

## Sanctionering en normering door de strafrechter

Aanleiding voor nader onderzoek naar de onderliggende waarden van strafvorderlijke normen

*Mojan Samadi* ▪

### 7.1 INLEIDING

De terughoudendheid van de strafrechter – met name de Hoge Raad – inzake de sanctionering van onrechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden, krijgt al jaren veel aandacht in de strafrechtelijke literatuur. Hierbij wordt niet zelden gewezen op de (onwenselijke) gevolgen van deze houding en eventuele oplossingen voor de problematiek hieromtrent.<sup>1</sup> Op grond van de thans geldende jurisprudentiële criteria hoeft de rechter niet aan elk vormverzuim begaan door opsporingsambtenaren in het strafrechtelijk vooronderzoek een rechtsgevolg te verbinden. Ingevolge de jurisprudentie van de Hoge Raad is in beginsel een sanctie enkel aangewezen als reactie op een onrechtmatige handeling indien deze raakt aan een subjectief recht van de verdachte, en in het bijzonder het recht op een eerlijk proces. Doordat het zwaartepunt van de rechterlijke beoordeling van de opsporing ligt op het recht op een eerlijk proces,<sup>2</sup> is het niet altijd helder in hoeverre wordt toegezien op de naleving van die strafvorderlijke regels die niet direct aan dit recht raken.<sup>3</sup> Vanuit de literatuur is gewezen op het gevaar dat wanneer geen rechtsgevolgen worden verbonden aan normoverschrijding door opsporingsambtenaren, dit de grenzen van

---

▪ M. Samadi is als promovendus verbonden aan de afdeling strafrecht van de Universiteit Leiden.

1 Zie bijv. A.A. Franken, 'Proportionaliteit en subsidiariteit in de opsporing', *DD* 2009, afl. 8, p. 115-124; M. Borgers, 'De toekomst van 359a Sv', *DD* 2012/25, afl. 4, p. 257-273; T.M. Schalken, 'Een renaissance van vormverzuimen in het strafrecht? De uitdaging van HR 19 februari 2013, LJN BY5321', *NJB* 2013, p. 1391-1394; A.E.M. Röttgering, *Cassatie in strafzaken: een rechtsbeschermend perspectief* (diss. Tilburg), Den Haag: Sdu 2013, p. 187-217; R. Kuiper, *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014; en inmiddels heeft deze materie ook de aandacht van de Minister van Veiligheid en Justitie, zie: *Kamerstukken I* 2015/16, 33750 VI, AF, p. 102-103.

2 Kuiper 2014, p. 591.

3 Te denken valt aan normen die zien op de integriteit van de opsporing zoals het doorlaatverbod (art. 126ff Sv), maar ook regels die de privacyrechten van (verdachte) burgers beogen te waarborgen. Uit vaste rechtspraak van het EHRM volgt immers dat schendingen van art. 8 EVRM niet noodzakelijkerwijs gevolgen hebben op art. 6 EVRM, welk standpunt de Hoge Raad eveneens onderschrijft.

onbehoorlijk strafvorderlijk optreden in het vooronderzoek kan oprekken.<sup>4</sup> Dit probleem wordt versterkt door het volgende: het scala aan strafvorderlijke normen waaraan het gedrag van opsporingsambtenaren moet beantwoorden is in de afgelopen decennia alsmaar toegenomen en bevat inmiddels een grote hoeveelheid (andersoortige) normen. Dit brengt mee dat de behoefte aan rechterlijke normering van de opsporing groter is geworden, terwijl de rechter ingevolge de jurisprudentie van de Hoge Raad juist terughoudendheid dient te betrachten in de controle van het strafvorderlijk handelen van de opsporing.<sup>5</sup>

In deze bijdrage zal ik de huidige stand van zaken met betrekking tot de rechterlijke controle op het vooronderzoek beschrijven en de problematische aspecten hiervan bespreken. Tevens zal ik laten zien hoe deze problematiek in mijn proefschrift verkend zal worden. De bijdrage begint met een weergave van de wijze waarop de rechterlijke toetsing van het strafvorderlijk optreden van politie en het Openbaar Ministerie zich heeft ontwikkeld sinds de jaren 60. Daarna wordt het huidige wetenschappelijke debat met betrekking tot deze problematiek, dat zich veelal op artikel 359a Sv richt, besproken. Betoogd zal worden dat, omdat de aandacht voor de hoeveelheid strafvorderlijke normen, de complexiteit hiervan en de variatie hierin vaak ontbreekt, een belangrijk theoretisch element van de problematiek omtrent deze discussie ten onrechte onderbelicht blijft. Er dient aldus helderheid te worden geschapen door beter te begrijpen om wat voor normen het hier gaat, hoe deze zich tot elkaar verhouden, en ten slotte wat de implicaties van die verschillen zijn voor eventuele rechtsgevolgen voor schendingen van die normen.

## 7.2 HISTORISCHE ONTWIKKELING VAN RECHTERLIJKE CONTROLE IN HET VOORONDERZOEK

Het huidige Wetboek van Strafvordering bevat veel procedurele voorschriften waaraan opsporingsambtenaren op grond van artikel 1 Sv gebonden zijn. Deze gebondenheid is echter niet zo strikt als een eerste lezing daarvan wellicht zou doen geloven. Het handelen van politie en justitie hoeft immers niet altijd

---

4 J. Sjöcrona, *Bewust Onbehoorlijk Benadelen. Over vormverzuimen en integriteit*, Lezingenreeks NVSA deel 4, Den Haag: SDU uitgevers 2010; Franken 2009; Y. Buruma, 'Normering van de opsporing', in: C.H. Brants e.a. (red.), *Op zoek naar grondslagen. Strafvordering 2001 ter discussie*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 81-95.

5 Hierbij dient opgemerkt te worden dat hoewel normering en sanctionering twee verschillende activiteiten behelzen, zij wel nauw aan elkaar verbonden zijn. Met sanctionering wordt bedoeld het verbinden van een rechtsgevolg (strafvermindering, bewijsuitsluiting, niet-ontvankelijkheid) aan een onrechtmatige handeling naar aanleiding van een controle, en met normering de precisering en uitleg van strafvorderlijke normen door de rechter. De sanctionering is aldus het onderstrepen van de geldigheid van de norm door er een gevolg aan te verbinden.

op een uitdrukkelijke wettelijke grondslag te berusten, maar mag indien slechts lichte inbreuken op grondrechten van burgers worden gemaakt ook berusten op de algemene taakstellende grondslag van artikelen 141, 142 Sv en 3 Politiewet 2012.<sup>6</sup> Tevens wordt het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel zoals vastgelegd in artikel 1 Sv door sommige auteurs aangemerkt als grondslag van de controlerende taak van de rechter ten aanzien van de rechtmatigheid van het strafvorderlijk optreden van opsporingsambtenaren.<sup>7</sup> Cleiren beargumenteert dat dit beginsel een driedelige doelstelling heeft: ten opzichte van de wetgever verplicht het om strafvordering zoveel mogelijk bij wet vast te leggen, het optreden van de uitvoerende macht – politie en Openbaar Ministerie – moet vervolgens beantwoorden aan de eisen van die wet,<sup>8</sup> en aan de rechterlijke macht is het tot slot om daarop toe te zien.<sup>9</sup> Kortom, de strafvorderlijke overheid mag slechts een inbreuk maken op de vrijheidsrechten van burgers, indien daarvoor een toereikende grondslag bestaat en het is aan de rechter zulks te toetsen.

Hoewel de burger sinds de invoering van het huidige Wetboek van Strafvordering in 1926 op enigerlei wijze bescherming mocht verwachten van zijn grondwettelijke rechten – in alle fasen van strafvordering – heeft het enige tijd geduurd voordat de *zittingsrechter* zich actief ging bemoeien met de controle van het vooronderzoek.<sup>10</sup> Vanaf de jaren 60 kwam in toenemende mate aandacht voor de positie van de verdediging in het strafproces en met name de rechtspositie van de verdachte in het vooronderzoek. Tot die tijd verbond

- 
- 6 Inbreuken die een meer dan beperkte inbreuk maken op grondrechten van burgers, dan wel zeer risicovol zijn voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing behoren volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad te berusten op een uitdrukkelijke wettelijke grondslag: HR 19 december 1995, NJ 1995/249 m.nt. Schalken; *Kamerstukken II 1996/97*, 25403, 3, p. 12-13 (MvT Wet Bob); Zie ook M.J. Borgers, 'Normering van 'lichte' opsporingshandelingen', *DD* 2015/15.
  - 7 C.P.M. Cleiren, *Beginselen van een goede procesorde* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 18-24; C.P.M. Cleiren, *De openheid van de wet, de geslotenheid van het recht*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 9-10; A.M. Berkhout-van Poelgeest, 'Enkele vragen over de legaliteit in het strafproces (artikel 1 Sv)', in: C.H. Brants, P.A.M. Mevis & E. Prakken (red.), *Legitieme strafvordering. Rechten van de mens als inspiratie in de 21<sup>ste</sup> eeuw*, Antwerpen/Groningen: Intersentia Rechtswetenschappen 2001, p. 26-27.
  - 8 Zie ook J.B.H.M. Simmelink, *De rechtsstaatgedachte achter art. 1 Sv*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 39-42; G.J.M. Corstens, 'De wet als bron van strafprocesrecht. De betekenis van art. 1 Sv', in: *Naar eer en geweten. Liber amicorum J. Rummelink*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 100.
  - 9 Cleiren, in: A.L. Melai e.a. (red.), *Commentaar op het Wetboek van Strafvordering*, art. 1 Sv, Inleidende opmerkingen (laatst bijgewerkt 1 juni 2000).
  - 10 De wetgever heeft met art. 199 en 256 Sv wel een scheidslijn proberen aan te brengen tussen het vooronderzoek en het onderzoek ter terechtzitting. In geval van vormverzuimen in het vooronderzoek was het de rechter-commissaris die eventueel herstel kon bieden, terwijl de zittingsrechter verantwoordelijk was voor het onderzoek ter terechtzitting. In de jurisprudentie is echter niet vastgehouden aan deze tweedeling tussen de controlerende taak van de zittingsrechter en de rechter-commissaris (G.J.M. Corstens (red.), *Rapporten herijking strafvordering 1993*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 24-25).

