



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

7 | Het toezicht op de opsporing: de feitenrechter

7.1 INLEIDING

Uit de beschrijving van de jurisprudentie van de Hoge Raad in het vorige hoofdstuk volgt dat de rechterlijke controle op de rechtmatigheid van het vooronderzoek allerm minst onbegrensd is. Hoewel met de invoering van artikel 359a Sv de wetgever deze rechterlijke bevoegdheid van een expliciete grondslag heeft voorzien, en daarbij de rechter in zekere zin een ruime discretionaire bevoegdheid heeft gegeven in de nadere invulling van deze taak, is deze discretionaire bevoegdheid scherp ingekaderd in de jurisprudentie van de Hoge Raad. De huidige stand van de jurisprudentie laat dan ook een grote mate van terughoudendheid zien aan de zijde van de Hoge Raad met betrekking tot toepassing van dit artikel. De rechter kan op grond van artikel 359a Sv weliswaar toezicht uitoefenen op de opsporing, en in dat kader bepaalde rechtsgevolgen verbinden aan normoverschrijdingen begaan door opsporingsambtenaren tijdens het vooronderzoek, maar voor het uitoefenen van het toezicht en in dat kader eventueel verbinden van rechtsgevolgen aan vormverzuimen is de rechter gebonden aan verschillende wettelijke en vooral jurisprudentiële factoren. Hierdoor kan worden gesteld dat enerzijds het door de Hoge Raad ontwikkelde kader voor de rechterlijke controle op de opsporing de feitenrechter duidelijke handvatten geeft om te reageren op onregelmatigheden in het vooronderzoek, terwijl anderzijds de hoge eisen die de Hoge Raad stelt voor de toepassing van deze bepaling en de vele factoren waar de feitenrechter rekening mee moet houden, hem beperkingen opleggen in de uitoefening van deze taak.

Hierdoor kan de indruk ontstaan dat de strafrechter terughoudend is in de uitoefening van zijn controlerende taak ten opzichte van de opsporing. Ingevolge de huidige jurisprudentie van de Hoge Raad is deze controlerende taak in grote mate gericht op de naleving van die vormvoorschriften die ofwel de waarheidsvinding borgen ofwel vormvoorschriften die raken aan fundamentele rechten van de verdachte (in het bijzonder het recht op een eerlijk proces). Het controleren van andere vormfouten zoals, inbreuken op het recht op privacy en de integriteit van de opsporing wordt in mindere mate als taak van de zittingsrechter beschouwd. De gerichtheid van de rechterlijke controle op het waarborgen van het recht op een eerlijk proces van de verdachte en het voorkomen van nadeel aan de procespositie van de verdachte, heeft grote consequenties voor de aard en omvang van het (rechterlijk) toezicht dat thans

wordt uitgeoefend op het strafvorderlijk handelen van politie en het OM. De rechter is weliswaar niet de primaire of de enige toezichthouder op de opsporing maar deze terughoudendheid heeft wel gevolgen voor het *totale* toezicht op de opsporing en de normering van het strafvorderlijk handelen van opsporingsambtenaren door de rechter.

Of de terughoudende sanctionering ook daadwerkelijk tot terughoudendheid ten aanzien van de controlerende taak leidt, valt echter nog te bezien. Het is tenslotte in de feitenrechtspraak waar duidelijk wordt hoe de rechter omgaat met het toezicht op de naleving van strafvorderlijke normen door opsporingsambtenaren. De Hoge Raad oordeelt immers slechts in een klein deel van de strafzaken en bepaalt daarin het algemene kader waarlangs de feitenrechter moet omgaan met zijn controlerende taak en in hoeverre hij dit kader in acht heeft genomen. Dit hoofdstuk heeft tot doel om in kaart te brengen hoe de feitenrechter invulling geeft aan zijn toezichthoudende rol, of en welke knelpunten zich in de praktijk voordoen en welke patronen er in dat kader te ontwaren zijn.

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. Voordat inhoudelijk wordt ingegaan op de wijze waarop in de feitenrechtspraak het rechterlijk toezicht gestalte krijgt, wordt in § 7.2 de in dit hoofdstuk gehanteerde methode besproken. Ten behoeve van de beeldvorming wordt vervolgens in § 7.3 een algemeen overzicht gepresenteerd van de feitenrechtspraak waarin een aantal bijzonderheden kort zal worden genoemd, zoals de veelvoorkomende (typen) vormverzuimen, veel gevoerde verweren en het aantal keer dat de rechter hier al dan niet in meegaat. Hierna wordt aandacht besteed aan de wijze waarop de rechter het opsporingsonderzoek controleert en normeert (§ 7.4). In de eerste plaats wordt gekeken of en in hoeverre de feitenrechter toezicht houdt op het vooronderzoek, meer concreet in hoeverre in de rechtspraak kenbaar wordt gemaakt dat het handelen van de opsporingsambtenaren is getoetst aan bepaalde normen, en op welke wijze de feitenrechter dat al dan niet doet. Met de controle op de opsporing hangt de normering – in de zin van explicitering van de norm – nauw samen. De rechterlijke normering is van belang omdat het duidelijk maakt op welke wijze strafvorderlijke normen uitgelegd dienen te worden, maar speelt tevens een cruciale rol bij de duiding en explicitering van vage of open normen zoals artikel 6 EVRM en de beginselen van een behoorlijke procesorde. Vervolgens wordt in § 7.5 de sanctionering van onrechtmatig handelen in het opsporingsonderzoek besproken, waarbij in het bijzonder aandacht zal zijn voor de vraag in hoeverre de feitenrechter hier op consequente wijze mee omgaat. Deze bespreking vindt plaats aan de hand van een aantal opvallende aspecten die zich in de feitenrechtspraak voordoen met betrekking tot de toepassing van artikel 359a Sv.

7.2 METHODE

Omdat de bestudering en bespreking van feitenrechtspraak in zekere zin (ook) een empirische aangelegenheid is, is het noodzakelijk dat alvorens de inhoud van de rechtspraak wordt besproken eerst wordt stilgestaan bij de wijze waarop deze data zijn verzameld en verwerkt en hoe de bespreking ervan zal plaatsvinden in de rest van dit hoofdstuk. Om een beeld te krijgen van de wijze waarop in de feitenrechtspraak invulling wordt gegeven aan de toezichthoudende taak van de rechter is gekeken naar de beschikbare online-databases, zoals rechtspraak.nl, *NJFS* en Kluwer Navigator. Omdat op rechtspraak.nl de meeste jurisprudentie gepubliceerd wordt, is ervoor gekozen om een selectie te maken van de op deze website beschikbare jurisprudentie. Hoewel artikel 359a Sv reeds in 1996 is ingevoerd, dateren de eerste gepubliceerde uitspraken waarin dit artikel een rol heeft gespeeld uit 1998. In de daaropvolgende jaren zijn er telkens enkele – en vanaf 2002 enkele tientallen – uitspraken per jaar te vinden op de verschillende online-databases. Pas vanaf 2008 wordt er een aanzienlijke hoeveelheid – meer dan 100 – uitspraken per jaar gepubliceerd. Met het oog op de genoemde hoeveelheid beschikbare data en de verdeling ervan over de jaren, is ervoor gekozen om een selectie van deze jurisprudentie te bestuderen en de selectie te baseren op een aantal peiljaren. Gezien het belang van het meest recente standaardarrest van de Hoge Raad, de Onbevoegde hulpofficier, is ervoor gekozen om 2012 en 2015 als peiljaren te nemen.¹ Deze keuze maakt het mogelijk om een vergelijking te maken tussen de situatie vlak voor dit arrest, en de huidige situatie waarin de feitenrechter goed bekend is met het kader van de Hoge Raad. De rechtspraak uit 2015 is ook om een andere reden interessant; sinds 2014 lijkt de Hoge Raad de stelplicht strikter te handhaven. In hoofdstuk 6 is in dit verband opgemerkt dat strengere eisen aan de stelplicht zou kunnen bijdragen aan een terughoudendere controle door de rechter.² De vraag is dan ook of een dergelijke ontwikkeling te ontwaren is in de rechtspraak. Tevens is 2010 gekozen in verband met het arrest van de Hoge Raad uit december 2010 waarin hij verschillende factoren uit artikel 359a lid 2, nader aanscherpte.³

Vervolgens is in de voornoemde periodes gezocht op de zoekmachine rechtspraak.nl, op de zoekterm '359a', bij alle rechtbanken en hoven. Deze zoekterm en de gekozen parameters leverden in totaal 839 uitspraken op, respectievelijk 238 in 2015, 337 in 2012 en 263 in 2010. Van dit totaal zijn 259 uitspraken geselecteerd en bestudeerd. Bij deze selectie is rekening gehouden met een

1 Hoewel het hier niet om heel recente rechtspraak gaat, is er geen reden om aan te nemen dat het beeld dat in dit hoofdstuk wordt geschetst van de feitenrechtspraak aangaande art. 359a Sv, is gewijzigd.

2 Zie hierover uitgebreid § 6.2.1.3.

3 HR 12 december 2010, *NJ* 2010/624 m.nt. Schalken; HR 4 januari 2011, *NJ* 2012/145, m.nt. Borgers; zie verder Kooijmans 2011, p. 1091-1108.

aantal factoren. Zo is gestreefd naar een evenredig aantal arresten per peiljaar: 86 uit 2015, 86 uit 2012 en 87 uit 2010. Tevens is rekening gehouden met zowel regionale spreiding, als een gelijkwaardige verdeling tussen hoven en rechtbanken. Dat wil zeggen dat zowel van rechtbanken als hoven een evenredig aantal zaken is bestudeerd, en daarmee dus per instantie naar rato een aantal zaken is geselecteerd. Ter illustratie: in het jaar 2015 is door het Hof Amsterdam in totaal 43 arresten gepubliceerd waar artikel 359a Sv genoemd is. Van deze 43 arresten zijn er tien zaken geselecteerd voor bestudering, deze selectie heeft plaatsgevonden door de zaken willekeurig te sorteren op rechtspraak.nl en vervolgens om de vier arresten één arrest te selecteren.

Met deze methode is getracht een zo representatief mogelijk beeld van de gepubliceerde rechtspraak te bieden. Niettemin brengt deze methode ook de nodige beperkingen met zich. Het is welbekend dat niet alle feitenrechtspraak gepubliceerd wordt op rechtspraak.nl. Om deze reden is het niet goed mogelijk om een inschatting te maken van de mate waarin de bestudeerde rechtspraak representatief is voor de daadwerkelijke rechtspraak. Het is immers niet duidelijk welk deel van de jurisprudentie ten aanzien van artikel 359a Sv op rechtspraak.nl gepubliceerd wordt. Daarnaast is het niet geheel duidelijk op basis van welke criteria de gepubliceerde uitspraken zijn geselecteerd voor publicatie. Hierbij biedt het Besluit selectiecriteria uitsprakendatabank Rechtspraak.nl weliswaar enige houvast, maar de criteria zijn dermate ruim geformuleerd dat de verschillende rechtbanken en hoven nog steeds een grote beoordelingsvrijheid toekomt bij de publicatie van rechtspraak.⁴ Welk beleid de verschillende rechtbanken en hoven precies voeren met betrekking tot het publiceren van jurisprudentie is dan ook niet bekend. Wel kunnen we vaststellen dat er grote verschillen bestaan wat betreft het aantal gepubliceerde uitspraken. Ter indicatie: de strafkamer van het Hof Amsterdam heeft in het jaar 2015 meer dan 40 arresten gepubliceerd die verband houden met artikel 359a Sv, terwijl de Rechtbank Zeeland-West Brabant er slechts zes heeft gepubliceerd.⁵

Daarnaast dragen de “harde criteria” uit het Besluit selectiecriteria eraan bij dat een enigszins scheef beeld ontstaat. Het Besluit bepaalt bijvoorbeeld dat ernstige strafzaken – een strafzaak betreffende een levensdelict of een strafzaak waarin een gevangenisstraf van vier jaar of meer en/of een TBS-maatregel is opgelegd – altijd gepubliceerd dienen te worden. Het is juist bij deze ernstige misdrijven waarin de jurisprudentie van de Hoge Raad grote terughoudendheid met betrekking tot sanctionering van vormverzuimen

4 Zie: <https://www.rechtspraak.nl/Uitspraken-en-nieuws/Uitspraken/Paginas/Selectiecriteria.aspx> (laatst geraadpleegd 17 januari 2019).

5 Met dit voorbeeld wordt niet bedoeld te suggereren dat het Hof Amsterdam en de Rechtbank Zeeland-West Brabant volledig vergelijkbaar zijn (of zouden moeten zijn) in dezen. Het voorbeeld dient slechts ter illustratie van het gegeven dat er grote onderlinge verschillen bestaan in de hoeveelheid 359a-zaken die te vinden zijn op rechtspraak.nl.

voorstaat. Een ander voorbeeld is het in artikel 4 lid 2 van het Besluit geformuleerde criterium dat een uitspraak altijd gepubliceerd wordt indien

‘een beroep op het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens, het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten, het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind of een verdrag dat tot stand is gekomen onder de International Labour Organization, is gehonoreerd of anders dan met een standaardmotivering verworpen’.

Dit zou kunnen verklaren waarom relatief veel *Salduz*-verweren (die logischerwijs gebaseerd zijn op artikel 6 EVRM) te vinden zijn in de bestudeerde uitspraken. Ter relativering van deze twee kanttekeningen moet echter wel het volgende worden opgemerkt. In een soortgelijk onderzoek (analyse van feitenrechtsppraak) van Goos naar vormverzuimen in het e-archief van de Raad voor de Rechtspraak stelt de auteur dat een vergelijking van de zaken die in het e-archief te vinden zijn en die zaken die op rechtspraak.nl worden gepubliceerd laat zien dat op rechtspraak.nl relatief veel ‘vormverzuim’-zaken worden gepubliceerd. Uitspraken waarin vormverzuimen een rol spelen worden verhoudingsgewijs vaker gepubliceerd dan strafzaken waarin geen vormverzuim-verweer is gevoerd.⁶ Wat de precieze percentages zijn maakt de auteur echter niet bekend.

Als gezegd wordt met de analyse van deze rechtspraak beoogd in kaart te brengen welke algemene patronen er te ontwaren zijn in de feitenrechtsppraak betreffende artikel 359a Sv. Hierbij wordt eveneens gekeken naar de discrepanties die er bestaan tussen de feitenrechters onderling en tussen de feitenrechters en de Hoge Raad. Een dergelijke evaluatie is echter niet altijd eenvoudig op basis van de beschikbare informatie in de uitspraak, omdat bijvoorbeeld niet alle (voor deze evaluatie) relevante feiten zijn opgenomen. Een korte uitspraak met weinig feitelijke informatie is dan ook slecht te toetsen op de vraag of al dan niet conform de lijn van de Hoge Raad is gehandeld.

Ondanks deze kanttekeningen en het feit dat de bestudeerde rechtspraak geen *volledig* beeld oplevert van de daadwerkelijke feitenrechtsppraak, kunnen op basis van dit onderzoek wel degelijk bepaalde algemene conclusies worden getrokken, daar het onderzoek in bepaalde opzichten een duidelijke ontwikkeling laat zien en bovendien hieruit een zeker beeld ontstaat van hoe in de feitenrechtsppraak omgegaan wordt met de toezichthoudende taak van de rechter. De casuïstische aard van deze thematiek en het gemêleerde beeld van de feitenrechtsppraak brengen mee dat er bepaalde keuzes gemaakt moeten worden om tot een gestructureerde bespreking van de onderzoeksbevindingen te kunnen komen. In de volgende paragrafen worden de bevindingen allereerst afgezet tegen de controlerende en normerende taak van de rechter, waarna nader wordt ingegaan op de consistentie waarmee invulling wordt gegeven

6 Goos 2019, voetnoot 17 op p. 8.

aan deze rechterlijke taak. Het is hierbij goed om op te merken dat er een zekere overlap aanwezig is tussen de verschillende indelingen. Dat geldt in de eerste plaats voor de controlerende en normerende taak van de rechter omdat deze activiteiten niet scherp gescheiden kunnen worden, maar geldt ook voor de bespreking van de verdere invulling van deze taak. Dit komt deels doordat bepaalde factoren in het toetsingskader van artikel 359a Sv sterk aan elkaar gekoppeld zijn. Te denken valt aan de invulling van de factoren in het tweede lid van artikel 359a Sv, zoals belang van het geschonden voorschrift en het daardoor ontstane nadeel, met de eisen die er worden gesteld aan de stelplicht voor een verweer op dit artikel. De invulling van de wettelijke factoren is bovendien ook afhankelijk van het rechtsgevolg waar een beroep op wordt gedaan. Kortom, het toetsingskader van artikel 359a Sv laat zich niet heel eenvoudig demonteren en om die reden is het ook niet altijd eenvoudig om precies aan te wijzen op welk onderdeel van het toetsingskader sprake is van onjuiste of onduidelijke toepassing.

Zoals gezegd – en zoals bovendien ook zal blijken uit de bespreking van de rechtspraak hieronder – levert de bestudering van feitenrechtspraak niet noodzakelijkerwijs een volledig beeld op van hoe de praktijk van het rechterlijk toezicht op de opsporing eruit ziet. Hierdoor is het niet altijd eenvoudig om algemene uitspraken te doen over de wijze waarop de feitenrechter omgaat met zijn controlerende en normerende taak, en daarom is het ook niet eenvoudig om de onderlinge discrepanties alsmede de discrepanties ten opzichte van de jurisprudentie van de Hoge Raad te duiden aan de hand van de bespreking van concrete casus die zich in de feitenrechtspraak voordoen. Om de bestudeerde rechtspraak in een bredere context te kunnen plaatsen en deze te kunnen veralgemeniseren vindt de bespreking ervan daarom plaats tegen de achtergrond van de rol van de rechter inzake de controle op en normering van het opsporingsonderzoek.

7.3 ALGEMEEN BEELD VAN DE BESTUDEERDE FEITENRECHTSPRAAK

Voordat in het hiernavolgende een nadere blik zal worden geworpen op de inhoud van de bestudeerde rechtspraak, is het voor een algemeen beeld op deze rechtspraak van belang een aantal cijfermatige gegevens over deze rechtspraak te geven. De bedoeling van deze korte schets is niet om harde conclusies te verbinden aan deze cijfers, maar dient ertoe om de lezer een globaal beeld te geven van het type zaak, vormverzuim en verweer dat zich in deze selectie van de feitenrechtspraak (vaak) heeft voorgedaan.

Als gezegd zijn in het kader van dit rechtspraakonderzoek in totaal 259 uitspraken geselecteerd en bestudeerd waarin artikel 359a Sv een rol van betekenis speelde. Dat wil zeggen dat in deze zaken ofwel een vormverzuim-verweer werd gevoerd door de verdediging ofwel de rechter ambtshalve de rechtmatigheid van het handelen in de opsporing aan artikel 359a Sv heeft

getoetst. Slechts een enkele keer werd het vermeende vormverzuim voor het eerst door de officier van justitie ter sprake gebracht.

