 en 142 Sv wordt derhalve niet ten onrechte de term 'bevoegdheid' gebezigd.³⁰⁴ De opvatting dat de beide artikelen slechts een technische schakel zouden vormen met het oog op de bijzondere bevoegdheden die de wet aan opsporingsambtenaren toekent, en dat voor het overige het enige verschil tussen opsporingsambtenaren en niet-opsporingsambtenaren is, dat de eerstgenoemden *moeten* opsporen (zoals Reijntjes betoogt³⁰⁵), wordt hier dan ook niet onderschreven. Daarbij zij nog, voortbordurend op de hiervoor gegeven argumentatie, het volgende opgemerkt. De art. 141 en 142 Sv zijn niet alleen schakelbepalingen 'naar' de bijzondere bevoegdheden, maar ook naar de waarborgen waarmee het opsporingsonderzoek dient te zijn omgeven. De 'crisis in de opsporing' die de commissie-Van Traa constateerde bestond mede in een gebrek aan transparantie en controle. De wet stelt het onderzoek dat door *opsporingsambtenaren* wordt verricht, onder gezag van de officier van justitie en verplicht *opsporingsambtenaren* tot verslaglegging van al hetgeen tot opsporing is verricht. Dat gezag en die verbaliseringsplicht beperken zich bepaald niet tot de toepassing van dwangmiddelen. Het kan toch niet de bedoeling zijn van de wetgever dat deze waarborgen worden ontdoken door het opsporingsonderzoek uit te besteden aan niet-opsporingsambtenaren.

Vergelijkbare opmerkingen kunnen worden gemaakt met betrekking tot de (opleidings)eisen die aan opsporingsambtenaren worden gesteld. Art. 142 Sv bindt de inzet van buitengewoon opsporingsambtenaren aan strikte voorwaarden als beëdiging en aan eisen van betrouwbaarheid en bekwaamheid. Moet men werkelijk aannemen dat de wetgever die restricties uitsluitend heeft gesteld met het oog op de toegekende bijzondere bevoegdheden, en dus geen integriteit en deskundigheid verlangt als het gaat om bijvoorbeeld het horen van getuigen of het veilig stellen van technische sporen? 'Opsporing door ongekwalificeerden is uitzondering, en dat behoort zo te blijven', stelt Reijntjes.³⁰⁶ Zou het niet zo kunnen zijn dat de wetgever ongekwalificeerden heeft willen weren door de opsporing van overheidswege aan een bevoegdheid te binden?

Nog een laatste opmerking tot slot. Het hier ingenomen standpunt heeft implicaties voor de consequenties die aan opsporing door onbevoegden kunnen worden

304 Anders Corstens, *a.w.*, p. 242, en Reijntjes, *a.w.* (*Boef of burger?*), p. 6 e.v.

305 *Idem*, p. 6.

306 *A.w.* (*Minkenhof*), p. 38.

verbonden. De schrijvers die zich op het standpunt stellen dat de opsomming gegeven in de art. 141 en 142 Sv niet exclusief is, verdedigen - op zich consequent - dat het enige gevolg van het ontbreken van opsporingsbevoegdheid is, dat geen dwangmiddelen mogen worden toegepast en dat de (eventueel) opgemaakte processen-verbaal slechts als 'overige geschriften' aan de bewijsvoering mogen meewerken. De opsporing zelf blijft rechtmatig. Dat is anders in de hier verdedigde benadering. Opsporing door onbevoegden raakt dan de rechtmatigheid van het onderzoek als zodanig, en kan derhalve tot bewijsuitsluiting leiden ook als geen gebruik is gemaakt van aan opsporingsambtenaren voorbehouden bevoegdheden. Daarbij zij opgemerkt dat bewijsuitsluiting geen sanctie is die automatisch dient te volgen als onrechtmatig is opgespoord. Wat voor vormverzuimen in het algemeen geldt, geldt ook hier. Aan de rechter kan worden overgelaten welke sanctie in het concrete geval passend is.

De jurisprudentie op dit punt is schaars en niet concludent. Dat komt mede doordat veelal in het midden blijft waaruit de (beweerdelijk onbevoegde) opsporing bestond (werden wel of niet dwangmiddelen toegepast?). Bovendien wordt aan de vraag naar de sanctionering in de meeste gevallen niet toegekomen omdat geoordeeld wordt dat de opsporingsbevoegdheid niet ontbrak. Zie bijvoorbeeld HR 2 februari 1982, *NJ* 1982, 453 en HR 16 mei 2000, *NJ* 2000, 501. Opvallend is wel dat verweren met betrekking tot het ontbreken van opsporingsbevoegdheid zeer serieus plegen te worden genomen. Zie in het bijzonder HR 13 april 1999, *NJ* 1999, 499, waarin het kennelijk voor het eerst in cassatie gevoerde verweer leidt tot een uitvoerig, deels feitelijk onderzoek van de A-G en - in zijn voetspoor - de Hoge Raad.

In één categorie gevallen is wel een lijn te bespeuren. Dat zijn de gevallen waarin de onbevoegdheid betrekking heeft op onderzoeksactiviteiten in het buitenland en het gevolg is van het ontbreken van een volkenrechtelijke basis. Dan pleegt bewijsuitsluiting te volgen, ook als de opsporing op buitenlands grondgebied niet bestond uit de toepassing van dwangmiddelen. Die strengheid heeft vermoedelijk te maken met de extra dimensie die de onbevoegde opsporing in dit geval heeft, namelijk de inbreuk die wordt gemaakt op de soevereiniteit van een andere staat. Zie met name HR 26 april 1988, *NJ* 1989, 186, dat aanstonds, onder 9.3, nog ter sprake zal komen. Zie ook Hof 's-Gravenhage 3 maart 1998, *NJ* 1998, 923. Vergelijk voorts HR 16 april 1985, *NJ* 1986, 769, HR 7 juni 1988, *NJ* 1988, 987 en HR 12 juni 1990, *NJ* 1991, 236.

10.3 Publiekrechtelijke normering

Een vraag die met het voorgaande nauw samenhangt, is of de politie mag wat elke burger is toegestaan. Wie ervan uitgaat dat iedereen mag opsporen en daaraan de conclusie verbindt dat de politie voor opsporing geen bevoegdheid nodig heeft, lijkt moeilijk onderscheid te kunnen maken tussen de normering van de opsporing door de politie en de 'opsporing' door private personen en organisaties. Zo schrijft

bijvoorbeeld Corstens: 'Iedereen mag opsporen. Bij het begrip bevoegdheid denkt men aan iets dat de een wel en de ander niet mag doen. Iets dat iedereen altijd mag doen, moet niet in termen van een bevoegdheid worden beschreven'.³⁰⁷ Bevoegdheden zijn in deze benadering alleen nodig voor iets dat *niet* aan een ieder is toegestaan. Volgens Corstens zijn bevoegdheden dan ook alleen vereist voor de toepassing van dwangmiddelen, voor opsporingshandelingen die inbreuk maken op de rechten en vrijheden van burgers. De keerzijde van die medaille lijkt te zijn dat wat de burger (iedereen) mag, ook door de politie mag worden gedaan. Dat zou betekenen dat de opsporing die niet bestaat uit de toepassing van dwangmiddelen, beheerst wordt door het gemene recht. De rechtmatigheid van de opsporingsmethode hangt af van de vraag wat de burger is toegestaan.

Reijntjes, die als gezegd ook meent dat voor opsporing geen bevoegdheid is vereist, lijkt voor deze consequentie terug te schrikken. Dat de politie mag wat de burger ook mag, acht hij bepaald niet vanzelfsprekend. Hij kiest als 'invalshoek' dat de vraag wat ter opsporing mag worden gedaan, bepaald wordt door de 'eigen positie'. De positie van een opsporingsambtenaar verschilt daarbij van die van de burger. Enerzijds sluit hij niet uit dat er 'aktiviteiten zijn die, ondernomen door een gewone burger *geen*, en ondernomen door een opsporingsambtenaar, *wel* een inbreuk opleveren op de grondrechten'. Anderzijds stelt hij dat inbreuken op grondrechten, 'indien zij worden gemaakt ter uitvoering van een wettelijke taak, eerder te rechtvaardigen (zijn) dan wanneer zij geschieden door "zomaar iemand"'. Hij illustreert dit met de casus van de 'Edamse steunfraude' (HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928 m.nt. EAA), waarbij zijn conclusie luidt: 'een door de wet in formele zin met de opsporing van steunfraude belaste ambtenaar had waarschijnlijk vrijgestaan, wat (de burger) K. in dit geval mogelijk niet mocht'.³⁰⁸

De vraag is of deze redenering te rijmen valt met zijn kort daarvoor getrokken conclusie dat het bij de art. 141 en 142 Sv niet om de toekenning van een bevoegdheid gaat. Is het beroep op de positie van de opsporingsambtenaar niet in feite een beroep op de hem toegekende taak? En impliceert dat niet dat de opsporingsambtenaar aan zijn taakstelling bevoegdheden kan ontlene die een ander niet heeft?

Hiervoor, onder 10.2, is verdedigd dat een van overheidswege uitgevoerd opsporingsonderzoek als zodanig belastend is voor de burger en daarom dient plaats te vinden op basis van een door de wet toegekende bevoegdheid. In die benadering spreekt het - zoals overigens reeds door Reijntjes werd onderkend³⁰⁹ - vanzelf dat de uitoefening van die bevoegdheid tot opsporen door het publiekrecht wordt genormeerd. De bevoegdheidsuitoefening kan uiteraard worden onderworpen aan

307 Corstens, *a.w.*, p. 242.

308 J.M. Reijntjes, *Boef of burger?*, p. 12 e.v.

309 Idem, p. 12.

beperkende voorwaarden, en die kunnen meebrengen dat de opsporingsambtenaar minder mag dan de gewone burger.

Het is wellicht goed om hier het achterliggende uitgangspunt in herinnering te roepen. Dat uitgangspunt is dat de relatie overheid-burger een andere is dan de relatie tussen burgers onderling. Het is de bijzondere machtspositie van de overheid, en het daaruit voortvloeiende gevaar van willekeur, die de relatie overheid-burger bepaalt. Het is vanwege die machtspositie dat het overheidshandelen wordt beheerst door het legaliteitsbeginsel. Het is ook vanwege die machtspositie dat de grondrechten in de eerste plaats zijn geformuleerd als rechten tegenover de overheid, en dat het nog maar de vraag is of en in hoeverre die rechten horizontale werking hebben. Haaks op dit uitgangspunt staat dat het overheidsoptreden zou worden genormeerd door het recht dat de verhouding van burgers onderling regelt.

Deze stellingname zal in het navolgende reliëf worden gegeven. Het feit dat de opsporing van de overheid uitgaat, kleurt de juridische situatie. Een fraai voorbeeld vormt nog altijd HR 26 april 1988, *NJ* 1989, 186.

Twee agenten constateerden vanuit hun onopvallende surveillancewagen dat een automobilist met veel te hoge snelheid richting Belgische grens reed. Zij noteerden het kenteken en volgden de auto tot in België. Toen de auto ergens in België stopte, maakten de beide agenten een praatje met de bestuurder. Later, terug in Nederland, trokken de agenten na aan wie het genoteerde kenteken was afgegeven. Dat bleek, toen zij die persoon in zijn woning opzochten, dezelfde te zijn als degene met wie zij in België hadden gesproken. Daarmee was het bewijs rond. Het probleem was echter dat de opsporingsambtenaren in casu niet bevoegd waren om op buitenlands grondgebied op te treden omdat het met België gesloten verdrag daarin niet voorzag.

De Hoge Raad oordeelde dat het in België vergaarde bewijs als onrechtmatig verkregen terzijde diende te worden gesteld. Men mag aannemen dat de Hoge Raad anders zou hebben geoordeeld als de verdachte niet door opsporingsambtenaren, maar door een overijverige burger achterna was gereden (die zijn bevindingen vervolgens had doorgegeven aan de politie). Juist het feit dat het ging om functionarissen van de overheid maakte dat voor de opsporing een bevoegdheid nodig was en dat de onbevoegde opsporing een schending opleverde van de Belgische soevereiniteit. Het volkenrecht levert zogezien een aanvullende reden op om opsporing van overheidswege anders te beoordelen dan opsporing door particulieren.

Er is inmiddels een respectabele hoeveelheid jurisprudentie ontstaan met betrekking tot de toelaatbaarheid van niet bij de wet geregelde opsporingsmethoden. In die jurisprudentie wordt zelden of nooit een beroep gedaan op het gemene recht. Men neme bijvoorbeeld de camera-observatie. De vraag of een burger een camera

in zijn eigen tuin mag plaatsen om zo te registreren wat zich op de openbare weg - of op de stoep van de overburen - afspeelt, is een lastige. De strafwet verbiedt het niet en het zal wellicht niet, of niet in alle gevallen, mogelijk zijn om een onrechtmatige daad te construeren.³¹⁰ Over de vraag wat de politie mag, zegt dat echter niets. Dat namelijk is een andere kwestie. Iets soortgelijks geldt met betrekking tot de vraag of de politie mag infiltreren in een criminele organisatie. Het criterium is dan *niet* of een burger (bijvoorbeeld een journalist) onder de dekmantel van een valse identiteit mag 'binnendringen' in een bedrijf om mogelijke misstanden aan de kaak te stellen. Dat namelijk is weer heel iets anders.

Welke criteria worden dan wel gehanteerd? Een belangrijk eerste aandachtspunt is uiteraard of sprake is van de inbreuk op een grondrecht en, meer in het bijzonder, of sprake is van een 'interference by a public authority' in strijd met art. 8 EVRM. Dat is een vraag die alleen maar kan rijzen *omdat* het gaat om opsporing van overheidswege. En juist daarom kan optreden dat anders rechtmatig is, onrechtmatig zijn.³¹¹ Mocht geen sprake zijn van een inbreuk op grondrechten, dan is de kous daarmee niet af. Het optreden wordt dan getoetst aan beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Dat zijn publiekrechtelijke maatstaven, waaraan het handelen van private burgers als regel niet wordt getoetst.

Men zie bijvoorbeeld HR 13 november 1990, *NJ* 1991, 278. De vereniging 'Samen Uit' te Helmond had gelegenheid gegeven tot het kienspel (ook wel genaamd bingospel) zonder dat daartoe vergunning was verleend. Opsporingsambtenaren hadden deze overtreding van de Wet op de Kansspelen kunnen vaststellen doordat zij 'under cover', vermomd als gewoon burger, hadden meegekiend. Door de verdediging werd deze buitenwettelijke opsporingsmethode gehekelde. Het inzetten van 'undercover-agenten' had 'het gevoel van openheid en geborgenheid, dat bij veel leden van de vereniging sterk leeft, (...) aangetast. Men weet niet meer of men elkaar nog wel kan vertrouwen'. Het inzetten van 'infiltranten' zou daarom disproportioneel zijn. Het hof in hoger beroep verwierp dit verweer omdat 'de werkwijze van verdachte en de uitgekende (!) organisatie daarvan (...) zozeer geschikt waren om de ware aard van wat zich afspeelde te verhullen, dat te vrezen was dat dit verhullen ook zou plaatsvinden zodra opsporingsambtenaren openlijk zouden optreden'. De vraag voor het hof was dus niet of een privé-detective onrechtmatig handelt als hij onder valse vlag zou meekienen. Dat is een vraag van een geheel andere orde.

310 Art. 441b Sr (een overtreding) stelt cameraregistratie thans alleen strafbaar als het gaat om opnames in een 'voor het publiek toegankelijke besloten ruimte'. De minister van justitie heeft zich in antwoord op vragen van het kamerlid De Wit op het standpunt gesteld dat het met camera's 'bespieden' van personen die zich in *niet-besloten* openbare ruimten bevinden 'onder omstandigheden' een onrechtmatige daad kan opleveren. Zie *Aanhangsel Handelingen II* 1999-2000, nr. 648.

311 Men zie bijvoorbeeld de hiervoor, onder 10.2, ter sprake gekomen jurisprudentie inzake het opnemen van telefoongesprekken door een gespreksdeelnemer. Al te grote betrokkenheid van opsporingsambtenaren kan leiden tot het oordeel dat art. 8 EVRM is geschonden.

Een door de overheid uitgevoerd opsporingsonderzoek is zoals betoogd mede daarom voor de burger belastend, omdat dat onderzoek voor hem verstreckende consequenties kan hebben. De normering van het opsporingsonderzoek dient daarop te zijn afgestemd. In dit verband kan worden gewezen op de cautieplicht (art. 29 lid 2 Sv). Het gaat hier bepaald niet alleen om een waarborg waarmee een inbreuk op een grondrecht van de persoonlijke vrijheid is omringd. De cautie moet immers ook gegeven worden als de verdachte niet van zijn vrijheid is beroofd. Hier openbaart zich opnieuw een verschil tussen de opsporing van overheidswege en de private opsporing. Een burger hoeft een andere burger niet de cautie te geven als hij hem vragen stelt over diens mogelijke betrokkenheid bij een strafbaar feit. Voor hem geldt eenvoudig dat vragen vrij staat.

De conclusie is derhalve dat de opsporing, voorzover zij van de overheid uitgaat, door het publiekrecht wordt genormeerd. Daardoor treden verschillen op tussen wat burgers mogen, en wat de politie mag. Soms mag de politie meer, soms mag de politie minder. Dat is een vaststelling die van belang is voor de toelaatbaarheid van de samenwerking tussen de politie en private opspoorders. Zie daarover de volgende paragraaf.

10.4 Opsporing door burgers

Het legaliteitsbeginsel legt beperkingen op aan de overheid, niet aan de burger. De burger heeft geen publiekrechtelijke bevoegdheid van node als hij onderzoek wenst te doen naar (mogelijk) strafbaar gedrag. Zijn handelen wordt daarbij slechts ingeperkt door het gemene recht. Hij mag kort gezegd bij zijn opsporingsactiviteiten geen strafbare feiten plegen en geen onrechtmatige daden begaan.

De opsporingsactiviteiten van de burger kunnen voortkomen uit uiteenlopende motieven. Dikwijls zal de burger doeleinden nastreven die niet - of niet primair - in de strafrechtelijke sfeer liggen. Men denke aan de journalist die misstanden aan de kaak wenst te stellen, aan de privé-detective die bewijs verzamelt ten behoeve van een civiele procedure en aan de werkgever die frauduleus gedrag van personeelsleden laat onderzoeken met het oog op interne afdoening (ontslag). Niet zelden echter zal de opsporende burger wel uit zijn op een strafrechtelijke reactie. Hij gaat op onderzoek uit *met het doel* zijn bevindingen door te geven aan de justitie, al dan niet in de vorm van een aangifte of klacht. Moet dat verschil maken?

Opgemerkt kan worden dat het maken van verschil hier op grote praktische moeilijkheden zou stuiten. De motieven kunnen 'dubbel' zijn (het ene motief sluit het andere niet uit) of weinig uitgesproken (men begint uit nieuwsgierigheid en ziet dan wel verder). Bovendien zijn motieven voor derden moeilijk kenbaar, zodat het lastig is daarop een wettelijk onderscheid te baseren. Die praktische bezwaren

kunnen hier worden 'daar' gelaten. Vooropgesteld moet namelijk worden dat het motief niet relevant is in het kader van het legaliteitsbeginsel. Als de 'opsporing' door de burger op eigen initiatief wordt ontplooid, is van overheidsoptreden geen sprake. Het legaliteitsbeginsel komt zoals wij zagen (hiervoor onder 10.2) pas in beeld als de overheid bij de particuliere activiteiten betrokken is. Als die betrokkenheid een 'sturend' karakter aanneemt, dient de opsporing aan de overheid te worden toegerekend en is daarvoor derhalve een wettelijke basis vereist. Zolang dat niet het geval is, blijft de opsporing haar particulier karakter behouden en eist het legaliteitsbeginsel daarvoor geen wettelijke voorziening.

Daarmee is niet gezegd dat particuliere opsporing geen voorwerp zou kunnen zijn van wettelijke regeling. In dit verband kan worden gewezen op de Wet op de particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus, die *bedrijfsmatige* opsporingsactiviteiten aan een vergunning bindt. Zo is een zekere parallel ontstaan tussen de opsporing van overheidswege en de bedrijfsmatige opsporing door particulieren. Voor het ene is een wettelijke bevoegdheid vereist, voor het andere een vergunning. Daarover aanstonds meer. Hier zij benadrukt dat het vergunningvereiste niet een uitvloeisel is van het legaliteitsbeginsel.

Nu is de invalshoek van het legaliteitsbeginsel slechts een beperkte. De vraag waar het uiteindelijk op aankomt, is of het *wenselijk* is dat burgers opsporen teneinde een strafrechtelijke reactie te bewerkstelligen. Met andere - tendentieuze - woorden: willen we dat particulieren zich met de handhaving van de wet bemoeien en dat zij hun medeburgers 'verklikken'? Daarbij zij opgemerkt dat een *verbod* niet het enige en zelfs niet het meest voor de hand liggende middel is om dergelijk gedrag tegen te gaan. Gedrag dat op zich niet onrechtmatig is, kan ontmoedigd worden door het niet te belonen. De justitiële autoriteiten zou eenvoudig verboden kunnen worden om gebruik te maken van door burgers verzameld bewijsmateriaal. De vraag is zo gezien dus niet wat burgers mogen, maar wat de justitie mag. Mag zij acht slaan op informatie die door particulieren wordt aangedragen?

Een ontkennende beantwoording van deze vraag kan niet gebaseerd worden op het verbod op eigenrichting. Dat verbod beperkt de vrijheid van de burger slechts in zoverre, dat wraak of vergelding geen rechtvaardiging oplevert om strafbare feiten (in het bijzonder geweldsmisdrijven) te plegen. Dat de overheid de berechting aan zich heeft getrokken, betekent dus nog niet dat de burger daarmee niets te maken heeft. Integendeel, dat het slachtoffer het recht niet in *eigen* hand mag nemen, veronderstelt dat er een *overheid* is die hem recht kan verschaffen. Anders gezegd: het verbod op eigenrichting impliceert een aanspraak van de burger op optreden door de overheid. Men kan dus bezwaarlijk zeggen dat de strafrechtspleging een zaak van de overheid is waar de burger buiten staat. Dat geldt ook voor de zogenaamde slachtofferloze delicten. Heel in het algemeen kan gesteld worden

dat de strafrechtspleging niet het belang van de overheid dient, maar dat daardoor algemene belangen worden beschermd, die in beginsel iedere burger raken. Dat vormt eerder een reden om de burger bij de strafrechtspleging te betrekken, dan om hem daarvan uit te sluiten.

Enige ondersteuning op dit punt kan gevonden worden in de jurisprudentie van het Europese Hof inzake art. 8 EVRM. Uit dat artikel vloeit voor de staat de positieve verplichting voort om maatregelen te treffen die inbreuken op het privéleven van burgers moeten voorkomen. Het ontbreken van een voldoende effectieve strafrechtspleging kan daarom een schending van het verdrag opleveren.³¹² Daarmee wordt niet alleen onderstreept dat burgers recht hebben op strafrechtelijk optreden, maar ook dat de effectiviteit van dat optreden een legitiem argument vormt bij de inrichting van het strafproces. De strafrechtspleging zou sterk aan effectiviteit inboeten als niet gerekend zou mogen worden op de medewerking van het publiek. Daar komt bij dat het alternatief weinig aantrekkelijk is. Als de justitie geen gebruik zou mogen maken van de informatie die burgers haar gevraagd of ongevraagd verstrekken, moet naar draconische maatregelen worden gegrepen om toch iets van de waarheid boven tafel te krijgen. Het zou absurd zijn dat de politie iemands telefoon moet aftappen om iets van de informatie op te vangen die de betrokkene met alle goeie en vriejwillig zou hebben verstrekt.

Als de aanspraak van de burger op effectieve wetshandhaving als vertrekpunt wordt genomen, verschuift de vraagstelling. De vraag is dan niet of de justitie de door een particulier aangedragen informatie mag gebruiken, maar of zij dergelijke informatie mag negeren. Het recht dat de burger heeft op een adequate strafrechtelijke reactie lijkt te impliceren dat het bewijsmateriaal dat hij aandraagt, niet zonder goede reden terzijde mag worden gelegd.

Die gedachte lijkt ook ten grondslag te liggen aan het huidige wetboek. Veelzeggend is misschien dat art. 162 Sv een ieder (en dus niet alleen het slachtoffer) bevoegd verklaart aangifte te doen van het strafbare feit waarvan hij kennis draagt. De term 'bevoegdheid' wijst op een *recht* dat de burger toekomt. Tegenover dat recht staat dan ook een verplichting: opsporingsambtenaren zijn op grond van art. 163 lid 5 Sv tot het ontvangen van de aangiften verplicht. Het niet willen opnemen van de aangifte kan dan ook reden zijn voor het doen van beklag.³¹³

De wet maakt geen onderscheid naar de wijze waarop de burger kennis heeft bekomen van het strafbare feit. Het lijkt dus niet uit te maken of die kennis 'toevallig' is verkregen, dan wel het resultaat is van voorafgaand speurwerk. Steun daarvoor kan gevonden worden

312 Vergelijk Eerste interimrapport onderzoeksproject strafvordering 2001, 'Algemeen Deel' (M.S. Groenhuijsen & G. Knigge), p. 19 e.v.

313 Zie bijvoorbeeld *Tien jaar uitspraken van de Commissie voor de Politieklachten Amsterdam-Amstelland, 1986-1996*, Amsterdam: Commissie voor de Politieklachten Amsterdam-Amstelland 1996, p. 16 e.v.

in de MvT op art. 165 (thans art. 162), waarin voor openbare colleges en ambtenaren een verplichting tot aangifte is neergelegd. 'Met nadruk wordt ook de eisch tot *dadelijke* aangifte gesteld, wijl de practijk leert, dat soms het streven om eerst de zaak te instrueeren en dan pas tot de aangifte over te gaan, de opsporing en den gang eener goede justitie niet weinig belemmert. Intusschen ontstaat de verplichting eerst, wanneer voor de openbare ambtenaren en machten vaststaat, dat wat te hunner kennis kwam, een strafbaar feit oplevert'. De wetgever is zich er dus van bewust geweest dat er aangevers zijn die de zaak zelf 'instrueeren' en ook dat enig voorafgaand onderzoek nodig kan zijn om vast te stellen dat inderdaad een strafbaar feit is begaan. Een verbod op eigen onderzoek wordt daarbij niet geformuleerd. Benadrukt wordt slechts dat het eigen onderzoek niet afdoet aan de verplichting tot onverwijld aangifte. Voorzover de ontwerp-wetgever moeite heeft met eigen onderzoek, is dat omdat de waarheidsvinding daardoor kan worden belemmerd. Het belang van de waarheidsvinding kan er bezwaarlijk toe leiden dat de burger zijn bevoegdheid om aangifte te doen verliest ten aanzien van strafbare feiten die hij zelf heeft opgespoord. Dat zou immers een averechtse sanctie zijn: de waarheid wordt dan zeker niet gevonden.

De conclusie kan zijn dat de medewerking van de burger (het publiek) aan de strafrechtelijke handhaving van de wet in beginsel positief moet worden gewaardeerd. Op basis daarvan kan drie samenhangende uitgangspunten worden geformuleerd. Het eerste is dat de justitie gebruik mag maken van informatie die (en bewijsmateriaal dat) de burger gevraagd of ongevraagd verstrekt. Het tweede is dat de burger mag opsporen met het doel zijn bevindingen door te geven aan de justitie. Het derde is dat aan de burger bevoegdheden kunnen worden toegekend ten behoeve van de strafrechtelijke wetshandhaving. Over elk van deze drie uitgangspunten zullen hierna enige opmerkingen worden gemaakt.

Het *eerste* uitgangspunt houdt in dat gebruik mag worden gemaakt van door burgers verstrekte informatie. Er is daarbij geen reden om de justitie te veroordelen tot passiviteit. Zij behoeft niet te wachten op spontane mededelingen, maar mag de informatieverstrekking ook uitlokken. De justitie kan zich daarbij tot het grote publiek richten (bijvoorbeeld door middel van een opsporingsbericht op de televisie, met daarbij eventueel een beloning voor de gouden tip), maar ook gericht personen (getuigen) ondervragen die iets relevants te melden zouden kunnen hebben. Deze - gebruikelijke - 'opsporingsmethoden' zijn in het algemeen weinig problematisch. Dat kan echter anders zijn. Men denke bijvoorbeeld aan grootschalig, op 'vrijwillige' medewerking gebaseerd DNA-onderzoek, aan het gebruik van anonieme tips, aan het vragen van informatie aan personen die tot geheimhouding verplicht zijn. Dat echter doet aan het uitgangspunt niet af. Dat uitgangspunt vindt zijn grens uiteraard in conflicterende belangen en beginselen, en sluit nadere juridische normering dan ook niet uit. Die normering kan langs jurisprudentiële weg tot stand komen, maar ook afkomstig zijn van de wetgever.

Het gebruik van door burgers verstrekt bewijsmateriaal vindt mogelijk een grens in de onrechtmatige herkomst van dat materiaal. De schaarse jurisprudentie op dit punt geeft geen uitgekristalliseerd beeld te zien.³¹⁴ Een belangrijke factor lijkt te zijn of opsporingsambtenaren 'op enigerlei wijze betrokken' zijn bij de onrechtmatige verkrijging. Dat geen gebruik mag worden gemaakt van documenten die op instigatie van de politie zijn gestolen, ligt min of meer voor de hand. Een andere factor is wellicht de aard van het gebruik dat van de onrechtmatig verkregen informatie wordt gemaakt. Het gebruik als startinformatie is wellicht minder bezwaarlijk dan het gebruik van de informatie voor het bewijs. Niet ondenkbaar is voorts dat de professionaliteit van de particuliere 'opspoorder' gewicht in de schaal gaat leggen. Fouten van bedrijfsmatig opererende recherchebureaus moeten misschien eerder worden 'afgestraft' dan die van de incidenteel 'optredende' burger. Maar hoe dit alles ook zij, dat het recht op dit punt in ontwikkeling is, doet aan het uitgangspunt zelf niet af.

Het *tweede* uitgangspunt houdt in dat de burger mag opsporen, ook als het vooropgezette doel daarbij is om de resultaten aan de justitie ter hand te stellen. Die particuliere opsporing wordt, zolang de wet niet anders bepaalt, genormeerd door het gemene recht. Onregelmatige opsporing kan, zoals zo even reeds bleek, leiden tot uitsluiting van het vergaarde bewijs.

Particuliere opsporing kan problematisch zijn als opsporingsambtenaren daarbij min of meer actief zijn betrokken. Op zich bestaat er weinig bezwaar tegen dat een burger op verzoek van de politie enig onderzoek verricht. Zo kan het slachtoffer van een inbraak gevraagd worden om na te gaan of er spullen worden vermist. Aan het gebruik van het door de burger vergaarde bewijsmateriaal behoeft ook niet in de weg te staan dat de politie adviserend of faciliterend is opgetreden. Voorwaarde daarbij is wel dat de burger niet in strijd handelt met het gemene recht. Als hij op advies van de politie documenten steelt, ligt zoals wij zagen bewijsuitsluiting in de rede. Van particuliere opsporing is echter geen sprake meer als de politie 'sturend' is opgetreden. Wat normaal rechtmatig is - bijvoorbeeld het opnemen van een 'eigen' telefoongesprek - kan dan onrechtmatig zijn.

De vraag of en zo ja, in hoeverre opsporingsambtenaren betrokken mogen zijn bij de particuliere opsporing, leent zich voor wettelijke normering. Een reden om tot wettelijke regeling over te gaan kan gelegen zijn in het feit dat de grenzen tussen louter faciliterende betrokkenheid en 'sturend' optreden moeilijk zijn te trekken. Tussen passief afwachten en actief sturen liggen immers vele tussenvarianten die slechts gradueel van elkaar verschillen. Zo loopt van de incidentele tipgever

314 Zie o.m. HR 16 oktober 1991, *NJ* 1991, 175 en HR 11 april 1995, *NJ* 1995, 537. Zie over dit laatste arrest de noot van Corstens en voorts G. Knigge, 'Hoe gestolen goed kan gedijen', in: C.J.G. Bleichrodt e.a. (red.), *Mens en Recht, kanttekeningen bij conclusies van Leo Meijers*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 286 e.v.

tot de gestuurde informant een glijdende schaal. Naar wij aanstonds zullen zien, is het in het bijzonder ten aanzien van de samenwerking met professioneel opererende particuliere onderzoekers de vraag of wettelijke regeling nodig is.

Daarmee is niet gezegd dat iedere vorm van faciliterend optreden een specifieke wettelijke regeling behoeft. Niet uitgesloten is dat opsporingsambtenaren de bevoegdheid daartoe binnen zekere grenzen kunnen ontleenen aan hun algemene opsporingstaak. Een zelfde opmerking werd eerder, onder 10.2, gemaakt met betrekking tot betrekkelijk 'onschuldige' vormen van sturende betrokkenheid. De vraag of en zo ja, in hoeverre bevoegdheden aan algemene taakstellingen kunnen worden ontleend, zal hierna, onder 12.2, apart worden besproken. Hier wil betoogd zijn dat, ook als wordt aangenomen dat de art. 141 en 142 Sv in het algemeen een voldoende wettelijke basis bieden voor de politieke betrokkenheid bij de particuliere opsporing, er desondanks redenen kunnen zijn om in bijzondere, 'problematische' gevallen tot nadere wettelijke regeling over te gaan.

Aan die nadere wettelijke regeling behoeft niet in de weg te staan, dat de grenzen tussen de verschillende vormen van betrokkenheid vaag zijn. Hoewel men de politieke betrokkenheid bij de particuliere opsporing enerzijds, en de inschakeling van burgers bij de justitiële opsporing anderzijds zou kunnen betitelen als te onderscheiden rechtsfiguren, staat dat aan een overkoepelende regeling niet in de weg. Er is namelijk een gemeenschappelijke noemer, te weten het optreden van opsporingsambtenaren. Dat optreden vormt telkens het aangrijpingspunt voor wettelijke regeling. Net zoals beide vormen van betrokkenheid een gemeenschappelijke wettelijke basis zouden kunnen vinden in de art. 141 en 142 Sv, kan voor beide een gemeenschappelijke basis worden gecreëerd in een specifieke regeling. In het verlengde hiervan ligt dat het ook niet raadzaam is om het onderscheid tussen beide rechtsfiguren aan een eventuele specifieke wettelijke regeling ten grondslag te leggen. Op onderscheidingen die in de praktijk moeilijk zijn te hanteren, dient de wet bij voorkeur niet te worden gebaseerd.

Het derde uitgangspunt houdt in dat aan burgers bevoegdheden kunnen worden toegekend met het oog op de strafrechtelijke wetshandhaving.³¹⁵ Het geldende recht kent daarvan een enkel voorbeeld. Gewezen kan worden op de bevoegdheid om aangifte te doen, die hiervoor al even ter sprake kwam, en op de in art. 53 Sv aan elke burger toegekende bevoegdheid om ingeval van heterdaad de verdachte aan te houden. In dit laatste geval wordt een dwangmiddel in handen gelegd van een niet-opsporingsambtenaar. Het behoeft weinig betoog dat daarmee grote terughoudendheid moet worden betracht, juist omdat de waarborgen waarmee de opsporing door opsporingsambtenaren is omringd, hier ontbreken. Men zou de

315 Onder burgers moet in dit verband worden verstaan: niet-opsporingsambtenaren. Eerder zagen wij dat aan 'burgers' opsporingsbevoegdheid kan worden toegekend. Dat wil zeggen dat een opsporingsambtenaar geen ambtelijke status behoeft te hebben. Dat is technisch-juridisch gezien een andere kwestie dan de toekenning van bevoegdheden aan personen die geen opsporingsambtenaar zijn.

onderhavige toekenning van een aanhoudingsbevoegdheid kunnen zien als een uitzondering op het verbod op eigenrichting. Het belang van een effectieve wetshandhaving woog in dit geval zwaarder dan de gevaren die aan eigenmachtig optreden van burgers verbonden zijn. Hier van belang is vooral de vaststelling dat de gekozen uitgangspunten voor die belangenafweging ruimte laten. Van een absoluut beletsel om aan burgers bevoegdheden toe te kennen, is geen sprake.

De particuliere opsporing heeft, zo blijkt uit het voorgaande, raakvlakken met de opsporing van overheidswege. Dat maakt dat er, hoewel de particuliere opsporing in beginsel wordt genormeerd door het gemene recht, in het strafprocesrecht plaats is voor geschreven of ongeschreven regels die betrekking hebben op de particuliere opsporing. Het gaat daarbij om tenminste drie typen regels:

- a. regels met betrekking tot het gebruik van door particulieren aangedragen bewijsmateriaal;
- b. regels met betrekking tot de advisering en ondersteuning van de particuliere opsporing door (in het bijzonder) opsporingsambtenaren. Deze regels zijn niet altijd goed te onderscheiden van regels met betrekking tot de inzet van particulieren bij de opsporing van overheidswege. Het gaat in beide gevallen om regels die betrekking hebben op de samenwerking van politie en justitie met burgers.
- c. regels die, in aanvulling op of in afwijking van het gemene recht, betrekking hebben op de particuliere opsporing zelf. Daarbij valt met name te denken aan de toekenning van bevoegdheden aan burgers ten behoeve van de strafrechtelijke wetshandhaving.

Deze regels kunnen tot het strafprocesrecht worden gerekend. Voorzover het gaat om geschreven regels kunnen zij derhalve in het Wetboek van Strafvordering een plaats krijgen. Een regeling bij bijzondere wet is echter ook denkbaar. Bij de afweging van beide mogelijkheden zou een rol moeten spelen dat er met betrekking tot de particuliere opsporing ook regels kunnen worden gesteld die niet of niet uitsluitend een strafvorderlijk karakter hebben. Het voorbeeld is hier de Wet op de particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus. Het doel van deze wet is het scheppen van waarborgen met betrekking tot de betrouwbaarheid van deze organisaties en het bevorderen van de kwaliteit van hun functioneren. Daarnaast is ook een goede afstemming met het werk van de politie beoogd. Een en ander werd door de wetgever in het algemeen belang geoordeeld, waarbij meer in het bijzonder werd gedacht aan de belangen en rechten van de burgers die met deze organisaties in aanraking komen of die van hun diensten gebruik maken.³¹⁶

³¹⁶ Zie *Kamerstukken II 1993/94*, 23 478, nr. 3 (MvT), p. 2.

De kern van de regeling die deze wet geeft, bestaat uit het binden van bedrijfsmatige opsporingsactiviteiten aan een vergunning. Daardoor is een opmerkelijke parallel ontstaan met de opsporing van overheidswege. Zoals de opsporing van overheidswege onrechtmatig is als zij niet berust op een wettelijke bevoegdheid, zo is de bedrijfsmatige opsporing door particulieren onrechtmatig als daarvoor geen vergunning is verleend. Interessant daarbij is dat de Wet op de particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus aan de vereiste vergunning voorwaarden en gedragsvoorschriften koppelt. Deze hebben onder meer betrekking op de integriteit en bekwaamheid van de personen die door een beveiligingsbedrijf in dienst worden genomen, op de kwaliteit van de functie-uitoefening en op de afstemming met het werk van de politie.

Ter illustratie een greep uit de wettelijke bepalingen. Art. 7 van de wet bepaalt dat voor de tewerkstelling van een persoon bij een beveiligingsbedrijf toestemming is vereist. Die toestemming moet in het normale geval gegeven worden door de korpschef van het politiekorps in de desbetreffende regio. Volgens art. 7 lid 5 wordt de toestemming onthouden indien de persoon in kwestie niet beschikt over de vereiste bekwaamheid en betrouwbaarheid. Op grond van art. 8 kan de minister voor bepaalde werkzaamheden opleidingseisen vaststellen. Art. 5 verbiedt, uitzonderingen daargelaten, dat opsporingsambtenaren werkzaamheden verrichten voor een particulier bureau.

Art. 4 lid 6 maakt het mogelijk aan de vergunning voorschriften te verbinden met betrekking tot 'het waarborgen van een goed samenspel met overheidsinstellingen'. Daarnaast bepaalt art. 12 dat de korpschef bevoegd is om aanwijzingen te geven aan een beveiligingsorganisatie of recherchebureau 'indien dit in het belang van een goede politiezorg noodzakelijk is'. Art. 12 lid 2 verplicht beveiligingsorganisaties om de korpschef te informeren als zij een begin maken met nieuwe beveiligingswerkzaamheden.

Op grond van art. 4 lid 6 jo. art. 6 kunnen aan de vergunning voorschriften worden verbonden met betrekking tot de 'kwaliteit van de beveiligingsorganisaties en recherchebureaus'. Het gaat daarbij onder meer om de instructie van en de controle op het personeel, om de verslaglegging en om het gebruik van honden. Daarnaast verplicht art. 9 tot het dragen van een (door de minister goedgekeurd) uniform (lid 1) en tot het bij zich hebben, en desgevraagd tonen, van een legitimatiebewijs (lid 8). Op grond van art. 9 lid 3 is voor het dragen van handboeien ministeriële toestemming vereist. Art. 9 lid 4 geeft vervolgens regels voor het gebruik van handboeien in gevallen waarin de toestemming als bedoeld in het derde lid is verleend. Het gebruik van handboeien moet worden gemeld aan de opsporingsambtenaar aan wie de aangehouden persoon wordt overgedragen. Die opsporingsambtenaar moet vervolgens dat gebruik vermelden in het proces-verbaal van aanhouding (lid 5).

Aandacht verdient dat deze wettelijke regeling meebrengt dat de bedrijfsmatige particuliere opsporing (deels) aan andere regels is gebonden dan de niet-bedrijfsmatige particuliere opsporing. De beperkende voorschriften met betrekking

tot het dragen en het gebruik van handboeien zijn daarvan een fraai voorbeeld. In feite gaat het hier om een nadere, alleen voor de professionele opspoorders geldende normering van de door art. 53 Sv toegekende aanhoudingsbevoegdheid. Zo ook kan het tot opsporingsambtenaren gerichte voorschrift om het gebruik van handboeien te vermelden in het proces-verbaal van aanhouding, gezien worden als een aanvulling op de verbaliseringsplicht uit het Wetboek van Strafvordering. Op het grensvlak van de particuliere opsporing en de opsporing van overheidswege liggen uiteraard ook de bepalingen met betrekking tot de onderlinge afstemming en samenwerking. Normadressaten zijn daarbij zowel overheidsfunctionarissen als particulieren.

De vraag is of de geldende wettelijke regeling met betrekking tot de particuliere opsporing toereikend is. Niet ondenkbaar is in elk geval dat een verdergaande regeling wordt getroffen. Gedacht kan daarbij worden aan een nadere normering van de particuliere opsporingsactiviteiten als zodanig. Zo zouden professionele opspoorders verplicht kunnen worden om de cautie te geven als zij verdachten horen. Gedacht kan ook worden aan nadere regels met betrekking tot onderlinge afstemming en samenwerking, in het bijzonder als het gaat om particuliere opsporing die zich uitstrekt tot het 'publieke domein'.

Het gaat hier uitdrukkelijk slechts om een verkenning van *mogelijkheden*. Of en in hoeverre nadere regels met betrekking tot de particuliere opsporing dienen te worden gesteld, is een vraag die in het bestek van dit deelrapport niet kan worden beantwoord. Wel kan worden gesteld dat het niet om een studeerkamervraag gaat, maar integendeel om een actuele vraag van grote maatschappelijke importantie. Dat komt in de eerste plaats door de enorme groei en professionalisering van de particuliere beveiligingsindustrie,³¹⁷ waarbij de activiteiten zich meer en meer gaan uitstrekken tot taken die traditioneel aan de politie waren voorbehouden.

De inschakeling van particuliere beveiligers bij de wetshandhaving stond de afgelopen jaren met een zekere regelmaat op de parlementaire agenda. Tijdens het algemeen overleg van april 1997 over het Veiligheidsbeleid 1995-1998 blijkt uit de beantwoording van vragen gesteld door Scheltema-De Nie (D'66) dat door een aantal gemeenten in het kader van het project Parcon een particuliere beveiligingsorganisatie was ingezet om het handhavingstekort terug te dringen. De regering stelde zich echter op het standpunt dat wetshandhaving een exclusieve overheidstaak is, en dat het - overigens succesvolle - project daarom geen vervolg verdiende. Wel werd het acceptabel geacht om particuliere beveiligers in het kader van de Wet Mulder als onbezoldigde toezichthouders aan te stellen ('U-bochtconstructie').³¹⁸

317 Zie voor cijfers: European Journal on Criminal Policy and Research, 1999-2: Nederland neemt binnen de Europese Unie de negende plaats in met 132 particuliere beveiligers per 100.000 inwoners (tegenover 256 politieagenten).

318 *Kamerstukken II 1996/97*, 24 225, nr. 12.

Ook bij de behandeling van het Wetsontwerp op de particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus was het optreden van particuliere beveiligers in het publieke domein een punt van zorg. Uit de MvA aan de Eerste Kamer blijkt dat de regering diverse vormen van samenwerking mogelijk achtte, waaronder ondersteuning van opsporingsactiviteiten zoals het op vliegvelden fouilleren van personen onder politietoezicht. Daarbij werd nog wel opgemerkt dat 'in de samenwerking tussen politie en particuliere beveiligingsorganisaties geen sprake (is) van exclusief overdragen van taken aan de particuliere sector'.³¹⁹ Voorts wordt in een brief van 19 augustus 1998 van de minister van Justitie aan de Tweede Kamer nog eens benadrukt dat het uitoefenen van toezicht in het publieke domein een exclusieve overheidstaak is. Voor algemene surveillance door particuliere organisaties zal geen vergunning worden verleend.³²⁰ In antwoord op vragen van de Socialistische Partij, waarin om opheldering wordt gevraagd over de informatie-uitwisseling tussen de politie en de particuliere recherchebureaus, stelt de minister van Justitie dat het beperkte verstrekingsregime van de Wet politieregisters daaraan in de weg staat.³²¹

In november 1999 moet de minister van Binnenlandse Zaken, na kamervragen van opnieuw Scheltema-De Nie, bekennen dat in de politieregio Gooi- en Vechtstreek particuliere beveiligers in politie-uniform worden ingezet als toezichthouders in het kader van de Wet Mulder. Het gaat opnieuw om het bedrijf Parcon, geen erkende beveiligingsorganisatie, maar een soort uitzendbureau voor parkeerwachters. De minister acht deze uitoefening van toezicht niet verantwoord en verzekert dat het contract met Parcon zo spoedig mogelijk zal worden beëindigd.³²²

Het punt van het particuliere toezicht in het publieke domein komt opnieuw aan de orde bij zowel het algemeen overleg over het Integraal Veiligheidsprogramma als bij de behandeling van het Beleidsplan Nederlandse Politie 1999-2002.³²³ Er begint zich een verschil van mening af te tekenen tussen de meerderheid van de kamer en de regering. De meeste fracties staan uiterst kritisch ten aanzien van de inzet van particuliere beveiligers bij de wetshandhaving, de regering meent dat samenwerking met de private sector in de samenleving een min of meer geaccepteerd verschijnsel is. In april 2000 bevestigt de regering in een brief aan de kamer het reeds eerder (in het Integraal Veiligheidsprogramma³²⁴) geuite voornemen om de rol van particuliere beveiligers bij de wetshandhaving uit te breiden.³²⁵ Dit voornemen wordt thans nader uitgewerkt. Aan gemeenten zou de bevoegdheid moeten worden gegeven om particuliere organisaties onder bepaalde randvoorwaarden in te zetten voor surveillancetaken in het publieke domein. Tegen dit voornemen richt zich een op 28 juni 2000 ingediende motie waarin wordt gesteld "dat daardoor het onderscheid tussen particuliere en publieke veiligheidszorg dreigt te vervagen

319 *Kamerstukken I* 1996/97, 23 478, nr. 218B.

320 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 600 VI, nr. 73.

321 *Aanhangsel Handelingen II* 1999/00, 111.

322 *Aanhangsel Handelingen II* 1999/00, 396.

323 *Kamerstukken II* 1999/00, 26 604, nr. 5 resp. *Kamerstukken II* 1999/00, 26 345, nr. 27, p. 18 e.v.

324 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 604, nr. 1.

325 *Kamerstukken II* 1999/00, 26 604 en 26 345, nr. 7.

en dat in principe de overheid verantwoordelijk is voor toezicht in het publieke domein.” De motie wordt met grote meerderheid aangenomen.³²⁶

In de tweede plaats kan gewezen worden op nog een andere vorm van professionalisering. Op de grens van journalistiek en entertainment heeft zich een televisieprogramma ontwikkeld waarbij de ‘misdaadverslaggever’ zelf op onderzoek uitgaat en daarbij claimt samen te werken met de justitie. Ook hier gaat het om een vorm van particuliere opsporing die ver afstaat van de opsporing die in incidentele gevallen door de ‘gewone’ burger wordt verricht.

Het is het bedrijfsmatige en professionele karakter van de opsporingsactiviteiten van beveiligingsbedrijven en media die een geheel eigen dimensie geeft aan de vragen die in beginsel bij iedere vorm van samenwerking tussen burger en justitie rijzen: Om dit te verduidelijken zal een aantal van die vragen hier kort worden aangestipt.

- a. Hoe ver mag de informatie-uitwisseling gaan? Mag de politie, in ruil voor informatie, gegevens verstrekken aan een particulier beveiligingsbedrijf? Het gevaar dat informeel - dat wil zeggen in strijd met de Wet politieregisters - informatie wordt verstrekt is reëel, te meer daar veel oud-politiemensen werkzaam zijn in de beveiligingsindustrie. Eenzelfde vraag kan gesteld worden met betrekking tot de ‘misdaadverslaggeving’ op de televisie. Mag aan de misdaadverslaggever inzage in het dossier worden gegund en zo ja, mag daaruit dan vrijelijk worden geciteerd?
- b. In hoeverre kan het onderzoek van de particuliere opspoorder dienen als basis voor een strafrechtelijke vervolging? Niet zelden levert de bedrijfsrecherche een compleet dossier aan, met daarin bewijs dat al helemaal ‘rond’ is. Mag de justitie daarop blind varen of moeten delen van het onderzoek - zoals het horen van de verdachte - worden overgedaan? Die vraag klemt doordat de particuliere opsporing niet met dezelfde waarborgen is omkleed als de opsporing van overheidswege.
- c. Hoe intensief mag de samenwerking zijn? Het probleem is weer dat de politie gebonden is aan beperkingen die niet voor de particuliere opspoorder gelden. Uiteraard mag de samenwerking niet ontaarden in een taakverdeling die er op gericht is de grenzen die het Wetboek van Strafvordering aan de justitiële opsporing stelt, te omzeilen. Er is echter een grijs schemergebied waarin de grens van het toelaatbare moeilijk is te bepalen. Mag de politie stimuleren dat de bedrijfsrecherche (aanvullend) onderzoek verricht met behulp van

326 *Kamerstukken II 1999/00, 26 345, nrs. 35 en 36.* Op 12 september 2000 deelden de verantwoordelijke ministers mee dat het kabinet zich op een reactie beraadt (*Kamerstukken II 1999/00, 26 604, nr. 10, p. 2*).

methoden (zoals intensieve observatie³²⁷) die zij zelf niet, of niet zonder meer, mag gebruiken? Mag met de misdaadverslaggever worden samengewerkt in de hoop dat diens onorthodoxe wijze van ondervragen van getuigen en verdachten in binnen- en buitenland (zonder de rompslomp van een rogatoire commissie en zonder dat de cautie wordt gegeven) bruikbare informatie oplevert?

- d. In hoeverre is het acceptabel dat de beveiligingsindustrie de agenda van de justitie bepaalt? Hoe groot is de beleidsvrijheid van het OM om zaken die door de particuliere rechercheur worden aangedragen, niet te vervolgen? Welke ruimte blijft er daarbij over voor het 'eigen' vervolgingsbeleid?
- e. Mogen particuliere beveiligingsbedrijven opereren in het publieke domein? Het gaat daarbij om twee te onderscheiden zaken. In de eerste plaats om het 'inzetten' van beveiligingsbedrijven *door de overheid* voor de uitoefening van bepaalde opsporingstaken (zoals surveillance en camerabewaking van een woonwijk). Hiervoor, onder 10.2, is betoogd dat daarvoor een wettelijke basis is vereist. De vraag daarbij is uiteraard of er een wettelijke regeling moet komen en zo ja, hoe die dient te luiden. In de tweede plaats kan een beveiligingsbedrijf actief zijn in het publieke domein doordat het *door particulieren* wordt ingehuurd, bijvoorbeeld om een bedrijventerrein of zelfs een woonwijk te bewaken.³²⁸ Het legaliteitsbeginsel verzet zich daartegen niet, maar dat neemt niet weg dat de uitoefening van een 'typische' overheidstaak door particulieren problematisch is.

Als gezegd, kunnen deze vragen niet in het bestek van dit deelrapport worden beantwoord. Daarbij wil de onderzoeksgroep het echter niet laten. In het kader van *Strafvordering 2001* zal door prof. dr. C.J.C.F. Fijnaut aanvullend onderzoek worden verricht, dat in het derde onderzoeksjaar zal uitmonden in een afzonderlijk deelrapport over de onderhavige materie.

327 Zie in dit verband ook het antwoord van de minister op kamervragen met betrekking tot de rechtmatigheid van het schaduwen van personen door privé-detectives die daarvoor ingehuurd worden door verzekeringsmaatschappijen (*Aanhangsel Handelingen II* 1999/00, 1106).

328 Zo meldt de NRC van 26 augustus 2000 (Jeroen van der Kris, *Wakers van de straat*, Zaterdag bijvoegsel, p. 1) dat bewoners van de Rotterdamse Componistenwijk een beveiligingsbedrijf hebben benaderd om over hun wijk te waken.

11 Controle versus opsporing

11.1 Het probleem

11.1.1 Inleiding

Volgens de heersende leer begint de opsporing bij de verdenking van een strafbaar feit. De voorwaarde van een redelijke verdenking wordt daarbij gezien als een garantie voor de burger: hij blijft verschoond van onderzoek door de overheid naar zijn doen en laten. In tal van bijzondere wetten echter werd aanvankelijk een ruimer opsporingsbegrip gehanteerd, dat mede de zogenaamde repressieve controle omvatte.³²⁹ Tot de taak van de opsporingsambtenaren behoorde derhalve ook het onderzoek naar mogelijk gepleegde strafbare feiten. Daartoe werden aan hen bijzondere (controle)bevoegdheden toegekend. Van een garantie dat geen onderzoek werd verricht zolang geen sprake was van een redelijk vermoeden dat een strafbaar feit was gepleegd, was op het terrein van de bijzondere wetgeving dus geen sprake.

Toch koos de wetgever ook hier voor een eng opsporingsbegrip. Sinds 1969 werd in de bijzondere wetgeving gestreefd naar een scherp onderscheid tussen opsporings- en controletaken en tussen de daarbij behorende bijzondere onderzoeksbevoegdheden.³³⁰ De kroon op het werk lijkt te zijn gezet met de totstandkoming van Afdeling 5.2 van de Algemene wet bestuursrecht, waarin het 'toezicht' centraal werd geregeld. Daarmee lijkt in ons recht een scherpe scheiding tussen opsporing enerzijds, en controle of toezicht anderzijds tot stand te zijn gebracht. Die scheiding valt daarbij samen met de grens tussen strafrecht en bestuursrecht.³³¹ Het onderscheidend criterium is daarbij als gezegd het bestaan van een vermoedelijk gepleegd strafbaar feit.

De heersende leer blijkt dus stevig te zijn verankerd in de wetgeving. Zelfs zo stevig, dat sprake lijkt van een voldongen feit. Toch is er alle reden die heersende leer ter discussie te stellen. In de eerste plaats omdat het bouwwerk van de wetgever op tal van plaatsen haarscheurtjes vertoont, en bij nadere beschouwing aan veel kanten rammelt. In de tweede plaats omdat het gemaakte onderscheid weinig functioneel lijkt te zijn. In de beide volgende paragrafen zullen deze stellingen worden onderbouwd. Op basis daarvan zal vervolgens de nu nog alleen globaal te formuleren vraag (is er reden is om op enigerlei wijze onderscheid te maken

329 Zie daarover uitvoerig G.P.A. Aler, *De politiebevoegdheid bij opsporing en controle*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1982, m.n. p. 36 e.v.

330 Zie Aler, *a.w.*, p. 61 e.v.

331 Art. 1:6 Awb bepaalt dat de (meeste hoofdstukken van de) Algemene wet bestuursrecht niet van toepassing zijn op de opsporing van strafbare feiten. Het gevolg is dat het toezicht door het bestuursrecht, de opsporing door het strafprocesrecht wordt genormeerd.

tussen opsporing en controle en zo ja, op welke wijze zou dat onderscheid dan moeten worden gemaakt?) nader worden uitgewerkt.

11.1.2 Een rammelend bouwwerk

Als de praktijk sterker blijkt dan de leer - en als zelfs recente regelgeving niet goed in de leer past - dan is de vraag gerechtvaardigd of de leer wel deugt. Vervult het theoretische onderscheid tussen opsporing en controle een zinvolle functie of vormt dat onderscheid een keurslijf waarin de rechtspraktijk moet worden geperst zonder dat daarvoor een goede reden valt aan te wijzen? In deze paragraaf zullen de ongerijmdheden die in het geldende recht zijn te ontwaren, worden geïnventariseerd. Volledigheid is daarbij niet beoogd. In het kader van dit betoog is voldoende als de meest opvallende afwijkingen van de leer worden gesignaleerd.

a. Toezicht na verdenking. In de praktijk blijkt het in de Algemene wet bestuursrecht geregelde 'toezicht' in veel gevallen niet op te houden als door de toezichthouder een strafbaar feit wordt geconstateerd. Vaak wordt eerst gewaarschuwd en aangemaand, en wordt pas als dat niet helpt naar het strafrecht gegrepen. Doorgaans wordt dit pappen en nathouden nadat een strafbaar feit is geconstateerd als onderdeel van de toezichthoudende taak gezien.³³² Kennelijk vormt niet de gerezen verdenking hier het onderscheidend criterium, maar is het *doel* van het optreden bepalend. Zolang het optreden niet is gericht op strafrechtelijke sanctionering, is sprake van toezicht.

b. Geen apart boeteonderzoek. In het Voorontwerp van de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht wordt niet gekozen voor een aparte regeling van het boeteonderzoek. Dat onderzoek maakt deel uit van het handhavingstoezicht.³³³ Daarvoor zijn noch aparte taken, noch aparte bevoegdheden gecreëerd. De redelijke verdenking dat een beboetbaar feit is begaan, leidt dus niet tot een andere fase in het onderzoek. Dat roept de vraag op waarom een juridische tweedeling van het onderzoek wél nodig is als het om strafrechtelijke beboeting gaat. Van een 'wezenlijk', natuur-noodzakelijk onderscheid is kennelijk geen sprake.

332 Zie bijvoorbeeld A.B. Blomberg en F.C.M.A. Michiels, *Handhaven met effect*, Den Haag 1997, p. 248-249. Vergelijk O.J.D.M.L. Jansen, *Het handhavingsonderzoek*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, p. 9 e.v.

333 Zie Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht, *Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht, Vierde tranche*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, Memorie van Toelichting, p. 130: 'Er is dus uitdrukkelijk niet voor gekozen om in deze algemene regeling regels te stellen omtrent een "onderzoek" naar door bestuurlijke boeten te handhaven overtredingen, als een soort aparte "opsporingsfase" na het toezicht'. In een aantal bijzondere wetten wordt het 'boeteonderzoek' overigens wel onderscheiden van het 'toezicht'. Zie daarover O.J.D.M.L. Jansen, *a.w.*, p. 97 e.v.

c. 'Vroegsporing' geen 'toezicht'. In art. 13 Politiewet 1993 is bepaald dat de politie onder het gezag van de officier van justitie staat als zij optreedt 'ter strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde'. Onder die vorm van handhaving valt onomstreden ook het uitoefenen van repressief toezicht (surveillance). Van 'toezicht' in de zin van de Algemene wet bestuursrecht lijkt echter geen sprake. In elk geval kan art. 2 Politiewet bezwaarlijk gelden als een wettelijk voorschrift krachtens hetwelk de politie met het 'houden van toezicht' in de zin van art. 5:11 Awb is belast. De consequentie daarvan zou namelijk zijn, dat de politie over alle Awb-bevoegdheden beschikt.³³⁴ De conclusie lijkt te moeten zijn dat er sprake is van een voorfase die noch opsporing, noch toezicht is.

d. *Controlebevoegdheden in de opsporingsfase*. Controlebevoegdheden mogen mede worden aangewend ten behoeve van de opsporing. De jurisprudentie van de Hoge Raad op dit punt is door de Awb-wetgever gecontinueerd.³³⁵ Een en ander wijst erop dat toezicht en opsporing niet wezenlijk van elkaar verschillen, maar een gemeenschappelijk doel hebben, te weten de strafrechtelijke handhaving van de wet.

e. *Ruim opsporingsbegrip in de WED*. In de Wet Economische Delicten wordt volgens de Hoge Raad een ruimer opsporingsbegrip gehanteerd dan in het Wetboek van Strafvordering. Een concrete verdenking is niet nodig: het bestaan van 'aanwijzingen, dat een economisch voorschrift niet is nageleefd' is voldoende.³³⁶ De Awb-wetgever heeft daaraan niet willen tornen.³³⁷ Het gevolg is dat toezicht en opsporing elkaar op het gehele terrein van de economische regelgeving

334 Vergelijk O.J.D.M.L. Jansen, 'Toezicht, opsporing en de Algemene wet bestuursrecht', *D&D* 1994, p. 550 e.v. Jansen betoogt hier dat de wetgever het bereik van afdeling 5.2 (dat zich destijds in het voorontwerp-stadium bevond) moet aanpassen 'om te voorkomen dat de invoering van deze afdeling leidt tot een bijna onbeperkte toename van de overheidsbevoegdheden tot het controleren van de burger'. In zijn proefschrift (*a.w.*, p. 50) lijkt hij deze consequentie echter niet meer voor zijn rekening te willen nemen.

335 Zie *Kamerstukken II* 1994/95, nr. 5, p. 49 e.v. Volgens de regering mogen toezichthoudende bevoegdheden 'niet worden benut met het uitsluitende doel (strafbare) overtredingen vast te stellen met het oog op strafrechtelijke afdoening'. Dat het doel niet *uitsluitend* opsporing mag zijn, impliceert dat de bevoegdheden wel *mede* ter opsporing mogen worden aangewend. 'In aanmerking nemend dat het toezicht op de naleving deel uitmaakt van de handhaving in bredere zin, vloeit uit het bovenstaande niet voort dat ingeval (...) een (vermoedelijk) delict wordt geconstateerd geen toezichtsbevoegdheden meer mogen worden uitgeoefend of geen aansluitende opsporingsbevoegdheden mogen worden uitgeoefend'. De regering verwees daarbij naar HR 26 april 1988, *NJ* 1989, 390 m.nt. ThWvV (Controle door de FIOD-arrest; ook wel: haring en fijne zuurwaren-arrest). Vergelijk O.J.D.M.L. Jansen, *a.w.*, p. 174 e.v.

336 Zie HR 9 maart 1993, *NJ* 1993, 633 m.nt. ThWvV.

337 Zie *Kamerstukken* 1996/97, 21 565, nr. 3 (MvT), p. 11: 'deze wijzigingen beogen geen verandering te brengen in de voorwaarden waaronder de WED-bevoegdheden mogen worden uitgeoefend en zoals deze blijken uit de jurisprudentie (vgl. HR 9 maart 1993, *NJ* 1993, 633)'.
.

overlappen.³³⁸ De scheiding van taken is hier dus zelfs niet op papier gerealiseerd. En dat terwijl de handhaving van de onder de Wet Economische Delicten gebrachte wetten bij uitstek het terrein vormt waar 'opsporing' en 'toezicht' concurreren. De wetgever heeft de problemen die uit de overlap van taken zouden kunnen voortvloeien, gepoogd te voorkomen door de Awb-bevoegdheden en de WED-bevoegdheden zoveel mogelijk te harmoniseren.³³⁹ Die praktische oplossing onderstreept dat er tussen handhaving vóór verdenking en handhaving na verdenking geen wezenlijk verschil is.

f. Verruimd opsporingsbegrip in het Wetboek van Strafvordering. In het nieuwe art. 132a Sv is met het oog op de 'proactieve' opsporing een verruimd opsporingsbegrip geïntroduceerd (zie hiervoor, onder 2). Een redelijk vermoeden dat een strafbaar feit is begaan, is niet in alle gevallen nodig om van 'opsporing' te kunnen spreken. Deze verruiming van het opsporingsbegrip past niet in het dogmatische onderscheid tussen opsporing en controle, dat juist wel op een concrete verdenking als onderscheidend criterium is gebaseerd.³⁴⁰ Die verruiming ondergraaft daarbij ook de streep die in art. 1:6 Awb is getrokken. Sluit het daarin gehanteerde opsporingsbegrip nog wel aan bij het Wetboek van Strafvordering? Jansen meent dat met 'opsporing' in art. 1:6 Awb het klassieke opsporingsbegrip is bedoeld, en dat de latere invoering van art. 132a Sv daarin geen verandering kan brengen. Het gevolg is dat de Algemene wet bestuursrecht wél van toepassing is op de - in het Wetboek van Strafvordering geregelde - 'proactieve' opsporing.³⁴¹

g. Verkennend onderzoek in het Wetboek van Strafvordering. In het nieuwe art. 126gg Sv wordt een (summiere) regeling van het 'verkennend onderzoek' gegeven. Dit verkennend onderzoek gaat aan het in art. 132a Sv geregelde opsporingsonderzoek vooraf en levert dus geen 'opsporing' op. Toch lijkt ook geen sprake te zijn van het in de Algemene wet bestuursrecht geregelde toezicht. Er is met andere woorden weer sprake van een vorm van 'vroegsporing' die noch opsporing, noch toezicht is. Het bijzondere daarbij is dat die vroegsporing regeling heeft gevonden in het Wetboek van Strafvordering. Dat ondergraaft in nog sterkere mate het klassieke onderscheid tussen strafrecht en bestuursrecht dan de verruiming van het opsporingsbegrip (art. 132a Sv). Het argument dat wat aan de opsporing vooraf gaat, geen 'strafvordering' kan zijn en daarom in het wetboek niet thuis hoort,

338 Zie nader D.V.A. Brouwer, *Dwangmiddelen in bijzondere wetten*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 226 e.v.

339 Zie daarover D.V.A. Brouwer, *a.w.*, p. 227.

340 Opmerking verdient dat art. 132a Sv niet van 'opsporing' spreekt, maar van 'opsporingsonderzoek'. Uit niets blijkt evenwel dat de wetgever daarmee het door Cleiren gemaakte onderscheid (zie hiervoor, onder 2) heeft willen volgen.

341 O.J.D.M.L. Jansen, *a.w.*, p. 50.

lijkt zijn gelding te hebben verloren. Bovendien is ook hier de vraag hoe art. 1:6 Awb moet worden uitgelegd. Is de Algemene wet bestuursrecht op het verkennend onderzoek van toepassing nu dat onderzoek ook volgens het Wetboek van Strafvordering zelf niet tot de 'opsporing' kan worden gerekend?³⁴²

h. Controlebevoegdheid in het Wetboek van Strafvordering. In art. 552 Sv wordt aan de algemene opsporingsambtenaren van art. 141 Sv een bevoegdheid tot binnentreden gegeven zonder dat daarvoor de verdenking van een strafbaar feit is vereist. Dat past niet in een dogmatiek die het beginpunt van de opsporing, en daarmee van de strafvordering, bij zulk een verdenking legt. Toch kan art. 552 Sv moeilijk worden afgedaan als een misser van de wetgever, als een verdwaalde bepaling die bij toeval in het wetboek terecht is gekomen. Het valt namelijk niet mee om de bepaling elders onder te brengen. Het Wetboek van Strafrecht komt niet in aanmerking, omdat het artikel geen materieel recht bevat. De Politiewet is minder geschikt, omdat die wet geen betrekking heeft op alle in art. 141 Sv genoemde ambtenaren. Een aparte wet, met daarin één artikel, is vanuit een oogpunt van overzichtelijke regelgeving weinig aantrekkelijk. De inzichtelijkheid pleit er juist voor alle bevoegdheden waarover opsporingsambtenaren ten behoeve van de handhaving van de strafwet dienen te beschikken, in één samenhangende regeling onder te brengen.

Het lijkt bij de hier gesignaleerde discrepanties tussen het geldend recht en de heersende leer niet te gaan om plooiën die eenvoudig glad kunnen worden gestreken. Het gaat niet zozeer om wetstechnische onvolkomenheden, als wel om bewuste keuzen gebaseerd op zwaarwegende argumenten. Zo is niet 'per ongeluk' voor een verruiming van het opsporingsbegrip in het Wetboek van Strafvordering gekozen.

In de MvT wordt regeling van de bijzondere opsporingsmethoden in een aparte wet op de opsporing of in de Politiewet uitdrukkelijk afgewezen. Dit omdat de bevoegdheden ertoe strekken 'onderzoek te kunnen doen, met als doel de opheldering en afdoening van strafbare feiten'. Daarbij wordt erop gewezen dat bijzondere opsporingsmethoden 'in het verleden te vaak (zijn) ingezet ten behoeve van vage doelstellingen, zoals het ontmantelen van een criminele organisatie of het verbeteren van de informatiepositie van de rechtshandhavende autoriteiten'. Daaraan dient een eind te worden gemaakt. 'De voorgestelde verankering van de bijzondere opsporingsbevoegdheden in het Wetboek van Strafvordering beoogt ertoe bij te dragen dat deze bevoegdheden alleen worden ingezet ten behoeve van de opsporing'.³⁴³

342 Een bevestigend antwoord geeft Jansen, *a.w.*, p. 50.

343 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 3.

De binding van de 'proactieve' opsporing aan het *doel* van de strafvordering, rechtvaardigde dus de plaatsing in het wetboek. Daaraan kan toegevoegd worden dat juist de gemeenschappelijkheid van het doel het aantrekkelijk maakt om de 'proactieve' opsporing, de 'klassieke' opsporing en de vervolging in één regeling onder te brengen. Hoe bijvoorbeeld zou - als was gekozen voor een aparte wet op de opsporing - de grens tussen de beide vormen van opsporing enerzijds en de vervolging anderzijds moeten worden getrokken? Waar had de inzet van de rechter-commissaris als machtigingsrechter een plaats moeten krijgen? Soortgelijke afgrenzingsvragen hadden zich voorgedaan als alléén de 'proactieve' opsporing apart was geregeld. De mogelijkheid om bepaalde zaken gemeenschappelijk te regelen (zie thans Titel VB van Boek I) was er dan niet geweest. Aparte regeling in de Politiewet zou bovendien als nadeel hebben gehad dat de bijzondere opsporingsdiensten buiten de boot vielen. De Politiewet heeft immers op die diensten geen betrekking. Kortom, met een keuze voor regeling buiten het wetboek had de wetgever het zichzelf buitengewoon moeilijk gemaakt.

Zo ook lijkt bij de totstandkoming van afd. 5.2 Awb niet bij vergissing te zijn vastgehouden aan de gedachte dat toezichtbevoegdheden *mede* ten behoeve van de opsporing mogen worden aangewend. Het zou namelijk bijzonder onpraktisch zijn als het anders was. Dat brengt ons op een volgend punt. Is het onderscheid tussen opsporing en controle in de praktijk werkbaar? Is dat onderscheid functioneel, in die zin dat het bijdraagt aan de effectiviteit, de controleerbaarheid en de rechtmatigheid van de opsporing? Of is slechts sprake van een dogmatische constructie, die in de praktijk van de opsporing geen weerklank vindt?

11.1.3. De (dis)functionaliteit van het onderscheid

De discrepanties tussen de theorie en het geldende recht kunnen, zo bleek in de vorige paragraaf, moeilijk worden afgedaan als min of meer toevallige, eenvoudig te repareren onvolkomenheden. Zij lijken er veeleer op te wijzen dat de praktijk van de strafrechtspleging zich niet laat persen in het keurslijf van de theorie. De achterliggende, eigenlijke vraag is dus of het theoretische onderscheid tussen controle en opsporing wel praktische zin heeft. Aan de twijfel aan het realiteitsgehalte van dat onderscheid zal in deze paragraaf een gezicht worden gegeven. Er is namelijk inderdaad een aantal omstandigheden te noemen die erop wijzen dat het onderscheid in feite disfunctioneel is. Die aanwijzingen zullen hier puntsgewijs worden opgesomd.

a. Papieren onderscheid. Het onderscheid tussen repressieve controle en opsporing is in veel gevallen een papieren onderscheid. In de praktijk zijn de taken dikwijls niet gescheiden. Een ambtenaar die met het toezicht is belast, heeft dikwijls ook opsporingsbevoegdheid. Die bevoegdheidsaccumulatie ligt voor de hand als dat

toezicht een repressief karakter heeft, dat wil zeggen als het mede gericht is op de strafrechtelijke afdoening van geconstateerde wetsovertredingen. Het 'opsporen' van mogelijke overtredingen heeft weinig zin als van de opgespoorde overtredingen geen werk kan worden gemaakt. In theorie is denkbaar dat de toezichthouder zich beperkt tot het inschakelen van een opsporingsambtenaar als hij een overtreding constateert. Dat echter is in hoge mate onpraktisch, zeker als de repressieve controle de hoofdmoot van het werk van de toezichthouder vormt. Daarbij dient bedacht te worden dat, als de toezichthouder geen opsporingsbevoegdheid heeft, hij ook niet bevoegd is om in afwachting van het optreden van een wel bevoegde ambtenaar de nodige maatregelen te nemen. Hij mag de verdachte niet aanhouden en moet, omdat een inbeslagnemingsbevoegdheid ontbreekt, zelfs lijdzaam toezien dat deze het aanwezige bewijsmateriaal vernietigt. De 'praktische' oplossing is dan dat de toezichthouder niet in zijn eentje op pad gaat, maar zich steeds door een opsporingsambtenaar laat vergezellen. Erg groot is de scheiding tussen controle en opsporing dan echter niet meer.

Omgekeerd geldt dat aan iedere opsporing een 'voorfase' voorafgaat, waarin de opsporingsambtenaar moet vaststellen of sprake is van een vermoedelijk gepleegd strafbaar feit. De binding van een opsporingsonderzoek aan een verdenkingsvoorwaarde impliceert dat de opsporingsambtenaar moet onderzoeken of die verdenkingsvoorwaarde is vervuld. Opsporing zonder voorfase is dus ondenkbaar. Wel denkbaar is dat die voorfase zo beperkt mogelijk wordt gehouden. Voorgeschreven zou kunnen worden dat een opsporingsambtenaar niet op eigen initiatief onderzoek mag verrichten, maar dient af te wachten tot hij door een toezichthouder of een burger die aangifte doet, wordt ingeschakeld. Of een dergelijke passieve opstelling vanuit een oogpunt van effectieve wetshandhaving wenselijk is, is uiteraard de vraag.

b. Vloeiende overgang. In de praktijk lopen voorfase en opsporing vloeiend in elkaar over.³⁴⁴ Het moment waarop het gezonde wantrouwen van de agent plaats maakt voor een concrete verdenking, is bijna zelden precies aan te geven. Een probleem is dat niet. De vraag naar de aanwezigheid van een verdenking wordt namelijk 'praktisch gesproken' alleen gesteld in verband met de rechtmatigheid van concrete onderzoekshandelingen. De vraag is bijvoorbeeld of *op het moment van aanhouden* sprake was van een redelijke verdenking; de vraag is niet op welk moment die verdenking ontstond. Die laatste vraag mist zelfstandige betekenis.

344 Zie o.m. A.M. Franssen, 'Toezicht en opsporing; Het onduidelijk voortraject bij de publieke rechtshandhaving', *D&D* 1993, p. 99 e.v.; P.J.J. van Buuren, 'Toezicht en opsporing', *NJB* 1995, p. 867 e.v. en J.L.M. Bock, 'Bijzondere opsporingsmethoden na Van Traa', *D&D* 1997, m.n. p. 540 e.v.

De overgang van de voorfase naar de opsporingsfase is nog moeilijker te markeren als het onderzoek zich richt op een complex van feiten en (potentiële) verdachten. Het vermoeden dat een strafbaar feit is gepleegd, vormt dikwijls de aanleiding voor onderzoek naar mogelijke andere (nog niet ontdekte of zelfs nog niet gepleegde) strafbare feiten. De rechtgeaarde politieman beperkt zich niet tot het vermoedelijk gepleegde feit, maar onderzoekt of er meer aan de hand is. Zo wordt de verdachte uitgenodigd om schoon schip te maken. Veel opsporingsonderzoeken hebben dan ook een 'gemengd' karakter. Dat is in het bijzonder het geval bij onderzoek naar criminele organisaties. De bedoeling is daarbij vaak om de 'boeven' (ten aanzien van wie vaak gefundeerde verdenkingen bestaan) te 'vangen' op toekomstige strafbare feiten. Aan het 'proactieve' onderzoek gaat dan dus een verdenking vooraf.

c. Geen wezenlijk verschil in normering. Aan toezichthouders en aan opsporingsambtenaren zijn bijzondere bevoegdheden toegekend, die onderling verschillen vertonen. Zo kunnen alleen opsporingsambtenaren beschikken over de (aan verdenkingsvoorwaarden gebonden) bevoegdheden uit het Wetboek van Strafvordering. Er zijn echter ook de nodige overeenkomsten, met name tussen de opsporingsbevoegdheden uit de Wet Economische Delicten en de toezichtbevoegdheden uit de Algemene wet bestuursrecht. Hier van belang is vooral dat controle en opsporing uit meer bestaan dan het uitoefenen van dwangmiddelen. Kijkt men alleen naar die overige onderzoeksactiviteiten, dan lijkt van een wezenlijk verschil in normering geen sprake te zijn.³⁴⁵ Opsporing en controle worden beheerst door dezelfde verdragsrechtelijke eisen (zoals privacybescherming) en door dezelfde ongeschreven beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. De beginselen van behoorlijk bestuur maken plaats voor de beginselen van een goede procesorde zodra zich een verdenking aandient, maar dat is niet veel meer dan een verschil in terminologie. Aandacht verdient ook dat voor de verschillen in normering die er nog wel zijn, moeilijk een goede grond valt aan te wijzen. Waarom bijvoorbeeld zou de verbaliseringsplicht (art. 152 Sv) niet hebben te gelden voor de proactieve fase?³⁴⁶ Waarom zou de repressieve controle door de politie wel onder het gezag van de officier van justitie moeten staan (art. 13 Politiewet 1993) en de repressieve controle door een bijzondere opsporingsdienst niet?

d. Garantiefunctie uitgehold. Oorspronkelijk vervulde het beperkte opsporingsbegrip een zekere garantiefunctie. De achterliggende gedachte was dat de politie en de justitie zich terughoudend dienden op te stellen. Zij moesten afwachten tot zich een concrete verdenking aandienende in de vorm van een aangifte of een

345 Vergelijk O.J.D.M.L. Jansen, *a.w.*, m.n. p. 223 e.v.

346 Vergelijk HR 19 december 1995, *NJ* 1996, 249 m.nt. Sch (r.o. 11).

betrapping op heterdaad. Deze passieve opstelling bracht mee dat de burger gevrijwaard bleef van mogelijk belastend onderzoek zonder dat daarvoor een duidelijke aanleiding bestond. Die garantiefunctie van het beperkte opsporingsbegrip is echter in de loop van de tijd verloren gegaan. Dat opsporingsdiensten actief onderzoek verrichten naar mogelijke strafbare feiten, is inmiddels volledig geaccepteerd. Het gaat daarbij allang niet meer alleen om de controle op de naleving van bijzondere wetten, maar ook om de bestrijding van commune criminaliteit. Men denke bijvoorbeeld aan de surveillance op internet naar kinderporno. Het onderzoek van de commissie-Van Traa heeft laten zien dat de garantiefunctie van het beperkte opsporingsbegrip gemakkelijk in haar tegendeel kan omslaan. Het argument dat 'proactief' optreden geen opsporing maar bestuur was, werd gebruikt om het onderzoek buiten het zicht van de strafrechter (en vaak ook buiten dat van het OM) te verrichten. Juist het inzicht dat voor proactief optreden dezelfde rechtsstatelijke principes van openheid en controleerbaarheid hebben te gelden, leidde tot een verruiming van het opsporingsbegrip.

11.1.4 Precisering van de vraagstelling

Uit het voorgaande blijkt dat er goede redenen zijn om aan de houdbaarheid van het bestaande onderscheid tussen opsporing en controle te twijfelen. Het geldende recht is verre van eenduidig en er zijn sterke aanwijzingen dat het gemaakte onderscheid disfunctioneel is. In dat licht kan het hiervoor (onder 3) gesignaleerde gebrek aan duidelijkheid worden begrepen. Geen wonder dat de opvattingen in de literatuur sterk uiteenlopen. Het is zeer de vraag of er een consistente theorie valt te ontwikkelen die het geldende recht op een bevredigende wijze kan verklaren.

Dat het gebrek aan duidelijkheid alles te maken heeft met de onheldere functie van het onderscheid tussen controle en opsporing, kan worden geïllustreerd aan de hand van het nieuwe art. 132a Sv. De vraag is namelijk wat de functie is van het in dat artikel omschreven opsporingsbegrip. Is bedoeld het opsporingsonderzoek te *normeren*, zodat opsporing anders dan onder leiding van de officier van justitie niet is toegelaten, en proactieve opsporing naar andere misdrijven dan in art. 67 eerste lid Sv zijn omschreven, onrechtmatig is? Of is bedoeld de opsporingstaak *af te grenzen* van andere taken, die niet strafvorderlijk zijn genormeerd? In dat geval is opsporing zonder verdenking (repressieve controle) en proactief onderzoek dat niet aan de gespecificeerde verdenkingsvoorwaarde voldoet niet onrechtmatig, maar dient dat onderzoek op art. 2 Politiewet 1993 te worden gebaseerd. De wetgever lijkt hier op beide gedachten te hebben willen hinken. Aan de ene kant wilde hij kennelijk afgrenzen: aan de rechtmatigheid van repressieve controle bedoelde hij niet te tornen. Aan de andere kant is onmiskenbaar sprake van normering. De invlechting van de leiding van de officier van justitie in de definitie

van het opsporingsonderzoek bedoelt tot uitdrukking te brengen dat alle opsporing onder leiding van het OM behoort plaats te hebben. De bedoeling kan niet zijn geweest de 'opsporing' die door de politie op eigen houtje wordt verricht, buiten het bereik van het Wetboek van Strafvordering te houden. De (absurde) consequentie daarvan zou immers zijn dat de waarborgen waarmee dat wetboek de opsporing omringt (zoals het vereiste van een opsporingsbevoegdheid en de verbaliseringsplicht), toepassing missen als men zich aan het gezag van de officier van justitie onttrekt.

Die dubbelzinnige functie van de grens tussen opsporing en controle vertroebelt ook de discussie in de rechtsgeleerde literatuur.³⁴⁷ De normeringsvraag en de afgrenzingsvraag lijken daarin voortdurend door elkaar te lopen. De vraag onder welke (verdenkings)voorwaarden onderzoek van overheidswege naar (mogelijk) gepleegde strafbare feiten aanvaardbaar is (en met welke waarborgen dergelijk onderzoek dient te zijn omringd), loopt geruisloos over in de vraag onder welk wettelijk regime de op zich toelaatbaar geachte vormen van onderzoek moeten worden gerubriceerd. Maar dat is nog niet alles. De discussie wordt ook nog eens vertroebeld doordat de vraag naar de precieze afbakening van de opsporingstaak onvoldoende wordt onderscheiden van de vraag naar de verhouding tussen strafrecht en bestuursrecht. Doorgaans wordt als vanzelfsprekend aangenomen dat de grens tussen controle en opsporing samenvalt met de grens tussen de beide rechtsgebieden.

Dat alles is begrijpelijk zolang het gaat om een discussie over het geldende recht. In een discussie over de grondslagen van het toekomstige recht echter, kan niet uitgegaan worden van een vooropgezet onderscheid tussen strafrecht en bestuursrecht. Dat wordt onderstreept door de bevindingen in het eerste deelrapport.³⁴⁸ Daarin werd betoogd dat het strafrecht en het bestuursrecht veel gemeen hebben en dat gemeenschappelijke regeling van bepaalde onderwerpen dan ook niet op voorhand kan worden uitgesloten. Er behoeft dan ook geen grens te worden getrokken tussen de beide rechtsgebieden. Het optreden van politie en

347 Er bestaat inmiddels een bijna onoverzienbare zee aan literatuur over dit onderwerp. Hier wordt volstaan met een kleine en betrekkelijk willekeurige greep daaruit. Zie naast de reeds genoemde werken onder meer P.J.J. van Buuren, 'Toezicht en opsporing' in: J.P. Balkema & C.J.C.F. Fijnaut, *De politieële handhaving van strafwetgeving*, Lochem: J.B. van den Brink 1986, p. 66 e.v.; J.M. Reijntjes, *Boef of burger? Over de relatie tussen toezicht en opsporing*, Arnhem: Gouda Quint 1989; J.M. Reijntjes, 'Het begrip opsporing', *D&D* 1997, p. 213 e.v.; P.J. Wattel, *Fiscaal straf- en strafprocesrecht* (tweede druk), Deventer 1989, m.n. p. 319 e.v.; G. Knigge, 'Van opsporing en strafvordering', *D&D* 1990, p. 195 e.v.; P.A.M. Mevis, 'Van opsporing, strafvordering en legaliteit', *D&D* 1990, p. 936 e.v.; Y. Buruma, *De strafrechtelijke handhaving van bestuurswetten*, Arnhem: Gouda Quint, m.n. p. 187 e.v.; J.L.M. Boek, *Organisatie, functie en bevoegdheden van politie in Nederland*, Arnhem/Antwerpen: Gouda Quint/Kluwer 1995; J. Naeyé, *Het politieel vooronderzoek in strafzaken*, Arnhem: Gouda Quint 1995; A.B. Blomberg, *Integrale handhaving van milieurecht* (diss. VU), Amsterdam 2000, p. 193 e.v.

348 Deelrapport 1, 'De verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht' (G. Knigge), in het bijzonder par. 4, 5 en 8.

justitie kan gezien worden als bestuursrecht *voorzover* het daarbij gaat om het optreden van bestuursorganen. Het Wetboek van Strafvordering en de Algemene wet bestuursrecht kunnen dan ook in de toekomst geconstrueerd worden als regelsystemen die elkaar ten dele overlappen. Dat kan betekenen dat ook de klassieke opsporing - het optreden na verdenking - deels wordt beheerst door regels van bestuursrecht.

In het onderstaande - waarin gezocht zal worden naar een heldere systematiek voor het toekomstige recht - zal gepoogd worden de verschillende vragen zoveel mogelijk uit elkaar te houden. De vraag die eerst moet worden beantwoord, is die naar de afbakening van taken. De art. 141 en 142 Sv belasten opsporingsambtenaren met de opsporing. Op grond van art. 2 jo. 13 Politiewet 1993 zijn politieambtenaren belast met de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. Toezichthouders ten slotte zijn belast met het houden van toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften (vgl. art. 5:11 Awb). De vraag is of er goede redenen zijn deze taken van elkaar te onderscheiden en zo ja, hoe dat onderscheid dan dient uit te vallen. Meer in het bijzonder is de vraag of er goede redenen zijn om het optreden na verdenking als een aparte taak in de wet te regelen. Die goede redenen dienen daarbij te worden ontleend aan een eventueel verschil in aard of karakter van de taak, niet aan een *vooropgezet* verschil in (strafvorderlijke en bestuursrechtelijke) normering. Het kan zijn dat het eigen karakter van de taak om een apart regime van normering vraagt - zodat daarin een reden is gelegen om die taak af te grenzen ten opzichte van andere taken - maar dat moet dan wel worden beargumenteerd.

Die (eerste) vraag staat in het navolgende centraal. Gepoogd zal worden de opsporingstaak op inhoudelijke gronden af te bakenen. In paragraaf 12 zal vervolgens ingegaan worden op de vraag hoe de uitoefening van die opsporingstaak dient te worden genormeerd. In paragraaf 13 ten slotte zal antwoord gegeven worden op de vraag *waar* de opsporingstaak dient te worden geregeld: in het Wetboek van Strafvordering, in de Politiewet of in een aparte wet op het toezicht en de opsporing?

Als gezegd, zijn er gegronde redenen om aan het *bestaande* onderscheid tussen opsporing en toezicht te twijfelen. Dat onderscheid lijkt disfunctioneel, met ondoorzichtige regelgeving als gevolg. Daarmee is niet gezegd dat in het geheel geen onderscheid tussen opsporing en toezicht dient te worden gemaakt. Zo is een zwaarwegende reden om onderscheid te blijven maken tussen de opsporingstaak en toezichthoudende taken gelegen in het gezag over de uitoefening van die taken. Opsporing dient onder leiding te staan van de officier van justitie. Als er geen wettelijk onderscheid tussen de beide taken zou bestaan (zodat elke vorm van toezicht 'opsporing' oplevert) zou ook de zogenaamde preventieve controle onder het gezag van de officier van justitie vallen. Die uitbreiding van de macht van het

OM zou onzinnig zijn. Met het preventief toezicht, dat per definitie niet is gericht op strafrechtelijke handhaving, heeft het OM immers niets te maken.

De vraag is derhalve hoe op zinvolle wijze onderscheid kan worden gemaakt tussen de opsporings- en de controletaak. In het navolgende zal worden onderzocht of dit onderscheid gevonden kan worden in het *doel* van het onderzoek.³⁴⁹ In deze benadering levert elk van overheidswege uitgevoerd onderzoek dat is gericht op - in de woorden van art. 132a Sv - 'het nemen van strafvorderlijke beslissingen', opsporing op. Als de controle op de naleving van wettelijke regels *niet* is gericht op de strafrechtelijke handhaving van de wet, is sprake van het in de Algemene wet bestuursrecht geregelde toezicht.

11.2 De heersende leer: de argumenten gewogen

De vraag is of voor het bestaande onderscheid in taken goede, inhoudelijke redenen zijn aan te wijzen. Om die vraag te beantwoorden zullen de verschillende argumenten die daarvoor zijn aangedragen of daarvoor zouden kunnen worden aangedragen, aan een onderzoek worden onderworpen. De analyse is mede gericht op de vraag of, als het bestaande onderscheid niet overtuigt, op andere wijze onderscheid kan worden gemaakt tussen opsporing en controle.

a. *Geen twee petten op één hoofd.* In de literatuur is wel gesteld dat opsporing en controle strikt gescheiden zouden moeten zijn, ook in personele zin.³⁵⁰ Daarbij wordt vaak gewezen op het gevaar van misbruik van bevoegdheden en in het bijzonder op de doorkruising van het zwijgrecht van de verdachte door de inlichtingenplicht die op de gecontroleerde burger rust. Op die argumenten zal aanstonds afzonderlijk worden ingegaan. Als zelfstandig argument heeft de één-man-één-petgedachte echter weinig inhoud.