de rechter geen rechtsgevolgen aan normschendingen in het vooronderzoek, indien deze normschending niet in de wet met nietigheid bedreigd werd.<sup>11</sup> Als gebeurtenissen die ten grondslag hebben gelegen aan de meer actieve houding van de rechter in verband met de controle op het vooronderzoek worden doorgaans de emancipatie van de burger, de invloed van verschillende mensenrechtenverdragen (met name het EVRM) en de hiermee samenhangende groeiende maatschappelijke aandacht voor grondrechten genoemd.<sup>12</sup> In het strafprocesrecht heeft dit geresulteerd in meer aandacht voor de ongelijke positie van de verdachte ten opzichte van de almachtige overheid.<sup>13</sup> Ondanks dat een meer consequente controle van het vooronderzoek door de zittingsrechter pas eind jaren 70 tot stand kwam, wordt het Tweede Bloedproefarrest uit 1962 als omslagpunt gezien voor de controlerende zittingsrechter.<sup>14</sup> De Hoge Raad paste in dit arrest voor het eerst bewijsuitsluiting toe omdat hij van oordeel was dat het afnemen van bloed bij een verdachte zonder dat daarvoor een toereikende wettelijke grondslag bestond, een onrechtmatige aantasting van de lichamelijke integriteit van die verdachte oplevert.<sup>15</sup> In de jaren daarna nam de Hoge Raad een steeds actievere rol aan en bemoeide zich nadrukkelijk met de normering van het strafvorderlijk optreden van de overheid.<sup>16</sup> Daarnaast begonnen andere normen, zoals de (ongeschreven) beginselen van een goede procesorde, een rol te spelen in de rechterlijke toetsing van de uitoefening van opsporingsbevoegdheden. Deze beginselen fungeerden als een

- 
- 11 Terwijl er ook buitengewoon weinig normen waren ten opzichte van het vooronderzoek waarvan overtreding met nietigheid werd bedreigd. Fokkens wijst in dit kader op het verzuimen van het geven van de cautie, dat in de regel niet leidde tot de onbruikbaarheid van de afgelegde verklaring. Het was aan de rechter om te beslissen over de bruikbaarheid van de verklaring (met een verwijzing naar HR 23 februari 1931, NJ 1931, p. 654), J.W. Fokkens, *Beschouwingen over de rechtsbescherming van de verdachte in deze tijd*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 3.
  - 12 Zie T. Spronken, *Verdediging. Een onderzoek naar de normering van het optreden van advocaten in strafzaken* (diss. Maastricht), Deventer: Gouda Quint 2001, p. 125-129; P.P.J. van der Meij, *De driehoeksverhouding in het strafrechtelijk vooronderzoek. Een onverminderde zoektocht naar evenwicht in de rolverdeling tussen de rechter-commissaris, de officier van justitie en de verdediging* (diss. Leiden). Deventer: Kluwer 2010, p. 127-128; P. Spierenburg, *Please, please me's number one*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.
  - 13 Zie Spierenburg 2013, p. 30-32 voor een algemene schets van de maatschappelijke veranderingen die ten grondslag lagen aan het veranderde beeld van misdadigers en slachtoffers vanaf de jaren 60.
  - 14 De Hoge Raad paste de bewijsuitsluiting pas in 1978 opnieuw toe, R Emmelink wijst als mogelijke oorzaak op het feit dat Enschedé in die periode zitting nam in de Hoge Raad. Hij zag de bewijsuitsluiting als een ondoelmatige reactie op vormverzuimen en was een tegenstander van toepassing ervan. J. R Emmelink, *Actuele stromingen in het Nederlandse strafrecht*, Mededelingen der Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, deel 43, nr. 7, Amsterdam: Noord-Hollandse Uitgevers Maatschappij 1980, p. 34.
  - 15 HR 26 juni 1962, NJ 1962/470.
  - 16 Onder meer in: HR 18 april 1979, NJ 1979/142 (*Braak bij binnentreden*); HR 12 december 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC2751, NJ 1979/142; HR 22 januari 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC6793, NJ 1980/203.

aanvullende toetsingsmaatstaf voor de rechter, om de in de wet gelegen strafvorderlijke bevoegdheden nader in te perken.<sup>17</sup> Deze houding resulteerde erin dat de rechter een buitenwettelijk sanctiearsenaal ontwikkelde waarmee hij kon reageren op vormverzuimen begaan in het vooronderzoek, namelijk door middel van strafvermindering, bewijsuitsluiting en het niet-ontvankelijk verklaren van het OM.<sup>18</sup>

In 1996 is deze praktijk, na onderzoek en op advies van de commissie-Moons, door de wetgever gecodificeerd in het huidige artikel 359a Sv.<sup>19</sup> De aanleiding hiervan was de toenemende maatschappelijke ontevredenheid met betrekking tot de wijze waarop de rechter omging met vormverzuimen. Volgens de toenmalige Minister van Justitie, was het beeld ontstaan dat verdachten van zware misdrijven zonder straf op vrije voeten werden gesteld wegens fouten van politie en het OM.<sup>20</sup> De wetgever beoogde met deze wetswijziging 'een bijdrage te leveren aan het terugdringen van de ongewenste gevolgen die aan vormverzuimen in het strafproces worden verbonden'.<sup>21</sup> Hij codificeerde het in de jurisprudentie ontwikkelde buitenwettelijke sanctiearsenaal van de rechter om zo de mogelijke sancties op vormverzuimen vast te stellen en hier een 'zekere ordening en hiërarchie in aan te brengen'.<sup>22</sup> Hierbij moet overigens worden opgemerkt dat de wetgever de rechter nog steeds veel ruimte liet bij de toepassing van het artikel. De commissie-Moons kwam in haar eindrapport tot de conclusie dat het uitgangspunt moet blijven dat de wetgever de strafvorderlijke vormvoorschriften bepaalt, terwijl de rechter de gevolgen van normoverschrijding vaststelt.<sup>23</sup> Dit omdat de rechter 'beter dan de wetgever de in concreto in het geding zijnde belangen [kan] afwegen'.<sup>24</sup>

Overigens is het maar de vraag of de rechter inderdaad een te actieve rol ten aanzien van de controle op het opsporingsonderzoek uitoefende. Enige terughoudendheid in de jurisprudentie van de Hoge Raad was ook voor invoering van artikel 359a Sv waar te nemen. Daarnaast bleek in diezelfde periode dat er juist aanleiding was tot zorgen over een (rechterlijk) normeringsgebrek ten opzichte van de opsporing. In het in 1996 verschenen eindrapport

---

17 Cleiren 1989, p. 313-330; Als voorbeeld zij gewezen op HR 12 December 1978, NJ 1979/142 (*Braak bij binnentreden*).

18 Zie hierboven voetnoot 15 en HR 29 mei 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6273, NJ 1978/358; De strafvermindering als sanctie is voor het eerst toegepast in HR 7 april 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB9733, NJ 1987/587.

19 *Stb.* 1996, 522.

20 Corstens 1993, p. 13, verwijzend naar de installatierede van minister Korthals Altes.

21 *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, 3, p. 1 (MvT); De wetswijziging zag tevens (mede) op het schrappen van een aantal formele nietigheden uit het Wetboek van Strafvordering om zo de 'wettelijke automatismen' te vervangen met de ruimere rechterlijke beoordeling van de in het geding zijnde belangen.

22 Corstens 1993, p. 53.

23 Corstens 1993, p. 9-10.

24 Corstens 1993, p. 9.

van de Parlementaire enquêtecommissie Van Traa, die onderzoek deed naar de IRT-affaire en de in het kader daarvan gebruikte opsporingsmethoden, maakt deze commissie ook een verwijt aan de rechter over de gebrekkige normering van dit opsporingsoptreden.<sup>25</sup> De commissie-Van Traa stelt dat 'de Hoge Raad in zijn jurisprudentie de praktische weg gekozen [heeft] om de opsporing niet te veel in de wielen te rijden'. Hij heeft soms 'gered wat er te redden was', door veelvuldig gebruik te maken van de algemene taak- en bevoegdheidsbepalingen door politie en het Openbaar Ministerie.<sup>26</sup> Hoewel voor de invoering van artikel 359a Sv, deze problemen nog niet in kaart waren gebracht en het daarom ook niet over dezelfde problemen (en typen normen) ging, maken de onderzoeksresultaten het volgende duidelijk: naarmate meer en andersoortige opsporingsmethoden en -normen aan de orde zijn, is er meer behoefte aan een ordening en normering hiervan door de rechter.

