

MASTERSCRIPTIE | STRAFRECHT

Waarborgen voor integer strafvorderlijk overheidsoptreden

SCRIBENT

dhr. A.I. Sarantoudis (Alexandros)
Studentnummer: 10145745
Email: asarantoudis@gmail.com

SCRIPTIEBEGELEIDER

mw. mr. K. Pitcher (Kelly)
Universiteit van Amsterdam
Faculteit der Rechtsgeleerdheid
Leerstoelgroep strafrechtwetenschappen

Waarborgen voor integer strafvorderlijk overheidsoptreden

Sanctionering van vormverzuimen; een waarborg voor een zuiver en rechtsgeschapen overheid?

23 juni 2013

INHOUDSOPGAVE

1.	INLEIDING	1 - 3
	§ 1.1 Aanleiding	1
	§ 1.2 Probleemstelling	2
	§ 1.3 Opbouw	3
2.	DE INTEGRITEIT VAN STRAFVORDERLIJK OVERHEIDSOPTREDEN	5 - 13
	§ 2.1 Integriteit; algemeen kader	6
	§ 2.2 Functie en doelstellingen strafproces(recht)	8
	§ 2.3 Rechterlijke controle	11
	§ 2.4 Resumé	13
3.	BETROUWBAARHEID EN RECHTMATIGHEID	14 - 20
	§ 3.1 Waarheidsvinding en rechtsbescherming	14
	3.1.1 Deugdelijkheidsregels	15
	3.1.2 Behoorlijkheidsregels	16
	§ 3.2 Vormvoorschrift en vormverzuim	17
	3.2.1 Betrouwbaarheidsaspecten	17
	3.2.2 Rechtmatigheidsaspecten	19
	§ 3.3 Resumé	20
4.	SANCTIONERING VAN ONRECHTMATIGHEDEN	21 - 53
	§ 4.1 Sanctionering; rechtsgronden, doeleinden en perspectieven	22
	4.1.1 Rechtsgronden en doeleinden	22
	4.1.2 Perspectieven	24
	§ 4.2 Wat zijn vormverzuimen in de zin van artikel 359a Sv?	25
	4.2.1 Voorbereidend onderzoek; de salami-regel	26
	4.2.2 (On)herstelbaarheid	27
	4.2.3 Rechtsgevolg blijkt niet uit de wet	28
	4.2.4 Gesloten stelsel van rechtsmiddelen; het uitputtingsvereiste	28
	§ 4.3 Het afwegingskader van artikel 359a Sv	30
	4.3.1 Het belang dat het geschonden voorschrift dient	31
	4.3.2 De ernst van het verzuim	31
	4.3.3 Het nadeel dat door het verzuim is veroorzaakt	33
	4.3.4 De ernst van het feit	35
	4.3.5 Overige relativeringen	35
	4.3.5.1 Schutznorm	36
	4.3.5.2 Causaliteit	38
	§ 4.4 Het sanctiearsenaal van artikel 359a Sv	38
	4.4.1 Constateren zonder rechtsgevolg	39
	4.4.2 Strafvermindering	40
	4.4.3 Bewijsuitsluiting	42
	4.4.4 Niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie	47
	§ 4.5 De koers van de Hoge Raad	51

5.	INTEGRITEITSWAARBORGING	54 - 69
	§ 5.1 Herijking toepassingsbereik artikel 359a Sv	55
	5.1.1 Het principe van rechterlijke waarborging van overheidsintegriteit	55
	5.1.2 Enkele bezwaren tegen herijking	56
	§ 5.2 Concepten voor aanvullende en alternatieve integriteitswaarborging	58
	§ 5.3 Naar een systeem van integrale integriteitswaarborging	62
	5.3.1 Enkele afwijzingen voor integriteitswaarborging	63
	5.3.2 Samenvoeging van enkele wenselijke concepten	67
6.	CONCLUSIE	70 - 74
	§ 6.1 Eindconclusies	70
	6.1.1 De strafrechter schiet logischerwijs tekort	70
	6.1.2 De wijze waarop onrechtmatigheden door de strafrechter worden afgedaan voorziet niet afdoende in het waarborgen van overheidsintegriteit	71
	6.1.3 Meer algemene bewaking en bevordering van overheidsintegriteit kan bereikt worden met een aanvullend buitenprocessueel controlesysteem	72
	§ 6.2 Slot	74

LIJST VAN GERAADPLEEGDE LITERATUUR

LIJST VAN GERAADPLEEGDE JURISPRUDENTIE

HOOFDSTUK 1

Inleiding

1.1 Aanleiding

Sinds jaar en dag is onrechtmatig optreden door politie en justitie een heet hangijzer,¹ welke zich de laatste jaren op hernieuwde belangstelling mag verheugen. Voornamelijk vanuit rechtsstatelijk oogpunt is waarborging van een integere overheid die zich aan de regels houdt van groot belang. Echter, als we onderstaand commentaar mogen geloven, is het zeer de vraag of die waarborging heden ten dage (nog) afdoende tot zijn recht komt.

Zo wordt vanuit de strafrechtadvocatuur niet bepaald malse kritiek geuit op de huidige koers van de Hoge Raad met betrekking tot het sanctioneren van laakbaar overheidsoptreden. Als voorbeeld kan een toespraak van Mannheims dienen, waarin zij het volgende opmerkt:

'De steeds verdergaande afbraak van verdedigingsrechten is uitermate zorgelijk. 'Het wetboek van strafvordering is gewoon de codificatie van de blunders van politie en justitie' somberde een kantoorgenoot onlangs en ik moet hem gelijk geven. Daar waar het wetboek deze blunders nog niet gecodificeerd heeft, blijkt de Hoge Raad veelal bereid deze met de mantel der liefde te bedekken. (...) De huidige tijdgeest maakt ons niet optimistischer. De roep om nog meer 'veiligheid' en nog meer repressie voert de boventoon. Nuanceringen zijn kennelijk uit de tijd. Het begrip *privacy* eveneens.'²

Daarnaast blijft de repressieve en beteugelende koers van de Hoge Raad met betrekking tot het sanctioneren van onrechtmatigheden ook in de wetenschap niet buiten schot. Naar aanleiding van de trend vormverzuimen steeds minder vaak (zwaar) te sanctioneren, is veelvuldig opgemerkt of het nou wel zo verstandig is dat de rechter zich terugtrekt als controleur van de opsporing, terwijl niet duidelijk is wie dan wel effectief toezicht houdt.³ Daar komt nog de afkeuring bij, dat de Hoge Raad een gouvernementeel en instrumenteel georiënteerd college zou zijn dat - als hoogste rechterlijke gezagsdrager - niet voldoende oog heeft voor zijn rechtsbeschermende taak en teveel vanuit de *crime-control*-gedachte redeneert.⁴ In dit kader zijn geluiden als 'rechters hebben teveel vertrouwen in het systeem' en 'de Hoge Raad is erg 'eager' om zaken te redden' niet vreemd.⁵ Niet zelden wordt volgens Schalken door de strafrechter 'een bijna onbegrensde coulance' jegens de overheid aan de dag gelegd.⁶

¹ Zie bijvoorbeeld: E. Myjer, 'Beheersing van de politie', *DD* 1975, p. 208-220 en T. Schalken, *Zelfkant van de rechtshandhaving*, Arnhem: Gouda Quint 1981.

