

Een Tilburgse observatie van een Tilburgse observatie

Prof. mr. T. Kooijmans

HR 13 november 2012, LJN: BW9338

1 Inleiding: opsporing en verantwoording

Om via de strafrechtelijke weg een adequate reactie te kunnen geven op strafbaar gedrag is het van belang dat de rechter¹ de feiten vaststelt die tot die reactie aanleiding geven. Die feitenvaststelling vindt plaats naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting. Bij de behandeling van de zaak ter terechtzitting put de rechter onder meer uit hetgeen in de aan het onderzoek ter terechtzitting voorafgaande fase aan onderzoeksresultaten is vergaard. Anders geformuleerd, de zittingsrechter verlaat zich voor een belangrijk deel op de resultaten van de door de politie verrichte opsporing.

Nu kan men de opsporing als concept op verschillende manieren benaderen. Zo omschrijft de digitale versie van *Van Dale* opsporen onder meer als 'door nasporen, door zoeken ontdekken, vinden'. Uit deze algemene begripsomschrijving kan worden afgeleid dat de opsporing moet worden beschouwd als een doelgerichte activiteit. Als de politie activiteiten ontplooit die waarheidsvinding tot doel hebben, is sprake van opsporing, zo is dan de redenering. In deze redenering is op zichzelf niet van belang op welk moment of in welk stadium van een strafzaak deze activiteiten plaatsvinden: niet het moment of het stadium bepaalt het karakter van het handelen, maar het doel ervan.

Toch leek dit lange tijd niet de benadering van de Hoge Raad. In zijn rechtspraak maakte dit rechtscollage een onderscheid tussen enerzijds onderzoeksactiviteiten die door de politie werden ontplooid naar aanleiding van een

redelijk vermoeden dat een strafbaar feit was begaan en anderzijds onderzoeksactiviteiten op een moment waarop van een dergelijke verdenking in de zin van artikel 27 Sv nog geen sprake was. Laatstgenoemde activiteiten – zoals het 'pro-actief' schaduwen van op dat moment niet verdachte personen – werden door de Hoge Raad niet aangemerkt als opsporing.² Omdat hier nog geen sprake was van opsporing, werden deze activiteiten niet genormeerd door artikel 1 Sv. De niettemin benodigde wettelijke basis voor dit optreden werd gevonden in artikel 2 Politiewet 1993 waarin als taak van de politie onder meer is neergelegd de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde.³ Dit taakstellende artikel werd door de Hoge Raad als een toereikende wettelijke basis beschouwd voor evengenoemde activiteiten in de 'fase voorafgaand aan die van de opsporing', zolang de daarmee gepaard gaande inbreuk op de persoonlijke levenssfeer maar beperkt bleef.⁴ Als de activiteiten wel als opsporing konden worden aangemerkt omdat sprake was van een redelijk vermoeden dat een strafbaar feit was begaan, kon het overheidsoptreden worden gebaseerd op het eveneens taakstellende artikel 141 Sv voor zover met dat optreden hoogstens een lichte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer werd gemaakt.⁵ Omdat hier sprake was van opsporing, werd dat optreden mede genormeerd door de verplichting om daarvan procesverbaal op te maken: artikel 152 Sv. Door deze verbaalseringsplicht is de officier van justitie in staat om zijn verantwoordelijkheid voor de opsporing waar te maken,⁶ en de rechter om zijn controlerende rol invulling te geven.

1 Of de officier van justitie, als deze bijvoorbeeld een strafbeslissing uitvaardigt.

2 Zie bijv. HR 14 oktober 1986, *NJ* 1988/511 m.nt. ThWvV.

3 Sinds de inwerkingtreding op 1 januari 2013 van de Politiewet 2012 is de taak van de politie in identieke bewoordingen geformuleerd in art. 3

Politiewet 2012.

4 HR 19 december 1995, *NJ* 1996/249 m.nt. T.M. Schalken, rov. 6.4.2 en 6.4.5. Zie ook M.J. Borgers, '3.4 bij art. 132a', in: A.L. Melai & M.S. Groenhuisen e.a. (red.), *Het Wetboek van Strafvordering*, Deventer: Kluwer z.j.

5 Voor optreden dat een meer dan lichte inbreuk

maakt op grondrechten, is een specifiekere basis in de wet in formele zin vereist dan art. 2 Politiewet 1993 onderscheidenlijk art. 141 Sv: HR 19 december 1995, *NJ* 1996/249 m.nt. T.M. Schalken, rov. 6.4.2 en 6.4.5.

6 Vgl. art. 148 lid 1-2 jo. art. 155 Sv.

De strikte benadering van de Hoge Raad – van opsporing in strafvorderlijke zin is pas sprake nadat een redelijk vermoeden is ontstaan dat een strafbaar feit is begaan en overheidsoptreden dat waarheidsvinding tot doel heeft in de daaraan voorafgaande fase is geen opsporing in evenbedeelde zin – riep de vraag op of en, zo ja, op welke wijze politieagenten verslag moesten doen van hun optreden in de ‘pro-actieve fase’. In 1995 beantwoordde de Hoge Raad deze vraag in het Zwolsman-arrest als volgt. Omdat artikel 152 Sv slechts ziet op het door het Wetboek van Strafvordering bestreken opsporingsonderzoek, is die bepaling niet van toepassing in de ‘pro-actieve’ fase. Desondanks mag verslaglegging van de verrichtingen en bevindingen van opsporingsambtenaren in die onderzoeksfase in enigerlei vorm niet achterwege blijven.⁷

Sinds het Zwolsman-arrest heeft het strafprocesrecht onder meer in legislatief opzicht majeure ontwikkelingen doorgemaakt. Het voert te ver om die ontwikkelingen hier te schetsen.⁸ Van belang is op deze plaats dat in het Wetboek van Strafvordering in artikel 132a een begripsomschrijving van ‘opsporing’ is opgenomen die afwijkt van de hierboven geschetste benadering van de Hoge Raad: ‘Onder opsporing wordt verstaan het onderzoek in verband met strafbare feiten onder gezag van de officier van justitie met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen.’ Niet het moment waarop of de fase waarin de betreffende handeling wordt verricht is aldus bepalend, maar het doel ervan: het nemen van strafvorderlijke beslissingen. Voorts is relevant dat de verbaliseringsplicht van artikel 152 Sv ongewijzigd is gebleven en dat de Hoge Raad vasthoudt aan de verplichting tot verslaglegging van activiteiten in een aan het opsporingsonderzoek voorafgaande fase.⁹