### 7.3 ONTWIKKELINGEN NA DE INVOERING VAN 359A SV EN DE HUIDIGE STAND VAN DE JURISPRUDENTIE

De invoering van artikel 359a Sv is in feite de codificatie van het in de jurisprudentie ontwikkelde beoordelingskader voor vormverzuimen.<sup>27</sup> Op advies van de Commissie-Moons besloot de wetgever de rechter een ruime beoordelingsvrijheid te geven om te beslissen over individuele vormverzuimen. De commissie achtte de tijd namelijk niet rijp voor 'een verdergaande codificatie van dit leerstuk'.<sup>28</sup> Ondanks deze expliciete beoordelingsvrijheid, is de Hoge Raad van meet af aan bepaald niet gretig geweest op het toetsen van het opsporingsoptreden in het vooronderzoek en het verbinden van consequenties aan onrechtmatigheden hierin. Al vlak voor de inwerkingtreding van artikel 359a Sv wijst de Hoge Raad het Zwolsman-arrest waarin de criteria voor sanctionering van vormverzuimen uiteen worden gezet en waaruit blijkt dat de rechter terughoudend moet optreden bij het verbinden van rechtsgevolgen aan onrechtmatigheden in het vooronderzoek.<sup>29</sup>

Schalken concludeert vrij snel na invoering van artikel 359a Sv dat de sanctionering van vormverzuimen steeds verder is ingesnoerd en dat 'de Hoge

25 Zie o.a. J.L.M. Boek, 'Bijzondere onderzoeksmethoden na Van Traa', *DD* 1997, afl. 6, p. 522-544.

26 *Inzake Opsporing*, Enquêtecommissie opsporingsmethoden, Den Haag: Sdu Uitgevers 1996, p. 448.

27 Zie voor een beschrijving van het rechterlijke beoordelingskader van voor de invoering van 359a Sv P.A.M. Mevis, 'De rechtsgevolgen van onrechtmatigheden in het vooronderzoek', in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Dynamisch strafrecht* (Corstens-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 251-268.

28 Corstens 1993, p. 55; De minister gaat mee in dit advies *Kamerstukken II* 1993/94, 23 075, 3, p. 25 (MvT).

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

Raad het niet meer zo begrepen [heeft] op vormverzuimen'.<sup>30</sup> Hoewel artikel 359a Sv aldus in beginsel voldoende ruimte biedt voor de rechterlijke controle op de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek, leek de rechtspraak steeds minder te voelen voor een uitgebreide uitoefening van deze controlerende taak.<sup>31</sup> In het Afvoerpijparrest uit 2004 zet de Hoge Raad de kaders voor de toepassing van dit artikel voor het eerst helder uiteen en brengt daarmee een aantal aanzienlijke beperkingen aan in de toepassing ervan.<sup>32</sup> De Hoge Raad oordeelt dat artikel 359a Sv van toepassing is op onherstelbare vormverzuimen die tijdens het vooronderzoek hebben plaatsgevonden en waarvan het rechtsgevolg niet uit de wet volgt. Indien de rechter aan een dergelijk verzuim een rechtsgevolg wil verbinden, moet hij rekening houden met de drie factoren die in het artikel genoemd worden, namelijk het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim, en het nadeel dat door het verzuim is veroorzaakt.<sup>33</sup> Met betrekking tot de drie rechtsgevolgen die aan een verzuim kunnen worden verbonden, moet de rechter het volgende in acht nemen: de niet-ontvankelijkverklaring als sanctie mag slechts in uitzonderlijke gevallen in aanmerking komen, namelijk als de

'met de opsporing of vervolging belaste ambtenaren ernstig inbreuk hebben gemaakt op beginselen van een behoorlijke procesorde waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan'.<sup>34</sup>

Deze maatstaf, die bekend staat als het Zwolsman-criterium, blijft volgens de Hoge Raad gelden als het criterium voor de niet-ontvankelijkverklaring van het OM wegens strijdig handelen met strafvorderlijke regels.<sup>35</sup> Bewijsuitsluiting kan als reactie op een vormverzuim slechts aan de orde komen indien het

---

30 HR 3 juli 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AB2732, NJ 2002/8, m.nt. Schalken; De Hoge Raad leek aldus te voldoen aan de gedachte die ten grondslag heeft gelegen aan de invoering van art. 359a Sv, namelijk om paal en perk te stellen aan te veel sanctionering van vormverzuimen.

31 Zie ook Buruma 2003, p. 81.

32 HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004/376, m.nt. Buruma.

33 HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004/376, m.nt. Buruma, r.o. 3.4.2.

34 In de literatuur is tevens de vraag gesteld of het Karman-criterium nog steeds als grond kan dienen voor de niet-ontvankelijkverklaring. Het Karman-criterium kan worden toegepast wanneer het handelen van het OM zodanig strijdig is met de grondslagen van het strafproces dat het wettelijk systeem in de kern is geraakt (HR 1 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1143, NJ 1999/567, m.nt. Schalken). Het feit dat de Hoge Raad dit criterium in latere arresten niet meer heeft gebruikt, wordt gezien als teken dat het thans niet meer als grond kan dienen. Wegens de uitzonderlijke aard van het criterium ligt het echter meer voor de hand dat een dergelijke situatie zich simpelweg niet snel zal voordoen en het stilzwijgen van de Hoge Raad hieromtrent zou in die sleutel kunnen worden geplaatst. Zie ook Kuiper 2014, p. 289-290. Anders K.M. Pitcher, *Judicial responses to pre-trial procedural violations in international criminal proceedings* (diss. Amsterdam UvA) 2016, p. 141-142.

35 HR 19 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0328, NJ 1996/249 m.nt. Schalken.

bewijsmateriaal door het verzuim is verkregen, en als hierdoor een belangrijk strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden. Strafvermindering kan als rechtsgevolg aan een verzuim worden verbonden indien het nadeel dat de verdachte heeft ondervonden geschikt is voor compensatie door middel van strafvermindering en in het licht van het geschonden voorschrift gerechtvaardigd is. De systematiek van artikel 359a Sv stelt de rechter tevens in staat om enkel het verzuim vast te stellen, zonder daar enig gevolg aan te verbinden. Tot slot formuleert de Hoge Raad ook een stelplicht voor de verdediging die inhoudt dat de rechter enkel op verweren die duidelijk en gemotiveerd aan de hand van de in artikel 359a Sv genoemde factoren zijn geformuleerd, hoeft te reageren.<sup>36</sup>

In het meest recente standaardarrest over artikel 359a Sv uit februari 2013 besteedt de Hoge Raad in het bijzonder aandacht aan de sanctie bewijsuitsluiting.<sup>37</sup> De Hoge Raad concludeert dat bewijsuitsluiting slechts in drie gevallen geoorloofd is als sanctie op een onrechtmatige handeling. Ten eerste wanneer de onrechtmatige handeling direct raakt aan het recht op een eerlijk proces als bedoeld in artikel 6 EVRM, waarbij kan worden gedacht aan de schending van het recht op rechtsbijstand (Salduz-rechtspraak) of het zwijgrecht.<sup>38</sup> Ten tweede indien er sprake is van een aanzienlijke schending van een belangrijk strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel, dat weliswaar niet rechtstreeks het recht op een eerlijk proces aantast, maar toch noopt tot bewijsuitsluiting om zodoende toekomstige vergelijkbare vormverzuimen te voorkomen en een krachtige stimulans te vormen voor normconform handelen van opsporingsambtenaren. Hierbij kan gedacht worden aan visitatie zonder wettelijke grondslag of de schending van het professionele verschoningsrecht.<sup>39</sup> In tegenstelling tot de eerste grond voor toepassing van bewijsuitsluiting, waarin de rechter weinig ruimte heeft om na afweging van de in artikel 359a Sv genoemde factoren af te zien van bewijsuitsluiting, dient de rechter bij deze tweede grond uitdrukkelijk rekening te houden met deze wettelijke beoordelingsfactoren. Tevens dient de rechter hierbij ook de negatieve effecten van bewijsuitsluiting te betrekken, en zich ervan vergewissen dat door deze sanctie niet op onaanvaardbare wijze afbreuk wordt gedaan aan 'de waarheidsvinding en de bestraffing van de dader van een – mogelijk zeer ernstig – strafbaar feit', alsmede de belangen van slachtoffers. Bewijsuitsluiting is dan ook enkel gerechtvaardigd in het geval van een zeer ingrijpende inbreuk op een grond-

---

36 HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004/376, m.nt. Buruma, r.o. 3.7; deze stelplicht is inmiddels nader aangescherpt in HR 10 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:542, NJ 2015/357, m.nt. Keulen.

37 HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, NJ 2013/308, m.nt. Keulen.

38 HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, NJ 2013/308, m.nt. Keulen, r.o. 2.4.4; met een verwijzing naar HR 30 juni 2009, ECLI:NL:HR:BH3079, NJ 2009/349, m.nt. Schalken; en HR 28 maart 2006, ECLI:NL:HR:AU5471, NJ 2007/38, m.nt. Schalken.

39 HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, NJ 2013/308, m.nt. Keulen, r.o. 2.4.5; met een verwijzing naar HR 29 mei 2007, ECLI:NL:HR:AZ8795, NJ 2008/14.

recht van de verdachte. De derde situatie waarin bewijsuitsluiting kan worden toegepast is ten slotte als sprake is van uitzonderlijke omstandigheden waarin de verdediging kan aantonen dat een bepaald vormverzuim dermate vaak voorkomt dat het een structureel karakter heeft en de verantwoordelijke autoriteiten zich onvoldoende hebben ingespannen om deze normoverschrijdingen te voorkomen. Deze situatie verschilt van de twee hierboven beschreven gevallen. Het hoeft niet te gaan om een onrechtmatigheid die het recht op een eerlijk proces aantast of andere ingrijpende inbreuken op grondrechten van de verdachte oplevert. Het is aan de verdediging om een dergelijke structurele tekortkoming te onderbouwen met objectieve gegevens. Van het OM wordt verwacht dat het aantoont in hoeverre adequate maatregelen zijn getroffen om overtredingen van het voorschrift zoveel mogelijk te voorkomen. Tevens moet de rechter motiveren waarom bewijsuitsluiting in dit soort gevallen daadwerkelijk de beoogde normerende werking op de praktijk van opsporing en vervolging zal hebben. Net als bij de vorige situatie dienen de negatieve effecten van bewijsuitsluiting te worden afgewogen tegen andere zwaarwegende belangen zoals waarheidsvinding, bestraffing, en de belangen van slachtoffers en nabestaanden.<sup>40</sup>