In de eerste plaats is het goed op te merken dat de selectie van uitspraken een grote mate van diversiteit in type zaken bevat, zowel zaken met minder ernstige feiten zoals verkeersdelicten, als veelvoorkomende criminaliteit zoals diefstal en (kleinere) opiumdelicten, en ernstige strafbare feiten zoals levensdelicten, deelname aan criminele organisaties en mensenhandel, maakten deel uit van de selectie. Vormverzuimen en vormverzuimverweren komen aldus in de gehele breedte van de strafrechtspraak voor.

Ook in het type vormverzuim is een grote mate van diversiteit te zien. Veelvoorkomende vormverzuimen zijn verzuimen met betrekking tot het recht op rechtsbijstand bij het politieverhoor (Salduz-vormverzuimen) en het achterwege laten van de cautieverlening (in totaal werd hier 41 keer een beroep op gedaan). Ook wordt vaak een beroep gedaan op een vormverzuimen rondom de aanhouding van de verdachte vanwege het ontbreken van een redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit (in 39 gevallen werd hier een beroep op gedaan) of het disproportioneel gebruik van geweld ten tijde van de aanhouding (in elf gevallen werd hierover geklaagd). Daarnaast wordt ook relatief vaak geklaagd over vormfouten rondom de start van het opsporingsonderzoek, bijvoorbeeld door het gebruik van niet-geverifieerde MMA-meldingen of vragen omtrent het gebruik van CIE-informatie (in twaalf gevallen). Ook verweren betreffende het onrechtmatig binnentreden en doorzoeken van woningen en andere plaatsen komen met enige regelmaat voor (28 keer). Een andere noemenswaardige categorie vormfouten is de schending van de verbaliseringsplicht, bijvoorbeeld vanwege het niet of onjuist opmaken van processen-verbaal door opsporingsambtenaren (in zestien gevallen). Een tamelijk grote 'restcategorie' wordt gevormd door verweren aangaande bijzondere opsporingsbevoegdheden, waarbij in het bijzonder vaak wordt geklaagd over stelselmatige observatie en informatie-inwinning, het vorderen van gegevens, gebruik van infiltranten, en het opnemen van vertrouwelijke communicatie. Voor het overige komt een scala aan verschillende soorten onrechtmatigheden voor, zoals schendingen van de privacy door het gebruik van 'nieuwe' (ongenor-meerde) opsporingsmethoden (stealth-sms, gebruik ANPR-gegevens), de onrechtmatige inzet van opsporingsberichtgeving, het in strijd met protocollen horen van getuigen (of de verdachte), het niet naleven van forensische opsporingsnormen, het vernietigen van monsternames waardoor geen tegenonderzoek mogelijk is, onbehoorlijk gedrag door het OM (ongeeoorloofd contact tussen de officier en getuigen of zelfs de rechter, onvoldoende regievoering, het verstrekken van een onvolledig dossier) en de schending van de redelijke termijn.

De rechter stelde in 127 gevallen vast dat er inderdaad sprake was van een vormverzuim, in 110 gevallen oordeelde de rechter dat er geen vormverzuim was of deze geacht werd te zijn hersteld. In 22 gevallen liet de rechter

zich niet duidelijk uit over de vraag of al dan niet sprake was geweest van een vormverzuim.

Hoewel de rechtspraak van de Hoge Raad een terughoudend beeld laat zien met betrekking tot toepassing van zware sancties als bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkheid, wordt in de praktijk nog relatief vaak een verweer gevoerd op deze rechtsgevolgen: 114 keer (primair) op niet-ontvankelijkheid en 109 keer (primair) op bewijsuitsluiting, terwijl slechts 19 keer primair een beroep op strafvermindering werd gedaan. Het zal weinig verbazing wekken dat de rechter aanzienlijk minder vaak overging tot toepassing van deze sancties: in slechts tien gevallen werd het OM niet-ontvankelijk verklaard, in 46 gevallen werd onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal uitgesloten en in negentien gevallen werd compensatie geboden aan de verdachte door middel van strafvermindering. Waarbij het nog opmerking verdient dat in het bijzonder de sanctie bewijsuitsluiting minder vaak wordt toegepast in 2015 dan in 2012 en 2010: respectievelijk in negen, dertien en 24 gevallen. Een van de verklarende factoren hierin kan zijn dat in de rechtspraak uit 2010 relatief veel 'Salduz'-verzuimen voorkwamen (in twintig gevallen in 2010 tegenover slechts vijf in 2015).

Als gezegd kunnen geen (harde) conclusies worden verbonden aan het bovenstaande en is het niet gemakkelijk om te zoeken naar verklaringen voor de mate van frequentie van bepaalde vormverzuimen of verweren daarop. Hoewel de bestudering van feitenrechtspraak in zekere zin als empirisch onderzoek kan worden aangemerkt, is de wijze waarop in dit hoofdstuk gekeken is naar rechtspraak toch vooral aan te merken als kwalitatief empirisch onderzoek. Het bovenstaande dient dan ook louter ter illustratie van het gemêleerde beeld dat de selectie van de feitenrechtspraak opleverde: vormverzuimen komen voor in alle type strafzaken, zowel in kleine en minder ernstige strafzaken als in grootschalige opsporingsonderzoeken. En discussies over vormverzuimen beslaan een zeer divers palet aan strafvorderlijke normen en gedragingen, waarbij zowel (vermeende) fouten worden gemaakt bij duidelijke normen als de cautieverlening en het recht op rechtsbijstand, als bij nog ongenormeerde en daarom onduidelijkere opsporingsmethoden als het gebruik van de stealth-sms. In de volgende paragrafen zullen deze verschillende vormverzuimen vanuit een meer inhoudelijk perspectief worden bekeken en worden afgezet tegen de toezichthoudende taak van de rechter om zodoende een algemeen beeld te schetsen van de invulling van deze taak.

7.4 CONTROLERENDE EN NORMERENDE TAAK VAN DE STRAFRECHTER

Hoewel de Hoge Raad de toezichthoudende taak van de strafrechter ten opzichte van het vooronderzoek steeds meer heeft beperkt, heeft de feitenrechter nog steeds wel enige ruimte om naar eigen inzicht invulling te geven aan deze bevoegdheid. Daarnaast brengt een terughoudende sanctionering van

onrechtmatig optreden tijdens de opsporing niet noodzakelijkerwijs mee dat de rechter ook terughoudend moet zijn in de controle en normering van dat handelen. In dit licht kan worden verwezen naar het onderzoek van de Commissie-Van Traa inzake de IRT-affaire. In haar onderzoeksrapport wijst de commissie op de zelfstandige taak van de rechter inzake de controle en normering van het optreden van opsporingsambtenaren tijdens het vooronderzoek.⁷ Hoewel hiermee niet is gezegd in hoeverre en op welke wijze de rechter dient te reageren op geconstateerd onrechtmatig optreden, brengt deze rechterlijke verantwoordelijkheid wel mee dat ondanks de inperkingen die de Hoge Raad in het toetsingskader van artikel 359a Sv heeft aangebracht, de rechter een zekere mate van vrijheid toekomt in het invullen van zijn controlerende en normerende taak. In het hiernavolgende zal nader op deze rechterlijke verantwoordelijkheid worden ingegaan, waarbij telkens aan de hand van de feitenrechtspraak zal worden bekeken hoe de rechter thans gestalte geeft aan deze taak.

7.4.1 Controle

De Hoge Raad heeft in zijn jurisprudentie hoge drempels opgeworpen voor het verbinden van sancties aan vormverzuimen begaan tijdens het vooronderzoek. Hieruit volgt logischerwijs dat het sanctioneren van vormverzuimen in de feitenrechtspraak niet vaak voorkomt. Een van de hypothesen die ten grondslag ligt aan dit jurisprudentieonderzoek is dat de terughoudendheid die de Hoge Raad voorstaat ten aanzien van de toepassing van (de sancties in) artikel 359a Sv ertoe heeft geleid dat de feitenrechter niet alleen terughoudend is met betrekking tot de sanctionering van onrechtmatigheden in het opsporingsonderzoek, maar dat hij eveneens terughoudend is met de controle en de normering van het strafvorderlijk handelen. Als gezegd behelzen controle, normering en sanctionering drie afzonderlijke activiteiten die ieder een ander doel behelzen.⁸ Met controle wordt bedoeld op het beoordelen van de rechtmatigheid van het gedrag in de gegeven situatie. Hiervoor is het niet noodzakelijk dat de rechter (altijd) nader onderzoek verricht, het volstaat als de rechter zich over een kwestie buigt en zich daarover uitlaat zonder het

7 *Kamerstukken II 1995/96, 24072, 10 en 11* (eindrapport 'Inzake Opsporing' van de Parlementaire Enquête- commissie Opsporingsmethoden en de daarbij behorende bijlagen V en VI), p. 453-459.

8 Zie hierover § 1.4 & § 2.6; Kuiper maakt eveneens een onderscheid tussen sanctioneren en reageren op een vormverzuim. Hij neemt afstand van het gebruik van het woord sanctioneren in dit kader, maar heeft hiertoe andere redenen. Hij spreekt hier over het verschil 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).

instellen van nader onderzoek. Indien de rechter vaststelt dat in casu sprake is van normoverschrijdend gedrag, dan kan hij daaraan een sanctie verbinden. Het sanctioneren van onrechtmatig gedrag houdt aldus in dat er een rechtsgevolg (strafvermindering, bewijsuitsluiting, niet-ontvankelijkheid) wordt verbonden aan een onrechtmatige handeling naar aanleiding van een controle. Ook normering is gelieerd aan deze twee activiteiten en betekent de precisering en uitleg van strafvorderlijke normen door de rechter, de rechter laat zich hiermee uit over de inhoud van de geschonden norm (en niet per se over het onrechtmatige gedrag). De sanctionering van onrechtmatig gedrag kan de normering extra kracht bijzetten omdat daarmee de geldigheid van de norm wordt onderstreept door een rechtsgevolg te verbinden aan schending ervan.⁹ Hoewel controle, normering en – in mindere mate ook – sanctionering vaak samen zullen gaan, hoeft dat dus niet altijd het geval te zijn. Controle behelst meer dan alleen sanctionering, aangezien niet elke onrechtmatige handeling gepaard dient te gaan met een rechtsgevolg. Ook normeren is breder, daar het eveneens ziet op de precisering van de inhoud en werking van de norm door de rechter. In beide gevallen kan sanctionering een effectief middel zijn om het onrechtmatige optreden te corrigeren, herstellen en aan normstelling te doen, maar dit kan (soms) ook zonder het verbinden van een sanctie.¹⁰ Normering van het opsporingsoptreden door de rechter is met name ook met het oog op het omvangrijke handelingskader – het scala aan normen waaraan strafvorderlijk optreden moet beantwoorden – van opsporingsambtenaren wenselijk. Sanctioneren kan evenwel niet helemaal los worden gezien van controle en normering. Vanuit rechtsstatelijk perspectief heeft de rechter immers een taak in het toetsen en waarborgen van normconform handelen van politie en OM, en in dat kader zou hij onrechtmatigheden moeten *kunnen* sanctioneren om het staatsrechtelijk evenwicht in stand te kunnen houden.¹¹

Eén van de factoren waar in dit jurisprudentieonderzoek naar is gekeken, is de vraag of de uitspraak blijk geeft van een bepaalde vorm van controle en oordeelsvorming naar aanleiding van die controle door de rechter, in die zin dat hij aangeeft in welke mate het gedrag al dan niet conform de toepasselijke strafvorderlijke normen is geweest.

De juistheid van de hierboven geformuleerde hypothese, namelijk dat terughoudendheid in de sanctionering ook terughoudendheid in de rechterlijke controle ten gevolg heeft, wordt door de bestudeerde rechtspraak behoorlijk gerelativeerd. In ruimschoots de meeste gevallen voert de strafrechter nog steeds een zekere mate van controle uit, ook al blijft het geconstateerde ver-

9 Jörg 1989, p. 659; Dubelaar 2009, p. 96.

10 Vanuit rechtsstatelijk perspectief kan worden betoogd dat de rechter een taak heeft in het toetsen en waarborgen van normconform handelen van politie en OM, en dat hij in dat kader onrechtmatig optreden ook zou moeten kunnen sanctioneren.

11 Zie bijv. Brinkhoff 2016, p. 110 met een verwijzing naar het rapport van de Commissie-Van Traa.

zuim vaak zonder gevolgen. Een (volledig) gebrek aan controle is aldus niet waar te nemen. Wel maakt een vergelijking tussen de verschillende peiljaren zichtbaar dat het achterwege blijven van rechterlijke controle (en vaak ook normering) veel vaker voorkomt in 2015 dan in 2012 en 2010. Met een verwijzing naar de hierboven gemaakte kanttekeningen ten aanzien van de methode van het onderzoek, wordt in kwantitatieve zin het volgende beeld zichtbaar. In 2015 was er in de 86 bestudeerde uitspraken in zeventien geen sprake van een controle of van normering.¹² In 2012 gaat het van de in totaal 86 zaken slechts om vijf uitspraken,¹³ en in 2010 om zes uitspraken.¹⁴

Wat bovenal opvallend is, is dat in 2015 de rechter in negen van de zeventien uitspraken het verweer op vormverzuimen afdeed met een verwijzing naar de stelplicht die geldt voor 359a-verweren.¹⁵ Zoals in het vorige hoofdstuk uiteengezet is deze stelplicht voor het eerst in het *Afvoerpijp*-arrest geformuleerd. Hierbij heeft de Hoge Raad aangegeven dat een beroep op artikel 359a Sv (en in het bijzonder de daarin gelegen sancties) duidelijk moet zijn en gemotiveerd dient te zijn aan de hand van de in het tweede lid genoemde factoren.¹⁶ Indien een verweer niet aan deze eisen voldoet, zal de rechter het verweer ongemotiveerd mogen verwerpen.¹⁷ Hoewel in de literatuur wordt betoogd dat de eisen die worden gesteld aan de stelplicht afhankelijk zijn van

12 Hof Amsterdam 11 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:853; Hof Amsterdam 24 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1242; Hof Den Haag 18 februari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:626; Hof Den Haag 6 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1261; Hof Den Bosch 25 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1181; Hof Den Bosch 12 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1726; Hof Den Bosch 14 juli 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2630; Hof Den Bosch 13 augustus 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3200; Rb. Den Haag 9 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8016; Rb. Den Haag 8 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10601; Rb. Gelderland 8 oktober 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6215; Rb. Gelderland 23 december 2012, ECLI:NL:RBGEL:2015:8038; Rb. Limburg 27 januari 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:654; Rb. Limburg 11 maart 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:2074; Rb. Midden-Nederland 7 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4033; Rb. Midden-Nederland 8 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3984; Rb. Overijssel, 1 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3170.

13 Rb. Den Haag 9 mei 2012, ECLI:NL:RBSCR:2012:BW5336; Rb. Arnhem 27 juni 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW9488; Rb. Rotterdam 21 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV9641; Rb. Rotterdam 25 december 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY1309; Rb. Leeuwarden 10 april 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BW1463.

14 Rb. Amsterdam 27 januari 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BL0675; Rb. Den Haag 9 juni 2010, ECLI:NL:RBSCR:2010:BM7397; Rb. Groningen 18 maart 2010, ECLI:NL:RBGRO:2010:BL7973; Rb. Breda 25 oktober 2010, ECLI:NL:RBBRE:2010:BO2795; Rb. Zutphen 12 oktober 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BO0551; Rb. Maastricht 2 juli 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BN4855.

15 Hof Amsterdam 11 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:853; Hof Amsterdam 24 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1242; Hof Den Bosch 25 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1181; Hof Den Bosch 12 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1726; Hof Den Bosch 14 juli 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2630; Rb. Gelderland 23 december 2012, ECLI:NL:RBGEL:2015:8038; Rb. Limburg 27 januari 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:654; Rb. Midden-Nederland 7 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4033; Rb. Midden-Nederland 8 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3984.

16 *NJ* 2004/376 m.nt. Buruma, *r.o.* 3.7.

17 HR 9 december 2014, *NJ* 2015/356 m.nt. Keulen; HR 10 maart 2015, *NJ* 2015/357 m.nt. Keulen.

het type vormverzuim – aan een beroep op een schending van artikel 6 EVRM stelt de Hoge Raad lagere eisen – en dat deze stelplicht met name ten doel heeft de strafrechter een mogelijkheid te geven voorbij te gaan aan kansloze verweren, heeft deze jurisprudentie ook gevolgen voor de controlerende en normerende taak van de rechter. Dat blijkt onder meer uit de volgende zaak.

In een zaak voor het Hof Den Bosch had de verdediging aangevoerd dat er sprake was van *détournement de pouvoir* omdat de doorzoeking van de auto van de verdachte ten onrechte was gebaseerd op de Wet op de accijns. De raadsman stelde dat:

‘nu derhalve in het voorbereidend onderzoek vormen zijn verzuimd in de zin van artikel 359a van het Wetboek van Strafvordering en de resultaten van het onderzoek, die door het verzuim zijn verkregen, niet mogen bijdragen aan het bewijs van het ten laste gelegde, dient verdachte daarvan te worden vrijgesproken’.