² L. Mannheims, Welkomstwoord ter gelegenheid van het 20-jarig jubileum van De Roos&Pen (2004), <http://www.deroosenpen.nl/fileadmin/data/Publicaties/Lian_Mannheims/Welkomstwoord_ter_gelegenheid_van_het_20-jarig_jubileum_van_De_Roos_Pen__2004.pdf>.

³ Bijvoorbeeld: noot Borgers ond. 7 bij HR 4 januari 2011, *NJ* 2012/145 en noot Buruma ond. 7 bij HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/376 (Afvoerpijp).

⁴ A. Röttering, *Cassatie in strafzaken. Een rechtsbeschermend perspectief* (diss. Tilburg), Den Haag: SDU Uitgevers 2013, p. 1-3.

⁵ *Ibid*, p. 427.

⁶ Noot Schalken ond. 10 bij HR 29 maart 1994, *NJ* 1994/577.

Voldoende aanleiding dus om het huidige 'systeem' van integriteitswaarborging kritisch te analyseren en de wenselijkheid van eventuele veranderingen, aanvullingen en alternatieven nader te onderzoeken.

In dit onderzoek wordt de concentratie gericht op de wijze waarop en de mate waarin onrechtmatigheden - welke zijn begaan door de strafvorderlijke overheid - door de strafrechter worden gesanctioneerd. Het instrument dat hier centraal staat betreft artikel 359a Sv, welke de strafrechter de mogelijkheid biedt om in een individuele strafzaak vormverzuimen te sanctioneren middels strafvermindering, bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkheidsverklaring van het Openbaar Ministerie.

Hoewel het in het strafproces(recht) in de eerste plaats gaat om de vraag welke consequenties aan onrechtmatigheden in een individuele strafzaak moeten worden verbonden, speelt daarnaast het meer algemene rechtsstatelijke aspect hoe te bewerkstelligen dat de strafvorderlijke overheid zich aan de regels houdt. Daar toepassing van bovenstaande sancties nadelig kan uitpakken in het kader van effectieve bestraffing van de dader, kan de overheid middels sanctionering worden gestimuleerd rechtmatig te handelen, hetwelk dus een waarborg biedt voor de integriteit van de strafvorderlijke overheid. Indien toepassing van artikel 359a Sv niet (meer) afdoende voorziet in het waarborgen van die integriteit en men waarde hecht aan de rechtsstaat, is herijking van het huidige systeem of een alternatief daarop wellicht noodzakelijk.

1.2 Probleemstelling

Centraal in dit onderzoek staat het waarborgen van de integriteit van de strafvorderlijke overheid. Maar wat houdt die integriteit in? Hoe en met welke instrumenten wordt zij thans gewaarborgd? In hoeverre bieden die instrumenten een min of meer integrale waarborg? Welke aanvullingen en/of alternatieven op die instrumenten zijn er mogelijk? Kortom, veel vragen die roepen om nadere afbakening middels een centrale vraagstelling, welke als volgt luidt:

In hoeverre biedt de huidige strafrechtelijke reactie op vormverzuimen (nog) een waarborg voor integer strafvorderlijk overheidsoptreden, en hoe valt - zo nodig - dienaangaande een systeem van zelfstandige en integrale integriteitswaarborging te bereiken?

Deze centrale vraagstelling wordt uitgewerkt in drie onderzoeksvragen, die telkens uiteenvallen in een aantal verschillende deelvragen:

1. Wat houdt integriteit van strafvorderlijk overheidsoptreden in en in hoeverre kan zij binnen het strafproces gewaarborgd worden?
 - a. Wat wordt bedoeld met integer strafvorderlijk overheidsoptreden en in hoeverre is het noodzakelijk om die integriteit te waarborgen?
 - b. In hoeverre is integriteitswaarborging een (zelfstandig) doel van het strafproces(recht)?
 - c. In hoeverre kan de strafrechter de integriteit van de strafvorderlijke overheid binnen het strafproces controleren?

2. In hoeverre biedt artikel 359a Sv - gelet op de huidige toepassing daarvan - (nog) een waarborg met betrekking tot de integriteit van de strafvorderlijke overheid?
 - a. Welke gevolgen kunnen er aan vormverzuimen worden toegekend vanuit de verschillende oogpunten van betrouwbaarheid en rechtmatigheid?
 - b. Wat is de functie van sanctionering van vormverzuimen en welke perspectieven gelden daarbij?
 - c. Welke beoordelings- en wegingsfactoren kent artikel 359a Sv en hoe worden deze door de strafrechter toegepast?
 - d. Welke sancties kunnen op grond van artikel 359a Sv aan vormverzuimen worden toegekend en hoe worden die sancties door de strafrechter toegepast?

3. Hoe kan de integriteit van de strafvorderlijke overheid integraal gewaarborgd worden?
 - a. In hoeverre kan uitbreiding van het toepassingsbereik van artikel 359a Sv zorg dragen voor het integraal waarborgen van de integriteit van de strafvorderlijke overheid?
 - b. Welke aanvullingen en/of alternatieven op het huidige systeem zijn er mogelijk om de integriteit van de strafvorderlijke overheid te waarborgen?
 - c. Welke aanvullingen en/of alternatieven zijn geschikt om de integriteit van de strafvorderlijke overheid zelfstandig en integraal te waarborgen?

1.3 Opbouw

In hoofdstuk 2 ('De integriteit van strafvorderlijk overheidsoptreden') zal allereerst een normatief kader geschept worden omtrent de integriteit van strafvorderlijk overheidsoptreden. Hier zal onderzocht worden wat integriteit van strafvorderlijk overheidsoptreden behelst. Vervolgens zal onderzocht worden in hoeverre de strafrechter de integriteit van de strafvorderlijke overheid effectief kan waarborgen door allereerst te onderzoeken wat de functie en het doel van het strafproces(recht) is. Ten tweede komt in dit kader de reikwijdte van de toetsende taak van de strafrechter aan bod.

Hoofdstukken 3 en 4 staan vervolgens in het teken van de vraag in hoeverre de integriteit van de strafvorderlijke overheid thans gewaarborgd wordt door toepassing van het rechterlijk sanctioneringsinstrument van artikel 359a Sv. Om een goed besef te krijgen van de werking en reikwijdte van dit instrument, wordt de opzet van artikel 359a Sv en de toepassing daarvan uitgebreid geanalyseerd.

In hoofdstuk 3 ('Betrouwbaarheid en rechtmatigheid') zal allereerst een 'voorbeschouwing' plaatsvinden op het wettelijk kader van artikel 359a Sv, waar de verschillende oogpunten van betrouwbaarheid en rechtmatigheid besproken worden. Deze aspecten zijn van belang bij de wijze van afdoening door de strafrechter.

In hoofdstuk 4 ('Sanctionering van onrechtmatigheden') wordt allereerst stilgestaan bij de verschillende grondslagen en doeleinden van sanctionering, alsmede de diverse perspectieven die daarbij kunnen gelden. Voorts worden de beoordelings- en wegingsfactoren van artikel 359a Sv, alsmede de diverse sancties en haar zelfstandige toepassingscriteria besproken. Aan de hand van die analyse wordt ten slotte de koers van de Hoge Raad met betrekking tot artikel 359a Sv beschouwd, waar zal moeten blijken in hoeverre artikel 359a Sv thans (nog) een waarborg biedt voor een integere strafvorderlijke overheid. Hiermee wordt het eerste aspect van de centrale vraagstelling beantwoord.

