



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Een nieuw beoordelingskader voor de sanctionering van vormverzuimen: een stap in de goede richting?

Samadi, M.

Citation

Samadi, M. (2022). Een nieuw beoordelingskader voor de sanctionering van vormverzuimen: een stap in de goede richting? *Nederlands Tijdschrift Voor Strafrecht*, 3(1), 23-30. doi:10.5553/NTS/266665532022003001005

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3447460>

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

Artikel

Een nieuw beoordelingskader voor de sanctionering van vormverzuimen: een stap in de goede richting?

Mr. dr. M. (Mojan) Samadi*

NTS 2022/05

1. Inleiding

De problematiek rondom vormverzuimen en de wijze waarop de zittingsrechter daarmee omgaat (of om dient te gaan) kan altijd rekenen op veel aandacht (en kritiek) in de strafrechtspraktijk en -wetenschap. In de literatuur wordt vaak gewezen op de golfbeweging waarmee de indringendheid van de rechterlijke controle op politie en justitie zich kenmerkt.¹ Daarmee wordt bedoeld dat de rechterlijke controle op het handelen van politie en justitie niet altijd een constante is, maar naar gelang de rechtspolitieke tijdsgeest en juridische en maatschappelijke ontwikkelingen daarom vragen een zekere mate van fluctuatie toont. Zo heeft de strafrechter, ondanks het ontbreken van een wettelijke grondslag daarvoor, zich vanaf de jaren zeventig in toenemende mate gebogen over de rechtmatigheid van het handelen van

politie en justitie in het strafproces.² Deze rechterlijke bemoeienis was onmiskenbaar onderdeel van de rechtspolitieke tijdsgeest van de jaren zestig en zeventig en de mensenrechtelijke ontwikkelingen in die periode.³ In de rechtspraak vanaf het einde van de jaren tachtig was alweer een terugtrekkende beweging te zien in de sanctionering van vormverzuimen. In het bijzonder voor de sanctie niet-ontvankelijkheid formuleerde de Hoge Raad steeds hogere eisen.⁴ Pas in 1996 werd de jurisprudentie inzake dit leerstuk gecodificeerd in het huidige artikel 359a Sv en kreeg de controlerende bevoegdheid van de rechter over het vooronderzoek een wettelijke grondslag.⁵ Ten tijde van de invoering van deze bepaling was het tij echter alweer gekeerd en heerste het (overigens onterechte)⁶ beeld dat verdachten van zware misdrijven op vrije voeten werden gesteld wegens kleine fouten die door de rechter te gretig werden afgerekend.⁷

23

* Mr. dr. M. Samadi is universitair docent straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden.

1 Zie o.a. conclusie van A-G Bleichrodt van 7 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:654, punt 7; R. Kuiper, *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014, p. 8-13.

2 Weliswaar paste de Hoge Raad voor het eerst in 1962 bewijsuitsluiting toe wegens onrechtmatige bewijsvergaring in het *Tweede bloedproef-arrest* (HR 26 juni 1962, NJ 1962/470 m.nt. WP), maar het echte kantelpunt kwam pas aan het einde van de jaren zeventig met het *Erwtenpistool-arrest* (HR 18 april 1978, NJ 1978/365 m.nt. ThWvV) en de daaropvolgende rechtspraak.

3 M. Samadi, *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* (diss. Leiden), Den Haag: Boom 2020, p. 133-139.

4 Zo werd deze sanctie niet langer toegepast als gevolg van een overschrijding van de redelijke termijn (zie uitgebreid Kuiper 2014, p. 9).

5 *Stb.* 1996, 522.

6 Onderzoek naar geruchtmakende zaken in die periode leverde een genuanceerder beeld op: het bleek niet om een vormverzuim te gaan waardoor de verdachte op vrije voeten werd gesteld (Samadi 2020, p. 137 en de daar opgenomen literatuur).

7 G.J.M. Corstens (red.), *Rapporten herijking strafvordering* 1993, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 13, verwijzend naar de installatierede van minister

In de rechtspraak volgend op deze codificatie blijft een grote mate van terughoudendheid zichtbaar in de controle en (vooral) sanctionering van (onrechtmatigheden in) het vooronderzoek. In 2004 wijst de Hoge Raad het *Afvoerpipj*-arrest waarin de jurisprudentiële lijn tot dan toe wordt samengebracht.⁸ Het algehele beeld dat uit dit arrest kan worden gedestilleerd, is dat de rechter zeer terughoudend moet omgaan met zijn controlerende taak ten opzichte van het handelen van opsporingsambtenaren in het vooronderzoek en het sanctioneren van onrechtmatig strafvorderlijk handelen. In het *Onbevoegde hulpofficier*-arrest uit 2013 onderstreept de Hoge Raad deze eerdere boodschap en expliciteert waartoe de rechterlijke controle op het vooronderzoek in beginsel dient; de bescherming van de subjectieve rechten – in het bijzonder procesrechten – van de verdachte.⁹

In de afgelopen jaren is de kritiek op deze jurisprudentiële lijn steeds luider geworden. In december 2020 heeft de Hoge Raad opnieuw het kader van artikel 359a Sv aangescherpt in een tweetal standaardarresten. Hoewel de eerdere jurisprudentie op hoofdlijnen wordt gehandhaafd, reageert de Hoge Raad ook in zekere zin op de huidige kritiek. Het zou schromelijk overdreven zijn om te spreken van een begin van een volgende golfbeweging, maar wel lijkt er op onderdelen meer ruimte te ontstaan voor de feitenrechter om te reageren op vormverzuimen.

In deze bijdrage bespreek ik het huidige kader van artikel 359a Sv en richt ik mij in het bijzonder op de mate waarin de wijzigingen ruimte bieden aan de praktijk om vormverzuimen ter discussie te stellen en voor de rechter om daarop te reageren. Allereerst zet ik de achtergrond van deze problematiek in vogelvlucht uiteen (par. 2). In het bijzonder komen hier de in de literatuur geuite kritiek op de jurisprudentiële lijn en de meest recente ontwikkelingen op dit terrein aan bod. Daarna bespreek ik het huidige jurisprudentiële kader op hoofdlijnen (par. 3). Tot slot ga ik in op de veranderingen ten opzichte van de situatie voor deze arresten en reflecteer ik op de praktische implicaties van deze wijzigingen (par. 4).

