



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

**Normering en toezicht in de opsporing: Een onderzoek naar de normering van het strafvorderlijk optreden van opsporingsambtenaren in het voorbereidend onderzoek en het toezicht op de naleving van deze normen**

Samadi, M.

**Citation**

Samadi, M. (2020, June 4). *Normering en toezicht in de opsporing: Een onderzoek naar de normering van het strafvorderlijk optreden van opsporingsambtenaren in het voorbereidend onderzoek en het toezicht op de naleving van deze normen*. Meijers-reeks. Boomjuridisch, Den Haag. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/138388>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/138388>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/138388> holds various files of this Leiden University dissertation.

**Author:** Samadi, M.

**Title:** Normering en toezicht in de opsporing: Een onderzoek naar de normering van het strafvorderlijk optreden van opsporingsambtenaren in het voorbereidend onderzoek en het toezicht op de naleving van deze normen

**Issue Date:** 2020-06-04

## 6 | Kader voor het (rechterlijk) toezicht

### 6.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk worden de kaders van het rechterlijk toezicht zoals uiteengezet in de jurisprudentie van de Hoge Raad besproken. Voor een beter begrip van dit jurisprudentiële toetsingskader is reeds in het vorige hoofdstuk de totstandkoming en historische ontwikkeling van het rechterlijk toezicht besproken. Hoewel deze rechterlijke controle op het handelen van opsporingsambtenaren in het vooronderzoek niet altijd expliciet afgeleid kon worden uit de Nederlandse strafvorderlijke wet, en deze vooral vorm heeft gekregen in de jurisprudentie van de Hoge Raad, is er in het huidige Wetboek van Strafvordering – in de vorm van artikel 359a Sv – inmiddels een expliciete grondslag voor de controle van het vooronderzoek door de zittingsrechter te vinden. Deze bepaling geeft de rechter veel vrijheid in de beoordeling van de rechtmatigheid van het vooronderzoek en de sanctionering van geconstateerd onrechtmatig handelen, maar zoals in het hiernavolgende duidelijk zal worden is deze beoordelingsruimte in grote mate nader ingekleurd door de jurisprudentie van de Hoge Raad. Met dit toetsingskader geeft de Hoge Raad richting aan de wijze waarop de (feiten)rechter invulling dient te geven aan zijn toezichthoudende taak, bepaalt de grenzen en reikwijdte van deze taak en laat zien wat de focus is van de uitoefening van rechterlijk toezicht op het handelen van opsporingsambtenaren.

Over de precieze invulling van artikel 359a Sv is in de literatuur al het nodige geschreven. In dit hoofdstuk wordt daarom het algemene kader van deze bepaling, zoals uiteengezet door de Hoge Raad, op hoofdlijnen geschetst. Hierbij zal in het bijzonder aandacht worden besteed aan die aspecten van het kader die de meeste vragen hebben opgeworpen in de jurisprudentie dan wel in de literatuur.<sup>1</sup> Vervolgens zal in het volgende hoofdstuk op basis van de in dit hoofdstuk geschetste hoofdlijnen worden bekeken hoe de feitenrechter het door de Hoge Raad ontwikkelde kader toepast en hoe hij in algemene zin

---

1 Hoewel een aantal van deze bezwaren reeds onderwerp van discussie zijn in de huidige moderniseringsoperatie van het Wetboek van Strafvordering, zullen deze moderniseringsplannen hier niet worden besproken. In de eerste plaats omdat het dit hoofdstuk te doen is om de vraag hoe het *huidige* toezichtskader van de rechter eruitziet en in de tweede plaats omdat er nog veel onduidelijkheid bestaat over hoe deze (nieuwe) bepaling uiteindelijk vormgegeven zal worden.

controle uitoefent op de naleving van strafprocessuele normen door opsporingsambtenaren in het vooronderzoek.

## 6.2 TOEPASSING VAN ARTIKEL 359A SV. DOOR DE HOGE RAAD

De invoering van artikel 359a Sv is in feite de codificatie van het in de jurisprudentie ontwikkelde beoordelingskader voor vormverzuimen.<sup>2</sup> Op advies van de Commissie-Moons besloot de wetgever de rechter een ruime beoordelingsvrijheid te geven om te beslissen over individuele vormverzuimen. De commissie achtte de tijd namelijk niet rijp voor 'een verdergaande codificatie van dit leerstuk', maar gaf de voorkeur aan een bepaling die de rechter de vrijheid geeft acht te slaan op de relevante belangen die op het spel staan.<sup>3</sup> Deze expliciete beoordelingsvrijheid die de wetgever de rechter heeft gelaten is niet unaniem omarmd in de literatuur. Zo was Mevis het fundamenteel oneens over deze taakverdeling omdat de wetgever met deze bepaling 'het heft uit handen geeft'. Het rechtsgevolg van de schending van een regel zou zijns inziens door de (formele) wetgever moeten worden vastgelegd vanuit zijn taak als eerste aangewezen hoeder van de rechtsstaat.<sup>4</sup> Ook vanuit een meer praktisch oogpunt waren er bezwaren tegen deze wet omdat gevreesd werd dat een dergelijke ruime bepaling het risico met zich brengt dat verschillende rechtbanken op uiteenlopende wijze zullen oordelen over (gelijksoortige) onregelmatigheden in het vooronderzoek en daarmee zou leiden tot rechtsonzekerheid.<sup>5</sup>

Om dit laatste bezwaar zoveel mogelijk weg te nemen heeft de Hoge Raad gebruik gemaakt van zijn rechtsvormende taak in dezen en een duidelijk kader ontwikkeld voor de toepassing van dit artikel. Ondanks de expliciete beoordelingsvrijheid die de wetgever de individuele rechter liet ter beoordeling van vormverzuimen en de daaraan te verbinden gevolgen, heeft de Hoge Raad van meet af aan geen uitvoerige controle van het opsporingsoptreden in het vooronderzoek en het verbinden van consequenties aan onrechtmatigheden hierin voorgestaan.<sup>6</sup> Al vlak voor de inwerkingtreding van artikel 359a Sv zette de Hoge Raad in het Zwolsman-arrest de criteria voor sanctionering van vormverzuimen uiteen en liet hiermee blijken dat de rechter terughoudend moet optreden bij het verbinden van rechtgevolgen aan onrechtmatigheden in het vooronderzoek.<sup>7</sup>

Hoewel artikel 359a Sv aldus in beginsel voldoende ruimte biedt voor de rechterlijke controle op de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek, leek

---

2 Zie over het kader voor art. 359a Sv, Mevis 1995.

3 Corstens 1993, p. 55; de minister gaat mee in dit advies *Kamerstukken II* 1993-94, 23075, 3, p. 25.

4 Mevis 1995, p. 259 e.v.

5 Fokkens 1993, p. 904-915.

6 Zie voor kritiek hieromtrent Pitcher 2016, p. 174-175; Brinkhoff 2016.

7 HR 19 december 1995, NJ 1996/249, m.nt. Schalken.

de rechtspraak steeds minder te voelen voor een uitgebreide uitoefening van deze controlerende taak.<sup>8</sup> In het Afvoerpijparrest uit 2004 wees de Hoge Raad voor het eerst een overzichtsarrest inzake dit artikel waarin hij de kaders voor de toepassing van deze bepaling uiteenzette en de toepassing van het artikel in aanzienlijke mate beperkte.<sup>9</sup> Sindsdien is deze restrictieve lijn door de Hoge Raad voortgezet waardoor thans de jurisprudentie nog maar weinig ruimte biedt voor de sanctionering van vormverzuimen. In deze paragraaf zal het toetsingskader van artikel 359a Sv worden besproken. Hierbij wordt aandacht besteed aan de memorie van toelichting bij dit artikel en de uitleg die de Hoge Raad aan dit artikel heeft gegeven. Omdat het rechterlijk beoordelingskader van artikel 359a Sv reeds uitvoerig aan de orde is gekomen in de literatuur zal de beschrijving van de verschillende door de Hoge Raad gebezigde factoren voor de toepassing van artikel 359a Sv summier zijn en enkel op hoofdlijnen worden besproken. Het doel van deze bespreking is immers niet om een uitvoerige uiteenzetting te geven van het kader van 359a Sv, maar slechts om de pijnpunten binnen dat kader bloot te leggen zodat in het volgende hoofdstuk de aandacht kan worden gericht op de wijze waarop de feitenrechtspraak omgaat met deze pijnpunten.

#### 6.2.1 Reikwijdte van artikel 359a Sv

Het in 1995 ingevoerde artikel 359a Sv geeft de rechter zoals gezegd een ruime beoordelingsvrijheid bij de controle van het vooronderzoek en een ruime discretionaire bevoegdheid met betrekking tot het verbinden van rechtsgevolgen aan eventuele onrechtmatigheden begaan in dat vooronderzoek. De bepaling stelt dat de rechtbank bij gebleken vormverzuimen in het vooronderzoek die niet hersteld kunnen worden en waarvan de rechtsgevolgen niet uit de wet blijken, kan bepalen dat zij geredresseerd worden met strafvermindering, bewijsuitsluiting of niet-ontvankelijkheid. Bij de afweging welke van deze sancties het meest passende antwoord biedt voor de normoverschrijding dient te rechter zich te laten leiden door de volgende in de wet opgenomen factoren: het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt.

Deze beoordelingsvrijheid roept ook veel vragen op over de (juiste) toepassing van de bepaling. In zijn jurisprudentie heeft de Hoge Raad op veel punten een nadere aanscherping aangebracht wat betreft de reikwijdte van de bepaling en de daarin opgenomen sancties. In de volgende paragraaf worden deze jurisprudentiële voorschriften van artikel 359a Sv en hun praktische implicaties besproken.

---

<sup>8</sup> Zie ook Buruma 2003, p. 81.

<sup>9</sup> NJ 2004/376, m.nt. Buruma.

### 6.2.1.1 Voorbereidend onderzoek

Aanvankelijk hield het voorstel van de Commissie-Moons in dat zowel vormfouten begaan tijdens het vooronderzoek als het onderzoek ter terechtzitting onder het bereik van artikel 359a Sv zouden vallen.<sup>10</sup> Het door de Commissie-Moons voorgestelde artikel 359a Sv luidde als volgt: 'De rechtbank kan, indien blijkt dat bij het voorbereidend onderzoek of bij het onderzoek ter terechtzitting vormen zijn verzuimd...'<sup>11</sup> De wetgever koos er echter voor om op dit punt af te wijken van het voorstel van de Commissie-Moons, en enkel vormverzuimen begaan tijdens het voorbereidend onderzoek onder het bereik van artikel 359a Sv te laten vallen.<sup>12</sup> Deze beperking zou volgens de wetgever beter aansluiten 'bij de bestaande systematiek waarin de beoordeling van vormverzuimen ter zitting met uitsluiting van anderen is voorbehouden aan de appel- en cassatierechter, terwijl verzuimen begaan in het voorbereidend onderzoek ook door de rechter in eerste aanleg kunnen worden beoordeeld'.<sup>13</sup> Indien tijdens het onderzoek ter terechtzitting belangrijke voorschriften niet worden nageleefd, vloeit daar immers nietigheid van het onderzoek uit voort en krijgt de verdachte een nieuwe behandeling van zijn zaak. Bovendien merkte de wetgever op dat ook geen behoefte is aan de mogelijkheid voor de zittingsrechter om zijn eigen handelen door middel van de in artikel 359a Sv genoemde rechtsgevolgen te sanctioneren. Immers, 'indien hij [de zittingsrechter] een verzuim begaat, en hij zich dit realiseert, bijvoorbeeld indien hij vergeet een getuige te beëdiggen, dan zal hij dit verzuim herstellen'.<sup>14</sup>

Ondanks deze wettelijke beperking in de werkingssfeer van artikel 359a Sv heeft de wetgever er uitdrukkelijk blijk van gegeven de rechter een ruime beoordelingsvrijheid te willen toekennen bij de beslissen over de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek en de gepaste sanctie die daarop zou moeten volgen. Deze werkingssfeer is door de Hoge Raad evenwel op verschillende punten ingeperkt en aangescherpt. In het standaardarrest uit 2004 oordeelde de Hoge Raad dat artikel 359a Sv, ingevolge de wetsgeschiedenis, slechts van toepassing is op vormverzuimen begaan tijdens het voorbereidend

---

10 Min of meer gelijktijdig met de invoering van de Wet Vormverzuimen werd ook het nieuwe Antilliaanse Wetboek van Strafvordering herzien, waar eveneens een regeling aangaande de rechterlijke reactie op vormverzuimen werd gecodificeerd (Wet van 1 oktober 1997, weliswaar ingevoerd na de inwerkingtreding van 359a Sv in 1996, maar reeds in 1987 terug te vinden in het regeringsontwerp van het Wetboek van Strafvordering). De Antilliaanse variant van art. 359a Sv (art. 413 ASv) beperkt zich niet enkel tot vormverzuimen begaan tijdens het vooronderzoek, maar omvat ook het onderzoek ter terechtzitting. Zie hierover onder meer de noot van Reijntjes onder NJ 2012/438.

11 Corstens 1993, p. 52.

12 Hoewel in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering en aanpassing van art. 359a Sv de wetgever terug lijkt te komen van dit standpunt, zie Memorie van Toelichting Vaststellingswet Boek 4 van het Wetboek van Strafvordering,, p. 88-89.

13 *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, 3, p. 24.

14 *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, 3, p. 24.

onderzoek. Voor de definitie van voorbereidend onderzoek haakt de Hoge Raad aan bij artikel 132 Sv, namelijk het onderzoek dat voorafgaat aan het onderzoek ter terechtzitting. Daar voegt de Hoge Raad echter wel een nadere beperking aan toe:

“Het voorbereidend onderzoek” uit art. 359a Sv heeft uitsluitend betrekking op het voorbereidend onderzoek tegen de verdachte ter zake het aan hem tenlastegelegde feit waarover de rechter die in art. 359a Sv wordt bedoeld, heeft te oordelen. Art. 359a Sv is dus niet van toepassing indien het verzuim is begaan buiten het verband van dit voorbereidend onderzoek. Dat doet zich onder meer voor als het vormverzuim is begaan in het voorbereidend onderzoek inzake een ander dan het aan de verdachte tenlastegelegde feit.<sup>15</sup>

De zittingsrechter kan aldus pas overgaan tot sanctionering van een vormverzuim indien dat vormverzuim is begaan tijdens het opsporingsonderzoek ter zake van het aan de verdachte ten laste gelegde feit. Indien een vormverzuim is begaan tijdens het voorbereidend onderzoek naar een ander strafbaar feit – dat zelfs tegelijk ten laste is gelegd – of tegen een andere persoon dan de verdachte zal dit niet kunnen leiden tot een rechtsgevolg onder artikel 359a Sv.<sup>16</sup> Ter illustratie kan worden gewezen op een arrest uit 2005. De onrechtmatigheid waarover ter zitting werd geklaagd bestond eruit dat politiefunctionarissen onrechtmatig de woning van een derde waren binnengekomen ter executie van een tegen de verdachte gewezen vonnis, waarop de verdachte de functionarissen had beledigd en bedreigd. De Hoge Raad overwoog dat dit vormverzuim – de onrechtmatig binnentreding – niet onder artikel 359a Sv beoordeeld kan worden aangezien het niet was begaan tijdens het vooronderzoek ter zake van het aan de verdachte ten laste gelegde feit.<sup>17</sup> Deze beperking van de werkingssfeer van artikel 359a Sv – die reeds voor het standaardarrest uit 2004 vaste jurisprudentie was – wordt door Buruma de *salaminorm* genoemd: ‘De bezwaren tegen het overheidsoptreden in geval van toepassing van de salaminorm [worden] geacht niet in de desbetreffende procedure aan de orde te hoeven komen. Het betwiste optreden wordt als het ware afgesneden van de procedure in het kader waarvan de verdachte terecht staat.’<sup>18</sup>

15 NJ 2004/376, m.nt. Buruma.

16 Zie bijv. HR 31 mei 2011, NJ 2011/412, m.nt. Schalken; HR 11 september 2001, m.nt. Buruma; HR 13 februari 2001, NJ 2001/365; HR 3 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1063.

17 In 2001 en 2002 had de Hoge Raad al geoordeeld dat voor de niet-ontvankelijkheid slechts ruimte was indien het vormverzuim was begaan ten tijde van het voorbereidend onderzoek naar het aan de verdachte ten laste gelegde feit: HR 13 februari 2001, NJ 2001/365, m.nt. Buruma en HR 2 juli 2002, NJ 2003/2, m.nt. Knigge; HR 29 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3297, NJ 2006/193, m.nt. Buruma; HR 8 juli 2008, NJ 2009/440, m.nt. Buruma; zie uitgebreid Kuiper 2014, p. 225-228.

18 Noot Buruma o. NJ 2009/440, o. 2.

Met deze inperking beoogt de Hoge Raad de rechterlijke controle op het vooronderzoek te beperken tot dat handelen van opsporingsambtenaren dat rechtstreeks verband houdt met de ten laste gelegde feiten waarover de rechter in die zaak een beslissing dient te nemen. Op zichzelf is deze gedachte begrijpelijk, maar in de praktijk kan zij leiden tot onduidelijke gevallen.<sup>19</sup> Een illustratie hiervan vormt het arrest van de Hoge Raad aangaande een beroep op de niet-ontvankelijkheid van het OM in verband met de buitensporige geweldstoepassing bij de aanhouding van de verdachte. Aan de verdachte werd in eerste aanleg verboden wapenbezit en bedreiging van een opsporingsambtenaar met een misdrijf tegen het leven ten laste gelegd. Het door de politie toegepaste geweld bij de aanhouding van de verdachte was gerelateerd aan het verboden wapenbezit, waarvoor in eerste aanleg al een vrijspraak had gevolgd. In hoger beroep stond aldus slechts de bedreiging van de opsporingsambtenaar ter discussie. In zijn conclusie onder het arrest staat A-G Bleichrodt stil bij de vraag of dit vormverzuim wel begaan is in het kader van het voorbereidend onderzoek ter zake van het ten laste gelegde feit – zijnde de bedreiging van de opsporingsambtenaren. Hij overweegt hiertoe als volgt:

‘Tegen de toepassing van dit rechtsgevolg zou kunnen worden aangevoerd dat de aanhouding plaatsvond in verband met het onder 2 ten laste gelegde wapenbezit en dus niet in het kader van het voorbereidend onderzoek naar de ten laste gelegde bedreiging waarover het hof had te oordelen. Aldus zou gesteld kunnen worden dat het verzuim zich heeft voorgedaan in het voorbereidend onderzoek naar een ander feit dan het feit waarvoor de verdachte in hoger beroep terecht stond en dat daarop het beroep op art. 359a Sv afketst. In de onderhavige zaak doet zich echter de bijzondere omstandigheid voor dat het hof heeft aangenomen dat sprake is van een rechtstreeks verband tussen de ten laste gelegde bedreiging en het voorbereidend onderzoek waarin de onrechtmatige aanhouding heeft plaatsgevonden.

(...)

het hof [heeft] vastgesteld dat hetgeen de verdachte in deze zaak verweten wordt, te weten de bedreiging van een verbalisant, een direct gevolg is geweest van de manier waarop de verdachte door de politie is aangehouden. Het hof heeft zelfs aangenomen dat het door de politie toegepaste buitensporige geweld en het daardoor ontstane letsel bij de verdachte een dusdanige psychische toestand teweeg heeft gebracht dat hij daarna, ten tijde van de geuite bedreigingen, onderhevig is geweest aan een drang waaraan hij redelijkerwijs geen weerstand kon bieden. In het licht van deze vaststellingen is het oordeel van het hof dat niet aannemelijk is geworden dat (doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte) aan het recht op een eerlijke behandeling van de zaak tekort is gedaan niet zonder meer begrijpelijk. Uit de rechtspraak van het Straatsburgse Hof volgt dat de vervolging wegens een strafbaar feit dat op instigatie van de politie heeft

---

19 Zie voor nadere kritiek: Buruma onder NJ 2002/218.

plaatsgevonden in het licht van het recht op een eerlijk proces als bedoeld in art. 6, eerste lid, EVRM problematisch is.<sup>20</sup>

Bleichrodt betoogt – evenals het hof – dat artikel 359a Sv hier van toepassing is omdat deze casus parallellen vertoont met een situatie waarin de verboden gedraging van verdachte wordt uitgelokt door opsporingsambtenaren,<sup>21</sup> waardoor als het ware de ten laste gelegde bedreiging door de politie is uitgelokt. De Hoge Raad gaat echter niet mee met deze redenering, maar geeft er in zijn overweging wel blijk van dat artikel 359a Sv in beginsel van toepassing is op deze casus.<sup>22</sup>

Ook Kuiper erkent dat er in de praktijk grensgevallen zijn waarin de Hoge Raad de *salaminorm* niet altijd even strikt toepast. Hij stelt dat de Hoge Raad in ‘gevallen waarin door de vormfout op verdachtes rechten inbreuk is gemaakt, de salami-regel niet steeds op een te technisch juridische wijze moet worden benaderd’.<sup>23</sup> Als voorbeeld wijst hij op een arrest betreffende de onrechtmatige aanhouding van een verdachte op basis van een vermoeden van schuld aan overtreding van de Opiumwet, waarna bleek dat verdachte tot ongewenst vreemdeling was verklaard. De Hoge Raad casseerde het arrest van het hof waarin het had geoordeeld dat de onrechtmatige aanhouding ‘geen invloed [had, *MS*] op het bewijsmateriaal met betrekking tot het onder 2 [van artikel 197 Sr, *MS*] aan verdachte tenlastegelegde’.<sup>24</sup> Het afwijken van de *salaminorm* ter bescherming van rechten wordt in de praktijk echter niet altijd even consistent toegepast. In een zaak betreffende een onrechtmatige aanhouding die was geschied op grond van verdenking van diefstal met geweld, maar uiteindelijk had geresulteerd in de vondst van hennep en MDMA en daarmee een vervolging ter zake van de overtreding van de Opiumwet, oordeelde de Hoge Raad dat de ‘onrechtmatige aanhouding niet heeft plaatsgevonden in het kader van het voorbereidend onderzoek van het in deze zaak tenlastegelegde opzettelijk handelen in strijd met het in art. 3 onder C en het in art. 2 onder C Opiumwet gegeven verbod’.<sup>25</sup> Daarmee kon het vormverzuim aldus niet onder het bereik van artikel 359a Sv worden gebracht.<sup>26</sup> Zoals gezegd wordt in andere situaties minder strikt vastgehouden aan deze beperking. Zo leidde de onrechtmatige lijfsvisitatie (op grond van de controlebevoegdheid gegeven in de Douanewet) wel tot uitsluiting van de daarmee verkregen drugs.<sup>27</sup>

---

20 Conclusie A-G Bleichrodt, ECLI:NL:PHR:2016:9, o. 9 en 21.

21 EHRM 9 juni 1998, NJ 2001/471, m.nt. Knigge (*Teixeira de Castro/Portugal*).

22 HR 5 januari 2016, NJ 2016/153, m.nt. Vellinga-Schootstra, r.o. 2.4.4.

23 Kuiper 2014, p. 227.

24 HR 18 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:638.

25 HR 8 november 2016, NJ 2016/481.

26 Zie hierover ook de noot van Keulen onder HR 2 december 2014, NJ 2015/87.

27 HR 29 mei 2007, NJ 2008/14, m.nt. Reijntjes.

Strikt genomen zou de beperking van de reikwijdte van artikel 359a Sv tot vormfouten begaan in het voorbereidend onderzoek ter zake van het aan de verdachte ten laste gelegde strafbare feit immers meebrengen dat de uitoefening van controlebevoegdheden (door politie of andere overheidsinstanties) in beginsel niet onder deze bepaling valt. Kuiper stelt hierover het volgende:

‘Bij de uitoefening van controlebevoegdheden gaat het immers niet om uitoefening van strafvorderlijke bevoegdheden in een onderzoek onder verantwoordelijkheid van politie of OM. In de gevallen waarin het wel gaat om de uitoefening van strafvorderlijke bevoegdheden, stuit een beroep op art. 359a Sv er soms op af dat het niet gaat om het voorbereidend onderzoek, zoals gedefinieerd in art. 132 Sv of dat het niet gaat om voorbereidend onderzoek in de aan de rechter ter beoordeling voorliggende zaak.’<sup>28</sup>

In de jurisprudentie worden de nodige uitzonderingen gemaakt op deze beperking, waarbij sommige auteurs spreken van een minder formele en een meer pragmatisch ingekleurde benadering.<sup>29</sup> Harteveld stelt in dit kader dat een kenmerk van deze pragmatische inkleuring is dat pas ‘achteraf vastgesteld kan worden hoe sterk de band met het voorbereidend onderzoek in de strafzaak is geweest. Het beginpunt van de opsporing is dus meer een kwestie van terugblikken dan van vooruitzien.’<sup>30</sup> Hierbij wordt in het bijzonder gewicht toegekend aan de vraag of het onderzoek onder verantwoordelijkheid van de politie of het OM heeft plaatsgevonden.<sup>31</sup> In zijn jurisprudentie expliciteert de Hoge Raad echter niet altijd dat de beoordeling van het handelen plaatsvindt in het kader van artikel 359a Sv. Zo beoordeelde de Hoge Raad in twee recente arresten de uitoefening van controlebevoegdheden op basis van de wvw weliswaar aan de hand van het toetsingskader van artikel 359a Sv, maar sprak zich niet expliciet uit over of deze bepaling ook daadwerkelijk van toepassing was op dat handelen.<sup>32</sup> In zijn conclusie onder het arrest de dynamische verkeerscontrole merkt Harteveld hierover op dat ongeacht of dit vormverzuim onder het bereik van artikel 359a Sv dient te vallen, voor de beoordeling van de vraag naar enig rechtsgevolg moet worden verbonden aan dergelijke vormverzuimen, aansluiting kan worden gezocht bij het toetsingskader van deze bepaling.<sup>33</sup> Ook Bleichrodt is eenzelfde oordeel toegedaan en pleit voor een ‘zekere reflexwerking van artikel 359a Sv’:

---

28 Kuiper 2014, p. 222-223.

29 Kuiper 2014, p. 223; zie conclusie Harteveld bij ECLI:NL:PHR:2016:460.

30 Conclusie Harteveld bij ECLI:NL:PHR:2016:460, o. 5.4; verwijzend naar HR 13 oktober 2012, NJ 2013/413, m.nt. Borgers.

31 Conclusie Harteveld onder ECLI:NL:PHR:2016:460, o. 5.4; Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, p. 866-867; Kuiper 2014, p. 224.

32 HR 1 november 2016, NJ 2017/84 m.nt. Keulen (*Dynamische verkeerscontrole*); HR 9 oktober 2018, NJ 2019/24, m.nt. Reijntjes (*Moelander*).

