



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## **De reikwijdte van artikel 359a Sv: vormverzuimen bij en onrechtmatigheden buiten het voorbereidend onderzoek**

Sander, D.B.; Wijngaard, S.J.C. van den; Kobari, M.

### **Citation**

Sander, D. B., Wijngaard, S. J. C. van den, & Kobari, M. (2022). De reikwijdte van artikel 359a Sv: vormverzuimen bij en onrechtmatigheden buiten het voorbereidend onderzoek. *Delikt En Delinkwent*, 52(5), 447-472. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3676963>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3676963>

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

DD 2022/32

## De reikwijdte van artikel 359a Sv: vormverzuimen bij en onrechtmatigheden buiten het voorbereidend onderzoek

D.B. Sander, S.J.C. van den Wijngaard & M. Kobari, datum 14-04-2022

Datum	14-04-2022
Auteur	D.B. Sander, S.J.C. van den Wijngaard & M. Kobari <sup>[1]</sup>
JCDI	JCDI:ADS644738:1
Vakgebied(en)	Strafrecht algemeen (V)

### 32.1 HR 1 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2454 (Dynamische verkeerscontrole)

#### “3.4

Vooropgesteld moet worden dat het uitoefenen van toezichtsbevoegdheden als bedoeld in art. 160, eerste en vierde lid, WVW 1994 verband dient te houden met de naleving van de bij of krachtens de WVW 1994 gegeven voorschriften (vgl. HR 26 november 1957, *NJ* 1958/351). Indien daadwerkelijk inzage is gevorderd in het rijbewijs en/of de kentekenpapieren van het voertuig, mag worden aangenomen dat de bevoegdheden van art. 160, eerste en vierde lid, WVW 1994 zijn uitgeoefend ter controle van de naleving van de bij of krachtens de WVW 1994 vastgestelde voorschriften.

Zolang een dergelijke toezichtsbevoegdheid, uitgevoerd door een daartoe bevoegde opsporingsambtenaar, mede is uitgeoefend ter controle van de naleving van de bij of krachtens de WVW 1994 vastgestelde voorschriften als bedoeld in het [eerste](#) en het vierde lid van art. 160 WVW 1994 is die uitoefening derhalve in beginsel rechtmatig, ook indien die bevoegdheid daarnaast het verrichten van opsporingshandelingen mogelijk maakt waarop deze bepalingen niet zien. Die omstandigheid brengt immers nog niet mee dat de toezichtsbevoegdheid uitsluitend is gebruikt voor een ander doel - te weten: voor het verrichten van opsporingshandelingen - dan waarvoor deze is verleend. Voorts geldt dat het bestaan van een redelijk vermoeden dat iemand zich heeft schuldig gemaakt aan een strafbaar feit niet in de weg staat aan het uitoefenen van deze toezichtsbevoegdheden door opsporingsambtenaren, mits bij aanwending van die bevoegdheden tegenover een verdachte de aan deze als zodanig toekomstige waarborgen in acht worden genomen (vgl. HR 21 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9670, *NJ* 2006/653).”

### 32.2 HR 18 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:706

#### “4.3

De toepassing van art. 359a Sv is onder meer beperkt tot vormverzuimen die zijn begaan bij het voorbereidend onderzoek tegen de verdachte. Ingevolge art. 132 Sv moet daaronder worden verstaan het

onderzoek dat voorafgaat aan het onderzoek ter terechtzitting. Onder die vormverzuimen zijn met name ook begrepen normschendingen bij de opsporing. Daarbij dient op grond van art. 132a Sv onder opsporing te worden verstaan het onderzoek in verband met strafbare feiten onder gezag van de officier van justitie met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen.

“Het voorbereidend onderzoek” in art. 359a Sv heeft uitsluitend betrekking op het voorbereidend onderzoek tegen de verdachte ter zake van het aan hem tenlastegelegde feit waarover de rechter die in art. 359a Sv wordt bedoeld, heeft te oordelen. Art. 359a Sv is dus niet van toepassing indien het verzuim is begaan buiten het verband van dit voorbereidend onderzoek. (Vgl. HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR: 2004:AM2533, *NJ* 2004/376, rov. 3.4.2.)

#### 4.4.1

Het Hof heeft aan de verwerping van het tot bewijsuitsluiting strekkende verweer als zijn oordeel ten grondslag gelegd dat de controle van het voertuig waarin de verdachte reed, niet heeft plaatsgevonden in het kader van het voorbereidend onderzoek van het in deze zaak tenlastegelegde en bewezenverklaarde misdrijf van art. 311 Sr, zodat reeds op die grond geen sprake is van een vormverzuim waaraan op grond van [art. 359a, eerste lid](#) onder b, Sv het rechtsgevolg van bewijsuitsluiting kan worden verbonden. Daartoe heeft het Hof overwogen dat de enkele omstandigheid dat de politie belangstelling had voor de verdachte, nog niet maakt dat de jegens hem uitgeoefende bevoegdheden hebben plaatsgevonden in het kader van het voorbereidend onderzoek naar het in deze zaak tenlastegelegde.

#### 4.4.2

In de onder 2.2 weergegeven overwegingen van het Hof ligt besloten dat de controle van het voertuig heeft plaatsgevonden in verband met recente woninginbraken in Soest en kennelijk in zoverre onderzoek in verband met strafbare feiten betrof, waaronder de tenlastegelegde inbraak die plaatsvond enkele dagen voor de genoemde controle. Gelet hierop alsmede in aanmerking genomen hetgeen onder 4.3 is vooropgesteld, is het oordeel van het Hof dat de controle van het voertuig niet heeft plaatsgevonden in het kader van het voorbereidend onderzoek van het in deze zaak tenlastegelegde en bewezenverklaarde misdrijf van art. 311 Sr, ontoereikend gemotiveerd. Het middel klaagt daarover terecht.

#### 4.5

Aan het vorenoverwogene doet niet af dat de Hoge Raad in eerdere rechtspraak heeft geoordeeld dat het bestaan van het redelijk vermoeden dat iemand zich heeft schuldig gemaakt aan een strafbaar feit, niet in de weg staat aan het uitoefenen van toezichtsbevoegdheden door opsporingsambtenaren, mits bij aanwending van die bevoegdheden tegenover een verdachte de aan deze als zodanig toekomende waarborgen in acht worden genomen, terwijl voor het uitoefenen van toezichtsbevoegdheden door opsporingsambtenaren in beginsel evenmin een belemmering vormt de omstandigheid dat het uitoefenen van een zodanige bevoegdheid het verrichten van opsporingshandelingen mogelijk maakt (zie onder meer HR 1 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2454, *NJ* 2017/84). In deze rechtspraak is immers telkens tot uitgangspunt genomen dat opsporingsambtenaren bevoegd waren tot het uitoefenen van toezichtsbevoegdheden. In de onderhavige zaak heeft het Hof evenwel geen vaststellingen gedaan omtrent de feitelijke gang van zaken met betrekking tot het optreden van de politie en evenmin onderzocht op welke wettelijke grondslag de politie is overgegaan tot de controle van het voertuig.”

### 32.3 HR 3 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:487

### “3.3.1

Blijkens zijn hiervoor onder 2.4 weergegeven overwegingen heeft het Hof onder meer het volgende vastgesteld. Door opsporingsambtenaren die zowel met de algemene surveillance als met de controle van in- en uitgaand verkeer in verband met de vele woninginbraken in de Zwijndrechtse Waard waren belast, is een stopteken gegeven aan [medeverdachte], de bestuurder van de auto waarin ook de verdachte was gezeten. Uit de vervolgens door de opsporingsambtenaren uitgevoerde persoonscontroles bleek dat de inzittenden als "betrokkene bij diverse verdachte situaties, waaronder woninginbraken" dan wel als "verdachten ter zake van de artikelen 310 en 311 van het Wetboek van Strafrecht" waren geregistreerd. Zonder toestemming van die [medeverdachte] is daarna een aanvang gemaakt met de controle van het voertuig op aanwezigheid van inbrekerswerktuigen, erin bestaande dat een van de opsporingsambtenaren een aan de bijrijdersstoel gehangen schoudertas opzij heeft gelegd en een uit deze tas gestoken punt van een grote schroevendraaier heeft waargenomen. Hierop is de verdachte aangehouden op verdenking van overtreding van art. 2:44 APV Zwijndrecht en is de auto op de voet van art. 96b Sv doorzocht, waarbij onder meer goederen zijn aangetroffen die diezelfde avond bij een inbraak in Zwijndrecht waren weggenomen.

In deze vaststellingen ligt besloten dat de aan de doorzoeking op de voet van art. 96b Sv voorafgegane controle van het voertuig heeft plaatsgevonden in verband met eerdere woninginbraken in de Zwijndrechtse Waard en derhalve onderzoek in verband met strafbare feiten betrof en kan worden aangemerkt als opsporing als bedoeld in art. 132a Sv.

### 3.3.2

Blijkens de verwerping van het tot bewijsuitsluiting strekkende verweer heeft het Hof kennelijk geoordeeld dat de opsporingsambtenaren als toezichthouder op de voet van art. 5:11, in verbinding met art. 5:15 en/of 5:19 Awb (in samenhang met art. 2:44, eerste lid, APV Zwijndrecht) bevoegd waren het voertuig (en de lading) te onderzoeken. Dat oordeel getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. Blijkens [art. 1:6](#), aanhef en onder a, Awb zijn de hoofdstukken 2 tot en met 8 en 10 van die wet immers niet van toepassing op de opsporing en vervolging van strafbare feiten. Zulks blijkt ook uit de onder 3.2.2 vermelde wetsgeschiedenis van art. 1:6 Awb. Dat brengt met zich dat art. 5:15 en 5:19 Awb geen grondslag bieden voor het toepassen van de in die bepalingen neergelegde bevoegdheden van een toezichthouder tot - kort gezegd - het betreden van plaatsen en het onderzoeken van voertuigen en hun lading, indien die bevoegdheidsuitoefening in de concrete omstandigheden van het geval uitsluitend kan worden aangemerkt als opsporing in de zin van art. 132a Sv.”

## 32.4 HR 30 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1155

### “2.4.1

Het hof heeft onder meer het volgende vastgesteld. Door de opsporingsambtenaren [verbalisant 1] en [verbalisant 2] is het voertuig waarin de verdachte zat stilgezet. Deze opsporingsambtenaren waren bekend met recente woninginbraken in de gemeente Soest en hadden tijdens een briefing gehoord dat het op naam van verdachte tenaamgestelde voertuig meerdere keren was weggereden voor de politie en het eerder niet gelukt was om de verdachte staande te houden. De opsporingsambtenaren hebben, na het stilhouden van de auto, de identiteit gecontroleerd. Vervolgens heeft verbalisant [verbalisant 2] door de achterrauit van het voertuigen inbrekerswerktuigen waargenomen. Op grond daarvan is de verdenking ontstaan dat de verdachte zich schuldig had gemaakt aan een strafbaar feit. Hierop is de verdachte aangehouden op verdenking van overtreding van artikel 2:44 APV Soest en is de auto op de voet van artikel 96b Sv doorzocht.

In deze vaststellingen ligt besloten dat de aan de doorzoeking voorafgegane controle, bestaande uit het doen

stilhouden van de auto en het inzage vorderen in bescheiden, heeft plaatsgevonden in verband met eerdere woninginbraken in de gemeente Soest en daarom onderzoek in verband met strafbare feiten betref en uitsluitend kan worden aangemerkt als opsporing als bedoeld in artikel 132a Sv.

## 2.4.2

Zoals blijkt uit de verwerping van het door de raadsman gevoerde verweer heeft het hof geoordeeld dat de opsporingsambtenaren op grond van artikel 5:11 Awb in samenhang met artikel 2:44 en 6:2 APV Soest als toezichthouder toepassing konden geven aan de in artikel 5:19 Awb neergelegde bevoegdheden. Dat oordeel getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. Op grond van artikel 1:6, aanhef en onder a, Awb zijn de hoofdstukken 2 tot en met 8 en 10 van die wet immers niet van toepassing op de opsporing en vervolging van strafbare feiten. Dat brengt met zich dat artikel 5:19 Awb geen grondslag biedt voor het toepassen van de in die bepaling neergelegde bevoegdheden van een toezichthouder, indien die bevoegdheidsuitoefening in de concrete omstandigheden van het geval uitsluitend kan worden aangemerkt als opsporing in de zin van artikel 132a Sv.”

## 32.5 HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889

### “2.1.3

In het strafproces staat centraal dat de rechter, met inachtneming van de regels van een eerlijk proces, zoveel mogelijk een inhoudelijk oordeel velt over de beschuldiging die jegens de verdachte wordt geuit en zo recht spreekt in de concrete zaak. Zoals ook in de conclusie van de advocaat-generaal onder 189 tot uitdrukking komt, rust op de strafrechter niet de taak en verantwoordelijkheid de rechtmatigheid en de integriteit van het optreden van politie en justitie als geheel te bewaken. De strafrechter is daartoe ook niet in staat.

Toepassing van artikel 359a Sv kan ertoe strekken dat het recht van de verdachte op een eerlijk proces als bedoeld in artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM) wordt gewaarborgd. Daarnaast berust de beantwoording van de vraag of een rechtsgevolg aan een vormverzuim moet worden verbonden, en zo ja de wijze waarop dat gebeurt, in de kern op een afweging van belangen. Daarbij gaat het om de met vervolging en berechting van strafbare feiten gemoeide belangen - waaronder de belangen van waarheidsvinding en van de bestrafing van de daders van strafbare feiten - en de belangen die verband houden met de handhaving van grondrechten en de bevordering van een normconform verloop van het voorbereidend onderzoek.

