



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Betrouwbaarheid versus rechtmatigheid in strafzaken

Dubelaar, M.J.

Citation

Dubelaar, M. J. (2009). Betrouwbaarheid versus rechtmatigheid in strafzaken. *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 170(3), 93-105. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14985>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14985>

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

Betrouwbaarheid versus rechtmatigheid in strafzaken

Mr. M.J. Dubelaar*

1. Inleiding

In het complexe naspel van de Schiedammer parkmoord kristalliseert er zich geleidelijk een profiel uit van steeds kritischer wordende strafrechters als het gaat om de totstandkoming van bewijsmateriaal, mede in relatie tot de waardering en het eventuele gebruik daarvan. Het lijkt erop dat de rechters zich eerder bereid tonen consequenties te verbinden aan niet-naleving van regels die de betrouwbaarheid van bewijsmateriaal beogen te waarborgen of bevorderen.¹ De aanleiding voor dit artikel vormt de stroom van lagere rechtspraak over de schending van regels ten aanzien van de totstandkoming van de verklaringen van getuigen en verdachten. Het betreft hier zaken waarin uiteenlopende, aan het verhoor gerelateerde – veelal in enige juridische vorm vastgelegde – regels niet zijn nageleefd, waarbij bijvoorbeeld valt te denken aan de situatie waarin een zeer jeugdig zedenslachtoffer wordt gehoord buiten een verhoorstudio in bijzijn van een nog te ondervragen getuige door een politieambtenaar die specifieke deskundigheid op het terrein van zedenverhooren ontbeert. In een dergelijk geval zijn verschillende (methodologische) regels geschonden, die zien op de deugdelijkheid van het verhoor en de totstandkoming van de verklaring. De vraag is wat de consequentie van schending van dit type regels moet zijn. Nadere bestudering van de lagere rechtspraak op dit punt leert dat de reacties tussen de verschillende rechtbanken en hoven sterk uiteenlopen. Opvallend is dat bij aanwijsbaar geschonden regelgeving al snel wordt teruggevallen op het normatieve kader van de rechtmatigheid, ook als het regels betreft die uitsluitend zien op de betrouwbaarheid van onderzoeksresultaten en geen zelfstandige behoorlijkheidsnorm inhouden. Dit leidt in de rechtspraak tot on-eigenlijke situaties, waarin overwegingen van betrouwbaarheid en rechtmatigheid door elkaar lopen en onduidelijkheid ontstaat over de grondslag van sanctionering. In dit artikel zal nader worden ingegaan op de verhouding tussen de concepten betrouwbaarheid en rechtmatigheid en de (straf)processuele verwerking van aan bewijs klevende gebreken, in bijzonder met betrekking tot de schending van regels van technische of methodologische aard. De gepubliceerde lagere rechtspraak omtrent verhoor en de totstandkoming van verklaringen zal daarbij

primair als aanknopingspunt fungeren.² De analyse beperkt zich daar echter niet toe. Bij de bespreking van de zienswijze van de Hoge Raad aangaande de relatie tussen betrouwbaarheid en rechtmatigheid zal ook andersoortig bewijs aan de orde komen. Duidelijk wordt dat zowel de rechtspraak als het juridisch wetenschappelijk debat wordt gedomineerd door het normatieve kader van rechtmatigheid. De kentheoretische kern van het ‘proces’ van feitenonderzoek en bewijs, en de centrale rol die daarin is weggelegd voor de betrouwbaarheid, krijgt in de juridische discussie weinig aandacht. De positie die in dit artikel wordt ingenomen, is dat de betrouwbaarheidsproblematiek een eigen beoordelingskader verdient en niet kunstmatig in het – op rechtsstatelijke leest geschoei-de – schema van de rechtmatigheid hoeft te worden geperst.

2. Betrouwbaarheid en rechtmatigheid in het licht van de waarden in het strafproces

Ten behoeve van het verkrijgen van beter inzicht in de aard van de concepten betrouwbaarheid en rechtmatigheid, worden deze begrippen allereerst afgezet tegen de in het Nederlandse strafproces bestaande doelen of waarden en wordt hun relatie tot de specifieke regels die zien op de totstandkoming en vergaring van bewijs, nader geëvalueerd.³

2.1. Waarheidsvinding en betrouwbaarheid

In het strafproces wordt gestreefd naar een zo accuraat mogelijke vaststelling van strafrechtelijk relevante gebeurtenissen in het verleden, hetgeen in overeenstemming is met de uitgangspunten van het strafprocesrecht. De reconstructie van de feiten ten behoeve van het nemen van strafrechtelijke beslissingen pleegt te worden aangeduid als waarheidsvinding.⁴ Waarheidsvinding is een dominante waarde in ons strafprocesrecht, een waarde die tot uitdrukking is gebracht door inbedding daarvan in tal van procedurele regels. Deze regels dienen de *deugdelijkheid* van het proces van waarheidsvinding en de vast te stellen waarheid (als resultaat van het rechterlijk beslissingsproces) zo goed mogelijk te waarborgen. Bij deze ‘deugdelijkheidsregels’, veelal methodologisch of technisch van aard, staat de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal

* Mr. M.J. Dubelaar is als docent en promovenda verbonden aan het Instituut voor Strafrecht & Criminologie van de Universiteit Leiden.

1. Vgl. Y. Buruma, ‘Onprofessioneel politieoptreden’, *DD* 2008, p. 87-104.

2. Geraadpleegde bronnen: *NJ*, *LJN*, *NJFS* en *Nbstraf* (tot 31 december 2008).

3. De beperking tot Nederland is een praktische: de onderliggende problematiek doet zich in alle Westerse rechtsstelsels voor. Zie ook F. Höpfel & B. Huber (red.), *Exclusion of evidence in the EU and beyond*, Freiburg im Breisgau: Iuscrim 1999.

4. Zie voor meer uitvoerige bespiegelingen op dit punt J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij & J.M. ten Voorde, *De waarde van waarheid: opstellen over waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008.

centraal. Gedacht kan worden aan richtlijnen omtrent het doen van spiegelconfrontatie, het verrichten van een ademanalyse of DNA-onderzoek. Alle beogen zij de betrouwbaarheid van het te verkrijgen onderzoeksresultaat te waarborgen.⁵ Betrouwbaarheid ziet – in het recht en de juridische bewijsleer – op de inhoud van het bewijsmiddel in relatie tot de te bewijzen of bewezen feiten. Er wordt bijvoorbeeld gesproken van een betrouwbare verklaring, wanneer de gedane beweringen ‘corresponderen’ met de werkelijkheid.⁶ Zonder betrouwbaar materiaal kan de rechter (of in andere stelsels de jury of het gemengde panel van beroeps- of lekenrechters) het ten laste gelegde feit niet bewezen verklaren. In feite is de eis van betrouwbaarheid in het recht niet zozeer een regel die bestaat *naast* andere bewijs- of procedureregels, maar betreft het – als beginsel voor het bewijs – eerder een onderliggend vereiste of een ‘metaprincipe’.⁷ Zonder betrouwbare bronnen is het proces van waarheidsvinding onmogelijk.

Hoewel het concept van betrouwbaarheid rechtstreeks voortvloeit uit het streven naar de materiële waarheid, wordt het zeker niet uitsluitend genormeerd door het recht zelf. Integendeel, het strafprocesrecht bindt het feitenonderzoek en bewijs slechts ten dele aan maat en regel. Feitenonderzoek en bewijs in de context van het recht is immers geen exclusief juridische exercitie, maar naar zijn aard een interdisciplinaire aangelegenheid en onderhevig aan algemeen methodologische regels en/of principes.⁸ Veel van de methodologische of technische regels die de totstandkoming van betrouwbaar bewijsmateriaal dienen te waarborgen of bevorderen zijn niet in juridisch bindende vorm vastgelegd. Echter, de schending van deze regels zal veelal consequenties hebben voor de betrouwbaarheid van het te verkrijgen resultaat en kan de kwaliteit van de strafrechtelijke waarheidsvinding (en daarmee de legitimiteit van het rechterlijk oordeel) geweld aandoen.

2.2. Rechtsbescherming en rechtmatigheid

Waarheidsvinding is niet de enige waarde die in het strafproces een rol speelt. Het strafproces is tevens gericht op het realiseren van een fatsoenlijke procedure met inachtneming van de belangen van de verdachte en personen die zonder het te willen bij de procedure zijn betrokken.⁹

Deze waarden worden in de juridische bewijsleer wel niet-epistemologische beleidswaarden genoemd.¹⁰ De Amerikanen spreken van ‘extrinsic policies’, als het gaat om de uitsluiting van bewijsmateriaal als gevolg van niet met de betrouwbaarheid samenhangende onrechtmatigheden. Ook deze niet-epistemologische waarden vinden hun weerslag in de juridische procedure in de vorm van processuele regels. Van de niet-epistemologische waarden in het strafproces is rechtsbescherming het meest dominant. De hieruit voortvloeiende regels worden gemakshalve aangeduid als ‘behoorlijkeheidsregels’.¹¹ Te denken valt bijvoorbeeld aan de waarborgen waarmee de inzet van bijzondere opsporingsmethoden zijn omgeven.

Kenmerkend voor behoorlijkeheidsregels is dat zij – veelal anders dan deugdelijkeheidsregels – in beginsel wel in een wettelijke regeling zijn vastgelegd. Bij de bewijsvergaring dienen de betrokken overheidsfunctionarissen deze regels in acht te nemen. Inachtneming van deze regels of normen kan conflicteren met de zoektocht naar de waarheid. Niet-inachtneming kan daarentegen onder omstandigheden als onrechtmatig worden bestempeld. Aan begane onrechtmatigheden oftewel vormverzuimen kunnen in het Nederlandse strafproces (op grond van art. 359a Sv) binnenprocessuele sancties worden verbonden, zoals bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. De rechtmatigheid heeft een duidelijk beperkend karakter in de zin dat de epistemologische waarde van het beste bewijs niet altijd prevaleert. Immers, niet alle middelen mogen worden ingezet om de waarheid te achterhalen. Daarnaast kunnen vormverzuimen in het vooronderzoek ertoe leiden dat de zittingsrechter potentieel relevant en betrouwbaar bewijs als gevolg van de onrechtmatige vergaring buiten beschouwing moet laten, met alle processuele consequenties van dien.

2.3. Twee sets van regels

Analytisch bezien kunnen er twee separate sets van regels worden onderscheiden: één set betreft regels die instrumenteel zijn voor de waarheidsvinding (veelal niet in een juridisch bindende regeling neergelegd¹²) en de andere betreft regels die hun grondslag hebben in andere door het strafproces te respecteren waarden, waarvan de belangrijkste zien op de bescherming van de rechten van de verdachte is.¹³ De concepten (on)betrouwbaarheid en

5. Ook voor de rechterlijke oordeelsvorming zijn dergelijke regels van kracht, denk aan de wettelijke bewijsminima.

6. De kentheoretische haken en ogen die aan dit correspondentiemodel zitten, worden hier buiten beschouwing gelaten. Nota bene, het begrip betrouwbaarheid wordt in de empirische sociale wetenschappen vaak anders gebezigd. Hier gelden betrouwbaarheid en validiteit tezamen als de leidende methodologische beginselen om correspondentie te bewerkstelligen en ziet betrouwbaarheid uitsluitend op de vraag of een instrument bij herhaling eenzelfde resultaat geeft. Het juridische begrip betrouwbaarheid is in die zin meer omvattend.