33 Conclusie AG Harteveld onder NJ 2017/84 m.nt. B.F. Keulen, o. 5.9.

‘Er is naar mijn mening veel voor te zeggen in die – bijzondere – gevallen waarin de rechter van oordeel is dat ambtenaren die zowel controlebevoegdheden kunnen uitoefenen als belast zijn met de opsporing van strafbare feiten doelbewust, met het oog op het buiten toepassing blijven van strafvorderlijke waarborgen, geen opsporingsbevoegdheden maar controlebevoegdheden hebben aangewend, aansluiting te zoeken bij het beslissingsschema van art. 359a Sv. In dat geval zal zich immers in de regel de situatie voordoen dat een onderzoekshandeling in formele zin niet tot het voorbereidend onderzoek in de zin van art. 132 Sv wordt gerekend alleen omdat de werkelijke aard van de onderzoekshandelingen is verhuld.’<sup>34</sup>

Deze pragmatische benadering van de Hoge Raad zorgt in de jurisprudentie echter ook voor de nodige onduidelijkheid. Zo oordeelde het Hof Amsterdam dat de verklaring van de verdachte ten overstaan van de douaneambtenaar niet uitgesloten hoefde te worden van het bewijs nu er geen cautie was verleend, aangezien het hier geen verhoorsituatie betrof maar de betreffende vragen werden gesteld in het kader van een controle op basis van de Algemene douanewet. De Hoge Raad casseerde met een verwijzing naar eerdere jurisprudentie inhoudende dat ook bij het aanwenden van controlebevoegdheden door opsporingsambtenaren tegenover een verdachte de aan deze als zodanig toekomende waarborgen in acht dienen te worden genomen.<sup>35</sup> Crijns merkt in zijn noot bij dit arrest op dat hoewel dit oordeel van de Hoge Raad geen verbazing wekt gezien de uitgezette jurisprudentiële lijn, deze casus wel te denken geeft over het grensvlak van controle en opsporing:

‘[H]et feit dat het hof in deze toch tamelijk overzichtelijke casus tot een diametraal ander oordeel kwam, [laat] zien dat het diffuse grensvlak tussen controle en opsporing tot op de dag van vandaag voor de nodige onduidelijkheid blijft zorgen. En wanneer zelfs hogere rechters achteraf oordelend de kluwen slechts met de nodige moeite kunnen ontwarren, rijst de vraag in hoeverre het onderscheid tussen controle en opsporing in de praktijk van alledag daadwerkelijke normerende werking toekomt.’<sup>36</sup>

Een ander heikel punt dat voortvloeit uit deze beperking ziet niet zozeer op de jurisprudentiële aanscherping, als wel de keuze van de wetgever om artikel 359a Sv van toepassing te laten zijn op het voorbereidend onderzoek. De aansluiting die de Hoge Raad heeft gezocht bij artikel 132 Sv brengt impliciet mee dat artikel 359a Sv niet langer van toepassing is wanneer het onderzoek ter terechtzitting wordt geopend. Daarmee eindigt immers het voorbereidend onderzoek (art. 270 Sv). In de praktijk kunnen zich gevallen voordoen die de vraag doen rijzen of artikel 359a Sv van toepassing is of dient te zijn, te denken

34 Conclusie Bleichrodt onder HR 22 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:967.

35 HR 20 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:247, r.o. 3.3 met een verwijzing naar HR 1 november 2016, NJ 2017/84.

36 Noot Crijns onder HR 20 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:247, SR-Updates 2018-0101.

valt aan het parallelle opsporingsonderzoek. Een dergelijke situatie deed zich voor bij het passageproces voor de Rechtbank Amsterdam. De verdediging had zich op het standpunt gesteld dat gedurende het opsporingsonderzoek vormverzuimen waren begaan die onder de werkingssfeer van artikel 359a Sv vallen. De officier van justitie stelde echter dat de eventuele normschendingen zich niet gedurende het voorbereidend onderzoek hadden afgespeeld omdat dat het onderzoek ter terechtzitting op dat moment reeds was geopend – er was sprake van zogenoemde parallelle opsporing –, daarmee vielen de vormverzuimen buiten het bereik van artikel 359a Sv. De rechtbank oordeelde als volgt:

‘Naar het oordeel van de rechtbank heeft de Hoge Raad, waar hij de werking van artikel 359a Sv strikt beperkt tot het voorbereidend onderzoek, niet het oog gehad op voortgezet opsporingsonderzoek dat onder verantwoordelijkheid van de officier van justitie wordt uitgevoerd, parallel aan het onderzoek ter terechtzitting doch niet als direct uitvloeisel daarvan en niet in opdracht van een rechterlijke autoriteit (verder: parallel opsporingsonderzoek). Parallel opsporingsonderzoek kan naar het oordeel van de rechtbank, op gelijke wijze als het vooronderzoek, worden getoetst op de voet van artikel 359a Sv. Het gaat daarbij immers om onderzoekshandelingen die materieel kunnen worden gelijkgesteld met onderzoekshandelingen in verband van het voorbereidend onderzoek.’<sup>37</sup>

Het belang en met name de hardheid van deze beperking wordt door Keulen en Knigge sterk in twijfel getrokken. Zo wijzen zij er op dat ook schendingen van zittingsvoorschriften kunnen leiden tot bewijsuitsluiting, te denken valt aan een verklaring van de verdachte ter terechtzitting zonder dat hij voorafgaand aan die verklaring op zijn zwijgrecht is gewezen.<sup>38</sup> Ook zij wijzen in dit kader op de parallelle opsporing, en tevens op het onderzoek door opsporingsambtenaren na het eerste aanleg en onderzoek dat in opdracht van de zittingsrechter door de rechter-commissaris wordt verricht: ‘Betoogd zou kunnen worden dat het hier om voorbereidend onderzoek gaat. Ook dit onderzoek bereidt immers een volgend onderzoek ter terechtzitting voor. Maar ook als daar anders over gedacht wordt, behoort dat voor de uitsluiting voor het bewijs van onrechtmatig verkregen materiaal geen verschil te maken.’<sup>39</sup> Bovendien staat de Hoge Raad ook zelf toe dat vormverzuimen die strikt gezien niet onder artikel 359a Sv vallen toch tot dezelfde rechtsgevolgen kunnen leiden:

‘Dat een in een andere zaak opgeslagen dactyloscopisch profiel vernietigd had moeten zijn, levert geen vormverzuim op dat is begaan in het kader van het voorbereidend onderzoek als bedoeld in art. 359a Sv. Een dergelijk buiten het kader

---

37 Rb. Amsterdam 29 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA4041.

38 Keulen & Knigge 2016, p. 552.

39 Keulen & Knigge 2016, p. 552.

van art. 359a Sv vallend vormverzuim kan slechts tot bewijsuitsluiting leiden in uitzonderlijke gevallen, en wel indien door het vormverzuim in de aanhangige strafprocedure een belangrijk strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel in zodanig aanzienlijke mate is geschonden dat de uitkomst van het onderzoek naar de op de plaats van het delict aangetroffen vingerafdruk van het bewijs zou moeten worden uitgesloten.<sup>40</sup>

De analoge toepassing van het beoordelingskader van artikel 359a Sv vindt tevens ook plaats op andere typen normen (of procedures). Te denken valt bijvoorbeeld aan ontnemingszaken,<sup>41</sup> opsporing door burgers,<sup>42</sup> onrechtmatig overheidshandelen dat niet valt onder het gezag van het OM,<sup>43</sup> en de reeds hierboven genoemde situatie van onrechtmatig handelen in het kader van de toezichthoudende taak van de politie.<sup>44</sup> Tot slot geldt ten aanzien van bepaalde rechten – zoals artikel 3 EVRM – dat het er niet toe doet in welke zaak de schending is begaan aangezien het daarvoor verkregen bewijs altijd zal moeten worden uitgesloten.<sup>45</sup>

#### 6.2.1.2 Onherstelbaar verzuim

In de aanhef van artikel 359a Sv wordt tot uitdrukking gebracht dat de rechter zoveel mogelijk dient te streven naar het herstellen van vormverzuimen. Indien het vormverzuim hersteld kan worden, is artikel 359a Sv niet van toepassing, er is dan immers geen noodzaak meer om te reageren op het vormverzuim. Pas wanneer herstel niet mogelijk is, dient de rechter aan de hand van de in het artikel genoemde factoren te beslissen welk rechtsgevolg verbonden kan worden aan het vormverzuim. Dat herstel de voorkeur geniet boven sanctionering van vormverzuimen vloeit daarnaast ook voort uit de terughoudende rechterlijke sanctionering die de wetgever bij de invoering van dit artikel voor ogen had en de rangschikking die hij in dat licht aanbracht in de verschillende rechtsgevolgen die aan een vormverzuim kunnen worden verbonden, waarbij de lichtere sanctie telkens de voorkeur geniet boven een (relatief) zwaardere sanctie. De wetgever geeft hiermee te kennen dat zoveel mogelijk gestreefd

40 HR 29 januari 2013, NJ 2013/414, m.nt. Borgers.

41 HR 9 december 2003, NJ 2004/199, m.nt. Buruma; HR 26 april 2011, NJ 2011/201; HR 11 januari 2011, NJ 2012/297, m.nt. Borgers.

42 HR 1 juni 1999, NJB 1999, p. 1167; HR 14 november 2006, NJ 2007/179, m.nt. Buruma; Kuiper 2014, p. 232-233; zie uitgebreid Moerman 2016, p. 253-256.

43 HR 27 september 2011, NJ 2011/557, m.nt. Schalken; HR 5 september 2006, NJ 2007/336, m.nt. Schalken; HR 15 november 2011, NJ 2012/36, m.nt. Schalken.

44 NJ 2017/84; zie voor andere voorbeelden waarin de Hoge Raad ondanks dat 359a Sv niet van toepassing is, toch overgaat tot controle – en in sommige gevallen zelfs – sanctionering van het vormverzuim: Kuiper 2014, p. 230-239.

45 Zie de rechtspraak van het EHRM in dit kader in onder meer EHRM 11 juli 2006, nr. 54810/00 (*Jalloh/Duitsland*), NJ 2007/226, m.nt. Schalken; EHRM 1 juni 2010, nr. 22978/05 (*Gäfgen/Duitsland*).

moet worden naar de minst ingrijpende reactie op geconstateerde vormverzuimen. Ondanks het grote belang van het uitgangspunt dat herstel van vormverzuimen voorop dient te staan, ontbreekt in de wet – en de daarbij behorende memorie van toelichting – een duidelijke omschrijving van wat onder herstel moet worden verstaan en welke vormverzuimen voor herstel in aanmerking komen. De memorie van toelichting noemt slechts een tweetal voorbeelden dat zij ontleent aan het rapport van de Commissie-Moons:

‘Indien bijvoorbeeld blijkt dat een stuk niet rechtsgeldig is betekend of een getuige of deskundige niet is beëdigd, en deze verzuimen nog hersteld kunnen worden, dan dient de rechter hiertoe over te gaan in plaats van het verzuim te sanctioneren.’<sup>46</sup>

Opvallend hierbij is dat deze twee voorbeelden niet zien op de situaties die vallen onder artikel 359a Sv, ze gaan immers over vormverzuimen tijdens het onderzoek ter terechtzitting en zijn aldus terug te voeren op het wetsvoorstel van de Commissie-Moons dat een breder bereik toerekende aan artikel 359a Sv waardoor dit artikel ook betrekking had op het onderzoek ter terechtzitting. Ook het OM gaat in zijn advies op dit wetsvoorstel uit van een beperkter herstelbegrip:

‘In vele gevallen zal een vormfout in het voorbereidend onderzoek daarna kunnen worden hersteld op initiatief van of door het OM. Merkt het OM een herstelbare vormfout niet op, of neemt het OM om andere redenen geen initiatief tot herstel, dan zal zo een nalaten aan het OM kunnen worden aangerekend.’<sup>47</sup>

Het gaat er hierbij aldus om dat vormfouten worden hersteld door het OM *alvorens* de zaak zich aandient bij de zittingsrechter. De wetgever heeft echter niet geëxpliciteerd wat precies onder herstel dient te worden verstaan, en ook elders in het Wetboek van Strafvordering wordt onvoldoende duidelijk op welke wijze invulling dient te worden gegeven aan dit herstelconcept.<sup>48</sup> Een nadere invulling van dit concept is aldus overgelaten aan de rechter. In de jurisprudentie aangaande herstel komt tot uitdrukking dat de te verbinden rechtsgevolgen aan vormverzuimen begaan tijdens het vooronderzoek (of het onderzoek ter terechtzitting), afhankelijk zijn van de vraag of het vormverzuim hersteld kan worden.<sup>49</sup> De vraag of een vormverzuim voor herstel in aanmerking komt, levert in de meeste gevallen geen problemen op. Doorgaans liggen de in de rechtspraak van de Hoge Raad voor herstel vatbare vormverzuimen in het verlengde van de tamelijk eenvoudige voorbeelden die de wetgever

---

46 Corstens 1993, p. 25.

47 Van Ruth, Gunther Moor & Stal 1994, p. 18.

48 Zie hierover uitgebreid Samadi 2017.

49 HR 4 februari 1997, NJ 1997/308, m.nt. Schalken, zie in het bijzonder de conclusie van AG Van Dorst; HR 22 oktober 1991, NJ 1992/217, m.nt. Van Veen.

in de memorie van toelichting heeft genoemd. Zo oordeelde de Hoge Raad in een zaak waarin het bevel tot in verzekeringstelling van de verdachte – in afwijking van artikel 59 lid 2 – geen omschrijving bevatte van het feit waarvan hij werd verdacht, dat het hier weliswaar een belangrijke strafvorderlijke norm betreft maar het vormverzuim niettemin hersteld was omdat aan verdachte ongeveer een uur later een nieuw afschrift van het bevel werd uitgereikt waarop wel een dergelijke omschrijving stond.<sup>50</sup> Kuiper stelt in dit verband terecht dat ‘vormfouten in het voorbereidend onderzoek in veel gevallen niet herstelbaar [zijn]. Inbreuken op grondrechten, zoals de inbreuk op de privacy die een onrechtmatige doorzoeking meebrengt, laten zich achteraf niet ongedaan maken.’<sup>51</sup> Wanneer bijvoorbeeld zonder een machtiging een doorzoeking in een woning is gedaan, is dit vormverzuim niet meer te herstellen, ook niet wanneer achteraf – bijvoorbeeld ter zitting – wordt vastgesteld dat een machtiging wel was verleend indien daarom was verzocht. Deze vraag komt in de jurisprudentie van de Hoge Raad namelijk pas aan de orde bij de beoordeling van de factor de ernst van het vormverzuim (artikel 359a lid 2).<sup>52</sup> Dit type inbreuken kan aldus hoogstens gecompenseerd worden. Herstel in de jurisprudentie van de Hoge Raad betreft dan ook vaak andere type normen. Een eenvoudig voorbeeld van herstel deed zich bijvoorbeeld voor in NJ 2001/536, waar de Hoge Raad oordeelde dat het verzuim om verdachte schriftelijk in kennis te stellen van de uitslag van het DNA-onderzoek van het van hem afgenomen celmateriaal (art. 195a lid 3) niet hoeft te leiden tot een rechtsgevolg, aangezien een dergelijk verzuim eenvoudig kan worden hersteld door hem alsnog schriftelijk in kennis te stellen van deze uitslag.<sup>53</sup> In zijn standaardarrest uit 2004 heeft de Hoge Raad de prioriteit van het herstellen van vormverzuimen nader aangescherpt:

‘Voorts heeft art. 359a Sv *uitsluitend* betrekking op onherstelbare vormverzuimen. Ingeval het vormverzuim is hersteld of alsnog *kan* worden hersteld, is deze bepaling niet van toepassing. Blijkens de hiervoor aangehaalde Memorie van Toelichting moet de rechter zoveel mogelijk naar zulk herstel van het verzuim streven.’<sup>54</sup>  
[cursivering: MS]

---

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

51 Kuiper 2014, p. 210; zie in dezelfde zin ook Keulen & Knigge 2016, p. 536: ‘Art. 359a lid 1 Sv maakt duidelijk dat het herstel van (de gevolgen van) het onrechtmatig handelen de voorkeur van de wetgever heeft. De mogelijkheid daartoe doet zich evenwel sporadisch voor.’

52 NJ 2013/308, m.nt. Keulen, r.o. 2.7.4.

53 HR 3 juli 2001, NJ 2001/536.

54 NJ 2004/376, m.nt. Buruma, r.o. 3.4.3.

Hiermee dwingt de Hoge Raad de rechter na te gaan of het vormverzuim dat ter beoordeling ligt, hersteld *kan* worden.<sup>55</sup> Het gaat aldus niet meer om vormverzuimen die reeds hersteld zijn of nog door de rechter hersteld kunnen worden. Deze extensieve interpretatie van *herstel* in het kader van artikel 359a Sv wordt door Kuiper geplaatst in de centrale plaats die de bescherming van de subjectieve rechten van de verdachte krijgt bij de sanctionering van vormverzuimen:

‘In de huidige rechtspraak lijkt een interpretatie van herstel te domineren, waarin het voorkomen van eventuele nadelige gevolgen van het verzuim voor de verdachte centraal staat. Dat voor toepassing van art. 359a Sv in beginsel geen plaats is wanneer een vormverzuim hersteld of herstelbaar is, past bij concentratie op de belangen van de individuele verdachte.’<sup>56</sup>

Dit verklaart volgens Kuiper waarom de Hoge Raad niet (of nauwelijks) bereid is om vormverzuimen die op zichzelf ernstig zijn maar niet raken aan het recht op een eerlijk proces van de verdachte, toch binnen het bereik van artikel 359a Sv te plaatsen. Deze gedachte wordt ook onderstreept door advocaat-generaal Aben die stelt dat het uitgangspunt van artikel 359a Sv is dat vormverzuimen zoveel mogelijk worden hersteld, ‘pas indien herstel niet mogelijk is en evenmin met de constatering van het verzuim kan worden volstaan, [dient aan het vormverzuim] enig rechtsgevolg te worden verbonden. Kortom, reparatie gaat voor compensatie.’<sup>57</sup> Ter illustratie kan worden gewezen op onbehoorlijk handelen van de opsporing dat eruit bestaat dat processen-verbaal niet zijn toegevoegd aan het strafdossier<sup>58</sup> of valselijk opgemaakte processen-verbaal door opsporingsambtenaren.<sup>59</sup> De wijze waarop de Hoge Raad herstel van dit type vormverzuimen interpreteert levert in de literatuur de nodige discussie op.<sup>60</sup> Zo oordeelde de Hoge Raad in een zaak aangaande het valselijk opmaken van processen-verbaal dat:

---

55 De door de Hoge Raad gekozen formulering wijst erop dat het vormverzuim niet per definitie hersteld hoeft te zijn, de mogelijkheid van herstel lijkt afdoende om het vormverzuim uit het 359a-kader te houden, zie verder Kuiper 2014, p. 209.

56 Kuiper 2014, p. 209.

57 Conclusie Aben onder NJ 2014/190.

58 HR 1 juli 2003, NJ 2003/695, m.nt. Mevis.

59 HR 29 november 2011, NJ 2012/146, m.nt. Borgers; HR 5 januari 2016, NJ 2016/153, m.nt. Vellinga-Schootstra.

60 Zie uitgebreid over dit type verzuimen De Graaf & Kesteloo 2016; het problematische karakter blijkt tevens uit het feit dat de feitenrechter meer moeite heeft met het ‘herstellen’ van deze vormverzuimen, zie bijvoorbeeld: Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7633 (het aanpassen van het proces-verbaal om de juiste gang van zaken te maskeren) en de lange geschiedenis van deze zaak in Rb. Noord-Holland 29 november 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:9792 (onjuist uitwerken van tapgesprekken).

‘In zijn hiervoor onder 2.2.2 en 2.3.2 weergegeven overwegingen heeft het Hof als zijn oordeel tot uitdrukking gebracht dat de omstandigheid dat de opsporingsambtenaren verbalisanten 1 en 2 in hun proces-verbaal van bevindingen in strijd met de waarheid hebben gerelateerd dat uit een buurtonderzoek is gebleken dat de door de verdachte gebruikte auto verband hield met de in het bosperceel aangetroffen hennepkwekerij, niet een vormverzuim oplevert dat van dien aard is dat het moet leiden tot de vergaande sanctie van niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in de vervolging. Daarbij heeft het Hof in aanmerking genomen dat de verdachte, mede in het licht van de door genoemde opsporingsambtenaren gegeven verklaring voor hun relaas, door het verzuim niet ernstig in zijn verdedigingsbelangen is geschaad.

Tegen de achtergrond van hetgeen hiervoor is vooropgesteld, getuigt ‘s Hofs oordeel niet van een onjuiste rechtsopvatting. Dat oordeel is toereikend gemotiveerd, in aanmerking genomen dat in hoger beroep door of namens de verdachte niet is aangevoerd dat en in hoeverre door voormeld handelen is tekortgedaan aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak.’<sup>61</sup>

Kortom, zolang niet is aangetoond dat door het valselijk opmaken van de processen-verbaal de verdachte in zijn recht op een eerlijk proces is aangetast, acht de Hoge Raad het vormverzuim hersteld indien uiteindelijk de waarheid boven tafel komt. Ter verklaring stelt Borgers in zijn annotatie onder *NJ* 2012/146 als volgt:

‘De steller van het middel tracht de aandacht te verleggen van het recht van de verdachte op een eerlijk proces naar de integriteit van de opsporing. Betoogd wordt dat vertrouwen in de juistheid en de volledigheid van het procesdossier van eminent belang is, juist in een strafprocesrechtelijk model waarin de nadruk sterk ligt op dat dossier. Dat vertrouwen zou, wat er verder ook zij van het waarheidsgehalte van de overige processtukken, door de gang van zaken omtrent het proces-verbaal van bevindingen onherstelbaar zijn aangetast en daarin zou de grond voor niet-ontvankelijkheid moeten worden gevonden. In het licht van de geldende rechtspraak is dit betoog bepaald een long shot. De grond voor niet-ontvankelijkheid kan immers, zo blijkt duidelijk uit de rechtspraak van de Hoge Raad, niet uitsluitend worden gevonden in de laakbaarheid van het optreden van politie of justitie.’<sup>62</sup>

Hoewel de focus van de Hoge Raad op de subjectieve rechten van de verdachte thans veel sterker aanwezig is dan in de oudere jurisprudentie van de Hoge Raad, kwam een dergelijke gedachte ook al tot uitdrukking in de rechtspraak en literatuur voor de invoering van artikel 359a Sv. Zo blijkt uit de annotatie van Schalken onder *NJ* 1994/143. In casu werd geklaagd over de onbevoegd-

---

61 HR 29 november 2011, *NJ* 2012/146, m.nt. Borgers.

62 *NJ* 2012/146, m.nt. Borgers o. 3; verwijzend naar HR 29 juni 2010, *NJ* 2010/441; HR 29 juni 2010, *NJ* 2010/442 m.nt. Schalken; HR 18 januari 2011, *NJ* 2011/141 m.nt. Schalken.

heid van de officier van justitie om na het aantekenen van hoger beroep de recherche de opdracht te geven tot het verrichten van nader opsporingsonderzoek:

‘onbevoegdheid van de officier van justitie leidt niet automatisch tot onbruikbaarheid van het proces-verbaal. Deze zienswijze vloeit voort uit de gedifferentieerde opvatting over de bewijsuitsluitingsregel (...). In dit geval stond billijking achteraf eraan in de weg dat aan het verzuim fatale rechtsgevolgen werden verbonden.

Deze gedachtengang [sic.] vertoont verwantschap met de filosofie over het herstel van vormverzuimen. Afstraffing van gebreken in de procedure is nooit een doel in zichzelf. Waar begane misslagen zonder schade aan de integriteit van de strafrechtspleging vereffend kunnen worden, heeft dat de voorkeur. Dat is ook het uitgangspunt geweest van de Commissie Moons in haar rapport *Recht in vorm*, Arnhem 1993, p. 53. Reparatie gaat boven sanctionering. Bij autorisatie achteraf berust de reparatie op een gefingeerde toerekening: de bedoeling goed te keuren wat verkeerd ging, wordt in de uiterlijke gedraging (i.c. voeging in het dossier) “ingelesen”.<sup>63</sup>

Schalken voegt daar echter wel het volgende aan toe:

‘De Hoge Raad zegt immers niet dat de officier van justitie onbevoegd was, maar dat de verdachte op een mogelijke onbevoegdheid geen beroep toekomt. Daarmee is de vraag wat de Hoge Raad zou beslissen als de verdachte dat beroep wel toekomt, nog onbeantwoord. In dat geval lijkt onbruikbaarheid onvermijdelijk. Het bij een strafvorderlijke bevoegdheid ontbreken van een wettelijke grondslag is iets anders dan een technisch mankement dat bij de uitoefening van een wel aanwezige bevoegdheid optreedt. Wat niet had mogen plaatsvinden, kan niet worden hersteld. Het is niet duidelijk of de Hoge Raad thans reeds deze regel zo strikt hanteert: HR 17 jan. 1984, *NJ* 1984, 405, m.nt. ThWvV en conclusie Leijten (billijking achteraf van optreden undercover agent) en HR 7 juni 1988, *NJ* 1988, 987, m.nt. Sch (billijking achteraf van Nederlandse opsporingsambtenaren op vreemd grondgebied).<sup>64</sup>

Aldus was ook binnen de rechtsopvatting waarin een terughoudende sanctionering van onrechtmatig opsporingsoptreden geboden is, en deze met name dient ter bescherming van de subjectieve rechten van de verdachte, nog wel ruimte voor het corrigeren van onrechtmatig gedrag wanneer de integriteit van het overheidsapparaat in geding was.<sup>65</sup> Deze ruimte lijkt in de huidige jurisprudentie van de Hoge Raad te zijn verdwenen. De huidige jurisprudentiële lijn van de Hoge Raad staat een ruimhartige interpretatie van herstel voor met betrekking tot dit type verzuimen. Hierbij overweegt de Hoge Raad in de regel

---

63 HR 25 mei 1993, *NJ* 1994/143, m.nt. Schalken.

64 *NJ* 1994/143, m.nt. Schalken.

65 Zie Buruma 1997, p. 616-617.

dat indien het vormverzuim tijdens het onderzoek ter terechtzitting aan het licht komt, de mogelijkheid tot herstel alsnog bestaat waardoor het vormverzuim buiten het kader van artikel 359a Sv kan worden gehouden.<sup>66</sup> Herstel kan in dergelijke gevallen bestaan uit diverse handelingen, zoals het laten opmaken van een aanvullend (herstel)proces-verbaal,<sup>67</sup> de mogelijkheid voor de verdediging (en de rechter) om de informatie in het proces-verbaal later alsnog te toetsen,<sup>68</sup> het horen van de verbalisant,<sup>69</sup> of het niet gebruiken van het bewijsmateriaal.<sup>70</sup> Zo oordeelde de Hoge Raad in NJ 2014/109 dat het onjuist verbaliseren en misleidend weergeven van getuigenverklaringen door de politie niet hoeft te leiden tot de niet-ontvankelijkheid van het OM aangezien niet 'aannemelijk is dat 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'. Hierbij nam de Hoge Raad in aanmerking dat 'de verdediging door de beschikbaarheid van geluidsopnamen van de verhoren op de onjuiste weergave heeft kunnen wijzen en (...) het verzuim is hersteld doordat de Advocaat-Generaal bij het Hof een aanvullend proces-verbaal heeft doen opmaken waarin een juiste weergave van de verklaring van de getuige is gerelateerd' [cursivering MS].<sup>71</sup>

Kuiper relateert het belang van deze jurisprudentie door te wijzen op de zeer beperkte categorie vormverzuimen die vatbaar zijn voor herstel, immers 'vormfouten in het voorbereidend onderzoek zijn in veel gevallen niet herstelbaar. Inbreuken op grondrechten, zoals de inbreuk op de privacy die een onrechtmatige doorzoeking meebrengt, laten zich achteraf niet ongedaan maken'.<sup>72</sup> Toch kan worden gezegd dat de jurisprudentie van de Hoge Raad ten aanzien van herstel van vormverzuimen wel voor verwarring zorgt, aangezien er niet altijd duidelijkheid bestaat ten aanzien van de vraag waar de grenzen van herstel liggen. De Hoge Raad gaat er in zijn rechtspraak vanuit dat zodra het nadeel voor de verdachte in zijn procesrechten is weggenomen door het bieden van openheid achteraf het vormverzuim hersteld geacht dient te zijn.<sup>73</sup> Dit standpunt gaat voorbij aan het gegeven dat van daadwerkelijk herstel – in die zin dat de negatieve gevolgen van de normschending zijn hersteld – geen sprake is aangezien er wel degelijk sprake is van nadeel. In bovengenoemde zaken kan immers goed beargumenteerd worden dat welis-

---

66 Uitzondering op deze regel is HR 4 februari 1997, NJ 1997/308, m.nt. Schalken.

67 HR 18 maart 2014, NJ 2014/190; HR 1 juli 2003, NJ 2003/695, m.nt. Mevis.

68 NJ 2014/190; HR 5 januari 2016, NJ 2016/153, m.nt. Vellinga-Schootstra.

69 HR 29 november 2011, NJ 2012/146, m.nt. Borgers.

70 NJ 2014/190.

71 NJ 2014/190, r.o. 2.6.

72 Kuiper 2014, p. 210; zie in dezelfde zin ook Keulen & Knigge 2016, p. 536: 'Art. 359a lid 1 Sv maakt duidelijk dat het herstel van (de gevolgen van) het onrechtmatig handelen de voorkeur van de wetgever heeft. De mogelijkheid daartoe doet zich evenwel sporadisch voor.'