Het uitgangspunt dat de strafrechter zich zeer terughoudend moet opstellen met het verbinden van rechtsgevolgen aan onrechtmatig opsporingsoptreden, blijkt nog eens uitdrukkelijk te zijn bevestigd in dit arrest. Hoewel in theorie het verbinden van rechtsgevolgen aan vormverzuimen ook mogelijk is wanneer het recht op een eerlijk proces niet in het geding is, brengt de invulling van de verschillende beoordelingsfactoren van artikel 359a Sv – in het bijzonder *het belang dat de geschonden norm dient en het nadeel dat wordt veroorzaakt* – mee dat met name onrechtmatigheden die een inbreuk op dit recht maken door de strafrechter gesanctioneerd zullen worden.<sup>41</sup> Hiermee plaatst de Hoge Raad de controlerende functie van de rechter in het vooronderzoek hoofdzakelijk in het waarborgen van het recht op een eerlijk proces, terwijl voor de invulling van dit recht sterk wordt geleund op de Straatsburgse rechtspraak. Ik zal later terugkomen op het problematische aspect hiervan. De achterliggende gedachte van deze terughoudendheid lijkt te zijn dat het sanctiearsenaal van de rechter niet toereikend is om normconform gedrag bij opsporingsambtenaren af te dwingen, en dat met het oog hierop de rechter zich met name moet beperken tot het waarborgen van een eerlijk proces van de verdachte. Dat uitgangspunt valt overigens te begrijpen gelet op het toenemende aantal zaken dat niet de weg naar de rechter vindt maar door het Openbaar Ministerie zelf wordt

40 HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, NJ 2013/308, m.nt. Keulen, r.o. 2.4.6.

41 Zie HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, NJ 2013/308, m.nt. Keulen, r.o. 2.4.1-2.4.6, alsmede de uitleg van de in artikel 359a Sv opgenomen factoren in het Afvoerpijparrest; Zie uitgebreid Kuiper 2014, p. 321 e.v.; Voor eenzelfde evaluatie van de jurisprudentie van de Hoge Raad M.J. Borgers & T. Kooijmans, 'Alternatieven voor rechterlijke controle op vormverzuimen', in: M. Groenhuijsen, T. Kooijmans & J. Ouwerkerk (red.), *Roosachtig strafrecht. Liber amicorum De Roos*, Deventer: Kluwer 2013, p. 20.

afgedaan.<sup>42</sup> Gelet op dit gegeven kan worden gesteld dat de rechterlijke controle op het handelen van opsporingsambtenaren weinig effect kan sorteren, daar het slechts ziet op een zeer gering deel van dat handelen. De rechterlijke controle op het handelen van de strafvorderlijk overheid en het sanctioneren van onrechtmatigheden vindt dan ook met name plaats met als doel het waarborgen van het eerlijk procesrecht van de verdachte. Indien de rechter aldus met een ander doel, zoals bestraffing van opsporingsambtenaren met het oog op het afdwingen van toekomstig normconform handelen, overgaat tot het sanctioneren van vormverzuimen, dient hij dat te motiveren aan de hand van de wettelijke en jurisprudentiële beoordelingsfactoren<sup>43</sup> en te relateren aan het door hem aan te wenden rechtsgevolg.<sup>44</sup> Dit blijkt uit een vergelijking van de eerste situatie die bewijsuitsluiting rechtvaardigt met de twee andere situaties. In de eerste situatie is het doel van het sanctioneren om het recht op een eerlijk proces van de verdachte te waarborgen, terwijl bij de twee andere situaties dit recht niet direct geraakt hoeft te worden. In de twee laatste situaties moet de rechter meer belangen afwegen en uitdrukkelijker motiveren waarom bewijsuitsluiting geboden is, terwijl in de eerste situatie nauwelijks ruimte bestaat voor belangenafweging. Kuiper noemt deze benadering van de Hoge Raad de doelmiddelbenadering. Deze houdt in dat het middel (het te verbinden rechtsgevolg) in verhouding moet staan tot het doel dat de rechter daarmee wil bereiken. Deze doeleinden zijn het waarborgen van een eerlijk proces voor de verdachte, het bevorderen van normconform gedrag van politie en het OM, en het compenseren van de verdachte indien inbreuk is gemaakt op zijn andere rechten.<sup>45</sup> Aangezien het eerste doel een directe verantwoordelijkheid is van de zittingsrechter zal het verbinden van een rechtsgevolg in

---

42 Het OM meldt in zijn jaarverslag dat van de 216.850 zaken die in 2013 door het OM zijn behandeld, 106.800 (49%) zaken door het OM zelf zijn afgedaan. Het OM streeft ernaar om een steeds groter deel van de misdrijfzaken aan de 'ZSM-tafel' te beoordelen. In het rapport *Perspectief op 2015* maakt het OM kenbaar dat hij er naar streeft deze ontwikkeling voort te zetten met het oog op een efficiëntere en snellere afdoening van strafzaken. Openbaar Ministerie, *Jaarbericht 2013*, Juli 2014, p. 57 (beschikbaar op: [www.om.nl/@162896/jaarbericht-2013/](http://www.om.nl/@162896/jaarbericht-2013/)) en Openbaar Ministerie, *Perspectief op 2015. Een zichtbaar, merkbaar en herkenbaar OM*, 2 december 2011 (beschikbaar op: [www.om.nl/actueel/@157877/perspectief-2015/](http://www.om.nl/actueel/@157877/perspectief-2015/)).

43 Zie hierboven, de eerste drie factoren zijn opgenomen in artikel 359a Sv, maar in de jurisprudentie van de Hoge Raad is een aantal andere factoren hieraan toegevoegd, zoals de ernst van het strafbare feit en het belang van slachtoffers.

44 Zie Kuiper 2014, p. 161-167 over de doelmiddelbenadering.

45 Deze doelen van sanctionering komen tot op zekere hoogte overeen met de door Corstens onderscheiden argumenten die ten grondslag kunnen liggen aan sanctionering: het reparatieargument, het demonstratieargument, en het effectiviteitsargument. G.J.M. Corstens/M.J. Borgers, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 817-818; en Corstens 1993, p. 54.

dit verband meer voor de hand liggen dan bij de andere twee doeleinden,<sup>46</sup> waarbij volgens Kuiper de rechter zeer terughoudend zal moeten optreden.<sup>47</sup>

Ondanks deze restrictieve benadering van rechterlijke controle op het vooronderzoek, zet de Hoge Raad met dit arrest evenwel de deur open voor de mogelijkheid dat de rechter als een vangnet fungeert indien andere mechanismen om normconform gedrag bij opsporingsambtenaren af te dwingen falen en bepaalde vormverzuimen zich op structurele basis blijven voordoen. De lat om met een sanctie te reageren op dit soort vormverzuimen ligt in deze gevallen echter dermate hoog dat dergelijke situaties zich in de praktijk nauwelijks voor zullen doen.<sup>48</sup> Om die reden is er kritisch gereageerd op dit arrest en wordt het gezien als een aantasting van de rechtsstatelijke bescherming van de burger door de strafrechter.<sup>49</sup> De Hoge Raad beschouwt dit arrest echter niet als een inperking van de toepassing van 359a Sv, maar ziet juist in deze 'nieuwe' derde categorie van bewijsuitsluiting 'een impliciete uitnodiging nader onderzoek te doen naar structureel voorkomende vormfouten', aldus Corstens.<sup>50</sup>

Het zwaartepunt van het rechterlijke beoordelingskader ligt aldus op het waarborgen van het recht op een eerlijk proces.<sup>51</sup> Dat de rechter door een actieve controle op de opsporing zal waarborgen dat opsporingsambtenaren zich aan vormvoorschriften houden, maakt thans nauwelijks deel uit in de afweging van de Hoge Raad.

---

46 Overigens is het maar de vraag in hoeverre de andere twee doelen niet tot de directe verantwoordelijkheid van de rechter vallen. Het EHRM sluit immers niet uit dat de rechter hier rekening mee houdt in het kader van de beoordeling van het recht op een eerlijk proces. Zie bijv. EHRM 1 juni 2010, 22978/05 (*Gäfgen t. Duitsland*), para 178.

47 Kuiper wijst in het kader van deze nieuwe benadering van de Hoge Raad er in zijn proefschrift op dat de 'doelmiddelbenadering' van de Hoge Raad bij kan dragen aan meer rechtszekerheid omtrent de rechterlijke controle op het vooronderzoek en een duidelijke toepassing van artikel 359a Sv. Kuiper 2014, p. 76; Zie ook de kritische noot van Schalken ten aanzien van deze nieuwe doelmiddelbenadering bij HR 19 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2650, NJ 2014/420.

48 Als voorbeeld zij gewezen op het arrest van het Hof Amsterdam met betrekking tot de dynamische verkeerscontrole (Hof Amsterdam 21 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5307), en de conclusie van AG Harteveld, 7 juni 2016, ECLI:NL:PHR:2016:460.

49 T.M. Schalken, *De kerstboom van art. 359a Sv: hoe moet de verdediging in strafzaken omgaan met het inkleden van vormverzuimen?*, Lezingenreeks NVSA 2013 (beschikbaar op: [www.nvsa.nl/images/documenten/NVSA\\_de\\_kerstboom\\_art359a\\_opinie\\_2013-7.pdf](http://www.nvsa.nl/images/documenten/NVSA_de_kerstboom_art359a_opinie_2013-7.pdf)).

50 G.J.M. Corstens, 'Toespraak Geert Corstens congres Modernisering Wetboek van Strafvordering', 19 juni 2014 (beschikbaar op: [www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/wetgeving-en-rechtsgebieden/documenten-en-publicaties/toespraken/2014/07/25/speech-geert-corstens-congres-modernisering-wetboek-van-strafvordering.html](http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/wetgeving-en-rechtsgebieden/documenten-en-publicaties/toespraken/2014/07/25/speech-geert-corstens-congres-modernisering-wetboek-van-strafvordering.html)).