2 Observaties door het Tilburgse ‘veelplegersteam’

De combinatie van de hierboven aan de orde gestelde elementen – de vraag of een specifieke wettelijke grondslag is vereist voor het overheidsoptreden en de vraag naar de verslagleggingsplicht – is aan de orde in de in deze bijdrage centraal staande Tilburgse strafzaak. Blijkens het arrest van de Hoge Raad hebben zich in deze zaak de volgende gebeurtenissen afgespeeld. De verdachte is aangehouden op verdenking van winkeldiefstal nadat hij

was gevolgd en geobserveerd door verbalisanten die werkzaam waren bij het zogenoemde ‘veelplegersteam’ van de politie te Tilburg. Aan deze aanhouding was het volgende voorafgegaan. Een verbalisant zag de verdachte, een hem ambtshalve bekende veelpleger, fietsen via de binnenstad van Tilburg naar het Pieter Vreedeplein. Het was de verbalisant bekend dat de verdachte zich veelvuldig schuldig maakt aan vermogensdelicten. De verbalisanten zagen dat de verdachte zijn fiets parkeerde voor een kledingwinkel. Zij zagen hem in de winkel kleding pakken, er plaatsnemen in een pashokje, de kleding terugleggen en de winkel verlaten. Zij zagen de verdachte wegfietsen via de Heuvelring in de richting van de Piusstraat. Zij zagen dat de verdachte zijn fiets parkeerde voor de kledingzaak Bristol aan de Piusstraat. De verbalisanten gingen de winkel in en zagen de verdachte op de eerste etage een gestreepte trui passen. Zij zagen dat de verdachte kledingstukken in een winkelmandje deed, waarna hij met onder meer een trui een pashokje inliep. Na ongeveer vijf minuten zagen de verbalisanten dat de verdachte met het winkelmandje het pashokje uitkwam en dat hij naar beneden liep in de richting van de uitgang. Bij de kassa plaatste de verdachte het mandje op de grond en liep de winkel uit zonder te betalen. Een verbalisant zag in het winkelmandje kledingstukken liggen die de verdachte had gepakt, maar niet de gestreepte trui. Buiten de winkel werd de verdachte aangehouden. Tijdens de aanhouding kwam onder de jas van de verdachte de gestreepte trui vandaan.

De beschreven overheidsactiviteiten stonden niet op zichzelf maar maakten deel uit van een bredere inzet van opsporingsambtenaren ‘op’ zogenoemde veelplegers. In feitelijke aanleg heeft de verdachte daarover onder meer verklaard dat hij overal wordt geobserveerd door de politie, dat hij geen privacy heeft en dat hij voor ‘elk klein ding’ wordt aangehouden: ‘Het is al een paar keer gebeurd dat wanneer ik een supermarkt had bezocht ik meteen werd gefouilleerd als ik weer buiten kwam. Ook moest ik mij meteen legitimeren. Zo kan ik geen leven opbouwen. Ik word overal gevolgd.’ De agenten staan thuis op hem te wachten en overal waar hij naar toe gaat, komt hij ze tegen.

Tegen deze achtergrond doet de verdediging in appel een beroep op primair de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie en subsidiair bewijsuitsluiting. De

7 HR 19 december 1995, *NJ* 1996/249 m.nt. T.M. Schalken, rov. 11.2.2: ‘Ingeval een opsporingsonderzoek volgt, zal bij het opmaken van processen-verbaal op de voet van art. 152 Sv immers zonedig moeten kunnen worden teruggegrepen op hetgeen voorafgaand aan het opsporingsonderzoek is verricht en bevonden. Voorts geldt ook hier dat, indien de rechter in het eindonderzoek – al dan niet naar aanleiding van een gevoerd verweer – nadere opheldering verzoekt omtrent bepaalde feiten en omstandigheden, op een zodanig verzoek doeltreffend moet kunnen worden gereageerd. De ten aanzien van bedoelde verslaglegging te volgen gedragslijn zal dienen te worden getoetst door de officier van justitie, aan wie – thans ingevolge art. 13 Politiewet 1993 – het gezag toekomt over hetgeen opsporings-

ambtenaren voorafgaand aan en met het oog op het instellen van een opsporingsonderzoek verrichten. Daarbij dient uitgangspunt te zijn dat de rechter in het eindonderzoek, overeenkomstig de aan een eerlijk proces te stellen eisen, in staat zal moeten zijn de rechtmatigheid van het onderzoek te toetsen en zich een oordeel te vormen over de betrouwbaarheid van de resultaten van dat onderzoek.’

8 Zie voor een overzicht o.a. M.S. Groenhuijsen & T. Kooijmans, ‘Probleemoplossing door voortschrijdende wetgeving in het strafrecht’, *DD* 2010, 25, p. 419-457, i.h.b. p. 429-437.

9 HR 5 oktober 2010, *NJ* 2011/169 m.nt. T.M. Schalken, rov. 7.2.3. Terecht merkt G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, zevende druk, bewerkt door M.J. Borgers, Deventer: Kluwer

2011, p. 256 op dat de Hoge Raad aldus miskent dat deze ‘voorafgaande fase’ onder de reikwijdte van het opsporingsbegrip van art. 132a valt, mits de informatievergaring ‘in verband met strafbare feiten’ plaatsvindt: ‘Daarvoor is niet vereist dat reeds een verdenking is gerezen. Het vergaren van informatie met het oog op een mogelijk strafrechtelijk onderzoek, laat zich tevens aanmerken als het nemen van een strafvorderlijke beslissing, namelijk het al dan niet uitvoeren van verder onderzoek naar het begaan zijn van een strafbaar feit. In het licht van art. 132a heeft de verbaliseringsplicht van art. 152 daarom eigenlijk al betrekking op de gehele periode waarin ook de Hoge Raad het aangewezen acht dat verslaglegging plaatsvindt.’

raadsman voert daartoe aan, zakelijk weergegeven, dat het volgen door het veelplegersteam van bekende veelplegers op plaatsen waar zij mogelijk strafbare feiten zullen plegen, moet worden gekwalificeerd als stelselmatige observatie, terwijl daarvoor een wettelijke basis heeft ontbroken en in strijd is gehandeld met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit, terwijl bovendien geen verslag is gemaakt van de observaties en evenmin is geregistreerd hoe vaak en hoe lang er wordt geobserveerd. Het hof verwerpt dit verweer op de hierna onder 3 weer te geven gronden. De verdachte stelt beroep in cassatie in tegen 's hofs arrest.