7. L. Laudan, *Truth, Error and Criminal Law, An Essay in Legal Epistemology*, New York: Cambridge University Press 2006, p. 123.

8. J.F. Nijboer, *Het gekooide denken* (oratie), Leiden 2002.

9. Belangen als het efficiënte gebruik van middelen en buiten de procedure gelegen, maar door het recht beschermde maatschappelijke belangen spelen eveneens een rol. Denk aan de toegankelijkheid van de gezondheidszorg, die met het verschoningsrecht voor artsen wordt gewaarborgd.

10. L. Laudan, a.w., p. 2.

11. Zie eveneens – voor wat betreft de te hanteren terminologie – Nijboer, die onderscheid maakt tussen behoorlijkeheids- en deugdelijkeheidsbeperkingen. J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 173.

12. Al is er wel sprake van verhoogde activiteit op het gebied van richtlijnen en dergelijke, zoals de in de opsporingspraktijk welbekende forensisch-technische normen (‘FT-normen’).

13. A. Duff e.a., ‘Introduction: Towards a Normative Theory of the Criminal Trial’, in: A. Duff e.a. (red.), *Trial on Trial, Truth and Due Process*, Oxford: Hart Publishing 2004, p. 24. Soortgelijke onderscheidingen treffen we ook in de Nederlandse literatuur aan. Zie bijvoorbeeld R. Foque & A.C. ’t Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming: grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem: Gouda Quint 1990 en A.A.G. Peters, *Het rechtskarakter van het strafrecht* (oratie), Deventer: Kluwer 1972.

(on)rechtmatigheid kunnen worden teruggevoerd op deze te onderscheiden sets van regels. Niet-naleving van deugdelijkheidsregels staat in rechtstreeks verband met de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal (of de rechterlijke beslissing), terwijl niet-naleving van behoorlijkheidsregels de integriteit van strafvordering aantast en daarmee consequenties zal hebben voor de rechtmatigheid van het bewijs. Van een strikte waterscheiding tussen deugdelijkheidsregels en behoorlijkheidsregels kan evenwel geen sprake zijn. Sommige regels zijn dual van aard en dienen zowel de waarheidsvinding als de rechten van de verdachte. Met de inachtneming van bepaalde behoorlijkheidsregels, zoals het pressieverbod van art. 29 Sv (dat primair zijn grondslag vindt in het *nemo tenetur*-beginsel) of het recht van verdachte op behandeling binnen een redelijke termijn, is in beginsel ook het proces van waarheidsvinding gediend. Voor wat betreft het feitenonderzoek brengt dit type regels mee dat op het moment dat zij niet in acht worden genomen, het verkregen resultaat op beide fronten gebreken kan vertonen. Als voorbeeld kan worden genoemd de onder onaanvaardbare druk afgelegde bekentenis, deze is niet alleen onrechtmatig verkregen, maar in veel gevallen tevens onbetrouwbaar. Met name dit samenvallen van onrechtmatigheid en onbetrouwbaarheid levert – zoals we hierna zullen zien bij de rechtspraakanalyse – in de praktijk problemen op voor wat betreft de processuele verwerking.

De neiging om betrouwbaarheidskwesties af te doen in termen van rechtmatigheid en daaraan de in art. 359a Sv neergelegde rechtsgevolgen te verbinden, is mede het gevolg van het feit dat in toenemende mate methodologische regels worden ‘gecodificeerd’ in het recht; door wettelijke regels, maar ook door instructies zonder formeel wettelijke of daaruit afgeleide status (bijvoorbeeld de voor de opsporing geldende forensisch-technische normen). Daarmee krijgt een methodologische regel de status van *rechtsregel*, echter zonder dat de *ratio legis* verandert. De schending van deze regels zou vervolgens kunnen worden gepercipieerd als vormverzuim en gesanctioneerd met behulp van art. 359a Sv¹⁴, terwijl deze primair hun grondslag vinden in de betrouwbaarheid en het belang van waarheidsvinding. Strikt genomen is het vanuit taalkundig perspectief niet onjuist om de schending van een wettelijke regel of een gepubliceerde beleidsregel als *onrechtmatig* aan te merken. Dit is ook in lijn met de gewoonten in het juridisch denken, waarin een meer formalistische kijk op procedure en bewijs domineert. Wanneer men het *rechtskarakter* van de regel centraal stelt, is ook een andere – dan de hierboven gepresenteerde – zienswijze mogelijk op de verhouding (on)rechtmatigheid en

(on)betrouwbaarheid. Namelijk één waarin de (on)rechtmatigheid niet uitsluitend wordt gekoppeld aan behoorlijkheidsregels, maar de (on)rechtmatigheid moet worden gezien als overkoepelende categorie. In een dergelijke visie zou, indien de onbetrouwbaarheid het gevolg is van een begane normovertreding, de rechtmatigheid als het dominante beoordelingskader gelden, zonder dat de aard van de geschonden regel ter zake doet.¹⁵ Niettemin meen ik, om een aantal hieronder te noemen redenen, dat het de voorkeur heeft om sanctionering langs de weg van de rechtmatigheid primair te reserveren voor de schending van behoorlijkheidsregels.

3. De processuele verwerking

Het toetsen van de tenlastelegging en het waarborgen van de waarheidsvinding is de kerntaak van de strafrechter. Pas sinds het befaamde *Tweede bloedproef*-arrest¹⁶ uit 1962 is daar de rechterlijke controle op het politieoptreden bij gekomen en kunnen aan in het vooronderzoek begane onregelmatigheden processuele sancties worden verbonden. De tijd dat de rechter zich uitsluitend hoefde bezig te houden met de betrouwbaarheid en redengevendheid van het bewijsmateriaal was daarmee voorbij. Niettemin is er nog de nodige discussie geweest over de vraag of sanctionering van onrechtmatig handelen wel binnen het strafproces diende te geschieden. Zo zou dit mogelijk te veel afleiden van de eigenlijke taak van de rechter.¹⁷ Met de inwerkingtreding van de Wet vormverzuimen¹⁸, die grotendeels een codificatie van bestaande rechtspraak behelsde, kreeg de sanctionering van onregelmatigheden in het vooronderzoek een wettelijke basis in artikel 359a van het Wetboek van Strafvordering en is de discussie over in hoeverre sanctionering binnen de context van het strafproces moet geschieden verstomd. De wijze van sanctionering en vooral de eventuele keuze voor bewijsuitsluiting blijft echter een heet hangijzer, mede omdat dat ertoe kan leiden dat schuldigen ondanks de aanwezigheid van betrouwbaar bewijsmateriaal vrijuit kunnen gaan.¹⁹ Niettemin heeft de rechtmatigheid en het kader van art. 359a Sv een belangrijke plek veroverd in ons juridisch denken. Het toetsen van de behoorlijkheid van politieoptreden in het vooronderzoek is een vanzelfsprekend en belangrijk onderdeel geworden van de rechterlijke taak. De codificatie in art. 359a Sv en de responsieplicht van de rechter bij rechtmatigheidsverweren²⁰ hebben er in aanzienlijke mate aan bijgedragen dat de rechtmatigheid van de bewijsvergaring steeds meer op de voorgrond is komen te staan en juristen zich bij gebreken in het vooronderzoek vooral hierop zijn gaan oriënteren. De preoccupatie met het normatieve kader van rechtma-

14. Zie ook J.F. Nijboer, *Strafrechtelijke bewijsrecht*, a.w., p. 149.

15. Zie bijvoorbeeld 't Hart in diens annotatie onder HR 14 maart 1989, NJ 1989, 747.

16. HR 26 juni 1962, NJ 1962, 470.

17. Y. Buruma, *De aandacht van de strafrechter*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 42-47.

18. Wet van 14 september 1995, Stb. 1995, 441 (in werking getreden op 2 november 2006).

19. Ook wordt wel aangevoerd dat bewijsuitsluiting niet echt als *sanctie* op onrechtmatig politieoptreden fungeert als er voldoende ander bewijsmateriaal voor een veroordeling voorhanden is. Zie voor meer uitvoerige uiteenzetting van bezwaren tegen (onbeperkte) uitsluiting en een alternatieve benadering met betrekking tot sanctionering van overheidsoptreden: T.M. Schalken & K. Rozemond, 'Nieuwe opsporingsmethoden: dient elke onrechtmatigheid te worden gesanctioneerd', *NJB* 1997, p. 1365-1371.

20. Deze responsieplicht, door de Hoge Raad voor het eerst aanvaard in het *Erwtenspistol*-arrest (HR 18 april 1978, NJ 1978, 365), heeft een vloedgolf aan jurisprudentie tot gevolg gehad. Op de meeste betrouwbaarheidsverweren daarentegen hoefde *tot voor kort* niet te worden gerespondeerd.

tigheid in literatuur en rechtspraak is onmiskenbaar. Daarnaast zien we dat in de discussie over de sanctionering van verzuimen in het vooronderzoek betrouwbaarheids- en rechtmatigheidsaspecten vaak door elkaar heen lopen. Het is echter om een aantal redenen van belang beide categorieën uit elkaar te houden, te weten een verschil in: 1) de grondslag van sanctionering, 2) de mate van beoordelingsvrijheid en diepgang van de toetsing en 3) de aan gebreken te verbinden rechtsgevolgen.

3.1. Grondslag en doel 'sanctionering'

De concepten betrouwbaarheid en rechtmatigheid zijn – zoals hiervoor aan de orde kwam – terug te voeren op een te onderscheiden set van waarden. De grondslag voor sanctionering van niet-naleving van op die set van waarden gebaseerde regels is dan ook logischerwijs een andere. Bij de betrouwbaarheid staat de waarheidsvinding of concreter de deugdelijkheid van de bewijsvergaring op de voorgrond, terwijl het bij onrechtmatig verkregen bewijs gaat om de integriteit van de strafvordering of meer algemeen het rechtsstatelijk karakter van de rechtspleging. De mogelijke onbetrouwbaarheid van het onrechtmatig verkregen bewijs wordt in het debat wel genoemd als legitimatie voor sanctionering (en dan met name in de vorm van bewijsuitsluiting), maar daarmee ontstaat een – naar mijn mening onwenselijke – vermening van deze twee figuren en de daaraan verbonden perspectieven.²¹ Onrechtmatig verkregen bewijs hoeft (en zal) veelal in zijn geheel niet onbetrouwbaar te zijn. Een klassiek voorbeeld is de onrechtmatige inbeslagname van verdovende middelen; de begane onrechtmatigheid tast in een dergelijk geval de betrouwbaarheid van het verkregen bewijsmateriaal niet aan. *Grondslag* voor sanctionering moet dan ook primair worden gezocht in andere, rechtsstatelijke argumenten. Cleiren en Mevis benadrukken in dit verband het dubbelzijdige karakter van de onrechtmatigheid, namelijk enerzijds gelegen in de strijd met de eigen rechtsplicht, anderzijds in de inbreuk op een recht van de burger op naleving van regels door de overheid.²² De grondslag voor sanctionering van onrechtmatig overheidsoptreden is daarmee ook tweeledig, namelijk de gedachte dat de overheid niet zou mogen 'profiteren' van haar eigen onrechtmatig gedrag versus het compenseren of opheffen van het ontstane nadeel voor de verdachte.²³ Met sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs wordt tevens een aantal meer concrete *doelen* nagestreefd, zoals de effectieve handhaving van normen en het bevorderen van toekomstig normconform gedrag van de politie. Van sanctionering gaat, zo stelt Jörg terecht, een normerende werking uit.²⁴ Dat geldt in het bijzonder voor de sancties van niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie, waarbij het zeker niet meer

tot een veroordeling zal komen, en bewijsuitsluiting dat bij gebrek aan ander bewijs eveneens aan een veroordeling in de weg kan staan.