51 Overigens moet met betrekking tot de eerlijkprocestoets worden opgemerkt dat het Straatsburgse Hof in het kader van artikel 6 EVRM naast een substantieve toets ook een procedurele toets toepast, waarin de wijze waarop de nationale rechter omgaat met de onrechtmatige opsporing wordt beoordeeld (zie bijv. EHRM 4 november 2010, 18757/06 (*Bannikova t. Rusland*), para 51 e.v.).

## 7.4 DE FOCUS VAN DE WETENSCHAPPELIJKE DISCUSSIE

De jurisprudentie inzake artikel 359a Sv heeft zowel in de rechtswetenschap, als in de strafrechtpraktijk voor veel discussie gezorgd.<sup>52</sup> Zo heeft Borgers reeds voor het Onbevoegde hulpofficier-arrest drie perspectieven geschetst die richtinggevend kunnen zijn bij de toepassing van artikel 359a Sv: (1) het constitutionele perspectief, waarin het belang van de naleving van de regels door de overheid voorop staat en elk verzuim gepaard moet gaan met een reactie; (2) het perspectief van de bescherming van de subjectieve rechten van de verdachte, waarin enkel die verzuimen die effect hebben op de subjectieve rechten van de verdachte een rechtsgevolg vereisen; en (3) het primaat van de criminaliteitsbestrijding, dat inhoudt dat in principe zoveel mogelijk moet worden afgezien van het verbinden van rechtsgevolgen aan verzuimen indien daarmee de berechting van de verdachte bemoeilijkt wordt.<sup>53</sup> Hij stelt dat het gekozen perspectief bepalend is voor de belangenafweging van de rechter om al dan niet over te gaan tot het verbinden van een rechtsgevolg aan het vormverzuim.<sup>54</sup> De koers van de Hoge Raad, waarbij de toepassing van een rechtsgevolg sterk afhankelijk is van de mate waarin inbreuk is gemaakt op het recht op een eerlijk proces of andere rechten van de verdachte, lijkt sterk aan te sluiten bij het tweede perspectief van Borgers. Deze conclusie wordt ook door hem onderschreven in een latere publicatie, waarin hij samen met Kooijmans stelt dat de ‘restrictieve uitleg [van artikel 359a Sv] kan worden begrepen vanuit het perspectief van de subjectieve rechten van de verdachte.’ De functie van artikel 359a Sv is in de huidige jurisprudentie ‘beperkt tot het herstellen of het compenseren van inbreuken op de verdedigingsrechten als bedoeld in artikel 6 EVRM.’<sup>55</sup>

De gedachte dat de strafrechter niet hoeft toe te zien op de naleving van elke strafvorderlijke regel door politie en het OM, maar de algehele eerlijkheid van het proces moet waarborgen, wordt onderstreept door Buruma. Hij stelt dat de gedachte achter de terughoudendheid van de Hoge Raad is dat de aandacht van de strafrechter primair naar de beoordeling van het ten laste gelegde feit moet gaan en de controle op politie en justitie niet het zwaartepunt van het strafproces mag vormen.<sup>56</sup> De rechter ziet toe op een eerlijke en rede-

---

52 Sjöcrona 2010; Röttgering 2013; T.M. Schalken, ‘Een renaissance van vormverzuimen in het strafrecht?’, *NJB* 2013/1301; M.J. Borgers, ‘De toekomst van 359a Sv’, *DD* 2012, 25, p. 257-273.

53 Borgers 2012. Hierbij stelt Borgers zelf terecht dat dit laatste een andersoortig perspectief is dan de eerste twee perspectieven. De eerste twee perspectieven zijn een leidraad voor het aanwijzen van situaties waarin het verbinden van rechtsgevolgen passend is, terwijl het laatste ‘perspectief’ juist ervan uit gaat dat een sanctie zoveel mogelijk moet uitblijven.

54 Borgers haakt voor de redenen voor sanctionering aan bij de door Corstens onderscheiden argumenten.

55 Borgers & Kooijmans 2013, p. 20.

56 Y. Buruma, ‘Strafrechtelijke rechtsvorming’, *Strafblad* 2013/3, p. 13-14; Tevens was deze gedachte ook geuit in zijn oratie, Y. Buruma, *De aandacht van de strafrechter* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 1996, p. 42-47; en Buruma 2003, p. 88.

lijke uitkomst van het strafproces. Hiervoor zijn regels van belang die toezien op het waarborgen van het recht van de verdachte op een eerlijk proces.<sup>57</sup> Deze benadering van de rol van de rechter leidt evenwel tot de vraag welke instantie het strafvorderlijk handelen van opsporingsambtenaren dan wel dient te controleren. De strafrechter hoeft zich kennelijk niet langer bezig te houden met de integriteitsbewaking van het strafproces en de normering van het opsporingsoptreden door de rechter is eveneens een ondergeschikt element van de sanctionering van vormfouten. Inmiddels leeft de discussie omtrent de alternatieven voor de afdoening van vormverzuimen in het vooronderzoek volop. Reeds in 2004 is de vraag gesteld in hoeverre andere instanties toezicht kunnen en moeten houden op de opsporing, nu de Hoge Raad het controleren van de politie niet als een (primaire) taak van de rechter beschouwt. Als mogelijk alternatief is gewezen op interne disciplinaire toezichtcommissies. Daarnaast zou gedacht kunnen worden aan een strengere controle door de rechter-commissaris in het vooronderzoek.<sup>58</sup> Ook kan gedacht worden aan de bestuursrechter, die gespecialiseerd is in de handhaving van regels die zich tot de overheid richten om zo bescherming te bieden aan de burger, en in dat licht bij uitstek geschikt is voor de controle van opsporingsambtenaren.<sup>59</sup> Andere suggesties die in de afgelopen jaren zijn gedaan, zijn het instellen van een onafhankelijke controlerende instantie,<sup>60</sup> het versterken van de rol voor de Nationale ombudsman in de controle op politieambtenaren,<sup>61</sup> het bieden van schadevergoeding aan de verdachte,<sup>62</sup> eventueel in een separate civiele procedure, en het bijhouden van een database met vormverzuimen om zo een beter beeld van het probleem te krijgen.<sup>63</sup>

## 7.5 HET NORMERINGSGEBREK IN HET STRAFVORDERLIJK HANDELINGSKADER

Uit het voorgaande wordt duidelijk dat de Hoge Raad een terughoudende sanctionering van onrechtmatigheden in het vooronderzoek voorstaat, en tevens een zeer beperkte controlerende taak<sup>64</sup> voor de strafrechter ziet weg-

---

57 Y. Buruma, 'Rapport morale', *NJB* 2014/1340.

58 HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, *NJ* 2004/376, m.nt. Buruma, para 7. Deze suggestie heeft Buruma reeds eerder in zijn oratie gedaan.

59 Boek 1997, p. 540.

60 Borgers & Kooijmans 2013, p. 21-25; en Kuiper 2014, p. 592-596.

61 Borgers 2012, p. 269; Borgers & Kooijmans 2013, p. 25-29. Van der Vlucht heeft echter aangegeven dat rapporten van de Nationale ombudsman veelal niet zorgen voor beleidsverandering. Zie Y.M. van der Vlucht, *De Nationale ombudsman en behoorlijk politieoptreden* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Lemma 2011.

62 Th. W. van Veen, 'Over misslagen, vormverzuimen en nietigheden van het strafproces', *RM Themis* 1991, p. 219.

63 Kuiper 2014, p. 597-600.

64 Controle hoeft immers niet samen te gaan met het verbinden van een rechtsgevolg aan een eventueel geconstateerde normoverschrijding (sanctionering).

gelegd.<sup>65</sup> De aandacht richt zich veelal op de sanctionering van vormverzuim, terwijl voor die sanctionering doorgaans – in ieder geval wat betreft de twee zwaardere sancties in 359a Sv – aansluiting wordt gezocht bij artikel 6 EVRM. Deze terughoudendheid met betrekking tot de controle van het vooronderzoek en de sanctionering van vormverzuimen heeft bovendien ook gevolgen voor de normering van het opsporingsoptreden. Zoals ook de Hoge Raad erkent, wordt met sanctionering van onrechtmatig overheidsoptreden niet enkel beoogd het nadeel dat de verdachte heeft ondervonden (in zijn procesrechten) op te heffen of te compenseren. Sanctionering heeft daarnaast ook een normerende functie, waarbij het niet alleen om het stimuleren van normconform handelen van de overheid gaat – een functie die volgens de Hoge Raad niet geheel passend is bij de taak van de strafrechter in het kader van de behandeling van een strafzaak –, maar bovenal ziet op de precisering van de norm, en ‘opheldering van de grenzen van de overheidsbevoegdheden’.<sup>66</sup>

Zoals gezegd wordt ook met betrekking tot dit laatste aspect niet actief optreden door de rechter. Hoewel tot nu toe de kritiek op de rechterlijke controle op de opsporing, conform de dikwijls in de literatuur gebruikte terminologie, is aangeduid als een gebrek aan sanctioneren, zal ik deze kritiek vanuit het belang van normering toelichten. Normeren behelst – zoals gezegd – meer dan enkel sanctioneren van onrechtmatig handelen; daar het ook ziet op de precisering van de inhoud en werking van de norm door de rechter.<sup>67</sup> Hierbij kan sanctionering een effectief middel zijn om het onrechtmatige optreden te corrigeren en aan normstelling te doen, maar zulks kan ook zonder het verbinden van een sanctie. 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. Dat ziet in toenemende mate op verschillende soorten normen die bovendien niet altijd duidelijk omlind zijn in wetgeving. Het grondpatroon van dit handelingskader wordt gevormd door het

---

65 Zij wederom gewezen op de stelplicht en in het bijzonder HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004/376, m.nt. Buruma, r.o. 3.7 waarin wordt gesteld dat indien een onrechtmatigheid niet zou leiden tot één der sancties genoemd in artikel 359a Sv, de rechter geen onderzoek hoeft te verrichten naar de juistheid van de feitelijke grondslag van het verweer van de verdediging.