In navolging van de conclusies uit voorgaande hoofdstukken, zal ten slotte in hoofdstuk 5 ('Integriteitswaarborging') onderzocht worden welke mogelijkheden er bestaan om te komen tot een systeem van integrale integriteitswaarborging. Hiertoe zal allereerst de mogelijkheid van herijking (oftewel uitbreiding van het toepassingsbereik) van artikel 359a Sv besproken worden, waarna verschillende aanvullingen en alternatieven op het huidige systeem uiteengezet zullen worden. Vervolgens zal de wenselijkheid van deze concepten beoordeeld worden om zodoende te komen tot een hernieuwd systeem van integriteitswaarborging. Hiermee wordt het tweede aspect van de centrale vraagstelling beantwoord.

Het onderzoek is afgesloten op 23 juni 2013.

HOOFDSTUK 2

De integriteit van strafvorderlijk overheidsoptreden

Voordat het wettelijke kader inzake constateren en sanctioneren van onrechtmatigheden binnen het strafproces nader beschouwd zal worden (zie hoofdstukken 3 en 4), is het noodzakelijk eerst een normatief kader te scheppen omtrent de integriteit van strafvorderlijk overheidsoptreden. Uiteraard is dit allereerst van belang om inzicht te krijgen in hetgeen bedoeld wordt met dergelijke integriteit. Voorts worden de functie en het doel van het strafproces(recht) en de toetsende taak van de strafrechter onderzocht. Dergelijk onderzoek is van belang, daar de mate waarin de integriteit van de overheid wordt gewaarborgd niet enkel bepaald wordt door de wijze waarop onrechtmatigheden formeel worden gesanctioneerd. Ook de wijze waarop het strafproces is ingericht, haar doelstelling en de reikwijdte van de controlerende taak van de strafrechter is bepalend bij de vraag of het strafprocesrecht een sluitend systeem biedt (of überhaupt kan bieden) met betrekking tot controle van de strafvorderlijke overheid.

De resultaten van dit hoofdstuk zullen samen met de analyse van het wettelijk kader van artikel 359a Sv ten grondslag gelegd worden aan hoofdstuk 5 alwaar gezocht wordt naar een systeem van integrale integriteitswaarborging. Gelet op de te onderzoeken onderwerpen, is het goed op te merken dat dit hoofdstuk niet louter beschrijvend van aard is. Met het onderzoek naar de functie en doelstellingen van het strafproces(recht) en de reikwijdte van de controlerende taak van de strafrechter, vindt een toetsing plaats van het sanctioneringsbereik (ex artikel 359a Sv) ten aanzien van non-integer overheidsoptreden. Hoewel hiermee nog niets gezegd is over de mate waarin sanctionering ingevolge artikel 359a Sv - gelet op de toepassing daarvan - een adequate bijdrage levert aan integer overheidsoptreden (zie hoofdstukken 3 en 4), geeft het resultaat van dit hoofdstuk wel een indicatie voor de wijze waarop een controlesysteem zijn bestek dient te hebben (of te krijgen).

Allereerst zal in paragraaf 2.1 een algemene beschouwing gewijd worden aan het verschijnsel integriteit, waar uiteengezet zal worden wat integriteit - in het licht van het strafproces - behelst. Vervolgens zal in paragraaf 2.2 de functie en het doel van het strafproces(recht) besproken worden om te kunnen bepalen in hoeverre integriteitswaarborging een zelfstandig doel is in het stelsel van strafvordering. Ten slotte zal in paragraaf 2.3 onderzocht worden welke taak de strafrechter in dit geheel heeft en in hoeverre hij of zij⁷ überhaupt de mogelijkheid heeft om de integriteit van de strafvorderlijke overheid (integraal) te waarborgen.

⁷ In het vervolg wordt gemakshalve de mannelijke vorm gebezigd.

2.1 Integriteit; algemeen kader

In algemene en taalkundige zin kan integriteit allereerst een ongeschonden en onvervalste toestand van een materiële zaak behelzen, en vervolgens - in immateriële zin - een rechtgeschapen en ongekreukt karakter.^{8, 9} Wat dit laatste betreft spreekt men ook wel van 'het hart op de rechte plaats hebben', zulks impliceert dat het hierbij niet alleen om het verstand gaat, maar tevens om het gevoelsleven.¹⁰

Voorts wordt in de literatuur onderscheid gemaakt tussen subjectieve en objectieve integriteit, welke dimensies werken als communicerende vaten.¹¹ De subjectieve zijde heeft betrekking op de innerlijke motivatie van de handelende en de objectieve zijde op een normatieve inhoud van waarden en normen. Hierbij krijgt de subjectieve zijde pas betekenis wanneer iemand rechtgeschapen is ten opzichte van de objectieve normatieve inhoud. Binnen deze normatieve inhoud spreken wij van waarden als we aangeven wat de integere tot doel heeft in zijn handelen en afwegingen (bijvoorbeeld onafhankelijkheid). De normen markeren vervolgens de grenzen van het aanvaardbare.¹²

Aldus betreft integriteit het telkens (over langere tijd) maken van juiste afwegingen in het licht van de (naar tijd en plaats) geldende waarden en normen en de vereisten van een specifieke situatie met het oog op de doeleinden van de uiteindelijke beslissing. Een beslissing is 'de juiste' wanneer die beslissing optimaal beantwoordt aan al deze factoren.¹³

Wat betreft de doeleinden van de uiteindelijke beslissing, knoopt men ook wel aan bij de externe maatstaf 'welzijn'. Een opvatting in de samenleving over 'hoe het hoort' is noodzakelijk om te bepalen welke betekenis een waarde of norm in een specifieke situatie toekomt en welke waarde of norm in concreet geval dient te prevaleren.¹⁴

Terugkerend naar het onderwerp van dit hoofdstuk, de integriteit van de strafvorderlijke overheid, heeft integriteit in dit kader betrekking op de zuiverheid van politie en justitie. Zij dienen onbedorven en rechtgeschapen te handelen gedurende het proces van opsporing, vervolging en berechting. Hoewel de betekenis van het begrip integriteit voorheen nog beperkt was tot de afwezigheid van corruptie en fraude, heeft het inmiddels een veel bredere betekenis gekregen sinds de overheid zich structureel is gaan bezighouden met het waarborgen van haar integriteit. Onder integriteit wordt thans verstaan het voldoen aan de geldende normen en waarden, standaarden en regels.¹⁵ Dit impliceert dat de strafvorderlijke overheid haar bevoegdheden

⁸ H.L.C. Hermans, 'De integriteit van de rechter', *Trema* 2000/1, p. 24.

⁹ Zie ook het Latijnse 'integer vitae scelerisque purus': van onbesproken levenswandel en vrij van schuld. Volgens F. Muller & E.H. Renkema, *Beknopt Latijns-Nederlands woordenboek*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1970.

¹⁰ Hermans 2000, p. 25.