2. Achtergrond van de vormverzuimenproblematiek en de ontwikkelingen voorafgaand aan de 2020-arresten van de Hoge Raad inzake artikel 359a Sv

Zowel vanuit de wetenschap als de praktijk is er kritiek op verschillende aspecten van de jurisprudentiële lijn van de Hoge Raad inzake artikel 359a Sv.¹⁰ In de eerste plaats wordt de mate van detail waarmee het beoordelingskader is vormgegeven bekritiseerd. Aan artikel 359a Sv ligt de gedachte ten grondslag dat de rechter een grote beoordelingsvrijheid toekomt voor de uitoefening van die bepaling en de invulling van zijn controlerende taak.¹¹ Met de invoering van dit artikel beoogde de wetgever wettelijke automatismen te vervangen met een ruime rechterlijke vrijheid om in het concrete geval belangen af te bewegen en te beoordelen of en welk rechtsgevolg aan onrechtmatig handelen verbonden dient te worden.¹² Hoewel aanvankelijk kritisch werd gereageerd op deze ruime bepaling, uit vrees voor de rechtsonzekerheid die deze met zich zou brengen, bleek uiteindelijk dat daar geen reden toe was.¹³ Van meet af aan maakte de Hoge Raad duidelijk dat hij geen uitvoerige controle en sanctionering van het vooronderzoek voorstond en schetste een strak beoordelingskader voor de toepassing van deze bepaling. De kritiek op dit gedetailleerde beoordelingskader komt erop neer dat hiermee de discretionaire ruimte van de feitenrechter ernstig beperkt wordt en bovendien niet in lijn lijkt te zijn met de bedoeling van de wetgever.¹⁴ Daarnaast is het maar de vraag in hoeverre hiermee daadwerkelijk een uniforme toepassing van deze bepaling wordt verwezenlijkt; feitenrechters wijken immers nog steeds regelmatig af van dit dwingende kader.¹⁵ Dat hangt mede samen met het gegeven dat bepaalde elementen uit het jurisprudentiële kader veel vragen oproepen omdat deze niet altijd

Korthals Altes.

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

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

10 Zie o.a. noot Buruma onder NJ 2004/376; T. Kooijmans, 'Elk nadeel heb z'n voordeel? Artikel 359a Sv en de ontdekking van het strafbare feit', DD 2011, p. 1091-1108; A.E.M. Röttgering, *Cassatie in strafzaken: een rechtsbeschermend perspectief* (diss. Tilburg), Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 187-261; K.M. Pitcher & M. Samadi, 'Integriteit als perspectief bij de rechterlijke reactie op vormverzuimen', DD 2018, p. 731-746. Ook vanuit de praktijk is er veel kritiek, met name de strafrechtadvocatuur laat geregeld van zich horen: J. Sjöcrona, *Bewust onbehoorlijk benadelen. Over vormverzuimen en integriteit* (Lezingenreeks NVSA deel 4), Den Haag: Sdu Uitgevers 2010; G. Spong, 'Rassendiscriminatie bij verkeerscontrole met zegen van de Hoge Raad', in: J.G.H. Altena e.a. (red.), *In onderlinge samenhang* (Cleiren-Bundel), Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 1013-1033; *Kamerstukken I* 2015/16, 33750 VI, AF, p. 102-103.

11 *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, nr. 3, p. 1.

12 *Kamerstukken II* 1994/95, 23705, nr. 6, p. 3; Corstens 1993, p. 17.

13 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. 259 e.v.; J.W. Fokkens, 'Recht in vorm?', DD 1993, p. 904-915.

14 Pitcher 2016, p. 174-175; Brinkhoff 2016.

15 Samadi 2020, p. 245-291.

even consequent worden toegepast.¹⁶ Meer fundamenteel is de kritiek op de uitholling van de rechtsbeschermende taak van de rechter in dit verband¹⁷ en het gebrek aan een bijdrage van de rechter aan het waarborgen van de integriteit van de strafprocedure en de rechtsstatelijkheid van het overheidshandelen.¹⁸ Tot slot – en in zekere zin overkoepelend – is in de literatuur gewezen op de leemtes die de rechterlijke terughoudendheid in de controle en normering van het handelen van opsporingsambtenaren met zich brengt voor het algehele toezicht op de strafvorderlijke overheid.¹⁹ Al met al kan worden gesteld dat de kritiek op de terughoudende rechterlijke controle van politie en justitie, zoals deze tot uiting komt in de rechtspraak van de Hoge Raad, steeds luider wordt. Deze kritiek kan bovendien niet los worden gezien van de verschillende incidenten van onrechtmatig handelen door opsporingsdiensten, zoals de grootschalige schendingen van privacywetgeving,²⁰ het ongeoorloofd gebruik van geweld door de politie²¹ en tot slot de discussie rondom etnisch profileren door politie en justitie.²²

Zoals bekend heeft ook de minister van Justitie & Veiligheid zich in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering gebogen over deze kwestie.²³ Hoewel de directe aanleiding voor de voorgenomen wetswijziging leek te zijn gelegen in de hierboven besproken kritiek (met name aangaande de lacunes in het toezicht), lijken in de meest recente moderniseringsvoorstellen andere redenen te worden aangevoerd voor de onderbouwing van de noodzaak van deze wetswijziging.²⁴ De voornaamste reden is volgens de wetge-

ver dat de formulering van het huidige artikel 359a Sv ten onrechte suggereert dat de rechter een grote vrijheid heeft om bij constatering van een vormverzuim een processuele sanctie toe te passen.²⁵ In de jurisprudentie van de Hoge Raad is deze bevoegdheid immers afgebakend. Het gaat hier dan ook niet om een geheel vrije bevoegdheid 'maar om een bevoegdheid die tegen de achtergrond van strafvorderlijke doelstellingen moet worden toegepast', aldus de wetgever.²⁶ Tegelijkertijd onderkent de wetgever dat hem terughoudendheid past in de normering van deze regeling omdat 'op dit terrein (...) rechtsvinding door de rechter van groot belang is en zal blijven'.²⁷ Wel is het volgens de wetgever van belang de rechter een normatief richtsnoer mee te geven om hem zo meer houvast te bieden bij de sanctionering van vormverzuimen. Dat normatieve richtsnoer is het (open) criterium van het 'belang van de goede rechtsbedeling'.²⁸