66 N. Jörg, ‘De exclusionary rule als drijfveer achter normering van bevoegdheden’, *DD* 1989, afl. 7, p. 659; en M.J. Dubelaar, ‘Betrouwbaarheid versus rechtmatigheid in strafzaken’, *RM Themis* 2009, p. 96.

67 Ook Kuiper neemt afstand van het gebruik van *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). In deze bijdrage spreek ik over normeren. Het gaat mij immers niet om de aard van het rechtsgevolg dat de rechter al dan niet verbindt aan het verzuim, maar of en in hoeverre de rechter zich uitlaat over de inhoud van de geschonden norm.

Wetboek van Strafvordering, maar dit is naar verloop van tijd aangevuld met bijzondere wetten, normen uit lagere regelgeving, zoals algemene maatregelen van bestuur, ministeriële regelingen, beleidsregels, circulaires, en protocollen. In dit kader moet ook worden gewezen op de recente plannen van de wetgever om strafvordering in meerdere mate buiten de formele wet om te regelen, bijvoorbeeld in amvb's.<sup>68</sup> Daarnaast dienen opsporingsambtenaren rekening te houden met ongeschreven beginselen, en in het geval van de officier van justitie moet in dit kader nog de notie van magistratelijkheid genoemd worden. Tot slot, spelen ook artikel 6 EVRM en de toenemende invloed van de Straatsburgse jurisprudentie en regelgeving van de Europese Unie op het Nederlandse strafproces een belangrijke rol in het handelingskader van opsporingsambtenaren.<sup>69</sup> Deze grote hoeveelheid andersoortige processuele normen resulteert niet altijd in een consistent en inzichtelijk handelingskader voor opsporingsambtenaren<sup>70</sup> en kan om die reden profiteren van een duidelijke normering door de rechter. Hetzelfde kan gezegd worden ten aanzien van nieuwe opsporingsmethoden die nog geduid dienen te worden. Het huidige rechterlijke beoordelingskader van artikel 359a Sv, en daarbinnen de concentratie op artikel 6 EVRM, zorgt er echter voor dat de overtreding van een groot deel van deze normen niet door de rechter wordt gesanctioneerd. Het gevaar bestaat dat indien de rechter normoverschrijdingen niet langer sanctioneert, er ook geen aanleiding zal zijn voor de rechter om zich uitvoerig over de normoverschrijding uit te laten waardoor geen precisering van de norm plaats zal vinden. De terughoudendheid van de Hoge Raad in het beoordelen van de opsporing kan dan ook mede resulteren in een leemte in de normering van het opsporingsoptreden. Wanneer adequate (rechterlijke) normering achterwege blijft waardoor aan bepaald onrechtmatig gedrag geen sanctie wordt verbonden en daarnaast de norm niet wordt geduid door de rechter, bergt dit het risico in zich dat de grens van behoorlijke strafrechtspleging alsmaar opgerekt wordt.

Hetzelfde kan gezegd worden voor die gevallen waarin de normering door de rechter dusdanig vaag blijft dat er onduidelijkheid ontstaat over de precieze werking en inhoud van de norm. Hierbij speelt met name de dominante rol van artikel 6 EVRM in de rechtspraak een belangrijke rol. De rechtspraak van

---

68 B.F. Keulen, 'Per amvb naar een nieuwe strafvordering', in: D.H. de Jong, E.F. Stamhuis & A.E. Harteveld (red.), *Systeem in ontwikkeling* (Liber Amicorum G. Knigge), Nijmegen: Wolf Legal Publisher 2005; Herziening van het Wetboek van Strafvordering, 'Inleidende notitie', 19 juni 2014, p. 7-8 (beschikbaar op: [www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/wetgeving-en-rechtsgebieden/documenten-en-publicaties/publicaties/2014/06/06/herziening-van-het-wetboek-van-strafvordering-inleidende-notitie.html](http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/wetgeving-en-rechtsgebieden/documenten-en-publicaties/publicaties/2014/06/06/herziening-van-het-wetboek-van-strafvordering-inleidende-notitie.html)).

69 F.P. Ölçer, 'Een decennium strafrechtspraak in Straatsburg', *Strafblad* 2012, afl. 1, p. 32-42; Denk ook aan regelgeving vanuit de Europese Unie gericht op het recht van aanwezigheid van een raadsman bij het politieverhoor en rechten voor slachtoffers zoals informatie, correcte bejegeningen, en beschikbaarheid van slachtofferhulp, zie Richtlijn 2013/48/EU en Richtlijn 2012/29/EU.

70 Ook erkend in de Inleidende notitie van de discussiestukken over de modernisering van het Wetboek van Strafvordering 2014, p. 6.

de Hoge Raad komt er immers grofweg op neer dat slechts in beperkte mate plaats is voor sanctiënering zolang het recht van de verdachte op een eerlijk proces niet geschonden is. In die gevallen waarin de rechter zich aldus wel uitlaat over de onrechtmatigheid van het handelen, is veelal sprake van een norm die raakt aan artikel 6 EVRM. Het recht op een eerlijk proces is echter niet geduid in de Nederlandse wetgeving, en ook de Nederlandse rechter ziet niet een zelfstandige taak voor zichzelf in het duiden van 'eerlijkprocesnormen'. Voor de interpretatie van dit recht wordt vervolgens teruggegrepen op de rechtspraak van het EHRM, dat niet alleen een minimumniveau van bescherming formuleert maar bovendien casuïstisch van aard is. De jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot bepaalde normen is zeer waardevol. Gedacht kan worden aan de regels omtrent de inzet van een politie-infiltrant waarvan het EHRM de materiële criteria voor rechtmatigheid duidelijk uiteen heeft gezet.<sup>71</sup> Maar de wijze waarop het EHRM omgaat met schending van normen die tot de materie van artikel 6 EVRM behoren is niet altijd helder.<sup>72</sup> En bovendien biedt de jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot normen die verband houden met andere verdragsbepalingen, zoals artikel 8 EVRM, weinig houvast. Te denken valt aan normen die zien op de inzet van technologische opsporingsbevoegdheden zoals de stealth-sms en gebruik van drones.<sup>73</sup>

Dit heeft ook grote gevolgen voor de officier van justitie, die als hoofd van het opsporingsonderzoek de opsporing leidt en daarnaast 'het primaire toezicht' uitvoert op de rechtmatigheid van het onderzoek.<sup>74</sup> De terughoudendheid van de rechter bij de normering van het strafvorderlijk handelen houdt dan ook in dat het oordeel of al dan niet nog sprake is van een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM, in meerdere mate afhankelijk zal zijn van de aandacht die de individuele officier van justitie heeft voor een eerlijk proces, en

---

71 Zie de noot van Ölcër bij EHRM 18 januari 2011, nr. 18757/06 (*Bannikova/Rusland*), EHRC 2011/9.

72 Zie hierover uitgebreid: R. Goss, *Criminal fair trial rights. Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Oxford (OR): Hart Publishing 2014, p. 90-111.

73 Bij onrechtmatig optreden in dit soort situaties bezigt de rechter meestal de overweging dat een schending van artikel 8 EVRM geen schending van artikel 6 EVRM met zich brengt, en besluit daarmee dat sanctiënering van het verzuim niet nodig is. Bijv. Hof Den Bosch 14 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ1357; Hof Arnhem-Leeuwarden 7 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5849 en Hof Den Bosch 15 augustus 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4046. Deze opsporingsmethoden worden vooralsnog door het EHRM beoordeeld in het kader van artikel 8 EVRM, waarvan de schending doorgaans niet doorwerkt in art. 6 EVRM. De vraag blijft natuurlijk of nadere normering van dit soort bevoegdheden, gezien de frequentie waarmee opsporingsambtenaren hier gebruik van maken, niet geboden is. Zie bijv. EHRM 2 september 2010, nr. 35623/05 (*Uzun t. Duitsland*).

74 Ook aan de rechter-commissaris zou tot op zekere hoogte een toezichthoudende taak kunnen worden toegeschreven. Zulks moet in de praktijk echter sterk worden gerelativeerd, zie voor een uitgebreide ontwikkeling van de rol van de rechter-commissaris, Van der Meij 2010; Zie ook J.M. Reijntjes, 'De rechter-commissaris als regisseur', *Strafblad* 2015, afl. 3, p. 215-225.

de invulling die hij daaraan geeft. Dit vergroot het risico van ongelijke behandeling en brengt de uniforme toepassing van het recht in gevaar.<sup>75</sup> Bovenal bevordert deze houding van de rechter de ontwikkeling van de normering van het strafvorderlijk optreden niet. Dit probleem wordt des te groter als men bedenkt dat veel strafzaken de weg naar de rechter niet vinden, hetgeen maakt dat niet duidelijk is of en hoe normoverschrijdingen in die gevallen al dan niet worden beoordeeld. Het ontwikkelen van een helder kader voor de beoordeling en afwikkeling van schending van dit soort normen is met het oog hierop noodzakelijk.

#### 7.6 EEN AANTAL INCONSISTENTIES IN DE TOEPASSING VAN ARTIKEL 359A SV

Het terugtreden van de Hoge Raad in de controle en sanctionering van het vooronderzoek kan resulteren in een normeringsgebrek waardoor het afdwingen van normconform gedrag bij politie en justitie bemoeilijkt wordt. Maar daarnaast leidt het gebrek aan normering van het strafvorderlijk optreden ook tot een vervaging van (de werking van) deze normen, waardoor onder andere onduidelijkheid kan bestaan over hoe om te gaan met de verschillende strafvorderlijke normen in de jurisprudentie en in de praktijk van de opsporing.