3.2. Aard van het oordeel en de diepgang van de toetsing

Een ander onderscheid tussen betrouwbaarheid en rechtmatigheid is gelegen in de aard van het oordeel. De betrouwbaarheid is in de kern – in ieder geval bezien vanuit de cassatierechtspraak – een feitelijk oordeel. Het gaat om de inhoud van een bepaald bewijsmiddel in relatie tot de feiten of de historische werkelijkheid. Weliswaar heeft de rechter bij de beoordeling van het betreffende bewijsmiddel wel een zekere mate van waarderingsvrijheid, maar algemene methodologische regels en de logica wijzen de rechter toch vrij dwingend in een bepaalde richting.²⁵ De rechtmatigheid daarentegen is, mede door de manier waarop het zich in de doctrine heeft gevormd, in de kern een normatief oordeel, dat in cassatie kan worden getoetst. Alleen handelen in strijd met een rechtens erkende regel of norm is onrechtmatig. De constatering dat een wettelijke regel is geschonden, rechtvaardigt nog niet automatisch het stempel onrechtmatig. *Onrechtmatig* betekent niet noodzakelijkerwijs ook *onrechtmatig*. Waar in het ene geval de schending van een regel een onrechtmatigheid oplevert, hoeft schending van dezelfde regel in een ander geval niet onrechtmatig te zijn (denk aan het zonder toestemming binnentreden van politie in het kader van haar hulpverleningstaak). Belangrijk in dit verband is ook het relativiseringsmechanisme van de Schutznorm, als gevolg waarvan onrechtmatig handelen ten opzichte van de één niet onrechtmatig hoeft te zijn ten opzichte van een ander. De Schutznorm maakt een intrinsiek deel uit van het rechtmatigheidsoordeel en met name daar is ook het normatieve karakter in gelegen.²⁶ Gesteld kan worden dat – hoewel de Schutznorm een zekere relativering meebrengt – het oordeel over de rechtmatigheid in vergelijking tot het oordeel over de betrouwbaarheid in belangrijke mate dichtoom is. Het bewijsmateriaal is – ten opzichte van een bepaald persoon – hetzij onrechtmatig, hetzij rechtmatig verkregen. De betrouwbaarheid daarentegen wordt beheerst door een meer graduele waardering; bewijsmateriaal is in meerdere of mindere mate betrouwbaar.

Nog een ander verschil tussen betrouwbaarheid en rechtmatigheid, dat samenhangt met het voorgaande, is de indringendheid van de toetsing. Uit de aard van het betrouwbaarheidsoordeel volgt dat er altijd sprake moet zijn van een meer materiële toets. In elk concreet geval dient bij niet-naleving van een deugdelijkheidsregel gekeken te worden of de betrouwbaarheid ook daadwerkelijk

21. Schalken en Rozemond zijn tegenstanders van de ontkoppeling van (op rechtmatigheid gegronde) bewijsuitsluiting en de betrouwbaarheid van het bewijs. T.M. Schalken & K. Rozemond, a.w., p. 1368.

22. C.P.M. Cleiren & P.A.M. Mevis, 'Het dubbelzijdige karakter van onrechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden', in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Voor risico van de overheid*, Arnhem: Gouda Quint 1996, p. 187-205.

23. De eerste gedachte ligt ten grondslag aan de nog nader te noemen sancties van niet-ontvankelijkheid en bewijsuitsluiting, de tweede aan de sanctie van strafvermindering.

24. N. Jörg, 'De exclusionary rule als drijfveer achter normering van bevoegdheden', *DD* 1989, p. 654-670.

25. In die zin is bij bewijsoordelen geen sprake van een discretionaire bevoegdheid. Met andere woorden, de waarderingsvrijheid van de rechter (of in andere stelsels: de jury) behelst geen keuzevrijheid. J.F. Nijboer, *Forensische Expertise*, Deventer: Kluwer 2006, p. 50.

26. Zo ook A. Heijder, 'De wederrechtelijkheid is betrekkelijk; enkele kanttekeningen bij nietigheden en onrechtmatig verkregen bewijs', in: A.J. Bins & G.E. Mulder, *Beginselen*, Arnhem: Gouda Quint 1981, p. 84-105.

is aangetast. Veel van de deugdelijkheidsregels hebben een waarborgkarakter of de functie om methodologische aspecten te benadrukken. Niet-inachtneming van bepaalde waarborgen of methodologische aspecten kan de betrouwbaarheid hebben beïnvloed, maar dat hoeft niet noodzakelijkerwijs. Het gaat bij de betrouwbaarheid altijd om een inhoudelijke toetsing, terwijl de toets bij de rechtmatigheid – zoals we ook nog zullen zien bij de rechtspraakanalyse – veel formeler van aard is. Bij niet-naleving van behoorlijkheidsregels kan in beginsel worden volstaan met de constatering dat een bepaalde vorm niet in acht is genomen en de toets aan de Schutznorm.

3.3. De aan gebreken te verbinden rechtsgevolgen

Het terzijde leggen van verkregen onderzoeksresultaten als gevolg van onbetrouwbaarheid vloeit logischerwijs voort uit het conceptbewijs en het streven naar waarheidsvinding. Sanctiëring op grond van de rechtmatigheid heeft daarentegen een expliciet wettelijke basis. In art. 359a Sv is opgenomen welke rechtsgevolgen kunnen worden verbonden aan in het voorbereidend onderzoek begane, onherstelbare vormverzuimen. Tot sanctiëring wordt in beginsel slechts overgegaan, indien de rechter van oordeel is dat niet kan worden volstaan met de vaststelling dat een vormverzuim is begaan en dat ‘verdachte door de niet-naleving van het voorschrift is getroffen in het belang dat de overtreden norm beoogt te beschermen’.²⁷ De *Schutznorm* fungeert in de jurisprudentie van de Hoge Raad als het ware als een soort instaptoets of preliminaire beoordeling voor de aan onrechtmatig optreden te verbinden consequenties.²⁸ Indien hieraan is voldaan, heeft de rechter een viertal opties. Naast de wettelijke mogelijkheden van strafvermindering, bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkheid, is het de rechter ook toegestaan om het verzuim te constateren zonder daar een rechtsgevolg aan te verbinden. In de jurisprudentie van de Hoge Raad is keuze voor een bepaald rechtsgevolg nader genormeerd. Zo is bijvoorbeeld niet-ontvankelijkheid gereserveerd voor die gevallen waarin ‘met de opsporing of vervolging belaste ambtenaren ernstig inbreuk hebben gemaakt op beginselen van een behoorlijke procesorde, waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan’ (het zogenaamde Zwolsman-criterium).²⁹

Hoewel de Hoge Raad nadere invulling heeft gegeven aan de aan onrechtmatigheid te verbinden rechtsgevolgen, heeft de feitenrechter hier nog steeds relatief veel vrijheid. Art. 359a Sv houdt immers een discretionaire bevoegdheid in en behelst geen verplichting tot sanctiëring. De rechter kan constateren dat er onrechtmatig is gehandeld zonder daar verdere rechtsgevolgen aan te verbinden. Dit ligt anders bij de betrouwbaarheid. Weliswaar is dit oor-

deel geheel aan de rechter overgelaten en is hij vrij in de waardering van het bewijs, zijn speelruimte is beperkt in die zin dat als de waardering van de betrouwbaarheid negatief uitvalt hij daar consequenties aan moet verbinden. Een negatief oordeel over de betrouwbaarheid leidt binnen het kader van de waarheidsvinding dwingend tot één gevolgtrekking en dat is het betreffende bewijsmiddel (in zijn geheel of op onderdelen) niet gebruiken. Immers, op materiaal dat onbetrouwbaar is, mogen geen conclusies worden gebaseerd en dat materiaal moet om die reden buiten beschouwing worden gelaten.³⁰ Indien de betrouwbaarheid niet door het verzuim is aangetast, dan kan feitelijke uitsluiting en verdere sanctiëring achterwege blijven.

Uitsluiting wegens onbetrouwbaarheid is in ieder geval eerder aan de orde en niet gebonden aan allerlei beperkende voorwaarden. Dat laat onverlet dat het resultaat soms hetzelfde kan zijn. Bij een negatief oordeel over de betrouwbaarheid is de consequentie dat het desbetreffende bewijsmiddel niet mag worden gebruikt, hetgeen feitelijk op bewijsuitsluiting neerkomt. In het kader van art. 359a Sv behoort bewijsuitsluiting ook tot het sanctiërsenaal. In het geval dat ook de onrechtmatigheid tot bewijsuitsluiting leidt, maakt het dus geen verschil welk etiket er op de betreffende gedraging wordt geplakt. Echter, de andere sancties van niet-ontvankelijkheid en strafvermindering liggen bij de betrouwbaarheid toch minder voor de hand. Het compenseren van gebreken in de betrouwbaarheid door middel van strafvermindering strookt – mijns inziens – niet met het streven naar waarheidsvinding. Het ontnemen van het vervolgingsrecht aan het Openbaar Ministerie zal bij betrouwbaarheidskwesties niet snel aan de orde zijn.

3.4. Sanctie versus consequentie

Tot slot nog een woord over de te hanteren terminologie voor wat betreft geconstateerde fouten bij het feitenonderzoek: als het gaat om de processuele verwerking van betrouwbaarheidsgebreken is het naar mijn mening minder correct om te spreken van sanctiëring. Het niet gebruiken van dit bewijs (ook wel: bewijsuitsluiting) is de enige *consequentie* die kan volgen op onbetrouwbaarheid, waarbij het niet ter zake doet of de bij de totstandkoming betrokken opsporingambtenaar al dan niet te goeder trouw heeft gehandeld. De intentie of zorgvuldigheid waarmee de betrokken opsporingsambtenaar heeft gehandeld, is daarentegen wel een factor bij het oordeel over de (on)rechtmatigheid.³¹ Van het predicaat onrechtmatig gaat een punitieve werking uit en de rechtsgevolgen genoemd in art. 359a Sv worden in de literatuur wel geka-

27. HR 30 maart 2004, *NJ* 2004, 376, m.nt. YB.

28. Overigens heeft de Hoge Raad in het *Karman*-arrest (HR 1 juni 1999, *NJ* 1999, 567) en in *post-Karman I* (HR 3 juli 2001, *NJ* 2002, 8) bepaald dat – bij hoge uitzondering – de sanctie van *niet-ontvankelijkheid* ook mogelijk is wanneer belangen van de verdachte niet zijn geschaad. Het gaat daarbij om exceptionele situaties, waarin ‘handelen in strijd [is] met de grondslagen van het strafproces en met name met de verhouding openbaar ministerie en rechter, waardoor het wettelijk systeem in de kern wordt geraakt’ (r.o. 3.6). Zie meer uitvoerig M.C.D. Embregts in: Melai/Groenhuijsen e.a., *Wetboek van Strafvordering*, art. 359a Sv, aant. 9.8.