'Deze formulering geeft uitdrukking aan de afweging die de rechter moet maken als aan de voorwaarden voor toepassing van de desbetreffende processuele sanctie is voldaan. Bij die afweging spelen de doelstellingen van strafprocesrecht een belangrijke rol. (...) Hoofddoelstelling van strafprocesrecht is, kort gezegd, te bevorderen dat de strafwet alleen op de schuldige wordt toegepast. Een neven doelstelling is de eerbiediging van de rechten en vrijheden van het slachtoffer. Deze doelstellingen zullen in het algemeen tegen het toepassen van een processuele sanctie pleiten. Een andere neven doelstelling van strafprocesrecht is het eerbiedigen van de rechten van de verdachte. Die doelstelling kan het toepassen van een processuele sanctie rechtvaardigen.'²⁹

- 16 Dat geldt in het bijzonder ten aanzien van de drempelvoorwaarden voor de toepassing van art. 359a Sv (zie hierover de conclusie van A-G Bleichrodt van 7 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:655); zie ook Samadi 2020, p. 177-211.
- 17 Röttgering 2013, p. 427 e.v.
- 18 K.M. Pitcher & M. Samadi, 'Integriteit als perspectief bij de rechterlijke reactie op vormverzuimen', *DD* 2018, p. 731-746; noot van Schalken onder HR 9 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2650, *NJ* 2014/420; P.H. M.C. van Kempen, 'Politiegeweld en -racisme als (structureel) vormverzuim. Een pleidooi voor meer betrokkenheid van de Hoge Raad bij een belangwekkende maatschappelijke kwestie', *DD* 2021, p. 100.
- 19 Samadi 2020, p. 384-396; WODC 2017.
- 20 S. Huisman e.a., *Handelen naar waarheid. Sterkte- en zwakteanalyse van de opsporing*, Politieacademie 2016.
- 21 Dat blijkt onder meer uit een aantal geruchtmakende zaken die in de afgelopen jaren veel media-aandacht hebben gegenereerd, zoals de gewelddadige aanhouding van Mitch Henriquez die ten gevolge daarvan overleed (Hof Den Haag 19 juni 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1532 en 1533), maar ook de aanhouding van Michael P. waarbij ongeoorloofd geweld was gebruikt (HR 23 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1092). Ook andere soortgelijke incidenten krijgen in recente jaren steeds meer media-aandacht, zie bijv. Zembla-uitzending van 19 november 2020, *Bijten als beloning*.
- 22 Rapport Amnesty International, *Wij ruiken onraad* 2020; W. Landman & L. Kleijer-Kool, *Boeven vangen. Een onderzoek naar proactief politieoptreden* (Politiewetenschap 91), 2016.
- 23 M. Samadi, 'Het toezicht op de strafvorderlijke overheid: een modern artikel 359a Sv?', *Tijdschrift Modernisering Strafvordering* 2018/1, p. 41-51; conclusie van A-G Bleichrodt van 7 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:655, punt 27-39; T. Kooijmans, *In het belang van een goede rechtsbedeling* (rede Tilburg), Tilburg: Tilburg University 2021.
- 24 De minister stelde in de Contourennota uit 2015 de vraag of door het 'samenstel van rechterlijk, intern en extern toezicht de naleving van de geldende wettelijke voorschriften adequaat en systematisch wordt gecon-

troleerd en gestimuleerd' (*Kamerstukken I* 2015/16, 33750 VI, AF, p. 102-103). Hij liet naar aanleiding daarvan onderzoek instellen door het WODC naar de wijze waarop de 'verschillende ketenpartners uit de strafrecht-keten in de huidige praktijk toezicht houden op het eigen functioneren en in hoeverre van buitenaf toezicht is gerealiseerd'. In de concept-memoried van toelichting bij de vaststellingswet van Boek 4 van het Wetboek van Strafvordering is geen verwijzing meer te vinden naar deze eerdere aanleiding en het naar aanleiding daarvan uitgevoerde WODC-onderzoek naar de volledigheid van het strafvorderlijk toezicht (zie Samadi 2018, par. 3).

- 25 De meest recente versie van de memorie van toelichting (de ambtelijke versie uit juli 2020) somt meer redenen op dan de eerdere versies, zie p. 743-745. In de voorlaatste versie was de aanleiding tweeledig: enerzijds wilde de wetgever expliciteren dat met de nieuwe regeling ook het toezicht dat andere instanties houden (in het bijzonder de officier van justitie en meer in algemene zin het OM) langs de lijn van deze nieuwe regeling wordt genormeerd, en anderzijds wilde de wetgever de rechter een normatief richtsnoer geven bij de toepassing van de processuele sancties (zie oud-concept-memoried van toelichting, p. 85-86).
- 26 MvT, p. 744.
- 27 MvT, p. 747.
- 28 Dit criterium geldt voor de sancties strafvermindering en bewijsuitsluiting. Voor de niet-ontvankelijkheid als sanctie geldt het criterium dat de vervolging in strijd moet zijn met het belang van een goede procesorde of indien ernstig afbreuk is gedaan aan het recht van verdachte op een eerlijk proces (MvT, p. 757). Zie voor een kritische bespreking van dit criterium: T. Kooijmans, *In het belang van een goede rechtsbedeling*, Tilburg: Tilburg University 2021, p. 51-58 en 62-65.
- 29 MvT, p. 747.

Daarbij merkt de wetgever op dat dit normatieve richtsnoer 'kan worden gezien als deels een vertaling van, deels een vervolg op de grenzen die de Hoge Raad in zijn rechtspraak aan de toepassing van het huidige artikel 359a heeft gesteld'. Dat brengt mee dat de wetgever voor de inhoud van dit criterium aansluit bij de criteria die ook nu in het beslissingsschema van de Hoge Raad te vinden zijn en die deels besloten liggen in het tweede lid van artikel 359a Sv.³⁰