Het moge duidelijk zijn dat het verweer zoals hierboven weergegeven niet overeenkomt met de eisen die de Hoge Raad stelt aan een 359a-verweer. Het Hof Den Bosch reageerde dan ook als volgt:

‘Het hof is slechts gehouden te responderen op een door de verdediging naar voren gebracht uitdrukkelijk onderbouwd standpunt in de zin van artikel 359a lid 2 van het Wetboek van Strafvordering. De enkele stelling van de raadsman dat de doorzoeking van de auto onrechtmatig is geweest kan niet als een zodanig standpunt worden aangemerkt. Het hof verwerpt reeds daarom het verweer.’¹⁸

Eenzelfde situatie deed zich voor bij de Rechtbank Limburg, hoewel het hier om een ‘principiële’ normschending ging, namelijk een vermeende schending van de ambtsinstructie bij de aanhouding van verdachte:

‘Tot slot merkt de rechtbank nog op dat de raadsman van de verdachte ter terechtzitting nog naar voren heeft gebracht dat de politie, blijkens de ambtsinstructie, niet gerechtigd was om over te gaan tot de achtervolging van de verdachte. De verbalisanten hadden evenmin hun dienstwapen mogen gebruiken. Echter, nu de raadsman hier geen uitdrukkelijke conclusies aan heeft verbonden, bijvoorbeeld in de zin van artikel 359a van het Wetboek van Strafvordering, behoeft het verweer van de raadsman geen (verdere) bespreking.’¹⁹

Hoewel de feitenrechter in 2015 relatief vaak het niet voldoen aan de stelplicht als argument bezigt om het verweer van de verdediging onbesproken te laten, en daarmee eveneens de normering van de opsporing achterwege laat, kunnen in bepaalde gevallen ook andere redenen worden aangewezen die ten grondslag hebben gelegen aan dit oordeel van de rechter. Wel kunnen in bepaalde

18 Hof Den Bosch 25 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1181.

19 Rb. Limburg 27 januari 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:654.

zaken andere redenen een rol van betekenis hebben gespeeld. Zo vond het Hof Amsterdam in een zaak waarin de verdediging een beroep had gedaan op bewijsuitsluiting vanwege een onrechtmatige doorzoeking in een woning, een inhoudelijke bespreking van het verweer niet nodig 'nu dit op artikel 359a van het Wetboek van Strafvordering gebaseerde beroep niet voldoet aan de eisen die moeten worden gesteld aan een verweer op de voet van deze bepaling'.²⁰ Het hof sprak de verdachte echter vervolgens vrij van het ten laste gelegde feit omdat er onvoldoende bewijs witwassen voorhanden was. Een soortgelijke situatie (althans wat betreft de afdoening van het verweer omtrent het onrechtmatig overheidsoptreden) doet zich ook voor in een zaak waarin de verdediging aanvoert dat sprake is geweest van onrechtmatige pseudokoop. Het Hof Amsterdam stelt dat 'de raadsman niet [heeft] aangevoerd welke belangen van de verdachte geschonden zouden zijn door het eventuele vormverzuim, noch is anderszins gebleken van enige schending van zijn belangen ten dezen'. Om deze reden gaat het hof niet in op het verweer, wel stelt het hof het door de pseudokoop verkregen bewijs toch al niet te zullen gebruiken voor het bewijs.²¹

Zoals gezegd is het gebruik van dit argument door de feitenrechter een relatief nieuw verschijnsel vergeleken met de rechtspraak uit 2012 en 2010. Ook in deze eerdere jaren zijn er uitspraken te vinden waarin de rechtbank of het hof niet of nauwelijks aan controle (of normering) doet, maar deze lijken meer op de laatstgenoemde uitspraken in die zin dat er vaak een andere aanwijsbare reden ten grondslag ligt aan het achterwege blijven hiervan. Te denken valt aan een situatie waarin de rechtbank voornemens is de verdachte vrij te spreken van het ten laste gelegde en daarom het verweer aangaande vormverzuimen onbesproken laat,²² of omdat de rechtbank het niet nodig acht gebruik te maken van het bewijs voor de bewezenverklaring: 'Nu de rechtbank het door de raadsman betwiste NFI rapport niet bezigt voor het bewijs, behoeft het verweer voor het overige geen bespreking'.²³

Dat de rechter doorgaans voorbijgaat aan een bewijsuitsluitingsverweer wanneer hij niet voornemens is het (al dan niet onrechtmatig verkregen) bewijs te gebruiken, was reeds voor de invoering van artikel 359a Sv staande praktijk. Stamhuis stelt hieromtrent in zijn onderzoek naar de afdoening van vormverzuimen in de jurisprudentie tussen 1975 en 1991 dat 'de vraag naar de rechtmatigheid van de bewijsgaring niet meer van belang [is] als de rechter het gewraakte bewijsmiddel buiten de bewijsvoering laat'.²⁴ Deze praktijk vindt haar grondslag met name in een efficiënte afhandeling van vormverzuimen, waarbij het de rechter makkelijker wordt gemaakt om voorbij te gaan aan

20 Hof Amsterdam 11 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:853.

21 Hof Amsterdam 24 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1242.

22 Bijv. Rb. Zutphen 12 oktober 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BO0551.

23 Rb. Amsterdam 27 januari 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BL0675.

24 Stamhuis 1995, p. 36.

bepaalde verwerpen. Deze gedachte is op zichzelf te begrijpen is, maar dat neemt niet weg dat de steeds hogere eisen die de Hoge Raad formuleert voor de stelplicht met zich brengen dat de feitenrechter zijn normerende en controle-rende taak naast zich *kan* leggen.

7.4.2 Normering

Als gezegd is het de vraag of de terughoudendheid van de Hoge Raad in het beoordelen van de opsporing ook mede resulteert in een terughoudende normering van het opsporingsoptreden. Normering door de rechter is van belang niet alleen om de grenzen van een behoorlijke strafrechtspleging te waarborgen (al dan niet door sancties te verbinden aan onrechtmatig optreden). Een duidelijke normering van de opsporing is tevens ook van belang met het oog op het gebruik van open en vage normen in het wettelijk kader. Hierbij kan in het bijzonder worden gedacht aan de steeds dominantere rol van artikel 6 EVRM voor de beoordeling van het opsporingsoptreden. De jurisprudentie aangaande artikel 6 EVRM is echter zeer casuïstisch van aard is, waardoor niet altijd helder is wat de inhoud van dit recht precies is.²⁵ Dit geldt in het bijzonder ook met betrekking tot opsporingsoptreden dat inbreuken maakt op het recht op privacy van burgers. Bij onrechtmatig optreden in dit soort situaties volgt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad doorgaans dat een schending van artikel 8 EVRM geen schending van artikel 6 EVRM met zich brengt, waardoor sanctionering van het vormverzuim achterwege kan blijven. De vraag is natuurlijk wel in hoeverre duidelijk normering dan wel plaatsvindt.

In de vorige paragraaf zijn enkele situaties beschreven waar de strafrechter zich niet of nauwelijks uitlaat over de normschending, en daarmee geen controle uitoefent over de rechtmatigheid van het handelen van de opsporingsambtenaren (en ook zijn normerende taak niet uitoefent). In de rechtspraak komt het echter ook voor dat er weliswaar een bepaalde vorm van normering plaatsvindt door de rechter, maar deze normering niet (voldoende) helder is.

Een dergelijk geval doet zich soms voor als de verdediging een beroep doet op een onduidelijke norm. Een dergelijke situatie deed zich voor bij de Rechtbank Den Haag.²⁶ Het ging hier om een onderzoek in de telefoon van de verdachte waarbij Whatsapp-gesprekken waren ontdekt die leken te duiden op een voorbereiding van een overval. De verdachte was aangehouden wegens verdenking van de diefstal van een fiets en had na zijn aanhouding toestemming gegeven aan de opsporingsambtenaar om het telefoonnummer van zijn moeder op te zoeken in zijn iPhone, zodat zijn moeder in kennis kon worden gesteld van het verblijf van de verdachte op het politiebureau. Bij het ontgrendelen van de telefoon stuitte de opsporingsambtenaar naar eigen zeggen echter

²⁵ Zie hierover uitgebreid: Goss 2014, p. 90-111.

²⁶ Rb. Den Haag 3 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5155.

direct op de genoemde Whatsapp-gesprekken. De verdediging voerde aan dat een dergelijke situatie onaannemelijk is, het doorzoeken van de telefoon is dan ook onrechtmatig geweest waardoor het daaruit verkregen bewijs uitgesloten dient te worden van de bewijsvoering. Hoewel de rechtbank uitgebreid stilstaat bij deze feiten, stelt zij uiteindelijk niet expliciet vast of er al dan niet een norm is geschonden en welke norm dat dan zou zijn. Zij oordeelt:

‘Zo er al sprake zou zijn van een omstandigheid dat de verbalisant andere handelingen heeft verricht dan het uitsluitend in de telefoon van de verdachte zoeken naar het telefoonnummer van de moeder van de verdachte, en om die reden moet worden geconcludeerd dat sprake is geweest van een onherstelbaar vormverzuim, dan kan niet reeds daarom worden gesteld dat het geschonden belang zodanig is dat het gevolg daarvan moet zijn dat het bewijsmiddel onrechtmatig is verkregen en moet worden uitgesloten van het bewijs (...) van het moedwillig schenden van de privacy van de verdachte door de desbetreffende verbalisant is in dat kader thans onvoldoende gebleken.’

De rechtbank voegt hier echter het volgende aan toe:

‘Wel zal de rechtbank bij de strafoplegging in beperkte mate rekening houden met voornoemde omstandigheden, gelet op het gevolg wat het bekijken van genoemde WhatsApp-geschiedenis voor de verdachte heeft gehad, te weten de aanvang van de verdenking van het onder 1 ten laste gelegde.’

Hoewel de rechtbank aldus niet wil vaststellen of hier al dan niet sprake is van een vormverzuim, en om welk voorschrift het dan precies gaat, wil zij wel op een bepaalde wijze rekening houden met de – kennelijk toch – geschonden privacy van de verdachte. Hiermee wekt de rechtbank de indruk dat de opsporingsambtenaar wel degelijk een norm heeft geschonden maar laat na deze te specificeren. Een ander belangrijk element in de bovenstaande casus betreft de sanctie waar het verweer van de verdediging betrekking op heeft. In casu beroept de verdediging zich op bewijsuitsluiting terwijl, gegeven de feiten en de geldende jurisprudentie, deze sanctie overduidelijk niet passend is. Een dergelijke wanverhouding tussen het (veronderstelde) vormverzuim en de sanctie waar een verweer op wordt gevoerd, resulteert in de feitenrecht-spraak vaker in het achterwege blijven van rechterlijke normering. De rechter kan in dergelijke gevallen eenvoudigweg verwijzen naar het (strengere) toetsingskader van de Hoge Raad. Zo oordeelde de Rechtbank Rotterdam in een andere zaak waar de verdediging had aangevoerd dat belastend videomateriaal uitgesloten diende te worden van het bewijs als volgt:

‘Mochten er bij de verstrekking van de videobeelden al vormen zijn verzuimd [cursivering MS] door het niet voorhanden zijn van een vordering als bedoeld in artikel 126nd van het Wetboek van Strafvordering, welke vormen in dat geval niet meer kunnen worden hersteld, dan acht de rechtbank dit verzuim niet van dien aard dat daarop

de sanctie van bewijsuitsluiting dient te volgen. Bewijsuitsluiting op grond van artikel 359a, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering kan immers uitsluitend aan de orde komen indien door een onrechtmatige bewijsgaring een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden. Daarvan is hier geen sprake.²⁷

De rechtbank gaat hier weliswaar in op het verweer van de verdediging, maar alleen wat betreft de gevraagde sanctie voor het onrechtmatig handelen. Zij buigt zich aldus niet over de vraag of het handelen van de opsporingsambtenaren wel conform de daaraan gestelde normen is verlopen, immers *al zou er sprake zijn geweest van een vormverzuim* dan nog zal bewijsuitsluiting geen passende sanctie zijn, aldus de rechtbank.²⁸

Onduidelijkheid in de normering, of in ieder geval in de wijze waarop de rechter het verweer in zijn uitspraak behandelt, komt ook regelmatig voor wanneer de verdediging een beroep doet op een norm die raakt aan het recht op een eerlijk proces. Een illustratie hiervan vormt het beroep op bewijsuitsluiting wegens het ontbreken van de mogelijkheid tot het uitoefenen van het recht op tegenonderzoek.²⁹ Als voorbeeld kan worden gewezen op een strafzaak voor de Rechtbank Den Haag wegens de illegale teelt van hennep. De verdediging voerde aan dat niet kan worden vastgesteld of er sprake is van strafbare hennepenteelt nu het OM de in beslag genomen drugs heeft laten vernietigen, als consequentie voor het vernietigen van de hennep moeten de processen-verbaal van de politie waarin gerelateerd wordt dat het hennep in de zin van de Opiumwet betreft, worden uitgesloten van het bewijs:

‘Mannelijke en vrouwelijke hennepplanten zien er hetzelfde uit en ruiken ook hetzelfde. Er is in een vroeg stadium verzocht om een contra-expertise, maar dit bleek niet mogelijk te zijn omdat de in beslag genomen hennep vernietigd was. Dat er sprake is van hennep, wil nog niet zeggen dat het strafbare hennep betreft.’

De rechtbank oordeelt dat ‘het begrip hennep betrekking [heeft] op de gehele hennepplant, ongeacht of de plant werkzame bestanddelen bevat. Een onderscheid naar geslacht wordt in de Opiumwet of op lijst II evenmin gemaakt.’ De rechtbank stelt tevens dat ‘bewijsuitsluiting in de zin van art. 359a Sv volgens de Hoge Raad alleen aan de orde [kan] komen indien het bewijsmateri-

27 Rb. Rotterdam 21 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV9641; Hierbij zij opgemerkt dat dergelijke constructies ook gebruikt kunnen worden als de onderliggende feiten niet duidelijk zijn waardoor niet helemaal achterhaald kan worden wat er precies is gebeurd. In dergelijke betreft het probleem niet zozeer onduidelijkheid van de norm als wel het onvermogen de feitelijke toedracht te achterhalen, vooral wanneer lezingen op dit punt tegenover elkaar staan.

28 Zie bijv. ook Rb. Maastricht 2 juli 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BN4855.

29 Rb. Utrecht 19 juli 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN2077; Rb. Den Haag 9 mei 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW5336; Rb. Zutphen 27 april 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BW4270; Hof Amsterdam 10 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2747.

aal als rechtstreeks resultaat van het vormverzuim bij de opsporingshandelingen is verkregen.³⁰ Nu daar in casu geen sprake van is, kan het verweer niet leiden tot bewijsuitsluiting, aldus de rechtbank.

De rechtbank maakt met haar oordeel ten eerste duidelijk dat een eventueel tegenonderzoek vruchteloos zal zijn voor de verdediging, aangezien ongeacht het geslacht van de hennepplant hier sprake is van strafbare hennepcultuur. Het is vermoedelijk om deze reden dat de rechtbank geen schending van het recht op een eerlijk proces ziet. Ten tweede geeft de rechtbank te kennen dat ook verder geen normen zijn geschonden. Dit laatste punt wordt echter niet geheel duidelijk. Dat het OM de in beslag genomen hennep heeft laten vernietigen kan rechtmatig zijn geschied, maar dat wordt juist niet getoetst door de rechtbank. Er gelden immers wel degelijk regels ten aanzien van het vernietigen van in beslag genomen voorwerpen. In het bijzonder geldt voor in de Opiumwet opgenomen middelen dat deze niet geschikt zijn voor opslag en daarom zo spoedig mogelijk, en na een machtiging, vernietigd moeten worden.³¹ Daarnaast bepaalt het Besluit inbeslaggenomen voorwerpen dat deze middelen pas vernietigd worden nadat daarvan een monster is genomen.³² Uit het verweer van de verdediging blijkt dat een dergelijk monster niet is genomen. Dat betekent dat er aldus wel sprake is van een vormverzuim. Hoewel dit niet betekent dat het bewijs uitgesloten dient te worden – de overweging van de rechtbank ten aanzien van de strafbaarheid van de gehele hennepplant blijft namelijk staan – was het wel zinvol geweest als de rechtbank meer inzicht had geboden in de wijze waarop zij het handelen van de opsporingsambtenaren heeft getoetst en aan de hand van welke normen dat is gebeurd.

Dat het hier gaat om een probleem betreffende de motivering van de rechter – en de daarin gelegen normering van het opsporingsonderzoek – en niet het eindoordeel als zodanig kan worden geïllustreerd aan de hand van een zaak bij de Rechtbank Utrecht. De verdediging had hier eveneens een beroep gedaan op bewijsuitsluiting, omdat het OM de in beslag genomen drugs had laten vernietigen waardoor het niet meer mogelijk was na te gaan of het hier om cocaïne ging (of suiker, zoals de verdachte beweerde), en zo ja wat de hoeveelheid cocaïne was. De rechtbank oordeelde dat het

‘Openbaar Ministerie met het (laten) vernietigen van de drugs geen geschreven of ongeschreven vormvoorschrift als bedoeld in artikel 359a van het Wetboek van Strafvordering geschonden heeft. De rechtbank zal dan ook niet overgaan tot de door de raadsman betoogde bewijsuitsluiting. Wel is het zo dat door bedoelde vernietiging niet meer kan worden vastgesteld welk gedeelte van de totale partij uit cocaïne bestond. De rechtbank zal met dit gegeven rekening houden in de straftoemeting.’³³

30 Rb. Den Haag 9 mei 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW5336.

31 Art. 10 lid 1, o. 1 jo. 13 Besluit inbeslaggenomen voorwerpen.

32 Art. 15 Besluit inbeslaggenomen voorwerpen.

33 Rb. Utrecht 19 juli 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN2077.

De rechtbank legt een lagere straf op dan de officier van justitie vordert, omdat zij niet precies meer kan vaststellen hoeveel cocaïne zich in de suiker bevonden heeft, aangezien dit bewijs reeds is vernietigd. Hieruit kan het vermoeden rijzen dat er eventueel een norm betreffende de vernietiging van in beslag genomen materiaal zou zijn geschonden, maar of dat zo is en om welke norm het gaat, blijft in het ongewisse. Op basis van de verklaring van de verdachte en een proces-verbaal van de politie gaat de rechtbank uit van een minder grote hoeveelheid cocaïne dan waar de officier van justitie van uitging, en legt conform die hoeveelheid een straf op. Het eindoordeel van de rechtbank is aldus goed te volgen, maar de weg ernaartoe kan – met het oog op het belang van normering in de strafvordering – duidelijker.

Zoals gezegd levert een beroep op de schending van (een deelnorm van) artikel 6 EVRM wel vaker een probleem op vanwege de vaagheid van deze normen. Naast het beroep op het recht op tegenonderzoek kan ook worden gedacht aan een schending van het recht op een eerlijk proces omdat opsporingsambtenaren blijken gegeven van vooringenomenheid in het onderzoek,³⁴ het misleidend en daarmee in strijd handelen met de algemene beginselen van behoorlijke procesorde,³⁵ het zoekraken van aangiften,³⁶ ongeoorloofde contacten tussen het OM en de rechter.³⁷ Deze verweren hebben niet alleen met elkaar gemeen dat ze klagen over tamelijk vage en open normen, maar dat zij bovendien een beroep doen op de “zware” sancties bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkheid. Immers, een schending van het recht op een eerlijk proces zal niet gemakkelijk verholpen kunnen worden met strafvermindering.³⁸ Hoewel niet in alle voornoemde gevallen de normering door de rechter achterwege is gebleven, brengt een beroep op een vage norm in combinatie met een zware sanctie wel mee dat de rechter een dergelijk verweer eenvoudig naast zich kan leggen. De uiteenlopende wijzen waarop de rechters dergelijke verweren behandelen wanneer deze wel tot een inhoudelijk oordeel overgaan – vergelijk bijvoorbeeld ook de in de voetnoten opgenomen beslissingen in eerste aanleg en hoger beroep –, laten zien dat juist in deze gevallen de rechterlijke normering van groot belang is. Het werken met vage normen kan namelijk zijn voordelen hebben, maar het blijft – met het oog op de rechtszekerheid en rechtseenheid – van belang te weten wat de inhoud van de norm is. Een duidelijke normering wanneer een beroep wordt gedaan op (deelrechten van) artikel 6 EVRM is bovendien belangrijk omdat dit artikel een toetsingskader biedt voor de *gehele* strafprocedure en daarmee een groot aantal

34 Rb. Amsterdam 18 januari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV1244.

35 Hof Den Bosch 10 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2293, vergelijk met de uitspraak in eerste aanleg: Rb. Oost-Brabant 16 oktober 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:6042.