3 Een sfeerplaatje en het recht: uit de overwegingen van de Hoge Raad

De Hoge Raad overweegt als volgt:

‘2.3.2. Het bestreden arrest houdt in: (...) Vastgesteld moet worden dat de observatie van verdachte door het veelplegersteam een inbreuk op de privacy van verdachte kan hebben gemaakt. Verdachte heeft daar zelf over verklaard. De vraag is vervolgens of deze observatie en daarmee de inbreuk op de privacy van verdachte van zodanig aard is geweest, dat die observatie moet worden aangemerkt als stelselmatige observatie. Het hof beantwoordt deze vraag ontkennend. Observatie wordt als stelselmatig aangemerkt indien hierdoor een min of meer volledig beeld van bepaalde aspecten van iemands privé-leven wordt verkregen. In casu was de observatie, weliswaar zonder concrete verdenking, gericht op de persoon van verdachte, maar slechts voor zover hij zich bevond op een openbare plaats in de stad waar veelvuldig vermogensdelicten worden gepleegd. Wanneer het gedrag van verdachte daartoe geen aanleiding gaf, bijvoorbeeld als hij met zijn kind aan het spelen was, of hij zo'n plaats zou hebben verlaten zonder verdachte handelingen te verrichten, dan zou de observatie zijn beëindigd. Bij de observaties is geen gebruik gemaakt van technische hulpmiddelen. Naar het oordeel van het hof hebben de observaties, gelet op de duur, de intensiteit, de plaats en de wijze waarop zij zijn verricht, dan ook een zo beperkte inbreuk gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte, dat art. 2 Politiewet 1993 en art. 141 Sv daarvoor een toereikende grondslag boden. Ook overigens zijn deze observaties niet in strijd met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit, nu verdachte bekend stond bij de politie als veelpleger en onder de gegeven omstandigheden geen ander opsporingsmiddel voor de hand lag.

(...)

2.4.4. In een door de raadsman van de verdachte aan het Hof overgelegd krantenartikel uit het Brabants Dagblad van 30 april 2010 over de inzet van het veelplegersteam te Tilburg, wordt (...) een beschrijving gegeven van de werkwijze van het veelplegersteam. In dit artikel staat onder meer ‘agenten in burger schaduwden veelplegers net zo lang tot ze op heterdaad betrapt worden’ en wordt beschreven hoe zes agenten in burgerkleding in de Tilburgse binnenstad de gangen van de hun bekende veelplegers nagaan. Zij maken gebruik van wisselende vermommingen en staan met elkaar via ‘oortjes’ in contact.

De raadsman heeft voorts aan het Hof een kopie overgelegd van een proces-verbaal van bevindingen van 29 juli 2009, inhoudende:

‘Ik, [verbalisant 1] hoofdinspecteur, Team Opsporing Tilburg, verklaar het volgende. De bestrijding van criminaliteit in het politiedistrict Tilburg krijgt gestalte in nauwe samenwerking met het Openbaar Ministerie. Een van de aanpakken is gericht op de bestrijding van de criminaliteit veroorzaakt door de zogenaamde veelplegers. In het Politiedistrict Tilburg zijn momenteel ongeveer 300 veelplegers bekend. Over de aanpak hiervan zijn afspraken gemaakt

en deze zijn neergelegd in de nota “Aanpak veelpleger, Arrondissement Breda Beleid en operationeel draaiboek”. In het voorjaar 2009 werd in het district Tilburg een forse stijging geconstateerd van het aantal delicten, zoals woninginbraken en autoinbraken. Van deze delicten is bekend dat een deel gepleegd wordt door de zogenaamde veelplegers. Om aan deze toename een halt toe te roepen is door de politie in het district Tilburg onder andere in samenspraak met de Officier van Justitie te Breda gestart een plan van aanpak gemaakt. De aanpak is gericht op het voorkomen, opsporen en beëindigen van deze vormen van criminaliteit. Een onderdeel hiervan is de aanpak van de zogenaamde veelplegers. In het politiedistrict Tilburg wordt een aantal collega's belast met de opsporing van strafbare feiten gepleegd door veelplegers. Participatie in deze aanpak is wisselend en afhankelijk van capaciteit en beschikbaarheid. Twee rechercheurs van de districtsrecherche Tilburg zijn belast met de coördinatie van de uitvoering en kwaliteitbewaking van deze aanpak. Omdat de informatie ontbreekt om gericht een opsporingsonderzoek in te stellen gericht op een persoon is de huidige aanpak gericht op het gebied en locaties waar veel delicten gepleegd worden. De zogenaamde hotspots. De collega's werkzaam in het zogenaamde veelplegersteam hebben de opdracht om in de gebieden en op locaties toezicht te houden in het bijzonder gericht op de activiteiten van veelplegers. Daarbij richten zij zich op de toevallige aanwezigheid van de veelpleger in dat gebied of locatie. Bij constatering dat het gedrag en de activiteiten van een veelpleger gericht is op het plegen van enig strafbaar feit dan is de opdracht om de verpleger kortstondig te volgen en bij betrapting aan te houden.’

2.4.5. Ter terechtzitting in eerste aanleg van 4 augustus 2009 is [verbalisant 1], teamleider van het veelplegersteam te Tilburg, als getuige gehoord. Het proces-verbaal van deze terechtzitting houdt als verklaring van deze getuige in:

‘Ik ben teamleider van het veelplegersteam te Tilburg sinds een jaar. Het team is actief sinds april 2009. Er staan op de lijst in Tilburg 300 veelplegers, waaronder [verdachte]. Elk jaar wordt door het Openbaar Ministerie de lijst met veelplegers opgesteld. Ik weet niet hoe lang [verdachte] al op de lijst staat. Er is met het Openbaar Ministerie afgesproken dat veelplegers actief op worden gespoord. We doen dit op locatie. We surveilleren op bepaalde locaties zoals het centrum en kijken of we veelplegers tegenkomen. Als we een veelpleger tegenkomen, dan kijken we wat hij doet. In beginsel is dat kortstondig. Onder kortstondig volgen wordt maximaal een uur verstaan. Er zijn geen vaste afspraken hierover, maar ik spreek uit ervaring. Als het risico ontstaat dat er te lang en te veel wordt gevolgd waardoor het stelselmatig zou kunnen worden, wordt dat aan het Openbaar Ministerie voorgelegd. Als een veelpleger bijvoorbeeld met zijn kind aan het spelen is, dan wordt er niet geobserveerd. Op het moment dat iemand niet bezig is met zijn sporen na te laten, wordt het volgen gestopt. Dit is niet in een werkinstructie vastgelegd. Een veelpleger wordt pas als verdachte aangemerkt op het moment dat hij iets strafbaars doet; nog niet zodra wij hem zien. Er wordt geen verslag gemaakt van elke observatie. Dit gebeurt pas als er bijzonderheden te melden zijn. Ik meen dat er over verdachte vier maal iets is genoteerd in het systeem. Als de raadsman van verdachte mij vraagt of dat kan betekenen dat verdachte 40 maal is geobserveerd en er 36 maal niets is vastgelegd kan ik hem daar geen antwoord op geven. Er zijn 4 mutaties van verdachte opvraagbaar.