Hoewel de (initiële) aanleiding voor de wetswijziging doet vermoeden dat de wetgever een fundamentele herziening van artikel 359a Sv voor ogen heeft, wordt uit de memorie van toelichting en de voorgestelde bepalingen duidelijk dat de wijzigingen in de praktijk minder groot zullen zijn en het hier in grote lijnen gaat om een codificatie van de jurisprudentie van de Hoge Raad. Niettemin worden wel belangrijke wijzigingen voorgesteld. Ik benoem hier enkele daarvan. In de eerste plaats wordt de reikwijdte van het artikel verruimd. Niet alleen wordt een beperkte uitleg gegeven aan 'herstelbare vormverzuimen', ook worden de bepalingen van toepassing verklaard op onrechtmatig handelen dat buiten het voorbereidend onderzoek plaatsvindt.³¹ Ook ten aanzien van de sancties worden belangrijke wijzigingen voorgesteld. Zo wordt een nieuw rechtsgevolg ingevoerd (te weten de schadevergoeding als gevolg van schending van de redelijke termijn)³² en krijgt de rechter als gezegd het open criterium van het belang van een goede rechtsbedeling als normatief richtsnoer aan de hand waarvan hij onrechtmatig handelen kan sanctioneren met strafvermindering of bewijsuitsluiting. Kenmerkend voor dit nieuwe criterium is de 'ruime' belangenafweging – zoals hierboven weergegeven – die de rechter dient te verrichten bij de toepassing van een sanctie. Dat heeft tot gevolg dat bewijsuitsluiting ook bij schending van minder belangrijke strafvorderlijke voorschriften of rechtsbeginselen niet bij voorbaat is uitgesloten.³³ In zoverre lijkt deze voorgestelde wijziging dus juist in dit type gevallen meer ruimte te creëren voor de rechter om te reageren op onrechtmatig handelen van politie en justitie. Voorts wordt de toepassing van de sanctie niet-ontvankelijkheid verruimd. Niet alleen schending van het recht op een eerlijk proces kan onder de nieuwe regeling een grond opleveren voor de niet-ontvankelijkverklaring van het OM, maar ook wanneer de vervolging van de verdachte niet te verenigen is met 'de goede procesorde' kan de rechter deze sanctie toepassen.³⁴ Hierover merkt de wetgever op dat bij het recht van de verdachte op een eerlijk proces het belang van de verdachte vooropstaat, terwijl het bij de tweede grond gaat 'om onrechtmatig

handelen dat eerst en vooral de rechter raakt'.³⁵ In het bijzonder kan worden gedacht aan de situatie waarin onjuist of onvolledig verslag wordt gedaan van ernstig onrechtmatig handelen door een opsporingsambtenaar, maar ook het oude Karman-criterium kan reden zijn voor niet-ontvankelijkverklaring.³⁶ Gezien de zeer restrictieve lijn van de Hoge Raad in de omgang met dergelijk onrechtmatig handelen,³⁷ lijkt ook hiermee meer ruimte te worden gecreëerd voor de (feiten)rechter om rechtsgevolgen te verbinden aan dit type verzuimen.

Tegen de hierboven geschetste achtergrond van steeds luider wordende kritiek op de jurisprudentiële lijn van de Hoge Raad inzake artikel 359a Sv alsmede de meer recente ontwikkelingen op het terrein van dit leerstuk, heeft A-G Bleichrodt in zijn uitgebreide conclusie onder het meest recente standaardarrest over vormverzuimen uitgebreid stilgestaan bij deze problematiek.³⁸ Bleichrodt bespreekt de knelpunten in de toepassing van artikel 359a Sv en nodigt de Hoge Raad uit om zijn jurisprudentie op bepaalde punten aan te scherpen en/of te nuanceren. In het bijzonder gaat het om de drempelvoorwaarden voor de toepassing van artikel 359a Sv (namelijk of het vormverzuim heeft plaatsgevonden bij het voorbereidend onderzoek en in hoeverre het onherstelbaar is), de maatstaven voor de toepassing van de sancties bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkverklaring van het OM en de wisselwerking tussen de onderbouwing van vormverzuimverweren en de motivering van de beslissingen op die verweren.³⁹ De rode draad in deze conclusie is een pleidooi voor een grotere vrijheid voor de feitenrechter om invulling te geven aan zijn controlerende taak. In de volgende paragraaf zal ik de wijzigingen die de Hoge Raad heeft aangebracht in het jurisprudentiële kader (daar waar relevant) relateren aan de voorstellen die A-G Bleichrodt doet in zijn daaraan voorafgaande conclusie.

3. Het nieuwe juridische kader van artikel 359a Sv na de 2020-arresten van de Hoge Raad

De 2020-arresten van de Hoge Raad inzake artikel 359a Sv dienen te worden gezien tegen de achtergrond van de hierboven geschetste ontwikkelingen. Dat valt ook op te maken uit de verwijzing van de Hoge Raad naar de aan-

30 MvT, p. 748.

31 MvT, p. 746, 748-749, 758.

32 Art. 4.3.12; MvT, p. 750-751.

33 De wetgever merkt op dat uit het onderscheid dat de Hoge Raad maakt tussen belangrijke en minder belangrijke strafvorderlijke voorschriften volgt dat de mogelijkheid van bewijsuitsluiting bij minder belangrijke voorschriften sterk beperkt is. Het beoordelingskader van 'het belang van een goede rechtsbedeling' biedt in dit opzicht meer ruimte voor een afweging van belangen. MvT, p. 754.

34 Art. 4.3.15 lid 2.

35 MvT, p. 757.

36 MvT, p. 759.

37 Zie bijv. HR 5 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:9, NJ 2016/153 m.nt. Vellinga-Schootstra.

38 Conclusie van 30 juni 2020, ECLI:NL:PHR:2020:655. Het betreft hier de conclusie onder HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1888. De conclusie onder het andere standaardarrest (waar het vormverzuim bestond uit een verkapte uitlevering) is genomen door A-G Paridaens: conclusie van 22 september 2020, ECLI:NL:PHR:2020:817.

39 Conclusie A-G Bleichrodt, punt 76-117, 122-133, 134-159, 167-180.

staande modernisering van het Wetboek van Strafvordering. Hij stelt in dat verband voorop dat gezien de voorgestelde wijziging aan het huidige artikel 359a Sv in het nieuwe wetboek, terughoudendheid geboden is en daarom geen substantiële wijzigingen aangebracht moeten worden in het beoordelingskader van deze bepaling. Toch ziet de Hoge Raad aanleiding om bepaalde maatstaven bij te stellen en/of te nuanceren.⁴⁰ Deze ‘nuanceringen’ hebben betrekking op de reikwijdte van de bepaling, namelijk de beperking dat de bepaling slechts betrekking heeft op vormverzuimen die zijn begaan bij ‘het voorbereidend onderzoek’ tegen de verdachte, en op de toepassingsvoorwaarden voor de rechtsgevolgen strafvermindering, bewijsuitsluiting en de niet-ontvankelijkverklaring van het OM. Tot slot maakt de Hoge Raad enkele opmerkingen over de beoordeling van de feitelijke grondslag van verweren die strekken tot toepassing van artikel 359a Sv.⁴¹