¹¹ J.E. Soeharno, 'Blind vertrouwen: de norm van rechterlijke integriteit', *Rechtstreeks* 2011/3, p. 16.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*, p. 17.

¹⁴ *Ibid.*, p. 20-21.

¹⁵ M. van der Steeg, *Politietuchtrecht. Een studie naar de juridische aspecten en de praktijk* (diss. VU Amsterdam), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2004, p. 41-42.

uitoefent binnen de daarvoor geldende wettelijke normen, aanwijzingen en richtlijnen, alsmede dat zij zich houdt aan (ongeschreven) beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging, hetwelk algemene gedragsnormen betreffen die de overheid in acht dient te nemen bij uitoefening van haar publieke taak.¹⁶

Terzijde kan integriteit in het kader van het strafproces ook betrekking hebben op de strafrechter. Allereerst heeft hij zich te houden aan een aantal fundamentele waarden, te weten: onafhankelijkheid, onpartijdigheid, onkreukbaarheid en kundigheid.¹⁷ Daarnaast heeft de strafrechter een centrale en actieve rol gedurende het onderzoek ter terechtzitting en draagt een eigen verantwoordelijkheid voor de uitkomst van het geding. Aldus dient de rechter te waarborgen dat het proces zorgvuldig, volledig, behoorlijk en op legitieme wijze verloopt (zie voor de toetsende taak van de rechter verder paragraaf 2.3).¹⁸ Hoewel een rechtgeschapen rechter, welke zich van zijn eigen verantwoordelijkheid bewust is, van groot belang is voor een integer strafproces, voert het buiten het bestek van dit onderzoek daar verder op in te gaan.¹⁹ In het vervolg zal de aandacht in hoofdorde uitgaan naar de integriteit van de strafvorderlijke overheid.

Concluderend conformeert een integere overheid zijn handelen te allen tijden aan de geldende normen, waarden, standaarden en regels. Aldus zal van non-integer strafvorderlijk overheidsoptreden sprake zijn, wanneer de overheid normen overtreedt die haar bevoegdheden beperken of structureren, dan wel zij handelt zonder bevoegdheid, alsmede wanneer de overheid buitenwettelijke gedragsregels van behoorlijk overheidsoptreden schendt.²⁰

Het moge vanzelfsprekend zijn dat een integer strafrechtsbedrijf van groot belang is vanuit rechtsstatelijk oogpunt. Immers, in het concept van de rechtsstaat staat de gedachte centraal dat de overheid zich - net als haar onderdanen - aan het recht dient te houden en voorts dat de burger in dat recht bescherming vindt tegen machtsmisbruik van de overheid, welke bescherming -

¹⁶ De beginselen betreffen het vertrouwensbeginsel, het beginsel van zuiverheid van oogmerk (*détournement de pouvoir*), het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van evenredige belangenafweging (proportionaliteit en subsidiariteit). De gedachte dat gedragingen van met bestuursmacht beklede overheidsinstellingen getoetst moeten worden aan beginselen van behoorlijk bestuur stamt uit het bestuursrecht en is sinds het Braak bij binnentreden-arrest (HR 12 december 1978, *NJ* 1979/142 m.nt. Mulder) ook toepasbaar bij handelen van strafrechtelijke autoriteiten.

Zie bijvoorbeeld: C.P.M. Cleiren, 'Identiteit van beginselen van behoorlijke strafrechtspleging en beginselen van behoorlijk bestuur?', *DD* 1990, 20.

¹⁷ Zie voor deze waarden bijvoorbeeld: *Gedragscode Rechtspraak 2010* <www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Algemeen/Documents/Gedragscode-Rechtspraak.pdf>.

¹⁸ M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, *Het onderzoek ter terechtzitting. Algemeen deel. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Groningen: RUG 1999, p. 23 en A.M. van Woensel, 'Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs', *DD* 2004, p. 146.

¹⁹ Gelet op de centrale doelstelling wordt onderzocht in hoeverre de reactie van de strafrechter op onrechtmatig overheidsoptreden een waarborg biedt voor integer strafvorderlijk *overheidsoptreden*. Non-integriteit van de rechter (bijvoorbeeld corruptheid) kan weliswaar ernstig nadelige gevolgen hebben voor de eerlijkheid, legitimititeit en deugdelijkheid van het (straf)proces, doch staat los van de onrechtmatigheden die zich (gedurende het voorbereidend onderzoek; zie artikel 359a lid 1 aanhef Sv) bij politie en/of justitie hebben voorgedaan en de mate waarin daar een sanctie op volgt.

²⁰ Zie ook paragraaf 3.2.2.

uiteindelijk - wordt geboden door een onafhankelijke rechter.²¹ De rechter beschermt hiermee de constitutie en de democratie, welke taak dus verder reikt dan individuele rechtsbescherming.²²

Een integere overheid is voorts van groot belang vanwege het vertrouwen dat de burger in haar moet kunnen hebben en haar maatschappelijke voorbeeldfunctie. In de woorden van Corstens zal de overheid het fatsoen, de redelijkheid en beschaving moeten tonen waaraan het bij de bedrijver van het onrecht (de verdachte) nu juist (vermoedelijk) heeft ontbroken.²³ Aantasting van overheidsintegriteit schaadt het gezag van die overheid en daarmee de effectiviteit van diens optreden.²⁴ Wanneer de overheid regels overtreedt, op de naleving waarvan zij zelf moet toezien, dient derhalve enige consequentie te volgen om normvervaging tegen te gaan, onrechtmatig handelen in de toekomst te voorkomen en - in het ergste geval - om te voorkomen dat de staatsmacht van de overheid ontaardt en daarmee vervalt in rechteloze *crime fighting*.²⁵

Daarnaast dienen (straf)rechters eveneens integer te zijn om oneerlijke procedures en onrechtvaardige uitspraken te voorkomen. Hiermee onderscheiden wij ons van voorouders uit donkere middeleeuwen waarin de wreedheid en tirannie van 'Justitie' hoogtij vierde.²⁶

2.2 Functie en doelstellingen strafproces(recht)

Nu in voorgaande paragraaf uiteen is gezet wat integriteit behelst en waarom het van belang is de integriteit van de strafvorderlijke overheid te waarborgen, wordt in deze paragraaf stil gestaan bij de functie en doelstelling van het strafproces(recht). Hoewel strafvordering voorziet in een systeem waarin integriteitschendingen consequenties kunnen ondervinden (zie hoofdstuk 4), is het van belang te onderzoeken of integriteitswaarborging een zelfstandig belang vormt in het strafprocesrecht. Een antwoord op deze vraag helpt ons verder bij de vraag in hoeverre overheidsintegriteit met het huidige systeem integraal kan worden gewaarborgd. Voorts is de visie op het strafproces(recht) bepalend voor de afbakening van de toetsende taak van de strafrechter (zie verder paragraaf 2.3).

²¹ T. Blom, 'De meest passende sanctie: de Hoge Raad en onrechtmatig verkregen bewijs', *DD* 2002, p. 1053 en Röttering 2013, p. 416-417.

Zie voorts: H.J.R. Kaptein, 'Over de zin van onrechtmatige verkregen bewijs. Materieelrechtelijk verantwoorde gevolgen van strafvorderlijke vormverzuimen', in: H.J.R. Kaptein (red.), *Onrechtmatig verkregen bewijs*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2000, p. 31: "Die integriteit is van overwegend belang onder andere omdat strafvordering zich afspeelt tussen partijen met zeer ongelijke middelen en in ieder geval zeer ongelijke bevoegdheden."