In de jurisprudentie van de Hoge Raad zijn ook andere kwesties te vinden die illustratief zijn voor de onduidelijkheid omtrent normen en de wijze waarop de rechter omgaat met normoverschrijdingen.<sup>76</sup> Een voorbeeld hiervan is een arrest uit 2012 over een Congolese verdachte die terecht staat ter zake van openlijke geweldpleging.<sup>77</sup> Na een veroordeling door de politierechter wordt hoger beroep ingesteld, maar kort voor de behandeling in hoger beroep wordt de verdachte naar Congo uitgezet. De raadsman voert aan dat het OM niet-ontvankelijk verklaard dient te worden omdat in strijd met het bepaalde in artikel 6 EVRM en de Vreemdelingencirculaire is gehandeld.<sup>78</sup> Het hof stelt dat door de uitzetting de verdachte niet in staat is gesteld zijn door artikel 6 EVRM gewaarborgde aanwezigheidsrecht te realiseren. Hierbij neemt het hof de volgende omstandigheden mee in zijn beoordeling: de inbreuk is veroorzaakt door het handelen in strijd met regelgeving van een overheidsinstantie; de verdachte heeft geen afstand gedaan van zijn aanwezigheidsrecht en niet

---

75 Sjöcrona laat in zijn bespreking zien dat niet alleen feitenrechters op uiteenlopende wijze omgaan met vormverzuimen, maar toont ook aan dat officieren van justitie op zeer uiteenlopende wijze invulling geven aan het recht op een eerlijk proces (Sjöcrona 2010).

76 De gevolgen van de 359a-jurisprudentie met betrekking tot de rechterlijke normering zijn waar te nemen in de feitenrechtspraak, een onderzoek hiernaar maakt deel uit van mijn proefschriftonderzoek.

77 HR 25 september 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BX3797, NJ 2013/13, m.nt. Reijntjes.

78 Artikel 6 lid 2 van de Vreemdelingencirculaire bepaalt dat een vreemdeling niet wordt uitgezet als tegen hem een strafvervolgning loopt, tenzij het openbaar ministerie tegen uitzetting geen bezwaar heeft.

is gebleken dat de verdachte zelf onvoldoende maatregelen heeft getroffen om zijn aanwezigheidsrecht te realiseren; de inbreuk op het aanwezigheidsrecht kan niet worden gecompenseerd door het optreden van een gemachtigde raadsman; en de verwachting bestaat niet dat door schorsing van het onderzoek ter zitting de verdachte op aanvaardbare termijn wel zijn aanwezigheidsrecht kan uitoefenen. Het hof komt tot het oordeel dat het openbaar ministerie niet-ontvankelijk in de vervolging verklaard dient te worden.

De Hoge Raad oordeelt dat het hof niet tot een niet-ontvankelijkverklaring had kunnen beslissen zonder vast te stellen dat de

‘met de vervolging belaste ambtenaren ernstig inbreuk hebben gemaakt op beginnelen van een behoorlijke procesorde waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan.’

Het door de Hoge Raad gebruikte Zwolsman-criterium ziet, zoals hierboven besproken, op situaties die vallen binnen het bereik van artikel 359a Sv. Opmerkelijk is het dan ook dat de Hoge Raad in deze zaak, waar het een schending van het aanwezigheidsrecht tijdens het onderzoek ter terechtzitting betreft, gebruik maakt van dit criterium. Het lijkt er hier sterk op dat door de koppeling tussen artikel 359a Sv en artikel 6 EVRM deze toetsingskaders dermate met elkaar verstrengeld zijn geraakt, dat niet geheel duidelijk is om welk type artikel 6-norm het hier gaat. Onduidelijk is dan ook welke belangen hier tegen elkaar afgewogen worden en waarom een inbreuk van het aanwezigheidsrecht aan de hand van dezelfde criteria wordt getoetst als verzuimen begaan in het vooronderzoek.

Daarnaast is de jurisprudentie van de Hoge Raad niet altijd even duidelijk met betrekking tot de verwerking van betrouwbaarheids- en rechtmatigheidsproblematiek in het geval van vormverzuimen. De Hoge Raad heeft in het Afvoerpijparrest geoordeeld dat artikel 359a Sv niet van toepassing is op verzuimen die de betrouwbaarheid van verkregen bewijs hebben aangetast, daar dit bewijs ‘reeds om die reden door de rechter buiten beschouwing [zal] worden gelaten.’<sup>79</sup> Niettemin bestaat in de jurisprudentie van de Hoge Raad ook ruimte voor afdoening van verzuimen binnen het rechtmatigheidsperspectief van artikel 359a Sv, in die gevallen waar de normoverschrijding de betrouwbaarheid van het bewijs raakt.<sup>80</sup> Dubelaar wijst op de onduidelijkheden die hieruit voortkomen voor de feitenrechtspraak.<sup>81</sup> Overigens neemt het EHRM

---

79 HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004/376, m.nt. Buruma.

80 Zie hierover uitgebreid Dubelaar 2009, p. 101-103; Zie anders Kuiper 2014, p. 328-329. Hij stelt dat ook regels die cruciaal zijn voor een deugdelijk onderzoek en waarheidsvinding in de sleutel van artikel 6 geplaatst moeten worden en langs de weg van artikel 359a Sv beoordeeld kunnen worden.

81 Zie uitgebreid Dubelaar 2009.

de betrouwbaarheidstoets doorgaans wel mee in de beoordeling van artikel 6 EVRM.<sup>82</sup>

Het moge duidelijk zijn dat de uitleg en werking van artikel 359a Sv zowel in de praktijk als in het wetenschappelijk debat voor onduidelijkheden zorgen. Het is de vraag wat de functie van die strafvorderlijke normen is die thans niet onder de materie van artikel 6 EVRM vallen. De naleving van deze normen wordt immers niet van belang geacht in het licht van artikel 6 EVRM, en zij vallen daarmee doorgaans niet onder het toetsingskader van 359a Sv. Met betrekking tot een deel van de verschillende strafvorderlijke normen kan tevens de vraag worden gesteld of deze wel vanuit een 'rechtmatigheidsperspectief' van artikel 359a Sv beoordeeld dienen te worden. De functie en aard van de typen normen is immers vaak verschillend en kan veelzeggend zijn voor de wijze waarop gereageerd moet worden op de schending van de norm.<sup>83</sup>

#### 7.7 ONDERLIGGENDE WAARDEN VAN STRAFVORDERLIJKE NORMEN

Het probleem met de huidige toepassing van artikel 359a Sv is dan ook dat de rechter zich beperkt tot het sanctioneren van onrechtmatigheden enkel indien het overheidshandelen inbreuk heeft gemaakt op de subjectieve rechten van de verdachte, en met name het recht op een eerlijk proces. Dit perspectief is echter zeer beperkt aangezien hierdoor het belang van een groot aantal strafvorderlijke regels wordt miskend. De wetgever heeft immers met het in het leven roepen van strafvorderlijke normen een bepaald doel voor ogen gehad en heeft beoogd bepaalde waarden in het strafproces te bewerkstelligen, ook die zich niet enkel beperken tot de bescherming van de subjectieve rechten van de verdachte. In dit kader kan de weinig opzienbarende stelling worden ingenomen dat de wetgever met het in het leven roepen van een groot deel van de strafvorderlijke normen in ieder geval ten doel heeft gehad om de materiële waarheid te bevorderen en om rechtsbescherming aan de (verdachte) burger te bieden.<sup>84</sup> Deze twee doelstellingen van het strafproces zijn richting-

---

82 Zie bijv. EHRM 12 mei 2000, 35394/97 (*Khan t. Verenigd Koninkrijk*), para 29-40; en meer recent EHRM 16 december 2014, 50541/08 (*Ibrahim e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), para. 222.

83 Tot eenzelfde conclusie komt Dubelaar ten aanzien van rechtmatigheids- en betrouwbaarheidsnormen (Dubelaar 2009).

84 Zonder in discussie te treden over de precieze verhouding tussen deze doelstellingen van het strafproces kan uit de overwegingen van de wetgever in ieder geval worden afgeleid dat de wetgever bij de invoering van het Wetboek van Strafvordering een belangenafweging heeft gemaakt tussen deze twee doelen: 'Een goed ingericht strafproces moet zooveel mogelijk bevorderen de toepassing van de strafwet op den werkelijk schuldige en tevens de veroordeeling, kan het zijn, de vervolging van den niet-schuldige naar vermogen verhinderen.' Aan politie en justitie moet daarom zoveel als mogelijk de middelen in handen worden gegeven om misdrijven op te sporen en de maatregelen te kunnen treffen om de verdachte zo snel mogelijk voor de rechter te brengen. Omdat het doel om 'den vermoedelijk schuldige te vatten en gevangen te houden kunnen maatregelen worden getroffen' de

gevend voor de wijze waarop het strafproces wordt ingericht.<sup>85</sup> De wetgever moet bij het in het leven roepen van nieuwe strafvorderlijke normen rekening houden met de beperkingen en verplichtingen die deze doelstellingen met zich brengen. Deze doelstellingen zijn echter abstract en breed geformuleerd en er gaan verschillende (meer concrete) waarden achter schuil. Zo bevatten de meeste strafvorderlijke normen zowel een waarheidsvinding- als een rechtsbeschermend element. De bevoegdheid tot het doorzoeken van een woning bijvoorbeeld is gericht op het vinden van bewijsmateriaal, en daarmee dus op de waarheidsvinding, maar tegelijkertijd geeft het ook waarborgen aan de burger wiens huis wordt doorzocht en bevat daarmee ook een rechtsbeschermend element. De meer concrete waarde van deze norm zal de bescherming van het huisrecht zijn. Deze onderliggende waarden van strafvorderlijke normen kunnen aldus grotendeels afgeleid worden van de doelstellingen van het strafproces. De rechtsbescherming valt bijvoorbeeld uiteen in de bescherming van de verschillende grondrechten van de verdachte, maar bijvoorbeeld ook de bescherming van andere bij het strafproces betrokken personen, zoals slachtoffers, getuigen en deskundigen. Daarnaast behoeft de vrijheid van de overheid ter bestrijding van de criminaliteit ook inperking met het oog op de rechten van burgers die niet bij het strafproces betrokken zijn. Tevens kan gedacht worden aan waarden zoals het waarborgen van het integer handelen van de strafvorderlijke overheid, en het voeren van een ordentelijk en efficiënt strafproces.<sup>86</sup> Deze onderliggende waarden, hoewel al concreter dan de doelstellingen van het strafproces, zijn nog steeds algemeen geformuleerd, gedragsongespecificeerd, hebben een hoge abstractiegraad, en bieden veel interpretatieruimte.<sup>87</sup> Ter verwezenlijking van deze waarden zijn specifiekere normen nodig. Deze normen schrijven een bepaald gedrag voor dat als wenselijk wordt beschouwd in het licht van de onderliggende waarde die de norm vertegen-