29. HR 19 december 1995, *NJ* 1996, 249, m.nt. Sch, bestendigd in HR 30 maart 2004, *NJ* 2004, 376, m.nt. YB.

30. Omgekeerd mogen betrouwbare onderzoeksresultaten niet zomaar terzijde worden geschoven.

31. Hoewel van een opzettelijke inbreuk op de rechten van verdachte geen sprake hoeft te zijn.

rakteriseerd als *sanctie*.³² Vandaar dat als het gaat om de processuele verwerking in dit verband pleegt te worden gesproken van sanctionering. Echter, voor de processuele verwerking van de betrouwbaarheid ontbreekt gepaste terminologie. We zijn al snel geneigd om de betrouwbaarheidsproblematiek te duiden in termen van *verzuim*, *sanctionering* en *bewijsuitsluiting*. Dit is een voorbeeld van hoe het juridisch denken en daarmee het begrippenapparaat wordt gedomineerd door het normatieve kader van de rechtmatigheid.

4. De problematiek in de praktijk

In het voorgaande is een aantal analytische onderscheidingen gemaakt tussen betrouwbaarheid en rechtmatigheid, zowel voor wat betreft de aard en grondslag van deze begrippen als ten aanzien van de processuele verwerking van eventuele op dit front bestaande gebreken. In deze paragraaf wordt aan de hand van de lagere rechtspraak met betrekking tot het verhoor gekeken hoe in de rechterlijke praktijk met de concepten betrouwbaarheid en rechtmatigheid wordt omgegaan. De totstandkoming van bewijs in het vooronderzoek is in de juridische theorie traditioneel een ondergeschoven kindje. Veel aandacht gaat uit naar de waardering van onderzoeksresultaten, maar de totstandkoming van het bewijsmateriaal wordt eigenlijk niet tot het juridisch domein gerekend en is in veel gevallen nauwelijks (wettelijk) genormeerd. Voor wat betreft de totstandkoming van verklaringen tijdens het verhoor zijn enkele regels neergelegd in de Aanwijzing opsporing en vervolging inzake seksueel misbruik (hierna: de Zedenaanwijzing).³³ Deze regels zien echter uitsluitend op de verhoren in zedenzaken. Ten aanzien van het verhoor in het algemeen is er met betrekking tot de inhoudelijke gang van zaken alleen de verplichting van de verhoerende rechter of ambtenaar om ervoor zorg te dragen dat verklaringen in vrijheid worden afgelegd (het zogenaamde pressieverbod van art. 29 Sv). Het feit dat zowel vastgelegde deugdelijkheidsregels als het pressieverbod, een regel met duale grondslag, het verhoordomein beheersen, maakt de rechtspraak ten aanzien van de totstandkoming van verklaringen bij uitstek geschikt om de eventuele keuze van de rechter voor een meer formele afdoening langs de weg van de rechtmatigheid nader te analyseren. In het navolgende worden dan ook vooral voorbeelden gegeven van zaken waarin de rechter ervoor kiest om de betrouwbaarheidsproblematiek af te doen via het beoordelingskader van de rechtmatigheid. Een geheel representatieve weergave van de handelwijze in de rechterlijke praktijk betreft het echter niet. Ter illustratie van het feit dat de onderhavige problematiek zich niet alleen voordoet bij de totstandkoming van verklaringen, maar ook bij andersoortig ('fysiek' of tastbaar) bewijs,

zal aan het slot van deze paragraaf kort worden gerefereerd aan de rechtspraak omtrent de onbevoegde ademanalyse.

4.1. Niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in zijn strafvervolgning

Een geval uit 2007 waarin de rechter tot een niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie kwam, betrof een zedenzaak bij de Rechtbank Middelburg aangaande de (vermeende) ontucht van verdachte met diens minderjarige nichtjes.³⁴ De rechtbank oordeelde op basis van haar eigen waarneming van de audiovisuele opnamen van het verhoor dat verbalisanten tijdens het verhoor van een van de getuigen 'waarschijnlijk met de beste bedoelingen – uit bezorgdheid over de gesteldheid van het slachtoffer – hebben gehandeld', maar daarbij onvoldoende neutraal waren geweest. De rechtbank stelde tevens vast dat de verbalisanten onvoldoende zorgvuldig waren geweest bij de schriftelijke weergave van een van de slachtofferverhoren en dat in strijd met de Zedenaanwijzing was verzuimd om de verhoren van verdachte op te nemen op geluidsband. Dit laatste leverde volgens de rechtbank een onherstelbaar vormverzuim op, dat afbreuk deed aan de controleerbaarheid van het onderzoek. De rechtbank concludeerde dat de opsporingsambtenaren hadden gehandeld in strijd met de beginselen zoals neergelegd in de Zedenaanwijzing³⁵ en kwam tot het volgende oordeel.

'Door de genoemde handelingen van de verbalisanten zijn ernstige fouten gemaakt bij de opsporing. De combinatie van deze fouten heeft tot gevolg dat het niet meer mogelijk is om tot een betrouwbare feitelijke grondslag voor een bij de einduitspraak te nemen beslissing te komen; een behoorlijk proces is daardoor uitgesloten. Onder die omstandigheden kan slechts niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie volgen.'

Een vrijwel identieke overweging volgde een jaar later in een zedenzaak met vrijwel uitsluitend minderjarige betrokkenen bij de Rechtbank Leeuwarden, waar het handelen in strijd met de Zedenaanwijzing onder meer bestond uit het achterwege blijven van een informatief voorgesprek en het zoekraken van de geluidsopname.³⁶

In beide uitspraken is het ontbreken van een 'betrouwbare feitelijke grondslag' aanleiding om tot niet-ontvankelijkheid te concluderen. Op het eerste gezicht is niet duidelijk hoe deze uitspraken passen in het bestaande stelsel. Het betreft primair de schending van deugdelijkheidsregels. Van een doelbewuste of grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte wordt in de betreffende vonnissen niet gesproken en ook een verwijzing naar art. 359a Sv blijft achterwege. Het nalaten een geluidsopname

32. Zie ook Schalken en Rozemond die vrijspraak en bewijsuitsluiting op grond van de betrouwbaarheid ook niet willen karakteriseren als *sanctie*, maar zien als voortvloeisel van de rechterlijke overtuigingsregel van art. 338 Sv. T.M. Schalken & K. Rozemond, a.w., p. 1368.

33. Nr. 2005A001, gepubliceerd in *Stcr*. 2005, 17, in werking getreden 15 februari 2005.

34. Rb. Middelburg 2 april 2007, *LJN* BA2579.

35. Elders in het vonnis werd al uitdrukkelijk gerefereerd aan deze beginselen. De rechtbank stelde dat in de Zedenaanwijzing 'met betrekking tot zedenzaken een aantal beginselen van behoorlijke procesorde nader is geconcretiseerd. Genoemde Aanwijzing legt het accent op de deskundigheid en professionaliteit van de personen die met het strafrechtelijk onderzoek in zedenzaken zijn belast en noemt ook criteria als zorgvuldigheid, controleerbaarheid en neutraliteit van zo'n onderzoek'.

36. Tevens bleek niet uit het dossier of de verhoerende ambtenaren wel over de noodzakelijke kwaliteiten beschikten. Rb. Leeuwarden 3 januari 2008, *LJN* BC1128.

te maken wordt echter door de Rechtbank Middelburg wel expliciet als onherstelbaar vormverzuim benoemd. Het lijkt er dan ook op dat niet-ontvankelijkheid moet worden gezien als sanctie in de zin van art. 359a Sv, waartoe besloten is op grond van de beginselen van een behoorlijke procesorde, daarmee het methodologisch principe dat bewijs uitsluitend kan worden gebaseerd op een betrouwbare feitelijke grondslag als een zodanig beginsel duidend. Duidelijk is dat rechtmatigheid en betrouwbaarheid hier door elkaar heen lopen en de motivering in dit opzicht te wensen overlaat. Op de vraag naar de wenselijkheid van het verbinden van de sanctie van niet-ontvankelijkheid aan de (grove) schending van – al dan niet gepositieerde – deugdelijkheidsregels wordt in de volgende paragrafen nader ingegaan. Vanuit bovenstaand denkmodel, waarin afdoening via de betrouwbaarheid en afdoening via de rechtmatigheid worden beschouwd als separate trajecten, ligt de sanctie van niet-ontvankelijkheid in ieder geval niet erg voor de hand.

Anders ligt dit mogelijk indien er twijfel is ontstaan over de integriteit van betrokken opsporingsambtenaren. Zo kwam de Rechtbank Arnhem tot een niet-ontvankelijkheid naar aanleiding van verhoor van de verdachte en de wijze van verslag leggen in het proces-verbaal.³⁷ De officier van justitie had – naar aanleiding van het bekijken van de banden – ter zitting gevorderd dat de videobanden van verhoor woordelijk zouden worden uitgewerkt en daaruit bleek onder meer dat de inhoud van de processen-verbaal niet overeenstemde met de letterlijke weergaven. Zo waren bepaalde voor verdachte ontlastende onderdelen niet opgenomen in het proces-verbaal en had de rechtbank kritiek op het taalgebruik in het proces-verbaal. Het geheel droeg volgens de rechtbank ‘in ieder geval niet het karakter van in vrijheid afgelegde verklaringen’. De rechtbank was dan ook van oordeel dat door de handelwijze van de politie ‘het openbaar ministerie niet alleen niet de kans heeft gekregen tot een zuivere afweging omtrent vervolging te komen, ook de belangen van verdachte zijn op grove wijze veronachtzaamd en is hem te kort gedaan in zijn recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak’. De rechtbank, hier wel uitdrukkelijk refererend aan het Zwolsman-criterium, meende dat in deze zaak een duidelijk signaal diende te worden afgegeven, ‘niet in de laatste plaats ter bewaking van de integriteit van de opsporing in het algemeen’.³⁸

4.2. Bewijsuitsluiting

Naast de niet-ontvankelijkheid komen we ook bewijsuitsluiting tegen als *reactie* op de schending van aan het verhoor gerelateerde deugdelijkheidsregels. Indien de betrouwbaarheid van de verklaring door de schending is aangetast, ligt het bij deze regels voor de hand dat de rechter het verkregen materiaal eenvoudigweg naast zich neerlegt zonder daar de formele sanctie bewijsuitsluiting aan te verbinden. Een dergelijke handelwijze kan worden gevonden in een casus bij de Rechtbank Arnhem. De rechtbank kwam tot een vrijspraak toen – mede naar aanleiding van op niet-professionele wijze gestelde vragen – niet meer objectief viel vast te stellen of het elfjarige slachtoffer tijdens studioverhoor uit eigen wetenschap had verklaard.³⁹ Voorbeelden waarin de rechter de schending van de Zedenaanwijzing aanmerkt als vormverzuim en sanctioneert langs de weg van art. 359a Sv zijn ook te vinden in de rechtspraak. Zo was het Hof Amsterdam van oordeel dat het horen van aangeefster en getuige in elkaars aanwezigheid (in strijd met de Zedenaanwijzing) en het feit dat dit niet uit de processen-verbaal viel af te leiden, een niet-reparabel vormverzuim betrof, waarbij de sanctie van bewijsuitsluiting werd toegepast. Volgens het hof was deze sanctie passend omdat het voor de verschillende procesdeelnemers niet meer mogelijk was om de verklaringen in hun volle omvang op hun betrouwbaarheid te toetsen, waardoor het belang van waarheidsvinding in ernstige mate was geschonden.⁴⁰ Een andere zaak waarin het verzoek om niet-ontvankelijkheid werd afgewezen, maar uitsluiting van diverse bewijsmiddelen leidde tot vrijspraak, speelde bij de Rechtbank Groningen.⁴¹ Het ging onder meer om uitsluiting van de aangifte van het slachtoffer wegens het ontbreken van een (volledige) bandopname en het uitsluiten van de getuigenverklaring van de moeder van het slachtoffer wegens haar aanwezigheid bij het informatieve voorgesprek. De overwegingen van de rechtbank bieden weinig houvast ten aanzien van de grondslag van uitsluiting. Hoewel een expliciete verwijzing naar art. 359a Sv ontbreekt en de zorgvuldigheid en controleerbaarheid van het bewijs centraal staan in de overwegingen van de rechtbank, wekt het vonnis de indruk dat de rechter de geconstateerde onvolkomenheden primair heeft gepercipieerd als onherstelbare vormverzuimen, waarvan de resultaten expliciet dienen te worden uitgesloten.⁴²

Daar de discussie bij verdachtenverhoren veelal gaat over de overtreding van het pressieverbod neergelegd in art. 29 Sv, ligt sanctionering met behulp van art. 359a Sv –

37. Rb. Arnhem 8 augustus 2007, *NJFS* 2007, 246.

38. Uitermate kritisch op de wijze van verbaliseren was ook de Rechtbank Roermond. Hier betrof het weliswaar niet het optekenen van een verklaring, maar het proces-verbaal van verrichtingen. De geconstateerde tegenstrijdigheden waren ook hier aanleiding om de niet-ontvankelijkheid van het OM uit te spreken. Rb. Roermond 6 november 2007, *NBStraf* 2007, 180.