Het onderscheid tussen opsporing en controle is als gezegd vooral een papieren onderscheid (hiervoor, onder 11.1.3). Tot een daadwerkelijke scheiding van petten heeft het niet geleid. Naar wij zagen, zijn daarvoor 'praktische' redenen aan te voeren. Die praktische redenen vertegenwoordigen een respectabel belang, namelijk dat van een effectieve en efficiënte wetshandhaving. In dat licht klemmt de vraag *waarom* de controletaak en de opsporingstaak strikt gescheiden zouden moeten zijn. Een te respecteren belang van de (mogelijk in overtreding zijnde) burger lijkt

349 Op het doel van de waarheidsvinding als onderscheidend criterium tussen opsporing en controle is onder meer gewezen door Buruma, *a.w.*, p. 192 e.v. Vergelijk Blomberg (*a.w.*, p. 196 e.v.), die veel gewicht toekent aan de *keuze* voor een bepaald handhavingstraject.

350 Zie bijvoorbeeld J. Wortel, 'Fishy business? Geen vangstbeperkingen voor fiscale rechercheurs', *D&D* 1989, p. 120 e.v. Vergelijk E. Alders, 'De handhaving van het bestuursrecht via toezicht en de gemiste kans van de derde tranche Algemene wet bestuursrecht', *NTB* 1995, p. 25 e.v.

met die scheiding niet te zijn gemoeid. Men kan toch niet zeggen dat die burger aanspraak heeft op ineffectieve wetshandhaving.

Opmerking verdient dat het nog maar de vraag is of de twee taken werkelijk zoveel van elkaar verschillen. De overeenkomst is dat zij beide gericht zijn op de handhaving van de wet. In het bijzonder voor de repressieve controle en de opsporing geldt dat zij in elkaars verlengde liggen en dat beide vallen onder de noemer van de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. Het is juist die grote onderlinge overeenkomst die een opdeling in afzonderlijke taken inefficiënt en ineffectief maakt.

b. Inlichtingenplicht contra zwijgrecht. Een scheiding van opsporings- en controletaken zou nodig zijn omdat in de controlefase op de burger een inlichtingenplicht rust, terwijl de verdachte in de opsporingsfase het recht heeft om te zwijgen. De vraag is echter of voor de oplossing van dit probleem een scheiding van onderzoekstaken nodig is. De vraag is ook of die scheiding een afdoende oplossing zou bieden.

Illustratief is hier de voorgestelde regeling in de Algemene wet bestuursrecht, waarin als gezegd geen onderscheid wordt gemaakt tussen handhavingsonderzoek en boeteonderzoek (hiervoor, onder 11.1.2). Toch wijkt de inlichtingenplicht voor het zwijgrecht als de betrokkene als 'verdachte' wordt gehoord.³⁵¹ Ook zonder scheiding van taken kan, zo blijkt hier, bereikt worden dat het zwijgrecht van degene die wordt gehoord met het oog op de oplegging van een punitieve sanctie, wordt gerespecteerd. Opsporing en controle kunnen heel wel in één hand zijn verenigd, mits maar de rechten van de verdachte worden geëerbiedigd.³⁵² Nu zou tegengeworpen kunnen worden dat die eerbiediging meer theorie dan praktijk is omdat geen rekening wordt gehouden met mogelijk misbruik. Doordat de onderzoekende ambtenaar zowel met controle (het handhavingsonderzoek) als met opsporing (het boeteonderzoek) is belast, wordt hij gemakkelijk in de verleiding gebracht om het moment waarop bij hem de redelijke verdenking heeft postgevat, zo laat mogelijk in de tijd te plaatsen, waardoor in feite aan het zwijgrecht van de verdachte tekort wordt gedaan. Die tegenwerping is niet zonder gewicht. Bedacht dient echter wel te worden dat alleen een papieren scheiding van taken hier geen soelaas biedt. En de vraag is of de nadelen van een feitelijke scheiding van taken

351 Zie het voorgestelde art. 5.0.11 lid 1 Awb: 'Degene die aan een handeling van het bestuursorgaan redelijkerwijs de gevolgtrekking kan verbinden dat aan hem een bestuurlijke sanctie, niet zijnde een herstelsanctie, zal worden opgelegd, is niet langer verplicht ten behoeve van deze oplegging inlichtingen omtrent de overtreding te verstrekken'. Of het zwijgrecht in deze bepaling gelukkig is vorm gegeven, kan hier onbesproken blijven. Vergelijk Deelrapport I, 'De verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht', (G. Knigge), onder 6.

352 Vergelijk HR 26 april 1988, *NJ* 1989, 390 (Controle door de FIOD). De in dit arrest gekozen oplossing verschilt niet wezenlijk van de constructie waarvoor in het ontwerp vierde tranche Awb is gekozen.

opwegen tegen het voordeel dat mogelijk misbruik wordt voorkomen. Daarbij zij nog opgemerkt dat het moment waarop iemand als verdachte wordt aangemerkt, niet altijd samenvalt met het moment waarop het boeteonderzoek of de opsporingsfase aanvangt. De opsporing begint immers als het redelijk vermoeden rijst dat een strafbaar *feit* is begaan.³⁵³ Een verdachte behoeft er nog niet te zijn. Ook in de opsporingsfase kan de onderzoekende ambtenaar dus in de verleiding worden gebracht bij het horen van potentiële verdachten het geven van de cautie op oneigenlijke gronden uit te stellen.³⁵⁴ Een strikte scheiding van controle en opsporing voorkomt dat niet.

Bij dit alles komt dat eerbiediging van het zwijgrecht ook op andere en zelfs fraaiere wijze kan worden gerealiseerd dan door een opdeling van taken. Ook de meest stringent doorgevoerde taakscheiding voorkomt niet dat inlichtingen die de nog niet verdachte burger aan de controlerende ambtenaar moest verstrekken, in het latere strafproces als bewijs tegen hem worden gebruikt. Die inlichtingen zijn dan immers rechtmatig verkregen. Toch is de vraag of een dergelijk gebruik zich verdraagt met het nemo tenetur-beginsel zoals dat in art. 6 EVRM is neergelegd. Uit het arrest Saunders (EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 699 m.nt. Kn) zou afgeleid kunnen worden dat dit niet het geval is. In een discussie over het wenselijke, toekomstige recht kan in het midden blijven hoever het Saunders-arrest precies reikt. De Nederlandse wetgever kan immers verder gaan dan waartoe Straatsburg verplicht. De introductie in het Nederlandse recht van de regel dat inlichtingen die een burger verplicht was te verstrekken, nimmer in een strafzaak tegen hem mogen worden gebruikt, zou in elk geval *in de lijn* van het Saunders-arrest liggen.³⁵⁵ De winst die met die regel wordt geboekt, is niet alleen dat de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel wordt vergroot (ook volstrekt rechtmatig verkregen informatie wordt van het bewijs uitgesloten), maar ook dat eventueel misbruik effectief wordt bestreden. Het oprekken van de controlefase is dan immers geen lonende strategie meer. Het is dan juist in het belang van het strafrechtelijk

353 Het misverstand dat de opsporing begint als er een verdenking in de zin van art. 27 Sv is, is begrijpelijk vanuit het perspectief van de controlerend ambtenaar. De controle richt zich doorgaans al op bepaalde personen, zodat de ontdekking van onregelmatigheden die personen tot verdachten maakt. Het vermoeden van een strafbaar feit valt dan samen met de redelijke verdenking van 27 Sv. In het traditionele opsporingsonderzoek echter impliceert de ontdekking van een strafbaar feit allerminst dat er een verdachte is.

354 Op niet-verdachten blijft in de opsporingsfase naar geldend recht een eventuele spreekplicht rusten. Hetzelfde geldt volgens het voorgestelde art. 5.0.11 Awb tijdens het boeteonderzoek: de spreekplicht wordt niet opgeheven als de betrokkene alleen een herstelsanctie te vrezen heeft. Een en ander zou anders zijn in een stelsel waarin geldt dat controlebevoegdheden nooit in de opsporingsfase (in het boeteonderzoek) mogen worden gebruikt. Zie daarover aanstonds.

355 Hoe rigoureuze die regel zou moeten worden doorgevoerd, kan hier in het midden blijven. Aan enige nuancering zal vermoedelijk niet zijn te ontkomen. Zie bijvoorbeeld HR 22 juni 1999, *NJ* 1999, 648.

onderzoek om de burger in een zo vroeg mogelijk stadium van zijn inlichtingenplicht te ontheffen.

De heersende leer zoekt de eerbiediging van het nemo tenetur-beginsel in de fasering van het onderzoek (en in een daaraan gekoppelde scheiding van taken). De 'post Saunders-oplossing'³⁵⁶ getuigt van een andere benadering. In die benadering staat niet de fase van het onderzoek centraal, maar het doel van het onderzoek. Inlichtingenplichten mogen niet voor punitieve doeleinden worden gebruikt. Het gebruik van de verplicht verstrekte informatie wordt daarom tot niet-punitieve doelen beperkt. Daar staat tegenover dat de inlichtingenplicht niet wordt opgeheven als weliswaar de verdenking van een strafbaar feit is gerezen, maar de betrokkene niet 'als verdachte' wordt gehoord. Als het doel van het onderzoek uitsluitend gericht is op de oplegging van een reparatoire bestuurlijke sanctie, is het zwijgrecht immers niet in het geding.

c. Geen controlebevoegdheden in de opsporingsfase. Betoogd zou kunnen worden dat het onderscheid tussen controle en opsporing nodig is om te voorkomen dat controlebevoegdheden worden gebruikt ten behoeve van de opsporing. Om te beginnen zij opgemerkt dat dit argument als onderbouwing van het geldende recht weinig overtuigend is. Het bestaande onderscheid tussen opsporing en controle heeft, zoals wij onder 11.1.2 reeds zagen, er niet toe geleid dat controlebevoegdheden uitsluitend ter controle mogen worden aangewend. Volgens de Hoge Raad mogen dergelijke bevoegdheden mede voor de opsporing worden gebruikt. Bij de totstandkoming van de Algemene wet bestuursrecht heeft de wetgever zich daaraan geconformeerd. Daarbij komt nog, dat de toezichtbevoegdheden uit de Algemene wet bestuursrecht als twee druppels water lijken op de opsporingsbevoegdheden uit de Wet Economische Delicten. De overgang van de ene naar de andere fase leidt hier dus niet tot een vermindering in bevoegdheden.

Ten principale is het de vraag waarom controlebevoegdheden niet meer zouden mogen worden gebruikt als een concrete verdenking is ontstaan. In het algemeen geldt dat een verdenking juist ingrijpender bevoegdheden rechtvaardigt. Er mag dus eerder méér dan minder. Het argument dat het gebruik van controlebevoegdheden détournement de pouvoir oplevert, berust welbeschouwd op een *petitio principii*. Het is immers maar de vraag of de controle een ander doel dient dan de opsporing. Het doel is veeleer gemeenschappelijk: de controle en de opsporing dienen beide de handhaving van de rechtsorde. Dat geldt in het bijzonder voor het repressieve toezicht, de proactieve opsporing en de 'gewone' opsporing. Het gemeenschappelijk doel is hier steeds de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde.

356 Die overigens al werd verdedigd door P.J. Wattèl, *De reikwijdte van fundamentele rechten in belastingzaken*, preadvies NJV 1995, Zwolle: Kluwer 1995, m.n. p. 214 e.v.

Daarmee is niet gezegd dat het doel steeds hetzelfde is. Niet ondenkbaar is met name dat bevoegdheden uitsluitend met het oog op de uitoefening van preventief toezicht en de bestuurlijke afdoening van geconstateerde onregelmatigheden zijn gegeven. Dat is tot op zekere hoogte met de toezichtbevoegdheden in afd. 5.2 Awb het geval: deze dienen primair een bestuursrechtelijk doel en zij mogen dan ook niet *uitsluitend* ten behoeve van de opsporing worden gebezigd. Omgekeerd mogen bevoegdheden die een strafvorderlijk doel dienen, niet ingezet worden in een bestuurlijk 'traject'. De conclusie kan zijn dat de wetgever het in zijn macht heeft om het doel waarvoor de bevoegdheid is gegeven, te specificeren. Als hij het ongewenst acht dat een controlebevoegdheid ter opsporing wordt gebezigd, kan hij die bevoegdheid binden aan een exclusief bestuurlijk doel. Een scheiding van taken is daarvoor niet nodig.

Tussen de regels schemert een andere, van de heersende leer afwijkende benadering. Daarin ligt het accent niet op de aan de bevoegdheid gestelde *voorwaarden* (wel of geen verdenking), maar op het *doel* waarvoor de bevoegdheid is gegeven. Wellicht levert dat doel een onderscheidend criterium op dat zinvol is. Bevoegdheden die (uitsluitend) zijn gegeven ten behoeve van de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, zouden kunnen worden onderscheiden van bevoegdheden die (uitsluitend) zijn gegeven ten behoeve van de bestuursrechtelijke handhaving.

d. Geen opsporingsbevoegdheden in de controlefase. Het uit elkaar trekken van de controletaak en de opsporingstaak zou ertoe kunnen bijdragen dat opsporingsbevoegdheden niet ter controle worden aangewend. Vooropgesteld zij dat er goede redenen zijn om het gebruik van bepaalde (ingrijpende) bevoegdheden te beperken tot de opsporingsfase. De wetgever kan dat eenvoudig bewerkstelligen door de desbetreffende bevoegdheid aan een verdenkingsvoorwaarde te binden. Een scheiding van taken is daarvoor niet nodig. Daartegen zou aangevoerd kunnen worden dat die scheiding nodig is om misbruik te voorkomen. Als de opsporingsambtenaar ook met de controle is belast, is de kans aanwezig dat hij met de verdenkingsvoorwaarde de hand licht om zijn controletaak te vergemakkelijken. Hier geldt in grote lijnen wat ook reeds onder (b) is opgemerkt. Ten eerste: een scheiding van taken op papier voorkomt het misbruik niet. Ten tweede: de kans op misbruik kan een feitelijke scheiding van taken, gelet op de daaraan verbonden nadelen, niet rechtvaardigen. Ten derde: het begin van de opsporing valt ook in de heersende leer niet altijd samen met de vervulling van de (gespecificeerde) verdenkingsvoorwaarde.

Aan dit alles kan nog het volgende worden toegevoegd. Een verdenkingsvoorwaarde is niet de enige voorwaarde die aan het gebruik van een bepaalde opsporingsbevoegdheid wordt gesteld. Er zijn ook andere voorwaarden, waarmee eveneens de hand kan worden gelicht. Het geldende recht kent een aantal waarborgen dat dergelijk misbruik moet tegengaan, zoals de eindverantwoordelijk-

heid van de officier van justitie, de verbaliseringsplicht, eventuele rechterlijke toetsing vooraf en de controle achteraf door de zittingsrechter. De vraag is waarom dit stelsel van waarborgen opeens niet meer toereikend zou zijn als het om een verdenkingsvoorwaarde gaat. Een goede reden om dit type voorwaarden op andere voet te behandelen dan andere, is moeilijk te geven. Daarbij zij nog opgemerkt dat een beperking van de opsporingstaak tot optreden na verdenking, het probleem maar ten dele oplost. Die beperking vergt immers de vervulling van een verdenkingsvoorwaarde. Hoe moet worden voorkomen dat met die verdenkingsvoorwaarde niet de hand wordt gelicht?

e. Geen bijzondere controlebevoegdheden in handen van de reguliere politie. Het lijkt Aler 'niet onwaarschijnlijk' dat de beperkte interpretatie die sinds het einde van de jaren zestig door het ministerie van justitie aan de opsporingstaak is gegeven, is ingegeven 'door de overvloed aan controletaken en -bevoegdheden die (...) in handen van de algemene politie werden gesteld'.³⁵⁷ Het onderscheid tussen toezicht en opsporing maakt inderdaad mogelijk, dat de politie wél met de opsporing is belast (en op grond van art. 2 Politiewet 1993 ook een zekere controletaak heeft), maar daarbij niet beschikt over de specifieke bevoegdheden uit de Algemene wet bestuursrecht. Zij is namelijk in de regel niet met het 'toezicht' belast.

De achterliggende gedachte lijkt te zijn, dat de controle op de naleving van bijzondere wetten de primaire verantwoordelijkheid van de desbetreffende bijzondere opsporingsdienst is. Dit mede omdat die controle niet alleen, en misschien ook wel niet in de eerste plaats, gericht is op de strafrechtelijke handhaving van de wetgeving. Die controle omvat mede het bestuurlijke, preventieve toezicht.³⁵⁸ Om die specifieke verantwoordelijkheid waar te maken, dient de bijzondere opsporingsdienst te beschikken over bijzondere bevoegdheden, die de politie, met haar meer algemene surveillancetaak, niet nodig heeft. Het verschil in bevoegdheden berust zogezien op een zekere taakverdeling tussen de reguliere politie en de bijzondere diensten, maar het is goed om op te merken dat die taakverdeling niet parallel loopt met het onderscheid tussen controle en opsporing. De bijzondere opsporingsdiensten zijn immers ook met de opsporing belast, terwijl de politie een controletaak heeft op grond van de Politiewet.

De achterliggende gedachte is wellicht mede, dat bijzondere bevoegdheden in handen van algemene opsporingsambtenaren gemakkelijk tot misbruik kunnen leiden. Het niet uit de lucht gegrepen voorbeeld is hier de in scene gezette verkeerscontrole teneinde de auto op drugs te onderzoeken. Het gevaar van misbruik

357 G.P.A. Aler, *a.w.*, p. 136.

358 Zie voor de eigen plaats van de bijzondere diensten in het handavingspalet Y. Buruma, *a.w.*, p. 145 e.v. Totl de taak van deze diensten behoort ook de terugkoppeling van de regelgeving naar het bestuur (feedback) en de informatievoorziening aan de burgers.

is minder groot als de bijzondere bevoegdheid berust bij een buitengewoon opsporingsambtenaar, omdat de taak van die ambtenaar zich beperkt tot de wet waarvoor de bevoegdheid is gegeven. Maar ook hier moet worden opgemerkt dat het gemaakte onderscheid (tussen algemeen en bijzonder) niet parallel loopt met het onderscheid tussen opsporing en controle. Bijzondere *opsporings*bevoegdheden kunnen immers evenzeer door de politie voor een ander doel worden gebruikt dan waarvoor zij zijn gegeven.

Niet ontkend wil zijn, dat een concentratie van bevoegdheden in handen van de politie onnodig en onwenselijk is. Daarbij moet echter wel worden opgemerkt dat het hier gaat om een relatief bezwaar, niet om een absoluut bezwaar. Dat bezwaar moet met andere woorden worden afgewogen tegen andere belangen, meer in het bijzonder tegen het belang van een effectieve wetshandhaving. Het geldende recht laat dan ook geen strikte scheiding tussen 'algemeen' en 'bijzonder' zien. Zo kan erop gewezen worden dat buitengewoon opsporingsambtenaren niet zelden over een algemene opsporingsbevoegdheid beschikken, zodat *détournement* de *pouvoir* ook hier op de loer ligt. Bovendien beschikt de politie niet alleen over tal van bijzondere opsporingsbevoegdheden, maar niet zelden ook over bijzondere controlebevoegdheden. Men denke aan het 'stopbevel' van art. 160 WvW 1994 en aan art. 552 Sv. Men denke ook aan de opsporingsbevoegdheden die in de Wet Economische Delicten aan de politie zijn gegeven. Deze bevoegdheden verschillen, door het ruime opsporingsbegrip dat in die wet wordt gehanteerd, maar weinig van controlebevoegdheden.

Over de vraag of er te veel bevoegdheden bij de politie zijn geconcentreerd, kan verschillend worden geoordeeld. Hier is vooral van belang dat voor het tegengaan van een dergelijke machtsconcentratie een onderscheid tussen controle en opsporing niet nodig is. Men kan de toekenning van controlebevoegdheden immers beperken tot bepaalde categorieën ambtenaren. Wetstechnisch gesproken, is het een koud kunstje om bijzondere controlebevoegdheden alleen toe te kennen aan ambtenaren werkzaam bij bijzondere opsporingsdiensten. Hetzelfde geldt met betrekking tot bijzondere *opsporings*bevoegdheden. Ook die kunnen als gezegd misbruikt worden. Het spreekt bijvoorbeeld geenszins vanzelf dat de WED-bevoegdheden ook zijn toegekend aan alle bij of krachtens art. 141 Sv aangewezen ambtenaren. De conclusie is dat een ruime omschrijving van de opsporingstaak er niet toe dwingt aan alle opsporingsambtenaren dezelfde bevoegdheden toe te kennen. Differentiatie blijft mogelijk.

f. Niet alle toezichthouders behoeven met de opsporing te worden belast. Een scheiding van taken maakt het mogelijk sommige ambtenaren alléén met controle te belasten. Inderdaad hebben niet alle toezichthouders in de huidige bedeling opsporingsbevoegdheid. Kennelijk bestaat aan een combinatie van taken niet steeds

behoefte. Verondersteld kan worden dat het hierbij om twee typen gevallen gaat. In het eerste geval heeft het toezicht betrekking op regelgeving die niet strafrechtelijk is gesanctioneerd. Toekenning van opsporingsbevoegdheid mist dan iedere zin. In het tweede geval bestaat weliswaar de mogelijkheid van strafrechtelijke afdoening, maar het toezicht richt zich daar niet op. Het accent ligt bij de uitoefening van de taak niet op de repressieve, maar op de preventieve controle. De ambtenaar houdt zich bezig met voorlichting, met advisering, met herstel van onregelmatigheden en eventueel met (de voorbereiding van) bestuursrechtelijke sanctionering. Als strafrechtelijk ingegrepen moet worden, beperkt zijn taak zich tot het waarschuwen van een opsporingsambtenaar.

Het gaat hier inderdaad om een niet onbelangrijk verschil in taken, maar het onderscheidend criterium is *niet* het al dan niet bestaan van een verdenking, maar *het doel* van het optreden. Als het toezicht zich niet richt op strafrechtelijke sanctionering, is toekenning van een opsporingsbevoegdheid misplaatst. Omgekeerd geldt echter dat als het toezicht zich *wél* richt op strafrechtelijke sanctionering (dus als het toezicht repressief is), het hoogst onpraktisch is om aan dat toezicht geen opsporingsbevoegdheid te koppelen.

g. De officier van justitie dient niet het gezag over het toezicht te hebben. Naar aan het slot van paragraaf 11.1.4 reeds werd opgemerkt, is dit argument niet zonder gewicht. Opsporing heeft plaats onder gezag van de officier van justitie. Een ongedifferentieerde opsporingstaak, waaronder alle vormen van toezicht vallen, zou ertoe leiden dat de officier van justitie ook de baas wordt over het preventieve toezicht, inclusief het toezicht dat zich richt op bestuurlijke beboeting. Voor die bestuursrechtelijke trajecten is het OM echter niet verantwoordelijk. Het zou dan ook onzinnig zijn de officier van justitie daarin een leidende positie toe te kennen.

De keerzijde van die medaille is dat het *niet* onzinnig is om de officier van justitie zeggenschap te geven over activiteiten in de voorfase die zich *wél* richten op strafrechtelijke afdoening. Daarbij dient met name gedacht te worden aan de repressieve controle, de proactieve opsporing en het verkennend onderzoek. Het sturend en toetsend optreden van de officier van justitie kan hier bezwaarlijk worden gemist. Het onderzoek in de voorfase dient afgestemd te worden op de opsporings- en vervolgingsprioriteiten. Het wakend oog van de officier van justitie kan een waarborg vormen tegen machtsmisbruik en willekeur. In dit verband kan erop gewezen worden dat de controle van de strafrechter op de rechtmatigheid van de bewijsgaring niet beperkt is tot het optreden na verdenking. Onregelmatigheden in de voorfase kunnen tot bewijsuitsluiting en zelfs tot de niet-ontvankelijkheid van het OM leiden. Op de zitting wordt dan ook van de officier van justitie verwacht dat hij verantwoording aflegt van het totale politieonderzoek. Dat kan alleen als hij inderdaad verantwoordelijk is voor het geheel.

De zeggenschap over het geheel is thans, wat de gewone politie betreft, gerealiseerd door middel van art. 13 Politiewet 1993. De bijzondere opsporingsdiensten zijn, wat de uitoefening van hun repressieve taak in de voorfase betreft, geen verantwoording verschuldigd aan de officier van justitie. De vraag is echter of dat juist is.

Het gezag over het toezicht en de opsporing vraagt, zo blijkt hier, om een onderscheid in taken. Dat onderscheid loopt echter ook hier niet parallel met het onderscheid tussen optreden vóór en na verdenking.

Het doel van de onderzoeksactiviteiten is weer bepalend. Die activiteiten dienen onder het gezag van de officier van justitie te vallen voor zover zij gericht zijn op de strafrechtelijke handhaving van de wet. Voor zover zij gericht zijn op de bestuursrechtelijke wetshandhaving, is sprake van een taak waarvoor de bestuursorganen die met die handhaving zijn belast, verantwoordelijk dienen te zijn.

h. Verschillende invulling van het legaliteitsbeginsel. Uit art. 1 Sv wordt afgeleid dat de lagere wetgever geen voorzieningen van strafvorderlijke aard mag scheppen. Aangezien de opsporing tot de strafvordering wordt gerekend, betekent dit onder meer dat de decentrale wetgever niet op grond van zijn autonome wetgevende bevoegdheid personen met de opsporing mag belasten en geen opsporingsbevoegdheden (dwangmiddelen) mag creëren. Deze beperking van de wetgevende macht van de lagere wetgever geldt niet voor het in de Algemene wet bestuursrecht geregelde toezicht. Naar hiervoor (onder 6.2.1) reeds werd aangestipt, kan bijvoorbeeld de gemeentewetgever op grond van art. 108 Gemeentewet niet alleen personen met toezicht belasten, maar mag hij ook de bevoegdheden van die personen beperken (art. 5:14 Awb). Niet helemaal duidelijk is of de gemeentewetgever ook aanvullende regelingen mag geven, en het standaardpakket aan bevoegdheden dat in afd. 5.2 Awb aan toezichthouders is verstrekt, mag uitbreiden.

Enige relativering van het verschil in uitwerking van het legaliteitsbeginsel is niet misplaatst. In de eerste plaats kan worden opgemerkt dat de lagere wetgever alleen *formeel* geen regeling kan scheppen waaraan personen opsporingsbevoegdheid kunnen ontlenuen. Art. 142 lid 1 sub c Sv bepaalt immers dat personen 'die bij verordening zijn belast met het toezicht op de naleving daarvan' tevens belast zijn met de opsporing. De lagere wetgever die toezichthouders in het leven roept, creëert daarmee dus indirect ook opsporingsambtenaren (die kunnen beschikken over bevoegdheden uit het Wetboek van Strafvordering). In de tweede plaats blijft gelden dat de lagere wetgever zich moet beperken tot de eigen 'huishouding', niet in strijd mag komen met hogere regelingen en niet mag treden in wat de wetgever in formele zin reeds uitputtend heeft geregeld. De aanvullende regelgeving met betrekking tot het toezicht moet, zo daartoe de bevoegdheid bestaat, zich dus beperken tot de handhaving van de 'eigen' verordeningen. In de derde plaats moet wellicht

aangenomen worden dat de bevoegdheid tot aanvulling niet zover gaat, dat toezichtbevoegdheden worden geschapen die inbreuk maken op grondrechten.

De principiële vraag is uiteraard of er verschil *behoort* te zijn. En, al aangenomen dat er een goede reden is om verschil te maken, dan nog is het de vraag of het onderscheidend criterium het al dan niet bestaan van een concrete verdenking dient te zijn. Naar in paragraaf 9 reeds werd betoogd, pleit het legaliteitsbeginsel hier in elk geval eerder voor een ruime dan voor een beperkte uitleg van het opsporingsbegrip. Misschien kan gezegd worden dat de rechtseenheidgedachte minder zwaar weegt op het terrein van de bestuurlijke rechtshandhaving (waarmee ook decentrale bestuursorganen zijn belast) dan op het terrein van de strafrechtelijke wetshandhaving. De bezwaren *tegen* de regelgevende bevoegdheid van de lagere wetgever op het terrein van het toezicht verminderen in elk geval in gewicht als het daarbij uitsluitend gaat om het preventieve toezicht. Het onderscheidend criterium zou dan dus weer gelegen zijn in het doel: de lagere wetgever mag niet treden in de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde.

Ten slotte de conclusie. In deze paragraaf is gepoogd een zo volledig mogelijk overzicht te geven van de argumenten die zouden kunnen pleiten voor het door de heersende leer gemaakte onderscheid. Die argumenten zijn gewogen en te licht bevonden. Het bestaande onderscheid tussen controle en opsporing ontbeert een overtuigende grondslag. Er is weliswaar reden om onderscheid te blijven maken tussen de opsporingstaak en toezichthoudende taken, maar het al dan niet bestaan van een verdenking dient daarbij niet het criterium zijn. Het onderscheid moet gezocht worden in het doel van het optreden. Toezicht richt zich op bestuursrechtelijke wetshandhaving, opsporing op strafrechtelijke.

11.3 Voorgestelde oplossing

11.3.1 Het doel als criterium

Als uitgangspunt van denken wordt hier gekozen dat de invulling en de afgrenzing van de opsporingstaak niet voortvloeit uit een op voorhand gegeven, uit de logica of uit de aard der zaak voortvloeiend 'opsporingsbegrip'. Heel in het algemeen geldt dat de inhoud van de taken die binnen een bepaalde organisatie worden vervuld, afgestemd is (of althans moet zijn) op de doeleinden van die organisatie en de wijze waarop die doeleinden worden nagestreefd. De doeleinden bepalen dus de structuur van de organisatie en daarmee de taken die daarbinnen worden vervuld. Met de 'organisatie' van de wetshandhaving is het niet veel anders gesteld. Het rechtsvergelijkend onderzoek naar het 'opsporingsbegrip' in een aantal

Europese landen (hiervoor, onder 4.2) onderstreept dat. Van een uniform, algemeen geldend opsporingsbegrip bleek geen sprake te zijn. Wat onder 'opsporing' werd verstaan bleek in hoge mate afhankelijk van de wijze waarop de (straf)rechtspleging was ingericht, van de personen en instanties die daarbij zijn betrokken, en van de onderlinge verdeling van bevoegdheden. Ter verduidelijking het volgende.

Als de oplegging van punitieve en reparatoire sancties is toevertrouwd aan één en hetzelfde bestuursorgaan, is er geen dwingende reden om het voorbereidend onderzoek dat aan het sanctiebesluit vooraf gaat, in afzonderlijke taken op te splitsen. Het is vaak alleen maar 'handig' dat ook de voorbereiding in één hand blijft. Zo valt te begrijpen dat in het voorontwerp van de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht het 'handhavingstoezicht' en het 'boeteonderzoek' niet als aparte wettelijke taken zijn gedefinieerd. Anders wordt het als verschillende organen met de sanctionering zijn belast; als naast de bestuurlijke 'keten' de strafrechtelijke 'keten' staat. Dan is er wel reden om het voorbereidend onderzoek in de beide ketens als afzonderlijke taken te definiëren. Die reden is gelegen in het verschil in (eind)verantwoordelijkheid. Daaruit vloeit de noodzaak voort om de verantwoordelijkheden (en de daarmee gepaard gaande zeggenschap) onderling af te bakenen. De (onderzoeks)activiteiten waarvoor binnen de strafrechtspleging verantwoordelijkheid moet worden gedragen - en die daarom onder gezag van de officier van justitie dienen te worden verricht - moeten worden onderscheiden van activiteiten waarover andere bestuursorganen zeggenschap hebben. Dat kan door die beide activiteiten onder verschillende noemers ('opsporing' resp. 'toezicht') te brengen.

Hetzelfde kan ook nog enigszins anders worden gezegd. Het gaat bij de opsporing om een geheel van samenhangende activiteiten, om een *taak* waarmee bepaalde functionarissen in het kader van de wetshandhaving zijn belast. De doelmatigheid van die wetshandhaving pleit ervoor alle onderzoeksactiviteiten die gericht zijn op strafrechtelijke afdoening, als een samenhangend geheel onder één noemer te brengen. Daarmee wordt bovendien op eenvoudige wijze bewerkstelligd dat de eindverantwoordelijkheid voor het geheel van die activiteiten bij de officier van justitie komt te liggen. Zowel de effectiviteit als de rechtsstatelijkheid van de strafrechtspleging pleiten voor een dergelijke, ruim bemeten verantwoordelijkheid. Zoals hiervoor (onder 11.2 sub g) is uiteengezet, kan het sturend en toetsend optreden van de officier van justitie bezwaarlijk worden gemist.

Voorgesteld wordt derhalve in het Wetboek van Strafvordering uit te gaan van een ruim opsporingsbegrip: tot de opsporingstaak wordt gerekend alle onderzoek dat zich richt op strafrechtelijke sanctionering. Het onderscheid tussen toezicht en opsporing is in deze benadering afhankelijk van het *doel* van het onderzoek. Als het doel niet is gericht op het nemen van strafrechtelijke beslissingen, is sprake

van het in de Algemene wet bestuursrecht geregelde toezicht.³⁵⁹ Een nadere precisering van het doel van het onderzoek, en daarmee van de opsporingstaak, zal gegeven worden in paragraaf 14.

In deze benadering wordt de 'opsporing' niet aan een verdenkingsvoorwaarde gebonden. Het beoogde effect is dat in beginsel al het proactieve werk (inclusief de repressieve controle, het verkennend onderzoek en het CID-gebeuren) onder het gezag van de officier van justitie wordt geplaatst en wordt ingebed in één en hetzelfde juridische kader. Het gaat niet om een uitbreiding van taken, maar om het uitvlakken van een op papier aangebracht onderscheid tussen bestaande taken. Een belangrijke functie van de ruime omschrijving van de opsporingstaak is, dat buiten twijfel wordt gesteld dat al de genoemde onderzoeksactiviteiten alleen mogen worden verricht door personen die opsporingsbevoegdheid bezitten. Het binden van de opsporingstaak aan (verdenkings)voorwaarden heeft zogezien een averechts effect. Als aan de voorwaarden niet is voldaan, zou er geen sprake zijn van opsporing, zodat daarvoor geen opsporingsbevoegdheid is vereist.

De voorwaarden waaraan het onderzoek dient te worden gebonden, horen niet thuis bij de omschrijving van de opsporingstaak, maar bij de normering ervan. De uitoefening van de opsporingstaak kan en moet gebonden worden aan regels van geschreven en ongeschreven recht. Zo brengen de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit mee dat niet 'zomaar' onderzoek mag worden verricht. Daar moet een goede reden voor zijn. Meestal zal het daarbij gaan om een concrete verdenking, soms zijn 'aanwijzingen' voldoende.

Het kan aanbeveling verdienen bepaalde typen onderzoek aan (verdenkings)voorwaarden te binden die *in de wet* worden vastgelegd. De ongeschreven beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit verdichten zich dan als het ware tot harde wettelijke voorwaarden. Denkbaar is bijvoorbeeld dat onderzoek naar nog te plegen (toekomstige) strafbare feiten in de wet aan specifieke voorwaarden wordt gebonden. Een ander voorbeeld vormt het verkennend onderzoek, dat als *onderdeel* van de opsporingstaak (en dus niet als een aan de opsporing voorafgaande activiteit) in de wet kan worden genormeerd.

Normering bij wet is uiteraard aangewezen als het gaat om het runnen van informant en het aanleggen van CID-registers. Tot de wettelijke regulering kan behoren dat alleen een bepaalde categorie opsporingsambtenaar daarmee wordt belast. Dat CID-werk tot de opsporingstaak wordt gerekend, betekent dus niet automatisch dat bijzondere opsporingsdiensten daartoe mogen overgaan.

In het verlengde hiervan ligt, dat een ruime omschrijving van de opsporingstaak bepaald niet dwingt tot een ruimhartige toekenning van bijzondere bevoegdhe-

359 In gelijke zin Aler, *a.w.*, in het bijzonder p. 142 e.v. De keuze voor het doelcriterium betekent in feite een terugkeer naar wat Aler het 'oude systeem' noemt.

den. Dat al in het eerste stadium van het onderzoek sprake is van opsporing wil namelijk geenszins zeggen dat de opsporingsambtenaar al in dat eerste stadium over ingrijpende bevoegdheden moet kunnen beschikken. Evenals thans het geval is, kunnen (en in veel gevallen: moeten) de bijzondere bevoegdheden aan een verdenkingsvoorwaarde worden gebonden. In dat opzicht verandert er niets. Bijzondere bevoegdheden behoeven voorts niet aan alle (categorieën) opsporingsambtenaren te worden toegekend. Ook een combinatie van beide vormen van differentiatie is mogelijk. Zo kan bij de toekenning van de bevoegdheid tot binnentreden onderscheid gemaakt worden tussen de gewone politie en de opsporingsambtenaren van bijzondere diensten, en wel in die zin dat voor de politie een verdenkingsvoorwaarde geldt en voor de bijzondere diensten niet.

Het voorgaande laat zien dat, als het opsporingsbegrip wordt 'gezuiverd' van verdenkingsvoorwaarden, een heldere normering van de uitoefening van de opsporingstaak daardoor eerder wordt bevorderd dan belemmerd. Zie voor die normering nader hierna, paragraaf 12. Zie ook paragraaf 14 (punt 6 e.v.).

Een nog niet genoemde consequentie van het voorgestelde doelcriterium is, dat het enkele feit dat een strafbaar feit wordt geconstateerd, niet betekent dat aan het in de Algemene wet bestuursrecht geregelde toezicht een einde komt. Het doel van het onderzoek kan dan namelijk nog steeds de bestuursrechtelijke handhaving zijn. Zolang en voor zover de bemoeienis van de controlerende ambtenaar niet is gericht op strafrechtelijke afdoening, blijft sprake van toezicht. Dat doet recht aan de praktijk (zie hiervoor, onder 11.1.2 sub a). Het is ook rationeel; het heeft geen enkele zin om het onderzoek over te dragen aan een opsporingsambtenaar als het niet de bedoeling is dat van het strafbare feit werk wordt gemaakt.

Tegengeworpen zou kunnen worden dat een onderscheid naar *doel* onwerkbaar is omdat in de praktijk dikwijls meer doelen tegelijk worden nagestreefd. De doelstellingen kunnen cumuleren: men mikt zowel op een veroordeling door de strafrechter als op bestuursrechtelijk ingrijpen (bijvoorbeeld intrekking van de vergunning). Daarbij komt dat in de beginfase vaak nog niet duidelijk is welke kant het onderzoek op moet en dat de keuze voor een bepaald 'traject' eerst in de loop van het onderzoek, als meer gegevens voorhanden zijn, wordt gemaakt. In de beginfase is dan sprake van alternatieve doelstellingen: alle twee wegen worden open gehouden. Het verschijnsel van de cumulatieve of alternatieve doelen doet echter aan het onderscheid in doelstelling niet af. Dat verschillende taken kunnen worden onderscheiden, betekent niet dat die taken in de werkelijkheid gescheiden van elkaar moeten worden uitgeoefend. Eén en dezelfde onderzoekshandeling kan tegelijk toezicht en opsporing zijn. Er is sprake van toezicht *voorzover* het doel bestuurlijk is; er is sprake van opsporing *voorzover* het doel strafrechtelijk is.

Deze figuur is niet nieuw. Zo zijn de handhaving van de openbare orde en de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde in de wet onderscheiden taken, waaraan ook een verschil in gezagvoering is gekoppeld. Zie de art. 12 en 13 Politiewet 1993. Dat neemt niet weg dat beide taken in de praktijk (bijvoorbeeld bij de bestrijding van rellen) hand in hand kunnen gaan. Er zijn dan twee kapiteins (de burgemeester en de officier van justitie) op het schip, hetgeen om onderlinge afstemming vraagt. Dat hoeft niet onwerkbaar te zijn.

Er is in de voorgestelde constructie sprake van een samenvatting van regelsystemen. Het optreden van de zowel met toezicht als met opsporing belaste ambtenaar wordt door de Algemene wet bestuursrecht genormeerd voor zover sprake is van toezicht, en door het Wetboek van Strafvordering voor zover sprake is van opsporing. Veel 'last' zal die ambtenaar daarvan in de praktijk niet hebben, tenminste niet als - zoals thans het geval is - de normering van het bestuurlijke en het strafrechtelijke traject in de beginfase niet wezenlijk verschilt. Vergelijk hiervoor, onder 11.1.3 sub c. Daarbij zij nog opgemerkt dat die feitelijke overeenkomst in normering zich juridisch zou kunnen gaan vertalen in gemeenschappelijke normering op onderdelen. Zie daarover nader Deelrapport 1, 'De verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht' (G. Knigge), waarin is betoogd dat het strafrecht en het bestuursrecht niet moeten worden beschouwd als gescheiden werelden, maar als normenstelsels die elkaar aanvullen doordat zij beide van toepassing zijn.

De grootste problemen doen zich voor op het punt van het zwijgrecht, dat kan conflicteren met een inlichtingenplicht. Naar echter reeds werd opgemerkt, doet dit probleem zich ook binnen het bestuursrechtelijke traject zelf voor. Als het onderzoek zich zowel richt op de oplegging van een bestuurlijke boete als op die van een herstelsanctie, conflicteren de normen zonder dat sprake is van een samenvatting van opsporing en toezicht. De oplossing van het probleem dient dan ook niet te worden gezocht in een scheiding van taken, maar in een beperking van het gebruik van verplicht verstrekte informatie. Zie daarover uitvoerig hiervoor, onder 11.2 sub b. Op die beperkte bruikbaarheid van de verkregen informatie zal de verhorende ambtenaar zijn onderzoek moeten afstemmen. Als hij de verstrekte informatie 'punitief' wil gebruiken, doet hij er goed aan de betrokkene in een zo vroeg mogelijk stadium van zijn inlichtingenplicht te ontheffen.

Bij dit alles dient bedacht te worden dat de eventuele verschillen in normering zich in zekere zin pas achteraf doen gelden. Als gekozen wordt voor een strafrechtelijk traject, dan moet het onderzoek aan de strafvorderlijke normen worden getoetst. Dan bijvoorbeeld is van belang dat tijdig de cautie is gegeven. Wordt echter gekozen voor een bestuursrechtelijke herstelsanctie, dan speelt het al dan niet gegeven zijn van de cautie geen rol.

11.3.2 Consequenties voor de bestaande wetgeving

Het 'aardige' van de voorgestelde afbakening van de opsporingstaak is, dat er in de wetgeving maar betrekkelijk weinig hoeft te veranderen. Het 'toezicht' kan in de Algemene wet bestuursrecht geregeld blijven. Wat veranderen moet is niet zozeer de wettelijke regeling zelf, doch de invulling die aan het begrip toezicht wordt gegeven. Bij die andere invulling is niet meer de afwezigheid van een verdenking bepalend, maar het doel van het optreden. Van toezicht is sprake als het optreden zich richt op bestuursrechtelijke wetshandhaving. Het gevolg van die gewijzigde invulling is dat onder toezicht niet langer de repressieve controle is begrepen.

Daarbij past de volgende kanttekening. Tot de taak van een toezichthoudende ambtenaar kan gerekend worden dat hij alert is op mogelijke strafbare feiten. Constateert hij een wetsovertreding die voor strafrechtelijke afdoening in aanmerking komt, dan gaat hij zijn toezichthoudende taak niet te buiten als hij een opsporingsambtenaar inschakelt. Anders wordt het als de taak van de ambtenaar (mede) bestaat uit het gericht en stelselmatig speuren naar overtredingen die strafrechtelijk moeten worden afgedaan. Dat is een taak die onder de verantwoordelijkheid van de officier van justitie dient te worden verricht. Toekenning van opsporingsbevoegdheid is daarvoor dus nodig. Dat is ook praktisch, omdat intensieve controle weinig effectief is als de controlerende ambtenaar zelf niet bevoegd is van de 'opgespoorde' overtredingen werk te maken.

Ook aan de regeling van de 'opsporing' in de Wet Economische Delicten hoeft weinig te veranderen. Het opsporingsbegrip hoeft alleen maar iets ruimer uitgelegd te worden dan nu al geschiedt. In de praktijk zal dat nauwelijks verschil maken, mede omdat de nu door de Hoge Raad geëiste 'aanwijzingen' via eisen van subsidiariteit en proportionaliteit hun betekenis goeddeels zullen behouden.

De consequentie van de gekozen benadering is ook dat het voor de uitoefening van repressieve controle niet nodig is dat de opsporingsambtenaar apart met 'toezicht' wordt belast. Die controle behoort tot zijn normale opsporingstaak. Dat betekent dat, in gevallen waarin daaraan behoefte bestaat, bijzondere controlebevoegdheden zonder meer aan opsporingsambtenaren kunnen worden toegekend. Ingewikkelde constructies als nu in bijvoorbeeld art. 158 e.v. WvW 1994 zijn getroffen, kunnen achterwege blijven.³⁶⁰ Bovendien is art. 552 Sv als controlebevoegdheid in het Wetboek van Strafvordering niet langer misplaatst. Dat artikel krijgt in het wetboek - waarin de opsporing is geregeld - zijn natuurlijke plaats.

360 Het lijkt er overigens op dat de wetgever in zijn poging om de regeling in overeenstemming te brengen met de heersende leer, het spoor bijster is geraakt. Zie over het 'troebele' onderscheid tussen opsporing en controle in de regeling M. Barel, 'Handhaving', in: A.E. Harteveld & H.G.M. Krabbe (red.), *De Wegenverkeerswet 1994: een strafrechtelijk commentaar* (tweede druk), Deventer: Gouda Quint 1999, p. 282 e.v.

De samenhang met de andere ter opsporing gegeven bevoegdheden blijft zo dus behouden. Een en ander is vanuit een gezichtspunt van eenvoud en inzichtelijkheid van regelgeving winst.

Het meest verstrekkend nog zijn de consequenties met betrekking tot de door de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden in het wetboek geïncorporeerde regeling. Die op een tweeledig opsporingsbegrip (art. 132a Sv) gebaseerde regeling kan aanzienlijk worden vereenvoudigd. Zie nader paragraaf 14 (punt 3).

11.3.3 Verhouding tot voorgenomen reorganisatie BOD's

Bij brief van 15 december 1999 (kenmerk RB 200/99) is aan de Voorzitter van de Tweede Kamer het kabinetsstandpunt inzake de bijzondere opsporingsdiensten gezonden.³⁶¹ Voorgesteld wordt om een organisatorisch onderscheid te maken tussen bijzondere opsporingsdiensten (BOD's) enerzijds en inspecties anderzijds. Bij het laatste type organisaties gaat het om 'diensten die in het kader van de handhaving van de ordeningswetgeving in eerste aanleg zijn belast met de meer bestuurlijke rechtshandhaving (de inspecties 'nieuwe stijl' met een beperkte opsporingsbevoegdheid)'. Bij de BOD's (nieuwe stijl) gaat het om 'diensten die bij de uitvoering van hun handhavende taken meer in het bijzonder gericht zijn op de strafrechtelijke rechtshandhaving onder het gezag van het openbaar ministerie (de bijzondere opsporingsdiensten in de strikte betekenis van het woord)'. De opsporingsambtenaren bij deze diensten krijgen een algemene opsporingsbevoegdheid, die zij ontleen aan art. 141 Sv. Zij zijn dus geen buitengewoon opsporingsambtenaren. Het voorstel voorziet in (slechts) vier bijzondere opsporingsdiensten, voor elk van de vier volgende beleidsterreinen één: financiën en economie; landbouw; milieu; sociale zekerheid.

De vraag is hoe de voorgenomen verandering van de organisatie van de wetshandhaving zich verhoudt tot het hier voorgestelde ruime opsporingsbegrip. In het oog springt dat het voorgestelde *doelcriterium* ook in het kabinetsvoorstel een prominente plaats inneemt. Het voorgestelde onderscheid in taken krijgt in het kabinetsstandpunt als het ware een organisatorische vertaling. De onderscheiden taken worden in verschillende organisaties ondergebracht: de inspecties zijn er primair voor de bestuurlijke rechtshandhaving, de BOD's zijn in het bijzonder gericht op strafrechtelijke rechtshandhaving. Die organisatorische vertaling vloeit niet noodwendig uit het onderscheid in taken voort, maar is daar wel goed mee te verenigen. Ter verduidelijking het volgende.

361 *Kamerstukken 1999/2000*, 26 955, nr. 3. Het kabinetsstandpunt is gebaseerd op de bevindingen van de Projectgroep 'Regeerakkoord 1998 en Bijzondere Opsporingsdiensten', die in 1998 door de minister van Justitie is ingesteld. Deze bevindingen zijn neergelegd in het rapport *Transparantie en samenhang in de bijzondere opsporing*, Den Haag: Ministerie van Justitie (Directoraat-Generaal Rechtshandhaving) 1999.

Het kabinetsstandpunt voorziet in een CID-functie bij de BOD's (nieuwe stijl). Een open vraag is nog, of dat een gezamenlijke voorziening moet worden (eventueel uitgebreid tot de landelijke politiediensten) dan wel dat elke BOD zijn eigen CID krijgt. Hieruit blijkt dat de BOD's ook een taak wordt toegedacht in de voorfase. Zij hebben mede een 'proactieve' opdracht. De bedoeling zal voorts zijn dat aan bijzondere opsporingsdiensten een 'verkennd onderzoek' kan worden opgedragen.³⁶² De taak van deze 'echte' opsporingsdiensten zal zich dus niet beperken tot optreden na verdenking. Dat past uitstekend bij de hier verdedigde ruime opsporingstaak.

De inspecties 'nieuwe stijl' worden primair belast met het 'toezicht' zoals dat in de Algemene wet bestuursrecht is geregeld. Zij krijgen daarbij, 'als ultimum remedium', een beperkte opsporingsbevoegdheid. Wat daarmee precies wordt bedoeld, maakt noch de brief, noch de daaraan ten grondslag liggende rapportage duidelijk. Duidelijk is wel dat de opsporingsbevoegdheid van ambtenaren werkzaam bij de inspecties 'onverminderd gestoeld moet blijven op art. 142 van het Wetboek van Strafvordering'. Daaruit kan afgeleid worden dat het niet de bedoeling is dat elke bij de inspectie werkzame toezichthouder automatisch opsporingsbevoegdheid krijgt. Daarvoor blijft een 'akte' of een 'aanwijzing' noodzakelijk. In het rapport wordt echter wel gesteld dat elke inspectie-ambtenaar 'in principe' een beperkte opsporingsbevoegdheid krijgt.³⁶³ De beoogde beperking van de opsporingsbevoegdheid lijkt dan ook eerder hierin gezocht te moeten worden dat geen of slechts een spaarzaam gebruik wordt gemaakt van de bestaande mogelijkheid om de opsporingsbevoegdheid van art. 142 Sv te doen uitstrekken tot alle strafbare feiten. De opsporingsbevoegdheid dient zich volgens het rapport te beperken tot de 'handhaving van de 'eigen' beleidsinstrumentele wetgeving', waarbij zo nodig een beperkte uitbreiding tot daaraan 'direct gelieerde' andere (bijzondere en commune) delicten mogelijk is.

Toch lijkt dat niet het hele verhaal te zijn. Naast de beperking ten aanzien van de op te sporen delicten lijkt nog een tweede beperking te zijn beoogd. Volgens de brief zal de opsporingsbevoegdheid 'zich beperken tot zogenaamde lichte delicten (overtredingen en eenvoudige misdrijven op heterdaad). Na constatering van misdrijven dient voor vervolgonderzoek overdracht plaats te vinden naar een bijzondere opsporingsdienst of de reguliere politie'.³⁶⁴ Het gaat hier om een werkverdeling tussen de inspectie aan de ene kant, en de BOD's en de politie aan

362 Volgens het bestaande art. 126gg Sv kan de officier van justitie aan (alle) opsporingsambtenaren bevelen een verkennd onderzoek in te stellen, dus ook aan buitengewoon opsporingsambtenaren. Aangenomen mag worden dat daarin ten aanzien van de opsporingsambtenaren van de BOD's nieuwe stijl (die tot algemeen opsporingsambtenaar ex art. 141 Sv worden gepromoveerd) geen verandering zal worden gebracht.

363 A.w., p. 58.

364 Zie punt 9 van de brief. Vergelijk het rapport, p. 58.

de andere kant. Die werkverdeling leidt er, als wij het goed begrijpen, toe dat een beperking wordt aangebracht in de opsporingshandelingen die de buitengewoon opsporingsambtenaar mag verrichten. De lichte en eenvoudige zaken (waarbij volstaan kan worden met het opmaken van proces-verbaal van de geconstateerde overtreding) mag de ambtenaar van de inspectie zelf afhandelen; de zware en ingewikkelde zaken dient hij (na de direct noodzakelijke opsporingshandelingen te hebben verricht) over te dragen aan de 'echte' opsporingsdiensten.

Als gezegd, is niet helemaal duidelijk welke beperkingen precies zijn beoogd. Dat komt mede doordat niet wordt aangegeven hoe de beoogde beperkingen juridisch gestalte moeten krijgen. Dat neemt niet weg dat de plannen zich goed laten inpassen in het hier verdedigde onderscheid tussen toezicht en opsporing. Dat toezichthouders in principe een beperkte opsporingsbevoegdheid krijgen, zal zijn verklaring vinden in het feit dat de *repressieve* (dus op strafrechtelijke handhaving gerichte) controle doorgaans een belangrijk onderdeel van hun takenpakket zal blijven vormen. Voor het uitoefenen van die controle is - als uitgegaan wordt van een ruim opsporingsbegrip - opsporingsbevoegdheid vereist. De toezichthouder zal voorts van de 'opgespoorde' feiten werk moeten kunnen maken. De toegekende opsporingsbevoegdheid vormt ook daarvoor de basis. Dat dat werk beperkt dient te blijven tot opsporingshandelingen van betrekkelijk eenvoudige aard, is daarmee niet in strijd. Naast de toekenning van een opsporingstaak staat immers de normering van die taak. Meer in het bijzonder geldt, zoals reeds is betoogd, dat niet alle opsporingsambtenaren over dezelfde bevoegdheden behoeven te beschikken. De door het kabinet voorgestane beperking van de opsporingsbevoegdheid zou derhalve juridisch vertaald kunnen worden in een terughoudende toekenning van bijzondere bevoegdheden. Gedacht kan worden aan een beperkt pakket, dat bijvoorbeeld alleen de bevoegdheid tot verbaliseren, verhoren, aanhouden en inbeslagneming omvat. Op die wijze wordt de inspectie gedwongen om, als ingrijpender opsporingsonderzoek is vereist, de bijzondere opsporingsdienst (of de politie) in te schakelen.

Uiteraard kunnen de plannen van het kabinet op verschillende manieren worden uitgewerkt. Het is niet de bedoeling hier op die uitwerking vooruit te lopen. Betoogd wil slechts zijn dat het hier verdedigde opsporingsbegrip goed aansluit bij het takenpakket dat de inspecties wordt toegedacht.

12 De normering van het opsporingsonderzoek

12.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is een antwoord gezocht op de vraag hoe de opsporingstaak dient te worden afgebakend. De conclusie was dat het opsporingsbegrip dient te worden ontdaan van elementen die betrekking hebben op de normering van de opsporing. De vraag of en in hoeverre een verdenkingsvoorwaarde moet worden gesteld, is in feite een vraag naar de toelaatbaarheid van de opsporing. In welke gevallen en onder welke voorwaarden mag worden opgespoord en welke activiteiten mag de opsporingsambtenaar daarbij ontplooien?

Die vraag zal in dit hoofdstuk nader worden onderzocht. Het gaat daarbij niet primair om de inhoudelijke kant van de zaak. De goeddeels politieke vraag of de politie meer of juist minder bevoegdheden moeten worden gegeven - of aan de uitoefening van die bevoegdheden strengere of juist soepeler voorwaarden moeten worden gesteld - blijft hier goeddeels rusten. Hier zal, in overeenstemming met het karakter van het onderzoeksproject, het accent gelegd worden op de systematische grondslagen van de noodzakelijke wettelijke regeling.

Een centrale vraag daarbij is of en zo ja, in hoeverre inbreuken op grondrechten een specifieke wettelijke regeling behoeven. Kunnen (beperkte) inbreuken op grondrechten gebaseerd worden op algemene taakstellende bepalingen als art. 141 Sv? Een vraag die daarmee nauw verweven is, is of het *sowieso* mogelijk of toelaatbaar is om bevoegdheden uit taken af te leiden. Moet niet eigenlijk elke opsporingshandeling - ongeacht of zij inbreuk maakt op grondrechten - een specifieke wettelijke basis hebben? Met deze beide samenhangende vragen zal aanstonds worden begonnen.

Met het antwoord op deze vragen is nog niet alles gezegd. Naast de vraag wat theoretisch mogelijk en juridisch toelaatbaar is, staat de vraag wat - bezien vanuit het waarborgkarakter van de wet en de doeleinden van de strafvordering - wenselijk is. Ook als het op zich *mogelijk* is om de wettelijke basis voor opsporingshandelingen die geen inbreuk maken op grondrechten, te vinden in de algemene taakstelling, dan is daarmee nog niet gezegd dat nadere regeling achterwege dient te blijven. De vraag is zogezien welke criteria de wetgever dient te hanteren bij de vraag of nadere wettelijke regeling van opsporingsmethoden wenselijk is. Is dat alleen als inbreuk wordt gemaakt op grondrechten of zijn ook andere redenen denkbaar?

12.2 *Taak en bevoegdheid*

De idee dat taken en bevoegdheden niet met elkaar verward moeten worden, en meer in het bijzonder dat bevoegdheden niet uit taken kunnen worden afgeleid, is wijd verbreid. Men treft haar binnen en buiten het strafrecht aan. Aan die idee liggen, althans op het eerste gezicht, twee te onderscheiden typen argumenten ten grondslag. In de eerste plaats argumenten ontleend aan het legaliteitsbeginsel, en meer in het bijzonder aan het grondwettelijk systeem met betrekking tot de bescherming van grondrechten. Een taakstellende bepaling zou te weinig specifiek zijn om als wettelijke grondslag voor inbreuken op grondrechten te kunnen dienen. In de tweede plaats worden argumenten aangedragen die een beroep doen op de logica of de rechtstheorie. Aan taken kunnen geen bevoegdheden worden ontleend, omdat dat logisch of theoretisch onmogelijk zou zijn. Omdat dit tweede type argumenten het meest verstrekkend is, zal met de bespreking daarvan worden begonnen.

„Nu zij dadelijk opgemerkt, dat de logische argumentatie niet waardenvrij is. Bij nadere beschouwing blijken daaraan premissen ten grondslag te liggen die geworteld zijn in normatieve gezichtspunten, die nauw verbonden zijn met de rechtsstaatgedachte. Zie daarover uitvoeriger hiervoor, onder 6.2.1 en 6.2.3. Uiteindelijk gaat het dus bij het scherpe theoretische onderscheid tussen taken en bevoegdheden om een op het legaliteitsbeginsel gebaseerde constructie: de scherpe scheiding zou noodzakelijk zijn om willekeurig overheidsoptreden tegen te gaan. Dat maakt dat het onderscheid tussen het eerste en het tweede type argumenten bij nadere beschouwing weinig scherp is. Het maakt ook dat de argumenten van het tweede type, juist vanwege hun normatieve geaardheid, vanuit een normatief gezichtspunt mogen worden beoordeeld. Is een scherpe scheiding tussen taken en bevoegdheden noodzakelijk om willekeur tegen te gaan of kan een voldoende mate van rechtszekerheid ook op andere wijze worden gerealiseerd? Wegen de voordelen van de constructie op tegen de nadelen?

De nadelen van de constructie zijn, wanneer daaraan tenminste rigoureuus wordt vastgehouden, niet gering. Als werkelijk iedere opsporingshandeling een aparte, specifieke wettelijke voorziening zou vergen, wordt niet alleen de wetgever voor een schier onmogelijke taak geplaatst, maar dreigt ook het gevaar van verstarring. De mogelijkheden van de politie om snel in te spelen op ontwikkelingen in de samenleving en om adequaat te reageren op nieuwe vormen van criminaliteit, worden zo tot vrijwel nul gereduceerd. Meer in het algemeen kan gezegd worden dat het met handen en voeten binden van de opsporing aan de wet zich slecht verdraagt met de idee van de 'presterende' overheid (vergelijk hiervoor, onder 6.2.3). Een goede taakuitvoering - dat wil zeggen een taakuitvoering die resultaat heeft - wordt immers enorm belemmerd als een opsporingsambtenaar slechts die

handelingen mag verrichten die de wet hem voorschrijft. De vraag die daarbij kan worden gesteld is of de overheid haar uit art. 8 EVRM voortvloeiende 'positieve' verplichting om te zorgen voor een voldoende bescherming van (potentiële) slachtoffers van delicten, nog wel kan waar maken.

Nu is er vrijwel niemand die een zo rigoureuze binding van opsporingsambtenaren aan de wet bepleit. De auteurs die stellen dat bevoegdheden niet uit taken kunnen worden afgeleid, verzachten de consequenties van deze stellingname door daaraan toe te voegen, dat lang niet voor elke opsporingshandeling een bevoegdheid nodig is. Een bevoegdheid is pas nodig als de opsporingshandeling inbreuk maakt op de rechten en vrijheden van burgers. Deze niet logisch dwingende beperking, die het normatieve karakter van het rechtstheoretische argument onderstreept, maakt dat het eerste en het tweede type argumentatie praktisch gesproken samenvallen. Het punt is steeds dat inbreuken op grondrechten niet op de algemene taakstelling kunnen worden gebaseerd. Dat levert niet direct een bezwaar op om de bevoegdheid tot opsporingshandelingen die géén inbreuk op grondrechten maken, uit de taakstelling af te leiden.³⁶⁵

De vraag is of iets niet beter is dan niets. De bezwaren die bestaan tegen de taakstelling als grondslag van bevoegdheden leiden er opmerkelijk genoeg toe dat aanvaard wordt, dat voor tal van opsporingshandelingen in het geheel geen bevoegdheid is vereist. Dat is vanuit een oogpunt van rechtsbescherming bepaald geen winst. Hiervoor, onder 10.2 en 10.3 is betoogd dat de opsporing die van de overheid uitgaat, als zodanig belastend is voor burgers, en daarom steeds een wettelijke grondslag behoeft. Dat maakt het mogelijk die opsporing met waarborgen te omkleden en aan publiekrechtelijke normering te onderwerpen. Naar onder 10.2 en 10.3 reeds werd opgemerkt leiden de aldaar gemaakte keuzen alleen tot een werkbaar resultaat, als de vereiste wettelijke grondslag voor opsporingshandelingen, die geen inbreuk maken op de burgerrechten, gevonden zou kunnen worden in een betrekkelijk globale voorziening als de algemene taakstelling. Misschien verdient een dergelijke grondslag de schoonheidsprijs niet. Maar het totale pakket biedt de burger meer bescherming tegen willekeurig overheidsoptreden dan een stelsel waarin het vereiste van een wettelijke grondslag wordt beperkt tot

365 Cleiren bewandelt een andere 'uitweg' om aan een al te rigoureuze binding van de opsporing aan de wet te ontkomen. Zij verdedigt dat art. 1 Sv moet worden opgevat als een 'sluitingsregel' op grond waarvan de wetstoepasser gehouden is zelf in de wettelijke leemten te voorzien. Zie C.P.M. Cleiren, *De openheid van de wet, de geslotenheid van het recht*, Arnhem: Gouda Quint 1992, m.n. p. 29 e.v. Zie ook de commentaar van haar hand op art. 1 (aant. 6) in Melai, *Wetboek van Strafvordering*. Daargelaten kan worden dat de redenering niet iedereen zal overtuigen (vgl. G. Knigge, 'boekbespreking', *RM Themis* 1993, p. 464 e.v.). Hier van belang is vooral dat art. 1 Sv als basis voor bevoegdheden bepaald niet minder vaag en globaal is dan de algemene taakstelling van art. 141 Sv. Bezien vanuit het legaliteitsbeginsel (het tegengaan van willekeur) is er dus niets gewonnen. De bevoegdheid van opsporingsambtenaren om zelf ingeval van een leemte de wet aan te vullen door een belangenafweging in concreto, kan voor hetzelfde geld *direct* op art. 141 Sv worden gebaseerd. De 'omweg' via art. 1 Sv is daarvoor niet nodig.

opsporingshandelingen die direct inbreuk maken op grondrechten.³⁶⁶ Dan immers staat het iedere overheidsinstantie vrij om een opsporingsonderzoek te beginnen en in dat kader de gangen van de mogelijk betrokken burgers na te gaan, mits zij zich daarbij maar houdt aan de regels van het gemene recht. Een wettelijke regeling is dan niet vereist.

Op dit punt kan een vergelijking worden getrokken met het bestuursrecht. Zoals onder 6.2.1 bleek, wordt het onderscheid taakbevoegdheid in de bestuursrechtelijke literatuur veelal gekoppeld aan het begrip 'bestuursrechtelijke bevoegdheid'. Het vereiste van een wettelijke bevoegdheid geldt in die benadering alleen voor bestuursbesluiten, besluiten waardoor kort gezegd de rechtspositie van de burger eenzijdig wordt bepaald of gewijzigd. Er wordt dan ook veelal aangenomen dat voor feitelijke handelingen en privaatrechtelijke rechtshandelingen geen bevoegdheid is vereist. Dergelijke handelingen zouden worden geregeerd door het gemene recht. Als dit zou worden toegepast op het strafrecht is het resultaat dat voor opsporingshandelingen - die bijna steeds als feitelijke handelingen zullen moeten worden aangemerkt - eigenlijk nooit een bevoegdheid is vereist. Daarbij moet echter wel worden bedacht dat opsporingshandelingen die door het gemene recht niet worden toegestaan, wel een wettelijke bevoegdheid vereisen. De politie heeft dus alleen bevoegdheden nodig voorzover zij meer wil dan wat de gewone burger mag. Dat zal praktisch gesproken betekenen dat bevoegdheden alleen nodig zijn als inbreuk wordt gemaakt op de rechten en vrijheden van burgers. Qua resultaat ontlopen de beide benaderingen elkaar dus maar weinig.

Nu verdient aandacht dat in het bestuursrecht wordt aangenomen dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook van toepassing zijn op het verrichten van feitelijke handelingen en privaatrechtelijke rechtshandelingen. Deze beginselen, die een publiekrechtelijk karakter hebben, gelden niet voor de gewone burger. Zij corrigeren als het ware het toepasselijk geachte gemene recht en brengen derhalve mee dat het overheidsoptreden uiteindelijk niet met dezelfde maat wordt gemeten als het handelen van privé-persoonen. Deze correctie wordt als wij het goed begrijpen, gebaseerd op het feit dat de bedoelde handelingen worden verricht in het kader van de uitoefening van een publiekrechtelijke taak. Dat lijkt te impliceren dat een voorwaarde voor de rechtmatigheid van overheidsoptreden, ook als dat 'slechts' bestaat uit een feitelijke handeling, is dat optreden plaats vindt in het kader van de uitoefening van de taak waarmee het overheidsorgaan is belast. Men mag toch niet aannemen dat bedoeld is om alleen de feitelijke handelingen die 'toevallig' in het kader van de uitoefening van de publiekrechtelijke taak worden verricht, aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te binden, en het overheidsorgaan daarnaast alle vrijheid te geven om feitelijke handelingen te verrichten die buiten het kader van de taak vallen. Zo gezien is dus het bestaan van een taak waaraan de feitelijke handeling kan worden gekoppeld, een *conditio sine qua non* voor de rechtmatigheid van die handeling.

366 Naar onder 10.2 reeds is gesteld, maakt de opsporing van overheidswege indirect, doordat systematisch informatie wordt verzameld en vastgelegd met betrekking tot personen, steeds inbreuk op het recht van privacy. Dat vormt een reden temeer om de opsporing aan een bevoegdheid te binden, ook als de gehanteerde methoden zelf geen inbreuk maken op een grondrecht.

Zonder een dergelijke koppeling is de handeling onrechtmatig. Maar als dat zo is, kan men dan niet zeggen dat het overheidsorgaan de bevoegdheid om die handeling te verrichten moet kunnen ontleen aan zijn taak? Is dat meer dan alleen een kwestie van woorden?

Naar wij onder 10.3 zagen, toetst de Hoge Raad opsporingshandelingen, ook als zij geen inbreuk maken op grondrechten, aan publiekrechtelijke behoorlijkebeginselen, waaronder de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Dat lijkt brede instemming te vinden, ook van de zijde van de auteurs die menen dat niet-ingrijpende opsporingshandelingen geen wettelijke basis behoeven. De vraag is dan wel waarop die auteurs deze publiekrechtelijke correctie op het gemene recht baseren. Geldt hier hetzelfde als in het bestuursrecht, namelijk dat impliciet een koppeling met de uitoefening van de publiekrechtelijke taak wordt geëist? En als dat het geval is, hoe groot is dan nog het verschil met de schrijvers die stellen dat voor opsporing steeds een wettelijke grondslag is vereist, en dat die grondslag voor bepaalde (niet-ingrijpende) opsporingshandelingen kan worden gevonden in de taakstelling?

Langs deze weg kunnen niet alle verschillen worden weggepoetst. In de eerste plaats blijft in het midden aan welke eisen de taak moet voldoen om als grondslag te kunnen dienen. Uit de acceptatie van de toetsing aan de algemene beginselen vloeit niet dwingend voort, dat de veronderstelde taak bij de wet moet zijn toegekend, noch dat die taak een specifieke (opsporings)taak moet wezen. 'In theorie' zou ook een niet-wettelijke, algemene taak als grondslag kunnen dienen. Dat echter is, gezien vanuit het legaliteitsbeginsel, juist de zwakte van de theorie. De burger wordt immers beter beschermd tegen willekeur als voor het verrichten van opsporingsonderzoek een door de wet expliciet toegekende opsporingstaak is vereist.

In de tweede plaats impliceert toetsing aan algemene beginselen alleen een correctie 'naar beneden'. De politie mag daardoor minder dan het gemene recht toestaat, maar nooit meer. Men zou dit een sterk punt van de theorie kunnen achten. Doordat het gemene recht als primaire grondslag wordt gekozen, dicteert dat gemene recht een 'harde' grens die zonder aanvullende wettelijke bevoegdheden niet mag worden overschreden. Dat is anders als de bevoegdheid tot het verrichten van opsporingshandelingen direct op de taakstelling wordt gebaseerd. Dan is niet op voorhand uitgesloten dat bevoegdheden worden 'gecreëerd' die inbreuk maken op grondrechten. Maar wat niet *op voorhand* gegeven is, kan wel als begrenzing worden aanvaard. Dat de taakstelling voor bepaalde opsporingshandelingen een toereikende grondslag biedt, impliceert allerminst dat zij voor alle opsporingshandelingen als grondslag acceptabel is.

In de gedachte dat scherp onderscheid moet worden gemaakt tussen taken en bevoegdheden schuilt een kern van waarheid. Die gedachte spreekt aan omdat zij de theoretische vertaling vormt van de aloude wijsheid dat het doel de middelen niet heiligt. Dat een opsporingsambtenaar met het onderzoek naar de waarheid

is belast, wil uiteraard niet zeggen dat alles wat aan de waarheidsvinding kan bijdragen, geoorloofd is. De aanvaardbaarheid van de middelen kan nooit uit het doel alleen worden afgeleid. Daarmee is echter niet gezegd dat het doel in het geheel geen normatief richtsnoer voor het handelen oplevert. Dat doel geeft in ieder geval aan welke handelingen *niet* geoorloofd zijn, namelijk handelingen die geen bijdrage aan de verwezenlijking van het doel (de waarheidsvinding) kunnen leveren. De positieve keerzijde daarvan is, dat het doel de richting van het handelen bepaalt: het moet gaan om handelingen die wél tot het doel kunnen leiden. Daarbij komt dat van een persoon die met een bepaalde taak wordt *belast*, niet wordt verwacht dat hij stil zit. Van hem wordt verwacht dat hij optreedt, dat hij handelingen verricht die de doelstelling verwezenlijken. Dergelijke handelingen zijn dan ook in beginsel - of zo men wil: in potentie - geoorloofd. Het uiteindelijke oordeel over de geoorloofdheid is daarmee nog niet gegeven. Daarvoor is nog een belangenafweging vereist: het belang van de waarheidsvinding moet worden afgewogen tegen de andere in het geding zijnde belangen. Daaruit volgt echter niet dat de persoon in kwestie bij de vervulling van zijn taak aan een gedetailleerde instructie - waarin de toelaatbare handelingen limitatief worden opgesomd - moet worden gebonden. De vereiste belangenafweging kan ook worden gerealiseerd door op dit punt te vertrouwen op het 'eigen' inzicht van de handelende persoon. Daarmee is niet gezegd dat dat 'eigen' inzicht in volkomen vrijheid kan worden bepaald. Die vrijheid kan worden beperkt door binding aan algemene, meer of minder precieze regels. Het kan daarbij gaan om geschreven regels, maar ook om ongeschreven redelijkheidsbeginselen (zoals de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit). Juist omdat men de handelende persoon gebonden weet aan regels en beginselen, zal men op diens eigen oordeel durven vertrouwen.³⁶⁷

In het 'gewone' leven is het niet meer dan normaal dat men doet wat in de taak- (omschrijving) besloten ligt. Dat is in het bedrijfsleven het geval, maar ook in de huiselijke sfeer. Er zijn werksters die 'het werk niet zien' en die men 'alles moet vertellen', maar ideaal is dat toch niet. Gelukkig is juist degene die op het redelijk inzicht van de huishoudster kan vertrouwen, en die daarom met een uiterst globale taakaanduiding ('huishouding doen') kan volstaan. Menig ouder zou raar opkijken als de kinderoppas zou verklaren dat hij het peutertje niet heeft tegengehouden toen het de straat wilde oversteken, omdat zijn taak hem niet de bevoegdheid geeft de vrijheid van het kind te beperken.

De constructie waarbij de wettelijke grondslag voor het overheidsoptreden wordt gezocht in een door algemene regels en beginselen genormeerde taakstelling, kan bezwaarlijk als onlogisch of theoretisch onjuist worden afgedaan. Daarbij komt

367 De hier gevolgde redenering leidt praktisch gesproken tot dezelfde uitkomst als de door Cleiren gevolgde gedachtegang (zie de voorvorige noot). Wat Cleiren inleest in de 'sluitingsregel' van art. 1 Sv, wordt hier ingelezen in de wettelijke taakstelling.

dat die constructie grote praktische voordelen heeft. Haar globale karakter maakt dat zij als basis kan dienen voor een breed scala aan handelingen in uiteenlopende en wisselende omstandigheden. Dat geeft een zekere flexibiliteit. Het behoeft dan ook geen verbazing te wekken dat de wetgever met een zekere graagte naar deze constructie grijpt.³⁶⁸

Hier niet zonder belang is dat de wetgever nog recent, in weerwil van alle kritiek op het 'niet uit elkaar houden' van taken en bevoegdheden, heeft bevestigd dat de art. 141 en 142 Sv een voldoende wettelijke grondslag opleveren voor in ieder geval die opsporingsmethoden die geen inbreuk maken op grondrechten. In de MvT bij de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden wordt gesteld dat het 'niet de bedoeling is geweest van de concipiënten van het wetboek om het opsporingsonderzoek systematisch te beschrijven'. Vastgehouden wordt aan de leidende gedachte dat (alleen) 'bevoegdheden die ingrijpen op de vrijheid of op andere grondrechten van burgers, een specifieke regeling behoeven'.³⁶⁹ Elders in de MvT wordt gesteld dat 'het boven alle twijfel is verheven dat opsporingshandelingen die geen inbreuk op enig grondrecht inhouden, gebaseerd kunnen worden op de bestaande artikelen als artikel 2 van de Politiewet 1993 en de artikelen 141 en 142 van het Wetboek van Strafvordering'.³⁷⁰

Art. 2 Politiewet 1993, dat dikwijls in één adem wordt genoemd met de art. 141 en 142 Sv, vertoont ten opzichte van deze bepalingen een opvallend verschil in redactie. Het artikel luidt als volgt:

'De politie heeft tot taak in ondergeschiktheid aan het bevoegde gezag en in overeenstemming met de geldende rechtsregels te zorgen voor de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde en het verlenen van hulp aan hen die deze behoeven'.

Wat opvalt is dat de wetgever met zoveel woorden heeft bepaald dat de politieman bij de uitoefening van zijn taak onderworpen is aan het bevoegd gezag en dat hij de geldende rechtsregels in acht moet nemen. In de art. 141 en 142 Sv ontbreken dergelijke clausuleringen. Verschil maakt dat echter niet. Het gaat hier immers, om een eigenlijk overbodige herinnering aan iets dat vanzelf spreekt. Dat een opsporingsambtenaar zich moet richten naar het over hem gestelde gezag en zich aan het geldende recht moet houden, mag als stilzwijgende vooronderstelling van de wetgever in de art. 141 en 142 Sv worden ingelezen.

368 Zie in dit verband ook de nieuwe, in 1998 inwerkinggetreden algemene regeling van het toezicht in afdeling 5.2 van de Algemene wet bestuursrecht. Er lijkt *van uitgegaan* te worden dat de toezichthouder zijn taak daadwerkelijk uitoefent (vgl. art. 5:12 lid 1). Die taakuitoefening omvat meer dan de toepassing van de bijzondere bevoegdheden (dwangmiddelen) die de toezichthouder in de art. 5:15 Awb e.v. zijn toegekend. Niet alle toezichthandelingen zijn dus in de wet vastgelegd.

369 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 9

370 *Idem*, p. 13.

Tot de in acht te nemen 'geldende rechtsregels' behoren niet alleen geschreven wetsbepalingen, maar ook de ongeschreven beginselen van een goede procesorde. Bijzondere aandacht verdient dat ook de bepalingen uit de Grondwet en uit de mensenrechtenverdragen tot de geldende rechtsregels moeten worden gerekend. Dat betekent dat een algemene taakstelling alleen als wettelijke basis voor inbreuken op grondrechten kan dienen indien en voorzover verdrag en Grondwet dat toelaten. Daarover aanstonds meer. Eerst echter het volgende.

Zo omstreden als de door de wetgever gehanteerde constructie is als het gaat om de uitoefening van de opsporingstaak, zo vanzelfsprekend lijkt die constructie te worden gevonden als het gaat om de vervulling van de rechterlijke taak. Ook hier lijkt de wetgever, door van de 'bevoegdheid' van het gerecht te spreken, taken en bevoegdheden met elkaar te 'verwarren', maar daar is nog nooit iemand over gevallen. Dat zal te maken hebben met het feit dat buiten kijf staat dat de rechterlijke taak exclusief is, terwijl (gelijk wij onder 10.2 zagen) de exclusiviteit van de opsporingstaak wordt betwist. Maar hoe dit ook zij, als ingeval van een exclusieve taak van een bevoegdheid kan worden gesproken, wordt het lastig om taken en bevoegdheden scherp van elkaar te scheiden.

Het 'vonnissen' over overtredingen en misdrijven - ook wel genoemd het 'kennis nemen' van die feiten - (art. 44 en 56 RO) wordt beschreven als een activiteit waartoe het gerecht bevoegd of onbevoegd is. Zie art. 348 Sv; vergelijk art. 2 Sv e.v. Wellicht moet deze bevoegdheid gezien worden als een onderdeel van een ruimere taak, namelijk van 'de berechting van strafbare feiten' (art. 113 Gw) of - nog ruimer - van 'rechtspraak' (opschrift hoofdstuk 2 Wet RO). Onder 'recht spreken' valt ook het oordelen over de eigen bevoegdheid. Bevoegdheid en taak verhouden zich zo gezien echter niet tot elkaar als middel tot doel. Veeleer is sprake van verdeling van taken, zodat een 'bevoegdheid' betrekking heeft op een specifiek onderdeel van de rechterlijke taak.

Een enkele maal wordt in de Wet RO van 'taak' gesproken (art. 11a, 11c). Het gaat dan om de functievervulling door de met rechtspraak belaste *leden* van de rechterlijke macht. Wellicht is de term 'bevoegdheid' gereserveerd voor het werk van het gerecht (of van een kamer van het gerecht) de term 'taak' voor het werk van de individuele rechter.³⁷¹ Wat daarvan ook weer zij, om een doelmiddelverhouding gaat het in elk geval niet.

Mogelijk wordt als het om de rechter gaat, niet moeilijk gedaan over taken en bevoegdheden omdat de wet vrij nauwkeurig aangeeft hoe de rechter (het gerecht) zijn werk moet doen. Zo zijn er nogal wat voorschriften gewijd aan het onderzoek dat de rechter op de zitting verricht, en geven de art. 348 Sv e.v. nauwkeurig aan welke beslissingen hij kan - of moet - nemen. Toch is het niet zo dat alles wat de

371 Voor de staande magistratuur gaat dit niet op. In art. 125 RO wordt gesproken van de 'taken en bevoegdheden' van het openbaar ministerie.

rechter ter vervulling van zijn taak doet, een specifieke grondslag in de wet heeft. In de wet vindt men bijvoorbeeld niet uitgedrukt dat de rechter de zitting grondig moet voorbereiden en daartoe het dossier dient te bestuderen. De bevoegdheid - of liever gezegd de plicht - om dat te doen, vloeit eenvoudig uit de taak voort.

Dat is wel eens anders geweest. Art. 205 van het Wetboek van Strafvordering van 1838 gaf de rechter uitdrukkelijk 'de bevoegdheid zoo wel vóór de eerste terechtzitting over het geding, als na het sluiten des onderzoeks, inzage der processtukken te nemen.' Deze bepaling was nodig om een einde te maken aan de twijfel die na de afschaffing van de jury in 1815 was gerezen. Aangezien de juryleden hun oordeel uitsluitend hadden moeten vormen op basis van de mondelinge behandeling ter terechtzitting, was de vraag of voor de beroepsrechters - die voor de juryleden in de plaats waren gekomen - niet hetzelfde moest gelden.

Het voorbeeld laat zien dat de vraag of en in hoeverre een bevoegdheid uit een taak mag worden afgeleid, niet wordt beheerst door de logica. Ook als de wet voorziet in een uitvoerige wettelijke normering van de taakuitoefening blijft gelden dat het vanzelfsprekende geen uitdrukking in de wet behoeft. Of een bepaalde bevoegdheid een specifieke regeling in de wet behoeft, wordt derhalve mede bepaald door de vraag of daarover in redelijkheid twijfel mogelijk is. Daarmee is een moeilijk grijpbare factor geïntroduceerd: wat vanzelf spreekt en wat niet hangt af van de maatschappelijke en juridische context, en daarmee van de stand van de rechtsontwikkeling. De twijfel die mogelijk was over de kennisneming van de stukken, is in de loop der tijd vervlogen. Omgekeerd kan wat algemeen aanvaard was, omstreden raken. Zo is het schaduwen van personen, aanvankelijk gezien als een vanzelfsprekend onderdeel van de politietaak, problematisch geworden als gevolg van de technische ontwikkeling en de toegenomen aandacht voor de bescherming van de privacy.

Art. 310 van de Code d'Instruction Criminelle maakte duidelijk dat gebroken moest worden met de inquisitoire procespraktijk van het *ancien regime*. Het bepaalde dat de beschuldigde ongeboeid voor de rechters diende te verschijnen en slechts vergezeld mocht worden door bewakers om zijn ontvluchting te beletten. In het vergelijkbare art. 173 Sv 1838 ontbrak het verbod op boeien. Bepaald was slechts dat de beschuldigde 'vergezeld (zal) zijn van bewaarders, om zijne ontvluchting te beletten.' Volgens De Bosch Kemper had de ondervinding geleerd dat boeien 'soms noodig is, om mishandelingen van den regter te voorkomen.'³⁷² Thans zijn ook de bewaarders uit het wetboek verdwenen. De vrij precieze regeling van de Code maakte plaats voor een globale regeling, volgens welke de voorzitter

372 J. de Bosch Kemper, *Wetboek van Strafvordering, naar deszelfs beginselen ontwikkeld (enz.)*, Amsterdam: Johannes Müller, 1840, Deel II, p. 417. Vergelijk G. Knigge, *Strafvordering in het geding*, Preadvies NJV 1994, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 64 e.v.

van de rechtbank zorg draagt voor de handhaving van de orde op de zitting en daartoe de 'noodige maatregelen' kan nemen (art. 272 lid 1 jo. art. 124 Sv). Was er aanvankelijk reden om de rechter de wet voor te schrijven, thans kan rustig aan de rechter worden overgelaten of handboeien en bewakers nodig zijn.

Dit tweede voorbeeld is om twee redenen interessant. De eerste is dat in art. 124 Sv weliswaar een onderscheid wordt gemaakt tussen taak en bevoegdheid, maar dat daarmee nog weinig is gewonnen. De gegeven bevoegdheid is rijkelijk vaag. Zouden de bezwaren tegen art. 2 Politiewet verstommen als daarin wordt bepaald dat de 'nodige maatregelen' mogen worden genomen om de rechtsorde te handhaven? Om het theoretische bezwaar dat uit een taak geen bevoegdheid kan worden afgeleid, lijkt het met andere woorden niet te gaan. Waar het werkelijk om gaat is of er voldoende waarborgen zijn tegen willekeur. En op dat punt zijn er duidelijke verschillen. Niet alleen is het bereik van art. 124 Sv veel beperkter (alleen de orde op de zitting) dan die van art. 2 Politiewet, in de onafhankelijke rechter mag bovendien meer vertrouwen worden gesteld dan in de politie. Daar komt bij dat de rechter op de openbare zitting onder controle staat van het OM, de raadsman van de verdachte en het publiek. Veel uitglidders kan hij zich dus niet veroorloven.

Als gezegd, is het voorbeeld nog om een tweede reden interessant. Men kan zich namelijk afvragen of het bij het 'zorg dragen' in art. 124 Sv om een zelfstandige taak van de rechter gaat, dan wel of slechts sprake is van een bevoegdheid die de rechter bij de vervulling van zijn eigenlijke taak - rechtspreken - is gegeven. Wat een taak en wat een bevoegdheid is, is bij nadere beschouwing verre van duidelijk. In de studeerkamer kunnen functionarissen worden bedacht die door de wet uitsluitend worden belast met het aanhouden van verdachten buiten heterdaad. Wat thans wordt beschouwd als een bevoegdheid van een opsporingsambtenaar, is voor deze nieuw gecreëerde functionarissen opeens een taak. Erg principieel is het onderscheid tussen taak en bevoegdheid zogezien niet. De aanhoudingsbevoegdheid kan gezien worden als een specifieke taak, die onderdeel vormt van de meer algemene opsporingsbevoegdheid. Op die wijze kan begrepen worden dat de vraag naar doel en middel met de toekenning van een aanhoudingsbevoegdheid niet (volledig) is opgelost. Want de vraag blijft wat ter aanhouding mag worden gedaan. De wet geeft daarop maar ten dele een antwoord. Zij kent een steunbevoegdheid toe (het betreden van plaatsen), maar de andere 'steunbevoegdheden' (zoals het klem rijden van de vluchtauto) moeten afgeleid worden uit de aanhoudingsbevoegdheid. Daarmee is de kous nog niet af. Bij de steunbevoegdheid rijst de vraag naar doel en middel opnieuw. Mag uit de bevoegdheid om elke plaats te betreden, de bevoegdheid om de deur te forceren worden afgeleid?

In de praktijk blijkt een scherp onderscheid tussen taken en bevoegdheden moeilijk te maken. Dat komt doordat het antwoord op de vraag wat doel is, en wat middel, afhangt van het perspectief van de beschouwer. Wat voor de één het (naastgelegen) doel is, is voor de ander slechts een middel om een verder gelegen doel te bereiken. Zo kan men de opsporing (of de waarheidsvinding) als het doel zien van de door opsporingsambtenaren ondernomen onderzoekshandelingen, maar men kan dat doel ook zien als een middel om een achterliggend doel, de strafrechtelijke handhaving van de wet, te realiseren. Zo ook kan men de aanhouding als een opsporingsmiddel zien, maar ook als een doel dat door middel van steunbevoegdheden (zoals het betreden van plaatsen) moet worden bereikt. Doordat het achterliggende doel bij een dergelijk complex van doelen en middelen steeds gemeenschappelijk is, kan een dwangmiddel als het aanhouden van verdachten gezien worden als een (specifiek) onderdeel van de ruimere opsporingstaak.

Het is hachelijk de wettelijke systematiek te baseren op een onderscheid dat afhankelijk is van het perspectief van de beschouwer. Harde verschillen tussen taken en bevoegdheden zijn nauwelijks te vinden. In beide gevallen gaat het om een instructienorm die gericht is op de verwezenlijking van een doel. Dat doel kan meer of minder globaal en abstract zijn, of meer of minder specifiek en concreet. Dat levert echter hooguit een gradueel onderscheid tussen een taak en een bevoegdheid op. Steeds doet zich de vraag voor naar de geoorloofdheid van de ter verwezenlijking van het doel aangewende middelen: de vraag wat een behoorlijke taakvervulling is, verschilt niet wezenlijk van de vraag wat een bevoegdheidsuitoefening is. Zowel taken als bevoegdheden hebben doorgaans een exclusief karakter, al wordt (zoals in art. 53 lid 1 Sv) een bevoegdheid soms aan een ieder toegekend. Een verschil is misschien dat in een taak een plicht tot handelen besloten ligt, terwijl een bevoegdheid slechts tot handelen machtigt. Dit verschil verdwijnt echter als - zoals bij de opsporingsbevoegdheden van opsporingsambtenaren het geval is - de bevoegdheid gekoppeld is aan een taak.³⁷³ Bovendien valt niet goed in te zien waarom *dat* verschil - indien aanwezig - de taak als wettelijke grondslag diskwalificeert. Een plicht tot handelen geeft een sterkere legitimatie dan permissie tot handelen.

De conclusie kan zijn dat de vraag of een taak als wettelijke grondslag voor overheidsoptreden kan dienen, ons op het verkeerde been zet. Dezelfde vraag kan namelijk ten aanzien van een bevoegdheid worden gesteld. Een beperkte taakomschrijving kan meer houvast bieden dan een ruim omschreven bevoegdheid.

373 Daarom kan de opsporingsambtenaar die gebruik maakt van zijn aanhoudingsbevoegdheid, anders dan de burger die de verdachte aanhoudt, zich beroepen op art. 42 Sr. Zie Hazewinkel-Suringa-Remmelink, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1996 (15e druk), p. 333.

De eigenlijke vraag is telkens of de instructienorm die in de taak of de bevoegdheid besloten ligt, voldoende specifiek is. Wat voldoende is, moet daarbij gerelateerd worden aan de ratio van het legaliteitsbeginsel. De vraag is uiteindelijk of er voldoende garanties zijn tegen willekeur.