Artikel 359a Sv formuleert een bevoegdheid en niet een plicht om rechtsgevolgen te verbinden aan vormverzuimen bij het voorbereidend onderzoek, en biedt de mogelijkheid te volstaan met de constatering dat een vormverzuim is begaan. Aan de rechtspraak over de verschillende in artikel 359a Sv genoemde rechtsgevolgen ligt als uitgangspunt ten grondslag dat het rechtsgevolg in verhouding moet staan tot de aard en de ernst van het vormverzuim en het door de verdachte als gevolg van het vormverzuim geleden nadeel. Dat betekent tevens dat, waar mogelijk, wordt volstaan met het - vanuit het perspectief van de met vervolging en berechting van strafbare feiten gemoeide belangen bezien - minst verstrekkende rechtsgevolg. Ook aan dit in de conclusie van de advocaat-generaal onder 120 benoemde uitgangspunt van subsidiariteit houdt de Hoge Raad vast.

(...)

## 2.2.1

De toepassing van artikel 359a Sv is onder meer beperkt tot vormverzuimen die zijn begaan bij “het voorbereidend onderzoek” tegen de verdachte. Op grond van artikel 132 Sv moet daaronder worden verstaan het onderzoek dat voorafgaat aan de behandeling ter terechtzitting. Onder die vormverzuimen zijn in het bijzonder ook begrepen normschendingen bij de opsporing. Daarbij dient op grond van artikel 132a Sv onder opsporing te worden verstaan het onderzoek in verband met strafbare feiten onder gezag van de officier van justitie met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen.

Daarnaast heeft “het voorbereidend onderzoek” in artikel 359a Sv uitsluitend betrekking op het voorbereidend onderzoek tegen de verdachte ter zake van het aan hem tenlastegelegde feit waarover de rechter die in artikel 359a Sv wordt bedoeld, heeft te oordelen. Artikel 359a Sv is dus niet van toepassing indien het verzuim is begaan buiten het verband van dit voorbereidend onderzoek. (Vgl. HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533 (*NJ* 2004/376, m.nt. Y. Buruma; *red.*), rechtsoverweging 3.4.2 en HR 18 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:706 (*NJ* 2017/456, m.nt. B.F. Keulen; *red.*), rechtsoverweging 4.3.)

## 2.2.2

Deze begrenzing tot vormverzuimen die zijn begaan bij “het voorbereidend onderzoek” tegen de verdachte, sluit echter niet uit dat de vraag aan de orde kan komen of een rechtsgevolg moet worden verbonden aan een onrechtmatige handeling jegens de verdachte die buiten het bereik van artikel 359a Sv ligt. In dit verband kan worden gedacht aan het verzuim van de officier van justitie om tijdig op grond van artikel 311 lid 1 Sv het voornemen tot het indienen van de ontnemingsvordering en/of het instellen van een strafrechtelijk financieel onderzoek kenbaar te maken (HR 11 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN2297 (*NJ* 2012/297, m.nt. M.J. Borgers; *red.*) en HR 20 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY0251 (*NJ* 2012/674; *red.*)), het gebruik van de resultaten van het door een inlichtingen- en veiligheidsdienst ingestelde onderzoek (HR 15 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP7544 (*NJ* 2012/36, m.nt. T.M. Schalken; *red.*)) en het optreden van een particuliere beveiliging (HR 20 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7501). Genoemd kan ook worden de rechtspraak waarin met betrekking tot onderzoek dat is verricht onder verantwoordelijkheid van de buitenlandse autoriteiten van een andere tot het EVRM toegetreden staat, is aanvaard dat de Nederlandse strafrechter mag onderzoeken of het gebruik van de resultaten van dat onderzoek in overeenstemming is met het recht op een eerlijk proces als bedoeld in artikel 6 lid 1 EVRM (HR 5 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5629 (*NJ* 2011/169, m.nt. T.M. Schalken; *red.*)).

Uit deze en andere rechtspraak van de Hoge Raad die in de conclusie van de advocaat-generaal onder 76-99 is besproken, volgt dat onder omstandigheden een rechtsgevolg kan worden verbonden aan een vormverzuim door een ambtenaar die met opsporing en vervolging is belast, maar dat niet is begaan bij het voorbereidend onderzoek tegen de verdachte zoals bedoeld in 2.2.1, of aan een onrechtmatige handeling jegens de verdachte door een andere functionaris of persoon dan zo'n opsporingsambtenaar. In deze rechtspraak worden criteria aangelegd die naar de bewoordingen niet steeds gelijklopend zijn, maar waarin als algemene overkoepelende maatstaf besloten ligt dat een rechtsgevolg op zijn plaats kan zijn indien het betreffende vormverzuim of de betreffende onrechtmatige handeling 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. In een dergelijk geval is de beantwoording van de vraag of een rechtsgevolg wordt verbonden aan het vormverzuim of de onrechtmatige handeling, en zo ja: welk rechtsgevolg, mede afhankelijk van de aard en de ernst van dat verzuim of die handeling. Daarbij kan aansluiting worden gezocht bij de maatstaven die in de rechtspraak van de Hoge Raad zijn ontwikkeld met betrekking tot de verschillende rechtsgevolgen die aan een vormverzuim in de zin van artikel 359a Sv kunnen worden verbonden.”

## 32.6 HR 11 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:694

### “2.4.1

Naar aanleiding van het in het cassatiemiddel bedoelde verweer heeft het hof vastgesteld dat de processen-verbaal die in het kader van de aanloop naar de doorzoeking van de woning van de verdachte zijn opgemaakt “niet voldoen aan de ter zake geldende maatstaven” en dat de verbalisanten “[d]oor de getuige de naam van de verdachte in de mond te leggen (...) de waarheidsvinding [hebben] opgerekt, zo niet geweld aangedaan” en heeft het geoordeeld dat dit “kwalijk” is. Aan de verwerping van dat verweer heeft het hof ten grondslag gelegd dat het door de verdediging gestelde vormverzuim is begaan in een vooronderzoek naar de verdenking van andere feiten dan de aan de verdachte in de onderhavige zaak tenlastegelegde overtredingen van de Wet wapens en munitie.

## 2.4.2

Dat oordeel is in het licht van het hiervoor onder 2.3 weergegeven arrest van de Hoge Raad niet zonder meer begrijpelijk omdat het hof in het midden heeft gelaten of het door hem vastgestelde verzuim in de aanloop naar de doorzoeking van de woning van de verdachte, van ‘bepalende invloed is geweest’ op het verloop van het opsporingsonderzoek naar en/of de vervolging van de verdachte ter zake van het tenlastegelegde feit. Gelet op het in dat verband gevoerde verweer stond het hof, indien die vraag bevestigend moet worden beantwoord, immers ter beoordeling of het, mede afhankelijk van zijn oordeel over de aard en de ernst van dat verzuim, daaraan een van de in voornoemd arrest genoemde rechtsgevolgen had moeten verbinden. Het cassatiemiddel slaagt.”

## 32.7 HR 15 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:931

### “2.4

Het hof heeft vastgesteld dat door de gemeente Almelo een bestuursrechtelijke (thema)controle van de bijstandsuitkeringsgegevens van de verdachte is uitgevoerd en dat naar aanleiding van die controle een concrete verdenking tegen de verdachte is ontstaan, op grond waarvan strafrechtelijk onderzoek heeft plaatsgevonden naar het in deze zaak tenlastegelegde feit. Het hof heeft vervolgens geoordeeld dat voor zover in het kader van deze bestuursrechtelijke (thema)controle sprake zou zijn geweest van een schending van het discriminatieverbod, dit geen vormverzuim in het strafrechtelijk onderzoek kan opleveren waaraan een rechtsgevolg kan worden verbonden. Dit oordeel is, gelet op wat onder 2.3 is vooropgesteld, niet zonder meer begrijpelijk, omdat het hof in het midden heeft gelaten of die - mogelijke - schending van het discriminatieverbod bij de bestuursrechtelijke (thema)controle 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. Het cassatiemiddel slaagt daarom.”

## 1. Inleiding

De Hoge Raad heeft op 1 december 2020 twee overzichtsarresten inzake artikel 359a Sv gewezen.<sup>[2]</sup> Hierin heeft de Hoge Raad vastgehouden aan zijn oude jurisprudentiële lijn, namelijk dat op de strafrechter niet de taak rust om “de rechtmatigheid en de integriteit van politie en justitie als geheel te bewaken” en dat bovendien de sanctionering van vormverzuimen met terughoudendheid dient plaats te vinden. Met deze laatste overzichtsarresten zijn er geen substantiële wijzigingen doorgevoerd, maar is slechts een aantal bestaande maatstaven genuanceerd en bijgesteld, aldus de Hoge Raad. Een van die bijstellingen ziet op een toepassingsvoorwaarde van artikel 359a Sv, namelijk dat het vormverzuim begaan moet zijn “bij het voorbereidend onderzoek”. De Hoge Raad heeft zijn eerdere rechtspraak over deze toepassingsvoorwaarde herhaald en heeft ter aanvulling op eerdere jurisprudentie een “algemene overkoepelende maatstaf”

geïntroduceerd ten aanzien van vormverzuimen die buiten het voorbereidend onderzoek zijn begaan en waarop onder omstandigheden artikel 359a Sv analoog kan worden toegepast. In deze rechtspraakrubriek ligt de focus op deze toepassingsvoorwaarde, en staat de vraag centraal in hoeverre deze in de praktijk daadwerkelijk als een drempel voor de toepassing van artikel 359a Sv fungeert. Het beeld is dat artikel 359a Sv terughoudend wordt toegepast, bijvoorbeeld waar het gaat om de toepassing van verstrekkende sancties. In deze bijdrage zal ten eerste blijken dat een dergelijke terughoudendheid minder duidelijk zichtbaar is als het gaat om de toepassingsvoorwaarde “bij het voorbereidend onderzoek”. Ook zal blijken dat dit gevolgen heeft voor de controlerende, normerende en sanctionerende taak van de strafrechter.

Allereerst gaan we in paragraaf 2 in op het geldende recht inzake de zinsnede “bij het voorbereidend onderzoek” in artikel 359a, eerste lid, Sv. Daarna staan wij in paragraaf 3 stil bij een aantal arresten waarmee de buitengrenzen van het voorbereidend onderzoek worden gemarkeerd. Vervolgens bespreken we in paragraaf 4 een aantal uitspraken waarin sprake is van onrechtmatigheden die weliswaar buiten het voorbereidend onderzoek zijn begaan, maar waarin de hierboven aangehaalde “algemene overkoepelde maatstaf” in het kader van de analoge toepassing van artikel 359a Sv een rol speelt of - naar ons inzicht - zou moeten spelen. Tot slot ronden we in paragraaf 5 af met een conclusie en gaan wij in op de vraag hoe de geschetste stand van zaken gewaardeerd moet worden.

## 2. De zinsnede “bij het voorbereidend onderzoek” in artikel 359a, eerste lid, Sv

Bij de invoering van artikel 359a Sv heeft de wetgever voor de afbakening “bij het voorbereidend onderzoek” gekozen vanuit de gedachte dat onrechtmatigheden begaan tijdens het onderzoek ter terechtzitting door de zittingsrechter zelf kunnen worden beoordeeld en indien nodig hersteld.<sup>[3]</sup> Vormverzuimen die tijdens het onderzoek ter terechtzitting worden begaan, vallen daarom buiten het toepassingsbereik van dit artikel.<sup>[4]</sup> Hetzelfde geldt voor vormverzuimen die voorafgaand aan het voorbereidend onderzoek zijn begaan of die tijdens een ander voorbereidend onderzoek zijn begaan dan dat ter zake van het tenlastegelegde feit.<sup>[5]</sup>

In het eerste overzichtsarrest *Afvoerpijp* heeft de Hoge Raad het toetsingskader voor artikel 359a Sv uiteengezet en de toepassingsvoorwaarden voor dit artikel geformuleerd. Het vormverzuim (i) dient te zijn begaan bij het voorbereidend onderzoek ter zake van het tenlastegelegde feit waarover de rechter heeft te oordelen, (ii) moet onherstelbaar zijn, (iii) mag geen betrekking hebben op bevelen inzake de toepassing van vrijheidsbenemende dwangmiddelen zodat het vormverzuim aan de rechter-commissaris kon worden voorgelegd en (iv) dient de verdachte in diens belangen te hebben geschaad.<sup>[6]</sup> Wanneer de rechter overgaat tot sanctionering van het vormverzuim, dient hij deze beslissing op grond van het derde lid van artikel 359a Sv te motiveren aan de hand van de factoren uit het tweede lid, namelijk het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt. Voorts geldt voor de verdediging een stelplicht, die inhoudt dat in het verweer duidelijk en gemotiveerd aan de hand van de factoren uit het tweede lid moet worden aangegeven tot welk rechtsgevolg het vormverzuim dient te leiden.<sup>[7]</sup>

Op het moment dat het vormverzuim buiten het voorbereidend onderzoek is begaan, vindt artikel 359a Sv geen toepassing. De vraag is echter wat onder “bij het voorbereidend onderzoek” moet worden verstaan.