39. Rb. Arnhem 30 november 2007, *NJFS* 2008, 51. Zie ook Hof Leeuwarden 17 november 2005, *LJN* AU6416 en Rb. 's-Gravenhage 11 november 2005, *LJN* AU4099.

40. Hof Amsterdam 30 augustus 2007, *NJFS* 2008, 1.

41. Rb. Groningen 20 maart 2008, *LJN* BC2524, *NJFS* 2008, 107.

42. Zo overwoog de rechtbank ‘dat het niet naleven van deze Aanwijzing niet zonder consequenties kan blijven. Er is immers in de onderhavige zaak niet gehandeld met de in zedenzaken, overeenkomstig de genoemde Aanwijzing, vereiste zorgvuldigheid, terwijl de geconstateerde verzuimen niet meer kunnen worden hersteld. Dit betekent dat na te noemen onderdelen van het dossier als onvoldoende controleerbaar op hun bewijskracht van het bewijs zullen worden uitgesloten’.

naar de aard van de overtreden regel (een Schutznorm) – als gezegd meer in de rede. Het uitoefenen van (te veel) druk is onrechtmatig en kan onder omstandigheden tot bewijsuitsluiting op grond van art. 359a Sv leiden.⁴³ Echter, ook de betrouwbaarheid kan lijden onder de uitoefening van pressie. Een geval waarin weliswaar de mate van druk niet onaanvaardbaar was, maar de verklaring van een zwakbegaafde verdachte toch niet werd gebruikt, betrof een zaak bij de Rechtbank Groningen.⁴⁴ Hier waren de wijze en aard van verhoren in combinatie met de beperkte verstandelijke vermogens van verdachte fataal. De vrijspraak was in deze zaak niet ingegeven door overwegingen van rechtmatigheid, maar door de twijfels over de betrouwbaarheid van de door de verdachte afgelegde verklaringen.

4.3. Strafvermindering

Ook strafvermindering wordt toegepast als het gaat om schending van aan het verhoor gerelateerde regels. Een voorbeeld waarin schending van de Zedenaanwijzing leidde tot strafvermindering, betrof een zaak waarin verdachte op minderjarige leeftijd in groepsverband een vriendje zou hebben verkracht. De schending was daarin gelegen dat niet alle verhoren van medeverdachten op geluidsband waren opgenomen. Tevens stond slechts van één van de rechercheurs vast dat deze een deskundig zedenrechercheur was, die tevens overwegend was belast met zedenzaken zoals bedoeld in de Zedenaanwijzing. Hoewel de rechtbank van oordeel was dat ondanks deze gebreken de verhoren van verdachte en het slachtoffer voldoende betrouwbaar waren om daarop een bewijsbeslissing te baseren, meende zij de geconstateerde schendingen van de Zedenaanwijzing toch in de strafoplegging te moeten verdisconteren.⁴⁵ Het betreft een enigszins merkwaardige constructie. Immers, als de betrouwbaarheid niet is aangetast, ontbreekt een concreet nadeel voor de verdachte en daarmee de noodzaak tot sanctiëring. Dit is een sprekend voorbeeld van hoe beide trajecten door elkaar heen kunnen gaan lopen. Ondanks dat de grondslag van de regels ook voor de rechtbank helder is en zij met geen woord rept over de rechtmatigheid van de bewijsvergaring, grijpt de rechtbank voor de procesuele verwerking van de geconstateerde gebreken (gelegen in niet-naleving van de Zedenaanwijzing) toch naar de afdoeningsmodaliteit van art. 359a Sv.⁴⁶

4.4. Een kort uitstapje naar de ademanalyse

Ook bij de totstandkoming van technisch bewijs doet deze problematiek zich voor en domineert in bepaalde gevallen, waarin de wet voorziet in voorschriften omtrent het verrichten van onderzoek, de meer processuele benadering. Als voorbeeld kan hier worden genoemd de kwestie rondom de onbevoegd verrichte ademanalyses. Naar aanleiding van commotie die was ontstaan nadat onderzoek had uitgewezen dat in strijd met art. 7 Besluit alcoholonderzoeken op grote schaal niet speciaal daartoe aangewezen ambtenaren ademanalyses uitvoerden, rees de vraag welke consequenties moesten worden verbonden aan de niet-naleving van de in het betreffende besluit neergelegde 'strikte' waarborgen. Verschillende gerechtshoven kwamen tot uiteenlopende conclusies.⁴⁷ Hoewel de kwestie aan de orde kwam bij de vraag naar de uitleg van de term 'onderzoek'⁴⁸ als bedoeld in art. 8 lid 2 aanhef onder a WVV, speelden in deze discussie de rechtmatigheid en betrouwbaarheid een centrale rol.⁴⁹ Een drietal hoven benaderde de problematiek vanuit een formeel perspectief. Allereerst concludeerden zij dat met het ontbreken van een specifieke aanwijzing niet aan het formele vereiste van art. 7 Besluit alcoholonderzoeken was voldaan. Vervolgens meenden zij dat met de niet-inachtneming van dit voorschrift er geen sprake meer kon zijn van een onderzoek in de zin van de wet en dus zou moeten worden vrijgesproken van het ten laste gelegde, ondanks dat de opsporingsambtenaren in kwestie wél over de vereiste vaardigheden ten aanzien van de bediening van de apparatuur beschikten. Alleen het Hof Leeuwarden legde een meer materiële toets aan en oordeelde dat het ontbreken van een schriftelijk mandaat niet hoefde mee te brengen dat er geen sprake zou zijn van een onderzoek, nu was gebleken dat de betrokken politieambtenaar over de vereiste opleiding beschikte.⁵⁰ Ook de Hoge Raad die de kwestie uiteindelijk heeft beslecht, hanteert onder uitdrukkelijke verwijzing naar het doel van de geschonden bepaling een meer materiële benadering. Het desbetreffende voorschrift ziet op het waarborgen van de juistheid van het resultaat door een dergelijk onderzoek alleen te laten uitvoeren door ambtenaren die ook daadwerkelijk bekwaam zijn in het bedienen van de ademanalyseapparatuur. Nu de betreffende ambtenaar beschikte over de vereiste kennis en vaardigheden werd het met art. 7 Besluit beoogde doel bereikt en was er volgens de Hoge Raad wel degelijk sprake van

43. Zie bijvoorbeeld Rb. Haarlem 9 november 2007, *LJN* BB7483, waarin de rechtbank de ene bekentenis als onrechtmatig verkregen aanduidde en de andere als onbetrouwbaar en vervolgens beide heeft uitgesloten voor het bewijs, hetgeen uiteindelijk resulteerde in een vrijspraak.

44. Rb. Groningen 2 november 2006, *NJFS* 2007, 8. Zie voor een vergelijkbaar geval Rb. Assen 27 januari 2006, *NJFS* 2006, 87.

45. Rb. Leeuwarden 7 oktober 2008, *LJN* BF7034.

46. Ook hier geldt dat strafvermindering bij schending van het pressieverbod meer voor de hand ligt. Hoewel de verdediging hier wel over had geklaagd, was daar naar het oordeel van de rechtbank geen sprake van. Zie anders Hof 's-Hertogenbosch 14 december 2007, *NJFS* 2008, 39 en Rb. 's-Hertogenbosch 19 maart 2007, *LJN* BA0929. In deze zaak was de handelwijze van verbalisanten tijdens het verhoor niet geoorloofd, hetgeen zowel naar het oordeel van de rechtbank als naar het oordeel van het hof moest leiden tot strafvermindering.

47. Hof Amsterdam 25 mei 2007, *LJN* BA6036, Hof 's-Gravenhage 9 mei 2007, *LJN* BA4753, Hof Arnhem 15 maart 2007, *LJN* BA0443, Hof Leeuwarden 6 maart 2007, *LJN* AZ9995 en *LJN* AZ9990.

48. De technische normen neergelegd in het Besluit alcoholonderzoeken zijn hier verdisconteerd in het delictsbestanddeel 'onderzoek' in de zin van art. 8 lid 2 aanhef onder a WVV.

49. Zie ook J.W. van der Hulst, 'Onbevoegde bediening ademanalyseapparaat', *VR* 2007, p. 97-100.

50. Daarnaast bekeek het hof nog of aan het geconstateerde vormverzuim een van de in art. 359a Sv opgesomde consequenties moest worden verbonden, maar het meende dat dit niet het geval hoeft te zijn nu van enig concreet nadeel voor verdachte niet was gebleken. Deze laatste stap is zoals we in § 5.3 zullen zien bij dit type regels overbodig. Immers, indien de betrouwbaarheid niet is aangetast, zal er van een concreet nadeel voor de verdachte geen sprake zijn, Hof Leeuwarden 6 maart 2007, *LJN* AZ9990. Zie ook Hof Leeuwarden 6 maart 2007, *LJN* AZ9995.

een onderzoek in de zin van de wet.⁵¹ Duidelijk wordt in ieder geval dat de in dit artikel centraal staande problematiek niet is voorbehouden aan de verhoorsituatie en de verhouding rechtmatigheid en betrouwbaarheid ook bij andersoortig bewijs om nadere doordenking vraagt.