In de eerste plaats onderstreept de Hoge Raad de focus van (de aandacht van de rechter in) het strafproces.⁴² In de woorden van de Hoge Raad dient de strafrechter ‘met inachtneming van de regels van een eerlijk proces, zoveel mogelijk een inhoudelijk oordeel [te vellen] over de beschuldiging die jegens de verdachte wordt geuit en zo recht [te spreken] in de concrete zaak.’⁴³ Hiermee benadrukt de Hoge Raad andermaal dat de strafrechter niet de totaalcontroleur van de opsporing is. Hij heeft niet tot taak om ‘de rechtmatigheid en de integriteit van het optreden van politie en justitie als geheel te bewaken’ en ‘is daartoe ook niet in staat’.⁴⁴ De Hoge Raad reageert hiermee op de in de literatuur geuite zorgen over leemtes in het toezicht op de opsporing en de rol die de strafrechter in dezen heeft.⁴⁵ De bescherming van de subjectieve rechten van de verdachte staat voorop in de controlerende taak van de strafrechter, aldus de Hoge Raad. De andere functies die kunnen worden toegeschreven aan de sanctionering van vormverzuimen staan daarmee op de achtergrond. In dat licht verbaast het niet dat de wijzigingen in het beoordelingsschema van artikel 359a Sv – ondanks de forse kritiek op de lijn van de Hoge Raad en de geconstateerde leemtes in het toezicht op de opsporing – bescheiden zijn.⁴⁶

In het verlengde van deze restrictieve invulling van de controlerende taak van de rechter, onderstreept de Hoge

Raad een aantal uitgangspunten dat ten grondslag ligt aan de toepassing van artikel 359a Sv. Deze uitgangspunten komen erop neer dat artikel 359a Sv de rechter slechts een bevoegdheid geeft te reageren op een vormverzuim met een sanctie; hij is daartoe niet verplicht en kan ook volstaan met de constatering dat een vormverzuim is begaan. Indien hij wel overgaat tot de sanctiëring van een vormverzuim staat de subsidiariteitsgedachte centraal: de rechter moet ernaar streven om zo veel mogelijk te ‘volstaan met het – vanuit het perspectief van de met vervolging en berechting van strafbare feiten gemoeide belangen bezien – minst verstrekkende rechtsgevolg’.⁴⁷

Ook wat de (verdere) inhoud van het beoordelingsschema betreft, houdt de Hoge Raad in grote lijnen vast aan zijn eerdere jurisprudentie. Zo blijven de meeste drempevoorwaarden voor de toepassing van artikel 359a Sv onverkort van toepassing. Een belangrijke versoepeling (of ‘nuancering’) ten opzichte van de eerdere jurisprudentiële lijn is gelegen in het enigszins loslaten van het vereiste dat het vormverzuim moet zijn begaan in het voorbereidend onderzoek ter zake van het ten laste gelegde feit.⁴⁸ Met een verwijzing naar de conclusie van A-G Bleichrodt en de daarin besproken jurisprudentie benadrukt de Hoge Raad dat een analoge toepassing van artikel 359a Sv al mogelijk was in (sommige) gevallen die wegens deze begrenzing niet onder het bereik van dit artikel vallen.⁴⁹ Wanneer een dergelijke analoge toepassing van artikel 359a Sv geoorloofd was, bleek echter niet altijd even helder te zijn. De soms uiteenlopende maatstaven die gehanteerd werden voor de toepassing van de rechtsgevolgen kwamen de overzichtelijkheid van de rechtspraak dan ook niet ten goede.⁵⁰ In lijn met de conclusie van Bleichrodt neemt de Hoge Raad afstand van de (eerdere) enge interpretatie van het begrip voorbereidend onderzoek in dit verband en stelt de innerlijke samenhang tussen het onderzoek en het voorbereidend onderzoek in de desbetreffende strafzaak tegen de verdachte centraal voor de vraag of een vormverzuim in aanmerking komt voor sanctionering langs de weg van artikel 359a Sv.⁵¹ Dat is het geval indien het vormverzuim in kwestie van ‘bepalende invloed is geweest op het verloop van het opsporingsonderzoek naar en/of de (verdere) vervolging van de verdachte ter zake van het tenlastegelegde feit’.⁵² Welk rechtsgevolg het

40 HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, NJ 2021/169 m.nt. N. Jörg, r.o. 2.1.5.

41 HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, NJ 2021/169 m.nt. N. Jörg, r.o. 2.1.5.

42 Zie ook de oratie van Buruma die hier uitgebreid bij stilstaat: Y. Buruma, *De aandacht van de strafrechter* (oratie KUN), Deventer: Gouda Quint 1996, p. 42-47.

43 HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, NJ 2021/169 m.nt. N. Jörg, r.o. 2.1.3.

44 HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, NJ 2021/169 m.nt. N. Jörg, r.o. 2.1.3.

45 Bijv. WODC 2017.

46 Als gezegd geeft Hoge Raad aan dat ook de aanstaande modernisering van het Wetboek van Strafvordering in de weg staat aan substantiële wijziging van het beoordelingskader van deze bepaling (HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, NJ 2021/169 m.nt. N. Jörg, r.o. 2.1.5).

47 HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, NJ 2021/169 m.nt. N. Jörg, r.o. 2.1.3.

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

49 Zie uitgebreid conclusie A-G Bleichrodt punt 76-104; te denken valt bijvoorbeeld aan ontnemingszaken, opsporing door burgers, onrechtmatig overheidshandelen dat niet valt onder het gezag van het OM en de situatie van onrechtmatig handelen in het kader van de toezichthoudende taak van de politie. Tevens geldt ten aanzien van bepaalde rechten – zoals art. 3 EVRM – dat het er niet toe doet in welke zaak de schending is begaan aangezien het daarvoor verkregen bewijs altijd zal moeten worden uitgesloten (zie ook Samadi 2020, p. 182-185).