73 De Graaf & Kesteloo 2016, p. 260.

waar een het vormverzuim is 'hersteld' – in die zin dat het juiste proces-verbaal uiteindelijk boven tafel is gekomen – maar niet dat dit verzuim geen effecten heeft gesorteerd in het strafproces. Bijvoorbeeld omdat door de onrechtmatigheid het vertrouwen in het integer functioneren van de strafvorderlijke overheid is geschaad. Dit is echter geen relevant nadeel voor de *sanctionering* van het vormverzuim aangezien het niet direct raakt aan het belang van de verdachte.

#### 6.2.1.3 Stelplicht

Een ander obstakel voor de toepassing van artikel 359a Sv, in het bijzonder de daarin opgenomen sancties, is de door de Hoge Raad gecreëerde stelplicht voor de verdediging die aanvoert dat er onregelmatigheden hebben plaatsgevonden in het vooronderzoek. Zoals gezegd biedt de wet in beginsel voldoende ruimte aan de rechter om over te gaan tot controle en sanctionering van het vooronderzoek, en is in het licht van die beoordelingsvrijheid die aan de rechter wordt gelaten terughoudend in het formuleren van eisen voor toepassing van deze bepaling. Op de controlerende bevoegdheid van de zittingsrechter wordt in de rechtspraak veelvuldig een beroep gedaan door de verdediging in strafzaken die vaak klagen over onrechtmatig optreden van opsporingsambtenaren gedurende het vooronderzoek. Om de zittingsrechter te behoeden van het reageren op (ongemotiveerde en soms bij voorbaat kansloze) verweren en er daarmee voor te zorgen dat de controlerende taak van de rechter niet oeverloos zou zijn, heeft de Hoge Raad eisen gesteld waaraan een verweer krachtens artikel 359a Sv dient te voldoen alvorens de rechter daar gemotiveerd op dient te reageren. Deze stelplicht (en daarmee corresponderende responsieplicht voor de rechter) vloeit niet rechtstreeks voort uit artikel 359a Sv. Zo merkt ook Mevis op in zijn noot onder *NJ* 2012/253:

'Dat artikel is tot de rechter gericht en bevat geen zelfstandig opgezet, derde model van verweren. Het artikel bevat geen stelplicht voor de raadsman, al kan die natuurlijk een beroep doen op dat artikel, eigenlijk een verzoek aan de rechter om het artikel toe te passen, zoals ook bij art. 315 jo. 328-330 Sv het geval is. Artikel 359a bevat ook geen bijbehorende, op straffe van nietigheid voorgeschreven, motiveringsplicht in geval de rechter zo'n beroep passeert. Het artikel benoemt slechts de sancties die de rechter aan geconstateerde, onherstelbare vormverzuimen kan verbinden. De motiveringsplicht van art. 359a lid 3, tweede volzin, Sv betreft de toepassing van die sancties, niet de weerlegging van een beroep op het artikel door de verdediging. Gegeven de beslispunten die blijkens art. 359a Sv aan de orde zijn, te weten: niet-ontvankelijkheid (als beslispunt een art. 358 lid 3 verweer), bewijsuitsluiting (een beroep daarop noopte voor de invoering van art. 359 lid 2, tweede volzin, Sv al tot weerlegging in geval van afwijzing) en strafvermindering

(idem), ligt “verdeling” van een beroep op één van de in art. 359a Sv genoemde sancties, conform bovenstaand “schema”, voor de hand.<sup>74</sup>

Een stel- en responsieplicht vloeien aldus niet expliciet voort uit artikel 359a Sv en voor de vereisten waaraan de stelplicht moet voldoen wordt ook niet expliciet aangehaakt bij de vereisten genoemd in artikel 359 Sv. Zo oordeelde de Hoge Raad in NJ 2012/253 dat het motiveringsvoorschrift ten aanzien van uitdrukkelijk onderbouwde standpunten in artikel 359 lid twee, tweede volzin, niet van toepassing is op een verweer op artikel 359a Sv. Het gaat hier dus in zoverre op een in de jurisprudentie in het leven geroepen bijzondere ‘categorie’.<sup>75</sup> Volgens Fokkens biedt artikel 359a Sv echter wel impliciet de ruimte voor het formuleren van een dergelijke stelplicht:

‘De regeling van art. 359a biedt daarbij de mogelijkheid, en dat past in een stelsel waarbij de rechter de centrale rol krijgt bij het al dan niet sanctioneren van procesuele fouten, ook op andere vormverzuimen dan de gevallen waarin dat tot nu toe is geschied te reageren met strafvermindering. Dat wil echter niet zeggen dat ieder vormverzuim in het voorbereidend onderzoek, ook als dat op geen enkele wijze doorwerkt in het eindonderzoek, tot deze sanctie zou kunnen leiden en dat de rechter op een daartoe strekkend verzoek zou moeten reageren. Het doel van de wet was immers, zoals hierboven reeds is opgemerkt, de gevolgen van vormverzuimen terug te dringen en niet een nieuwe categorie verweren waarop de rechter moet reageren te creëren.

Ik zou willen bepleiten dat een antwoordplicht slechts ontstaat indien het (impliciete) oordeel dat er geen reden is tot strafvermindering hoewel een verweer van die strekking is gevoerd, gelet op de aard van het geschonden voorschrift danwel op grond van bijzondere omstandigheden van het geval, zonder nadere motivering onbegrijpelijk zou zijn.<sup>76</sup>

In het hierboven weergegeven citaat van Fokkens komt tot uitdrukking dat het niet in de bedoeling van de wetgever lag om de rechterlijke controle op de opsporing uit te breiden, maar zelfs de gevolgen ervan in te perken en te voorzien van een wettelijke grondslag. Dat de Hoge Raad in dat licht een wildgroei aan verweren op onrechtmatigheden in het vooronderzoek probeert in te perken, is dan ook begrijpelijk. Dat brengt mee dat bepaalde eisen gesteld kunnen worden aan degene die een verweer voert op het bestaan van onrechtmatigheden in het vooronderzoek. In het *Afvoerpip*-arrest uit 2004 formuleert de Hoge Raad deze eisen die worden gesteld aan een verweer langs de weg van artikel 359a Sv. Deze stelplicht voor de verdediging luidt als volgt:

---

74 HR 17 januari 2012, NJ 2012/253, m.nt. Mevis, o. 4; zie verder ook Timmerman & Van Toor 2013, p. 324-311.

75 NJ 2012/253, m.nt. Mevis, o. 5.

76 Conclusie A-G Fokkens onder HR 8 mei 2001, NJ 2001/587, m.nt. Reijntjes o. 18 en 19.

‘van de verdediging die een beroep doet op schending van een vormverzuim als bedoeld in art. 359a Sv, [mag] worden verlangd dat duidelijk en gemotiveerd aan de hand van die factoren wordt aangegeven tot welk in art. 359a Sv omschreven rechtsgevolg dit dient te leiden. Alleen op een zodanig verweer is de rechter gehouden een met redenen omklede beslissing te geven.’<sup>77</sup>

Dat de Hoge Raad hiermee vooral voor ogen heeft gehad om grenzen te stellen aan de rechterlijke controle op de opsporing blijkt uit de volgende overweging:

‘Voorts brengt het hiervoor overwogene mee dat de rechter een onderzoek naar de juistheid van de feitelijke grondslag van het verweer achterwege kan laten op grond van zijn in zijn beslissing tot uitdrukking gebrachte oordeel dat het desbetreffende verweer in verband met hetgeen daartoe is aangevoerd niet kan leiden tot niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging, tot bewijsuitsluiting of tot strafvermindering dan wel dat het verweer – ware het gegrond – slechts zou kunnen leiden tot de enkele vaststelling dat een onherstelbaar vormverzuim is begaan. Daarbij verdient nog opmerking dat indien materiaal ten aanzien waarvan een beroep is gedaan op bewijsuitsluiting, door de rechter niet voor het bewijs wordt gebezigd, de verdachte geen belang heeft bij een bespreking van zijn tot bewijsuitsluiting strekkende verweer.’<sup>78</sup>

In zijn jurisprudentie heeft de Hoge Raad deze (hierboven zo scherp gestelde) stelplicht niet altijd even streng gehandhaafd.<sup>79</sup> Sinds 2014 heeft de Hoge Raad echter een aantal arresten gewezen waaruit een striktere handhaving van deze stelplicht blijkt. In een arrest uit 2014 wordt geklaagd over de verwerping van het verweer van de verdediging aangaande de onrechtmatige binnentreding in de woning van de verdachte, omdat voorafgaand geen mededeling is gedaan van het doel van het binnentreden, overeenkomstig artikel 1 lid 1 Awbi. A-G Vegter concludeert tot vernietiging omdat het hof heeft verzuimd een beslissing te nemen op het door de verdediging gevoerde verweer. De Hoge Raad erkent dat het hof in zijn arrest geen aandacht heeft besteed aan dit verweer maar stelt dat dit niet tot cassatie hoeft te leiden:

‘(...) nu het gevoerde verweer blijkens de pleitnota slechts inhoudt dat sprake is van een onherstelbaar vormverzuim en dat zulks tot bewijsuitsluiting moet leiden, terwijl over het belang van voormeld geschonden voorschrift, de ernst van het verzuim en het daardoor veroorzaakte nadeel niet meer is aangevoerd dan dat

---

<sup>77</sup> NJ 2004/376, m.nt. Buruma, *r.o.* 3.7.

<sup>78</sup> NJ 2004/376 m.nt. Buruma, *r.o.* 3.7.

<sup>79</sup> Zie bijv. de noot van Keulen onder HR 10 maart 2015, NJ 2015/357, met een verwijzing naar HR 25 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL7666; HR 21 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR1106. In beide zaken heeft de Hoge Raad gecasseerd omdat het Hof een met redenen omklede beslissing had dienen te geven op het verweer van de raadsman, terwijl in dat verweer geen aandacht was besteed aan de in het tweede lid genoemde factoren.

anders mogelijk snel duidelijk was geweest dat het niet P. was die zich in de woning bevond, maar de verdachte.<sup>80</sup>

In een ander arrest uit 2014 klaagde het middel van de verdediging dat hof de verwerping van het verweer aangaande de rechtmatigheid van de aanhouding van de verdachte niet behoorlijk heeft gemotiveerd. In casu was verdachte buiten heterdaad aangehouden, terwijl volgens het verweer van de verdediging niet was gebleken van enige spoedeisendheid waardoor het optreden van de (hulp)officier van justitie niet kon worden afgewacht. Het hof had dit verweer als volgt verworpen:

‘Getuige E. zag op 11 juni 2012 de man lopen die zij herkende als de persoon die drie weken eerder een grote hoeveelheid tandpasta uit de winkel had weggenomen. E. is achter de verdachte aangerend maar verloor hem uit het oog. Op het moment dat de politie kwam aanrijden werden zij door twee jongens aangesproken dat de verdachte op de begraafplaats zou lopen. Kort daarna is de verdachte aangehouden. Niet is gebleken dat er enig onrechtmatig politieoptreden heeft plaatsgevonden.’

A-G Spronken concludeert tot vernietiging van het arrest van het hof omdat het hof een verkeerde maatstaf – namelijk die voor heterdaad – lijkt te hebben aangenomen en ook anderszins nader had moeten motiveren waarom het heeft aangenomen dat hier sprake was van zodanige spoedeisendheid dat een bevel van de (hulp)officier van justitie niet kon worden afgewacht.<sup>81</sup> De Hoge Raad gaat hier niet in mee en oordeelt dat het hof de verwerping van het verweer weliswaar niet behoorlijk heeft gemotiveerd, maar dat dat evenwel niet tot cassatie dient te leiden aangezien:

‘het gevoerde verweer blijkens de pleitnota slechts inhoudt dat sprake is van een vormverzuim als bedoeld in art. 359a Sv en dat zulks tot bewijsuitsluiting moet leiden, terwijl over het belang van het geschonden voorschrift dat niet tot aanhouding mag worden overgegaan zonder een daartoe door de (hulp)officier van justitie gegeven bevel, de ernst van het verzuim en het daardoor veroorzaakte nadeel niet meer wordt aangevoerd dan dat bij naleving van bedoeld voorschrift “geen kloppjacht had plaatsgevonden” en de verdachte niet van zijn vrijheid beroofd zou zijn geweest. (Vgl. HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, NJ 2013/308).’<sup>82</sup>

Met de expliciete verwijzing naar de nader aangescherpte criteria voor de toepassing van bewijsuitsluiting in het *Onbevoegde Hulpofficier van justitie*-arrest maakt de Hoge Raad duidelijk dat in het kader van de stelplicht van de verdediging wordt verwacht dat het verweer op bewijsuitsluiting rekenschap

---

80 HR 21 januari 2014, NJ 2014/106, m.nt. Borgers, r.o. 2.6.

81 NJ 2015/356, m.nt. Keulen, conclusie A-G o. 17.

82 NJ 2015/356 m.nt. Keulen.

geeft van deze nieuwe criteria.<sup>83</sup> Deze verwijzing is op zichzelf dan ook niet opzienbarend aangezien het voor de hand ligt dat nadere aanscherping van criteria voor de toepassing van artikel 359a Sv, een direct effect hebben op de stelplicht conform artikel 359a Sv. Dat de door de Hoge Raad geformuleerde maatstaven voor toepassing van artikel 359a Sv een sterke invloed hebben op de stelplicht wordt ook door Kuiper onderschreven. Wel voegt hij eraan toe dat de stelplicht minder streng is wanneer het voor de hand ligt dat de verdachte nadeel heeft ondervonden in zijn procesrechten, 'bijvoorbeeld als het gaat om inbreuken op door art. 6 beschermde belangen'.<sup>84</sup> Met betrekking tot schendingen van de cautie of recht op rechtsbijstand stelt de Hoge Raad zelfs expliciet dat er geen nadere toelichting vereist is ten aanzien van de vraag waarom het vormverzuim zou moeten leiden tot bewijsuitsluiting.<sup>85</sup>

Ten aanzien van onrechtmatigheden die niet direct verband houden met hetgeen de Hoge Raad onder artikel 6 EVRM schaart, lijkt de Hoge Raad echter wel vast te houden aan een strikte stelplicht. Zo oordeelde hij in een arrest uit 2015 als volgt:

'Het gevoerde verweer houdt slechts in dat sprake is van een vormverzuim als bedoeld in art. 359a Sv en dat zulks tot bewijsuitsluiting moet leiden, maar over het belang van het geschonden voorschrift, de ernst van het verzuim en het daardoor veroorzaakte nadeel is niets aangevoerd. *Het Hof had reeds op die grond niet anders kunnen doen dan het verweer verwerpen*' [cursivering MS].<sup>86</sup>

Deze formulering lijkt bovendien te suggereren dat de Hoge Raad de teugels verder aantrekt. Want hoewel de Hoge Raad in zijn eerdere arresten sprak van een verplichting te reageren op 359a-verweren *mits* deze voldoende waren gemotiveerd aan de hand van de factoren in artikel 359a lid 2 Sv, lijkt de Hoge Raad een strenge toets te hebben aangebracht en te stellen dat de rechter het verweer onbesproken *moet* laten wanneer deze niet voldoet aan de strenge stelplicht.<sup>87</sup> Deze jurisprudentie is in zekere zin geleidelijk aan steeds strenger

<sup>83</sup> NJ 2015/356 m.nt. Keulen, *r.o.* 3.5.

<sup>84</sup> Kuiper 2014, p. 314.

<sup>85</sup> HR 19 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3198; HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1233; Hoewel er wel anders wordt omgegaan met verschillende 'type' Salduz-schendingen, zie de literatuur in voetnoot 937.

<sup>86</sup> HR 10 maart 2015, NJ 2015/357 m.nt. Keulen; zie voor eenzelfde formulering HR 3 april 2018, NJ 2018/296, m.nt. Kooijmans.

<sup>87</sup> Zie ook Keulen in zijn noot: 'Dat suggereert dat het Hof het verweer wel had moeten verwerpen, en niet stilzwijgend aan het gestelde had mogen voorbijgaan.' Zie tevens de noot van Borgers onder NJ 2014/105, waarin hij de steeds hogere eisen die de Hoge Raad stelt aan 359a-verweren bespreekt: 'namelijk dat bij de inkleding van een op bewijsuitsluiting gericht verweer ook oog dient te bestaan voor (op zichzelf niet onwaarschijnlijke) alternatieve scenario's waarin hetzelfde bewijsmateriaal langs een andere weg – rechtmatig of onrechtmatig – zou zijn verkregen, waarbij zo nodig moet worden toegelicht waarom ook in het licht van die scenario's bewijsuitsluiting nog steeds het aangewezen rechtsgevolg is. Indien dit inderdaad hetgeen is dat de Hoge Raad voor ogen staat, dan wordt daarmee

geworden en stelt hogere eisen aan de stelplicht van de verdediging om zo de rechter te ontzien van uitvoerig motiveren waarom een bepaald verzuim niet tot een rechtsgevolg hoeft te leiden. Dat het hier wel degelijk om een nieuwe ontwikkeling gaat die ook na invoering van artikel 359a Sv niet aan de orde was blijkt uit een arrest uit 1998 waarin de Hoge Raad als volgt oordeelde:

‘Als de rechter heeft vastgesteld dat zich een onherstelbaar verzuim als bedoeld in art. 359a Sv heeft voorgedaan en hij tot het oordeel komt dat de in art. 359a, tweede lid, genoemde belangen rechtvaardigen dat het verzuim zonder rechtsgevolgen dient te blijven, brengt een redelijke uitleg van art. 359a Sv, derde lid, Sv mee dat hij die beslissing eveneens in zijn vonnis vermeldt en met redenen omkleedt.’<sup>88</sup>

Kuiper noemt deze jurisprudentiële eisen een van de belangrijkste sturingsmiddelen voor de vormgeving van de rechterlijke controle op het voorbereidend onderzoek: ‘(i) het bepalen van aard en omvang van de ambtshalve op de rechter rustende onderzoeksplicht, (ii) het stellen van eisen aan timing en inhoud van verweren waarin een beroep wordt gedaan op een vormfout en (iii) het bepalen van de aard en omvang van de plicht om de aan een verweer ten grondslag gelegde feiten aannemelijk te maken en het bepalen op wie deze plicht rust.’<sup>89</sup> Deze sturing is volgens Kuiper noodzakelijk vanwege de beperkte capaciteit van gerechten en de behoefte hier zo efficiënt en zinvol mogelijk te benutten: ‘De aandacht van alle procesdeelnemers moet dus worden gericht, mede met behulp van de hiervoor behandelde sturingsmiddelen, op de meest relevante kwesties... Hoe meer aandacht binnen het strafproces bestaat voor vragen die niet direct verband houden met de beoordeling van het aan de verdachte gemaakte verwijt, hoe meer capaciteit elke zaak vereist, hoe hoger de kosten van elke strafzaak.’<sup>90</sup> Deze jurisprudentiële eisen geven aldus uitdrukking aan de normatieve keuze van de Hoge Raad ten aanzien van de kaders (en het zwaartepunt) van de rechterlijke toetsing van het vooronderzoek. Daar waar Kuiper deze keuze positief beoordeelt, zijn andere auteurs kritischer. Brinkhoff beargumenteert dat de zware motiveringsverplichting zich moeilijk verhoudt met de in de memorie van toelichting tot uitdrukking

---

een zeer stevige eis gesteld aan de onderbouwing van het verweer door de verdediging.’

88 HR 22 september 1998, *NJ* 1999/104, m.nt. De Hullu; Fokkens wijst in zijn conclusie onder *NJ* 2001/587 erop dat de Hoge Raad ook in zijn latere jurisprudentie deze lijn bevestigt: ‘In HR 11 juli 2000, *NJ* 2000, 693 kwam de vraag aan de orde hoe het met artikel 359a Sv verwante artikel 413 SvNA moet worden uitgelegd.’ Het ging daarbij om de vraag of het Hof had moeten beslissen op een verzoek tot strafvermindering omdat bij de verlenging van de voorlopige hechtenis door de rechter-commissaris was verzuimd de verdachte voorafgaand aan die verlenging te horen. De Hoge Raad overwoog dat ‘ook wanneer het Hof van oordeel was dat het onderhavige verzuim niet tot strafvermindering behoefde te leiden, het Hof deze beslissing had behoren te motiveren’.

89 Kuiper 2014, p. 138

90 Kuiper 2014, p. 140.

komende gedachte dat de feitenrechter in een concrete zaak de vrijheid moet hebben een zelfstandige afweging te maken omtrent de strafprocessuele reactie op vormverzuimen.<sup>91</sup> Deze zelfstandige taak dient bovendien niet afhankelijk te zijn van de vraag of en in hoeverre de verdediging heeft voldaan aan haar stelplicht, al lijkt de jurisprudentie van de Hoge Raad dat soms wel te impliceren.<sup>92</sup> Hoewel het alleszins begrijpelijk is dat de verdediging een verantwoordelijkheid heeft in het deugdelijk onderbouwen van een verweer ten aanzien van onrechtmatigheden in het vooronderzoek en de wijze waarop deze onrechtmatigheden de verdachte hebben geschaad, kan de stelplicht niet als drempelvoorwaarde worden aangemerkt voor toepassing van artikel 359a Sv. Deze eis zou zich niet alleen slecht verhouden met de zelfstandige controlerende taak van de rechter, maar heeft ook een aantal problematische praktische aspecten. Brinkhoff wijst op het feit dat in bepaalde gevallen nauwelijks aan deze eis is te voldoen, bijvoorbeeld bij (veronderstelde) onrechtmatigheden rondom de verkrijging van afgeschermd startinformatie.<sup>93</sup> Daarnaast wordt op deze wijze de rechtsbescherming van de verdachte te veel afhankelijk gemaakt van de kwaliteit van (het verweer van) zijn advocaat. Met name waar het onrechtmatigheden betreft die niet rechtstreeks aan het recht op een eerlijk proces raken, zal de rechter immers gemakkelijk voorbij kunnen gaan aan het verweer wanneer dit niet voldoet aan de in de jurisprudentie gestelde stelplicht. Röttgering plaatst deze jurisprudentie in de bredere ontwikkeling naar een steeds meer contradictoir strafprocesrecht waarin de rechter alleen hoeft te motiveren wanneer hem dat uitdrukkelijk wordt gevraagd en wijst (onder andere) op de risico's die dat met zich brengt vanuit een rechtsbeschermend perspectief.<sup>94</sup>

Als gezegd is deze jurisprudentiële lijn te begrijpen is vanuit de behoefte om de wildgroei aan vormverzuimverweren in te perken. Tegelijkertijd kunnen deze vereisten de normerende werking van de jurisprudentie ondermijnen doordat de rechter zich niet in altijd meer geroepen voelt uit te laten over de vraag of een strafvorderlijke bevoegdheid al dan niet op rechtmatige wijze is aangewend en wat de wettelijke grenzen van de inzet van de bevoegdheid zijn.

Tot slot moet in dit kader ook op een andere ontwikkeling ten aanzien van de stelplicht in 359a Sv worden gewezen. De Hoge Raad legt niet zelden een beroep op bewijsuitsluiting uit als een tot vrijspraak strekkend verweer, waardoor een bewijsuitsluitingsverweer alsnog niet hoeft te voldoen aan de strenge stelplicht die geldt onder artikel 359a Sv.<sup>95</sup> In dit kader merken Ver-

---

91 Brinkhoff 2016, p. 115.

92 Zie in dit verband ook Nan & Bektesevic 2017, p. 202-203.

93 Brinkhoff 2016, p. 114; Brinkhoff 2015.

94 Röttgering 2013, p. 292-293.

95 Zie bijvoorbeeld HR 16 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2773; HR 4 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2244.

baan en Bektesevic op dat de Hoge Raad ten aanzien van de eisen die aan een verweer op de voet van artikel 359 lid 3 tweede volzin Sv ruimhartig is, terwijl de stelplicht in artikel 359a Sv zeer strak wordt gehanteerd.<sup>96</sup> Dit draagt er verder aan bij dat niet duidelijk is welke eisen de Hoge Raad precies stelt voor verweren op de voet van 359a Sv, waarbij voor de vraag of het verweer al dan niet moet voldoen aan de stelplicht onder artikel 359a Sv niet alleen van belang is om wat voor type vormverzuim het gaat (met vormverzuimen die raken aan artikel 6 EVRM wordt immers ruimhartiger omgegaan), maar ook op welke sanctie een beroep wordt gedaan. Mevis voegt hier tot slot aan toe dat met het ontwikkelen van een derde (jurisprudentiële) model voor verweren en motiveren de Hoge Raad het al complexe stelsel aangaande de motiveringsplicht onnodig gecompliceerd heeft maakt.<sup>97</sup>

#### 6.2.1.4 Ambtshalve toetsing

Voor de invoering van artikel 359a Sv schuwde de Hoge Raad de ambtshalve toetsing van het vooronderzoek en de sanctionering van onregelmatigheden daarbinnen allerm minst.<sup>98</sup> Aangezien artikel 359a Sv slechts een codificatie is van de jurisprudentiële ontwikkeling, kan betoogd worden dat een ambtshalve toetsing nog steeds tot de mogelijkheden behoort. Het bovenstaande ten aanzien van de stelplicht kan echter een andere licht werpen op deze kwestie waardoor de vraag gesteld kan worden in hoeverre een ambtshalve toetsing van de rechtmatigheid van het vooronderzoek en toepassing van de in artikel 359a Sv gelegen sancties nog tot de mogelijkheden van de rechter behoren. Daartoe lijkt de aangescherpte stelplicht impliciet weinig ruimte te bieden. Bovendien geeft noch artikel 359a Sv noch de jurisprudentie van de Hoge Raad hierover expliciet uitsluitsel. De vraag is dan ook wat de relatie is tussen de stelplicht en de reikwijdte van de verantwoordelijkheid van de rechterlijke controle en daarmee de ambtshalve toetsing van het vooronderzoek. Om te beginnen kan worden gewezen op het voorstel van de Commissie-Moons voor het eerste lid van artikel 359a Sv lid 1 van dit voorstel luidde als volgt:

‘1. De rechtbank kan, indien blijkt dat bij het voorbereidend onderzoek of bij het onderzoek ter terechtzitting vormen zijn verzuimd die niet meer kunnen worden hersteld en de rechtsgevolgen hiervan niet uit de wet blijken, *ambtshalve*, op voordring van de officier van justitie of op verzoek van de verdachte, bepalen dat (...)’ [cursivering MS].<sup>99</sup>

<sup>96</sup> Zie hierover de noot van Verbaan & Bektesevic onder HR 4 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2244.

<sup>97</sup> Zie noot Mevis onder NJ 2012/253.

<sup>98</sup> NJ 1979/142 (*Braak bij binnentreden*), m.nt. Mulder.

<sup>99</sup> Corstens 1993, p. 52.

Dit voorstel wijkt op een tweetal punten af van de uiteindelijke bepaling. In de eerste plaats beperkt het huidige artikel 359a Sv zich tot het voorbereidend onderzoek, zoals hierboven reeds uitgelegd. Ten tweede heeft de wetgever overwogen dat 'de rechtbank deze sancties alleen ambtshalve en niet op verzoek van de verdachte of op vordering van de officier van justitie kan toepassen'.<sup>100</sup> Deze afwijking was mede ingegeven door de reactie van het OM op het rapport:

'Voorgesteld art. 359a, eerste lid, aanhef (rechtsgevolgen van vormverzuimen): hierin wordt bepaald dat de rechtbank ambtshalve, op vordering van de OvJ of op verzoek van de verdachte de nader omschreven rechtsgevolgen van niet meer herstelbare vormverzuimen kan bepalen. De werkgroep wijst erop dat deze formulering ingevolge art. 330 Sv. een reactieplicht voor de rechtbank met zich meebrengt. De werkgroep acht het systematisch juist dat deze bevoegdheid slechts aan de rechter ambtshalve wordt toegekend.'<sup>101</sup>

De wetgever sloot zich aan bij dit advies en besloot op dit onderdeel af te wijken van het voorstel van de Commissie-Moons omdat deze formulering om systematische redenen de voorkeur verdient.<sup>102</sup> De gekozen formulering van de wetgever roept wel de nodige vragen op, namelijk waarom zou de rechter een bepaalde in de wet voorziene sanctie wel ambtshalve en niet op vordering van het OM of op verzoek van de verdachte kunnen toepassen? Fokkens legt deze formulering uit tegen de achtergrond van het advies van het OM:

'Kennelijk heeft de wetgever met het schrappen van de bedoelde passage tot uitdrukking willen brengen dat een vordering van de officier van justitie of een verzoek van de verdachte tot toepassing van art. 359a Sv geen verplichting tot een gemotiveerd antwoord van de rechter in het leven roept, die vergelijkbaar is met de in art. 330 Sv neergelegde responsieplicht.'<sup>103</sup>

In het licht hiervan kan de in de jurisprudentie aangebrachte aanscherping van de stelplicht beter gezien worden als de bevestiging dat de verdediging in beginsel verantwoordelijk is om aan te geven waarom een bepaald verzuim tot een rechtsgevolg dient te leiden. Dit niet zozeer om de rechter vrij te stellen van het doen van ambtshalve onderzoek naar de rechtmatigheid van het onderzoek, maar meer om hem te vrijwaren van het uitvoerig motiveren

---

100 *Kamerstukken II 1993/94*, 23705, 3, p. 24.