### 2.1 Binnen het voorbereidend onderzoek

Voor wat betreft het voorbereidend onderzoek is door de Hoge Raad in het *Afvoerpijp*-arrest als vertrekpunt artikel 132 Sv genomen, namelijk het onderzoek dat aan de behandeling van het onderzoek ter terechtzitting voorafgaat.<sup>[8]</sup> Dit onderzoek moet tegen de verdachte zijn gericht ter zake van het aan hem tenlastegelegde feit. Hier kunnen vervolgens drie vormen van onderzoek onder worden geschaard, namelijk het strafrechtelijk financieel onderzoek, het onderzoek door de rechter-commissaris en het opsporingsonderzoek.<sup>[9]</sup> In het kader van de sanctionering van vormverzuimen zijn met name de normschendingen in het opsporingsonderzoek van belang.<sup>[10]</sup> Ingevolge artikel 132a Sv wordt onder opsporing verstaan “het onderzoek in verband met strafbare feiten onder gezag van de officier van justitie met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen”. Met de inwerkingtreding van de Wet ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van



terroristische misdrijven in 2007 is artikel 132a Sv aangepast en van iedere verdenkingsvoorwaarde ontdaan.<sup>[11]</sup> In de literatuur wordt daarom aangenomen dat voor het bestaan van opsporing geen verdenking is vereist, zolang het doel van het onderzoek is gelegen in het nemen van strafvorderlijke beslissingen.<sup>[12]</sup> Het opsporingsbegrip is daarmee open en ruim geworden.

Dit brengt afbakeningsproblemen mee, bijvoorbeeld bij het trekken van de grens tussen toezicht en opsporing. Hierbij kan met name worden gedacht aan bevoegdheidsuitoefening door een ambtenaar die zowel toezichthouder als opsporingsambtenaar is. Ter beantwoording van de vraag of het optreden van zo'n ambtenaar als opsporing moet worden aangemerkt, dient te worden gekeken naar het doel van dat optreden. Luidt het antwoord op deze vraag bevestigend, dan kan artikel 359a Sv in beeld komen wanneer er sprake is van een vormverzuim, ook als dat begaan is bij de uitoefening van toezichtsbevoegdheden.<sup>[13]</sup> Bij de vraag of het vormverzuim "bij het voorbereidend onderzoek" is begaan, speelt het opsporingsbegrip dus een grote rol. Hierop zal dan ook in zowel paragraaf 3 als paragraaf 4 nader worden ingegaan.

## 2.2 Buiten het voorbereidend onderzoek

De Hoge Raad geeft aan dat de toepassingsvoorwaarde "bij het voorbereidend onderzoek" niet uitsluit dat ook aan vormverzuimen die buiten het bereik van artikel 359a Sv vallen een rechtsgevolg kan worden verbonden.<sup>[14]</sup> Het gaat dan om een analoge toepassing van artikel 359a Sv.<sup>[15]</sup> Het kan hierbij ten eerste gaan om de situatie waarin door een opsporingsambtenaar buiten het voorbereidend onderzoek ter zake van het tenlastegelegde feit een vormverzuim is begaan. Zo kan hier worden gewezen op gevallen die betrekking hebben op de zogenoemde "salaminnorm".<sup>[16]</sup> Volgens deze norm kan de verdachte geen beroep doen op artikel 359a Sv indien het vormverzuim tijdens het voorbereidend onderzoek ter zake van een ander feit is begaan of het vormverzuim tegen een ander dan de verdachte is begaan.<sup>[17]</sup>

Ten tweede noemt de Hoge Raad de situatie waarin een onrechtmatigheid tegen de verdachte is begaan door een ander dan een opsporingsambtenaar. Onder deze tweede categorie valt het handelen van particulieren waarmee de justitiële autoriteiten geen actieve bemoeienis hebben gehad.<sup>[18]</sup> Daarnaast kan het gaan om het handelen van niet-justitiële bestuursorganen en buitenlandse autoriteiten.<sup>[19]</sup>

Volgens de "algemene overkoepelende maatstaf", die de Hoge Raad in zijn laatste overzichtsarrest heeft geïntroduceerd, kan in dit verband een rechtsgevolg op zijn plaats zijn "indien het betreffende vormverzuim of de betreffende onrechtmatige handeling 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".<sup>[20]</sup> Dat aan dergelijke onrechtmatige handelingen onder omstandigheden rechtsgevolgen kunnen worden verbonden, was op basis van eerdere rechtspraak van de Hoge Raad al duidelijk.<sup>[21]</sup> De algemene overkoepelende maatstaf is als zodanig nieuw, maar ligt volgens de Hoge Raad wel besloten in die eerdere rechtspraak.<sup>[22]</sup> Daarmee zijn de niet steeds gelijklopende maatstaven uit die oudere rechtspraak in het arrest van 1 december 2020 vervangen door één algemene overkoepelende maatstaf. Bij de vraag of aan de onrechtmatigheid een rechtsgevolg dient te worden verbonden, en zo ja, welk, komt betekenis toe aan de aard en ernst van de onrechtmatigheid. Hierbij kan aansluiting worden gezocht bij de maatstaven die in de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake artikel 359a Sv zijn ontwikkeld. In paragraaf 4 zal aan de hand van de jurisprudentie van de Hoge Raad en feitenrechtspraak van na 1 december 2020 worden ingegaan op de toepassing van de algemene overkoepelende maatstaf.

## 3. Vormverzuimen bij het voorbereidend onderzoek: toezichtsbevoegdheden

In deze paragraaf wordt een aantal arresten besproken waarin de inzet van toezichtsbevoegdheden in een opsporingscontext centraal staat. Dergelijke bevoegdheden zijn een bij opsporingsambtenaren geliefd instrument, omdat zij in de regel lagere toepassingsvoorwaarden kennen. In het bijzonder geldt, anders dan bij vrijwel alle strafvorderlijke bevoegdheden, geen verdenkingsvereiste, waardoor toezichtsbevoegdheden ook kunnen worden toegepast als er nog geen redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit is gerezen, maar de autoriteiten al wel menen in actie te moeten komen.<sup>[23]</sup>

Worden bij de inzet van strafvorderlijke bevoegdheden vormen verzuimd, dan is in de meeste gevallen evident dat zo'n vormverzuim op de voet van artikel 359a Sv kan worden gesanctioneerd. Dat de inzet van toezichtsbevoegdheden met een zuiver toezichtsdoel buiten het bereik van dit artikel valt, is al even evident. Problematisch zijn met name die gevallen waarin toezichtsbevoegdheden worden ingezet op het grensvlak tussen toezicht en opsporing. Dit type gevallen vraagt om nadere overdenking van de toepasselijkheid van artikel 359a Sv.<sup>[24]</sup>

Het vormverzuim dat in zulke gevallen met name op de loer ligt, is misbruik van bevoegdheid (of *détournement de pouvoir*). Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad is echter wel afgeleid dat het verbod van *détournement de pouvoir* van alle praktische betekenis is beroofd, omdat de Hoge Raad bij de beoordeling van mogelijke gevallen van misbruik van bevoegdheid een uitgesproken formalistische benadering kiest.<sup>[25]</sup> Hieronder wordt in dit verband kort een bekend arrest besproken. Vervolgens wordt in de paragrafen 3.2 en 3.3 nader ingegaan op een drietal arresten waaruit naar ons idee blijkt dat deze zienswijze op zijn minst enige nuancering behoeft.

### 3.1 *Détournement de pouvoir* in Dynamische verkeerscontrole

Het is vaste jurisprudentie dat de toepassing van toezichtsbevoegdheden in een opsporingskader geen misbruik van bevoegdheid hoeft op te leveren, zolang deze bevoegdheden mede worden ingezet voor het (toezichts)doel waarvoor zij gegeven zijn.<sup>[26]</sup> Zelfs jegens burgers die reeds van een strafbaar feit worden verdacht mogen toezichtsbevoegdheden worden toegepast, mits de aan verdachten toekomende waarborgen in acht worden genomen.<sup>[27]</sup>

Met name de stilhoudingsbevoegdheid van artikel 160 WVV is in dit verband een beproefd middel. Het aan de kant zetten van een voertuig dat om wat voor reden dan ook de interesse van opsporingsambtenaren heeft gewekt, biedt immers een mooie gelegenheid om vast te stellen of er van dichtbij wellicht iets te horen, zien of ruiken is waarop een verdenking kan worden gebaseerd die vervolgens de inzet van verderstreckende bevoegdheden kan legitimeren. De Hoge Raad legt de opsporingspraktijk hierbij geen strobreed in de weg; aan het vereiste dat de bevoegdheid in elk geval mede voor haar oorspronkelijke doel wordt aangewend, is al voldaan, wanneer de betrokken ambtenaar een blik werpt op het rij- of kentekenbewijs.<sup>[28]</sup>

Berucht is in dit kader het arrest *Dynamische verkeerscontrole*, niet alleen omdat de Hoge Raad hierin een bescheiden opening lijkt te laten om onder meer etniciteit een rol te laten spelen bij de selectie van te controleren personen, maar ook omdat het verbod van *détournement de pouvoir* zó formalistisch wordt benaderd dat er weinig van lijkt over te blijven.<sup>[29]</sup> In tegenstelling tot het Gerechtshof Amsterdam, was de Hoge Raad er zelfs niet van onder de indruk dat de betrokken verbalisanten bij de raadsheer-commissaris - in lijn met de inhoud van het zogeheten Blauwe Boekje, een soort handleiding voor opsporingsambtenaren - hadden verklaard dat de blik op verdachtes papieren voor hen louter een formaliteit was om de rechtmatigheid van het optreden te waarborgen, terwijl de werkelijke interesse uitging naar de criminele activiteiten die de inzittenden er naar het (vage) vermoeden van de opsporingsambtenaren op nahielden. Betrokkenes papieren waren gecontroleerd en daarmee was in de ogen van de Hoge Raad de bevoegdheid van artikel 160 WVV rechtmatig ingezet. Toch is op de conclusie dat de Hoge Raad het verbod van *détournement de pouvoir* hiermee tot een papieren kwestie heeft gereduceerd wel het een en ander af te dingen.

### 3.2 De Soestse saga

Dit blijkt uit een slepende zaak die zich min of meer parallel aan *Dynamische verkeerscontrole* afspeelde. Begin 2015 houden twee verbalisanten tijdens een patrouille in de gemeente Soest een auto stil die op naam staat van de latere verdachte in een zaak die uiteindelijk tweemaal de Hoge Raad zal bereiken. In de gemeente vinden veel woninginbraken plaats en verbalisanten is tijdens een briefing gevraagd uit te kijken naar deze auto. De politie had "belangstelling" opgevat voor betrokkene omdat hij herhaaldelijk voor de politie was weggereden. Ook was opgevallen dat het aantal woninginbraken in Soest was afgenomen in een periode dat hij gedetineerd was.<sup>[30]</sup>

Terwijl één van de verbalisanten het identiteitsbewijs van de verdachte controleert, valt het oog van de tweede

verbalisant door de achterraut op een bak in de kofferbak waarin verschillende inbrekerswerktuigen liggen. De verdachte wordt hierop aangehouden op verdenking van overtreding van artikel 2:44 van de APV Soest, dat het vervoeren van “inbrekerswerktuig” verbiedt, en later wordt hij vervolgd en veroordeeld voor een inbraak die enkele dagen eerder in Soest heeft plaatsgevonden.<sup>[31]</sup>

In het midden blijft met toepassing van welke bevoegdheid de verbalisanten verdachte aan een controle hebben onderworpen, maar de verdediging gaat ervan uit dat het hier gaat om de bevoegdheid van artikel 5:19 Awb en stelt zich op het standpunt dat deze gang van zaken een geval van *détournement de pouvoir* oplevert.<sup>[32]</sup> De stilhoudingsbevoegdheid van artikel 5:19, vierde lid, Awb zou enkel zijn ingezet om een verdenking te bevestigen in het kader van een opsporingsonderzoek naar de woninginbraken die in Soest hebben plaatsgevonden.<sup>[33]</sup>

Het hof meent echter dat de enkele omstandigheid dat opsporingsambtenaren een niet-strafvorderlijke bevoegdheid met verzuim van vormen hebben ingezet en daarbij informatie hebben verkregen die aanleiding gaf tot het uitoefenen van opsporingsbevoegdheden nog niet betekent dat ook de eerste bevoegdheid is toegepast bij het vooronderzoek. Er zou daarom geen sprake zijn van een vormverzuim als bedoeld in artikel 359a Sv.<sup>[34]</sup> Dat de bevoegdheid sterke gelijkenis vertoont met een strafvorderlijke bevoegdheid maakt dit niet anders. Hetzelfde geldt voor de belangstelling die de opsporingsambtenaren in dat stadium reeds hadden opgevat voor de latere verdachte, hoewel er naar verluidt nog geen enkele aanwijzing was dat deze iets met de woninginbraken van doen had.

Het hof zoekt met deze benadering aansluiting bij *Afvoerpipij* en bedient zich van de salami-methode. Door de toepassing van de toezichtsbevoegdheid buiten het voorbereidend onderzoek te plaatsen, hoeft het zich niet meer te bekreunen over de vraag of de bestuursrechtelijke bevoegdheid wellicht onrechtmatig is toegepast.