5. Zienswijze Hoge Raad inzake 'sanctionering' van ondeugdelijkheden

Als het gaat om de vraag hoe de betrouwbaarheid zich verhoudt tot de rechtmatigheid en welk traject bij samenloop in een concreet geval de voorkeur geniet, biedt de jurisprudentie van de Hoge Raad wel enig houvast. De problematiek met betrekking tot de betrouwbaarheid in relatie tot de rechtmatigheid tekende zich voor het eerst af eind jaren tachtig ten aanzien van de getuigenconfrontatie.⁵² Met het verschijnen van het boek 'Herkennen van Iwan'⁵³, over het aanwijzen van een kampbeul in concentratiekamp Treblinka, kwam de identificatie van daders door waarnemingsgetuigen meer in de belangstelling te staan en werden door de Recherche Advies Commissie (RAC) richtlijnen opgesteld voor het deugdelijk verrichten van getuigenconfrontaties. Al spoedig volgden er zaken waarin ondanks de schending van een of meer van deze regels de resultaten toch werden gebruikt. De Hoge Raad die werd gevraagd zich hierover uit te spreken, zag zich geconfronteerd met de vraag hoe de gevoerde verweren moesten worden gerubriceerd, via de formele invalshoek van de rechtmatigheid of langs de weg van de betrouwbaarheid. Aanvankelijk legde de Hoge Raad een meer formele toets aan en was er in het debat vooral aandacht voor de juridische status van deze regels.⁵⁴ De Hoge Raad oordeelde dat het door het RAC opgestelde rapport geen recht was in de zin van art. 99 Wet RO (art. 79 nieuw).⁵⁵ De in het rapport neergelegde richtlijnen konden daarmee niet als *rechtsregel* worden aangemerkt.⁵⁶ Onder invloed van annotatoren Corstens en Van Veen kwam er meer aandacht voor de betrouwbaarheid van de resultaten⁵⁷ en sinds die tijd worden de betrouwbaarheid en rechtmatigheid steeds meer gezien als aparte categorieën.

5.1. Strekking bepaling primair aanknopingspunt

Een bevestiging voor de zienswijze dat de strekking van de regel bepalend is voor de aan eventuele gebreken te verbinden rechtsgevolgen, kan worden gevonden in de opvatting van de Hoge Raad ten aanzien van de adema-

lyseproblematiek. Hij beziet de niet-naleving in het licht van de juistheid van het resultaat van de ademanalyse (lees: de betrouwbaarheid), daarbij uitdrukkelijk verwijzend naar het doel van het desbetreffende besluit. Uit dit arrest kan worden afgeleid dat *het doel van de geschonden bepaling* (en niet het *rechtskarakter*) in eerste instantie bepalend is voor de aan het verzuim te verbinden consequenties. Bij twijfel over de wijze van reageren of afdoen, dient dus allereerst gekeken te worden naar de achtergrond van de desbetreffende regel. Indien de strekking is het waarborgen van de juistheid of betrouwbaarheid van onderzoeksresultaat en aannemelijk is geworden dat dit doel (in weerwil van de geschonden regel) toch is verwezenlijkt, dan kan 'sanctionering' achterwege blijven. Indien de betrouwbaarheid wel is aangetast dan dienen daar uiteraard consequenties aan te worden verbonden met betrekking tot het gebruik van dit bewijsmiddel. Het probleem ligt – als gezegd – bij bewijs dat zowel op het punt van de betrouwbaarheid als de rechtmatigheid gebreken vertoont. Welk traject verdient dan in een concreet geval voorrang?

5.2. Betrouwbaarheid voor rechtmatigheid?

Over de volgorde van sanctionering heeft de Hoge Raad zich indirect uitgelaten in het standaardarrest uit 2004, waarin de Hoge Raad ordening en verfijning aanbrengt in zijn eerdere rechtspraak over vormverzuimen in het vooronderzoek.⁵⁸ In een terzijdeoverweging wijdt de Hoge Raad in dit leerstellige arrest enkele woorden aan hoe de sanctionering via art. 359a Sv zich verhoudt tot het oordeel over de betrouwbaarheid.

'Terzijde zij opgemerkt dat art. 359a Sv niet van belang is voor vormverzuimen waardoor de betrouwbaarheid van het aldus verkregen onderzoeksmateriaal wezenlijk is beïnvloed. Dan zal het onderzoeksmateriaal immers reeds om die reden door de rechter buiten beschouwing worden gelaten.'

Indien met de schending van een geschreven of ongeschreven processuele regel de betrouwbaarheid van onderzoeksmateriaal *wezenlijk* wordt aangetast, kan sanctionering met behulp van art. 359a Sv achterwege blijven, daar de rechter dit reeds op grond van de betrouwbaarheid buiten beschouwing zal laten. Het lijkt er sterk op dat de Hoge Raad de vraag naar de betrouwbaarheid vooraf laat gaan aan de vraag naar de rechtmatigheid, waarbij voor een sanctie in de zin van art. 359a Sv alleen ruimte is indien

51. HR 2 oktober 2007, NJ 2008, 247, m.nt. YB. Ook A-G Knigge was van oordeel dat ondanks het begane vormverzuim het bestanddeel 'onderzoek' kon worden bewezen verklaard. 'Indien vaststaat dat, ondanks het ontbreken van de waarborg die het naleven van het desbetreffende voorschrift vormt, toch verwezenlijkt is hetgeen dat voorschrift bedoelt te waarborgen, is zo een schending niet prohibitief voor een bewezenverklaring' (overweging 13). Knigge laat ruimte voor het relativiseren van dergelijke voorschriften. Zie voor de bespreking van dit arrest ook R. Takens & G. van Oosten, 'Ruimer baan voor ademproef', *Advocatenblad* 2007, p. 744-748.

52. Zie meer uitvoerig J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, a.w., p. 170-2.

53. W.A. Wagenaar, *Herkennen van Iwan: de identificatie van de dader door ooggetuigen van een misdrijf*, Amsterdam: Swets & Zeitlinger 1989.

54. HR 1 oktober 1991, NJ 1992, 61, m.nt. ThWvV en HR 10 maart 1992, NJ 1992, 792, m.nt. C.

55. HR 29 maart 1994, NJ 1994, 577, m.nt. Sch. Zie ook P-G Rummelink onder HR 1 oktober 1991, NJ 1992, 61.

56. Voor 't Hart was het ontbreken van een concrete wettelijke bepaling destijds geen reden om verweren ten aanzien van de confrontatie niet op te vatten als onrechtmatigheidsverweer. De onrechtmatigheid zocht hij in schending van de ongeschreven beginselen van behoorlijke procesorde. Zie HR 14 maart 1989, NJ 1989, 747, m.nt. 'tH. Overigens is de confrontatie inmiddels neergelegd in art. 61a Sv en de uitvoering daarvan geregeld in het Besluit toepassing maatregelen in het belang van het onderzoek, *Stb.* 2002, 46.

57. HR 10 maart 1992, NJ 1992, 792, m.nt. C en HR 8 juli 1992, NJ 1993, 407, m.nt. ThWvV.

58. HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376, m.nt. YB.

het bewijs niet reeds op grond van de betrouwbaarheid moet worden uitgesloten. Zo uitgelegd is in geval van het samenvallen van onrechtmatigheid en onbetrouwbaarheid, de betrouwbaarheid het prevalerende beoordelingskader. Dit zou aansluiten bij het concept van betrouwbaarheid als meta-principe, dat in feitenonderzoek en bewijs domineert over de juridische aspecten van behoorlijkheid.

Een blik over de grens bij het Amerikaanse rechtssysteem leert dat over de volgorde van sanctionering ook anders kan worden gedacht. De rechtmatigheidsproblematiek wordt daar bestreken door de *exclusionary rule*. Het betreft de vraag naar de toelaatbaarheid van bewijsmateriaal, die voorafgaat aan het oordeel over de bewijzende kracht.⁵⁹ Een volgorde waarin de feitelijke toets van de betrouwbaarheid aan de orde komt voor de normatieve toets van de rechtmatigheid, is dus niet geheel vanzelfsprekend. Het is de vraag of de Hoge Raad zich met bovenstaande passage zo nadrukkelijk over deze kwestie heeft willen uitspreken en het inderdaad heeft bedoeld dat bij schending van regels die zowel de behoorlijkheid als betrouwbaarheid trachten te waarborgen (en de betrouwbaarheid ook daadwerkelijk is aangetast), afdoening via de betrouwbaarheid *als regel* de voorrang verdient. We hoeven maar naar de jurisprudentie omtrent het niet geven van de cautie te kijken om te zien dat de Hoge Raad geen dwingende volgorde aanhoudt. Bij cautieverzuimen wordt de vraag naar de betrouwbaarheid overgeslagen en vrijwel direct tot sanctionering op grond van art. 359a Sv overgegaan, een praktijk die door de Hoge Raad sinds jaar en dag wordt gebillijkt. Dit terwijl ook de inhoud van de verklaring door het verzuim negatief kan zijn beïnvloed. Daarbij biedt het Nederlandse strafprocesrecht de mogelijkheid om een verweer omtrent niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie preliminair te voeren, de rechter komt dan niet aan de inhoudelijke waardering van de verkregen bewijsmiddelen toe. Daar ook in het beslissingsmodel de vraag naar de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie voorafgaat aan de bewijsvraag, zal de rechter zich bij ernstige vormverzuimen eerst over de rechtmatigheid van het onderzoek buigen. Eenmaal aangekomen bij de bewijsvraag en de concrete uit het onderzoek voortvloeiende bewijsmiddelen lijkt een dwingende volgorde te ontbreken. Hoewel ik zelf geneigd ben om de betrouwbaarheid vanuit epistemologisch oogpunt centraal te stellen, moet vanuit praktisch oogpunt worden geconstateerd dat – als het gaat om onmiskenbare normschendingen – het niet altijd zinvol is en soms zelfs riskant om eerst naar de inhoud van het gecompromitteerde bewijsmiddel te gaan kijken.

5.3. Aard van de regel en het te ondervinden nadeel
Voorgaande roept ook de vraag op hoe de Hoge Raad aankijkt tegen de sanctionering van geschonden deugdelijkheidsregels langs de weg van art. 359a Sv. Hoewel in de zienswijze van de Hoge Raad de strekking van de geschonden regel bepalend lijkt voor de wijze van afdoen, wordt toepasselijkheid van art. 359a Sv niet uitgesloten.⁶⁰ Met andere woorden, ook de niet-naleving van regels die in essentie vooral instrumenteel zijn voor de waarheidsvinding kunnen in het perspectief van de Hoge Raad voor afdoening via het kader van de rechtmatigheid in aanmerking komen. Recentelijk nog moest de Hoge Raad zich uitspreken over niet-naleving van de richtlijnen omtrent het verhoor.⁶¹ Het ging hier om het achterwege blijven van een informatief voorgesprek, het ontbreken van de juiste kwalificaties van de verhorend ambtenaar en het ontbreken van de geluidsopnamen van de aangifte van een van de slachtoffers. De Hoge Raad oordeelde dat het op sommige punten niet naleven van de destijds geldende aanwijzingen⁶² niet hoefde te leiden tot een niet-ontvankelijkheid of tot bewijsuitsluiting. Het begane ‘vorm’verzuim was hiervoor klaarblijkelijk niet ernstig genoeg. Ook strafvermindering achtte de Hoge Raad in casu geen aangewezen sanctie. Hoewel de Hoge Raad sanctionering op grond van art. 359a Sv duidelijk mogelijk acht⁶³, ziet hij hier in dit concrete geval geen noodzaak toe. De overweging van de Hoge Raad aangaande de toepasselijkheid van de sanctie van *strafvermindering*, is in dit verband de moeite van nadere reflectie waard. De Hoge Raad overweegt dat

‘het geconstateerde verzuim [dat de aangifte niet meer beluisterd kan worden, de aangifte wellicht partijdig is opgenomen en de neutraliteit en zorgvuldigheid zijn geschonden, MJD], niet in de weg heeft gestaan aan de, ook vanuit verdedigingsoogpunt, vereiste toetsing van de betrouwbaarheid van de resultaten van het opsporingsonderzoek. Onder die omstandigheden kan in het onderhavige geval van een door strafvermindering te compenseren nadeel geen sprake zijn.’⁶⁴

De Hoge Raad is in deze zaak kennelijk van oordeel dat de geconstateerde regelovertreding (de toetsing van) de betrouwbaarheid niet – wezenlijk – heeft beïnvloed en daar ligt precies het probleem met dit type regels in relatie tot art. 359a Sv. Zoals ook A-G Vellinga stelt, kan uit het feit dat het hof de betwiste bewijsmiddelen heeft gebruikt, worden afgeleid dat bedoelde verzuimen de betrouwbaarheid niet hebben aangetast. Nu de betrouwbaarheid intact is gebleven, valt volgens hem ‘niet in te zien welk nadeel verdachte door genoemd verzuim heeft ondervonden’. Hij meent dan ook dat in dit geval ‘voor toepassing van art. 359a Sv en dus voor strafvermindering als sanctie

59. De toepasselijkheid van een *exclusionary rule* is het domein van de rechter, terwijl de feitenvaststelling in het kader van de beoordeling van de betrouwbaarheid van bewijsmateriaal primair een taak is van de jury.