Het is mogelijk dat mensen van ons team surveilleren bij verdachte in de straat, maar het is niet de instructie dan wel handelwijze om verdachte vanuit zijn woning te volgen. Er worden geen technische hulpmiddelen gebruikt bij de observatie. Alleen normale hulpmiddelen, zoals een telefoon, een mobiele telefoon etcetera.

Het beleid ten aanzien van veelplegers is in overleg met de officier van justitie en het Veiligheidshuis. Het doel van dit beleid is aan de ene kant het strafrechtelijk opsporen en aan de andere kant het voorkomen van recidive.

(desgevraagd:) Er is voor verdachte geen bevel stelselmatige observatie verstrekt.’

2.5.1. Het volgende wettelijk en jurisprudentieel kader is hier van belang.

2.5.2. Art. 126g Sv luidt:

‘1. In geval van verdenking van een misdrijf, kan de officier van justitie in het belang van het onderzoek bevelen dat een opsporingsambtenaar stelselmatig een persoon volgt of stelselmatig diens aanwezigheid of gedrag waarneemt.

(...)

5. Het bevel tot observatie is schriftelijk en vermeldt: (...)’

2.5.3. De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel waarbij die bepaling is ingevoerd, houdt onder meer in:

‘Bij het op stelselmatige wijze waarnemen van personen gaat het, zoals gezegd, om die vormen van observatie die tot resultaat kunnen hebben dat een min of meer volledig beeld wordt verkregen van bepaalde aspecten van iemands leven, bijvoorbeeld zijn contacten met een crimineel. Voor het antwoord op de vraag of sprake is van een dergelijke vorm van observatie is een aantal elementen van belang: de duur, de plaats, de intensiteit of frequentie en het al dan niet toepassen van een technisch hulpmiddel dat méér biedt dan alleen versterking van de zintuigen. Ieder voor zich, maar met name in combinatie, zijn deze elementen bepalend voor de vraag of een min of meer volledig beeld van bepaalde aspecten van iemands leven wordt verkregen.’

(Kamerstukken II, 1996-1997, 25 403, nr. 3, p. 26 en 27)

2.5.4. Voor de beantwoording van de vraag of bij het hanteren van de opsporingsmethode van observatie al dan niet sprake is van een beperkte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte zijn de omstandigheden bepalend, zoals de duur, de intensiteit, de plaats, het doel van de observaties en de wijze waarop deze hebben plaatsgevonden (vgl. HR 21 maart 2000, LJN AA5254, rov. 3.5).

2.5.5. Met betrekking tot de voor opsporingsambtenaren bestaande plicht tot het verbaliseren van hetgeen zij hebben verricht of bevonden, welke regels ook in het verband van uitgevoerde observaties van toepassing zijn, heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 5 oktober 2010 (LJN BL5629, NJ 2011/69) overwogen:

‘7.2.2. Art. 152 Sv schrijft voor dat de in die bepaling genoemde opsporingsambtenaren ten spoedigste proces-verbaal opmaken van het door hen opgespoorde strafbare feit of van hetgeen door hen tot opsporing, zoals thans gedefinieerd in art. 132a Sv, is verricht of bevonden. Redelijke uitleg van die bepaling in het licht van de aan een eerlijk proces te stellen eisen brengt het volgende mee. Het staat de in die bepaling genoemde 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. 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 in het eindonderzoek tot nadere verantwoording omtrent dat onderdeel van het opsporingsonderzoek.

Belangen van derden en/of van het opsporingsonderzoek vormen op zichzelf onvoldoende grond om het opmaken van een proces-verbaal achterwege te laten. Aan die belangen kan immers door de wijze waarop de desbetreffende verrichtingen en bevindingen in dat proces-verbaal worden gerelateerd, voldoende worden tegemoetgekomen.

7.2.3. Art. 152 Sv ziet slechts op het door het Wetboek van Strafvordering bestreken opsporingsonderzoek, zodat die bepaling niet van toepassing is in een daaraan voorafgaande fase van het onderzoek. Hoewel een wettelijke voorziening omtrent verslaglegging van de verrichtingen en bevindingen van opsporingsambtenaren in die onderzoeksfase ontbreekt, zal al naar gelang de aard en de omvang van het in die fase verrichte onderzoek verslaglegging in enigerlei

vorm nochtans niet achterwege mogen blijven. Ingeval een opsporingsonderzoek volgt, zal bij het opmaken van processen-verbaal op de voet van art. 152 Sv immers zo nodig moeten kunnen worden teruggegrepen op hetgeen voorafgaand aan het opsporingsonderzoek is verricht en bevonden. Voorts geldt ook hier dat, indien de rechter in het eindonderzoek - al dan niet naar aanleiding van een gevoerd verweer - nadere opheldering verzoekt omtrent bepaalde feiten en omstandigheden, op een zodanig verzoek doeltreffend moet kunnen worden gereageerd.

7.2.4. De wet verbindt geen rechtsgevolgen aan de niet-naleving van art. 152 Sv. Het staat derhalve ter beoordeling van de rechter of en zo ja in hoeverre aan de omstandigheid dat het opmaken van proces-verbaal achterwege is gebleven dan wel niet ten spoedigste is geschied, enig rechtsgevolg dient te worden verbonden.’

2.6.1. Bij de beoordeling van het middel moet tegen de achtergrond van vorengeschetst wettelijk en jurisprudentieel kader het volgende worden vooropgesteld.

2.6.2. Observaties als de onderhavige, waarvoor geen machtiging als bedoeld in art. 126g Sv is gegeven, kunnen jegens de geobserveerde onrechtmatig zijn indien zij in verband met de plaats waar zij zijn uitgevoerd, de duur, intensiteit en frequentie ervan, alsmede het gebruik van technische hulpmiddelen, geschikt zijn om een min of meer compleet beeld te verkrijgen van bepaalde aspecten van het persoonlijk leven van de betrokkene. Indien dat niet het geval is, kan de met het observeren samenhangende inbreuk op de persoonlijke levenssfeer als zo beperkt worden beschouwd dat de algemene taakomschrijving van opsporingsambtenaren, neergelegd in art. 2 Politiewet 1993 en art. 141 Sv, daarvoor voldoende legitimatie biedt. Dit zal in het bijzonder het geval zijn indien de observaties slechts in een bepaald gebied en kortstondig worden uitgevoerd, naar aanleiding van omstandigheden waaruit redelijkerwijs een verhoogde kans op strafbare feiten kan worden afgeleid. Uit de verslaglegging van de observaties zal - mede in verband met de vereiste subsidiariteit en proportionaliteit van de uitgevoerde observaties - in voorkomend geval moeten kunnen blijken of zij in deze zin beperkt en kortstondig zijn gebleven.