De Hoge Raad oordeelt evenwel dat de toezichtsbevoegdheid in dit geval is uitgeoefend om concrete strafbare feiten op te helderen, waaronder het feit dat verdachte later ten laste is gelegd. Daarmee valt deze bevoegdheidstoepassing evident onder de opsporingsdefinitie van artikel 132a Sv. Dat nog geen sprake zou zijn geweest van een verdenking jegens de latere verdachte, doet daaraan niet af. Het hof had daarom in elk geval nader moeten motiveren waarom deze opsporingshandelingen géén onderdeel uitmaakten van een voorbereidend onderzoek in de zin van artikel 132 Sv.<sup>[35]</sup>

Hieruit blijkt dat of een toezichtsbevoegdheid bij het voorbereidend onderzoek is toegepast, in sommige gevallen pas achteraf kan worden vastgesteld, en wel door te bepalen of de toezichtshandelingen specifiek gericht waren op het ophelderen van een op dat moment reeds bekend en later aan verdachte tenlastegelegd feit.<sup>[36]</sup> Is dit het geval, en vinden bij deze bevoegdheidstoepassing onrechtmatigheden plaats, dan zijn deze begaan bij het voorbereidend onderzoek. Hieruit blijkt dat het toepassingsbereik van artikel 359a Sv betrekkelijk ruim is.<sup>[37]</sup> Dit brengt mee dat een verdachte ook onrechtmatigheden die zich hebben voorgedaan voordat het onderzoek zich specifiek op hem richtte ter sanctionering aan de strafrechter kan voorleggen.

Zolang toezichtsbevoegdheden rechtmatig worden toegepast, doet feitelijk niet ter zake of deze binnen de reikwijdte van het voorbereidend onderzoek vallen, omdat dan van een vormverzuim in de zin van artikel 359a Sv hoe dan ook geen sprake is. Annotator Keulen ontwaart in deze benadering een soort tweestappentoets: na terugwijzing heeft het hof zich primair te buigen over de vraag welke toezichtsbevoegdheid hier is toegepast en of dat rechtmatig is gebeurd. Pas als blijkt dat dit laatste niet het geval is, komt aan de orde of een dergelijk verzuim geacht moet worden bij het voorbereidend onderzoek te zijn begaan.<sup>[38]</sup>

Na terugwijzing treedt de toezichtsbevoegdheid van artikel 5:19 Awb scherper op de voorgrond. Het gerechtshof komt tot de slotsom dat er weinig aan de hand is: de opsporingsambtenaren waren op grond van deze bepaling wel degelijk tot de controle bevoegd. Pas toen één van hen door de achterraut de vermeende inbrekerswerktuigen waarnam, zou een verdenking zijn gerezen, en wel van overtreding van artikel 2:44 APV Soest, op grond waarvan de verdachte kon worden aangehouden en het voertuig op de voet van artikel 96b Sv inbeslaggenomen en doorzocht. Daar ligt volgens het gerechtshof het aanvangsmoment van het voorbereidend onderzoek jegens verdachte. Het gerechtshof meent dat deze situatie niet wezenlijk afwijkt van die waarover de Hoge Raad heeft geoordeeld in *Dynamische verkeerscontrole*. De verbalisanten zijn na de stilhouding begonnen met de uitoefening van de verdere bevoegdheden van artikel 5:19 Awb door de papieren

van de bestuurder te controleren. Dat zij aan het onderzoek van de lading van het voertuig niet zijn toegekomen, omdat in de tussentijd de verdenking van overtreding van de APV was gerezen, doet daaraan volgens het gerechtshof niet af.<sup>[39]</sup>

### 3.3 Een Zwijndrechts intermezzo en terug naar Soest

Tegen dit oordeel wordt opnieuw cassatie ingesteld, omdat het zich niet zou verdragen met een in de tussentijd gewezen arrest over een vrijwel identiek geval uit Zwijndrecht. Verbalisanten hebben hier een stopteken gegeven aan een auto met daarin een viertal inwoners van Den Haag, die niet willen zeggen waarom zij in Zwijndrecht zijn. In de politiesystemen staan zij als verdachten van woninginbraken geregistreerd. Als de verbalisanten om toestemming vragen om het voertuig op “de aanwezigheid van inbrekerswerktuigen te onderzoeken”, reageren de inzittenden geagiteerd. De verbalisanten besluiten het voertuig op grond van artikel 5:19 Awb te onderzoeken. Eén van de inzittenden neemt hierop de benen. Een intussen ter plaatse gekomen collega opent het bijrijdersportier en ziet aan de bijrijdersstoel een schoudertas hangen. Daaruit steekt een schroevendraaier, hetgeen reden is de auto te doorzoeken. Er worden inbrekerswerktuigen en (naar later blijkt) gestolen goederen aangetroffen.<sup>[40]</sup> Aanhouding en inbeslagneming volgen, op grond van verdenking van overtreding van artikel 2:44 APV Zwijndrecht.

Ook in deze zaak stelt de verdediging dat sprake is van misbruik van bevoegdheid, nu de genoemde toezichtsbevoegdheid uitsluitend ten behoeve van de opsporing van strafbare feiten zou zijn ingezet.<sup>[41]</sup> Met toepassing van de maatstaf dat van misbruik van bevoegdheid slechts sprake kan zijn wanneer deze uitsluitend (en dus niet enkel mede) met een opsporingsdoel voor ogen is aangewend, oordeelt het gerechtshof niettemin dat de gang van zaken in Zwijndrecht door de beugel kon.

Dat oordeel kan de Hoge Raad niet volgen. Uit hetgeen het gerechtshof heeft vastgesteld, leidt de Hoge Raad kennelijk af dat het hier aan betekenisvolle toezichtshandelingen heeft ontbroken en dat daarmee uitsluitend sprake was van opsporing in de zin van artikel 132a Sv. Dat maakt dat bij het onderzoek aan de auto geen gebruik kon worden gemaakt van de handhavingsbevoegdheden uit de Awb. Toepassing van deze bevoegdheden in het kader van de opsporing van strafbare feiten wordt immers expliciet uitgesloten in artikel 1:6, aanhef en onder a, Awb.<sup>[42]</sup> Als de Soestse zaak ten tweeden male aan de Hoge Raad wordt voorgelegd, doet hij deze af met eenzelfde rechtsoverweging.<sup>[43]</sup>

De Hoge Raad had de Soestse zaak niet al bij de eerste gelegenheid in dergelijke ondubbelzinnige bewoordingen kunnen afdoen, omdat toen nog niet vaststond dat de controle inderdaad moest worden opgevat als toepassing van de bevoegdheid van artikel 5:19 Awb en hoe de toepassing van deze bevoegdheid er in de praktijk aan toeging. Hiermee wordt duidelijk dat de tweestappenbenadering die de Hoge Raad kiest bij de beoordeling van de toepassing van toezichtsbevoegdheden in een opsporingscontext het nodige eist van de feitenrechter. Hij zal eerst moeten vaststellen welke toezichtsbevoegdheid is toegepast en of dat in de gegeven omstandigheden rechtmatig kon. Daartoe zal hij dienen na te gaan op welk moment met welk oogmerk welke bevoegdheid werd ingezet; welke informatie dat opleverde; en of die informatie voor verbalisanten aanleiding was om zich geheel op hun opsporingstaak te focussen, waardoor van rechtmatige toepassing van de toezichtsbevoegdheid in kwestie geen sprake meer kon zijn. Uit dit laatste blijkt dat de eerste stap zich in een geval als het onderhavige eigenlijk niet laat zetten, zonder óók de tweede vraag - Was het voorbereidend onderzoek al begonnen? - te beantwoorden. Anders dan men zou kunnen vermoeden, gaat van de tweestappentoets dus nauwelijks een beperking van de controlerende taak van de feitenrechter uit.

Rest de vraag wat nu het wezenlijke verschil is tussen de inbrekerswerktuigensaga en *Dynamische verkeerscontrole*, waardoor de Hoge Raad in het eerste geval een indringende beoordeling noodzakelijk acht, terwijl deze in het laatste achterwege moest blijven. In de kern gaat het in beide zaken toch om hetzelfde spanningsveld. Er zijn onzes inziens twee lezingen van het Soestse oordeel mogelijk, die evenwel allebei maar ten dele door de tekst van het arrest worden ondersteund. In de meest aansprekende interpretatie komt veel gewicht toe aan de formulering van artikel 1:6, aanhef en onder a, Awb, dat de aanwending van de handhavingsbevoegdheden uit de Awb voor opsporingsdoeleinden expliciet verbiedt. Deze bepaling kan worden gezien als een codificatie van het verbod van *détournement de pouvoir* die een iets verdergaande strekking heeft dan het ongeschreven beginsel dat in *Dynamische verkeerscontrole* centraal staat, in die zin

dat de tekst van de bepaling elke aanwending van Awb-bevoegdheden voor opsporingsdoeleinden lijkt te beletten, zelfs als deze inzet mede een toezichtsdoel dient.<sup>[44]</sup>

Deze interpretatie staat evenwel op gespannen voet met de overweging dat het politieoptreden in Soest “uitsluitend kan worden aangemerkt als opsporing als bedoeld in artikel 132a Sv” en dat artikel 5:19 Awb vanwege het in artikel 1:6, aanhef en onder a, Awb bepaalde niet kan worden toegepast “indien die bevoegdheidsuitoefening in de concrete omstandigheden van het geval uitsluitend kan worden aangemerkt als opsporing in de zin van artikel 132a Sv”.<sup>[45]</sup> Dat zo expliciet wordt vastgesteld dat het optreden uitsluitend als opsporing kan worden aangemerkt (en dus niet mede als toezicht), lijkt erop te duiden dat hier de benadering van *détournement de pouvoir* die we kennen uit *Dynamische verkeerscontrole* wordt gehanteerd, zonder dat de bijzonderheid van artikel 1:6, aanhef en onder a, Awb veel gewicht in de schaal legt. Als deze tweede lezing de juiste is, valt wel op dat de formalistische benadering die de Hoge Raad in *Dynamische verkeerscontrole* kiest minder duidelijk naar voren komt in de hier besproken arresten.

Wat hier ook van zij, de uitkomst in deze zaken is onzes inziens positief te waarderen. Zij bieden tegenwicht aan de formalistische benadering in *Dynamische verkeerscontrole* en laten zien dat de feitenrechter onder omstandigheden wel degelijk indringend zal moeten toetsen op welke wijze opsporingsambtenaren van de hun toekomstige speelruimte tussen toezicht en opsporing gebruik hebben gemaakt. Er kan niet altijd worden volstaan met de vaststelling dat alle vormvoorschriften in acht zijn genomen. Deze benadering dwingt ambtenaren in de frontlinie van de criminaliteitsbestrijding om zich voortdurend af te vragen wat de grondslag van hun optreden is.<sup>[46]</sup> Zeker bij de toepassing van toezichtsbevoegdheden in een opsporingscontext is voorzichtigheid geboden, omdat dit optreden achteraf tot het voorbereidend onderzoek kan worden gerekend.

#### 4. Onrechtmatigheden buiten het voorbereidend onderzoek

De vorige paragraaf ging over vormverzuimen bij het voorbereidend onderzoek. Deze paragraaf betreft onrechtmatigheden daarbuiten, die daarom buiten de reikwijdte van artikel 359a Sv vallen. Dit artikel kan onder omstandigheden analoog worden toegepast op dergelijke onrechtmatigheden. In paragraaf 2 is besproken dat de Hoge Raad in zijn arrest van 1 december 2020 in dat verband een algemene overkoepelende maatstaf heeft geïntroduceerd, die erop neerkomt dat het aangewezen kan zijn een rechtsgevolg te verbinden aan dergelijke onrechtmatigheden “indien [deze] van bepalende invloed [zijn] geweest op het verloop van het opsporingsonderzoek naar en/of de (verdere) vervolging van de verdachte ter zake van het tenlastegelegde feit”. In deze paragraaf wordt de toepassing van deze maatstaf besproken. Daartoe worden in paragraaf 4.1 allereerst twee arresten besproken waarin de Hoge Raad casseert. In paragraaf 4.2 wordt vervolgens een arrest besproken waarin de Hoge Raad dat niet doet. Daarbij zullen we kritische kanttekeningen plaatsen. In paragraaf 4.3 worden twee uitspraken van feitenrechters besproken waarvan wij menen dat de algemene overkoepelende maatstaf daarin onterecht niet of niet correct wordt toegepast. In paragraaf 4.4 wordt afgesloten met enkele overwegingen ter discussie.

##### 4.1 Twee arresten waarin de Hoge Raad casseert

In deze deelparagraaf bespreken we twee arresten waarin de Hoge Raad casseert, omdat in de arresten van de hoven de algemene overkoepelende maatstaf onterecht niet is toegepast.<sup>[47]</sup> Dat leidt tot een motiveringsgebrek. Onderdeel van de analoge toepassing van artikel 359a Sv is immers dat de feitenrechter moet reageren op verweren die zien op onrechtmatigheden buiten het voorbereidend onderzoek waarvan de verdediging vindt dat de rechter er een rechtsgevolg aan moet verbinden. Deze responsieplicht wordt in deze deelparagraaf nader in kaart gebracht.