²² Röttering 2013, p. 80.

²³ G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 9.

²⁴ Van de Steeg 2004, p. 43.

²⁵ Schalken 1981, p. 79.

²⁶ Hermans 2000, p. 23-24.

Treffend is hier de overdenking van Tedaldo in Giovanni di Boccaccio, *De Decamerone*. Vertaling door C.J. Kelk, Den Haag: Kruseman 1968 (oorspr. 1470): '(..) hij begon te overwegen, hoe talrijk en menigvuldig de dwalingen zijn, waartoe het verstand van de mensen vervallen kon zijn, terwijl hij allereerst aan zijn broeders dacht, die een ander in zijn plaats beweend en begraven en toen op een valse verdenking een onschuldige aangeklaagd en diens doodvonnis door onwaar getuigenis bewerkt hadden, en vervolgens aan de blinde strengheid, niet alleen van de wetten maar ook van de rechters, die vaak in hun hoedanigheid van ijverige vorsers naar de waarheid tot wreedheid vervallen en het valse doen staven en zich dienaren Gods en der gerechtigheid noemen, daar zij eigenlijk de voorvechters van het onrecht en de[s] duivels zijn'.

Strafvordering omvat ten behoeve van de opsporing, vervolging en berechting van strafbare feiten een genormeerd stelsel van bevoegdheden, dat bestaat uit regels die deze bevoegdheden in het leven roepen zodat het materiële strafrecht tot gelding kan komen.²⁷ Hiermee veronderstelt het strafprocesrecht het bestaan van (materiële) strafbepalingen, welke bepalingen niet tot gelding kunnen komen zonder enige vorm van proces. Procedurele regels zijn immers noodzakelijk om aan te geven wie, in welke gevallen en op welke wijze tegen een individuele (verdachte) burger mag optreden. Aldus biedt het strafproces een forum waarbinnen abstracte strafrechtelijke normen kunnen worden toegepast op een concreet geval en verleent het daarmee een noodzakelijke schakel tussen strafbaar feit en straf.²⁸

Het strafproces heeft dus als hoofddoel het verzekeren van een *juiste* toepassing van het abstracte materiële strafrecht (in een concreet geval ten aanzien van een concrete verdachte).²⁹ Dit hoofddoel valt vervolgens - in de bewoordingen van de wetgever - uiteen in enerzijds het bewerkstelligen dat schuldigen worden gestraft en anderzijds dat wordt voorkomen dat onschuldigen worden bestraft.³⁰

Om te bewerkstelligen dat schuldigen worden gestraft, biedt het strafprocesrecht instrumentele bevoegdheden aan de overheid om de waarheid boven tafel te krijgen. Waarheidsvinding is dus een noodzakelijke voorwaarde om het hoofddoel van het strafproces - een juiste toepassing van het materiële strafrecht - te bereiken. Immers, slechts wanneer men de materiële waarheid vindt, komt men er achter of een persoon schuldig of onschuldig is.³¹

Echter, een *juiste* toepassing van het materiële strafrecht heeft niet alleen betrekking op de uitkomst van het proces, maar ook op de manier waarop die uitkomst wordt bereikt. Het materiële strafrecht dient toegepast te worden op rechtmatige en rechtvaardige wijze.³² Nu bevoegdheden die de waarheidsvinding ten dienste staan een inbreuk kunnen maken op individuele grondrechten, is rechtsbescherming eveneens inherent aan het rechtskarakter van het strafprocesrecht (zie verder paragraaf 3.1).³³ Het strafproces mag zich dus niet tegen elke prijs richten tot waarheidsvinding. Door genormeerde bevoegdheden toe te kennen aan de overheid worden daarmee tegelijk de grenzen gegeven waarbinnen de overheid mag opereren. Zodoende wordt de macht van het overheidsmonopolie ingeperkt en wordt willekeur tegengegaan.

Om ten slotte te voorkomen dat onschuldigen worden bestraft, althans het risico daarvan tot aanvaardbare proporties terug te brengen, biedt het strafprocesrecht diverse waarborgen, zoals het recht van de verdachte zich te mogen verdedigen.³⁴

²⁷ Schalken 1981, p. 79-80.

²⁸ J.H. Crijns en P.P.J. van der Meij, 'Over de grenzen van de materiële waarheidsvinding', in: R.H. Haveman en H.C. Wiersinga (red.), *Langs de randen van het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 45.

²⁹ Groenhuijsen & Knigge 1999, p. 15 e.v.

³⁰ *Kamerstukken II* 1913-1914, 286, nr. 3 (MvT), p. 55.

³¹ Crijns & Van der Meij 2005, p. 46 en 55.

³² *Ibid*, p. 54.

³³ Groenhuijsen & Knigge 1999, p. 16.

³⁴ *Ibid*, p. 15.

Het strafproces is dus gericht op een *juiste* toepassing van het materiële strafrecht, waarbij waarheidsvinding en rechtsbescherming gelden als noodzakelijke afgeleiden van het adjectief 'juist'. De insteek van het strafproces wordt vervolgens bepaald door de tenlastelegging en richt zich gedurende het onderzoek ter terechtzitting op het aandeel van de desbetreffende verdachte daaromtrent. Het strafproces dient hier uiteindelijk ter verwezenlijking van een adequate reactie op het strafbare feit.³⁵

Het bovenstaande geeft een stevige indicatie dat het strafproces zich niet primair richt tot het gedrag van de overheid. Dit vermoeden wordt voorts versterkt door het feit, dat de wetgever bij de wijze van afdoening van onrechtmatigheden aansluiting heeft gezocht bij het beslissingsschema van de artikelen 348-350 Sv (zie verder paragraaf 2.3). Alternatieve sanctiemodaliteiten binnen het strafproces zoals disciplinaire maatregelen en schadevergoeding, welke nadruk leggen op de laakbaarheid van het overheidsoptreden en bestraffing van die overheid, zijn door de wetgever afgewezen.³⁶ Wanneer de rechter fouten van de overheid in zijn oordeel betreft doet hij dit altijd met het oog op de berechting van de verdachte.³⁷

Men kan echter goed de principiële mening zijn toegedaan, dat het strafproces zich naast berechting van de verdachte ook *zou moeten* richten tot het waarborgen van de integriteit van de strafvorderlijke overheid, daar het aan de rechter is de kwaliteit van de strafrechtpleging te waarborgen.³⁸ Hoewel de rechtsstaat ermee gediend is dat de rechter een bepaald niveau van procesvoering handhaaft, lijkt voor 'policing the police' (thans) weinig ruimte te bestaan. In de rechterlijke taakopvatting staat 'testing the evidence' centraal.³⁹ Zo accepteert de Hoge Raad bijvoorbeeld geen niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie louter om de overheid er van te doordringen dat haar optreden niet door de beugel kan.⁴⁰

Gelet op het bovenstaande moet geconstateerd worden, dat controle van de strafvorderlijke overheid (thans) geen zelfstandig doel binnen het strafproces betreft. Hoewel sinds de invoering van artikel 359a Sv het strafproces mede kan strekken tot het controleren van de overheid in zijn bevoegdheidsuitoefening,⁴¹ kan die integriteitswaarborging niet als autonoom doel beschouwd

³⁵ Y.G.M. Baaijens-Van Geloven, 'De rechtsgevolgen (sanctionering) van onrechtmatigheden in het opsporingsonderzoek', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004, p. 379.