2.6.3. Uit het zojuist overwogene vloeit voort dat het ontbreken van een verdenking in de zin van art. 27 Sv niet meebrengt dat dergelijke kortstondige en beperkte observaties onrechtmatig zijn aangevangen. Niettemin zullen zij, als berustend op wettelijke bepalingen waarin de opsporing van strafbare feiten aan de betrokken functionarissen is opgedragen, tot het voorbereidend onderzoek gerekend moeten worden ingeval (mede) door de observaties een verdenking als bedoeld in art. 27 Sv ontstaat en verdergaande opsporingsbevoegdheden worden toegepast. Overschrijding van de grenzen waarbinnen zulke, niet krachtens het in art. 126g Sv bedoelde bevel uitgevoerde, observaties toelaatbaar zijn, moet in zo een geval worden aangemerkt als een vormverzuim in de zin van art. 359a Sv.

2.7.1. Het middel neemt, in navolging van het verweer, tot uitgangspunt dat de aanhouding van de verdachte het resultaat is geweest van stelselmatige observaties waardoor een ernstige inbreuk is gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte, en dat dit - aangezien die inbreuk niet in een specifiek wettelijk voorschrift is voorzien - moet leiden tot niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie in de vervolging van de verdachte, althans tot bewijsuitsluiting.

2.7.2. Voor zover het middel daarbij het oog heeft op de aan de aanhouding van de verdachte onmiddellijk voorafgaande observaties die hiervoor in 2.4.2 aan de hand van het desbetreffende proces-verbaal van bevindingen zijn weergegeven, faalt het. In zijn hiervoor in 2.3.2 weergegeven overwegingen ligt als het oordeel van het Hof besloten dat die observaties, gelet op de duur, de intensiteit, de plaats en de wijze waarop deze zijn verricht een zo beperkte inbreuk hebben gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte, dat art. 2 Politiewet 1993 en art. 141 Sv daarvoor een toereikende voorgrondslag boden. In het licht van hetgeen hiervoor in 2.6.2 - 2.6.3 is vooropgesteld en in aanmerking genomen dat van die observaties verslag is gedaan

waarvan de inhoud door de verdediging niet is bestreden, geeft dat oordeel niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting, is dat oordeel ook niet onbegrijpelijk en is het toereikend gemotiveerd.

2.7.3. Voor zover het middel daarbij het oog heeft op meer of andere observaties van de verdachte dan in de vorige overweging aan de orde was, geldt het volgende.

2.7.4. De verdediging heeft de stelling betrokken dat de (algemene) werkwijze van het veelplegersteam meebracht dat de verdachte 'overal' stelselmatig werd geobserveerd, en daaraan de conclusie verbonden dat de daardoor - gelet op het ontbreken van een wettelijke basis voor zulk handelen en het ontbreken van verslaglegging die inzicht zou kunnen geven in de aard, duur, frequentie en intensiteit van die observaties - veroorzaakte onrechtmatige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte moet leiden tot niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie of tot bewijsuitsluiting van de vruchten van het onrechtmatige optreden.

2.7.5. Deze stelling is met de overwegingen van het Hof niet toereikend gemotiveerd verworpen, aangezien met die overwegingen niet is weerlegd dat zulke observaties hebben plaatsgevonden zonder daarvan verslag te maken, en het Hof niets heeft vastgesteld waaruit kan worden afgeleid waarom ook zulke, door de verdediging gestelde, observaties voorafgaande aan de kortstondige, en wel gerelateerde observaties die tot de aanhouding van de verdachte hebben geleid, slechts een zo beperkte inbreuk hebben gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte, dat art. 2 Politiewet 1993 en art. 141 Sv daarvoor een toereikende grondslag boden. Dit behoeft evenwel niet tot cassatie te leiden in verband met het volgende.

2.7.6. Een vormverzuim als bedoeld in art. 359a Sv kan slechts tot niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie in de vervolging leiden, indien aannemelijk is dat door toedoen van de met opsporing en vervolging belaste functionarissen in de loop van het voorbereidend onderzoek een ernstige inbreuk is gemaakt op beginselen van een behoorlijke procesorde, en daardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte tekort is gedaan aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak (vgl. HR 30 maart 2004, LJN AM2533, NJ 2004/376). De enkele omstandigheid dat de aard, duur en intensiteit van observaties bij gebreke van behoorlijke verslaglegging niet kan worden gecontroleerd, zodat de mogelijkheid is opengebleven dat die observaties, zoals de verdediging heeft gesteld, zonder toereikende wettelijke grondslag een méér dan beperkte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte hebben gemaakt, kan niet de gevolgtrekking wettigen dat in het onderhavige geval een ernstige inbreuk is gemaakt op beginselen van een behoorlijke procesorde en daardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte tekort is gedaan aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak als zojuist bedoeld. Voor zover het verweer erop gericht was het Openbaar Ministerie in de vervolging van de verdachte niet-ontvankelijk te doen verklaren, kon het reeds om deze reden slechts worden verworpen.

2.7.7. Aangenomen dat de verdediging zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat de verdachte door het veelplegersteam vaker is geobserveerd dan in het geval dat tot zijn aanhouding voerde, en voorts aangenomen dat er sprake is van een vormverzuim in het voorbereidend onderzoek ter zake van het aan de verdachte tenlaste-

gelegde feit, als bedoeld in art. 359a Sv, kon het verweer ook voor zover het tot bewijsuitsluiting strekte geen doel treffen. In verband met art. 359a Sv kan bewijsuitsluiting immers slechts aan de orde zijn ten aanzien van bewijsmateriaal dat is verkregen als rechtstreeks gevolg van een aannemelijk geacht vormverzuim. Het Hof heeft de bezeugenverklaring doen berusten op de namens de benadeelde gedane aangifte en de bekennde verklaring die de verdachte, met rechtskundige bijstand en nadat hem de in art. 29, tweede lid, Sv bedoelde mededeling is gedaan dat hij niet tot antwoorden verplicht was, bij de Rechter-Commissaris heeft afgelegd. Het verweer, waarin zonder nadere toelichting of duiding werd verwezen naar 'de vruchten van die onrechtmatige observatie' behelste niet de onderbouwde stelling dat die bij de Rechter-Commissaris afgelegde verklaring moet worden gezien als het rechtstreeks gevolg van de door de verdediging gestelde observaties.