36 Rb. Arnhem 27 juni 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW9488.

37 Rb. Breda 6 maart 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BV7783, vergelijk met de uitspraak in hoger beroep: Hof Den Bosch, 10 oktober 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX9798.

38 Een belangrijke uitzondering is natuurlijk de schending van het recht op berechting binnen een redelijke termijn.

(deel)rechten onder dit recht geschaard kunnen worden.³⁹ Dit brengt mee dat vanuit de verdediging niet zelden een beroep wordt gedaan op schending van een (deelrecht van) artikel 6 EVRM, zonder dat duidelijk wordt in welke fase van het strafproces de onrechtmatigheid zich heeft begaan en welk beoordelingskader van toepassing is. Een voorbeeld hiervan deed zich voor bij het Hof Den Bosch. De verdediging had de niet-ontvankelijkheid van het OM gevorderd omdat zowel tijdens het vooronderzoek als tijdens de berechting in eerste aanleg zich een aantal onregelmatigheden hadden voorgedaan. Buiten de terechtzitting om en buiten medeweten van de verdediging heeft de rechtbank aan het OM de suggestie gedaan een getuige te benaderen en heeft dat vervolgens geprobeerd achter te houden voor de verdediging. Deze getuige is (op tendentieuze wijze) door het OM benaderd, maar later alsnog op zorgvuldige wijze (en in aanwezigheid van de raadsman van de verdachte) gehoord bij de rechter-commissaris. Ook de onregelmatigheden die verband hielden met de berechting in eerste aanleg zijn volgens het hof voldoende geredresseerd doordat de betrokken rechters na wraking zijn vervangen en een geheel nieuw onderzoek heeft plaatsgevonden. Het hof overweegt dat deze onregelmatigheden niettemin wel raken aan het vertrouwen in de rechtspraak en daarom om een reactie nopen. Bij de beoordeling van dit verweer bespreekt het hof op heldere wijze het toepasselijke toetsingskader en geeft een duidelijk motivering waarom het in casu overgaat tot strafmatiging:

‘De vervanging van de rechters en een zorgvuldige nieuwe procedure ten overstaan van rechters uit een andere rechtbank hebben geleid tot aanzienlijke vertraging in een strafproces dat toch al niet vlot verliep door het herhaald wegblijven van een door de verdediging – niet ten onrechte – van kardinaal belang geachte getuige. In dat verband overweegt het hof dat de procedure in eerste aanleg langer heeft geduurd dan de termijn waarbinnen deze had moeten zijn afgerond. (...) Als gevolg van de genoemde onregelmatigheden is het proces in eerste aanleg vertraagd en ziet het hof aanleiding een korting op de gevangenisstraf toe te passen van drie maanden.’⁴⁰

Een ander voorbeeld betreft een zaak voor de Rechtbank Zeeland-West Brabant. Ter zitting klaagde de verdediging over schending van artikel 6 EVRM omdat het OM had nagelaten ‘een volledig en deugdelijk onderzoek met open vizier’ te verrichten. Hierdoor zou sprake zijn van een ‘ernstige inbreuk op de beginselen van een goede procesorde waardoor in ieder geval met grove veronachtzaming van de belangen van verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak tekort is gedaan’.⁴¹ De rechtbank oordeelt allereerst dat het rapport Posthumus geen regelgeving betreft, maar een evaluatieonderzoek

39 Zie hierover ook § 3.3.2.

40 Hof Den Bosch 10 oktober 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX9798; zie voor een vergelijkbare zaak: Hof Amsterdam 23 juli 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX2363.

41 Rechtbank Zeeland-West-Brabant 22 oktober 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:6817.

is waarin (belangrijke) aanbevelingen worden gedaan, met als doel het voorkomen van tunnelvisie bij de opsporing en vervolging van (bekenkende) verdachten. Deze aanbevelingen hebben geleid tot het nemen van maatregelen (in de vorm van een theoretisch kader) door OM en de politie ter voorkoming van tunnelvisie. Dat er in de praktijk weleens afgeweken wordt van het ontwikkelde theoretisch kader, betekent volgens de rechtbank niet dat hiermee regelgeving wordt overtreden waardoor direct sprake is van een (onherstelbaar) vormverzuim. De rechtbank gaat vervolgens uitvoerig in op de wijze waarop het onderzoek is verricht en de vraag in hoeverre dat in overeenstemming is met de bestaande normen omtrent het verrichten van een zorgvuldig opsporingsonderzoek. Zij komt uiteindelijk tot de conclusie dat geen sprake is van fouten in het opsporingsonderzoek. Door de uitgebreide bespreking van het verweer van de verdediging maakt de rechtbank inzichtelijk wat de juridische status is van de normen waar de verdediging zich op beroept. Daarbij besteedt de rechtbank aandacht aan het belang van de normen (in casu het waarborgen van een betrouwbaar opsporingsonderzoek en het voorkomen van tunnelvisie), maar gaat ook specifiek in op de wijze waarop het onderzoek in casu is verricht.

Het is niet altijd gemakkelijk aan te wijzen waar het precies mis is gegaan in het opsporingsonderzoek. Een algemeen beroep van de verdediging op artikel 6 EVRM stelt de rechter in dergelijke gevallen dan ook voor een moeilijke (en tijdrovende) taak. De hierboven genoemde voorbeelden laten echter zien het scheppen van helderheid over hetgeen zich voor heeft gedaan en daarmee het aanbrengen van orde in de toepassing van de normen met name ook een kwestie is van een duidelijke motivering door de rechter.

7.4.3 Normering van nieuwe opsporingsmethoden

De normerende taak van de (feiten)rechter wordt des de meer van belang wanneer het gaat om de inzet van 'nieuwe' strafvorderlijke methoden of methoden die nog zijn geheel uitgekristalliseerd zijn in wetgeving (of jurisprudentie van de Hoge Raad). Met het in het leven roepen van het toetsingskader van artikel 359a Sv heeft de Hoge Raad een helder toetsingskader uiteengezet, maar niet alles daarbinnen is glashelder en binnen deze thematiek is er mede daarom ook een belangrijk rol weggelegd voor de feitenrechter. Dat geldt in het bijzonder met betrekking tot de waardering (en normering) van nieuwe opsporingsmethoden. Het zal niet verbazen dat in dit verband discrepanties voorkomen in de wijze waarop de (feiten)rechter het handelen normeert. Het gaat immers doorgaans om methoden waar geen duidelijk (wettelijk) kader voor bestaat. Dit maakt echter wel dat duidelijke rechterlijke normering des te belangrijker is om inzichtelijk te maken welke grenzen er precies worden gesteld aan het handelen (en waarom). Te denken valt aan onderzoek aan

mobiele telefoons, het gebruik van ANPR-gegevens en heimelijke inbeslagname.⁴²

Het Hof Arnhem oordeelde in 2010 over de rechtmatigheid van het gebruik van ANPR-gegevens voor de opsporing in een zaak betreffende een reeks autodiefstallen. In casu had de politie gebruikgemaakt van kenteken-lezende camera's, oftewel *automatic number plate recognition*, een buitenwettelijke opsporingsmethode waarbij kentekens van passerende auto's worden vergeleken met kentekens die geregistreerd staan in het politiesysteem wegens openstaande boetes of omdat de eigenaar gezocht wordt door de politie. Omdat een wettelijke basis voor deze opsporingsmethode ontbrak, zocht het hof voor de toetsing van de rechtmatigheid van deze methode aansluiting bij de Wet bescherming persoonsgegevens en de Wet politiegegevens. Het hof oordeelde dat in casu gebruik was gemaakt van onterecht bewaarde gegevens. De werkmethode van het desbetreffende politiekorps schreef namelijk voor dat ook de kentekens die geen 'hit' opleverden met het politiesysteem, de zogenoemde 'no hits', gedurende zeven dagen bewaard mochten worden. Het College bescherming persoonsgegevens (thans: Autoriteit Persoonsgegevens) had zich immers eerder kritisch uitgelaten over het bewaren van deze gegevens omdat 'in een dergelijk geval het bewaren van deze gegevens niet noodzakelijk is voor het doel van de ANPR-registratie, gelet op het kennelijk ontbreken van het desbetreffende kenteken in het vergelijkingsbestand'.⁴³ Ondanks dat deze opsporingsmethode in overeenstemming met het OM tot stand is gekomen, hecht het Hof veel waarde aan het feit dat hier geen wettelijke basis bestaat voor bestaat:

'Zoals door het hof is uiteengezet, ontbreekt hiervoor een wettelijke basis. Uit de hiervoor genoemde parlementaire stukken blijkt dat er bij de wetgever ook ten tijde van het ingestelde opsporingsonderzoek aarzelingen bestonden over de rechtmatigheid van een dergelijk gebruik van ANPR gegevens. Uit de laatst geciteerde kamerstukken blijkt zelfs dat de minister het standpunt van het CBP – van welk standpunt het hof kennis heeft genomen – deelt, dat voor de uitvoering van het projectplan onvoldoende wettelijke basis bestaat. Niettemin is er toch overgegaan tot het gebruik van deze gegevens. Naar het oordeel van het hof had het op de weg van het Openbaar Ministerie gelegen om zich er eerst van te vergewissen dat er voldoende wettelijke grondslag voor de uitvoering van het projectplan bestond.'⁴⁴

Hetzelfde toetsingskader wordt ook gebruikt door de Rechtbank Den Bosch voor de beoordeling van de rechtmatigheid van de stealth-sms. De rechtbank

42 Rb. Maastricht 25 september 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BX8192.

43 Hof Arnhem 16 juni 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM8100.

44 Hof Arnhem 16 juni 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM8100; de rechtbank oordeelde dat deze handelwijze wel rechtmatig was (Rb. Zwolle-Lelystad 2 juli 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BJ2119), zie ook het arrest van de Hoge Raad (HR 3 juli 2012, NJ 2013/175, m.nt. Bleichrodt).

overweegt allereerst terecht dat ingevolge de jurisprudentie van de Hoge Raad niet vereist is dat elke opsporingsmethode uitputtend in de wet is geregeld.⁴⁵ Vervolgens neemt de rechtbank de in het Zwolsman-arrest ontwikkelde criteria in ogenschouw voor de beantwoording van de vraag of in casu al dan niet sprake is geweest van een stelselmatige inbreuk – het min of meer in kaart brengen van een volledig beeld van bepaalde aspecten van het privéleven van verdachte – op de privacy van de verdachte:

‘Het gaat daarbij in elk geval om duur, plaats en de intensiteit van de observatie. Verder worden bij het beoordelen van de omvang van de (eventuele) inbreuk gelet op de continuïteit en/of de frequentie van de observatie en kan betekenis worden toegekend aan het gebruik van een technisch hulpmiddel dat meer biedt dan alleen versterking van de zintuigen. Ten slotte kan het doel dat men beoogt te bereiken met de inzet van bepaalde observatiehandelingen van belang zijn.’⁴⁶

Op basis van dit toetsingskader komt de rechtbank tot het oordeel dat in de onderhavige zaak geen sprake is geweest van onrechtmatig handelen aan de zijde van de politie.

Tot slot is ten aanzien van onderzoek aan mobiele telefoons in de rechtspraak uit 2015 een grote toename aan rechtmatigheidsverweren te zien.⁴⁷ Deze discussie is aangewakkerd door het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden waarin het hof tot het oordeel kwam dat gezien de huidige technische ontwikkelingen – het belang van een smartphone en het type informatie dat daarop te vinden is – de algemene bevoegdheidsomschrijving van artikel 94 Sv niet als een voldoende wettelijke basis kan dienen voor het onderzoek aan de smartphone.⁴⁸ De wijze waarop dit onderzoek in casu had plaatsgevonden leverde volgens het hof dan ook strijd op met artikel 8 EVRM. Hoewel het hof in zijn arrest geen rechtsgevolg verbindt aan dit verzuim, wordt in (andere) rechtspraak het rechtsgevolg bewijsuitsluiting hieraan gekoppeld. Bovendien gaat de feitenrechter op uiteenlopende wijzen om met een dergelijk verweer. Daar waar doorgaans de rechter tot de conclusie komt dat artikel 94 Sv een voldoende duidelijke en voorzienbare wettelijke grondslag biedt voor de inbeslagname en het onderzoek aan smartphones,⁴⁹ zijn er ook feitenrechters

45 Rb. Den Bosch 14 juni 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BW8533.

46 Rb. Den Bosch 14 juni 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BW8533.

47 Hof Amsterdam 17 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4348; Hof Arnhem-Leeuwarden 22 april 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2954; Rb. Amsterdam 9 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8034.

48 Hof Arnhem-Leeuwarden 22 april 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2954.

49 Hof Amsterdam 17 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4348, verwijzend naar HR 29 maart 1994, NJ 1994/577, m.nt. Schalken; Rb. Gelderland 8 oktober 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6215; Rb. Limburg 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:9128, verwijzend naar HR 20 februari 2007, NJ 2008/113, m.nt. Schalken; Rb. Noord-Holland 26 juni 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:5447; Rb. Rotterdam 4 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4085.

die een tussenweg bewandelen. Zo oordeelde de Rechtbank Amsterdam als volgt:

‘Juist is dat smartphones veel privacygevoelige informatie kunnen bevatten. Bij de vraag of die gegevens onderzocht mogen worden zullen – nu een daarop specifiek gerichte wettelijke regeling vooralsnog ontbreekt – de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit beperkingen kunnen meebrengen die in acht moeten worden genomen bij de uitoefening van de bevoegdheid onderzoek te doen naar de informatie die zich bevindt op een inbeslaggenomen telefoon. Dat betekent dat het onderzoeken van mogelijk privacygevoelige informatie achterwege dient te blijven als dat voor het opsporingsonderzoek onnodig is of als de aard en ernst van de verdenking daarvoor onvoldoende rechtvaardiging biedt (...) De rechtbank is dan ook van oordeel dat de onderzoeken aan de smartphones niet in strijd zijn geweest met de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, zodat geen sprake is van een vormverzuim.’⁵⁰

Soms is het niet geheel duidelijk welk toetsingskader de rechter hanteert. De Rechtbank Rotterdam oordeelt in een zaak aangaande het onderzoek aan smartphone als volgt:

‘Uit de genoemde artikelen kan niet worden afgeleid op welke wijze en onder welke voorwaarden het onderzoek aan inbeslaggenomen voorwerpen dient te worden uitgevoerd. In zoverre ontbreekt dan ook een expliciete wettelijke basis voor het onderzoek naar de sms berichten en overige gegevens (zoals foto’s en een contactlijst) in de inbeslaggenomen (smart)telefoon. Daarmee is echter niet gezegd dat met dergelijk onderzoek een belangrijk strafvorderlijk voorschrift is geschonden, zoals de verdediging heeft gesteld. Gelet op doel en reikwijdte van de genoemde artikelen en de toepassing en invulling die daaraan sinds jaar en dag in de opsporings- en rechtspraktijk wordt gegeven, kan naar het oordeel van de rechtbank niet zonder meer worden gezegd dat dergelijk onderzoek strijd oplevert met enig wettelijk voorschrift of (verdragsrechtelijk) rechtsbeginsel.’⁵¹

Het wordt in het bovenstaande oordeel van de Rechtbank Rotterdam niet duidelijk of zij artikel 94 Sv afdoende vindt als wettelijke grondslag voor de inbeslagname en doorzoeking van mobiele telefoons, of juist niet. Het eerste deel van de overweging doet vermoeden dat zulks niet het geval is. Door echter direct een koppeling te maken met de sanctie die aan het ontbreken van een expliciete wettelijke grondslag voor de uitoefening van een bevoegdheid, vertroebelt de discussie en wordt het standpunt van de rechtbank niet duidelijk. In de laatste zin van de alinea lijkt de rechtbank tot slot weer aan te nemen dat de bestaande wetgeving – vermoedelijk artikel 94 Sv – wel degelijk voldoende grondslag biedt voor de uitoefening van deze bevoegdheid.

50 Rb. Amsterdam 9 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8034.

51 Rb. Rotterdam 4 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4085.

Het bovenstaande maakt duidelijk juist bij ‘nieuwe’ opsporingsmethoden een krachtig en duidelijk optreden vanuit de feitenrechtspraak geboden is (en dat de feitenrechter daartoe ook vaak bereid is). De wetgever zal immers niet altijd direct uitsluitel kunnen bieden over innovatieve opsporingsmethoden, en het duurt doorgaans jaren eer de Hoge Raad zich kan buigen over de materie. Over het algemeen levert de bestudeerde rechtspraak het beeld op dat feitenrechters doorgaans ruimhartig invulling geven aan hun normerende taak ten aanzien van nieuwe opsporingsmethoden. Het komt echter ook geregeld voor dat er onduidelijkheid bestaat ten aanzien van het toetsingskader dat de rechter hanteert voor de beoordeling van de rechtmatigheid van de methode en de vraag waarom en in hoeverre de gebruikte methode rechtmatig wordt bevonden.⁵² Het is juist bij deze nieuwe methoden van groot belang dat de rechter nauwkeurig aangeeft aan de hand van welk kader het gedrag van de opsporing wordt getoetst. Hierbij is het weliswaar niet altijd noodzakelijk dat de rechter een sanctie verbindt aan een eventueel geconstateerd verzuim, maar wel is het met het oog op de opheldering van de rechtmatigheid van het handelen van opsporingsambtenaren van belang dat de rechter zich uitslaat over dit handelen. Hierbij kan dan ook niet worden volstaan met de constatering dat ‘mocht een dergelijk vormverzuim zich al voordoen’ het door de verdediging aangevoerde rechtsgevolg toch niet passend zou zijn.⁵³ Een dergelijke afdoening van het verweer draagt immers niet bij aan de nodige opheldering over (de grenzen aan) het gebruik van deze nieuwe en daarmee relatief onbekende opsporingsmethoden.⁵⁴

7.4.4 Ambtshalve toetsing

Hiervoor is al een aantal keer gerefereerd aan de verscherpte stelplicht voor de verdediging bij een beroep op artikel 359a Sv en de daarmee samenhangende motiveringseisen voor de rechter bij de toepassing van een van de in dat artikel genoemde sancties. De nadere eisen die de Hoge Raad aan dergelijke verweren – en in het verlengde daarvan aan de motivering van de rechter bij de sanctionering van een vormverzuim – stelt, zijn medebepalend voor

52 Rb. Den Haag 30 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5155; Rb. Gelderland 8 oktober 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6215 (ten aanzien van de heimelijke inbeslagname); Rb. Midden-Nederland 17 augustus 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6449.