50 Samadi 2020, p. 182 e.v.

51 Conclusie A-G Bleichrodt, punt 103.

52 De Hoge Raad volgt hiermee het eerder geopperde voorstel van Buruma op om als uitgangspunt te nemen of de onrechtmatigheid plaatsvond in

meest passend is, is dan mede afhankelijk van de aard en de ernst van het vormverzuim. Daarbij dient verder rekening te worden gehouden met de overige factoren met betrekking tot de verschillende rechtsgevolgen die aan een vormverzuim in de zin van artikel 359a Sv kunnen worden verbonden.⁵³ De Hoge Raad onderstreepte deze meer ‘coulante’ toepassing van artikel 359a Sv ook in zijn arrest van 15 juni 2021.⁵⁴ In casu ging het om een bestuursrechtelijke themacontrole van de gemeente Almelo naar uitkeringsfraude onder Nederlanders met een Turkse nationaliteit. Naar aanleiding van die controle ontstond een verdenking tegen de verdachte (een Turkse Nederlander). Het hof liet echter in het midden of de themacontrole een discriminatoir karakter had, omdat een ‘eventuele’ schending van het discriminatieverbod geen vormverzuim zou opleveren. Met een verwijzing naar zijn meest recente jurisprudentiële lijn casseert de Hoge Raad en dwingt daarmee het hof zich alsnog uit te spreken over de ‘– mogelijke – schending van het discriminatieverbod’.⁵⁵

Ook het beoordelingskader van de rechtsgevolgen die aan een vormverzuim kunnen worden verbonden, wordt op onderdelen gewijzigd. Dat geldt in het bijzonder voor de twee zwaardere sancties – de niet-ontvankelijkverklaring en bewijsuitsluiting – uit het sanctiearsenaal. Hoewel de Hoge Raad de maatstaf voor niet-ontvankelijkheid enigszins bijstelt, ligt de lat voor toepassing ervan onverminderd hoog. Voor niet-ontvankelijkverklaring van het OM is slechts plaats wanneer door het onrechtmatig handelen sprake is van een ‘onherstelbare inbreuk op het recht op een eerlijk proces die niet op een aan de eisen van een behoorlijke en effectieve verdediging beantwoordende wijze is of kan worden gecompenseerd’.⁵⁶ Met deze nieuwe maatstaf verlaat de Hoge Raad het eerder geldende Zwolsman-criterium dat naast de schending van het recht op een eerlijk proces ook de voorwaarde stelde dat het handelen van opsporingsambtenaren een zekere mate van doelbewustheid en verwijtbaarheid had.⁵⁷ Ook hierin volgt de Hoge Raad de A-G in zijn pleidooi voor een herformulering van het criterium waarin het recht van de verdachte op een eerlijk proces meer centraal komt te staan.⁵⁸ Deze herformulering zou meer voor de hand liggen volgens A-G Bleichrodt, omdat zij enerzijds beter aansluit bij het criterium voor bewijsuitsluiting (en hetgeen de Hoge Raad als de kern van de controlerende taak van de rechter ziet) en anderzijds meer in overeenstemming is met de rechtspraak. Immers, ondanks de cumulatieve eisen

kwam het er in de praktijk op neer dat in die gevallen waarin het recht op een eerlijk proces was geschonden, de rechter niet zwaar tilde aan het tweede vereiste dat het handelen van opsporingsambtenaren tevens verwijtbaar was.⁵⁹ Met deze herformulering is het criterium voor de niet-ontvankelijkverklaring dan ook niet direct verruimd; de Hoge Raad zelf spreekt hier eerder van een ‘verduidelijking’ van de toepassing van de maatstaf.⁶⁰ Dat benadrukt de Hoge Raad door het uitzonderlijke karakter van deze sanctie te expliciteren; er is slechts plaats voor de toepassing van deze sanctie wanneer de inbreuk op de rechten het verstrekkende oordeel kan dragen dat ‘the proceedings as a whole were not fair’.⁶¹

Ook het toepassingskader van de sanctie bewijsuitsluiting is bijgesteld. In het *Onbevoegde hulpofficier*-arrest onderscheidde de Hoge Raad drie categorieën normschendingen waaraan de sanctie bewijsuitsluiting kan worden verbonden.⁶² 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 of het zwijgrecht. De tweede categorie had betrekking op gevallen waarin een ander belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden en toepassing van bewijsuitsluiting noodzakelijk kon worden geacht als middel om toekomstige vergelijkbare vormverzuimen die onrechtmatige bewijsgaring tot gevolg hebben, te voorkomen en een krachtige stimulans te laten bestaan tot handelen in overeenstemming met de voorgeschreven norm. De derde categorie, tot slot, betrof de uitzonderlijke situatie waarin het vormverzuim een structureel karakter heeft en de verantwoordelijke autoriteiten zich onvoldoende hebben ingespannen om dergelijke fouten te voorkomen dan wel te adresseren.⁶³ De Hoge Raad merkt nu op dat de beoordelingskaders van de laatste twee categorieën niet altijd goed van elkaar te onderscheiden zijn en de toepassing daarvan in de praktijk als te complex wordt ervaren.⁶⁴ Om deze reden – en (deels) in navolging van de conclusie van A-G Bleichrodt – worden deze categorieën samengevoegd, waardoor thans nog twee gronden bestaan waarop de sanctie bewijsuitsluiting kan worden toegepast: de eerste categorie die betrekking heeft op het waarborgen van een eerlijk proces

het kader van onderzoek dat van beslissende invloed is geweest op de verdere vervolging van de verdachte in het kader van de procedure waarover de rechter te oordelen heeft (zie Conclusie A-G Bleichrodt, punt 103).

53 HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, NJ 2021/169 m.nt. N. Jörg, r.o. 2.2.2.

54 HR 15 juni 2021, NJ 2021/291 m.nt. W.H. Vellinga.

55 HR 15 juni 2021, NJ 2021/291 m.nt. W.H. Vellinga, r.o. 2.3-2.4.

56 HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, NJ 2021/169 m.nt. N. Jörg, r.o. 2.5.2.

57 De inbreuk op het eerlijkprocesrecht moest immers ‘doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte’ zijn begaan.

58 Conclusie A-G Bleichrodt, punt 128.

59 Conclusie A-G Bleichrodt, punt 126; onder verwijzing naar Kuiper 2014, p. 368-370.

60 HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, NJ 2021/169 m.nt. N. Jörg, r.o. 2.5.2.

61 Als voorbeelden wijst de Hoge Raad op de schending van het Tallon-criterium (vgl. HR 29 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0655), of waarin gedragingen van politie en justitie ertoe hebben geleid dat de waarheidsvinding door de rechter onmogelijk is gemaakt (vgl. HR 8 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1239).