101 *Kamerstukken II 1993/94*, 23705, 3.

102 *Kamerstukken II 1993/94*, 23705, 3, p. 24.

103 Conclusie AG Fokkens onder NJ 2001/587, o. 11.

waarom hij afwijkt van (slecht onderbouwd) verweer van de verdediging.<sup>104</sup> Dat blijkt bijvoorbeeld ook uit het feit dat de Hoge Raad niet geneigd is te casseren indien de feitenrechter zich wel heeft gewaagd aan ambtshalve toetsing van het vooronderzoek, ook niet wanneer het niet gaat om een artikel 6-recht.<sup>105</sup>

Voor de stelling dat de ambtshalve toetsing wel degelijk een rechterlijke bevoegdheid en zelfs verantwoordelijkheid is, kan ook elders in het rapport van de Commissie-Moons – en de jurisprudentie van zowel de Hoge Raad als het Europese Hof voor de Rechten van de Mens – enkele aanwijzingen worden gevonden.

Zo kan worden gewezen op de overwegingen van de Commissie-Moons ten aanzien van andere sancties dan die thans zijn gecodificeerd in artikel 359a Sv. Met betrekking tot een aparte bezwaarschriftprocedure inzake onrechtmatig verkregen bewijs overweegt de commissie dat een dergelijke bezwaarschriftprocedure om meerdere redenen ongeschikt is als alternatief voor een rechterlijke toetsing ter zitting. Eén van deze redenen is dat een bezwaarschriftprocedure alleen een oplossing is indien de verdachte een verweer voert waarin de rechtmatigheid van het bewijs ter discussie wordt gesteld en vervolgens gebruik maakt van deze procedure. Indien de zittingsrechter ambtshalve tot de conclusie komt dat bewijs onrechtmatig is verkregen, is het immers te laat voor een dergelijke bezwaarschriftprocedure daar hij reeds kennis heeft genomen van het eventueel onrechtmatig verkregen bewijs: 'Een dergelijke procedure ontslaat de rechter ook niet van de verplichting ambtshalve de rechtmatigheid van het bewijs te toetsen.'<sup>106</sup> Ondanks dat de bezwaarschriftprocedure ook een aantal voordelen heeft, was mede vanwege de bovenstaande overweging de commissie van oordeel dat een dergelijke procedure een ontoereikend alternatief was voor de toetsing van de rechtmatigheid van de bewijsverkrijging door de zittingsrechter. Hiermee erkent de Commissie-Moons aldus ondubbelzinnig de mogelijkheid van ambtshalve toetsing.

Dat deze mogelijkheid wordt erkend is bovendien niet vreemd in het licht van de verantwoordelijkheid die de zittingsrechter heeft ten aanzien van de rechtmatigheid van het strafproces en de bescherming van de rechten van alle betrokkenen bij de strafprocedure. Uit artikel 6 EVRM kan in ieder geval worden afgeleid dat de zittingsrechter een verantwoordelijkheid draagt voor het waarborgen van de eerlijkheid van het proces van de verdachte. Deze eerlijk-procesrechten hebben ook implicaties ten aanzien van de (rechtmatigheid) van de voorfase van de berechting, te denken valt aan het recht van verdachte

---

104 Zo ook Kuiper 2014, p. 304: 'Een en ander neemt mijns inziens niet weg dat ook tegenwoordig de rechter, indien sprake is van een uit de stukken rijzend rechtstreeks en ernstig vermoeden dat niet-ontvankelijkheid van het OM of bewijsuitsluiting zou moeten volgen, ervan blijk dient te geven hiernaar onderzoek te hebben gedaan.'

105 HR 4 november 2014, *NJ* 2015/126, m.nt. Mevis.

106 Corstens 1993, p. 26.

op rechtsbijstand, zijn zwijgrecht, het recht om te beschikken over voldoende tijd en faciliteit ter voorbereiding van zijn verdediging, en het recht op behandeling van zijn zaak binnen een redelijke termijn. In het licht hiervan ligt het in ieder geval voor de hand om te stellen dat er wel degelijk een bepaalde verantwoordelijkheid op de rechter rust om de rechtmatigheid van het vooronderzoek (ook ambtshalve) te toetsen.<sup>107</sup> Van de rechter kan tegelijkertijd ook niet worden verwacht dat hij telkens een onderzoek instelt naar de rechtmatigheid van het vooronderzoek. Hij mag in beginsel de rechtmatigheid van de opsporing veronderstellen en is slechts gehouden deze te toetsen wanneer het strafdossier daar aanleiding toe geeft.<sup>108</sup>

Tegelijk blijft het de vraag hoe ver deze inherente verantwoordelijkheid van de zittingsrechter reikt. Hierover stelt Melai het volgende:

‘De Nederlandse arbiter is geen lijdelijk arbiter, die slechts heeft af te wachten wat partijen hem uit het resultaat van het vooronderzoek verlangen aan te bieden of te onthouden, maar de rechter in strafzaken is daarentegen belast met de *leiding* van het onderzoek (art. 274 Sv.). Deze in de wet vooropgestelde functie omvat meer dan een verbale versiering tegen de achtergrond van enkele bescheiden ordeproblemen. Verdachte, getuigen en deskundigen worden niet alleen uitsluitend onderzocht door de rechter (de bevoegdheden van partijen zijn immers daarop in een relatie van afhankelijkheid afgestemd), maar de rechter is bovendien bevoegd niet op de terechtzitting gehoorde getuigen of deskundigen dan wel daar niet aanwezige bescheiden of stukken van overtuiging te doen dagvaarden of te doen overleggen: ongeacht wat partijen in dat opzicht voor goed houden. Kortom: de rechter is de in het wetboek aangewezen hoeder van de deugdelijkheid en de volledigheid van het onderzoek, hetgeen ook hieruit blijkt dat hij de zorg heeft voor het kenbaar maken van de inhoud van de stukken (art. 97 Sv.) en dat hij los van de partijen (onder nadere aanduiding van het onderwerp) alsnog een gerechtelijk vooronderzoek kan doen instellen of – als dat al was ingesteld – kan doen heropenen.’<sup>109</sup>

We kunnen kortom concluderen dat zowel in de jurisprudentie van de Hoge Raad als in de wet de ambtshalve toetsing nog steeds geoorloofd is. De vraag is echter wel hoe ver deze verantwoordelijkheid reikt (en ingevolge de jurisprudentie mag reiken).

#### 6.2.1.5 Betrouwbaarheid

Een andere inperking die de Hoge Raad heeft aangebracht in het toepassingsbereik van artikel 359a Sv ziet op verweren aangaande de betrouwbaarheid van het verkregen bewijs. Hiermee wordt gedoeld op het algemene onder-

---

107 Zo wordt de schending van de redelijke termijn steevast ambtshalve toegepast. Zie bijv. HR 13 oktober 2015, *NJ* 2016/111, m.nt. Myjer, *r.o.* 5.

108 Schalken 1981, p. 67-68.

109 Melai 1992, p. 64-65.

scheid tussen enerzijds betrouwbaarheidsnormen en anderzijds rechtmatigheidsnormen. In de literatuur wordt dit onderscheid grofweg als volgt gedefinieerd: normen die de betrouwbaarheid van het bewijs waarborgen zijn veelal technisch en methodologisch van aard en staan in het teken van het proces van de waarheidsvinding, terwijl bij rechtmatigheidsnormen andere waarden – zoals de bescherming van de rechten van de verdachte en de integriteit van het opsporingsapparaat – centraal staan.<sup>110</sup> In het Afvoerpijparrest merkt de Hoge Raad op dat artikel 359a Sv niet van belang is ter beoordeling ‘van 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.’<sup>111</sup> De gedachte is dat wanneer ten gevolge van de overtreding van strafprocessuele normen er twijfels bestaan over de betrouwbaarheid van het bewijs, de rechter dat bewijs vanzelfsprekend niet zal gebruiken in de bewijsvoering. Het afwegen van belangen en daarbij betrekken van de in het tweede lid van artikel 359a Sv genoemde factoren is niet noodzakelijk, aangezien onbetrouwbaar bewijsmateriaal niet moet dienen als basis voor een rechterlijk oordeel. Aldus dienen ingevolge de jurisprudentie van de Hoge Raad vormverzuimen die vragen oproepen omtrent de betrouwbaarheid en de waarde van het verkregen bewijsmateriaal buiten het kader van artikel 359a Sv te worden afgedaan. Dit onderscheid tussen normschendingen die ofwel de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal ofwel de rechtmatigheid van de bewijsverkrijging betreffen, is ook in latere rechtspraak van de Hoge Raad bevestigd. Zo oordeelde de Hoge Raad in *NJ* 2011/375 dat ‘indien door vormverzuimen bij de totstandkoming van de verklaring van een medeverdachte de betrouwbaarheid van die verklaring wezenlijk is beïnvloed, de rechter om die reden een dergelijke verklaring buiten beschouwing zal laten’.<sup>112</sup> In cassatie had de verdediging geklaagd over het gebruik van de (belastende) verklaring van medeverdachte, terwijl de medeverdachte voorafgaand aan zijn verhoor niet in de gelegenheid was gesteld te consulteren met zijn raadsman. De Hoge Raad oordeelde dat aan het recht op rechtsbijstand – de Salduznorm – geen derdenwerking toekomt en de verdachte zich om die reden niet kan beroepen op dit vormverzuim, maar voegde er wel aan toe dat indien door de normschending twijfel bestaat over de betrouwbaarheid van de verklaring die verklaring om die reden niet zal worden gebruikt voor het bewijs. Hoewel dit arrest in die zin weinig opzienbarend is, maakt het wel duidelijk dat een heel scherp onderscheid tussen normen die de betrouwbaarheid van het bewijs betreffen en normen

---

<sup>110</sup> Dubelaar 2009, p. 93-94.

<sup>111</sup> *NJ* 2004/376, r.o. 3.6.4.

<sup>112</sup> HR 7 juni 2011, *NJ* 2011/375, m.nt. Schalken, met een verwijzing naar de in de vorige noot genoemde rechtsoverweging in het Afvoerpijparrest; meer recept ook HR 29 januari 2013, *NJ* 2013/415, m.nt. Borgers over het onrechtmatig bewaren van DNA-profielen.

die de rechtmatigheid van het handelen betreffen niet altijd even goed mogelijk is.

Ook in de literatuur wordt gewezen op het belang een onderscheid te maken tussen deze twee typen normen. Dubelaar betoogt dit onder meer door te wijzen op het verschil in grondslag en doel van ‘sanctioneren’ van de twee typen normoverschrijdingen. De grondslag van bewijsuitsluiting als reactie op onrechtmatig strafvorderlijk handelen is een rechtsstatelijke, waarbij argumenten omtrent de bescherming van de rechten van de verdachte en de integriteit een centrale rol hebben, terwijl het niet gebruiken van onbetrouwbaar bewijs meer in verband kan worden gebracht met het doel van waarheidsvinding.<sup>113</sup> Daarnaast is het oordeel over de betrouwbaarheid van het bewijs een feitelijk oordeel, terwijl het oordeel over het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs een normatief oordeel betreft waarin verschillende belangen en perspectieven een rol kunnen spelen.<sup>114</sup> Dit betekent dat de hierboven genoemde normatieve standpunten over de reikwijdte en het doel van de rechterlijke controle op de rechtmatigheid van het vooronderzoek, geen rol toekomt in de discussie over het gebruik van onbetrouwbaar bewijs. Immers, ook vanuit een meer op *crime control* gerichte benadering, zal de rechter zich moeten buigen over het ten laste gelegde feit en daarmee rekenschap geven van die vormfouten die de waarheidsvinding in het proces kunnen schaden omdat de betrouwbaarheid van het vergaarde bewijs op het spel is komen te staan.<sup>115</sup>

Zoals gezegd is het ondanks de verschillen in de twee type normen niet eenvoudig om deze scherp van elkaar te onderscheiden, omdat veel strafvorderlijke normen zowel een betrouwbaarheids- als een rechtmatigheidscomponent hebben. Hierbij gaat het vaak om normen die raken aan het recht op een eerlijk proces van de verdachte, zoals het pressieverbod, het recht op rechtsbijstand en het recht op tegenonderzoek. In dit kader merkt Dubelaar op dat de jurisprudentiële lijn niet altijd consequent is, omdat het niet helemaal duidelijk is of betrouwbaarheidsverweren voorafgaan aan rechtmatigheidsverweren, en omdat de Hoge Raad ook daarnaast ruimte laat bestaan voor sanctiëring van ‘betrouwbaarheidsproblemen’ langs de weg van artikel 359a Sv (zowel met betrekking tot betrouwbaarheidsnormen, als met betrekking tot normen die zowel aan de rechtmatigheid als de betrouwbaarheid raken).<sup>116</sup> Hier komt bij dat de steeds grotere rol die de Hoge Raad toedicht aan artikel 6 EVRM voor de invulling van artikel 359a Sv, bijdraagt aan een verdere vermenging van deze twee kaders. Immers, bij het reageren op vormverzuimen die raken aan de betrouwbaarheid van het bewijs treedt het waarborgen van een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM op de voorgrond. Het EHRM

---

113 Dubelaar 2009, p. 95-96.

114 Dubelaar 2009, p. 96.

115 Zie ook Kuiper 2014, p. 63.

116 Dubelaar 2009, p. 102.

schaart de betrouwbaarheidseisen aan het bewijsmateriaal namelijk onder het vereiste van een eerlijke procesvoering: het gebruik van onbetrouwbaar bewijsmateriaal in het strafproces maakt het proces als zodanig oneerlijk. Hier komen ook de vereisten van de mogelijkheden van het doen van tegenonderzoek en het voldoende in de gelegenheid zijn gesteld onderzoeksresultaten te toetsen bij kijken, die eveneens onder artikel 6 EVRM worden geschaard.<sup>117</sup>

#### 6.2.1.6 Verzuimen voorgelegd aan de rechter-commissaris

De Hoge Raad bepaalde al in 2001 dat vormverzuimen die betrekking hebben op bevelen inzake de vrijheidsbenemende dwangmiddelen die aan de orde kunnen worden gesteld bij de rechter-commissaris niet onder het bereik van artikel 359a Sv vallen. Te denken valt aan bepaalde vormverzuimen bij de aanhouding en in verzekeringstelling van de verdachte. Aangezien de toepassing van deze dwangmiddelen ter toetsing voorgelegd kan worden aan de rechter-commissaris en er geen hogere voorziening mogelijk is tegen dat oordeel, kan niet van de zittingsrechter worden verwacht dat hij deze rechtmatigheidstoets opnieuw uitvoert. Dit zou immers een doorkruising van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen meebrengen, die bovendien niet kan worden afgeleid uit artikel 359a Sv of de wetsgeschiedenis bij die bepaling, aldus de Hoge Raad.<sup>118</sup> In zijn annotatie bij het arrest merkt Reijntjes op dat dit een verrassend oordeel is van de Hoge Raad gezien zijn eerdere standpunt ten aanzien van het bereik van artikel 359a Sv.<sup>119</sup> In 1999 had de Hoge Raad immers met een verwijzing naar de parlementaire geschiedenis van deze wet en de strekking ervan geoordeeld dat de wetgever een ruim begrip van vormverzuimen voor ogen heeft gehad bij de invoering van deze wet en dat daarvoor met name ook zijn begrepen normschendingen bij de opsporing.<sup>120</sup> Toch kan Reijntjes deze uitleg van de Hoge Raad ook wel begrijpen vanuit het oogpunt van het inperken van verweren gericht op artikel 359a Sv:

‘Op zichzelf is het geen bezwaar om daartoe een creatieve wetsuitleg te bezigen. Kennelijk heeft de wetgever een beperking als nu door de Raad gesteld niet voor ogen gestaan, en ook de commissie-Moons, die het voorbereidende werk deed, gaf geen blijk aan iets dergelijks te denken; maar er tegen lieten zij zich evenmin uit.’<sup>121</sup>

Ondanks dat deze jurisprudentie van de Hoge Raad niet met open armen ontvangen werd, heeft de Hoge Raad vastgehouden aan de inperking van de reikwijdte van artikel 359a Sv met een verwijzing naar het leerstuk van het

---

117 HR 11 oktober 2016, NJ 2017/30, m.nt. Reijntjes.

118 HR 8 mei 2001, NJ 2001/587, m.nt. Reijntjes.

119 NJ 2001/587, m.nt. Reijntjes, o. 1.

120 HR 6 april 1999, NJ 1999/565, m.nt. Schalken, r.o. 3.5.5.

121 NJ 2001/587, m.nt. Reijntjes, o. 2.

stelsel van gesloten rechtsmiddelen.<sup>122</sup> In zijn standaardarrest uit 2004 bevestigt de Hoge Raad wederom deze regel. Hij oordeelt dat artikel 359a Sv niet van toepassing is op vormverzuimen die betrekking hebben op bevelen inzake de toepassing van vrijheidsbenemende dwangmiddelen die voorgelegd kunnen worden aan de rechter-commissaris die krachtens de wet belast is met het toezicht op de toepassing dan wel de voortdurende van bepaalde tijdens het voorbereidend onderzoek bevolen vrijheidsbenemende dwangmiddelen en die aan dergelijke verzuimen rechtsgevolgen kan verbinden ten aanzien van de voortzetting van de vrijheidsbeneming.

‘Tegen het oordeel van de rechter-commissaris dat het verleende bevel tot in verzekeringstelling niet onrechtmatig is en/of dat er geen gronden zijn het verzoek tot invrijheidstelling van de verdachte in te willigen, staat geen hogere voorziening open. Het gesloten stelsel van rechtsmiddelen in strafzaken zou op onaanvaardbare wijze worden doorkruist indien bij de behandeling van de zaak ter terechtzitting opnieuw of alsnog een beroep zou kunnen worden gedaan op verzuimen bij de in verzekeringstelling die aan de rechter-commissaris zijn of hadden kunnen worden voorgelegd.’<sup>123</sup>

Aanvankelijk is veel kritiek geuit op de jurisprudentie van de Hoge Raad omdat deze beperking het karakter van een categorische uitsluiting zou hebben.<sup>124</sup> Gaandeweg bleek dat de Hoge Raad niet altijd even strikt vasthield aan het uitsluiten van verweren die eventueel ook aan de rechter-commissaris voorgelegd hadden kunnen worden. Indien bijvoorbeeld door het vormverzuim onrechtmatig bewijs is verkregen of indien dermate onbehoorlijk is gehandeld dat de ontvankelijkheid van het OM ter discussie kan worden gesteld, kan de zittingsrechter zich evenwel over de kwestie buigen. Ter illustratie kan worden gewezen op het geval dat ten gevolge van een onrechtmatige aanhouding bewijsmateriaal (onrechtmatig) is verkregen en deze klacht zonder succes bij de rechter-commissaris is voorgelegd. Ter zitting kan opnieuw een verweer worden gevoerd ter zake van de onrechtmatigheid van het bewijsmateriaal.<sup>125</sup> Dat het gesloten stelsel van rechtsmiddelen minder strikt wordt toegepast dan het zou vermoeden, kan worden geïllustreerd aan de hand van NJ 2005/172. In casu had de verdediging de niet-ontvankelijkheid van het OM bepleit omdat de aanhouding van verdachte met disproportioneel veel geweld gepaard was gegaan. Over dit vormverzuim had de verdediging zich reeds eerder beklagd bij de rechter-commissaris die ten gevolge van de hardhandige aanhouding de voorlopige hechtenis van verdachte had geschorst. Ondanks dat de Hoge

---

122 Zie ook HR 30 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4307.

123 NJ 2004/376, m.nt. Buruma, *r.o.* 3.4.2.

124 Zie ook Keulen & Knigge 2016, p. 569, zij stellen dat de Hoge Raad met deze beperking ‘een categorie vormverzuimen die vooral bij een beroep op strafvermindering een rol kunnen spelen buiten de reikwijdte van art. 359a Sv’ heeft geplaatst.

125 Zie hierover ook noot Reijntjes onder NJ 2001/578.

Raad dit verweer had kunnen verwerpen met een beroep op het gesloten stelsel van rechtsmiddelen – de rechter-commissaris had zich immers reeds gebogen over het verzuim – oordeelde hij dat het hof het verweer op strafvermindering van de verdediging ten onrechte had verworpen:

‘Het kennelijke oordeel van het Hof dat, gelet op het verhandelde ter terechtzitting, de hardhandige wijze van optreden van de politiefunctionarissen bij de aanhouding van de verdachte niet disproportioneel is geweest, zodat er geen sprake is van een verzuim van vormen dat tot strafvermindering zou kunnen leiden als bedoeld in art. 359a Sv, is zonder nadere motivering die ontbreekt niet begrijpelijk. De onder 3.5 weergegeven onderdelen van het “verslag slachtofferonderzoek” in samenhang beschouwd met de onder 3.2 weergegeven verklaring van de verdachte had het Hof aanleiding dienen te geven tot die nadere motivering.’<sup>126</sup>

In zijn conclusie onder NJ 2006/623 geeft Machielse een opsomming van arresten waarin de Hoge Raad het verweer van de verdediging in behandeling heeft genomen, ondanks dat een strikt begrip van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen tot verwerpen van het verweer had dienen te leiden. Hieruit leidt Machielse af dat ‘onder omstandigheden alle mogelijkheden die artikel 359a lid 1 Sv biedt, aan de zittingsrechter kunnen worden voorgehouden ook als eerder de rechter-commissaris de rechtmatigheid van de in verzekeringstelling heeft getoetst of verdachte heeft gehoord op de vordering bewaring.’<sup>127</sup> Hij concludeert dat deze rechtspraak omtrent vormverzuimen (die betrekking hebben op artikel 59 Sv) laat zien dat het gesloten stelsel van rechtsmiddelen door de Hoge Raad wordt ingeroepen wanneer het nadeel dat door het verzuim is veroorzaakt geïsoleerd staat van de vragen van artikel 349 en 350 Sv:

‘Bijvoorbeeld gaat het er dan om of tweemaal een bevel bewaring tegen verdachte mag worden gevorderd of gegeven. Het antwoord op die vraag belast het onderzoek ter terechtzitting niet. Maar wanneer het gaat om voorwaarden voor het voorarrest die wel uitstralen naar de beslissingen die zittingsrechter moet nemen komt het mij voor dat de rechter-commissaris, die, zoals gezegd meestal op basis van summiere gegevens zijn beslissingen geeft, de zittingsrechter niet kan binden. Als de rechter-commissaris de in verzekeringstelling rechtmatig heeft geoordeeld omdat hij meent dat, ondanks het verweer van verdachte, het bewijsmateriaal op rechtmatige wijze is verkregen, bindt dit oordeel de zittingsrechter niet. Hetzelfde geldt voor het omgekeerde; wanneer de rechter-commissaris meent dat er na aftrek van onrechtmatig verkregen bewijs onvoldoende verdenking aanwezig blijft om verdachte in verzekering te stellen.

---

126 HR 21 december 2004, NJ 2005/172 m.nt. Reijntjes.

127 HR 13 juni 2006, NJ 2006/623, m.nt. Klip, conclusie Machielse o. 13.

Als mijn indruk juist is zal ook in deze zaak het oordeel van de rechter-commissaris dat de in verzekeringstelling onrechtmatig was geen gevolgen hebben voor de beslissingsruimte van de zittingsrechter.<sup>128</sup>

Door al deze uitzonderingsgevallen is in de literatuur beargumenteerd dat het leerstuk van de gesloten stelsel van rechtsmiddelen in relatie tot artikel 359a-verwerpen voor veel onzekerheid zorgt in de praktijk.<sup>129</sup> Inmiddels echter maakt de rechtspraak van de Hoge Raad wel helder wat de kern van deze inperking is: zij komt erop neer dat de zittingsrechter geen hogere voorziening dient te vormen voor een beslissing van de rechter-commissaris (of de raadkamer)<sup>130</sup> waar wettelijk gezien geen appel voor mogelijk is.<sup>131</sup> Indien het gaat om een vormverzuim dat raakt aan een beslissing die de zittingsrechter dient te nemen dan zal hij zich alsnog moeten uitlaten over het vormverzuim. Kuiper laat aan de hand van een categorisatie – die aansluit bij de hierboven gegeven analyse van Machielse – zien dat de rechtspraak van de Hoge Raad inmiddels een duidelijk beeld laat zien van hetgeen de Hoge Raad voor ogen heeft gehad met deze beperking van de reikwijdte van artikel 359a Sv. Hij betoogt dat hiermee ook de onzekerheid ten aanzien van het leerstuk van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen is weggenomen.<sup>132</sup> De begrenzing van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen dient vooral gezocht te worden in de aard van het verzuim en de strekking van het verweer dat daarop volgt, aldus Kuiper. Aan de hand van deze twee factoren onderscheidt hij drie categorieën vormverzuimen die kunnen stuiten op het gesloten stelsel van rechtsmiddelen. Vormverzuimen die:

- ‘(i) alleen relevant zijn in het kader van de beslissing inzake de toepassing van vrijheidsbenemende dwangmiddelen;
- (ii) die alleen relevant zijn voor de beantwoording van de vragen van art. 348 en 350 Sv door de zittingsrechter; en een categorie daartussen van
- (iii) vormverzuimen die zowel bij de beoordeling door de RC en de raadkamer als bij de beoordeling door de zittingsrechter van belang kunnen zijn.’<sup>133</sup>

Het moge duidelijk zijn dat de vormverzuimen die onder de eerste categorie vallen, zullen afstuiten op het gesloten stelsel van rechtsmiddelen. De vormverzuimen onder de tweede en derde categorie kunnen echter wel ter sprake worden gebracht bij de zittingsrechter. Hierbij moet echter wel worden bedacht dat of een dergelijk verweer ook daadwerkelijk door de zittingsrechter wordt

---

128 Conclusie Machielse o. 21.

129 Zie bijvoorbeeld Brouwer & Jebbink 2002, p. 393-398; Franken 2004, p. 18-19; maar ook de conclusie van AG Machielse onder NJ 2006/623; HR 24 november 2009, NJ 2011/194, m.nt. Buruma.

130 HR 22 juni 2004, NJ 2004/561 m.nt. Mevis.

131 Zie ook Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, p. 868-869.

132 Kuiper 2014, p. 252.

133 Kuiper 2014, p. 254.

behandeld afhangt van de wijze waarop het is 'ingekleed', aldus Kuiper. Maar niet elk verweer dat is gericht op bewijsuitsluiting of niet-ontvankelijkheid zal automatisch door de rechter in beoordeling worden genomen:

'de aard van het verzuim is dus niet ondergeschikt aan de strekking van het verweer. Het omgekeerde geldt wel. Strekt het verweer ertoe de – in een eerdere rechtsgang door de RC of de raadkamer getoetste – inverzekeringstelling of voorlopige hechtenis onrechtmatig was, dan stuit dat af op het gesloten stelsel van rechtsmiddelen, ongeacht welk concreet verzuim aan die stelling ten grondslag worden gelegd (...). Bij de zittingsrechter kan wel worden betoogd dat strafvermindering moet volgen op de voet van art. 359a Sv omdat de aanhouding disproportioneel hardhandig en daarom onrechtmatig heeft plaatsgevonden. Niet kan het verweer worden gevoerd dat de formaliteiten bij de inverzekeringstelling niet in acht zijn genomen, als gevolg waarvan deze onrechtmatig is geweest (...). Wie alleen betoogt dat de aanhouding onrechtmatig is geweest, zonder aan te geven op welke grond dat zo is en waarom de zittingsrechter vervolgens daaraan een rechtsgevolg zou moeten verbinden, loopt het risico dat de feitenrechter dat verweer – niet onbegrijpelijk opvat als een beroep op een vormverzuim dat aan de RC kon en moet worden voorgelegd.'<sup>134</sup>

Kortom, de eisen die de Hoge Raad stelt aan de stelplicht hebben ook grote gevolgen voor de inperking die de Hoge Raad heeft ingebracht in de werking van artikel 359a Sv.