Deze benadering maakt dat de vraag naar de toereikendheid van een taak of bevoegdheid als grondslag voor overheidsoptreden niet in abstracto kan worden beantwoord. Het antwoord op die vraag wordt bepaald door een aantal factoren, waarvan de 'gevoeligheid' van de belangen die op het spel staan, en de mate waarin het overheidsoptreden daarop ingrijpt, de meest in het oog springende zijn. Een andere factor wordt gevormd door de aan- of afwezigheid van (procedurele) waarborgen: rechterlijke toetsing vooraf kan bijvoorbeeld de vaagheid van de bevoegdheidstoedeling tot op zekere hoogte compenseren. Belangrijk is ook dat de juridische en maatschappelijke context in de beschouwing wordt betrokken. De functionaris moet zich, zoals wij zagen, bij de uitoefening van zijn taak of bevoegdheid, houden aan het geldende recht - daarbij inbegrepen - het verdragsrecht en de ongeschreven beginselen. Van dat recht hangt af hoeveel speelruimte de functionaris in feite heeft. Daarbij geldt dat wat - op grond van de heersende rechtsovertuiging - als vanzelfsprekend kan worden beschouwd, eerder in de taak of bevoegdheid mag worden ingelezen, dan wat omstreden is. De afhankelijkheid van de context maakt dat de vraag geplaatst moet worden in een dynamisch perspectief: wat toereikend is, hangt af van de ontwikkelingen in het recht en de samenleving.

Spitst men nu deze conclusie toe op de normering van de opsporingstaak, dan kan niet gezegd worden dat er overwegende bezwaren zijn om de 'normale', vrij algemeen aanvaarde opsporingsmethoden te baseren op de algemene taakstelling. De waarborgen waarmee de wet de uitoefening van die taak omkleedt (zie hiervoor, onder 10.2), en de buitenwettelijke normering in de jurisprudentie maken dat de kans op willekeurig optreden in het algemeen binnen aanvaardbare grenzen blijft. Daarbij zij aangetekend dat in de conclusie tevens een inspanningsverplichting van de wetgever besloten ligt. Met het voortschrijden van de ontwikkeling doet zich telkens opnieuw de vraag voor of 'problematische' - of problematisch geworden - opsporingsmethoden nadere wettelijke regeling behoeven.

Het vanzelfsprekende behoeft geen uitdrukking in de wet te vinden. Geconstateerd kan echter worden dat de algemene opsporingsbevoegdheid van art. 141 en 142 Sv als grondslag voor opsporingshandelingen omstreden is. Er valt dan ook wat voor te zeggen om met zoveel woorden in de wet tot uitdrukking te brengen dat opsporingsambtenaren bevoegd zijn om, binnen de grenzen van wet en recht, het nodige onderzoek ten behoeve van de waarheidsvinding te verrichten. Voor een dergelijke verduidelijking is temeer reden daar, zoals reeds

meermalen werd gesteld, de opsporing als zodanig (dus los van de ingrijpendheid van de methoden) inbreuk maakt op het 'informatie aspect' van de privacy. Deze verduidelijking zou de vorm kunnen krijgen van een wettelijke definitie van de opsporing. Bij wijze van voorbeeld kan gewezen worden op de werkdefinitie die destijds door de commissie-Van Traa is gehanteerd.³⁷⁴ Deze definitie luidde: 'Het verzamelen, registreren en verwerken van gegevens en informatie door overheidsorganisaties over (de voorbereiding van) crimineel handelen en criminele organisaties met het doel te komen tot vervolging dan wel tot het voorkomen of beëindigen van crimineel handelen of criminele organisaties'.

Niet gezegd wil zijn dat deze 'brede definitie' zonder meer geschikt is om in de wet te worden neergelegd. Wat de definitie echter wel duidelijk maakt, is dat de kern van de opsporing bestaat uit het *verzamelen van informatie* omtrent (mogelijk) bij strafbare feiten betrokken personen. Het opnemen in de wet van een dergelijke inhoudelijke definitie van de opsporing zou dus buiten twijfel stellen dat personen die met opsporing zijn belast, bevoegd zijn om de nodige informatie te verzamelen. De gewenste verduidelijking kan ook op andere wijze dan door middel van een definitie tot stand worden gebracht. Gedacht kan worden aan bepalingen zoals die te vinden zijn in het Duitse wetboek van strafvordering (zie nader hiervoor, onder 4.2.1):

Art. 161 StPO: 'Zu dem im vorstehende Paragraphen bezeichneten Zweck kann die Staatsanwaltschaft von allen öffentlichen Behörden Auskunft verlangen und Ermittlungen jeder Art entweder selbst vornehmen oder durch die Behörden und Beamten des Polizeidienstes vornehmen lassen. (...)'

Art. 163 StPO: 'Die Behörden und Beamten des Polizeidienstes haben straftaten zu erforschen und alle keine Aufschub gestattenden Anordnungen zu treffen, um die Verdunkelung der Sache zu verhüten. (...)'

Bezien vanuit het legaliteitsbeginsel is er uiteraard niet veel gewonnen met dergelijke, noodzakelijkerwijs in zeer algemene termen gestelde bevoegdheidsverlenende bepalingen. Hetzelfde geldt voor een interpretatieve bepaling in de vorm van een inhoudelijke definitie van de opsporing. De winst zit in de toegenomen duidelijkheid. Wat thans uit de wettelijke systematiek moet worden afgeleid, wordt geëxpliciteerd.

Naast de vraag of de logica of de rechtstheorie dwingt tot een scherp onderscheid tussen taken en bevoegdheden, staat de vraag of inbreuken op grondrechten op een taakstelling kunnen worden gebaseerd. Het antwoord op die tweede vraag

374 Enquêtecommissie opsporingsmethoden, *Inzake opsporing*, 's-Gravenhage: Sdu Uitgevers 1996, p. 12.

ligt goeddeels in het voorgaande besloten. Aangezien het niet goed mogelijk is om een principieel onderscheid te maken tussen een taak en een bevoegdheid, kan niet in zijn algemeenheid worden gesteld dat een taak, anders dan een bevoegdheid, nimmer als grondslag voor een inbreuk op grondrechten kan dienen. Zo kan de inbreuk op het informationele aspect van de privacy die aan bijna alle opsporing inherent is, zonder veel bezwaar gebaseerd worden op de algemene opsporingsbevoegdheid van de art. 141 en 142 Sv, zeker als die bevoegdheidsverlening vergezeld gaat met een wettelijke verduidelijking als boven bedoeld.

De vraag of een inbreuk op een grondrecht gebaseerd kan worden op een taakstelling, is slechts een nadere toespitsing van de meer algemene vraag voor welke bevoegdheden die taak een toereikende grondslag biedt. Dezelfde, aan het legaliteitsbeginsel gerelateerde factoren spelen daarbij een rol. Prominente factoren zijn daarbij als gezegd de gevoeligheid van het belang en de mate waarin daarop inbreuk wordt gemaakt. Dat maakt dat een forse inbreuk op grondrechten bezwaarlijk op de algemene opsporingsbevoegdheid kan worden gebaseerd. De rechtsbescherming vereist voor een zo vergaande opsporingsmethode eenvoudig een meer specifieke regeling die voorziet in aanvullende waarborgen. Dezelfde conclusie kan ook via de factor 'juridische context' worden bereikt. Tot die context behoren, naar al even werd opgemerkt, ook de Grondwet en de verdragen inzake de mensenrechten. Welnu, verdrag en Grondwet beletten dat de bevoegdheid om opsporingsmethoden te hanteren die een forse inbreuk maken op grondrechten, wordt 'ingelezen' in een globale bevoegdheid als door de art. 141 en 142 Sv wordt verleend.³⁷⁵

Rest de vraag of een opsporingsmethode die slechts een beperkte inbreuk maakt op de grondrechten, op de algemene opsporingsbevoegdheid kan worden gebaseerd. Het EVRM behoeft daaraan niet in de weg te staan. Onder omstandigheden kan een door ongeschreven (jurisprudentie)recht genormeerde taakstelling als 'law' voldoende 'precies' zijn om een weinig vergaande inbreuk op een verdragsrecht te legitimeren. Zie hiervoor, onder 5. Naar onder 6.1 uitvoerig is betoogd, vormt ook de Grondwet op dit punt geen absoluut beletsel. De behoefte aan flexibiliteit is als het ware verdisconteerd in de grondwettelijke beperkingssystematiek. Daarbij geldt onverminderd hetgeen hiervoor reeds werd opgemerkt. De vraag of er voldoende garanties zijn tegen willekeur moet beantwoord worden

375 Dat de bevoegdheid om door middel van informatievergaring inbreuk te maken op het 'informationele aspect' van de privacy wél 'ingelezen' mag worden, heeft te maken met het feit dat die informatievergaring welhaast per definitie in de opsporing ligt besloten. De wetgever mag daarom, toen hij opsporingsbevoegdheid verleende, geacht worden het belang van de privacy te hebben afgewogen tegen het belang van de waarheidsvinding. Aan de grondwettelijke eis van een bijzondere belangenafweging door de wetgever is zogenoemd voldaan. Vergelijk hiervoor, onder 6.1.2.1.

vanuit een dynamisch perspectief. Van de wetgever wordt verwacht dat hij de wetgeving 'bij de tijd' houdt.

Bij de vraag of een bevoegdheid om inbreuk te maken op de rechten en vrijheden van burgers besloten ligt in de algemene opsporingsbevoegdheid, speelt als gezegd de juridische context een rol. Aanstonds, onder 12.4 zal daaraan, vanuit een iets andere invalshoek, opnieuw aandacht worden besteed. Betoogd zal worden dat de vraag niet zozeer is of een opsporingsmethode die ingrijpt in de rechten van burgers, gebaseerd kan worden op de algemene taakstelling, maar veeleer of de bevoegdheid daartoe impliciet besloten ligt in het wettelijk normeringsstelsel in zijn geheel.

12.3 Criteria voor wettelijke regeling

Het standpunt dat opsporingshandelingen die geen inbreuk maken op grondrechten, geen specifieke wettelijke bevoegdheid behoeven, leidt gemakkelijk tot ondernormering van het opsporingsonderzoek. Dat komt mede doordat daarbij onvoldoende onderscheid wordt gemaakt tussen de positie van de rechter en die van de wetgever. Met het standpunt valt goed te leven als het gezien wordt als een richtsnoer voor het oordeel van de rechter. Het moet dan zo begrepen worden dat het enkele feit dat een specifieke bevoegdheid ontbreekt, nog niet betekent dat de opsporingshandeling onrechtmatig is. Het standpunt pakt echter ongelukkig uit als het gezien wordt als richtinggevend voor de wetgevende arbeid. Het effect is dan dat grote delen van het opsporingsonderzoek ongeregeld blijven. Het gegeven dat geen inbreuk wordt gemaakt op grondrechten van burgers, vormt dan als het ware een excuus voor het stilzitten van de wetgever. Daarbij wordt over het hoofd gezien dat er andere redenen kunnen zijn om tot nadere wettelijke regeling over te gaan.³⁷⁶

Deze kritiek op wat de heersende leer lijkt te zijn, keert zich niet tegen de opvatting dat opsporingsmethoden die inbreuk maken op grondrechten van burgers een specifieke wettelijke grondslag behoeven. Betoogd wil zijn dat het 'inbreuk'-criterium als *enig* criterium tekort schiet. Er zijn meer redenen (criteria) om de uitoefening van de opsporingstaak wettelijk te normeren. Daarbij kan onder meer gedacht worden aan de risico's die aan bepaalde methoden kleven en aan de betrouwbaarheid van het opsporingsresultaat. Deze benadering bouwt voort op het geldende recht. Een en ander zal in het navolgende nader worden uiteengezet en verduidelijkt. Daartoe eerst een voorbeeld.

376 Het gaat in deze paragraaf om *nadere* wettelijke regeling van de opsporingstaak. De in dit rapport gekozen uitgangspunten brengen mee dat de opsporing van overheidswege steeds op de wet dient te berusten en daarbij omgeven dient te zijn door een wettelijk stelsel van waarborgen. Zo staat de opsporingsambtenaar onder het gezag van de officier van justitie en geldt voor hem een verbaliseringsplicht. In deze paragraaf is aan de orde of deze algemene regeling toereikend is, dan wel aangevuld moet worden met een meer specifieke regeling.

Art. 52 Sv geeft zoals bekend de opsporingsambtenaar de bevoegdheid de verdachte staande te houden teneinde hem naar zijn personalia te vragen. Deze expliciete bevoegdheidsverlening past niet goed in de gedachte dat alléén inbreuken op grondrechten een specifieke grondslag behoeven. Het staandehouden levert immers slechts een kortstondige vrijheidsbeperking op; van vrijheidsbeneming is geen sprake. Derhalve kan niet van een inbreuk op art. 15 Grondwet of art. 5 EVRM worden gesproken. De bevoegdheid om de verdachte naar zijn personalia te vragen, vormt voorts geen inbreuk op de privacy, zeker nu er geen plicht tot antwoorden bestaat. Toch is een uitdrukkelijke wettelijke voorziening niet onwenselijk. Daarbij kan erop worden gewezen dat een beperking van de vrijheid weliswaar geen inbreuk op een *grondrecht* oplevert, maar toch een, zij het misschien geringe, aantasting vormt van de rechten en vrijheden van de burger. De verdachte moet het staandehouden gedogen; verzet daartegen is strafbaar. Daarbij komt dat, aangezien de opsporingsambtenaar gepast geweld mag gebruiken, een aantasting van de fysieke integriteit dreigt. Die dreigende, *potentiële* inbreuk op een grondrecht vormt een zelfstandige reden voor wettelijke regeling. Tenslotte kan gezegd worden dat de uitdrukkelijke regeling van het staandehouden de wettelijke regeling van de aanhouding verduidelijkt. Buiten twijfel wordt gesteld dat het enkel vragen naar de personalia geen verhoor oplevert, zodat de waarborgen waarmee de aanhouding is omringd (o.m. voorgeleiding voor een hulp-officier van justitie) niet van toepassing zijn.

Het voorbeeld laat zien dat het 'inbreuk'-criterium ontoereikend is als richtsnoer voor de wetgever. Aan een evenwichtig wetgevingsprogramma ligt een veelheid van 'criteria' ten grondslag. Het gaat daarbij niet om harde criteria, maar om meer of minder dwingende *argumenten*, die bij elkaar opgeteld kunnen maken dat nadere wettelijke regeling wenselijk is. Een aantal van die argumenten zal hieronder de revue passeren. Volledigheid wordt daarbij niet gepretendeerd.

Als eerste argument verdient het al genoemde criterium van de potentiële inbreuk op grondrechten vermelding. Dat argument weegt bijvoorbeeld zwaar als het gaat om de ondervraging van de verdachte. Die ondervraging levert op zichzelf geen inbreuk op enig grondrecht op. Het gevaar voor ontoelaatbare pressie (en mishandeling) vraagt echter om waarborgen. Veelzeggend is dat het gevaar voor marteling voor het Europese Comité ter Voorkoming van marteling en onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing (CVM) reden is om voor toelating van de raadsman tot het politieverhoor te pleiten.³⁷⁷ Maar schending van art. 3 EVRM is niet het enige gevaar dat bij het politieverhoor dreigt. Ontoelaatbare pressie maakt inbreuk op de verklaringsvrijheid van de verdachte en daarmee op het ook in art. 6 EVRM verankerde zwijgrecht. Die potentiële schending van het *nemo tenetur*-beginsel vraagt om waarborgen, waartoe in het bijzonder de cautieplicht moet worden gerekend.

377 Zie daarover nader Deelrapport 7, 'De toelating van de raadsman tot het politieke verdachtenverhoor: Een status questionis op de drempel van de eenentwintigste eeuw' (C.J.C.F. Fijnaut), par. 2.2.6.

Met art. 6 EVRM is een argument in de discussie betrokken dat zelfstandige vermelding verdient. Dat verdragsartikel heeft, zoals hiervoor (onder 5.3) is uiteengezet, 'reflexwerking' ten aanzien van het vooronderzoek. In de respectering van de verdedigingsrechten kan dan ook een reden gelegen zijn om opsporingsmethoden wettelijk te regelen. Een sprekend voorbeeld vormt het deskundigenonderzoek. Dat onderzoek maakt op zich weer geen inbreuk op enig grondrecht. Toch bevat de wet een uitvoerige en uitgebalanceerde regeling van het deskundigenonderzoek, tenminste voor zover het gaat om deskundigen die in het kader van een gerechtelijk vooronderzoek optreden. Die regeling beoogt het deskundigenonderzoek een contradictoire karakter te geven en het recht van de verdachte op contra-expertise te waarborgen. Duidelijk moge zijn dat die redenen hun betekenis niet verliezen als het om deskundigenonderzoek gaat dat buiten het kader van een gerechtelijk vooronderzoek plaats vindt.³⁷⁸

Een derde argument, dat ook in verband zou kunnen worden gebracht met art. 6 EVRM - en in zoverre aansluit bij het voorgaande -, vormt de betrouwbaarheid van het opsporingsonderzoek. De onschuldpresumptie (art. 6 lid 2 EVRM) vraagt om een zorgvuldige vaststelling van *guilt*. Die schuld moet worden bewezen. Vergroting van de betrouwbaarheid van het bewijs draagt dan ook in niet onbelangrijke mate bij aan de realisering van een *fair hearing*.³⁷⁹ Voor een stelsel van strafvordering als het onze, waarin recht kan worden gedaan op basis van de resultaten van het vooronderzoek, brengt dit mee dat aan dat vooronderzoek hoge eisen moeten worden gesteld. De betrouwbaarheid van de bewijsgaring in die eerste fase van het strafproces vormt dan ook een belangrijk argument voor nadere wettelijke regeling van de gehanteerde onderzoeksmethoden.

Bij wijze van voorbeeld kan worden gewezen op de gedetailleerde regeling van de ademanalyse en het bloedonderzoek (Besluit alcoholonderzoeken en Regeling bloed- en urineonderzoek). De uitvoerigheid van de regeling kan moeilijk alleen worden verklaard uit het feit dat deze opsporingsmethode inbreuk maakt op de rechten en vrijheden van de burger. Zo behouden de voorschriften met betrekking tot de verpakking en verzegeling van monsterbuisjes (art. 5 van de Regeling) hun zin als de verdachte geheel vrijwillig aan het bloedonderzoek meewerkt. De voorschriften beogen mede de betrouwbaarheid van het onderzoeksresultaat te waarborgen. Een soortgelijke opmerking kan worden gemaakt ten aanzien van de regeling van het DNA-onderzoek. Dat het onderzoek dient te worden verricht door een bij AMvB aangewezen laboratorium (art. 195a Sv), zal zijn grond vooral vinden in het garanderen van de deugdelijkheid van het onderzoeksresultaat.

378 Zie nader deelrapport 8 in het Eerste interimrapport onderzoeksproject strafvordering 2001, 'De deskundige in het strafproces' (N.J.M. Kwakman), in het bijzonder par. 5.1 en 5.2.1.1.

379 Uiteraard heeft men art. 6 EVRM niet nodig als fundament voor waarborgen met betrekking tot de betrouwbaarheid van het vergaarde bewijsmateriaal. Dergelijke waarborgen kunnen direct gebaseerd worden op het hoofddoel van de strafvordering, het voorkomen van willekeurige bestraffing.

De betrouwbaarheid van het onderzoek zou een reden kunnen vormen voor een wettelijke regeling van spiegel- en Osloconfrontaties. Op die zelfde grond kan gepleit worden voor een regeling van het horen van getuigen door de politie. De behoefte aan een (nadere) regeling van het verhoor van verdachten kan voorts niet los worden gezien van het belang dat met de betrouwbaarheid van de bekentenis is gemoeid.

Een vierde reden voor wettelijke regeling van opsporingsmethoden kan worden gevonden in de bewaking van de integriteit van het opsporingsapparaat. Van enkele van de thans - door de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden - geregelde opsporingsmethoden (zoals infiltratie en pseudokoop) kan men zich afvragen of werkelijk sprake is van een inbreuk op de privacy van de betrokkenen.³⁸⁰ De corruptiegevoeligheid van deze methoden vormt een veel sterker argument om tot wettelijke regeling over te gaan. Er zij aan herinnerd dat juist de door de commissie-Van Traa geconstateerde ontsporingen de motor vormden van de wetgevingsoperatie.

Het opsporingsbelang kan mede een argument vormen om tot wettelijke regeling over te gaan. Daarbij kan worden gedacht aan verkleining van het afbreukrisico (het risico dat het onderzoek door 'lekken' stuk loopt), maar ook aan een betere onderlinge afstemming van 'stiekeme' activiteiten. Voorkomen moet bijvoorbeeld worden dat de burgerinfiltrant die door het ene kernteam wordt ingezet, door het andere kernteam als de hoofdverdachte wordt beschouwd. Op grond daarvan kunnen regelingen worden bepleit die voorzien in centrale coördinatie.

Als zesde argument kan worden genoemd de mogelijke disproportionaliteit ten aanzien van andere belangen dan die van de direct betrokkenen. Dat speelt in het bijzonder als de opsporingsactiviteiten mede bestaan uit het plegen of ongemoeid laten van strafbare feiten. Van een methode als het doorlaten van drugs - thans geregeld in art. 126gg Sv - kan moeilijk gezegd worden dat daarmee inbreuk wordt gemaakt op de grondrechten van de drugshandelaar. Het bezwaar van de methode is vooral dat welbewust wordt toegestaan dat (grote) partijen drugs op de markt komen. Het is met andere woorden het door de strafwet beschermde belang van de volksgezondheid dat tot het bijna absolute verbod van de methode heeft geleid. Soortgelijke argumenten kunnen worden aangevoerd voor de wettelijke regeling van infiltratie en pseudokoop. Het plegen van strafbare feiten door opsporingsambtenaren vraagt om een belangenafweging die vaak beter in handen gelegd kan worden van de wetgever dan van de rechter.

380 Vergelijk EHRM 15 juni 1992, *NJ* 1993, 711 (Lüdi), alsmede HR 14 november 2000, nr. 00210/00.

De rechter zou het plegen van strafbare feiten gerechtvaardigd kunnen achten op grond van het opsporingsbelang, en derhalve een rechtvaardigingsgrond aanwezig kunnen oordelen. Het bezwaar van deze vorm van jurisprudentiële normering is echter in de eerste plaats het casuïstische en weinig precieze karakter daarvan. De wetgever kan de grenzen scherper trekken dan de rechter zou kunnen op grond van de 'aanknopingspunten' die het geldende recht hem te bieden heeft. Bovendien kan de wetgever in (procedurele) waarborgen voorzien die de rechtsvormende taak van de rechter al gauw te buiten gaan. Het bezwaar is in de tweede plaats dat de situatie doorgaans *niet* is dat de opsporingsambtenaar wordt vervolgd wegens de door hem gepleegde strafbare feiten. De vraag naar de rechtmatigheid van de methode rijst bijna uitsluitend in een ander kader, namelijk in het kader van de strafzaak tegen de 'echte' boeven. En in dat kader is de behoefte om de zaak op scherp te zetten niet groot. De vraag is dan namelijk vooral of de verdachten van het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond moeten profiteren. De Schutznorm-gedachte lijkt zich daartegen te verzetten: het algemene belang van de volksgezondheid is niet een specifiek belang van de betrokken verdachten.

Een uitputtende opsomming van argumenten is als gezegd niet beoogd. Een sluitend dogmatisch systeem kan daarin evenmin gelezen worden. Betoogd wil veeleer zijn dat de vraag of en in hoeverre de uitoefening van de opsporingstaak nadere wettelijke regeling behoeft, niet op basis van een abstracte theorie of een algemene rechtsleer³⁸¹ kan worden beantwoord, maar juist voorwerp is van voortdurend, door de veranderende maatschappelijke realiteit gevoed debat. In dat debat speelt de bescherming van grondrechten een belangrijke rol, maar de discussie mag daartoe niet worden beperkt. Er zijn meer belangen in het geding. Het altijd voorlopige antwoord op de vraag of nadere wettelijke regeling wenselijk is, wordt mede door die belangen bepaald. Toetssteen is daarbij of al die belangen *zonder* nadere regeling voldoende zijn gewaarborgd.

De hier gekozen benadering brengt mee dat méér opsporingshandelingen wettelijk genormeerd dienen te worden dan op grond van de heersende leer het geval zou zijn. Een voordeel daarvan is dat de wetgever bij de normering van bevoegdheden minder afhankelijk is van de precieze reikwijdte van in het bijzonder het recht op privacy. Aan het slot van de volgende paragraaf zal dit aan de hand van een voorbeeld worden verduidelijkt. Een nadeel van de gekozen benadering zou kunnen zijn dat de opsporing daardoor te zeer wordt belemmerd. Het gevaar bestaat dat de opsporingsambtenaar de armslag die hij nodig heeft om naar bevind

381 Op het belang van de algemene rechtsleer is op het tweede congres Sv 2001 gewezen door referent O.J.D.M.L. Jansen. Voor een eenzijdige rechtshandeling, waardoor aan burgers verplichtingen worden opgelegd, is zijns inziens steeds een specifieke bevoegdheid vereist. Dat moge juist zijn, maar veel winst wordt daarmee niet geboekt. In het strafprocesrecht berusten meewerkverplichtingen (zoals ademanalyse, uitlevering voorwerpen) steeds op een specifieke regeling. Dat staat ook niet ter discussie. De vraag is vooral welke *feitelijke handelingen* een uitdrukkelijke bevoegdheid vereisen. De algemene rechtsleer geeft daarop geen antwoord.

van zaken te kunnen handelen, verliest doordat hij verstrikt raakt in een oerwoud van voorschriften. Tegen dat bezwaar kan echter worden aangevoerd dat méér regelen niet hetzelfde is als gedetailleerd regelen. Daarover gaat de volgende paragraaf.

12.4 *Stelsel van geïmpliceerde bevoegdheden*

Zoals aan het slot van de vorige paragraaf werd opgemerkt, dient bij de vraag of een bepaalde opsporingsmethode nadere wettelijke regeling behoeft, de toetssteen te zijn of de in het geding zijnde belangen zonder zo'n regeling voldoende zijn gewaarborgd. Diezelfde toetssteen moet worden aangelegd bij de vraag hoe gedetailleerd een eventuele nadere regeling dient te zijn. Ter illustratie kan gewezen worden op de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Hoe forser de inbreuk op de privacy is, des te hogere eisen stelt het Hof aan de precisie van de regelgeving en aan de waarborgen waarmee de bevoegdheid tot het maken van die inbreuk is omringd (hiervoor, onder 5.2). Dat is begrijpelijk omdat de behoefte aan rechtsbescherming toeneemt naarmate het overheidsoptreden ingrijpender is. De mate waarin het beschermde belang (de privacy) bescherming behoeft, is in deze jurisprudentie dus bepalend voor de eisen die aan de *law* gesteld worden. Deze gedachte kan doorgetrokken worden naar de andere belangen die op het spel staan.

Toegeven zij dat die gedachte niet veel houvast biedt. Zij geeft meer een denkrichting aan dan dat zij een oplossing dicteert. Haar waarde is dat zij aangeeft waarop de discussie zich dient te richten, namelijk op de *daadwerkelijke* behoefte aan bescherming door middel van nauwkeurige regels. Die benadering vraagt in de eerste plaats een open oog voor de praktijk, voor de stand van de maatschappelijke ontwikkeling en voor de wijze waarop het opsporingsapparaat functioneert. Hoe reël is het gevaar van willekeur, van onzorgvuldige bewijsgaring, van corruptie? De benadering dwingt er in de tweede plaats toe om ook alternatieven in de beschouwing te betrekken. Kunnen de gevaren ook op andere - misschien zelfs betere - wijze worden bezworen dan door gedetailleerde voorschriften? In die benadering is tenslotte ook plaats voor een belangenafweging: de praktische noodzaak van flexibiliteit mag meegewogen worden bij het kiezen van oplossingen. Als globale regelgeving voldoende bescherming biedt, verdient zij de voorkeur boven rigide voorschriften.

Er zijn tenminste twee factoren aan te wijzen die maken dat in veel gevallen met een betrekkelijk globale regeling van opsporings'praktijken' kan worden volstaan. De eerste is dat de uitoefening van de opsporingstaak met algemene waarborgen is omringd. Aan de bekwaamheid en integriteit van de opsporingsambtenaar worden eisen gesteld; opsporing dient te worden verricht onder gezag

van de officier van justitie; van opsporingshandelingen moet op ambtseed procesverbaal worden opgemaakt; er is een klachtenregeling met betrekking tot het politieoptreden; de rechtmatigheid van de bewijsgaring kan ten toets komen in het latere strafproces (vergelijk hiervoor, onder 10.2). De tweede factor is dat regeling bij wet in formele zin kan worden gecombineerd met andere vormen van normering. Over de mogelijkheid van delegatie zullen straks nog enkele opmerkingen worden gemaakt. Hier verdient eerst aandacht dat tot op zekere hoogte vertrouwd mag worden op nadere jurisprudentiële invulling en normering. In de combinatie van wettenrecht met rechtersrecht ligt een aantrekkelijke mogelijkheid om de behoefte aan flexibiliteit te verzoenen met de wens tot nadere normering. De wetgever behoeft niet in details te treden omdat hij mag rekenen op een redelijke interpretatie van de wet. Dat betekent in het bijzonder dat steunbevoegdheden in een aantal gevallen kunnen worden geïmpliceerd. Enkele voorbeelden ontleend aan het geldende recht kunnen dat verduidelijken.

Art. 52 Sv geeft zoals wij zagen opsporingsambtenaren de bevoegdheid tot staande houden. Hoewel dat niet met zoveel woorden is bepaald, wordt algemeen aangenomen dat zo nodig gepast geweld mag worden gebruikt, waarbij de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit aangeven wat als 'gepast' kan worden aangemerkt. Hetzelfde geldt voor de bevoegdheid tot aanhouden (art. 53 en 54 Sv), al zal daar de afweging van wat gepast mag heten anders uitvallen. Het toegepaste geweld, dat een inbreuk kan vormen op de fysieke integriteit, wordt dus, zij het niet uitdrukkelijk, gedekt wordt door de art. 52, 53 en 54 Sv. De aanhouding kan ook gepaard gaan met de vernieling van eigendommen, bijvoorbeeld bij het klem rijden van de vluchtauto. De bevoegdheid daartoe ligt weer impliciet besloten in de wet. Een systematisch argument om hier impliciete bevoegdheden aan te nemen ligt in art. 55 Sv, waarin het betreden van plaatsen (waaronder woningen) als steunbevoegdheid is geregeld. Uit het feit dat het meest vergaande uitdrukkelijk is toegestaan, mag afgeleid worden dat het minder vergaande besloten ligt in de aanhoudingsbevoegdheid. Opgemerkt kan worden dat de bevoegdheid tot het betreden van plaatsen op haar beurt weer impliceert, dat zo nodig de deur mag worden geforceerd.

Een tweede voorbeeld wordt gevormd door de fouillering. Art. 56 Sv staat onder bepaalde voorwaarden toe dat de verdachte aan lichaam en kleding wordt onderzocht. Niet bepaald is dat meegevoerde voorwerpen (zoals een damestasje) mogen worden onderzocht, hoewel dat minder ver gaat dan onderzoek aan lichaam en kleding. Wel weer bepaald is dat dergelijke voorwerpen in beslag genomen mogen worden (art. 95 Sv), en vervolgens ten behoeve van de waarheidsvinding onderzocht. Uit dit samenstel van bepalingen kan afgeleid worden dat ook onderzoek in meegevoerde (niet in beslag genomen) voorwerpen is toegestaan (HR 3 juli 1989, *NJ* 1990, 140). Derhalve kan gezegd worden dat in de 'damestas-snuffel' (die onder omstandigheden een inbreuk op de privacy zal vormen) 'bij of krachtens de wet' is voorzien. Daarvoor is dus een expliciete bepaling niet nodig.

Een derde voorbeeld heeft betrekking op de inbreuk op de privacy die welhaast per definitie in iedere opsporing van een strafbaar feit ingebakken zit. Opsporing impliceert

dat systematisch gegevens met betrekking tot personen (verdachten, potentiële verdachten, anderszins betrokkenen) worden verzameld en vastgelegd. Het gaat hier niet om de privacy van degenen tegen wie zich bepaalde opsporingsmethoden richten, maar om de privacy van degenen die voorwerp van onderzoek zijn.³⁸² Hun privacy wordt door de bewijsverzameling aangetast, ook als de gehanteerde bewijsgaringsmethoden (vrijwillig afgelegde verklaringen van ooggetuigen, openbare bronnen) op zich niet privacygevoelig zijn. De bevoegdheid tot gegevensverzameling omtrent de personen die voorwerp zijn van onderzoek, is niet met zoveel woorden in de wet vastgelegd, maar kan worden afgeleid uit een samenstel van bepalingen. Dat samenstel wordt gevormd door de art. 141 en 142 Sv, door art. 163 Sv, dat opsporingsambtenaren verplicht aangiften te ontvangen, door art. 152 Sv, dat schriftelijke vastlegging voorschrijft van al hetgeen is 'bevonden', en door de Wet politieregisters, die voorschriften bevat met betrekking tot de opslag en het gebruik van de verzamelde gegevens. De hier bedoelde inbreuk op de privacy is dus 'bij de wet' voorzien, ook al ontbreekt een expliciete bepaling.

De bevoegdheid om inbreuk te maken op grondrechten ligt, zo blijkt uit de gegeven voorbeelden, niet zelden impliciet besloten in het stelsel van de wet. Vanuit een oogpunt van rechtsbescherming kan dat nauwelijks bezwaarlijk worden genoemd. Het gevaar voor willekeur wordt daardoor niet noemenswaardig vergroot. Dat komt doordat het om betrekkelijk beperkte inbreuken gaat en doordat de jurisprudentiële normering aan duidelijkheid en voorspelbaarheid niet onder doet voor een uitdrukkelijke wettelijke regeling. De jurisprudentiële invulling van de wet is daarbij ook zo vanzelfsprekend, dat het allesbehalve een grote stap is om haar toe te schrijven aan de 'wil' van de wetgever. Aan de grondwettelijke eis van een specifieke bevoegdheid is voldaan omdat de impliciete bevoegdheid om in te breken op een grondrecht berust op een belangenafweging die de wetgever geacht mag worden voor zijn rekening te hebben genomen. Zie voor dit criterium hiervoor, onder 6.1.3.2.

Deze benadering kan wellicht een uitweg bieden uit de patstelling waarop de discussie over de vraag of (beperkte) inbreuken op grondrechten kunnen worden gebaseerd op taakstellende bepalingen, is uitgelopen. In de hier voorgestelde benadering wordt afstand genomen van een geforceerde tegenstelling. De vraag is *niet* of de algemene taakstelling een voldoende basis biedt voor een beperkte inbreuk, dan wel of daarvoor een uitdrukkelijke voorziening is vereist. De vraag is of een bepaalde opsporingshandeling, die niet expliciet in de wet is genoemd, past in het systeem van de wet en besloten ligt in het samenstel van de daarin uitdrukkelijk geregelde bevoegdheden. Als dat het geval is berust de opsporingshandeling op een wettelijke bevoegdheid, ook als sprake zou zijn van een beperkte inbreuk op een grondrecht.

382 Zie voor dit onderscheid E.C. Mac Gillavry, *Meewerken aan strafvordering door banken en Internet Service Providers*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 22 e.v.

De gekozen benadering kan alleen overtuigen als er inderdaad sprake is van een samenstel van wettelijk geregelde bevoegdheden. Het pleidooi voor een stelsel van geïmpliceerde bevoegdheden moet dan ook worden gezien in samenhang met het in de vorige paragraaf verwoorde uitgangspunt dat er meer geregeld moet worden dan thans het geval is. De wettelijke regeling behoeft niet gedetailleerd te zijn, maar dient wel een breed terrein te beslaan. Het is de taak van de wetgever om de piketpaaltjes te slaan waarop de rechter zich kan oriënteren. Dat betekent enerzijds dat de wetgever niet spaarzaam moet zijn met het slaan van paaltjes en anderzijds dat hij vaak niet meer hoeft te doen dan dat. De nadere uitwerking kan hij aan de rechter overlaten.

Het pleidooi voor een uitgebreide, maar niet gedetailleerde wettelijke regeling moet ook worden gezien in samenhang met het aan het slot van paragraaf 12.2 gedane voorstel om in het wetboek bepalingen op te nemen die verduidelijken tot welke opsporingshandelingen een opsporingsambtenaar op grond van zijn algemene taakstelling bevoegd is. Die verduidelijking maakt het minder bezwaarlijk om de algemene taakstelling als basis voor opsporingsbevoegdheden te bezigen. De wet bevat dan immers een indicatie welke de bevoegdheden zijn die mogen worden ingelezen.

Al met al ontstaat een niet onbelangrijk verschil met de bestaande situatie. Thans is het zo dat de wettelijke regeling van de opsporing summier is en slechts een beperkt terrein beslaat. Dat betekent dat de 'witte plekken' door de rechter moeten worden ingevuld op basis van taakstellende bepalingen die weinig of geen houvast bieden. Dat levert in veel gevallen een weinig overtuigende basis op. In de hier voorgestelde benadering kan de algemene taakstelling weliswaar mede als basis van bevoegdheden dienen - de wet geeft dat met zoveel woorden aan - maar op die taakstelling behoeft geen zware wissel te worden getrokken. Doordat de wetgever minder ongeregeld heeft gelaten, is de 'aanvullende' betekenis van de algemene taakstelling geringer. Daarbij komt dat die taakstelling in de context van het (uitgebreide) wettelijke stelsel van bevoegdheden moet worden gezien (vergelijk hiervoor, onder 12.2). Welke bevoegdheden 'ingelezen' mogen worden in de algemene taakstelling hangt af van het stelsel van bevoegdheidstoedelingen in zijn geheel. Anders gezegd: de bevoegdheid om een beperkte inbreuk op een grondrecht te maken, wordt in de gekozen benadering nooit alléén op de algemene taakstelling gebaseerd, maar op een wettelijk stelsel waarvan die taakstelling deel uitmaakt. De vraag is steeds of de desbetreffende bevoegdheid impliciet in het wettelijk stelsel besloten ligt. Voor een bevestigend antwoord zullen concrete argumenten moeten worden aangedragen.

Zoals gezegd, mikt de gekozen benadering op een samenspel van wetgever en rechter, op een combinatie van wettenrecht en rechtersrecht. Die benadering kan

aangevuld worden met een andere, waarbij ingezet wordt op een combinatie van wettelijke en andere vormen van regelgeving. Ook daarvan ziet men aanzetten in het geldende recht. Zo voorziet de DNA-wetgeving in nadere regeling bij AMvB. Naast deze delegatie van wetgevende bevoegdheid staan de richtlijnen met betrekking tot de opsporing, zoals de richtlijnen inzake (spiegel- en keuze)-confrontatie afkomstig van de Recherche-adviescommissie. Deze richtlijnen zijn thans geen recht in de zin van art. 99 RO.³⁸³ De wet zou kunnen voorschrijven dat het College van procureurs-generaal (dat ex art. 140 Sv dient te waken voor de richtige opsporing) voor bepaalde opsporingsactiviteiten richtlijnen opstelt. Op die wijze kan een vorm van detaillering worden bewerkstelligd en tegelijkertijd het gevaar voor verstarring gekeerd. Het voordeel van richtlijnen boven wettelijke voorschriften is immers dat richtlijnen een 'softere' vorm van regulering bieden. De ruimte om daarvan af te wijken als daarvoor goede redenen aanwezig zijn, is nu eenmaal groter.

De praktische betekenis van de in deze en de vorige paragrafen voorgestelde benadering kan aan de hand van een voorbeeld worden verduidelijkt. Dat voorbeeld wordt gevormd door de normering van de observatie. Zoals bekend heeft de *stelselmatige* observatie thans regeling in de wet gevonden (artt. 126g en 126o Sv). Wat stelselmatig is, wordt daarbij bepaald door een veelheid van factoren, die alle betrekking hebben op de 'intensiteit' van de observatie.³⁸⁴ Op die wijze wordt, zo lijkt het, een sterke koppeling gelegd tussen het wettelijke criterium en de vraag of de observatie (zo ingrijpend is dat zij) inbreuk maakt op de privacy van de betrokkene. Die opzet van de regeling spoort met de gedachte dat alleen opsporingsmethoden die inbreuk op een grondrecht maken, wettelijke regeling behoeven. De moeilijkheid is echter dat daarmee een criterium in de wet is geïntroduceerd dat rijkelijk vaag is. Wanneer nu *precies* een bevel van de officier van justitie is vereist, is in de praktijk, waarin men zich *vooraf* een oordeel moet vormen over de ingrijpendheid van de observatie, vaak niet duidelijk.³⁸⁵ Natuurlijk kan het zekere voor het onzekere worden genomen (zodat steeds een bevel wordt gevraagd), maar daarmee schiet uiteindelijk niemand iets op. De opsporing verzandt in een papierwinkel³⁸⁶, en het gevaar is reëel dat een serieuze toets bij het afgeven van het bevel achterwege blijft.

383 HR 14 januari 1992, NJ 1992, 360 m.nt. ThWvV en HR 29 maart 1994, NJ 1994, 577 m.nt. Sch.

384 Volgens de MvT (*Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 26 e.v.) gaat het er bij het criterium van de stelselmatigheid om de 'intensieve' of 'ingrijpende' vormen van observatie te onderscheiden van de 'oppervlakkige'. Stelselmatig zijn 'die vormen van observatie die tot resultaat kunnen hebben dat een min of meer volledig beeld wordt verkregen van bepaalde aspecten van iemands leven.'

385 Vergelijk G.C. Haverkate, 'De valkuil der stelselmatigheid', *Trema 2000*, p. 227 e.v.

386 Haverkate (*a.w.*, p. 227) spreekt van bevelsinflatie.

In de hier voorgestelde benadering is het geenszins vanzelfsprekend dat observatie alleen wettelijk wordt geregeld voor zover zij inbreuk maakt op de privacy. Het feit dat observatie gemakkelijk tot een inbreuk op de privacy leidt (mede doordat de grenzen hier vaag zijn), vormt een argument om ook de niet-stelselmatige vormen van observatie van een specifieke wettelijke grondslag te voorzien. Daarbij kan de regeling voor de minder ingrijpende vormen van observatie (waartoe ook vormen van observatie kunnen worden gerekend die slechts een beperkte inbreuk op de privacy maken) globaler zijn dan de huidige regeling. Deze gedachte zou als volgt kunnen worden geconcretiseerd:

- a. de wet verleent opsporingsambtenaren de bevoegdheid om personen te observeren.
- b. de wet schrijft voor dat observatie plaats dient te hebben conform door het College van P-G's op te stellen richtlijnen. Die richtlijnen hebben ook betrekking op het gebruik van technische hulpmiddelen.
- c. de wet stelt nadere voorwaarden (zoals de verdenking van een misdrijf en de schriftelijke toestemming van de officier van justitie) aan bepaalde, ingrijpende vormen van observatie. Daarbij valt te denken aan de volgende twee gevallen. (1) Observatie gericht op woningen en observatie van hetgeen zich in andere besloten plaatsen afspeelt. (2) Observatie (of een samenhangende reeks van observaties) die een bepaalde tijdsduur (bijvoorbeeld 24 uur) overschrijdt.

Deze regeling maakt duidelijk dat observaties die vanuit privacyoogpunt minder ingrijpend zijn dan die onder c zijn begrepen, gebaseerd kunnen worden op het bepaalde onder a en b. Onder a en b vallen zowel observaties die geen, als observaties die een relatief beperkte inbreuk op de privacy maken. Gelet op het minder vergaande karakter van deze observaties kan met een 'softe' vorm van reglementering worden volstaan.

Uiteraard zijn er ook andere uitwerkingen van de gekozen benadering denkbaar. Zo is verdedigbaar dat, zoals in de huidige regeling het geval is, ook de inzet van technische hulpmiddelen afhankelijk dient te zijn van de toestemming van de officier van justitie. De systematiek van de dwangmiddelen, c.q. de bijzondere bevoegdheden komt in het derde onderzoeksjaar aan de orde. Daarop dient thans niet te zeer worden vooruitgelopen. Betoogd wil slechts zijn dat de gekozen benadering een wettelijke regeling mogelijk maakt die beter werkbaar is doordat zij niet geregeerd wordt door de precieze invulling van het recht op privacy.

13 Plaats van regeling

Volgens de heersende leer valt het begin van de opsporing samen met het begin van de strafvordering. De consequentie die daaruit werd getrokken, was dat wat nog geen opsporing was, geen regeling kon vinden in het Wetboek van Strafvordering. Met die gedachte heeft de wetgever, door het verkennend onderzoek een plaats te geven in het wetboek, echter gebroken. In het wetboek is kennelijk ook plaats voor onderwerpen die met de strafvordering ten nauwste samenhangen.³⁸⁷

Deze niet dogmatische benadering kan worden onderschreven. Een gezamenlijke regeling van nauw samenhangende onderzoeksactiviteiten komt de inzichtelijkheid ten goede. Er valt dan ook veel voor te zeggen om de opsporing (in ruime zin) en de vervolging (de strafvordering in enge zin) in één wetboek onder te brengen. Opsporing en vervolging dienen immers hetzelfde doel: de strafrechtelijke handhaving van de wet. Men zou dit gemeenschappelijke kenmerk tot 'het' kenmerk van de strafvordering kunnen verheffen. Strafvordering (in ruime zin) omvat dan al die overheidsactiviteiten die gericht zijn op het nemen van strafrechtelijke beslissingen. Zo gedefinieerd maakt de opsporing deel uit van de strafvordering. Veel meer dan een woordenspel, of zo men wil een kernachtige wijze van uitdrukken, is dat echter niet. Waar het eigenlijk om gaat is dat de opsporing vanwege haar doel zo zeer samenhangt met de vervolging en de berechting van strafbare feiten, dat gemeenschappelijke regeling voor de hand ligt. Iedere poging ergens een grens te trekken leidt tot een geforceerde opdeling van de rechtsstof.

Hetzelfde kan ook anders worden gezegd. Onder 11.3.1 is het onderscheidend criterium tussen opsporing en toezicht gezocht in het *doel* van de overheidsactiviteit. Opsporing is *alle* onderzoek dat zich richt op de strafrechtelijke handhaving van de wet, dus ongeacht de aan- of afwezigheid van een verdenking. Door die opsporing in haar geheel tot de strafvordering te 'rekenen', wordt een heldere ordening bereikt. In het Wetboek van Strafvordering vinden alle activiteiten regeling die zich richten op de strafrechtelijke wetshandhaving.

Het onderscheidend criterium tussen opsporing en toezicht vormt zo gezien tevens het ordeningscriterium voor de verdeling van de rechtsstof over het Wetboek van Strafvordering en de Algemene wet bestuursrecht. Daarbij passen een tweetal kanttekeningen. De eerste is dat het genoemde ordeningscriterium niet logisch dwingend is. Een gemeenschappelijke regeling in een Algemene wet toezicht en

387 In de MvT wordt de keuze om het verkennend onderzoek in het Wetboek van Strafvordering op te nemen, gemotiveerd met een beroep op het gemeenschappelijke doel. 'De gerichtheid van deze vorm van onderzoek op strafrechtelijke afdoening maakt regeling van dit onderzoek in het Wetboek van Strafvordering het meest voor de hand liggend. Het onderzoek is echter geen opsporingsonderzoek (...)'. Zie *Kamerstukken II 1996/97*, 25403, nr. 3, p. 57.

opsporing is niet volstrekt ondenkbaar.³⁸⁸ Wat wel gezegd kan worden, is dat een dergelijke regeling belangrijke systematische nadelen heeft.

Eén van de vragen die zich onmiddellijk opdringt is, waar de bemoeienis van de rechter-commissaris met het vooronderzoek in strafzaken regeling zou moeten vinden: in de Algemene wet of in het Wetboek van Strafvordering? Een bevredigende grens tussen de opsporing en de rest van het vooronderzoek is moeilijk te vinden. Regeling van het gehele vooronderzoek in de Algemene wet zou een oplossing zijn, maar die wet wordt daardoor wel uit haar voegen gerukt. Bovendien wordt daarmee geen recht gedaan aan de nauwe samenhang tussen voor- en eindonderzoek in strafzaken. Vergelijkbare opmerkingen kunnen wellicht gemaakt worden met betrekking tot het uit de regeling van de bestuurlijke handhaving (hoofdstuk 5 Awb) lichten van het toezicht (afd. 5.2 Awb).

Er is wel verwantschap tussen opsporing en toezicht, maar die verwantschap is vanwege het verschil in doel (en het daarmee samenhangende verschil in gezag en organisatie) minder groot dan de verwantschap tussen opsporing, vervolging en berechting. Dat maakt gezamenlijke regeling toezicht en opsporing uiteindelijk weinig aantrekkelijk.

De tweede kanttekening is dat het strafrecht en het bestuursrecht, naar in Deelrapport 1, 'De verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht' (G. Knigge), is betoogd, niet moeten worden opgevat als gescheiden werelden. Opsporing is bestuursrecht voorzover het daarbij gaat om het optreden van bestuursorganen. De keuze om de opsporing in ruime zin onder te brengen in het Wetboek van Strafvordering sluit dus niet uit, dat bepalingen uit de Algemene wet bestuursrecht van toepassing zijn. Inzoverre kan wel degelijk sprake zijn van regels die aan opsporing en toezicht gemeenschappelijk zijn.

Aandacht verdient dat het kabinetsstandpunt inzake de reorganisatie van de bijzondere opsporingsdiensten (zie hiervoor, onder 11.3.3) voorziet in een Wet bijzondere opsporingsdiensten. Niet helemaal duidelijk is nog wat precies in die wet geregeld moet worden. Gedacht wordt aan een soort Politiewet, maar dan voor de bijzondere opsporingsdiensten.³⁸⁹ Het accent ligt derhalve op de organisatie, op de taken en op de verantwoordelijkheden. Een dergelijke beperkte opzet van de wet lijkt een gelukkige. Het is in elk geval ongewenst dat de opsporingsbevoegd-

388 In de jaren 1985 tot en met 1990 wordt in de toelichting op de justitiebegroting telkens melding gemaakt van het voornemen een dergelijke wet in te dienen. Uiteindelijk is gekozen voor een aparte regeling van het toezicht in de Algemene wet bestuursrecht. Zie O.J.D.M.L. Jansen, *Het handhavingsonderzoek*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, p. 13.

389 Zie in het bijzonder het aan het regeringsstandpunt ten grondslag gelegde rapport, *Transparantie en samenhang in de bijzondere opsporing. Rapportage van het project Regeerakkoord 1998 en Bijzondere opsporingsdiensten*, Den Haag: Ministerie van Justitie (Directoraat-Generaal Rechtshandhaving), p. 68.

heden waarover de bijzondere diensten kunnen beschikken, in de voorgestelde wet geregeld worden. In de lijn van de toekenning van een 'gewone' opsporingsbevoegdheid ex art. 141 Sv ligt, dat de uitoefening van die bevoegdheid 'gewoon' geregeld wordt in het Wetboek van Strafvordering en in de desbetreffende bijzondere wetten. Dat levert de meest inzichtelijke en evenwichtige regelgeving op. Een apart opsporingsregime voor bijzondere opsporingsdiensten (BOD's) is met andere woorden ongewenst. De bijzondere diensten dienen hun bevoegdheden te ontleen aan het Wetboek van Strafvordering en aan de bijzondere wetten (in het bijzonder: de WED). Iets anders is dat *in* de WED (of *in* het Wetboek van Strafvordering) bij de toekenning van bevoegdheden onderscheid gemaakt kan worden tussen politieambtenaren en opsporingsambtenaren van de bijzondere diensten. Aan de BOD-ambtenaren kunnen zowel méér, als minder bevoegdheden worden toegekend (vergelijk hiervoor, onder 11.2 (sub e) en onder 13.3.1).

DEEL IV SCHETS VAN EEN NIEUWE REGELING

14 Schets van een nieuwe regeling

14.1 *Opmerking vooraf*

In het voorgaande is gezocht naar een nieuwe wettelijke regeling van de opsporing die voldoet aan eisen van rechtstatelijkheid, doelmatigheid, werkbaarheid en inzichtelijkheid. Er zijn een aantal uitgangspunten geformuleerd op basis waarvan een dergelijke regeling zou moeten worden beproefd. Het gaat daarbij om centrale keuzen die vooral consequenties hebben voor de systematiek van de wetgeving. De gekozen uitgangspunten dicteren dan ook slechts tot op zekere hoogte de inhoud van de regeling. Zij geven als het ware het stramien, maar laten open wat op dat stramien geborduurd moet worden. Dat betekent dat het voor een uitvoerige schets van een wettelijke regeling eigenlijk nog te vroeg is. Vele keuzen zijn nog opengelaten. Die keuzen komen, voor zover zij de grondslagen van de strafvordering raken, in het vervolg van het onderzoek aan de orde. Het gaat daarbij in het bijzonder om het stelsel van waarborgen met betrekking tot de toekenning van ingrijpende opsporingsbevoegdheden (dwangmiddelen), om de verhouding van de algemene bevoegdheden in het wetboek tot de afwijkende bevoegdheden in bijzondere wetten en om de verhouding van de justitiële opsporing tot de particuliere opsporing. Voor een ander deel gaat het om inhoudelijk-politieke keuzen die door de wetgever in het licht van de actuele maatschappelijke situatie en de stand van de rechtsontwikkeling zullen moeten worden gemaakt. Hieronder

zullen dan ook slechts enkele grote lijnen van de wettelijke regeling worden getrokken.

14.2 De nieuwe regeling op hoofdlijnen

(1) Plaats van regeling

Het Wetboek van Strafvordering vormt de centrale plaats voor de wettelijke regeling van de opsporing. Dat laat onverlet dat bijzondere onderwerpen - zoals de opslag en verwerking van persoonsgegevens - geregeld kunnen worden in een bijzondere wet, en dat in bijzondere wetten aanvullende of afwijkende regelingen kunnen worden getroffen. Daarbij dient echter aan het primaat van het wetboek te worden vastgehouden. Dat betekent in het bijzonder dat in het wetboek een *algemene*, voor alle opsporingsonderzoek geldende regeling van de opsporing dient te worden getroffen. Voor een 'eigen' regeling van de opsporing die door bijzondere opsporingsdiensten wordt verricht, is geen plaats.

Het hier gestelde heeft betrekking op de justitiële opsporing, dat wil zeggen op de opsporing die van overheidswege met het oog op de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde wordt verricht. Voor de particuliere opsporing (waaronder de opsporing door beveiligingsdiensten en recherchebureaus) geldt in beginsel dat zij beheerst wordt door het gemene recht. Dat neemt niet weg dat er reden kan zijn voor nadere wettelijke normering. Het Wetboek van Strafvordering is daarvoor niet de meest aangewezen plaats. Toch is het niet uitgesloten dat in het wetboek regels met betrekking tot de opsporing door particulieren worden opgenomen. Vergelijk aanstonds, onder (6).

(2) Exclusieve toedeling van opsporingstaken

De kern van de wettelijke regeling (van de justitiële opsporing) bestaat uit een exclusieve toedeling van opsporingstaken. Personen die niet bij of krachtens de wet als opsporingsambtenaar zijn aangewezen, mogen de opsporingstaak niet uitoefenen. Aan die exclusieve taaktoedeling is een stelsel van waarborgen gekoppeld dat betrekking heeft op de effectiviteit en rechtsstatelijkheid van de taakuitoefening. Gedacht dient onder meer te worden aan aanstellingsvereisten (bekwaamheid en integriteit), aan het gezag over de opsporing en aan de transparantie van de opsporingspraktijk. Daarbij heeft te gelden dat alle opsporing wordt verricht onder het gezag en de verantwoordelijkheid van de officier van justitie. In een adequate verslaglegging van hetgeen ter opsporing wordt verricht, moet zijn voorzien. Zie over beide punten nader het vierde deelrapport (Simmelink & Baaijens-Van Geloven, 'Vervolg en rechtsbescherming').

Tot het stelsel van waarborgen kan ook de normering van de uitoefening van de opsporingstaak worden gerekend. Uitgangspunt is dat de uitoefening van de

opsporingstaak wordt beheerst door regels van publiek recht. Voor de vraag welke opsporingsmethoden toelaatbaar zijn, is dus niet maatgevend wat de burger mag. Opsporingsambtenaren kunnen bij hun taakuitoefening gebonden worden aan beperkingen die niet voor de particulier gelden. Uiteraard kan de wet aan opsporingsambtenaren ook bevoegdheden toekennen waarover de burger niet kan beschikken. Voor de vraag of en in hoeverre *wettelijke* normering van de opsporingstaak is aangewezen, zie hierna, onder (6).

(3) De opsporingstaak: ruim opsporingsbegrip

Tot de opsporingstaak moet alle onderzoek worden gerekend dat wordt verricht met het oog op de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. Dat betekent dat bij de omschrijving van de opsporingstaak wordt gekozen voor een 'ruim' opsporingsbegrip. Het *doel* (strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde) is bepalend voor de vraag of van opsporing sprake is. Onder die opsporing vallen ook de zogenaamde repressieve controle, het werk van de criminele inlichtingendiensten, het verkennend onderzoek en de 'proactieve' opsporing.

Traditioneel wordt onder opsporing verstaan: de opheldering van een vermoedelijk begaan strafbaar feit. De *verdenkingsvoorwaarde* fungeerde in deze omschrijving tevens als het *doel* van het onderzoek. De opsporing was per definitie reactief en richtte zich op de waarheidsvinding met betrekking tot het (vermoedelijk) in het verleden begane strafbare feit. De hier voorgestelde verruiming van het opsporingsbegrip kan maar zeer ten dele worden getypeerd als het laten vallen van de verdenkingsvoorwaarde. Het betekent ook de erkenning van het feit dat de opsporing andere doelen kan dienen dan de opheldering van hetgeen reeds is geschied. Het kenmerkende van de zogenaamde 'proactieve' opsporing is niet zozeer dat gerechercheerd wordt zonder dat enige verdenking bestaat (vaak weet de politie vrij precies wie de boeven zijn), maar dat het doel van de opsporing (mede) gericht is op de toekomst. Getracht wordt de verdachten te 'pakken' op feiten die nog gepleegd moeten worden. Een ander - algemeen geaccepteerd - verschijnsel waarop in dit verband kan worden gewezen, is dat het opsporingsonderzoek zich dikwijls niet beperkt tot het vermoedelijk begane feit dat de aanleiding voor het onderzoek vormde. Zo wordt de aangehouden verdachte uitgenodigd om 'schoon schip' te maken. Het doel van het onderzoek is hier dus mede de waarheidsvinding met betrekking tot feiten die mogelijk zijn begaan (maar ten aanzien waarvan nog geen redelijk vermoeden behoeft te bestaan).

In de opsporingspraktijk gaat het onderzoek naar reeds gepleegde feiten, mogelijk begane feiten en nog te plegen feiten dikwijls hand in hand. Het verruimde opsporingsbegrip doet aan die werkelijkheid recht. Doordat het doel van het onderzoek wordt onderscheiden van de voorwaarden die daaraan dienen te worden gesteld, kan een helder normerings- en toetsingskader worden ontwikkeld. Daarover

aanstands, onder (8), meer. Hier zij voor alle duidelijkheid reeds opgemerkt dat de verruiming van het opsporingsbegrip bepaald niet betekent, dat verdenkingsvoorwaarden hebben afgedaan. Die voorwaarden zijn volop in beeld als het gaat om de vraag naar de toelaatbaarheid van opsporingsactiviteiten in een concreet geval. Ingrijpende vormen van onderzoek zullen als regel eerst toelaatbaar zijn als voldaan is aan een (al dan niet gespecificeerde) verdenkingsvoorwaarde.

De (beoogde) consequentie van de keuze voor een ruime omschrijving van de opsporingstaak is dat het stelsel van waarborgen waarmee de uitoefening van de opsporingstaak is omringd (zie hiervoor onder (2)), voor alle onderzoek geldt dat zich richt op de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. Dat betekent in het bijzonder dat ook de onderzoeksactiviteiten die 'in de voorfase' door bijzondere opsporingsdiensten met het oog op de strafrechtelijke handhaving van de wet worden verricht, onder het gezag van de officier van justitie worden gebracht.

De ruime omschrijving van de opsporingstaak leidt tot een vereenvoudiging van de wettelijke regeling. De tweeledige definitie die art. 132a Sv thans geeft van het opsporingsonderzoek, kan komen te vervallen. In het verlengde daarvan ligt dat er geen reden meer is om de bijzondere opsporingsbevoegdheden 'dubbel' (zie thans de Titels IVA en V van Boek I) te regelen. Als aan opsporingsambtenaren ten behoeve van de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde 'controlebevoegdheden' (dat wil zeggen bevoegdheden waarvoor geen verdenkingsvoorwaarde geldt) worden toegekend, is het niet langer nodig om die ambtenaren met het (in de Algemene wet bestuursrecht geregelde) toezicht op de naleving van de desbetreffende wet te belasten.

(4) De opsporingstaak: nadere precisering (I)

Een precieze, sluitende definitie van de opsporingstaak is niet eenvoudig te geven. Het is dan ook de vraag of een dergelijke definitie in de wet moet worden opgenomen. Dat neemt niet weg dat over de omvang en inhoud van de taak geen onduidelijkheid mag bestaan. Met het oog daarop het volgende.

Hoe ruim het gekozen opsporingsbegrip ook moge wezen, in het gehanteerde doelcriterium ligt wel degelijk een beperking besloten. In de eerste plaats sluit het criterium opsporing ten behoeve van andere overheidsdoelen dan wetshandhaving uit. In de tweede plaats brengt het criterium mee dat onderzoeksactiviteiten ten behoeve van de *bestuursrechtelijke* wetshandhaving niet tot de opsporingstaak kunnen worden gerekend. In de derde plaats dient in het criterium te worden ingelezen, dat het gaat om strafrechtelijke handhaving door de *Nederlandse* overheid. Over elk van deze beperkingen zal een enkele toelichtende opmerking worden gemaakt.

Ad 1. Het opsporingsdoel is beperkt tot de handhaving van de wet. Ook op andere terreinen dan dat van de strafrechtspleging hebben overheidsorganen bij de uitvoering van de hun toevertrouwde taken behoefte aan informatie. De vergaring van die informatie behoort niet tot de opsporingstaak. Dat wordt niet anders als die informatie betrekking heeft op mogelijke criminele activiteiten van de burgers op wie de bestuurlijke besluitvorming zich richt. Deze beperking van de opsporingstaak sluit niet uit dat informatie uit politieregisters - die door rechtmatige opsporing is verkregen - aan bestuursorganen wordt verstrekt ten behoeve van de uitvoering van hun taak. De beperking sluit wel uit dat wordt opgespoord met het doel dergelijke informatie te verkrijgen.³⁹⁰

Ad 2. Het opsporingsdoel is beperkt tot strafrechtelijke wetshandhaving. De informatiegaring ten behoeve van de bestuursrechtelijke wetshandhaving valt onder het in de Algemene wet bestuursrecht geregelde toezicht. Daarvoor is nodig dat men als toezichthouder is aangewezen (zie art. 5:11 Awb). Deze beperking van de opsporingstaak sluit uit dat wordt opgespoord om te onderzoeken of bijvoorbeeld een verleende vergunning dient te worden ingetrokken. De beperking sluit niet uit dat een opsporingsambtenaar tevens als toezichthouder is aangewezen. Voor een dergelijke 'dubbelfunctie' kunnen goede redenen aanwezig zijn.

Ingeval van een dubbelfunctie bestaat er in beginsel geen bezwaar tegen dat de toezichttaak en de opsporingstaak gelijktijdig worden uitgeoefend. Die samenvallende taken zal zich in de eerste plaats voordoen als de doelstelling van het onderzoek tweeledig is: het onderzoek richt zich zowel op strafrechtelijke sanctionering als (bijvoorbeeld) op de eventuele intrekking van de vergunning. In de tweede plaats kan sprake zijn van een alternatieve doelstelling: bij onderzoek in de controlefase zal dikwijls nog niet duidelijk zijn welk afhandelingstraject zal worden gekozen, het strafrechtelijke of het bestuursrechtelijke.

De gelijktijdige uitoefening van verschillende taken levert geen noemenswaardige problemen op zolang de normering van die taken niet onderling tegenstrijdig is. Op één punt lijkt een dergelijke tegenstrijdigheid te bestaan. Het zwijgrecht van de verdachte kan namelijk botsen met de spreekplicht die de burger in het bestuurlijke traject heeft. Dit conflict kan evenwel worden opgelost door te bepalen dat de informatie die verplicht diende te worden verstrekt, in het strafrechtelijke traject niet voor het bewijs mag worden gebruikt. Zie daarover uitvoeriger hiervoor, onder 11.2 (sub b) en 11.3.1.

Ad 3. Het opsporingsdoel is beperkt tot de nationale wetshandhaving. De keuze voor deze beperking wordt beargumenteerd in het derde deelrapport (Baaijens-Van Geloven, 'Strafvordering en rechtshulp'). De bedoeling is niet om

390 Dit uitgangspunt lijkt ook ten grondslag te liggen aan het wetsontwerp bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (BIBOB), *Kamerstukken II 1999/00*, 26 883. Zie daarover Y. Buruma, 'Bibob and all that jazz', *RM Themis* 1999, p. 359 e.v.

strafrechtelijk onderzoek ten behoeve van berechting door buitenlandse autoriteiten uit te sluiten. De beperking is van wetssystematische aard. De helderheid en consistentie van de wettelijke regeling is ermee gediend als de normering van de opsporingstaak wordt toegesneden op de eigen, nationale wetshandhaving. Opsporing ten behoeve van het buitenland wordt daarbij gezien als een aparte taak die in beginsel afzonderlijk genormeerd wordt.

Deze systematische keuze lijkt op gespannen voet te staan met de toenemende internationale politieële samenwerking bij de bestrijding van criminaliteit. Bij gezamenlijke onderzoeken is veelal nog niet duidelijk in welk land de berechting uiteindelijk zal plaatsvinden. Ook hier doet zich derhalve het 'probleem' van de dubbele of alternatieve doelstelling voor. Opgemerkt zij dat de gekozen beperking niet uitsluit, dat bepalingen die betrekking hebben op het 'nationale' opsporingsonderzoek van overeenkomstige toepassing worden verklaard op de opsporing ten behoeve van het buitenland. Op deze wijze kan, afhankelijk van de stand van de ontwikkeling van het internationale recht, toch een min of meer uniforme normering bewerkstelligd worden.

De conclusie kan zijn dat de vraag of en in hoeverre de opsporing zich mag richten op strafrechtelijke sanctionering in den vreemde, haar beantwoording dient te vinden in het (nationale en internationale) rechtshulprecht. Datzelfde geldt voor de vraag of en in hoeverre de regels die zijn geschreven voor de nationale opsporing daarbij van toepassing zijn.

(5) De opsporingstaak: nadere precisering (II)

Onder opsporing vallen twee weliswaar te onderscheiden, maar veelal nauw verweven activiteiten. Het gaat enerzijds om onderzoek naar de materiële waarheid, anderzijds om het verzekeren van de executie van de (mogelijk op te leggen) sanctie.³⁹¹ Voorbeelden van deze laatste activiteit zijn het conservatoir beslag en de aanhouding van een verdachte om diens vlucht te beletten. Beide activiteiten vormen de kern van de opsporingstaak. De opsporingstaak is daartoe echter niet beperkt. Daartoe kunnen ook gerekend worden de activiteiten die met de kerntaak nauw verweven zijn. Zo zal ook de voorlichting en hulp die in het kader van een opsporingsonderzoek aan slachtoffers en getuigen wordt gegeven, als een onderdeel van de opsporingstaak moeten worden gezien.³⁹² Daarmee is niet gezegd dat voor hulp en voorlichting aan slachtoffers een opsporingsbevoegdheid is vereist. Het

391 Anders voor het geldende recht J.M. Reijntjes, ('Het begrip opsporing', *D&D* 1997, p. 215, 216), die het verzekeren van de executie niet tot de opsporingstaak rekent.

392 Deze keuze sluit aan bij de uitleg van het begrip 'strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde' in art. 13 van de Politiewet. Zie *Kamerstukken II* 1985/86, 19 535, nr. 3, p. 6. De keuze is eveneens in overeenstemming met het doel van de strafvordering zoals omschreven in het Algemeen Deel van het eerste interimrapport. Zie het *Eerste interimrapport onderzoeksproject strafvordering 2001*, 'Algemeen Deel' (M.S. Groenhuijsen en G. Knigge), p. 16.

gestelde beperkt zich immers tot de hulp en voorlichting die door opsporingsambtenaren bij de uitoefening van hun kerntaak wordt gegeven.

Met betrekking tot de voorkoming van strafbare feiten geldt iets soortgelijks. Criminaliteitspreventie als zodanig is een algemene overheidstaak, die geen opsporingsbevoegdheid vereist en die niet onder het gezag van de officier van justitie dient te worden gesteld. Anders echter moet worden geoordeeld over wat in de MvT op art. 13 Politiewet wordt aangeduid als het 'daadwerkelijk voorkomen' van strafbare feiten. Als voorbeeld wordt daarbij onder meer genoemd het onderzoek naar aanleiding van binnengekomen informatie over een op handen zijnde overval.³⁹³ Men zou misschien kunnen zeggen dat de beslissing om de daders in het pogingsstadium te betrappen dan wel om de zaak van tevoren 'stuk te maken', ook naar geldend recht als een 'strafvorderlijke beslissing' in de zin van art. 132a Sv moet worden aangemerkt. Opgemerkt zij voorts dat gevaar voor recidive een erkende grond voor voorlopige hechtenis vormt. Datzelfde zal dan hebben te gelden voor de daaraan voorafgaande aanhouding. Het 'daadwerkelijk' voorkomen van (nog meer) strafbare feiten vormt hier dus een bijkomend doel van de opsporing. De conclusie kan zijn dat preventie tot de opsporingstaak moet worden gerekend als zij verweven is met de uitoefening van de kerntaak.

Opsporingsactiviteiten behoeven zich niet te beperken tot de fase van het vooronderzoek. Naar geldend recht kan ook nadat de zaak aanhangig is gemaakt nog nader opsporingsonderzoek worden verricht. Dat is zelfs het geval na de uitspraak in eerste aanleg. Een probleem daarbij zou kunnen zijn dat een aantal opsporingsactiviteiten inhoudelijk niet verschilt van onderzoekshandelingen die in het kader van de strafvordering door andere functionarissen worden verricht. Zo hoort ook de rechter(-commissaris) verdachten en getuigen.³⁹⁴ Tot nu toe heeft dat niet tot grote problemen geleid. Wel kan uit de jurisprudentie worden afgeleid dat het opsporingsonderzoek niet mag worden gebruikt om de waarborgen die aan het onderzoek door de rechter zijn verbonden, te omzeilen.³⁹⁵ De conclusie kan zijn dat er geen reden is om de opsporingstaak begripsmatig te beperken tot de fase voorafgaand aan het onderzoek ter zitting in eerste aanleg. De problemen

393 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 535, nr. 3, p. 6.

394 De officier van justitie heeft zowel een opsporingstaak als een vervolgingstaak. Het is niet wel doenlijk de uitoefening van beide taken scherp van elkaar te scheiden. Aan een dergelijke scheiding bestaat voorts vanuit een oogpunt van rechtsbescherming weinig behoefte. Daarbij heeft dan wel te gelden dat de onderzoeksactiviteiten die een officier van justitie onderneemt, worden genormeerd door de regels die gelden voor het opsporingsonderzoek.

395 Zie voor de parallelle opsporing tijdens het gerechtelijk vooronderzoek m.n. HR 22 november 1983, *NJ* 1984, 805 m.nt. ThWvV. Zie voorts HR 21 mei 1985, *NJ* 1986, 26 m.nt. ThWvV en HR 3 juni 1997, *NJ* 1997, 584 (r.o. 5.4). Voor opsporing hangende appel zie o.m. HR 5 december 1989, *NJ* 1990, 719 m.nt. Sch.; HR 25 mei 1993, *NJ* 1994, 143 m.nt. Sch.; HR 22 juni 1993, *NJ* 1994, 498 m.nt. C en HR 18 maart 1997, *NJ* 1998, 72.

die zich daarbij voordoen, kunnen het hoofd worden geboden door nadere normering van de taakuitoefening. De vraag is met andere woorden niet of sprake kan zijn van opsporing als de zaak onder de rechter is, maar aan welke regels of voorwaarden de opsporing in dat geval dient te zijn onderworpen.

Naar geldend recht lijkt de grens te worden getrokken bij het moment waarop de beslissing onherroepelijk wordt. Vanaf dat moment kan er immers bezwaarlijk sprake zijn van een onderzoek met het doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen. Die beslissing is dan al definitief.³⁹⁶ Dat betekent dat de inzet van politieambtenaren bij de executie van de beslissing niet als opsporing kan worden aangemerkt. Daarmee is in overeenstemming dat in Boek V van het Wetboek van Strafvordering geen taken worden opgedragen aan opsporingsambtenaren, maar (onder meer) aan 'ambtenaren, aangesteld voor de uitvoering van de politietaak' (zie art. 556 lid 1 en art. 587 lid 2). De consequentie van deze systematiek is dat niet elke (buitengewoon) opsporingsambtenaar automatisch een taak heeft bij de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen.³⁹⁷ Er is geen reden om van die systematiek af te wijken.

(6) De normering van de opsporingstaak

Niet elke opsporingshandeling behoeft op een aparte, specifieke wettelijke grondslag te berusten. Voor het 'gewone werk' biedt een taakstellende bepaling (als het huidige art. 141 Sv) als regel een toereikende wettelijke grondslag. Om dit buiten twijfel te stellen zou in de wet een (noodzakelijkerwijs in algemene termen gestelde) inhoudelijke taakomschrijving kunnen worden opgenomen.

Nadere wettelijke normering van de opsporingstaak is in beginsel vereist als het opsporingsmiddel inbreuk maakt op grondrechten. Daarnaast hebben echter andere criteria te gelden. Zo kan ook een potentiële inbreuk op grondrechten (het risico dat een opsporingsmiddel leidt tot een incidentele inbreuk op de rechten van burgers) een argument vormen om in een specifieke wettelijke regeling te voorzien. Andere redenen om tot nadere normering over te gaan, kan de wetgever vinden in onder meer (1) de betrouwbaarheid van de bewijsgaring, (2) het recht van de verdachte op een *fair hearing*, (3) het vereiste van controleerbaarheid en transparantie, (4) het opsporingsbelang, bijvoorbeeld beperking van het afbreukrisico, en (5) de corruptiegevoeligheid van de opsporingsmethode.

396 Enige nuancering is hier op haar plaats. In het kader van een herzieningsaanvraag kan enig voorbereidend feitenonderzoek wenselijk zijn. Dat onderzoek richt zich dan op het nemen van een strafvorderlijke beslissing en kan daarom zonder bezwaar tot de opsporingstaak worden gerekend. Hetzelfde geldt voor onderzoek dat zich, nadat een kennisgeving van niet verdere vervolging is gegeven, richt op de vraag of sprake is van nieuwe bezwaren.

397 Niet automatisch: uiteraard kan een buitengewoon opsporingsambtenaar op voet van art. 556 lid 2 als 'andere ambtenaar of functionaris' worden aangewezen.

Een en ander leidt tot een stelsel van wettelijke normering dat een veel breder terrein bestrijkt dan thans het geval is. In dat verband zij opgemerkt dat overwogen zou kunnen worden om het gebruik dat opsporingsambtenaren mogen maken van door burgers vergaard bewijsmateriaal, nader te regelen. Een soortgelijke opmerking kan worden gemaakt met betrekking tot de inschakeling van niet-opsporingsambtenaren in het opsporingsonderzoek en met betrekking tot de mate waarin opsporingsambtenaren mogen samenwerken met particuliere beveiligingsdiensten en recherchebureaus. Vergelijk hiervoor, onder 10.2 en 10.4.

Over de mate van gedetailleerdheid van de nadere wettelijke regeling is daarmee nog niets gezegd. In het algemeen kan worden gezegd dat de mate van detaillering afhangt van de belangen die op het spel staan. Hoe forser de inbreuk is die op grondrechten wordt gemaakt, of hoe groter de corruptiegevoeligheid van de methode is, des te preciezer zal de wet moeten zijn en des te groter de waarborgen die zij biedt. Waar het uiteindelijk om gaat, is of de achterliggende belangen door de wettelijke regeling op adequate wijze worden beschermd.

Voor een adequate bescherming is een betrekkelijk globale wettelijke regeling, waarbij wordt vertrouwd op aanvullende jurisprudentiële normering aan de hand van algemene beginselen, in veel gevallen voldoende. Daarnaast zou de wetgever gebruik kunnen maken van de methode van nadere regeling bij algemene maatregel van bestuur, of van aanvullende normering door middel van - door het OM op te stellen - richtlijnen. Op deze wijze kan een stelsel van wettelijke normering worden geschapen dat enerzijds een adequate (rechts)bescherming biedt en anderzijds voldoende flexibel is om in de praktijk werkbaar te zijn.

De vraag of een niet expliciet in de wet genoemde opsporingshandeling desalniettemin een voldoende wettelijke basis heeft, zal moeten worden beantwoord in het licht van het stelsel van wettelijke normering in zijn totaliteit, dus met inbegrip van de taakstellende bepalingen en van de aanvullende normering door middel van jurisprudentie, AMvB's en richtlijnen. De vraag is dan of de bevoegdheid tot die opsporingshandeling door dat stelsel wordt geïmpliceerd. Die vraag wordt niet wezenlijk anders als het gaat om een opsporingshandeling die een (beperkte) inbreuk op de rechten en vrijheden van de burger maakt. Zo kan, om een aan het geldende recht ontleend voorbeeld te gebruiken, de bevoegdheid om de vluchtauto klem te rijden (waardoor licht schade aan de auto kan ontstaan), ingelezen worden in de bevoegdheid tot aanhouding.

(7) Normering van bevoegdheden; systematiek en terminologie

Het huidige wetboek maakt onderscheid tussen dwangmiddelen en bijzondere bevoegdheden tot opsporing. Aan dit onderscheid lijkt een terminologisch probleem ten grondslag te liggen. Dwangmiddelen waren oorspronkelijk bevoegdheden die als regel in handen waren gelegd van de rechter-commissaris. Van een opsporings-

bevoegdheid kan dan uiteraard bezwaarlijk worden gesproken. Die term is alleen op zijn plaats als het gaat om een bevoegdheid die uitsluitend kan worden uitgeoefend door opsporingsambtenaren. De rechtsontwikkeling laat zien dat ingrijpende bevoegdheden in toenemende mate als bevoegdheden van opsporingsambtenaren zijn vormgegeven. Er zijn echter nog steeds bevoegdheden die (mede) in handen zijn gelegd van de rechter, en waarvoor de term opsporingsbevoegdheid dus niet kan worden gebruikt. Men denke aan de doorzoeking en aan de voorlopige hechtenis.

De vraag is waarom de wetgever de term dwangmiddel als algemene aanduiding van bevoegdheden heeft losgelaten. Een mogelijke verklaring is dat van fysieke dwang niet steeds sprake is. Nu zou een ruime uitleg van 'dwang', als omvattende iedere inbreuk op grondrechten, dat bezwaar misschien kunnen ondervangen.³⁹⁸ Voor het hier voorgestelde brede stelsel van wettelijke normering, dat ook voorziet in de normering van bevoegdheden die geen inbreuk maken op grondrechten, is dat echter geen oplossing. Voor dergelijke bevoegdheden is de term dwangmiddel niet passend.

Voor dit terminologische probleem, dat de grondslagen van de strafvordering niet raakt, zal hier geen oplossing worden gepresenteerd. Wel kan worden opgemerkt dat het probleem niet los kan worden gezien van de wetssystematiek. Bevoegdheden van de rechter-commissaris die ingebed zijn in de regeling van het gerechtelijk vooronderzoek, zoals de bevoegdheid om de verdachte of om getuigen te ondervragen, of de bevoegdheid om deskundigen te benoemen, worden door de wet niet als dwangmiddelen aangeduid. Zo ook wordt de bevoegdheid van de politie om de verdachte te ondervragen - die geïmpliceerd is in de algemene taakstelling gecombineerd met art. 29 Sv - niet als een bijzondere opsporingsbevoegdheid aangeduid. De noodzaak tot etikettering ontstaat eerst als de bevoegdheid apart - dus los van de regeling van het gerechtelijk vooronderzoek of het opsporingsonderzoek - wordt geregeld.

Voor een dergelijke aparte regeling kunnen goede redenen bestaan. Zo is er uit een oogpunt van overzichtelijkheid veel voor te zeggen om de bevoegdheden die de vrijheidsbeneming van de verdachte meebrengen, in hun onderlinge samenhang te regelen. Dat heeft in het huidige wetboek geleid tot een overkoepelend etiket ('dwangmiddelen') voor bevoegdheden die deels aan de rechter zijn voorbehouden (voorlopige hechtenis) en deels toekomen aan opsporingsambtenaren (aanhouding). Opmerking verdient dat de 'aparte' regeling zich beperkt tot de vrijheidsbeneming *van de verdachte*. Daarom is de bevoegdheid van de rechter-commissaris om een getuige te gijzelen (art. 221 Sv), ingebed in de regeling van

398 In die zin G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1999 (3e druk), p. 261 en p. 339 e.v.

het gerechtelijk vooronderzoek. Die bevoegdheid wordt door de wet niet als een dwangmiddel aangeduid.

De conclusie is dat aan de terminologische vraag een wetssystematische vooraf gaat. De vraag die eerst moet worden beantwoord, is welke bevoegdheden van opsporingsambtenaren hun regeling moeten vinden in de Titels die gewijd zijn aan het opsporingsonderzoek, en welke bevoegdheden in een aparte Titel moeten worden ondergebracht. Op die vraag zal in het komend onderzoeksjaar een antwoord worden gezocht.

(8) *Normering van bevoegdheden; verdenkingsvoorwaarde en opsporingsdoel*
Naarmate de bevoegdheid 'ingrijpender' is, nemen de eisen toe die worden gesteld aan de precisie van de regeling, de voorwaarden waaraan de uitoefening van de bevoegdheid wordt gebonden en de waarborgen waarmee zij is omringd. In het komend onderzoeksjaar zal worden gepoogd op dit punt een evenwichtige en inzichtelijke systematiek te ontwikkelen. Hier wordt volstaan met enkele opmerkingen die rechtstreeks verband houden met de keuze voor een ruim opsporingsbegrip.

Dat de omschrijving van de opsporingstaak is ontdaan van verdenkingsvoorwaarden wil, zoals onder (3) reeds werd opgemerkt, niet zeggen dat die verdenkingsvoorwaarden irrelevant zijn geworden. Zij spelen weliswaar geen rol meer bij de *afbakening* van de opsporingstaak, maar keren terug als elementen bij de *normering* van die taak. Zo zal de binding van de opsporing aan beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit meebrengen dat niet wordt opgespoord als daarvoor geen aanleiding is. Gerichte opsporingsactiviteiten zullen dan ook als regel eerst rechtmatig zijn als sprake is van enigerlei vorm van verdenking. In het verlengde daarvan ligt dat de toekenning van dwangmiddelen (bijzondere opsporingsbevoegdheden) als regel gebonden zal moeten worden aan een (meer of minder gespecificeerde) verdenkingsvoorwaarde.

De gekozen benadering maakt het mogelijk om scherper onderscheid te maken tussen de verdenkingsvoorwaarde en het opsporingsdoel. Verdedigd kan worden dat in het nieuwe art. 132a Sv *niet* met de klassieke verdenkingsvoorwaarde is gebroken omdat het vereiste van een 'georganiseerd verband' steeds de verdenking van een strafbaar feit (namelijk deelneming aan een criminele organisatie) impliceert.³⁹⁹ De binding van de 'proactieve' opsporing aan nadere, meer gespecificeerde (verdenkings)voorwaarden, komt daardoor in de lucht te hangen. De politie kan ingeval van verdenking van het plegen van art. 140 Sr immers bijna

399 In die zin K. Rozemond, *Strafvorderlijke rechtsvinding*, Amhem: Gouda Quint 1998, p. 173 e.v.; G. Knigge in: *Leerstukken van strafprocesrecht*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1998 (4e druk), p. 23. Vergelijk W. Wedzinga, 'Bijzondere opsporingsbevoegdheden in wetsontwerp 25403', *D&D* 1999, m.n. p. 243 e.v.

steeds gebruik maken van de bevoegdheden uit Titel IVA (de art. 126g e.v.); niet nodig is dan dat is voldaan aan de nadere eisen die worden gesteld in Titel V (de art. 126o e.v.). Mogelijk is de bedoeling geweest om nadere eisen te stellen aan onderzoek dat zich *richt* op feiten ten aanzien waarvan een geconcretiseerde verdenking ontbreekt. Die bedoeling was beter uit de verf gekomen als de wetgever dat opsporingsdoel niet 'verpakt' had in een verdenkingsvoorwaarde. Het gebruik van de bijzondere opsporingsbevoegdheden voor dergelijke doelen had dan op een meer inzichtelijke wijze genormeerd kunnen worden en wel door zowel eisen te stellen aan het opsporingsdoel als aan de verdenkingsvoorwaarde. De eerste eis had dan kunnen zijn dat de (toekomstige of mogelijk begane) feiten waarop het onderzoek zich richt, in rechtstreeks verband staan met reeds gepleegde strafbare feiten (meer in het bijzonder deelneming aan een criminele organisatie) waarvoor wél een geconcretiseerde verdenking bestaat. Aan die verdenking hadden desgewenst nadere eisen gesteld kunnen worden (bijvoorbeeld ernstige bezwaren). De tweede eis had het opsporingsdoel kunnen specificeren: de feiten die mogelijk worden beraamd of gepleegd (en waarop het onderzoek zich richt) moeten van een bepaalde ernst zijn (thans: feiten in de zin van art. 67 lid 1 Sv; ernstige inbreuk op rechtsorde). De derde eis had het 'belang van het onderzoek' kunnen concretiseren: de bijzondere opsporingsbevoegdheid moet in redelijkheid noodzakelijk zijn voor de daadwerkelijke voorkoming van de feiten die worden beraamd, of voor de strafrechtelijke vervolging van de daders.

De conclusie kan zijn dat de verruimde omschrijving van de opsporingstaak niet hoeft te leiden tot een ongebreidelde toekenning van bevoegdheden in de 'voorfase', maar integendeel de weg opent naar een inzichtelijker en adequater normerings- en toetsingskader voor opsporingsbevoegdheden.

3 Strafvordering en rechthulp

mr. Y.G.M. Baaijens-van Geloven

1 Inleiding. Internationale samenwerking

In het vooronderzoek blijkt hoezeer de strafrechtshandhaving - net als criminaliteit - geen zuiver nationale aangelegenheid meer is. In strafzaken met een vreemd/buitenlands element zijn de staten voor het verkrijgen van informatie en bewijs veelal op elkaar aangewezen. Opsporing en vervolging worden door de toename van grensoverschrijdende criminaliteit steeds meer een gezamenlijke taak van de staten.

Na de Tweede Wereldoorlog is in het kader van de Raad van Europa met het oog op de samenwerking in strafzaken een netwerk van verdragen tot stand gekomen.¹ Aan de basis van die verdragen ligt het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. De laatste jaren is de samenwerking op Europees niveau sterk geïntensiveerd. Naast de justitiële rechtshulp, dat wil zeggen de samenwerking tussen de gerechtelijke autoriteiten, is ook de politieke rechtshulp, die tot voor kort nauwelijks was geregeld, een belangrijke rol gaan spelen.² De Schengen Uitvoeringsovereenkomst (*Trb.* 1990, 145) heeft aan de tendens tot samenwerking op politie-niveau, met name in de proactieve fase, concreet vorm gegeven en is daarin gevolgd door andere overeenkomsten.³ Naar het zich laat aanzien zal deze tendens tot samenwerking

1 Zie voor de ontstaansgeschiedenis van die verdragen F. Thomas, *De Europese rechtshulpverdragen in strafzaken*, Gent: Story Scientia 1980. Er zijn overigens verschillende fora, zowel binnen als buiten Europa, waarin wordt samengewerkt en waarin rechtshulpverdragen zijn gesloten. Zie J. Koers, *Nederland als verzoekende staat bij de wederzijdse rechtshulp in strafzaken* (diss. Tilburg), 2001. In de bijlagen geeft hij een overzicht van de verdragen die vooral voor de praktijk van de wederzijdse rechtshulp van belang zijn. Zie ook W. Schomburg & O. Lagodny, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen. Kommentar zum Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG)*, München: Beck 1998. Zij hebben de verschillende fora op Europees niveau in schema gebracht Zie p. 3 e.v.

2 Zie voor het onderscheidend criterium par. 3.

3 Zie omtrent deze tendens C. Van den Wyngaert, 'General Report, The transformations of international criminal law in response to the challenge of organized crime', in: *International Review of Penal Law*, Toulouse: Èrès 1999, p. 133-221, m.n. p. 178-192. De Schengen Uitvoeringsovereenkomst is niet de eerste, maar wel de meest omvattende en meest uitgebreide formele regeling van internationale politiesamenwerking die in dit (Schengen) gebied tot stand is gebracht. Zie omtrent eerdere regelingen C.J.C.F. Fijnaut, 'De Overeenkomst van Schengen: een doorbraak van de formele regeling van de internationale politiesamenwerking?', in: J. D'Haenens & B. De Ruyver (ed.), *Schengen en de Praktijk*, Gent: Mijs&Breesch 1992, p. 47-66, m.n. p. 51-56, en de ter plaatse aangehaalde literatuur. Gevolgd zijn de Overeenkomst

alleen nog maar toenemen. In het Verdrag van Amsterdam (*Trb.* 1998, 11), dat in werking is getreden op 1 mei 1999, is een titel opgenomen die betrekking heeft op de politie en justitie samenwerking in strafzaken tussen de lidstaten van de Europese Unie. Die titel omvat drieëntwintig artikelen, waarin wordt uitgegaan van een vergaande samenwerking in strafzaken, waarbij het zwaarste accent valt op de politie samenwerking.⁴ Het Verdrag van Amsterdam maakt niet alleen de totstandkoming van richtlijnen op de gebieden van terrorisme, georganiseerde criminaliteit en illegale drugshandel mogelijk, maar opent ook perspectieven voor verdere strafrechtelijke samenwerking op alle gebieden van de criminaliteit.⁵ Het laatste ligt ook besloten in de conclusies van het voorzitterschap van de Europese Raad van Tampere van 15 en 16 oktober 1999:⁶

'De krachten van de politie en justitie instanties moeten worden gebundeld om te garanderen dat er in de Unie geen schuilplaats is voor criminelen of voor opbrengsten van hun activiteiten (6). (...) De Europese Raad verlangt dat als eerste stap onverwijld gezamenlijke onderzoeksteams worden ingesteld ter bestrijding van drugshandel, mensenhandel en terrorisme, zoals bepaald in het Verdrag betreffende de Europese Unie. De hiervoor vast te stellen regels moeten het mogelijk maken dat vertegenwoordigers van Europol zo nodig ter ondersteuning deel uitmaken van zulke teams (43). De Europese Raad verlangt dat er een operationele Task Force van Europese Hoofden van Politie wordt ingesteld om,

tot oprichting van een Europese Politiedienst van 26 juli 1995 (*Trb.* 1995, 282) en de Overeenkomst opgesteld op grond van art. K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie inzake de wederzijdse bijstand tussen onderscheiden douaneadministraties van 18 december 1998 (*Trb.* 1998, 174). Het laatste verdrag - ook wel het Napels II Verdrag genoemd - is nog niet in werking getreden. Aan dit rijtje kan verder worden toegevoegd de overeenkomstig art. 34 van het Verdrag betreffende de Europese Unie op 29 mei 2000 vastgestelde en door de Raad op 30 november 2000 goedgekeurde Overeenkomst betreffende wederzijdse rechtshulp in strafzaken waarin onder meer is voorzien in de oprichting van gemeenschappelijke onderzoeksteams en samenwerkingsregelingen voor opsporingsmethoden zoals observatie en infiltratie; PbEG 12 juli 2000, C.197/01.