62 Sinds het *Afvoerprijs*-arrest in 2004 was het criterium voor bewijsuitsluiting dat de normschending een aanzienlijke schending van een belangrijk strafvorderlijk voorschrift behelsde: HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004/376 m.nt. Buruma, r.o. 3.6.4.

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

64 HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, NJ 2021/169 m.nt. N. Jörg, r.o. 2.4.3.

blijft ongewijzigd en de tweede categorie betreft gevallen waarin sprake is van een aanzienlijke schending van een belangrijk strafvorderlijk voorschrift.⁶⁵ Het nieuwe (globale) beoordelingskader voor deze tweede categorie sluit aan bij de eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad. Dat wil zeggen dat de rechter bij de toepassing van deze sanctie gebonden is aan de factoren die zijn genoemd in het tweede lid van artikel 359a Sv. Daarbij moet de rechter (net als onder de oude tweede en derde categorie) ook rekening houden met ‘de negatieve effecten die aan bewijsuitsluiting zijn verbonden, gelet op de zwaarwegende belangen van waarheidsvinding, van de vervolging en berechting van (mogelijk zeer ernstige) strafbare feiten, en in voorkomend geval van de rechten van slachtoffers. Voor het bepalen van de ernst van het vormverzuim kan mede betekenis toekomen aan het verwijt dat aan politie en justitie kan worden gemaakt en aan de omstandigheid dat een vormverzuim zich bij herhaling blijkt voor te doen, maar ook aan de omstandigheid dat door politie en justitie al maatregelen zijn getroffen om (verdere) herhaling tegen te gaan.’⁶⁶ Het gaat hierbij aldus om een samenvoeging van de twee tamelijk dwingende en gedetailleerde beoordelingskaders waardoor de (feiten)rechter alsnog weinig ruimte heeft om deze sanctie toe te passen.

De Hoge Raad laat het toepassingskader van het rechtsgevolg strafvermindering ongewijzigd.⁶⁷ Wel maakt de Hoge Raad duidelijk dat strafvermindering als rechtsgevolg op onrechtmatig handelen de voorkeur geniet. Immers, aan de toepassing van de andere sancties worden erg hoge eisen gesteld en daarnaast brengt het uitgangspunt van subsidiariteit mee dat de rechter het onrechtmatige handelen zo *mild* mogelijk sanctioneert. Strafvermindering heeft volgens de Hoge Raad minder verstrekende of willekeurige consequenties voor de strafprocedure, terwijl hiermee tegelijkertijd een krachtig signaal van afkeuring uitgaat van het handelen van de opsporingsambtenaren.⁶⁸

Tot slot gaat de Hoge Raad in op de responsieplicht van de rechter op ‘vormverzuimverweren’. Het is alom bekend dat de hoge eisen die de rechter stelt aan de substantiëring van dergelijke verweren tezamen met de eveneens hoge eisen aan de motivering van de toepassing van rechtsgevolgen door de rechter, een uitvloeisel zijn van de terughoudendheid van de Hoge Raad inzake de toepassing van deze bepaling.⁶⁹ Deze jurisprudentiële lijn is echter goed te verklaren vanuit efficiëntierede-

nen en de behoefte de zittingsrechter te behoeden voor het reageren op ongemotiveerde en (soms) bij voorbaat kansloze verweren.⁷⁰ In de literatuur is al eerder gewezen op de keerzijde van deze lijn en ook A-G Bleichrodt staat daarbij stil:

‘De rechtspraak biedt de feitenrechter volop gelegenheid om voorbij te gaan aan de beoordeling van de toelaatbaarheid van het ter discussie gestelde overheidsoptreden in die gevallen waarin de factoren van art. 359a, tweede lid, Sv onvoldoende in de onderbouwing van het verweer zijn betrokken. Daardoor dreigt de aandacht te worden verplaatst van de inhoud van het verweer naar de inkleding daarvan.’⁷¹

Niettemin houdt de Hoge Raad vast aan zijn eerdere jurisprudentie. De rechter mag een vormverzuimverweer ‘zonder onderzoek naar de feitelijke grondslag daarvan verwerpen indien hij tot het oordeel komt dat wat is aangevoerd – ware het juist – niet noopt tot één van de in artikel 359a lid 1 Sv genoemde rechtsgevolgen’.⁷² Hoewel hiermee feitelijk geen wijzigingen worden aangebracht aan eerdere jurisprudentie, brengt de explicitering wel mee dat het enkel constateren van een vormverzuim hiermee wel een stuk onaantrekkelijker wordt. De constatering van een verzuim kan weliswaar niet als een heel krachtig signaal van afkeuring worden gezien, maar gezien de vele jurisprudentiële drempels voor de toepassing van een sanctie op een vormverzuim, is dit wel de meest voorkomende reactie die de rechter tot zijn beschikking heeft. Bij het ontbreken van een nadeel voor de verdachte of bij een onvoldoende ernstig vormverzuim, ligt het voor de hand dat de rechter volstaat met de enkele constatering van een verzuim. Het belang hiervan dient echter niet te worden onderschat; doordat de feitenrechter zich uitlaat over het vormverzuim, vindt er immers enige vorm van controle plaats over het handelen van de opsporing en kan de rechter bovendien de (al dan niet geschonden) norm preciseren. Het is daarom spijtig dat de jurisprudentie van de Hoge Raad daartoe bepaald niet uitnodigt.

4. Tot besluit: is er meer ruimte voor de toepassing van artikel 359a Sv?

Ondanks dat met de 2020-arresten de eerdere jurisprudentiële lijn niet grondig wordt herzien, gaat de Hoge Raad wel in op de uitnodiging van A-G Bleichrodt om het kader van artikel 359a Sv op punten aan te passen. Hij reageert daarmee op de discussie die al geruime tijd

65 Conclusie A-G Bleichrodt, punt 159.

66 HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, NJ 2021/169 m.nt. N. Jörg, r.o. 2.4.4.

67 Sinds het *Afvoerpijp*-arrest gelden ten aanzien van deze sanctie de volgende vereisten: ‘(a) de verdachte daadwerkelijk nadeel heeft ondervonden, (b) dit nadeel is veroorzaakt door het verzuim, (c) het nadeel geschikt is voor compensatie door middel van strafvermindering, en (d) strafvermindering ook in het licht van het belang van het geschonden voorschrift en de ernst van het verzuim gerechtvaardigd is.’ HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004/376 m.nt. Buruma, r.o. 3.6.3.