2.8. Het middel is dus tevergeefs voorgesteld.'

4 Observaties als middel ter bestrijding van overlast

Aan het strafrecht wordt van oudsher onder meer een generaalpreventieve werking toegedicht: door de strafbaarstelling van bepaald gedrag en de daadwerkelijke bestraffing ervan als dat gedrag zich heeft voorgedaan, laten (andere) mensen het wel uit hun hoofd om strafbare feiten te plegen, zo is de bedoeling. Straffbaarstelling en bestraffing – algemener geformuleerd: het materiële strafrecht – dragen daarmee bij aan de voorkoming van criminaliteit. Die voorkoming krijgt ook in het formele strafrecht gestalte,¹⁰ onder meer door de inzet van de hierboven genoemde observaties. Door via een observatie te komen tot aanhouding bij heterdaad kan recidive worden voorkomen. Dit instrument van de observatie is voorwerp geworden van lokaal beleid in Tilburg, waardoor personen die bij de politie bekend staan als 'veelpleger' zich in de warme belangstelling van politieambtenaren mogen verheugen. De term 'veelpleger' komt als zodanig niet voor in het Wetboek van Strafrecht noch in enige andere wettelijke regeling. Wel treft men dit begrip aan in de Richtlijn voor strafvordering bij meerderjarige veelplegers van het College van Procureurs-Generaal.¹¹ Een 'veelpleger' in de zin van deze richtlijn is een persoon van 18 jaar of ouder die in zijn gehele criminele verleden meer dan tien processen-verbaal tegen zich zag opgemaakt, waarvan ten minste één in het peiljaar (het afgelopen kalenderjaar). Bij deze omschrijving springt in het oog dat een (onherroepelijke) veroordeling wegens enig strafbaar feit – al was het maar een overtreding van een APV – niet is vereist. Nu komt het in de praktijk vermoedelijk niet voor dat een persoon het predikaat 'veelpleger' krijgt zonder dat hij ooit is veroordeeld, maar het verdient in het licht van de onschuldpresumptie wel aanbeveling om

10 Vgl. S. Struijk, *De ISD in perspectief* (diss. Rotterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 174.

11 *Stert.* 2009, 10579. In deze richtlijn worden, naast een definitie van een 'veelpleger', de volgende definities gehanteerd. Een 'zeer actieve veelpleger' is een persoon van 18 jaar of ouder die over een periode van vijf jaren meer dan tien processen-

verbaal tegen zich zag opmaken, waarvan ten minste één in het peiljaar (het afgelopen kalenderjaar) of in het lopende kalenderjaar. Een 'stelselmatige dader' is een zeer actieve veelpleger die verdacht wordt van een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten, die in de vijf jaren voorafgaand aan het gepleegde feit ten minste drie maal wegens een misdrijf onherroepelijk is veroordeeld

tot een vrijheidsbenemende of vrijheidsbeperkende straf of maatregel dan wel een taakstraf, die ook ten uitvoer zijn gelegd. Laatstgenoemde categorie komt in aanmerking voor plaatsing in een inrichting voor stelselmatige daders op de voet van art. 38m Sr. Vgl. HR 15 februari 2011, NJ 2011/340 m.nt. J.M. Reijntjes over de voorloper van deze richtlijn (*Stert.* 2008, 19).

die eis van een (aantal) rechterlijke veroordeling(en) in de begripsomschrijving van een ‘veelpleger’ tot uitdrukking te brengen.

Inderdaad moet dan vervolgens worden onderkend dat (bewezen) herhaald strafbaar gedrag een sterke wissel trekt op de maatschappelijke tolerantie. Anders gezegd, recidive ter zake van (vaak vermogens)criminaliteit bezorgt veel overlast en het is dan ook legitiem dat de overheid daartegen optreedt. Bij de vraag welk overheids-optreden hier als toelaatbaar kan worden bestempeld, spelen onder meer de subsidiariteit en de proportionaliteit een rol. In dat verband is een aantal vervolgvragen aan de orde. Zijn bijvoorbeeld de bij de Tilburgse politie als ‘veelpleger’ bekend staande personen ook veelplegers in de zin van de genoemde richtlijn van het Openbaar Ministerie?¹² En, ongeacht hoe het antwoord op deze vraag luidt, als door politie en justitie gezamenlijk wordt besloten om een potentieel ingrijpend opsporingsmiddel als de observatie op een structurele basis in te zetten, ligt het dan niet voor de hand om een schriftelijk protocol op te stellen waarin bijvoorbeeld is vastgelegd onder welke specifieke omstandigheden, op welke plaatsen en op welke tijden tot observatie mag worden overgegaan van personen die kunnen worden aangemerkt als ‘veelpleger’ in de zin van de richtlijn?¹³ Wellicht bevat het in de hierboven onder 3 geciteerde rov. 2.4.4 genoemde ‘plan van aanpak’ een dergelijk protocol, maar de (mij ter beschikking staande) stukken van het geding schenken dienaangaande geen klare wijn.

Hoe dan ook is er aan (leden van) het Tilburgse ‘veelplegersteam’ niet een bevel stelselmatige observatie door de officier van justitie verstrekt. Artikel 126g Sv stelt namelijk als voorwaarde voor het verstrekken van zo’n bevel een concrete verdenking van een misdrijf, terwijl de observaties door het Tilburgse ‘veelplegersteam’ nu juist een aanvang namen op een moment dat van een verdenking nog geen sprake was. Voor die aan het ontstaan van een verdenking voorafgaande fase van de opsporing kan artikel 126o Sv weliswaar een basis bieden voor het verrichten van een stelselmatige observatie, maar dat wetsartikel ziet op – kort gezegd – opsporingshandelingen gericht op ernstige, georganiseerde criminaliteit, hetgeen zich *in casu* niet voordeed.¹⁴ Omdat onder deze omstandigheden het stelselmatig observeren van veelplegers derhalve niet aan de orde was, mochten de door het ‘veelplegersteam’ verrichte observaties niet verder gaan dan niet-stelselmatige observatie.