Het eerste arrest is gewezen op 11 mei 2021.<sup>[48]</sup> Het hof had verdachte veroordeeld wegens het voorhanden hebben van wapens en munitie. Deze waren aangetroffen en in beslag genomen tijdens een doorzoeking van verdachtes woning. Zijn raadsman had in appel aangevoerd dat het OM niet-ontvankelijk verklaard moest worden, subsidiair dat de wapens en munitie van het bewijs uitgesloten moesten worden en verdachte vrijgesproken moest worden. Hij had aan dit verweer ten grondslag gelegd dat de onderbouwing van het

verzoek aan de rechter-commissaris om een machtiging in de zin van artikel 97, tweede lid, Sv onwaarheden had bevat. Dat verzoek had berust op twee processen-verbaal van bevindingen, die zagen op de verklaringen van een bepaalde getuige. Daarin was gerelateerd dat die getuige verdachtes naam had genoemd. Op een later moment had de officier van justitie de letterlijke uitwerking van het verhoor van die getuige bevolen. Daaruit bleek dat die getuige verdachtes naam niet letterlijk had genoemd, maar dat het de conclusie van de verbalisanten was geweest dat in die verklaring op verdachte werd gedoeld. Niettemin had de onderbouwing van bovenbedoelde machtiging enkel bestaan uit de eerdere processen-verbaal van bevindingen. Zodoende was, aldus de verdediging, een verdenking tegen verdachte geconstrueerd op basis waarvan de rechter-commissaris de machtiging voor de doorzoeking van zijn woning had afgegeven. Daarmee was die huiszoeking onrechtmatig geweest.<sup>[49]</sup>

In reactie op dit verweer had het hof vastgesteld dat de processen-verbaal die in aanloop naar de doorzoeking van verdachtes woning waren opgemaakt, niet voldeden “aan de ter zake geldende maatstaven”; dat de verbalisanten de waarheid geweld hadden aangedaan door de getuige verdachtes naam in de mond te leggen; en dat dit “kwaliijk” was. Er was dus sprake geweest van een vormverzuim, maar dit was naar 's hofs oordeel niet begaan bij het voorbereidend onderzoek als bedoeld in artikel 359a, eerste lid, Sv. De doorzoeking van verdachtes woning was namelijk verricht in verband met verdenkingen ter zake van gijzeling en/of getuigenbeïnvloeding. Pas tijdens die doorzoeking werden de wapens en munitie aangetroffen. Op grond hiervan behoefde het verweer van de verdediging naar 's hofs oordeel geen gemotiveerde weerlegging. <sup>[50]</sup>

Dit oordeel doet denken aan het oordeel van de Hoge Raad in een zaak uit 2015.<sup>[51]</sup> In die zaak waren de inzittenden van een Opel Combo gefouilleerd en was de auto doorzocht in het kader van een opsporingsonderzoek naar een diefstal met geweld zonder dat tegen hen op dat moment nog een verdenking bestond.<sup>[52]</sup> Bij die fouillering en doorzoeking waren drugs aangetroffen.<sup>[53]</sup> Het hof had die vondst van het bewijs uitgesloten en verdachte vrijgesproken, maar de Hoge Raad casseerde, omdat het vormverzuim niet had plaatsgevonden bij het voorbereidend onderzoek ter zake van het tenlastegelegde feit.<sup>[54]</sup>

Zowel het oordeel van het hof in de hier besproken zaak als het oordeel van de Hoge Raad in de zaak over de Opel Combo vinden wij onbevredigend, omdat een dergelijke formalistische benadering afbreuk doet aan de rechtsbescherming van de burger en in beide zaken bovendien geen recht doet aan de ernst van de vormverzuimen. Maar de algemene overkoepelende maatstaf blijkt uitkomst te kunnen bieden. In de hier besproken zaak heeft de Hoge Raad namelijk gecasseerd, omdat het hof onterecht had nagelaten daaraan te toetsen: was het vormverzuim, te weten de gebrekkige verbalisering, “van bepalende invloed geweest op het verloop van het opsporingsonderzoek naar en/of de verdere vervolging van de verdachte ter zake van het tenlastegelegde feit”? <sup>[55]</sup>

Na terugwijzing heeft het hof deze vraag bevestigend beantwoord. Er bestond immers een rechtstreeks verband tussen het vormverzuim en de vondst van de wapens en munitie in verdachtes woning: mede als gevolg van het vormverzuim had de rechter-commissaris voldoende redenen gezien de machtiging tot doorzoeking af te geven en zonder die doorzoeking waren die wapens en munitie daar niet aangetroffen. Het hof zag zich vervolgens gesteld voor de vraag of in het licht van de aard en ernst van het vormverzuim daaraan een rechtsgevolg verbonden moest worden, waarbij het aansluiting kon zoeken bij de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake artikel 359a Sv. Het hof heeft ook die vraag bevestigend beantwoord. Niet alleen was er onjuist geverbaliseerd, maar ook was daardoor verdachtes huisrecht (artikel 12 Gw en 8 EVRM) geschonden, in die zin dat de rechter-commissaris een machtiging had verleend die bij een juiste en volledige verslaglegging van het betreffende getuigenverhoor vermoedelijk niet was verleend, zodat de wettelijke voorwaarden voor een huiszoeking niet waren vervuld. Daardoor zijn belangrijke strafvorderlijke voorschriften in aanzienlijke mate geschonden en om te voorkomen dat opsporingsambtenaren zulke vormverzuimen in de toekomst nogmaals zullen begaan, heeft het hof bewijsuitsluiting als sanctie op die vormverzuimen noodzakelijk geacht. In dat verband heeft het onder meer overwogen dat “het van groot belang [is] dat eenieder kan vertrouwen op naar eer en geweten verbaliserende opsporingsambtenaren, omdat de strafrechtspleging bij het ontbreken van dat vertrouwen, in de woorden van de raadsman, ‘als een kaartenhuis in elkaar stort’.” Het gevolg van deze bewijsuitsluiting is dat verdachte is vrijgesproken. <sup>[56]</sup>

Het tweede arrest dat we hier bespreken, dateert van 15 juni 2021.<sup>[57]</sup> Deze zaak ging over een zogenoemde themacontrole door de gemeente Almelo. Daarover heeft het hof in zijn arrest het volgende overwogen:

“Door de gemeente Almelo is een themacontrole uitgevoerd naar mensen met een bijstandsuitkering met een buitenlandse nationaliteit of banden met dat buitenland. Een van de betreffende landen was Turkije. Door Bureau Buitenland is op verzoek van de gemeente Almelo van 26 september 2013 tot 23 december 2013 (bestuursrechtelijk) onderzoek gedaan in Turkije. In het kader van dat - nog steeds bestuursrechtelijk - onderzoek is uiteindelijk een kleinere groep personen, waaronder verdachte naar boven gekomen van wie de uitkeringsgegevens zijn gecontroleerd.

Naar aanleiding daarvan is [verdachte] uiteindelijk op 28 maart 2018 in de hoedanigheid van verdachte gehoord. Het hof is van oordeel dat op dat moment het (strafrechtelijk) voorbereidend onderzoek is aangevangen.” [58]

De CRvB had al een aantal keer geoordeeld dat deze themacontrole onrechtmatig was geweest wegens strijd met het discriminatieverbod (artikel 1 Gw en 14 EVRM).<sup>[59]</sup> De verdediging én de advocaat-generaal waren mede in dat licht van mening dat bewijsuitsluiting moest worden toegepast.<sup>[60]</sup> Het hof kwam echter tot een ander oordeel:

“Een eventuele schending van het discriminatieverbod die in het kader van de bestuursrechtelijke themacontrole - gehanteerde criteria bij de selectie van bijstandsgerechtigden - heeft plaatsgevonden, is niet aan te merken als een verzuim in het strafrechtelijk vooronderzoek als bedoeld in artikel 359a Sv.

Wat er verder ook zij van het eventuele discriminatoire karakter van de themacontrole, deze heeft alleen aanleiding gegeven voor de controle van de uitkeringsgegevens van verdachte. Naar aanleiding van die controle is een concrete verdenking tegen verdachte ontstaan en op grond van die verdenking heeft daarna strafrechtelijk onderzoek plaatsgevonden, waarbij geen vormverzuimen hebben plaatsgevonden. Er is dan ook geen sprake van een vormverzuim als bedoeld in artikel 359a Sv en geen aanleiding voor bewijsuitsluiting.”<sup>[61]</sup>

Als de Almelose themacontrole inderdaad moest worden aangemerkt als verboden discriminatie, roept ook dit oordeel in het licht van het belang van de burger bij effectieve rechtsbescherming en de ernst van dat vormverzuim op zijn minst vragen op. Hoe dan ook, de Hoge Raad casseert, “omdat het hof in het midden heeft gelaten of die - mogelijke - schending van het discriminatieverbod bij de bestuursrechtelijke (thema)controle 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.”<sup>[62]</sup> Met andere woorden: ook in deze zaak heeft het hof onterecht nagelaten te toetsen aan de algemene overkoepelende maatstaf.

Na terugwijzing zal het hof dat alsnog moeten doen.<sup>[63]</sup> Het zal zich dan tevens moeten uitlaten over de vraag of de Almelose themacontrole inderdaad strijdig was geweest met het discriminatieverbod. Als het hof wat dat betreft de CRvB volgt, en als het vervolgens oordeelt dat is voldaan aan de algemene overkoepelende maatstaf, rest de vraag of in het licht van de aard en ernst van die onrechtmatigheid een rechtsgevolg op zijn plaats is.<sup>[64]</sup> Bij de beantwoording van die vraag kan het aansluiting zoeken bij de rechtspraak van de Hoge Raad over artikel 359a Sv.

Aldus heeft de algemene overkoepelende maatstaf in een aantal zaken inmiddels aanleiding gegeven tot cassatie. De oordelen van de Hoge Raad in die zaken maken ten eerste duidelijk dat ook onrechtmatigheden buiten het voorbereidend onderzoek ter zake van het tenlastegelegde feit tot een rechtsgevolg kunnen leiden. Dat inzicht is zeker niet nieuw, maar valt vanuit rechtsbeschermingsoogpunt wel positief te waarderen. Ten tweede maken die oordelen duidelijk dat de feitenrechter in het geval dat zich buiten het voorbereidend onderzoek mogelijk een onrechtmatigheid heeft voorgedaan, meer lijkt te moeten motiveren dan enkel dát die mogelijke onrechtmatigheid zich buiten dat onderzoek heeft voorgedaan; hij zal ook moeten onderzoeken of is voldaan aan de algemene overkoepelende maatstaf. Zo ja, dan rest de vraag of een rechtsgevolg toegepast moet worden en welk.

Als de verdediging op dit punt een naar behoren onderbouwd verweer voert,<sup>[65]</sup> mag ze dus wel wat verwachten van de feitenrechter. Het is de vraag of de feitenrechter die verwachtingen steeds ook waarmaakt.<sup>[66]</sup> In de in deze deelparagraaf besproken zaken hadden de hoven reeds voor 1 december 2020 uitspraak gedaan, zodat zij nog geen rekening hadden kunnen houden met de algemene overkoepelende

maatstaf. Verderop in deze deelparagraaf stellen we de vraag aan de orde of dat in uitspraken van feitenrechters van *na* die datum wel steeds gebeurt. Maar we bespreken eerst nog een ander arrest van de Hoge Raad.

## 4.2 Een arrest waarin de Hoge Raad niet casseert

In deze deelparagraaf bespreken we een arrest van de Hoge Raad van 8 december 2020.<sup>[67]</sup> Het cassatiemiddel van de verdediging klaagde over de verwerping door het hof van het verweer dat er sprake was geweest van een vormverzuim in de zin van artikel 359a Sv.<sup>[68]</sup> De aan dit verweer ten grondslag gelegde en door het hof vastgestelde feiten waren als volgt.<sup>[69]</sup>

In december 2015 was een man, die in het dagelijks leven werkzaam was als opsporingsambtenaar, in privétijd op bezoek bij verdachte, met wie hij al jaren bevriend was. Op basis van hun gesprek kreeg de man het vermoeden dat zijn vriend een hennepkwekerij in zijn woning had. Daarop liep hij - volgens hem nadat verdachte had verzocht dat niet te doen, volgens verdachte nadat hij de man dat uitdrukkelijk had verboden - naar boven en trof hij in de slaapkamer inderdaad een hennepkwekerij aan. “Desgevraagd zei verdachte dat er op zolder nog meer stond.” Vier of vijf weken later, na overleg met een vertrouwenspersoon bij de politie en zijn lijnchef, heeft de man zijn bevindingen opgeschreven in een door hem als “proces-verbaal van bevindingen” aangeduid stuk. Op basis daarvan is een opsporingsonderzoek gestart, waarbij de hennepkwekerij tijdens een rechtmatige huiszoeking is aangetroffen.

Het hof heeft het verweer dat sprake zou zijn van een vormverzuim verworpen, omdat de handelingen van de man bij verdachte thuis in privétijd en niet in de hoedanigheid van opsporingsambtenaar waren verricht en dus niet kwalificeerden als opsporingshandelingen in de zin van artikel 132a Sv. Daarom is “het in de privésfeer al dan niet in acht nemen van algemeen aanvaarde omgangsvormen (...) niet relevant voor de vraag of er sprake is van een vormverzuim in een voorbereidend onderzoek als bedoeld in art. 359a Sv”, aldus het hof, en “[h]et hof vermag dan ook niet in te zien waarom op basis van de informatie van [de man] geen opsporingsactiviteiten hadden mogen worden ontplooid. De informatie van [de man] kon als betrouwbaar worden aangemerkt. Zij was immers afkomstig van een collega politiefunctionaris die de informatie in privétijd had verkregen.”<sup>[70]</sup>

Dit oordeel geeft volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk.<sup>[71]</sup> De overige in het cassatiemiddel aangevoerde klachten doet hij af op basis van artikel 81 RO.<sup>[72]</sup>

In onze ogen verdient dit arrest op twee punten nadere bespreking. Het eerste is het oordeel van het hof dat de handelingen van de man bij verdachte thuis niet kwalificeerden als opsporingshandelingen.<sup>[73]</sup> Daarover kan onzes inziens een boom opgezet worden. We maken hier een uitstapje naar het opsporingsbegrip. Zoals gezegd kleurt dit begrip de zinsnede “bij het voorbereidend onderzoek” in artikel 359a, eerste lid, Sv voor het belangrijkste deel in.