- 4 Zie omtrent deze bepalingen en de voorgeschiedenis van deze bepalingen, A.H.J. Swart, 'Amsterdam - Brussel - (Luxemburg): De strafrechter en de derde pijler', in: *Amsterdam, Brussel, Luxemburg, Straatsburg*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, (De Prinsen-Gracht Reeks) 1999, p. 30-39.
- 5 In dezelfde zin G.J.M. Corstens, 'Strafrechtspleging na het verdrag van Amsterdam', *NJB* 1999, p. 803-808. Terecht signaleert Corstens perspectieven voor verdere strafrechtelijke samenwerking op alle gebieden van de criminaliteit. Het feit dat het Unieverdrag de samenwerking vaak plaatst in het perspectief van bepaalde deelgebieden van criminaliteit - zie met name de aanpassing van wetgeving als middel en voorwaarde van samenwerking in de art. 29 en 31 - zal naar alle waarschijnlijkheid als begrenzing van de ontwikkelingen met betrekking tot die samenwerking weinig praktische betekenis hebben. Dit geldt in het bijzonder waar het gaat om georganiseerde criminaliteit. Op elk gebied van criminaliteit kan immers sprake zijn van het in groepsverband plegen van strafbare feiten. Idem A.H.J. Swart, 'Amsterdam - Brussel - (Luxemburg): De strafrechter en de derde pijler', *a.w.*, p. 36.
- 6 SN 200/99. De conclusies zijn genummerd. De cijfers aan het einde van de zinnen in deze alinea verwijzen naar de nummers van de betreffende conclusies.

in samenwerking met Europol, ervaringen, beste praktijken en informatie uit te wisselen inzake actuele trends in de grensoverschrijdende criminaliteit, en bij te dragen tot de planning van operationele maatregelen (44). (...) In de nabije toekomst moet de rol van Europol worden versterkt doordat Europol operationele gegevens van de lidstaten ontvangt en gemachtigd wordt om de lidstaten te verzoeken een onderzoek in te stellen, uit te voeren of te coördineren, dan wel gezamenlijke onderzoeksteams in te stellen op bepaalde gebieden van de criminaliteit, met inachtneming van de stelsels van toetsing door de rechter in de lidstaten (45).'

Niet alleen de politieke, maar ook de justitiële samenwerking moet intensiever worden:

'Om de bestrijding van ernstige vormen van georganiseerde criminaliteit te versterken, is de Europese Raad overeengekomen dat een eenheid (EUROJUST) moet worden opgericht, bestaande uit nationale procureurs-generaal, magistraten of politieofficieren met een gelijkwaardige bevoegdheid, die door elke lidstaat wordt gedetacheerd naar gelang van zijn rechtsstelsels. EUROJUST moet tot taak hebben een adequate coördinatie van de nationale met vervolging belaste autoriteiten te vergemakkelijken en strafrechtelijke onderzoeken in gevallen van georganiseerde criminaliteit te ondersteunen, met name op basis van de analyses van Europol, alsmede nauw samen te werken met het Europees Justitieel Netwerk, met name om de uitvoering van rogatoire commissies te vereenvoudigen. (...) (46).'

Vervolgens onderschrijft de Europese Raad het beginsel van wederzijdse erkenning als hoeksteen van de justitiële samenwerking binnen de Unie:

'Een versterkte wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen en vonnissen en de noodzakelijke onderlinge aanpassing van de wetgevingen zouden de samenwerking tussen de autoriteiten en de justitiële bescherming van de rechten van het individu ten goede komen (...) Het beginsel moet zowel op vonnissen als op andere beslissingen van rechterlijke autoriteiten van toepassing zijn (33). Het beginsel van wederzijdse erkenning moet ook van toepassing zijn op aan het proces voorafgaande gerechtelijke bevelen, inzonderheid die waardoor de bevoegde autoriteiten snel bewijsmateriaal veilig kunnen stellen en beslag kunnen leggen op gemakkelijk verplaatsbare vermogensbestanddelen. Door de autoriteiten van een lidstaat legaal verkregen bewijsmateriaal moet gebruikt kunnen worden in rechtszaken in andere lidstaten, rekening houdend met de daar toepasselijke normen (36).'

Het lijkt er dus op dat binnen Europa de (politieke) wil groeit om de politie- en justitiesamenwerking op te voeren met daarbij een beduidende rol voor Europol en het nog op te richten Eurojust. Waar het gaat om de handhaving van de financiële

belangen van de Europese Unie kan in dat verband nog worden gewezen op de ontwikkelingen omtrent het Corpus Juris.⁷

Op mondiaal niveau is eveneens een intensivering van de samenwerking ten behoeve van de strafrechtshandhaving waarneembaar. Naast bilaterale verdragen worden er - met name in het kader van de Verenigde Naties - multilaterale samenwerkingsverdragen gesloten.⁸ Bestrijding van de handel in mensen en drugs, de georganiseerde criminaliteit en het witwassen van criminele gelden zijn daarbij belangrijke drijfveren.

Een noviteit op mondiaal niveau en alleen daarom al vermeldenswaard is het Statuut van Rome betreffende een permanente supranationale strafrechtspleging met betrekking tot inbreuken op de meest fundamentele normen van materieel volkenrecht, zoals oorlogsmisdrijven, misdrijven tegen de menselijkheid en genocide.⁹

De vraag is wat de geschetste ontwikkelingen, met name die binnen de Europese Unie, betekenen voor de normering en inrichting van het vooronderzoek. Spelen deze ontwikkelingen bijvoorbeeld een rol bij (de vaststelling van) de primaire doelen van het vooronderzoek en de belangen waarmee bij de inrichting van het vooronderzoek rekening moet worden gehouden? Kan in verband met de grensoverschrijdende opsporing nog wel adequaat worden gesproken van 'kleine' of 'wederzijdse' rechtshulp in strafzaken? Het wordt immers steeds minder duidelijk wie nu eigenlijk wie helpt. Moet gegeven dit feit de rechtshulp niet in samenhang met de gewone opsporing worden geregeld of zijn er nog gronden die een (scherp) onderscheid tussen opsporing en rechtshulp in de wet rechtvaardigen? Een andere vraag is of een intensivering van de samenwerking niet moet leiden tot harmonisatie

7 Zie voor dit Corpus Juris, M. Delmas-Marty, C. Van den Wyngaert, B. De Smet, en G. Stessens, *Corpus Juris houdende strafbepalingen ter bescherming van de financiële belangen van de Europese Unie*, Antwerpen-Groningen: Intersentia 1998. Inmiddels is er een op de kritiek aangepaste versie verschenen. Zie M. Delmas-Marty en J.A.E. Vervaele (eds.) *The implementation of the Corpus Juris in the Member States*, Volume I, Antwerpen-Groningen-Oxford: Intersentia 2000. In Volume II en III zijn de 15 landenrapporten over de implementatie van het Corpus Juris opgenomen.

8 Zie voor een overzicht van deze verdragen, J. Koers, *Nederland als verzoekende staat bij de wederzijdse rechtshulp in strafzaken* (diss. Tilburg), 2001. Binnen de VN worden ook modelrechtshulpverdragen opgesteld, die partijen in hun onderhandelingen tot uitgangspunt kunnen nemen.

9 Zie L. van Troost, 'Een internationaal strafhof: Het Statuut van Rome in vogelvlucht', *AA* 1998, p. 882-887; H. van der Wilt, 'Rome staat aan de wieg van een onafhankelijk internationaal strafhof', *NJCM*-bulletin 1999, p. 187-204; Th. Van Boven en H. von Hebel, 'De oprichting van een internationaal strafhof - een echte stap voorwaarts?', *NJB* 1999, p. 759-764 en G.A.M. Strijards, 'De weergalm van een Romeins applaus. De totstandkoming van een internationaal strafhof', *NJB* 1999, p. 765-771 en van dezelfde, 'Een internationaal strafhof. Strafvorderlijke aspecten', *D&D* 1999, p. 524-537. Op ad-hoc basis is er het Joegoslavië-Tribunaal en het Rwanda-Tribunaal.

van het vooronderzoek. Het optreden in verschillende rechtssystemen roept allerlei vragen en problemen op die verband houden met de toepasbaarheid van rechtsregels en de verenigbaarheid van het bewijsrecht van de betrokken staten. Op welke wijze moet in de toekomst met deze problemen worden omgegaan?

Bovengenoemde vragen dringen zich op wanneer men zich bezint op het formuleren van (nieuwe) systematische uitgangspunten voor de normering en inrichting van het vooronderzoek. Alvorens op deze vragen nader in te gaan, eerst wat meer over de gehanteerde begrippen en hun onderlinge verhouding.

2 Strafvordering

2.1 Inhoud

Het begrip 'strafvordering' kan in enge en in ruime zin worden uitgelegd. In enge zin omvat het begrip slechts de 'publieke actie', het door het openbaar ministerie uitgeoefende vervolgingsrecht van de overheid. In ruime zin omvat het alle fasen van het strafproces, met inbegrip van de opsporing en executie.¹⁰ Of de proactieve fase en de repressieve controle onder strafvordering vallen is mede afhankelijk van de invulling die men geeft aan het opsporingsbegrip. Dit begrip is niet onproblematisch. Oorspronkelijk werd er van uitgegaan dat de verdenking het markeringspunt was om te kunnen spreken van opsporing. Het traditionele daadstrafrecht is reactief en richt zich op gepleegde strafbare feiten. De aanwijzing van een persoon tegen wie een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit bestaat, is in die benadering evident een beginpunt van het opsporingsonderzoek. Als zo'n persoon niet is aan te wijzen, maar wel duidelijk is dat er een strafbaar feit is gepleegd, kan men als er tot onderzoekshandelingen wordt overgegaan ook spreken van een opsporingsonderzoek. In de jaren tachtig ontstaat de behoefte om ook voorafgaand aan het strafbare feit - proactief - op te treden.¹¹

10 Zie Cleiren & Nijboer 1999, *T&C Sv*, art. 1 Sv, aant. 13 en aant. 3 van de Inleidende opmerkingen van het Wetboek. Traditioneel gezien beoogt het Wetboek van Strafvordering een algemene regeling te geven voor het strafprocesrecht met inbegrip van het voorbereidende onderzoek en de tenuitvoerlegging van rechterlijke vonnissen en bevelen. In dit licht wordt het begrip strafvordering veelal als synoniem van het begrip 'strafprocesrecht' gebezigd, in ruime zin dus. Naar zijn oorsprong ziet het begrip strafvordering eerder naar de publieke actie die ontstaat door het begaan zijn van een strafbaar feit.

11 Corstens merkt op dat men zich bij het proactief optreden ook kan richten op de ontdekking van reeds gepleegde strafbare feiten. Het onderscheid proactief-reactief ziet volgens hem op de wijze waarop de politie betrokken raakt, door eigen toedoen of door toedoen van derden. Voorzover proactief optreden gebeurt in de fase waarin er nog geen verdenking is van een gepleegd strafbaar feit spreekt hij van 'vroegsporing'. G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 249-250.

De Hoge Raad heeft in het Zwolsman-arrest (HR 19 december 1995, *NJ* 1996, 249) aangegeven dat onder strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde ook de proactieve fase dient te worden begrepen en dat dus niet elk proactief optreden verboden is. Met het in werking treden van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden (*Stb.* 1999, 245) is vervolgens het begrip opsporing zelf verruimd. Ingevolge art. 132a Sv moet voortaan ook van opsporing worden gesproken als er een redelijk vermoeden bestaat dat in georganiseerd verband misdrijven als omschreven in art. 67, lid 1, Sv worden beraamd of gepleegd, die gezien hun aard of de samenhang met andere misdrijven die in dat georganiseerd verband worden beraamd of gepleegd een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren. Dus ook het onderzoek naar (sommige) toekomstige strafbare feiten valt onder opsporing. Met andere woorden, een belangrijk deel van wat voorheen de proactieve fase heette, moet naar geldend recht als opsporingsonderzoek worden aangemerkt. Met de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden is overigens niet alleen het opsporingsbegrip verruimd. Ook het zogenaamd verkennend onderzoek is geregeld. Dat is een onderzoek door opsporingsambtenaren op bevel van de officier van justitie met als doel de voorbereiding van opsporing (zie art. 126gg Sv). Het verkennend onderzoek gaat aan de opsporing in verruimde zin vooraf. In het onderhavige grondslagenonderzoek wordt uitgegaan van een ruim opsporingsbegrip in die zin dat onder opsporing wordt verstaan alle onderzoek dat zich richt op strafrechtelijke sanctionering. Het doel is bepalend voor de vraag of men te maken heeft met opsporing of toezicht.¹²

2.2 *Rechtsmacht*

Strafvordering, zowel in de enge als in de ruime betekenis van het woord, veronderstelt rechtsmacht. Dit is af te leiden uit het feit dat strafvordering de realisatie beoogt van het (materiële) strafrecht. Zonder rechtsmacht in de zin van de art. 2-7 Sr heeft het openbaar ministerie geen 'publieke actie' en is toepassing van het strafprocesrecht in beginsel (de wetgever kan anders bepalen zoals blijkt uit Titel X van het vierde boek van het Wetboek van Strafvordering) niet aan de orde. Het strafprocesrecht bepaalt immers hoe en door wie wordt onderzocht of een strafbaar feit is begaan en door wie en naar welke maatstaven daarover en over de daaraan te verbinden strafrechtelijke sancties wordt beslist. Het strafproces is de noodzakelijke schakel tussen het strafbaar feit en de door de rechter op te

12 Zie deelrapport 1, 'De verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht' (G. Knigge) en deelrapport 2, 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak' (G. Knigge & N.J.M. Kwakman).

leggen sanctie.¹³ Materieel en formeel strafrecht zijn ten nauwste met elkaar verbonden.¹⁴

2.3 Extraterritoriale strafvordering

Zonder rechtsmacht in de zin van de art. 2-7 Sr heeft het openbaar ministerie dus geen 'publieke actie' en is toepassing van het strafprocesrecht in beginsel (zie hierboven) niet aan de orde. Het maakt daarbij geen verschil of er opgetreden moet worden binnen of buiten Nederland.¹⁵ Omgekeerd is de situatie gecompliceerder. Bij grensoverschrijdende rechtsmacht kan niet zondermeer ook grensoverschrijdend worden opgetreden. De uitoefening van strafvorderlijke bevoegdheden is gebaseerd op het geweldsmonopolie van de staat en als zodanig territoriaal gebonden. In de Lotus-zaak werd dit uitgangspunt als volkenrechtelijk beginsel aanvaard.¹⁶ Uitoefening van rechtsmacht op het grondgebied van een andere staat - *extraterritoriale strafvordering* - is alleen toegelaten met toestemming van die staat.¹⁷ Die toestemming kan ad hoc of bij verdrag worden verleend.¹⁸ Een voorbeeld in de

13 Zie G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 4-5.

14 De scheidslijn tussen formeel en materieel strafrecht is ook niet altijd even duidelijk. Zie J. Rummelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 8-9.

15 Deze opvatting ligt ten grondslag aan de tweede afdeling van Titel X betreffende feiten begaan aan boord van luchtvaartuigen. De regeling heeft betrekking op het uitzonderlijke geval dat op Nederlands grondgebied een vliegtuig is geland, terwijl aan boord een feit zou zijn gepleegd waarop de Nederlandse strafwet niet van toepassing is. Gezien de afwezigheid van rechtsmacht staat uitoefening van opsporingsbevoegdheden door de Nederlandse ambtenaren van politie en justitie in dat geval geheel in het teken van (kleine) rechtshulp. Zie Cleiren & Nijboer 1999, *T&C Sv*, Inleidende opmerkingen bij Boek IV, Titel X, Afd. 2, aant. 1. Zie omtrent de voorwaarde van rechtsmacht ook A.H. Klip, 'Extraterritorial Investigations', in: A.H.J. Swart and A.H. Klip (ed.), *International Criminal Law in the Netherlands*, Freiburg I.Br: Edition iuscrim, Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht 1997, p. 211-229, m.n. p. 215.

16 'Now the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that - failing the existence of a permissive rule to the contrary - it may not exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial; The case of the S.S. 'Lotus' (France vs Turkey) Permanent Court of International Justice, *Public. Series A Nr. 10* Leyden 1927. Met zoveel woorden is dit uitgangspunt ook neergelegd in art. 2 van het Verdrag van de Verenigde Naties tegen de sluikehandel in verdovende middelen en psychotrope stoffen van 20 december 1988 (*Trb.* 1989, 97 en 1990, 94). Zie ook de ECRM 13 juli 1987, X against Germany, 11 853/85, 10 *European Human Rights Reports*, p. 521.

17 In overeenstemming daarmee bepaalt art. 539a Sv dat strafvordering buiten het rechtsgebied van een rechtbank alleen kan worden uitgeoefend voorzover het volkenrecht en het interregionale recht dit toelaten. Zie omtrent grensoverschrijdend optreden A.H. Klip, 'Extraterritoriale strafvordering', *D&D* 1995, p. 1056-1078.

18 Van de verdragsrechtelijke regelingen genoten aanvankelijk vooral de art. 26, 27 en 28 van het Beneluxverdrag aangaande de Uitlevering en Rechtshulp in strafzaken van 27 juni 1962 (*Trb.* 1962, 97) bekendheid en de art. 17, 19, 23 en 24 van de Overeenkomst inzake de Administratieve en Strafrechtelijke Samenwerking op het gebied van de regelingen die verband

Nederlandse jurisprudentie waarbij die toestemming ad hoc en zelfs achteraf werd verleend, biedt HR 7 juni 1988, *NJ* 1988, 987.¹⁹

Niet iedereen geeft dezelfde invulling aan het begrip 'uitoefening van rechtsmacht op vreemd grondgebied' en de bijbehorende verbodsnorm. Met name in de Verenigde Staten heeft men een andere interpretatie van het begrip soevereiniteit dan in Europa.²⁰ Dit compliceert het vraagstuk van extraterritoriale strafvordering, dat er de laatste jaren toch al niet eenvoudiger op is geworden. Door de moderne techniek is immers de plaats van handelen niet zelden al omstreden en dus ook het antwoord op de vraag of er grensoverschrijdend is opgetreden (denk aan peilzenders, het afluisteren van satelliettelefoons, het inbreken in computersystemen enz.).

houden met de verwezenlijking van de doelstellingen van de Benelux Economische Unie van 29 april 1969 (*Trb.* 1969, 124). Zie omtrent deze regelingen C.J.C.F. Fijnaut, 'De Overeenkomst van Schengen: een doorbraak van de formele regeling van de internationale politie Samenwerking?', in: J. D'Haenens en B. De Ruyver (ed.), *Schengen en de Praktijk*, Gent: Mijs&Breesch 1992, p. 47-66, m.n. p. 51-56, en de ter plaatse aangehaalde literatuur. Later zijn daar onder andere nog aan toegevoegd de Schengen Uitvoeringsovereenkomst van 19 juni 1990 en het Verdrag van Amsterdam.

- 19 De toestemming hoeft ook niet uitdrukkelijk te worden verleend. Stilzwijgende toestemming werd aanvaard in HR 16 april 1985, *NJ* 1986, 769. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad m.b.t. art. 539a Sv valt af te leiden dat een eventuele schending van het volkenrecht door de Nederlandse opsporingsambtenaren niet altijd aan het gebruik van het bewijsmateriaal in de weg hoeft te staan, met name niet wanneer daarover in feitelijke instantie niets is aangevoerd. Zie HR 18 mei 1982, *NJ* 1983, 49; HR 10 april 1984, *NJ* 1984, 768; HR 16 april 1985, *NJ* 1986, 769. Deze gedachtegang is ook nog af te leiden uit HR 18 mei 1999, *NJ* 2000, 107 voorzover de Hoge Raad de klacht dat het optreden van de Nederlandse opsporingsambtenaren in strijd is met het volkenrecht en tot bewijsuitsluiting moet leiden in cassatie tardief beoordeelde. De beoordeling van een soevereiniteitsschending is daarmee - aldus ook Klip - afhankelijk gemaakt van het verweer van de verdediging. Zie A.H. Klip, 'Extraterritoriale strafvordering', *D&D* 1995, p.1056-1078, m.n. p. 1074-1075. Nederland kan in feite sanctieloos de soevereiniteit van andere staten schenden wanneer in feitelijke instantie daaromtrent niets is aangevoerd. Volgens Knigge in zijn noot onder HR 25 mei 1993, *NJ* 1993, 784, tilt de Hoge Raad aan schendingen van het volkenrecht zeer zwaar. Hij wijst daarbij op HR 26 april 1988, *NJ* 1989, 168 waarin de Hoge Raad om die reden het door de Nederlandse opsporingsambtenaren in het buitenland verkregen bewijs niet toeliet, zonder dat het Schutznormvereiste (de verdachte moet getroffen zijn in een belang dat de overtreden norm beoogt te beschermen) daarin een rol speelde. Een andere lezing van dit arrest geeft A-G Machielse in zijn conclusie voor HR 7 maart 2000, *NJ* 2000, 539. In dit laatste arrest hanteert ook de Hoge Raad voor een vergelijkbaar geval wel het Schutznormvereiste.

- 20 Dit is terug te voeren op het accusatoire karakter van het strafproces in de Angelsaksische landen, dat maakt dat het aan partijen en derhalve niet aan de soevereiniteit symboliserende rechter is overgelaten om bewijs te verzamelen. Ook een diep geworteld Amerikaans wantrouwen in de kwaliteit en effectiviteit van de rechtshandhaving in sommige staten zou hieraan debet zijn. Zie hieromtrent T. Vander Beken, *Forumkeuze in het internationaal strafrecht*, (diss. Gent), Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 1999, p. 235 e.v.; A.H. Klip 'Soevereiniteit in het strafrecht', in: G.J.M. Corstens en M.S. Groenhuijsen (red.), *Rede en Recht*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 139-152; en H.G. van der Wilt, 'Onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal en internationale rechtshulp in strafzaken: een impressie van de Amerikaanse rechtspraktijk', *D&D* 2000, p. 169-194.

2.4 De reikwijdte van bepalingen van straffordering

Een belangrijk aspect verbonden aan het vraagstuk van de extraterritoriale straffordering betreft de reikwijdte van bepalingen van straffordering. Het strafforderlijk territorialiteitsbeginsel houdt in dat bij extraterritoriale straffordering een (uitdrukkelijke) volkenrechtelijke rechtvaardiging is vereist. Het zegt niets over het beginsel dat geldt als de rechtvaardiging (veelal toestemming) is verkregen. Met andere woorden, het geeft niet aan welk recht dan van toepassing is: het recht van de zendstaat (de staat wiens ambtenaren grensoverschrijdend optreden) of het recht van de ontvangstaat (de staat op wiens grondgebied wordt opgetreden).²¹ Wat zou bijvoorbeeld de basis kunnen zijn voor toepassing van eigen recht bij grensoverschrijdend optreden?²²

Vanwege de soevereiniteitsgedachte is grensoverschrijdend optreden in het kader van straffordering, met name binnen de civil law landen, lange tijd heel ongebruikelijk geweest. Zelfs de passieve aanwezigheid van vreemde ambtenaren bij de uitoefening van een rogatoire commissie werd aanvankelijk slechts facultatief en bij uitzondering geaccepteerd.²³ Tegen deze achtergrond is het verklaarbaar dat zeer weinig staten met een ruime extraterritoriale rechtsmacht (uitdrukkelijk) hebben voorzien in een opsporingsbevoegdheid voor eigen ambtenaren in het buitenland, zoals Nederland in art. 539a Sv, laat staan bepalingen kennen die verwijzen naar het (gelegitimeerd) optreden van personen in openbare dienst van een vreemde staat of van een volkenrechtelijke organisatie.²⁴ Dit kan ook verklaren

21 In dezelfde zin A.H. Klip, 'Soevereiniteit in het strafrecht', *a.w.*, m.n. p. 142. Anders naar het schijnt, G.A.M. Strijards in zijn boekbespreking van S.K. de Groot, 'Internationale bewijsvergaring in strafzaken, Nederland, Engeland & Wales', *Trema* 2000, p. 431-433, m.n. p. 433: 'Uit het eerste beginsel (Y.B.: bedoeld wordt het strafforderlijk territorialiteitsbeginsel) volgde de regel "lex loci regit actum": de wet van de staat waar de strafforderlijke daad moet worden verricht, regeert exclusief de wijze waarop deze geleverd moet worden.'

22 A.H. Klip 'Soevereiniteit in het strafrecht', *a.w.*, p. 142 wijst erop dat het erop lijkt dat de gebondenheid van ambtenaren aan het eigen recht dan voortvloeit uit een gezagsverhouding, een personeel statuut, dat voorschrijft dat zij ook in het buitenland het eigen recht naleven. Dat over dat laatste ook anders gedacht wordt, blijkt uit de Amerikaanse rechtspraak waarin vaak noch het Amerikaanse recht, noch het lokale recht van toepassing wordt geacht. Zie daaromtrent H.G. van der Wilt, 'Onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal en internationale rechtshulp in strafzaken: een impressie van de Amerikaanse rechtspraktijk', *D&D* 2000, p. 169-194.

23 In de common law landen heeft men - vermoedelijk dus vanwege het van oorsprong accusatoire systeem - minder moeite met vreemde bewijsvergaring. Alleen de uitoefening van dwangmiddelen is daar exclusief voorbehouden aan de eigen autoriteiten. De bestaande Tribunaal hebben inmiddels strafforderlijke bevoegdheden die zich uitstrekken over heel de wereld.

24 Een aantal landen heeft wel, anders dan Nederland, de (onbevoegde) uitoefening van dwangmiddelen door personen in openbare dienst van een vreemde staat strafbaar gesteld in de nationale wetgeving. Voorbeelden zijn Zwitserland, Portugal, Mexico en de Verenigde

waarom zo weinig aandacht is besteed aan bovengenoemde vraag. Niettemin blijft het opmerkelijk dat onder andere bij de onderhandelingen over het vestigen van extraterritoriale rechtsmacht deze vragen nimmer gesteld zijn. Klip vraagt zich af of het feit dat de strafvorderlijke gevolgen van extraterritoriale rechtsmacht volstrekt genegeerd zijn in de onderhandelingen misschien een gevolg is van het gegeven dat bepalingen van materieel strafrecht zich richten tot de burger, terwijl strafvorderlijke bepalingen vooral door de overheid dienen te worden nageleefd.²⁵ De bepalingen van strafvordering vervullen echter niet alleen een functie naar de overheid, maar ook naar de verdachte en diens raadsman en naar derden. Zij ontlenen ook rechten en bevoegdheden aan het stelsel van strafvordering.²⁶ In de toekomst zullen wij vaker te maken krijgen met grensoverschrijdend optreden en zal ook bovengenoemde vraag een rol moeten gaan spelen in de onderhandelingen.²⁷

De reikwijdte van bepalingen van strafvordering speelt niet alleen een rol bij het grensoverschrijdend optreden door de ambtenaren van een staat, doch ook bij de rechtshulpverlening. Procedureregels verschillen van staat tot staat. De vraag is dan welke rechtsregels bij de uitvoering van een rechtshulpverzoek van toepassing zijn, die van de verzoekende of die van de aangezochte staat. Extraterritoriale strafvordering impliceert overigens meestal een vorm van rechtshulpverlening, namelijk passieve rechtshulpverlening van de staat op wiens grondgebied wordt opgetreden. Omdat er verder door de rechtshulpverlenende staat geen daden behoeven te worden verricht, wordt het toestaan van grensoverschrijdend optreden niet door iedereen als zodanig herkend. Daar komt bij dat in verdragsrechtelijke regelingen de toestemming van de rechtshulpverlenende staat besloten kan liggen, zodat ook een verzoek om rechtshulp niet meer gedaan hoeft te worden.²⁸

De vraag naar het toepasbare recht bij rechtshulpverlening en grensoverschrijdend optreden komt nader aan de orde in par. 4.4 en par. 6.3.

Staten. Zie J. Koers, *Nederland als verzoekende staat bij de wederzijdse rechtshulp in strafzaken*, (diss. Tilburg), 2001.

25 A.H. Klip 'Soevereiniteit in het strafrecht' *a.w.*, p. 141.

26 In dezelfde zin C.P.M. Cleiren, in: Melai, *Wetboek van Strafvordering*, art. 1, aant. 5.

27 Een voorbeeld in dit opzicht biedt de regeling van gemeenschappelijke onderzoeksteams in art. 13 van de Overeenkomst betreffende de wederzijdse rechtshulp in strafzaken tussen de lidstaten van de Europese Unie.

28 Denk bijvoorbeeld aan het rechtstreeks toezenden van processtukken en rechterlijke beslissingen en aan de 'hot pursuit'. Op de weg van passieve naar actieve assistentie zijn tussenvormen denkbaar. Zie omtrent passieve rechtshulp J.M. Sjöcrona, *De kleine rechtshulp* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1990, p.4-5; ofwel Melai, *Wetboek van Strafvordering*, art. 552h-552q, aant. 2 onder b.

3 Rechtshulp in strafzaken

Het uitgangspunt dat de uitoefening van strafvorderlijke bevoegdheden territoriaal is gebonden, ligt ten grondslag aan ieder rechtshulpverdrag.²⁹ Vreemde staten stellen - veelal onder voorwaarden - hun 'penal enforcement power' ter beschikking om een staat, die anders machteloos zou blijven, te hulp te komen bij het effectueren van strafbaarstellingen. Men spreekt daarbij van internationale rechtshulp in strafzaken. Alle activiteiten die een strafrechtelijk doel beogen of daartoe kunnen leiden, vallen daaronder. Rechtshulp is de uitoefening van (strafvorderlijke) bevoegdheden, meestal op verzoek (hoeft niet altijd, denk aan spontane informatieuitwisseling en automatische rechtshulp, zoals het gebruik maken van informatiebestanden zoals het Schengen Informatie Systeem), ten behoeve van een buitenlandse strafzaak.³⁰ Hoe concreet die strafzaak moet zijn, is (mede) afhankelijk van het opsporingsbegrip dat men hanteert. Uitgaande van een ruim opsporingsbegrip (zie par. 2) is rechtshulpverlening heel goed denkbaar in de proactieve fase.³¹

De term rechtshulp is in de Nederlandse wet niet gedefinieerd en kan in verschillende betekenissen worden gebruikt. Nog los van het feit dat het begrip ook op juridische bijstand kan wijzen, waar het hier vanzelfsprekend niet om gaat, kan er een ruime en een enge strekking aan worden toegekend. In de ruime strekking omvat het alle varianten van internationale samenwerking in strafzaken, de overdracht en overname van strafvervolgning, de overdracht en overname van strafexecutie (samen aangeduid als primaire rechtshulp), de uitlevering en de 'kleine' rechtshulp in strafzaken (samen aangeduid als secundaire rechtshulp). In de enge betekenis wordt onder de term rechtshulp in strafzaken alleen de laatste variant begrepen, dus de 'kleine' rechtshulp in strafzaken, ook wel de 'wederzijdse' rechtshulp in strafzaken genoemd. Deze laatste variant kan men onderscheiden in passieve en actieve rechtshulp. De eerste vorm van rechtshulp bestaat uit het toestaan van grensoverschrijdend optreden (zie hiervoor par. 2.4); de tweede vorm

29 G.A.M. Strijards, 'Het primaat van het territorialiteitsbeginsel', *D&D* 1988, p. 121-136, m.n. p. 132.

30 Zie omtrent de begrippen spontane en automatische rechtshulp A.H. Klip, in: *Internationale en interregionale samenwerking in strafzaken/Melai Internationaal* (nog te verschijnen). Ter plaatse noemt hij ook nog 'zelfbediening'. Daaronder verstaat hij dat staten datgene wat ze uit het buitenland nodig hebben gewoon zelf halen. Hij onderscheidt twee categorieën, de buitenwettelijke en de toegelaten zelfbediening. Vooral de Verenigde Staten hebben een grote reputatie opgebouwd met het optreden in andere landen. Hierbij is doorslaggevend dat het gaat om een andere interpretatie van het begrip soevereiniteit dan in Europa. Dit is zoals gezegd terug te voeren op het accusatoire karakter van het strafproces in de Angelsaksische landen, dat maakt dat het aan partijen en derhalve niet aan de soevereiniteit symboliserende rechter is overgelaten om bewijs te verzamelen en op een diepgeworteld wantrouwen in de kwaliteit en effectiviteit van de rechtshandhaving in sommige staten.

31 Dat in dit stadium de voorwaarde van dubbele strafbaarheid moeilijkheden kan geven is een andere kwestie.

bestaat uit het verrichten van handelingen van onderzoek, het toezenden van dossiers en stukken van overtuiging, het betekenen van stukken enzovoorts.

In het vooronderzoek speelt met name de 'kleine' of 'wederzijdse' rechtshulp een belangrijke rol. Men zou die kunnen definiëren als de assistentie die staten elkaar geven bij de opsporing en vervolging van strafbare feiten, een belangrijke rol.

Traditioneel werd met de term rechtshulp in strafzaken de justitiële samenwerking bedoeld, waarvan de politiesamenwerking soms een onderdeel vormde. Politie samenwerking heeft echter een veel ruimer kader dan justitiële samenwerking, in die zin dat het niet noodzakelijkerwijs tot doel heeft het verzamelen van bewijsmateriaal ten behoeve van de strafrechtspleging van de verzoekende staat, doch bijvoorbeeld ook ordehandhaving en de preventie van misdrijven. De samenwerking op politieniveau is de laatste jaren sterk geïntensiveerd en geschiedt veelal buiten de gerechtelijke autoriteiten om. In het rechtshulpverkeer is het naast de justitiële samenwerking een aparte plaats gaan innemen.

Het onderscheid tussen justitiële en politie samenwerking wordt gemaakt aan de hand van de betrokken autoriteiten. Het gaat hierbij dus om een organieke indeling. De vraag is of een dergelijke indeling wel voldoet bij de huidige geïntensiveerde samenwerkingsvormen en of het uitgangspunt niet moet worden gezocht in de gevraagde handeling in plaats van de betrokken autoriteit. In ieder geval is het belangrijk vast te stellen dat deze aanduidingen geen juridisch bindende begrippen zijn. In verdragen wordt het onderscheid niet altijd helder getrokken. Bovendien treedt er verwarring op doordat staten vaak zelf bepalen wie zij als justitiële en wie zij als politie autoriteiten beschouwen.

In dit grondslagenonderzoek wordt de politie samenwerking tot de internationale rechtshulp in strafzaken gerekend, mits de samenwerking uiteindelijk maar gericht is op het nemen van beslissingen van strafrechtelijke aard. Van onderscheidende betekenis achten wij dus niet de betrokken autoriteiten, doch de gevraagde handelingen, preciezer nog datgene waartoe die handelingen dienen.³²

32 Dit onderscheid sluit aan bij de meer recente benadering van rechtshulp zoals die in het Verdrag inzake de Wederzijdse rechtshulp van de Europese Unie tot uitdrukking is gebracht en waarin de gevraagde handeling meer centraal staat dan de status van de autoriteit die het verzoek doet. Zie over dit verdrag G. Vermeulen, *Wederzijdse rechtshulp in strafzaken in de Europese Unie: naar een volwaardige eigen rechtshulp ruimte voor de Lid-Staten?* (diss. Gent), Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 1999. Op p. 535 wijst Vermeulen er op dat in deze Overeenkomst de 'toch wel revolutionaire' beslissing genomen werd om bepaalde specifieke vormen van grensoverschrijdende bijstand, zoals de gecontroleerde aflevering en het inzetten van politie-infiltranten, die klassiek in de soms duistere sfeer van de politiesamenwerking werden gesitueerd, onder te brengen in het domein van de justitiële samenwerking in strafzaken. In de toekomst - via het protocol - geldt dat ook voor het gebruik van observatieapparatuur en het inzetten van tipgevers en informanten. Uit deelrapport 1, 'De verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht' en deelrapport 2, 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak' blijkt dat de onderzoeksgroep met betrekking tot het

De vraag of een organieke indeling nog wel voldoet, doet zich ook voor bij het onderscheid tussen administratieve bijstand en rechtshulp in strafzaken. Niet alleen op nationaal niveau, doch ook op internationaal niveau is het verschil tussen bestuursrechtelijke handhaving en strafrechtelijke handhaving diffuus geworden, hetgeen zijn repercussies heeft op het onderscheid tussen de betreffende samenwerkingsvarianten.³³ In het onderhavige grondslagenonderzoek zal de administratieve bijstand en de verhouding daarvan tot de wederzijdse rechtshulp in strafzaken buiten beschouwing blijven, behalve dan dat wij aanknopen bij het hiervoor reeds gememoreerde criterium en een organieke onderscheiding van de hand wijzen.

Naar aanleiding van en in samenhang met het voorgaande kan hier tot slot nog worden gewezen op het onderscheid tussen horizontale, verticale en diagonale samenwerking. Onder horizontale samenwerking wordt verstaan de samenwerking die plaatsvindt tussen staten onderling. Volkenrechtelijk gezien zijn staten gelijkwaardig en bewegen zij zich op gelijk niveau. Klassieke rechtshulpverlening gaat uit van horizontale samenwerking. Van horizontale samenwerking wordt ook gesproken in het geval dat autoriteiten van hetzelfde niveau samenwerken, dus politiediensten onderling, officieren van justitie onderling en rechters onderling. Kenmerkend element voor de verticale rechtshulp is dat er sprake is van een hiërarchische verhouding. Het bovengeschatte orgaan, bijvoorbeeld de Europese Commissie, het Joegoslavië-tribunaal of het Permanente Internationale Strafhof, kan een verplichting opleggen bepaalde assistentie te leveren. Naast horizontale en verticale samenwerking kan er ook nog sprake zijn van diagonale samenwerking. Kenmerk daarvan is dat het gaat om samenwerking tussen autoriteiten die niet op hetzelfde niveau staan, bijvoorbeeld samenwerking tussen een Nederlandse officier van justitie en een buitenlandse politiedienst. Het onderkennen van het

onderscheid toezicht/opsporing en de verhouding straf(proces)recht /bestuursrecht ook niet kiest voor een organieke indeling, doch het onderscheidend criterium zoekt in het (doel van) handelen. Zie ook par. 2 van het onderhavige deelrapport.

33 Uitvoerig hierover A.H. Klip & J.A.E. Vervaele, *Administratieve en Strafrechtelijke Samenwerking tussen Justitiële en Bestuurlijke Instanties van de verschillende EU-Lidstaten inzake Fraudebestrijding* (concept), wordt uitgegeven door het WODC, vermoedelijke verschijningsdatum voorjaar 2001. Zie ook J.A.E. Vervaele (ed.), *Transnationale handhaving van de financiële belangen van de Europese Unie*, Antwerpen-Groningen: Intersentia 1999. Zie omtrent het vraagstuk van sfeerovergang op nationaal niveau de in de vorige noot genoemde deelrapporten. Het in deze deelrapporten verdedigde standpunt biedt ruimte voor de ontwikkelingen binnen de Europese Unie waarbij rechtshulp ook verleend kan worden ten behoeve van bestuursrechtelijke punitieve handavingsprocedures. Klip en Vervaele verwerpen overigens niet alleen het organieke criterium, maar ook het doelcriterium, omdat zij daarbij problemen verwachten gezien het ontbreken van eenduidige definities op internationaal niveau. Zij maken onderscheid naar de gevraagde handeling zonder de samenwerkingssystemen van bijstand en rechtshulp te willen fuseren. Bij dat onderscheid kennen zij overigens weer wel betekenis toe aan datgene wat wordt gevraagd en het handavingsdoel.

diagonale aspect is vooral van belang omdat het op internationaal niveau tot problemen kan leiden, daar een gemeenschappelijke regeling om elkaar hulp en bijstand te verlenen meestal ontbreekt.³⁴

4 Verhouding strafvordering - rechtshulp

4.1 Rechtsmacht

In de vorige paragrafen is aandacht besteed aan de begrippen strafvordering en rechtshulp. Hierbij zijn bepaalde kenmerken zichtbaar geworden. Zo veronderstelt strafvordering rechtsmacht. Het verlenen van rechtshulp daarentegen, met name secundaire rechtshulp, veronderstelt geen rechtsmacht over de aan het verzoek ten grondslag liggende feiten bij de aangezochte staat.³⁵ Integendeel, in het verleden was het bezit van rechtsmacht niet zelden reden om deze rechtshulp te weigeren.³⁶ Alleen voor de overname van strafvervolgning is rechtsmacht noodzakelijk.³⁷

Voor de verhouding strafvordering - rechtshulp is het vraagstuk naar rechtsmacht niet zonder betekenis. Er moet een bevoegdheid zijn om op te treden. Of er wordt opgetreden in het kader van een eigen strafzaak, of er wordt gehandeld ten behoeve van een vreemde strafzaak. In het doel van optreden moet de grondslag en legitimatie van handelen worden gezocht. Ontbreekt (originaire) rechtsmacht, dan lijkt strafvorderlijk optreden alleen mogelijk in het kader van rechtshulpverlening. Het verzoek tot rechtshulp schept in dat geval een grondslag voor de toepassing van bevoegdheden.³⁸ Anderzijds is het zo dat in het geval er aanknopingspunten zijn in meerdere staten, het - zeker in een proactieve fase van onderzoek - niet altijd vaststaat waar de strafzaak uiteindelijk zal dienen, zodat

34 'Waar de een in een strafrechtelijke structuur vast zit, kan de ander alleen gebruik maken van een administratieve weg', aldus A.H. Klip & J.A.E. Vervaele, *a.w.*, verschijningsdatum, voorjaar 2001.

35 De verzoekende staat moet wel rechtsmacht hebben, anders heeft deze staat geen belang bij het verzoek.

36 Zie C.F. Rüter & A.H.J. Swart, 'De toepasselijkheid van de Nederlandse strafwet; van locus delicti naar goede rechtsbedeling', in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Gedenkboek Honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 243-274, m.n. p. 255-256.

37 Het Europees Verdrag betreffende de overdracht van strafvervolgning (*Trb.* 1973, 84) voorziet voor het geval de aangezochte staat geen rechtsmacht heeft in een afgeleide rechtsmacht. De Nederlandse wetgever heeft dit naar aanleiding van de ratificatie van dat verdrag tot uitdrukking gebracht in art. 4a Sr. Zie omtrent dit verdrag en deze bepaling, Y.G.M. Baaijens-van Geloven, *Overdracht en overname van strafvervolgning* (diss. Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1996; ofwel Melai, *Wetboek van Strafvordering*, de aantekeningen bij de art. 552t-552hh.

38 Het rechtshulpverzoek schept ook een grondslag voor de toepassing van bevoegdheden wanneer er in de aangezochte staat geen eigen bevoegdheid bestaat om de gevraagde handelingen te verrichten omdat er bijvoorbeeld geen sprake is van een verdenking waarop die bevoegdheid kan berusten.

ook niet duidelijk is wie nu wie helpt. Daar komt bij dat de politie samenwerking in dit stadium - al dan niet onder controle van justitie - zelf de vaststelling van aanknopingspunten en dus van rechtsmacht kan beïnvloeden door de localisering van bepaalde feiten in bepaalde staten.³⁹

Wanneer er wordt samengewerkt terwijl nog niet vaststaat waar de strafzaak uiteindelijk zal dienen, dan treden de betrokken autoriteiten in beginsel op eigen titel op. Is dat niet mogelijk omdat ieder aanknopingspunt ontbreekt, dan zal er sprake moeten zijn van rechtshulpverlening als grondslag voor handeling. Samenwerking kan daardoor een overlap van regelsystemen betekenen, waarbij pas achteraf, afhankelijk van de forumkeuze en het gekozen doel, komt vast te staan welke regels gelden.⁴⁰ Er bestaat echter eveneens een risico dat er een rechtvacuüm ontstaat. Denk aan het buiten beoordeling laten van de weigeringsgronden, wat voorlopig nog op gespannen voet lijkt te staan met het geldende rechtshulprecht en aan het feit dat ook niet altijd duidelijk is waar en wanneer rechtsmiddelen kunnen worden ingediend.⁴¹

Bovengenoemde gang van zaken lijkt op de situatie dat er strafrechtelijk onderzoek wordt verricht, terwijl pas gaandeweg dat onderzoek duidelijk wordt dat de zaak beter elders kan worden afgedaan, hetgeen dan tot een overdracht van

39 Denk bijvoorbeeld aan pseudo-koop en gecontroleerde aflevering. Zie omtrent de internationale politie samenwerking en forumbepaling T. Vander Beken, *Forumkeuze in het internationaal strafrecht* (diss. Gent), Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 1999, p. 341-348. Zie ook Y.G.M. Baaijens-van Geloven, *Overdracht en overname van strafvervolgning, a.w.*, p. 63-66; ofwel Melai, *Wetboek van Strafvordering*, de art. 552t-552hh, aant. 36.

40 In de deelrapporten over 'De verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht' en 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak' wordt gewezen op het feit dat er een overlap kan zijn van regelsystemen, waarbij pas achteraf komt vast te staan welke regels gelden. Zie in dit verband ook het arrest van de HR 28 maart 2000, *NJ* 2000, 483. In casu had in Nederland een huiszoeking en inbeslagneming plaatsgehadt naar aanleiding van een verzoek van de toenmalige Anti-fraude Eenheid van Directoraat-Generaal XXI van de Europese Commissie (sinds 1995 geïntegreerd in de UNCLAF welke inmiddels is vervangen door OLAF). De Hoge Raad oordeelde het verzoek van de Anti-fraude Eenheid als strafrechtelijk van aard. Het begrip wederzijdse rechtshulp in strafzaken veronderstelt echter - aldus de Hoge Raad - dat de ene staat ten behoeve van de andere staat bepaalde handelingen verricht en daarvan was in het onderhavige geval - aldus de Hoge Raad - geen sprake: 'Het betreft hier het gebruik van resultaten van een op verzoek van de Europese Commissie naar aanleiding van in andere Staten verricht strafrechtelijk onderzoek in Nederland ingesteld onderzoek, in een Nederlandse strafvervolgning. Daaraan doet niet af dat de resultaten van een dergelijk verzoek aan de Europese Commissie dienen te worden meegedeeld.' In de onderhavige zaak was inderdaad geen sprake van rechtshulpverlening in de zin van de bestaande wederzijdse rechtshulpverdragen en van art. 552h e.v. Sv, omdat die verdragen en de betreffende bepalingen uitgaan van rechtshulpverlening tussen vreemde staten. Zie voor vergelijkbare conclusies binnen het Koninkrijksverband, HR 13 juli 1987, *NJ* 1988, 721; HR 12 juni 1990, *NJ* 1991, 236; en HR 26 oktober 1993, *NJ* 1994, 231. Men zou hier misschien wel kunnen spreken van een verticale of diagonale samenwerking.

41 Zie hieromtrent A.H. Klip, in: *Internationale en interregionale samenwerking in strafzaken/Melai Internationaal* (nog te verschijnen).

strafvervolging kan leiden. In dat geval zijn op de aanvang van het onderzoek de regels van strafvordering van toepassing. Er is dan sprake van handelingen in het kader van het nemen van strafvorderlijke beslissingen. Onder een strafvorderlijke beslissing valt immers ook het afzien van (verdere) opsporing of vervolging, ten behoeve van een voortzetting daarvan elders. Het eventuele optreden ná de overdracht van de zaak is dan aan te merken als rechtshulpverlening. Bij gezamenlijke of connexe onderzoeken wordt een dergelijke forumkeuze vaak op minder formele wijze gedaan, maar dat verandert het principe niet. Met andere woorden: het aanvankelijke onderzoek kan in de betrokken landen worden aangemerkt als strafvordering, terwijl dat onderzoek later overgaat in rechtshulpverlening aan de staat waar de zaak voor de rechter wordt gebracht.⁴²

4.2 *Onderliggende rechtsbetrekking*

Een ander kenmerkend verschil betreft de onderliggende rechtsbetrekking. Het (klassieke) internationale rechtshulprecht regelt de samenwerking tussen staten, namelijk tussen de verzoekende en de aangezochte staat.⁴³ Vanuit volkenrechtelijk perspectief is de burger in die laatste verhouding een rechtsobject en geen rechtssubject. Oorspronkelijk leidde deze volkenrechtelijke benadering tot de opvatting dat burgers aan de rechtshulpverdragen geen rechten konden ontlenen, noch bepalingen konden inroepen als waarborgnorm tegen de eigen staat of tegen de staat waarmee de afspraken waren gemaakt.⁴⁴ De rechtshulpprocedure werd

42 Het Europees Verdrag betreffende overdracht van strafvervolging biedt voor een (dreigende) samenloop van strafvervolging reeds een overlegprocedure voor de betrokken staten met daaraan verbonden de rechtsgevolgen van een overdracht en overname van strafvervolging. Zie de art. 30-34 (overlegprocedure) en de art. 35-37 (ne bis in idem). De wens tot een oplossing te komen van problemen die voort kunnen vloeien uit een samenloop van rechtsmacht, stond aan de oorsprong van het betreffende verdrag. Zie Y.G.M. Baaijens- van Geloven, *Overdracht en overname van strafvervolging*, a.w., p. 17-21; ofwel Melai, *Wetboek van Strafvordering*, de art. 552t-552hh, aant. 7 onder vii. Het is opmerkelijk dat in Unieverband nauwelijks of niet naar die regeling wordt verwezen. Evenmin is in de Overeenkomst betreffende de wederzijdse rechtshulp in strafzaken van de Europese Unie een overlegprocedure geregeld bij meervoudige rechtsmacht. Zie hieromtrent G. Vermeulen, *Wederzijdse rechtshulp in strafzaken in de Europese Unie: naar een volwaardige eigen rechtshulp ruimte voor de Lid-Staten?* (diss. Gent), Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 1999, p.168. In art. 31, onder d van het Verdrag van de Europese Unie is wel bepaald dat gezamenlijk optreden inzake justitiële samenwerking in strafzaken het voorkomen van jurisdictiegeschillen tussen de lidstaten omvat.

43 Tegenwoordig is naast horizontale rechtshulp ook verticale rechtshulp denkbaar. Zie par. 3.

44 Zo huldigt de Amerikaanse rechtspraak blijkbaar nog steeds, ondanks het feit dat de Verenigde Staten evenals Nederland een monistisch stelsel hanteren, de opvatting dat individuen zich niet in rechte kunnen beroepen op de schending van een rechtshulpverdrag. Zie H. Van der Wilt, 'Onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal en internationale rechtshulp in strafzaken: een impressie van de Amerikaanse rechtspraktijk', *D&D* 2000, p. 169-194, m.n. p. 178-179.

aangemerkt als een soort internationaal administratief recht.⁴⁵ Mede onder invloed van de mensenrechtenconventies is dit gezichtspunt veranderd. Er heeft een verschuiving plaatsgehadt van de opvatting dat art. 6 EVRM niet van toepassing is op rechtshulpprocedures omdat het daarin niet gaat over de gegrondheid van een ingestelde strafvervolgung, naar de opvatting dat ook deze procedures beschouwd moeten worden als maatregelen die onderdeel uitmaken van een strafproces en uiteindelijk strekken tot bepaling van de gegrondheid van de strafvervolgung, zij het dan niet in de aangezochte, doch in de verzoekende staat.⁴⁶ In Duitsland treffen wij deze verschuiving in denken ook aan. In dat verband wordt gesproken van 'international-arbeitsteilige strafverfolgung'. Ook daarbij is de gedachte dat rechtshulpverlening een onderdeel is van de tegen de 'Verfolgten' gevoerde strafvervolgung, al gaat het dan niet om nationale, maar buitenlandse strafvordering.⁴⁷

4.3 *Strafvorderlijk karakter*

Aan rechtshulpverlening kan dus een strafvorderlijk karakter worden toegekend. Dit geldt met name wanneer men de handelingen beziet in het perspectief van de berechtende staat.⁴⁸ De vraag is natuurlijk wat de consequentie is van deze vaststelling. Betekent het bijvoorbeeld dat art. 1 Sv van toepassing is op rechtshulpverlening door Nederland aan een vreemde staat?⁴⁹ In de jurisprudentie wordt in het kader van de uitoefening van bevoegdheden en dwangmiddelen ten behoeve van rechtshulp vaak verwezen naar het legaliteitsbeginsel, maar daarbij

- 45 Zie omtrent de verschillen tussen een volkenrechtelijke benadering en een strafrechtelijke benadering van internationaal strafrecht, M.C. Bassiouni, 'An appraisal of the growth and developing trends of international criminal law', *Revue internationale de Droit Pénal*, Toulouse: Èrès 1974, p. 405-433, m.n. p. 425 e.v. en G.A.M. Strijards, 'Rechtshulpbetrekkingen systematisch beschouwd', in: *Internationalisering van het strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1986, p. 181-223, p. 201. Zie ook J.M. Sjöcrona, *De kleine rechtshulp* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 17-25; Melai, *Wetboek van Strafvordering*, de art. 552h-552q, aant. 4.
- 46 Zie hieromtrent o.a. J.M. Sjöcrona, *a.w.*, p. 32-34; ofwel Melai, *Wetboek van Strafvordering*, de art. 552h-552q, aant. 5 en het preadvies van E.P. van Brucken Fock, *Handelingen NJV 1983*, deel 1, p. 149-323, m.n. 189-191.
- 47 Zie W. Schomburg & O. Lagodny, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen. Kommentar zum Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG)*, München: Beck 1998, p. 20-22.
- 48 A.H. Klip, in: *Internationale en interregionale samenwerking in strafzaken/Melai Internationaal* (nog te verschijnen), legt daar de nadruk. Als ik het goed begrijp stelt hij dat rechtshulp niet alleen is het verrichten van handelingen op verzoek door de autoriteiten van de aangezochte staat ten behoeve van de strafrechtspleging van de verzoekende staat, doch ook een aan (of in) het buitenland uitbesteed onderdeel van een nationaal strafproces. Het eerste is een afgeleide van het laatste.
- 49 Zie J.M. Reijntjes, *Boef of burger* (oratie Heerlen), Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 4-5. Zie ook Melai, *Wetboek van Strafvordering*, art. 1, aant. 14.

is niet altijd duidelijk of het beginsel in art. 1 Sv wordt bedoeld en dat daarmee automatisch gedacht wordt aan een wet in formele zin, of dat men het legaliteitsbeginsel voor ogen heeft dat voortspuit uit de fundamentele rechtsbeginselen, dat niet per definitie een formeel wettelijke grondslag vereist.⁵⁰ Hoe zit het trouwens met de overige regels van straffordering? Zijn deze van toepassing op de rechtshulpverlening, voor zover er geen bijzondere redenen zijn om van die toepassing af te wijken?⁵¹ Zijn er bijzondere redenen om van die toepassing af te wijken? Moeten bijvoorbeeld de regels van vreemd recht, vanwege de bruikbaarheid van het vergaarde bewijsmateriaal in de verzoekende staat, hun invloed kunnen doen gelden?

Wanneer men de nadruk wil leggen op het feit dat de rechtshulphandelingen een afgeleide zijn van het strafproces van de verzoekende staat, is er wel wat voor te zeggen aan de regels van de verzoekende staat (mede) betekenis toe te kennen.

4.4 *Locus regit actum versus forum regit actum*

Hiermee raken we aan de meer algemene vraag naar welke rechtsregels van toepassing zijn op onderzoekshandelingen bij rechtshulpverlening, die van de verzoekende staat of die van de aangezochte staat of die van allebei de staten. Procedureregels verschillen immers van staat tot staat. Deze vraag kwamen we eerder al tegen bij de bespreking van extraterritoriale straffordering, wat meestal tevens een passieve rechtshulpverlening impliceert van de staat op wiens grondgebied wordt opgetreden (zie par. 2.3 en 2.4).

- 50 Zie bijvoorbeeld A-G Langemeijer in zijn conclusie bij HR 19 januari 1998, *NJ* 1998, 724. Zie ook de noot van Schalken onder dit arrest. Voor inbreuken op de in de grondwet omschreven grondrechten moet overigens ook een uitdrukkelijke legitimatie in een wet in formele zin zijn aan te wijzen. In de opvatting over het strafforderlijk legaliteitsbeginsel, die wordt verdedigd in deelrapport 2, 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak' (Knigge & Kwakman) maakt het weinig verschil welk beginsel men voor ogen heeft.
- 51 Omgekeerd kan men zich afvragen hoe het zit met de voorwaarden en eventuele beginselen die specifiek gelden voor het rechtshulprecht? Moeten deze voorwaarden en beginselen verdwijnen of is ook dat (voorlopig nog) ondenkbaar of onwenselijk? Binnen de Unie wordt deze discussie met wisselend succes gevoerd. Op dit moment is in onderhandeling de afschaffing van de voorwaarde van dubbele strafbaarheid bij uitlevering. Zie ook A.H.J. Swart, 'Human Rights and the Abolition of Traditional Principles', in: Eser/Lagodny (eds), *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law*, Freiburg I.Br: Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht 1991, p. 505-534 en W. Schomburg 'EUROJUST neben EUROPOL. Kooperation bei der Kooperation in Europa', *Kriminalistik* 2000, p. 13-21, m.n. p. 17 en 19. Meer hierover in par 6.1 van het onderhavige deelrapport. In de praktijk blijft de toepassing van voorwaarden en weigeringsgronden, met name op het terrein van de samenwerking tussen politie en justitie, steeds vaker achterwege (zie par. 4.1 en 5.2).

Het is gebruikelijk dat in het kader van rechtshulpverlening de regels van het land waar de onderzoekshandelingen worden verricht, worden toegepast: 'locus regit actum'. De locusregel houdt in dat de vorm van de handeling wordt bepaald door het recht van de plaats waar zij wordt verricht. Anders dan in het internationaal privaatrecht ontbreekt in het internationaal strafrecht het element dat ook de geldigheid van de handeling naar het recht van die plaats wordt bepaald. De resultaten van de onderzoekshandelingen moeten echter wel dienst kunnen doen in de berechtende staat. Praktisch gezien kan dit de rechtshulpverlening belemmeren wanneer het impliceert dat de resultaten in de verzoekende staat buiten beschouwing moeten worden gelaten omdat de werkwijze niet correspondeert met het eigen recht.⁵² Dit bezwaar ligt ten grondslag aan art. 33 van het Corpus Juris waarin onder andere is bepaald dat de vraag of het bewijs op rechtmatige dan wel onrechtmatige wijze is verzameld, beoordeeld moet worden aan de hand van de lex loci en dat het bewijs dat aan de hand van deze beoordeling op rechtmatige wijze is verkregen, in de staat van berechting niet van gebruik mag worden uitgesloten louter vanwege het feit dat de verkrijging aldaar onrechtmatig zou zijn geweest.⁵³ De regel 'locus regit actum' betekent echter niet dat er bij de uitoefening van onderzoekshandelingen in het geheel geen rekening kan worden gehouden met de voorschriften van de verzoekende staat. Dat in de rechtspraak bij rechtshulpverlening veelal gebruik wordt gemaakt van de eigen rechtsregels lijkt veel te maken te hebben met praktische kennis en de soevereiniteitsgedachte.⁵⁴ Het volgt niet per definitie uit het strafvorderlijk territorialiteitsbeginsel. Dat beginsel houdt in dat bij extraterritoriale strafvordering een volkenrechtelijke rechtvaardiging vereist is. Het zegt niets over het beginsel dat geldt als de rechtvaardiging is verkregen (zie par. 2.4). Het strafvorderlijk territorialiteitsbeginsel geeft dus meer uitdrukking aan de

- 52 De Hoge Raad toetst alleen aan het eigen recht. De naleving van vreemd recht wordt niet getoetst. Zie bijvoorbeeld HR 17 januari 1984, *NJ* 1984, 405 en met name ook HR 18 mei 1999, *NJ* 2000, 107, m.nt. Sch. De bruikbaarheid van de resultaten van de (verzochte) rechtshulpverlening worden getoetst aan het nationale recht, eventueel aangevuld met verdragsrechtelijk gegarandeerde mensenrechten. Zie A-G Keizer in zijn conclusie bij het laatstgenoemde arrest. Hij gaat uitgebreid in op de gelding van regels in samenhang met de doorwerking van rechtsschendingen. Zie ook J. Koers, *Nederland als verzoekende Staat bij de wederzijdse rechtshulp in strafzaken* (diss. Tilburg), 2001. Hij komt tot de conclusie dat de Nederlandse rechter zowel voor nationaal als internationaal verkregen bewijs dezelfde (nationale) regels toepast. Een andere aanpak is ook denkbaar. Zie in dit verband de rechtsvergelijkende hoofdstukken in bovengenoemd werk. Zie ook B. De Smet, *Internationale samenwerking in strafzaken tussen Angelsaksische en continentale landen*, Antwerpen-Groningen: Intersentia 1999, p. 151 e.v.
- 53 Zie M. Delmas-Marty en J.A.E. Vervaele (eds.) *The implementation of the Corpus Juris in the Member States*, Volume I Antwerpen-Groningen-Oxford: Intersentia 2000, p. 28-30.
- 54 Uitgebreid over de grondslagen en gevolgen van de locus-regel B. De Smet, *Internationale samenwerking in strafzaken tussen Angelsaksische en continentale landen*, p. 146 e.v. Hij noemt ook nog de rechtsbescherming van het individu tegen de toepassing van buitenlandse procesvoorschriften. Idem p. 147.

sovereiniteitsgedachte dan aan rechtsmacht. Ook de verwijzing in verdragen naar het recht van de aangezochte staat (zie bijv. art. 3, eerste lid Europees Rechtshulpverdrag) betekent in beginsel vaak niet meer dan dat een verdragsrechtelijke regeling ontbreekt en dat het aan de nationale wetgever van de aangezochte staat toekomt te beslissen hoe een rogatoire commissie moet worden uitgevoerd.⁵⁵

Steeds vaker wordt gepropageerd dat opsporingshandelingen die worden verricht ten behoeve van het strafproces in een andere staat, getoetst dienen te worden aan het recht van de staat waar het strafproces plaats vindt. In dat geval spreekt men van 'forum regit actum'.⁵⁶ In sommige rechtshulpverdragen treft men standaard bepalingen aan die er bij de aangezochte staat op aandringen om bij de uitvoering van rechtshulpverzoeken zoveel mogelijk gevolg te geven aan formaliteiten en procedures die zijn aangegeven door de verzoekende staat, voorzover de fundamentele beginselen van het recht van de aangezochte staat zich

55 In dezelfde zin F. Thomas, *Internationale rechtshulp in strafzaken*, Brussel: Story Scientia 1998, p. 184. Zie omtrent de betekenis van dergelijke bepalingen ook A.H. Klip, *Buitenlandse getuigen in strafzaken* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 245 e.v. Hij maakt in dit verband onderscheid tussen een locusregel in materiële zin en een locusregel in formele zin. 'De locusregel in materiële zin verlangt dat verzoeken worden uitgevoerd als waren het handelingen in een eigen strafzaak. (...) De locusregel in formele zin veronderstelt dat het recht van de aangezochte staat voorziet in een procedure voor de verlening van rechtshulp. Daarmee houdt die staat er rekening mee dat het hier gaat om een procedure met buitenlandse aspecten, die afwijkt van de gewone procedure en een aparte regeling behoeft.' Bovengenoemde verdragsverwijzingen gaan veelal uit van een locusregel in formele zin. Dit betekent dat in die regeling dus (ook) verwezen kan worden naar het recht van de verzoekende staat. Een uitzondering lijkt te zijn art. 24, eerste lid van het Benelux rechtshulpverdrag van 1962 (*Trb.* 1962, 97).

56 Een voorstander is S.K. de Groot, *Internationale bewijsvergaring in strafzaken. Nederland, Engeland & Wales*, Deventer: Gouda Quint 2000. G.A.M. Strijards heeft zich in de bespreking van haar boek zeer kritisch uitgelaten over haar voorstellen rekening te houden met vreemd recht. *Trema* 2000, p. 430-433, m.n. p. 432-433. Kritisch ten aanzien van deze propaganda is ook H.G. van der Wilt, 'Onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal en internationale rechtshulp in strafzaken: een impressie van de Amerikaanse rechtspraak', *D&D* 2000, p. 169-194, m.n. p. 191-192. Hij verwijst met name naar het klassieke contra-argument dat men overheidsfunctionarissen die op eigen grondgebied bevoegdheden uitoefenen niet zomaar mag onderwerpen aan vreemd recht. Hij maakt dan ook onderscheid tussen het optreden van de opsporingsambtenaren van de 'aangezochte' staat en de eigen opsporingsambtenaren of van gemeenschappelijke opsporingsteams (Joint venture-doctrine). Tegenwoordig zijn bij het verrichten van rechtshulphandelingen steeds vaker opsporingsambtenaren van de verzoekende staat aanwezig die ook steeds meer bij die handelingen een actieve rol vervullen. Dat kan een verschuiving in denken op dit terrein verklaren. In de Verenigde Staten bestaat bijvoorbeeld de mogelijkheid dat de verzoeker het getuigenverhoor zelf uitvoert. Met vrijwillige medewerking van de getuige of met toestemming van de rechter kan dat gebeuren volgens het recht van de berechtende staat. Zie A.H. Klip, *Buitenlandse getuigen in strafzaken*, a.w., p. 238 en p. 248. Zie omtrent de verschuiving van 'locus regit actum' naar 'forum regit actum', ook G. Vermeulen, *Wederzijdse rechtshulp in strafzaken in de Europese Unie: naar een volwaardige eigen rechtshulppruimte voor de Lid-Staten?*, a.w., p. 132-148 en B. De Smet, *Internationale samenwerking in strafzaken tussen Angelsaksische en continentale landen*, a.w., p. 149 e.v.

daar tenminste niet tegen verzetten. Op deze wijze wordt de bruikbaarheid in de verzoekende staat (processtaat) van de resultaten van de wederzijdse rechtshulp verhoogd. Bovendien kan de inachtneming van formaliteiten en procedures van de verzoekende staat bewerkstelligen dat de verdachte de proceswaarborgen die hij bij een zuiver interne procedure zou genieten, niet verloren ziet gaan.⁵⁷ Hij loopt minder risico tussen 'de wal en het schip' te vallen.⁵⁸

Voorbeelden van bepalingen die de aangezochte staat voorschrijven bij de uitvoering van rechtshulpverzoeken zoveel mogelijk gevolg te geven aan formaliteiten en procedures die in het verzoek zijn aangegeven zijn art. 4, eerste lid van de Overeenkomst van de Europese Unie betreffende wederzijdse rechtshulp in strafzaken en art. 1 van het ontwerp-Tweede Aanvullend Protocol bij het Europees Rechtshulpverdrag.⁵⁹ Hoewel uit verschillende bepalingen van de Overeenkomst van de Europese Unie valt af te leiden dat de regel 'locus regit actum' nog steeds uitgangspunt is in het verdrag, kent het dus, net als het ontwerp-

- 57 Juist met het oog daarop werd een dergelijke regeling eveneens voorgesteld door de Commissie Swart in het rapport *Individu en internationale rechtshulp in strafzaken*, 's-Gravenhage 1993. Zie p. 23 en bijlage 4. In de toelichting op art. 1 van het hieronder nog te noemen ontwerp-Tweede Aanvullend Protocol bij het Europees Rechtshulpverdrag wordt in dit verband opgemerkt: 'The underlying philosophy of mutual assistance is that the requestet State carries out action on behalf of the requesting State, for purposes relating only to proceedings pending in the latter: "in its place". ... Presently, the need is recognised by all to open new frontiers to judicial co-operation. The first such new frontier consists in coming back to basics and executing what is requested, as opposed to tentatively executing equivalent actions.'
- 58 Zie omtrent de problematiek van het verrichten van handelingen in verschillende rechtssystemen A.M.M. Orie, 'De verdachte tussen wal en schip of de systeembreuk in de kleine rechtshulp', in: *Bij deze stand van zaken*, opstellen aangeboden aan A.L. Melai, Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 351-363.
- 59 Zie voor andere minder ver strekkende voorbeelden, G. Vermeulen, *Wederzijdse rechtshulp in strafzaken in de Europese Unie: naar een volwaardige eigen rechtshulpruimte voor de Lid-Staten?*, a.w., p. 135 e.v. Uit deze voorbeelden, waaronder bepalingen in de Draft International Criminal Code, Het VN-Sluikhandelverdrag, Het VN-modelverdrag inzake wederzijdse rechtshulp in strafzaken en de Witwasovereenkomst van de Raad van Europa, blijkt de tendens om *naast* de *lex loci eveneens* rekening te houden met de procedure-eisen van de verzoekende staat. Deze bepalingen gaan nog niet zover dat zij de inachtneming van procedures aangegeven door de verzoekende staat als regel voorop stellen. Vervolgens verwijst Vermeulen er naar dat op het niveau van de G8 in 1996 formeel wel als principe werd aanvaard dat in het kader van de wederzijdse rechtshulp bewijs zou moeten worden verzameld op de wijze aangegeven door de verzoekende staat. Enkel wanneer de verlangde procedures in strijd zouden zijn met de fundamentele rechtsbeginselen van de aangezochte staat, zou die verplichting niet meer gelden (aanbeveling 4.d.). Van der Wilt, 'Onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal en internationale rechtshulp in strafzaken: een impressie van de Amerikaanse rechtspraktijk', a.w., p. 192, verwijst in dit verband naar art. 7, tweede lid van het Multi Lateral Assistance Treatie tussen de Verenigde Staten en Canada: 'A request shall be executed in accordance with the law of the Requested State and, to the extent not prohibited by the law of the Requested State in accordance with the directions stated in the request'. Zie voor voorbeelden waaruit blijkt dat het beginsel 'forum-regit actum' aan terrein wint ook B. De Smet, *Internationale samenwerking in strafzaken tussen Angelsaksische en continentale landen*, a.w., p. 149 e.v.

Tweede Aanvullend Protocol bij het Europees Rechtshulpverdrag, grote betekenis toe aan de procedure-eisen van de verzoekende staat in die zin dat het de inachtneming van procedures aangegeven door de verzoekende staat als regel voorop stelt. Strijdigheid met de nationale wetgeving (of de praktijk) in het algemeen van de aangezochte staat kan een afwijzing van die inachtneming niet dragen. Een uitwerking van de regel 'forum regit actum' is ook te vinden in art. 10 van de hiervoor genoemde Overeenkomst van de Europese Unie betreffende wederzijdse rechtshulp en art. 4 van het ontwerp-Tweede Aanvullend Protocol bij het Europees Rechtshulpverdrag, welke bepalingen handelen over het verhoor per videoconferentie.

5 Geldend recht

5.1 Rechtsbronnen/wettelijke regeling

In de voorgaande paragrafen is aandacht besteed aan de internationale samenwerking in strafzaken, de ontwikkelingen dienaangaande met name binnen Europa en de verhouding tot de (nationale) straffvordering. Alvorens in te gaan op de betekenis van deze ontwikkelingen voor de voorstellen omtrent systematische uitgangspunten voor een nieuwe regeling van straffvordering, met name waar het de normering en inrichting van het vooronderzoek betreft, zal eerst globaal worden aangeduid wat de rechtsbronnen zijn en op welke wijze aan het rechtshulprecht in de wettelijke regeling vorm is gegeven.

Niettegenstaande het feit dat rechtshulpverlening mogelijk is buiten verdrag, is het verdrag toch een van de belangrijkste rechtsbronnen op dit terrein. Nederland behoort tot de landen met het meest complete netwerk van verdragen inzake internationale samenwerking in strafzaken. Deze zijn vooral totstandgekomen in het kader van de Raad van Europa, de Europese Unie (waartoe tegenwoordig ook de Schengen Uitvoeringsovereenkomst wordt gerekend) en de Benelux. Daarbuiten heeft Nederland verschillende bilaterale verdragsrelaties en verder kan worden gedacht aan de verdragen gesloten in het kader van de Verenigde Naties.⁶⁰ Het bestaande netwerk van verdragen voorziet in samenwerking terzake van alle aspecten waarbij buitenlandse assistentie nodig is. Zowel de verdachte, het bewijs, inlichtingen, zelfs de strafzaak, het vonnis en het wederrechtelijk verkregen voordeel kunnen zich bevinden in een ander land dan waar de justitie ze nodig heeft. Door middel van respectievelijk uitlevering, kleine of wederzijdse rechtshulp (waartoe in dit onderzoek dus zowel de justitiële als de politie worden gerekend),

60 Zie voor een uitvoerig overzicht J. Koers, *Nederland als verzoekende Staat bij de wederzijdse rechtshulp in strafzaken* (diss. Tilburg), 2001.

overdracht van strafvervolging, overdracht van strafexecutie en confiscatie kan hierop worden samengewerkt.

Het Wetboek van Strafvordering bevat van oudsher regels die er toe dienen het nationale strafrecht te handhaven.⁶¹ Lange tijd verwees het niet naar buitenlandse strafzaken en evenmin naar het optreden van personen in dienst van een vreemde staat of van een volkenrechtelijke organisatie. Pas naar aanleiding van de totstandkoming van het Europees Verdrag aangaande de wederzijdse rechtshulp in strafzaken van 20 april 1959 (*Trb.* 1965, 10) en het Beneluxverdrag aangaande de uitlevering en rechtshulp in strafzaken van 27 juni 1962 (*Trb.* 1962, 97) zijn de eerste rechtshulpbepalingen in het wetboek opgenomen en wel in Titel X van het vierde boek. Deze rechtshulpbepalingen zijn van klassieke aard in die zin dat zij betrekking hebben op verzoeken om rechtshulp door de autoriteiten van een vreemde staat in het kader van een strafzaak. Het was met name deze Titel die eerder de vraag heeft oproepen naar de verhouding tussen strafvordering en rechtshulp.⁶²

De eerste afdeling omvat algemene bepalingen betreffende de rechtshulpverlening door Nederlandse functionarissen van justitie en/of politie op verzoek van buitenlandse autoriteiten ten behoeve van een in hun staat aanhangige strafzaak. Hier wordt dus de 'kleine' of wederzijdse rechtshulp geregeld.⁶³ Voor de uitvoering verwijzen de betreffende bepalingen naar de regels van strafvordering.⁶⁴ Het is met name de justitiële variant van de kleine rechtshulp die is voorzien in deze afdeling. De regeling van politiesamenwerking is slechts deels in deze afdeling vervat en heeft aanvullend vorm gekregen in de Wet en het Besluit Politiregisters. De tweede afdeling betreft een bijzondere vorm van (kleine) rechtshulp voortvloeiend uit het verdrag inzake strafbare feiten en bepaalde handelingen begaan aan boord van luchtvaartuigen (Verdrag van Tokio; *Trb.* 1964, 115). De derde afdeling heeft betrekking op de overdracht en overname van strafvervolging, een vorm van primaire rechtshulp (zie par. 3) en is pas later aan deze Titel toegevoegd. De overige vormen van strafrechtelijke samenwerking zijn ondergebracht in bijzondere wetten en besluiten waaronder bijvoorbeeld de Uitleveringswet, de Wet overdracht

61 De nieuwe definities in de art. 126gg en 132a Sv betreffende het verkennend onderzoek en het opsporingsonderzoek lijken ook nog uitsluitend te zijn gericht op de situatie dat Nederland rechtsmacht heeft. Het doel van deze onderzoeken is immers het nemen van strafvorderlijke beslissingen, danwel de voorbereiding daarvan.

62 Onder andere bij J.M. Reijntjes, *Boef of burger* (oratie Heerlen), Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 4-5.

63 De administratieve bijstand wordt naar huidig recht onderscheiden van de strafrechtelijke rechtshulp (zie hieromtrent par. 3 en de daar aangehaalde literatuur) en is in bijzondere wetten geregeld, bijvoorbeeld in de Wet op de internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen (WIB: *Stb.* 1986, 249, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 26 juni 1996, *Stb.* 1996, 361).

64 Zie de art. 552o, 552oa, 552p, 552q, 552r en 552ff Sv.

tenuitvoerlegging strafvonnissen en het al genoemde Besluit Politieregisters. Van belang zijn ook de richtlijnen waaronder de Richtlijn wederzijdse rechtshulp voor de politieke rechtshulp en de Richtlijn voor het openbaar ministerie inzake overdracht van strafvervolgning. Voor de inrichting van het vooronderzoek zijn de Uitleveringswet en de Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen minder interessant.

Het huidige Wetboek van Strafvordering geeft naast Titel X ook op andere onderdelen blijk van samenwerking in strafzaken. Zo zijn er de bepalingen die samenhangen met het grensoverschrijdende optreden van personen in openbare dienst van een vreemde staat. Bijvoorbeeld art. 54, vierde lid, Sv. Daarin is bepaald dat een bevoegdheid tot aanhouding buiten het geval van ontdekking op heterdaad toekomt aan een persoon in de openbare dienst van een vreemde staat die op door het volkenrecht toegelaten wijze grensoverschrijdend het achtervolgingsrecht in Nederland uitoefent, onder de verplichting ten aanzien van de aangehoudene te handelen als in het derde lid omschreven. Deze bepaling werd met de ratificatie van de Schengen Uitvoeringsovereenkomst aan het wetboek toegevoegd.⁶⁵ Naar personen in openbare dienst van een vreemde staat wordt ook verwezen in Titel IVa van het Eerste boek betreffende de bijzondere bevoegdheden tot opsporing.⁶⁶ Het gaat daarbij om de art. 126g, negende lid, 126h, vierde lid, 126i, vierde lid, 126j, vierde lid, 126o, zesde lid, 126p, vierde lid, 126q, vierde lid en 126qa, vierde lid. Deze bepalingen, waarmee op nationaal niveau uitvoering is gegeven aan de tendens van de laatste jaren om al in de proactieve fase samen te werken, voorzien

65 Zie de wet van 24 februari 1993, *Stb.* 1993, 141 en de MvT bij de uitvoeringswet *Kamerstukken II 1991/92*, 22 142, nr. 3, p. 4-5. Bij dezelfde wet is aan het Wetboek van Strafrecht art. 185a toegevoegd waarin staat: 'Met ambtenaren worden ten aanzien van de artikelen 179 tot en met 182, 184 en 185 gelijkgesteld personen in de openbare dienst van een vreemde staat of van een volkenrechtelijke organisatie die in Nederland op door het volkenrecht toegelaten wijze hun bediening uitoefenen'. Deze bepaling moet bescherming bieden aan deze buitenlandse opsporingsambtenaren. Zie de MvT bij de uitvoeringswet *Kamerstukken II 1991/92*, 22 142, nr. 3, p. 10-11. In de jaren zestig vond de regering een aanpassing van het Wetboek van Strafvordering (en Strafrecht) met betrekking tot het grensoverschrijdend optreden, overeengekomen in het Beneluxverdrag aangaande de Uitlevering en Rechtshulp in strafzaken en de Overeenkomst inzake de Administratieve en Strafrechtelijke Samenwerking op het gebied van de regeling die verband houden met de verzevenlijking van de doelstellingen van de Benelux Economische Unie niet nodig omdat de betreffende verdragsbepalingen rechtstreekse werking zouden hebben en geen nadere uitwerking in de nationale wetgeving behoeft. Zie *Kamerstukken II 1964/65*, 8054, nr. 5, p. 22. In het algemeen bestaat er een terughoudendheid om aan rechtshulpverdragen een rechtstreekse werking tegenover de burger toe te kennen. In zijn conclusie bij HR 19 januari 1998, *NJ 1998*, 724 verwijst A-G Langemeijer naar de discussie daaromtrent.

66 Deze Titel is in de wet gekomen naar aanleiding van de Wet tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met de regeling van enige bijzondere bevoegdheden tot opsporing en wijziging van enige andere bepalingen van 7 mei 1999, *Stb.* 1999, 245. Deze wet, ook wel de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden genoemd, is op 1 februari 2000 in werking getreden.

er in dat buitenlandse opsporingsambtenaren op Nederlandse bodem observeren, infiltreren, als undercover optreden of stelselmatig informatie inwinnen.⁶⁷ In tegenstelling tot het bepaalde in art. 54, vierde lid, Sv gaan deze bepalingen uit van grensoverschrijdend optreden door buitenlandse opsporingsambtenaren in een Nederlandse strafzaak.⁶⁸ In zoverre is er dus geen sprake van rechtshulpverlening door Nederland, hooguit van rechtshulpverlening aan Nederland. Vindt het grensoverschrijdend optreden plaats ten behoeve van een buitenlandse strafzaak, hetgeen blijkt uit de rechtshulpbepalingen uit Titel X tot de mogelijkheden behoort en ook het geval lijkt te zijn in art. 54, vierde lid, Sv, dan is er wel sprake van rechtshulpverlening door Nederland en wel van rechtshulpverlening in meer passieve zin.⁶⁹

De uitoefening van strafvorderlijke bevoegdheden door Nederlandse opsporingsambtenaren buiten de landsgrenzen ('het rechtsgebied') is ook geregeld in het Wetboek van Strafvordering en wel in art. 539a. Geschiedt dit optreden ten behoeve van een Nederlandse strafzaak, wat het uitgangspunt lijkt te zijn in de betreffende bepaling, dan is er sprake van extraterritoriale strafvordering, hetgeen alleen is toegelaten met toestemming van die staat (zie par. 2.3).

Samenvattend kan men vaststellen dat, met uitzondering van art. 54, vierde lid Sv, de hierboven genoemde bepalingen betreffende het grensoverschrijdend optreden van ambtenaren zowel in Nederlandse als in vreemde dienst, in eerste instantie een regeling bieden in het kader van de nationale strafrechtshandhaving.⁷⁰ De bepalingen gaan uit van grensoverschrijdend optreden in het kader van een Nederlandse strafzaak. In zoverre is er geen sprake van rechtshulpverlening door Nederland in de klassieke zin, doch van rechtshulpverlening aan Nederland, hetzij in actieve zin (handelingen die de buitenlandse opsporingsambtenaren verrichten ten behoeve van de Nederlandse strafzaak) hetzij in passieve zin (voorzover het

67 In het Besluit van 15 december 1999, houdende regels ter uitvoering van de artikelen 126g, negende lid, 126h, vierde lid, 126i, vierde lid, 126j, vierde lid, 126o, zesde lid, 126p, vierde lid, 126q, vierde lid, en 126qa, vierde lid, van het Wetboek van Strafvordering (Samenwerkingsbesluit bijzondere opsporingsbevoegdheden) *Stb.* 1999, 549 is een nadere regeling gegeven omtrent de inzet van deze buitenlandse opsporingsambtenaren en de voorwaarden waaraan zij moeten voldoen.

68 In de memorie van toelichting bij die wet (*Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 72-72) wordt opgemerkt dat de bevelen van de officier van justitie aan personen in openbare dienst van een vreemde staat geschieden in het kader van de eigen strafvordering. Zij kunnen ook worden gegeven in het kader van rechtshulpverlening, maar dan door tussenkomst van de rechtshulpbepalingen.

69 Zie hieromtrent par. 2.4.

70 Zie hieromtrent Y.G.M. Baaijens-van Geloven, 'Bespiegelingen over de internationale samenwerking en het nationale straf(proces)recht', in: G.J.M. Corstens & M.S. Groenhuijsen (red.), *Rede en Recht*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 343-361, m.n. p. 356-358. De regelingen zijn in overwegende mate overigens wel een gevolg van internationale samenwerking en geven daarvan impliciet ook blijk.

buitenland toestaat dat Nederlandse opsporingsambtenaren ter plaatse optreden ten behoeve van de eigen strafvordering). Vindt het grensoverschrijdend optreden van de buitenlandse opsporingsambtenaren plaats ten behoeve van een buitenlandse strafzaak, hetgeen blijkens de rechtshulpbepalingen uit Titel X tot de mogelijkheden behoort, dan is er van Nederlandse zijde sprake van rechtshulpverlening en wel in passieve zin; gaat het om het optreden van Nederlandse ambtenaren over de grens in een buitenlandse zaak, dan is er sprake van actieve rechtshulpverlening van Nederlandse zijde ten behoeve van de buitenlandse strafvordering. Is nog niet duidelijk ten behoeve van welke rechtsorde wordt opgetreden omdat de strafzaak zich nog niet voldoende laat specificeren en de verantwoordelijkheden gezamenlijk worden gedragen, dan moet men ervan uitgaan dat de betrokken autoriteiten in beginsel handelen (mede) ten behoeve van de handhaving van de eigen rechtsorde.

5.2 *Internationale opsporing*

In zijn noot onder HR 18 mei 1999, *NJ* 2000, 107 merkt T.M. Schalken op dat door de ontwikkelingen op het terrein van de politieke en justitiële samenwerking, met name binnen de Europese Unie, de klassieke rechtshulp - gericht op een verzoek van de ene staat aan de andere staat om specifieke rechtshandelingen te verrichten - steeds meer overgaat in internationale opsporing waarvoor het klassieke rechtshulprecht niet altijd een voldoende kader biedt. Wat echter onder internationale opsporing moet worden verstaan en of het een eigen karakter heeft ten opzichte van de klassieke rechtshulp, daarover bestaat in de literatuur geen duidelijkheid. Soms wordt met betrekking tot internationale opsporing gewezen op de intensiviteit van samenwerking tussen politie en justitie van de betrokken staten. Deze intensieve samenwerking kan bestaan uit een mengvorm van extraterritoriale strafvordering en kleine rechtshulp. Er worden gezamenlijk opsporingsactiviteiten verricht ten behoeve van een bepaalde strafzaak. Het kenmerkende van internationale opsporing kan ook worden gezocht in het feit dat niet goed is te onderscheiden wie in een bepaald geval de verzoekende staat is en wie de aangezochte. Daarbij speelt de fase waarin wordt samengewerkt een belangrijke rol. Bij samenwerking in de proactieve fase laat de strafzaak zich vaak onvoldoende specificeren en worden de verantwoordelijkheden veelal gezamenlijk gedragen. Van internationale opsporing wordt verder wel gesproken in samenhang met verticale rechtshulpvormen, waarbij men moet denken aan de rechtshulp die aan internationale strafhoven wordt gegeven en aan de varianten van verticale rechtshulp die binnen de Europese Unie zijn voorgesteld (*Corpus Juris*).

Bij de klassieke rechtshulp vormen het verzoek en het feit dat het wordt gedaan ten behoeve van een (bepaalde) strafzaak twee belangrijke kenmerken. Bezien wij de ontwikkelingen van de laatste jaren op het terrein van de strafrecht-

lijke samenwerking, dan zijn het vooral deze twee kenmerken die steeds minder apert aanwezig zijn. Het verzoek is niet meer de exclusieve basis voor het verlenen van kleine of wederzijdse rechtshulp. Steeds vaker is sprake van spontane rechtshulp en automatische rechtshulp (zie par. 3). Ook de vroegtijdige samenwerking als gevolg van de opkomst van delicten als voorbereidingshandelingen en witwassen van criminele gelden enerzijds en het toelaten van proactieve handelingen anderzijds, verdringen - net als de samenwerking in gemeenschappelijke onderzoekteams - het klassieke verzoek in de concrete strafzaak. Niet zelden moeten het strafbare feit en de plaats waar de vervolging zal gaan plaatsvinden, nog worden vastgesteld. Deze wijze van samenwerking kan er zelfs toe leiden dat de toepassing van eventuele weigeringsgronden achterwege blijft.⁷¹

De geschetste veranderingen kan men duiden als een verschuiving van 'klassieke rechtshulpverlening' naar internationale opsporing. Wat betekent dit daadwerkelijk voor de normering en inrichting van het vooronderzoek? Moet bijvoorbeeld de normering en inrichting van het vooronderzoek van meet af aan mede zijn toegesneden op de rechtshandhaving ten behoeve van het buitenland, of en zijn er nog redenen voor een zelfstandige regeling van rechtshulpverlening?

6 Uitgangspunten

6.1 Onderscheid strafvordering - rechtshulp

In het geldend recht wordt uitgegaan van een onderscheid tussen rechtshulpverlening en het optreden ten behoeve van de nationale strafrechtshandhaving, ook wel de uitoefening van strafvordering genoemd. In de huidige ontwikkelingen zien wij geen aanleiding op dit punt van het geldende recht af te wijken. Het heeft er alle schijn van dat de opsporing en vervolging van criminaliteit in de toekomst meer vanuit internationale samenwerkingsverbanden als Europol en Eurojust aangestuurd en gecoördineerd zullen gaan worden. Op dit moment bestaat echter geen zekerheid of, en zo ja, op welke wijze die ontwikkelingen zich zullen

71 In de regeling van gemeenschappelijke teams, opgenomen in art. 13 van de Overeenkomst betreffende de wederzijdse rechtshulp in strafzaken binnen de Europese Unie, wordt daar zelfs bewust naar gestreefd. Vergelijk met name het zevende lid waarin staat dat wanneer het gemeenschappelijk team het noodzakelijk acht dat er onderzoekshandelingen plaatsvinden in een van de bij dat team betrokken lidstaten, de door die lidstaat bij dat team gedetacheerde leden hun eigen bevoegde autoriteiten kunnen vragen die handelingen te verrichten. Die handelingen worden in die lidstaat dan in overweging genomen onder de voorwaarden die van toepassing zouden zijn indien zij in het kader van een nationaal onderzoek werden gevraagd. Met andere woorden, regels van rechtshulpverlening, met name ook de eventuele weigeringsgronden, worden niet toegepast.

voortzetten.⁷² De strafrechtshandhaving is, ook binnen de Unie, nog steeds op een horizontale leest geschoeid. Van een internationale coördinatie en aansturing door Europol of het pas opgerichte Europees Justitieel Netwerk is (nog) geen sprake. Zij kunnen hooguit op nationaal niveau coördineren en optreden.⁷³ Een internationale aansturing en coördinatie lijkt - zoals gezegd - wel te liggen besloten in het Verdrag van Amsterdam en in de conclusies van Tampere. Veel hangt echter af van de invulling die de landen van de Unie bereid zijn te gaan geven aan een en ander, met name bijvoorbeeld aan het nog op te richten Eurojust.⁷⁴ Ook de haalbaarheid en de wenselijkheid van het Corpus Juris, waarin wordt uitgegaan van een Europees OM, is nog steeds betwist.⁷⁵

Rechtshulp kan weliswaar niet meer alleen worden geconceptualiseerd vanuit de filosofie van nationale soevereine staten die elkaar helpen, zolang er echter niet werkelijk sprake is van één rechtsruimte, doch er (onderzoeks)handelingen verricht (moeten) worden in verschillende rechtssystemen, is het onderscheid tussen (nationale) strafrechtshandhaving en rechtshulpverlening moeilijk weg te denken. Rechtshulp blijft een noodzakelijk instrument voor de strafrechtshandhaving, ook in het kader van de Europese integratie. De lidstaten en hun rechtsstelsels zijn en blijven de operationale werkvelden van de Europese Unie. Nationale handhavingssystemen blijven de hoekstenen, al zullen zij op bepaalde punten worden aangestuurd via supranationale voorschriften, die vervolgens in het nationale recht doorwerken of moeten worden geïmplementeerd.⁷⁶ Bovendien, de Nederlandse strafrechtspleging zal voldoende ruimte moeten bieden voor de ontwikkeling naar een Europese rechtspraktijk, maar daarbij mag niet uit het oog worden verloren dat de strafrechtelijke samenwerking niet is beperkt tot de landen binnen het Unieverband. Daarbuiten vindt eveneens samenwerking plaats en ook voor die samenwerking moet het Wetboek van Strafvordering en de rechtshulpwetgeving een kader bieden. Zelfs al zou er op Unie-niveau één uniform procesmodel ontstaan,

72 Zie Ch. Van den Wyngaert, 'Het internationale strafrecht in beweging: Op de drempel van het derde millennium', in: G.J.M. Corstens & M.S. Groenhuijsen (red.), *Rede en Recht*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 3-9.