Dit laatste roept de vraag op waarin een niet-stelselmatige observatie zich onderscheidt van een stelselmatige. In de hierboven geciteerde rov. 2.5.3 haalt de Hoge Raad

een passage uit de wetsgeschiedenis aan waaruit kan worden afgeleid dat door stelselmatige observatie een min of meer volledig beeld wordt verkregen van bepaalde aspecten van iemands leven en dat – met het oog daarop – de duur, de plaats, de intensiteit of frequentie en de eventuele inzet van bepaalde technische hulpmiddelen relevante beoordelingsfactoren zijn.¹⁵ Bovendien noemt de Hoge Raad in rov. 2.5.4 als relevante beoordelingsfactoren het doel van de observaties en de wijze waarop deze hebben plaatsgevonden.¹⁶ Vermoedelijk bedoelt de Hoge Raad met de twee laatstgenoemde beoordelingsfactoren te zeggen dat indien de inzet van een observatie wordt overwogen waarmee politie en justitie beogen een min of meer volledig beeld in evenwergegeven zin te verkrijgen, een bevel stelselmatige observatie moet worden verstrekt, terwijl omgekeerd het observeren van een persoon zonder dat daarbij aanvankelijk de bedoeling heeft voorgezeten om die observatie stelselmatig te doen zijn, toch stelselmatig kan zijn in het licht van de overige relevante beoordelingsfactoren. Bij dit alles moet worden bedacht dat de wetgever die in 2000 via de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden¹⁷ de stelselmatige observatie van een wettelijke basis voorzag, de inbreuk op het recht op persoonlijke levenssfeer van de geobserveerde daarbij als grondslag voor codificatie van deze opsporingsbevoegdheid nam.¹⁸ Anders geformuleerd, voor stelselmatige observatie is een expliciete wettelijke grondslag nodig en voor observaties die geen inbreuk maken op de persoonlijke levenssfeer – zoals het observeren van bepaalde voorwerpen – volstaat een taakstellend artikel zoals artikel 141 Sv.

Maar is daarmee nu ook gezegd dat taakstellende artikelen tekortschieten als wettelijke basis voor observaties die slechts een beperkte inbreuk maken op de privacy? Advocaat-generaal Knigge betoogt in zijn conclusie bij het hierboven weergegeven arrest dat de ruimte om observaties die slechts een geringe inbreuk op de privacy maken te baseren op taakstellende bepalingen, na de inwerkingtreding van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden ‘kleiner’ is geworden.¹⁹ Hoewel de bedoelingen van de wetgever op dit punt niet kristalhelder zijn,²⁰ lijkt de Hoge Raad in rov. 2.7.5 de opvatting toegedaan dat taakstellende wetsbepalingen een toereikende basis bieden voor (niet-stelselmatige) observaties waarmee slechts een beperkte inbreuk op de privacy wordt gemaakt. In zoverre is er, zo mag de conclusie zijn, sprake van continuïteit in de huidige rechtspraak van de Hoge Raad ten opzichte van het Zwolsman-arrest en is die continuïteit niet doorbroken door de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden.

12 En zou dat ook gelden voor bijv. de ‘honderden potentiële plegers’ in Amsterdam die voorwerp zijn van ‘hinderlijk volgen’ (zie www.parool.nl/parool/nl/7/MISDAAD/article/detail/285566/2010/03/24/Politie-gaat-straat-overvallers-hinderlijk-volgen.dhtml)? Naar mag worden aangenomen, geldt het niet voor vrouwen die tot de islam zijn bekeerd en hinderlijk worden gevolgd of ‘verstoorde’ (zie o.a. [www.elsevier.nl/web/1058499/Nieuws/Nederland/Politie-mag-](http://www.elsevier.nl/web/1058499/Nieuws/Nederland/Politie-mag-mostima-niet-meer-hinderlijk-volgen.htm)

[mostima-niet-meer-hinderlijk-volgen.htm](http://www.volkskrant.nl/ok/nl/2686/Binnenland/article/detail/808672/2006/06/13/Hinderlijk-volgen-is-in-strijd-met-de-wet.dhtml) alsmede www.volkskrant.nl/ok/nl/2686/Binnenland/article/detail/808672/2006/06/13/Hinderlijk-volgen-is-in-strijd-met-de-wet.dhtml).

13 In deze zin ook punt 4.24 van de conclusie van A-G Knigge bij het hier besproken arrest.

14 Ook art. 126zd Sv – gericht op de opsporing van een terroristisch misdrijf – zou voor de onderhavige situatie geen basis voor het verrichten van stelselmatige observaties kunnen bieden.

15 Zie *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 26-27.

16 In deze zin ook reeds HR 21 maart 2000, LJN: AA5254, rov. 3.5.

17 *Stb.* 1999, 245.

18 Zie o.a. *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 26 en 28.

19 Punt 4.15 en 4.16 van zijn conclusie.

Het gevolg van dit oordeel van de Hoge Raad is dat de feitenrechter naar aanleiding van een verweer dat er een observatie heeft plaatsgevonden die een meer dan lichte inbreuk op de privacy van de verdachte heeft gemaakt terwijl er geen bevel stelselmatige observatie was verstrekt, aan de hand van de hierboven genoemde relevante beoordelingsfactoren zal moeten nagaan of de observatie slechts een lichte inbreuk op de privacy heeft gemaakt. Een dergelijk verweer zal veelal worden geplaatst in de sleutel van artikel 359a Sv. Dat wetsartikel geeft de strafrechter de bevoegdheid om bepaalde rechtsgevolgen te verbinden aan vormverzuimen die zich hebben voorgedaan in het voorbereidend onderzoek. Artikel 132 Sv verstaat onder het voorbereidend onderzoek het onderzoek dat aan de behandeling ter terechtzitting voorafgaat. Uit dit samenstel van bepalingen zou kunnen worden afgeleid dat ieder vormverzuim dat aan de behandeling ter terechtzitting voorafgaat, onder het bereik van artikel 359a Sv valt. Dat is evenwel niet het geval: artikel 359a Sv ziet slechts op vormverzuimen in het voorbereidend onderzoek van de strafzaak ter zake van het ten laste gelegde feit waarover de strafrechter een oordeel heeft te vellen.²¹ Dienaangaande is de lijn in de rechtspraak van de Hoge Raad dat door de verdediging geen beroep kan worden gedaan op artikel 359a Sv ter zake van (beweerde) vormverzuimen die zich hebben voorgedaan in een niet-strafrechtelijk onderzoek terwijl (mede) dat vormverzuim heeft geleid tot de opsporing van een strafbaar feit. Bij wijze van voorbeeld: als zich bij een overheidsoptreden in het kader van 1) een uitleveringssignalering of in het kader van 2) de tenuitvoerlegging van een onherroepelijk vonnis of in het kader van 3) het zogenoemde Mobiel Toezicht Vreemdelingen vormverzuimen hebben voorgedaan – bij welk overheidsoptreden een strafbaar feit werd geconstateerd dat tot berechting door de strafrechter heeft geleid – is een beroep op artikel 359a Sv gedoemd te mislukken omdat de gewraakte handelingen niet hebben plaatsgevonden in het voorbereidend onderzoek van de in die zaken ten laste gelegde gedragingen.²²