De ratio achter deze inperking van de werkingssfeer van artikel 359a Sv door de Hoge Raad is begrijpelijk. Hij wilde paal en perk stellen aan verweren op vormverzuimen waar eerder tevergeefs bij de rechter-commissaris over was geklaagd. Ook in de literatuur wordt deze jurisprudentie van de Hoge Raad (inmiddels) niet als problematisch ervaren. Zoals hierboven gezegd stelt Kuiper dat de contouren van deze jurisprudentie inmiddels helder zijn en dat in twijfelgevallen de Hoge Raad de verdachte 'het volle pond geeft'.<sup>135</sup> Bovendien kunnen vormfouten die raken aan belangrijke rechten van de verdachte altijd ter beoordeling van de zittingsrechter worden voorgelegd. Ook in Corstens, Borgers & Kooijmans wordt gewezen op de relatief geringe betekenis van deze beperking voor de rechtspraak betreffende artikel 359a Sv.<sup>136</sup> Kritischer zijn Keulen en Knigge ten aanzien van de jurisprudentie. Hoewel ook zij het nut van deze inperking inzien vragen zij zich af of een categorische uitsluiting van dergelijke verweren de meest voor de hand liggende oplossing had moeten zijn:

'Een bezwaar is (...) dat van die categorische beperking de suggestie uitgaat dat de RC elke vormfout, hoe gering ook, dient te sanctioneren met de invrijheids-

---

<sup>134</sup> Kuiper 2014, p. 258, met een verwijzing naar HR 22 juni 2004, *NJ* 2004/561, Mevis.

<sup>135</sup> Kuiper 2014, p. 259-260, met een verwijzing naar *NJ* 2006/623.

<sup>136</sup> Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, p. 868-869.

stelling van de verdachte. Een andere sanctie heeft de RC immers niet. Toch kan dat niet de bedoeling zijn. Het resultaat lijkt dan ook te zijn dat een aantal vormverzuimen tussen de wal en het schip valt. Dat is onbevredigend bij vormverzuimen die de voortzetting van de inverzekeringstelling niet onrechtmatig maken, maar die wel ernstig genoeg zijn om door strafvermindering te worden gecompenseerd. De uitsluiting van art. 359a Sv heeft ook merkwaardige effecten. De verdachte die vlak voor de voorgeleiding bij de rechter-commissaris wordt vrijgelaten, kan wel een beroep doen op art. 359a Sv.<sup>137</sup>

Wat de toepassing van artikel 359a Sv betreft wordt de leer van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen aldus niet strikt gehandhaafd, en zijn er veel uitzonderingsgevallen te bedenken waar de zittingsrechter ondanks een eerdere controle door de rechter-commissaris zich alsnog zal wagen aan een eigen toets van het vooronderzoek. Dit strookt niet goed met het leerstuk van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen.<sup>138</sup> Het gaat hier immers om een zeer formalistische regel die zich moeilijk laat vereenzelvigen met de vele – op zichzelf terechte – uitzonderingen die de Hoge Raad heeft aangebracht in zijn jurisprudentie.<sup>139</sup> In dit kader stelt Knigge dat hij niet uitsluit dat de Hoge Raad

‘zich minder gelukkig heeft uitgedrukt en eigenlijk bedoeld heeft dat de oplegging van vrijheidsbenemende dwangmiddelen in ons strafproces met voldoende waarborgen is omkleed (waaronder de waarborg van rechterlijk toezicht) en dat daarom aan toezicht van de zittingsrechter op de rechtmatigheid van die oplegging (door middel van toepassing van art. 359a Sv) geen of onvoldoende behoefte bestaat. De beperking van de toepassing van art. 359a Sv wordt dan niet gezocht in de geslotenheid van het stelsel van rechtsmiddelen, maar in een beperkte strekking of reikwijdte van art. 359a Sv.’<sup>140</sup>

Hierdoor is het dan ook de vraag of een verwijzing naar het gesloten stelsel van rechtsmiddelen in dezen geoorloofd is, naast de door de Hoge Raad aangenomen uitzonderingen zijn er immers ook andere aan de rechter-commissaris

---

137 Keulen & Knigge 2016, p. 569.

138 Zie in dit kader ook de bespreking van de strekking van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen door A-G Knigge onder HR 10 februari 2015, NJ 2015/197 m.nt. Schalken. Hij stelt in zijn conclusie dat de Hoge Raad bij de toepassing van deze beperking een te ruime strekking toedicht aan het gesloten stelsel van rechtsmiddelen.

139 Zo zoekt Kuiper het belang van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen in de gedachte dat het zorgt voor rechtszekerheid, doelmatigheid en overzichtelijkheid, en uiting geeft aan de gedachte dat een rechtsstrijd eens ter einde moet komen. Er moet aldus niet te snel worden afgeweken van het stelsel maar tegelijkertijd staat vast dat uitzonderingen soms noodzakelijk zijn om de rechtvaardigheid van het stelsel te behouden (Kuiper 2014, p. 250, verwijzend ook naar De Hullu 1989, p. 462).

140 Zie conclusie Knigge onder NJ 2015/197.

toekomstige beslissingen die wel door de zittingsrechter worden getoetst.<sup>141</sup> Al deze uitzonderingen maken de formalistische argumentatie die de Hoge Raad bezigt ter onderbouwing van deze beperking moeilijk te rijmen met de flexibiliteit die hij hanteert bij de zogenoemde 'grensgevallen'.

## 6.2.2 Factoren

De beperkingen in de reikwijdte van artikel 359a Sv zijn deels door de Hoge Raad in het leven geroepen, en deels zijn ze in de jurisprudentie nader aangescherpt. Hoewel zoals hierboven betoogd, ook uitzonderingen mogelijk zijn op deze beperkingen in de reikwijdte van artikel 359a Sv, geven zij in algemene zin aan in welke situatie de rechter langs de weg van dit artikel kan overgaan tot de sanctionering van onrechtmatig overheidshandelen. Is de rechter voornemens om een sanctie te verbinden aan een geconstateerde onrechtmatigheid, dan zal hij rekening dienen te houden met deze factoren. Ook voor deze wegingsfactoren geldt dat zij met name in de jurisprudentie nader zijn uitgewerkt en ingevuld.

### 6.2.2.1 Belang

De eerste factor die wordt genoemd in het tweede lid is 'het belang dat het geschonden voorschrift dient'. Het gaat er bij deze factor om dat de rechter zich buigt over de vraag welk belang de norm in het algemeen beoogt te beschermen, wiens belang dat in het specifieke geval is, en hoe zwaarwegend dat belang is in het licht van de strafprocedure. Deze factor wordt in de literatuur vaak in één adem genoemd met de relativiteitseis.<sup>142</sup> Hoewel deze twee 'factoren' met elkaar overlappen, is er ook een onderscheid te maken. Alvorens in te gaan op dit onderscheid wordt eerst aandacht besteed aan de relativiteitseis, omdat deze op verschillende wijzen een rol speelt in het beoordelingskader van artikel 359a Sv.

Deze relativiteitseis,<sup>143</sup> die ook wel de *Schutznorm* wordt genoemd, speelde

---

141 Te denken valt aan de tapmachtiging en de doorzoeking in de zin van 97 Sv; HR 11 oktober 2005, NJ 2006/625; Corstens/Borgers & Kooijmans verwijst tevens ook naar het inmiddels afgeschafte GVO; zie ook Kuiper 2014, p. 250.

142 Bijv. Schoep, in: *T&C Strafvordering* 2018, aant. 3 bij art. 359a Sv; Embregts, in: *Wetboek van Strafvordering*, A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a., aant. 5.9 bij art. 359a Sv (online, laatst bijgewerkt op 1 oktober 2004); Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, p. 870-871; Keulen & Knigge 2016, p. 543-544.

143 Tevens speelt de relativiteitseis ook een rol bij de afbakening van de reikwijdte van art. 359a Sv, in het bijzonder de eis dat het vormverzuim moet zijn begaan in het voorbereidend onderzoek ter zake van het aan de verdachte ten laste gelegde feit (zie hierboven onder 6.2.1.1). Immers, betoogd kan worden dat indien het vormverzuim is begaan in het kader van het vooronderzoek ten aanzien van een ander dan de verdachte, de verdachte niet in zijn belangen is geschaad. In de literatuur wordt om deze reden gesteld dat deze twee

reeds voor de invoering van artikel 359a Sv een rol in de jurisprudentie van de Hoge Raad.<sup>144</sup> Bij de invoering van deze bepaling overwoog de Commissie-Moons dat ‘het begrip “Schutznorm” en de daaraan te stellen eisen nog onvoldoende uitgekristalliseerd [waren] om deze wettelijk vast te leggen’.<sup>145</sup> Om die reden werd de nadere invulling van deze norm aan de jurisprudentie van de Hoge Raad overgelaten. In het algemeen worden aan deze uit het civiele recht ontleende norm twee verschillende aspecten toegeschreven. Dat is mede gelegen in het feit dat in het civiele recht twee definities worden gegeven aan deze norm:

‘Het gaat in de eerste plaats om de variant dat de geschonden norm “strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden” van het negatief geformuleerde artikel 6:163 BW: “Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden.” In de tweede plaats is er de variant dat tot schadevergoeding verplicht is hij “jegens een ander” een onrechtmatige daad “pleegt” van artikel 6:162 lid 1 BW: “Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.” Deze laatste variant wordt in de literatuur ook geformuleerd als het vereiste dat de schending van de betreffende norm onrechtmatig is “jegens” de benadeelde.’<sup>146</sup>

In het kader van artikel 359a Sv dient de rechter aan beide aspecten te toetsen. Dat betekent dat de relativiteitseis tweeledig is: deze houdt in dat de geschonden norm beoogt het belang van de verdachte te beschermen, waarbij enerzijds

---

regels verwantschap met elkaar vertonen. Buruma legt in zijn noot onder *NJ* 2009/440 echter het onderscheid als volgt uit: ‘Daarmee lijkt de Hoge Raad te kiezen voor wat ik in mijn noot onder *HR NJ* 2006, 193 de salami-aanpak heb genoemd. In dat arrest ging het om de vraag of een onrechtmatige binnentreding van de politie ter fine van aanhouding van een verdachte na een ontsnapping kon worden aangevoerd, toen hij werd vervolgd wegens bedreiging van de binnentredende agenten met een mes. Naar aanleiding daarvan kon het praktische verschil tussen de Schutznorm en de salaminorm worden uitgelegd. Het gaat er bij de salaminorm niet om dat door een beweerde onrechtmatigheid de belangen van een ander dan de verdachte die er een beroep op doet, zijn geschonden. Het zijn wel degelijk diens belangen. De bezwaren tegen het overheidsoptreden worden in geval van toepassing van de salaminorm evenwel geacht niet in de desbetreffende procedure aan de orde te hoeven komen. Het betwiste optreden wordt als het ware afgesneden van de procedure in het kader waarvan de verdachte terecht staat.’

<sup>144</sup> *HR* 18 december 1990, *NJ* 1991/343, m.nt. Van Veen; *HR* 8 juli 1992, *NJ* 1993/30.

<sup>145</sup> Corstens 1993, p. 55.

<sup>146</sup> Den Hollander 2016, p. 27; Den Hollander maakt tevens wel een onderscheid tussen deze twee definities en stelt dat enkel de eerste definitie als de relativiteitseis moet worden gezien, terwijl de tweede uiting geeft aan het relatief onrechtmatigheidsbegrip (p. 28 e.v.).

de nadruk gelegd kan worden op 'beoogt te beschermen' en anderzijds op 'belang van de verdachte'.<sup>147</sup> Dit blijkt uit het standaardarrest van de Hoge Raad uit 2004, waarin hij stelt dat 'indien het niet de verdachte is die door de niet-naleving van het voorschrift is getroffen in het belang dat de overtreden norm beoogt te beschermen, in de te berechten zaak als regel geen rechtsgevolg zal behoeven te worden verbonden aan het verzuim'.<sup>148</sup>

Hoewel deze regel op het eerste oog nogal strikt lijkt te zijn geformuleerd door de Hoge Raad, bestaat er wel enige ruimte voor afwijking ervan. Concreet betekent de relativiteitseis dat de rechter geen rechtsgevolgen hoeft te verbinden aan de onrechtmatige doorzoeking van een niet aan verdachte toebehorende (of door verdachte bewoonde) woning, aangezien de geschonden norm ziet op de bescherming van het huisrecht van de bewoner en niet raakt aan de rechten van verdachte.<sup>149</sup> Een uitzondering wordt echter aangenomen indien de toepassing van de relativiteitseis afbreuk zou doen aan de ratio van de geschonden norm. Hierbij kan worden gedacht aan inbreuken op het verschoningsrecht van geheimhouders<sup>150</sup> en schending van het pressieverbod.<sup>151</sup> Ook hoeft de rechter geen rechtsgevolg te verbinden aan de schending van een norm die in algemene zin niet de bescherming van de belangen van de verdachte tot doel heeft. Zo heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een verdachte geen beroep kan doen op de schending van het doorlaatverbod met betrekking tot drugs (art. 126ff Sv) aangezien deze bepaling niet in het belang van de verdachte in het leven is geroepen.<sup>152</sup> Ook met betrekking tot dit aspect van de relativiteitseis heeft de Hoge Raad uitzonderingen geaccepteerd, namelijk wanneer het een vormverzuim betreft dat van structurele aard is.<sup>153</sup> De uitzonderingen die de Hoge Raad heeft geaccepteerd op de relativiteitseis, alsmede het feit dat deze eis geen wettelijke beperking is van artikel 359a Sv, brengt wat Buruma betreft mee dat 'de rechter dus niet verplicht maar wel van harte uitgenodigd [is] de Schutznorm toe te passen'.<sup>154</sup> De ruimte die de Hoge Raad in zijn jurisprudentie aan de feitenrechter geeft om af te wijken van deze eis is evenwel klein. Het is echter juist in deze uitzonderingen waarin

---

147 Embregts, in: *Wetboek van Strafvordering*, A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a., aant. 5.9 bij art. 359a Sv (online, laatst bijgewerkt op 1 oktober 2004); zie verder ook Embregts 2003, p. 124.

148 NJ 2004/376, r.o. 3.5.

149 NJ 2004/376, r.o. 4.4; zie verder HR 30 maart 2004, NJ 2004/377 waar een (mogelijk) ten onrechte niet geopend gvo tegen medeverdachte in de zaak van verdachte geen gevolgen hoefde te hebben.

150 HR 12 januari 1999, NJ 1999/290.

151 HR 9 juni 1987, NJ 1997/90; Keulen & Knigge wijzen tevens op bewijs verkregen door schending van het folterverbod. Dit mag ingevolge de rechtspraak van het EHRM niet meewerken aan het bewijs (p. 544).

152 HR 28 mei 2002, NJ 2002/601; HR 2 juli 2002, NJ 2002/602, m.nt. Buruma; zie ook Kooijmans 2011.

153 HR 19 februari 2013, NJ 2013/308, m.nt. Keulen; zie verder paragraaf 6.2.3.2.

154 Noot Buruma onder NJ 2004/376.

het onderscheid tussen de relativiteitseis en de wegingsfactor het belang dat de geschonden norm dient, duidelijk worden.

Zoals gezegd is er naast een aanzienlijke overlap die er bestaat tussen de relativiteitseis en de wegingsfactor het belang dat de geschonden norm dient, ook een onderscheid tussen deze twee factoren. Dat verschil ligt in het laatste hierboven genoemde aspect van de wegingsfactor, namelijk de vraag naar de zwaarwegendheid van het belang dat is geschonden. Waarbij ervan uit kan worden gegaan dat hoe zwaarwegender dat belang is, hoe eerder een rechtsgevolg aan het vormverzuim kan worden geboden. Kuiper verwoordt dit als volgt:

‘de toetsing aan deze wegingsfactor [dwingt] de rechter tot een bredere vraagstelling dan die waartoe het Schutznormvereiste aanleiding geeft. In het Schutznormvereiste dat noopt tot de vraagstelling of de geschonden norm strekt ter bescherming van de belangen van de verdachte (en of op die belangen ook daadwerkelijk inbreuk is gemaakt), komt tot uitdrukking dat de zittingsrechter meestal geen rol heeft bij schending van voorschriften die niet strekken ter bescherming van het belang van de verdachte. (...) het fundamentele belang van het geschonden voorschrift – zoals bescherming van de verklaringsvrijheid en het verschoningsrecht – [kan] onder omstandigheden aanleiding geven een uitzondering te maken op het Schutznormvereiste. De toetsing aan de hier besproken wegingsfactor stimuleert de rechter dus een open oog te houden voor andere zwaarwegende belangen. De in het standaardarrest – zij het beperkte, maar desalniettemin – uitdrukkelijk behouden ruimte om af te wijken van het Schutznormvereiste, maakt de bredere oriëntatie op de betekenis van de geschonden norm op grond van de hier besproken toetsfactor noodzakelijk. Ook volgens dit arrest is immers de toepassing van een rechtsgevolg op de voet van art. 359a Sv niet geheel uitgesloten als geen belang van de verdachte in het geding is.’<sup>155</sup>

In de regel gaat de jurisprudentie van de Hoge Raad er aldus vanuit dat hoe zwaarder de te verbinden sanctie, hoe strikter wordt vastgehouden aan de relativiteitseis en hoe kleiner de mogelijkheid om uitzonderingen aan te nemen. Slechts bij een zwaarwegend belang kan de rechter overgaan tot het verbinden van een sanctie aan een onrechtmatigheid. De verschillende betekenissen die worden gegeven aan de relativiteitseis en de uitzonderingen die er bestaan op deze eis kunnen in de praktijk echter wel leiden tot inconsistente toepassing.

#### 6.2.2.2 Ernst van het verzuim

De volgende wegingsfactor die wordt genoemd in het tweede lid van artikel 359a Sv is de ernst van het vormverzuim. Bij de beoordeling van de ernst van het verzuim dient de rechter acht te slaan op de omstandigheden waaronder het verzuim is begaan en de mate van verwijtbaarheid van opsporingsambtena-

---

<sup>155</sup> Kuiper 2014, p. 327-328.

ren.<sup>156</sup> Wat precies onder de ernst van het verzuim moet worden verstaan maakte de Hoge Raad duidelijk in NJ 2008/116. Het ging hier om een schending van het recht op rechtsbijstand wegens een fout – het verkeerd verzenden van een fax – veroorzaakt bij de piket-melding waardoor de raadvrouw van verdachte te laat op de hoogte werd gesteld van de inverzekeringstelling van verdachte en verdachte in de tussentijd een (ontkennende) verklaring aflegde. De Hoge Raad oordeelde dat het hof hierbij terecht heeft overwogen dat hier weliswaar een belangrijk strafprocesueel voorschrift was geschonden, maar dat de ernst van die schending niet van dien aard is dat dit tot bewijsuitsluiting of niet-ontvankelijkheid tot gevolg dient te hebben. Hierbij speelden de omstandigheden waaronder het verzuim was begaan en de mate van verwijtbaarheid van het verzuim een belangrijke rol: 'In het onderhavige geval betreft het verwijt een technische fout. De betreffende opsporingsambtenaar heeft het papier waarschijnlijk verkeerd in het faxapparaat gelegd, terwijl er van de zijde van de piketcentrale geen pogingen zijn ondernomen de politie op deze fout te attenderen.'<sup>157</sup>

De vraag naar de verwijtbaarheid van het handelen van de opsporingsambtenaren wordt in de literatuur veelal in verband gebracht met het uit het Amerikaanse recht afkomstige *good faith exception*, waarbij het te goeder trouw handelen van opsporingsambtenaren als reden wordt gezien om van sanctiëring van het vormverzuim af te zien.<sup>158</sup> Illustratief is het arrest van de Hoge Raad uit 2001 waarin opsporingsambtenaren zonder schriftelijke machtiging de woning van verdachte waren binnengetreden en daar een hennepkwekerij hadden aangetroffen. De verbalisanten verkeerden ten tijde van de binnentreding in de veronderstelling dat het pand onbewoond was, maar hadden dat niet verifieerd. De Hoge Raad overwoog dat 'voor bewijsuitsluiting in beginsel geen plaats [is] indien de verbalisanten op grond van de wijze waarop dat pand zich aan hen aandienende en hetgeen hen overigens omtrent dat pand bekend was en kon zijn redelijkerwijze hebben mogen aannemen dat van een woning geen sprake was'.<sup>159</sup> Hoewel dat in casu niet het geval was omdat de opsporingsambtenaren hun aanname dat het pand onbewoond is hadden gebaseerd op een anonieme tip en daar geen nader onderzoek naar hadden gedaan, wijst Reijntjes er in zijn noot op dat de Hoge Raad met dit arrest een

---

156 NJ 2004/376, r.o. 3.5; zie uitgebreid Kuiper 2014, p. 334-335; ook verwijzend naar het voorstel van Borgers om hierbij ook aandacht te besteden aan de vraag of en welke (interne) reactie er is gevolgd op het vormverzuim (Borgers 2012, p. 270).

157 HR 13 november 2007, NJ 2008/116, m.nt. Borgers.

158 Zie Embregts, in: *Wetboek van Strafrecht*, A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a., aant. 5.9 bij art. 359a Sv (online, laatst bijgewerkt op 1 oktober 2004); Embregts is tevens zelf zeer kritisch op het overnemen van de *good faith exception* in de Nederlandse rechtspraak omdat in Nederland naast het afschrikken van toekomstig onrechtmatig handelen door opsporingsambtenaren, ook andere argumenten (zoals reparatie en demonstratie) ten grondslag liggen aan de sanctiëring van onrechtmatig handelen in de opsporing.

159 HR 19 juni 2001, NJ 2001/574, m.nt. Reijntjes.

nieuwe regel introduceert: ‘voor bewijsuitsluiting is, bij verontschuldigbare dwaling, geen plaats’.<sup>160</sup>

Met deze factor wil de Hoge Raad met name tot uitdrukking brengen dat een onrechtmatigheid die het gevolg is van een vergissing, of die begaan is onder omstandigheden die de fout billijken (te denken valt aan het *ticking bomb*-scenario), minder snel in aanmerking zal komen voor sanctionering door de rechter.<sup>161</sup> Omgekeerd betekent het dat moedwillig overschrijden van strafprocessuele normen een ernstig vormverzuim oplevert. Hierbij moet wel worden bedacht dat bij de beoordeling van de ernst van het verzuim weliswaar de vraag naar de omstandigheden waaronder deze is begaan en de mate van verwijtbaarheid een belangrijke rol toekomt, maar dat niet mag worden geabstraheerd van de andere twee factoren in het tweede lid van artikel 359a Sv. Dat wil zeggen dat het verbinden van een rechtsgevolg niet louter mag zijn gebaseerd op het gegeven dat opsporingsambtenaren zich schuldig hebben gemaakt aan laakbaar handelen.<sup>162</sup> Te denken valt in dat licht ook aan de hierboven besproken zaken betreffende het valselijk opmaken van processen-verbaal.

#### 6.2.2.3 Nadeel

De derde factor is het nadeel dat wordt veroorzaakt door de normoverschrijding. In de memorie van toelichting bij de Wet vormverzuimen wordt hierbij opgemerkt dat gedacht kan worden aan eventuele schade geleden door de verdachte of het slachtoffer van de normoverschrijding.<sup>163</sup> Hieruit hebben sommigen afgeleid dat de wetgever in ieder geval de mogelijkheid open heeft gelaten dat ook indien de normoverschrijding niet direct het belang van de verdachte beoogde te beschermen – en daarmee niet wordt beantwoord aan de relativiteitseis – de rechter niettemin kan overgaan tot het verbinden van een rechtsgevolg aan het vormverzuim op de voet van artikel 359a Sv.<sup>164</sup> Verder is de memorie van toelichting weinig richtinggevend ten aanzien van het type nadeel waar de rechter rekening mee moet houden. Hierover merkt Kooijmans op dat

---

<sup>160</sup> NJ 2001/574, m.nt. Reijntjes, o. 3.

<sup>161</sup> In dit verband kan ook worden gedacht aan de omstandigheid waarin onrechtmatig is opgetreden omdat bijvoorbeeld een bepaald bevel ontbrak, maar ook in het geval een bevel was gegeven op dezelfde wijze zou zijn opgetreden (NJ 2013/308), in zekere zin gaat het dan om een bepaalde vorm van herstelbaarheid van het vormverzuim; Kuiper maakt tevens nog een onderscheid tussen dwaling ten aanzien van de feiten en dwaling ten aanzien van het recht, zie Kuiper 2014, p. 333.

<sup>162</sup> HR 29 juni 2010, NJ 2010/442 m.nt. Schalken.

<sup>163</sup> Kamerstukken II 1993/94, 23705, 3, p. 26.

<sup>164</sup> Kuiper 2014, p. 340; Embregts, in: *Wetboek van Strafvordering*, A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a., aant. 11.3 bij art. 359a Sv (online, laatst bijgewerkt op 1 oktober 2004).

‘uit de wetsgeschiedenis niet méér [kan] worden afgeleid dan dat deze zich niet verzet tegen een ruime uitleg van het nadeelsbegrip. Wellicht vormt dit een verklaring voor het feit dat de Hoge Raad (enkele jaren vóór het Afvoerpijparrest) een oordeel van het Amsterdamse gerechtshof in stand hield dat “de schending van het immateriële belang van de verdachte bij een integer strafproces” enige compensatie verdiende hoewel zulks naar het oordeel van hof “niet rechtstreeks de concrete belangen van de verdachte raakt”.<sup>165</sup>

De huidige jurisprudentie van de Hoge Raad laat echter een ander beeld zien. Zoals de hiervoor besproken factoren hanteert de Hoge Raad ook ten aanzien van de wegingsfactor nadeel een restrictieve uitleg. In zijn standaardarrest uit 2004 overweegt hij dat bij de beoordeling van het nadeel dat door de onrechtmatigheid is veroorzaakt onder meer van belang is of en in hoeverre de verdachte door het verzuim daadwerkelijk in zijn *verdediging* is geschaad. Hier voegt de Hoge Raad aan toe ‘dat indien het niet de verdachte is die door de niet-naleving van het voorschrift is getroffen in het belang dat de overtreden norm beoogt te beschermen, in de te berechten zaak als regel geen rechtsgevolg zal behoeven te worden verbonden aan het verzuim’.<sup>166</sup> De praktische implicaties van de koppeling tussen zowel het nadeel met het verdedigingsbelang van de verdachte, en de wegingsfactoren in artikel 359a Sv onderling, werden in een arrest uit 2011 zichtbaar.<sup>167</sup> In casu waren de opsporingsambtenaren met een machtiging de woning van verdachte (een binnenvaartschip) binnengetrepen en hadden aldaar een (onrechtmatige) doorzoeking gepleegd. Deze bestond er onder meer uit dat een afgesloten kastdeur werd geopend die doorgang bood tot een daarachter gelegen ruimte waar zich een hennepkwekerij bevond. Op het verweer op bewijsuitsluiting van de verdediging oordeelde het hof

‘dat het openen door de politie van de afgesloten kastdeur naast het bed onrechtmatig was en dat daardoor weliswaar inbreuk is gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte, doch dat door het openen van die deur niet een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden, terwijl daarbij geen nadeel in de zin van art. 359a Sv is veroorzaakt’.