60. HR 26 november 2002, *NJ* 2003, 20. De onvolkomenheden met betrekking tot de monsterneming en het risico van contaminatie van sporen waren in deze zaak niet zodanig dat niet-ontvankelijkheid moest volgen. Zie ook HR 26 oktober 1994, *NJ* 1994, 100 en HR 8 juli 1992, *NJ* 1993, 407.

61. HR 17 april 2007, *NJ* 2007, 253.

62. Aanwijzing bejegening zedenslachtoffers (nr. 1999A020) en de Aanwijzing opsporing en vervolging opsporing seksueel misbruik in afhankelijkheidsrelaties (nr. 1999A025), de beide voorlopers van de thans geldende Zedenaanwijzing.

63. Zie ook overweging 9 van A-G Vellinga bij dit arrest.

64. HR 17 april 2007, *NJ* 2007, 253, r.o. 4.6.

geen plaats is'.⁶⁵ Met andere woorden, sanctionering via art. 359a Sv is in beginsel alleen aan de orde als betrouwbaarheid niet wezenlijk is aangetast, maar met die constatering zal veelal – *als het gaat om schending van deugdelijkheidsregels* – de basis voor sanctionering op grond van art. 359a Sv komen te vervallen. Immers, welk ander belang dan dat van waarheidsvinding kan de verdachte hebben bij naleving van dit type regels? Anders ligt dit uiteraard wanneer de regel niet louter instrumenteel is voor de waarheidsvinding maar mede een (ander) belang van de verdachte dient, zoals het eerdergenoemde pressieverbod. In dat laatste geval kan er ook als de betrouwbaarheid niet is aangetast of de ongeoorloofde druk geen bekenenis heeft opgeleverd, grond zijn voor sanctionering op basis van art. 359a Sv.⁶⁶ Het ondervonden nadeel zou mijns inziens dan echter niet op het terrein van het bewijs of het opsporingsbelang liggen, maar op de gemaakte inbreuk op het *nemo tenetur*-beginsel of de persoonlijke levenssfeer.⁶⁷

Regels van duale grondslag daargelaten is nog steeds niet duidelijk wanneer de schending van deugdelijkheidsregels wel tot sanctionering langs de weg van art. 359a Sv moet leiden. Omdat – indien de betrouwbaarheid niet is aangetast – bij *deugdelijkheidsregels* verdachte in beginsel niet in zijn belangen zal zijn geschaad (en daarmee de eerder bedoelde 'instaptoets' voor art. 359a Sv niet wordt gehaald), zal het hierbij dus moeten gaan om deugdelijkheidsfouten die de betrouwbaarheid wél hebben gecompromitteerd. Immers, alleen dan is er een concreet aanwijsbaar belang voor de verdachte, namelijk dat van waarheidsvinding. Denkbaar is dat er bij de opsporing zo ernstig is geblunderd op technisch-methodologisch vlak en de waarheidsvinding zodanig met voeten is getreden dat daarmee is voldaan aan het Zwolsman-criterium en niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie moet volgen. Echter, de vraag is hoe dit zich verhoudt tot de eerdere overweging van de Hoge Raad in het standaardarrest van 2004, dat art. 359a Sv alleen *van belang* is voor vormverzuimen waardoor het aldus verkregen onderzoeksmateriaal niet wezenlijk is beïnvloed. Ook hier wordt duidelijk dat de verhouding tussen de betrouwbaarheid en de rechtmatigheid zich in de jurisprudentie van de Hoge Raad nog niet helemaal heeft uitgekristalliseerd.

6. Verklaringen voor de afdoening via art. 359a Sv

Uit voorgaande komt duidelijk naar voren dat de handel- en zienswijze van de rechter wordt beïnvloed door het normatieve kader van de rechtmatigheid. Hoewel het toetsen van de betrouwbaarheid een vanzelfsprekend en belangrijk onderdeel is van de rechterlijke taak, wordt –

bij aanwijsbaar geschonden én op enigerlei wijze gepositieerde regelgeving – al snel gedacht in termen van vormverzuim en gekozen voor afdoening via het kader van art. 359a Sv. Naast het feit dat deze keuze en de daaraan ten grondslag liggende redeneerwijze een historische achtergrond hebben (onder meer gelegen in de omgang met formele en substantiële nietigheden, het perspectief op recht in de zin van art. 99 Wet RO (oud) en de totstandkoming van art. 359a Sv), kan hiervoor tevens een aantal andere, actuele verklaringen worden geboden.

6.1. Wens tot sanctionering

Geconstateerd kan worden dat de grondslag voor uitsluiting bij de betrouwbaarheid en rechtmatigheid weliswaar een andere is, maar dat de behoefte om te sanctioneren ook bestaat bij ernstige deugdelijkheidsfouten. De feitenrechter blijkt als de betrouwbaarheid van het vergaarde bewijs ernstig in het geding is, wel voor afdoening via art. 359a Sv te kiezen. Dit is niet alleen het gevolg van het feit dat de vraag naar de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in beslissingsmodel nu eenmaal vóór de bewijsvraag aan de orde komt, maar vloeit ook voort uit de wens om een expliciet signaal af te geven aan politie en justitie.⁶⁸ Als de kwaliteit van de opsporing te miserabel is geweest en de waarheidsvinding als gevolg daarvan te veel is gecompromitteerd, kan dat aanleiding zijn om te kiezen voor een niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in plaats van een (gedeeltelijke) vrijspraak. Het bevorderen van toekomstig zorgvuldig handelen door de politie is een doel dat met afdoening via de betrouwbaarheid minder nadrukkelijk lijkt te worden gediend. Ook is denkbaar dat ondanks ernstig falen van politie er toch voldoende betrouwbaar bewijs overblijft. In dat geval kan dit alleen leiden tot uitsluiting van individuele bewijsmiddelen, zonder dat dit voor verdachte enige consequentie heeft. De keuze van rechters voor een niet-ontvankelijkheid is onder bepaalde omstandigheden dan ook wel begrijpelijk. Niet valt te ontkennen dat er gevallen zijn waarin afdoening via betrouwbaarheid simpelweg tekortschiet. Bijvoorbeeld in een geval waarin de integriteit van de strafvordering ernstig ter discussie is komen te staan, doordat opsporingsambtenaren hebben getracht de resultaten van het onderzoek te beïnvloeden.⁶⁹ Indien (het ernstige vermoeden bestaat dat) de betrokken opsporingsambtenaren *niet te goeder trouw* hebben gehandeld, ligt het voor de hand om het beoordelingskader van art. 359a Sv te laten prevaleren en tot een niet-ontvankelijkheid te concluderen.⁷⁰ Er komt immers een moment dat het niet meer zozeer draait om de strekking van de in concreto geschonden regel(s), maar om fundamentele aan het strafproces ten grondslag liggende beginselen die daarmee zijn aangetast.⁷¹

65. Conclusie bij HR 17 april 2007, *NJ* 2007, 253, overweging 18.

66. Zie ook Schalken onder HR 13 mei 1997, *NJ* 1998, 152.

67. Ervan uitgaande dat hetgeen verdachte heeft moeten doorstaan tijdens het verhoor, een zodanige inbreuk opleverde.

68. Zie duidelijk geëxpliciteerd in Rb. Arnhem 8 augustus 2007, *NJFS* 2007, 246.

69. Zie ook HR 8 juli 1992, *NJ* 1993, 407, r.o. 6.3.1.

70. Indien de opsporingsambtenaren wel met de 'beste bedoelingen' hebben gehandeld, zie ik daar – bij de schending van deugdelijkheidsregels – minder aanleiding toe.

71. Zie ook het criterium in het *post-Karman I*-arrest: 'handelen in strijd met de grondslagen van het strafproces, waardoor het wettelijk systeem in de kern wordt geraakt'. Indien aan dit criterium is voldaan, is – naar het oordeel van de Hoge Raad – de sanctie van niet-ontvankelijkheid mogelijk, zelfs als de belangen van de verdachte *niet* zijn geschaad (HR 3 juli 2001, *NJ* 2002, 8).

6.2. Eenvoud van de formele toetsing

Ook de indringendheid van de toetsing wil voor de feitenrechter nog wel eens aanleiding zijn om betrouwbaarheidsvragen af te doen in termen van rechtmatigheid. Immers, soms kan eenvoudigweg niet meer worden vastgesteld in hoeverre de betrouwbaarheid door niet-inachtneming van een bepaalde regel is aangetast. Neem het verbod op het stellen van suggestieve vragen aan kinderen. Sommige kinderen zullen door suggestie worden beïnvloed en een *pseudoherinnering* ontwikkelen, maar veel anderen niet. Het percentage van kinderen dat wordt beïnvloed, ligt rond de dertig (de overige zeventig procent is daar niet gevoelig voor).⁷² De rechter zal echter niet altijd kunnen uitmaken tot welke categorie het betreffende kind behoort⁷³ en in hoeverre de afgelegde verklaring daadwerkelijk is beïnvloed. Door de niet-naleving van een deugdelijkheidsregel te kwalificeren als vormverzuim kan de betrouwbaarheidsproblematiek worden omzeild en een concrete uitspraak over de betrouwbaarheid achterwege blijven. In uitspraken waarin de rechter voor een dergelijke benadering kiest, lopen de controleerbaarheid en de rechtmatigheid van het bewijs dan ook in het vonnis door elkaar. Ook in het wetenschappelijk debat wordt, als gezegd, de mogelijke onbetrouwbaarheid wel gebruikt als argument voor bewijsuitsluiting op grond van art. 359a Sv.⁷⁴ Met een rigoureuze bewijsuitsluitingsregel worden immers inhoudelijke discussies over de betrouwbaarheid vermeden. Zoals Knigge treffend onder woorden heeft gebracht in zijn conclusie onder het *Ademanalyse*-arrest ‘voorkomt die strikte opstelling dat er in de talloze alcoholverkeerszaken die jaarlijks de revue passeren, telkens moeizame, uiteindelijk eventueel voor de rechter uit te vechten, discussies ontstaan over de betrouwbaarheid van het onderzoek’. Hij ziet hierin echter terecht geen doorslaggevend argument om aan tekortkomingen in het onderzoek – in geval van de ademanalyse gelegen in het ontbreken van de formele aanwijzing – strikte consequenties te verbinden als aan de *strekking* van het geschonden voorschrift niet tekort is gedaan.⁷⁵ Door de strekking van de bepaling centraal te stellen, wordt voorkomen dat bij de schending van deugdelijkheidsregels potentieel bruikbaar en relevant bewijs verloren gaat.⁷⁶