73 Zie G. Vermeulen, *Wederzijdse rechtshulp in strafzaken in de Europese Unie: naar een volwaardige eigen rechtshulp ruimte voor de Lid-Staten?*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 1999, p. 168-171.

74 De Europol-Overeenkomst zal daarvoor moeten worden aangepast, aldus, A.H.J. Swart, 'Amsterdam-Brussel-(Luxemburg): De strafrechter en de derde pijler', in: *Amsterdam, Brussel, Luxemburg, Straatsburg*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, (De Prinsen-Gracht Reeks), 1999, p. 30-39, m.n. p. 34.

75 Recent nog door C.J.C.F. Fijnaut, 'De strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap tegen fraude. Een pleidooi voor een realistische benadering', *D&D*, 2000, p. 972-988.

76 In dezelfde zin A.H. Klip & J.A.E. Vervaele, *Administratieve en Strafrechtelijke Samenwerking tussen Justitiële en Bestuurlijke Instanties van de verschillende EU-Lidstaten inzake Fraudebestrijding*, WODC, vermoedelijke verschijningsdatum voorjaar 2001.

dan nog blijven het strafforderlijk territorialiteitsbeginsel en de bestaande rechtshulpmodaliteiten met name in relatie tot de staten buiten de Unie actueel. In het onderhavige onderzoek moet daarmee rekening worden gehouden.

Het onderscheid tussen straffordering in de zin van (nationale) strafrechtshandhaving en rechtshulpverlening blijft dus actueel.⁷⁷ Het feit dat er steeds meer en vaak ook in een vroeger stadium wordt samengewerkt en het, zeker in een proactieve fase van onderzoek, niet altijd meteen duidelijk is waar de zaak voor de rechter zal worden gebracht, maakt dit onderscheid niet overbodig of achterhaald.⁷⁸ In de kern genomen gaat het nog steeds om het doel van optreden, strafrechtshandhaving of rechtshulpverlening. In dat doel moet de grondslag en legitimatie van handelen worden gezocht. Opsporing ten behoeve van het buitenland is een aparte taak die in belangrijke mate mede wordt genormeerd en gelegitimeerd door het internationale rechtshulprecht. Het feit dat de rechtshulpprocedure te karakteriseren is als voornamelijk strafforderlijk van aard, doet daaraan niets af.⁷⁹ Vandaar dus dat wij in het onderzoek naar de inrichting en normering van het vooronderzoek het onderscheid tussen straffordering en rechtshulpverlening als systematisch uitgangspunt blijven handhaven. Regels van straffordering kunnen worden toegepast in het kader van rechtshulpverlening. Het verdient uit oogpunt van eenvoud en inzichtelijkheid zelfs de voorkeur dat de voorhanden zijnde handhavingsbevoegdheden in het nationale recht parallel lopen met de handhavingsbevoegdheden die kunnen worden ingezet voor het uitvoeren van verzoeken om rechtshulp.⁸⁰ Toch blijft rechtshulpverlening aan een vreemde staat te onderscheiden van de uitoefening van bevoegdheden in het kader van een eigen strafrechtelijk onderzoek, waaronder ook valt de opsporing in het kader van het nemen van strafforderlijke beslissingen (art. 132a) of de voorbereiding daarvan (art. 126g).

77 Met nationale strafrechtshandhaving wordt uiteraard niet bedoeld dat het feit op Nederlands grondgebied gepleegd moet zijn. Belangrijk is dat Nederland rechtsmacht heeft en dat in dat kader wordt opgetreden. Het kan daarbij best gaan om buitenlandse daders of feiten die buiten Nederland zijn gepleegd (zie par. 2.1 en 2.2).

78 Wanneer aanvankelijk niet duidelijk is in welk land de berechting zal plaatsvinden, kan zich het probleem van dubbele of alternatieve doelstelling en normering voordoen. Wij hanteren overigens het uitgangspunt dat zolang onhelder is ten behoeve van welke jurisdictie wordt opgetreden omdat de straffzaak zich nog onvoldoende laat specificeren, de verantwoordelijkheden gezamenlijk worden gedragen en iedere autoriteit in beginsel (mede) handelt ten behoeve van de rechtshandhaving in het eigen land. Wanneer gaandeweg het onderzoek duidelijk wordt dat de zaak beter elders kan worden afgedaan, moet het optreden (verder) worden aangemerkt als rechtshulpverlening. De overlegprocedure geregeld in het Europees verdrag betreffende de overdracht van strafvervolgving van 1972 (art. 30-34) kan hierbij als voorbeeld dienen. Zie ook het VN-modelverdrag betreffende de overdracht van strafvervolgving van 1990 (art. 13).

79 In dezelfde zin C.P.M. Cleiren, in: Melai, *Wetboek van Strafvordering*, art. 1, aant. 14.

80 In dezelfde zin A.H. Klip en J.A.E. Vervaele, *Administratieve en Strafrechtelijke Samenwerking tussen Justitiële en Bestuurlijke Instanties van de verschillende EU-Lidstaten inzake Fraudebestrijding*, a.w.

Bij het verrichten van rechtshulphandelingen wordt in meer of mindere mate rekening gehouden met vreemd recht. Aan rechtshulpverlening zijn bovendien vaak voorwaarden verbonden. Er is weliswaar een tendens waarneembaar dat met name de voorwaarden voor de rechtshulpverlening aan betekenis afnemen nu de behoefte aan samenwerking toeneemt.⁸¹ Dit geldt echter met name binnen het gebied van de Europese Unie. Daarbuiten zijn de klassieke concepten van rechtshulpverlening vrijwel onaangetaast gebleven.

6.2 Zelfstandige regeling voor rechtshulpverlening

Met name vanwege het feit dat het rechtshulprecht - zowel materieel als processueel - voor een belangrijk gedeelte wordt beheerst door internationale verdragen, pleiten wij voor een zelfstandige rechtshulpregeling, hetzij in een afzonderlijk deel van het Wetboek van Strafvordering, hetzij in een algemene rechtshulpwet, eventueel tezamen met de andere rechtshulpmodaliteiten.⁸² In de rechtshulpwet of -regeling moeten procedures zijn uitgewerkt, waarin is aangegeven door wie, op welke wijze en onder welke voorwaarden uitvoering kan worden gegeven aan binnenkomende én uitgaande rechtshulp(verzoeken). Zoals gezegd, speelt verdragsrecht een belangrijke rol bij de vraag wie een rechtshulpverzoek kan doen en op welke wijze dat moet gebeuren. Ook de voorwaarden waaronder zijn veelal ontleend aan rechtshulpverdragen of hangen anderszins daarmee samen.⁸³

Door niet alleen binnenkomende, maar ook uitgaande verzoeken te regelen, kan meer duidelijkheid worden geschapen voor de betrokkenen. Met name bij uitgaande verzoeken is er ruimte voor verschil in inzicht omtrent de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan. De Hoge Raad gaat er van uit dat aan de voorwaarden die de Nederlandse wet stelt met betrekking tot de onderzoekshandelingen die

81 A.H. Klip en J.A.E. Vervaele bepleiten het stellen van zo weinig mogelijk voorwaarden. Zie vorige noot. Zie ook par. 4.3 onder noot 51.

82 Vanwege de verwantschap is te overwegen daarin ook een plaats in te ruimen voor handelingen van administratieve bijstand. Voorstander van een algemene rechtshulpwet is C. Van den Wyngaert, 'De Schengen-akkoorden en de internationale samenwerking', in: *Schengen en de Praktijk*, Gent: Mijs&Breesch 1992, p. 1-15, m.n. p.14. Zie ook R.C.P. Haentjens in de rubriek 'Internationaal Strafrecht' in *D&D* 1999, p. 810. Volgens hem zou een dergelijke regeling een gestructureerd kader bieden voor de veranderingen die met name afkomstig zullen zijn van het nieuwe Europese Unie-strafrecht en -strafprocesrecht. Een algemene rechtshulpwet is er in Duitsland, Zwitserland en Oostenrijk. Onlangs pleitte W. Schomburg nog eens vanuit dezelfde gedachte voor een codificatie door de Raad van Europa van het rechtshulprecht, bestaande uit een algemeen deel voor algemene vraagstukken en bijzonder deel voor de verschillende rechtshulpmodaliteiten. Zie W. Schomburg 'EUROJUST neben EUROPOL. Kooperation bei der Kooperation in Europa', *Kriminalistik* 2000, p. 13-21, m.n. p. 17.

83 Uitvoerig hieromtrent J.Koers, *Nederland als verzoekende Staat bij de wederzijdse rechtshulp in strafzaken* (diss. Tilburg), 2001.

men in het buitenland wil laten verrichten, moet zijn voldaan.⁸⁴ De betreffende arresten zijn in de literatuur echter met gemengde gevoelens ontvangen.⁸⁵ Ook in de toekomst zal men geconfronteerd worden met dergelijke vragen; bijvoorbeeld de vraag of en zo ja bij welke rechter een machtiging moet worden gevraagd ten behoeve van een rechtshulpverzoek, wanneer die machtiging naar nationaal recht noodzakelijk is voor het verrichten van de onderzoekshandeling die men wil vragen. De wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen (zie par. 1) zal op dit punt een belangrijke rol kunnen gaan spelen. In de rechtshulpregeling kan rekening worden gehouden met internationale afspraken daaromtrent.⁸⁶

De rechtshulpregeling biedt ook plaats voor de juridische inbedding van grensoverschrijdend optreden en gemeenschappelijke onderzoeksteams (zie par. 1). Met name het optreden van dergelijke teams vereist een regeling omtrent de aansturing, de controle en het toepasselijke recht.

De rechtshulpregeling kan tevens verwijzen naar de mogelijkheden voor de toepassing van vreemd recht. Het is weliswaar gebruikelijk dat de regels van het land waar de onderzoekshandelingen worden verricht worden toegepast, doch er is enige verschuiving in denken op dat punt waar te nemen. Zowel praktische overwegingen (de bruikbaarheid van de resultaten) als overwegingen van rechtsbescherming (proceswaarborgen) spelen daarbij een rol (zie par. 4.4). Naar Nederlands recht hoeft een dergelijke ontwikkeling niet per definitie te worden uitgesloten, mits de rechten van de betrokkenen maar voldoende gewaarborgd zijn en het optreden niet in strijd komt met fundamentele rechtsbeginselen (zie par. 6.3).

Tot slot kan in de rechtshulpregeling aandacht worden besteed aan de rechtspositie en rechtsbescherming van personen (verdachte, getuige, slachtoffer/benadeelde) die in een transnationale procedure verwikkeld kunnen raken.

84 HR 29 september 1987, *NJ* 1988, 302 en HR 25 juni 1996, *NJ* 1996, 715. In deze arresten ging het om de voorwaarden van huiszoeking en inbeslagneming. De huiszoeking vond plaats in het buitenland.

85 Kritiek kwam o.a. van G.A.M. Strijards, 'Het primaat van het territorialiteitsbeginsel', *D&D* 1988, p. 121-136 en R.C.P. Haentjens, 'Perikelen bij huiszoeking en inbeslagneming in het kader van kleine rechtshulp', *D&D* 1996, p. 451-461, m.n. p. 454. Anders R. Lamp, *Misdaadvermogen en het internationaal strafrecht* (diss Utrecht), Deventer 2000, p. 251-256. Zie ook de Commissie Swart in het rapport *Individu en internationale rechtshulp in strafzaken*, 's-Gravenhage 1993.

86 In samenhang met het geschetste probleem zal duidelijk moeten zijn aan welke rechter de vraag moet worden voorgelegd; die van de verzoekende staat, zoals de Hoge Raad oordeelde, of die van de aangezochte staat. A.H. Klip & J.A.E. Vervaele, *Administratieve en Strafrechtelijke Samenwerking tussen Justitiële en Bestuurlijke Instanties van de verschillende EU-Lidstaten inzake Fraudebestrijding*, lijken in hun voorstellen te kiezen voor de rechter van de aangezochte staat. Er zijn echter, zoals blijkt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad, ook argumenten om te kiezen voor de rechter van de verzoekende staat.

6.3 *Inrichting en normering van het vooronderzoek. Reikwijdte van de bepalingen van straffvordering*

De inrichting en normering van de opsporingstaak wordt in eerste instantie toegesneden op de nationale strafrechtshandhaving. Hetzelfde geldt voor de inrichting van het vooronderzoek. Dit komt naar onze mening de helderheid en consistentie van de wettelijke regeling ten goede. Hiermee is overigens niet uitgesloten dat het nationale handhavingssysteem op punten zal worden aangestuurd via internationale afspraken of supranationale voorschriften die vervolgens in het nationale recht doorwerken of moeten worden geïmplementeerd. Zo zal met name ook de juridische inbedding moeten plaatsvinden van gemeenschappelijke onderzoeksteams. Voor een deel zal deze inbedding geschieden in het rechtshulprecht, maar ook het Wetboek van Strafvordering zal een basis moeten bieden voor het optreden van vreemde autoriteiten, al dan niet in teamverband.

Het huidige Wetboek van Strafvordering houdt al enige decennia rekening met grensoverschrijdend optreden door de eigen autoriteiten. In art. 539a Sv staat dat de bevoegdheden, bij enige wetsbepaling toegekend in verband met de opsporing van strafbare feiten of in verband met het onderzoek daarnaar, buiten het 'rechtsgebied van de rechtbank', waarmee ook wordt bedoeld buiten het territoir, kunnen worden uitgeoefend, voorzover het volkenrecht en het interregionale recht dit toelaten. Met het in werking treden van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden houdt het Wetboek van Strafvordering systematisch gezien ook rekening met het optreden van vreemde autoriteiten.⁸⁷ Eerder deed het dit met de verwijzing naar personen in openbare dienst van een vreemde staat in art. 54, vierde lid Sv (zie par. 5.1). Tot op zekere hoogte biedt het Wetboek van Strafvordering dus een basis voor de samenwerking tussen nationale opsporingsdiensten. Naar onze mening zal deze basis in de toekomst nog moeten worden uitgebreid. Zo zouden bijvoorbeeld meer algemene bepalingen in het Wetboek van Strafvordering kunnen worden opgenomen waaruit blijkt dat, onder bepaalde voorwaarden, buitenlandse opsporingsambtenaren of leden van Europol danwel andere personen in openbare dienst van een vreemde staat of van een volkenrechtelijke organisatie

87 Een apart probleem met betrekking tot deze bepalingen betreft de vraag in hoeverre bij de beoordeling of er bijvoorbeeld sprake is van een infiltrant of van een pseudokoper, feiten en omstandigheden over de grens een rol mogen of moeten spelen. Deze vraag kan worden ondergebracht bij de meer algemene vraag naar het bestaan van verantwoordelijkheid voor hetgeen over de grens gebeurt en in hoeverre dat getoetst kan of moet worden en aan de hand van welke regels. Zie in dat verband bijvoorbeeld HR 8 februari 2000, *NJ* 2000, 538 m.nt. Sch.; en meer in het algemeen HR 18 mei 1999, *NJ* 2000, 107 m.nt. Sch. en HR 16 november 1999, *NJ* 2000, 214 m.nt. JR. Deze materie verdient bij de huidige intensiteit van samenwerking zeker aandacht en zal in het vierde onderzoeksjaar nader aan de orde komen.

in Nederland kunnen optreden. In die bepalingen moeten ook de gezagsrelaties in verband met de aansturing en de verslagleggingsplicht goed geregeld worden.

Opnieuw: de reikwijdte van de bepalingen van straffvordering

Een belangrijk vraagstuk bij grensoverschrijdend optreden betreft het toepasselijke recht. Eerder is dit ter sprake gebracht in de par. 2.4 en 4.4. Daar is gewezen op het feit dat rechtsmachtbeginselen voor de uitoefening van straffvorderlijke bevoegdheden onbekend zijn en dat het straffvorderlijk territorialiteitsbeginsel inhoudt dat bij extraterritoriale straffvordering een (uitdrukkelijke) volkenrechtelijke rechtvaardiging is vereist, maar dat het niets zegt over het beginsel dat geldt als die rechtvaardiging (veelal toestemming) is verkregen.

Naar onze mening wordt de reikwijdte van straffvordering in eerste instantie bepaald door de aard en betekenis die aan straffvordering zijn toe te kennen. In par. 2 is gewezen op het feit dat met straffvordering de realisatie van materieel strafrecht wordt beoogd. Het strafprocesrecht geeft aan hoe en door wie wordt onderzocht of een strafbaar feit is begaan en door wie en naar welke maatstaven daarover wordt beslist. Heeft Nederland geen rechtsmacht in de zin van de art. 2-7 Sr, dan is in beginsel - de wetgever kan anders bepalen hetgeen blijkt uit de rechtshulpbepalingen in Titel X - het Nederlandse strafprocesrecht niet van toepassing. Omgekeerd kan hieruit worden afgeleid dat in het geval de Nederlandse strafwet wel van toepassing is, in beginsel ook de bepalingen uit het Wetboek van Strafvordering van toepassing zijn. Het mag zo zijn dat de 'penal enforcement power' in verband met de soevereiniteit van staten territoriaal is gebonden. Dit betekent echter niet meer dan dat de 'uitoefening' van straffvordering, de 'feitelijke' rechtshandhaving, territoriaal is gebonden. Met andere woorden, wanneer er sprake is van een Nederlandse strafzaak, ook al is het feit buiten Nederland gepleegd, zijn naar Nederlands recht in beginsel de regels van het Nederlandse strafprocesrecht daarop van toepassing. Slechts de feitelijke uitoefening roept problemen op. Wanneer extraterritoriaal optreden noodzakelijk is, is toestemming of hulp nodig van de staat op wiens grondgebied moet worden opgetreden en de betreffende staat kan aan die toestemming en hulp allerlei voorwaarden verbinden die weer van invloed kunnen zijn op de toe te passen rechtsregels. Zo kunnen staten afspreken dat personen in dienst van een vreemde staat zich hebben te richten naar de regels van het gastland.⁸⁸ Vaak gebeurt dit ook (zie par. 2.4). Het is echter niet zo dat

88 Uitdrukkelijk in deze zin bijvoorbeeld het Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en het Koninkrijk België inzake grensoverschrijdend politieoptreden ter handhaving van de openbare orde en veiligheid tijdens het Europees Kampioenschapvoetbal voor landenteams in het jaar 2000 (*Trb.* 1999, 87). Zie ook art. 13, derde lid (voorwaarden optreden gemeenschappelijke onderzoeksteams) van de in het kader van de Europese Unie gesloten Overeenkomst betreffende de wederzijdse rechtshulp in strafzaken. Zie eveneens het Samenwerkingsbesluit bijzondere opsporingsbevoegdheden van 15 december 1999, *Sib.* 1999,

bij grensoverschrijding automatisch de toepasbaarheid van de eigen regels ophoudt en alleen het strafprocesrecht van de staat waar opgetreden wordt nog van toepassing is.⁸⁹ Een dergelijke vergaande vorm van territoriale beperking volgt niet noodwendig uit de hierboven aangehaalde Lotuszaak⁹⁰ Vooralsnog gaan wij er daarom van uit dat in het geval Nederland rechtsmacht heeft en het optreden in verband met die rechtsmachtuitoefening plaats heeft, de Nederlandse bepalingen van strafvordering *in beginsel* van toepassing zijn; ook wanneer dit optreden buiten Nederland plaatsvindt.⁹¹

Vindt het Nederlandse optreden plaats in het kader van rechtshulpverlening, dan kan voor de uitvoering daarvan eveneens aansluiting worden gezocht bij het nationale strafprocesrecht, doch er is geen dwingende reden om de regels van het Nederlandse strafprocesrecht onder alle omstandigheden toe te passen. In dat geval kan ook aan formaliteiten en procedurevoorschriften van de verzoekende staat tegemoet worden gekomen (zie par. 6.2), mits deze regels maar niet in strijd zijn met nationale fundamentele rechtsbeginselen of met verdragsrechtelijk gewaarborgde mensenrechten, waartoe overigens ook behoort het legaliteitsbeginsel.⁹² Of en zo ja de mate waarin dit in de toekomst zal gaan gebeuren, is mede afhankelijk

549.

- 89 Denk bijvoorbeeld aan de verschillende toetsingsmodellen van bewijsmateriaal dat in het buitenland verzameld is. Zie J. Koers, *Nederland als verzoekende staat bij de wederzijdse rechtshulp in strafzaken* (diss. Tilburg), 2001; zie ook par. 4.4.
- 90 Strijards lijkt een andere mening te zijn toegedaan: G.A.M. Strijards, 'Het primaat van het territorialiteitsbeginsel', *D&D* 1988, p. 121-136, m.n. p. 133. Zie ook G.A.M. Strijards, 'Boekbespreking van S.K. de Groot, "Internationale bewijsvergaring in strafzaken, Nederland, Engeland & Wales"', *Trema* 2000, p. 430-433.
- 91 Dit sluit aan bij het bepaalde in art. 539a Sv en het uitgangspunt dat bij hun optreden in het buitenland Nederlandse ambtenaren aan het Wetboek van Strafvordering gebonden zijn. Zie ook A.H. Klip, 'Extraterritoriale strafvordering', *D&D* 1995, p. 1056-1078, m.n. p. 1072-1073. Ter plaatse wijst hij m.b.t. dit laatste ook op de *Kamerstukken II* 1964/65, 7979, nr. 3, p. 9; op art. 6 Wet Algemene Bepalingen; en op de Nationale ombudsman die er in zijn uitspraak van 29 januari 1992 (No. 92/018) impliciet vanuit gaat dat op Nederlandse politieambtenaren in het buitenland Nederlandse regels van toepassing zijn; en van dezelfde, 'Extraterritorial Investigations', in: A.H.J. Swart & A.H. Klip (ed.), *International Criminal Law in the Netherlands*, Freiburg i.Br: Edition iuscrim, Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht 1997, p. 211-229, m.n. p. 225. In deze gedachtegang passen eveneens de arresten HR 29 september 1987, *NJ* 1988, 302 en HR 25 juni 1996, *NJ* 1996, 715, maar ook HR 4 november 1986, *NJ* 1987, 812. Uit de jurisprudentie kan zelfs worden opgemaakt dat de Hoge Raad opsporingsactiviteiten van buitenlandse functionarissen buiten Nederland soms toetst aan het Nederlandse recht. Zie omtrent een infiltratie-actie buiten Nederland door een buitenlandse functionaris waarbij de Nederlandse maatstaven geacht werden te gelden HR 17 januari 1984, *NJ* 1984, 405 en recent HR 8 februari 2000, *NJ* 2000, 538 (pseudo-koop vond in Nederland plaats; de voorbereidingshandelingen daartoe in Duitsland).
- 92 Met name het rechtsbeschermende aspect van het legaliteitsbeginsel mag niet in gedrang komen door de toepassing van vreemd recht. Zie B. De Smet, *Internationale samenwerking in strafzaken tussen Angelsaksische en continentale landen*, Antwerpen-Groningen: Intersentia, 1999, p. 147.

van de ontwikkelingen die op dit terrein gaande zijn. In het vierde onderzoeksjaar komen wij op deze materie terug.

6.4 Harmonisatie?

De ontwikkelingen op het terrein van de internationale strafrechtspleging zullen het nationale straf- en strafprocesrecht niet onberoerd laten. Met het oog op een adequate internationale samenwerking lijkt het welhaast onvermijdelijk dat de nationale strafrechtssystemen naar elkaar zullen toegroeien. Het feit dat in de conclusies van Tampere verwezen wordt naar de inachtneming van de in de lidstaten geldende stelsels van toetsing en normen doet daar weinig aan af. De afhandeling van grensoverschrijdende criminaliteit wordt naar het schijnt vaak geblokkeerd door sterke verschillen tussen de rechtsstelsels van de betrokken staten. In zijn studie over breuken tussen accusatoire en inquisitoire processtelsels bij de uitlevering, kleine rechtshulp en overdracht van strafvervolging wijst De Smet daar nog eens uitdrukkelijk en met voorbeelden op.⁹³ Om vlot met elkaar te kunnen samenwerken zullen meerdere obstakels uit de weg moeten worden geruimd.⁹⁴ In dit verband kan ook worden gewezen op conclusie (37) van de Europese Raad van Tampere en aanbeveling (16) van de Raad gedaan op 4 februari 2000 aan het coördinatiecomité van hoge ambtenaren bedoeld in art. 36 van het Verdrag van de Europese Unie. Daarin worden de lidstaten opgeroepen om, in verband met het vergemakkelijken van de toepassing van het beginsel van de wederzijdse erkenning, gemeenschappelijke minimumnormen met betrekking tot de regels van procesrecht te formuleren.⁹⁵

93 B. De Smet, *Internationale samenwerking in strafzaken tussen Angelsaksische en continentale landen, a.w.* Dat verschillen in processystemen ook als problematisch kunnen worden ervaren bij de overname van executie bleek onlangs nog uit de kritiek die werd geuit op de in 1998 te Brussel gesloten Overeenkomst betreffende de ontzegging van de rijbevoegdheid (*Trb.* 1999, 16). Zie H. Neidhart, 'ADAC-Rechtsforum am 8 März 1999 in München: Internationalisierung des Führerscheintzugs', *DAR* 5/99, p. 209-212; van dezelfde, 'Auf dem Weg in eine 'Europäische Vollstreckungsgemeinschaft?', Führerscheintzuge künftig mit EU-weiter Wirkung', *DAR* 5/99, p. 238-240; en vooral ook M. Brenner, 'Verfassungsfragen der Europäisierung des Führerscheintzuges', *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1999, p. 877-884.

94 Vanuit continentaal oogpunt noemt De Smet het zelfstandig optreden van de partijen, het kruisverhoor, het zwijgrecht en het sluiten van informele procesakkoorden. Vanuit Angelsaksisch oogpunt noemt hij het schriftelijk karakter van de bewijsvoering, het geheim van het onderzoek, de anonieme getuige, rechterlijke controle op dwangmiddelen en verstekvonnissen. Hij kiest uiteindelijk niet voor een van beide systemen, maar voor een combinatie. De internationale samenwerking in strafzaken moet volgens hem op eenzelfde waardepatroon worden geënt, zodat tegenstellingen tussen nationale processystemen niet langer de efficiëntie of de positie van de verdachte aantasten. B. De Smet, *Internationale samenwerking in strafzaken tussen Angelsaksische en continentale landen, a.w.*, p. 45 e.v. en p. 102 e.v.

95 Zie 9423/4/99 REV 4 EN p. 36.

Een voorbeeld van harmonisatie en implementatie - naar Nederlands recht - biedt de wet inzake de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel van 10 december 1992, *Stb.* 1993, 11. De wijzigingen die deze wet in het Wetboek van Strafrecht en vooral ook in het Wetboek van Strafvordering heeft gebracht, zijn niet in de laatste plaats een gevolg van de ratificatie van de verdragen die verband houden met het achterhalen en het ontnemen van criminele winsten.⁹⁶ Zij waren noodzakelijk om aan de verplichtingen tot samenwerking uit die verdragen te kunnen voldoen.

Enige harmonisatie lijkt dus onvermijdelijk en daarbij moet niet alleen worden gedacht aan een harmonisatie van de delictsomschrijvingen, veelal nodig om samenwerking mogelijk te maken.⁹⁷ Ook het nationale strafprocesrecht zal niet onaangetaast blijven.⁹⁸ Het is echter niet erg waarschijnlijk dat er op korte termijn een uniform procesmodel zal ontstaan voor de vervolging en berechting van

96 Zie met name het Verdrag van de Verenigde Naties tegen de sluikhandel in verdovende middelen en psychotrope stoffen, Wenen 20 december 1988 (*Trb.* 1989, 97 en 1990, 94); het Verdrag inzake het witwassen, de opsporing, de inbeslagname en de confiscatie van opbrengsten van misdrijven, Straatsburg 8 november 1990 (*Trb.* 1990, 172 en 1993, 88); en de Overeenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika inzake wederzijdse samenwerking bij de opsporing, inbeslagname en confiscatie van opbrengsten van en hulpmiddelen bij het plegen van misdrijven en de verdediging van geconfiscieerde voorwerpen, Washington 20 november 1992 (*Trb.* 1993, 5). Zie voor een uitvoerige beschrijving van de voorgeschiedenis van de wet: M.S. Groenhuijsen, A.M. van Kalmthout (red.), *Voordeelsontneming in het strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 7 e.v. De wet van 10 december 1992, *Stb.* 1993, 12 heeft betrekking op de internationale samenwerking gericht op de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. Deze wet heeft name wijzigingen gebracht in de WOTS en in de art. 552t Sv, 552y Sv, 552z Sv en 552gg Sv.

97 Veel verdragen en nationale regelingen stellen (nog steeds) dubbele strafbaarheid als voorwaarde voor samenwerking. Zie omtrent deze voorwaarde bij verschillende vormen van samenwerking: G. Stessens, *De nationale en internationale bestrijding van witwassen*, (diss. Antwerpen) Antwerpen/Groningen: 1997, p. 444-457. Mede vanwege die voorwaarde verplichten bijzondere samenwerkingsverdragen gericht op de bestrijding van bepaalde vormen van criminaliteit vaak tot het strafbaar stellen van bepaalde handelingen. Zie in dit verband ook art. 29 jo art. 31 onder e van het Verdrag betreffende de Europese Unie (*Trb.* 1998, 11 en 12) en de conclusies 48 en 55 van de Europese Raad van Tampere van 15 en 16 oktober 1999 SN 200/99. Er gaan stemmen op om bij sommige vormen van samenwerking de voorwaarde van dubbele strafbaarheid af te schaffen. Een beperkt voorstander daarvan met betrekking tot de internationale rechtshulp inzake witwassen is G. Stessens, *a.w.*, p. 457. Zie ook art. 3 van de Overeenkomst aangaande uitlevering tussen de lidstaten van de Europese Unie (goedgekeurd door de Raad op 26 mei 1997, 97/C 191/03), waarin met betrekking tot de samenspanning of deelneming aan een criminele organisatie een uitzondering wordt gemaakt op de voorwaarde van dubbele strafbaarheid; en tot slot, Ch. Van den Wyngaert, 'General Report, The transformations of international criminal law in response to the challenge of organized crime', in: *International Review of Penal Law*, Toulouse: Èrès 1999, p. 133-221, m.n. p. 160-164, p. 195-199 en p. 201.

98 Zie C. Van den Wyngaert, *a.w.*, p. 137-140.

grensoverschrijdende criminaliteit.⁹⁹ Het zijn immers juist de hierboven genoemde obstakels die worden aangemerkt als de strafrechtelijke eigenaardigheden waarop de staten trots zijn en waarvan ze niet zo maar afstand doen.¹⁰⁰ Niettemin zal er in een onderzoek naar de systematische grondslagen van Strafvordering wel aandacht moeten zijn voor de betreffende problematiek. De Nederlandse strafrechtspleging kan niet meer geheel autonoom worden ingericht zonder rekening te houden met andere jurisdicties.

99 In dezelfde zin U. Nelles, 'Europäisierung des Strafverfahrens - Strafprozessrecht für Europa?', *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1997, p. 727-755, m.n. p. 747 en W. Schomburg, 'EUROJUST neben EUROPOL. Kooperation bei der Kooperation in Europa', *Kriminalistik* 2000, p. 13-21, m.n. p. 15 en 16.

100 Zeer kritisch ten opzichte van harmonisatie is A. Klip, 'Harmonisation and Harmonising Effects in Criminal Law', in: J.F. Nijboer and W.J.J.M. Sprangers (eds.), *Harmonisation in Forensic Expertise*, Amsterdam: Thela Thesis 2000, p. 67-78; en van dezelfde 'Harmonisierung des Strafrecht - eine fixe Idee?' *NSiZ* 2000, p. 626-630.

4 Vervolg en rechtsbescherming

mr. J.B.H.M. Simmelink en mr. Y.G.M. Baaijens-van Geloven

1 Algemene inleiding

In het wetboek van strafvordering van 1838 was het vooronderzoek onderverdeeld in de 'voorloopige informatiën' (art. 55 e.v. Sv 1838) en de 'geregtelijke instructie' (art. 83 e.v. Sv 1838). Als inleidende fase strekten de 'voorloopige informatiën' tot het verzamelen van aanwijzingen omtrent het strafbare feit en van de vermoedelijke dader, naar aanleiding van een ontdekking van het strafbare feit op heterdaad of ontvangen 'klagten of aangiften'. Deze werkzaamheden stonden onder leiding van de officier van justitie. Ten behoeve van het onderzoek waren hem enige dwangmiddelen toegekend. Hoofddregel was evenwel dat in dit stadium tegen de verdachte in principe geen dwangmiddelen mochten worden toegepast; de verdachte diende 'als elk ander burger behandeld te worden'. Een uitzondering betrof de mogelijkheid tot aanhouding van de verdachte bij ontdekking op heterdaad. Min of meer vooruitlopend op de instructie kon de rechter-commissaris op 'requisitoir' van de officier van justitie onderzoekshandelingen verrichten. De belangrijkste hiervan was het horen van getuigen (art. 55 e.v. Sv 1838). Deze inleidende fase van onderzoek was in het wetboek maar spaarzaam geregeld.

Op basis van de resultaten van de 'voorlopige informatiën' kon de officier van justitie bij de rechtbank een verzoek tot 'rechtsingang' tegen de verdachte verzoeken. Werd het verzochte bevel verleend¹, dan nam daarmee de 'geregtelijke instructie' een aanvang. Hiermee ging de verantwoordelijkheid voor het onderzoek en de verdere in de zaak te nemen beslissingen over van de officier van justitie naar de rechtbank. De instructie stond onder leiding van de als gedelegeerde van de rechtbank optredende rechter-commissaris. Ten behoeve van het onderzoek waren hem verschillende onderzoeksbevoegdheden toegekend. In de instructie werd de verdachte persoon als 'aangeklaagde' behandeld en werd onderzoek gedaan naar zijn schuld aan het strafbare feit ter zake waarvan rechtsingang was verleend.² De instructie was in principe geheim en aan de verdachte waren, als 'object' van onderzoek, geen verdedigingsmiddelen toegekend. Als de instructie was voltooid,

1 De rechtsingang kon bestaan uit een bevel tot dagvaarding in persoon, een bevel tot gevangenhouding of tot gevangenneming.

2 Zie J. de Bosch Kemper, *Wetboek van strafvordering*, 1838, dl. 1, p. 304 e.v. en dl. 2, p. 2 e.v.; Melai, *Wetboek van strafvordering*, art. 250, aant. 3.

diende de rechtbank te beslissen wat er verder met de zaak diende te gebeuren.³ Aanvang, verloop en beëindiging van de instructie waren gedetailleerd geregeld.

Met een hedendaagse bril op kunnen de 'voorloopige informatiën' worden getypeerd als een onderzoek naar het strafbare feit, terwijl de 'instructie' kan worden gezien als een *tegen* de verdachte, als aangeklaagde, gevoerde procedure. In de kern is deze oude fasering van het vooronderzoek en de wijze van regulering terug te vinden in de systematiek van het huidige wetboek, in het bijzonder ten aanzien van het onderscheid tussen 'opsporing' en 'vervolging'. Zeker ten tijde van de invoering van het wetboek in 1926 was in de wettelijke regeling de onderleiding van de officier van justitie staande opsporing maar beperkt genormeerd. Ten behoeve van het opsporingsonderzoek waren aan de officier van justitie en opsporingsambtenaren maar spaarzaam dwangmiddelen toegekend. Het onderzoek had ook maar een voorlopig karakter en diende te worden voortgezet in een gerechtelijk vooronderzoek. Aanvang, verloop en beëindiging van het door de rechter-commissaris uit te voeren onderzoek, de daarna te nemen beslissingen en de voortgang in de zaak waren uitgebreid geregeld.

Tegen de achtergrond van de hiervoor aangegeven fasering van het vooronderzoek, de daaraan verbonden consequenties en de wettelijke regeling van een en ander, moeten de volgende bekende bewoordingen uit de memorie van toelichting bij het thans geldende wetboek worden geplaatst:

'Bij het Ontwerp zijn nu ook reeds tijdens het vooronderzoek aan den verdachte belangrijke rechten toegekend, is er voor gewaakt, dat hij voor zijne belangen bij den rechter kan opkomen en die belangen kan doen verdedigen, zich als procespartij kan doen gelden. Vermeld mogen worden de zeer grote uitbreiding van den rechtsgeleerden bijstand, die voortaan practisch ook voor den onvermogenen verdachte niet zal behoeven te ontbreken, voorts de zeer ruime bevoegdheid tot de kennismeming der processtukken, het wegvallen van alle belemmeringen in het verkeer tusschen den verdachte en zijn raadsman, de gelegenheid, c. q. het recht van den raadsman om de verhooren voor den rechter-commissaris bij te wonen, de groote waarborgen, waarmede de persoonlijke vrijheid van den verdachte is omringd, diens bevoegdheid om op het deskundigenonderzoek invloed te oefenen mede door de aanbeveling van tot deskundigen te benoemen personen, zijne uitgebreide bevoegdheid tot het aanstonds inroepen van de beslissing des rechters, indien hij meent in zijne rechten als procespartij te zijn verkort, de mondelinge behandeling zijner zaak door de raadkamer en in het algemeen de bevordering der z.g. 'onmiddellijkheid' ook tijdens het vooronderzoek, zijne zoo mogelijk persoonlijke deelneming aan tal van handelingen van instructie.'⁴

3 Art. 114-120 Sv 1838.

4 *Bijl. Hand. II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 56.

Voorzover het gaat om de versterking van de positie van de verdachte in het vooronderzoek, gaat het in de aangehaalde bewoordingen primair over het stadium van de vervolging: de fase die intreedt nadat door het openbaar ministerie een rechter in het onderzoek is betrokken of van die rechter een beslissing is gevorderd⁵ (namelijk de toepassing van voorlopige hechtenis en het gerechtelijk vooronderzoek). Dat stadium is voor de wetgever het aanknopingspunt geweest voor normering van de strafvordering en - in ieder geval voor de wetgever van 1926 - voor de toedeling van waarborgen aan de verdachte.⁶ Tijdens de opsporing is de verdachte meer voorwerp van onderzoek en betrekkelijk rechteloos.

Als de wijze van regeling van de opsporing en van de vervolging, als te onderscheiden fasen in het vooronderzoek, worden vergeleken, kunnen mede aan de hand van bovenstaand citaat uit de memorie van toelichting enkele kenmerkende systematische verschillen betreffende de rechtspositie van de verdachte worden geïnventariseerd.

- a. Bij aanvang van de vervolging dient het openbaar ministerie het strafbare feit waarop het onderzoek betrekking heeft of ter zake waarvan een beslissing van de rechter wordt gevorderd, te specificeren (zie de art. 78 en 181 Sv).
- b. De verdachte dient zo spoedig mogelijk over de beschuldiging te worden geïnformeerd of daarover te worden gehoord (zie de art. 78, lid 5, en 185 Sv).
- c. De verdachte wordt zoveel als mogelijk is erkend als procespartij en hem zijn mogelijkheden toegekend om bij de rechter op te komen voor zijn belangen. Ten behoeve daarvan is voorzien in een regeling van rechtsbijstand door een - eventueel toegevoegde - advocaat. Bij handelingen van onderzoek kan de verdachte of zijn raadsman aanwezig zijn en invloed uitoefenen op het verloop van het onderzoek.
- d. De rechter heeft tot taak te waken voor een spoedig verloop van het onderzoek (zie art. 180 Sv en de maximumtermijnen voor de verschillende bevelen tot voorlopige hechtenis).
- e. Na beëindiging van de voorlopige hechtenis of het gerechtelijk vooronderzoek dient zo spoedig mogelijk aan de verdachte duidelijkheid te worden verschaft over het verdere verloop van de zaak. Door middel van betekening van een kennisgeving van verdere of van niet verdere vervolging dan wel dagvaarding dient de officier van justitie aan te geven of de vervolging wordt voortgezet. Na een gerechtelijk vooronderzoek gelden daarvoor strikte termijnen (vgl. art.

5 Vgl. Blok-Besier, *Het Nederlandsche strafproces*, dl. 1, p. 67-71.

6 Zie G. Knigge, 'De strafvordering in het geding', in: *Herbezinning op (de grondslagen van) het Wetboek van Strafvordering*, Preadviezen NJV 1994, p. 80 e.v.; idem, 'Opsporing, vervolging en berechting als fasen in de strafvordering', in: *Leerstukken van strafprocesrecht*, 4e dr., Groningen: Wolters-Noordhoff 1994, p. 57-58; M.S. Groenhuijsen, 'De rol van de mensen- en burgerrechten in de herziening van het Wetboek van Strafvordering van 1926', *D&D* 1989, p. 505-523.

244 Sv); na toegepaste voorlopige hechtenis moet de informatie over de voortzetting van de vervolging plaatsvinden 'zoodra de zaak tot klaarheid is gebracht' (art. 245 Sv).

In de oorspronkelijke systematiek van het wetboek is de fase van de vervolging aanknopingspunt voor de opbouw van een stelsel voor rechtsbescherming van de verdachte. Als gevolg van uiteenlopende ontwikkelingen is deze systematische keuze verwaterd. Op de eerste plaats kan worden gewezen op het verschijnsel dat er sedert 1926 diverse vormen van rechterlijke bemoeienis met het vooronderzoek in het wetboek zijn verschenen, die weliswaar in strikte zin tot de 'vervolging' moeten worden gerekend, maar waarbij geen sprake kan zijn van toekenning van processuele rechten aan de verdachte. Een dergelijke toekenning verdraagt zich namelijk niet met de aard van de onderzoeksactiviteit waarbij de rechter is betrokken. Gedacht moet worden aan de gevallen waarin de rechter-commissaris machtiging dient te verlenen voor de inbreuk op fundamentele rechten van de verdachte, zoals de machtiging tot het leggen van conservatoir beslag (art. 103 Sv), de machtiging tot het opnemen van vertrouwelijke communicatie (art. 126l en 126s) en voor een onderzoek van telecommunicatie (art. 126m en 126t). In dezelfde lijn moeten de activiteiten van de rechter-commissaris in het kader van het strafrechtelijk financieel onderzoek worden geplaatst (art. 126 en 126b). De inmenging van de rechter-commissaris bij deze onderzoekshandelingen strekt wel tot rechtsbescherming, doch in de procedure die leidt tot het verlenen van de machtiging/uitvoering van de onderzoekshandeling wordt de verdachte niet als procespartij erkend. Op de tweede plaats moet worden gewezen op de uitholling van de rechtsbeschermende betekenis van het gerechtelijk vooronderzoek, als gevolg van de inkapseling van de telefoontap in dit deel van het vooronderzoek in 1971.⁷ Het geheime karakter van dit onderzoeksmiddel verdroeg zich niet met de inwendig openbare structuur van het gerechtelijk vooronderzoek. Het plooiën van de tegenstrijdige eisen van geheimhouding en inwendige openbaarheid heeft een belangrijke bijdrage geleverd aan de opkomst van de zogenaamde 'parallele opsporing'. Gerechtelijk vooronderzoek en opsporingsonderzoek lopen dan naast elkaar door, waarbij de rechter-commissaris verantwoordelijk is voor het onderzoek ter zake van het feit waarop het gerechtelijk vooronderzoek betrekking heeft en de officier van justitie verantwoordelijk is voor het overige ter zake van dat feit en de eventuele overige feiten uitgevoerde opsporingshandelingen. Tenslotte is in dit verband van belang de feitelijke constatering dat slechts in een zeer klein gedeelte van het aantal strafzaken een gerechtelijk vooronderzoek wordt ingesteld. Het rond het gerechtelijk vooronderzoek opgebouwde stelsel van waarborgen komt

7 Wet van 7 april 1971, *Stb.* 180.

derhalve maar in een zeer beperkt aantal strafzaken tot gelding; in het merendeel van de strafzaken kan voor opheldering van het feit worden volstaan met een opsporingsonderzoek. Deze ontwikkeling wordt nog versterkt door dwangmiddelen waarvan de toepassing oorspronkelijk was voorbehouden aan de rechter-commissaris in het verband van het gerechtelijk vooronderzoek, te verzelfstandigen.⁸ Het gevolg van deze slechts kort aangestipte ontwikkelingen⁹ is dat in het vooronderzoek de 'vervolging', zowel feitelijk als juridisch, geen deugdelijk vertrekpunt meer vormt voor de opbouw en gelding van een stelsel van rechtswaarborgen.¹⁰ In het kader van het onderzoek naar grondslagen voor een vernieuwing van het strafprocesrecht dient dan ook onderzocht te worden of in een regeling van het vooronderzoek andere aanknopingspunten kunnen worden gevonden voor de rechtsbescherming als systeem. Een dergelijke heroriëntatie is te meer op zijn plaats, nu in het deelonderzoek over 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek' wordt voorgesteld het gerechtelijk vooronderzoek als overkoepelend kader voor onderzoek door de rechter-commissaris af te schaffen. Dat voorstel slaat immers de pijlers weg die dragend waren voor de systematische keuzes van de wetgever van 1926 inzake de rechtsbescherming in het vooronderzoek. De afschaffing van het gerechtelijk vooronderzoek maakt het derhalve niet alleen noodzakelijk om de positie van de rechter in het vooronderzoek opnieuw af te bakenen (zoals in het genoemde deelrapport geschiedt), maar tevens om te bezien welke systematische uitgangspunten kunnen worden aangereikt voor de rechtsbescherming in het vooronderzoek. Met dit laatste is het onderwerp van dit deelrapport aangegeven.

Rechtsbescherming als systeem ligt besloten in een aantal samenhangende voorzieningen. Het gaat om waarborgen voor de rechtmatigheid van het vooronderzoek, voor transparantie van de opsporing en de interne openbaarheid, voor mogelijkheden voor de verdediging om invloed uit te oefenen op het uit te voeren onderzoek en voor de bewaking van de voortgang van het vooronderzoek. Deze invalshoeken staan in de hoofdstukken van dit deelrapport centraal. Ingegaan wordt als eerste op het primaire toezicht over de opsporing en de rol die het openbaar ministerie daarbij kan vervullen. Vervolgens wordt onderzocht of in het vooronderzoek als alternatief voor het formele vervolgingsbegrip een moment kan worden aangewezen dat voldoende houvast biedt als aanknopingspunt voor het bieden van belangrijke verdedigingsrechten. Hierbij kan worden gedacht aan het verschaffen van informatie aan de verdachte, aan toegang tot de rechter met

8 Vgl. de zelfstandige regeling van de inbeslagneming- en huiszoekingsbevoegdheden bij de wet van 27 mei 1999, *Stb.* 1999, 243; ook het DNA-onderzoek zal voor een belangrijk deel uit het gerechtelijk vooronderzoek worden gelicht, zie *Kamerstukken II* 26 271.

9 Zie over deze punten uitgebreider § 2 in deelrapport 5, 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek' (A.E. Hartevelde & E.F. Stamhuis).

10 In deze zin G. Knigge, preadvies NJV 1994, p. 83 e.v.

een verzoek tot het uitvoeren van onderzoekshandelingen en van inzage in de processtukken. Ook zal worden bezien of dit moment geschikt is om waarborgen te bieden voor de bewaking van de voortgang van het onderzoek en de verdere afhandeling van de zaak. Tenslotte wordt aandacht besteed aan de samenstelling van de processtukken. Het dossier bevat immers het belangrijkste materiaal voor de vervolging, de verdediging en de door de rechter te nemen beslissingen.

2 Positie van het OM in de opsporing

2.1 Inleiding

In deelrapport 5, 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek' is ingegaan op de positie en functie van de rechter-commissaris in het vooronderzoek. De activiteiten van de rechter-commissaris in het vooronderzoek kunnen, zo kunnen de bevindingen in het genoemde deelrapport kort worden geparafraseerd, worden getypeerd aan de hand van twee invalshoeken: het bieden van rechtsbescherming (aan de verdachte of aan derden), dan wel aan het vooruitlopend op de terechtzitting verrichten van onderzoekshandelingen. Anders dan in de huidige regeling van het gerechtelijk vooronderzoek, treedt de rechter-commissaris bij het van hem verlangde optreden in het vooronderzoek niet op als 'kapitein op het schip', die verantwoordelijk is voor de uitvoering en uitkomsten van het onderzoek. Daarentegen is zijn verantwoordelijkheid beperkt tot de uitvoering van de van hem verlangde activiteit of het nemen van de door de officier van justitie gevorderde of door de verdediging verzochte beslissing.

De consequenties van deze plaatsbepaling van het optreden van de rechter-commissaris, gerelateerd aan de structuur van het vooronderzoek, zijn in het genoemde deelrapport van Hartevelt en Stamhuis geïnventariseerd. De in het verband van dit deelrapport meest verstrekkende consequentie is dat in de nieuwe opzet van het vooronderzoek geen plaats wordt ingeruimd voor een gerechtelijk vooronderzoek onder leiding van de rechter-commissaris. Het gevolg is dat het gehele vooronderzoek het karakter krijgt van opsporingsonderzoek. Noodzakelijkerwijs leidt deze keuze tot bezinning op de plaats en taak van de andere justitiële hoofdrolspeler in het vooronderzoek: de officier van justitie. In het bijzonder worden door de aangegeven verschuiving vragen actueel betreffende de controle over de opsporing, de verantwoordelijkheid voor het vooronderzoek en waarborgen voor de rechtmatigheid van opsporingsactiviteiten. Deze bevindingen kunnen in

navolging van de conclusies van de commissie-Van Traa¹¹ worden uitgewerkt naar uitgangspunten voor de normering van het vooronderzoek, de organisatie van het openbaar ministerie en de (gezags)verhouding tussen officier van justitie en enerzijds politie en anderzijds minister van justitie. Op deze plaats gaat het met name om de positie van de officier van justitie in de regeling van het vooronderzoek. Hiermee is in algemene bewoordingen het onderwerp van het in dit hoofdstuk te verrichten onderzoek aangeduid. Meer concreet zal in dit hoofdstuk worden ingegaan op de taak en verantwoordelijkheid die de officier van justitie in dit verband heeft te vervullen en de organisatorische verbanden waarin hij werkt. Algemene uitgangspunten voor de normering van het vooronderzoek worden onderzocht in deelrapport 2, 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak' (G. Knigge & N.J.M. Kwakman). Onderzoek naar de wijze van normering van dwangmiddelen zal in het derde projectjaar worden uitgevoerd.¹²

2.2 Organisatorische verbanden

2.2.1 Inleiding

Naast de introductie van duidelijke opsporingsnormen is het van belang dat ook in heldere organisatorische verbanden kan worden gewerkt. Normering van de opsporingsmethoden is namelijk niet voldoende. Het specifieke karakter van het opsporingsonderzoek vraagt om sturing en controle. Ondanks normering blijven er namelijk ruime marges bestaan. Met name de eerste fase van het opsporingsonderzoek is een zeer riskante fase van de strafprocedure doordat de besluitvorming

11 Naar aanleiding van de zogenaamde IRT-affaire werd een parlementair onderzoek ingesteld naar de opsporingsmethoden die in Nederland gebruikt werden, de feitelijke toepassing en rechtmatigheid daarvan en de controle daarop. De parlementaire commissie, naar haar voorzitter Van Traa geheten, concludeerde in het rapport *Inzake opsporing* (p. 420-421) dat er een drievoudige crisis was in de opsporing: het ontbreken van normen, een niet goed functionerende organisatie en problemen in de gezagsverhoudingen. 'De verschillende machten in de staat dienen hun verantwoordelijkheid te nemen. De wetgever dient het gebruik en de organisatie van de opsporingsmethoden te normeren. De uitvoerende macht dient op te sporen en te vervolgen volgens normen van de wetgever. De rechterlijke macht dient de toepassing van het gebruik van de methoden aan deze normen te toetsen. De balans tussen de machten laat niet toe dat de rechtsstaat zich tot een "rechterstaat" ontwikkelt. Zo'n ontwikkeling zou afbreuk doen aan het vertrouwen in de democratische rechtsstaat waarin regering en parlement de belangrijkste regels stellen'. Zie over deze problematiek ook D.J. Elzinga, 'Verantwoordelijkheid en aanspreekbaarheid in de verhouding tussen bestuur, Openbaar Ministerie en politie', *RM Themis* 1996, p. 205-214.

12 Wij willen er nog wel op wijzen dat er in het betreffende deelrapport van uit wordt gegaan dat een inbreuk op rechten en vrijheden van burgers niet de enige reden is opsporingsmethoden en bevoegdheden wettelijk te regelen. Zie ook deelrapport 5, 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek' (A.E. Hartevelde & E.F. Stamhuis) voorzover hierin wordt ingegaan op de normering van het gebruik van opsporingsmethoden in die zin dat rechterlijke bemoeienis al dan niet door de wet is voorgeschreven.

vrijwel vormvrij totstandkomt, de beslissing over de verdenking van feitelijke aard is, de toepasselijke dwangmiddelen ruim zijn opgezet en aan de politie een grote mate van operationele autonomie is gegund. Niet alleen de mogelijkheid van foutieve beslissingen, maar ook de onherstelbaarheid van ten onrechte toegepaste opsporingsmethoden dragen bij aan dit risico.¹³ Daar komt bij dat er tegenwoordig steeds vaker grootschalige ressorts- en grensoverschrijdende onderzoeken worden verricht. Zeker met het oog daarop worden er zowel vanuit rechtmatigheidsoverwegingen als vanuit overwegingen van efficiency hoge eisen gesteld aan de organisatorische verbanden waarin wordt gewerkt.

2.2.2 Het OM ter discussie

In de jaren tachtig van de vorige eeuw, dus vóór het verschijnen van het rapport *Inzake opsporing*, was het openbaar ministerie al in een gezagscrisis geraakt. Het bleek al eerder grote problemen te hebben met de formulering van een eigentijds opsporings- en vervolgingsbeleid en met het onderhouden van betekenisvolle relaties met het openbaar bestuur en met de politiediensten, die aan het uitgroeien waren tot een machtige organisatie. Begin jaren negentig raakte het openbaar ministerie nog meer in opspraak. Naar aanleiding van het interne rapport van de Stuurgroep Versterking Openbaar Ministerie, *Het OM ... om* van 20 januari 1993, dat vol zelfkritiek stond, werd de Commissie Openbaar Ministerie (naar haar voorzitter de commissie-Donner genoemd) opgericht, die in juni 1994 het rapport 'Het functioneren van het Openbaar Ministerie binnen de rechtshandhaving' aanbood met aanbevelingen voor een verbetering van het functioneren van het openbaar ministerie. Op 23 mei 1995, kwam de minister van justitie, naar aanleiding van het rapport van de commissie-Donner, met een *Plan van aanpak reorganisatie openbaar ministerie* waarin verstrekkende hervormingen werden aangekondigd met betrekking tot de interne en externe organisatie van het openbaar ministerie (zie hieronder). Intussen was er aan een parlementaire enquêtecommissie onder voorzitterschap van Maarten van Traa de opdracht gegeven onderzoek te doen naar onder andere de feitelijke toepassing en rechtmatigheid van opsporingsmethoden en naar de organisatie en het functioneren van de opsporing en de controle daarop. In 1996 verscheen het rapport *Inzake opsporing* van de commissie-Van Traa.

13 Zie ook M.S. Groenhuijsen & J. Naeyé, 'De herstructurering van het voorbereidend onderzoek in strafzaken', in: C. Fijnaut en P. Spierenburg (red.), *Scherp toezicht*, Arnhem: 1990, p. 233-281, m.n. p. 240.

2.2.3 De positionering van het OM binnen de trias politica

Het is niet de bedoeling hier de verwickelingen omtrent de crisis en de evolutie die het openbaar ministerie heeft doorgemaakt uitvoerig te beschrijven.¹⁴ Er wordt volstaan met er op te wijzen dat de positionering van het openbaar ministerie binnen de trias politica een belangrijk onderdeel van de discussie vormde. Deze staatsrechtelijke discussie is van groot belang geweest voor het bepalen van de verhouding tussen het openbaar ministerie en de minister van justitie. Een kernvraag daarbij was of het openbaar ministerie moet worden aangemerkt als een buitenpost van het departement van justitie en dat het als zodanig onder zowel positief als negatief gezag van de minister van justitie staat, dan wel of er een zekere distantie moet blijven tussen het openbaar ministerie en het departement van justitie om de magistratelijke positie van het openbaar ministerie te garanderen. Ondanks haar sterk bestuurskundig standpunt heeft de commissie-Donner in haar rapport uitdrukkelijk afstand genomen van de gedachte dat het openbaar ministerie als buitenpost van het Ministerie van Justitie zou moeten worden aangemerkt:

‘De leden van het OM zouden als vertegenwoordiger van de minister hun functie uitoefenen. Ieder optreden van het OM zou dan rechtstreeks op de verantwoordelijkheid van de minister geschreven moeten worden. Het zou evenmin recht doen aan het eigen karakter van de opsporing en vervolging. Beiden hebben weliswaar mede een functie als instrument van de uitvoerende macht, maar hebben bovendien een beleidsmatig karakter, welke de hoofdlijnen van het vervolgingsbeleid ook mogen zijn. De strafrechtshandhaving vormt een onderdeel van de rechtsorde. De integriteit en objectiviteit daarvan dienen gewaarborgd te zijn om het optreden legitimiteit te verlenen. Strafrechtelijke handhaving mag niet het exclusieve instrument worden van de heersende politieke meerderheid.

Op grond van die overwegingen is een organisatorische en juridische afstand tussen het OM en de minister van Justitie nodig, onverminderd diens ministeriële verantwoordelijkheid voor het optreden van het OM’.¹⁵

14 Zie daarvoor onder andere J. M. Broekman & A.C. 't Hart, *Normverlegend gedrag en justitieel beleid*, Leuven: 1980; G. Corstens & P. Tak, *Het openbaar ministerie*, Zwolle: 1982; A.C. 't Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving*, Arnhem: 1994; C. Fijnaut, D. Van Daele & R. Verstraeten, ‘De hervorming van het openbaar ministerie een rechtsvergelijkend commentaar op de totstandkoming, inhoud en draagwijdte van het octopus-akkoord’, in: C. Fijnaut & D. Van Daele (red.), *De hervorming van het openbaar ministerie*, p. 271-350. Zie ook H. Smits, *Verward in het driehoeksweb*, Lelystad 1995.

15 Het OM ... om 1993, p. 79. In de (strafrechtelijke) discussie over het openbaar ministerie ging het overigens vrijwel nooit om uitersten als geheel onafhankelijk van het departement danwel een justitiële buitendienst. Zie A.C. 't Hart, *Het Nederlands Openbaar Ministerie rond(t) de eeuwwisseling*, Preadvis voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Vergaderjaar 2000, p. 24 en de ter plaatse aangehaalde literatuur.

In het *Plan van aanpak* van 1995, waarin officieel uitvoering werd gegeven aan het rapport-Donner, maar dat in werkelijkheid veel meer een juridische inslag had, werd in verband met de ministeriële verantwoordelijkheid voor het openbaar ministerie opgemerkt, dat het openbaar ministerie de door de wetgever aan hem geattribueerde zaken uitoefent onder politieke verantwoordelijkheid van de minister, doch dat het - onverminderd deze hiërarchische relatie - over de uitoefening van de daarmee samenhangende bevoegdheden verantwoording aflegt ten overstaan van de rechter. Daaruit vloeit voort - aldus het *Plan van aanpak* - dat het openbaar ministerie in sterke mate is georiënteerd op de rechter. Daarom ook is het openbaar ministerie geconstrueerd als een - niet onafhankelijk - onderdeel van de rechterlijke macht. Het openbaar ministerie kan niet goed en gelegitimeerd functioneren als bij de rechter niet het vertrouwen bestaat dat het openbaar ministerie in elke individuele zaak onafhankelijk en onpartijdig optreedt. Deze specifieke positie van het openbaar ministerie brengt mee dat het op een zekere afstand van het politieke bestuur opereert. Immers, ook in gevallen waarin het optreden van het openbaar ministerie mede wordt bepaald door algemene of bijzondere aanwijzingen van de Minister, geldt dat dit optreden wordt getoetst door de van de Minister volstrekt onafhankelijke rechter.¹⁶

De positionering van het openbaar ministerie binnen de trias politica is van betekenis voor de waarde die men toekent aan de inschakeling van het openbaar ministerie bij het opsporingsonderzoek en de wijze waarop men deze relatie tussen het openbaar ministerie en het opsporingsapparaat uitgewerkt wil zien. Zie par. 2.6. In de discussies omtrent het openbaar ministerie kwam daarom niet alleen de verhouding tot de minister van justitie aan de orde, doch ook de verhouding tussen het openbaar ministerie en de politie. Daarbij stond niet zozeer de verantwoordelijkheid van het openbaar ministerie voor het strafrechtelijk politieoptreden als zodanig ter discussie, alswel de wijze waarop door het openbaar ministerie uitvoering aan die verantwoordelijkheid zou moeten worden gegeven. Zie par. 2.3 en 2.6. De politie als een zelfstandig en onafhankelijk opsporingsapparaat naar Engels model (zie par. 2.5.2) is in de Nederlandse discussie niet als een serieus alternatief naar voren gebracht.¹⁷

16 Aan de nieuwe Wet RO liggen blijkens de memorie van toelichting vooral deze twee plannen (met hun botsende denkworelden aldus A.C. 't Hart in zijn noot bij HR 14 maart 2000, *NJ* 2000, 423) ten grondslag. Zie *Kamerstukken II* 1996/97, 25 392, nr. 3.

17 In Duitsland bestaat blijkbaar wel een levendige discussie tussen vóór- en tegenstanders van het aan de politie toekennen van een zelfstandig recht tot strafvervolging en van een niet aan het openbaar ministerie ondergeschikte positie van de politie. Zie P.J.P. Tak, 'Duitsland', in: P.J.P. Tak, *Heimelijke opsporing in de Europese Unie*, Antwerpen-Groningen: 2000, p. 121-204, m.n. p. 128 onder noot 12 en de daar aangehaalde literatuur.

2.2.4 Reorganisatie van het OM

Inmiddels zijn de relaties met politiediensten en de bestuurlijke autoriteiten gestructureerd en geïntensiveerd (driehoeksoverleg). Het openbaar ministerie zelf is gereorganiseerd. Van een hiërarchische organisatie is het een 'platte' organisatie geworden. Het openbaar ministerie bestaat thans uit negentien arrondissementsparketten, één landelijk parket, vijf ressortsparketten en één College van procureurs-generaal binnen het parket-generaal (art. 134 Wet RO). De ressortsparketten hebben voornamelijk tot taak strafzaken bij de gerechtshoven te behandelen en de juridische kwaliteit van de rechtspleging in eerste aanleg te bewaken. Daar vindt in mindere mate dan op de arrondissementsparketten de feitelijke sturing en controle over de opsporing plaats. Het landelijk parket houdt zich bezig met de aanpak van internationale vormen van georganiseerde criminaliteit en bekleedt een bijzondere rol in de aansturing van het Korps landelijke politiediensten. Het geeft leiding aan opsporingsonderzoeken en het ontwikkelen van daaraan gerelateerd beleid. Met name ook bij ingewikkelde en/of grote ressorts- en grensoverschrijdende opsporingsonderzoeken is het van enorme betekenis en een aanwinst omdat het veel beter dan de afzonderlijke arrondissementsofficieren van justitie in staat is overzicht te houden over dergelijke onderzoeken. Daardoor kan het dergelijke onderzoeken ook daadwerkelijk sturen en controleren. Het is tevens beter in staat essentiële en volledige informatie te verschaffen aan de rechter die tijdens een dergelijk onderzoek wordt ingeschakeld. Verder is het landelijk parket betrokken bij de uitvoering van internationale rechtshulpverzoeken en bij het voeren van internationaal overleg. In dat verband geldt hetgeen hiervoor is opgemerkt onverkort.

De eenheid binnen het openbaar ministerie moet worden bewerkstelligd door het College van procureurs-generaal. Het laat zich hierbij, behalve door het eigen parket-generaal, ondersteunen en adviseren door tal van landelijke werkgroepen en commissies.¹⁸ Van het College wordt een sterk aansturende rol verwacht. Het waakt voor de 'richtige opsporing van strafbare feiten' en geeft daartoe de nodige bevelen aan de hoofden van de parketten (art. 140 Sv). Het wordt door de minister gehoord, alvorens deze in een concreet geval een aanwijzing geeft inzake opsporing of vervolging van strafbare feiten (art. 128 Wet RO). Het merendeel van de beleidsvormende en bestuurlijke activiteiten die vroeger op het ressortsparket werden verricht, zijn met de procureurs-generaal mee overgegaan naar het parket-

18 Bijvoorbeeld de Coördinatiecommissie zware criminaliteit, het Landelijk platform CID-officieren en het Landelijk overleg recherche-officieren. De Centrale toetsingscommissie adviseert het College van procureurs-generaal over de inzet van bepaalde opsporingsmethoden in een voorgedekte concrete zaak.

generaal. Het College vergadert wekelijks.¹⁹ Bovendien vindt er maandelijks overleg plaats met het departement.²⁰ Het College kan algemene en bijzondere aanwijzingen geven met betrekking tot de taken van het openbaar ministerie (art. 130 Wet RO). De bevoegdheden voor de taakuitoefening zelf blijven echter bij de individuele vertegenwoordigers van het openbaar ministerie. De officieren van justitie hebben de operationele verantwoordelijkheid voor de opsporing.²¹ De hoofdofficieren van justitie vervullen de directe toezichts- en aansturingsfunctie.²²

De reorganisatie van het openbaar ministerie heeft formeel haar beslag gekregen in de Wet van 19 april 1999 tot wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie, het Wetboek van Strafvordering, de Politiewet 1993 en andere wetten.²³ Uit de wijze waarop aan de reorganisatie is vormgegeven blijkt, zoals gezegd, dat aan de nieuwe Wet RO verschillende rapporten ten grondslag liggen. De 'platte' organisatievorm is overgenomen uit het rapport-Donner. De bevoegdheden zijn echter niet, zoals in het rapport-Donner was voorgesteld, aan de individuele vertegenwoordigers van het openbaar ministerie ontnomen.²⁴ Een toekenning van die bevoegdheden aan het openbaar ministerie als instelling zou niet of minder hebben gepast in het *Plan van aanpak* van 1995 waarin juist uitgangspunt was dat het openbaar ministerie zich weer moest richten op strafrechtelijke kerntaken, op ambachtelijke professionaliteit en op het maken van transparante rechtsstatelijke afwegingen. Hiermee werd beoogd de juridische cultuur in ere te herstellen.²⁵

19 In de wekelijkse vergadering van de procureurs-generaal komen bijvoorbeeld aan de orde de selectie van de zaken voor de kernteams, de zaken ter toetsing vanuit de Centrale toetsingscommissie en opsporingsonderzoeken en strafzaken waarvan het potentieel juridische, maatschappelijke of politieke afbreukrisico voor het openbaar ministerie groot is.

20 Hierin vindt de afstemming van het beleid plaats. Enerzijds wordt in de overlegvergadering de minister op de hoogte gebracht van het voorgenomen beleid en biedt het daarmee de minister de gelegenheid zijn ministeriële verantwoordelijkheid voor het handelen van het openbaar ministerie te effectueren. Anderzijds kan het overleg het College verzekeren van ministeriële steun bij gevoelige onderwerpen.

21 Met betrekking tot hun specifieke taak zijn ze te onderscheiden in de recherche-officier (verantwoordelijk voor de recherche zowel binnen de politie als binnen het openbaar ministerie), de CID-officier (belast met het dagelijks toezicht van op het gebruik van informanten en de wijze waarop de verschillende registers worden gebruikt), de zaaksofficier (verantwoordelijk voor alle opsporingsactiviteiten binnen hun zaken), de kernteamofficier (stuurt het kernteam aan en coördineert verschillende activiteiten) en andere specialistische officieren.

22 Zie par. 2.3.2.

23 *Stb.* 1999, nr. 469.

24 Volgens dat rapport moest de juridische cultuur van het openbaar ministerie en de bijzondere plaats van de juridische professionaliteit worden doorbroken. Bevoegdheden dienden dan ook in de wet niet meer te worden toegekend aan bepaalde ambten, maar aan het openbaar ministerie als instelling. Zie hierover ook A.C. 't Hart in zijn noot onder HR 14 maart 2000, *NJ* 2000, 423.

25 Zie A.C. 't Hart, *Het Nederlands Openbaar Ministerie rond(t) de eeuwwisseling*, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Vergaderjaar 2000, p. 20.

Bevoegdheden in het kader van de strafrechtelijke taakuitoefening zijn met het oog op het rechtsbeschermende aspect daarvan steeds aan functionarissen toegekend en niet aan de organisatie als zodanig. Zo wordt tevens voorkomen dat ieder lid van de organisatie dezelfde bevoegdheden heeft.²⁶

In de genoemde wet is een apart hoofdstuk gewijd aan het openbaar ministerie. Ingevolge art. 124 van de Wet RO is de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde een kerntaak van het openbaar ministerie. Dit houdt in dat het openbaar ministerie de rechtsstatelijkheid van onder andere de opsporing en vervolging van strafbare feiten moet garanderen. Dat het tevens aspecten van een bestuursorgaan heeft, doet daar niet aan af.²⁷ De officier van justitie bekleedt bij dit alles een spilfunctie. Bij de behandeling van het Wetsvoorstel tot wijziging van de Wet RO is er steeds op gewezen dat de officier van justitie ter zitting op een onafhankelijke en onpartijdige wijze de voorliggende zaak moet beoordelen.²⁸ Met andere woorden, hij dient individuele zaken te behandelen met een rechterlijke attitude.²⁹

2.3 Gezagsverhoudingen

2.3.1 Inleiding

Het opsporingsonderzoek wordt doorgaans verricht door de politie. Zij heeft tot taak in ondergeschiktheid aan het bevoegd gezag en in overeenstemming met de geldende rechtsregels te zorgen voor de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde (art. 2 Politiewet 1993). Daaronder valt met name de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde (art. 13 Politiewet 1993). Politieambtenaren zijn met het oog op die strafrechtelijke handhaving belast met een algemene opsporingsbevoegdheid (art. 141 Sv). Zij zijn opsporingsambtenaar bij uitstek. Met een algemene opsporingsbevoegdheid zijn ook belast sommige leden van de Koninklijke marechaussee en de officieren van justitie.³⁰

26 Dit theoretisch uitgangspunt wordt voor een groot deel ondergraven door de regeling in de art. 135-138 Wet RO, op grond waarvan ieder lid van het openbaar ministerie in het hele land bevoegd is en bovendien van rechtswege plaatsvervangend officier van justitie is bij de overige parketten.

27 Aldus ook A.C. 't Hart in zijn noot onder HR 16 november 1999, *NJ* 2000, 335. Zie verder A.C. 't Hart, *Het Nederlands Openbaar Ministerie rond(t) de eeuwwisseling*, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, vergaderjaar 2000, m.n. p. 38-39.

28 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II*, 1996/97, 25 392, nr. 3, p. 3 en p. 24.

29 In zijn conclusie bij HR 16 november 1999, *NJ* 2000, 335, benadrukt A-G Fokkens de bijzondere positie van het openbaar ministerie en van de officier van justitie en de eis van onpartijdigheid die daaruit voortvloeit.

30 In de praktijk verricht de officier van justitie overigens slechts in uitzonderingsgevallen zelf opsporingshandelingen.

Daarnaast zijn andere personen en organisaties aangewezen als zogenaamd buitengewoon opsporingsambtenaar (art. 142 Sv). Zij maken geen deel uit van de politie-organisatie en zijn in beginsel niet belast met een algemene opsporings-taak.³¹

2.3.2 Gezag

De politie vormt geen zelfstandige macht in de staat. Er wordt gehandeld in 'ondergeschiktheid aan het bevoegd gezag'. Als gezaghebbers van de politie treden op de burgemeester voor zover de politie optreedt ter handhaving van de openbare orde en ter uitvoering van de hulpverleningstaak (art. 12 Politiewet 1993); bij bepaalde ordeverstoringen zijn dat de commissaris van de Koningin en de minister van binnenlandse zaken (art. 16 Politiewet 1993). Gaat het om de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, dan treedt de politie op onder gezag van de officier van justitie (art. 13 lid 1 Politiewet 1993). Hij heeft de leiding over het opsporings-onderzoek (zie art. 148, lid 2, Sv en art. 132a Sv) en is bijgevolg ook verantwoordelijk voor de resultaten daarvan. In de Politiewet 1993 is de positie van het openbaar ministerie ten opzichte van de politie nog versterkt. Daarin is onder meer geregeld dat de hoofdofficier van justitie samen met de korpsbeheerder en de korpschef moet overleggen over het beheer van het regionale politiekorps en dat hij een medebeslissingsrecht heeft met betrekking tot het ontwerp van de organisatie, de formatie, de begroting, de jaarrekening en het beleidsplan voor het regionale korps.³²

31 Zie omtrent het onderscheid tussen opsporingsambtenaren met een algemene opsporingsbevoegdheid en buitengewone opsporingsambtenaren G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, p. 243-245 en Cleiren/Nijboer 1999, *T&C Sv*, art. 141 Sv, aant. 1 en 2 en art. 142 Sv, aant. 1-3.

32 Zie hieromtrent F.C.M.A. Michiels en J. Naeyé, 'De verhouding tussen bestuur en justitie in de Politiewet 1993', in: D.J. Elzinga en H.M. de Jong (red.), *Politie en rechtsstaat*, Deventer: 1998, p. 29-60, m.n. p. 40-43. Zij spreken van quasi-medebeheer (quasi omdat de hoofdofficier van justitie, anders dan de korpsbeheerder, de korpschef op het terrein van het beheer geen bevelen kan geven) en achten dit een uiterst belangrijk punt in het politiebestedel. 'De invloed van "justitie" op beheer is gerechtvaardigd vanwege de samenhang van het beheer met de justitiële taakvervulling. Het succes van de strafrechtelijke handhaving hangt niet in onbelangrijke mate af van de toedeling van mensen en middelen, hetgeen een beheerskwestie is. Zonder een stevige positie van de hoofdofficier (respectievelijk P-G en minister van Justitie) bestaat het risico dat bij het beheer (door de niet-justitiële korpsbeheerder) onvoldoende wordt gelet op hetgeen nodig is voor een goede strafrechtelijke handhaving, zowel in de regio als landelijk (o.a. via de IRT's).' Als spiegelbeeld stellen zij voor de korpsbeheerder een zekere vorm van '(quasi) medegezag' vast. Zijn eindverantwoordelijkheid voor alle beslissingen die genomen moeten worden om het regionale korps juist te doen functioneren geldt ook ten aanzien van de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. Hij moet de toelaatbaarheid van politieoptreden ambtshalve beoordelen op behoorlijkheid en 'richtigheid'.

De officieren van justitie staan in een hiërarchisch verband, onder gezag van de hoofdofficier van justitie en via deze onder dat van het College van procureurs-generaal (art. 130 en 139 Wet RO). Het College van procureurs-generaal waakt voor de 'richtige opsporing van de strafbare feiten' en geeft daartoe de nodige bevelen aan de hoofden van de parketten (art. 140 Sv). Daarnaast bestaat ondergeschiktheid van alle leden van het openbaar ministerie aan de minister van justitie. Hij kan algemene en bijzondere aanwijzingen geven betreffende de uitoefening van taken en bevoegdheden door het openbaar ministerie (art. 127 Wet RO). Betreft het een aanwijzing inzake opsporing of vervolging van strafbare feiten in een concreet geval, dan stelt de minister eerst het College van procureurs-generaal in de gelegenheid zijn zienswijze kenbaar te maken (art. 128 Wet RO).

Ook de buitengewone opsporingsambtenaren en de bijzondere opsporingsdiensten handelen in ondergeschiktheid aan het bevoegd gezag. Voor zover het hun opsporingsactiviteiten betreft vallen zij net als de politie onder het gezag van het openbaar ministerie, al hebben die activiteiten doorgaans betrekking op specifieke terreinen van wetgeving.³³

2.3.3 Enige relativering

Naar geldend recht vindt de opsporing dus plaats binnen een hiërarchische bevelsstructuur waarin aan de officier van justitie een spilfunctie is toegekend. Hij heeft de leiding over het opsporingsonderzoek, geeft daartoe bevelen aan zijn hulpofficieren en de overige opsporingsambtenaren en is verantwoordelijk voor de resultaten daarvan.³⁴ Met betrekking tot het gezag dat het openbaar ministerie in dat kader uitoefent over de politie past overigens wel enige relativering. Ten eerste bestaat er verschil van opvatting over de invulling van de gezagsrol van de officier van justitie jegens de politie. Zijn rol kan worden opgevat als een leidende, daadwerkelijk sturende rol dan wel als een volgende, legitimerende rol.³⁵

33 Deze opsporingsdiensten verkeren structureel in een moeilijke positie. Enerzijds maken zij deel uit van een ministerie. De desbetreffende minister is belast met het beheer van de dienst en verantwoordelijk voor het algemeen handhavingsbeleid van de wetten waarmee de dienst te maken heeft. Anderzijds oefent, zoals gezegd, de officier van justitie krachtens art. 148 tweede lid Sv en 148a tweede lid Sv gezag uit over de bij die dienst werkzame opsporingsambtenaren. Om de samenhang van rechtshandhaving te versterken en de democratische controle te vergroten is de positie van bijzondere opsporingsdiensten en de relatie tot de politieorganisatie onderwerp van onderzoek en overleg geweest. Zie voor het kabinetsstandpunt inzake bijzondere opsporingsdiensten het rapport *Transparantie en samenhang in de bijzondere opsporing*, Ministerie van Justitie, Directoraat-Generaal Rechtshandhaving, 26 november 1999.

34 Ook het strafrechtelijk financieel onderzoek vindt plaats onder leiding van de officier van justitie.

35 Zie D.J. Elzinga, 'Verantwoordelijkheid en aanspreekbaarheid in de verhouding tussen bestuur, Openbaar Ministerie en politie', *RM Themis* 1996, p. 205-214, m.n. p. 206-207.

Met name de tweede opvatting, die traditioneel door veel leden van het openbaar ministerie werd aangehangen, kan leiden tot een zodanig passieve houding van het openbaar ministerie, dat die met het hebben van leiding over de opsporing nog weinig van doen heeft. Ten tweede is het openbaar ministerie voor zijn informatievoorziening in hoge mate afhankelijk van de politie. Als de politie niet opspoort, of de resultaten van haar onderzoek niet doorgeeft, blijft het openbaar ministerie met lege handen zitten. Evenals de rechter staat onder negatieve controle van het openbaar ministerie, staat het openbaar ministerie onder negatieve controle van de politie. Het openbaar ministerie is in dit opzicht dus afhankelijk van de medewerking van de politie.³⁶ Hierbij kan wel worden aangetekend dat de ongeschiktheid van de politie aan het openbaar ministerie veelal zal leiden tot instructies ter zake van informatievoorziening en richtlijnen omtrent het verbaliseringsbeleid, waaraan de politie zich heeft te houden. Enigszins verwant hiermee is de situatie dat alle opsporingsambtenaren, voor zover de wet aan hen eigen bevoegdheden attribueert, deze bevoegdheden kunnen aanwenden volgens het positieve opportuniteitsbeginsel. Dat betekent dat, voorzover de wet en de regels waaraan zij zich wegens hun ongeschiktheid aan het openbaar ministerie hebben te houden, zulks toelaten, de opsporingsambtenaren kunnen besluiten al dan niet gebruik te maken van hun bevoegdheden. Binnen dat bestek zijn zij dus vrij om een bepaald onderzoek al dan niet te starten.³⁷ Het openbaar ministerie zal op dit terrein echter ook richtlijnen uitvaardigen waaraan de politie zich heeft te houden.

36 Zie Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, p. 102. Zie ook F.C.M.A. Michiels & J. Naeyé, 'De verhouding tussen bestuur en justitie in de Politiewet 1993', in: D.J. Elzinga & H.M. de Jong (red.), *Politie en rechtsstaat*, Deventer: 1998, p. 29- 60, m.n. p. 43. 'Op het terrein van de strafrechtelijke handhaving vormt het OM weliswaar het bevoegd gezag maar het kan bevelen en aanwijzingen niet rechtstreeks afdwingen bij gebrek aan beheersmacht. Het OM heeft ten aanzien van de politie, zoals gezegd, vooral negatieve macht: het kan het recherchewerk frustreren door niet te vervolgen zodat alle moeite tevergeefs is geweest. Wanneer de recherche bevelen van de OvJ weigert op te volgen en de hoofd-Commissaris de recherche in zo'n geval rugdekking geeft, heeft de OvJ voor het afdwingen van de bevelen de medewerking van de korpsbeheerder nodig. Wanneer deze niet thuis geeft, moet het OM via tussenkomst van de hoofdofficier terugvallen op de besluitvorming van het regionaal college dat de korpsbeheerder eventueel ter verantwoording kan roepen. Wanneer de gemoederen hoog oplopen zal het OM het moeten hebben van het doortastend optreden en de politieke verantwoordelijkheid van de vakministers. Tussen het OM en de korpsbeheerder lopen nu eenmaal geen gezagslijnen.'

37 Zie Y. Buruma 'Nederland' in: P.J.P. Tak (red.) *Heimelijke opsporing in de Europese Unie*, p. 547-680, m.n. p. 554.

2.4 Evaluatie van het geldende recht

In de jaren negentig van de vorige eeuw concludeerde de commissie-Van Traa dat er een drievoudige crisis was in de opsporing; het ontbreken van normen, een niet goed functionerende organisatie en problemen in de gezagsverhoudingen. Inmiddels is het opsporingsonderzoek beter genormeerd, de organisatiestructuur binnen het openbaar ministerie gewijzigd en de gezagsverhoudingen aangepast. De mogelijkheden tot overleg, het bepalen van beleid en het houden van toezicht ten aanzien van de opsporing lijken te zijn toegenomen. Speciale vermelding verdient de oprichting van het landelijk parket. Het openbaar ministerie is daardoor beter toegerust om overzicht te houden op de gang van zaken bij ingewikkelde ressorts- en grensoverschrijdende onderzoeken en om de rechter informatie te verschaffen met betrekking tot de aan hem voorgelegde zaken die onderdeel uitmaken van een dergelijk onderzoek. Dit komt niet alleen de efficiëntie ten goede, doch biedt ook meer garantie voor de rechtmatigheid en controleerbaarheid van het onderzoek.

De sturing en controle van grote opsporingsonderzoeken lijken met de komst van het landelijk parket verbeterd. Ook in het algemeen kan men vaststellen dat de sturing en controle van het opsporingsonderzoek door de officier van justitie, in zowel de regelgeving als de opsporingspraktijk, een belangrijke ontwikkeling hebben doorgemaakt. Met de reorganisatie van politie en justitie (transparantie, driehoeksoverleg) en met het inwerkingtreden van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden heeft de officier van justitie een steviger plaats gekregen in het politieonderzoek. Hij leidt de opsporing gedurende het hele vooronderzoek.³⁸ Zijn tussenkomst is zelfs geregeld met betrekking tot het verkennend onderzoek. Vooral bij het onderzoek naar zware en georganiseerde criminaliteit is de rol van de officier van justitie ten aanzien van de opsporing meer leidend en sturend dan legitimerend geworden. De sturing en controle van onderzoek naar kleinere criminaliteit lijkt in Nederland in verhouding nog te zijn achtergebleven.³⁹ Het is echter de vraag of in die gevallen een vergelijkbare bemoeienis van de officier van justitie als in grote ingewikkelde zaken of zaken die de maatschappelijke aandacht trekken, noodzakelijk is. Bij de onderzoeken naar kleine criminaliteit, veelal de meerderheid van het totale opsporingsonderzoek, kan de politie heel goed zelfstandig optreden, uiteraard met inachtneming van de algemene aanwijzingen van het openbaar ministerie.

38 Dit in tegenstelling tot Frankrijk waar de rechter-commissaris de opsporing leidt in het gerechtelijk vooronderzoek.

39 Zie P. A. M. Verrest, *De sturing en controle van de politie in het Franse en Nederlandse vooronderzoek in strafzaken*, WODC Onderzoeksnotities, 2000/3, p. 130.

Kortom de huidige organisatiestructuur biedt een deugdelijk ogend kader waarbinnen de officier van justitie door leiding te geven aan het opsporingsonderzoek, zorg kan dragen voor het rechtsgehalte van dat onderzoek en voor de resultaten daarvan verantwoordelijk kan worden gehouden.

2.5 Enige rechtsvergelijking

2.5.1 Inleiding

Naar geldend recht vindt de opsporing in Nederland plaats binnen een hiërarchische bevelsstructuur waarin aan de officier van justitie een spilfunctie is toegekend. Hij heeft de leiding over het opsporingsonderzoek, geeft daartoe bevelen aan zijn hulpofficieren en de overige opsporingsambtenaren en is verantwoordelijk voor de resultaten daarvan. Maar waarin schuilt nu zijn meerwaarde? Op welke wijze kan de officier van justitie een bijdrage leveren aan het rechtmatigheidsgehalte van het vooronderzoek?

Alvorens in te gaan op deze vragen zal eerst aandacht worden besteed aan de positie van het openbaar ministerie in de ons omringende landen.⁴⁰ In het deelrapport 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak' is een hoofdstuk gewijd aan externe rechtsvergelijking betreffende het opsporingsbegrip in enkele Europese landen. In dat hoofdstuk komt niet alleen het opsporingsbegrip als zodanig aan de orde, doch wordt tevens een schets gegeven van de organisatie en normering van het opsporingsonderzoek, de betrokken instanties en de gezagsstructuren. Een en ander kan namelijk niet los van elkaar worden beschouwd. Om niet in herhaling te vervallen volstaan wij hier met enkele opmerkingen die voornamelijk de verhouding openbaar ministerie - politie betreffen. Voor het overige wordt verwezen naar het betreffende hoofdstuk van het genoemde deelrapport.

40 De positie van het openbaar ministerie in België komt niet aan de orde. Uitvoerig daarover, C. Fijnaut, D. Van Daele & S. Parmentier, *Een openbaar ministerie voor de 21ste eeuw*, Leuven: 2000. Zie ook D. Van Daele, *Het Belgisch Openbaar Ministerie rond(t) de eeuwwisseling*, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Vergaderjaar 2000.

2.5.2 Engeland en Wales⁴¹

Het opsporen en onderzoeken van strafbare feiten is de taak van de politie. In Engeland en Wales bestaan er vele verschillende politieorganisaties alsmede enkele gespecialiseerde opsporingsdiensten. De politie verzamelt *zelfstandig* en *onafhankelijk* het bewijs voor de schuld van de verdachte aan het strafbare feit.⁴² Een strafrechtelijk onderzoek wordt gestart door de politie en ook de verdere voortgang van het onderzoek is in haar handen. Bij de toepassing van bepaalde dwangmiddelen is de toestemming van de rechter vereist. Een gerechtelijk vooronderzoek naar Frans model is onbekend. De politie beslist over de vraag of er vervolgd wordt en *waarvoor* er vervolgd wordt. De Crown Prosecution Service kan haar daarover adviseren. Bovendien kan deze dienst aan een eenmaal ingestelde vervolging een einde maken. Zowel de politie als de Crown Prosecution Service hanteren het opportuniteitsbeginsel.

Het nog maar relatief kort bestaande openbaar ministerie, de Crown Prosecution Service, heeft formeel geen zeggenschap over de opsporingsactiviteiten van de politie. Hierin wijkt zijn positie dus sterk af van het Nederlandse openbaar ministerie. Dit valt mede te verklaren door de vóór 1986 bestaande situatie waarin de politie niet alleen met de opsporing, maar ook met de vervolging was belast. Een van de punten van kritiek hierop was dat de politie vaak te weinig afstand van een zaak nam om de kansen van een vervolging goed te kunnen inschatten. Mede daarom is in 1986 de Crown Prosecution Service opgericht. In de praktijk oefent de Crown Prosecution Service wel invloed uit. Het treedt namelijk op als een soort 'gate watcher' dat wil zeggen dat het op grond van een aantal criteria van de Code for Crown Prosecutors een afweging maakt of de door de politie in beschuldiging gestelde verdachte al dan niet moet worden vervolgd. Daarbij speelt onder andere een rol de vraag of het verzamelde bewijsmateriaal reëel uitzicht biedt op een veroordeling en voorts of de vervolging het algemeen belang dient. De criteria die de Crown Prosecution Service hanteert zijn bij de politie bekend, zodat de politie in het algemeen slechts verdachten in staat van beschuldiging stelt voor zover aan deze criteria wordt voldaan. In die zin heeft de Crown Prosecution

41 Naast het hoofdstuk Rechtsvergelijking in deelrapport 2, 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak' en de daar aangehaalde literatuur zijn ook geraadpleegd S.K. de Groot, *Internationale bewijsgeving in strafzaken*, (Nederland, Engeland & Wales), Seminarium voor Bewijsrecht-reeks, Deel 5, Deventer: 2000, m.n. Hoofdstuk 3; en P.J.P. Tak, 'Engeland en Wales', in: P.J.P. Tak, *Heimelijke opsporing in de Europese Unie*, Antwerpen-Groningen: 2000, p. 207-284, m.n. p. 220-222.

42 Zie omtrent de achtergrond en de gevolgen van de onafhankelijkheid van de politie in Engeland en Wales, C.H.M. Royakkers, *De controle over de politie in Engeland en Wales* (diss. Maastricht), Deventer: 1997.

Service wel enige invloed op het opsporingsonderzoek van de politie, maar voor het overige opereren zij geheel onafhankelijk van elkaar.

De belangrijkste taak van de Crown Prosecution Service bestaat dus in het overnemen van de vervolging van strafzaken vanaf het moment waarop de politie een beslissing tot vervolging heeft genomen. In Engeland bestaat overigens geen vervolgingsmonopolie voor het openbaar ministerie. In beginsel vindt de vervolging wel plaats door de Crown Prosecution Service, maar dit kan ook door een andere persoon of instantie gebeuren, zoals bijvoorbeeld Her Majesty's Customs and Excise of een particulier. Met de komst van het openbaar ministerie is het recht tot vervolging van bijzondere opsporingsdiensten en burgers niet afgeschaft. Wel heeft het de bevoegdheid de vervolging over te nemen.