Geen van deze drie voorbeeldsgewijs genoemde vormen van overheidsoptreden betreft opsporing in de zin van artikel 132a Sv. Anders geformuleerd, er tekent zich in die situaties bij een (aanvankelijk) niet op het nemen van strafvorderlijke beslissingen gericht overheidsoptreden een sfeerovergang af naar het opsporingsdomein als bij dat optreden een strafbaar feit wordt geconstateerd. Betoogd kan worden dat dat voor de in deze bijdrage centraal staande observaties anders ligt omdat die

observaties – ook wanneer nog geen sprake is van een verdenking van een strafbaar feit – wel zouden kunnen worden aangemerkt als opsporing en van een sfeerovergang in deze benadering geen sprake zou zijn. Als deze visie juist is, ligt een strikte afbakening van het voorbereidend onderzoek op de wijze zoals in de drie voorbeelden, niet voor de hand bij de beoordeling van een op artikel 359a Sv geënt verweer dat ziet op (beweerde) onrechtmatigheden bij de observaties voordat sprake was van een concrete verdenking. Van belang is hier dat de Hoge Raad in rov. 2.6.3 'kortstondige en beperkte' observaties tot het voorbereidend onderzoek rekent 'ingeval (mede) door de observaties een verdenking als bedoeld in art. 27 Sv ontstaat en verdergaande opsporingsbevoegdheden worden toegepast'.²³ Daaruit kan worden afgeleid dat (ook) de aan het ontstaan van een concrete verdenking voorafgaande observaties onder het bereik van artikel 359a Sv kunnen vallen als die observaties leiden tot een concrete verdenking. De afbakening schuilt dan hierin dat observaties die niet tot een verdenking – van, naar moet worden aangenomen, een strafbaar feit dat leidt tot berechting door de strafrechter in het kader van welke berechting een beroep zou kunnen worden gedaan op artikel 359a Sv – leiden, in de benadering van de Hoge Raad niet ter beoordeling aan de strafrechter kunnen worden voorgelegd. De kern van een op artikel 359a Sv geënt verweer zal evenwel zijn dat het nu juist geen kortstondige en beperkte observaties zijn geweest – waarvan slechts de laatste tot een verdenking heeft geleid – waarvan de verdachte lijdend voorwerp was, maar een stelselmatige observatie (waarvoor een wettelijke basis ontbreekt) die uiteindelijk is uitgemond in een verdenking.

De juistheid van (de feitelijke grondslag van) een dergelijk verweer dient wel door de rechter te worden onderzocht.²⁴ De meest voor de hand liggende manier om die controle te kunnen uitvoeren, is door kennis te nemen van hetgeen door de opsporingsambtenaren schriftelijk is vastgelegd omtrent de observaties. Die vastlegging was in de hier centraal staande zaak nogal gebrekkig. De ter terechtzitting in eerste aanleg als getuige gehoorde teamleider van het Tilburgse veelplegersteam heeft verklaard dat geen verslag werd gemaakt van elke observatie en dat verslaglegging pas plaatsvond als er 'bijzonderheden' te melden waren. Wat die bijzonderheden behelsden – bijvoorbeeld de constatering van een strafbaar feit, of de wijze van observeren, of het gedrag van de geobserveerde persoon – werd niet duidelijk gemaakt. Het moge duidelijk zijn dat een dergelijke gebrekkige vastlegging de rechterlijke controle ernstig kan bemoeilijken.

20 Zie nader de conclusie van A-G Knigge bij HR 20 januari 2009, *NJ* 2009/225 en de annotatie van M.J. Borgers onder dat arrest.

21 HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/376 m.nt. YB, rov. 3.4.2.

22 Zie nader T. Kooijmans, 'Elk naadeel heb z'n voordeel? Artikel 359a Sv en de ontdekking van het strafbare feit', *DD* 2011, 78, p. 1091-1108 en HR 26 juni 2012, LjN: BV1642 m.b.t. een onrechtmatige aanhouding bij het Mobiel Toezicht Vreemdelingen.

23 Uit de door de Hoge Raad gekozen bewoordingen zou – bij een strikte lezing ervan – kunnen worden afgeleid dat het rechtscollege de toepassing van 'verdergaande opsporingsbevoegdheden' beschouwt als een *condicio sine qua non* voor het tot het voorbereidend onderzoek rekenen van kortstondige en beperkte observaties die aan het ontstaan van een verdenking voorafgingen. Het lijkt echter niet waarschijnlijk dat de Hoge Raad dat bedoeld heeft te zeggen. Veeleer lijkt deze zin-

snede te moeten worden opgevat als een weergave van het feitelijke ervaringsgegeven dat na het ontstaan van een uit observaties voortvloeiende verdenking verdergaande bevoegdheden – zoals de aanhouding bij heterdaad – worden toegepast.

24 Vgl. HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/376 m.nt. YB, rov. 3.7, alsmede de hierboven onder 3 geciteerde rov. 2.7.7 van het arrest inzake de Tilburgse observaties.

Tegen die achtergrond komt het dan ook niet als een verrassing dat de Hoge Raad er in rov. 2.5.5 (citaatsgewijs) de aandacht op vestigt dat de opsporing onder de normerende werking van de in artikel 152 Sv vervatte verbaliseringsplicht valt en dat opsporingsambtenaren niet mogen afzien van het opmaken van proces-verbaal omtrent hun opsporingsactiviteiten, tenzij (de resultaten van) die activiteiten redelijkerwijs niet van belang kunnen zijn voor enige door de rechter te nemen beslissing. In zaken zoals de onderhavige zal die uitzondering zich niet voordoen omdat de rechter in het kader van een ‘359a-verweer’ moet kunnen nagaan of de betreffende observaties een stelselmatig karakter hebben aangenomen. Omdat de observaties kunnen worden aangemerkt als opsporing – en

daarmee niet worden verricht in een aan het opsporingsonderzoek voorafgaande fase – zal hetgeen in het kader van de observatie is verricht en bevonden, telkens in een proces-verbaal moeten worden vervat. Dat vergt vermoedelijk een aanzienlijk intensievere verslaglegging dan de vier mutaties die in de onderhavige zaak omtrent de observaties van de verdachte zijn opgemaakt voorafgaand aan de constatering van het strafbare feit. Dat is niet een welkome boodschap in tijden waarin (ook) bewindslieden werk zeggen te maken van het terugdringen van de administratieve werklast van politieambtenaren. Maar het is wel een prijs die moet worden betaald voor de (mogelijkheid van rechterlijke controle op de) rechtsstatelijkheid van het overheidsoptreden. ■