³⁶ *Ibid.*, p. 354 en *Kamerstukken II 1993-1994*, 23 705, nr. 3, p. 25-26 (MvT).

Zie bijvoorbeeld ook Hof Amsterdam 30 november 2011, *LJN BU9340*: 'Dat betekent dat de verdachte geen rechtens te respecteren belang heeft bij het ingestelde hoger beroep, mede gelet op het feit dat een onderzoek naar de legitimiteit van het strafvorderlijk handelen van politie en Openbaar Ministerie *geen zelfstandig doel* is van het strafproces'.

³⁷ Baaijens-Van Geloven 2004, p. 354.

³⁸ Zie bijvoorbeeld: S. Janssen, 'De rechter policet wel degelijk', *Advocatenblad* 8 augustus 2008; S. Janssen, 'Nobody policing the police', *Advocatenblad* 31 maart 2006; Y. Buruma, 'Onrechtmatige opsporing', *DD* 2002, 2, p. 207; M.C.D. Embregts, *Uitsluitel over bewijsuitsluiting, Een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatige verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2003, p. 320-331; Schalken 1981, p. 80 en 87.

³⁹ Baaijens-Van Geloven 2004, p. 379.

⁴⁰ Bijvoorbeeld: HR 7 februari 2012, *RvdW* 2012/302, r.o. 2.4 en HR 29 juni 2010, *NJ* 2010/442 m.nt. Schalken, r.o. 3.5. Zie verder hoofdstuk 4.

⁴¹ Buruma 2002, p. 207.

worden. Immers, het gaat in het strafproces telkens om het onderzoek naar het tenlastegelegde en het aandeel van de verdachte. De omvang van controle van de overheid (en de mate van sanctionering) is daarmee uiteindelijk afhankelijk van de mate waarin de desbetreffende verdachte door non-integer overheidsoptreden in zijn belangen is getroffen. Door de restrictieve opzet en toepassing van artikel 359a Sv komt integriteitscontrole van de strafvorderlijke overheid lang niet altijd tot gelding (zie verder hoofdstuk 4).

2.3 Rechterlijke controle

Hierboven is vastgesteld dat integriteitswaarborging geen zelfstandig doel is van het strafproces(recht). Hoewel deze vaststelling indicatief is voor beperkte integriteitscontrole door de strafrechter gedurende het onderzoek ter terechtzitting, behoeft de toetsende taak van de rechter meer uitvoerige bespreking. Beantwoording van de vraag hoe ver de rechterlijke controle reikt met betrekking tot de rechtmatigheid van strafvorderlijk overheidsoptreden geeft - in samenhang met het doel van het strafproces - een min of meer volledig beeld omtrent de mogelijkheden van de strafrechter om de integriteit van de strafvorderlijke overheid binnen het strafproces te waarborgen.

Zoals in de vorige paragraaf al even ter sprake kwam en vooropgesteld moet worden, richt het onderzoek ter terechtzitting zich niet op het optreden van politie en justitie, maar op de beoordeling van het tenlastegelegde feit en het aandeel van de verdachte daaromtrent. Hierbij is de rechter bij de uitoefening van zijn taak gebonden aan de vragen van de artikelen 348 en 350 Sv alsmede de dwingende volgorde daarvan. Dientengevolge is de strafrechter aangewezen op de in de artikelen 349 en 352 Sv genoemde antwoorden.⁴² Zijn mogelijkheden zijn dus beperkt door het strafvorderlijk beslissingschema en de doeleinden van het strafproces, waardoor hij geen controle uitoefent indien de uitkomsten van het onderzoek op geen enkele manier doorwerken in dat beslissingschema.⁴³ Werkt de onrechtmatigheid wel door in het beslissingschema, dan staat vervolgens niet *bestrafing* van dat verzuim voorop, maar de juistheid van de te nemen beslissing.⁴⁴

Daar komt bij, dat niet van de rechter wordt gevraagd om steeds na te gaan of alle handelingen in het voorbereidend onderzoek rechtmatig zijn geweest. De rechter moet alleen dan ambtshalve een onderzoek in stellen naar de rechtmatigheid wanneer de onrechtmatigheid uit het dossier *blijkt*.⁴⁵ Als er geen kenbare gebreken zijn, mag de rechter de rechtmatigheid van het voorhanden bewijs veronderstellen. Pas wanneer er redenen zijn om aan die rechtmatigheid te twijfelen dient nader onderzoek ingesteld te worden. Hiervan kan sprake zijn indien uit het strafdossier het

⁴² C.P.M. Cleiren & P.A.M. Mevis, 'Het dubbelzijdige karakter van onrechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden', in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Voor risico van de overheid?*, Arnhem: Gouda Quint 1996, p. 194-195.

⁴³ Baaijens-Van Geloven 2004, p. 379.

⁴⁴ *Ibid*, p. 381.

⁴⁵ Schalken 1981, p. 82.

rechtstreekse en ernstige vermoeden rijst dat er sprake is van een gebrek of onrechtmatigheid, dan wel wanneer daaromtrent verweer wordt gevoerd.⁴⁶

Voorts is integriteitschending van overheidswege niet noodzakelijkerwijs een strafrechtelijke aangelegenheid. De publiekrechtelijke aanspraak van de burger op naleving van de voor de overheid geldende gedragsnorm geldt niet enkel ten aanzien van de verdachte, maar ook ten aanzien van de burger die door enig (strafvorderlijk) overheidsoptreden in zijn belangen is getroffen.⁴⁷ In geval van onrechtmatigheden jegens een burger die niet of niet langer als verdachte wordt aangemerkt (en derhalve niet wordt vervolgd), komt de strafrechter hoe dan ook niet aan bod en heeft deze dus geen enkele ingang om zich over de kwestie uit te laten. De benadeelde burger kan de strafrechter immers niet op eigen initiatief adiëren.⁴⁸ Daar komt bij dat het strafproces geen forum is waar - naast berechting van de verdachte - overige publiekrechtelijke geschillen kunnen worden beslecht.⁴⁹

Ten slotte wordt de controlemogelijkheid van de rechter beperkt door de opportuniteit van het Openbaar Ministerie. Het is immers in beginsel aan het Openbaar Ministerie overgelaten om te beslissen of een verdachte - voor zover die er al is - strafrechtelijk wordt vervolgd of dat de zaak anderszins wordt afgedaan (bijvoorbeeld een sepot). Gelet op deze opportuniteit wordt maar een betrekkelijk klein deel van alle (opgespoorde) strafbare feiten ook daadwerkelijk berecht. Lang niet alle zaken waarin onrechtmatig is gehandeld bereiken ook daadwerkelijk strafrechter, waardoor hij maar beperkt grip heeft op de opsporingspraktijk.⁵⁰

Hoewel bovenstaande beperkingen de reikwijdte van integriteitswaarborging beknotten, wil dit niet zeggen dat de strafrechter daarom maar afgeschreven moet worden als controleur van de strafvorderlijke overheid. Ondanks dat de strafrechter - gelet op zijn beperkingen - overheidsintegriteit niet *integraal* kan waarborgen, kan hij middels de strafzaken die hem worden voorgelegd wel degelijk een bijdrage leveren aan de integriteit van politie en justitie.⁵¹ Wanneer de vereisten van artikel 359a Sv hem daartoe de mogelijkheid bieden, kan de strafrechter immers zware sancties aan non-integer handelen verbinden. Voornamelijk het effect van de sanctie niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie, welke nader wordt besproken in paragraaf 4.4.4, moet niet worden onderschat. De preventieve en normerende werking van een dergelijk zware

⁴⁶ M.J. Alink & P.D.J. van Zeben, *Getuigen in het Nederlands strafproces*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 30.