53 Een ander voorbeeld is het vonnis van Rechtbank Midden-Nederland waarin slechts worde gewezen op het bestaan van toestemming voor de doorzoeking van de telefoon zonder zich verder uit te laten over het gehanteerde toetsingskader en de eisen die worden gesteld aan de toestemming (Rb. Midden-Nederland 17 augustus 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6449).

54 Zie bijv. ook het vonnis van de Rechtbank Maastricht met betrekking tot de buitenwettelijke afdringprocedure waarin de rechtbank zich weliswaar uitlaat over de vraag of het handelen onrechtmatig is geweest maar geen inzicht geeft in de wijze zij tot dat oordeel komt waardoor alsnog niet gesproken kan worden van een heldere normering; Rb. Maastricht 30 januari 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BV2224.

de omvang van de controlerende taak van de rechter. Hoewel het voor de hand ligt dat deze eisen met name in het leven zijn geroepen om de rechter handvatten te geven om de grote hoeveelheid rechtmatigheidsverweren af te kunnen doen, hebben deze eisen aan de stelplicht ook belangrijke gevolgen voor de controlerende taak van de rechter. Hiermee geeft de Hoge Raad immers aan wat de omvang van de rechterlijke controle op het onderzoek dient te zijn.⁵⁵

Het lijkt erop dat de Hoge Raad door het formuleren van de stelplicht (en de daarmee samenhangende motiveringsverplichting van de rechter) via een formele redenering het toepassingsbereik van artikel 359a Sv sterk heeft beperkt. Tegelijkertijd wordt deze strikte jurisprudentiële lijn ook door de Hoge Raad zelf niet altijd gevolgd – zoals betoogd in het vorige hoofdstuk – en laat hij aldus een zekere ruimte voor de feitenrechter om hiervan af te wijken. Hoewel vanuit de literatuur kritisch is gereageerd op deze jurisprudentie, hangt de gegrondheid van de in de literatuur geuite bezwaren grotendeels af van de wijze waarop de feitenrechter invulling geeft aan zijn controlerende en normerende taak. Hierboven is te zien dat de rechter reeds geconcludeerd heeft dat deze jurisprudentiële eisen wel degelijk gevolgen lijken te hebben voor de wijze waarop de feitenrechter invulling geeft aan zijn controlerende en normerende taak. Althans in die zin dat de rechter (steeds) vaker met een verwijzing naar deze jurisprudentie lijkt af te zien van controle of normering. De eisen aan de stelplicht staan er echter niet aan in de weg dat de rechter ambtshalve de rechtmatigheid van het handelen in het vooronderzoek toetst.

De bestudering van de feitenrechtspraak laat zien dat ambtshalve toetsing van het vooronderzoek weleens voorkomt, waarbij de feitenrechter ook expliciet benoemt de rechtmatigheid van het optreden van opsporingsambtenaren *ambtshalve* te toetsen. Hoewel het hier om slechts een zeer gering aantal – slechts zes – van het totaal aan bestudeerde uitspraken gaat, laat dit gegeven zien dat er verschillend wordt gedacht over de controlerende taak van de strafrechter.⁵⁶ Hoe groot deze verschillen zijn kan niet worden gezegd op basis van de beschikbare informatie. In het geringe aantal zaken waarin is overgegaan tot ambtshalve toetsing gaat het om zeer uiteenlopende normschendingen, waardoor het lastig is aan te geven onder welke omstandigheden de rechter overgaat tot ambtshalve toetsing. Dat wordt bovendien bemoeilijkt omdat de gevallen waarin zich wel een vergelijkbaar vormverzuim heeft voorgedaan, en de verdediging het heeft nagelaten hier een verweer op te voeren, hierover in het geheel niks in de uitspraak te vinden zal zijn. Dit maakt een vergelijking dan ook onmogelijk.

⁵⁵ Zie uitgebreid § 6.2.1.3.

⁵⁶ Rb. Rotterdam 15 november 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO4320; Rb. Utrecht 9 november 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO3825; Hof Den Bosch 26 november 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY4106; Rb. Midden-Nederland 8 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3984; Hof Amsterdam 27 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:656.

Ondanks dat niet in algemene zin gezegd kan worden dat ambtshalve toetsing plaatsvindt bij de meer principiële vormverzuimen, geven de rechters er in hun uitspraak wel (soms impliciet) blijk van dat het hier om een belangrijke norm gaat. Zo oordeelde het Hof Den Bosch in een zaak waarbij de verdachte bij zijn aanhouding in zijn been was geschoten door de politie dat het 'dit vormverzuim zo ernstig [acht] dat het dit ambtshalve vast stelt zonder dat een daartoe strekkend verweer is gevoerd'.⁵⁷ Het hof bracht zijn ongenoegen over het handelen van de politie bovendien tot uiting in de toegepaste strafvermindering: 'zoals reeds vermeld acht het hof in beginsel een gevangenisstraf voor de duur van vier maanden passend. Na compensatie zal het hof thans komen tot oplegging van een gevangenisstraf van vier maanden, waarvan drie maanden voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaren.'

Ook de Rechtbank Utrecht ging over tot de ambtshalve toetsing van het vooronderzoek bij een principiële normoverschrijding. De rechtbank oordeelde dat bewijsuitsluiting gepast was nu niet duidelijk was of verdachte voorafgaand aan zijn verhoor was gewezen op zijn consultatierecht.⁵⁸ Hierbij dient wel opgemerkt te worden dat het verhoor van verdachte reeds in 2008 had plaatsgevonden, aldus voor het wijzen van het *post-Salduz*-arrest van de Hoge Raad.⁵⁹ De *Salduz*-jurisprudentie van het EHRM was in die tijd dan ook onvoldoende uitgekristalliseerd in de praktijk en wellicht onvoldoende bekend bij opsporingsambtenaren. Ten tijde van het onderzoek ter terechtzitting in 2010 was het belang van het recht op rechtsbijstand echter zowel in de literatuur als in de (Nederlandse) jurisprudentie onderkend. De ambtshalve toetsing van de rechter is in dit licht dan ook goed te plaatsen.

Ook het arrest van het Hof Amsterdam in de Klimop-zaak is noemenswaardig in dit verband.⁶⁰ De verdediging had ter zitting betoogd dat het OM niet-ontvankelijk verklaard diende te worden wegens de schending van eerlijk procesrechten van de verdachte en strijdig handelen met de beginselen van een behoorlijke procesorde, onder meer omdat reeds voorafgaand aan de formele start van het opsporingsonderzoek opsporingsbevoegdheden waren ingezet (zodat verdachte de wettelijke waarborgen zijn ontnomen) en vanwege het achterwege blijven van een duidelijke verslaglegging van het opsporingsonderzoek. In zijn behandeling van dit verweer stelde het hof ten eerste vast dat het door de verdediging gevoerde niet-ontvankelijkheidsverweer niet voldoet aan de door de Hoge Raad daaraan gestelde eisen, waarbij het hof tevens wees op het ontbreken van een onderbouwing van diverse factoren die in artikel 359a Sv worden genoemd:

57 Hof Den Bosch 26 november 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY4106.

58 Rb. Utrecht 9 november 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO3825.

59 HR 17 juni 2008, NJ 2008/358, m.nt. Mevis.

60 Hof Amsterdam 27 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:656.

‘Naar het oordeel van het hof voldoet het verweer niet aan bovengenoemde vereisten, in aanmerking genomen dat, voor zover daarbij niet reeds uit het oog is verloren dat in dit verband slechts van belang zijn vormverzuimen die zijn begaan in het voorbereidend onderzoek inzake de aan de verdachte ten laste gelegde feiten welke verzuimen niet zijn hersteld, en voor zover niet is verzuimd te stellen dat en zo ja welk nadeel de verdachte heeft ondervonden van genoemde vormverzuimen, niet is gesteld en uit wat is aangevoerd ook niet kan volgen dat hier sprake zou kunnen zijn van een of meer ernstige inbreuken als hiervoor bedoeld. Daarbij overweegt het hof voorts dat het belang van de verdachte dat de door hem gepleegde strafbare feiten niet worden ontdekt, niet kan worden aangemerkt als een rechtens te respecteren belang.’⁶¹

Hoewel het verweer derhalve om die reden geen verdere bespreking behoeft volgens het hof, wordt toch overgegaan tot een heldere (‘ambtshalve’) toetsing van het handelen in het vooronderzoek.⁶² Hierbij bespreekt het hof zowel de relevante onderdelen van artikel 6 EVRM, als de toepasselijke strafvorderlijke wet. De vraag is natuurlijk in hoeverre hier sprake is van ‘echte’ ambtshalve toetsing, aangezien de verdediging wel een verweer heeft gevoerd (zij het onvoldoende gemotiveerd). Daarover laat het hof zich niet uit, noch expliciteert het waarom deze casus zich leent voor een ambtshalve toetsing. Gezien de complexiteit, grootte en belang van deze zaak ligt het echter wel voor de hand aan te nemen dat deze factoren een rol hebben gespeeld bij deze overweging.

Tot slot moet ook worden opgemerkt dat de eisen aan de stelplicht ook voor onduidelijkheid kunnen zorgen inzake de inhoud van de controlerende taak van de rechter. Met betrekking tot de schending van het consultatierecht van de verdachte overwoog de Rechtbank Maastricht dat een inbreuk op dit recht een vormverzuim in de zin van artikel 359a Sv oplevert en in beginsel dient te leiden tot de conclusie dat ‘de bekennende verklaring van verdachte in welke vorm dan ook door de politie uitgewerkt, uitgesloten moet worden van het bewijs’. De rechtbank besluit evenwel de verklaring te gebruiken voor het bewijs omdat ‘niet door of namens verdachte verweer is gevoerd ten aanzien van dit consultatierecht’.⁶³ Aangezien de rechtbank vaststelt dat er wel sprake is van een vormverzuim, waardoor er kennelijk geen sprake is van afstand van het recht op rechtsbijstand, is dit oordeel merkwaardig. Immers, juist bij dit type vormverzuimen – verzuimen die raken aan het recht op een eerlijk proces – stelt de Hoge Raad geen eisen aan het verweer omdat het de taak van de rechter is te waken voor de eerlijkheid van de procedure.

61 Daarbij verwijzend naar HR 4 januari 2011, NJ 2012/145, m.nt. Borgers.

62 Een soortgelijk oordeel is te vinden in: Rb. Midden-Nederland 8 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3984. Hoewel de rechter hier stelt aan ambtshalve toetsing te hebben gedaan, wordt anders dan het arrest van het Hof Amsterdam hierover niks opgenomen in het vonnis van de rechtbank.

63 Rb. Maastricht 25 mei 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BM5521.

7.5 SANCTIONERING DOOR DE STRAFRECHTER

Hoewel het jurisprudentiële kader van artikel 359a Sv ten aanzien van de controlerende en normerende taak van de rechter bepaalde beperkingen oplegt, en deze ook zichtbaar zijn in de feitenrechtspraak, blijkt uit het voorgaande ook dat de feitenrechter in zekere zin ruimhartiger invulling geeft aan het toetsingskader dat door de Hoge Raad uiteengezet is. De vraag is echter wel in hoeverre een lijn te ontdekken is in deze rechtspraak. Oftewel, in hoeverre zitten rechters op een lijn wat betreft de sanctionering van onrechtmatig opsporingsoptreden en vindt de invulling van deze controlerende en normerende taak op consistente wijze plaats. Immers, het gedetailleerde toetsingskader van de Hoge Raad heeft mede tot doel gehad rechtseenheid en rechtszekerheid te creëren ten aanzien van de toepassing van artikel 359a Sv.

In het hiernavolgende zal worden gekeken naar de wijze waarop feitenrechters het toetsingskader van de Hoge Raad inzake artikel 359a Sv toepassen en de mate waarin dat op consistente wijze gebeurt. Deze bespreking dient er niet toe om een systematische analyse te geven inzake de vraag of de feitenrechter het toetsingskader zoals door de Hoge Raad bepaald, tot in detail volgt. Dat een dergelijke exercitie niet goed mogelijk is, is hiervoor reeds beargumenteerd. De onderstaande bespreking zal zich slechts richten op bepaalde opvallende aspecten uit het rechterlijk toetsingskader zoals uiteengezet in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Dat bepaalde aspecten uit dit rechterlijk kader niet (of niet voldoende) worden gevolgd brengt niet noodzakelijkerwijs de conclusie mee dat het slecht gesteld is met de doorwerking van dit jurisprudentiële kader. Discrepanties kunnen immers ook worden verklaard vanuit het feit dat bepaalde onderdelen van het kader van de Hoge Raad onvoldoende uitgekristalliseerd zijn of omdat op onderdelen de feitenrechter nog steeds voldoende ruimte behoudt om een zelfstandige weging van de casus te maken (en aldus ruimer of juist minder ruim dan het kader van de Hoge Raad) het vooronderzoek te controleren en te sanctioneren. In dit kader is het van belang om te wijzen op de reeds in hoofdstuk 5 aangehaalde discussie ten aanzien van de discretionaire ruimte van de rechter om aan zijn controlerende bevoegdheid invulling te geven ingevolge de memorie van toelichting bij artikel 359a Sv. Zo heeft Brinkhoff beargumenteerd dat de feitenrechter een zelfstandige verantwoordelijkheid heeft om in een concrete strafzaak te beslissen welke sanctie aan een vormverzuim verbonden dient te worden. Hierbij komt hem noodzakelijkerwijs een grote discretionaire ruimte toe. Hoewel de Hoge Raad in zijn twee standaardarresten deze beoordelingsruimte van de feitenrechter heeft ingekaderd – Brinkhoff spreekt zelfs van minimaliseren van deze beoordelingsruimte – is er nog wel een zekere ruimte voor de feitenrechter.⁶⁴ Discrepancies in de feitenrechtspraak kunnen aldus ook deels worden toegeschreven aan de discretionaire bevoegdheid die de feitenrechter

64 Brinkhoff 2016, p. 110.

heeft met betrekking tot deze kwestie. De volgende paragrafen dienen er dan ook toe om aan de hand van een aantal opvallende – omdat zij veelvuldig voorkomen of exemplarisch zijn voor de wijze waarop de feitenrechter invulling geeft aan dit kader – een beeld te schetsen van de wijze waarop de feitenrechter omgaat met het toetsingskader van 359a Sv.

7.5.1 Schendingen van de verbaliseringsplicht

Als eerste voorbeeld kan worden gewezen op schendingen die raken aan de verbaliseringsplicht opgenomen in artikel 152 Sv. Een verweer aangaande een dergelijke schending komt met enige regelmaat voor in de jurisprudentie,⁶⁵ en indien de rechter aanneemt dat de betreffende gedraging een schending oplevert, wordt het vormverzuim doorgaans met een zware sanctie bestraft.⁶⁶ In het voorgaande hoofdstuk is reeds beargumenteerd dat de jurisprudentie van de Hoge Raad onvoldoende houvast biedt om aan te kunnen nemen dat een zware sanctie op een dergelijk vormverzuim ook daadwerkelijk geboden is. Aangezien deze jurisprudentie veel ruimte laat voor het herstellen van dergelijke typen vormverzuimen. Immers, zolang achteraf de waarheid alsnog boven tafel komt en de nadelige gevolgen van het vormverzuim voor de procesrechten van de verdachte zijn weggenomen, hoeft volgens de Hoge Raad geen rechtsgevolg aan het verzuim te worden verbonden.⁶⁷ Desondanks behandelt de feitenrechter in voorkomende gevallen het als een principiële kwestie indien bewust het proces-verbaal verkeerd is opgemaakt en verbindt daar aldus doorgaans een rechtsgevolg aan.

Er zijn echter ook verschillen zichtbaar in de wijze waarop de feitenrechter omgaat met dergelijke schendingen. Deels is dat te verklaren vanuit het belang

65 In de bestudeerde rechtspraak kwam een dergelijke schending dertien keer ter sprake: Hof Den Bosch 21 juli 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BN1833; Hof Den Haag 22 oktober 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BQ7898; Hof Amsterdam 9 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO8230; Rb. Breda 27 januari 2010, ECLI:NL:RBBRE:2010:BL0898; Rb. Leeuwarden 10 april 2012, ECLI:NL:RBLLE:2012:BW1463; Rb. Almelo 15 maart 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BW3226; Rb. Rotterdam 25 oktober 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY1309; Hof Den Haag 19 december 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY6574; Rb. Amsterdam 2 maart 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV7546; Hof Den Haag 29 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1394; Hof Den Bosch 13 augustus 2008, ECLI:NL:GHSHE:2015:3200; Hof Arnhem 8 december 2012, ECLI:NL:GHARL:2015:9221; Hof Amsterdam 6 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:757.

66 In negen van de hierboven genoemde zaken nam de rechter aan dat de verbaliseringsplicht was geschonden, in vijf hiervan werd het OM niet-ontvankelijk verklaard: Hof Den Bosch 21 juli 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BN1833; Rb. Breda 27 januari 2010, ECLI:NL:RBBRE:2010:BL0898; Rb. Almelo 15 maart 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BW3226; Rb. Amsterdam 2 maart 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV7546; Hof Amsterdam 6 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:757; in drie zaken werd het bewijs uitgesloten: Hof Den Haag 22 oktober 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BQ7898; Hof Den Haag 29 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1394; Hof Arnhem 8 december 2012, ECLI:NL:GHARL:2015:9221.

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

van de casuïstiek bij de beoordeling van een beroep op dergelijke schendingen. Zijn er bijvoorbeeld meerdere onregelmatigheden begaan gedurende het vooronderzoek? In hoeverre heeft het OM openheid van zaken gegeven over de schending van de verbaliseringsplicht en deze eventueel proberen te herstellen? Een nadere bestudering van de rechtspraak suggereert echter dat bepaalde discrepanties in de te verbinden sanctie aan de schending van de verbaliseringsplicht, ook verband houden met een uiteenlopende kijk op het belang van de verbaliseringsplicht in algemene zin. Dit verschil van inzicht lijkt dan ook een meer fundamenteel karakter te hebben.