Opsporing wordt in artikel 132a Sv gedefinieerd als “het onderzoek in verband met strafbare feiten onder gezag van de officier van justitie met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen”. Deze definitie bevat drie elementen.<sup>[74]</sup> Wat het eerste element betreft - “onderzoek in verband met strafbare feiten” - lijkt ons evident dat de handelingen van de man bij verdachte thuis gericht waren op het ophelderen van een of meer strafbare feiten en dus aangemerkt moesten worden als dergelijk onderzoek.<sup>[75]</sup>

De discussie over de vraag of die handelingen gekwalificeerd moesten worden als opsporingshandelingen, gaat dan ook meer over het tweede en derde element. Het voert te ver die complexe discussie hier volledig te voeren. We volstaan daarom met het volgende.

Het tweede element - “onder het gezag van de officier van justitie” - betreft in de kern de vraag of de man bij verdachte thuis ‘gewoon’ burger of opsporingsambtenaar was. <sup>[76]</sup> Die vraag wordt niet volledig beantwoord met het gegeven dat de man op dat moment geen dienst had. Een opsporingsambtenaar heeft die hoedanigheid immers te allen tijde,<sup>[77]</sup> en van hem wordt zelfs verwacht buiten diensttijd als zodanig op te treden als dat nodig is.<sup>[78]</sup> Bovendien zou in de omstandigheid dat de man na de ontdekking van de



hennepkwekerij geen aangifte of bijvoorbeeld een MMA-melding heeft gedaan, zoals een 'gewone' burger wellicht zou doen, maar een door hem als proces-verbaal van bevindingen aangeduid stuk heeft opgemaakt, een aanwijzing gezocht kunnen worden dat hij bij verdachte thuis op een gegeven moment als opsporingsambtenaar heeft opgetreden en toen dus wel degelijk onder het gezag van de officier van justitie stond.

Bij het derde element - "met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen" - gaat het om de vragen of "het onderzoek dat plaatsvond, een strafvorderlijk gevolg [kon] krijgen" <sup>[79]</sup> en of "het onderzoek zich [richtte] op de vraag of strafrechtelijk [moest] worden ingegrepen". <sup>[80]</sup> In deze casus is de eerste vraag gemakkelijker te beantwoorden dan de tweede. Duidelijk is immers dat het onderzoek van de man bij verdachte thuis een strafvorderlijk gevolg *kon* krijgen: hij had verdachte bijvoorbeeld kunnen aanhouden. Bovendien *heeft* zijn onderzoek uiteindelijk ook strafvorderlijke gevolgen gekregen: naar aanleiding daarvan is een opsporingsonderzoek gestart respectievelijk voortgezet - afhankelijk van hoe je ernaar kijkt - terwijl verdachte in een later stadium is vervolgd en berecht. Minder duidelijk is dat het onderzoek van de man bij verdachte thuis gericht was op de vraag of strafvorderlijk moest worden ingegrepen. Zo stelt de advocaat-generaal in haar conclusie dat de omstandigheid dat *direct* strafrechtelijk ingrijpen is uitgebleven - de man is niet ter plekke overgegaan tot aanhouding noch tot het informeren van zijn collega's of de officier van justitie - de suggestie wekt dat hij de ontdekking van de hennepkwekerij aanvankelijk voor zich wilde houden.<sup>[81]</sup>

Hiermee is over de vraag of de man bij verdachte thuis opsporingshandelingen heeft verricht niet alles gezegd. Wij willen echter vooral benadrukken dat de discussie over die vraag niet semantisch is. Bepaalde handelingen wel of niet kwalificeren als opsporing heeft belangrijke consequenties voor de normering daarvan, die onder meer uitgaat van artikel 359a Sv. Als het hof wél had geoordeeld dat de handelingen van de man bij verdachte thuis opsporingshandelingen waren, had het op de voet van dat artikel mogelijk een aantal vormverzuimen kunnen sanctioneren met strafvermindering of misschien zelfs bewijsuitsluiting. Het gaat er daarbij om dat zonder toestemming van de bewoner en zonder machtiging bepaalde ruimten van een woning zijn betreden, <sup>[82]</sup> en dat verdachte na een vraag van de man zonder voorafgaande cautie<sup>[83]</sup> heeft verklaard dat hij op zolder nog meer hennepplanten had staan.

Zoals gezegd heeft het hof de kwestie anders afgedaan door te oordelen dat géén sprake was geweest van opsporing. Dat brengt ons op het tweede punt dat we willen bespreken. Als de handelingen van de man bij verdachte thuis niet kwalificeerden als opsporingshandelingen, had het hof zich in het licht van de algemene overkoepelende maatstaf dan vervolgens niet moeten afvragen of een mogelijke onrechtmatigheid in de zin van artikel 6:162 BW "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"? En had de Hoge Raad, nu het hof dat niet heeft gedaan, niet moeten casseren vanwege een motiveringsgebrek?

Wat de vraag betreft of de handelingen van de man (in de zienswijze van het hof dus een 'gewone' burger) bij verdachte thuis rechtmatig waren, valt erop te wijzen dat hij zich daar tegen de wil van de bewoner naar diens slaapkamer en mogelijk ook de zolder heeft begeven. Is dat geen onrechtmatige daad in de zin van artikel 6:162, eerste en tweede lid, BW? Is dat geen "doen in strijd met hetgeen volgens het maatschappelijk verkeer betaamt"? En zou bijvoorbeeld niet gesproken kunnen worden van "een inbreuk op een recht", te weten het huisrecht van verdachte? Het is dus zeker niet ondenkbaar dat sprake is geweest van een onrechtmatigheid.

Ter beantwoording van de vraag of in verband met zo'n eventuele onrechtmatigheid een rechtsgevolg op zijn plaats kan zijn, moet getoetst worden aan de algemene overkoepelende maatstaf. Daaraan lijkt te zijn voldaan: als de man niet op zoek was gegaan naar de hennepkwekerij, was deze althans op dat moment niet ontdekt, het opsporingsonderzoek tegen hem niet gestart respectievelijk voortgezet en hij niet vervolgd en berecht.

Het was kennelijk niet nodig dat het hof zich over deze kwesties boog. De vraag is waarom. Aan het einde van de vorige deelparagraaf is geconcludeerd dat de feitenrechter niet kan volstaan met de constatering dat een (mogelijke) onrechtmatigheid buiten het voorbereidend onderzoek heeft plaatsgevonden; hij zal dan tevens de algemene overkoepelende maatstaf in zijn overwegingen moeten betrekken. Dat heeft het hof in deze zaak niet gedaan. Doordat de Hoge Raad niet casseert, rijst de vraag in welke gevallen deze maatstaf wel toegepast moet worden en in welke niet. Het is temeer opvallend dat in deze zaak niet wordt gecasseerd,

omdat de Hoge Raad in zijn arrest van 1 december 2020 bij de introductie van de algemene overkoepelende maatstaf juist verwijst naar burgeropsporing als fenomeen waarop artikel 359a Sv analoog toegepast kan worden.<sup>[84]</sup> Dit fenomeen komt in de volgende deelparagraaf wederom ter sprake.

### 4.3 Feitenrechtspraak

In deze deelparagraaf besteden we aandacht aan twee uitspraken waarvan wij vinden dat de algemene overkoepelende maatstaf daarin onterecht niet of niet correct is toegepast. We bespreken ze hier bij wijze van voorbeelden.

De eerste uitspraak is gedaan op 8 april 2021 door het Gerechtshof 's-Hertogenbosch. <sup>[85]</sup> Er wordt aangifte gedaan van vermissing van een grote hoeveelheid harddisks vanuit een bedrijfspand in Venlo. Omdat de politie hier op korte termijn vermoedelijk geen onderzoek naar zal instellen, wordt enkele dagen later, op 7 mei 2012, een particulier onderzoeksbureau ingeschakeld, met de opdracht de harddisks te lokaliseren, terug te brengen en de identiteit van de wegnemer(s) te achterhalen. Er worden allerlei onderzoekshandelingen verricht, waaronder “opvraag en analyse camerabeelden omliggende bedrijven”, “observaties”, “opdrachten tot pseudokoop” en “plaatsing van een GPS-tracker”. Verder is er meerdere keren contact tussen het onderzoeksbureau en de politie. Daaruit blijkt dat de inbraak voorlopig onvoldoende prioriteit heeft om door de rechercheafdeling onderzocht te worden. Ook deelt de recherche het onderzoeksbureau mede het verzoek om onder meer de herkomst van een bepaald telefoongesprek te achterhalen op korte termijn niet te zullen oppakken. Tot slot - op 11 juni - wordt het onderzoek door de rapporteur besproken en overgedragen aan de recherche, met in het rapport de afspraak dat het onderzoeksbureau zonder overleg met de politie geen verdere opsporingshandelingen zal verrichten. Op 8 juni was de officier van justitie een opsporingsonderzoek naar deze diefstal gestart.<sup>[86]</sup>

De verdediging heeft primair niet-ontvankelijkheid van het OM bepleit, omdat

“er door een particulier onderzoeksbureau een lange reeks van ingrijpende en verstrekkende opsporingshandelingen is verricht die - gezien de duur, frequentie alsmede de gedetailleerde inhoud van de rapportages - niet anders dan in overleg met en gestuurd door politie en justitie kunnen zijn verricht. Door het handelen van het particuliere onderzoeksbureau tezamen met politie en justitie is doelbewust danwel met grove veronachtzaming van de belangen van verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak tekort gedaan. Deze omstandigheid in samenhang bezien met de overschrijding van de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6 EVRM dienen op de voet van het bepaalde in artikel 359a Sv te leiden tot niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie in de strafvervolgning.” <sup>[87]</sup>

Op dezelfde gronden heeft de verdediging subsidiair bewijsuitsluiting en vrijspraak bepleit.<sup>[88]</sup>

Het hof overweegt allereerst dat er geen reden is het OM niet-ontvankelijk te verklaren, omdat het onderzoek door het particuliere onderzoeksbureau geen voorbereidend onderzoek in de zin van artikel 359a, eerste lid, Sv inhield. Dat onderzoek was namelijk geen opsporingsonderzoek in de zin van artikel 132a Sv. Bovendien is niet gebleken dat opsporingsambtenaren er actieve bemoeienis mee hebben gehad. Weliswaar is gebleken dat er overleg is geweest tussen het particuliere onderzoeksbureau en de politie, maar niet dat opsporingsambtenaren bij het verrichte onderzoek een initiërende of faciliterende rol hebben gespeeld.<sup>[89]</sup> Aan het zogenoemde inmengingscriterium, op basis waarvan de vraag is “of politie en OM bemoeienis hebben gehad met de, al dan niet onrechtmatige, informatieverzameling door de opsporende burger”, <sup>[90]</sup> is dus niet voldaan.

Het hof overweegt vervolgens dat de resultaten van het onderzoek door het particuliere onderzoeksbureau niet van het bewijs uitgesloten hoeven te worden, omdat

“er geen sprake is van een uitzonderlijk geval waarbij door [onderzoeksbureau] een schending van aan verdachte toekomstige fundamentele rechten heeft plaatsgevonden die van dien aard is, dat daardoor geen sprake meer is van een fair trial zoals bedoeld in artikel 6 EVRM. Het hof betreft bij dit oordeel dat de verdediging de gelegenheid heeft gehad de bevindingen uit het onderzoek door [onderzoeksbureau] te <sup>[91]</sup>

betwisten.”

Aan de ene kant sluiten deze overwegingen aan bij oudere rechtspraak van de Hoge Raad. Zo overwoog hij in een arrest uit 1999 dat een niet-ontvankelijkverklaring van het OM is uitgesloten, als niet is voldaan aan het inmengingscriterium.<sup>[92]</sup> In hetzelfde arrest overwoog de Hoge Raad dat

“[n]iet kan [...] worden uitgesloten dat onrechtmatig optreden van natuurlijke of rechtspersonen [...] onder omstandigheden zodanige schending van beginselen van een behoorlijke procesorde of veronachtzaming van de rechten van de verdediging in de strafzaak tot gevolg heeft dat dit dient te leiden tot uitsluiting van bewijsmateriaal dat tengevolge van dat onrechtmatig handelen is verkregen.”<sup>[93]</sup>

Die overweging lijkt het hof te betrekken bij zijn oordeel dat in deze zaak geen bewijsuitsluiting toegepast hoeft te worden.

Aan de andere kant blijft de algemene overkoepelende maatstaf in het hier te bespreken arrest buiten toepassing, terwijl opvalt dat de politie de zaak pas echt opgepakt lijkt te hebben toen het onderzoek door het particuliere onderzoeksbureau bijna was afgerond. Dat suggereert dat dit onderzoek in ieder geval enige invloed heeft gehad op het opsporingsonderzoek en de vervolging. Waar het inmengingscriterium primair ziet op de vraag of sprake is van een vormverzuim in de zin van artikel 359a, eerste lid, Sv en 's hofs overweging over de eerlijkheid van het proces op de vraag welk rechtsgevolg verbonden moet worden aan een eventuele onrechtmatigheid, ziet de algemene overkoepelende maatstaf op nog een andere vraag, namelijk of een rechtsgevolg op zijn plaats kan zijn als buiten het voorbereidend onderzoek een onrechtmatigheid heeft plaatsgevonden. De vraag is dan ook of het hof met de hiervoor besproken overwegingen volledig heeft gereageerd op het rechtmatigheidsverweer.