⁴⁷ Schalken 1981, p. 96.

⁴⁸ Cleiren & Mevis 1996, p. 194 en 200.

⁴⁹ *Ibid*, p. 200-201.

⁵⁰ Kaptein 2000, p. 34; M.J. Borgers, 'De toekomst van artikel 359a Sv', *DD* 2012, 25, p. 266.

⁵¹ Zie ook: Inzake opsporing. Enquêtecommissie opsporingsmethoden, *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 072, nr. 10-11.

"De rechter dient zich actiever met de controle op de opsporing bezig te houden. Bovendien moet de opsporing duidelijk in de wet worden genormeerd. Deze combinatie van enerzijds een duidelijke wettelijke normering van de opsporing en anderzijds een solide rechterlijke controle op de opsporing, diende te waarborgen dat de politie niet wederom op eigen gezag en, ernstiger nog, op onrechtmatige wijze allerlei opsporingsactiviteiten zou ontplooiën. Artikel 359a Sv geeft de rechter de bevoegdheid om vormverzuimen te sanctioneren. Daarmee heeft de rechter op het eerste gezicht een omvangrijk instrument tot zijn beschikking om controle uit te oefenen op het optreden van politie en justitie in het voorbereidend onderzoek".

sanctie overstijgt de individuele strafzaak waarin die sanctie is uitgesproken. Daarmee kan een dergelijke sanctie ook zijn weerslag hebben op het voorbereidend onderzoek van andere (lopende) strafzaken.

Hoewel aan beperkingen onderhevig, staat de strafrechter de integriteit van de strafvorderlijke overheid dus wel ten dienste. De bijdrage aan integriteitswaarborging middels artikel 359a Sv kan dus niet bij voorbaat weinig adequaat genoemd worden. Om er achter te komen in hoeverre toepassing van dit instrument effectief is voor het leveren van een bijdrage aan het waarborgen van overheidsintegriteit, is een nadere analyse van het wettelijk kader inzake constateren en sanctioneren van vormverzuimen noodzakelijk. Deze analyse vindt plaats in de hierna volgende hoofdstukken 3 en 4.

2.4 Resumé

Een zuiver en rechtgeschapen organisatie van politie en justitie, welke zich telkens houdt aan de geldende normen en waarden, standaarden en regels, is van groot rechtsstatelijk belang. De rechtsstaat berust immers op de gedachte dat zowel burger als overheid zich aan de regels dient te houden. Om de kwaliteit en integriteit van de rechtsstaat te bewaken, dient de rechter toe te zien op naleving van procedureregels en recht te spreken volgens de eisen van een behoorlijke rechtspleging.

De strafrechter kan de integriteit van het overheidsoptreden echter niet in algemene zin integraal bewaken en bevorderen, hij schiet logischerwijs tekort. Immers, doel van het strafproces(recht) is verwezenlijking van een juiste toepassing van het materiële strafrecht. Hiermee is de tenlastelegging inzet van het strafgeding en dient het aandeel van de terechtstaande verdachte onderzocht te worden. Wanneer een eventuele onrechtmatigheid niet doorwerkt in het beslissingsschema van de artikelen 348 en 350 Sv, zal hij deze niet kunnen beoordelen. Daarnaast wordt in beginsel niet van de strafrechter verwacht dat hij telkens nagaat of alle handelingen uit het voorbereidend onderzoek rechtmatig zijn geweest. De rechtmatigheid wordt verondersteld, tenzij er goede redenen zijn daar aan te twifelen. Voorts is integriteitschending niet noodzakelijkerwijs een strafrechtelijke aangelegenheid. Dergelijke schendingen kunnen ook burgers treffen die niet - of niet meer - vervolgd worden. Ten slotte wordt de grip van de rechter op de opsporingspraktijk sterk gereduceerd doordat lang niet alle strafzaken de strafrechter bereiken.

Gelet op bovenstaande beperkingen lijkt de strafrechter in eerste instantie niet (voldoende) geoutilleerd om de integriteit van de strafvorderlijke overheid geheel zelfstandig te waarborgen. De strafrechter levert echter wel een belangrijke bijdrage aan het waarborgen overheidsintegriteit wanneer hij onrechtmatigheden (zwaar) sanctioneert. Hij dient derhalve niet bij voorbaat afgeschreven te worden als controleur. Om de effectiviteit van het rechterlijk sanctioneringsinstrument van artikel 359a Sv te kunnen bepalen, verdient het wettelijk kader inzake constateren en sanctioneren van vormverzuimen nader onderzoek.

HOOFDSTUK 3

Betrouwbaarheid en rechtmatigheid

In navolging van hetgeen in hoofdstuk 2 omtrent de integriteit van de strafvorderlijke overheid aan de orde is geweest, vindt in dit hoofdstuk een 'voorbeschouwing' plaats met betrekking tot het wettelijk kader van artikel 359a Sv, welke de rechter de mogelijkheid biedt het verzuimen van vormvoorschriften door de strafvorderlijke overheid te sanctioneren in het kader van een individuele strafzaak.

In dit hoofdstuk wordt toegewerkt naar een antwoord op de vraag wat vormverzuimen zijn en welke gevolgen aan dergelijke verzuimen toegekend kunnen worden vanuit de verschillende oogpunten van betrouwbaarheid en rechtmatigheid. Deze 'voorbeschouwing' op het wettelijk kader is noodzakelijk aangezien - zo zal blijken - de wijze van afdoen van een vormverzuim afhankelijk is van de achtergrond van de geschonden regel, dat wil zeggen: of het geschonden voorschrift de functie heeft de betrouwbaarheid of de rechtmatigheid te waarborgen. Met die kennis kan vervolgens in hoofdstuk 4 het wettelijk kader met betrekking tot het (formeel) sanctioneren van vormverzuimen nader geanalyseerd worden.