Immers, de geopende kastdeur bood slechts een doorgang (naar daarachter gelegen ruimten) en die ruimte was geheel leeg.<sup>168</sup> De Hoge Raad liet dit oordeel in stand en voegde daaraan toe dat alleen schade aan een rechtens te respecteren belang van de verdachte nadeel in de zin van artikel 359a Sv kan opleveren, ‘het belang van de verdachte dat het gepleegde feit niet wordt

---

165 Kooijmans 2011, p. 1103; verwijzend naar HR 6 april 1999, NJ 1999/565 m.nt. T.M. Schalken.

166 NJ 2004/376, r.o. 3.5.

167 HR 4 januari 2011, NJ 2012/145, m.nt. Borgers.

168 NJ 2012/145, m.nt. Borgers.

ontdekt, [kan] niet worden aangemerkt als een rechtens te respecteren belang'.<sup>169</sup>

Met deze overweging brengt de Hoge Raad een aanzienlijke beperking aan in de betekenis van nadeel. De onrechtmatige doorzoeking van een woning levert immers ook nadeel op in de vorm van een privacyschending, maar blijkbaar is dit nadeel niet voldoende voor de toepassing van een sanctie. Althans, niet wat betreft de bewijsuitsluiting en de niet-ontvankelijkheid.<sup>170</sup> In hoeverre de wegingsfactor nadeel (of belang) los kan worden gezien van procesrechten is niet helemaal duidelijk. Wel kan op basis van de memorie van toelichting worden betoogd dat voor strafvermindering 'lagere' – in die zin dat niet direct een koppeling hoeft te zijn met nadeel in verdedigingsrechten – eisen worden gesteld. Hierin is te lezen dat 'strafverlaging kan worden toegepast als het door het vormverzuim ontstane nadeel hierdoor redelijkerwijs kan worden vereffend'.<sup>171</sup> Deze gedachte is ook terug te vinden in de jurisprudentie van de Hoge Raad, waarin tot uitdrukking komt dat nadeel dat niet direct raakt aan de procesrechten van de verdachte in bepaalde gevallen zich leent voor compensatie door middel van strafvermindering.<sup>172</sup> De interpretatie van nadeel is aldus sterk afhankelijk van het rechtsgevolg dat verbonden wordt aan de onrechtmatigheid.

Alles overziende kan worden gesteld dat voor de toepassing van de zwaardere sancties – niet-ontvankelijkheid en bewijsuitsluiting – de drie wegingsfactoren uit artikel 359a Sv cumulatief en aldus in onderling verband moeten worden gezien: indien wel sprake is van nadeel voor de verdachte maar de geschonden norm niet de bescherming van het belang van de verdachte voor ogen had, ligt een zware rechterlijke sanctie niet voor de hand.

#### 6.2.2.4 Overige factoren

Naast de hierboven genoemde wettelijke wegingsfactoren heeft de Hoge Raad ook een aantal jurisprudentiële factoren geïntroduceerd waar de rechter bij het sanctioneren van vormverzuimen – in het bijzonder bij de sanctie bewijsuitsluiting – rekening mee *kan* houden. Deze aanvullende jurisprudentiële factoren zijn in het laatste standaardarrest van de Hoge Raad uit 2013 voor het eerst geëxpliciteerd, hoewel ook daarvoor impliciete verwijzingen in de rechtspraak aanwezig waren. Het gaat hier in het bijzonder om de factor de ernst van het

<sup>169</sup> NJ 2012/145, r.o. 3.2.2.

<sup>170</sup> Hoewel de Hoge Raad voor bewijsuitsluiting ook een tweetal uitzonderingen heeft gemaakt in zijn standaardarrest uit 2013 (zie hieronder). Zie tevens: Kooijmans 2011; Kuiper 2014, p. 342.

<sup>171</sup> Waarbij zij opgemerkt dat de memorie van toelichting ook hier niet uitblinkt in helderheid en slechts één voorbeeld geeft: de schending van de redelijke termijn (*Kamerstukken II* 1993/94, 23507, 3, p. 25).

<sup>172</sup> Bijv. inbreuk op privacyrechten: HR 21 maart 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5254; maar ook een inbreuk op de lichamelijke integriteit: 11 december 2012, NJ 2013/130, m.nt. Schalken.

strafbare feit en daarmee samenhangend de positieve verplichtingen van slachtoffers van dat misdrijf.

In zijn arrest uit 2013 overweegt de Hoge Raad ten aanzien van de sanctie bewijsuitsluiting dat de rechter bij de toepassing van een dergelijke sanctie naast de wettelijke beoordelingsfactoren onder andere moet onderzoeken of:

‘in de gegeven omstandigheden toepassing van bewijsuitsluiting opweegt tegen de daarvan te verwachten negatieve effecten en of aldus niet op onaanvaardbare wijze afbreuk wordt gedaan aan zwaarwegende belangen als de waarheidsvinding en de bestrafing van de dader van een – mogelijk zeer ernstig – strafbaar feit, alsmede in voorkomend geval aan de rechten van slachtoffers of hun nabestaanden, mede gelet op uit het EVRM voortvloeiende positieve verplichtingen tot effectieve bestrafing.

In het bijzonder de zojuist besproken, zeer uitzonderlijke, situatie vergt dat de rechter in zijn uitspraak nadere rekenschap aflegt van toepassing van bewijsuitsluiting.<sup>173</sup>

De ernst van het strafbare feit en de daarmee – in de rechtspraak van de Hoge Raad – samenhangende positieve verplichtingen die voortvloeien uit mensenrechtelijke verdragen zijn bijzondere factoren omdat zij niet zijn opgenomen in artikel 359a Sv.<sup>174</sup> Het betrekken van andere factoren bij de afweging van belangen in artikel 359a Sv is door de wetgever niet expliciet uitgesloten bij de totstandkoming van deze bepaling, maar deze factoren kunnen evenwel als omstreken worden aangemerkt.<sup>175</sup> Om te beginnen bij de positieve verplichtingen jegens slachtoffers van ernstige misdrijven die voortvloeien uit het EHRM.

Dat het EVRM niet enkel negatieve verplichtingen in het leven roept voor een staat om zich te onthouden van het maken van inbreuken op grondrechten van burgers, maar met betrekking tot een aantal rechten ook positieve verplichtingen bevat die eruit bestaan dat de staat zich inspant om schendingen van (bepaalde) mensenrechten,<sup>176</sup> door de overheid zelf of door derden, te voorkomen, is inmiddels een breed gedeelde rechtsopvatting.<sup>177</sup> Zo heeft het EHRM ten aanzien van het in artikel 2 neergelegde recht op leven geoordeeld dat de staat zorg dient te dragen voor ‘a legislative and administrative framework

173 NJ 2013/308, r.o. 2.4.5.

174 Het ontbreken van de factor ernst van het feit is wel bekritiseerd in de literatuur, onder meer door De Hullu in zijn noot onder NJ 1999/104.

175 Zie bijv. Schalken onder NJ 2002/625, Pitcher 2016, p. 83-95; Thommen & Samadi 2016.

176 In de rechtspraak van het EHRM zijn aanwijzingen te vinden dat het in ieder geval gaat om de art. 2, 3, 4, 5, 8, 9 en 14 EVRM: Zie bijv. EHRM 27 september 2011, 29032/04 (*M & C/Roemenië*); EHRM 30 november 2004, 48939/99, par. 92-94 (*Öneryıldiz/Turkije*); Van Kempen 2008, p. 45-48; Lindenberg 2013, p. 501-529.

177 Zie onder meer: Gerards 2006; Van Kempen 2008; Emaus 2011, p. 28-40; Kool 2016, p. 132-140; Lavrijsen 2014, p. 69-129; De Wilde 2016.

designed to provide effective deterrence against threats to the right to life'.<sup>178</sup> Uit deze positieve verplichting van effectieve bescherming van mensenrechten kan onder bepaalde omstandigheden de plicht voortvloeien tot strafbaarstelling van bepaalde gedragingen, en daarop aansluitend de opsporing, vervolging en bestrafing van deze gedragingen.<sup>179</sup> Over de reikwijdte van de verplichting van de wetgever om gedrag strafbaar te stellen is veel discussie in de literatuur. Grotendeels kan dat worden toegeschreven aan het gegeven dat het EHRM zich in zijn – doorgaans casuïstische – rechtspraak niet in algemene zin heeft uitgelaten onder welke omstandigheden een dergelijke plicht tot strafbaarstelling bestaat, waarom en wanneer het strafrecht het geboden instrument is en wat de reikwijdte van deze plicht is.<sup>180</sup> Vraag is er ook over de inhoud van de strafvorderlijke inspanningen ter uitvoering van de strafbaarstelling. Het EHRM vereist in dit kader in ieder geval dat lidstaten aan hun justitiële instanties voldoende strafvorderlijke bevoegdheden hebben toebedeeld ter opsporing, vervolging en bestrafing van dergelijke feiten. De Wilde stelt dat het in de rechtspraak van het EHRM in dit verband doorgaans gaat om de volgende vragen:

‘Is bijvoorbeeld al het redelijke gedaan om de waarheid te achterhalen? Berust een beslissing om een persoon niet te vervolgen op een redelijke belangenafweging? Wanneer dat in de ogen van de klager niet het geval is, zal naar Nederlands strafrecht een klacht op grond van artikel 12 Wetboek van Strafvordering (Sv) over niet-vervolgving zijn afgewezen.’<sup>181</sup>

In de literatuur aangaande vormverzuimen wordt uit deze positieve verplichtingen ten aanzien van strafvorderlijke handhaving van mensenrechtenscheiding afgeleid dat er in het nationale stelsel van lidstaten geen structurele obstakels bestaan die aan de effectiviteit van die mensenrechtenbescherming afbreuk doen.<sup>182</sup> Deze effectiviteitseis van de bescherming van mensenrechten zou een rol moeten spelen bij de wijze waarop de rechter omgaat met de afdoening van vormverzuimen langs de weg van artikel 359a Sv.<sup>183</sup> Zo betogen Vellinga-Schootstra & Vellinga dat met name de zware sancties uit artikel

178 Onder andere in EHRM 20 oktober 1998, 23452/94, para 115 (*Osman/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 30 november 2004, 48939/99, par. 89 (*Öneryildiz t. Turkije*); EHRM 28 mei 2015, 41107/10, par. 95-96 (*Y/Slovenië*).

179 Van Kempen 2008, p. 26-27.

180 Zie onder meer Van Kempen 2008, p. 28-29; De Wilde 2016, p. 163-164.

181 De Wilde 2016, p. 165, verwijzend naar onder andere EHRM 20 november 2014, 47708/08, par. 43-48 (*Jaloud/Nederland*).

182 Kuiper 2014, p. 347; verwijzend naar EHRM 23 september 1998, 25599-94 (*A/Verenigd Koninkrijk*) over een ongerechtvaardigde bewijslast voor slachtoffers van mishandeling; EHRM 26 maart 1985, 8978/80, (*X&Y/Nederland*) over de onredelijke procedurele vereisten voor vervolging van zedendelicten van kwetsbare slachtoffers van zedendelicten; zie tevens De Wilde 2016.

183 Vellinga-Schootstra & Vellinga 2008, p. 35 e.v.

359a Sv, te weten bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkheid, ernstig afbreuk kunnen doen aan de effectieve strafrechtelijke handhaving van geschonden mensenrechten.<sup>184</sup> Toepassing van dergelijke sancties kan er immers aan in de weg staan dat de staat aan haar positieve verplichtingen tot een *effective remedy*<sup>185</sup> jegens 'slachtoffers van schendingen van die rechten' beantwoordt.<sup>186</sup> Ook Kuiper onderstreept dit betoog,<sup>187</sup> hij beargumenteert dat de positieve verplichtingen in het kader van vormverzuimen met zich kunnen brengen dat deze onder omstandigheden een reden kunnen zijn om af te zien van het sanctioneren van een vormverzuim, bijvoorbeeld wanneer 'bewijsuitsluiting (met vrijspraak tot gevolg), niet-ontvankelijkverklaring of een grote mate van strafvermindering, in gevallen waarin door het te berechten strafbare feit een ernstige inbreuk is gemaakt op verdragsrechten van het slachtoffer. In dit licht is de ernst van het feit als wegingsfactor zeker zinvol.'<sup>188</sup> Tot slot is ook Keulen positief over de introductie van deze factor in de rechtspraak van de Hoge Raad, omdat het moeilijk te rechtvaardigen is dat een vormverzuim waarvan de ernst in het niet valt bij de ernst van het gepleegde feit, aan bestraffing daarvan in de weg zou staan. Hij stelt dat deze rechtspraak aldus zo moet worden verstaan dat de Hoge Raad tot uitdrukking wil brengen dat 'er bij de ingrijpende inbreuken op (grond)rechten die hier aan de orde zijn niet snel aanleiding zal zijn om bewijsuitsluiting vanwege negatieve effecten daarvan achterwege te laten'.<sup>189</sup>

De introductie van de factor ernst van het verzuim langs de weg van de positieve verplichtingen is in de literatuur echter ook geproblematiseerd. Weliswaar wordt in algemene zin erkend dat de EHRM-rechtspraak voorschrijft dat het strafvorderlijk stelsel van de lidstaten zodanig ingericht moet zijn dat de justitiële autoriteiten in staat moet stellen daders van strafbare feiten op te sporen, te vervolgen, en te bestraffen ('*must be capable of leading to the identification and punishment of those responsible*'),<sup>190</sup> wordt er wel onderscheid tussen deze afzonderlijke taken. Pitcher maakt bijvoorbeeld een onderscheid tussen de '*duty to investigate*' en de '*duty to prosecute*', en stelt dat het een niet nood-

---

184 Vellinga-Schootstra & Vellinga 2008, p. 35.

185 De auteurs merken nog wel op dat een effective remedy niet noodzakelijkerwijs hoeft te bestaan uit een strafrechtelijke voorziening.

186 Vellinga-Schootstra & Vellinga 2008, p. 40.

187 Kuiper verbindt ook een ander gevolg aan deze rechtspraak, in navolging van Vellinga-Schootstra & Vellinga stelt hij: 'In het licht van de verplichting om ook de verdachte indien door de vormfout een inbreuk is gemaakt op zijn door het EVRM beschermde rechten een effectieve remedie te bieden, brengt deze nieuwe ontwikkeling in de jurisprudentie mee dat het belang is toegenomen van een adequate andere procedure waarin die remedie wordt geboden', Kuiper 2014, p. 349; Vellinga-Schootstra & Vellinga 2008, p. 39.

188 Kuiper 2014, p. 350, tevens verwijzend naar R. van de Westelaken, 'Het EVRM als wapen tegen straffeloosheid, Over het recht van slachtoffers van ernstige mensenrechtenschendingen op een effectieve strafrechtelijke aanpak van de dader', *NJCM-Bulletin* 2010, p. 151.

189 *NJ* 2013/308, o.

190 Pitcher 2016, p. 86; verwijzend naar EHRM 15 mei 2007, 52391/99 (*Ramsahai e.a./Nederland*).

zakelijkerwijs het ander impliceert, waardoor niet in algemene zin een verplichting tot vervolging kan worden afgeleid uit het EHRM:

‘Indeed, under human rights law, there may be said to exist a duty to prosecute *serious* human rights violations, whereby the determination of the seriousness of a violation is informed by the human right at issue, as well as the gravity of the violation. Thus, a violation of the right to life need not give rise to a duty to prosecute; it depends on the facts and circumstances of the case. Murder, it seems, does give rise to a duty to prosecute. However, violation of another right than the right to life or the prohibition of torture and inhuman and degrading treatment and punishment, need not do so; other measures may suffice.’<sup>191</sup>

Het is kortom niet mogelijk in algemene zin de reikwijdte van deze afzonderlijke verplichtingen te bepalen. Tevens wijst de rechtspraak van het EHRM erop dat het hier niet zozeer gaat om een verplichting jegens het individuele slachtoffer om zijn zaak terecht en bestraft te zien, maar een algemene verplichting voor de staat om een functionerend strafvorderlijk stelsel te hebben:

‘In those cases in which a lack or inadequacy of prosecution was criticized as contrary to the victim’s rights it was not because of the lack of punishment (...) [rather] it was generally the failure to conduct an independent official investigation which was held to be in violation of the victim’s rights. In *X. and Y. v The Netherlands* it was not the failure to punish but the lack of initiation of criminal proceedings which was held to be a violation of the victim’s rights. It is thus the aspect of bringing to light a violation rather than criminal accountability which leads the Court to assume a right of the victim to investigation. The emphasis is clearly on the duty to investigate allegations of misconduct. The Court has not accepted that punishment is required in the interest of a particular victim.’<sup>192</sup>

Naast het onderscheid in de reikwijdte van de verschillende verplichtingen (het opsporen, vervolgen en bestraffen), benadrukt Pitcher dat het hier gaat om inspanningsverplichtingen en geen resultaatverplichtingen.<sup>193</sup> Het EHRM verlangt van de lidstaten dat zij hun strafvorderlijke stelsel op een wijze hebben ingericht die het mogelijk maakt te voldoen aan deze positieve verplichtingen. Het is kortom geen verplichting dat de opsporing en vervolging van een zeer ernstig feit ook daadwerkelijk resulteert in een individuele straf. In de eerste plaats valt te denken aan een situatie waarin de onrechtmatigheid een schending op de procesrechten van de verdachte teweeg heeft gebracht. Onder bepaalde omstandigheden zal de rechter hier wel een zware sanctie aan *moeten* verbinden. Ook de analyse van Kuiper sluit hierbij aan. Hij stelt

---

<sup>191</sup> Pitcher 2016, p. 86.

<sup>192</sup> Seibert-Fohr 2009, p. 148-149.

<sup>193</sup> Pitcher 2016, p. 87-88; verwijzend naar onder andere EHRM 29 juli 2010, 3933/04, para 132 (*Kopylov/Rusland*).

dat een deze interpretatie van positieve verplichting op gespannen voet staat met de verdragsrechten van de verdachte jegens wie onrechtmatigheden zijn begaan.<sup>194</sup> Dit brengt mee dat indien een zware rechterlijke sanctie noodzakelijk is om het recht van de verdachte op een eerlijk proces te verzekeren, de rechter niet kan afzien van het toepassen van deze sanctie omwille van de rechten van het slachtoffer of zijn nabestaanden. Sterker nog, met betrekking tot bepaalde verdragsrechten lijkt de ernst van het strafbare feit juist een omgekeerde rol te spelen. Zo overweegt de Hoge Raad dat met betrekking tot Salduz-schendingen dat de ernst van het strafbare feit een rol speelt in de beoordeling van het te verbinden rechtsgevolg aan de normoverschrijding:

‘Of een verdachte “binnen de grenzen van het redelijke” de gelegenheid heeft gekregen om zijn advocaat te raadplegen hangt af van de omstandigheden van het geval, waarbij ook de ernst van de beschuldigingen en de belangen van verdachte die op het spel staan zullen kunnen meewegen.’<sup>195</sup>

Deze overweging sluit overigens aan bij de Salduz-rechtspraak van het EHRM waarin het hof bepaalt dat:

‘These principles are particularly called for in the case of serious charges, for it is in the face of the heaviest penalties that respect for the right to a fair trial is to be ensured to the highest possible degree by democratic societies.’<sup>196</sup>

Ten tweede zou een te strikte lezing, dat wil zeggen dat zij aldus zo worden gelezen dat het opsporen en vervolgen van ernstige misdrijven tot een berechting moet leiden, op gespannen voet staan met het recht op een eerlijk proces, en in het bijzonder de onschuldpresumptie. Immers, dan is bij voorbaat de uitkomst van de strafzaak bepaald door de positieve verplichting de verdachte te straffen voor de schending van de rechten van het slachtoffer.<sup>197</sup>

Al met al lijken positieve verplichtingen een problematische grondslag voor de rechtvaardiging van de factor ‘de ernst van het feit’. Hoewel de Hoge Raad pas in 2013 expliciteerde dat (langs de weg van de positieve verplichtingen) de ernst van het strafbare feit een factor kan zijn in de beoordeling, had hij hier reeds in 2002 impliciet mee ingestemd. In *NJ* 2002/625 had het hof geoordeeld dat het onderzoek aan de kleding van verdachte – op grond van artikel 52 WvM – onrechtmatig was wegens het ontbreken van ernstige bezwaren. Het aangetroffen wapen hoefde echter niet uitgesloten te worden van het bewijs gezien het belang van het geschonden voorschrift, de ernst van het verzuim en het daardoor jegens verdachte veroorzaakte nadeel alsmede met de ernst van het feit. Het hof overwoog:

---

194 Kuiper 2014, p. 349-350.

195 HR 30 juni 2009, *NJ* 2009/349 m.nt. Schalken.

196 EHRM 27 november 2008, 36391/02 (*Salduz/Turkije*).

197 Seibert-Fohr 2009, p. 203.

‘Ten aanzien van de aan de verdachte verweten gedraging geldt dat ongecontroleerd vuurwapenbezit in een tijd waar in onze samenleving geweldsdelicten in alle verschijningsvormen hand over hand toenemen, volstrekt ontoelaatbaar is. Desondanks wordt bij de verdachte een vuurwapen met zes patronen aangetroffen. Het hof merkt dit aan als een zeer ernstig feit.’<sup>198</sup>

Als gezegd liet de Hoge Raad dit oordeel in stand en overwoog dat de feitenrechter een ruime beoordelingsvrijheid heeft om naast de factoren die in artikel 359a Sv worden genoemd, ook andere factoren bij zijn beslissing in aanmerking te nemen. In het licht van de positieve verplichting inzake ernstige mensenrechtenschending die thans als grondslag bieden voor het in afweging nemen van de ernst van het feit, verbaast het enigszins dat bovenstaande zaak ‘slechts’ om verboden vuurwapenbezit ging. Maar ook om een andere reden kan het onderscheidend vermogen van deze factor ter discussie worden gesteld. Immers, ook zonder deze factor kan rekening worden gehouden met de ernst van het strafbare feit, namelijk via de factor de ernst van het verzuim.<sup>199</sup> Bij het opsporingsonderzoek naar ernstige strafbare feiten wordt een andere proportionaliteitstoets aangelegd, daar in dit soort gevallen (wettelijk) meer geboden is.

### 6.2.3 Sancties

Aangezien de invoering van artikel 359a Sv gericht was op de codificatie van de in de jurisprudentie ontwikkelde rechterlijke toetsing van het vooronderzoek, ligt het voor de hand dat de wetgever bij deze codificatie ook het jurisprudentiële instrumentarium van rechtsgevolgen<sup>200</sup> – of sancties – op onrechtmatig handelen eveneens van een wettelijke basis voorzag.<sup>201</sup> In haar onderzoeksrapport besteedde de Commissie-Moons echter ook aandacht aan enkele mogelijke alternatieven voor de strafvermindering, bewijsuitsluiting en de niet-

---

198 NJ 2002/625, r.o. 3.3.

199 Zo ook Schalken, onder NJ 2002/625: ‘De in acht te nemen proportionaliteit zit niet in de evenredigheid tussen de ernst van het delict en de zwaarte van de sanctie, maar in de evenredige verhouding tussen de zwaarte van de sanctie en de ernst van de onrechtmatigheid waarop de sanctie immers een reactie is. Ook langs die weg kunnen vele sancties van hun scherpe kantjes worden ontdaan.’

200 Kuiper maakt in dit verband een onderscheid tussen reactie en sanctie. Hij maakt een onderscheid tussen reageren op vormverzuimen en sanctioneren van vormverzuimen en acht dit verschil noodzakelijk omdat niet elk verzuim een rechtsgevolg vereist en omdat de aard van de verschillende rechtsgevolgen niet enkel bestraffend (en dus sanctionerend van aard) is (zie Kuiper 2014, p. 4).

201 Zie voor een beschrijving van het rechterlijke beoordelingskader van voor de invoering van 359a Sv Mevis 1995, p. 251-268.

ontvankelijkheid, zoals de schadevergoeding.<sup>202</sup> Uiteindelijk zag de wetgever ervan af om het sanctiearsenaal van de rechter uit te breiden met de schadevergoeding omdat deze sanctie wezenlijk verschilt van de andere sancties en niet duidelijk is hoe het recht op schadevergoeding zich zou verhouden tot de verschillende typen onrechtmatigheden die zich in het strafproces voor kunnen doen. Met betrekking tot de invulling van de criteria voor het toepassen van de uiteenlopende sancties stelde de wetgever zich terughoudend op omdat het streven van de wetgever zich slechts uitstreckte tot het scheppen van het wettelijk kader waarbinnen de rechter tot zijn oordeel kan komen.<sup>203</sup>

Wel geeft de wetgever aan een bepaalde hiërarchie en ordening in de sancties te willen aanbrengen. Deze houdt in dat de rechter pas als herstel van vormverzuimen niet meer mogelijk is, dient over te gaan tot het sanctioneren van het verzuim. Sanctionering van het vormverzuim langs de weg van artikel 359a Sv vindt bovendien pas plaats indien het rechtsgevolg van het vormverzuim niet uit de wet blijkt.<sup>204</sup> Wordt het vormverzuim eenmaal afgehandeld onder artikel 359a Sv, dan dient de rechter zich hierbij naast de factoren die in het tweede lid van artikel 359a Sv zijn genoemd (en inmiddels ook de jurisprudentiële factoren), mede te laten leiden door de relatieve zwaarte die tot uitdrukking wordt gebracht in de volgorde waarin de sancties zijn opgenomen in de wet. De zware sancties – bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkheid – dienen dan ook met grote terughoudendheid te worden toegepast. Het verlangen van de wetgever om de rechtsgevolgen op onrechtmatig handelen van opsporingsambtenaren binnen de perken te houden was zoals gezegd reeds voor de invoering van deze wet in vervulling gegaan in de jurisprudentie van de Hoge Raad.<sup>205</sup> Sindsdien heeft de Hoge Raad in zijn jurisprudentie steeds hogere drempels opgeworpen voor het sanctioneren van vormverzuimen. In deze paragraaf worden de centrale gezichtspunten bij het toepassen van een sanctie in het kader van een onrechtmatig handelen van opsporingsambtenaren besproken.

#### 6.2.3.1 *Constatering van het verzuim*

Het toepassen van een sanctie naar aanleiding van een geconstateerd onrechtmatig handelen in de opsporing is geen verplichting van de rechter maar een discretionaire bevoegdheid. Zulks vloeit voort uit de memorie van toelichting bij artikel 359a Sv en de bewoording van deze bepaling, waarbij wordt gesteld dat de rechtbank indien haar blijkt dat er onrechtmatigheden zijn begaan in

---

202 *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, 3, p. 26; Ook de schadevergoeding was in de jurisprudentie al gebruikt als reactie op onrechtmatig overheidshandelen, zie HR 8 september 1987, *NJ* 1988/453 en HR 29 november 1988, *NJ* 1989/598.

203 *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, 3, p. 25.

204 Corstens 1993, p. 53.

205 HR 19 december 1995, *NJ* 1996/249, m.nt. Schalken; zie ook noot Schalken onder HR 3 juli 2001, *NJ* 2002/8, m.nt. T.M. Schalken.

het voorbereidend onderzoek, hier een rechtsgevolg aan *kan* verbinden. Uit de aard van deze bevoegdheid vloeit dan ook voort dat de rechter ook mag volstaan met het enkel constateren van het vormverzuim. In zekere zin is het constateren van het verzuim dan ook de 'lichtste sanctie' (hoewel de definitie van sanctie hiermee wel erg wordt opgerekt) die de rechter in zijn instrumentarium heeft. Gezien de hierboven genoemde factoren waar de rechter rekening mee dient te houden bij de sanctionering van een onrechtmatigheid, komt het enkel constateren van een onrechtmatigheid zonder daaraan een rechtsgevolg te verbinden het vaakst voor in de jurisprudentie.