De overweging dat niet is voldaan aan het inmengingscriterium, zodat er geen reden is het OM niet-ontvankelijk te verklaren, laat namelijk de mogelijkheid onverlet dat buiten het voorbereidend onderzoek een onrechtmatigheid heeft plaatsgevonden die voldoet aan de algemene overkoepelende maatstaf, zodat er toch een rechtsgevolg aan verbonden kan worden. In dat verband merken we op dat niet evident is dat de door het particuliere onderzoeksbureau verrichte onderzoekshandelingen rechtmatig waren in de zin van artikel 6:162 BW.

Dat het hof niet-ontvankelijkheid van het OM en bewijsuitsluiting overtuigend terzijde stelt, maakt dit niet anders. Bij de analoge toepassing van artikel 359a Sv kan immers aansluiting gezocht worden bij de jurisprudentie van de Hoge Raad over dat artikel. Daaruit blijkt onder meer dat als artikel 6 EVRM niet (rechtstreeks) in het geding is, niettemin op andere gronden tot strafvermindering zou kunnen worden besloten.<sup>[94]</sup> Daarbij moet wel de kanttekening geplaatst worden dat de verdediging toepassing van dat rechtsgevolg niet bepleit lijkt te hebben.

We vragen ons in het licht van het voorgaande af of dit arrest *cassatie-proof* is. Dat zal nog blijken: in deze zaak is cassatieberoep ingesteld.<sup>[95]</sup> Mogelijk richt dit zich (mede) op bovengenoemde punten.

Als tweede bespreken we een vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 25 januari 2021.<sup>[96]</sup> De verdachte was een rechtspersoon die een *all-you-can-eat*-sushirestaurant exploiteerde.<sup>[97]</sup> De rechtbank heeft hem veroordeeld wegens belastingfraude.<sup>[98]</sup> De verdediging had op vijf gronden bepleit dat het OM niet-ontvankelijk verklaard moest worden.<sup>[99]</sup> De rechtbank geeft de vijfde grond als volgt weer:

“De Belastingdienst heeft bij haar onderzoek, in het bijzonder de waarnemingen ter plaatse, bevoegdheden aangewend zonder dat daarvoor een wettelijke basis was en ook anderszins gehandeld in strijd met haar eigen beleid en richtlijnen. Er is daarom sprake van misbruik van bevoegdheden. Wanneer dit niet kan leiden tot het niet-ontvankelijk verklaren van het openbaar ministerie, dienen de resultaten van het onderzoek uitgesloten te worden van het bewijs of te leiden tot strafvermindering.”<sup>[100]</sup>

De rechtbank verwerpt dit verweer als volgt:

“De rechtbank kan niet uitsluiten dat door controlerend ambtenaren van de Belastingdienst bij de uitvoering van de waarnemingen ter plaatse is gehandeld in strijd met het eigen beleid, of dat onderzoekshandelingen

zijn verricht zonder dat aan alle daaraan gestelde voorwaarden is voldaan. Met de officier van justitie is zij echter van oordeel dat er geen aanwijzingen zijn dat de controlerend ambtenaren van de Belastingdienst bij het uitvoeren van hun onderzoek zijn aangestuurd in het kader van de strafrechtelijke vervolging. Van een vormverzuim in het voorbereidend onderzoek, als bedoeld in artikel 359a Sv, is dan ook niet gebleken, zodat hierin geen grond gelegen is om het openbaar ministerie niet ontvankelijk te verklaren, terwijl de resultaten van bedoelde onderzoeken mogen bijdragen aan het bewijs.”<sup>[101]</sup>

De rechtbank laat het dus bij de overweging dat mogelijk sprake is geweest van een onrechtmatigheid, maar niet van een vormverzuim in de zin van artikel 359a, eerste lid, Sv. Daarmee zit de rechtbank onzes inziens op de oude lijn ‘geen vormverzuim in die zin, geen rechtsgevolg’. Sinds het arrest van de Hoge Raad van 1 december 2020 weten we echter dat als buiten het voorbereidend onderzoek mogelijk een onrechtmatigheid heeft plaatsgevonden, de feitenrechter moet onderzoeken of, indien inderdaad sprake is geweest van een onrechtmatigheid, deze voldoet aan de algemene overkoepelende maatstaf.<sup>[102]</sup> Aangezien de rechtbank dat heeft nagelaten, lijkt dit vonnis ons niet hoger beroep- en cassatie-*proof*.

#### 4.4 Discussie

In paragraaf 4.1 zijn twee arresten van de Hoge Raad besproken in zaken waarin gerechtshoven voor 1 december 2020 uitspraken hadden gedaan waarin de algemene overkoepelende maatstaf onterecht niet was toegepast. De arresten van de Hoge Raad in die zaken zijn aangegepen om de motiveringsplicht van de feitenrechter in verband met rechtmatigheidsverweren nader in kaart te brengen. Vervolgens is in paragraaf 4.2 een zaak besproken waarin het hof de algemene overkoepelende maatstaf in zijn arrest ook niet had toegepast, maar in die zaak is níét gecasseerd. Daardoor rijst de vraag wanneer die maatstaf wel en niet toegepast moet worden. Op basis van de in de vorige deelparagraaf besproken uitspraken vragen we ons bovendien af of de lagere rechtspraak sinds 1 december 2020 wel steeds voldoende rekening houdt met de algemene overkoepelende maatstaf.

Met betrekking tot die vraag merken we nog het volgende op. Wij kunnen ons voorstellen dat feitenrechters er veel aan gelegen is hun werkgebied af te bakenen en niet steeds willen en kunnen treden in de rechtmatigheid van bijvoorbeeld onderzoeken door particuliere onderzoeksbureaus of de Belastingdienst. De wens van feitenrechters om piketpaaltjes te slaan voor wat betreft rechtmatigheidskwesities waarover ze zich wel en niet willen en kunnen uitlaten, is vooral goed voorstelbaar in grote en complexe strafzaken. Zeker als de verdediging meerdere rechtmatigheidsverweren voert, zal er gekozen moeten worden waarop de discussie ter terechtzitting zich hoofdzakelijk zal richten.

Het arrest van de Hoge Raad van 1 december 2020 biedt naar onze mening ook de ruimte om die piketpaaltjes te slaan. In rechtsoverweging 2.1.3 overweegt de Hoge Raad dat “op de strafrechter niet de taak en verantwoordelijkheid [rust] de rechtmatigheid en de integriteit van het optreden van politie en justitie als geheel te bewaken. De strafrechter is daartoe ook niet in staat.”<sup>[103]</sup> Bovendien maakt de algemene overkoepelende maatstaf duidelijk dat de feitenrechter zich heeft te buigen over een eventueel rechtsgevolg van een onrechtmatigheid buiten het voorbereidend onderzoek als het verband met de opsporing en vervolging dat rechtvaardigt. Bij de toetsing aan die maatstaf lijkt het ons te gaan om de vraag in welke mate de uitkomsten van dergelijk onderzoek een rol van betekenis spelen in het daaropvolgende strafproces. Als het verband tussen het verzuim en het strafproces in die zin onvoldoende sterk is, kan de feitenrechter dat motiveren en is de kous daarmee af.

In onze ogen komt het er dus op neer dat de strafrechter heeft te oordelen over hetgeen binnen de strafvordering heeft plaatsgevonden en hetgeen zich weliswaar daarbuiten heeft voorgedaan, maar toch van grote invloed is geweest op de strafvordering. Dat lijkt ons aan te sluiten bij het werkgebied van zowel de strafrechter als de officier van justitie, en bovendien vanuit rechtsbeschermingsoogpunt alleszins te billijken. Een (iets) bredere oriëntatie op onrechtmatigheden in de sfeer van de strafvordering dan de tekst van artikel 359a Sv voorschrijft, waarin het enkel gaat over vormverzuimen *bij* het voorbereidend onderzoek, sluit aan bij een vrij dominant perspectief op de toepassing van dat artikel, namelijk de bescherming van de subjectieve rechten van de verdachte.<sup>[104]</sup> Die bredere oriëntatie sluit bovendien aan bij de praktijk van bewijsvergaring, die in toenemende mate een geïntegreerd karakter heeft, waarmee onder meer wordt bedoeld dat

bewijsvergaring steeds vaker niet alleen door politie en justitie wordt gedaan, maar bijvoorbeeld ook door andere bestuursorganen, zoals de Belastingdienst.<sup>[105]</sup> Bij dit alles komt tot slot nog dat het de vraag is wie de verdachte wél rechtsbescherming zal bieden nadat tegen hem, weliswaar buiten het voorbereidend onderzoek, een onrechtmatige handeling heeft plaatsgevonden als de strafrechter dat in bepaalde gevallen - kennelijk - niet tot zijn takenpakket rekent.

## 5. Conclusie

In paragraaf 2 is onder meer uiteengezet dat uit de tekst van artikel 359a, eerste lid, Sv en de jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dat het een toepassingsvoorwaarde voor dat artikel is dat het vormverzuim is begaan bij het voorbereidend onderzoek, en wel het voorbereidend onderzoek tegen de verdachte ter zake van het aan hem tenlastegelegde feit. Op basis van de rechtspraakanalyse die in paragraaf 3 en 4 is verricht, kunnen ten aanzien van deze toepassingsvoorwaarde twee conclusies getrokken worden. De eerste is dat de begrenzende werking van de zinsnede “bij het voorbereidend onderzoek” uit artikel 359a, eerste lid, Sv beperkt is. Zo bleek uit de Soestse saga dat ook de inzet van toezichtsbevoegdheden tegen een (nog) niet-verdachte hieronder kan vallen. De tweede conclusie is dat de kous nog niet af is als de feitenrechter overweegt dat weliswaar een (mogelijke) onrechtmatigheid heeft plaatsgevonden, maar buiten het voorbereidend onderzoek. In dat geval kan immers de analoge toepassing van artikel 359a Sv in beeld komen. Die kan er onder omstandigheden toe leiden dat het toch aangewezen is een rechtsgevolg te verbinden aan die onrechtmatigheid, en als de rechter dat niet aangewezen acht, heeft hij het een en ander te motiveren. In paragraaf 4 is ingegaan op de motiveringsverplichting die dan op de rechter rust. Al met al werpt de zinsnede “bij het voorbereidend onderzoek” in artikel 359a, eerste lid, Sv dus geen absolute drempel op voor de (analoge) toepassing van dat artikel.

Die vaststelling is interessant, omdat de heersende teneur in de discussie over artikel 359a Sv is dat de toepassing ervan en in het bijzonder van de daarin neergelegde sancties door de overzichtsarresten van de Hoge Raad juist uiterst terughoudend is.<sup>[106]</sup> Corstens, Borgers en Kooijmans duiden deze teneur in termen van “perspectieven” op de toepassing van artikel 359a Sv en onderscheiden er drie: “het perspectief van de bescherming van de subjectieve rechten van de verdachte”, “het constitutionele perspectief” (of de rechtsstaatgedachte) en “het perspectief van het primaat van criminaliteitsbestrijding”.<sup>[107]</sup> Hun duiding komt erop neer dat het constitutionele perspectief in die jurisprudentie bepaald niet overheersend is, dat het perspectief van de bescherming van de subjectieve rechten van de verdachte daarin meer op de voorgrond treedt, maar wel vooral voor zover het de rechten uit artikel 6 EVRM betreft, en dat daarin het perspectief van het primaat van criminaliteitsbestrijding “doorsijpelt” voor zover het om nadeel bij de verdachte gaat dat niet gerelateerd is aan artikel 6 EVRM, zoals inbreuken op diens privacyrecht.<sup>[108]</sup>

Het is evenwel de vraag in hoeverre deze duiding ook betrekking heeft op de toepassingsvoorwaarde “bij het voorbereidend onderzoek”. Omdat deze dus geen absolute drempel opwerpt voor de (analoge) toepassing van artikel 359a Sv, lijkt deze minder in verband gebracht te kunnen worden met het perspectief van het primaat van criminaliteitsbestrijding en meer met het perspectief van de bescherming van de subjectieve rechten van de verdachte en - vooral - de rechtsstaatgedachte. Daarmee biedt (de door ons besproken jurisprudentie over) deze toepassingsvoorwaarde enig - in onze ogen wenselijk - tegenwicht tegen (de jurisprudentie over) de aspecten van artikel 359a Sv waarin die terughoudendheid wél sterker naar voren komt. Hierbij komt vooral betekenis toe aan het feit dat de Hoge Raad in zijn arrest van 1 december 2020 de algemene overkoepelende maatstaf heeft geïntroduceerd. Deze nieuwe maatstaf biedt de strafrechter de ruimte zijn controlerende, normerende en sanctionerende rol niet alleen in relatie tot de opsporing op te pakken, wat als gezegd al een vrij ruime blik kan vergen, maar ook in relatie tot de bewijsvergaring in strafzaken buiten het voorbereidend onderzoek. Die ruimte lijken feitenrechters nog niet altijd te benutten. Gezien het in toenemende mate geïntegreerde karakter van de bewijsvergaring zouden wij het toejuichen als ze dat meer gaan doen.