---

belangen van derden ernstig kan schaden, moet telkens een belangenafweging plaatsvinden teneinde deze belangen met elkaar te verenigen. *Kamerstukken II 1913/14*, 286, 3, p. 55 (MvT).

85 In de literatuur wordt op verschillende wijze invulling gegeven aan de verhouding tussen beide doelstellingen: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter terechtzitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 15; J.H. Crijns & P.P.J. van der Meij, 'Over de grenzen van de materiële waarheidsvinding', in: R.H. Haveman & H.C. Wiersinga (red.), *Langs de randen van het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 45; T. Kooijmans, *Dat is mijn zaak!* (Oratie Tilburg), 2011, p. 9; C.H. Brandts e.a., 'Op zoek naar grondslagen', in: C.H. Brants e.a. (red.), *Op zoek naar grondslagen. Strafvordering 2001 ter discussie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 1-27.

86 Minkenhof/Reijntjes 2002, p. 2-3 aangehaald door Crijns & Van der Meij 2005, p. 51; Cleiren & Mevis 1995.

87 M. Scheltema e.a., *Waarden, normen en de last van het gedrag*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2003, p. 58-59.

woordigt.<sup>88</sup> De vele strafvorderlijke normen die de wetgever in het leven heeft geroepen corresponderen aldus met een bepaalde waarde ter verwezenlijking van de doelen in het strafproces.

De focus van de rechterlijke controle op normoverschrijdingen die raken aan het recht op een eerlijk proces, maakt dat niet duidelijk is op welke wijze tegemoet wordt gekomen aan de andere waarden – dan de bescherming van de procesrechten van de verdachte – die de wetgever ooit voor ogen heeft gehad.<sup>89</sup> Een vraag die hiermee samenhangt, en in de literatuur reeds is gesteld, is of de rechter zou moeten toezien op de naleving van al deze waarden.<sup>90</sup> De jurisprudentie van de Hoge Raad wijst in ieder geval niet die kant op, terwijl tegelijkertijd niet helder is wat de alternatieven zijn. Voordat alternatieven worden bedacht voor de wijze waarop wordt omgegaan met vormverzuimen – dus door de rechter, Nationale ombudsman, of een tuchtcommissie – zou mijns inziens allereerst in kaart moeten worden gebracht waartoe het strafproces wordt genormeerd en welke waarden we aldus gewaarborgd willen zien in het strafproces. Het identificeren van de onderliggende waarden van strafvorderlijke normen is een eerste stap naar ordening – andere factoren kunnen zijn de aard van de norm en de normadressaat – van strafvorderlijke normen. Deze onderliggende waarden zouden (mede)richtinggevend kunnen zijn voor de wijze waarop met overschrijding van de norm moet worden omgegaan, en bijvoorbeeld de instantie die moet toezien op naleving van de norm. Het zou bijvoorbeeld mogelijk kunnen zijn om een onafhankelijke commissie op te richten die toeziet op de integriteit van het opsporingshandelen, terwijl normoverschrijdingen die aan het eerlijk procesrecht van de verdachte raken door de strafrechter worden beoordeeld.<sup>91</sup> Op deze wijze kan wellicht gewerkt worden naar een gedifferentieerde wijze van afdoening van vormverzuimen. Hiervoor is het echter wel noodzakelijk dat eerst gekeken wordt naar de onderliggende waarde van de norm, en hoe en door welke instantie deze verwezenlijkt moet worden. Voor de strafrechter geldt echter dat hij wel een taak behoudt in het normeren van het strafvorderlijk handelen, ook wanneer hij de normoverschrijving niet sanctioneert dient hij immers de norm wel te preciseren.

---

88 Het belang van het onderscheiden van de onderliggende waarden van strafvorderlijke normen, in het kader van onrechtmatig strafvorderlijk optreden, is niet geheel nieuw. Desalniettemin ontbreekt het in de jurisprudentie aan een duidelijke systematische benadering van de normen naar hun onderliggende waarden.

89 Ter illustratie zij gewezen op HR 9 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2650. Het hof heeft in zijn arrest bewijsuitsluiting toegepast en deze sanctie gemotiveerd met een verwijzing naar het belang van integriteitsbewaking van het overheidshandelen en toetsbaarheid van het opsporingsonderzoek door de rechter. Belangrijke doelstellingen van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden die door de officier van justitie in casu zijn belemmerd. De Hoge Raad casseert echter met een verwijzing naar zijn eerdere rechtspraak.

90 Zie bijv. Borgers & Kooijmans 2013.

91 Zoals andere auteurs hebben voorgesteld zijn vele afdoeningsmodaliteiten te bedenken (zie paragraaf 4).

## 7.8 CONCLUSIE

Een uitgebreide rechterlijke controle op – en sanctienering van – het strafvorderlijk optreden van opsporingsambtenaren in het vooronderzoek is niet altijd een vanzelfsprekendheid geweest, maar kan tot op zekere hoogte – en in zekere zin – worden gezien als een ontwikkeling die meebeweegt met de rechtspolitieke en maatschappelijke tijdgeest.<sup>92</sup> In de huidige jurisprudentie van de Hoge Raad is een grote terughoudendheid waar te nemen ten aanzien van zowel de controle op de opsporing als het sanctieneren van onregelmatigheden binnen het vooronderzoek. In de literatuur is erop gewezen dat deze terughoudendheid het risico met zich kan brengen dat opsporingsambtenaren sneller verleid zullen worden om buiten de wet om gebruik te maken van strafvorderlijke bevoegdheden. Een belangrijk aspect dat samenhangt met deze problematiek is echter onderbelicht gebleven in de literatuur: de huidige invulling van de rechterlijke controle op de opsporing heeft namelijk belangrijke gevolgen voor de ordening van strafvorderlijke normen en het begrip over de werking van deze normen. Doordat sanctienering van onrechtmatigheden vaak achterwege blijft, bestaat namelijk het risico dat de norm in kwestie ook niet langer gepreciseerd wordt door de rechter.

Deze houding is een gemiste kans van de hoogste rechter om bij te dragen aan de opheldering van de precieze inhoud van de verschillende strafvorderlijke normen, die niet altijd even duidelijk zijn omschreven, zoals bijvoorbeeld (het dynamische) artikel 6 EVRM en de algemene beginselen van een behoorlijke procesorde. Met het oog op de omvang en complexiteit van het handelingskader van opsporingsambtenaren, is het wenselijk dat de rechter zich ook uitdrukkelijker uitlaat over de functie van deze normen. De rechter dient immers alert te blijven met betrekking tot de normering van de opsporing, te meer wanneer door nieuwe ontwikkelingen zich nieuwe opsporingsmethoden voordoen.<sup>93</sup> De vraag naar alternatieven voor de rechterlijke controle op de opsporing hangt weliswaar samen met de terughoudendheid van de Hoge Raad ten aanzien van deze materie, maar is aldus niet helemaal gelijk hieraan. Om de theorievorming rondom de verwerking van normoverschrijdingen door politie en justitie verder te helpen, kan het blootleggen van de relaties tussen de verschillende normen behulpzaam zijn. In dit kader zou een deel van de oplossing gelegen kunnen zijn in het achterhalen van de onderliggende waarden van strafvorderlijke normen. Een doordenking van de onderliggende waarden van normen en hun functie in de strafvordering zou de theoretische

---

92 In deze zin zie de analyse van D.A. Sklansky, 'Is the Exclusionary Rule Obsolete?', *Ohio State Journal of Criminal Law* 2008/2, afl. 5. Hij analyseert de functie van de *exclusionary rule* in het licht van de professionalisering van het toezicht op de Amerikaanse politie, en acht dit gegeven medeverklarend voor een terughoudende toepassing van deze bewijsuitsluitingsregel.

93 Een belangrijke les die het onderzoek van de Commissie-Van Traa ons opleverde: Eindrapport commissie-Van Traa, p. 448.

onderbouwing kunnen geven voor de wijze waarop en de vraag door wie schendingen van strafvorderlijke normen worden afgedaan. Het feit dat de strafrechter niet altijd in staat is om toe te zien op de naleving van elke proces-suele norm – door middel van controle en sanctionering – is vanuit praktisch oogpunt te verantwoorden. Niettemin behoudt hij ook in het kader van de beoordeling van het recht op een eerlijk proces de verantwoordelijkheid zich uit te laten over de normoverschrijding om de norm te preciseren.