Ten aanzien van het enkel constateren van een vormverzuim heeft de wetgever noch de Hoge Raad richtlijnen in het leven geroepen, althans niet anders dan die grenzen die de reikwijdte van artikel 359a Sv bepalen. Bij het ontbreken van een nadeel voor de verdachte of bij een onvoldoende ernstig vormverzuim, ligt het voor de hand dat de rechter geen rechtsgevolg verbindt aan dat vormverzuim.<sup>206</sup> De mate waarin de feitenrechter zich dan wel uitlaat over dat vormverzuim wordt in grote lijnen overgelaten aan zijn eigen oordeel.<sup>207</sup> Hoewel het enkel constateren van een vormverzuim niet als een heel krachtig signaal van afkeuring wordt gezien, is het gezien de vele jurisprudentiële drempels voor de toepassing van een sanctie op een vormverzuim, wel de meest voorkomende reactie die de rechter tot zijn beschikking heeft. Daarnaast gaat er evenwel een belangrijk normerend signaal af van het constateren van een vormverzuim. De rechter kan hiermee immers duidelijk maken wat de grenzen van de (overtreden) norm zijn, en kan blijk geven van een rechterlijke controle op het opsporingsonderzoek. In dit verband merkt Jörg op dat de betekenis van de in het Wetboek van Strafvordering gegeven begrippen niet als vaststaand kan worden gezien, maar op diverse wijze geïnterpreteerd kunnen worden. Daarnaast is een groot aantal bevoegdheden elders geregeld of zelfs niet genormeerd in wetgeving. Dit maakt dat meer nodig is dan enkel kennis van de wet om te bepalen welke bevoegdheden er bestaan en op welke wijze deze mogen worden uitgeoefend. Het is dan ook de taak van de rechter om duidelijkheid en een bindende verklaring te verschaffen over deze onzekere aspecten van opsporingsbevoegdheden. Jörg stelt dat juist de bewijsuitsluiting deze normerende taak van de strafrechter kracht bij kan zetten:

'De rechterlijke beslissing overstijgt echter de directe procesbelangen: zij verheldert de grenzen van de rechtmatige uitoefening van bevoegdheden.'<sup>208</sup>  
(...)

'Het gaat ons erom aan te geven dat de exclusionary rule de motor is achter een cruciale taak van de rechter, nl. die van het ophelderen van vraagpunten die in

---

206 Zie bijv. HR 11 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX4490; HR 30 maart 2010, NJ 2011/603, m.nt. Borgers.

207 Hoewel de stelplicht hier natuurlijk wel een rol in speelt, zie hierboven para 6.2.1.3.

208 Jörg 1989, p. 660.

de dagelijkse (politie)praktijk kunnen rijzen omtrent de reikwijdte van de waarborgen van de amendementen.<sup>209</sup>

Hoewel Jörg deze normerende functie direct koppelt aan de bewijsuitsluiting, omdat door het krachtige signaal dat uitgaat van bewijsuitsluiting deze sanctie als de ‘drijfveer’ achter deze normerende functie kan worden beschouwd, kan ook vanuit het enkel constateren van het vormverzuim een normerende werking uitgaan. Ook zonder het verbinden van een sanctie aan een vormverzuim kan de rechter een norm preciseren en de grenzen ervan aangeven. In dit kader kan in het bijzonder worden gedacht aan de jurisprudentie ten aanzien van nieuwe opsporingsmethoden die (nog) niet zijn vastgelegd in regelgeving en die raken aan het recht op privacy.<sup>210</sup> Uit het hierboven beschreven toetsingskader van de Hoge Raad wordt duidelijk dat schendingen van het recht op privacy doorgaans niet zullen leiden tot een rechtsgevolg in de zin van artikel 359a Sv. Het is evenwel van belang ook in dit kader te wijzen op de normering van deze bevoegdheden door de rechter. Te denken valt bijvoorbeeld aan de normering van methoden als het gebruik van ANPR-gegevens voor de opsporing, het gebruik van een peilbaken, de stille sms, en de inbeslagname en doorzoeking van mobiele telefoons.<sup>211</sup> Maar de normering kan ook bestaan uit het aanscherpen en definiëren van verschillende bevoegdheden zoals het doorzoeken en zoekend rondkijken.<sup>212</sup> Kortom, er kan door middel van het constateren van het vormverzuim ook een andere belangrijke rechterlijke taak – zijnde de normerende taak – met betrekking tot het vooronderzoek worden vervuld.<sup>213</sup>

#### 6.2.3.2 Strafvermindering

Over de strafvermindering als sanctie op onrechtmatig optreden in het opsporingsonderzoek stelt de wetgever dat deze kan worden toegepast ‘als het door het vormverzuim ontstane nadeel hierdoor redelijkerwijs kan worden vereffend’.<sup>214</sup> Als voorbeeld wijst de memorie van toelichting op de schending van de redelijke termijn, maar maakt verder niet duidelijk welk ander soort nadeel geschikt is om gecompenseerd te worden met strafvermindering. Wel

---

209 Jörg 1989, p. 666.

210 Maar ook ten aanzien van andere opsporingsbevoegdheden en de daarbinnen gelegen criteria is rechterlijke normering noodzakelijk, te denken valt bijvoorbeeld ook aan de normering en uitleg van ‘waiver’ (afstand van recht) zoals gehanteerd door het EHRM, zie uitgebreid: Baaijens-van Geloven & Simmelink 2002, p. 477-479.

211 HR 3 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1800; HR 1 juli 2014, NJ 2015/114, m.nt. Van Kempen; HR 6 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2050, NJ 2018/446; de jurisprudentie inzake doorzoeking van mobiele telefoons, zie HR 4 april 2017, NJ 2017/229, m.nt. Kooijmans.

212 HR 4 januari 2011, NJ 2012/145 m.nt. Borgers.

213 Zie in dit kader ook Prakken 2012, p. 512-513; een taak die overigens ook door het EHRM wordt onderstreept, zie bijv. EHRM 15 januari 2015, 68955/11 (Dragojevic/Kroatië).

214 Corstens 1993, p. 54; *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, 3, p. 25.

stelt de wetgever dat het niet voor de hand ligt dat ernstige beperkingen aan de procesrechten van de verdachte worden gecompenseerd met strafvermindering.<sup>215</sup> Op een dergelijke schending zal in de regel een zwaardere sanctie dienen te volgen. Voor andere 'lichtere' – althans in termen van nadeel voor de procesrechten van de verdachte – vormverzuimen kan de strafvermindering in beginsel het gewezen rechtsgevolg zijn.<sup>216</sup> Ook met betrekking tot dit processuele rechtsgevolg van onrechtmatige opsporing geldt dat het reeds voor invoering van artikel 359a Sv in de rechtspraak voorkwam, zij het dat het enkel werd toegepast als reactie op schending van de redelijke termijn.<sup>217</sup>

In de jurisprudentie na invoering van artikel 359a Sv werd dit rechtsgevolg ook geaccepteerd ten aanzien van andere onregelmatigheden in het vooronderzoek, zoals het uitoefenen van ongeoorloofde druk bij het verhoor van verdachte zonder dat dat had geleid tot het afleggen van een verklaring. Omdat hierdoor toch schending was gemaakt op de rechten van de verdachte, werd strafvermindering als gepaste reactie gezien.<sup>218</sup> Aanvankelijk achtte de Hoge Raad de toepassing van de strafvermindering in veel gevallen een geoorloofde reactie op geconstateerde onrechtmatigheden. In dit kader merkte Schalken op dat de strafvermindering als rechtsgevolg op vormverzuimen in opmars was, doordat de Hoge Raad zijn eerdere terughoudendheid ten aanzien van de inkadering van dit rechtsgevolg had ingeruild 'voor een meer sturend aanwijzingsbeleid voor de lagere rechter'.<sup>219</sup> Hierdoor was volgens Kuiper de indruk gewekt dat de strafvermindering een alternatief is voor de zwaardere sancties, bijvoorbeeld wanneer het geleden nadeel van de verdachte geen verband houdt met de vragen van artikelen 348 en 350 Sv, of zelfs wanneer niet is voldaan de *Schutznorm* en geen individuele rechten van de verdachte zijn geschonden.<sup>220</sup>

Dat deze ruime interpretatie en toepassing van dit rechtsgevolg niet geheel strookte met de aard van dit rechtsgevolg maakte de Hoge Raad (onder andere) duidelijk in het Afvoerpijparrest. In dit arrest heeft de Hoge Raad het

---

215 *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, 3, p. 25.

216 Sommige auteurs leiden uit de MvT en de parlementaire discussie af dat de wetgever deze sanctie ook mogelijk wilde maken voor andere onregelmatigheden dan de schending van de redelijke termijn, zie bijvoorbeeld Van Dorst 1996, p. 272-274; Kuiper bestrijdt deze analyse en stelt dat het de wetgever slechts ging om een codificatie van de rechtspraak, Kuiper 2009, p. 39-40.

217 Van Dorst 1996, p. 271. In HR 29 maart 1994, *NJ* 1994/577 m.nt. Schalken.

218 HR 22 september 1998, *NJ* 1999/104, m.nt. De Hullu; hier was in de literatuur al eerder voor gepleit, zie Van Veen 1988, p. 465; zie uitgebreid over deze jurisprudentie ten aanzien van strafvermindering vlak na de invoering van art. 359a Sv, Kuiper 2009, p. 43-46; veel auteurs zijn echter ook kritisch tegenover deze sanctie, zie bijv. Blom 2002, p. 1049-1055.

219 HR 25 juni 2002, *NJ* 2002/625; Tevens verwijzend naar HR 7 april 1998, *NJ* 1998/559.

220 Kuiper 2009, p. 46; zie ook de kritische noot van De Hullu onder *NJ* 1999/104.

toepassingsbereik van deze sanctie nader aangescherpt en de feitenrechter gezichtspunten geboden bij de toepassing van de sanctie strafvermindering:<sup>221</sup>

‘Strafvermindering, in die zin dat de hoogte van de op te leggen straf in verhouding tot de ernst van het verzuim wordt verlaagd, komt op grond van het bovenstaande slechts in aanmerking, indien aannemelijk is dat (a) de verdachte daadwerkelijk nadeel heeft ondervonden, (b) dit nadeel is veroorzaakt door het verzuim, (c) het nadeel geschikt is voor compensatie door middel van strafvermindering, en (d) strafvermindering ook in het licht van het belang van het geschonden voorschrift en de ernst van het verzuim gerechtvaardigd is. Opmerking verdient nog dat indien de rechter tot strafvermindering besluit, hij in zijn beslissing niet alleen moet aangeven dat en waarom hij dit rechtsgevolg aan het verzuim verbindt, maar ook in hoeverre hij de straf in verband met het begane vormverzuim vermindert.’<sup>222</sup>

Met deze gezichtspunten brengt de Hoge Raad tot uitdrukking dat strafvermindering niet slechts gezien moet worden als een alternatief voor de zwaardere sancties bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkheid. Wil een normoverschrijding in aanmerking komen voor sanctionering door middel van strafvermindering, dan dient de verdachte daadwerkelijk nadeel te hebben ondervonden in de vorm van schending van zijn individuele rechten en dat nadeel moet geschikt zijn voor compensatie door strafvermindering. Strafvermindering moet dus niet louter resulteren in ‘voordeel voor de verdachte’ vanwege onrechtmatig handelen door de overheid: strafvermindering als alternatief voor bewijsuitsluiting omdat laatstgenoemde niet het gewenste resultaat – vrijspraak – zal bewerkstelligen is volgens de Hoge Raad geen adequate toepassing van dit rechtsgevolg.<sup>223</sup>

Strafvermindering heeft echter natuurlijk wel een compensatoir karakter, het beoogt de verdachte compensatie te bieden voor de schending van zijn rechten. Hierbij zal het (doorgaans) niet gaan om schending van fundamentele verdedigingsrechten – aangezien bewijsuitsluiting of zelfs niet-ontvankelijkverklaring dan in de rede ligt –, schending van normen die raken aan ‘een minder belangrijk voorschrift en een minder ernstig verzuim’.<sup>224</sup> In zijn jurisprudentie sinds het Afvoerpijparrest heeft de Hoge Raad in uiteenlopende situaties de strafvermindering als een geschikt rechtsgevolg aanvaard. Veelal in een situatie waarbij sprake is geweest van een disproportioneel gebruik van geweld bij

---

221 Kuiper analyseert de rechtspraak voor het Afvoerpijparrest al in het licht van de Schutznorm en ‘salami-regel’, zie Kuiper 2009, p. 47-51.

222 NJ 2004/376, r.o. 3.6.3.

223 Zie noot Buruma onder NJ 2004/376; Kuiper 2009, p. 50; verwijzend naar Buruma 2002, p. 206 die deze eis als het non-profitkarakter van strafvermindering noemt.

224 Noot Buruma onder NJ 2004/376.

de aanhouding van de verdachte.<sup>225</sup> In NJ 2005/172 oordeelde de Hoge Raad dat het hof onvoldoende had gemotiveerd waarom het hardhandige optreden van de opsporingsambtenaren niet als onrechtmatig aangemerkt moest worden, en daarmee niet heeft geleid tot strafvermindering in de zin van artikel 359a Sv.<sup>226</sup> Reijntjes merkt in zijn annotatie onder dat arrest op dat de Hoge Raad deze zaak vermoedelijk van principieel belang heeft geacht. Ondanks de aanwezigheid van een doktersverklaring in het dossier, had het hof geoordeeld dat er geen feitelijke gronden aanwezig waren voor het verweer van de verdediging. De Hoge Raad casseerde dan ook ondanks dat de verdachte uiteindelijk precies de straf gekregen, waarom hij vroeg.<sup>227</sup>

In eveneens een zaak betreffende het gebruik van disproportioneel geweld bij aanhouding van de verdachte, casseerde de Hoge Raad omdat het hof het niet nodig vond de straf te verminderen, omdat er reeds disciplinair was opgetreden tegen de verbalisant.<sup>228</sup> De Hoge Raad oordeelde dat het hof er ten onrechte vanuit is gegaan dat 'het aan de korpsleiding en het openbaar ministerie is om op deze onregelmatigheden in de opsporing te reageren'. Met dit oordeel maakt de Hoge Raad duidelijk dat de strafvermindering er daadwerkelijk toe kan dienen de verdachte te compenseren in het door hem geleden nadeel en in die zin losstaat van de afschrikkende functie die de toepassing van een rechtsgevolg kan hebben richting de politie. Strafvermindering kan daarom worden gezien als compensatie voor de verdachte voor inbreuken op zijn andere rechten dan het recht op een eerlijk proces.<sup>229</sup>

Welke rechten daaronder vallen is echter nog wel de vraag. Hoewel de Hoge Raad in eerdere rechtspraak ook met betrekking tot privacyschendingen de strafvermindering in de zin van artikel 359a Sv geoorloofd heeft geacht,<sup>230</sup> is er in meer recente jurisprudentie een trendbreuk waar te nemen ten aanzien van de wijze van afhandeling van dit type schending.<sup>231</sup> In het Kopschoppers-arrest had het OM camerabeelden van het geweldsincident waar verdachte bij betrokken was gebruikt als opsporingsmiddel, terwijl het ook had kunnen volstaan met foto's van de camerabeelden, zogenoemde stills. Het OM erkende dat het verspreiden van stills minder belastend was geweest voor de verdachte maar was van oordeel dat in het licht van de ernst van het geweldsincident het inzetten van deze 'troefkaart, het middel dat het grootste bereik heeft'

---

225 Hoewel de Hoge Raad niet uitsluit dat het disproportionele gebruik van geweld bij de aanhouding van verdachte ook tot een ander rechtsgevolg kan leiden, wordt in beginsel aangenomen dat een dergelijke onrechtmatigheid niet raakt aan de eerlijkheid van de strafprocedure tegen verdachte, zie bijv. HR 2 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:2956.

226 HR 21 december 2004, NJ 2005/172, m.nt. Reijntjes, *r.o.* 3.7.

227 Noot Reijntjes, NJ 2005/172, o. 1.

228 HR 11 december 2012, NJ 2013/130, m.nt. Schalken.

229 Kuiper 2014, p. 565.

230 Bijv. HR 25 juni 2002, NJ 2002/625, m.nt. Schalken.

231 Overigens wordt ook indien in situaties die niet onder 359a Sv vallen, maar waar wel sprake is van schending van rechten van verdachten strafvermindering toegepast (in analogie met 359a Sv), zie bijvoorbeeld HR 8 juli 2008, NJ 2009/440 m.nt. Buruma.

geoorloofd was. Het hof oordeelde dat dit handelen een ernstige schending van de privacy van de verdachte opleverde, daar het OM een minder ingrijpend middel had kunnen inzetten, paste conform artikel 359a Sv strafvermindering toe.<sup>232</sup> Hoewel de Hoge Raad de strafvermindering in stand laat, stelt hij wel dat deze beoordeling van het hof geplaatst had moeten worden in de sleutel van artikel 8 EVRM en de strafmaat:

‘Het Hof heeft de toetsing aan art. 8 EVRM geplaatst in de sleutel van “de beginselen van een behoorlijke procesorde, zoals een redelijke en billijke belangenafweging” en overwogen dat een geconstateerde schending van deze bepaling een zelfstandig verzuim oplevert, voor de beoordeling van de rechtsgevolgen waarvan het Hof aansluiting heeft gezocht bij de factoren genoemd in het tweede lid van art. 359a Sv. Aantekening verdient dat in gevallen als de onderhavige, waarin het gaat om privacy-gerelateerd beeldmateriaal dat vanwege het openbaar ministerie wordt openbaar gemaakt, voor de beoordeling van (de gerechtvaardigdheid van) de inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de verdachte op wie het beeldmateriaal betrekking heeft, een zelfstandige of afzonderlijke toets aan de hand van beginselen van een behoorlijke procesorde of aan de hand van de factoren van art. 359a, tweede lid, Sv niet nodig is.’<sup>233</sup>

Het staat de feitenrechter immers bij het bepalen van de straf vrij rekening te houden met reeds geleden nadeel door de verdachte, ‘ook indien dit niet aan het toedoen van het openbaar ministerie is te wijten of indien dit niet als een schending van art. 8 EVRM kan worden aangemerkt’.<sup>234</sup> Dit arrest van de Hoge Raad past in de lijn van jurisprudentie waarin steeds meer normschendingen buiten het kader van artikel 359a Sv worden gehouden, maar wel in analogie met het toetsingskader worden beoordeeld. Mede in dat licht is het de vraag of de Hoge Raad de feitenrechter voldoende houvast geeft ten aanzien van de vraag welk type normschending thans in aanmerking komt voor compensatie in de vorm van strafvermindering.

### 6.2.3.3 *Bewijsuitsluiting*

Ook met betrekking tot de bewijsuitsluiting is de memorie van toelichting niet heel uitvoerig. Deze stelt dat bewijsuitsluiting als reactie op een vormverzuim kan worden toegepast indien er sprake is van een direct causaal verband tussen het verkregen bewijs en het onrechtmatige handelen. In zijn Afvoerpijparrest stelt de Hoge Raad dat bewijsuitsluiting als reactie op een vormverzuim slechts aan de orde kan komen indien het bewijsmateriaal door het verzuim is verkregen, en als hierdoor een belangrijk strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel

---

232 HR 13 oktober 2015, NJ 2016/111, m.nt. Myjer.

233 NJ 2016/111, r.o. 4.4.2.

234 NJ 2016/111, r.o. 4.5.1.

in aanzienlijke mate is geschonden.<sup>235</sup> Met dit criterium sluit de Hoge Raad aan bij zijn eerder rechtspraak – en de memorie van toelichting bij artikel 359a Sv<sup>236</sup> – ten aanzien van de causaliteitseis, en drukt daarnaast uit dat niet ieder onrechtmatig handelen kan leiden tot bewijsuitsluiting: het moet gaan om ernstige schending van een belangrijk voorschrift.

Om te beginnen bij deze causaliteitseis tussen het onrechtmatige handelen en het verkregen bewijsmateriaal, en de daarmee samenhangende verboden-vruchten-problematiek. In de literatuur is terecht opgemerkt dat de vraag naar het causale verband tussen het bewijsmateriaal en de onrechtmatige handeling doorgaans niet moeilijk te beantwoorden is.<sup>237</sup> Toch doen zich in de praktijk ook wel twijfelgevallen voor.<sup>238</sup> Hierbij is het van belang voor ogen te houden dat het vereiste causale verband nogal streng is, om voor uitsluiting in aanmerking te komen moet het bewijsmateriaal als een rechtstreeks gevolg van de onrechtmatigheid zijn verkregen.<sup>239</sup> Dat brengt mee dat ‘bewijsuitsluiting in geval van “fruits of the poisonous tree” niet snel geboden [zal] zijn’.<sup>240</sup> Zowel de jurisprudentie van de Hoge Raad – van voor en na de invoering van artikel 359a Sv – als de memorie van toelichting gaan bij de toepassing van de bewijsuitsluiting uit van een strikte causaliteitseis tussen het onrechtmatige handelen en het verkregen bewijs. Enkel datgene wat door het vormverzuim wordt gevonden, kan in aanmerking komen voor uitsluiting van het bewijs:

‘Dit betekent dat, ook al vloeien alle onderzoeksresultaten voort uit onrechtmatig handelen, in den beginne, later verkregen – secundair – bewijsmateriaal niet hoeft te worden uitgesloten wanneer maar aannemelijk is dat er ook andere factoren aan die verkrijging van secundair materiaal hebben bijgedragen. Wanneer bijvoorbeeld ten gevolge van een onrechtmatige huiszoeking de verdachte wordt aangehouden en deze vervolgens nadat hem de cautie is gegeven een verklaring aflegt dan behoeft deze verklaring niet te worden uitgesloten.’<sup>241</sup>

Een onrechtmatige aanhouding gevolgd door een ‘vrijwillige’ medewerking aan het onderzoek aan de kleding – in casu liet de verdachte na te zijn aangehouden zijn heuptas en jas op de grond –, brengt mee dat het bewijsmateriaal dat door dat onderzoek is gevonden niet kan worden aangemerkt als zijnde

---

235 NJ 2004/376.

236 Over deze directe causaliteit stelt de wetgever al in de memorie van toelichting dat hij hiermee aansluit bij eerdere rechtspraak van de Hoge Raad: HR 7 april 1981, NJ 1981/443; HR 9 oktober 1984, NJ 1986/675; HR 21 januari 1986, NJ 1988/167; HR 26 januari 1988, NJ 1988/1818. Zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, 3, p. 26.

237 Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, p. 879-880; Keulen & Knigge 2016, p. 539.

238 Zie uitgebreid Kuiper 2014, p. 505-518.

239 Zie voor de door de jaren heen gehanteerde terminologie, Kuiper 2014, p. 501-504.

240 Conclusie AG Aben onder HR 6 juli 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BL5528, NJ 2010/423, o. 3.4.2.

241 *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, 3, p. 26.

het rechtstreekse gevolg van de onrechtmatige aanhouding.<sup>242</sup> Ook kan sprake zijn van doorbreking van het causale verband tussen het onrechtmatig handelen en het bewijsmateriaal door tussenkomende omstandigheden. Een onrechtmatige binnentreding en doorzoeking van een woning door opsporingsambtenaren die resulteert in de vondst van drugs, waarna de opsporingsambtenaren de rechter-commissaris zodat in zijn aanwezigheid ook elders in de woning (een grotere partij) drugs wordt aangetroffen, leidt ertoe dat de tweede vondst niet kan worden aangemerkt als een rechtstreeks gevolg van het vormverzuim.<sup>243</sup>

De eisen die aan het causale verband worden gesteld kunnen echter anders liggen naarmate aan de norm die geschonden wordt een groter belang moet worden toegekend. De jurisprudentie van de Hoge Raad geeft er blijk van dat in gevallen waarin de (proces)belangen van de verdachte zijn geschaad gemakkelijker bewijsuitsluiting wordt toegepast. Als bij het nalaten van het geven van een cautie – of het achterwege laten van het wijzen op het recht op rechtsbijstand –, een verklaring wordt afgelegd, zal deze verklaring worden uitgesloten van het bewijs. Ook al is niet met zekerheid te zeggen of de verklaring niet was afgelegd wanneer de verdachte wel de cautie had gehad of zijn raadsman had geconsulteerd.<sup>244</sup> Keulen en Knigge beargumenteren zelfs dat in situaties waarbij de procesrechten van de verdachte gemoeid zijn, de bewijsuitsluiting afhankelijk wordt gesteld van de mate waarin het belang van de verdachte is geschonden, en niet van de aannemelijkheid van het causale verband.<sup>245</sup> Kuiper is het hiermee eens en stelt dat de differentiatie in de striktheid van de causaliteitstoets te verklaren is vanuit de geschonden norm. Vormverzuimen die raken aan de artikelen 5 en 8 EVRM<sup>246</sup> zullen strenger worden getoetst op hun causale verband met het bewijsmateriaal dan vormverzuimen die raken aan artikelen 3 en 6 EVRM.<sup>247</sup> Immers: 'hoe groter het belang van naleving van de geschonden norm in het strafproces, hoe nauwer het verband tussen de geschonden norm en de bewijsverkrijging en hoe groter de kans op onrechtmatig handelen, hoe ruimer de vruchtenleer zou kunnen worden toegepast'.<sup>248</sup> Wel voegt hij eraan toe dat de verschillende wijzen waarop de Hoge Raad de causaliteitsvraag benadert gepaard met de summiere motivering ten aanzien van deze vraag met zich brengen dat onduidelijkheid kan bestaan in de feitenrechtspraak over de vraag wanneer sprake is van een

---

242 HR 24 februari 2004, *NJ* 2004/226.

243 HR 17 januari 2006, *NJ* 2006/495, m.nt. Mevis; zie in het bijzonder ook de kritische noot van Mevis.

244 Keulen & Knigge 2016, p. 541; zie in dit verband ook de rechtspraak voor Salduz, bijv. HR 13 november 2007, *NJ* 2008/116 m.nt. Borgers.

245 Keulen & Knigge 2016, p. 542.

246 Zie uitgebreid Kuiper 2014, p. 507 e.v.

247 Zie uitgebreid Kuiper 2014, p. 504 e.v.

248 Kuiper 2014, p. 519-520.

voor de toepassing van bewijsuitsluiting toereikend causaal verband tussen het vormverzuim en het verkregen bewijsmateriaal.<sup>249</sup>

Het tweede aspect uit het Afvoerpijp-arrest van de Hoge Raad betreft het type normschendingen – aanzienlijke schendingen van belangrijke normen – dat voor toepassing van bewijsuitsluiting in aanmerking komt. Welke strafprocessuele voorschriften als belangrijk moeten worden aangemerkt en wanneer een voorschrift in aanzienlijke mate is geschonden, wordt echter niet direct geëxpliciteerd door de Hoge Raad. Deze gezichtspunten refereren echter wel naar de in artikel 359a Sv genoemde factoren: namelijk het belang van de geschonden norm voor de verdachte en de ernst van het verzuim.<sup>250</sup> In zijn standaardarrest uit 2013 biedt de Hoge Raad wel expliciete uitleg over het toepassingsbereik van deze sanctie en staat nauwgezet stil bij de vraag in welke situaties bewijsuitsluiting in aanmerking kan komen.<sup>251</sup>

In het arrest de Onbevoegde hulpofficier oordeelt de Hoge Raad dat bewijsuitsluiting in drie gevallen geoorloofd is als sanctie op een onrechtmatige handeling. Ten eerste wanneer de onrechtmatige handeling direct raakt aan het recht op een eerlijk proces als bedoeld in artikel 6 EVRM, waarbij kan worden gedacht aan de schending van het recht op rechtsbijstand (Salduz-rechtspraak) of het zwijgrecht.<sup>252</sup> Hoewel ten aanzien van het recht op rechtsbijstand de Hoge Raad ook bepaalde nuanceringen lijkt te maken waardoor niet elk type ‘Salduz-schending’ noodzakelijkerwijs tot bewijsuitsluiting dient te leiden.<sup>253</sup>

Ten tweede indien er sprake is van een aanzienlijke schending van een belangrijk strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel, dat weliswaar niet rechtstreeks het recht op een eerlijk proces aantast, maar toch noopt tot bewijsuitsluiting om zodoende toekomstige vergelijkbare vormverzuimen te voorkomen en een krachtige stimulans te vormen voor normconform handelen van opsporingsambtenaren. Hierbij kan gedacht worden aan visitatie zonder wettelijke grondslag of de schending van het professionele verschoningsrecht.<sup>254</sup> In tegenstelling tot de eerste grond voor toepassing van bewijsuitsluiting, waarin de rechter weinig ruimte heeft om na afweging van de in artikel 359a Sv genoemde factoren af te zien van bewijsuitsluiting, dient de rechter bij deze tweede grond uitdrukkelijk rekening te houden met de hierboven

249 Kuiper 2014, p. 519.

250 Embregts, in: Wetboek van Strafvordering, A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a., aant. 10.11 bij art. 359a Sv (online, laatst bijgewerkt op 1 oktober 2004).