De systematiek en organisatie van de opsporing is in Engeland en Wales zodanig afwijkend van de Nederlandse dat daarin weinig aanknopingspunten zijn te vinden voor de formulering van uitgangspunten voor een nieuwe Nederlandse regeling. Naar Nederlands recht vormt de politie geen zelfstandige macht in de staat. Gaat het om de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, dan treedt de politie op onder gezag van de officier van justitie. Hij heeft de leiding over het opsporingsonderzoek en is bijgevolg ook verantwoordelijk voor de resultaten daarvan (zie par. 2.3.2). In de discussies die de afgelopen jaren zijn gevoerd over de positie van het openbaar ministerie en zijn verhouding tot de politie, werd deze gezagsrelatie als zodanig niet bestreden. Veel meer stond ter discussie de wijze waarop door het openbaar ministerie aan die gezagsrelatie tot de politie uitvoering zou moeten worden gegeven (zie par. 2.2.3). Ook wij willen niet afwijken van het algemeen aanvaarde uitgangspunt, dat het openbaar ministerie gezag heeft over de politie waar het de opsporing van strafbare feiten betreft. Met andere woorden, een zelfstandig opererend opsporingsapparaat is niet wat wij voorstaan.⁴³ De ruime marges die aan de opsporende instanties tijdens het opsporingsonderzoek zijn gelaten nopen er toe dat wordt gehandeld binnen een juridische cultuur en met een rechterlijke attitude. Met de inschakeling van het openbaar ministerie zijn die juridische cultuur en rechterlijke attitude beter te waarborgen, hetgeen overigens niet betekent dat de politie niet een eigen verantwoordelijkheid draagt voor het rechtsgehalte van haar optreden; zie met name art. 2 Politiewet 1993, waarin staat dat de politie met de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde is belast. Onder meer in de figuur van hulpofficier van justitie komt deze verantwoordelijkheid tot uitdrukking. De kans is echter groot dat de politie zelf te zeer betrokken raakt

43 Binnen de Europese Unie tekent zich ook de wens af om de politie te laten aansturen en controleren door het openbaar ministerie waar het de opsporing van strafbare feiten betreft. Denk bijvoorbeeld aan de roep om Eurojust als tegenpool van Europol. Zie deelrapport 3, 'Strafvordering en rechtshulp' (Y.G.M. Baaijens- van Geloven).

bij het opsporingsonderzoek terwijl enige distantie bij de vervolging en vaak ook al in de opsporingsfase wanneer het gaat om het nemen van verstrekkende beslissingen (denk aan grootschalige en/of ingrijpende onderzoeken die zeer kostbaar en arbeidsintensief kunnen zijn) noodzakelijk is (zie verder par. 2.6.3).

2.5.3 Duitsland⁴⁴

Het openbaar ministerie is in Duitsland op het niveau van de deelstaten georganiseerd. Aan de top van de organisatie staat per deelstaat, bij het Oberlandesgericht, een Generalstaatsanwalt. Hieronder staat het openbaar ministerie bij het Landgericht, dat wordt geleid door een Leitender Oberstaatsanwalt. Daarnaast zijn er op het niveau van het Amtsgericht, de Staatsanwälte en de Amtsanwälte. Naast de parketten op deelstatelijk niveau is er in Duitsland ook een federaal openbaar ministerie, met aan het hoofd de Generalbundesanwalt bij het Bundesgerichtshof.

Over de plaats van het openbaar ministerie in de trias politica wordt tot op heden gedebatteerd. De meerderheidsopvatting lijkt te zijn dat het openbaar ministerie als instelling sui generis zowel kenmerken vertoont van de rechterlijke als van de uitvoerende machten. Het moet worden beschouwd als een 'der dritten Gewalt zugeordnetes Organ der Rechtspflege'. De discussie omtrent de positie van het openbaar ministerie in het staatsbestel is overigens ook in Duitsland van groot belang voor de verhouding tussen het openbaar ministerie en de minister van justitie. Zo is de bevoegdheid van de ministers van justitie om in individuele strafzaken instructies te geven nog steeds omstreden.⁴⁵

In Duitsland is het uitgangspunt van de wetgever geweest dat het openbaar ministerie heer en meester is van het voorbereidend onderzoek. Dat blijkt uit het bepaalde in art. 160 StPO⁴⁶: zodra het openbaar ministerie door aangifte of anderszins kennis neemt van het vermoeden dat een strafbaar feit is gepleegd, moet het ter fine van de beslissing over de vervolging het feit opsporen. Het heeft daarbij de plicht niet alleen belastend maar ook ontlastend materiaal aan het licht te brengen en er voor te zorgen dat geen bewijs verloren gaat. In Duitsland is het openbaar ministerie - net als in Nederland - voor meer verantwoordelijk dan het eenvoudig-

44 Naast deel II: Oriëntatie van deelrapport 2, 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak' en de daar aangehaalde literatuur zijn ook geraadpleegd P.J.P. Tak, 'Duitsland', in: P.J.P. Tak, *Heimelijke opsporing in de Europese Unie*, Antwerpen-Groningen: 2000, p. 121-204, m.n. p. 126-133; en C. Fijnaut, D. Van Daele & S. Parmentier, *Een openbaar ministerie voor de 21ste eeuw*, Leuven: 2000, p. 167 e.v.

45 Meer hierover in C. Fijnaut, D. Van Daele & S. Parmentier, *Een openbaar ministerie voor de 21ste eeuw*, Leuven: 2000, p. 168-170.

46 In deze bepaling is niet alleen het legaliteitsbeginsel tot uitdrukking gebracht, doch ook de op het openbaar ministerie rustende taak en het doel van het vooronderzoek.

weg uitvoeren of doen uitvoeren van voorbereidend onderzoek. Het moet toezien op de rechtmatigheid ervan, het moet ervoor zorgen dat het voorbereidend onderzoek grondig gebeurt en dat het betrouwbare resultaten oplevert. Ook moet het zorgen voor de geboden spoed.

In 1974 is in Duitsland het gerechtelijk vooronderzoek afgeschaft. Er vond een boedelscheiding plaats van taken en bevoegdheden die voorheen aan de rechter-commissaris toekwamen. Sommige gingen over naar het openbaar ministerie, andere aan een rechterlijke functionaris, de onderzoeksrechter (Ermittlungsrechter). Het criterium daarbij was: taken en bevoegdheden die van belang zijn voor een spoedige en betrouwbare vaststelling van voldoende aanwijzingen van schuld werden aan het openbaar ministerie toebedeeld en taken en bevoegdheden die een inbreuk betekenen op de in de Grondwet neergelegde grondrechten werden toebedeeld aan de onderzoeksrechter.⁴⁷ De onderzoeksrechter kan alleen op vordering van het openbaar ministerie worden ingeschakeld.

De schijn wordt gewekt dat de officier van justitie in ieder opsporingsonderzoek vanaf het moment dat de opsporing aanvangt alle touwtjes in handen heeft. De werkelijkheid is echter vaak anders. In het merendeel van de gevallen wikkelt de politie het opsporingsonderzoek zover af dat het openbaar ministerie een beslissing over de vervolging kan nemen. In de praktijk heeft de politie dus een vergaande feitelijke verantwoordelijkheid voor de opsporing, zeker als het gaat over routinegevallen.⁴⁸ Overigens zal de politie zonder tussenkomst van het openbaar ministerie het opsporingsonderzoek slechts kunnen afwikkelen zolang de verdachte, getuigen en eventuele deskundigen coöperatief zijn en op uitnodiging van de politie vrijwillig verschijnen en zolang geen bijzondere opsporingsmethoden behoeven te worden toegepast. Bovendien, in zaken die afwijken van routinematige gevallen, moet de politie contact opnemen met het openbaar ministerie dat dan beslist of er nadere aanwijzingen nodig zijn. Daartoe is binnen ieder parket een piketdienst opgezet, zodat een dienstdoende officier van justitie dag en nacht bereikbaar is (de zogenaamde Bereitschafts-Staatsanwalt). Veelal zullen in die niet routinematige zaken de mogelijkheden van de politie om het opsporingsonderzoek zelfstandig af te wikkelen beperkt zijn. Dit klemt in het bijzonder wanneer de politie bijzondere opsporingsmethoden wil toepassen, waarover zij niet zelfstandig kan beslissen. In die gevallen moet de politie de zaak overdragen aan het openbaar ministerie zodat deze ook daadwerkelijk de leiding over het onderzoek

47 Zie hierover ook deelrapport 5, 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek' (A.E. Hartevelde & E.F. Stamhuis).

48 In Duitsland is de verhouding openbaar ministerie-politie in het voorbereidend onderzoek voorwerp van discussie tussen vóór- en tegenstanders van het aan de politie toekennen van een zelfstandig recht tot strafvervolging en van een niet aan het openbaar ministerie ondergeschikte positie. Zie P.J.P. Tak, 'Duitsland', in: P.J.P. Tak, *Heimelijke opsporing in de Europese Unie*, Antwerpen-Groningen: 2000, p. 121-204, m.n. p. 128 onder noot 12.

kan nemen. In zaken van georganiseerde criminaliteit wordt ook gestreefd naar nauwe relaties tussen het openbaar ministerie en de politie. Op grond van gemeenschappelijke richtlijnen van de ministers van binnenlandse zaken en justitie van de deelstaten is aldus bij elk parket een zogenaamde Organisierte Kriminalität-Beauftragter aangesteld. Dit is een parketmagistraat die in nauwe samenwerking met de politiediensten de ontwikkeling van de georganiseerde criminaliteit in het ressort van het Landgericht op de voet volgt en terzake de nodige analyses verricht. Daarnaast oefent deze magistraat op het vlak van de vervolging een plannende en coördinerende taak uit. Om op het niveau van het Oberlandesgericht te komen tot coördinatie van de opsporing en vervolging, wordt door de Generalstaatsanwalt een coördinerende parketmagistraat aangewezen die onder meer instaat voor een vlotte uitwisseling van informatie en ervaringen tussen verschillende parketten en politiediensten van zijn ressort.

Bij hetgeen hiervoor is opgemerkt moet worden aangetekend dat in Duitsland het Wetboek van Strafvordering zich niet richt op activiteiten in de proactieve fase. Deze fase (Vorfeldaufklärung) wordt bestreken door de politiewetten van de verschillende deelstaten. Het openbaar ministerie en de rechter hebben in deze fase geen wettelijke taken en bevoegdheden. Zij zijn slechts actief in het kader van strafvordering. De vrees bestaat dat de proactieve opsporing, zonder controle door een onafhankelijke instantie zoals het openbaar ministerie of de rechter, zich autonoom zal gaan ontwikkelen en dat de politie zelfstandig prioriteiten zal stellen met betrekking tot de personele inzet en de keuze van de te onderzoeken vormen van toekomstige criminaliteit, zonder dat het openbaar ministerie daarin enige zeggenschap heeft. De sterke wettelijke scheiding tussen justitiële en niet-justitiële politietaken, tot welke laatsten de proactieve opsporing wordt gerekend, werken deze vrees in de hand.⁴⁹ Het legaliteitsbeginsel dwingt de politie echter om al in een vroeg stadium het openbaar ministerie in kennis te stellen van haar proactieve opsporingsactiviteiten, omdat het openbaar ministerie ter zitting de betrouwbaarheid en rechtmatigheid van het bewijsmateriaal zal hebben te verantwoorden. Het openbaar ministerie moet niet het gevaar lopen dat bepaald bewijs door een Verwertungsverbot wordt getroffen. Bovendien hebben de 'Vorfeldermittlungen' enigszins aan betekenis ingeboet als gevolg van het oprekken van het verdenkingscriterium.⁵⁰ Toch blijft de kans aanwezig dat noch de rechter, het openbaar ministerie of de verdediging van de in de proactieve fase gebruikte opsporingsmet-

49 Bij de zogeheten Ordnungswidrigkeiten is evenmin sprake van een strafvorderlijke opsporing hetgeen inhoudt dat het openbaar ministerie op geen enkele wijze bij de opsporing van Ordnungswidrigkeiten is betrokken. Dat is alleen anders als de Ordnungswidrigkeit tevens een strafbaar feit oplevert.

50 Zie hieromtrent deel II: Oriëntatie van deelrapport 2, 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak'.

hoden op de hoogte raken, omdat niet alle proactieve opsporing uitmondt in een strafprocedure.⁵¹

Het uitgangspunt dat het openbaar ministerie de leider is van het vooronderzoek voorzover het de opsporing van strafbare feiten betreft, is gelijk aan het onze. In vergelijking met Nederland heeft de politie in Duitsland wel meer zelfstandigheid door de sterke scheiding tussen strafvordering en preventieve politietaken die genormeerd zijn door de Landespolizeigesetze en waartoe ook de proactieve fase wordt gerekend. Deze scheiding wordt bij ons zo niet gemaakt. Voorzover het de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde betreft, vindt het politieoptreden plaats onder gezag en verantwoordelijkheid van het openbaar ministerie (zie par. 2.3). Het maakt daarbij geen verschil of het om repressief dan wel proactief optreden gaat. Dat proactieve politietaken onder gezag en verantwoordelijkheid van het openbaar ministerie vallen is eveneens uitgangspunt in de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden. Het ruime opsporingsbegrip dat door ons wordt voorgestaan noopt niet tot een andere opvatting. Integendeel, proactieve politietaken maken in dat geval deel uit van de opsporing van strafbare feiten en vallen reeds daarom onder gezag en verantwoordelijkheid van het openbaar ministerie.⁵²

2.5.4 Frankrijk⁵³

In Frankrijk is de officier van justitie (de procureur de la République) belast met de opsporing en vervolging van strafbare feiten en heeft daartoe gezag over de politie. Hij leidt het opsporingsonderzoek en maakt bij zijn beslissing omtrent vervolging gebruik van het opportuniteitsbeginsel. De rechter-commissaris (juge d'instruction) leidt het onderzoek (instruction) tijdens het gerechtelijk vooronderzoek (information judiciaire). De strafbare feiten die in de vordering van de opening van het gerechtelijk vooronderzoek zijn opgenomen bepalen de grenzen van het onderzoek dat de juge d'instruction mag verrichten. Ontdekt hij tijdens het zijn onderzoek andere strafbare feiten, dan moet hij aan de procureur de la République uitbreiding van de vordering vragen.

51 Aan de andere kant wordt wel betoogd dat de Polizeigesetze de vrijheidsrechten van burgers op vergelijkbare wijze beschermen als het wetboek van strafvordering, behoudens het ontbreken van het toezicht door het openbaar ministerie.

52 Zie deelrapport 2, 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak' (G. Knigge & N.J.M. Kwakman).

53 Naast deel II: Oriëntatie van deelrapport 2, 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak' en de daar aangehaalde literatuur is ook geraadpleegd P.A.M. Verrest, *De sturing en controle van de politie in het Franse en Nederlandse vooronderzoek in strafzaken*, WODC Onderzoeksnotities, 2000/3; en van dezelfde, 'Frankrijk' in: P.J.P. Tak, *Heimelijke opsporing in de Europese Unie*, Antwerpen-Groningen: 2000, p. 339-383, m.n. p. 347-350.

Er zijn twee vormen van opsporingsonderzoek. Het gewone opsporingsonderzoek (*enquête préliminaire*). Dat kan door de politie zelfstandig worden geopend of door de procureur de la République. Belangrijkste kenmerk van dat onderzoek is dat er niet of nauwelijks dwangmiddelen tegen de verdachte mogen worden gebruikt. Daarnaast is er een apart opsporingsonderzoek (*enquête de flagrance*). Dit onderzoek kan bij een heterdaadsituatie worden gebruikt en hierin kunnen meer dwangmiddelen worden toegepast. De duur van dit onderzoek is beperkt tot maximaal acht dagen. Beide onderzoeken kunnen in elkaar overlopen. Bij zware misdrijven en onderzoek met een zekere complexiteit zal door de procureur de la République na het opsporingsonderzoek, de opening van een gerechtelijk vooronderzoek gevorderd worden. De *juge d'instruction* kan alle opsporingshandelingen verrichten die volgens hem kunnen bijdragen aan het vinden van de materiële waarheid. Met zogenaamde *rogatoire commissies* geeft hij de politie aan wat onderzocht moet worden. Hij sluit het onderzoek en neemt nadat hij kennis heeft genomen van de conclusies van de procureur de la République, zelf een beslissing over verdere vervolging. De verplichting voor de rechter-commissaris om volstrekt onafhankelijk en onpartijdig onderzoek te doen noodzaakt tot een strenge controle op het handelen van de politie. In het gerechtelijk vooronderzoek is zelfs een aparte procedure voorzien ter controle van de regelmatigheid van het onderzoek.

In Frankrijk wordt een ruim opsporingsbegrip gehanteerd. De Code de procédure pénale en de jurisprudentie stellen niet de eis dat er een concrete verdenking van een strafbaar feit ten grondslag moet liggen aan het instellen van een opsporingsonderzoek. Het ruime opsporingsbegrip heeft tot gevolg dat in beginsel elke onderzoekshandeling van de politie in het kader van de opsporing van strafbare feiten automatisch binnen de *enquête préliminaire* valt. De regels van deze *enquête* bepalen de grenzen van de bevoegdheden van de politie.

Ook op het gebied van sturing en controle heeft het ruime opsporingsbegrip gevolgen. Het gezag van de officier van justitie over de politie geldt onverkort en op elk moment van het opsporingsonderzoek. Het zou logisch zijn te veronderstellen dat proactief onderzoek vanwege het ruime opsporingsbegrip in zijn geheel onder de *enquête préliminaire* zou vallen. In de praktijk is dit echter niet het geval. Er is van oudsher onderscheid tussen een politieke fase en een justitiële fase in het onderzoek. In de eerste fase worden inlichtingen en informatie vergaard. De taken in deze fase liggen in de preventieve sfeer, zoals het voorkomen van strafbare feiten en het uitoefenen van controle en toezicht. De politieke fase valt buiten het opsporingsonderzoek. In de praktijk wordt een deel van het proactieve onderzoek door de politie onder deze politieke fase geschoven, hierbij geholpen door het feit dat de meest gespecialiseerde politiediensten zich zowel bezighouden met tactisch onderzoek als met CID-matig onderzoek. De indruk bestaat dat de politie in een onderzoek naar de georganiseerde criminaliteit pas op het moment dat de

aanwijzingen zo sterk geworden zijn dat er meteen bewijs verzameld kan worden, naar het opsporingsonderzoek overschakelt. Het geheel brengt met zich mee dat de politie voor een belangrijk deel zelf bepaalt vanaf welk moment er justitiële sturing en controle op het onderzoek wordt uitgeoefend.⁵⁴

Tot voor een aantal jaren hield het Franse openbaar ministerie zich in het algemeen weinig bezig met de sturing en controle van de politie. De politie verrichtte opsporingsonderzoek en stuurde de resultaten aan het eind van het onderzoek naar de officier van justitie. Het beeld van een passief openbaar ministerie veranderde alleen tijdens de enquête *flagrance*, waar de officier zich op grond van de wet genoodzaakt zag daadwerkelijk het onderzoek te sturen. Aan het einde van de jaren tachtig werd een nieuw systeem van sturing ontwikkeld: de *traitement en temps réel*. Het was een herontdekking van een aantal elementaire bepalingen uit de *Code de procédure pénale*, die de sturing en controle van de politie moet regelen. Daarbij moet vooral worden gedacht aan de verplichting die op de politie rust om de officier van justitie voldoende te informeren door melding van strafbare feiten en door het naleven van de verbaliseringsplicht.⁵⁵ De invoering van de *traitement en temps réel* heeft in de Franse onderzoekspraktijk een verschil doen ontstaan tussen de sturing en controle van de politie in het opsporingsonderzoek naar kleinere criminaliteit en de sturing en controle van het opsporingsonderzoek naar zware en georganiseerde criminaliteit. In dat laatste onderzoek was ineens minder sturing dan in het eerste onderzoek. In de opsporingspraktijk werd dit echter niet meteen als een probleem ervaren. Pas de afgelopen jaren, na het stuklopen van een aantal grote onderzoeken door onregelmatigheden in het vooronderzoek, is er een proces van bewustwording. Gezien de versnippering van het politieapparaat enerzijds en de toename van de georganiseerde criminaliteit anderzijds, wordt getracht de doelmatigheid van de politie en justitie te vergroten door middel van reorganisatie, specialisatie, harmonisatie en gestructureerde samenwerking en voorts door een meer centrale regie, coördinatie en beleidsontwikkeling ter bestrijding van de georganiseerde criminaliteit. Daarnaast wordt gewerkt aan de verbetering van de relatie tussen de politie en het openbaar ministerie. De sturing en controle is versterkt en het moment waarop de officier van justitie zich met het opsporingsonderzoek gaat bezighouden is naar voren geschoven. Het is zelf ook grotere

- 54 Gezien het ruime opsporingsbegrip lijkt het gebruik van opsporingsmethoden meteen het bestaan van een enquête préliminaire te veronderstellen. Aan te nemen valt echter dat ook in de politieke fase van onderzoek gebruik wordt gemaakt van opsporingsmethoden. Zie P.A.M. Verrest, 'Frankrijk', in: P.J.P. Tak, *Heimelijke opsporing in de Europese Unie*, Antwerpen-Groningen 2000, p. 339-383, m.n. p. 349-350; en deel II: Oriëntatie van deelrapport 2, 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak' (G. Knigge & N.J.M. Kwakman).
- 55 In praktische zin bestaat de sturing uit veel telefonisch contact. De politie belt verplicht de officier van justitie bij ontdekking op heterdaad, bij aanhouding van de verdachte en op meerdere momenten tijdens de inverzekeringstelling. Ter controle worden ook stelselmatig de dagjouwmaals van wachtcommandanten van politie bureaus opgevraagd.

onderzoeken ter hand gaan nemen. Daarin wordt het overigens enigszins beperkt, doordat voor de toepassing van een aantal opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen de instelling van een gerechtelijk vooronderzoek is vereist. Parallele opsporing is in Frankrijk absoluut verboden. Met de vordering van een gerechtelijk vooronderzoek doet de officier van justitie in Frankrijk afstand van het onderzoek.⁵⁶

Ondanks bovengenoemde ontwikkeling beschikt de politie in Frankrijk toch, deels bij gebrek aan regelgeving op het gebied van bijzondere opsporingsmethoden, over een behoorlijke handelingsvrijheid. De sturing en controle is in de Code de procédure pénale vormgegeven op basis van reactief onderzoek. In alle andere gevallen begint de politie zelf een onderzoek. In Frankrijk is de officier van justitie niet betrokken bij de selectie en projectvoorbereiding van die onderzoeken. Door de afwezigheid van gezag over de CID-activiteiten van de politie en het verkennend onderzoek en door het ontbreken van teamofficieren speelt dit onderzoek zich voor een deel af buiten het gezichtsveld van de officier van justitie en hij kan pas gaan sturen als hij op de hoogte wordt gesteld.⁵⁷ Ook het Franse openbaar ministerie staat dus onder 'negatieve controle' van de politie. Officieren van justitie zijn zich terdege bewust van die negatieve controle en bedelven een politiefunctionaris geregeld onder een spervuur van vragen. Uitgangspunt van die vragen en van de controle op de opsporingshandelingen van de politie is en blijft echter het dossier. Het bewijs dat daarin figureert moet brandschoon zijn. Er is minder belangstelling voor handelingen van de politie in het onderzoek, die niet in direct verband staan tot het verzamelde bewijs. Bovendien houdt de officier van justitie afstand ten opzichte van concrete opsporingshandelingen van de politie. De politie verricht het onderzoek, magistraten zorgen voor juridische sturing is het uitgangspunt.

Het Nederlandse strafprocesrecht is in belangrijke mate afgeleid van het Franse recht. In de loop van de tijd zijn de Franse en Nederlandse wetgeving weliswaar uit elkaar gegroeid, maar de opbouw van het strafproces en de rol van de organen die er in optreden vertonen nog altijd enige overeenkomst. De politie, de officier van justitie en de rechter-commissaris hebben nog steeds min of meer vergelijkbare taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden. Geconfronteerd met een stijging

56 De rechter-commissaris leidt het gerechtelijk vooronderzoek, stelt het dossier samen en neemt aan het einde van het onderzoek een beslissing over de verdere vervolging. Anders dan in Nederland is de officier dus geen dominus litis. Het openbaar ministerie dreigt daardoor de interesse in het onderzoek kwijt te raken. Het heeft geen zicht meer op het handelen van de politie terwijl deze formeel gezien nog steeds onder zijn gezag staat.

57 Het Franse wetsvoorstel inzake reorganisatie van het openbaar ministerie besteedt aandacht aan bovengenoemde problemen in de opsporingspraktijk. Het wijst expliciet op de sturende en controlerende functie van de officier van justitie. Het scheidt daartoe een informatieplicht voor de politie. De officier van justitie krijgt de mogelijkheid om bij een onderzoek van enige omvang gezamenlijk met het hoofd van de politie de inzet van middelen en personeel te bepalen.

van de criminaliteit, intensivering van de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit en een toenemende internationalisering van de rechtspleging vinden er de afgelopen jaren in beide landen op dezelfde terreinen, namelijk het strafprocesrecht en de organisatie van politie en justitie, echter hervormingen plaats en het ziet er naar uit dat de oplossingen die de Franse en de Nederlandse wetgever kiezen uiteindelijk van elkaar zullen verschillen.⁵⁸ Zo heeft het Nederlandse openbaar ministerie door de reorganisatie een eigen centrale leiding gekregen, die het openbaar ministerie een meer onafhankelijke positie verschafte ten opzichte van de minister van justitie op het terrein van de beleidsvorming en coördinatie van de opsporing. Daarentegen is in Frankrijk - als reactie op de verdenking van politiek getinte interventies van de minister van justitie - vooral een grote mate van onafhankelijkheid gezocht voor het openbaar ministerie in individuele zaken. Waar in Frankrijk de aanwijzingsbevoegdheid van de minister van justitie in concrete zaken wordt afgeschaft, is deze in Nederland in de nieuwe Wet RO juist bevestigd.⁵⁹ Hierboven hebben we gezien dat in Frankrijk, net als in Nederland en in tegenstelling tot Duitsland waar het proactieve optreden in de politiewetten van de verschillende landen is geregeld, het gezag van de officier van justitie dus niet alleen geldt voor de opsporing van strafbare feiten, maar in bredere zin het optreden ter strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde en het verrichten van taken ten dienste van justitie betreft. Een belangrijk verschil met Nederland is wel, dat het gezag van de Franse officier van justitie minder diep is geworteld en niet geldt voor het verkennend onderzoek en CID-activiteiten van de politie. Daar komt bij dat het Nederlandse openbaar ministerie veel meer dan het Franse openbaar ministerie een regiefunctie heeft toebedeeld gekregen. Hij leidt het hele vooronderzoek in strafzaken.⁶⁰ In Frankrijk is er mede door het verbod van parallelle opsporing een scherpe scheiding tussen het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk vooronderzoek en de bevoegdheidsverdeling tussen politie, officier van justitie en rechter-commissaris verschilt al naar gelang er sprake is van een opsporingsonderzoek of gerechtelijk vooronderzoek. In Nederland is de rol van de rechter-commissaris in het kader van sturing en controle over de politie op dit moment al in grote lijnen teruggebracht tot het incidenteel (vooraf) toetsen van de toepassing van enkele opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen. Onze voorstellen sluiten

58 Zie P. A. M. Verrest, *De sturing en controle van de politie in het Franse en Nederlandse vooronderzoek in strafzaken*, WODC Onderzoeksnotities, 2000/3, p. 1 e.v.

59 Zie P. A. M. Verrest, *De sturing en controle van de politie in het Franse en Nederlandse vooronderzoek in strafzaken*, WODC Onderzoeksnotities, 2000/3, p. 5-6.

60 Een grote betrokkenheid van de officier van justitie bij operationele beslissingen in het onderzoek wordt daar wel als een gevaar gesignaleerd. Dit gevaar wordt overigens ook door Nederlandse officieren van justitie naar voren gebracht. Zie P. A. M. Verrest, *De sturing en controle van de politie in het Franse en Nederlandse vooronderzoek in strafzaken*, WODC Onderzoeksnotities, 2000/3, p. 137-138.

daarbij aan. De meest verstrekkende consequentie van het deelrapport 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek' van Hartevelt en Stamhuis is dat in de voorgestelde opzet van het vooronderzoek helemaal geen plaats meer wordt ingeruimd voor het gerechtelijk vooronderzoek onder leiding van de rechter-commissaris. De in dat deelrapport voor die keuze aangehaalde argumenten achten wij overtuigend en wij zien geen reden om deze argumenten naar aanleiding van de vergelijking met het Franse systeem bij te stellen. Dat dit ook consequenties heeft voor de positie die wij toekennen aan het openbaar ministerie in het vooronderzoek is duidelijk.

2.5.5 Conclusie

De algemene conclusie die wij uit deze rechtsvergelijking kunnen trekken is dat het functioneren van het openbaar ministerie in het vooronderzoek afhankelijk is van de normering, structuur en organisatie van de strafvordering en van de institutionele verhoudingen. Men kan het een niet los zien van het ander.⁶¹ Willen wij de positie van het openbaar ministerie elders als voorbeeld nemen, dan moeten wij ook de nationale organisatiestructuren van onze strafvordering en de institutionele verhoudingen aanpassen. Alleen om die reden al biedt de rechtsvergelijking met Engeland en Wales, vanwege de common law traditie aldaar en de (onafhankelijke) positie die de politie in die traditie inneemt, weinig aanknopingspunten. De verschillen met Duitsland en Frankrijk zijn minder groot. Dit heeft niet in de laatste plaats te maken met het feit dat alle drie de landen een civil law traditie hebben. In alle drie de landen is het openbaar ministerie belast met de opsporing en vervolging van strafbare feiten. De belangrijkste verschillen met Duitsland vloeien voort uit het feit er in Duitsland een sterke scheiding bestaat

61 Een recent grootschalig internationaal vergelijkend onderzoek naar onder andere het harmoniserende effect op nationale politie- en justitieorganisaties van 'Het Plan van Aanpak van de Georganiseerde Criminaliteit (1997)' laat zien - aldus M. den Boer - dat de directe impact van de Europese Unie op de architectuur van nationale politie- en justitieorganisaties ook nog betrekkelijk gering is. Samenvattend biedt de vergelijking van reorganisatiepatronen in de Lidstaten een sterk variërend patroon. Nationale eigenschappen en gebeurtenissen zijn in hoofdzaak verantwoordelijk voor het bereik van organisatorische veranderingen. Er zijn nauwelijks tot geen aanwijzingen gevonden voor een systematisch naar elkaar toegroeien. Voorlopig blijven de politie- en justitieorganisaties van de Lidstaten nog uiterst verschillend van aard en zijn er slechts in de 'bovenbouw' (centrale coördinatie- en contactpunten) enkele gelijkaardige modellen te bespeuren. De wijze waarop deze nationale coördinatiestructuren zijn ingebed, wordt weer overwegend bepaald door vooraf bestaande organisatiestructuren en -culturen. Zie M. den Boer, 'Uniform model voor bestrijden van georganiseerde misdaad?' *Tijdschrift voor de Politie*, 2000, p. 4-9 en M. den Boer & P. Doelle, et al. (red.), *Controlling Organised Crime: Organisational Changes in the Law Enforcement and Prosecution Services of the EU Member States*, Final Report on the Research Project 98/FAL/145 funded by the EU 'Falcone' Programme and the Dutch Ministry of Justice (WODC), Maastricht, European Institute of Public Administration, 2000.

tussen strafvordering, waartoe de opsporing wordt gerekend en waarover het openbaar ministerie dus zeggenschap heeft en preventieve politietaken die in de politiewetten zijn geregeld en waarin aan het openbaar ministerie geen bevoegdheden zijn toegekend. De proactieve fase wordt tot deze preventieve politietaken gerekend. De wettelijke scheiding tussen strafvordering en de preventieve politietaken kan er daarom toe leiden dat de proactieve opsporing zich autonoom zal ontwikkelen, zonder controle door een onafhankelijke instantie zoals het openbaar ministerie of rechter. Een zelfstandig opererend opsporingsapparaat is echter niet wat wij voorstaan. Naar Nederlands recht valt de proactieve fase onder de strafrechtelijke rechtshandhaving en daarmee onder het gezag en de verantwoordelijkheid van het openbaar ministerie. De verschillen met Frankrijk betreffen ook de sturing en controle van de politie door het openbaar ministerie. Veel van deze verschillen zijn te herleiden tot de uiteenlopende rol die de officier van justitie en de rechter-commissaris spelen in het Franse en Nederlandse vooronderzoek en de scherpe scheiding die in Frankrijk bestaat tussen het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk vooronderzoek als gevolg van het verbod van parallelle opsporing. In Nederland is in de loop der tijd het onderscheid tussen het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk vooronderzoek verwaterd en de rol van de rechter-commissaris in het kader van sturing en controle over de politie teruggebracht tot het incidenteel (vooraf) toetsen van de toepassing van enkele opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen. Voor een terugkeer naar de oorspronkelijke systematiek waarin de Franse structuur van sturing en controle beter past, zien wij geen aanleiding (zie hiervoor par. 2.5.4).

2.6 *Uitgangspunten voor een nieuwe regeling*

2.6.1 *Inleiding*

In het deelrapport 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek' wordt een nieuwe positionering van de rechter-commissaris voorgesteld. Zijn kerntaken zullen zijn de toetsing van dwangmiddelen ('machtiging') enerzijds en onderzoek op geïsoleerde punten anderzijds. Dit betekent dat de rechter-commissaris wanneer hij bij de zaak betrokken wordt niet de leiding meer heeft over het volledige onderzoek. Deze leegte moet worden opgevuld. De officier van justitie is hiervoor de juiste figuur. Hij zal leiding moeten geven aan het vooronderzoek en hij zal daarbij tevens de rechtmatigheid en de voortgang van het onderzoek moeten bewaken. In zijn betrokkenheid bij het vooronderzoek zien wij een belangrijke waarborg voor het rechtsgehalte daarvan. Deze betrokkenheid is overigens geheel in overeenstemming met de in de praktijk gegroeide situatie welke hieronder, aan de hand van de bestaande regels, uiteengezet zal worden.

Aangezien de door ons voorgestane betrokkenheid van het openbaar ministerie bij het vooronderzoek niet wezenlijk afwijkt van de bestaande situatie, worden in het grondslagenonderzoek voor de toekomst op deze onderdelen geen fundamentele wijzigingen voorgesteld. De slotsom zal zijn dat de officier van justitie zonder ingrijpende maatregelen het gat kan opvullen dat door de rechter-commissaris wordt achtergelaten.

2.6.2 Centrale positie van het openbaar ministerie in de Nederlandse strafvordering

Ingevolge art. 124 van de wet RO is de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde een kerntaak van het openbaar ministerie. Dat moet zo blijven. Het openbaar ministerie oefent deze taak uit onder politieke verantwoordelijkheid van de minister van justitie (die in dat verband algemene en bijzondere aanwijzingen kan geven) en legt verantwoording af ten overstaan van de rechter. Het beleid dat het openbaar ministerie daarbij voert berust op een positieve uitleg van het opportuniteitsbeginsel.

De georiënteerdheid op de rechter is groot. Tijdens het openbare eindonderzoek kan de vertegenwoordiger van het openbaar ministerie immers worden aangesproken op de wijze waarop het gezag over de opsporingsambtenaren is uitgeoefend. Het openbaar ministerie is geconstrueerd als een - niet onafhankelijk - onderdeel van de rechterlijke macht. Deze specifieke positie brengt mee dat het op een zekere afstand van het politieke bestuur opereert en met een rechterlijke attitude.

In de jaren negentig verkeerde de opsporing in een drievoudige crisis; het ontbreken van normen, een niet goed functionerende organisatie en problemen in de gezagsverhoudingen. Mede naar aanleiding daarvan is de organisatiestructuur binnen het openbaar ministerie gewijzigd en zijn de gezagsverhoudingen aangepast (zie par. 2.2.4 en 2.3.2). De mogelijkheden tot overleg, het bepalen van beleid en het houden van toezicht lijken, waar het de opsporing betreft, met de reorganisatie te zijn toegenomen (zie par. 2.4). Speciale vermelding verdient in dit verband de oprichting van het landelijk parket dat zich richt op grootschalige, ressorts- en grensoverschrijdende onderzoeken. Door deze centralisatie kan het openbaar ministerie overzicht houden op de gang van zaken bij ingewikkelde ressorts- en grensoverschrijdende onderzoeken.⁶² Waar meerdere arrondissementen bij een onderzoek zijn betrokken en waar proactief en reactief handelen in elkaar overlopen,

62 Centralisatie, ofwel de inrichting van centrale coördinatie- en contactpunten, zowel op justitieals politieniveau is - naast specialisatie - een bij meerdere nationale politie- en justitieorganisaties binnen de Europese Unie waargenomen tendens. Zie het in de vorige noot aangehaalde rechtsvergelijkende onderzoek.

is het openbaar ministerie met het landelijk parket beter toegerust om afstemming en coördinatie te bewerkstelligen.⁶³ Het is ook beter in staat de rechter informatie te verschaffen met betrekking tot de aan hem voorgelegde zaken die onderdeel uitmaken van een dergelijk grootschalig onderzoek. Dit alles komt niet alleen de efficiëntie van het onderzoek ten goede, doch biedt ook garanties voor de rechtmatigheid daarvan.

2.6.3 De officier van justitie in het opsporingsonderzoek

Algemeen

Het opsporingsonderzoek wordt doorgaans verricht door de politie. Zij heeft tot taak in ondergeschiktheid aan het bevoegd gezag en in overeenstemming met de geldende rechtsregels te zorgen voor de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde. De officier van justitie bekleedt bij dit alles een spilfunctie (zie par. 2.3; zie voor zijn rol in het opsporingsonderzoek met name art. 132a Sv, de art. 140-148 Sv en de art. 152-159 Sv; zie ook par. 2.3). Hij dient garant te staan voor de rechtsstatelijkheid van de opsporing (zie par. 2.2.4 en hieronder). Dit onderzoek beoogt daar geen verandering in te brengen.

Het opsporingsonderzoek heeft een eigen karakter, niet alleen door de toepassing van dwangmiddelen die per definitie een inbreuk maken op de burgerlijke grondrechten, maar ook door het feit dat de opsporing in het perspectief staat van een mogelijke strafrechtelijke sanctie. De procesrisico's voor de verdachte zijn hoog, met name in de meer ernstige zaken. Opsporen is bovendien meer dan het toepassen van dwangmiddelen. Ook ambtsverrichtingen zonder toepassing van dwang maar wel ingrijpend van aard zoals het uitvoeren van een buurtonderzoek, het verhoren van getuigen of meer algemene activiteiten zoals het observeren van potentiële verdachten of het infiltreren in criminele organisaties, kunnen bijdragen aan het oplossen van strafbare feiten. Met name de eerste fase van het opsporingsonderzoek is een zeer riskante fase van de strafprocedure doordat de besluitvorming vrijwel vormvrij tot stand komt, de beslissing over de verdenking van feitelijke aard is, de toepasselijke dwangmiddelen ruim zijn opgezet en aan de politie een grote mate van operationele autonomie is gegund. Niet alleen de mogelijkheid van foutieve beslissingen, maar ook de onherstelbaarheid van ten onrechte toegepaste opsporingsmethoden dragen bij aan dit risico.⁶⁴ Het zijn deze ruime marges, royale bevoegdheden en de daaraan verbonden risico's die tot de inschakeling van een (meer) onafhankelijke en juridisch deskundige figuur nopen.

63 Hier heeft het openbaar ministerie een duidelijke voorsprong op het rechter-commissariaat.

64 Zie M.S. Groenhuijsen & J. Naeyé, 'De herstructurering van het voorbereidend onderzoek in strafzaken', in: C. Fijnaut & P. Spierenburg (red.) *Scherp toezicht*, Amhem 1990, p. 233-281, m.n. p. 240.

Al wordt de officier van justitie niet aangemerkt als een rechterlijke autoriteit in de zin van art. 5, derde lid EVRM, van hem mag als lid van de staande magistratuur wel worden verwacht dat hij beschikt over de benodigde juridische kennis en dat hij in staat is voldoende afstand te nemen van de zaak waarbij hij betrokken is om deze op een onafhankelijke en onpartijdige wijze te beoordelen. Met zijn inschakeling kan dus de controle, de integriteit, de eenheid en de objectiviteit van het optreden in het kader van het opsporingsonderzoek beter worden gegarandeerd. Normering alleen is daartoe niet voldoende. Bovendien kan hij op het onderzoek ter terechtzitting op de rechtmatigheid van het optreden van de opsporingsambtenaren en van de toegepaste dwangmiddelen worden aangesproken, hetgeen zijn betrokkenheid terzake zal vergroten.

Vanwege de toepassing van het opportuniteitsbeginsel wordt het strafrechtelijke optreden niet altijd door de zittingsrechter gecontroleerd. Het grondslagenonderzoek zal hierin geen verandering brengen. Ook in die gevallen echter, waarin de zaak niet voor de rechter wordt gebracht, mag het strafrechtelijk optreden niet in strijd komen met regelgeving, jurisprudentierecht en rechtsbeginselen. Zeker ook in dat verband zijn de juridische cultuur en juridische integriteit waarbinnen de regelgeving wordt gehanteerd en wordt opgetreden zo belangrijk. Hiermee is overigens niet gezegd dat de politie zelf geen verantwoordelijkheid draagt voor de juridische kwaliteit en integriteit van handelen tijdens het opsporingsonderzoek. In par. 2.5.2 is daar op gewezen. Met name in de figuur van hulpofficier komt deze verantwoordelijkheid tot uitdrukking. De politie zit in de praktijk echter veel dichterbij het onderzoek dan de officier van justitie. Daardoor is het moeilijker om voor ingrijpende beslissingen de noodzakelijke afstand te bewaren.⁶⁵

Leider van het opsporingsonderzoek

De officier van justitie dient dus garant te staan voor de rechtsstatelijkheid van de opsporing. Deze waarborgfunctie kan hij alleen gestalte geven als hij een wezenlijke rol heeft in het opsporingsonderzoek. Dit betekent niet dat hij in ieder opsporingsonderzoek de operationele leiding moet hebben. Integendeel, vaak zal de politie dat heel goed zelf kunnen. Waar het om gaat is dat de officier van justitie toezicht heeft op wat er gebeurt, zodat hij als dat nodig is kan ingrijpen. Alleen dan kan hij daadwerkelijk verantwoordelijkheid dragen. De gezagsrol van de officier van justitie jegens de politie moet daarom niet beperkt zijn tot een volgende, legitimerende rol. Integendeel, zijn rol moet worden opgevat als een leidende, sturende rol. Daarmee is niet gezegd dat de officier van justitie zich moet mengen in tactisch-operationele vraagstukken. Hij is geen speurneus eerste klas. Het dragen

65 De leidinggevende positie van het openbaar ministerie in het vooronderzoek zal onvermijdelijk met zich meebrengen dat ook de officier van justitie een zekere verbondenheid met de loop van het onderzoek zal ervaren.

van verantwoordelijkheid, zowel politiek als voor de rechter, impliceert naar de mening van de onderzoeksgroep wel (enige mate van) zeggenschap en dat is meer dan een oordeel achteraf over de legitimiteit van het handelen van de politie.⁶⁶ Zijn gezag kan manifest worden, hetzij op eigen initiatief, hetzij wanneer de opsporingsinstantie daar zelf behoefte aan heeft. Naarmate het gewicht of de complexiteit van de zaak toeneemt, zal de officier van justitie er in de regel nauwer bij betrokken zijn.

Het openbaar ministerie moet dus invloed hebben en uitoefenen op datgene wat er tijdens het vooronderzoek gebeurt. Een passieve houding van het openbaar ministerie met betrekking tot de opsporing vergroot de mogelijkheid van een negatieve controle door de politie en verkleint daarmee de invloed van het openbaar ministerie op het vooronderzoek. Hierbij kan wel worden aangetekend dat met de reorganisatie van politie en justitie en met het inwerkingtreden van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden de officier van justitie een steviger plaats heeft gekregen in het opsporingsonderzoek. Door uiteenlopende instrumenten, zoals het geven van richtlijnen, aanwijzingen, instructies en het voor- of achteraf verlenen van instemming kan het openbaar ministerie vorm geven aan zijn verantwoordelijkheid voor de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. Naar de mening van de onderzoeksgroep moet dat zo blijven. Het openbaar ministerie is als landelijke organisatie, als enige in staat om de regionaal georganiseerde politie aan te sturen tot een landelijk en eenvormig strafvorderingsbeleid.

Centrale rol bij de toepassing van opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen
Binnen de bestaande opsporingspraktijk is de politie afhankelijk van de besluitvorming en toestemming van de officier van justitie voor de toepassing van ingrijpende dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden. Wordt met betrekking tot de toepassing van dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden de betrokkenheid van de rechter verlangd, dan is het aan de officier van justitie om in een concreet geval te beslissen over de vordering daartoe.⁶⁷ In de toekomst dient daar geen verandering in te komen. Slechts in een enkel geval, wanneer het optreden van de officier van justitie niet kan worden afgewacht, kan de hulpofficier van justitie tussen geschoven worden.⁶⁸ Bij de dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden

66 Hetgeen overigens niet betekent dat wij uit een verantwoordingsplicht bevoegdheden afleiden. Vergelijk A.C. 't Hart, *Het Nederlands Openbaar Ministerie rond(t) de eeuwwisseling*, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Vergaderjaar 2000, m.n. p. 103-104. Die bevoegdheden heeft het openbaar ministerie op basis van wetgeving, zoals bijvoorbeeld bepalingen uit het Wetboek van Strafvordering.

67 Zie omtrent de afbakening van deze gevallen deelrapport 5, 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek' (A.E. Hartevelde & E.F. Stamhuis).

68 Vergelijk bijvoorbeeld de huidige bevoegdheid tot doorzoeking in art. 97, derde lid Sv.

waarvoor tussenkomst van de rechter niet is vereist, is het eveneens de officier van justitie die over de toepassing beslist. Soms, bijvoorbeeld in spoedeisende gevallen, kan er sprake zijn van een getrapte bevoegdheid. Gaat het om weinig ingrijpende dwangmiddelen of opsporingsbevoegdheden, dan kunnen deze door opsporingsambtenaren zelfstandig worden toegepast.⁶⁹ Ook daarbij geldt echter dat de officier van justitie vanuit zijn leidinggevende positie en de bestaande gezagsstructuur algemene of bijzondere aanwijzingen kan geven hoe door de opsporingsambtenaren gehandeld moet worden. Hij blijft immers verantwoordelijk voor de resultaten daarvan. Een en ander zal nader worden uitgewerkt bij de specifieke vormgeving van de dwangmiddelen en de opsporingsbevoegdheden.

2.6.4 Centrale rol bij de vervolging

De centrale rol van het openbaar ministerie bij de vervolging willen wij handhaven. Vaak wordt gesproken over het 'vervolgingsmonopolie' van het openbaar ministerie. In de (huidige) wet staat echter nergens met zoveel woorden dat het openbaar ministerie een monopolie heeft waar het de vervolging van strafbare feiten betreft. Dit wordt afgeleid uit het feit dat de wet geen enkele andere instantie aanwijst met een vervolgingsrecht. De macht van het openbaar ministerie in het strafproces wordt mede bepaald door dit 'vervolgingsmonopolie' in samenhang met de positieve hantering van het strafvorderlijk opportuniteitsbeginsel.

De onderzoeksgroep acht het niet uitgesloten dat in de toekomst ook andere overheidsorganen een vervolgingsrecht krijgen toebedeeld, hetzij door de wet, hetzij door delegatie of mandaat. Voorlopig volstaan wij er mee in dit verband te verwijzen naar de mogelijkheden met betrekking tot het 'derde spoor'. In het vervolgonderzoek zal deze vraag omtrent attributie en delegatie of mandaat van het vervolgingsrecht nader aan de orde komen. Uitgangspunt daarbij is wel dat voor het openbaar ministerie een centrale taak blijft weggelegd waar het de vervolging betreft. Die taak kan inhouden, een negatieve controle (zoals in Engeland en Wales), of een positieve controle door overname (vergelijk Privatklage). De taak kan ook bestaan uit toekijken en aanwijzingen geven, eventueel in het kader van een soort driehoeksoverleg. Ook bij de buitengerechtelijke afdoening behoudt het openbaar ministerie zijn spilfunctie.

2.6.5 Slotsom: uitvoering uitgangspunten

Voor de uitvoering van bovengenoemde uitgangspunten met betrekking tot de positie van het openbaar ministerie in het vooronderzoek bieden de bestaande

69. Het huidige Wetboek van Strafvordering kent zelfs een dwangmiddel die door een ieder kan worden toegepast namelijk aanhouding bij heterdaad (zie art. 53, eerste lid).

organisatiestructuur en gezagsverhoudingen voldoende basis. Door de wijzigingen die de afgelopen jaren hebben plaatsgehad, lijken de mogelijkheden tot overleg, het bepalen van beleid en het houden van toezicht ten aanzien van de opsporing verbeterd. Ook het huidige procesrecht, waarin aan de officier van justitie al een centrale rol in het opsporingsonderzoek is toebedeeld, biedt voldoende aanknopingspunten voor onze uitgangspunten. Dit betekent dat wij voor wat betreft de positie van het openbaar ministerie in het opsporingsonderzoek overwegend aansluiting zoeken bij het bestaande recht. Zonder ingrijpende maatregelen kan de officier van justitie het gat opvullen dat door de nieuwe positionering van de rechter-commissaris wordt achtergelaten.

3 Rechtsbescherming ingekaderd

3.1 Afbakening

In de algemene inleiding van dit deelrapport is aangegeven dat in de structuur van het huidige wetboek de 'vervolging' moet worden aangemerkt als het kader waarin een samenhangend pakket van rechtswaarborgen aan de verdachte is toegekend. Deze rechtswaarborgen zijn in het bijzonder gecentreerd rond de toepassing van de voorlopige hechtenis en de instelling van een gerechtelijk vooronderzoek. De voorstellen voor vormgeving van de rechterlijke bemoeienis met het vooronderzoek⁷⁰ roepen onmiddellijk de vraag op welke consequenties een en ander heeft voor het systeem van rechtsbescherming. Indien zekere consequenties negatief moeten worden beoordeeld, rijst vervolgens de vraag welke maatregelen moeten worden getroffen om eventuele tekortkomingen in het geheel van rechtswaarborgen te compenseren.

De nieuwe positionering van de rechter in het vooronderzoek noopt tot beantwoording van uiteenlopende onderzoeksvragen. Eensdeels komen deze kwesties in andere delen van dit interimrapport aan de orde, anderdeels moet in dit hoofdstuk op opkomende onderzoeksvragen een antwoord worden geformuleerd. Het is voor de duidelijkheid en inzicht in de samenhang van de diverse deelrapporten van belang allereerst het in dit hoofdstuk te verrichten onderzoek af te bakenen van de andere relevante onderzoeksthema's. Insteek voor deze afbakening is een inventarisatie van de onderdelen van het systeem van rechtswaarborgen dat de wetgever rond de 'vervolging' heeft opgetrokken. De memorie van toelichting bij het wetboek biedt hiervoor de nodige aanknopingspunten. Hierin heeft de wetgever namelijk vrij uitvoerig geschetst welke wijzigingen hij heeft aangebracht

70 Zie deelrapport 5. 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek' (A.E. Harteveld & E.F. Stamhuis).

in de regeling van het vooronderzoek, afgezet tegen de oude regeling van de voorlopige informatiën, de rechtsingang en de gerechtelijke instructie, en welke garanties hij daarin ter versterking van de positie van de verdachte heeft willen inbouwen. In dit verband gaat het om een zestal punten.

a. Specificatie van de verdenking en informeren van de verdachte

Bij het doen van een vordering tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek dient het openbaar ministerie het feit 'zoo nauwkeurig als in deze stand der zaak mogelijk is' te omschrijven (art. 181 Sv). Dezelfde eis geldt voor een door de rechter gegeven bevel tot toepassing van voorlopige hechtenis: het bevel moet 'zo nauwkeurig mogelijk het strafbare feit ten aanzien waarvan de verdenking is gerezen' aanduiden (art. 78). Vervolgens dient de verdachte, in het kader van het gerechtelijk vooronderzoek bij gelegenheid van het eerste verhoor en bij de voorlopige hechtenis zo mogelijk voorafgaande aan het verhoor door de rechter-commissaris, over het feit waarop de verdenking betrekking heeft, te worden geïnformeerd. Deze voorzieningen moeten bewerkstelligen 'dat de verdachte niet in onwetendheid blijft omtrent de hem te laste gelegde feiten en zoo spoedig mogelijk wete, waartegen hij zich heeft te verdedigen'.⁷¹

b. Interne openbaarheid

In het oude wetboek was het vooronderzoek voor de verdachte geheim. Hiermee heeft de wetgever principieel willen breken. Voor het gerechtelijk vooronderzoek is uitgegaan van 'eene vrij groote mate van openbaarheid voor de partijen'.⁷² Deze openbaarheid is niet onbepaald en kan worden afgewogen tegen het belang van het onderzoek. Als deze belangen zich verzetten tegen openbaarmaking van bepaalde gegevens aan de verdachte, biedt het wetboek mogelijkheden om deze openbaarmaking tijdelijk op te schorten.

c. Participatie aan onderzoek

De informatieverstrekking omtrent de aard van de verdenking en de interne openbaarheid staan ten dienste van de aan de verdachte toegekende rechten, waarmee 'hij voor zijne belangen bij den rechter kan opkomen en die belangen kan doen verdedigen, zich als procespartij kan doen gelden'. Het uitgangspunt dat de verdachte ook in het vooronderzoek zoveel mogelijk als procespartij moet worden erkend, blijkt uit uiteenlopende voorzieningen. Hierbij kan worden gedacht aan de mogelijkheden om een inbreng te hebben in het verloop van het gerechtelijk vooronderzoek, om een oordeel van de rechter in te roepen als de verdachte meent

71 MvT, zoals opgenomen in Melai, *Wetboek van Strafvordering*, 'Inleiding', p. 23; zie ook *Kamerstukken II 1992/93*, 23 251, nr. 3, MvT, p. 7.

72 MvT, in: Melai, *a.w.*, p. 21.

'in zijne rechten als procespartij te zijn verkort' en de mondelinge behandeling door de raadkamer.⁷³

d. Objectiviteit en onpartijdigheid

Gesteld voor de vraag aan wie de uitvoering van het vooronderzoek moest worden toevertrouwd, heeft de wetgever de in het oude wetboek neergelegde verhoudingen willen bestendigen. In principe behield de officier van justitie de keuzevrijheid om het onderzoek in eigen hand te houden of het onderzoek over te dragen aan de rechter-commissaris. Die vrijheid van keuze was echter 'in werkelijkheid minder groot dan zij schijnt', nu 'aan den officier belangrijke bevoegdheden ontbreken, die hij om zelf het onderzoek met vrucht te kunnen instellen zou behoeven, in het bijzonder het recht om verdachten en getuigen te dagvaarden en voor zich te doen geleiden'. Zodra de uitvoering van het onderzoek de toepassing van belangrijke bevoegdheden vergde, was het voor de officier van justitie min of meer noodzaak om de rechter-commissaris bij het onderzoek te betrekken. Hoofdargument voor deze verhouding tussen officier van justitie en rechter-commissaris was de verwachting dat in het door de rechter te verrichten onderzoek 'voor den verdachte een waarborg gezien mag worden voor grootere onpartijdigheid en objectiviteit dan bij het openbaar ministerie verwacht kan worden'.⁷⁴

e. Overzicht en voortgang van onderzoek

Het gerechtelijk vooronderzoek door de rechter-commissaris bevordert niet alleen de objectiviteit en onpartijdigheid van het onderzoek, maar vormt tevens een garantie voor een voorspoedige uitvoering van het onderzoek. Doordat de rechter-commissaris zelf het onderzoek in handen heeft, is hij op de hoogte van de stand van zaken. Aldus kan hij snel en gemakkelijk beslissen over de uitvoering van gewenste onderzoeksactiviteiten en de inzet van de hem ter beschikking staande bevoegdheden.⁷⁵

f. Termijnen voor verdere vervolging

Na voltooiing van het gerechtelijk vooronderzoek dient de verdachte niet in onzekerheid te worden gelaten over het verdere verloop van de procedure. Binnen korte tijd (oorspronkelijk: binnen een maand) dient de officier van justitie te beslissen over het vervolg van de zaak en deze beslissing mede te delen aan de verdachte. Verzuim om tijdig te beslissen over de verdere vervolging leidt ertoe dat het vervolgingsrecht wordt verspeeld (art. 244 en 255 Sv). Na voorlopige hechtenis geldt voor de officier van justitie eenzelfde verplichting, zij het dat het

73 MvT, in: Melai, *a.w.*, p. 11-12.

74 MvT, in: Melai, *a.w.*, p. 19-20.

75 MvT, in: Melai, *a.w.*, p. 20-21.

moment voor de beslissing omtrent de verdere vervolging niet is gefixeerd, maar afhankelijk is van het moment waarop 'de zaak tot klaarheid is gebracht' (art. 245).⁷⁶

Een aantal van de bovenstaande punten komt ook in andere deelrapporten aan de orde. Allereerst kan worden gewezen op het deelrapport over het voorarrest. Het behoeft weinig betoog dat de specificatie van het feit, de interne openbaarheid, de mogelijkheid van verdediging, onpartijdige en objectieve beoordeling door de rechter en spoed bij de vormgeving van de regeling van het voorarrest belangrijke aandachtspunten zijn. De positie en taak van de rechter in het vooronderzoek komt uitgebreid aan de orde in het deelrapport over de rechterlijke bemoeienis met het vooronderzoek. Voorts is in het tweede hoofdstuk van dit deelrapport ingegaan op de positie van het openbaar ministerie in het vooronderzoek. Hierbij is aangegeven dat verantwoordelijkheid voor de opsporing impliceert dat het openbaar ministerie heeft te waken voor de rechtmatigheid van het vooronderzoek, de te betrachten onpartijdigheid en objectiviteit en voor de voortgang van het onderzoek. Verder vormt de interne openbaarheid het thema van het vierde hoofdstuk van dit deelrapport. Tenslotte zullen diverse van de genoemde punten ook aan de orde komen bij het in het derde projectjaar uit te voeren onderzoek naar de normering van dwangmiddelen.

Naar aanleiding van het voorgaande kunnen thans de thema's worden geformuleerd, die verder in dit hoofdstuk centraal zullen staan. Als de 'vervolging' wordt losgelaten als aanknopingspunt voor rechtsbescherming, wordt op de eerste plaats onderzocht of daarvoor een alternatief moet worden aangereikt, en zo ja, welke strafprocessuele activiteit daarvoor geschikt is. Direct hierop aansluitend zal op de tweede plaats worden onderzocht of deze processuele activiteit moet worden omkleed met enkele waarborgen. Hierbij kan worden gedacht aan specificatie van de verdenking, het schriftelijk informeren van de verdachte daarover en de toekenning van bevoegdheden aan de verdachte, waarmee hij invloed kan uitoefenen op inhoud en voortgang van het vooronderzoek. Op de derde plaats wordt bezien of de aan de verdachte te bieden rechtszekerheid verlangt dat de door de officier van justitie in de zaak te nemen vervolgingsbeslissingen, in het bijzonder met het oog op daarvoor te stellen termijnen en gevolgen, moeten worden genormeerd.

76 MvT, in: Melai, *a.w.*, p. 23.

3.2 Kenmerken van het geldende recht

Het is niet zinvol op deze plaats aan te geven op welke wijze de wetgever de in dit hoofdstuk van belang zijnde en aan de 'vervolging' gekoppelde thema's positiefrechtelijk heeft uitgewerkt. In dit opzicht doen de voorgestelde afschaffing van het gerechtelijk vooronderzoek en de constatering dat thans de aan deze fase verbonden waarborgen feitelijk maar in een zeer beperkt aantal strafzaken tot gelding kunnen komen, het wenselijker voorkomen te inventariseren welke waarborgen het huidige recht aan de verdachte toekent, voorzover die juist niet zijn gerelateerd aan de instelling van een 'vervolging'.⁷⁷

Specificatie van de verdenking en informeren van de verdachte

Het wetboek bevat een groot aantal bepalingen waarin wordt voorgeschreven dat het strafbare feit ter zake waarvan de verdenking is gerezen, moet worden gespecificeerd. In belangrijke mate gaat het hierbij om voorschriften betreffende de toepassing van onderzoeksbevoegdheden. In deze gevallen strekt de verlangde specificatie van het delict ertoe controle mogelijk te maken aangaande de vraag of bij de toepassing van de betrokken bevoegdheid de vereiste voorwaarden zijn nageleefd. Doorgaans wordt een en ander opgenomen in processen-verbaal en komt de verdachte van de aard van de verdenking op de hoogte op grond van het recht tot kennisneming van de stukken. Slechts in een beperkt aantal gevallen is voorgeschreven dat de verdachte hierover zelfstandig dient te worden geïnformeerd. Het betreft de volgende bevoegdheden.

- a. Bij het ophouden ter identificatie van de verdachte dient hem een afschrift van het tot het ophouden strekkende bevel te worden uitgereikt. In het bevel moeten het strafbare feit en de feiten en omstandigheden die tot de verdenking hebben geleid, beknopt worden omschreven (art. 61b Sv).
- b. In het kader van het conservatoire beslag is voorgeschreven dat de aan het beslag ten grondslag liggende schriftelijke machtiging aan de verdachte moet worden betekend. Uit deze machtiging blijkt van de verdenking naar aanleiding waarvan het conservatoire beslag is gelegd (art. 103 en 94c Sv jo. 702 Rv).
- c. Bij het eerste verhoor van de verdachte in het kader van het strafrechtelijk financieel onderzoek dient de verdachte een afschrift van de vordering van de officier van justitie en machtiging van de rechter-commissaris tot het instellen van het strafrechtelijk financieel onderzoek ter hand te worden gesteld (art. 126a, lid 4 Sv). Uit deze vordering en machtiging blijkt ter zake van welk strafbaar feit het onderzoek is ingesteld. Hetzelfde geldt voor de nadere vordering en machtiging, waarbij een eerder gesloten strafrechtelijk financieel onderzoek

⁷⁷ Of aan een direct met de 'vervolging' verband houdend onderwerp, zoals de in verzekeringstelling.

- wordt heropend. Deze nadere vordering en machtiging dienen zo spoedig mogelijk aan de verdachte te worden betekend (art. 126f, lid 5 Sv).
- d. De verdachte en zijn raadsman dienen, voorzover het belang van het onderzoek het toelaat, tijdig schriftelijk van een voorgenomen schouw in kennis te worden gesteld. Als het belang van het onderzoek zich daartegen niet verzet, mogen zij de uitvoering van de schouw bijwonen. Daarbij kunnen zij invloed uitoefenen op de wijze van uitvoering van de schouw (art. 150 Sv).
 - e. Bij een doorzoeking van plaatsen is wettelijk alleen bepaald dat de verdachte zich kan laten bijstaan door een raadsman (art. 99a Sv).
 - f. De verdachte dient zo spoedig mogelijk te worden geïnformeerd over een op last van de officier van justitie uitgevoerd DNA-onderzoek. Daarbij moet hij worden gewezen op het recht om op zijn verzoek een nieuw DNA-onderzoek uit te laten voeren (art. 151a Sv).

In de voorgaande opsomming, zeker als een en ander wordt geplaatst in het grotere geheel van het opsporingsonderzoek en de in dat kader uit te oefenen bevoegdheden, valt weinig structuur te ontdekken. Zo zijn bijvoorbeeld de onder d. en e. weergegeven verschillen tussen de schouw en het doorzoeken van plaatsen niet begrijpelijk. Ook is niet duidelijk waarom de onder f. genoemde informatie en het recht op een tegenonderzoek niet tevens zijn geregeld in het kader van de in art. 151 Sv geregelde bevoegdheid voor de officier van justitie om deskundigen te benoemen.

Invloed op richting en voortgang van vooronderzoek

In de bij de wet van 27 mei 1999, *Stb.* 1999, 243 aan het wetboek toegevoegde artikelen 36a t/m 36e Sv is de zogenaamde 'mini-instructie' op verzoek van de verdachte geregeld. Aan de verdachte is het recht toegekend om aan de rechter-commissaris te verzoeken enige handeling van onderzoek te doen. Hierbij kan worden gedacht aan het horen van een getuige, het doen uitvoeren van een deskundigenonderzoek etc. Dit verzoek kan worden gedaan vanaf het moment waarop jegens de verdachte een handeling is verricht waaraan hij in redelijkheid de verwachting kan ontnemen dat tegen hem een vervolging zal worden ingesteld. Na aanvang van de vervolging kan zo'n verzoek alleen maar worden gedaan als het onderzoek op de terechtzitting nog niet is aangevangen. Op de verzochte en door de rechter-commissaris te verrichten onderzoekshandelingen zijn de bepalingen van het gerechtelijk vooronderzoek van overeenkomstige toepassing.

Bijzonder in deze regeling van de mini-instructie op verzoek van de verdachte is het gegeven dat de rechter-commissaris in het vooronderzoek wordt betrokken zonder dat aan zijn inschakeling een door het openbaar ministerie geformuleerde inbeschuldigingstelling ten grondslag ligt. In de systematiek van het wetboek is

deze bemoeienis van de rechter met het vooronderzoek dan ook een vreemde eend in de bijt.⁷⁸

Naast deze bevoegdheid van de verdachte om aan de rechter-commissaris een verzoek te doen tot het verrichten van bepaalde onderzoekshandelingen, worden de verdachte incidenteel mogelijkheden geboden om invloed uit te oefenen op de gang van zaken tijdens het vooronderzoek. Gewezen kan worden op de hiervoor genoemde regeling betreffende de uitvoering van een schouw en het DNA-onderzoek. In dit verband kan ook nog worden genoemd het tot de officier van justitie te richten verzoek om een deskundige te benoemen (art. 151 Sv).

De uitvoering van het opsporingsonderzoek is niet gebonden aan termijnen. Wel is voor diverse ambtshandelingen voorgeschreven dat zij met de nodige spoed moeten worden verricht. Zo moet een proces-verbaal 'ten spoedigste' worden opgemaakt en dienen opgemaakte processen-verbaal 'onverwijld' aan de (hulp)officier van justitie te worden gezonden (zie de art. 152, 155 en 156 Sv). Deze aanmaningen tot spoed moeten evenwel primair worden opgevat als instructienormen voor de betrokken functionarissen; verzuimen hebben dan niet direct consequenties.⁷⁹ Verder schemert ook in art. 159 Sv door dat de zaak zo snel mogelijk tot klaarheid dient te worden gebracht. De duur van het opsporingsonderzoek is in het algemeen echter onbepaald. De verdachte heeft ook geen middelen tot zijn beschikking om aan te dringen op een spoedige afronding van het opsporingsonderzoek. De enige uitzondering hierop is de mogelijkheid voor de verdachte om zich in de loop van het strafrechtelijk financieel onderzoek tot de raadkamer te wenden met het verzoek tot beëindiging van het financiële opsporingsonderzoek.⁸⁰ Inhoudelijk is onder omstandigheden voor de verdachte de enige waarborg tegen een te lang voortslepend opsporingsonderzoek de in art. 6 EVRM neergelegde garantie dat de berechting niet onredelijk mag worden vertraagd.

De beslissing van de officier van justitie na afronding van het opsporingsonderzoek Na voltooiing van het opsporingsonderzoek wordt het dossier door de politie ingezonden naar het parket van de officier van justitie. Deze dient vervolgens een beslissing te nemen over het aan de zaak te geven vervolg. De enige instructie

78 Vgl. het rapport van de Commissie herijking Wetboek van Strafvordering, *Herziening van het gerechtelijk vooronderzoek*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 69-70. In het oorspronkelijke wetsvoorstel tot herziening van het gerechtelijk vooronderzoek was om deze reden nog besloten om de mini-instructie op verzoek van de verdachte *niet* in het wetboek op te nemen; zie *Kamerstukken II* 1992/93, 23 251, nr. 3, p. 6-9. De Nota van wijziging gaf echter blijk van een gewijzigd inzicht; zie *Kamerstukken II* 1994/95, 23 251, nr. 9, p. 6-8.

79 Zie bijv. HR 20 september 1982, *NJ* 1983, 368, m.nt. GEM.

80 Gedurende het opsporingsonderzoek kan de verdachte niet verzoeken om een verklaring van beëindiging van de zaak, aangezien art. 36 Sv daarvoor de eis stelt dat de vervolging al moet zijn aangevangen.

die het wetboek hiervoor bevat is art. 167 Sv: als de officier van justitie meent dat de zaak moet worden vervolgd, moet daartoe 'zoo spoedig mogelijk' worden overgegaan. In de jurisprudentie heeft deze eis geen uitwerking gekregen. Inhoudelijk is de redelijke termijn van berechting van art. 6 EVRM de enige garantie tegen het lang uitblijven van een beslissing tot verdere vervolging.

Oordeelt de officier van justitie een vervolging niet op zijn plaats, dan mag hij daar 'op gronden aan het algemeen belang ontleend' van afzien (art. 167, lid 2). Deze beslissing is vormvrij. Niet is voorgeschreven dat deze beslissing ter kennis van de verdachte moet worden gebracht. Ook is de juridische strekking van deze beslissing, in het bijzonder de vraag in hoeverre de officier aan een beslissing tot sepot gebonden is, niet geregeld.

De door de officier van justitie te nemen beslissingen kunnen, naast het instellen van een vervolging of het seponeren van de zaak, bestaan uit het aanbieden van een transactie (art. 74-74c Sr), een voorwaardelijk sepot en het ad informandum voegen van de zaak bij een andere zaak waarvoor de verdachte wordt vervolgd. Het voorwaardelijk sepot en de voeging ad informandum zijn in het wetboek niet genormeerd.⁸¹

De door het wetboek aan het openbaar ministerie geboden vrijheid omtrent de wijze van afdoening van een zaak is in de jurisprudentie ingekaderd aan de hand van beginselen van een goede procesorde. In dit verband kunnen het verbod van willekeur, het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel betekenen dat het openbaar ministerie gehouden wordt te handelen overeenkomstig richtlijnen en aanwijzingen voor het transactie- en strafvorderingsbeleid. Afwijkingen van dit beleid kunnen aan de hand van de genoemde beginselen worden getoetst en eventueel onrechtmatig bevonden. Het gevolg is dan dat het openbaar ministerie in een aangevangen vervolging niet-ontvankelijk wordt verklaard.⁸² Op dezelfde wijze komt betekenis toe aan een beslissing van het openbaar ministerie om een zaak te seponeren.⁸³

Tegen de beslissing om de zaak door middel van een dagvaarding ter terechtzitting aanhangig te maken, kan de verdachte overeenkomstig art. 262 Sv binnen acht dagen na de betekening van de dagvaarding een met redenen omkleed bezwaarschrift indienen bij de rechtbank.⁸⁴ Dit bezwaarschrift is bedoeld als middel voor de verdachte om te waken tegen een lichtvaardige vervolging. Het indienen

81 Zie over art. 167 Sv en de diverse door de officier van justitie te nemen beslissingen uitgebreid: J.M. Reijntjes, in: Melai, *Wetboek van Strafvordering*, aantekeningen op art. 167.

82 Zie bijvoorbeeld HR 22 februari 2000, *NJ* 2000, 557, m.nt. Sch.; G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, 3e dr., p. 220-225.

83 Zie bijv. HR 29 mei 1978, *NJ* 1978, 358; HR 21 januari 1986, *NJ* 1987, 663; HR 23 april 1996, *NJ* 1996, 549.

84 Ook tegen de kennisgeving van verdere vervolging na een gerechtelijk vooronderzoek of voorlopige hechtenis kan de verdachte een bezwaarschrift indienen, zie art. 250 Sv.

van een bezwaarschrift heeft tot gevolg dat de rechtbank in een raadkamerprocedure onderzoek doet naar de ontvankelijkheid van de officier van justitie in de vervolging, de strafbaarheid van feit en verdachte of de negatief geformuleerde onvoldoende aanwijzing van schuld. De omvang van het door de raadkamer uit te voeren onderzoek is beperkt: de toetsing van de vervolgingsbeslissing aan de genoemde punten is marginaal. Afhankelijk van de resultaten van het onderzoek wordt het bezwaarschrift ongegrond verklaard, dan wel wordt de verdachte geheel of gedeeltelijk buiten vervolging gesteld. Een buitenvervolginstelling heeft tot gevolg dat de verdachte voor hetzelfde feit (in de zin van art. 68 Sr) niet weer in rechte kan worden betrokken, tenzij nieuwe bezwaren bekend zijn geworden (zie art. 255 Sv). Tegen een ongegrondverklaring staat voor de verdachte geen rechtsmiddel open.

Deze schets van het huidige recht maakt duidelijk dat de opsporingsfase met het oog op de drie aangegeven invalshoeken zeer gebrekkig genormeerd is. Daarbij springt in het oog dat de spaarzame wel in de wet aan te treffen voorzieningen structuur missen. De consequentie is dat het huidige recht, met het oog op de voorgestelde opzet van het vooronderzoek en de plaats en functie van de rechter daarin, weinig uitgangspunten biedt voor de opbouw van een systeem van rechtsbescherming. In dit opzicht zullen derhalve nieuwe uitgangspunten moeten worden geformuleerd. Met dit doel zal in het navolgende worden onderzocht in hoeverre aan de garanties van de art. 5 en 6 EVRM maatstaven kunnen worden ontleend.

3.3 *De betekenis van de art. 5 en 6 EVRM voor het vooronderzoek*

De voorzieningen betreffende de persoonlijke vrijheid in art. 5 EVRM en de processuele garanties van art. 6 EVRM bevatten diverse aandachtspunten die van betekenis zijn voor de inrichting van het vooronderzoek. Heel concreet geeft art. 5, lid 2, EVRM met betrekking tot de strafvorderlijke vrijheidsbeneming aan: 'Everyone who is arrested shall be informed promptly, in a language which he understands, of the reasons for his arrest and of any charge against him'.⁸⁵ Aan een gearresteerde dienen dus de feitelijke en juridische gronden voor de vrijheidsbeneming te worden medegedeeld. Uit de rechtspraak van het EHRM kan worden afgeleid dat aan de overeenkomstig dit voorschrift te verschaffen informatie geen hoge eisen worden gesteld. Zo hoeven de 'reasons' en de 'charge' niet schriftelijk of in een bepaalde vorm te worden gegeven. Ook hoeft een en ander niet direct bij de arrestatie te worden medegedeeld; aan art. 5, lid 2, is voldaan als bij

85 De betekenis van art. 5 EVRM voor de regeling van de strafvorderlijke vrijheidsbeneming wordt besproken in deelrapport 6, 'Voorarrest' (J. uit Beijerse & J.B.H.M. Simmelink).

gelegenheid van de vrijheidsbeneming slechts summiere informatie wordt verschaft en de feitelijke en juridische gronden voor de vrijheidsbeneming voor de aangehouden persoon verder duidelijk worden in de loop van het na de arrestatie plaatsvindende verhoor. Verder volgt uit het tweede lid geen afgeleid recht tot inzage van de stukken waaruit kan blijken van de 'reasons' en 'charge' van de vrijheidsbeneming.⁸⁶ Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat aan verdragsstaten de nodige ruimte wordt geboden voor uitwerking van het betrokken verdragsvoorschrift in het nationale recht.

Hoewel de garanties van art. 6 EVRM zijn geformuleerd in het kader van de berechting van het strafbare feit door de rechter, is in de jurisprudentie van het EHRM aangenomen dat die garanties ook van betekenis kunnen zijn voor het vooronderzoek. Heel duidelijk is dit aan de orde bij het recht op berechting 'within a reasonable time'. Gerekend vanaf het moment van een 'charge' in de zin van art. 6, lid 1, EVRM - te begrijpen als een 'official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence'⁸⁷ - heeft het betrokken individu aanspraak op behandeling van de zaak door een rechter binnen een redelijke termijn. De aard van de activiteiten die behoren te worden aangemerkt als een 'charge' is uiteenlopend. Heel in het algemeen stelt de Hoge Raad hieraan inhoudelijk de eis dat er sprake moet zijn van een handeling waaraan de verdachte 'in redelijkheid de verwachting kan ontlenen dat tegen hem ter zake van een bepaald strafbaar feit door het openbaar ministerie een strafvervolging zal worden ingesteld'. Meer concreet hoeft een enkel politieverhoor niet steeds als zo'n handeling te worden aangemerkt; de inverzekeringstelling van de verdachte en de betekening van de inleidende dagvaarding daarentegen wel.⁸⁸ De redelijkheid van een bij de berechting in acht te nemen termijn is niet aan vaste periodes gebonden, maar wordt ingekleurd aan de hand van een drietal factoren: de ingewikkeldheid van de zaak, de proceshouding van de verdachte en zijn raadsman en de wijze waarop de zaak door de bevoegde autoriteiten is behandeld.⁸⁹ Uit deze factoren volgt dat het vraagstuk van de redelijkheid van een in acht te nemen termijn moeilijk vooraf valt te bepalen; in wezen valt alleen achteraf aan de hand van het verloop van het vooronderzoek te bepalen dat de berechting van de zaak te lang op zich heeft laten wachten. De consequentie is dat het vereiste van berechting binnen redelijke termijn geen 'harde'

86 P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Den Haag: Kluwer Law International 1998, p. 367-369; A.E. Harteveld, B.F. Keulen & H.G.M. Krabbe, *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, 2e dr., Groningen: Wolters-Noordhoff 1996, p. 60-62.

87 Zie bijv. EHRM 22 mei 1998, *NJ* 1998, 809, m.nt. Kn.

88 Vgl. HR 3 oktober 2000, *NJ* 2000, 721, m.nt. JdH.

89 P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *a.w.*, p. 446 e.v.; A.E. Harteveld, B.F. Keulen & H.G.M. Krabbe, *a.w.*, p. 96 e.v.

aandachtspunten kan opleveren die van belang zijn voor de inrichting van het vooronderzoek, met name niet met het oog op een binding van beslissingen omtrent de voortgang en het aan de zaak te geven vervolg aan bepaalde termijnen.

In wezen geldt deze consequentie ook voor de andere garanties van art. 6 EVRM die in de loop van het vooronderzoek tot gelding kunnen worden gebracht. Weliswaar kunnen de in art. 6, lid 1, EVRM besloten liggende garanties, zoals de 'equality of arms'-gedachte, en de minimumgaranties van art. 6, lid 3, ook op het vooronderzoek van invloed zijn⁹⁰, doch de mate van invloed en de wijze waarop aan de verschillende garanties in het vooronderzoek invulling moet worden gegeven, is in de jurisprudentie van het EHRM afhankelijk van de omstandigheden van het geval en de strekking van de desbetreffende garantie.⁹¹ Essentieel hierbij is dat veronachtzaming van die garantie in het vooronderzoek tot gevolg heeft dat het later plaatsvindende proces niet meer 'fair' kan worden genoemd. Een gebrekkige verwerkelijking van een van de garanties van art. 6 in het vooronderzoek kan derhalve tijdens de terechtzitting worden gerepareerd, als gevolg waarvan de eerlijkheid van het proces in zijn geheel niet meer ter discussie staat. Een voorbeeld hiervan biedt het arrest van 8 februari 1996, *NJ* 1996, 725, m.nt. Kn, waarin de vraag naar de rechtsbijstand bij gelegenheid van het politieverhoor aan de orde kwam. Onder de omstandigheden van het geval, in het bijzonder het gegeven dat de uitoefening van het zwijgrecht door de verdachte bij het politieverhoor doorwerkt bij de bewijslevering op de terechtzitting, vereiste art. 6 dat 'the accused has the benefit of the assistance of a lawyer already at the initial stages of police interrogation'. Zonder die doorwerking van opsporingsactiviteiten naar het onderzoek ter zitting kan aan art. 6 EVRM geen aanspraak op rechtsbijstand bij het politieverhoor worden gebaseerd. Een voorbeeld van geheel andere aard betreft de uitoefening van het recht tot ondervraging van getuigen. Het EHRM staat toe dat voor het bewijs gebruik wordt gemaakt van verklaringen van getuigen, die zijn afgelegd in het vooronderzoek, mits 'the defendant be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, either when he makes his statements or at a later stage'.⁹² De mogelijkheid tot rechtstreekse ondervraging van de getuige kan dan in de loop van het vooronderzoek, maar moet uiterlijk ter terechtzitting worden geboden. Wordt een rechtstreekse ondervraging niet toegestaan, dan mag de verklaring van de getuige niet meewerken aan het bewijs. Met een blik op het vooronderzoek dient het ondervragingsrecht slechts dan in de voorfase te worden gegarandeerd, als die bevoegdheid uiteindelijk op de terechtzitting niet kan worden uitgeoefend.

90 Zoals het tijdig verstrekken van informatie over 'nature and cause of the accusation', het ondervragen van getuigen, rechtsbijstand, bijstand van een tolk.

91 Vgl. A.E. Hartevelt, B.F. Keulen & H.G.M. Krabbe, *a.w.*, p. 82.

92 Zie o.m. EHRM 23 april 1997, *NJ* 1997, 635, m.nt. Kn.

De garanties van art. 6 EVRM moeten waarborgen dat de gehele strafprocedure 'eerlijk' verloopt. Voorzover die eerlijkheid in al zijn facetten niet op de terechtzitting kan worden verwerkelijkt, kan deze tekortkoming onder omstandigheden door de gang van zaken in het vooronderzoek worden gecompenseerd. De uitstraling van de garanties van art. 6 naar het vooronderzoek staat derhalve ten dienste van het eerlijke proces op de openbare terechtzitting. Hieruit volgt dat art. 6 wel inspiratie kan bieden voor hervorming van het vooronderzoek, doch geen dringende argumenten kan opleveren voor afwegingen omtrent de wijze waarop de rechtsbescherming in het vooronderzoek moet worden vormgegeven.

3.4 *Wat leert vreemd recht?*

3.4.1 Inleiding

Uit de voorgaande paragraaf volgt dat aan het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM weinig 'harde' uitgangspunten kunnen worden ontleend voor de inrichting van een stelsel van rechtsbescherming in het vooronderzoek. De verklaring daarvoor ligt besloten in de strekking van art. 6 EVRM: de deelgaranties van deze bepaling staan in het teken van het 'eerlijke proces'. Die deelgaranties werken enkel door in het vooronderzoek, voorzover het 'eerlijke proces' zulks vereist. Thans wordt de blik gericht op de wetgeving in andere landen. In het bijzonder zal aandacht worden besteed aan de rechtsbescherming in het vooronderzoek in de Nederlands-Antilliaanse en Arubaanse strafvordering en het Duitse strafprocesrecht. Oorspronkelijk was in deze landen een belangrijk deel van het vooronderzoek in handen gelegd van een rechter. Nu in beide landen de rol van de rechter is terug gedrongen⁹³, en daarmee de rechtsbescherming los is komen te staan van het door de rechter uitgevoerde onderzoek⁹⁴, kunnen wellicht de in deze stelsels aan te treffen voorzieningen betreffende de rechtspositie van de verdachte tijdens het vooronderzoek inspiratie bieden voor de formulering van uitgangspunten voor een nieuwe Nederlandse regeling. Zoals in par. 3.1 is aangegeven, zal de belangstelling voornamelijk uitgaan naar voorzieningen die verband houden met het verschaffen van informatie aan de verdachte omtrent de aard van de verdenking en de voortgang van het onderzoek, naar mogelijkheden om te participeren in het onderzoek en de na afronding van het vooronderzoek te nemen beslissingen.

93 In Duitsland sedert 1975, in de Nederlandse Antillen en Aruba met de inwerkingtreding van het nieuwe wetboek van strafvordering voor de Nederlandse Antillen en Aruba.

94 Althans substantieel is verminderd.

3.4.2 Het wetboek van strafvordering van de Nederlandse Antillen en Aruba⁹⁵

In het Antilliaanse en Arubaanse strafprocesrecht is de verhouding tussen de officier van justitie en de rechter-commissaris in de regeling van het vooronderzoek anders vorm gegeven dan in het Nederlandse wetboek. De positie van het gerechtelijk vooronderzoek in de regeling van het vooronderzoek is teruggedrongen, doordat belangrijke onderzoeksbevoegdheden buiten het gerechtelijk vooronderzoek zijn geplaatst. In deze gevallen kan de rechter-commissaris op vordering van de officier van justitie in de vorm van een mini-instructie in het onderzoek worden betrokken. Slechts voor het horen van getuigen en deskundigen dient de officier van justitie gebruik te maken van het door het gerechtelijk vooronderzoek geboden kader. Deze vermindering en verandering van de rol van de rechter-commissaris heeft tot gevolg dat de leiding over het gehele vooronderzoek in handen is komen te liggen van de officier van justitie.⁹⁶ Met deze verschuiving hebben de Antilliaanse en Arubaanse wetgevers tegelijkertijd de rechtspositie van de verdachte in het vooronderzoek versterkt.

Informatie

In dit verband kan op de eerste plaats worden gewezen op enkele voorzieningen met betrekking tot het verhoor van de verdachte. De verdachte die na aanhouding naar een plaats van verhoor is geleid, dient voor aanvang van het verhoor te worden geïnformeerd over 'de aard en reden van de vrijheidsontneming', het recht om op vragen niet te antwoorden, het recht op rechtsbijstand en de mogelijkheid van toevoeging van een raadsman (art. 82 Sv NA/A). Deze informatie dient zowel mondeling als schriftelijk (door uitreiking van een formulier) te worden verstrekt in een taal die de verdachte verstaat. Bestaat hierover twijfel, dan dient bij het verhoor een tolk te worden ingeschakeld. Als waarborg dat deze verplichtingen worden nagekomen, dient de verdachte het uitgereikte formulier te ondertekenen. Een afschrift van dit formulier moet bij de processtukken worden gevoegd. Als de verdachte bij deze gelegenheid om bijstand van een raadsman verzoekt, mag het verhoor in beginsel slechts een aanvang nemen nadat de raadsman de verlangde bijstand heeft verleend. In het geval dat het belang van het onderzoek geen uitstel van het verhoor gedooft of dat in redelijkheid niet op de komst van een raadsman

95 Zie over de inrichting van het vooronderzoek in het Antilliaanse/Arubaanse wetboek ook deelrapport 5, 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek' (A.E. Harteveld & E.F. Stamhuis), par. 4.5.

96 Zie D.V.A. Brouwer, G.A.E. Thodé & D.H. de Jong, *Capita Antilliaans en Arubaans strafprocesrecht*, Deventer: Gouda Quint 1998, p. 51-64.

kan worden gewacht, mag de verdachte wel zonder voorafgaande consultatie van zijn raadsman worden verhoord (art. 48, lid 3, Sv NA/A).⁹⁷

De rechtsbijstand bij gelegenheid van het politieverhoor bestaat uit het recht van de verdachte om voorafgaande aan het verhoor zijn raadsman te consulteren. Hierin ligt niet het recht voor de raadsman besloten om bij het verhoor aanwezig te zijn. Dit aanwezigheidsrecht geldt daarentegen wel als er sprake is van een verhoor door politieambtenaren nadat de verdachte in dezelfde zaak door de rechter-commissaris is verhoord. Bij dit politieverhoor heeft de raadsman dezelfde bevoegdheden als bij het verhoor door de rechter-commissaris (art. 48, lid 4).

Participatie

De regeling van de 'rechterlijke voorzieningen bij dringende noodzaak' biedt de verdachte mogelijkheden om invloed uit te oefenen op de loop van het vooronderzoek. In art. 43, lid 1, Sv NA/A is aangegeven dat de verdachte⁹⁸ in alle gevallen waarin 'het belang van een goede strafrechtsbedeling een voorziening dringend noodzakelijk maakt en het wetboek zelf daaromtrent geen regeling bevat' bij de rechter om een dergelijke voorziening kan verzoeken. Tijdens het voorbereidend onderzoek is de rechter-commissaris aangewezen als bevoegde rechter (art. 43, lid 3).

De aard van de door de rechter te treffen voorzieningen is niet gespecificeerd. In de toelichtende stukken is in dit verband een parallel getrokken met het civielrechtelijke kort geding.⁹⁹ Tegen deze achtergrond is slechts heel in het algemeen bepaald dat de voorziening kan bestaan uit een gebod of een verbod en ook betrekking kan hebben op toekomstige gedragingen (art. 43, lid 5). De verwijzing naar het civielrechtelijke kort geding heeft ook geïnspireerd tot de mogelijkheid voor de rechter om te beslissen dat de voorziening bij voorraad ten uitvoer kan worden gelegd (art. 43, lid 8). Met de woorden 'en het wetboek zelf daaromtrent geen regeling bevat' wordt beoogd tot uitdrukking te brengen dat de voorzieningen van art. 43 het karakter hebben van vangnet. Art. 43, lid 1, geeft niet de mogelijkheid om aanvullende voorzieningen te treffen in wel geregelde procedures.¹⁰⁰ Anders dan in een civielrechtelijk kort geding moeten de door de

97 Over dit voorschrift: B.J. Swagerman, 'Rechtsbijstand voorafgaand aan (eerste) politieverhoor', in: *Het nieuwe wetboek van strafvordering van de Nederlandse Antillen en Aruba. Commentaar en beschouwingen*, Den Haag: SDU 1997, p. 69-74.

98 Het verzoek kan ook worden gedaan door 'degene die daarbij een rechtstreeks hem bepaaldelijk aangaand belang heeft' (zoals het slachtoffer van het delict) en het openbaar ministerie.

99 T.M. Schalken & S.W. Mul, *Het nieuwe Wetboek van Strafvordering van de Nederlandse Antillen en van Aruba (1997). Bronnenpublicatie deel 2: Artikelsgewijze totstandkoming*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 50-53; D.V.A. Brouwer, G.A.E. Thodé & D.H. de Jong, *a.w.*, p. 39-43.

100 Schalken & Mul, *a.w.*, p. 50-51.

rechter getroffen voorzieningen niet worden aangemerkt als voorlopig van aard; de overeenkomstig art. 43 door de rechter gegeven beslissingen moeten worden beschouwd als ordemaatregelen.

Nu de door de rechter te geven voorzieningen inhoudelijk niet nader zijn gespecificeerd of van een toelichting zijn voorzien, is het een open vraag of uit de parallel met het civielrechtelijk kort geding voortvloeit dat het verzoek van art. 43 Sv NA/A ook kan worden benut om te bewerkstelligen dat de officier van justitie aan opsporingsambtenaren een bevel geeft tot het verrichten van bepaalde opsporingshandelingen of tot het doen horen van bepaald aangewezen getuigen. Is dit het geval, dan benaderen de rechterlijke voorzieningen van art. 43 Sv NA/A de mogelijkheid tot het doen van enig onderzoek door de rechter-commissaris overeenkomstig art. 36a e.v. Sv.