In algemene zin kan worden opgemerkt dat de feitenrechter doorgaans uitgebreid stilstaat bij eventuele gebreken aan processen-verbaal en schendingen van artikel 152 Sv. De casuïstiek van een zaak bepaalt echter vaak het te verbinden rechtsgevolg aan deze schending. Het niet verbaliseren van relatief kleine of niet van wezenlijk belang zijnde feiten wordt door de feitenrechter niet gesanctioneerd vanwege de geringe ernst van het vormverzuim.⁶⁸ Ook komt het voor dat het achterwege laten van de verbaliseringsplicht niet als vormverzuim wordt aangemerkt omdat het voor herstel vatbaar wordt geacht.⁶⁹ In bepaalde gevallen is het echter niet geheel duidelijk waarom de rechter het vormverzuim niet in de context van artikel 359a Sv plaatst. Zo oordeelde de Rechtbank Leeuwarden dat het achterwege laten van het opmaken van een proces-verbaal inzake de inbeslagneming van verboden middelen in de woning van verdachte, geen schending van artikel 152 Sv oplevert, maar merkte daarbij wel op dat

‘het proces-verbaal inzake de inbeslagneming in de woning node gemist [is]. Doordat geen proces-verbaal is opgemaakt kan niet worden vastgesteld waar de verdovende middelen zich bevonden en zodat evenmin kan worden vastgesteld dat verdachte enige wetenschap van dan wel enige beschikkingsbevoegdheid over de verdovende middelen had. De rechtbank acht op basis van deze stukken derhalve niet bewijsbaar dat verdachte opzettelijk de amfetamine, hennep en de hasjesj aanwezig heeft gehad en zal verdachte hiervan vrijspreken.’⁷⁰

Gezien het belang van het proces-verbaal in casu, kan op basis van de in het vonnis opgenomen informatie niet worden gezegd waarom het achterwege blijven van het proces-verbaal geen vormverzuim oplevert.⁷¹

Ernstige gebreken aan ambtsedig opgemaakte processen-verbaal worden door de rechter met een zwaar rechtsgevolg gesanctioneerd. Feitenrechters beschouwen ernstige gebreken aan ambtsedig opgemaakte processen-verbaal als een principiële kwestie omdat een proces-verbaal de transparantie en

68 Rb. Rotterdam 25 oktober 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY1309.

69 Hof Den Haag 19 december 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY6574.

70 Rb. Leeuwarden 10 april 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BW1463.

71 Tegenwoordig wordt deze situatie beheerst door de Aanwijzing Inbeslagneming (art. 94 WvSv), in het bijzonder sectie II.2.

controleerbaarheid van het handelen van opsporingsambtenaren in het vooronderzoek waarborgt.⁷² Hierbij wordt niet alleen gewezen op het belang van het proces-verbaal voor de waarheidsvinding en de controleerbaarheid van het strafproces, er wordt tevens gewezen op de bijzondere bewijskracht die aan het proces-verbaal wordt toegekend en het hiermee samenhangende vertrouwen van de rechter in de waarheidsgetrouwheid van het proces-verbaal.⁷³ Of de feitenrechter kiest voor bewijsuitsluiting, dan wel de zwaardere niet-ontvankelijkverklaring, wordt met name bepaald door de vraag in hoeverre zich andere onregelmatigheden in het proces hebben voorgedaan⁷⁴ en of er sprake is geweest van doelbewuste benadeling van de procesrechten van de verdachte.⁷⁵ In een zaak waarin verdachte in eerste aanleg was veroordeeld (mede) op basis van tapgesprekken, waarvan achteraf bleek dat de inhoud daarvan zoals uitgewerkt in de processen-verbaal in het dossier niet klopte en waarop (waarschijnlijk) niet de stem van verdachte te beluisteren was, overwoog het Hof Den Haag dat dit vormverzuim laakbaar en onwenselijk was, maar niet hoefde te leiden tot de niet-ontvankelijkheid van het OM:

‘Het hof acht niet aannemelijk geworden dat de desbetreffende verbalisanten doelbewust hebben gehandeld teneinde belastend bewijsmateriaal tegen de verdachte te fabriceren, noch dat zij anderszins doelbewust of met grove veronachtzaming van verdachtes belangen hebben gehandeld om aan diens recht op een eerlijk proces tekort te doen.’⁷⁶

De Rechtbank Breda kwam in een vergelijkbare casus wel tot de niet-ontvankelijkheid van het OM. In casu hadden verbalisanten de verklaring van de verdachte verkeerd geverbaliseerd, welke fouten pas tijdens het verhoor bij de rechter-commissaris aan het licht kwamen. De rechtbank hechtte in het bijzonder belang aan het feit dat de verbalisanten, door het na afloop aanbrengen van aanpassingen in het proces-verbaal van de verklaring van de verdachte, ‘in sterke mate aanleiding hebben gegeven tot het in twijfel trekken van hun betrouwbaarheid, waardoor zij (...) tevens de betrouwbaarheid van het gehele onderzoek op het spel hebben gezet’.⁷⁷ De rechtbank zoekt met deze laatste

72 Dat de feitenrechter veel waarde hecht aan de transparantie en controleerbaarheid van het handelen van opsporingsambtenaren wordt ook duidelijk in een arrest van het Hof Arnhem. In deze zaak gaat het weliswaar niet om een schending van art. 152 Sv, maar raakt wel aan min of meer dezelfde problematiek omdat het hier gaat om een verkeerde voorstelling van zaken in de bevelen tot het stelselmatig inwinnen van informatie en infiltratie: Hof Arnhem 1 maart 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BV7484.

73 Rb. Amsterdam 2 maart 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV7546.

74 Hof Den Bosch 21 juli 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BN1833.

75 Vergelijk Rb. Amsterdam 2 maart 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV7546 met Hof Arnhem 8 december 2012, ECLI:NL:GHARL:2015:9221.

76 Hof Den Haag 22 oktober 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BQ7898; een gelijksoortige overweging is te vinden in: Hof Arnhem 8 december 2012, ECLI:NL:GHARL:2015:9221.

77 Rb. Breda 27 januari 2010, ECLI:NL:RBBRE:2010:BL0898.

overweging expliciet aansluiting bij het Zwolsmancriterium en de waarborging van de eerlijkheid van het proces jegens de verdachte. Maar voegt daar het volgende aan toe:

‘Nu er sprake is van een fundamentele inbreuk op de procesorde, dient, los van de vraag of de verdachte in zijn belangen is geschaad, het openbaar ministerie niet-ontvankelijk te worden verklaard in de vervolging. Die inbreuk raakt de rechtspleging immers in haar kern.’

Hiermee brengt de Rechtbank Breda tot uiting dat een dergelijke schending dermate ernstig is dat deze ook zonder een schending van artikel 6 EVRM, een grond voor niet-ontvankelijkheid oplevert. De rechtbank verwijst hierbij naar het Karmancriterium⁷⁸ en stelt dat bij dit criterium ‘met name in aanmerking genomen [wordt *MS*] dat de gemeenschap een wezenlijk belang heeft bij eerlijke en volledige verbalisering door de politie, goede invulling van diens verantwoordelijkheid voor de opsporing door het openbaar ministerie en juiste informering van de rechter’. Ook de Rechtbank Almelo lijkt een zelfstandige grond voor niet-ontvankelijkheid te zien bij dit soort schendingen:

‘Volgens vaste rechtspraak komt niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie op grond van artikel 359a van het Wetboek van Strafvordering slechts in uitzonderlijke gevallen in aanmerking, namelijk alleen als het vormverzuim daarin bestaat dat met de opsporing of vervolging belaste ambtenaren ernstig inbreuk hebben gemaakt op beginselen van 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 tekort gedaan, dan wel als de rechter wordt misleid inzake de opsporing’ [cursivering: *MS*].⁷⁹

Hoewel ingevolge de jurisprudentie van de Hoge Raad dit type normschendingen in de regel niet in aanmerking komt voor een rechterlijke reactie omdat dergelijke schendingen (doorgaans) niet raken aan de procesrechten van de verdachte, lijkt de feitenrechter veel gewicht toe te kennen aan de principiële aard van deze normschendingen.⁸⁰ Hierdoor zou kunnen worden gesteld dat de feitenrechter een strengere controle uitoefent ten aanzien van dit type normschending.

78 Verwijzend naar Hof Den Haag 21 februari 2008 ECLI:NL:GHSGR:2008:BC7164 en HR 1 juni 1999, NJ 1999/567, m.nt Schalken (*Karmanarrest*).

79 Rb. Almelo 15 maart 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BW3226.

80 Zie onder meer De Graaf & Kesteloo 2016; Samadi 2017; Pitcher & Samadi 2018.

7.5.2 Controle van geweldstoepassing door opsporingsambtenaren

Een categorie normschendingen waarin de rechter een bijzonder actieve rol inneemt – ofwel ambtshalve ofwel na een verweer door de verdediging – betreft het gebruik van geweld door opsporingsambtenaren. Doorgaans gaat het hier om (disproportionele) geweldstoepassing bij de aanhouding van verdachten. Hoewel het niet eenvoudig is om in algemene zin uitspraken te doen over de wijze waarop de rechter omgaat met de controle van een bepaalde normschending, veel hangt immers af van de casuïstiek, kan van deze normschending worden gezegd dat de rechter het in het bijzonder op zich neemt om dit optreden te toetsen.

In elf van het totaal aan bestudeerde rechtspraak werd ofwel een verweer gevoerd betreffende de onrechtmatige toepassing van geweld door opsporingsambtenaren,⁸¹ ofwel de rechter stelde het onrechtmatige handelen ambtshalve vast.⁸² Met uitzondering van één vonnis – waarin de rechter wel het verweer benoemt maar niet uitgebreid stilstaat bij de inhoud ervan – staat de rechter in al deze gevallen uitvoerig stil bij de toelaatbaarheid van het optreden en de geldende regelgeving.⁸³ In zijn beoordeling van de toelaatbaarheid van de toepassing van geweld door opsporingsambtenaren, besteedt de rechter zowel aandacht aan specifieke instructies aan politie en justitie zoals de Ambtsinstructie voor de politie, de Koninklijke marechaussee en andere opsporingsambtenaren, en de Aanwijzing handelwijze geweldsaanwending (politie)ambtenaar, als aan algemene regels zoals de beginselen van een behoorlijke procesorde (in het bijzonder de proportionaliteit en subsidiariteit van het handelen).⁸⁴ Daarbij houdt de rechter in zijn beoordeling rekening met de omstandigheden ten tijde van de geweldstoepassing en de beslissingsruimte die opsporingsambtenaren in een dergelijk geval toekomt.⁸⁵ Niet in alle bekeken zaken resulteerde de rechterlijke toetsing dan ook in het constateren van een

81 Hof Amsterdam 4 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2250; Rb. Oost-Brabant 7 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5263; Hof Arnhem-Leeuwarden 18 september 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX8100; Hof Den Haag 7 maart 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BV9796; Rb. Maastricht 30 januari 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BV2224; Rb. Zwolle-Lelystad 25 mei 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BW7219; Rb. Arnhem 3 augustus 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN3276; Rb. Roermond 6 juli 2010, ECLI:NL:RBROE:2010:BN0600; Rb. Haarlem 24 december 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BO8917; Rb. Leeuwarden 23 november 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BO4735.

82 Hof Den Bosch 26 november 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY4106.

83 De uitzondering is Rb. Maastricht 30 januari 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BV2224 waarin de rechter wel de proportionaliteit en subsidiariteit bespreekt, maar deze bespreking is in vergelijking met de andere uitspraken enigszins beknopt.

84 Zie bijv. Hof Amsterdam 4 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2250; Hof Arnhem-Leeuwarden 18 september 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX8100; Rb. Roermond 6 juli 2010, ECLI:NL:RBROE:2010:BN0600.

85 Zie bijv. Rb. Arnhem 3 augustus 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN3276; Rb. Maastricht 30 januari 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BV2224.

verzuim, dat gebeurde slechts in vijf van de elf gevallen.⁸⁶ In die zaken waarin de rechter het gebruik van geweld wel toelaatbaar acht, gaat het tevens om uiteenlopende situaties, zoals het inzetten van een politiehond, een indringprocedure, en het gebruik van het vuurwapen.

Wel verbindt de rechter in de meeste gevallen een sanctie aan het vormverzuim, indien hij eenmaal vaststelt dat de politie zich schuldig heeft gemaakt aan onrechtmatige geweldstoepassing jegens de verdachte. Slechts in één vonnis gebeurde dat niet. De Rechtbank Zwolle-Lelystad achtte het weliswaar verwijtbaar dat de verdachte was geslagen door de verbalisant en dat hierover niets in het proces-verbaal van bevindingen was opgenomen, maar zij kon niet vaststellen of deze 'de misslag in voornoemd proces-verbaal van bevindingen is begaan met het oog op een doelbewuste schending van de belangen van verdachte'. Hierdoor kon de door de verdediging bepleite sanctie niet-ontvankelijkheid niet worden opgelegd. Omdat de rechtbank de verdachte vrijsprak van het ten laste gelegde, kwam de sanctie strafvermindering niet aan de orde.⁸⁷

Doorgaans leidt het disproportionele gebruik van geweld tijdens de aanhouding, conform de jurisprudentie van de Hoge Raad, tot de sanctie strafvermindering.⁸⁸ Een uitzondering hierop is een arrest van het Hof Amsterdam waarin het hof het OM niet-ontvankelijk verklaart.⁸⁹ Na een uitvoerige bespreking van de geldende strafvorderlijke regelgeving zoals de Politiewet en de Ambtsinstructie voor de politie, de Koninklijke marechaussee en andere opsporingsambtenaren, beoordeelt het hof het vuurwapengebruik door de opsporingsambtenaren bij de aanhouding van de verdachte als onrechtmatig. Ondanks dat de verdachte niet is geraakt door het gericht schieten van de politie, rekent het hof het de politie zwaar aan dat zij geen adequate inschatting hebben gemaakt van de risico's die gepaard gaan met schieten in een woonwijk. Het is echter niet alleen dit feit waardoor het hof het OM niet-ontvankelijk verklaart. Het is met name de combinatie van onrechtmatig vuurwapengeweld, het achterwege laten duidelijkheid te verschaffen over het gebruik van het vuurwapen, en het feit dat het hier om een minderjarige verdachte ging, waardoor het OM de niet-ontvankelijkheid van het OM uitspreekt:

'In bedekte termen is in het strafdossier van gebruik van dienstwapen(s) bij de aanhouding van verdachte melding gemaakt. Zo heeft [verbalisant 4] voornoemd een proces-verbaal van bevindingen d.d. 16 april 2013 opgemaakt waarin hij vermeldt (pag. 92): "Ik heb vervolgens gepoogd, door gebruik te maken van mijn

86 Hof Amsterdam 4 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2250; Hof Arnhem-Leeuwarden 18 september 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX8100; Hof Den Bosch 23 november 2012 ECLI:NL:GHSHE:2012:BY4106; Rb. Zwolle-Lelystad 25 mei 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BW7219; Rb. Haarlem 24 december 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BO8917.

87 Rb. Zwolle-Lelystad 25 mei 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BW7219.

88 Zie bijv. HR 28 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN0032.

89 Hof Amsterdam 4 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2250.

dienstwapen de verdachte aan te houden.” (...) Eerst na herhaald aandringen van de verdediging om opheldering te geven over het ingezette geweld bij de aanhouding van de verdachte (...) is anderhalf jaar later op last van de rechtbank (...) het hiervoor bedoelde integriteitsonderzoek van 23 april 2013 aan het strafdossier tegen verdachte toegevoegd. In dat integriteitsonderzoek wordt het gericht schieten op de verdachte voor het eerst expliciet genoemd.’

Hoewel de opeenstapeling van vormverzuimen duidelijk maakt waarom het hof in casu tot een niet-ontvankelijkverklaring is gekomen, laat dit arrest zich moeilijk rijmen met de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake dit type vormverzuimen.⁹⁰ In de regel komt dit type vormverzuim niet in aanmerking voor sanctionering door middel van bewijsuitsluiting (mocht bewijs zijn verkregen) of de niet-ontvankelijkverklaring van het OM.⁹¹ De achterliggende reden is dat dergelijke onregelmatigheden doorgaans geen afbreuk doen aan het recht van verdachte op een eerlijk proces. In voorkomende gevallen wordt dan ook rekening gehouden met het vormverzuim door de uiteindelijk aan de verdachte op te leggen straf te matigen.⁹² Hierbij wordt veelal benadrukt dat voor de niet-ontvankelijkheid slechts ruimte bestaat indien door het handelen van de opsporingsambtenaren doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak te kort is gedaan.⁹³ Ondanks de terughoudendheid die uit de jurisprudentie inzake 359a Sv volgt, lijkt de feitenrechter een met betrekking tot het disproportioneel gebruik van geweld door opsporingsambtenaren een actieve rol te spelen in de controle van dergelijk handelen. In de laatstgenoemde zaak brengt de opeenstapeling van vormfouten bovendien mee dat de rechter de zwaarste sanctie uit zijn instrumentarium verbindt aan dit vormverzuim.

7.5.3 Onrechtmatige start van het opsporingsonderzoek

Een andere opvallende categorie normschendingen betreft vormverzuimen die betrekking hebben op de start van het opsporingsonderzoek of sfeerovergang (doorgaans omdat strafvorderlijke bevoegdheden worden ingezet zonder dat er sprake is van een verdenking of wanneer ‘ten onrechte’ controlebevoegdheden worden ingezet om op te sporen). In de bestudeerde rechtspraak kwam een dergelijk verweer vanuit de verdediging veelvuldig voor, waarbij veelal een beroep werd gedaan op het uitsluiten van het bewijs dat ten gevolge van

90 Zie het arrest van de Hoge Raad in deze zaak HR 11 oktober 2016, NJ 2016/456.

91 HR 30 januari 2001, NJ 2001/281, r.o. 3.3; HR 15 november 2011, NJ 2011/545, m.nt. Vellinga; HR 5 januari 2016, NJ 2016/153, m.nt. F. Vellinga-Schootstra.

92 Hierbij moet wel sprake zijn van zodanige strijd met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit dat strafvermindering in aanmerking komt, zie NJ 2011/545, r.o. 5.4.

93 HR 30 januari 2001, NJ 2001/281.

de onrechtmatigheid was verkregen,⁹⁴ en in beperkte sommige gevallen op strafvermindering vanwege schending van mensenrechten van de verdachte.⁹⁵ In de bestudeerde rechtspraak uit 2010⁹⁶, 2012⁹⁷ en 2015⁹⁸ kwam een dergelijk verweer respectievelijk twaalf, elf en twaalf keer voor. Hoewel de feitenrechter in lang niet al deze gevallen tot de conclusie komt dat er sprake was van onrechtmatig handelen door opsporingsambtenaren, valt wel op dat de feitenrechter in het overgrote deel van deze gevallen uitvoerig ingaat op het al dan niet bestaan van een redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit ten tijde van het inzetten van de opsporingsbevoegdheden.⁹⁹

Indien de feitenrechter vaststelt dat politieambtenaren onrechtmatig hebben opgetreden omdat nog geen sprake was van een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit, wordt echter uiteenlopend geoordeeld. Hoewel de feiten en omstandigheden van de verschillende casus een rol spelen bij deze verschillen, lijken er ook andere redenen ten grondslag te liggen aan deze onderlinge verschillen in beoordeling.