---

## Voetnoten

- [1] D.B. (David) Sander, S.J.C. (Stijn) van den Wijngaard en M. (Mojdeh) Kobari zijn als docenten verbonden aan de Afdeling Straf- en Strafprocesrecht van de Universiteit Leiden.
- [2] 32.5 en HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1890.
- [3] [Kamerstukken II 1993/94, 23705, nr. 3](#), p. 24.
- [4] R. Kuiper, *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014, p. 212. Overigens zien we in de rechtspraak dat het fenomeen 'parallele opsporing' zich ook leent voor de toepassing van artikel 359a Sv, zie Rb. Amsterdam 29 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BY9841.
- [5] Kuiper 2014, p. 222-223.
- [6] HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004/376, m.nt. Y. Buruma (*Afvoerpijp*), r.o. 3.4.2.
- [7] M. Samadi, 'Sanctionering en normering door de strafrechter. Aanleiding voor nader onderzoek naar de onderliggende waarden van strafvorderlijke normen', in: B.J.G. Leeuw, F.P. Ölçer & J.M. ten Voorde (red.), *Leidse gedachten voor een modern straf(proces)recht* (Meijers-reeks nr. 279), Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 132.
- [8] HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004/376, m.nt. Y. Buruma (*Afvoerpijp*), r.o. 3.4.2.
- [9] G.J.M. Corstens, bewerkt door M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 287.
- [10] HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004/376, m.nt. Y. Buruma (*Afvoerpijp*), r.o. 3.4.2. Zie ook concl. A-G F.W. Bleichrodt, ECLI:NL:PHR:2020:654, bij 32.5, onder 82.
- [11] Wet van 20 november 2006, *Stb.* 2006, 580. Zie ook M.J. Borgers, 'Het opsporingsbegrip anno 2009', in: M.J. Borgers, M.J.A. Duker & L. Stevens (red.), *Politie in beeld. Liber amicorum Jan Naeyé*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 48 en 53.
- [12] J.H. Crijns, 'De verregaande lenigheid van het opsporingsbegrip. Verkenningen op het grensvlak van toezicht en opsporing', in: T. Kooijmans e.a. (red.), *Op zoek naar evenwicht. Liber amicorum Marc Groenhuijsen*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 139.
- [13] Kuiper 2014, p. 223.
- [14] 32.5, r.o. 2.2.1-2.2.2.
- [15] Een dergelijke analoge toepassing gebeurde overigens ook voor het arrest van 1 december 2020. Zie 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 juridisch 2020, p. 184-185.
- [16] De term is van Buruma, zie Y. Buruma, 'Onrechtmatige opsporing', *DD* 2002, afl. 2, p. 198-208, i.h.b. p. 204 en Y. Buruma noot bij HR 8 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5973, NJ 2009/440, onder 2. Zie ook Samadi 2020, p. 179.
- [17] Samadi 2020, p. 179.
- [18] Kuiper 2014, p. 218.
- [19] Corstens, Borgers & Kooijmans 2021, p. 894-895.

- [20] 32.5, r.o. 2.2.2.
- [21] Concl. A-G F.W. Bleichrodt, ECLI:NL:PHR:2020:654, bij 32.5, onder 76-99.
- [22] 32.5, r.o. 2.2.2.
- [23] B.F. Keulen & G. Knigge, *Strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 339 e.v.
- [24] Zie ook Samadi 2020, p. 182-183; Crijns 2021, p. 137-139. Dit blijkt ook uit 32.2, r.o. 4.3-4.4.
- [25] Zie J.S. Nan, 'Kroniek van het straf(proces)recht', *NJB* 2016/740 onder 'Dynamische verkeerscontrole' en B.F. Keulen, noot bij HR 1 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2454, *NJ* 2017/84, onder 4.
- [26] 32.1, r.o. 3.4.
- [27] HR 21 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9670, *NJ* 2006/653, r.o. 3.5.1; 32.1, r.o. 3.4.
- [28] 32.1, r.o. 3.4.
- [29] Zie 32.1, r.o. 3.7; A. Bouman, 'Etnisch profileren bij proactief politieoptreden, mag dat van de strafrechter?', *DD* 2021/8, par. 3.2. Overigens wordt dit in de literatuur ook wel sterker uitgedrukt, zie G. Spong, 'Rassendiscriminatie bij verkeerscontroles met zegen van de Hoge Raad', in: J.G.H. Altena e.a. (red.), *In onderlinge samenhang. Liber amicorum Tineke Cleiren*, Den Haag: Boom juridisch, p. 1015-1017.
- [30] 32.4, r.o. 2.2.2 en 2.4.1.
- [31] Concl. A-G T.N.B.M. Spronken, ECLI:NL:PHR:2020:494, bij 32.4, onder 1.4.
- [32] 32.2, r.o. 4.5. Zie ook B.F. Keulen, noot bij HR 18 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:706, *NJ* 2017/456, onder 3.
- [33] Concl. A-G T.N.B.M. Spronken, ECLI:NL:PHR:2020:494, bij 32.4, onder 1.5.
- [34] 32.2, r.o. 2.2.
- [35] 32.2, r.o. 4.4.2.
- [36] Zie ook concl. A-G F.W. Bleichrodt, ECLI:NL:PHR:2020:654, bij 32.5, onder 90.
- [37] Zie ook J.M. Reijntjes, noot bij HR 30 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1155, *NJ* 2021/11, onder 7, die in dit verband spreekt van "strafrechtelijk handhavingstoezicht".
- [38] B.F. Keulen, noot bij HR 18 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:706, *NJ* 2017/456, onder 3.
- [39] Concl. A-G T.N.B.M. Spronken, ECLI:NL:PHR:2020:494, bij 32.4, onder 2.13.
- [40] Concl. A-G E.J. Hofstee, ECLI:NL:PHR:2018:128, bij 32.3, onder 5.
- [41] Zij voelt zich hierin gesterkt door Hof Amsterdam 21 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5307. Saillant genoeg is dit het arrest dat later in *Dynamische verkeerscontrole* zal sneuvelen.
- [42] 32.3, r.o. 3.3.2. Dit alles leidt overigens niet tot cassatie, omdat de verdediging haar onrechtmatigheidsverweer niet naar behoren heeft onderbouwd.
- [43] 32.4, r.o. 2.4.2.
- [44] Zie ook J.M. Reijntjes, noot bij HR 30 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1155, *NJ* 2021/11, onder 4 en 6.

[45] 32.4, r.o. 2.4.1-2.4.2.

[46] T. Kooijmans, noot bij HR 3 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:487, *NJ* 2018/296, onder 3.

[47] Zie over deze arresten ook S.M.A. Lestrade, 'Kroniek van het straf(proces)recht', *NJB* 2021/2597, afl. 35, p. 2882-2883.

[48] 32.6.

[49] Deze schets van de gang van zaken is gebaseerd op 32.6, r.o. 2.2.1-2.2.2 en Hof Amsterdam 20 januari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:111, onder het kopje "Bespreking verweer".

[50] 32.6, r.o. 2.2.2.

[51] HR 8 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2529, *NJ* 2016/481.

[52] *Ibid.*, r.o. 2.3. Hoewel degenen die op dat moment in verband werden gebracht met de overval ook in een Opel Combo zouden rijden, was van de inzittenden van de staande gehouden auto toen zij uitstapten onmiddellijk duidelijk dat ze niet voldeden aan het signalement van de vermeende daders.

[53] *Idem.*

[54] HR 8 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2529, *NJ* 2016/481, r.o. 2.5.

[55] 32.6, r.o. 2.4.2.

[56] Hof Amsterdam 20 januari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:111, onder het kopje "Bespreking verweer".

[57] 32.7.

[58] *Ibid.*, r.o. 2.2.2.

[59] Zie bijv. CRvB 12 september 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:3166, i.h.b. r.o. 4.5-4.7. Vgl. ook F.M.E. Schulmer, C.W.C.A. Bruggeman & R. Stijnen, 'Een tweede huis is niet altijd pluis: over proportionaliteit en rechtmatig bewijs bij risicoprofielen en onderzoeken naar vermogen in het buitenland in geval van bijstandsverlening', *Gst.* 2019/61, afl. 7488, p. 295-299, i.h.b. p. 295.

[60] 32.7, r.o. 2.2.2.

[61] *Idem.*

[62] 32.7, r.o. 2.4.

[63] Ons is op het moment van schrijven niet gebleken dat het hof al een nieuwe uitspraak heeft gedaan.

[64] 32.5, r.o. 2.2.2.

[65] De eisen die daaraan gesteld worden, zijn overigens niet laag; vgl. Samadi 2020, p. 192-199. Vgl. tevens HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, *NJ* 2004/376, m.nt. Y. Buruma (*Afvoerpijp*), r.o. 3.7 en HR 11 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9130, *NJ* 2006/393, m.nt. Y. Buruma (*Hennepkwekerij*), r.o. 3.7.1.

[66] Zie verder par. 4.3.

[67] HR 8 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1975, *NJ* 2021/12.

[68] *Ibid.*, r.o. 2.2.1.



[69] *Ibid.*, r.o. 2.2.2.

[70] *Idem.*

[71] HR 8 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1975, *NJ* 2021/12, r.o. 2.4.

[72] *Ibid.*, r.o. 2.5.

[73] De conclusie van de A-G bij dit arrest betreft met name dit punt, zie concl. A-G T.N.B.M. Spronken, ECLI:NL:PHR:2021:945, bij HR 8 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1975, *NJ* 2021/12, i.h.b. onder 2.8-2.11.

[74] Corstens, Borgers & Kooijmans 2021, p. 289-291.

[75] *Ibid.*, p. 290.

[76] *Ibid.*, p. 291.

[77] Concl. A-G T.N.B.M. Spronken, ECLI:NL:PHR:2021:945, bij HR 8 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1975, *NJ* 2021/12, onder 2.8. Vgl. bijv. ook Hof Arnhem-Leeuwarden 13 juli 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:6753, r.o. 4: “Het is vaste rechtspraak van dit hof dat er geen regel is die eraan in de weg staat dat een opsporingsambtenaar met algemene opsporingsbevoegdheid buiten diensturen de hem bij of krachtens de wet toegekende bevoegdheden uitoefent”.

[78] Vgl. artikel 59 Besluit algemene rechtspositie politie.

[79] Corstens, Borgers & Kooijmans 2021, p. 290.

[80] Keulen & Knigge 2020, p. 292.

[81] Concl. A-G T.N.B.M. Spronken, ECLI:NL:PHR:2021:945, bij HR 8 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1975, *NJ* 2021/12, onder 2.10.

[82] Vgl. artikel 9, eerste lid, sub b Opw jo. 2, eerste lid, Awbi. Uit het arrest blijkt niet dat ter plekke meer is gedaan dan “zoekend rondkijken”, zodat artikel 97 Sv niet in beeld lijkt te komen.

[83] Vgl. artikel 29, tweede lid, Sv.

[84] 32.5, r.o. 2.2.2.

[85] Hof 's-Hertogenbosch 8 april 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:3143.

[86] *Ibid.*, onder het kopje “Ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in de strafvervolging”, onder D.

[87] Hof 's-Hertogenbosch 8 april 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:3143, onder het kopje “Ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in de strafvervolging”, onder A 1.

[88] *Ibid.*, onder het kopje “Bewijsuitsluiting”, onder A 2.

[89] *Ibid.*, onder het kopje “Ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in de strafvervolging”, onder B 2.

[90] S. Brinkhoff, *Startinformatie in het strafproces* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014, p. 42.

[91] Hof 's-Hertogenbosch 8 april 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:3143, onder het kopje “Bewijsuitsluiting”, onder C 2.

[92] HR 1 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1605, AA 2000, afl. 2, p. 117-121 (*Visa Card*), r.o. 3.2.

[93] *Idem.*

[94] Vgl. 32.5, r.o. 2.3.4.

[95] De inhoudsindicatie bovenaan dit arrest op [rechtspraak.nl](https://rechtspraak.nl) luidt: “gepubliceerd in verband met het ingesteld cassatieberoep”. Ons is op het moment van schrijven niet gebleken dat de Hoge Raad inmiddels al uitspraak heeft gedaan.

[96] Rb. Rotterdam 25 januari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:766.

[97] *Ibid.*, r.o. 5.2.2.

[98] *Ibid.*, r.o. 5.2.2-6, 8.2 en 8.4.

[99] *Ibid.*, r.o. 4.1.

[100] *Idem.*

[101] *Idem.* Opvallend is dat het onderdeel van het verweer van de verdediging dat strekt tot strafvermindering in de overwegingen van de rechtbank niet meer expliciet terugkomt.

[102] Zie par. 4.1.

[103] 32.5, r.o. 2.1.3.

[104] Samadi 2020, p. 241-242. Vgl. ook M.J. Borgers, ‘De toekomst van artikel 359a Sv’, *DD* 2012/25. Daarbij hoort wel de kanttekening dat de Hoge Raad bij die subjectieve rechten vooral aan het recht op een eerlijk proces lijkt te denken, hoewel de term “nadeel” uit artikel 359a, tweede lid, Sv met name in de context van strafvermindering een ruimere invulling kan krijgen; zie 32.5, r.o. 2.3.4, 2.4.1 en 2.5.2.

[105] M.F.H. Hirsch Ballin, *Over grenzen bij bewijsvergaring. Grondslagen voor geïntegreerde normering van strafrechtelijke bewijsvergaring* (oratie Amsterdam, VU), Den Haag: Boom juridisch 2018, i.h.b. p. 7-12.

[106] M. Samadi, ‘Een nieuw beoordelingskader voor de sanctionering van vormverzuimen: een stap in de goede richting?’, *NTS* 2022/05, afl. 1, p. 23-30, i.h.b. p. 24.

[107] Borgers, *DD* 2012/25; Corstens, Borgers & Kooijmans 2021, p. 872-874 en 896-898.

[108] *Idem.* Vgl. ook K.M. Pitcher & M. Samadi, ‘Integriteit als perspectief bij de rechterlijke reactie op vormverzuimen’, *DD* 2018/59, afl. 9, p. 731-746, i.h.b. p. 731.