In het Antilliaanse en Arubaanse wetboek is de regeling van het DNA-onderzoek losgeweekt van het gerechtelijk vooronderzoek (zie de art. 79 t/m 79d). Op initiatief van de officier van justitie, de verdachte of zijn raadsman kan de rechter-commissaris in het kader van een mini-instructie overgaan tot de benoeming van een deskundige die wordt belast met de uitvoering van een onderzoek 'dat gebaseerd is op een vergelijking tussen kenmerken van celmateriaal'. De rechter-commissaris dient aan de verdachte kennis te geven van het onderzoek en van de uitslag daarvan. Indien het onderzoek niet is uitgevoerd op verzoek van de verdachte, komt aan hem het recht op een tegenonderzoek toe. Een door de verdachte aangewezen deskundige wordt dan benoemd en belast met de opdracht een nieuw onderzoek uit te voeren. Ook over dit onderzoek en de resultaten daarvan dient de verdachte te worden geïnformeerd.

Voortgang van het onderzoek

Het Antilliaanse en Arubaanse wetboek bevat diverse regelingen die moeten bevorderen dat het vooronderzoek met de nodige voortvarendheid wordt uitgevoerd. Het meest algemeen luidende vereiste is de codificatie van het redelijke termijnvereiste van art. 6 EVRM in art. 55. Het eerste lid hiervan geeft aan: 'De verdachte heeft recht op behandeling van zijn zaak binnen een redelijke termijn'. Het tweede en derde lid verwoorden vervolgens het moment waarop het startpunt van de redelijke termijn moet worden vastgelegd¹⁰¹ en de 'bijzondere omstandigheden' die een onwenselijk lang tijdsverloop kunnen rechtvaardigen. Deze regelingen beogen aan te sluiten bij de uitwerking die het redelijke termijnvereiste in de jurisprudentie van het EHRM en de Hoge Raad heeft gekregen.

Opmerkelijk in deze regeling is het van de verdachte verlangde eigen initiatief bij het bewaken van de redelijkheid van de termijn. Als de verdachte meent dat

101 Dit is 'het moment dat de verdachte had verwacht en redelijkerwijze had kunnen verwachten, dat zijn zaak strafrechtelijk zou worden vervolgd'.

de voortgang van het vooronderzoek onredelijk wordt vertraagd, dient hij zich te wenden tot de rechter-commissaris met het verzoek de voltooiing van het onderzoek aan uiterste termijnen te binden. Laat de verdachte dit na, dan kan hij zich in een later stadium - behalve in gevallen van excessieve termijnoverschrijdingen - niet meer beroepen op schending van het recht op berechting binnen redelijke termijn (vgl. art. 55, lid 4).

De rechter-commissaris heeft ook een taak bij de bewaking van de voortgang van het onderzoek; hij dient te waken tegen 'nodeloze vertraging van het voorbereidend onderzoek' (art. 56, lid 1). Gedurende het voorbereidend onderzoek kan de rechter-commissaris in het verband van deze taak weinig ondernemen. Een binding van het onderzoek aan uiterste termijnen of een bevel tot beëindiging van het onderzoek is alleen op vordering van de officier van justitie of op verzoek van de verdachte dan wel zijn raadsman mogelijk. De beslissing over termijnstelling of beëindiging van het onderzoek kan door de rechter-commissaris tot een bepaalde datum worden aangehouden als de officier van justitie aannemelijk maakt dat het onderzoek wordt voorgezet of dat verdere vervolging van de verdachte zal plaatsvinden (art. 56, leden 3 en 5).

Na afronding van het opsporingsonderzoek dient de officier van justitie zo spoedig mogelijk de vervolging van de zaak ter hand te nemen (art. 207). Meent de verdachte dat de officier van justitie te lang talmt met het nemen van de vervolgingsbeslissing, dan kan de rechter-commissaris op zijn verzoek de officier van justitie eenmaal een termijn stellen waarbinnen tot dagvaarding dan wel het nemen van een beslissing om de zaak niet te vervolgen moet worden overgegaan. Deze termijn bedraagt maximaal een maand. Op vordering van de officier van justitie kan deze termijn eenmaal met een maand worden verlengd (vgl. de art. 207, 277 en 278).

Beslissing omtrent vervolging

De na voltooiing van het opsporingsonderzoek te nemen beslissingen - in het bijzonder de beslissing om de zaak niet te vervolgen - zijn spaarzaam geregeld. Als de officier van justitie meent dat de zaak moet worden vervolgd, moet die vervolging, zoals hiervoor reeds aangegeven, zo spoedig mogelijk worden aangevangen. De officier van justitie kan ook al dan niet onder het stellen van voorwaarden afzien van vervolging. Inhoudelijk zijn de daarbij te stellen voorwaarden niet gespecificeerd. Wel is een instructie opgenomen dat de officier van justitie bij de te stellen voorwaarden dient te letten op de belangen van de benadeelde partij (art. 207, lid 2). Niet is voorgeschreven dat de officier van justitie de beslissing om de zaak (al dan niet voorwaardelijk) niet te vervolgen aan de verdachte moet mededelen.

Bijzonder is de wettelijke regeling van het zogenaamde 'officiersmodel' in verband met de verrichting van onbetaalde arbeid door de verdachte (art. 208). In gevallen waarin vervolging aangewezen is, kan de officier van justitie ook kiezen voor buitengerechtelijke afdoening. Bij zo'n beslissing worden door de officier van justitie voorwaarden gesteld aan de verdachte. Deze voorwaarden hebben betrekking op het verrichten van onbetaalde arbeid. Deze buitengerechtelijke afdoening is alleen mogelijk als de verdachte het feit heeft bekend en zich bereid heeft verklaard tot naleving van de gestelde voorwaarden. Deze wijze van buitengerechtelijke afdoening is nader uitgewerkt in richtlijnen van het openbaar ministerie (art. 208, lid 2).¹⁰²

Als de zaak verder wordt vervolgd en door middel van een dagvaarding wordt aangebracht op de openbare terechtzitting, dan kan de verdachte daartegen door middel van een bezwaarschrift opkomen bij het Hof van Justitie. De behandeling van het bezwaarschrift en de naar aanleiding daarvan door het Hof te nemen beslissingen¹⁰³ komen overeen met de Nederlandse regeling betreffende het bezwaarschrift tegen de dagvaarding.¹⁰⁴

3.4.3 Duitsland

In par. 4.2 van deelrapport 5, 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek' (A.E. Hartevelt & E.F. Stamhuis) wordt ingegaan op de positie van de Ermittlungsrichter in het Duitse strafprocesrecht. Voor de plaats van de Ermittlungsrichter en de verhouding tot de Staatsanwalt in het Duitse vooronderzoek na de afschaffing van het gerechtelijk vooronderzoek in 1975 wordt verwezen naar dat deelrapport. In aansluiting daarop moet in het licht van de aandachtspunten voor het rechtsvergelijkende onderzoek in dit deelrapport (vgl. par. 3.4.1) worden gewezen op enkele wettelijke voorzieningen met betrekking tot de rechtspositie van de verdachte in het vooronderzoek. Deze voorzieningen hebben vooral betrekking op het verhoor van de verdachte in het vooronderzoek en beogen de verdachte gelegenheid voor verdediging te bieden.

Informatie

In § 136 StPO is het eerste verhoor van de 'Beschuldigte'¹⁰⁵ door een rechter aangewezen als moment waarop aan de verdachte belangrijke informatie moet

102 Vgl. Schalken & Mul, *a.w.*, p. 204-205.

103 Zie de art. 293-298 Sv NA/A.

104 D.V.A. Brouwer, G.A.E. Thodé & D.H. de Jong, *a.w.*, p. 229-233.

105 Dit is degene tegen wie het 'Ermittlungsverfahren' is gericht; zie Kleinknecht/Meyer-Goßner, *Strafprozeßordnung*, München: Verlag C.H. Beck 1999, 'Einl.' rdnr. 76.

worden verschaft. Bij het begin van het eerste verhoor moet de verhorende rechter aan de verdachte mededelen:

- 'welche Tat ihm zur Last gelegt wird und welche Strafvorschriften in betracht kommen';
- dat hij het recht heeft om te zwijgen;
- dat hij voor het verhoor een door hem gekozen raadsman kan raadplegen; en
- dat hij 'zu seiner Entlastung einzelne Beweiserhebungen beantragen kann'.

Het in deze bepaling genoemde eerste verhoor kan op verschillende momenten plaatsvinden. Bijvoorbeeld bij gelegenheid van de voorgeleiding voor een rechter na een 'vorläufige Festnahme' (§ 127). Uiterlijk op de dag na deze vorm van vrijheidsbeneming dient de verdachte voor een rechter te worden geleid (§ 128). Als de verdachte op dat moment nog niet eerder door een rechter is verhoord, moet de rechter die over de 'vorläufige Festnahme' moet oordelen aan de verdachte de in § 136 genoemde informatie verschaffen. Dit voorschrift is van overeenkomstige toepassing op het in de loop van het Ermittlungsverfahren plaatsvindende eerste verhoor van de verdachte door de Staatsanwalt of door politieambtenaren (vgl. § 163a (3) en (4)).

Naast het eerste verhoor is ook een ten opzichte van de verdachte uitgevoerde doorzoeking¹⁰⁶ aanknopingspunt voor het verschaffen van informatie aan de verdachte omtrent de grond voor de doorzoeking en het feit waarvan hij wordt verdacht (zie § 107). Deze informatie wordt schriftelijk verstrekt, doch slechts na een daartoe strekkend verzoek.

Participatie

Als het Ermittlungsverfahren is voltooid, wordt het vooronderzoek door de Staatsanwalt gesloten. Is de verdachte in de loop van het vooronderzoek nog niet eerder door een rechter, een Staatsanwalt of de politie gehoord, dan dient dat verhoor alsnog uiterlijk voor afsluiting van de Ermittlungen plaats te vinden.¹⁰⁷ Bij gelegenheid van het verhoor heeft de verdachte de bevoegdheid om de verzameling van bepaald bewijsmateriaal te verzoeken. Als het in het verzoek bedoelde bewijsmateriaal van belang is, moet aan het verzoek worden voldaan (vgl. § 163a (2)). Wordt het verhoor afgenomen door de Ermittlungsrichter en is het verzoek bij gelegenheid van dat verhoor gedaan, dan is de rechter verantwoordelijk voor de verzameling van de aangewezen bewijsmiddelen als dat nodig is om

106 Waaronder begrepen de doorzoeking van de woning en andere plaatsen, een onderzoek aan de kleding en van meegevoerde voorwerpen, aldus § 102 StPO; vgl. Kleinknecht/Meyer-Gößner, *a.w.*, § 102, rdnr. 7-10a.

107 Als hoofdregel; een uitzondering geldt voor het geval dat de zaak wordt vervolgd. In eenvoudige zaken kan worden volstaan met de mogelijkheid voor de verdachte om zich schriftelijk te verweren.

verlies van het bewijs te voorkomen, dan wel als het bewijsmateriaal kan leiden tot invrijheidstelling van de verdachte (vgl. § 166).

Met het oog op de inschakeling van deskundigen in het vooronderzoek¹⁰⁸ bestaan enkele voorzieningen op grond waarvan de verdediging invloed kan uitoefenen op de benoeming van een deskundige. Zo geeft nr. 70 van de RiStBV¹⁰⁹ aan dat in het vooronderzoek de Staatsanwalt voordat hij tot aanwijzing van een deskundige overgaat (§ 161a), daarover het standpunt van de verdediging moet vragen. Als de keuze en benoeming van een deskundige in handen wordt gelegd van de rechter, wordt van de benoeming mededeling gedaan aan de verdachte. Onder bepaalde omstandigheden kan de benoemde deskundige worden 'abgelehnt' (vgl. § 73 en 74).

Voortgang

De StPO bevat geen voorschriften die de voortgang van het vooronderzoek aan termijnen binden of de mogelijkheid bieden om op verzoek van de verdachte termijnen te bepalen indien hij meent dat het onderzoek te traag verloopt. Slechts in heel algemene bewoordingen bevatten de RiStBV instructies die beperking en voortgang van het onderzoek beogen te waarborgen (zie nr. 5 van de RiStBV). Deze bepalingen lijken meer in het teken te staan van de bescherming van justitiële belangen, zoals een spoedig verloop van de Hauptverhandlung en de beperking van de kosten van de strafrechtspleging, dan van de belangen van de verdachte.

Beslissing omtrent vervolging

De beslissingen omtrent de 'Erhebung der öffentlichen Klage' en de verdere vervolging na afloop van het 'Ermittlungsverfahren' zijn in de StPO uitgebreid genormeerd. De verklaring daarvoor moet worden gezocht in het legaliteitsprincipe¹¹⁰ en het gegeven dat de rechter in het 'Zwischenverfahren' heeft te beslissen over het aanbrengen van de zaak op de openbare terechtzitting.¹¹¹

Een groot deel van de bepalingen met betrekking tot de 'öffentliche Klage' bevat uitzonderingen op de plicht tot opsporing en vervolging. Om uiteenlopende redenen kan de Staatsanwalt, al dan niet met toestemming van het bevoegde gerecht, afzien van het doen van de 'Klage' of de omvang van het vooronderzoek beperken

108 Hierover uitvoeriger par. 4.3 van het deelrapport 'De deskundige in het strafproces' (N.J.M. Kwakman), in: *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*.

109 Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren.

110 Zie § 152(2): 'Sie (= de öffentliche Klage) ist, soweit nicht gesetzlich ein anderes bestimmt ist, verpflichtet, wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen'.

111 Zie § 199 e.v. StPO.

door een deel van de feiten niet te betrekken in het onderzoek.¹¹² Van deze bepalingen is alleen § 153a vermeldenswaard¹¹³: de mogelijkheid tot 'buitengerechtelijke' afdoening van 'Vergehen'. Bij deze categorie delicten kan de Staatsanwalt, met toestemming van de bevoegde rechter en de verdachte, voorlopig afzien van het doen van 'öffentliche Klage' en de verdachte tegelijkertijd verplichten bepaalde voorwaarden of aanwijzingen na te komen (bijvoorbeeld het vergoeden van de door het feit veroorzaakte schade of het verrichten van 'gemeinnützige Leistung- en'). Voldoet de verdachte aan de gestelde voorwaarden of opgelegde aanwijzingen, dan kan het feit niet meer worden vervolgd. Deze afdoeningsmogelijkheid staat niet alleen open gedurende het vooronderzoek, maar ook nog na aanvang van de 'Hauptverhandlung'. In dat stadium kan het gerecht met toestemming van de Staatsanwalt en de verdachte besluiten om de procedure voorlopig te beëindigen en dezelfde voorwaarden en aanwijzingen opleggen als de Staatsanwalt in de loop van het vooronderzoek kan opleggen.¹¹⁴ Nakoming van de voorwaarden en aanwijzingen heeft ook in dit geval tot gevolg dat het feit niet verder kan worden vervolgd.

Als de resultaten van het vooronderzoek het voorleggen van de zaak aan de rechter niet kunnen rechtvaardigen, heeft de Staatsanwalt de bevoegdheid om de zaak te seponeren. Hiervan wordt in bepaalde gevallen schriftelijk mededeling gedaan aan de verdachte. Deze gevallen staan opgesomd in § 170 (2) StPO: als de verdachte is verhoord, als tegen hem een Haftbefehl is verleend, als hij daarom heeft verzocht of als de verdachte een bijzonder belang heeft bij de mededeling. Nr. 88 van de RiStBV bevat aanwijzingen voor de inhoud van de aan de verdachte te verstrekken mededeling. Als het sepot berust op gebleken onschuld of onvoldoende verdenking, dan wordt die reden in de mededeling vermeld. Berust het sepot op een andere grond, dan wordt die grond alleen na daartoe strekkend verzoek aan de verdachte medegedeeld voorzover een 'schutzwürdiges Interesse' zich daartegen niet verzet.

Biedt het vooronderzoek 'genügender Anlaß' voor vervolging van de zaak, dan wordt de zaak aan de rechter voorgelegd door middel van een 'Anklageschrift'. Vervolgens dient de rechter in het 'Zwischenverfahren' te beslissen over de verdere

112 Zie de § 153 t/m 154c StPO. De 'Einstellung' door de Staatsanwalt kan ongedaan worden gemaakt, waarna de zaak verder kan worden vervolgd; nieuwe feiten of bewijsmiddelen zijn daarvoor niet nodig. Zie M. Lenke e.a. (red.) *Heidelberger Kommentar zur Strafprozeßordnung*, Heidelberg: Müller 1999, § 153, rdnr. 14.

113 De overige bepalingen zijn alleen interessant indien zou worden overwogen het opportuniteitsprincipe (art. 167, lid 2, en 242, lid 2, Sv) nader te normeren, in die zin dat in de wet de redenen worden gespecificeerd op grond waarvan het openbaar ministerie zou mogen besluiten om een zaak niet te vervolgen. De onderzoeksgroep ziet geen enkele aanleiding om een voorstel voor een dergelijke wettelijke regeling te doen.

114 Zie § 153a (2) StPO.

vervolging van de zaak.¹¹⁵ In deze procedure wordt de Anklageschrift aan de verdachte betekend. Vervolgens heeft de verdachte de mogelijkheid om bezwaren tegen de beschuldiging naar voren te brengen en een verzoek te doen om bewijsmateriaal te vergaren, voorzover dat voor de beslissing van de rechter in het Zwischenverfahren van belang is.¹¹⁶ De rechter kan ook ambtshalve 'zur besseren Aufklärung der Sache' de uitvoering van bepaalde onderzoekshandelingen gelasten (§ 202). In het Zwischenverfahren worden de Staatsanwalt en de verdachte niet gehoord. Oordeelt de rechter dat uit de resultaten van het voorbereidend onderzoek de verdachte 'einer Straftat hinreichend verdächtig erscheint', dan wordt de zaak op de openbare terechtzitting behandeld (§ 203). Tegen deze beslissing staat voor de verdachte geen rechtsmiddel open (§ 210).

3.4.4 Welke lessen kunnen uit vreemd recht worden geleerd?

Met het oog op de vormgeving van de rechtsbescherming in het vooronderzoek levert de blik op het Antilliaanse/Arubaanse en Duitse strafprocesrecht weinig 'harde' resultaten op, in die zin dat er in de betrokken wetboeken sprake zou zijn van een helder systeem van rechtsbescherming, waarvan de uitgangspunten bruikbaar zijn voor de formulering van aanbevelingen voor de inrichting van het vooronderzoek in een nieuw Nederlands wetboek van strafvordering. Voor het Antilliaanse/Arubaanse wetboek moet de verklaring daarvoor worden gevonden in het gegeven dat dit wetboek in grote mate de structuur volgt van het huidige Nederlandse wetboek. Met betrekking tot het Duitse recht ligt de verklaring in de omstandigheid dat de rechten van de verdachte in belangrijke mate ertoe strekken rechterlijk gehoor te vinden. Tevens moet worden bedacht dat uit het onmiddellijkheidsbeginsel voortvloeit dat het zwaartepunt in het strafproces ligt in de behandeling van de zaak op de openbare terechtzitting. Aldaar wordt ten overstaan van de rechter het bewijsmateriaal gepresenteerd en wordt alle mogelijkheid voor tegenspraak geboden. Dit zwaartepunt maakt de behoefte aan zelfstandige bevoegdheden voor de verdediging om in de loop van de voorfase onderzoek te initiëren beperkt. De consequentie van een en ander is dat bij de formulering van uitgangspunten voor een nieuwe Nederlandse regeling oorspronkelijke keuzes voor de vormgeving van de rechtsbescherming kunnen worden gedaan, waarbij de mogelijkheid van vergelijking met andere systemen in wezen maar zeer beperkt is.

Uit het Antilliaanse/Arubaanse en het Duitse strafprocesrecht kan wel worden afgeleid dat in plaats van de formele vervolging het verhoor van de verdachte in

115 Zie over het 'Zwischenverfahren': W.E.C.A. Valkenburg, *Het bezwaarschrift tegen de dagvaarding*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 198 e.v.

116 Vgl. § 201 StPO; Kleinknecht/Meyer-Goßner, a.w., § 201, rdnr. 6.

het vooronderzoek aanknopingspunt kan zijn voor het bieden van rechtswaarborgen aan de verdachte. In het bijzonder kan hierbij worden gedacht aan het verschaffen van informatie aangaande de gerezen verdenking en aan de verdachte toekomstige rechten (zoals zwijgrecht en recht op rechtsbijstand). Eveneens kan het verhoor van de verdachte in het vooronderzoek voldoende gronden opleveren om hem mededeling te doen van het gegeven dat hij ter zake van het feit waarvoor het verhoor heeft plaatsgevonden niet wordt vervolgd.¹¹⁷ Aan het Antilliaanse/-Arubaanse en Duitse strafprocesrecht kan geen dringend argument worden ontleend op grond waarvan de aan het verhoor gekoppelde waarborgen zouden moeten worden beperkt tot het verhoor dat op een bepaalde plaats wordt afgenomen, zoals bijvoorbeeld op het politiebureau na aanhouding van de verdachte, of slechts het eerste verhoor door een bepaalde ambtenaar (bijvoorbeeld een rechter).

3.5 *Uitgangspunten voor een nieuwe regeling*

De voorgestelde opbouw van het vooronderzoek en de positionering van de rechter daarin hebben tot gevolg dat het gehele vooronderzoek moet worden gekarakteriseerd als opsporingsonderzoek. Deze structuur impliceert dat het formele vervolgingsbegrip geen leidende rol meer kan spelen bij de vormgeving van de rechtsbescherming. In par. 3.2 van dit hoofdstuk is gebleken dat de huidige regeling van het vooronderzoek, los van de vervolging, maar enkele weinig gestructureerde voorzieningen bevat, die op enigerlei wijze invulling geven aan de rechtspositie van de verdachte. Tegen deze achtergrond dienen de voorstellen betreffende de opzet van het strafvorderlijke vooronderzoek noodzakelijkerwijs gepaard te gaan met een schets voor een systeem van rechtsbescherming. In deze paragraaf zullen de uitgangspunten voor een dergelijk systeem worden geformuleerd. Als eerste zal worden onderzocht of in de plaats van het formele vervolgingsbegrip een ander aangrijppunt voor de toekenning van verdedigingsrechten kan worden aangereikt. Vervolgens zal nader worden ingegaan op de positie van de verdediging vanuit het drietal eerder aangegeven invalshoeken: de specificatie van de verdenking en het verschaffen van informatie daarover aan de verdachte, de mogelijkheden voor de verdachte om invloed uit te oefenen op de richting en voortgang van het vooronderzoek¹¹⁸ en de door de officier van justitie na voltooiing van het opsporingsonderzoek te nemen beslissingen.

117 Vgl. § 170 StPO.

118 Het van de verdachte tot inzage van de stukken zal in het volgende hoofdstuk in het kader van de 'processtukken' aan de orde worden gesteld.

Een materieel vervolgingsbegrip?

In de rechtspraak van het EHRM over de betekenis van art. 6 EVRM voor het vooronderzoek speelt het begrip 'charge' een belangrijke rol. In de interpretatie van het Hof is een 'charge' een 'official notification to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence'. Onder omstandigheden worden met zo'n 'official notification' gelijk gesteld 'other measures which carry the implication of such an allegation and which likewise substantially affect the situation of the suspect'. De vaststelling dat er sprake is van zo'n formele of materiële 'charge' dient ter markering van het strafprocessuele moment waarop de verdachte aanspraak kan maken op de uit het recht op een eerlijk proces voortvloeiende garanties. Of een aanspraak ook vanaf dat moment daadwerkelijk geldend kan worden gemaakt, is afhankelijk van de aard van de ingeroepen garantie.¹¹⁹ Zo geldt het recht om zonder onredelijke vertraging te worden berecht in het algemeen vanaf het moment waarop er sprake is van een 'charge'. Dit geldt echter niet voor het recht tot ondervraging van getuigen (art. 6, lid 3 onder d, EVRM). Deze garantie stelt alleen eisen aan het vooronderzoek, voorzover het ondervragingsrecht niet ten volle op de terechtzitting kan worden gerealiseerd. Ter compensatie van deze beperking van verdedigingsrechten, vereist het 'eerlijk proces' dan dat die verdedigingsrechten al in het vooronderzoek kunnen worden uitgeoefend.¹²⁰ In dit kader heeft de aanwezigheid van een 'charge' met het oog op de realisatie van de verschillende garanties van art. 6 EVRM dus min of meer het effect van een minimumdrempel. Zodra er sprake is van een 'charge' moeten processuele rechten van de verdediging tot gelding kunnen worden gebracht.

Gelet op deze strekking van het begrip 'charge' zou kunnen worden overwogen om in de nieuwe structuur van het vooronderzoek bij de inrichting van het systeem van rechtsbescherming uit te gaan van een materieel vervolgingsbegrip. Deze keuze sluit aan bij de recente introductie in het wetboek van de mini-instructie op verzoek van de verdachte (art. 36a e.v. Sv). Dit verzoek kan worden gedaan

119 E.P. von Brucken Fock, 'Tot welke wijzigingen in het Nederlandse recht dienen de beginselen van behoorlijke rechtspraak, neergelegd in artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, aanleiding te geven', *Preadvies NJV* 1983, p. 171.

120 In dit verband heeft A.J.M. Machielse, *Een requiem voor het gerechtelijk vooronderzoek*, Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 34-35, aangegeven dat de 'vooruitlopende' werking van art. 6 EVRM in het vooronderzoek het verval van de aan het gerechtelijk vooronderzoek gekoppelde rechtswaarborgen, als deze fase van onderzoek zou worden afgeschaft, voor een belangrijk deel zou kunnen opvangen. De juistheid van dit standpunt betekent echter niet dat bij de ontwikkeling van een nieuwe structuur van het vooronderzoek zou kunnen worden afgezien van een zelfstandige normering van de bevoegdheden van de verdediging. De positionering van die bevoegdheden en de normering daarvan vereisen een afweging van belangen, waarvan het resultaat in een wettelijk kader tot uitdrukking moet worden gebracht. Voor de noodzakelijke afweging is het vage kader van art. 6 EVRM ontoereikend.

vanaf het moment dat jegens de verdachte 'door of vanwege de Staat een handeling is verricht waaraan hij in redelijkheid de verwachting kan ontlenen dat tegen hem ter zake van een bepaald feit in Nederland een vervolging zal worden ingesteld'. Met deze zinsnede is beoogd het begrip 'criminal charge' in het Nederlands te verwoorden.¹²¹ In het verlengde van de regeling van de mini-instructie zou het materiële vervolgingsbegrip meer in het algemeen als centraal uitgangspunt kunnen worden genomen voor de vormgeving van de rechtspositie van de verdachte in het vooronderzoek.

Deze keuze wordt om diverse redenen afgewezen. Het meest wezenlijke bezwaar betreft de weinig heldere betekenis van het materiële vervolgingsbegrip. Uit de jurisprudentie van het EHRM en de Hoge Raad blijkt dat uiteenlopende processuele handelingen van politieambtenaren of van de voor de strafvervolging verantwoordelijke instanties zijn aangemerkt als 'criminal charge' in de zin van art. 6 EVRM. Naast een 'official notification' dat de betrokkene 'has committed a criminal offence' kunnen worden genoemd een doorzoeking van een woning, de inbeslagneming van bepaalde voorwerpen, een verzoek tot opheffing van een strafrechtelijke immuniteit of het politieverhoor.¹²² In het verband van art. 6 EVRM is deze wisselende concretisering van de 'criminal charge' begrijpelijk. Het gaat immers om een waardering van een tegen een verdachte gevoerd strafrechtelijk onderzoek, met het oog op beantwoording van de vraag of het karakter van het onderzoek zodanig bezwarend is dat het te garanderen 'eerlijke proces' meebrengt dat deelgaranties daarvan al in het vooronderzoek tot gelding moeten worden gebracht. De consequentie van deze waardering is dat een processuele handeling, zoals een doorzoeking van een woning of een politieverhoor, in het ene onderzoek wel wordt aangemerkt als 'criminal charge', doch in het andere onderzoek niet.¹²³ Het gaat immers niet om die enkele handeling, maar om de betekenis van die handeling voor de eerlijkheid van de gehele strafprocedure.

Het tweede bezwaar houdt verband met het gegeven dat de invulling van de 'criminal charge' heeft plaats gevonden in relatie tot het recht op berechting zonder onredelijke vertraging. De functie van de vaststelling van het moment van de 'official notification' of van het bestaan bij de verdachte van een redelijke

121 Vgl. het rapport van de Commissie Herijking van het wetboek van strafvordering, *Herziening van het gerechtelijk vooronderzoek*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 69.

122 Zie P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Den Haag: Kluwer Law International 1998, p. 407-409; A.E. Harteveld, B.F. Keulen & H.G.M. Krabbe, *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, Groningen: Wolters-Noordhoff, 1996, p. 83-85; G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, 3e dr., Arnhem: Gouda Quint 1999, p. 492; A.J.M. Machielse, *Een requiem voor het gerechtelijk vooronderzoek*, Arnhem: Gouda Quint, 1989, p. 31-35.

123 Vgl. HR 10 september 1985, *NJ* 1986, 494: het politieverhoor is wel het begin van de 'strafvervolging'; in HR 24 november 1987, *NJ* 1988, 563 werd het verhoor daarentegen nog niet aangemerkt als 'criminal charge'.

verwachting omtrent een komende strafvervolging is de beantwoording van de vraag of achteraf bezien de strafvervolging al met al, gelet op het moment van de 'charge', niet te lang op zich heeft laten wachten. Hetzelfde geldt voor de andere garanties van art. 6 EVRM die onder omstandigheden eisen stellen aan de inrichting van het vooronderzoek. Die 'vooruitlopende' werking van de garanties van art. 6 EVRM moet steeds worden beschouwd in het licht van de gang van zaken op de terechtzitting.

Op basis van het voorgaande meent de onderzoeksgroep dat de 'criminal charge' niet geschikt kan worden bevonden om bij de inrichting van het vooronderzoek te dienen als fundament voor een wettelijk stelsel van verdedigingsrechten. De wisselende invulling van het materiële vervolgingsbegrip laat immers voortdurend onzekerheid bestaan omtrent het moment waarop de aan de verdachte toekomende verdedigingsrechten moeten kunnen worden geëffectueerd en zorgplichten ontstaan voor de bij het vooronderzoek betrokken functionarissen (zoals het verstrekken van informatie aan de verdachte omtrent de aard van de gerezen verdenking, de aanvang van termijnen, de verlening van het recht tot inzage van de stukken etc.).¹²⁴ Bijkomend punt is dat deze onzekerheid omtrent gelding en bereik van verdedigingsrechten een bron van conflicten zal vormen tussen politie, openbaar ministerie en verdediging. Op ruime schaal zal dan moeten worden voorzien in mogelijkheden voor de verdediging om zich in de loop van het vooronderzoek te wenden tot de rechter om in het gerezen conflict een beslissing te geven.

Om dergelijke met een diffuus materieel vervolgingsbegrip samenhangende perikelen te voorkomen, gaat bij de keuze voor een punt van vertrek voor het systeem van rechtsbescherming de voorkeur uit naar een bepaalde en helder aan te duiden tegen de verdachte gerichte processuele handeling. Die handeling dient zekere eigenschappen te hebben. Op de eerste plaats gaat het om een processuele activiteit aan de hand waarvan in het overgrote merendeel van de strafzaken de beoogde rechtsbescherming tot stand kan worden gebracht. In dit opzicht schiet de keuze voor een activiteit die slechts in een minderheid van zaken plaatsvindt, en dus ook slechts in die minderheid leidt tot de toekenning van wezenlijke verdedigingsrechten¹²⁵, zijn doel voorbij. Op de tweede plaats moet van het bestaan van die handeling op eenvoudige wijze kunnen blijken. Deze eigenschap voorkomt bij alle partijen misverstanden omtrent aard en betekenis van de handeling. Op de derde plaats moet die handeling, om daaraan rechtsgevolgen te verbinden in

124 In de regeling van de mini-instructie op verzoek van de verdachte stuit het materiële vervolgingsbegrip niet op dergelijke bezwaren, nu het op de weg van de verdachte ligt om bij het verzoek aan te geven op welke handeling van de Staat hij de verwachting omtrent een aanstaande strafvervolging baseert.

125 Zoals het geval is met het formele vervolgingsbegrip in de huidige inrichting van het vooronderzoek.

de sfeer van de verdedigingsrechten, jegens de verdachte van enig gewicht zijn. In het gehele vooronderzoek moet die handeling normatief van zodanige betekenis zijn dat het gepast lijkt het plaatsvinden van die handeling te omringen met rechtswaarborgen.

Op grond van de verlangde eigenschappen gaat de keuze voor het startpunt van het systeem van rechtsbescherming uit naar het eerste verhoor van de verdachte. Bij dit verhoor wordt de verdachte voor de eerste maal direct met de gerezen verdenking geconfronteerd, wordt hem medegedeeld dat hij als verdachte wordt aangemerkt en dat hij niet verplicht is om op gestelde vragen te antwoorden. Tenzij de uitkomst van het verhoor is dat de verhoorde persoon niet langer als verdachte kan worden aangemerkt, wekt het plaatsvinden van het verhoor in het algemeen de verwachting dat er door politie en/of openbaar ministerie een strafvorderlijk vervolg aan de zaak zal worden gegeven. Daarover zal in het algemeen binnen redelijke termijn duidelijkheid moeten worden verschaft. De verdachte heeft voorts naar aanleiding van het verhoor zelfstandig belang bij mogelijkheden om een bijdrage te leveren aan de waarheidsvinding. Verder treedt de politie met het verhoor van de verdachte met het onderzoek naar buiten. De met geheimhouding van de opsporing gemoeide belangen kunnen zich dan niet meer verzetten tegen de uitoefening van verdedigingsrechten.¹²⁶ De aard en plaats van het eerste verhoor van de verdachte in het vooronderzoek maken deze activiteit derhalve geschikt om te dienen als uitgangspunt voor de toekenning van verdedigingsrechten.

Het eerste verhoor van de verdachte wordt in het algemeen als vertrekpunt voor rechtsbescherming genomen. Inhoudelijke of formele eisen worden verder niet aan dit verhoor gesteld. Hieruit vloeit voort dat ook een kortdurend verhoor van een verdachte op straat aanknopingspunt vormt voor de toekenning van verdedigingsrechten. De vervolgvraag is dan welke rechten de verdachte naar aanleiding van een dergelijk verhoor tot gelding kan brengen. De rechtspositie van de verdachte omvat immers, zoals aangegeven, nogal uiteenlopende garanties. Op dit punt zal worden gedifferentieerd naar de aard van de betrokken garantie. Betreft het onderdelen van de rechtspositie waarbij het initiatief in handen van de verdachte ligt, dan bestaat er vooralsnog geen aanleiding om aan het verhoor nadere eisen te stellen. Als het daarentegen gaat om zelfstandige verplichtingen van de overheid, wordt de omvang van deze verplichting beperkt door aan de aard van het verhoor te stellen voorwaarden. Hierbij gaat het om het gewicht, de ingrijpendheid van het verhoor voor de verdachte of de verwachting omtrent het aan de zaak te geven vervolg, die de verdachte aan het verhoor kan ontleen. Een en ander zal bij de omlijning van de rechtspositie van de verdachte nader worden uitgewerkt.

126 Aan de angst voor 'fishing-expeditions' wordt door dit criterium iedere grond ontnomen.

Nadeel van de keuze voor het verhoor van de verdachte is de mogelijkheid tot manipulatie. In een lopend onderzoek zou het moment van verhoor van de verdachte bewust vooruitgeschoven kunnen worden, met het doel om vooralsnog de mogelijkheid tot uitoefening van verdedigingsrechten te beletten. Een flexibel uitgangspunt, zoals een materieel vervolgingsbegrip, is in staat daartegen een dam op te werpen. De rechtsbescherming wordt in dat geval immers niet afhankelijk gemaakt van een bepaalde op een door opsporingsfunctionarissen zelf te kiezen moment te verrichten processuele activiteit, maar van de stand van zaken van het gehele tegen de verdachte gevoerde onderzoek. Ook als deze overweging in de beschouwing wordt betrokken, wordt toch vastgehouden aan de keuze voor het eerste verhoor van de verdachte. Uit een oogpunt van duidelijkheid en zekerheid wegen de voordelen van een specifiek aangewezen processuele handeling zwaarder dan de aangegeven mogelijkheid tot manipulatie. In dit verband moet bovendien worden bedacht dat niet iedere tactiek bij de timing van het eerste verhoor van de verdachte direct moet worden beschouwd als een ontoelaatbare vorm van manipulatie. In verband met de tactiek van de opsporing bestaan er immers uiteenlopende respectabele motieven op grond waarvan strategisch mag worden omgegaan met de bepaling van het moment van het eerste verhoor van de verdachte. Tweede kanttekening is dat de rechter achteraf het optreden van politie en openbaar ministerie in verband met de uitvoering van het eerste verhoor kan toetsen aan behoorlijkheidsbeginselen.¹²⁷ Ontoelaatbare wijzen van manipulatie, en dus als onrechtmatig te beschouwen optreden, en het eventueel daardoor aan de verdediging toegebrachte nadeel kunnen afdoende worden beoordeeld aan de hand van de door art. 359a Sv geboden mogelijkheden.

De keuze voor het eerste verhoor van de verdachte staat er niet aan in de weg om ook aan andere opsporingsactiviteiten in de sfeer van de rechtsbescherming consequenties te verbinden. Gedacht kan worden aan het verschaffen van informatie omtrent de feitelijke en juridische grondslag van de betrokken activiteit, of omtrent het gegeven *dat* een bepaalde opsporingsactiviteit is uitgevoerd. Hierbij kan worden gewezen op het doorzoeken van plaatsen of de toepassing van geheime opsporingsbevoegdheden, zoals het opnemen van vertrouwelijke communicatie of van telecommunicatie. In deze gevallen gaat het evenwel niet om centrale uitgangspunten in het systeem van rechtsbescherming, maar houdt de geboden rechtsbescherming verband met de aard en intensiteit van de opsporingsactiviteiten ten opzichte van de verdachte en/of andere daarbij betrokkenen. Om deze reden zal de afweging betreffende de naar aanleiding van afzonderlijke opsporingsactiviteiten te bieden

127 Deze toetsing is in wezen niet anders dan de reconstructie achteraf van het moment van de 'criminal charge' en de aan die 'charge' te ontleen verdedigingsrechten; voordeel van de keuze voor het eerste verhoor van de verdachte is echter dat het aanknopingspunt voor de rechtsbescherming veel scherper is omljnd en in tijd kan worden gesitueerd.

rechtsbescherming in dit deelrapport verder niet worden behandeld. Deze kwestie zal in het derde onderzoeksjaar in het onderzoek naar de normering van afzonderlijke dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden aan de orde worden gesteld.

Normering van het eerste verhoor van de verdachte

Uit het voorgaande volgt dat aan het eerste verhoor van de verdachte in het algemeen een belangrijke betekenis toekomt in het kader van de aan de verdachte toe te kennen verdedigingsrechten. Deze functie rechtvaardigt een nadere normering van dit verhoor. De in dit opzicht meest wezenlijke voorziening houdt verband met de eerste invalshoek: de specificatie van de verdenking en de mededeling daarvan aan de verdachte. Naast de thans in art. 29 Sv neergelegde regeling kan het eerste verhoor worden omringd met de volgende voorzieningen:

- de verdachte wordt bij het verhoor geïnformeerd over de aard van de gerozen verdenking (vgl. § 136 StPO).¹²⁸ Deze voorziening kan worden gezien als uitwerking van de art. 5, lid 2, en 6, lid 3 onder a, EVRM. Deze artikelen beogen te bevorderen dat de verdachte zo spoedig mogelijk na zijn vrijheidsbeneming dan wel bij gelegenheid van de 'criminal charge' wordt geïnformeerd over de 'nature and cause' van de beschuldiging.¹²⁹
- datum en plaats van het verhoor worden schriftelijk vastgelegd. Het strafbare feit waarop het verhoor betrekking heeft, wordt summier aangeduid. Een afschrift hiervan wordt de verdachte aan het einde van het verhoor ter hand gesteld. Deze verplichting kan eventueel worden vervangen door toezending van het proces-verbaal van het verhoor. Op deze verplichtingen kan een uitzondering worden gemaakt als de betrokkene naar aanleiding van het verhoor niet langer als verdachte wordt aangemerkt.
- de verdachte wordt schriftelijk geïnformeerd over de hem toekomende rechten.¹³⁰

Inhoudelijk moeten aan de aan de verdachte te verstrekken informatie niet al te hoge eisen worden gesteld. Van belang is immers dat ook naar aanleiding van eenvoudige verhoren op straat de verdachte wordt voorzien van de genoemde informatie. In deze gevallen zal door middel van het ter plekke invullen van

128 Deze bepaling geeft aan: 'Bei Beginn der ersten Vernehmung ist dem Beschuldigten zu eröffnen, welche Tat ihm zur Last gelegt wird und welche Strafvorschriften in Betracht kommen'.

129 In deze zin ook: C.J.C.F. Fijnaut, 'Het justitiële politieoptreden in het licht van het EVRM', *D&D* 1989, p. 524-553, i.h.b. p. 551-552.

130 Op deze plaats kan in herinnering worden geroepen de gedachte om het eerste verhoor van de verdachte te benutten voor domiciliekeuze: de opgave van het adres waar de voor de verdachte bestemde documenten kunnen worden betekend; zie deelrapport 2. 'Berechting in aanwezigheid en betekening van de dagvaarding' (H.M.E. Laméris-Tebbenhof Rijnenberg) in: *Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, p. 118.

imprimé-formulieren door de verhorende politieambtenaren aan de op hen rustende verplichtingen moeten kunnen worden voldaan.

Invloed op richting en voortgang van het onderzoek

Bij de totstandkoming van het huidige wetboek heeft de wetgever ruim aandacht besteed aan de opbouw van het vooronderzoek en de positie van de officier van justitie en rechter-commissaris daarin. In het verband van de vraag of de gehele leiding over het vooronderzoek zou moeten worden toebedeeld aan de officier van justitie, werd overwogen: 'Legt men het geheele onderzoek in handen van den officier van justitie, dan zal daartegenover òf aan den verdachte een nog sterkere waarborg moeten gegeven worden, dat bij het onderzoek met zijne rechten en belangen rekening wordt gehouden, òf de wet zal den verdachte voldoende rechten moeten inruimen om zelf naast het officiële onderzoek, een onderzoek van zijn kant te kunnen stellen'.¹³¹ Met de regeling van het gerechtelijk vooronderzoek meende de wetgever de verdediging voldoende mogelijkheden te hebben verschaft om invloed uit te kunnen oefenen op de loop van het vooronderzoek.

Uit de voorstellen betreffende de plaats van de rechter in het vooronderzoek¹³² en de in hoofdstuk 2 van dit deelrapport aangegeven taak en functie van het openbaar ministerie volgt dat de leiding over het vooronderzoek in handen wordt gelegd van de officier van justitie. De rechter heeft niet meer tot taak om in het kader van een gerechtelijk vooronderzoek zelfstandig onderzoek te verrichten, doch dient slecht incidenteel bij het vooronderzoek te worden betrokken.¹³³ In deze optiek wordt de door de wetgever aan de orde gestelde vraag naar de mogelijkheden voor de verdediging om invloed te hebben op de loop van het vooronderzoek weer actueel.

Met de wetgever van het huidige wetboek meent de onderzoeksgroep dat er, naast het opsporingsonderzoek onder leiding van de officier van justitie, geen ruimte moet worden gecreëerd voor een zelfstandig onderzoek door de verdediging. Dit standpunt is ingegeven door de taak van de opsporingsambtenaren en de officier van justitie. Het vooronderzoek is gericht op opheldering van de materiële waarheid. Dit impliceert dat in het vooronderzoek onpartijdig onderzoek moet worden gedaan; de aandacht dient uit te gaan naar verzameling van zowel de voor de verdachte belastende als de ontlastende gegevens. Uit deze gerichtheid van het vooronderzoek onder leiding van de officier van justitie volgt dat er geen plaats is voor een parallel vooronderzoek onder regie van de verdediging. Wel meent de onderzoeksgroep

131 MvT, in: Melai, *a.w.*, p. 20.

132 Zie het deelrapport van Stamhuis en Harteveld over de rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek.

133 De functies van de rechter kunnen in dit verband worden gekarakteriseerd als 'machtigings-rechter' of 'voorpostrechter'.

dat in het vooronderzoek ruimte moet worden gecreëerd voor een inbreng van de verdediging ten aanzien van incidentele onderzoekshandelingen. Tegen de achtergrond van de equality of arms-gedachte dienen aan de verdediging mogelijkheden te worden geboden om een inbreng te hebben in de informatieverzameling in het vooronderzoek, indien de verdediging meent dat opsporingsambtenaren of de officier van justitie ten onrechte weigeren bepaalde als ontlastend te beschouwen informatie in het onderzoek te betrekken en bevindingen daaromtrent in de processtukken vast te leggen. Zoals in par. 5.4 van het deelrapport over 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek' is aangegeven, kan voor deze bevoegdheden voor de verdediging worden aangesloten bij de huidige regeling van de mini-instructie op verzoek van de verdachte. Op deze wijze heeft de verdediging de mogelijkheid om de rechter-commissaris te benaderen met het verzoek om specifiek aangeduide onderzoekshandelingen te verrichten. Voor de duidelijkheid moet worden opgemerkt dat de op verzoek van de verdediging door de rechter-commissaris te verrichten onderzoekshandelingen een subsidiair karakter hebben. De officier van justitie behoort voor de verdediging het eerste aanspreekpunt te zijn bij het doen van een verzoek tot het verrichten van onderzoekshandelingen. Pas als de officier weigert aan een dergelijke verzoek te voldoen, kan de rechter-commissaris worden benaderd.

De door de rechter-commissaris op verzoek van de verdediging uit te voeren onderzoekshandelingen zijn gelijk aan de activiteiten die door de rechter-commissaris op vordering van de officier van justitie in het vooronderzoek kunnen worden verricht. In het bijzonder kan worden gedacht aan het horen van getuigen en het doen uitvoeren van een onderzoek door deskundigen. Met name deze laatste mogelijkheid biedt ruimte voor een tegenonderzoek naar aanleiding van een eerder onderzoek dat is uitgevoerd door een door de officier van justitie benoemde deskundige.¹³⁴

In het verband van de mini-instructie op verzoek van de verdachte, wordt voorgesteld de mogelijkheid te creëren dat de rechter-commissaris op verzoek van de verdediging een oordeel uitspreekt over de voortgang van het opsporingsonderzoek. Afgezien van zaken waarin de verdachte voorlopig is gehecht, zijn er aan de duur van het opsporingsonderzoek geen termijnen gesteld. Hoewel opsporingsambtenaren en de officier van justitie in het algemeen dienen te streven naar een spoedige afronding van het vooronderzoek, is het wenselijk de verdachte een middel in handen te stellen waarmee hij kan waken voor de voortgang van het onderzoek. Dit middel is een verzoek aan de rechter-commissaris met de strekking een oordeel te geven over de redelijkheid van de tijd waarover het

134 In dit verband bestaat er wellicht geen behoefte meer aan een algemene regeling van het tegenonderzoek in aansluiting op het deskundigenonderzoek dat is geïnitieerd door het openbaar ministerie.

onderzoek zich tot op dat moment heeft uitgestrekt en die redelijkerwijs in de toekomst nog nodig zal zijn voor een verdere uitvoering van het onderzoek. Bij de beoordeling van dit verzoek moet de rechter-commissaris - als hij meent dat bij de uitvoering niet de nodige voortvarendheid is betracht¹³⁵ - de bevoegdheid worden verleend om het verdere opsporingsonderzoek aan termijnen te binden. Indien het onderzoek niet binnen de gestelde termijnen kan worden voltooid, moet de officier van justitie bij de rechter-commissaris een verlenging van de gestelde termijn vorderen. De rechter-commissaris dient ook de bevoegdheid te worden verleend om bij extreme vertragingen het opsporingsonderzoek te beëindigen.¹³⁶ Het door de rechter-commissaris aan deze beslissing te verbinden gevolg kan zijn dat het vervolgingsrecht ter zake van het feit waarop het onderzoek betrekking had is vervallen, dan wel dat de vervolging (in de zin van het uitbrengen van een dagvaarding) binnen een bepaalde termijn dient aan te vangen.

Uit het eerdere betoog betreffende het punt van vertrek voor de toekenning van verdedigingsrechten volgt dat bovenstaande bevoegdheden pas kunnen worden uitgeoefend na het eerste verhoor van de verdachte. Vanaf dat moment is de verdachte formeel op de hoogte van de aard van de verdenking en heeft hij voldoende zwaarwegende belangen bij het verloop van het vooronderzoek en de termijnen waarbinnen het onderzoek zijn beslag moet krijgen. Nu de verdachte zelf het initiatief dient te nemen voor inschakeling van de rechter-commissaris, bestaat er geen aanleiding om beperkingen aan de brengen op de aard van het verhoor dat heeft plaatsgevonden. Wel heeft de rechter-commissaris de bevoegdheid om bij de afweging omtrent de inwilliging van het verzoek van de verdachte de opportuniteit van de verzochte onderzoekshandeling in zijn oordeel te betrekken. De rechter-commissaris kan het verzoek afwijzen bijvoorbeeld omdat de uitvoering van de verzochte onderzoekshandeling disproportioneel is gelet op aard en gewicht van de zaak, of omdat de officier van justitie heeft medegedeeld dat het verzochte onderzoek in het opsporingsonderzoek zal worden uitgevoerd.

In de grondslag voor het door de rechter-commissaris uit te voeren onderzoek ligt een inhoudelijke beperking van de mini-instructie en voortgangsbewaking op verzoek van de verdachte besloten. De rechter-commissaris kan op verzoek van de verdachte uitsluitend onderzoekshandelingen verrichten voorzover die relevant zijn voor opheldering van het feit ter zake waarvan de verdachte is verhoord; dat feit vormt als het ware de grondslag voor het onderzoek door de rechter-commissaris. Het toezicht over de voortgang van het opsporingsonderzoek is eveneens gerelateerd aan die grondslag.

135 Is geen sprake van een gebrek aan voortvarendheid, dan kan de rechter-commissaris het verzoek ook afwijzen, omdat er nog geen aanleiding is voor een termijnstelling.

136 Deze voorziening is vergelijkbaar met de huidige verklaring houdende einde der zaak (art. 36 Sv).

Beslissing omtrent de vervolging

In het huidige wetboek zijn de na afronding van het opsporingsonderzoek door de officier van justitie te nemen beslissingen amper geregeld. Voorgesteld wordt deze materie ruimer te normeren dan in het huidige wetboek is geschied. In het licht van de art. 242-248 Sv kunnen in dit kader regelingen worden gegeven met betrekking tot termijnen, aard en rechtsgevolgen van de te nemen beslissingen.

a. Termijnen

Na opheldering van het feit en afronding van het opsporingsonderzoek dient de officier van justitie te beslissen over het aan te zaak te geven justitiële vervolg. Uitgangspunt dient te zijn dat deze beslissing zo snel mogelijk moet worden genomen en dat de verdachte hierover niet onnodig in onzekerheid moet worden gelaten. In principe behoort de verdachte dan ook zodra dat mogelijk is te worden geïnformeerd over het al dan niet vervolgen van de zaak. De vraag is of hiervoor in het wetboek een vaste termijn moet worden bepaald, te rekenen vanaf het in het systeem van rechtsbescherming centraal staande eerste verhoor van de verdachte. Nu het hier niet gaat om een aan de verdachte toekomende bevoegdheid, maar om een garantie die bestaat uit een verplichting tot het verrichten van een processuele handeling door de overheid (namelijk het nemen van een beslissing en het mededelen van die beslissing aan de verdachte), wordt voorgesteld in het algemeen af te zien van een vaste termijn voor het nemen van een vervolgingsbeslissing. Uitgangspunt is dan dat de officier van justitie in het algemeen verplicht is om 'zo spoedig mogelijk' te beslissen over de verdere gang van zaken. De redelijke termijn-jurisprudentie biedt voldoende mogelijkheden om adequaat te reageren op opgetreden vertragingen bij het nemen van een beslissing over het verdere lot van de zaak.¹³⁷ Naast deze instructie biedt het door de verdachte uit te lokken oordeel van de rechter-commissaris over de voortgang van de zaak en de eventueel door de rechter-commissaris voor het nemen van de vervolgingsbeslissing te stellen termijnen een aanvullende waarborg tegen onnodige vertragingen bij het nemen van een beslissing door de officier van justitie.¹³⁸

Naast deze hoofdregel moet een vaste termijn voor de vervolgingsbeslissing en de mededeling daarvan aan de verdachte alleen worden aangenomen voor zaken waarin het tegen de verdachte gerichte onderzoek gepaard is gegaan toepassing van bezwarende maatregelen. Dit is op de eerste plaats het geval als bij gelegenheid van het verhoor tegen de verdachte vrijheidsbenemende dwangmiddelen zijn toegepast. Het betreft de gevallen waarin het verhoor van de verdachte heeft plaatsgevonden nadat hij is aangehouden en opgehouden op het politiebureau.

137 Vgl. A.J.M. Machielse, *Een requiem voor het gerechtelijk vooronderzoek*, Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 27-28.

138 Vgl. G. Knigge, 'Strafvordering in het geding', preadvies NJV 1994, p. 87.

Deze vrijheidsbeneming is dermate ingrijpend voor de verdachte dat de binding van de voortgang van de zaak aan termijnen en de belasting die daaruit voortvloeit voor het justitieapparaat geenszins disproportioneel is. Op de tweede plaats gaat het om verhoorsituaties bij gelegenheid waarvan de verwachting is gewekt dat de zaak zal worden vervolgd. Doorgaans zal deze verwachting worden gewekt naar aanleiding van een verzoek tot domiciliekeuze. De domiciliekeuze houdt direct verband met de betekening van de dagvaarding¹³⁹ en vormt in deze zin een objectief gegeven waaruit voor de verdachte de verwachting voortvloeit dat hij zal worden vervolgd of dat het openbaar ministerie een sanctie zal opleggen.

Het verhoor na aanhouding en de domiciliekeuze vormen naar het oordeel van de onderzoeksgroep voldoende rechtvaardiging voor een binding van de voortgang van de zaak aan termijnen. Deze binding kan minder drukkend zijn dan de termijnen die gelden voor de afhandeling van de zaak ten aanzien van verdachten die preventief van de vrijheid zijn beroofd. In de regeling van de voorlopige hechtenis wordt er als hoofdregel van uitgegaan dat deze laatste categorie verdachten uiterlijk op de 90ste dag van de gevangenhouding terecht staan. Deze korte termijn voor berechting vindt zijn grond in het enkele gegeven dat de betrokken verdachte van zijn vrijheid is beroofd. In de bovengenoemde situaties is de verdachte ten tijde van de afronding van het vooronderzoek op vrije voeten, zodat de bijzondere rechtvaardiging voor het stellen van een zeer korte termijn, zoals de genoemde 90 dagen-regeling, ontbreekt. Voor de te stellen termijn kan worden aangesloten bij de periode waarin de verdachte kan worden gehouden aan de door hem gekozen domicilie, te weten 9 maanden. Uiterlijk aan het einde van deze termijn dient de verdachte te worden geïnformeerd over het verdere verloop van de zaak. Als het onderzoek ook na een volgende periode van negen maanden niet is voltooid, is de officier van justitie wederom verplicht de verdachte over het verloop te informeren.¹⁴⁰ Het beginpunt van de eerste termijn van negen maanden kan worden vastgelegd op de dag van aanhouding en het ophouden voor verhoor, dan wel de datum van het verhoor waarop aan de verdachte is verzocht domicilie te kiezen.¹⁴¹

b. De verschillende beslissingen

Uitgangspunt is dat de na afronding van het opsporingsonderzoek te nemen beslissingen moeten worden genomen door de officier van justitie. Hiermee wordt

139 Onder omstandigheden kan het uitblijven van domiciliekeuze zelfs leiden tot toepassing van voorlopige hechtenis.

140 De verdachte is steeds bevoegd het oordeel van de rechter-commissaris in te roepen over de voortgang van de zaak.

141 Zie deelrapport 2, 'Berechting in aanwezigheid en betekening van de dagvaarding' (H.M.E. Laméris-Tebbenhof Rijnenberg) in: *Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, p. 120.

niet tot uitdrukking gebracht dat de officier van justitie in iedere zaak persoonlijk de betrokken beslissing heeft te nemen. De strekking van deze aanwijzing is daarentegen aan te geven dat de beslissing omtrent de verdere gang van zaken valt binnen de kring van de verantwoordelijkheid van de officier van justitie. Dit laat de mogelijkheid open dat de beslissing op basis van een mandaatconstructie feitelijk door een andere functionaris wordt genomen.¹⁴²

De na afloop van het opsporingsonderzoek mogelijk te nemen beslissingen zijn:

- a. het seponeren van de zaak;
- b. het al dan niet onder het stellen van voorwaarden opschorten van de beslissing omtrent het verdere verloop van de zaak;
- c. de oplegging van een sanctie waartoe de officier van justitie ter zake van lichtere strafbare feiten zelfstandig bevoegd is;¹⁴³
- d. dagvaarding van de verdachte ter terechtzitting.

De onder a. en d. genoemde beslissingen sluiten aan bij het bestaande recht en behoeven geen afzonderlijke toelichting. Wel dient met het oog op het uitbrengen van de dagvaarding de vraag zich aan of de bevoegdheid voor de verdachte om een bezwaarschrift tegen de dagvaarding in te dienen, moet worden behouden. Hoewel de keuze om dit bezwaarschrift al dan niet te handhaven niet direct de grondslagen van de strafvordering raakt, zodat deze kwestie buiten beschouwing zou kunnen worden gelaten, wil de onderzoeksgroep een voorkeur uitspreken voor afschaffing van het bezwaarschrift tegen de dagvaarding.¹⁴⁴ Dit bezwaarschrift vindt zijn oorsprong in de oude rechtsingangprocedures.¹⁴⁵ De functie van die procedures moet worden verbonden met het feitelijk voor de vervolgingsbeslissing van de officier van justitie geldende legaliteitsprincipe. De rechterlijke inmenging met de vervolgingsbeslissing was dan een correctief op de gebondenheid voor de officier van justitie om strafbare feiten voor te leggen aan de rechter. Het verlenen van rechtsingang was in deze zin voor de verdachte een waarborg tegen een lichtvaardig aanbrengen van de zaak op de openbare terechtzitting. Hoewel deze functie ook aan de huidige regeling van het bezwaarschrift tegen de

142 In hoeverre bij de uitoefening van strafvorderlijke taken mandaat- en delegatieconstructies kunnen worden toegepast, wordt in het volgende projectjaar onderzocht.

143 Het betreft de bevoegdheden van de officier van justitie in het zgn. 'derde spoor'; zie hierover deelrapport 1, 'Buitengerechtelijke afdoening' (A.R. Hartmann), in: *Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, p. 59-90. Aan deze zelfstandige strafbevoegdheid van de officier van justitie wordt de consequentie verbonden dat geen bestaansrecht meer toekomt aan de transactie en het voorwaardelijk sepot.

144 Zie ook W.E.C.A. Valkenburg, *Het bezwaarschrift tegen de dagvaarding*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 237-238.

145 Vgl. J.L. van der Neut & J. Simmelink, 'Requiem voor het bezwaarschrift tegen de dagvaarding?!', in: A.C. 't Hart e.a. (red.), *Strafrecht in balans*, Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 135-144.

dagvaarding wordt toegedicht¹⁴⁶, is het de vraag of thans nog betekenis moet worden gehecht aan deze 'waarborg'. De huidige bezwaarschriftprocedure functioneert immers in een systeem waarin de vervolgingsbeslissing van de officier van justitie wordt beheerst door het opportunitiebeginsel. Op grond van dit beginsel hoort het tot de taak van het openbaar ministerie om 'zwakke' strafzaken te seponeren. Daarbij komt dat ook de beperkte capaciteit van het justitiële apparaat noodzaakt tot keuzes, waaruit volgt dat niet 'haalbaar' lijkende zaken niet zullen worden vervolgd. Hieruit volgt dat op principiële en praktische gronden de behoefte aan rechterlijke controle van de vervolgingsbeslissing uiterst gering is.¹⁴⁷ Bovendien is het de vraag of het belang van het voorkomen van het openbaar terecht staan voldoende gewicht in de schaal werpt bij de keuze voor rechtvaardiging en behoud van de bezwaarschriftprocedure. Dat is naar het oordeel van de onderzoeksgroep niet het geval. In de spaarzame gevallen waarin door middel van een bezwaarschrift tegen de dagvaarding wordt gepoogd een openbare behandeling van een zaak af te wenden, heeft het indienen van een bezwaarschrift niet tot gevolg dat (voorlopig) onbekend blijft dat een verdachte ter zitting is gedagvaard. Vanwege de aard van de zaak en de eerder daaraan gegeven publiciteit genieten deze gevallen vaak al de nodige maatschappelijke aandacht.¹⁴⁸ Door middel van een bezwaarschrift wordt dan niet gepoogd een lichtvaardige terechtstelling te voorkomen, maar om de uit de openbare terechtzitting voortvloeiende beschadiging van de persoonlijke levenssfeer van de verdachte af te wenden. De raadkamerprocedure werkt in deze gevallen dan als compromis tussen de belasting die voor de verdachte voortvloeit uit het openbaar terechtstaan en de wens om over het handelen van betrokkene een rechterlijk oordeel te verkrijgen. Voor deze categorie is de bezwaarschriftprocedure echter niet bedoeld en ook niet geschikt. In deze categorie strafzaken is veeleer een sluiting van de deuren een passende remedie tegen de aan een openbare behandeling klevende bezwaren. De eventueel hiertegen aan te voeren bezwaren zijn echter onverkort van toepassing op een oneigenlijk gebruik van de bezwaarschriftprocedure in de bovenbedoelde categorie strafzaken. Dergelijke gevoelig liggende vervolgingen kunnen derhalve de keuze voor behoud van de bezwaarschriftprocedure niet rechtvaardigen.

De hiervoor onder b. en c. bedoelde beslissingen verdienen wel enige toelichting. De onder c. aangeduide mogelijkheid betreft de bevoegdheden van de officier van justitie in het zgn. 'derde spoor'. In dit traject is de officier van justitie ter zake

146 Zie bijv. J. Remmelink, 'Het bezwaarschrift tegen de dagvaarding', in: J.F. Glastra van Loon e.a. (red.), *Speculum Langemeijer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 422.

147 Een indicatie voor de geringe praktische behoefte ligt in het gegeven dat in de praktijk hoogst zelden een bezwaarschrift tegen de dagvaarding wordt ingediend.

148 Zie bijv. HR 28 april 1989, *NJ* 1990, 46, m.nt. GEM.

van de lichtere categorie strafbare feiten zelfstandig bevoegd tot het opleggen van sancties. Aan de introductie van deze zelfstandige strafbevoegdheid voor de officier van justitie wordt de consequentie verbonden dat er geen ruimte meer moet worden gereserveerd voor de transactie en het voorwaardelijk sepot.¹⁴⁹ Deze laatste modaliteit is dikwijls een variant op de transactie, alleen met andere dan de in art. 74 Sr genoemde voorwaarden. Voorzover het voorwaardelijk sepot de vorm aannam van een beslissing waarin het openbaar ministerie, in afwachting van de uitvoering van onbetaalde arbeid door de verdachte, aangaf nog niet in staat te zijn een beslissing over het al dan niet vervolgen van de zaak te geven, dient daarvoor ook in het toekomstige recht ruimte voor te worden gecreëerd. Deze optie ligt besloten in de onder b. aangegeven mogelijkheid tot opschorting van de beslissing omtrent het verdere verloop van de zaak.¹⁵⁰ Deze mededeling kan ook worden gedaan in gevallen waarin de officier van justitie gehouden is de verdachte in de loop van het vooronderzoek te informeren over het verdere verloop van de zaak en het onderzoek nog niet is voltooid. In zo'n geval kan de officier van justitie aan de verdachte mededelen dat het opsporingsonderzoek nog niet is afgerond en dat hij om die reden nog niet in staat is te beslissen over de vervolging.

c. Normering van de sepotbeslissing

De hiervoor onder b. t/m d. opgesomde beslissingen en de daaraan te verbinden rechtsgevolgen behoeven niet met bijzondere wettelijke voorzieningen te worden omringd; een en ander volgt uit de aard van de genomen beslissing. Anders is dit ten aanzien van de beslissing om de zaak te seponeren. In het huidige recht is deze variant amper geregeld; de kennisgeving van niet verdere vervolging na sluiting van het gerechtelijk vooronderzoek is daarentegen ruimer genormeerd. Voorgesteld wordt enkele voorzieningen betreffende de genoemde kennisgeving te betrekken op de sepotbeslissing. Als eerste zal de sepotbeslissing moeten worden toegezonden aan de verdachte. Deze verplichting kan worden beperkt tot die zaken waarin de verdachte over het feit is verhoord. In deze gevallen is de verdachte over de beschuldiging geïnformeerd en ondervraagd. Op grond hiervan mag worden verlangd dat de verdachte wordt geïnformeerd over het gegeven dat hij ter zake van dat feit niet zal worden vervolgd. Op de tweede plaats moet in de sepotbeslissing de reden voor niet vervolging worden vermeld. De rechtsgevolgen van een sepot behoeven niet met zoveel woorden in de wet te worden geëxpliciteerd. Aan de hand van het vertrouwensbeginsel kan de rechter aan de verdachte afdoende

149 Zie hierover het deelrapport 1, 'Buitengerechtelijke afdoening' (A.R. Hartmann) in: *Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, p. 59-90.

150 Zie in dit verband ook de wet van 7 september 2000, *Stb.* 2000, 365, waarin de regeling van de taakstraffen wordt herzien. In het nieuw ingevoegde art. 74, lid 1 onder f., Sr is de officier van justitie bevoegd om als voorwaarde bij een transactie het verrichten van onbetaalde arbeid of het volgen van een leerproject voor maximaal 120 uur op te leggen.

bescherming bieden tegen vervolgingsactiviteiten van het openbaar ministerie die in strijd zijn met eerder door een sepot opgewekte verwachtingen.

3.6 *Verantwoording van de voorgestelde regeling tegen de achtergrond van de algemene uitgangspunten van het wetboek*

In het algemeen deel van het eerste interimrapport zijn enige algemene uitgangspunten geformuleerd voor de inrichting van het onderzoek ter zitting. Ten eerste kan worden genoemd de karakterisering van de strafprocedure als een contradictoir geding.¹⁵¹ Dit betekent dat het proces van waarheidsvinding voor en door de rechter wordt vormgegeven op basis van hoor en wederhoor en de notie van 'equality of arms'. Ten tweede moet bij de aan de verdachte geboden mogelijkheden tot het leveren van tegenspraak worden gestreefd naar optimalisering van de rechten van de verdediging.¹⁵² Deze uitgangspunten zijn niet alleen leidend bij de vormgeving van de openbare terechtzitting, doch zijn ook van grote betekenis voor de inrichting van het strafvorderlijk vooronderzoek. In de voorgestelde structuur van het vooronderzoek¹⁵³ strekken de in dit hoofdstuk geformuleerde uitgangspunten tot optimalisering van de mogelijkheden voor de verdachte om al in het vooronderzoek tegenspraak te leveren en op te komen voor zijn belangen. Duidelijk is dat deze optimalisering in het teken staat van een belangenafweging: de aan de verdachte toe te kennen verdedigingsmogelijkheden moeten worden afgewogen tegen het belang van het onderzoek (de waarheidsvinding). Tegen deze achtergrond is in het voorgestelde systeem van rechtsbescherming het eerste verhoor van de verdachte bestempeld tot 'Archimedisches punt'. Bij gelegenheid van het eerste verhoor wordt de verdachte op de hoogte gesteld van de aard van de gerezen verdenking. Met dat verhoor neemt het onderzoek een zodanige wending dat de verdachte in het algemeen belang heeft bij mogelijkheden om een bijdrage te leveren aan het proces van waarheidsvinding (inzage van de stukken, het doen van een verzoek aan de rechter-commissaris tot het uitvoeren van onderzoekshandelingen). Indien de belangen van het onderzoek de uitoefening van verdedigingsrechten tijdelijk ontoelaatbaar doen zijn, biedt de wettelijke regeling ruimte voor bescherming van die belangen en een tijdelijke beperking van verdedigingsrechten. Op de eerste plaats kan bij de bepaling van het moment van aanhouding rekening worden gehouden met de belangen van het onderzoek. Verder kan de rechter-commissaris bij de beoordeling van het verzoek van de verdachte om over te gaan

151 Zie 'Algemeen deel', in: *Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, p. 29-31.

152 Zie 'Algemeen deel', in: *Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, p. 23-24.

153 Zie deelrapport 5, 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek' (A.E. Harteveld & E.F. Stamhuis).

tot de uitvoering van bepaald aangewezen onderzoekshandelingen het belang van de verdediging afwegen tegen het onderzoeksbelang. Aldus kan in het vooronderzoek een systeem van rechtsbescherming worden opgebouwd, waarbij tegelijkertijd voldoende ruimte bestaat voor bescherming van het belang van de waarheidsvinding.

3.7 *Systematische verbanden met andere onderdelen van de strafvordering*

Zoals in dit hoofdstuk op diverse plaatsen al is aangegeven, houden de in par. 3.5 geformuleerde voorstellen systematisch verband met andere in dit interimrapport behandelde onderwerpen. Zo moet de voorgestelde 'aankleding' van het eerste verhoor van de verdachte worden gerelateerd aan het onderzoek van Fijnaut naar de rol van de raadsman bij het verhoor van de verdachte op het politiebureau.¹⁵⁴ Hoewel de voorgestelde 'aankleding' betrekking heeft op alle eerste verhoren van een verdachte, ook buiten een politiebureau, zal dat verhoor in de meeste zaken van enig gewicht toch plaatsvinden op het politiebureau. Dit betekent dat de op de normering van het verhoor gerichte voorstellen in onderling verband moeten worden beoordeeld.

De verdachte verkrijgt in de loop van het vooronderzoek diverse bevoegdheden om zich te wenden tot de rechter. In de voorstellen is dit in alle gevallen de rechter-commissaris, voor de meervoudige raadkamer wordt (afgezien van de voorlopige hechtenis) geen ruimte gereserveerd. De centrale rol van de rechter-commissaris sluit aan bij de functies die aan het optreden van de rechter in het vooronderzoek worden toegedicht. Diverse van de rechter-commissaris verzochte activiteiten, zoals de beoordeling van de voortgang van het onderzoek, sluiten aan bij de rechtsbeschermende taak; een verzoek aan de rechter-commissaris tot het verrichten van handelingen van onderzoek staat daarentegen in het teken van de 'voorpostfunctie'.¹⁵⁵

De instrumenten voor bewaking van de voortgang van het onderzoek en de niet aan vaste termijnen gebonden beslissingsbevoegdheden van de officier van justitie omtrent het na afronding van het opsporingsonderzoek aan de zaak te geven vervolg moeten worden gespiegeld aan de strikte termijnen voor afronding van het vooronderzoek en het aanbrengen van de zaak op de terechtzitting in de zaken waarin een verdachte preventief is gehecht. Het enkele feit van de vrijheidsbeneming biedt in het licht van art. 5, lid 3, EVRM voldoende grond voor de binding van de voorlopige hechtenis en het aanbrengen van de zaak op de openbare

154 Zie deelrapport 7, 'De toelating van de raadsman tot het politieel verdachtenverhoor' (C.J.C.F. Fijnaut) over de rechtsbijstand bij het politieverhoor.

155 Zie deelrapport 5, 'De rechterlijke bemoeienis met het vooronderzoek' (A.E. Hartevelde & E.F. Stamhuis).

terechtzinging aan strakke termijnen.¹⁵⁶ Voor de gevallen waarin de verdachte niet voorlopig is gehecht ontbreekt de noodzaak voor een vergelijkbare normering.

Tenslotte hebben de aan de verdachte in het vooronderzoek toegekende verdedigingsmogelijkheden betekenis voor het bewijsrecht. De uitoefening van verdedigingsrechten kan een bijdrage leveren aan de 'eerlijkheid' van het strafgeding in de zin van art. 6 EVRM. Door uiteenlopende omstandigheden bestaat de mogelijkheid dat bepaalde activiteiten (bijv. het verhoor van een getuige) niet op de terechtzitting kunnen worden uitgevoerd. De daarmee gepaard gaande beperkingen op elementaire verdedigingsrechten kunnen tot gevolg hebben dat bepaalde informatie niet voor het bewijs mag worden gebruikt. Dit heeft een negatieve invloed op de waarheidsvinding door de rechter. Dit gevolg kan worden vermeden indien de beperking van verdedigingsrechten op de terechtzitting in voldoende mate kan worden gecompenseerd door de in het vooronderzoek gevolgde procedures.

4 Interne openbaarheid en samenstelling van de processtukken

4.1 Inleiding

Vanaf het begin van de opsporing wordt van iedere strafzaak een dossier gevormd. Dit zaaksdossier bevat uiteenlopende papieren.¹⁵⁷ Deze doen blijken van de resultaten van het justitiële onderzoek dat ten behoeve van de waarheidsvinding in de zaak is verricht en geven weer al hetgeen door de diverse bij een strafproces betrokken functionarissen is beslist. Het is om verschillende redenen van groot belang dat dit dossier een zo volledig mogelijke weergave van de resultaten van het justitiële onderzoek bevat. Het dossier is de primaire bron waaruit de rechter de voor hem relevante informatie put, die hij voor het onderzoek op de terechtzitting omtrent het ten laste gelegde feit en de vragen van de art. 348 en 350 Sv nodig heeft. Daarnaast dient de rechter aan de hand van het dossier een oordeel te kunnen geven over de rechtmatigheid van de tegen de verdachte toegepaste dwangmiddelen en de overige jegens de verdachte verrichte onderzoekshandelingen. Voor de verdachte kan deze mogelijkheid tot rechterlijke controle en eventueel sanctionering van geconstateerde onregelmatigheden worden gezien als een 'effective remedy' in de zin van art. 13 EVRM. Een zorgvuldig samengesteld en compleet dossier

156 Zie deelrapport 6, 'Voorarrest' (J. uit Beijerse & J.B.H.M. Simmelink)

157 J.M. Reijntjes, *Strafrechtelijk bewijs in wet en praktijk*, Arnhem: Gouda Quint 1980, p. 93, geeft een overzicht van de in het dossier op te nemen stukken.

bevordert derhalve een efficiënte gang van zaken op de terechtzitting en verschaft de basis voor een adequate rechtsbescherming.¹⁵⁸

De door het dossier te geven openheid van zaken strekt tot realisatie van diverse strafprocesrechtelijke beginselen. In het oog springt op de eerste plaats het beginsel van de interne openbaarheid, hetgeen impliceert dat de voor het strafgeding relevante informatie bij alle aan het geding deelnemende hoofdpersonen bekend is. Een gelijke informatiepositie maakt een 'fair trial' op basis van 'equality of arms' mogelijk. Verder bevordert het dossier de transparantie van het overheidsoptreden, zodat de rechter op de openbare terechtzitting zich kan buigen over de rechtmatigheid en zorgvuldigheid van het strafvorderlijke vooronderzoek.

In het merendeel van de strafzaken levert de samenstelling van het strafdossier in het licht van de functies daarvan geen problemen op. Met een zekere regelmaat doen zich evenwel zaken voor - en dikwijls betreft het juist zaken die vanwege de ernst of omvang relatief veel aandacht trekken¹⁵⁹ - waarin de door de processtukken te verschaffen openheid van zaken zich niet probleemloos laat verenigen met andere legitieme belangen, waaraan juist alleen maar tegemoet kan worden gekomen als bepaalde feiten en omstandigheden niet in de processtukken worden vermeld. Gedacht kan worden aan belangen van getuigen of informanten bij verzwijging van hun identiteit, als zij door het afleggen van een verklaring of het verschaffen van informatie bij onthulling van hun personalia ernstig nadeel ondervinden. Ook de opsporing zou aan effectiviteit kunnen inboeten als uiteenlopende opsporingstechnische en -tactische details steeds in volle omvang in de processtukken uit de doeken zouden moeten worden gedaan. Bijvoorbeeld de onthulling van parallel lopende onderzoeken tegen meerdere verdachten, details betreffende de opzet van een infiltratie-actie of de wijze van observatie van een locatie of verdachte. Bij de samenstelling van de processtukken en de mate van de daarbij te betrachten openheid zal in deze gevallen een afweging moeten worden gemaakt tussen conflicterende belangen. Hierbij rijzen diverse vragen. Op de eerste plaats welke belangen voldoende zwaarwegend kunnen zijn voor de beslissing om bepaalde feiten en omstandigheden niet te vermelden in de processtukken. Vervolgens de vraag naar de noodzaak om procedurele voorzieningen te treffen waarin wordt beslist over de noodzakelijkheid en omvang van de te betrachten geheimhouding. Verder zal hierbij moeten worden aangegeven aan welke justitiële functionaris of instantie het uiteindelijke oordeel toekomt om te beslissen over de samenstelling van de processtukken. Tegen deze achtergrond zal in dit hoofdstuk worden ingegaan op de samenstelling van de processtukken en diverse hiermee

158 Zie voor deze functies van het dossier G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, 3e dr., p. 231 e.v.; K. Peters, 'Artikel 6 EVRM en het recht op inzage van processtukken in het strafrechtelijk vooronderzoek', *NJCM-bulletin* 1987, p. 509-524.

159 Benadrukt moet worden dat het in het grote geheel een minderheid van zaken betreft.

verband houdende onderwerpen. Allereerst zal een schets worden gegeven van het geldende recht met betrekking tot de processtukken en het recht tot inzage daarvan. Vervolgens wordt de huidige stand van zaken geplaatst in het kader van voorzieningen die systematisch samenhangen met de processtukken. Daarna zal worden ingegaan op het betekenis van art. 6 EVRM voor het onderwerp van dit hoofdstuk. In de volgende paragraaf komt de rechtsvergelijking aan bod; ingegaan zal worden op het Duitse en Engelse recht met betrekking tot de samenstelling van het strafdossier. In de afrondende paragraaf worden de uitgangspunten voor een nieuwe regeling uiteengezet.

De samenstelling van de processtukken vormt, zoals gezegd, in het merendeel van de strafzaken geen probleem. De in het dossier aanwezige informatie is dan voor alle partijen in gelijke mate kenbaar en er staat niets in de weg aan een onbelemmerde inzage van de aanwezige stukken. Het is niet de doelstelling van dit onderzoek om in deze onproblematische situatie enige verandering te brengen. In een minderheid van gevallen daarentegen staat een belangenconflict in de weg aan volledige inwendige openbaarheid en transparantie. De vraag is dan of de huidige wettelijke regeling een bevredigend kader biedt voor kanalisering van dit belangenconflict. De consequentie van deze vraagstelling is dat in het navolgende relatief veel aandacht zal uitgaan naar de bedoelde minderheid van gevallen.

4.2 Kenmerken van het geldende recht

Het wetboek van strafvordering bevat slechts enkele artikelen waarin voorschriften worden gegeven met betrekking tot de processtukken. De eerste opmerkelijke constatering daarbij is dat in het wetboek geen aanduiding is opgenomen van de betekenis van het begrip 'processtukken'.¹⁶⁰ Vervolgens geeft slechts één artikel, het bij de wet van 27 mei 1999, *Stb.* 1999, 245 ingevoegde art. 126aa Sv, voorzieningen met het oog op de samenstelling van de processtukken. Deze voorzieningen beogen controle op de toepassing van de bevoegdheden van de art. 126g t/m 126z Sv mogelijk te maken. Heeft de toepassing van een van deze bevoegdheden gegevens opgeleverd die voor het onderzoek in de zaak van belang zijn, dan dienen de processen-verbaal en andere voorwerpen die van die gegevens doen blijken door de officier van justitie bij de processtukken te worden gevoegd. Als de uitoefening van een van de betrokken bevoegdheden geen voor het onderzoek in de zaak relevante gegevens heeft opgeleverd, dan kan in de processtukken worden volstaan met de melding van toepassing van de bevoegdheid. Indien de verdachte of zijn raadsman meent dat bepaalde processen-verbaal of

160 Vgl. HR 16 september 1996, *NJB* 1997, nr. 7 (p. 126).

voorwerpen ten onrechte niet bij de processtukken zijn gevoegd, kan hij de officier van justitie schriftelijk verzoeken om alsnog tot die voeging over te gaan.

Naast dit art. 126aa bevat het wetboek geen voorschriften waarin aanwijzingen worden gegeven omtrent de stukken die als 'processtukken' in het dossier van de zaak moeten worden gevoegd. Evenmin is aangeduid welke functionaris verantwoordelijk is voor de samenstelling van de processtukken.

Uitgaande van het bestaan van processtukken is in de art. 30 t/m 34 Sv het recht van de verdachte tot kennisneming van de processtukken is geregeld. In deze artikelen is aangegeven:

- gedurende het vooronderzoek staat de rechter-commissaris of de officier van justitie de verdachte op diens verzoek toe kennis te nemen van de processtukken; de door de officier van justitie te bieden inzagemogelijkheid omvat de inzage van stukken die zich nog bij de politie bevinden en nog niet zijn ingezonden naar het parket van de officier van justitie;
- in het belang van het onderzoek - te verstaan als: waarheidsvinding - kan de kennisneming van bepaalde stukken tijdelijk worden onthouden;
- aan de verdachte wordt schriftelijk medegedeeld dat de ter inzage gegeven stukken niet compleet zijn;
- tegen de beperking van het inzagerecht kan de verdachte een bezwaarschrift indienen bij de raadkamer;
- de mogelijkheid tot beperking van het inzagerecht geldt niet voor enkele expliciet opgesomde soorten processen-verbaal (zoals de processen-verbaal van het verhoor van de verdachte zelf of van getuigen waarbij de verdachte of zijn raadsman bij het verhoor aanwezig mochten zijn; vgl. art. 31);
- vanaf bepaalde procedurele momenten mag het recht tot inzage niet meer worden beperkt (zie art. 33);
- de mogelijkheid voor de verdachte om een afschrift te verkrijgen van de stukken waarvan hij kennis mag nemen (art. 34).¹⁶¹

De mogelijkheden voor de raadsman van de verdachte om kennis te nemen van de processtukken zijn gelijk aan de bevoegdheden van de verdachte. In art. 51 Sv is aangegeven dat ten aanzien van deze bevoegdheid van de raadsman de art. 30 t/m 34 Sv van overeenkomstige toepassing zijn.

Art. 51d Sv kent de benadeelde partij een beperkt recht tot inzage van de processtukken toe. Aan de benadeelde partij moet inzage verleend in de processtukken 'waarbij zij belang heeft'. Het 'belang' bij inzage ligt in de betekenis van het processtuk voor de beoordeling van de door de benadeelde partij ingediende vordering. Naast dit belangcriterium kan het recht tot inzage voor de benadeelde

161 In het recht tot kennisneming ligt besloten de bevoegdheid om aantekeningen uit de processtukken te maken, vgl. art. 137 Sv.

partij op diverse gronden worden beperkt. Het tweede lid van art. 51d noemt als beperkingsgrond: het belang van het onderzoek, de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, de opsporing of vervolging van strafbare feiten of zwaarwichtige gronden ontleend aan het algemeen belang.

Uit deze spaarzame voorzieningen betreffende de processtukken volgt dat de wetgever belangrijke vragen in het midden heeft gelaten. Zo is naast het al genoemde art. 126aa niet meer in het algemeen aangegeven welke documenten en voorwerpen tot de processtukken moeten worden gerekend en wie verantwoordelijk is voor de samenstelling van het dossier in de zaak. Evenmin is in relatie tot de samenstelling van de processtukken aangeduid of op andere gronden dan het belang van de waarheidsvinding mag worden afgezien van vermelding van bepaalde feiten en omstandigheden in de processtukken en zo ja, wat de grenzen zijn van een verzwijging van relevante feiten. Ook is niet expliciet voorzien in mogelijkheden voor de verdachte om invloed uit te oefenen op de samenstelling van de processtukken. Tenslotte is in de regeling van het recht tot inzage van de processtukken niet aangegeven vanaf welk procedureel moment dat recht tot gelding kan worden gebracht. De enige eis die art. 30 in dit opzicht stelt is dat het inzagerecht alleen toekomt aan de 'verdachte'. Hierin ligt de inhoudelijke eis besloten dat tegen de persoon die om inzage vraagt een redelijk vermoeden van schuld in de zin van art. 27, lid 1, Sv moet bestaan, of dat er sprake moet zijn van een tegen de betrokkene gerichte vervolging (art. 27, lid 2). Op grond hiervan kan impliciet worden aangenomen dat de 'processtukken' bestaan uit de documenten en voorwerpen die betrekking hebben op de verdenking of de vervolging.

In de loop der tijd zijn de door de wetgever in het midden gelaten kwesties in de praktijk van de strafrechtspleging en de jurisprudentie ingekaderd. Zo heeft de Hoge Raad in diverse arresten aangegeven dat bij de samenstelling van de processtukken de 'relevantie' van een document of voorwerp voor het door de rechter ter terechtzitting te verrichten onderzoek het maatgevende criterium is: 'in het dossier dienen te worden gevoegd stukken die redelijkerwijze van belang kunnen zijn hetzij in voor de verdachte belastende hetzij in voor hem ontlastende zin'.¹⁶² Dit relevantiecriterium houdt verband met de taak van de rechter aan wie het dossier uiteindelijk wordt voorgelegd, namelijk het onderzoek naar de materiële waarheid. Deze waarheid betreft alle punten waarover de rechter in het kader van de in de art. 348 en 350 Sv opgesomde beslissingen een oordeel heeft te geven. Het gaat derhalve niet alleen om belastende of ontlastende stukken in het kader van het bewijs van het ten laste gelegde feit, maar ook om bijvoorbeeld de ontvankelijkheid van het openbaar ministerie, de controle over de rechtmatigheid

162 Vgl. HR 7 mei 1996, *NJ* 1996, 687, m.nt. Sch; HR 16 september 1996, *NJB* 1997, nr. 7 (p. 126); HR 21 oktober 1997, *NJ* 1998, 133, m.nt. 'tH.

van het opsporingsonderzoek of de straftoemeting.¹⁶³ Ten behoeve van de rechterlijke controle over het vooronderzoek zal uit de processtukken dienen te blijken van de in het vooronderzoek toegepaste dwangmiddelen en overige inbreuken op vrijheidsrechten van burgers.¹⁶⁴

Toegesпитst op het bewijs kan uit diverse arresten van de Hoge Raad worden afgeleid dat met de in belastende of ontlastende zin relevante stukken wordt bedoeld op a. de *resultaten* van het opsporingsonderzoek of het gerechtelijk vooronderzoek en b. de informatie die van belang is voor de beoordeling van de rechtmatigheid of betrouwbaarheid van de verkregen onderzoeksresultaten. De consequentie is dat documenten of voorwerpen betreffende hulpmiddelen die bij de opsporing of de uitvoering van een onderzoeksmethode zijn benut om tot resultaten te komen, niet tot de processtukken hoeven te worden gerekend. Zie in dit verband HR 7 mei 1996, *NJ* 1996, 687, m.nt. Sch, waarin de voor herkenning van verdachten gehanteerde fotoboeken niet als 'processtuk' werden aangemerkt. Hierbij sluit aan HR 21 oktober 1997, *NJ* 1998, 133, m.nt. 'tH¹⁶⁵, met betrekking tot de van een verhoor gemaakte video-opname. Deze video-opname behoeft niet 'zonder meer' als processtuk aan het dossier te worden toegevoegd. Verder volgt uit HR 16 november 1999, nr. 111.162 (niet gepubl.) dat de bij een observatie als hulpmiddel gebruikte info-formulieren niet als 'processtuk' behoeften te worden aangemerkt. Ook door de politie of het openbaar ministerie geproduceerde en voor intern gebruik bedoelde stukken hoeven niet bij de processtukken te worden gevoegd. Gewezen kan worden op de stukken die betrekking hebben op de goedkeuringsprocedure van bijzondere opsporingsmethoden door de Centrale Toetsingscommissie van het openbaar ministerie.¹⁶⁶

De verslaglegging van de belastende en ontlastende resultaten van het vooronderzoek staat, zoals gezegd, niet alleen in het teken van de opheldering van de gerezen verdenking, maar dient ook een afdoende rechterlijke controle ten aanzien van de rechtmatigheid en/of betrouwbaarheid van de bewijsvergaring mogelijk te maken. In dit verband heeft de Hoge Raad aangegeven dat onder omstandigheden ook een recht tot kennisneming van *niet* tot de processtukken

163 In deze zin: G.J.M. Corstens, *a.w.*, p. 233; 'tH in zijn noot onder HR 21 oktober 1997, *NJ* 1998, 133; J.H.M. Willems, 'Recht op stukken, juridische semantiek voor gevecht?', *Trema* 1997, p. 186-187; T. Prakken, 'Interne openbaarheid in het strafproces: een bedreigd goed', *NJB* 1995, p. 1451-1458; Rb Amsterdam 12 september 1997, *NJCM-bulletin* 1998, p. 14-17, waarin de Rb. oordeelt dat tot de processtukken 'ook behoren de stukken waaruit de tegen een verdachte gerezen verdenking blijkt'.

164 Ook al hebben de betrokken opsporingsactiviteiten geen relevant materiaal opgeleverd. Vergelijk in dit verband het al eerder genoemde art. 126aa Sv.