94 Bijv. Rb. Overijssel 9 oktober 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:4590; Rb. Amsterdam 6 augustus 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5391; Hof Den Haag 3 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:624.

95 Bijv. Hof Den Haag 19 oktober 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2912.

96 Hof Den Haag 27 augustus 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO0988; Rb. Amsterdam 22 april 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BM1910; Rb. Maastricht 2 juli 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BN4855; Rb. Maastricht 11 augustus 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BN4821; Rb. Utrecht 21 mei 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM8000; Rb. Den Bosch 25 maart 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BL8763; Rb. Zwolle-Lelystad 28 januari 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BL3211; Rb. Almelo 1 juni 2010, ECLI:NL:RBALM:2010:BM6340; Rb. Breda 31 augustus 2010, ECLI:NL:RBBRE:2010:BN5524; Hof Leeuwarden 19 februari 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BL5274; Rb. Amsterdam 20 juli 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN1981; Rb. Alkmaar 7 oktober 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BN9784.

97 Rb. Leeuwarden 24 juli 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BX2502; Rb. Assen 13 november 2012, ECLI:NL:RBASS:2012:BY3509; Rb. Breda 16 februari 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BV6485; Hof Amsterdam 25 oktober 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY1324; Hof Den Bosch 6 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV3117; Rb. Arnhem 2 mei 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW4678; Rb. Arnhem 28 september 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX8639; Rb. Maastricht 25 april 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BW4819; Rb. Maastricht 25 september 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BX8192; Rb. Leeuwarden 3 februari 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BV3125; Rb. Amsterdam 5 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX3428.

98 Rb. Overijssel 9 oktober 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:4590; Hof Den Haag 19 oktober 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2912; Rb. Amsterdam 6 augustus 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5391; Rb. Den Haag 4 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:16051; Rb. Gelderland 29 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:4568; Rb. Noord-Holland 2 februari 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:654; Rb. Rotterdam 16 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:270; Rb. Zeeland-West Brabant, 6 oktober 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:8523; Hof Den Haag 3 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:624; Hof Den Haag 17 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3581; Hof Den Bosch 25 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1181; Rb. Midden-Nederland 4 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7554.

99 Zie bijv. Rb. Utrecht 21 mei 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM8000; Rb. Noord-Holland 2 februari 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:654; Rb. Breda 16 februari 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BV6485; Uitzonderingen zijn Rb. Maastricht 2 juli 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BN4855; Hof Den Bosch 25 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1181; Rb. Zeeland-West Brabant, 6 oktober 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:8523.

Ingevolge de jurisprudentie van de Hoge Raad ligt een sanctie als strafvermindering, of zelfs het enkel constateren van het vormverzuim, in de rede bij dergelijke onrechtmatigheden. Ondanks de strikte lijn in de jurisprudentie van de Hoge Raad verbindt de rechter in de regel echter een zwaardere sanctie – veelal gaat het dan om bewijsuitsluiting – bij dergelijk onrechtmatig handelen. In die gevallen waarin de rechter tot de conclusie kwam dat er strafvorderlijk was opgetreden zonder dat er een verdenking bestond tegen de ‘verdachte’, werd slechts in één uitspraak volstaan met het vaststellen van het verzuim,¹⁰⁰ één keer werd strafvermindering toegepast,¹⁰¹ en in de dertien overige uitspraken paste de rechter bewijsuitsluiting toe.¹⁰²

Hierbij kan overigens in het bijzonder worden gewezen op die gevallen waarin het onrechtmatige optreden een inbreuk maakte op het huisrecht van de verdachte.¹⁰³ Een dergelijke schending wordt door de feitenrechter als zeer ernstig opgevat:

‘Ten aanzien van verdachte is de politie ten onrechte uitgegaan van een redelijk vermoeden dat in zijn woning een overtreding van de Opiumwet plaatsvond. Zonder dit vermoeden mocht zij de woning van verdachte niet betreden. Het belang van het vereiste van een redelijk vermoeden is gelegen in het belangrijke rechtsstatelijke principe dat willekeurig politieoptreden dient te worden voorkomen, zeker waar grondrechten als het huisrecht en het recht op privacy in het geding zijn.’¹⁰⁴

Het belang van dit voorschrift brengt mee dat ‘het resultaat dat door dit verzuim is verkregen, te weten het aantreffen van een in werking zijnde hennepkwekerij waarbij de elektriciteit op illegale wijze werd onttrokken, niet mag bijdragen aan het bewijs’, aldus de rechtbank. Daarnaast wordt ook het bewijs dat ten gevolge van het op zichzelf rechtmatige optreden van de rechter-commissaris is verkregen, uitgesloten van het bewijs omdat ‘een andere rechtsopvatting de bescherming van het huisrecht tegen onrechtmatig politieoptreden te zeer [zou MS] verzwakken’.¹⁰⁵

100 Rb. Overijssel 9 oktober 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:4590.

101 Zie hierboven: Hof Den Haag 19 oktober 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2912.

102 Hof Den Haag 3 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:624; Hof Den Haag 17 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3581; Rb. Midden-Nederland 4 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7554; Rb. Leeuwarden 24 juli 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BX2502; Rb. Assen 13 november 2012, ECLI:NL:RBASS:2012:BY3509; Rb. Maastricht 25 april 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BW4819; Rb. Maastricht 25 september 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BX8192; Rb. Amsterdam 5 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX3428; Rb. Maastricht 11 augustus 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BN4821; Rb. Den Bosch 25 maart 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BL8763; Hof Leeuwarden 19 februari 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BL5274; Rb. Amsterdam 20 juli 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN1981; Rb. Alkmaar 7 oktober 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BN9784.

103 Hierbij ging het eveneens om een inbreuk op het huisrecht maar de verdachte was wel terecht als zodanig aangemerkt volgens de rechtbank: Rb. Midden-Nederland 4 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7554.

104 Rb. Leeuwarden 24 juli 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BX2502.

105 Rb. Leeuwarden 24 juli 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BX2502.

Onregelmatigheden bij de start van het opsporingsonderzoek kunnen vragen oproepen over de rechtmatigheid van de rest van het onderzoek; de zogenoemde verboden vruchten-problematiek. Het komt echter niet zelden voor dat de feitenrechter de verboden vruchten-jurisprudentie van de Hoge Raad buiten beschouwing laat, bijvoorbeeld in het geval van schendingen van het huisrecht.¹⁰⁶ De Rechtbank Zutphen oordeelde in een zaak aangaande mensenhandel dat de politie het huis van de verdachte onrechtmatig had binnengetrokken omdat de verbalisanten zich bij het binnentreden niet hebben gelegitimeerd, noch hebben zij aan verdachte het doel van het binnentreden vermeld. De rechtbank rekende dit verzuim het OM zwaar aan, in het bijzonder omdat er geen reden was voor verbalisanten om de woning binnen te treden. Aldus oordeelde de rechtbank dat alle resultaten van het opsporingsonderzoek dat is ingesteld naar aanleiding het binnentreden van de woning van verdachte van het bewijs moet worden uitgesloten: 'waaronder onder meer alle processen-verbaal van verhoor van de getuigen [slachtoffer 2] en [slachtoffer], alsmede alle door de verdachte afgelegde verklaringen'.¹⁰⁷

Het valt op dat wanneer de rechter eenmaal vaststelt dat het vormverzuim een schending van een belangrijk strafvorderlijk voorschrift betreft, hij doorgaans daar een zwaar maar ook een vergaand rechtsgevolg aan verbindt, waardoor niet zelden de verdachte vrijgesproken wordt van het ten laste gelegde feit. Zou de rechter immers de verboden vruchten van het onrechtmatige optreden alsnog toelaten tot het bewijs, dan zou hij evenwel tot een veroordeling kunnen komen. Kennelijk acht de rechter een dergelijke sanctie aldus geboden gezien het belang van het voorschrift – hoewel dit belang aldus anders wordt geïnterpreteerd dan de jurisprudentie van de Hoge Raad voorschrijft – en het signaal dat met sanctionering wordt afgegeven. Tevens moet ook worden opgemerkt dat een dergelijk oordeel van de feitenrechter – waarbij een zware sanctie wordt verbonden aan het onrechtmatige handelen – in bepaalde gevallen gepaard gaat met andere problemen in het vooronderzoek, waardoor de sanctie ook als een uiting van ongenoegen aan de zijde van de rechter kan worden aangemerkt. Dit blijkt bijvoorbeeld uit een uitspraak van de Rechtbank Maastricht:

'Allereerst overweegt de rechtbank dat wezenlijke informatie die gerelateerd wordt in het stamproces-verbaal op punten niet overeenstemt met de onderliggende stukken in het dossier. Deze discrepanties zijn storend en baren de rechtbank zorgen wat betreft de zorgvuldigheid en betrouwbaarheid van de stukken die haar worden aangereikt (...) In het stamproces-verbaal wordt gerelateerd dat verbalisanten bij nadering van de woning van verdachte een hennepgeur ruiken. Dit zou een aanvullende grond voor verdenking kunnen opleveren op grond waarvan alsnog voldoende

106 Zie onder andere: Rb. Assen 13 november 2012, ECLI:NL:RBASS:2012:BY3509; Rb. Maastricht 25 april 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BW4819; Rb. Maastricht 25 september 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BX8192; Rb. Maastricht 11 augustus 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BN4821.

107 Rb. Zutphen 24 januari 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BV2105.

de grond voor verdenking zou kunnen bestaan om binnen te treden (...). Echter, na binnentreden blijkt dat er geen hennepplanten in de woning aanwezig zijn, de lampen in de inrichting niet branden en deze niet in werking is. Hoe dan toch een zodanig sterke hennepplucht uit de woning zou kunnen komen dat deze bij nadering daarvan buiten te ruiken is, is een raadsel. Mede in het licht van eerder gememo-reerde onjuistheden in het stam-procesverbaal overtuigt deze mededeling in het stam-procesverbaal niet.¹⁰⁸

Ook buiten schendingen op het huisrecht kan de feitenrechter een onrechtmatige start van het opsporingsonderzoek als een principiële kwestie opvatten,¹⁰⁹ hierbij gaat het bijvoorbeeld wanneer ten onrechte op basis ten onrechte gebruik is gemaakt van controlebevoegdheden of anderszins sprake is van misbruik van bevoegdheid, zoals blijkt uit een arrest van het Hof Den Haag:

‘Uit het proces-verbaal van bevindingen met (...) blijkt dat de verdachte op 24 juni 2013 is gecontroleerd op de naleving van de bepalingen gesteld bij of krachtens de wvw 1994. In dat verband is op goede grond aan hem zijn rij- en kentekenbewijs gevraagd. Deze documenten kon de verdachte evenwel niet tonen, omdat hij niets bij zich had. Dit enkele gegeven acht het hof echter onvoldoende om aan te nemen dat het voor de politie in het kader van haar taakuitoefening – te weten op dat moment de controle op de naleving van de bepalingen van de wvw 1994 – redelijkerwijs noodzakelijk was om vervolgens het identiteitsbewijs van de verdachte te controleren. De verbalisanten hebben ook niet nader gerelateerd waaruit die noodzaak bestond. Concrete feiten en omstandigheden waaruit die noodzaak kan volgen blijken voorts niet uit het proces-verbaal. De aanwezigheid van enkele kartonnen dozen en buizen in de auto van de verdachte, is daarvoor onvoldoende. Voor de aanwezigheid van de buizen heeft de verdachte bovendien een redelijke verklaring gegeven. Van overige bezwaren jegens de verdachte, bijvoorbeeld de geur van hennep in zijn auto, was toen nog niet gebleken. Naar het oordeel van het hof heeft het vorderen van het identiteitsbewijs van de verdachte op grond van het vorenstaande onrechtmatig plaatsgevonden, hetgeen met zich meebrengt dat ook het in de auto van de verdachte ingestelde onderzoek ter vaststelling van de identiteit van de verdachte onrechtmatig heeft plaatsgevonden.’

Het hof oordeelt dat het hier om een aanzienlijke schending van een belangrijk strafvorderlijk voorschrift gaat omdat naast de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, de beperking op de bevoegdheid van politieambtenaren om naar de legitimatie van burgers te vragen ook een belangrijke rechtsstatelijke waarborg biedt tegen willekeur. Om deze reden besluit het hof tot bewijsuitsluiting

108 Rb. Maastricht 25 september 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BX8192.

109 Overigens valt op dat de toets zwaarder is naar mate de bevoegdheid die wordt ingezet meer inbreuk maakt op vrijheidsrechten van de verdachte, zie bijvoorbeeld: Rb. Den Haag 4 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:16051; Rb. Rotterdam 16 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:270.

en spreekt de verdachte vrij.¹¹⁰ Ook het Hof Den Haag in een andere zaak tot bewijsuitsluiting (en daarmee vrijspraak) omdat in het proces-verbaal onvoldoende gesubstantieerd was naar aanleiding waarvan en op grond van welke bevoegdheden de verdachte naar zijn rijbewijs was gevraagd:

‘Het hof stelt vast dat het proces-verbaal van aanhouding in het midden laat ter zake van welke specifieke reden, gebaseerd op grond van welke politietaak, de controle van verdachte plaatsvond. Meer in het bijzonder blijkt daaruit niet of het verzoek van de verbalisanten aan de verdachte om overhandiging van zijn rijbewijs plaatsvond in het kader van hun controlebevoegdheden op grond van (artikel 160 van) de Wegenverkeerswet 1994, dan wel in het kader van enige andere politietaak, bijvoorbeeld die op grond van de Wet op grond van de identificatieplicht. Daarmee worden de inzet van de jegens de verdachte gebruikte controlebevoegdheid en de wijze waarop van die bevoegdheid gebruik is gemaakt in rechte oncontroleerbaar gemaakt.’¹¹¹

Hoewel het hof de toepassing van bewijsuitsluiting wel langs de factoren genoemd in het tweede lid van artikel 359a Sv motiveert, geeft deze motivering er blijk van dat het ook hier met name een principiële zaak betreft. Zo is de uitleg die het hof aan ‘nadeel’ geeft veel ruimer dan uit de jurisprudentie van de Hoge Raad kan worden opgemaakt en raakt aan een rechtsstatelijke interpretatie van dit begrip:

‘De verdachte heeft als gevolg van dit vormverzuim nadeel geleden, nu hij niet heeft kunnen controleren op grond waarvan hij aan de autoriteiten zijn naam heeft moeten onthullen en of dat op rechtmatige wijze gebeurde, terwijl hij na de controle is aangehouden en overgebracht is naar het politiebureau. Daarmee is een rechtens niet nader te toetsen inbreuk gemaakt op het in artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden neergelegde recht van de verdachte op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer.’

Tot slot dient hier ook het (principiële) arrest van het Hof Amsterdam inzake de dynamische verkeerscontrole te worden genoemd.¹¹² De dynamische verkeerscontrole houdt in dat de politie op structurele wijze controlebevoegdheden inzet op basis van risicokenmerken die geen verband houden met de controle van de Wegenverkeerswet maar als doel hebben om ‘criminelen te spotten en te controleren’. Om aan de formele vereisten van de uitoefening van controlebevoegdheden te voldoen, wordt overeenkomstig het beleid van de politie wel gevraagd naar het rij- en kentekenbewijs, maar deze werkwijze heeft tot doel om informatie te verkrijgen omtrent vanuit opsporingsperspectief mogelijk interessante personen. In casu was verdachte staandegehouden in het kader

110 Hof Den Haag 3 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:624.

111 Hof Den Haag 17 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3581.

112 Hof Amsterdam 21 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5307.

van een dynamische verkeerscontrole, waarna – na toestemming – zijn auto was doorzocht en verboden middelen waren aangetroffen. De verdediging voerde ter zitting aan dat deze staandehouding onrechtmatig is geweest omdat de politie gehandeld heeft in strijd met het beginsel van zuiverheid van oogmerk. Het hof overweegt dat de staandehouding van verdachte niet wordt ondersteund door objectieve gegevens. In casu bestonden de risicokenmerken uit het rijden in een dure auto die op naam bleek te staan van een discutabel bedrijf en het feit dat in deze dure auto een ‘Oost-Europees type op de bijrijdersstoel zat en een Hindoestaans/Surinaamse man bestuurder was’, hetgeen volgens de opsporingsambtenaren een opvallende combinatie werd gevonden. Met betrekking tot de methode overweegt het hof dat het hier om een ‘strafvorderlijke fishing expedition’ gaat waarbij controlebevoegdheden uitsluitend worden ingezet voor een ander doel dan waarvoor die bevoegdheden zijn gegeven. Dit handelen is naar het oordeel van het hof in strijd met het beginsel van zuiverheid van oogmerk. Het structurele gebruik van deze methode door de politie, onderbouwd door het gegeven dat zij is vastgelegd in het opsporingsbeleid en in samenspraak met het OM tot stand is gekomen, brengt mee dat het hof dit vormverzuim plaatst in de derde categorie van bewijsuitsluiting die de Hoge Raad in het *Onbevoegde hulpofficier*-arrest heeft geformuleerd. De motivering van bewijsuitsluiting wordt dan ook gebaseerd op het normerende effect dat uitgaat van deze sanctie. Hierbij komt bijzonder gewicht toe aan het feit dat het OM bekend was met het gebruik van deze methode maar zelf niet heeft opgetreden en het gegeven dat de politie in casu in eerste instantie geen openheid van zaken heeft gegeven over de gehanteerde methode. Maar ook het rechtsstatelijke karakter van de norm wordt expliciet benoemd:

‘Naar het oordeel van het hof is het van groot belang dat een ieder erop vertrouwen dat overheidsorganen de hun toegekende bevoegdheden gebruiken voor de doeleinden waarvoor zij zijn gegeven en dat de politie zich in dit opzicht controleerbaar opstelt. Dynamische verkeerscontroles als de onderhavige maken een aanzienlijk inbreuk op dat vertrouwen, beperken de vrijheid van beweging en schenden de persoonlijke levenssfeer.’

Hoewel dit laatste arrest verschilt van de twee daarvoor genoemde zaken, in die zin dat het Hof Amsterdam duidelijker aansluiting zoekt bij de jurisprudentie van de Hoge Raad en de daarin genoemde factoren expliciet in aanmerking neemt, komt in al deze zaken helder tot uitdrukking dat feitenrechters een sterke neiging hebben ook vanuit het perspectief van rechtsstatelijkheid sanctionerend op te treden. Hierbij wordt dan niet zelden afgeweken van de jurisprudentie van de Hoge Raad. Zoals gezegd is het begrijpelijk dat er soms (in mindere of meerdere mate) afgeweken wordt van de jurisprudentie van de Hoge Raad. Dit brengt niet noodzakelijkerwijs mee dat de feitenrechter hiermee te kennen geeft minder waarde te hechten aan deze jurisprudentie, of om met Adams te spreken, de ‘zwaartekrachtwerking’ ervan laag is, maar om dit verschil van inzicht te kunnen duiden en het te kunnen waarderen

is een duidelijke motivering wel vereist. Opvallend bij de hierboven besproken uitspraken is nou juist dat een dergelijke motivering in veel gevallen achterwege blijft.