251 NJ 2013/308, m.nt. Keulen, *r.o.* 2.4.3.

252 NJ 2013/308, m.nt. Keulen, *r.o.* 2.4.4; met een verwijzing naar HR 30 juni 2009, NJ 2009/349, m.nt. Schalken; HR 28 maart 2006, NJ 2007/38, m.nt. Schalken.

253 22 december 2015, NJ 2016/52, m.nt. Klip; HR 20 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:368; HR 23 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:78; zie in dat kader ook de noot van Ölçer onder EHRM 20 oktober 2015, (*Dvorski/Kroatie*), EHRC 2016/10; EHRM 13 september 2016, 50541/08, 50571/08, 50573/08, 40351/09 (*Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk*), EHRC 2017/3.

254 NJ 2013/308 *r.o.* 2.4.5; met een verwijzing naar HR 29 mei 2007, NJ 2008/14, m.nt. Reijntjes.

genoemde wettelijke beoordelingsfactoren. Tevens dient de rechter hierbij ook de negatieve effecten van bewijsuitsluiting te betrekken, en zich ervan vergewissen dat door deze sanctie niet op onaanvaardbare wijze afbreuk wordt gedaan aan 'de waarheidsvinding en de bestraffing van de dader van een – mogelijk zeer ernstig – strafbaar feit', alsmede de belangen van slachtoffers. Bewijsuitsluiting is dan ook enkel gerechtvaardigd in het geval van een zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht van de verdachte.

De derde situatie waarin bewijsuitsluiting kan worden toegepast is ten slotte als sprake is van uitzonderlijke omstandigheden waarin de verdediging kan aantonen dat een bepaald vormverzuim dermate vaak voorkomt dat het een structureel karakter heeft en de verantwoordelijke autoriteiten zich onvoldoende hebben ingespannen om deze normoverschrijdingen te voorkomen. Deze situatie verschilt van de twee hierboven beschreven gevallen. Het hoeft niet te gaan om een onrechtmatigheid die het recht op een eerlijk proces aantast of andere ingrijpende inbreuken op grondrechten van de verdachte oplevert. Het is aan de verdediging om een dergelijke structurele tekortkoming te onderbouwen met objectieve gegevens. Van het OM wordt verwacht dat het aantoonde in hoeverre adequate maatregelen zijn getroffen om overtredingen van het voorschrift zoveel mogelijk te voorkomen. Tevens moet de rechter motiveren waarom bewijsuitsluiting in dit soort gevallen daadwerkelijk de beoogde normerende werking op de praktijk van opsporing en vervolging zal hebben. Net als bij de vorige situatie dienen de negatieve effecten van bewijsuitsluiting te worden afgewogen tegen andere zwaarwegende belangen zoals waarheidsvinding, bestraffing, en de belangen van slachtoffers en nabestaanden.<sup>255</sup>

#### 6.2.3.4 Niet-ontvankelijkheid

De zwaarste sanctie die de strafrechter tot zijn beschikking heeft om te reageren op onrechtmatig justitieel handelen in het voorbereidend onderzoek is het niet-ontvankelijk verklaren van het OM. Reeds in 1981 bevestigde de Hoge Raad dat niet-ontvankelijkheid van het OM kan worden uitgesproken bij schending van strafprocessuele normen en algemene beginselen van een behoorlijke procesorde.<sup>256</sup> De Hoge Raad maakte al in zijn vroege jurisprudentie duidelijk dat deze sanctie als een ultimum remedium moet worden gezien die slechts in zeer uitzonderlijke situaties in aanmerking komt.<sup>257</sup> Deze gedachte komt

---

<sup>255</sup> NJ 2013/308, m.nt. Keulen, *r.o.* 2.4.6.

<sup>256</sup> HR 22 december 1981, NJ 1982/233, m.nt. Van Veen. Hoewel het in de betreffende zaak niet werd toegepast verwijst de Hoge Raad wel naar de conclusie van AG Remmelink die zulks betoogt; zie ook de noot van Van Veen onder HR 4 december 1979, NJ 1980/356, m.nt. Van Veen.

<sup>257</sup> Zie bijv. HR 8 september 1998, NJ 1998/879, m.nt. Schalken; HR 31 mei 1994, NJ 1995/29, m.nt. Knigge; HR 27 juni 1995, NJ 1995/752; zie verder verwijzingen naar rechtspraak in noot Schalken onder Zwolsman, para 4.

ook tot uitdrukking in de memorie van toelichting bij artikel 359a Sv. Hoewel de wetgever evenals bij de andere sancties niet uitgebreid stilstaat bij de situaties die zich lenen voor toepassing van de sanctie – wat geheel in lijn is met de doelstelling om de rechter vrij te laten deze evaluatie zelf te maken – geeft hij wel een algemeen criterium: de niet-ontvankelijkverklaring kan als reactie op een vormverzuim worden uitgesproken wanneer ‘als gevolg van het verzuim geen sprake kan zijn van een behandeling van een zaak die aan de beginselen van een behoorlijke procesorde voldoet’.<sup>258</sup> Dat terughoudend moet worden omgegaan met de toepassing van de niet-ontvankelijkverklaring blijkt niet alleen uit de plaats die aan deze sanctie is toebedeeld in de hiërarchische ordening in artikel 359a Sv, de wetgever voegt ten aanzien van deze sanctie er ook expliciet aan toe dat slechts zeer ernstige vormverzuimen die niet gedresseerd kunnen worden met strafvermindering en bewijsuitsluiting voor aanmerking komen voor deze sanctie: ‘Bijvoorbeeld in geval een vervolging heeft plaatsgevonden in flagrante strijd met de beginselen van behoorlijke procesorde.’<sup>259</sup>

De huidige jurisprudentie van de Hoge Raad brengt eveneens tot uitdrukking dat niet lichtvaardig mag worden omgegaan met het niet-ontvankelijk verklaren van het OM als gevolg van een geconstateerde onrechtmatigheid in het vooronderzoek. Het thans geldende criterium in de jurisprudentie van de Hoge Raad sluit aan bij de bedoeling van de wetgever, en geeft een nadere beperking aan ten opzichte van de in de memorie van toelichting gegeven ruimte voor de toepassing van deze sanctie.<sup>260</sup> Niet-ontvankelijkverklaring van het OM als sanctie is slechts geboden indien de ‘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’.<sup>261</sup> De Hoge Raad introduceerde

---

258 *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, 3, p. 26; zie verder ook Corstens 1993, p. 17 over niet-ontvankelijkheid als sanctie voor de invoering van art. 359a Sv.

259 *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, 3, p. 26.

260 Zie uitgebreid Kuiper 2014, p. 366-367.

261 *NJ* 2004/376, *r.o.* 3.6.5.

dit criterium voor het eerst in het gelijknamige Zwolsman-arrest uit 1995,<sup>262</sup> en heeft het sindsdien diverse keren herhaald in zijn jurisprudentie.<sup>263</sup>

Met dit criterium drukt de Hoge Raad uit dat de rechter terughoudend dient om te gaan met de toepassing van deze sanctie, en zoekt daarbij aansluiting bij de procesrechten van de verdachte. Pas wanneer de eerlijkheid van het proces in het geding is door de onregelmatigheden in het vooronderzoek – bijvoorbeeld vanwege een overtreding van het uitlokverbod – is er plaats voor toepassing van de niet-ontvankelijkheid.<sup>264</sup> In verband hiermee is de rol die de ernst van het verzuim en de laakbaarheid van het handelen van opsporingsambtenaren spelen in dit criterium in de literatuur sterk bekritiseerd. Zo bepleit Knigge dat het eerlijkprocesrecht inderdaad een toereikende grond kan zijn voor de niet-ontvankelijkverklaring, maar dat het daarvoor noodzakelijk is dat ‘de aandacht verschuift van de ernst van het verzuim en de kwade trouw van de betrokken autoriteiten naar de gevolgen daarvan voor het recht van de verdachte op een eerlijk proces’.<sup>265</sup> Hierdoor dient minder belang te worden gehecht aan de *Schutznorm* – in die zin dat de onrechtmatigheid ook kan zijn begaan in het vooronderzoek naar een ander strafbaar feit of jegens een andere verdachte – en de verwijtbaarheid van het handelen van de justitiële autoriteiten. Ook Schalken problematiseert het belang dat wordt gehecht aan de verwijtbaarheid van het handelen van opsporingsambtenaren omdat ernstige inbreuken op het recht op een eerlijk proces niet noodzakelijkerwijs direct toe te rekenen zijn aan ernstig verwijtbaar handelen van politie en justitie. Zij kunnen ook gelegen zijn in een opeenstapeling van fouten waardoor ‘een zichzelf respecterend OM de zaak niet in de sleutel van een eerlijk proces aan de rechter had mogen voorleggen’.<sup>266</sup> Hiermee legt Schalken een verband met onrechtmatig handelen dat in abstracto wel kan leiden tot een schending van artikel 6 EVRM, maar dat in het concrete geval niet doet omdat het bijvoorbeeld niet heeft geleid tot bewijsmateriaal jegens de verdach-

---

262 HR 19 december 1995, *NJ* 1996/249, m.nt. Schalken (*Zwolsman*). In het Zwolsman-arrest luidde het criterium als volgt: ‘Voorts kan niet worden uitgesloten dat onrechtmatig optreden van opsporingsambtenaren onder omstandigheden een zodanig ernstige schending van beginselen van een behoorlijke procesorde oplevert dat zulks – ook in een geval waarin overigens voldoende op rechtmatige wijze verkregen bewijsmateriaal voorhanden is – tot niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie dient te leiden. Een zo ver gaande sanctie kan in dat geval echter slechts volgen indien sprake is van ernstige inbreuken op die beginselen, waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan.’

263 In *NJ* 2004/376 verwoordt de Hoge Raad het criterium niet geheel op dezelfde wijze, zie voor een bespreking hierover Keulen & Knigge 2016, p. 558-559; Kuiper 2014, 367-369.

264 HR 29 juni 2010, *NJ* 2010/442 m.nt. Schalken; zie in het bijzonder de annotatie van Schalken die de toepassing van dit rechtsgevolg bij de overtreding van het uitlokverbod problematiseert; Voor een meer recente bespreking van deze problematiek zie Noyon 2018.

265 Knigge 2003, p. 194.

266 Schalken noemt als standaardvoorbeeld de schending van de redelijke termijn, waarvan inmiddels helder is dat deze normschending nimmer zal leiden tot niet-ontvankelijkheid.

te. Te denken valt bijvoorbeeld aan schendingen van artikel 3 EVRM.<sup>267</sup> Schalken koppelt deze redenering aan de Zaanse verhoormethode en concludeert in zijn annotatie onder dit arrest dat ‘ook als een verdachte tijdens een onrechtmatige verhoorsituatie niet bekend, [dat, MS] nog niet [wil, MS] zeggen dat hij niet wezenlijk in zijn verdedigingsbelangen kan zijn getroffen of dat er niet in strijd met de beginselen van een behoorlijke procesorde is gehandeld’.<sup>268</sup>

Duker bespreekt in dit licht de overlap tussen de verschillende grondslagen voor de niet-ontvankelijkverklaring van het OM. Hij beargumenteert evenals Schalken dat vormverzuimen die niet raken aan de eerlijkheid van het proces van de verdachte en daarmee niet voldoen aan het Zwolsmancriterium, desondanks kunnen leiden tot niet-ontvankelijkheid omdat zij raken aan de algemene beginselen van een behoorlijke procesorde, in het bijzonder de redelijkheid van de vervolgingsbeslissing.<sup>269</sup> Ter illustratie wijst hij op het arrest *NJ* 2012/346 waarin het hof het OM niet-ontvankelijk had verklaard, onder andere in verband met de schending van de Aanwijzing inzake opsporing en vervolging van seksueel misbruik.<sup>270</sup> De verdachte was in 2009 gedagvaard ter zake van een zedendelict begaan in de periode 1992-1994. De aangifte op basis waarvan het opsporingsonderzoek was gestart was in 2007 gedaan door het slachtoffer, waarna het OM in strijd met eigen regelgeving verzuimd had binnen drie maanden de beslissing tot vervolging te nemen. Bovendien werd de aangifte als mogelijk onbetrouwbaar geacht omdat het deels was gebaseerd op zogenoemde hervonden herinneringen. Het OM had in strijd met zijn de Aanwijzing nagelaten de Landelijke Expertisegroep Bijzondere Zedenzaken te raadplegen over de betrouwbaarheid en geloofwaardigheid van deze aangifte. Tegen deze achtergrond en het feit dat de inmiddels dertigjarige verdachte vervolgd werd ter zake van feiten die hij als 13- tot 15-jarige zou hebben begaan, oordeelde het hof dat hier een zodanig grove verwaarlozing van de belangen van de verdachte heeft plaatsgevonden, dat hier slechts de sanctie past van niet-ontvankelijkverklaring van de officier van justitie in de vervolging. Duker betoogt dat deze zaak illustreert hoe verschillende toetsingskaders – het vertrouwensbeginsel, het kader van artikel 359a Sv en het beginsel van een redelijke en billijke belangenafweging – hier samen lijken te komen, daarnaast speelt ook het perspectief van de redelijke termijn hier een rol.<sup>271</sup> De unieke kenmerken van de zaak en de opeenstapeling van fouten maken het niet gemakkelijk te concluderen of ieder van de verschillende grondslagen voor niet-ontvankelijkheid individueel zou hebben volstaan: ‘Het lijkt erop

---

267 Zie in dat verband de noot van Buruma onder *NJ* 2000/521.

268 Schalken in zijn noot Zaanse verhoormethode; tevens verwijzend naar Th.A. de Roos in zijn annotatie onder het Zaanse verhoormethode-arrest in *AA* 1997/11, p. 816, sub 7.

269 Duker 2013, p. 678-679; verwijzend ook naar de annotaties van Schalken en Reijntjes, onder *HR* 27 maart 2012, *NJ* 2012/450, m.nt. Schalken; *HR* 18 januari 2011, *NJ* 2011/141, m.nt. Schalken; *HR* 3 april 2012, *NJ* 2012/346, m.nt. Reijntjes.

270 *HR* 3 april 2012, *NJ* 2012/346, m.nt. Reijntjes.

271 Duker 2013, p. 679.

dat met name de combinatie van omstandigheden hier heeft geleid, en heeft mogen leiden, tot de beslissing het OM niet-ontvankelijk te verklaren in de vervolging. De uitspraken van het hof en de Hoge Raad laten zien dat de uiteindelijk grond voor niet-ontvankelijkheid met die verwevenheid van gronden moeilijk precies is te duiden.<sup>272</sup>

Een soortgelijke situatie is ook waar te nemen in zaken waarin de aanhouding van verdachte gepaard is gegaan met disproportioneel geweldgebruik door opsporingsambtenaren. De Hoge Raad oordeelt in deze situaties stevast dat onregelmatigheden in het politieoptreden ten tijde van de aanhouding op zichzelf niet zullen meebrengen dat aan het recht van de verdachte op een eerlijke behandeling van zijn zaak wordt tekortgedaan.<sup>273</sup> In de literatuur wordt evenwel de positie verdedigd dat 'indien bij een disproportionele aanhouding de niet-ontvankelijkheid van het OM is uitgesloten omdat daarmee nog niet tekort is gedaan aan de eerlijke behandeling van de zaak, wellicht nog wel de redelijkheid van de vervolgingsbeslissing als zodanig zou kunnen worden getoetst aan beginselen van een behoorlijke procesorde'.<sup>274</sup>

Ondanks de hierboven genoemde situaties waarin ofwel meerdere toetsingskaders door elkaar heen lopen, ofwel sprake is van een opeenstapeling van fouten, wordt de niet-ontvankelijkverklaring slechts toegepast indien de eerlijkheid van het proces in het geding is.<sup>275</sup> In zijn annotatie onder het Afvoerpijparrest stelt Buruma de vraag of de Hoge Raad met het Zwolsman-criterium wil aangeven dat niet-ontvankelijkheid enkel in beeld komt indien de normschending raakt aan het recht op een eerlijk proces van de verdachte. Daarmee zou immers een andere grondslag voor de toepassing van deze sanctie – in verband met onrechtmatig handelen in het vooronderzoek<sup>276</sup> – uitgesloten worden. In eerdere rechtspraak heeft de Hoge Raad ook in situaties waarin niet de eerlijkheid van het proces ter discussie stond gebruik van de niet-ontvankelijkverklaring geoorloofd geacht. Deze situatie deed zich voor in het Karmanarrest waarin met de verdachte overeen was gekomen dat in ruil voor zijn verklaring in een andere zaak, de straf tegen de verdachte niet ten uitvoer zou worden gelegd. De Hoge Raad erkent dat in deze zaak de belangen van de verdachte niet worden aangetast door het handelen van het OM. Niettemin acht de Hoge Raad de niet-ontvankelijkverklaring wel geoorloofd omdat dit handelen van het OM zodanig strijdig was met de grondslagen van het strafproces dat het wettelijk systeem in zijn kern is geraakt:

---

272 Duker 2013, p. 679; Kuiper twijfelt of deze zaak in de sleutel van art. 359a Sv geplaatst dient te worden, zie Kuiper 2014, p. 395.

273 HR 30 januari 2001, NJ 2001/281; HR 11 oktober 2016, NJ 2016/456.

274 HR 12 februari 2008, NJ 2008/248 m.nt. Schalken; zie ook de conclusie van AG Bleichrodt onder NJ 2016/153, en de annotatie van Vellinga-Schootstra onder hetzelfde arrest.

275 Zie in dit kader de uitgebreide beschrijving van Kuiper over de situaties waarin de Hoge Raad de toepassing van deze sanctie geoorloofd acht, Kuiper 2014, p. 352-401.

276 Dit raakt niet aan de niet-ontvankelijkheid in verband met andere vervolgingsbeletsen, zie daarover uitgebreid: Van Dorst 1989, p. 81 e.v.; Cleiren 1989, p. 88-130; Duker 2013.

‘Daaruit mag echter niet worden afgeleid dat in een geval als het onderhavige, in aanmerking genomen het fundamentele karakter van de gemaakte inbreuk, niet-ontvankelijkverklaring uitgesloten is, omdat de belangen van de verdachte niet zijn geschaad. Het Hof heeft terecht in aanmerking genomen het belang dat de gemeenschap heeft bij de inachtneming van het wettelijk systeem bij de berechting van strafzaken en de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen zodat de klacht van het middel dat het Hof geen acht heeft geslagen op het belang dat de gemeenschap heeft bij normhandhaving door berechting van de verdachte feitelijke grondslag mist.’<sup>277</sup>

Dit arrest wordt in de regel aldus zo uitgelegd dat de Hoge Raad naast het Zwolsmancriterium, dat slechts van toepassing is bij schending van de rechten van de verdachte, een andere grondslag erkent voor de niet-ontvankelijkheid in relatie tot onrechtmatig justitieel handelen. Namelijk wanneer andere in de rechtsstaat gewichtige belangen in het geding zijn. Het feit dat de Hoge Raad dit criterium in latere arresten niet meer heeft gebruikt, en dit arrest in die zin op zichzelf staat, wordt gezien als teken dat het thans niet meer als grond kan dienen. Bovendien kan in een aantal latere arresten van de Hoge Raad argumenten worden gevonden die erop wijzen dat het Karmancriterium niet langer van toepassing is.<sup>278</sup> Het ligt echter meer voor de hand dat wegens de uitzonderlijke aard van de zaak een dergelijke situatie zich simpelweg niet snel zal voordoen en het stilzwijgen van de Hoge Raad hieromtrent zou in die sleutel kunnen worden geplaatst.<sup>279</sup> Keulen en Knigge merken hieromtrent op dat de toezegging van het OM aan de verdachte de rechter in een onmogelijke positie had gebracht: ‘Het proces tegen Karman was daarmee een farce geworden. En voor schijnprocessen is in onze strafrechtspleging geen plaats.’<sup>280</sup>

Kuiper vat de huidige toepassing van de niet-ontvankelijkheid als sanctie op onrechtmatig optreden als volgt op:

‘De belangrijkste pre van niet-ontvankelijkverklaring is haar effectiviteit als noodrem om te voorkomen dat de verdachte wordt veroordeeld op basis van een proces dat niet voldoet aan de daaraan op basis van art. 6 EVRM te stellen eisen. De mogelijkheid van toepassing van dit rechtsgevolg vervult een vangnetfunctie voor de uitzonderlijke gevallen waarin als gevolg van vormfouten een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM niet meer mogelijk is. Niet-ontvankelijkverklaring kan voorts een zeer krachtige prikkel opleveren voor politie en OM om het gedrag waarop de inzet van dit middel de reactie vormt in de toekomst te vermijden. Die sterke signaalfunctie kan ook als voordeel worden gezien: duidelijker dan met toepassing

277 HR 1 juni 1999, NJ 1999/567, m.nt. Schalken.

278 HR 3 juli 2001, NJ 2002/8, m.nt. Schalken (*post-Karman I*); HR 25 juni 2002, NJ 2002/518, m.nt. Schalken (*post-Karman II*).

279 Zie ook Kuiper 2014, p. 389-390; anders Pitcher 2016, p. 141-142.

280 Keulen & Knigge 2016, p. 561.

van niet-ontvankelijkverklaring kan de rechter niet laten blijken dat de vormfouten waarop deze reactie volgt niet worden getolereerd.<sup>281</sup>

Kortom, de sanctie niet-ontvankelijkheid dient terecht met grote terughoudendheid te worden toegepast, het betekent immers een einde aan het strafproces zonder dat aan een der functies van het strafproces wordt voldaan. De Hoge Raad beperkt de toepassing van deze sanctie dan ook voor extreme gevallen waarin procesrechten van de verdachte in ernstige mate zijn geschonden. Ondanks het begrip voor deze positie van de Hoge Raad, laten de hierboven genoemde voorbeelden zien dat toepassing van het strikte Zwolsmancriterium niet in alle situaties voor de hand ligt, en bovendien dat de vervlechting van de verschillende grondslag waarop de niet-ontvankelijkheid kan berusten problemen met zich brengt.

### 6.3 FOCUS VAN HET RECHTERLIJK TOEZICHT IN ARTIKEL 359A SV

Ondanks dat de jurisprudentie van de Hoge Raad aan de wieg heeft gestaan van de rechterlijke controle op het vooronderzoek, laat de huidige jurisprudentiële lijn zien dat terughoudendheid geboden is bij de te verbinden gevolgen aan geconstateerde vormverzuimen in het vooronderzoek. Hierdoor rijst de vraag waartoe de rechterlijke controle op het vooronderzoek dient, met andere woorden, wat is de focus van deze rechterlijke controle?

In het vorige hoofdstuk zijn de doelstellingen van de rechterlijke controle op het opsporingsonderzoek en de sanctionering van onrechtmatigheden daarbinnen aan bod gekomen. In de huidige literatuur worden de volgende drie doelen dominant geacht voor de rechterlijke controle op het vooronderzoek. Ten eerste gaat het om het bevorderen van normconform handelen aan de zijde van politie en het OM. Hoewel dit doel doorgaans wordt gekoppeld aan de sanctie bewijsuitsluiting kan ook van de niet-ontvankelijkverklaring een dergelijk afschrikkend effect uitgaan. Ten tweede wordt als doel gewezen op het borgen van rechtsstatelijk handelen door de overheid. De gedachte is dat de rechter door het controleren van de (strafvorderlijke) overheid en het verbinden van een sanctie aan de niet-naleving van normen door de overheid, bijdraagt aan het bevorderen van de geloofwaardigheid en de integriteit van de rechtspleging. Tot slot wordt als doel van de rechterlijke controle gewezen op de bescherming van de individuele rechten van de verdachte, en in het bijzonder het recht op een eerlijk proces.<sup>282</sup>

Uit de door de bespreking van de verschillende criteria en voorwaarden die de Hoge Raad stelt aan de toepassing van artikel 359a Sv, kan worden

---

<sup>281</sup> Kuiper 2014, p. 365.

<sup>282</sup> Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, p. 863-864; Corstens 1993, p. 54-55; NJ 2013/308, *r.o.* 2.4.4-2.4.6; Kuiper 2014, p. 76.

afgeleid dat de rechterlijke focus hierbij met name ligt op de bescherming van de individuele rechten van de verdachte. De in de jurisprudentie geïntroduceerde criteria voor het verbinden van een rechtsgevolg aan een vormverzuim – zoals de *Schutznorm* – of de invulling die de Hoge Raad geeft aan de verschillende factoren – zoals het nadeel dat de verdachte ondervonden heeft – maken duidelijk dat de rechter maar zeer beperkte ruimte heeft om buiten die gevallen waarin de rechten van de verdachte zijn geschonden, over te gaan tot toepassing van artikel 359a Sv. Het lijkt er dan ook op dat de Hoge Raad het laatstgenoemde doel als het primaire doel ziet voor de rechterlijke controle op vormverzuimen.

Met betrekking tot de andere twee doelen zijn er minder aanknopingspunten te vinden in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Weliswaar erkent de Hoge Raad expliciet een rechterlijke verantwoordelijkheid voor het afdwingen van normconform strafvorderlijk handelen aan de zijde van opsporingsambtenaren – althans waar het structurele vormverzuimen betreft – maar het gaat hier wel om een doel dat van ondergeschikt belang is. Het waarborgen van een rechtsstatelijk en integer handelen van de overheid lijkt echter nagenoeg geheel uit de jurisprudentie van de Hoge Raad te zijn geraakt.

#### 6.4 CONCLUSIE

De discussie over de rechterlijke bevoegdheid het vooronderzoek te controleren is sinds de invoering van artikel 359a Sv – en in zekere zin al sinds de ontwikkeling van de jurisprudentie van de Hoge Raad ten aanzien van de controle op het vooronderzoek – definitief beslecht. Artikel 359a Sv biedt de wettelijke grondslag voor de controle van het opsporingsonderzoek, en zo nodig de sanctionering van onrechtmatigheden begaan gedurende dat onderzoek. Dit artikel geeft de rechter een ruime discretionaire bevoegdheid om aan normoverschrijdingen die zijn begaan tijdens de opsporing een sanctie te verbinden. Omdat het een discretionaire bevoegdheid betreft, en niet een sanctioneringsplicht, staat het de rechter vrij om enkel het verzuim vast te stellen zonder daaraan verdere consequenties te verbinden. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad duikt het beeld op dat de rechter terughoudend moet omgaan met zijn sanctionerende bevoegdheid. De jurisprudentiële drempels voor het verbinden van rechtsgevolgen – met name bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkheid – aan vormverzuimen zijn hoog, en indien de rechter ervoor kiest een vormverzuim te sanctioneren dient hij dat uitvoerig te motiveren. Hoewel deze jurisprudentie heeft geresulteerd in een nadere aanscherping van het rechterlijk toetsingskader, zijn er tegelijkertijd ook veel uitzonderingen op de verschillende jurisprudentiële drempels en factoren, waardoor het niet altijd duidelijk is hoe dit kader toegepast dient te worden.

Dat de sanctionering van normoverschrijdingen terughoudend plaatsvindt, betekent daarnaast niet dat de rechter ook geen controle uitoefent op het

opsporingsonderzoek en dat daarmee bepaalde strafprocessuele normen als onbelangrijk worden geacht. Een aanhouding zonder dat daar een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit aan vooraf gaat is nog steeds niet toegestaan onder de Nederlandse strafvorderlijke regels, en wordt ook als onrechtmatig aangemerkt door de strafrechter, maar de rechter hoeft er niet per se een rechtsgevolg aan te verbinden. De vraag is dan ook hoe de feitenrechter gebruik maakt van zijn controlerende bevoegdheid op het opsporingsonderzoek en op welke wijze hij reageert op geconstateerde vormverzuimen. Uit het voorgaande vloeit de vraag voort in hoeverre het terughoudende toetsingskader van de Hoge Raad als richtlijn dient voor de feitenrechter en waar de grootste afwijkingen en knelpunten ten aanzien van de toepassing van deze bepaling gelegen zijn.