165 Zie ook HR 3 maart 1998, *NJ* 1998, 856.

166 Vgl. HR 20 juni 2000, *NJ* 2000, 502 waarin stukken van de Centrale Toetsingscommissie van het openbaar ministerie met betrekking tot de beoordeling van een infiltratieactie niet werden aangemerkt als 'processtuk'; idem HR 18 mei 1999, *NJ* 2000, 104, m.nt. Sch.

behorende documenten en voorwerpen moet worden erkend. Zo gaf de Hoge Raad ten aanzien van de bovengenoemde video-opname aan dat van het bestaan van die video-opname moest blijken uit de processtukken. Beginselen van behoorlijke procesorde brengen dan mee dat de verdediging kennisneming van die opname niet mag worden onthouden. Indien de verdediging naar aanleiding van die kennisneming meent een verweer waarin de rechtmatigheid of betrouwbaarheid van de bewijsverkrijging wordt betwist, te kunnen ondersteunen met specifiek aan te wijzen delen van die video-opname, dienen die aangewezen delen alsnog aan de processtukken te worden toegevoegd. Slechts die aangewezen delen krijgen daardoor de status van 'processtuk', de overige delen blijven niet tot de processtukken of 'de stukken van het geding'¹⁶⁷ te rubriceren voorwerpen en documenten. Op de te verlenen kennisneming van niet tot de processtukken te rekenen voorwerpen en documenten (zoals de genoemde videobanden, fotoboeken etc.) zijn de art. 30 t/m 34 Sv niet onverkort van toepassing, aangezien het zoals gezegd niet gaat om 'processtukken' in de zin van die artikelen; dat is pas het geval nadat eventueel aangewezen gedeelten in het dossier zijn gevoegd. Slechts vanaf dat moment geldt het recht tot inzage overeenkomstig de genoemde artikelen. Dit betekent dat bij de beslissing omtrent de kennisneming van niet tot de processtukken behorende documenten en voorwerpen een belangenafweging kan plaatsvinden, op grond waarvan de wijze van kennisneming aan beperkingen kan worden onderworpen.¹⁶⁸

Doordat het relevantie criterium is gerelateerd aan het overeenkomstig de art. 348 en 350 Sv door de rechter uit te voeren onderzoek, worden de contouren van de zaak en de daarop betrekking hebbende processtukken bepaald door de persoon van de verdachte en het delict waarvan hij wordt verdacht.¹⁶⁹ De consequentie is dat een opsporingsonderzoek tegen meerdere verdachten met het oog op de samenstelling van de processtukken en het inzagerecht moet worden beschouwd als evenzoveel meerdere afzonderlijke zaken, ook al gaat het in wezen om meerdere verdachten betreffende een samenhangend feitencomplex.¹⁷⁰ Alleen

167 In de zin van de art. 409 en 434 Sv.

168 Zo werd in het genoemde arrest van 7 mei 1996, *NJ* 1996, 687 in het belang van toekomstige opsporing uitsluitend de raadvrouw van de verdachte in de gelegenheid gesteld kennis te nemen van de fotoboeken. In HR 8 februari 1994, *NJ* 1994, 295 werd ter bescherming van de privacy van jeugdige getuigen de verdediging geen kopie van een video-opname van het verhoor van die getuigen gegeven.

169 Vgl. HR 14 november 1989, *NJ* 1990, 274, waarin is aangegeven dat de 'zaak' in art. 258 Sv bestaat uit 'al datgene waarop het rechtsgeding betrekking heeft'; de grenzen van dat rechtsgeding zijn vastgelegd in de tenlastelegging. Met het oog op het vooronderzoek liggen de grenzen van de zaak in de tegen de verdachte gerezen verdenking.

170 T. Prakken, *a.w.*, p. 1457-1458 pleit ter bevordering van de mogelijkheden tot controle over het vooronderzoek en ter voorkoming van het kunstmatig splitsen van een onderzoek in meerdere 'zaken' voor een interpretatie waarin het gehele feitencomplex, ongeacht het aantal verdachten, als één geheel wordt gezien. Zie in dit verband ook Melai, *Wetboek van*

wanneer stukken uit het parallelle tegen medeverdachten gerichte onderzoek relevant zijn voor de zaak tegen de verdachte, moeten die stukken in het op 'zijn' zaak betrekking hebbende dossier worden gevoegd.¹⁷¹

Afhankelijk van de procedurele fase waarin de zaak verkeert, rust de verantwoordelijkheid voor de voeging van relevante stukken in het dossier op de schouders van de officier van justitie (tijdens het opsporingsonderzoek) of de rechter-commissaris (tijdens het gerechtelijk vooronderzoek).¹⁷² Het uiteindelijke oordeel over de compleetheid van de processtukken is evenwel voorbehouden aan de zittingsrechter, doordat deze alsnog (ambtshalve dan wel op vordering van het openbaar ministerie of verzoek van de verdediging) de overlegging van relevant geachte bescheiden of stukken van overtuiging kan gelasten (art. 315 Sv).

De verantwoordelijkheid van de officier van justitie voor de selectie van de resultaten van het opsporingsonderzoek betreft voor het grootste deel de voeging van processen-verbaal van de politie bij de processtukken. Art. 152 Sv verplicht opsporingsambtenaren 'ten spoedigste' proces-verbaal op te maken van het opgespoorde strafbare feit en van hetgeen door hen ter opsporing van dat feit is ondernomen en bevonden. Vervolgens moet het proces-verbaal door tussenkomst van een hulpofficier van justitie (vgl. art. 156) 'onverwijld' naar de officier van justitie worden gezonden (art. 155).

De algemeen luidende wettelijke plicht tot het opmaken van een proces-verbaal is in de jurisprudentie op twee manieren gemitigeerd. Op de eerste plaats is in HR 31 januari 1950, *NJ* 1950, 668, m.nt. W.P., het politieseptot aanvaard: de opsporingsambtenaar mag afzien van het opmaken van proces-verbaal, mits een dergelijke beslissing aansluit bij het beleid van het openbaar ministerie.¹⁷³ Op de tweede plaats geldt ook bij het al dan niet opmaken van proces-verbaal een relevantiecriteria: het staat 'opsporingsambtenaren slechts dan vrij het opmaken van een proces-verbaal achterwege te laten ingeval hetgeen door hen is verricht of bevonden naar hun, aan toetsing door de officier van justitie onderworpen, oordeel redelijkerwijs niet van belang kan zijn voor enige door de rechter in het eindonderzoek te nemen beslissing'.¹⁷⁴

Het genoemde relevantiecriteria geldt niet alleen voor de beslissing om al dan niet een proces-verbaal op te maken, maar ook voor datgene wat in het proces-verbaal moet worden gerelateerd. In het proces-verbaal moeten niet alleen de belastende en de ten gunste van de verdachte werkende resultaten van het

Strafvordering, art. 30, aant. 9.

171 Vgl. HR 29 juni 1993, *NJ* 1993, 692, m.nt. 'tH; HR 18 mei 1999, *NJ* 2000, 104, m.nt. Sch (over stukken betreffende het afluisteren van telefoongesprekken van medeverdachten).

172 Zie o.m. HR 21 januari 1997, *NJ* 1997, 321.

173 Hierover A.C. 't Hart, 'Verbaliseringsbeleid en opportuniteitsbeginsel', in: *Strafrecht en beleid*, Leuven/Zwolle: ACCO/W.E.J. Tjeenk Willink 1983, p. 135-188.

174 HR 19 december 1995, *NJ* 1996, 249, m.nt. Sch.

opsporingsonderzoek worden weergegeven, maar ook de gegevens die nodig zijn voor toetsing van de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek, van de toegepaste dwangmiddelen en de andere opsporingsbevoegdheden.¹⁷⁵

De door politie en openbaar ministerie over het vooronderzoek te geven openheid van zaken dient de waarheidsvinding door de rechter. Tegenover dit belang kunnen andere belangen worden geplaatst, die zich juist verzetten tegen vermelding van - strikt genomen wel degelijk relevante - gegevens in processen-verbaal en voeging bij de processtukken. Zo kan de opsporing van andere strafbare feiten en/of verdachten, dan wel de toekomstige effectiviteit van gehanteerde opsporingsmethoden zich (tijdelijk of permanent) verzetten tegen de openbaarmaking van bepaalde details. Gedacht kan worden aan informatie met betrekking tot het ontstaan van de tegen de verdachte gerichte verdenking in een parallel lopend en tegen andere verdachten gericht opsporingsonderzoek, de gehanteerde opsporingstactiek of de personalia van tipgevers en informanten. In de jurisprudentie is aangegeven dat het gewicht van deze belangen onvoldoende is om van een en ander in het geheel geen proces-verbaal op te maken; wel kan met deze belangen rekening worden gehouden bij de wijze waarop verrichtingen en bevindingen in een proces-verbaal worden gerelateerd.¹⁷⁶ Toegelaten is bijvoorbeeld dat in de processtukken niet alle details van toegepaste opsporingsmethoden worden vermeld. Met betrekking tot observatie hoeft bijvoorbeeld niet te worden vermeld 'op welke wijze personen zijn gevolgd of vanuit welke positie observaties zijn gedaan'. Ook hoeven de personalia van observanten niet in het proces-verbaal te worden vermeld; volstaan kan worden met de vermelding van een codenummer, mits maar komt vast te staan dat de observanten bevoegde opsporingsambtenaren zijn.¹⁷⁷ Verder is aanvaard dat de identiteit van tipgevers en infiltranten mag worden verzwegen.¹⁷⁸ De uiteindelijke afweging van de bij verzwijging van gegevens gemoeide belangen en het voor openbaarmaking pleitende verdedigingsbelang van de verdachte is in ieder geval voorbehouden aan de zittingsrechter. Om deze tot een zorgvuldige afweging in staat te stellen, mag worden verlangd dat in de processtukken over de verzwijging van relevante informatie gemotiveerd verantwoording wordt afgelegd.¹⁷⁹

175 Minkenhof-Reijntjes, *De Nederlandse strafvordering*, 7e dr., Deventer: Gouda Quint 1998, p. 191-193; *Kamerstukken II 25 403*, nr. 3, MvT, p. 13-16; Y. Buruma, 'Nederland', in: P.J.P. Tak, *Heimelijke opsporing in de Europese Unie*, Antwerpen-Groningen: Intersentia Rechtswetenschappen 2000, p. 558-560; par. 1.4.3 van de 'Aanwijzing opsporingsbevoegdheden' van het openbaar ministerie (Aanwijzing van 11 januari 2000, gepubliceerd in een supplement bij *Stcrt.* 2000, 25).

176 Zie HR 19 december 1995, *NJ* 1996, 249, m.nt. Sch.

177 HR 5 december 1995, *NJ* 1996, 422, m.nt. Kn.

178 Vgl. Minkenhof-Reijntjes, *a.w.*, p. 192-193; G.J.M. Corstens, *a.w.*, p. 233.

179 Zie J.H.M. Willems, *a.w.*, p. 188; Hof Den Haag 27 december 1995, *NJ* 1996, 338.

4.3 Systematische verbanden

In haar eindrapport heeft de Enquêtecommissie Opsporingsmethoden aanbevelingen geformuleerd voor een nadere wettelijke normering van de opsporing. Voorstellen werden gedaan voor een wettelijke regeling van opsporingsmethoden, zoals observatie en infiltratie, en voor een zodanige transparantie van het vooronderzoek, dat de zittingsrechter in staat zou worden gesteld controle uit te oefenen over de rechtmatigheid van de opsporing.¹⁸⁰ In dit verband stelde de Enquêtecommissie voor om met het oog op de verantwoording van informatie die niet in de bij de processtukken te voegen processen-verbaal kan worden vermeld een bijzondere wettelijke regeling te creëren. In het geval de officier van justitie van oordeel zou zijn dat relevante informatie uit een oogpunt van bescherming van derden of een zwaarwegend opsporingsbelang niet aan de processtukken zou kunnen worden toegevoegd, zou hij zijn beslissing daarover met redenen omkleed op schrift moeten stellen. Vervolgens zou de rechter-commissaris van die beslissing in kennis moeten worden gesteld. De rechter-commissaris zou tot taak hebben de beslissing van de officier van justitie te toetsen en zou eventueel kunnen beslissen dat bepaalde informatie wel in de processtukken zou moeten worden vermeld. Het uiteindelijke oordeel over de geheimhouding zou evenwel zijn voorbehouden aan de zittingsrechter.¹⁸¹

De wetgever heeft dit voorstel van de parlementaire enquêtecommissie niet opgevolgd. Uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel bijzondere opsporingsbevoegdheden blijkt dat de wetgever zich heeft willen aansluiten bij de in de jurisprudentie geaccepteerde mogelijkheden om bepaalde informatie niet te vermelden in de processtukken. Wel zag de wetgever aanleiding om, in aansluiting op deze jurisprudentiële stand van zaken, een regeling te treffen voor het horen van getuigen door de rechter-commissaris.¹⁸² Het betreft de mogelijkheid om getuigen buiten aanwezigheid van de verdediging en de officier van justitie te horen en eventueel door de getuige gegeven antwoorden op vragen niet op te nemen in het van het verhoor opgemaakte proces-verbaal (zie de art. 187 jo. 187d Sv). Deze mogelijkheid staat open ter bescherming van met zoveel woorden in de wet gespecificeerde belangen (betreffende de getuige of een zwaarwegend opsporingsbelang). Als de rechter-commissaris besluit gebruik te maken van deze mogelijkheid, moet daarvan in het proces-verbaal van verhoor verantwoording worden afgelegd (art. 187d, tweede en vierde lid). Deze wettelijke regeling

180 *Kamerstukken II* 24 072, nr. 11, Eindrapport van de Enquêtecommissie Opsporingsmethoden, 'Inzake opsporing', p. 448-449, 455.

181 Zie *Kamerstukken II* 24 072, nr. 11, Eindrapport van de Enquêtecommissie Opsporingsmethoden, 'Inzake opsporing', p. 455-456.

182 *Kamerstukken II* 25 403, nr. 3, MvT, p. 13-22.

bevordert enerzijds dat de aanvankelijk niet in de processtukken vermelde informatie bekend wordt bij de rechter-commissaris, zodat hij volledig kan toetsen of de verzwijging met het oog op de te beschermen belangen strikt noodzakelijk is; anderzijds moet deze procedure worden beschouwd als een voldoende compensatie voor de uit de verzwijging voortvloeiende beperking van verdedigingsrechten. Tenslotte moet de door de rechter-commissaris gegeven motivering van de beslissing de zittingsrechter in staat stellen om te beoordelen of terecht is besloten bepaalde informatie achter te houden.

Naast de bovenstaande bijzondere voorziening houdt de jurisprudentieel erkende mogelijkheid om informatie niet te vermelden in de processtukken systematisch verband met diverse wettelijke regelingen. Voor een belangrijk deel hebben deze regelingen betrekking op het horen van een getuige door de rechter-commissaris of de zittingsrechter. Zo kan de rechter-commissaris besluiten om ter bescherming van belangen van de getuige de vragen naar de personalia geheel of gedeeltelijk achterwege te laten en kan hij de redelijkerwijs nodige maatregelen treffen om te voorkomen dat de personalia bekend worden (art. 190, lid 2, Sv). Voorts heeft de rechter-commissaris de bevoegdheid om te beletten dat een getuige antwoord geeft op een gestelde vraag (art. 187b Sv). In de wet is niet aangegeven om welke redenen de rechter-commissaris over zou kunnen gaan tot toepassing van deze bevoegdheid. Tenslotte bieden de art. 226a e.v. Sv de mogelijkheid om een getuige de status van bedreigde getuige toe te kennen en hem op zodanige wijze te horen dat zijn identiteit verborgen wordt gehouden. Deze wijze van verhoor maakt een inbreuk op het in art. 6 EVRM gegarandeerde recht van de verdediging tot rechtstreekse ondervraging van getuigen en is derhalve alleen toelaatbaar indien en voorzover het anoniem horen, gelet op de op het spel staande belangen, noodzakelijk is. Het hoort tot de taak van de rechter-commissaris om het verhoor en de verslaglegging daarvan zo in te richten dat de identiteit van de bedreigde getuige verborgen blijft (vgl. de art. 226c en 226d). Met dat doel mag de identiteit van de getuige in de processtukken worden weggelaten en mogen processtukken worden geanonimiseerd (vgl. art. 226f). Indien ook na deze weglating en anonimisering uit het restant van de verklaring de identiteit van de getuige kan worden afgeleid, is de rechter-commissaris bevoegd het proces-verbaal van het horen van de getuige niet toe te voegen aan de processtukken. Van deze beslissing dient de rechter-commissaris in een bij de processtukken te voegen proces-verbaal van bevinding gemotiveerd verantwoording af te leggen.

De beslissing tot toekenning van de status van bedreigde getuige en het horen van de getuige zijn voorbehouden aan de rechter-commissaris.¹⁸³ Aan de zittingsrechter is een zelfstandig oordeel over de aanmerking van een getuige als

183 Met de kanttekening dat van de eerstgenoemde beslissing beroep open staat op de raadkamer, zie art. 226b Sv.

bedreigde getuige onttrokken. Ook is het voor de zittingsrechter niet mogelijk om een eerder door de rechter-commissaris gehoorde bedreigde getuige zelf te horen.¹⁸⁴ Het hoort daarentegen wel tot de taak van de zittingsrechter om te beoordelen of het gebruik van de verklaring van de bedreigde getuige voor het bewijs valt te verenigen met art. 6 EVRM. Is dat vanwege een te ver gaande beknotting van verdedigingsrechten niet het geval, dan moet de verklaring worden uitgesloten van het bewijs.¹⁸⁵

In het kader van de verzwijging van informatie en daarmee verband houdende bevoegdheden van de zittingsrechter kan worden gewezen op de volgende bevoegdheden. In art. 290 Sv is aangegeven dat de rechtbank vragen naar de personalia van de getuige achterwege mag laten als dat nodig is ter bescherming van belangen van de getuige (aangeduid als te ondervinden overlast of belemmering in de uitoefening van zijn beroep). Daarbij kan de rechtbank de nodige maatregelen nemen om onthulling van de personalia te voorkomen. Verder is de rechtbank bevoegd om te beletten dat door een getuige op enige vraag antwoord wordt gegeven (art. 293 Sv). De gronden die kunnen leiden tot toepassing van die bevoegdheid zijn in de wet niet aangeduid. In de jurisprudentie is aanvaard dat irrelevantie van de vraag voor de beoordeling van de zaak¹⁸⁶ en de bescherming van opsporingsbelangen¹⁸⁷ voldoende kunnen zijn om het geven van antwoord door een getuige te beletten.

De afscherming van relevante informatie staat per definitie op gespannen voet met het door art. 6 EVRM gegarandeerde verdedigingsrecht. Tegen deze achtergrond zijn vormen van afscherming alleen toelaatbaar, voorzover zij 'noodzakelijk' zijn en de inbreuk op verdedigingsrechten op een of andere wijze wordt gecompenseerd. Voorzover de afscherming betrekking heeft op de personalia van bedreigde getuigen, heeft de wetgever de beperking van het verdedigingsrecht aan voorwaarden verbonden, waaraan moet zijn voldaan wil de rechter de verklaring van de bedreigde getuige voor het bewijs gebruiken (art. 342, lid 2 Sv). Ook is de bewijskracht van verklaringen van getuigen waarvan de identiteit niet blijkt en van geschriften waarin dergelijke verklaringen zijn opgenomen, beperkt (vgl. art. 344, lid 3, en 344a Sv). Heeft de afscherming betrekking op andere gegevens

184 Tegen deze achtergrond moet ook de in art. 264, lid 2, Sv geregelde bevoegdheid van de officier van justitie worden begrepen: de officier mag weigeren een bedreigde getuige op te doen roepen of weigeren gevolg te geven aan een door de rechtbank gegeven bevel tot oproeping.

185 Zie over de bedreigde getuige en de rolverdeling tussen rechter-commissaris en zittingsrechter het belangrijke arrest van de Hoge Raad van 20 april 1999, *NJ* 1999, 677, m.nt. 'tH.

186 Vgl. HR 22 september 1981, *NJ* 1981, 648.

187 Vgl. HR 2 maart 1982, *NJ* 1982, 460 (m.b.t. de personalia van een informant); HR 5 oktober 1982, *NJ* 1983, 297 (beletten van vragen over de identiteit en activiteiten van een informant-infiltrant); HR 10 december 1985, *NJ* 1986, 462 (niet beantwoorden van vragen over methoden voor identificatie van gestolen auto's).

dan de personalia van getuigen, dan is het aan de beoordeling van de rechter overgelaten te bezien of, en zo ja welke, compensatie moet worden geboden voor de beperking van het verdedigingsrecht.

4.4 EVRM

In de procesrechtelijke garanties van art. 6 EVRM worden geen woorden gewijd aan de processtukken en het recht van de verdediging tot inzage van het dossier. Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt echter dat het Hof uit het recht op een 'fair trial' en de daarin besloten liggende notie van 'equality of arms', in verbinding met het in het derde lid onder (b) geformuleerde minimumrecht 'to have adequate time and facilities for the preparation of his defence', uitgangspunten heeft afgeleid die van belang zijn voor de samenstelling van de processtukken en het recht op inzage. 'Fair trial' en 'equality of arms' veronderstellen dat de verdachte alle gelegenheid wordt geboden om te reageren op alles wat tegen hem wordt ingebracht. Van die gelegenheid kan alleen doeltreffend gebruik worden gemaakt als bij de verdediging bekend is op basis van welk feitenmateriaal tegenspraak moet worden geleverd; met andere woorden: als de verdediging inzage heeft in het materiaal op basis waarvan het als 'fair' te betitelen proces wordt gehouden. Het hoort derhalve tot de 'facilities' van art. 6, derde lid onder b., dat de verdediging op een zodanig moment bevoegd is inzage te hebben in de dossiers, dat er voldoende gelegenheid bestaat voor de voorbereiding van de verdediging.¹⁸⁸ De gelegenheid tot inzage kan 'voldoende' zijn als enkel de raadsman van de verdachte bevoegd is kennis te nemen van de processtukken. Een dergelijke beperking is echter ontoelaatbaar als de verdachte in een procedure niet wordt bijgestaan door een raadsman en zelf zijn verdediging wenst te voeren. In een dergelijk geval is de consequentie van de beperking van het inzagerecht tot de raadsman dat de verdachte onbekend blijft met het belastende materiaal. Art. 6 EVRM brengt dan mede dat aan de verdachte een zelfstandig recht tot 'access to his case file and to obtain a copy of the document it contained' moet worden toegekend.¹⁸⁹

Vanaf welk moment in het vooronderzoek het recht tot inzage moet kunnen worden geëffectueerd, is niet duidelijk. Voor de stelling van Peters dat het recht tot inzage van de processtukken moet kunnen worden uitgeoefend 'vanaf het

188 Vgl. EHRM 18 maart 1997 (Foucher-case); P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Den Haag: Kluwer Law International 1998, p. 467; A.E. Harteveld, B.F. Keulen & H.G.M. Krabbe, *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, 2e dr., Groningen: Wolters-Noordhoff 1996, p. 133-134.

189 EHRM 19 december 1989 (Kamasinski-case) en EHRM 18 maart 1997 (Foucher-case)

moment dat er een criminal charge is', is in ieder geval geen steun te vinden in de rechtspraak van het EHRM.¹⁹⁰

Met het oog op de samenstelling van de processtukken heeft het EHRM in de Edwards-zaak aangegeven dat 'it is a requirement of fairness ... that the prosecution authorities disclose to the defence all material evidence for or against the accused'.¹⁹¹ De processtukken dienen dus niet alleen het belastende bewijsmateriaal, maar ook het de verdachte ontlastende materiaal te bevatten.¹⁹² Daarmee plaatst het Hof de samenstelling van de processtukken in het teken van de materiële waarheidsvinding.

In een drietal recente beslissingen van het EHRM is nader ingegaan op de vraag of art. 6 EVRM ruimte biedt om ter bescherming van opsporingsbelangen of belangen van derden bepaald 'material evidence' niet bij de processtukken te voegen. Deze beslissingen hebben betrekking op de Engelse 'disclosure-rules'. Hoewel deze regels functioneren in een op jury-rechtspraak gebaseerd systeem, hebben deze beslissingen voorzover het gaat over het afschermen van informatie wel degelijk betekenis voor het Nederlandse recht.

In de Jasper-case¹⁹³ was kort voor de zitting door de vervolgingsautoriteiten aan de rechter, die ook verantwoordelijk was voor de behandeling van de zaak op de terechtzitting, het verzoek gedaan om bepaald relevant materiaal achter te mogen houden. De verdediging werd door de rechter in staat gesteld zich over dit verzoek uit te laten, waarbij overigens de aard van het achter te houden materiaal niet werd geopenbaard. De rechter wees het verzoek toe. Door Jasper werd in Straatsburg erover geklaagd dat deze beslissing en de gevolgde procedure niet in overeenstemming waren met art. 6 EVRM. Startpunt in de beslissing van het EHRM is de hiervoor weergegeven overweging uit de Edwards-case over de plicht tot 'disclose to the defence all material evidence'. De daarna volgende overwegingen van het Hof volgen het patroon dat is ontwikkeld bij de beoordeling van beperkingen op het ondervragingsrecht van getuigen en klinken derhalve bekend in de oren. Het Hof overweegt dat:

'the entitlement to disclosure of relevant evidence is not an absolute right. In any criminal proceedings there may be competing interests, such as national security or the need to protect witnesses at risk of reprisals or keep secret police methods of investigation of crime, which must be weighed against the right of the accused

190 K. Peters, 'Artikel 6 EVRM en het recht op inzage van processtukken in het strafrechtelijk vooronderzoek', *NJCM-bulletin* 1987, p. 512.

191 EHRM 16 december 1992 (Edwards-case), § 36.

192 In strijd met dit uitgangspunt waren in de Edwards-zaak de (negatieve) resultaten van een fotoconfrontatie en een vingerafdrukkenonderzoek ten onrechte niet in de processtukken vermeld.

193 EHRM 16 februari 2000 (Jasper-case); de andere twee arresten zijn van dezelfde datum en betreffen de case of Rowe and Davis en de case of Fitt.

...¹⁹⁴ In some cases it may be necessary to withhold certain evidence from the defence so as to preserve the fundamental rights of another individual or to safeguard an important public interest. However, only such measures restricting the rights of the defence which are strictly necessary are permissible under Article 6 § 1 ...¹⁹⁵ Moreover, in order to ensure that the accused receives a fair trial, any difficulties caused to the defence by a limitation on its rights must be sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities ...¹⁹⁶

Vervolgens geeft het Hof een aanduiding van zijn taak in deze categorie zaken. Het is voor het Hof niet mogelijk om te beoordelen of het achterhouden van materiaal strikt noodzakelijk was, nu de aard van het materiaal nooit is onthuld; dit noodzakelijkheidsoordeel wordt overgelaten aan de 'national courts', aangezien het hun taak is 'to assess the evidence before them'. Wel rekent het Hof het tot zijn taak om te toetsen of de procedure die leidde tot de beslissing tot 'non-disclosure' in overeenstemming is met 'requirements to provide adversarial proceedings and equality of arms and incorporated adequate safeguards to protect the interests of the accused'. In het verband van deze toets zijn in de casus van de Jasper-zaak voor het Hof diverse factoren van belang. Genoemd kunnen worden:

- de verdediging werd geïnformeerd over het verzoek en werd daarover door de rechter gehoord;
- de verdediging werd de gelegenheid geboden om de aard van de op de terechtzitting te voeren verweren uiteen te zetten;
- voor het nemen van zijn beslissing kon de rechter kennis nemen van het materiaal;
- het materiaal werd niet door de vervolgingsautoriteiten gebruikt en werd niet aan de jury voorgelegd;
- de rechter ter zitting was voortdurend in staat toezicht te houden over de eerlijkheid van het proces in het licht van het achtergehouden materiaal. Met name deze omstandigheid acht het Hof een 'important safeguard'.¹⁹⁷

Op basis hiervan oordeelde het Hof dat '(T)he domestic trial court in the present case thus applied standards which were in conformity with the relevant principles of a fair trial embodied in Article 6 § 1'.¹⁹⁸

In het arrest in de zaak Rowe en Davis gaat het ook over de toepassing van de Engelse disclosure-procedure. Afwijkend van de Jasper-zaak is het gegeven

194 Op deze plaats verwijst het Hof naar § 70 uit het Doorson-arrest (EHRM 26 maart 1996).

195 Waarbij het Hof verwijst naar § 58 uit het Van Mechelen-arrest (EHRM 23 april 1997).

196 Het Hof verwijst naar § 72 uit het Doorson-arrest en § 54 uit het Van Mechelen-arrest.

197 Hierbij moet wel worden bedacht dat de beslissing in de zaak niet werd genomen door de rechter, maar door de jury.

198 In het arrest in de Fitt-case komt het Hof tot hetzelfde oordeel.

dat de beslissing om relevant materiaal af te schermen niet was genomen door een rechter, maar door de 'prosecution'. Tijdens de berechting in eerste aanleg was de rechter ook niet op de hoogte gebracht met het feit dat materiaal was achtergehouden. Naar het oordeel van het Hof valt deze gang van zaken niet te verenigen met de eisen van art. 6: 'Such a procedure, whereby the prosecution itself attempts to assess the importance of concealed information to the defence and weigh this against the public interest in keeping the information secret, cannot comply with the above-mentioned requirements¹⁹⁹ of Article 6 § 1'.

Kort weergegeven, komen de beslissingen van het Hof er op neer dat het afschermen van relevante informatie ter bescherming van opsporingsbelangen of van derden (zoals getuigen) niet in strijd is met art. 6 EVRM. Voorwaarden zijn wel dat de verdediging over de afscherming moet worden geïnformeerd en daarover moet worden gehoord, terwijl de 'trial judge' het laatste woord toekomt over de noodzaak van geheimhouding in het licht van het te garanderen eerlijke proces.

In het verband van de samenstelling van de processtukken en de mogelijkheden voor de verdediging om aanvulling van de stukken te verzoeken, is het arrest van het Hof van 24 februari 1994 in de Bendenoun-zaak van belang. In een als 'criminal charge' te beschouwen fiscale procedure deed de verdediging het verzoek om het gehele fiscale dossier bij de processtukken te voegen. De rechters wezen dit verzoek af; zij achtten 'the available information to be sufficient'. Door deze afwijzing zou er sprake zijn van een 'infringement of the adversarial principle', aangezien de voor de 'charge' verantwoordelijke instanties wel de beschikking zouden hebben over het gehele fiscale dossier. Hoewel de betrokken stukken geen deel uitmaakten van 'the file' en 'were not ones on which the applicant's adversary relied', kon het vereiste van een eerlijk proces meebrengen dat aan Bendenoun op diens verzoek bepaalde documenten of zelfs het gehele fiscale dossier ter beschikking moest worden gesteld. Voorwaarde was dan wel dat 'the person concerned should have given, even if only briefly, specific reasons for his request'. Nu Bendenoun in de gehele procedure had nagelaten enig argument aan te dragen ter motivering van zijn verzoek tot voeging, was er geen sprake van schending van de rechten van de verdediging.

4.5 *Evaluatie van geldend recht*

De Nederlandse regeling inzake de processtukken en de samenstelling daarvan is zeer summier. In de kern bevat deze regeling alleen voorzieningen aangaande het recht tot inzage van de stukken door de verdachte en zijn raadsman. Deze

199 Bedoeld worden de in de Jasper-zaak geformuleerde eisen voor toetsing van de procedure waarin wordt beslist over de geheimhouding van informatie.

regeling voldoet ruim aan de minimumgaranties van art. 6 EVRM, niet alleen met het oog op de behandeling van de beschuldiging op de terechtzitting, maar ook in de loop van het vooronderzoek. Het recht tot inzage komt toe aan de verdachte en de raadsman; zonder beperking kan van de stukken die kunnen worden ingezien een afschrift worden verkregen. Gedurende het vooronderzoek bestaat er overeenkomstig de art. 30 e.v. Sv een alleen in het belang van het onderzoek tijdelijk te beperken recht tot inzage van de stukken. In de aanloop naar de terechtzitting kan deze beperkingsgrond niet meer worden toegepast en brengt de interne openbaarheid mede dat de verdediging onbeperkt toegang heeft tot de processtukken.

Het recht tot inzage kan geldend worden gemaakt vanaf het eerste begin van het opsporingsonderzoek; het recht tot inzage is niet afhankelijk van een bepaalde jegens de verdachte verrichte strafvorderlijke activiteit, maar kan zonder enige beperkingen gedurende het vooronderzoek tot gelding worden gemaakt. Op dit punt is voor art. 6 EVRM het uitgangspunt dat 'facilities for the preparation of his defence' pas kunnen worden ingeroepen als er sprake is van een 'criminal charge'.

De voorschriften betreffende het inzagerecht veronderstellen het bestaan van processtukken. Een regeling inzake de samenstelling van deze stukken is niet in het wetboek opgenomen. Hiermee samenhangende kwesties zijn ingekaderd in de jurisprudentie. Genoemd kunnen worden de aanwijzing van de voor de samenstelling van de processtukken verantwoordelijke autoriteit (de officier van justitie) en de daarbij aan te leggen maatstaven (het relevantie criterium). Ook kan in dit verband worden gewezen op de bevoegdheid van de officier van justitie om ter bescherming van opsporingsbelangen of belangen van derden relevante informatie niet in de processtukken op te nemen. Met name met het oog op de toepassing van deze bevoegdheid bevat het wetboek enkele voorzieningen die moeten bevorderen dat de door de officier van justitie achtergehouden informatie niet alsnog en indirect - met name bij het horen van getuigen door de rechter-commissaris of op de terechtzitting - ter kennis komt van de verdediging.

De bij de samenstelling van de processtukken te hanteren maatstaf, de bevoegdheid van de officier van justitie om ter bescherming van opsporingsbelangen of belangen van derden relevante informatie uit de processtukken te houden en de daarmee verband houdende wettelijke regelingen vallen binnen de grenzen van het 'fair trial' van art. 6 EVRM. Het relevantie criterium kan worden beschouwd als een verwoording van de door het EHRM aangegeven verplichting 'that the prosecution authorities disclose to the defence all material evidence for or against the accused'. Het eindoordeel over de vraag naar de toelaatbaarheid van het achterhouden van relevant materiaal door de officier van justitie en de noodzaak van de daaruit voortvloeiende beperking van de interne openbaarheid is voorbehou-

den aan de rechter ter zitting. Kanttekening hierbij is dat de zittingsrechter naar Nederlandse verhoudingen geen kennis kan nemen van de achtergehouden informatie. Het wordt niet gepast geacht dat de zittingsrechter bij het nemen van beslissingen over meer informatie beschikt dan aan de verdediging op basis van de processtukken en de behandeling ter terechtzitting ter beschikking staat. De consequentie is dat de zittingsrechter zijn oordeel over de toelaatbaarheid en noodzakelijkheid van de geheimhouding veelal dient te baseren op informatie die hem door de officier van justitie wordt verschaft.

4.6 *Wat leert vreemd recht?*

4.6.1 Inleiding

In deze paragraaf zal verslag worden gedaan van enig rechtsvergelijkend onderzoek met betrekking tot de samenstelling van de processtukken en het recht tot inzage daarvan. De vragen waarop bij de rechtsvergelijking is gepoogd antwoord te krijgen betreffen de autoriteit die verantwoordelijk is voor de samenstelling van de processtukken, het moment waarop het recht tot inzage van de stukken door de verdediging geldend kan worden gemaakt en de mogelijkheid om ter bescherming van het belang van het onderzoek of andere zwaarwegende belangen het recht tot inzage tijdelijk en/of definitief te beperken.

4.6.2 Het Wetboek van Strafvordering van de Nederlandse Antillen en Aruba

Met het oog op de samenstelling van de processtukken en het inzagerecht stemt het Nederlands-Antilliaanse en Arubaanse wetboek van strafvordering in grote lijnen overeen met het Nederlandse wetboek. Om deze reden wordt op deze plaats de aandacht vooral gericht op enkele punten waarop het Antilliaanse en Arubaanse strafprocesrecht afwijkt van de regeling in het Nederlandse recht. Een drietal punten is vermeldenswaard.

Het eerste opmerkelijke punt betreft de omschrijving van het begrip 'processtukken' in het eerste lid van art. 4 Sv NA/A:
'Tot de processtukken in de zin van dit wetboek worden gerekend de gegevens, die in verband met een verdenking tegen een bepaalde persoon ten behoeve van de politie en de justitie zijn verzameld, voor zover zij op die persoon betrekking hebben en voor zover zij in het verband van diens strafvervolging worden gebruikt.'

In deze bepaling is het aan het gehele wetboek ten grondslag liggende uitgangspunt tot uitdrukking gebracht dat het aanvangsmoment van 'strafvordering' ligt besloten

in een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit.²⁰⁰ Justitiële activiteiten die los staan van een verdenking en eventueel kunnen leiden tot het ontstaan van een redelijk vermoeden van schuld, hebben derhalve niet het karakter van strafvordering en worden dus niet bestreken door het wetboek.²⁰¹ Hieruit volgt dat alleen 'opsporing' en 'vervolging' in de zin van het wetboek 'processtukken' in de zin van art. 4 kunnen opleveren. In het oog springt verder dat de 'processtukken' sterk worden gerelateerd aan de persoon tegen wie verdenking is gerezen en de tegen die persoon gerichte strafvervolging. Deze koppeling leidt tot afbakeningsproblemen in gevallen waarin er sprake is van parallel lopende onderzoeken ter zake van meerdere samenhangende strafbare feiten en meerdere verdachten, zeker wanneer in een lopend onderzoek een verdenking rijst tegen een nog niet eerder in het onderzoek betrokken verdachte. Het weergegeven art. 4 Sv NA/A geeft aanleiding voor de veronderstelling dat de resultaten van het onderzoek voorafgaande aan de nieuw opgekomen verdenking niet tot de op die persoon betrekking hebbende 'processtukken' moeten worden gerekend.²⁰² Hierdoor kan de zittingsrechter zicht op de gang van zaken in het meestal geheime deel van het vooronderzoek worden onthouden en onttrokken aan rechterlijke controle.

Vervolgens het recht van de verdachte tot inzage van de processtukken. Het inzagerecht kan worden beperkt 'indien het belang van het onderzoek dit bepaaldelijk vordert' (art. 51 Sv NA/A). Blijkens de toelichtende stukken bestrijkt het onderzoeksbelang niet alleen het belang van de waarheidsvinding in de zaak zelf, maar ook de meer algemene met een behoorlijke of doelmatige vervulling van de opsporingstaak gemoeide belangen. Hiermee wordt gedoeld op een 'algemene werkwijze van de politie, die met het oog op een doelmatige opsporing van strafbare feiten verborgen moet blijven'.²⁰³ Hoewel denkbaar is dat onder bepaalde omstandigheden dergelijke factoren algeheel aan de openbaarheid moeten kunnen worden onttrokken, biedt het wetboek daarvoor geen mogelijkheid; art. 51 Sv NA/A verschaft alleen een basis voor een *tijdelijke* beperking van de interne

200 T.M. Schalken & S.W. Mul, *Het nieuwe Wetboek van Strafvordering van de Nederlandse Antillen en Aruba, Bronnenpublicatie deel 2, Artikelsgewijze totstandkoming*, p. 50; D.G. Kock, 'Artikel 43 Wetboek van Strafvordering: Het strafrechtelijk kort geding', in: *Het nieuwe wetboek van strafvordering van de Nederlandse Antillen en Aruba. Commentaar en beschouwingen*, Den Haag: SDU 1997, p. 41; D.V.A. Brouwer, G.A.E. Thodé & D.H. de Jong, 'Capita Antilliaans en Arubaans strafprocesrecht', Deventer: Gouda Quint 1998, p. 35.

201 Dit uitgangspunt is overigens niet geheel consequent volgehouden; vgl. art. 124 Sv NA/A (vergelijkbaar met art. 552 Sv).

202 Zie in dit verband ook een citaat uit de parlementaire stukken in Schalken & Mul, *a.w.*, p. 32: 'dat kennisneming van processtukken alleen is toegestaan, indien deze zijn aangelegd in het verband van een lopende strafzaak en zij dus geen onderdeel uitmaken van informatie die in het kader van een mogelijke strafvervolging wordt verzameld, ook al vindt deze achteraf niet plaats'.

203 Schalken & Mul, *a.w.*, p. 65.

openbaarheid. Uiterlijk bij sluiting van het gerechtelijk vooronderzoek of de betekening van de dagvaarding komen de beperkingen op het inzagerecht namelijk te vervallen (art. 53 Sv NA/A). Deze laatste voorziening is evenwel niet van toepassing als aan de verdachte de kennisneming van rapporten van deskundigen met betrekking tot zijn persoonlijkheid of zielstoestand worden onthouden (art. 54 Sv NA/A). Deze bevoegdheid kan zowel in de loop van het vooronderzoek als tijdens de terechtzitting worden toegepast. Het belang dat deze onthoudingsmogelijkheid beoogt te dienen is niet justitieel van aard, maar betreft de behandeling van de verdachte.²⁰⁴ Bij onthouding van de kennisneming van de genoemde rapporten aan de verdachte, kan de raadsman wel worden toegestaan de betrokken stukken in te zien.

De derde bijzonderheid betreft het recht tot inzage van stukken van de gewezen verdachte. Als een onderzoek niet tot een vervolging leidt of heeft geleid, mag de gewezen verdachte de kennisneming van processtukken niet meer worden onthouden. Een uitzondering geldt als 'dwingende aan het algemene belang van de strafvordering te ontnemen gronden zich daartegen verzetten' (art. 51, lid 3, Sv NA/A). Hierbij kan worden gedacht aan de situatie dat het opsporingsonderzoek wordt toegespitst op andere strafbare feiten, of ter zake van dezelfde feiten wordt voortgezet tegen andere verdachten.²⁰⁵ De verdachte aan wie de kennisneming van stukken wordt onthouden, wordt daarvan mededeling gedaan. Tegen de onthouding van stukken kan beroep op de rechter-commissaris worden gedaan (art. 51, lid 4, Sn NA/A). Of deze mededelingsplicht en beroepsmogelijkheid ook gelden voor de onthouding van stukken aan de gewezen verdachte, is niet duidelijk

4.6.3 Duitsland

De StPO bevat maar enkele voorschriften met betrekking tot de processtukken (de 'Akten'). De belangrijkste voorziening is neergelegd in § 147 StPO, waarin het recht tot inzage van de 'Akten' is geregeld. Welke stukken tot deze 'Akten' moeten worden gerekend, is niet in de wet geregeld. In het licht van de opdracht aan de Staatsanwalt om bij gelegenheid van de beslissing over de opening van het 'Hauptverfahren' de 'Akten' aan het bevoegde gerecht te overhandigen en de rechterlijke 'Aufklärungspflicht' van § 244(2)²⁰⁶, lijkt te worden uitgegaan van een relevantiecriteria. Zo wordt gesteld dat de 'Ermittlungsakten' en de overige bewijsmiddelen die voor de waarheidsvinding door de rechter of voor de

204 Vgl. Schalken & Mul, *a.w.*, p. 67. Eerder was door de Commissie Partiële Herziening Strafvordering in een rapport over de inzage van persoonsdossiers een voorstel met een dergelijke strekking geformuleerd (Den Haag: Ministerie van Justitie, 1974).

205 Vgl. Schalken & Mul, *a.w.*, p. 65.

206 Op grond van dit voorschrift dient de rechter bij de waarheidsvinding acht te slaan op alle 'Tatsachen und Beweismittel' die voor de beslissing van betekenis zijn.

vaststelling van de ‘Rechtsfolgen’ van het feit ‘von irgendeinem Bedeutung’ kunnen zijn, tot de ‘Akten’ moeten worden gerekend ter zake waarvan het recht tot inzage geldend kan worden gemaakt.²⁰⁷

Opmerkelijk in de regeling van het inzagerecht is het gegeven dat de verdachte zelf geen recht heeft op inzage van de ‘Akten’; het recht tot inzage kan alleen namens de verdachte door de ‘Verteidiger’ worden uitgeoefend. De raadsman kan de stukken inzien ten kantore van de StA of bij het gerecht waar de zaak aanhangig is. Slechts na een daartoe strekkend verzoek, kan de raadsman worden toegestaan om de stukken mee te nemen naar zijn kantoor of woning. Deze bevoegdheid maakt het mogelijk dat de raadsman de processtukken geheel of gedeeltelijk kopieert. Hoewel daartegen wettelijk geen beletsel bestaat, ligt in §147 namelijk niet besloten dat de raadsman een recht heeft op verstrekking van kopieën van de stukken; daar dient de verdediging zelf voor te zorgen.²⁰⁸ Het staat de raadsman vrij om deze kopieën al dan niet ter hand te stellen van de verdachte. Deze vrijheid is beperkt ten aanzien van zogenaamde ‘Verschlussachen’ die zich in het dossier bevinden. Van dergelijke vertrouwelijke stukken mag de raadsman wel kennis nemen en afschriften vervaardigen, maar deze stukken mag de raadsman niet aan de verdachte geven.²⁰⁹

Aangezien het inzagerecht aan de ‘Verteidiger’ is toegekend, kan het inzagerecht tot gelding worden gebracht vanaf het moment waarop de verdachte bevoegd is zich te laten bijstaan door een raadsman. In §137 StPO is aangegeven dat de verdachte zich in ‘jeder Lage des Verfahrens’ zich kan laten bijstaan door een raadsman. Geniet de verdachte de bijstand van een gekozen raadsman, dan volgt uit § 137 dat het inzagerecht kan worden ingeroepen vanaf het eerste moment van het tegen de verdachte gevoerde ‘Verfahren’. Als de verdachte geen gekozen ‘Verteidiger’ heeft, kan het inzagerecht pas worden uitgeoefend vanaf het moment waarop een raadsman moet worden toegevoegd.²¹⁰

De regeling dat het inzagerecht alleen door de ‘Verteidiger’ kan worden uitgeoefend, brengt mede dat een verdachte zonder raadsman geen kennis kan nemen van de processtukken. Tegen de achtergrond van art. 6 EVRM en aansluitend bij de rechtspraak en de op nr. 184(4) van de ‘Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren’ gegroeide praktijk²¹¹ is in dit verband bij Gesetz van 8 augustus 2000 (Bundesgesetzblatt I, 2000, 38) in § 147(7) een voorziening

207 H.H. Körner, *Betaübungsmittelgesetz*, 3e Aufl., München: Verlag C.H. Beck 1990, p. 661-662; Kleinknecht/Meyer-Goßner, *Strafprozessordnung*, München: Verlag C.H. Beck 1999, §147, rdnr.14 en 18.

208 Kleinknecht/Meyer-Goßner, *a.w.*, § 147, rdnr. 6.

209 Löwe-Rosenberg, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, Großkommentar*, § 147, rdnr. 17.

210 Zie de § 140 en 141 StPO.

211 Zie Deutscher Bundestag, *Drucksache 14/1484*, p. 22.

opgenomen, op grond waarvan aan de verdachte die niet is voorzien van rechtsbijstand, 'Auskünfte und Abschriften aus den Akten erteilt werden', voorzover het belang van het onderzoek zich daartegen niet verzet.²¹²

Gedurende het vooronderzoek kan het recht tot inzage van de stukken in het belang van het onderzoek tijdelijk worden beperkt (§147(2)). Deze beperkingsmogelijkheid ziet niet op stukken betreffende de verhoren van de verdachte en onderzoekshandelingen waarbij de raadsman aanwezig is geweest of aanwezig had mogen zijn. Van deze stukken kan onbeperkt kennis worden genomen. Na de afsluiting van de 'Ermittlungen'²¹³ kan het belang van het onderzoek niet meer leiden tot een beperking van het inzagerecht. Indien de grond voor beperking van het inzagerecht tussentijds vervalst, of de 'Ermittlungen' worden afgesloten, moet aan de raadsman mededeling worden gedaan van het gegeven dat van de stukken wederom onbeperkt kennis kan worden genomen (§ 147(6)).

Hoewel dat niet met zoveel woorden volgt uit de bewoordingen van de StPO, lijkt het inzagerecht tijdens de 'Hauptverhandlung' niet te kunnen worden geëffectueerd. De reden daarvoor is de omstandigheid dat in dit stadium het gerecht de stukken nodig heeft. Het gevolg is dat de raadsman 'während dieses Abschnitts grundsätzlich keine Akteneinsicht beanspruchen' kan. Een uitzondering geldt als het gaat om stukken die in de loop van de 'Hauptverhandlung' aan het dossier worden toegevoegd.²¹⁴

Tijdens het vooronderzoek en nadat het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan, wordt de beslissing omtrent de inzage van stukken genomen door de Staatsanwalt, voor de andere fasen van het strafproces door de voorzitter van het bevoegde gerecht. Tegen een beslissing van de Staatsanwalt tot beperking van het recht tot inzage is beroep op de rechter mogelijk (§ 147(5)).

De StPO bevat enige voorzieningen die ter bescherming van bepaalde zwaarwegende belangen²¹⁵ een beperking van de interne openbaarheid mogelijk maken. Impliciet ligt een dergelijke beperkingsmogelijkheid besloten in § 96 StPO. Op grond van deze regeling kan de 'oberste Dienstbehörde' van een overheidsinstelling²¹⁶ door middel van een 'Sperrklärung' de gehele of gedeeltelijke openbaarmaking van een geschrift voorkomen. Deze bevoegdheid kan worden gehanteerd als openbaarmaking van het geschrift 'dem Wohl des Bundes oder eines der deutschen Landes Nachteile bereiten werde'. Op deze grond kunnen bijv. stukken van de

212 Vgl. Löwe-Rosenberg, *a.w.*, § 147, rdnr. 2; Kleinknecht/Meyer-Goßner, *a.w.*, § 147, rdnr. 6.

213 Dit moment blijkt uit de aantekening van deze afsluiting in de processtukken, vgl. § 169a StPO.

214 Löwe-Rosenberg, *a.w.*, § 147, rdnr. 12.

215 Vergelijkbaar met de zwaarwegende opsporingsbelangen of belangen van een getuige van art. 187d Sv.

216 Meestal het hoofd van een ministerie van een van de 'Länder' of van de bond.

kriminalpolizei door de verantwoordelijke minister worden voorzien van een 'Sperrvermerk'.²¹⁷ De consequentie is dat dergelijke stukken niet in het strafgeding mogen worden betrokken. In aanvulling hierop biedt § 110b StPO specifiek met het oog op de inzet van 'verdeckte Ermittler' § 110b de mogelijkheid om onthulling van de identiteit van infiltranten te voorkomen.²¹⁸ Uit deze bepaling moet overigens niet worden afgeleid dat uit de processtukken altijd blijkt van de inzet van een 'verdeckter Ermittler'. Hoofregel is dat documenten met betrekking tot de inzet van een 'verdeckter Ermittler' door de Staatsanwalt worden bewaard. Slechts indien de 'verdeckte Ermittler' tijdens zijn inzet woningen heeft betreden, dienen de betrokken documenten op gegeven moment bij de processtukken te worden gevoegd. De gebruiker van de woning dient namelijk over het betreden van zijn woning te worden geïnformeerd, zodra dat 'ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks, der öffentlichen Sicherheit, von Leib oder Leben einer Person, sowie der Möglichkeit der weiteren Verwendung des Verdeckten Ermittlers geschehen kann'. Na die mededeling moeten de stukken betreffende de inzet van een 'verdeckter Ermittler' bij de 'Akten' worden gevoegd.²¹⁹

Van dezelfde strekking is § 101 StPO. Van de toepassing van bepaalde onderzoeksmethoden²²⁰ dienen de daarbij 'Beteiligten' (waaronder de verdachte) te worden geïnformeerd 'sobald dies ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks, der öffentlichen Sicherheit, von Leib oder Leben einer Person, sowie der Möglichkeit der weiteren Verwendung eines eingesetzten nicht offen ermittelnden Beamten geschehen kann'. Zolang die mededeling niet is gedaan, worden 'Entscheidungen und sonstige Unterlagen' betreffende de betrokken onderzoeksmethoden door de Staatsanwalt bewaard. Nadat de mededeling is gedaan, worden de betrokken documenten bij de processtukken gevoegd. Indien op grond van de genoemde belangen de mededeling aan de 'Beteiligten' algeheel uitblijft, kan de toepassing van de onderzoeksmethoden geheim blijven.²²¹

4.6.4 Welke lessen kunnen uit vreemd recht worden geleerd?

Op basis van de confrontatie met het Antilliaanse/Arubaanse en het Duitse recht kunnen in het huidige strafprocesrecht punten worden aangewezen die vatbaar zijn voor verbetering in een nieuw wetboek. Op de eerste plaats kan worden overwogen om in navolging van de Antilliaanse/Arubaanse wetgever in een nieuw

217 Tegen de oplegging van een 'Sperrklärung' is beroep op het 'Verwaltungsgericht' mogelijk.

218 Zie ook P.J.P. Tak, 'Duitsland', in: *Heimelijke opsporing in de Europese Unie*, Antwerpen-Groningen: Intersentia Rechtswetenschappen 2000, p. 200-201.

219 Zie § 110d StPO; hierover Kleinknecht/Meyer-Goßner, *a.w.*, § 110d, rdnr. 1.

220 Zoals DNA-onderzoek, inbeslagneming van poststukken, het onderzoek van telecommunicatie, vormen van observatie en het afluisteren van vertrouwelijke communicatie.

221 Vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, *a.w.*, § 101, rdnr. 7.

wetboek een definitie op te nemen van het begrip 'processtukken'. Hierbij moet er onmiddellijk op worden gewezen dat voor de redactie van zo'n definitie geen aansluiting kan worden gezocht bij art. 4 Sv NA/A. Deze bepaling legt in de definitie van processtukken namelijk enkele beperkingen aan, die geen aansluiting vinden bij andere voorstellen in dit tweede interimrapport. In het bijzonder betreft het de beperking van stukken die zijn opgemaakt in verband met een tegen een bepaalde persoon gerezen verdenking. Zoals in deelrapport 2. 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak' (Knigge & Kwakman) is aangegeven, wordt de opsporing niet formeel afgegrensd aan de hand van de verdenking, maar materieel ingevuld aan de hand van het doel van het optreden. Verder lijkt de in art. 4 Sv NA/A aangegeven verbinding tussen processtuk en persoon waar dat document betrekking op heeft een bakermat voor discussies in omvangrijke opsporingsonderzoeken tegen meerdere verdachten.

In het Antilliaanse/Arubaanse en Duitse recht valt op dat beperkingen op de interne openbaarheid ter bescherming van belangen van opsporing of van derden weinig systematisch zijn geregeld. Het kader voor afweging van de relevante belangen en het toezicht door de rechter op de inbreuk op de inwendige openbaarheid is te summier geregeld. Gelet op de rechtspraak van het EHRM is in dit opzicht het Nederlandse recht zeker vatbaar voor verbetering.

Een opmerkelijk punt in de Duitse regeling van het recht tot inzage van de stukken is het gegeven dat het aan de verdachte toebedeelde inzagerecht feitelijk alleen kan worden uitgeoefend door de raadsman. Er bestaat onvoldoende aanleiding om in een nieuw Nederlands stelsel een soortgelijke beperking op te nemen.²²² Bovendien past een dergelijke voorziening niet bij Nederlandse uitgangspunten met betrekking tot de verhouding tussen de raadsman en de verdachte, en zou deze verhouding onder grote druk plaatsen.

4.7 *Uitgangspunten voor een nieuwe regeling*

In deze paragraaf zal een schets worden gegeven van een nieuwe regeling betreffende de processtukken. Voor een belangrijk deel sluiten de voorstellen aan bij bestaande rechtspraak. Voorgesteld wordt deze rechtspraak deels te transformeren in wettelijke voorschriften. Naar het oordeel van de onderzoeksgroep is aan deze 'opwaardering' het grote voordeel verbonden dat een meer systematische en een geheel vormende regeling van de 'processtukken' tot stand kan worden gebracht. Andere voorstellen houden verband met de in het deelrapport over de rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek aangegeven structuur

222 Wellicht hangt dit samen met het gegeven dat in de Nederlandse strafrechtspraktijk zonder enige beperking afschriften van processtukken aan de verdediging worden verstrekt.

van het vooronderzoek en dienen in samenhang met de in dat rapport geformuleerde voorstellen te worden gezien.

1. Verbaliseringsplicht

De plicht voor opsporingsambtenaren om van hun verrichtingen en bevindingen ten behoeve van de opsporing van een strafbaar feit proces-verbaal op te maken, dient meerdere doeleinden. Een proces-verbaal strekt op de eerste plaats tot het vastleggen van onderzoeksresultaten en op de tweede plaats tot het afleggen van verantwoording over het optreden. Daardoor worden de politieorganisatie zelf, de officier van justitie, de verdediging en de rechter in staat gesteld controle uit te oefenen over de rechtmatigheid van het vooronderzoek. Bij een nieuwe inrichting van het vooronderzoek en een regeling inzake de processtukken bestaat er geen aanleiding om in enigerlei opzicht verandering te brengen in de thans in art. 152 Sv neergelegde verbaliseringsplicht. Ook voor het toekomstige stelsel is derhalve het uitgangspunt dat opsporingsambtenaren van hun bevindingen en verrichtingen proces-verbaal dienen op te maken.

Dit uitgangspunt roept de vraag op of het wenselijk is de thans in de jurisprudentie geaccepteerde mogelijkheden om geen proces-verbaal op te maken wettelijk te regelen. In zijn algemeenheid wordt deze vraag bevestigend beantwoord. Een wettelijke regeling die enkel een verplichting poneert, met de stilzwijgende aanname dat in de praktijk de soep niet zo heet zal worden gegeten als zij wordt opgediend, werpt structureel een verkeerd licht op de gehoudenheid om van de ter opsporing ondernomen activiteiten proces-verbaal op te maken. Wezenlijk argument hierbij is dat de erkenning van de bevoegdheid om onder omstandigheden af te zien van het opmaken van een proces-verbaal recht doet aan de praktijk van het politietoedoen. Zo heeft het politiesepot in de politiepraktijk een hoge vlucht genomen. In veel gevallen wordt naar aanleiding van de ontdekking op heterdaad van een strafbaar feit of van opsporingshandelingen geen proces-verbaal opgemaakt, omdat op dat moment reeds vaststaat dat, ook al zou het proces-verbaal wel worden opgemaakt en naar het parket worden ingezonden, door het openbaar ministerie geen vervolging zal worden ingesteld. Deze gang van zaken dient in het wetboek te worden bevestigd en gelegitimeerd. Verder kan het achterwege laten van het opmaken van een proces-verbaal voldoende rechtvaardiging vinden in een gebrek aan relevantie van de te relateren verrichtingen en bevindingen voor de waarheidsvinding. Wettelijke verplichtingen dienen niet tot gevolg te hebben dat instanties en functionarissen worden opgezadeld met werkzaamheden waarvan de zin ernstig kan worden betwijfeld. Als die zin ontbreekt omdat in het eventueel op te maken proces-verbaal niets kan worden vermeld dat op enigerlei wijze relevant kan zijn voor het onderzoek in de zaak en de uiteindelijk door de rechter te nemen beslissing, dient wettelijk de mogelijkheid te worden

erkend om bij wijze van uitzondering af te zien van een proces-verbaal. Tegen deze achtergrond wordt het wenselijk geacht om de wettelijke verbaliseringsplicht te voorzien van een clausulering die het niet-opmaken van een proces-verbaal legitimeert.

De vraag is op welke wijze vorm kan worden gegeven aan de beoogde regeling en of daarbij dient te worden gedifferentieerd aan de hand van de motieven (politiesepot, gebrek aan relevantie) op grond waarvan wordt afgezien van het opmaken van proces-verbaal. Een dergelijke differentiatie wordt afgewezen. De redenen hiervoor zijn dat de te maken onderscheidingen geen wezenlijke invloed hebben op de regeling van de uitzondering op de verbaliseringsplicht als zodanig en het gegeven dat onder omstandigheden ook bij inopportunititeit of gebrek aan relevantie gronden aanwezig kunnen zijn om toch een proces-verbaal op te maken. Op grond van de dubbele ratio van de verbaliseringsplicht - het vastleggen van bewijsmateriaal *en* het bieden van een mogelijkheid tot controle - kan worden verdedigd dat uit een oogpunt van controle over de toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen en andere onderzoeksmethoden die kunnen leiden tot een inbreuk op een van de in de Grondwet of het EVRM erkende vrijheidsrechten in principe dient te worden vastgehouden aan de hoofdregel: van deze activiteiten dient steeds proces-verbaal te worden opgemaakt, ook al heeft de verrichting geen relevant bewijsmateriaal opgeleverd.²²³ Echter, ook dit uitgangspunt kan niet onverkort worden volgehouden, aangezien onder omstandigheden ook na de toepassing van dwangmiddelen of andere potentieel op vrijheidsrechten inbreuk makende onderzoeksbevoegdheden moet kunnen worden afgezien van het opmaken van een proces-verbaal. Gedacht kan worden aan de toepassing van de bevoegdheid tot staande houding van een verdachte op straat, zonder dat verder gevolg wordt gegeven aan de zaak. Het weinig ingrijpende karakter van het dwangmiddel vormt onvoldoende noodzaak om daarvan proces-verbaal op te maken. Andere vormen van verslaglegging kunnen voldoende tegemoet komen aan de wens om in deze gevallen controle uit te kunnen oefenen over het optreden van de politie.²²⁴ Ook kan de algemene regeling van de verbaliseringsplicht en de op die plicht te maken uitzonderingen gepaard gaan met bijzondere verbaliseringsplichten die specifiek worden gerelateerd aan de toepassing van bijzondere dwangmiddelen en

223 Zie in dit verband ook de Aanwijzing opsporingsbevoegdheden (*Stcrt.* 2000, 25) onder 1.4.3., waar wordt gesteld: 'Van de toepassing van de in het Wetboek van Strafvordering en bijzondere wetten geregelde dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden dient in alle gevallen proces-verbaal te worden opgemaakt'.

224 Zie bijvoorbeeld art. 126aa, lid 4, Sv en overweging 11.2.1. in HR 19 december 1996, *NJ* 1996, 249, m.nt. Sch: 'Ingeval het opmaken van een proces-verbaal achterwege blijft zal evenwel dienen te worden voorzien in een zodanige verslaglegging van de desbetreffende verrichtingen en bevindingen, dat doeltreffend kan worden gereageerd op een verzoek van de rechter ... tot nadere verantwoording ...'.

opsporingsbevoegdheden. Dit punt zal nader worden gezien in het onderzoek naar de normering van dwangmiddelen, dat in het derde projectjaar op de agenda staat.

Bij voorbaat kan worden aangenomen dat een in detail tredende wettelijke regeling van de uitzondering op de verbaliseringsplicht onvoldoende recht kan doen aan de subtiliteiten van de strafrechtspraktijk. Om deze reden wordt voorgesteld te volstaan met een algemeen luidende bevoegdheid voor de politie om af te zien van het opmaken van een proces-verbaal. Hierbij moet voorop worden gesteld dat de beslissing om geen proces-verbaal op te maken niet moet worden beschouwd als een autonome bevoegdheid van de politie. De uiteindelijke verantwoordelijkheid voor die beslissing berust bij het openbaar ministerie.²²⁵ Deze verantwoordelijkheid is een uitvloeisel van de in het tweede hoofdstuk van dit deelrapport aangegeven centrale positie van het openbaar ministerie in het vooronderzoek. Door uiteenlopende instrumenten, zoals het geven van richtlijnen, aanwijzingen, instructies en het achteraf verlenen van instemming, kan het openbaar ministerie vorm geven aan deze verantwoordelijkheid.

2. Samenstelling van de processtukken

Uit de positie die het openbaar ministerie in het vooronderzoek inneemt volgt dat de verantwoordelijkheid voor de samenstelling van de processtukken berust bij de officier van justitie. Deze taak sluit aan bij de brugfunctie die het openbaar ministerie vervult in de overgang van vooronderzoek naar eindonderzoek ter zitting. In samenhang met de andere kwesties waaruit blijkt van die brugfunctie (het nemen van de vervolgingsbeslissing, het uitbrengen van de dagvaarding en het formuleren van de tenlastelegging) dient ook de verantwoordelijkheid van de officier van justitie voor de samenstelling van de processtukken in de wet tot uitdrukking te worden gebracht. Eveneens dient het voor de selectie van stukken geldende criterium in de wet te worden geformuleerd. Inhoudelijk is dit het in de huidige jurisprudentie ontwikkelde criterium: tot de processtukken moeten worden gerekend de resultaten van het vooronderzoek die relevant zijn voor de door de rechter te nemen beslissing. De relevantie betreft derhalve niet alleen de bewijsvraag, maar alle facetten van het door de rechter te wijzen vonnis: de stukken die van belang zijn voor de beoordeling van de geldigheid van de dagvaarding, de ontvankelijkheid van de officier van justitie in de vervolging, de verdachte belastende en ontlastende informatie, stukken ter controle van de rechtmatigheid van het vooronderzoek etc. Hieruit volgt dat de officier van justitie in principe gehouden is inzicht te verschaffen in de start van het tegen de verdachte gevoerde onderzoek en eventueel parallel lopende opsporingsonderzoeken, voorzover een en ander van belang is voor de beoordeling van het tegen de verdachte gevoerde onderzoek. Voor controle

225 Dit is ook tot uitdrukking gebracht in de in par. 4.2 genoemde arresten HR 31 januari 1950, *NJ* 1950, 668, m.nt. W.P. en HR 19 december 1995, *NJ* 1996, 249, m.nt. Sch.

van de rechtmatigheid van de opsporing hoeft niet vereist te zijn dat van alle toegepaste dwangmiddelen en opsporingsmethoden processen-verbaal bij de processtukken worden gevoegd. Als deze activiteiten geen relevant materiaal hebben opgeleverd, kan - aansluitend bij het huidige art. 126aa Sv - worden volstaan met een vermelding van de toepassing van dwangmiddelen en opsporingsmethoden.

Uit het voorgaande volgt dat niet wordt voorgesteld een met art. 4 Sv NA/A vergelijkbare definitie van het begrip 'processtukken' in de wet op te nemen.²²⁶ De omschrijving van de 'processtukken' in art. 4 Sv NA/A bevat immers diverse clausuleringen, waarvan het effect kan zijn dat documenten niet tot de 'processtukken' moeten worden gerekend, hoewel die wel van belang kunnen zijn voor inzicht in en controle over de gang van zaken in het vooronderzoek. Zo lijkt uit de definitie voort te vloeien dat aan gegevens die zijn verzameld in het stadium van het onderzoek waarin de persoon van de verdachte nog niet kan worden geïdentificeerd of tijdens de proactieve fase, niet de status van 'processtuk' hoeft te worden toegekend, aangezien die stukken niet zijn verzameld 'in verband met een verdenking tegen een bepaalde persoon'. Die consequenties zijn onwenselijk. Aangezien iedere definitie van 'processtukken' aan de hand van formele kenmerken²²⁷ kan leiden tot ongewenste beperkingen, wordt voorgesteld te volstaan met het materiële 'relevantie criterium'. Deze algemene maatstaf bewerkstelligt dat alle documenten en voorwerpen, los van de vraag in welk stadium van de procedure zij zijn verzameld of wie op dat moment als verdachte diende te worden aangemerkt, die van belang kunnen zijn voor het onderzoek door de rechter bij de processtukken moeten worden gevoegd. Op deze wijze kan de transparantie en controle over het vooronderzoek worden geoptimaliseerd.

Aansluitend bij deze taak van het openbaar ministerie is het wenselijk, als 'facility for the preparation of his defence' in de zin van art. 6 EVRM, te voorzien in een mogelijkheid voor de verdediging om een bijdrage te leveren aan de samenstelling van de processtukken. Deze mogelijkheid kan worden vormgegeven als een bevoegdheid van de verdediging tot het doen van een verzoek om bepaald aangewezen voorwerpen en documenten bij de processtukken te voegen, vergelijkbaar met het huidige art. 126aa, vijfde lid, Sv. Maatstaf voor de beoordeling van dit verzoek is het ook voor de officier van justitie tot leidraad strekkende relevantie criterium.

De bij de samenstelling van de processtukken aan te houden relevantie van het materiaal voor de door de rechter te nemen beslissing is niet alleen aan de orde bij het aanbrengen van de zaak ter afdoening op de openbare terechtzitting, maar speelt in alle gevallen waarin de rechter op initiatief van het openbaar ministerie

226 Vgl. par. 4.6.2 van dit deelrapport.

227 Zoals 'in verband met een verdenking' of het doel waarmee het stuk is opgemaakt.

of van de verdediging in de zaak wordt gemengd. Gedacht kan worden aan de beoordeling van een vordering tot het afluisteren van vertrouwelijke communicatie, een beslissing over de voorlopige hechtenis, het horen van getuigen of het verrichten van handelingen van onderzoek op verzoek van de verdachte. In deze gevallen dient de officier van justitie aan de rechter-commissaris dan wel de raadkamer processtukken te overhandigen. Op basis daarvan dient de ingeschakelde rechter in staat te zijn de vordering in al zijn facetten te beoordelen. Als het bijvoorbeeld gaat over de beoordeling van een vordering tot het verlenen van een machtiging voor de toepassing van opsporingsmethoden of dwangmiddelen dienen de stukken inzicht te verschaffen in eventueel parallel lopend onderzoek en van de overige in het onderzoek toegepaste bevoegdheden. Aan de hand daarvan kan de rechter de proportionaliteit en subsidiariteit van de gevorderde onderzoeksbevoegdheid beoordelen. Als de rechter op het moment van beoordeling van de vordering tot het oordeel komt dat de stukken ongenoegzaam zijn, kan hij om aanvulling van de stukken verzoeken of de van hem gevorderde beslissing afwijzen. Komt in een later stadium vast te staan dat aan de rechter ten onrechte voor de beoordeling van de vordering relevante stukken zijn onthouden, dan biedt art. 359a Sv voldoende mogelijkheden om daaraan in de verdere procedure consequenties te verbinden.

3. Inzagerecht

De regeling van het inzagerecht zoals die thans in de art. 30 e.v. Sv is opgenomen, kan in grote lijnen worden behouden. Er bestaat geen aanleiding verandering te brengen in de toekenning van het inzagerecht aan de verdachte (art. 30 e.v.) en zijn raadsman (art. 51). Op twee onderdelen moet de regeling echter worden aangepast. Deze onderdelen hangen samen met voorstellen die in hoofdstuk 3 van dit deelrapport en in het deelrapport over het voorarrest zijn gedaan.

De eerste wijziging betreft de aanwijzing van het eerste processuele moment vanaf hetwelk het recht tot inzage van de stukken geldend kan worden gemaakt. De huidige regeling laat dit punt open. Hieruit volgt dat in principe op ieder moment de verdachte een recht tot inzage van de stukken toekomt. Voorgesteld wordt om bij de bepaling van dit moment aan te sluiten bij par. 3.5 van dit deelrapport. Daar is aangegeven dat het eerste verhoor van de verdachte het aanknopingspunt vormt voor de toekenning van verdedigingsrechten. Hiertoe moet ook het recht tot inzage van de stukken worden gerekend. Zodra een persoon als verdachte is aangemerkt en hij als zodanig, na op zijn zwijgrecht te zijn geweest, is verhoord, behoort hem op zijn verzoek inzage in de stukken te worden verleend. Het inzagerecht heeft betrekking op de stukken voorzover die relevant zijn in het licht van het feit ter zake waarvan het verhoor van de verdachte heeft plaatsgevonden.

Vervolgens wordt voorgesteld de aanwijzing van de momenten uit te breiden, van waaraf uiterlijk een in principe onbeperkt recht tot inzage van de stukken moet worden verleend. Deze uitbreiding hangt samen met de in het deelrapport over het voorarrest voorgestelde vervanging van de huidige 'pro forma-zitting' door een raadkamerprocedure (vgl. par. 5.3.5 van dat deelrapport). In samenhang met deze vervanging is voorgesteld enkele aan het uitbrengen van de dagvaarding gekoppelde rechtswaarborgen te transponeren naar de raadkamerprocedure waarin wordt beslist over de voortzetting van de gevangenhouding na de eerste 85 dagen waarover het bevel gevangenhouding zich zou kunnen uitstrekken. Tot die rechtswaarborgen moet het in principe onbeperkte recht tot inzage van de stukken worden gerekend. Derhalve wordt voorgesteld te bepalen dat ook vanaf de betekening van de vordering tot verlenging van de gevangenhouding een onbeperkt recht tot inzage van de stukken moet worden verleend. Het inzagerecht heeft dan betrekking op de stukken die relevant zijn met het oog op de feiten ter zake waarvan de officier van justitie heeft medegedeeld dat de verdachte na afronding van het onderzoek daarvoor ter zitting zal worden gedagvaard.

4. Beperking van de interne openbaarheid

Uiterlijk bij gelegenheid van de hiervoor onder 3 bedoelde momenten dient de verdachte in beginsel onbeperkt inzage te hebben in de voor 'zijn' zaak relevante processtukken. Deze inzagebevoegdheid staat in het teken van de interne openbaarheid en bevordert een 'eerlijk' proces op basis van 'equality of arms'. Tegenover deze gewichtige belangen van de verdediging kunnen andere belangen worden geplaatst, waarvan de bescherming impliceert dat de interne openbaarheid binnen zekere grenzen moet worden beperkt. Hierbij kan worden gedacht aan de thans in de art. 187d en 226a Sv aangeduide belangen van getuigen of zwaarwegende opsporingsbelangen. In de jurisprudentie van het EHRM wordt deze botsing van belangen erkend en wordt een ter bescherming van die belangen aangebrachte beperking van de interne openbaarheid geaccepteerd, mits die bescherming de beperking noodzakelijk maakt. Vergelijk de in par. 4.4 besproken Jasper-zaak: 'the entitlement to disclosure of relevant evidence is not an absolute right. In any criminal proceedings there may be competing interests, such as national security or the need to protect witnesses at risk of reprisals or keep secret police methods of investigation of crime, which must be weighed against the rights of the accused'.²²⁸ Als die afweging leidt tot een beperking van de rechten van de verdediging, dienen de getroffen maatregelen 'strictly necessary' te zijn.

Zoals in par. 4.2 is beschreven, staat de huidige jurisprudentie toe dat de officier van justitie, na afweging van de tegenover elkaar staande en voor bescherming in aanmerking komende belangen van getuigen, van opsporingsbelangen en van verdedigingsbelangen, bepaalde informatie niet opneemt in de processtukken. Deze bevoegdheid vindt geen expliciete steun in de wettelijke regeling inzake de processtukken en het inzagerecht. Wel wordt deze bevoegdheid verondersteld te bestaan, gelet op enkele in het verlengde van de bevoegdheid van de officier van justitie liggende wettelijke voorzieningen die strekken tot afscherming van informatie (vgl. par. 4.3).

Naar het oordeel van de onderzoeksgroep²²⁹ is deze stand van zaken vanuit systematisch oogpunt onevenwichtig. De beperking van de interne openbaarheid die voortvloeit uit de omstandigheid dat bepaalde relevante informatie niet in de processtukken is opgenomen, is van grote betekenis voor de positie van de officier van justitie in het vooronderzoek, de uitoefening van verdedigingsrechten in het licht van het recht op een 'eerlijk' proces in de zin van art. 6 EVRM, de verhouding tussen voor- en eindonderzoek en de taak van de rechter ter zitting. De afscherming van informatie raakt derhalve aan centrale uitgangspunten voor de inrichting van het strafgeding. Om deze reden meent de onderzoeksgroep - anders dan de wetgever heeft aangegeven bij gelegenheid van de behandeling van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden²³⁰ - dat, naast de bestaande regelingen die betrekking hebben op het verhoor van getuigen²³¹, de bevoegdheid van de officier van justitie om bepaalde relevante informatie niet in de processtukken op te nemen, zelfstandig wettelijk moet worden ingekaderd. Deze regeling dient de aan de verdediging opgelegde beperkingen in voldoende mate te compenseren, zodat deze procedure valt binnen de door art. 6 EVRM aangegeven grenzen. Tegen deze achtergrond zal moet worden voorzien in de volgende punten.

a. De belangen die kunnen leiden tot beperking van de interne openbaarheid dienen te worden gespecificeerd. Met het oog op de 'kenbaarheid' en 'voorzienbaarheid' van de toepassing van de regeling, gerelateerd aan het eerlijke proces van art. 6 EVRM zullen de voor bescherming in aanmerking komende belangen limitatief moeten worden aangeduid. Primair kan worden aangehaakt bij de thans in art. 187d Sv aangeduide belangen. Het niet vermelden van informatie in de processtukken is dan toegelaten als:

229 Zie ook par. 5.5.2 van deelrapport 6, 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek'.

230 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 21-22.

231 Het betreft de thans in de art. 187 en 187d Sv geregeld materie en de regeling van de bedreigde getuige.

- een getuige door openbaarmaking van deze informatie ernstig overlast zal ondervinden of in de uitoefening van zijn ambt of beroep ernstig zal worden belemmerd;
- door openbaarmaking een zwaarwegend opsporingsbelang wordt geschaad.

Voorgesteld wordt hieraan de bescherming van de nationale veiligheid toe te voegen. Hoewel dit belang niet vaak aan de orde zal zijn, verdient het aanbeveling, gelet op het limitatieve karakter van de opsomming, een hierop te baseren beperking van de interne openbaarheid mogelijk te maken.

b. Aansluitend bij de rechtspraak van het EHRM dient te worden aangegeven dat de beperking van de interne openbaarheid ter bescherming van de aangeduide belangen 'noodzakelijk' moet zijn.

c. Procedureel moet de afscherming van relevante informatie worden beschouwd als een uitzondering op de hoofdregel: in principe moeten voor het onderzoek in de zaak relevante documenten en voorwerpen bij de processtukken worden gevoegd. Als de officier van justitie meent dat van deze hoofdregel moet worden afgeweken²³², dient hij zich te wenden tot de rechter-commissaris. Deze stap hoeft pas te worden gezet tegen het tijdstip waarop - als uitgangspunt - onbeperkt inzage in de processtukken moet worden toegestaan (het moment van dagvaarding of de verlenging van de gevangenhouding). In het daaraan voorafgaande stadium kan de officier van justitie zelfstandig beslissen om in het belang van het onderzoek informatie achter te houden.

d. De rechter-commissaris dient volledig inzage te worden verleend in het betrokken materiaal. Tevens dient de officier van justitie de rechter-commissaris te informeren over de feiten waarvoor de verdachte zich, voorzover op dat moment bekend, op de terechtzitting zal hebben te verantwoorden. Afhankelijk van de aard van de te verzwijgen informatie is de rechter-commissaris bevoegd ten behoeve van de te nemen beslissing onderzoek te verrichten. Betreft de vordering van de officier van justitie bijvoorbeeld het verzwijgen van de personalia van een informant of van een verbalisant, dan moet de rechter-commissaris de bevoegdheid worden verleend om deze personen te horen. De rechter-commissaris stelt de verdediging in de gelegenheid om naar aanleiding van de vordering van de officier van justitie te worden gehoord. Vervolgens beslist de rechter-commissaris over de vraag of en tot in welke mate de informatie, gelet op de te beschermen belangen en de

232 Voor de duidelijkheid moet worden opgemerkt dat het in deze procedure gaat om het achterhouden van *relevant* materiaal; betreft het *niet relevant* materiaal, dan is de officier van justitie zelfstandig bevoegd om dat materiaal niet bij de processtukken te voegen.

verkorting van de rechten van de verdediging, buiten de processtukken mag worden gehouden. Dit kan betekenen dat documenten algeheel niet bij de processtukken worden gevoegd, dan wel dat gedeelten van documenten onleesbaar worden gemaakt. De rechter-commissaris moet zijn beslissing met redenen omkleden.

e. Naast deze procedure dienen de huidige in het wetboek opgenomen voorzieningen die moeten bewerkstelligen dat de achtergehouden informatie niet alsnog op indirecte wijze bekend wordt, te worden behouden (zie hierover par. 4.3 van dit deelrapport).

f. Het uiteindelijke oordeel over het achterhouden van informatie en de verenigbaarheid daarvan met de eisen van een eerlijk proces komt toe aan de zittingsrechter. Op dit punt wordt derhalve niet aangesloten bij het stelsel zoals dat geldt in de regeling van de bedreigde getuige, waar de beslissing om een getuige te benoemen tot bedreigde getuige en hem met inachtneming van de daarvoor geldende procedure te horen, is voorbehouden aan de rechter-commissaris. Op verzoek van de verdediging en naar aanleiding van alle op de terechtzitting gepresenteerde informatie moet de zittingsrechter zelfstandig een oordeel geven over de noodzakelijkheid van de afscherming en de vraag of de beperking van de interne openbaarheid de verdediging niet onevenredig heeft benadeeld in verband met de mogelijkheden tot betwisting van het bewijsmateriaal en de controle van de rechtmatigheid van het vooronderzoek.

Deze verantwoordelijkheid van de zittingsrechter veronderstelt niet dat hij ten behoeve van zijn beslissing buiten de openbare terechtzitting op de hoogte wordt gesteld van de niet in de processtukken opgenomen informatie. Deze wordt uitsluitend medegedeeld aan de in de beslotenheid beslissende rechter-commissaris. Zou een en ander wel aan de zittingsrechter bekend worden gemaakt, dan ontstaat de situatie dat de zittingsrechter een einduitspraak geeft op basis van relevant materiaal dat niet aan de verdediging bekend is (en ook niet bekend kan worden gemaakt). Een dergelijke stand van zaken strijdt met wezenlijke uitgangspunten voor de inrichting van het onderzoek ter zitting. Op de openbare zitting dient immers op alle onderdelen van de door de rechter te nemen beslissing tegenspraak te kunnen worden geleverd, hetgeen veronderstelt dat de informatiepositie omtrent de zaak van in ieder geval de verdediging en de rechter gelijk is. Op dit punt dient de interne openbaarheid volledig te worden gerealiseerd. Weliswaar werd in de Jasper-case²³³ door het EHRM veel waarde gehecht aan de omstandigheid dat de zittingsrechter op de hoogte was van de verzwegen informatie en de noodzakelijk-

233 EHRM 16 februari 2000.

heid van de verzwijging in het licht van de ontwikkelingen op de terechtzitting, maar hierbij moet worden bedacht dat de beslissing in de zaak niet werd genomen door de 'trial judge' maar door de jury.

Vergeleken met het huidige recht heeft de voorgestelde procedure belangrijke voordelen. In de huidige rechtspleging bestaat de mogelijkheid dat pas op de terechtzitting discussie ontstaat over het weren van relevante informatie uit de processtukken. Die discussie zal vaak nopen tot aanhouding van de zaak en terugwijzing naar de rechter-commissaris. Bij het door hem te verrichten onderzoek - veelal het horen van getuigen - bestaan wel waarborgen om te bevorderen dat de geheim te houden informatie niet bekend wordt bij de verdediging²³⁴, doch met die mogelijkheden staat nog niet vast dat de rechter-commissaris volledig inzicht krijgt in het betrokken materiaal en in staat is in het verband van de geheimhouding de nodige afwegingen te maken. Daarentegen bewerkstelligt de voorgestelde procedure dat voorafgaande aan de zitting in ieder geval één rechter volledig inzage heeft gehad in al het relevante materiaal. Mitsdien kan deze rechter ook gefundeerd oordelen over de plaats en betekenis van het afgeschermd materiaal in het geheel. Ook dient de rechter-commissaris de door hem genomen beslissing met redenen te omkleeden. Aan de hand van deze motivering en de behandeling van de zaak op de openbare zitting wordt de zittingsrechter in staat gesteld te oordelen over de verkorting van de interne openbaarheid en de eerlijkheid van het proces. Daarbij komt dat het eerdere onderzoek door de rechter-commissaris en de door hem genomen beslissing, indien op de terechtzitting alsnog discussie ontstaat over het achterhouden van relevant materiaal, minder snel aanleiding zullen geven voor aanhouding van de zaak en het verrichten van nader onderzoek. Naar het oordeel van de onderzoeksgroep is de in de verzwijging van informatie besloten liggende beperking van de rechten van de verdediging 'sufficiently counterbalanced' door de voorgestelde procedure.

In de voorgestelde regeling hoeft geen verschil te worden gemaakt tussen materiaal dat van belang is voor het bewijs en materiaal dat dient ter controle van de rechtmatigheid van het vooronderzoek.²³⁵ Beide vraagpunten dienen immers door de zittingsrechter ten volle te worden onderzocht en met het oog op dat onderzoek dienen in beginsel de rechten van de verdediging onverkort te kunnen worden gerealiseerd. In deze optiek is het verschil tussen bewijsmateriaal en materiaal dat strekt tot controle van het vooronderzoek maar dun. Om deze reden kan worden volstaan met een wettelijk kader dat voldoende ruimte biedt voor een afweging van alle relevante belangen en in staat is de verschillende situaties te

234 Zie de art. 187, lid 2, 187b, 187d en 226a e.v. Sv.

235 Ook wel aangeduid als het verschil tussen de zgn. 'bewijsgetuige' en de 'rechtmatigheidsgetuige'; vgl. Y. Buruma, 'De rechtmatigheidsgetuige', *D&D* 2000, p. 859-874.

bestrijken. Als de uitkomst van de belangenafweging is dat relevante informatie niet ter kennis van de verdediging wordt gebracht, kan de zittingsrechter vervolgens beoordelen of de inbreuk op de interne openbaarheid verenigbaar is met art. 6 EVRM en eventueel consequenties verbinden aan de beperking van verdedigingsrechten. In dit verband valt te overwegen om de in het eerste interimrapport voorgestelde kaderregeling betreffende de beoordeling van inbreuken op het rechtstreekse ondervragingsrecht²³⁶ uit te breiden met de op deze plaats aan de orde zijnde beperking van de rechten van de verdediging.

4.8 *Verantwoording van de voorgestelde regeling tegen de achtergrond van de algemene uitgangspunten van het wetboek*

De voorstellen betreffende de samenstelling van de processtukken hangen samen met diverse algemene uitgangspunten voor de inrichting van een nieuw stelsel van strafvordering. Op de eerste plaats kan worden gewezen op de centrale plaats van de officier van justitie in het vooronderzoek: de verantwoordelijkheid voor het opsporingsonderzoek rust op zijn schouders. Tot deze verantwoordelijkheid hoort het houden van toezicht over de rechtmatigheid van de opsporing en het bewaken van de onpartijdigheid van het opsporingsonderzoek.²³⁷ In het verlengde hiervan ligt het afleggen van verantwoording over de resultaten van het vooronderzoek in de processtukken als het tot een vervolging van de verdachte komt. Met het oog op dit laatste facet van de verantwoordelijkheid van de officier van justitie voor het opsporingsonderzoek ligt het voor de hand de samenstelling van de processtukken te rekenen tot de taak van de officier.

De bij de samenstelling van de processtukken aan te leggen maatstaf (het relevantie criterium) sluit aan bij het doel en karakter van het strafgeding. Het hoofddoel van het strafproces is in het eerste interimrapport geformuleerd als het verzekeren van een juiste toepassing van het materiële strafrecht. Toegespitst op het rechterlijk onderzoek ter terechtzitting volgt hieruit dat de rechter tot taak heeft het verrichten van onderzoek naar de materiële waarheid.²³⁸ Het karakter van dit onderzoek is getypeerd als 'contradictoir': op de terechtzitting dient op basis van de tenlastelegging een dialoog tussen de procespartijen plaats te vinden. Ter bevordering van deze dialoog dient het wettelijk stelsel een structuur te bieden waarbinnen procespartijen - met inachtneming van bepaalde buitengrenzen - naar eigen inzicht een processtrategie kunnen voeren. Hieraan wordt de consequentie

236 Vgl. deelrapport 19, 'Bewijsrecht en bewijsmotivering', in: *Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvervolgung 2001*, p. 446-447.

237 Zie deelrapport 5, 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek' (A.E. Hartevelt & E.F. Stamhuis) en hoofdstuk 2 van dit deelrapport.

238 'Algemeen deel', in: *Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvervolgung 2001*, p. 15-17.

verbonden dat op de interactie tussen de procesdeelnemers een zwaarder accent wordt gelegd, in die zin dat de gang van zaken op de terechtzitting en het naar aanleiding daarvan te wijzen vonnis door de rechter in sterke mate worden bepaald door de opstelling van de procesdeelnemers.²³⁹ Wezenlijke voorwaarde voor waarheidsvinding, de realisatie van het dialoogkarakter van de terechtzitting en de toelaatbaarheid van het centraal stellen van de wijze van uitoefening van de procespositie is het betrachten van interne openbaarheid: de informatiepositie van alle procesdeelnemers over het ten laste gelegde feit dient gelijk te zijn. Aan alle deelnemers aan het strafgeding dient opening van zaken te worden gegeven over het verloop van het vooronderzoek en de resultaten daarvan.

Uit het voorgaande volgt dat de interne openbaarheid rechtstreeks verband houdt met doel en karakter van het strafgeding. De consequentie is dat beperkingen op die openbaarheid slechts bij hoge uitzondering en omringd met de nodige waarborgen kunnen worden aanvaard. Voorkomen moet immers worden dat de inbreuk op de interne openbaarheid een zorgvuldige waarheidsvinding en een adequate uitoefening van verdedigingsrechten in de weg staat. De voorgestelde procedure waarin de rechter-commissaris op vordering van de officier van justitie moet beslissen over het niet opnemen van relevante informatie in de processtukken, moet bewerkstelligen dat de verschillende belangen zorgvuldig worden afgewogen, met minimalisering van de risico's die besloten liggen in het gegeven dat rechter en verdediging niet op de hoogte komen van bepaalde feitelijkheden.

4.9 *Systematische samenhang met andere onderdelen van de strafvordering*

De in de processtukken neergelegde resultaten van het vooronderzoek vormen het basismateriaal voor het onderzoek ter zitting. Het komt de doelmatigheid en onmiddellijkheid van het onderzoek ten goede als het bij alle partijen bekende dossier het vooronderzoek transparant maakt. Het rechterlijke toezicht over de rechtmatigheid van het vooronderzoek, de beoordeling van de betrouwbaarheid van de resultaten van de opsporing en de uitoefening van verdedigingsrechten op de terechtzitting kunnen dan worden geoptimaliseerd. Systematisch staat de regeling van de processtukken derhalve direct in verband met de regeling van de gang van zaken op de terechtzitting en het onderzoek door de rechter omtrent het ten laste gelegde feit.

De voorgestelde procedure die kan leiden tot de niet-vermelding van informatie in de processtukken, past in de voorgestelde nieuwe systematiek van het vooronderzoek. In het bijzonder wordt hierbij bedoeld op de twee te onderscheiden functies van de bemoeienis van de rechter-commissaris met het

239 'Algemeen deel', in: *Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, p. 25-27, 29-31.

vooronderzoek, namelijk het verlenen van een machtiging voor bepaalde opsporingsactiviteiten en het verrichten van handelingen van onderzoek (als zgn. voorpostrechter). In de voorgestelde procedure komen beide functies min of meer tezamen. Enerzijds dient de rechter-commissaris namelijk toestemming te verlenen voor de verzwijging van informatie, anderzijds dient de rechter-commissaris hierbij te onderzoeken of de verzwijging de waarheidsvinding door de rechter en de uitoefening van verdedigingsrechten niet te zeer onder druk plaatst. De uit de beperking van de interne openbaarheid voortvloeiende hindernissen voor de verdediging moeten door de voorgestelde procedure in de termen van het EHRM in voldoende mate worden gecompenseerd, waardoor het wel in het dossier gevoegde materiaal voor het bewijs kan worden gebruikt. Op deze wijze is de voorgestelde procedure van betekenis voor de in het eerste interimrapport aangegeven kaderregeling voor de beoordeling van beperkingen op verdedigingsrechten.

Tenslotte houdt de regeling die leidt tot beperking van de interne openbaarheid verband met voorzieningen betreffende het horen van getuigen gedurende het vooronderzoek of op de openbare terechtzitting. Bedoeld worden de mogelijkheden om getuigen te horen met verzwijging van hun personalia, hen te horen buiten aanwezigheid van de verdediging en de officier van justitie en hen toe te staan niet op vragen te antwoorden. Ook kan worden gewezen op de bevoegdheid van de rechter-commissaris om antwoorden op vragen niet op te nemen in het procesverbaal van het verhoor of om een getuige de status van bedreigde getuige toe te kennen en hem overeenkomstig de daarvoor geschreven procedure te horen. De toepassing van deze bevoegdheden moet bewerkstelligen dat de in eerste instantie niet in de processtukken opgenomen informatie niet alsnog bij gelegenheid van het horen van getuigen wordt geopenbaard.