7.5.4 Verhouding tussen de sanctie en de geschonden norm

Zoals in het vorige hoofdstuk is beargumenteerd, staat de Hoge Raad een terughoudende toepassing van artikel 359a Sv voor. Het verbinden van een sanctie aan een geconstateerd vormverzuim moet aan hoge eisen voldoen. Dat geldt in het bijzonder voor de zwaardere sancties die in artikel 359a Sv worden genoemd, de niet-ontvankelijkverklaring en de bewijsuitsluiting, maar in zekere zin ook voor de strafvermindering. De rechter dient namelijk met betrekking tot alle drie sancties uitvoerig te motiveren waarom het rechtsgevolg gegeven de omstandigheden adequaat kan worden geacht. Er moet aldus een relatie bestaan tussen de geschonden norm en de daaraan te verbinden sanctie, de zogenoemde ‘doel-middel benadering’.¹¹³

Hoewel deze jurisprudentie van de Hoge Raad ook de nodige kritiek heeft gekregen in de literatuur – veelal vanwege de sterke koppeling die gemaakt dient te worden met de bescherming van procesrechten en de beperkte rechterlijke controle die hieruit voortvloeit¹¹⁴ – wordt de gedachte dat er een relatie dient te zijn tussen de geschonden norm en de te verbinden sanctie in de literatuur alom omarmd.¹¹⁵ Een dergelijke koppeling draagt immers bij aan een betere doordenking van het algemene belang van de verschillende strafvorderlijke normen en maakt inzichtelijk welk concreet nadeel de normschending in een gegeven situatie met zich heeft gebracht en op welke wijze de rechter dit nadeel kan vereffenen.¹¹⁶ De vraag is aldus of, en in hoeverre, de feiten-rechter in zijn uitspraak blijk geeft van deze benadering.

Uit de feitenrechtspraak valt op te maken dat de strafrechter zich niet altijd zo expliciet uitlaat over de relatie tussen de geschonden norm, het daaraan te verbinden rechtsgevolg, en het doel van sanctionering. Het zal niet verbazen dat na het arrest uit 2013 – waarin de Hoge Raad nog nadrukkelijker heeft gewezen op het belang van de explicitering van het doel van sanctionering in het licht van de normschending – hier enigszins een kentering in te zien

113 Kuiper wijst in het kader van deze nieuwe benadering van de Hoge Raad er in zijn proefschrift op dat de doel-middelbenadering bij kan dragen aan meer rechtszekerheid omtrent de rechterlijke controle op het vooronderzoek en een duidelijkere toepassing van art. 359a Sv. Kuiper 2014, p. 76; zie ook de kritische noot van Schalken ten aanzien van deze doel-middelbenadering bij HR 19 september 2014, *NJ* 2014/420, m.nt. Schalken.

114 Schalken onder *NJ* 2014/420; Brinkhoff 2016; De Graaf & Kesteloo 2016.

115 Dubelaar 2009; Borgers 2012; Borgers & Kooijmans 2013; Kuiper 2014.

116 Zie ook de conclusie van AG Vegter bij HR 11 oktober 2011, *NJ* 2011/505, o. 12; zie in dit kader ook Kuiper 2010, p. 274-276. Kuiper beargumenteert hier dat een koppeling met het doel van de sanctionering bovendien van belang is voor het bewaren van de rechtseenheid.

is, maar deze kan ook in relatie worden gebracht met het feit dat de feitenrechter thans nog minder geneigd is een sanctie te verbinden aan een vormverzuim dan voorheen het geval was.

Een dergelijke expliciete koppeling tussen de te verbinden sanctie en de geschonden norm wordt doorgaans wel gemaakt wanneer het om heel duidelijke gevallen gaat, zoals bij een schending van de *Salduz*-norm¹¹⁷ of een andere norm die raakt aan de procesrechten van de verdachte,¹¹⁸ ten gevolge waarvan bewijs wordt uitgesloten om het eerlijk procesrecht te waarborgen. Wanneer het gaat om andere normschendingen – in het bijzonder die raken aan het recht op privacy, en vaak in combinatie met de toepassing van strafvermindering – laat deze onderbouwing regelmatig te wensen over. Het Hof Den Bosch bijvoorbeeld oordeelde in het geval van opzettelijk onjuist verklaren door een opsporingsambtenaar bij de rechter-commissaris als volgt:

‘Het hof is gelet op het voorgaande van oordeel dat niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in dit geval niet aan de orde is. Dat neemt niet weg dat het opzettelijk onjuist verklaren ten overstaan van een rechter-commissaris op zichzelf al buitengewoon ernstig is en dat dit naar het oordeel van het hof gesanctioneerd dient te worden. Het hof sluit daarvoor aan bij de sanctiemogelijkheden van artikel 359a Sv en zal bij een veroordeling strafvermindering toepassen, waarbij – het zij herhaald – in het voordeel van de verdachte wordt uitgegaan van de werkhypothese dát opzettelijk onwaarheid is verteld.’¹¹⁹

Het toepassen van strafreductie als reactie op dit vormverzuim is opmerkelijk omdat niet helemaal duidelijk wordt welk nadeel het hof hiermee tracht te compenseren. Aangezien uiteindelijk alsnog naar waarheid is verklaard, zou volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad zelfs beargumenteerd kunnen worden dat het vormverzuim is hersteld. Het lijkt er dan ook op dat het hof door het sanctioneren van dit vormverzuim met name tot uitdrukking wil brengen dat het gedrag van de opsporingsambtenaar bijzonder laakbaar is geweest. Hierbij gaat het echter wel voorbij aan de aard van de geschonden norm en de relatie daarvan met het rechtsgevolg. Situaties waarin de rechter vanuit de wens bepaald laakbaar gedrag te sanctioneren voorbijgaat aan dergelijke vragen doen zich vaker voor in de feitenrechtspraak. In een zaak waarin twee geheimhoudersgesprekken niet tijdig waren vernietigd – maar op geen enkele wijze richtinggevend waren geweest voor het strafrechtelijk onderzoek waardoor van nadeel in procesrechten niet kon worden gesproken – oordeelde de Rechtbank Dordrecht dat strafvermindering de gepaste sanctie was:

117 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 6 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO6670; Hof Amsterdam 9 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO8219; Hof Arnhem 9 december 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BO6761.

118 Rb. Noord-Holland 3 april 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:2874.

119 Hof Den Bosch 24 mei 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW6502.

‘Het in artikel 126aa, tweede lid, Wetboek van Strafvordering vervatte voorschrift van – kort gezegd – vernietiging van vertrouwelijke gesprekken, beoogt het belang te beschermen dat eenieder de mogelijkheid heeft om vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van hetgeen aan een geheimhouder wordt toevertrouwd, een geheimhouder te raadplegen. Het belang van bescherming van het verschoningsrecht is absoluut. Verdachte moet er vanuit kunnen gaan dat telefoongesprekken met een geheimhouder in vrijheid kunnen worden gevoerd. Als deze afgeluisterd worden dienen de bewuste opgenomen gesprekken derhalve terstond worden vernietigd. Dit is niet gebeurd, en verdachte is daarmee naar het oordeel van de rechtbank per definitie in zijn belang geschaad, ook al gaat het maar om in totaal twee gesprekken. Dit is een onherstelbaar vormverzuim in het voorbereidend onderzoek in de zin van artikel 359a Wetboek van Strafvordering. Nu de rechtbank uit het terzake opgemaakte proces-verbaal echter tevens is gebleken dat het onderzoeksteam geen kennis heeft genomen van de inhoud van deze gesprekken en deze derhalve niet richtinggevend geweest kunnen zijn voor het strafrechtelijk onderzoek, is de schade beperkt gebleven. De rechtbank zal dan ook een korting van 5% toepassen op de op te leggen uren werkstraf (zie hierna).’¹²⁰

Hoewel de rechtbank uitgebreid stilstaat bij het belang van het verschoningsrecht, maakt zij niet duidelijk waar het concrete nadeel van de verdachte in casu uit bestaat (anders dan het abstracte belang van het verschoningsrecht) en op welke wijze strafvermindering tegemoet kan komen aan dit specifieke nadeel. Ook het Hof Arnhem besluit tot strafvermindering als reactie op niet-vernietigde geheimhoudersgesprekken. In deze zaak gaat het weliswaar om een substantieel groter aantal getapte geheimhoudersgesprekken, maar ook hier zijn deze gesprekken niet gebruikt in het opsporingsonderzoek en stelt het hof dat er niet gesproken kan worden van een ‘grootschalig en stelselmatische inbreuk op het recht om vertrouwelijk met een geheimhouder te kunnen communiceren’. Desondanks is het hof van oordeel dat ‘de vormverzuimen zo ernstig zijn dat zij gecompenseerd kunnen en dienen te worden door verlaging van de op te leggen en hierna te vermelden straf in verhouding tot die ernst van het verzuim’.¹²¹ Gezien het achterwege blijven van een duidelijke koppeling tussen de normschending en de toegepaste sanctie is het niet goed mogelijk te beoordelen in hoeverre strafvermindering in casu een geoorloofde sanctie is. Indien de rechter van oordeel is dat de strafvermindering de privacyschending van de verdachte compenseert, dient hij zich daar immers wel expliciet over uit te laten. Bovendien kan uit de jurisprudentie van de Hoge Raad in ieder geval worden afgeleid dat in het algemeen bij dit type vormverzuim een sanctie achterwege kan blijven zolang geen concreet nadeel is onderhouden door de verdachte.¹²² Het achterwege blijven van een dergelijke motivering brengt tevens mee dat het moeilijk is om na te gaan waarom andere

120 Rb. Dordrecht 7 februari 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BV3531.

121 Hof Arnhem 20 december 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BO8383.

122 HR 11 oktober 2011, NJ 2011/505.

feitenrechters bij soortgelijke normschendingen tot een ander oordeel komen. Zo oordeelde het Hof Den Haag bij een ‘langdurige schending’ van artikel 126aa Sv dat dit vormverzuim niet hoefde te leiden tot enig rechtsgevolg omdat niet aannemelijk was geworden dat ‘door of vanwege het openbaar ministerie is aangestuurd op het af luisteren van geheimhouders’, en er evenmin aanwijzingen waren dat naar aanleiding van de opgenomen communicatie onderzoekshandelingen zijn verricht dan wel informatie daaruit als sturingsinformatie is gebruikt in het opsporingsonderzoek.¹²³ Het feit dat de geheimhoudersgesprekken niet als sturingsinformatie zijn gebruikt, was ook voor de Rechtbank Noord-Nederland een reden om te volstaan met het enkel constateren van het vormverzuim.¹²⁴

In dit kader kan ook worden gewezen op situaties waarin niet duidelijk is het rechtsgevolg een reactie is op onrechtmatig optreden van de opsporing of in het kader van de strafmaat rekening houdt met de door de verdachte ondervonden schending van zijn privacyrechten, zoals het hierboven genoemde vonnis van de Rechtbank Den Haag aangaande het (al dan niet) onrechtmatig verrichte onderzoek aan de mobiele telefoon van de verdachte.¹²⁵

Met betrekking tot het rechtsgevolg strafvermindering is het dan ook niet heel goed mogelijk een duidelijke lijn te ontdekken in de feitenrechtspraak. De uiteenlopende wijze waarop feitenrechters reageren op schendingen die raken aan privacy en in het bijzonder de wijze waarop gebruik wordt gemaakt van de strafvermindering als rechtsgevolg is met name problematisch vanwege het gebrek aan een duidelijke motivering en koppeling tussen het rechtsgevolg en de normschending. Het zou immers goed verdedigbaar kunnen zijn dat de bijzondere casuïstiek – bijvoorbeeld een opeenstapeling van fouten en onregelmatigheden in het vooronderzoek – noopt tot een andere benadering, maar dat zou dan wel geëxpliciteerd moeten worden.

7.6 CONCLUSIE

De vraag is welk beeld het bovenstaande oplevert over de wijze waarop de feitenrechter het vooronderzoek controleert en normeert? Als gezegd levert de wijze waarop in het voorgaande de feitenrechtspraak is bestudeerd slechts een beperkt beeld op van de gehele strafrechtspraktijk. Om die reden is het niet eenvoudig om de resultaten van dit onderzoek te veralgemeniseren. Niettemin levert dit onderzoek wel een aantal belangrijke bevindingen op aan de hand waarvan bepaalde aspecten van de toezichthoudende taak van de rechter in kaart kunnen worden gebracht. In algemene zin kan worden gesteld

123 Hof Den Haag 19 januari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BK9406.

124 Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11234.

125 Rb. Den Haag 30 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5155.

dat ondanks dat de Hoge Raad geen royale invulling geeft aan de toezichthoudende rol van de strafrechter, de feitenrechter zich een zekere vrijheid permiteert om een ruimere invulling te geven aan zijn toezichthoudende taak. Hierbij gaat het bijvoorbeeld om een uitgebreidere controle en sanctionering van onrechtmatigheden waarvan niet direct duidelijk is waarom zij de procespositie van de verdachte raken, zoals schendingen van de verbaliseringsplicht (die hersteld zijn of kunnen worden), onrechtmatigheden rondom de start van het vooronderzoek en schendingen van het huisrecht. Ook is in de rechtspraak te zien dat de rechter met betrekking tot bepaald optreden pro-actiever is in het uitoefenen van zijn controlerende (en normerende) taak dan bij ander soorten (onrechtmatig) handelen, duidelijke voorbeelden hiervan zijn het gebruik van geweld door opsporingsambtenaren en het gebruik van nieuwe opsporingsmethoden. In het algemeen kan worden gesteld dat de feitenrechter in voorkomende gevallen een ruimhartigere invulling geeft aan zijn controlerende taak dan de jurisprudentie van de Hoge Raad voorstaat.

Tegelijkertijd moet ook worden vastgesteld dat de invulling van deze taak niet altijd even consequent plaatsvindt. Dat geldt in het bijzonder met betrekking tot de factoren genoemd in artikel 359a Sv en nader ingevuld in de jurisprudentie van de Hoge Raad. De vraag is hoe deze discrepanties gewaardeerd kunnen worden; kunnen zij met andere woorden gezien worden als een andere attitude van de feitenrechter ten aanzien van deze taak en moet dit beeld worden gezien als een symptoom van rechterlijke ongehoorzaamheid of activisme? Of betreft het hier een andere invulling van de discretionaire ruimte die artikel 359a Sv dan wel onwetendheid ten aanzien van het jurisprudentiële kader inzake dit artikel?

Aan de hand van de bestudering van deze rechtspraak is het niet mogelijk een eenduidig antwoord te formuleren op die vragen. De rechter expliciteert veelal niet waarom hij afwijkt van het jurisprudentiële kader en bovendien lijkt hij niet stil staan bij het feit dat er sprake is van een dergelijke afwijking. Hierdoor is het niet duidelijk of de jurisprudentie niet bekend is bij de rechter of dat er sprake is van een bewuste afwijking. Wel is het aannemelijk dat de discrepanties in bepaalde gevallen het gevolg zijn van onduidelijkheid over het jurisprudentiële kader.¹²⁶ Ook kunnen discrepanties ontstaan omdat een bepaalde normatieve keuze van de Hoge Raad nog onvoldoende is doorgedrongen tot de feitenrechtspraak (bijvoorbeeld met betrekking tot de verhouding tussen de sanctie en normschending).

Tegelijkertijd, en ondanks dat de feitenrechter niet expliciteert waarom (en dat) hij afwijkt van de jurisprudentie van de Hoge Raad, laat de feitenrechtspraak wel een enigszins andere attitude zien van de feitenrechter ten aanzien van zijn controlerende taak. Deze discrepanties kunnen het gevolg zijn van

126 Zoals het gesloten stelsel van rechtsmiddelen lange tijd een onduidelijke drempel is geweest voor toepassing van art. 359a Sv (zie § 6.2.1.6) en wellicht dat de verboden vruchtenproblematiek aan hetzelfde probleem kan worden toegeschreven (§ 6.2.3.3).

een andere taakopvatting van de rechter ten aanzien van het vooronderzoek, waardoor het optreden van justitiële autoriteiten scherper gecontroleerd kan worden en onrechtmatigheden ruimhartiger worden gesanctioneerd. Dat hoeft als gezegd niet problematisch te zijn, mits de uitspraak voldoende inzichtelijk maakt wat de redenen zijn van de afwijking van de jurisprudentie van de Hoge Raad. En het is juist op dit punt waarop de rechtspraak vaak niet helder is, waardoor niet altijd duidelijk is waarom afgeweken wordt van het jurisprudentiële kader. Hierdoor ontstaat zowel een normeringsgebrek als onduidelijkheid over de wijze waarop de controlerende taak van de rechter gestalte krijgt (doordat hierin een grote mate van variatie te zien is). Omdat de feitenrechter niet duidelijk maakt waarom hij een bepaald rechtsgevolg aan een normschen-ding verbindt – in het bijzonder bij de sanctie strafvermindering maar ook wanneer een zwaardere sanctie wordt verbonden dan volgens de jurisprudentie te verwachten is –, is het gissen naar de oorzaak van deze onderlinge verschillen. Dat deze verschillen deels kunnen worden toegeschreven aan de strikte houding van de Hoge Raad blijkt uit het feit dat daar waar de rechter gemotiveerd afwijkt van het jurisprudentiële kader (bijvoorbeeld omdat meer belang wordt gehecht aan de integriteit van het handelen van de opsporing zoals bij de dynamische verkeerscontrole of een meer rechtsstatelijke invulling wordt gegeven aan bepaalde factoren),¹²⁷ de Hoge Raad dat in de regel casseert. Hierdoor laat de Hoge Raad weinig ruimte aan de feitenrechter om een eigen invulling te geven aan zijn controlerende taak. Opvallend is bovendien dat de feitenrechter steeds vaker met een verwijzing naar de jurisprudentie van de Hoge Raad afziet van controle of normering. Deze laatste ontwikkeling wijst erop dat de jurisprudentie van de Hoge Raad een inperking meebrengt voor de wijze waarop de toezichthoudende taak van de rechter – dus zowel de sanctionering als de controle en normering – wordt ingevuld.

¹²⁷ Zie hierboven § 7.5.3: Hof Den Haag 17 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3581; Hof Amsterdam 21 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5307.