De vraag is vervolgens wel welke consequenties dienen te worden verbonden aan die gevallen waarin de betrouwbaarheid van een individueel bewijsmiddel niet meer kan worden vastgesteld, omdat de (controleerbaarheid van) het bewijs door de niet-inachtneming van methodologische regels te veel is gecompromitteerd. Mag de verklaring

van een kindgetuige, waarvan niet meer kan worden achterhaald in hoeverre deze door de suggestieve vraagstelling is beïnvloed, voor het bewijs worden gebruikt? Indien inhoudelijke steun in andere bewijsmiddelen ontbreekt, zou deze vraag ontkennend moeten worden beantwoord. Het uitgangspunt moet mijns inziens zijn dat bewijs waarover *als gevolg van onjuist toepaste technieken* inhoudelijk twijfel is ontstaan en dat niet rechtstreeks wordt ondersteund door andersoortig bewijs, niet zou mogen worden gebruikt, ook al is de onbetrouwbaarheid daarvan als zodanig niet onomstotelijk komen vast te staan.⁷⁷

6.3. Dominantie regelgericht denken

Dat de feitenrechter zich niet altijd goed raad weet met de processuele verwerking van schending van deugdelijkheidsregels, valt ook te verklaren in het perspectief dat wij juristen geneigd zijn te denken in een formeel systeem van procedureregels, waarbij veel waarde wordt gehecht aan het juridisch kader en het *rechts* karakter van de regel. Tegen deze zienswijze, waarin de ‘vormverzuimen’ en het normatieve kader van rechtmatigheid domineren, kan – naast de hierboven genoemde verschillen aangaande de toetsing en processuele verwerking – nog een tweetal andere argumenten worden aangedragen. Allereerst, het recht is niet ‘oppermachtig’ met betrekking tot kwesties van feitenonderzoek en bewijs.⁷⁸ Het strafprocesrecht kent weliswaar een eigen normering en legt beperkingen op aan het proces van waarheidsvinding, maar het strafproces zelf verschilt – als het gaat om de totstandkoming van bewijsmateriaal – niet wezenlijk van andere disciplines en menselijke activiteiten gericht op kennisverwerving. Het is onderworpen aan dezelfde principes, die maar ten dele zijn neergelegd in het recht. Dat brengt mij bij het tweede, meer praktische argument, namelijk dat het soms tamelijk willekeurig is of een regel al dan niet expliciet in (lagere) regelgeving is neergelegd. Methodologische regels kunnen voor een specifieke categorie delicten zijn vastgelegd, zoals voor verhoren in zedenzaken, terwijl die regels of onderliggende principes evenzogoed gelden voor andere delicten. De regel dat aangever en getuigen niet tezamen dienen te worden gehoord, is niet alleen van toepassing op verhoren in zedenzaken, maar op alle verhoorsituaties. Wanneer niet de *strekking*, maar het *rechts* karakter van de regel centraal zou worden gesteld, zou de schending in het ene geval wel en in het andere geval in beginsel niet een ‘vormverzuim’ kunnen opleveren. Voor de inhoudelijke betrouwbaarheid die met de desbetreffende regel of het desbetreffende principe wordt gewaarborgd of bevorderd, is het al dan niet ‘geco-

72. I. Candel & H. Otgaar, ‘De (on)mogelijkheden van de getuige-deskundige in zedenzaken’, *Expertise en Recht* 2008, p. 83.

73. Omdat er bijvoorbeeld onvoldoende ander bewijs is om de verklaring aan te toetsen.

74. Zo stelt Kaptein dat ‘bewijsuitsluiting allerlei (onoplosbare) moeilijkheden [voorkomt] met vage grenzen tussen onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal enerzijds en onbetrouwbaar bewijsmateriaal anderzijds’. H.J.R. Kaptein, ‘Over de zin van onrechtmatig verkregen bewijs’, in: H.J.R. Kaptein (red.), *Onrechtmatig verkregen bewijs*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2000, p. 32.

75. Conclusie bij HR 2 oktober 2007, *NJ* 2008, 247, overweging 19.

76. Zie over risico’s van rigide bewijsuitsluiting L. Laudan, a.w., p. 136.

77. Neem als voorbeeld de zaken met betrekking tot de in de periode 1997-2006 door de geurhondendienst van Noord- en Oost-Gelderland regelmatig niet blind uitgevoerde geursorteerproeven. Het ging hier om zaken waarin de hondengeleiders in veel gevallen – in strijd met het geldende protocol – op de hoogte waren van de sorteervolgorde van de geurbuisjes. Ook in die gevallen waarin niet meer met zekerheid viel vast te stellen of de geursorteerproef blind was uitgevoerd, besloten rechters de geurproef wegens gevaar van onbetrouwbaarheid niet voor het bewijs te bezigen. Zie Hof Arnhem 13 december 2006, *LJN* AZ4425 en AZ4429, Hof Den Bosch 8 augustus 2007, *LJN* BB2810.

78. J.F. Nijboer, *Het gekooide denken* (oratie), Leiden 2002.

dificeerd' zijn van de regel echter helemaal niet relevant. Mede om die reden valt een principiële benadering, waarbij de sanctie wordt gekoppeld aan de strekking van de geschonden bepaling, te prefereren. Daarmee wordt tevens voorkomen dat methodologische fouten worden herleid tot niet-bestaande vormvoorschriften, louter om deze 'verzuimen' in het beoordelingskader van art. 359a Sv te kunnen passen. Wel moet worden opgemerkt dat vanuit cassatieperspectief het eenvoudiger is om een oordeel te geven over het verzuim van vormen, dan over de (on)betrouwbaarheid.

Voor het activeren van de motiveringsplicht is het in ieder geval niet meer noodzakelijk om het verweer in termen van rechtmatigheid te formuleren. Sinds de invoering van art. 359 lid 2 Sv dient de rechter ook te responderen indien een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt is ingenomen ten aanzien van de betrouwbaarheid van een bepaald bewijsmiddel. Indien de verdediging zich beroept op de schending van regels die zien op de deugdelijke totstandkoming van bewijsmateriaal, moet de feitenrechter aangeven waarom hij meent dat ondanks schending van deze regels het resultaat toch betrouwbaar is. Voor de inwerkingtreding van art. 359 lid 2 Sv gold de responsieplicht uitsluitend voor rechtmatigheidsverweren en specifieke betrouwbaarheidsverweren.⁷⁹

7. Conclusies

Op verschillende niveaus kunnen conclusies worden getrokken. Op het *niveau van de feitenrechtspraak* kan worden vastgesteld dat er veel bereidheid is onder rechters om consequenties te verbinden aan regels die zien op de deugdelijke totstandkoming van bewijsmateriaal, maar dat men in de praktijk worstelt met de wijze van sanctiëring. Van de eenvoud van een meer formele toetsing lijkt een voor rechters en advocaten grote aantrekkingskracht uit te gaan. De keuze voor de rechtmatigheid blijkt – in gevallen waarin afdoening via de betrouwbaarheid meer voor de hand had gelegen – dan ook veelal een pragmatische, mede gevoed door de wens om een signaal af te geven aan de politie in geval van (ernstige) methodologische missers. De vermenging van (on)betrouwbaarheid en (on)rechtmatigheid is echter niet geheel onprobleematisch. Enerzijds bestaat het risico dat relevant en betrouwbaar bewijs niet wordt gebruikt wegens een gepercipieerd formeel gebrek (zoals bij de onbevoegd verrichte ademanalyse het geval was) of dat tot sanctiëring met behulp van art. 359a Sv wordt overgegaan zonder dat daar – in een perspectief van behoorlijkheid en rechtsstatelijkheid – een noodzaak toe bestaat. Anderzijds is er een gevaar dat betrouwbaarheidsgebreken worden 'gecompenseerd' door afdoening langs de weg van de rechtmatigheid.⁸⁰ De strafrechtspraktijk zou er mijns inziens bij gebaat zijn als de rechter de strekking van de geschonden regel nadrukkelijker centraal zou stellen en zich voor wat betreft de processuele verwerking van geschonden deugdelijkheidsregels zou oriënteren op het kader van betrouwbaarheid.

Dat dit kader zich in relatie tot het kader van art. 359a Sv nog niet geheel heeft uitgekristalliseerd, wordt duidelijk op het *niveau van de cassatierechtspraak*. De rechtspraak van de Hoge Raad verschaft in de keuze voor beide 'afdoeningsmodaliteiten' wel enkele aanknopingspunten, maar is daarin niet geheel concludent. Weliswaar geldt de aard of het doel van de geschonden bepaling als het primaire aanknopingspunt en lijkt de Hoge Raad zich te hebben uitgesproken over de volgorde van 'sanctionering' (betrouwbaarheid voor rechtmatigheid), deze lijn wordt echter niet consequent doorgetrokken, daar voor sanctionering langs de weg van art. 359a Sv ook ruimte lijkt te zijn in gevallen waarin de betrouwbaarheid door de normschending wel wezenlijk is beïnvloed. Op basis van het voorafgaande meen ik dat het in de rede zou liggen om de afdoening met behulp van de rechtmatigheid te reserveren voor die regels die de strekking hebben de behoorlijkheid van de procedure te waarborgen. Bij de schending van regels van methodologische aard kan sanctiëring op grond van art. 359a Sv dan achterwege blijven en volstaat afdoening via de betrouwbaarheid. Mogelijk met uitzondering van die gevallen waarin moet worden geabstraheerd van de in concreto geschonden regel(s), omdat de schending zodanig is dat daarmee óók de algemene beginselen van behoorlijke procesorde zijn geschonden, bijvoorbeeld in geval van een opeenstapeling van fouten. Het voorbehouden van sanctiëring met behulp van art. 359a Sv aan de overtreding van behoorlijkheidsregels beantwoordt niet alleen aan de rechtsstatelijke doelstelling van dit artikel, maar zou ook een drempel opwerpen voor de toepassing daarvan in een praktijk waarin het voeren van rechtmatigheidsverweren een hoge vlucht heeft genomen.

Op het *niveau van de theorie* moet de gevolgtrekking zijn dat er een noodzaak bestaat tot een meer fundamentele overdenking van de betrouwbaarheidsproblematiek en hoe dit in het recht zijn beslag krijgt. Zo blijft de vraag welk beoordelingskader moet prevaleren, indien de geschonden regel zowel ziet op de behoorlijkheid als op de betrouwbaarheid en het uit de schending voortvloeiend bewijs op beide fronten gebreken vertoont, vooralsnog onbeantwoord. Het bestaande normatieve kader is erg eenzijdig gericht op de rechtmatigheid en de eventuele rechtsstatelijke gebreken die kleven aan de bewijsvergaring. In het juridisch debat en de theorievorming daaromtrent wordt de epistemologische kern van het feitenonderzoek en bewijs in strafzaken vaak over het hoofd gezien, terwijl het in het overgrote deel van de te bediscussieren problemen nu precies daarover gaat.

79. Het ging hierbij om de geadstrueerde betwisting van deskundigenrapporten en verweren ten aanzien van anonieme getuigen.

80. Waarbij – zoals eerder aangegeven – vooral toekenning van strafvermindering op wezenlijke bezwaren stuit.