68 HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, NJ 2021/169 m.nt. N. Jörg, r.o. 2.3.3-2.3.4.

69 Samadi 2020, p. 192-199; Conclusie van A-G Bleichrodt, punt 176-177.

70 Bleichrodt spreekt in dit verband van het proceseconomische belang om te voorkomen wordt dat aandacht wordt geschonken aan betogen die nergens toe kunnen leiden.

71 Conclusie van A-G Bleichrodt, punt 176.

72 HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, NJ 2021/169 m.nt. N. Jörg, r.o. 2.6.2.

wordt gevoerd. Die discussie kenmerkt zich inmiddels door een steeds luider wordende roep om meer ruimte voor en rechterlijke vrijheid bij de toepassing van artikel 359a Sv.

De vraag in hoeverre met deze nieuwe jurisprudentie die ruimte ook daadwerkelijk wordt gegeven, is al grotendeels beantwoord in het voorgaande. Het korte antwoord op die vraag is dat de Hoge Raad immer terughoudend blijft. Weliswaar wordt het beoordelingskader enigszins aangepast, maar het blijft een strikt kader waarbij sanctionering zo min mogelijk en zo mild mogelijk plaats dient te vinden. Illustratief is dat de Hoge Raad niet meegaat met het pleidooi van A-G Bleichrodt om 'het belang van de goede rechtsbedeling' als overkoepelend criterium voor de toepassing van de sanctie bewijsuitsluiting te gebruiken, waarmee met behoud van de terughoudende toepassing van dit rechtsgevolg meer ruimte zou worden gecreëerd voor een eigen belangenafweging van de feitenrechter. Dat de Hoge Raad hierin niet meegaat, is mede in het licht van de moderniseringsoperatie – en het commentaar op onderdelen van die voorstellen⁷³ – wellicht begrijpelijk, maar deze behoudendheid is wel tekenend voor het gehele arrest. Ook ten aanzien van de niet-ontvankelijkverklaring is de beoordelingsvrijheid van de feitenrechter zeer beperkt en ook hier lijkt de Hoge Raad de feitenrechter geen ruimte te willen laten om wanneer de vervolging in strijd is met een goede procesorde (of in 'truly outrageous cases') toch tot niet-ontvankelijkheid te komen.⁷⁴ Dat is te betreuren. De roep om meer rechterlijke controle op het vooronderzoek dient immers (mede) te worden geplaatst tegen de achtergrond van de huidige maatschappelijke discussie over institutioneel racisme en politiegeweld. In dat licht is het passend dat de rechter meer ruimte krijgt voor het leveren van maatwerk in de reactie op dergelijk onrechtmatig handelen.

De Hoge Raad ziet vooral heil in strafvermindering als reactie op onrechtmatig strafvorderlijk handelen.⁷⁵ Gezien de grote beoordelingsvrijheid die de feitenrechter toekomt bij de straftoematingsvraag, ligt het ook voor de hand dat de feitenrechter ruim baan heeft bij de toepassing van deze sanctie.⁷⁶ Belangwekkender dan de nadruk die de Hoge Raad legt op deze sanctie, is het feit dat de Hoge Raad benadrukt dat de feitenrechter niet zomaar voorbij kan gaan aan ernstige normschendingen zoals excessief politiegeweld. Dat ligt enerzijds voor de hand; niet alleen omdat dergelijke normschendingen kunnen raken aan het verloop van de strafprocedure, maar ook omdat een dergelijke verplichting kan worden ingelezen in mensenrechtelijke normen. Anderzijds is deze overweging van de Hoge Raad ook opvallend. Het is

juist de ambiguïteit in de jurisprudentie van de Hoge Raad die heeft bijgedragen aan een praktijk waarin de feitenrechter (vermeende) normschendingen naast zich neer kan leggen omdat de verdediging niet heeft voldaan aan haar stelplicht of omdat bij voorbaat vaststaat dat het vormverzuim niet zal leiden tot enig rechtsgevolg. En ook nu houdt de Hoge Raad vast aan deze jurisprudentiële lijn, waardoor de feitenrechter niet snel negen zal zijn in te gaan op een vormverzuimverweer indien bij voorbaat vaststaat dat het niet zal leiden tot toepassing van een rechtsgevolg. Gezien het strikte beoordelingskader zal dat voor de meeste vormverzuimen gelden. Hiermee wordt de controlerende en normerende taak van de feitenrechter danig gereduceerd. Dat is betreurenswaardig; niet in de laatste plaats omdat van rechterlijke controle en normering – zelfs zonder sanctionering – een belangrijke symbolische kracht uitgaat en deze richtinggevend is voor het overige toezicht op de opsporing.⁷⁷

Als we er echter van uitgaan dat de stelplicht en de daarmee corresponderende responsieplicht van de rechter een proceseconomisch belang hebben, dan zou het de feitenrechter ook vrijstaan om juist wel over te gaan tot een meer uitvoerige controle van het vooronderzoek. Ook wanneer bij voorbaat vaststaat dat het verzuim niet zal leiden tot enig rechtsgevolg. En dat lijkt hoognodig. Het huidige toezicht op de opsporing schiet tekort. De rechter is inderdaad niet de totaalcontroleur van de opsporing. Maar dat is dan ook een valse tegenstelling. Hij heeft immers wel een belangrijke taak in de controle op de strafvorderlijke overheid en deze taak kan niet categorisch worden beperkt. Hoewel de Hoge Raad dus niet de rode loper uitrolt voor de feitenrechter om ruimhartig gebruik te maken van zijn controlerende taak, verdient het aanbeveling dat de feitenrechter dat juist wel doet. Die ruimte lijkt immers tot op zekere hoogte te bestaan.

73 Bijv. de kritiek van Kooijmans op dit criterium (Kooijmans 2021).

74 Zoals bepleit door A-G Bleichrodt (Conclusie van 30 juni 2020, ECLI:NL:PHR:2020:654, punt 209-210).

75 De Hoge Raad wijst al langer naar de toepassing van deze sanctie om 'tekortkomingen' in de strafprocedure te compenseren, zie bijv. HR 13 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3024, NJ 2016/111 m.nt. B.E.P. Myjer.

76 Zie in dit verband ook J. Lindeman, 'De (niet-)ontvankelijkheid van het OM en het rechterlijk pardon', *TBS&H* 2021, p. 113-122.

77 Samadi 2020, p. 380-394.