3.1 Waarheidsvinding en rechtsbescherming

Zoals reeds ter sprake kwam in hoofdstuk 2, heeft het strafproces als hoofddoel de *juiste* toepassing van het materiële strafrecht. Als voornaamste afgeleide doelstelling geldt hierbij het boven tafel krijgen van de waarheid. Dat moet de uitkomst van het strafproces zijn, want zonder te weten wat er is gebeurd en wie daarbij betrokken was valt er niets te straffen. De uitgewerkte procedures in het Wetboek van Strafvordering strekken er dan ook in hoofddoel toe te bepalen op welke wijze het bewijs tegen de vermoedelijke dader(s) van een strafbaar feit moet worden vergaard en hoe de rechter op grond hiervan tot een eventuele veroordeling kan komen.⁵²

Hoewel het primaat gelegen is in de finaliteit van de waarheidsvinding, mag deze niet tot stand komen met miskennis van de individuele grondrechten. De rechtsstaat kan in het gedrang komen wanneer ongebreideld gebruik gemaakt wordt van opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen ten faveure van de waarheidsvinding. Deze bevoegdheden en middelen kunnen immers verregaande beperkingen van bepaalde grondenrechten met zich mee brengen. Daar komt bij, dat een *juiste* toepassing van het materiële strafrecht niet louter ziet op de uitkomst van het proces maar ook op de manier waarop het doel wordt bereikt. Dit dient op een rechtvaardige en rechtmatige wijze te gebeuren.⁵³ Aldus geldt het bieden van rechtsbescherming aan de (verdachte) burger als tweede afgeleide doelstelling.

⁵² C. van den Wyngaert, *Strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen: Maklu 2009, p. 560.

⁵³ Crijns & Van der Meij 2005, p. 54.

Het strafprocesrecht biedt het noodzakelijk compromis door naast bevoegdheden te bieden, tevens de grenzen aan te geven waar de overheid zich aan dient te houden.⁵⁴ De wettelijke regeling van strafvorderlijke bevoegdheden heeft daarmee een dubbelzijdig karakter. Enerzijds dienen zij het belang van de waarheidsvinding door de overheid bevoegdheden toe te kennen, en anderzijds worden deze bevoegdheden genormeerd en bieden zij rechtsbescherming aan de (verdachte) burger.⁵⁵

De verschillende belangen van waarheidsvinding en rechtsbescherming vinden hun weerslag in twee onderscheiden soorten regels, respectievelijk *deugdelijkheidsregels* en *behoorlijkheidsregels*. Deze twee soorten regels worden in de hierna volgende subparagrafen (3.1.1 en 3.1.2) afzonderlijk besproken.

3.1.1 Deugdelijkheidsregels

Zoals hierboven reeds is aangehaald, is het strafproces primair gericht op waarheidsvinding; de reconstructie van strafrechtelijk relevante gebeurtenissen in het verleden ten behoeve van het nemen van strafrechtelijke beslissingen.⁵⁶ Hoewel vanuit epistemologisch oogpunt kan worden beweerd dat 'de waarheid' niet bestaat of zich niet laat kennen,⁵⁷ streeft het strafproces naar het achterhalen van de materiële waarheid.⁵⁸

Kanttekening bij dit streven is echter, dat de rechter er niet bij was toen het tenlastegelegde werd gepleegd.⁵⁹ Derhalve moet 'de waarheid' niet beschouwd worden als een met zekerheid te bereiken doel, maar meer als een richtinggevend ideaal. Aldus wordt een praktisch werkbaar (gerelativeerd) waarheidsconcept gehanteerd, dat de rechter de mogelijkheid biedt om tot veroordeling over te gaan wanneer hij op basis van wettige bewijsmiddelen tot de overtuiging is gekomen dat de verdachte het tenlastegelegde heeft begaan.⁶⁰ Het gaat dus niet zozeer om het ontdekken van dé waarheid, maar om het construeren daarvan tot een niveau van aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid, zulks voor veroordeling door de strafrechter noodzakelijk is.

⁵⁴ G.J.M. Corstens/M.J. Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 6-7.

⁵⁵ Cleiren & Mevis 1996, p. 189.

⁵⁶ M.J. Dubelaar, 'Betrouwbaarheid versus rechtmatigheid in strafzaken', *RM Themis* 2009-4, p. 93.

⁵⁷ De waarheid wordt ook wel begrepen als een subjectief maaksel dat afhankelijk is van het gezichtspunt van de waarnemer. Het is dus maar wat je er zelf van maakt. Zie bijvoorbeeld: G.H. de Vries, 'Wat is waarheid? Een filosofische benadering', in: *Justitiële Verkenningen* 2002, nr. 2, p. 16-25 en Crijns & Van der Meij 2005, p. 47.

⁵⁸ De materiële waarheid is een zekere gerelativeerde waarheid die gedurende het strafproces wordt vastgesteld. Het gaat hierbij om een bepaalde afbeelding, voorstelling of perceptie van de waarheid. Daarmee is de waarheid wat daarvoor in redelijkheid mag worden gehouden als uitkomst van het tegen de verdachte gevoerde strafproces. Daarnaast beperkt die waarheid zich tot hetgeen moet worden vastgesteld ten behoeve van de bewezenverklaring van het tenlastegelegde. Hiertegenover staat de absolute waarheid die enkel bij exacte wetenschappen tot op zekere hoogte benaderd kan worden.

Zie hierover bijvoorbeeld: J.H. Crijns, 'Een kroniek van de strafrechtelijke waarheidsvinding', in: J.H. Crijns (red.), *De waarde van waarheid. Opstellen over waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008, p. 18 en N.J.M. Kwakman, 'De strafrechter en de deskundige. Over de waarheidscondities en waarheidsdefinities in het straf(proces)recht', *RM Themis* 2010-5/6, p. 184-193.

⁵⁹ Is dat wel het geval, dan dient hij zich te verschonen ex art. 517 Sv.

⁶⁰ Crijns 2008, p. 19-20.

Om het proces van waarheidsvinding zo accuraat mogelijk te laten verlopen bestaan er tal van procedurele regels die de betrouwbaarheid van bewijsmateriaal trachten te waarborgen. De gedachte is, dat wanneer het proces van waarheidsvinding deugdelijk is verlopen, de betrouwbaarheid gewaarborgd is. Het betreffen dus niet alleen regels die instrumenteel zijn voor de materiële waarheidsvinding, maar ook regels die daar onlosmakelijk mee verbonden zijn. Immers, zonder betrouwbaar bewijs is een deugdelijk proces van waarheidsvinding onmogelijk.⁶¹

De veelal methodologische of technische *deugdelijkheidsregels* die de totstandkoming van betrouwbare bewijsmiddelen plegen te waarborgen, vindt men vaak in de vorm van een instructienorm voor de overheid. Men denke bijvoorbeeld aan richtlijnen voor forensisch-technisch onderzoek, circulaires en aanwijzingen. Hoewel deze regels niet telkens zijn opgenomen in een formele wet, hebben zij wel normzettende werking.⁶² Immers, het verzuimen van deugdelijkheidsregels kan consequenties hebben met betrekking tot de betrouwbaarheid van het verkregen bewijs. Daarmee kan de legitimiteit van het rechterlijk oordeel geweld aangedaan worden.⁶³

3.1.2 Behoorlijkheidsregels

Zoals reeds in paragraaf 3.1 ter sprake kwam, is waarheidsvinding niet het enige belang dat het strafprocesrecht voor ogen staat. Ook de rechtsbescherming van de (aan het strafrecht onderworpen) (verdachte) burger behoeft nadere regels.

Behoorlijkheidsregels betreffen regels die betrekking hebben op inbreuken van grondrechten.⁶⁴ Deze regels stellen veelal strenge eisen bij het gerechtvaardigd schenden van grondrechten en dienen derhalve het belang van rechtsbescherming. Men denke hierbij bijvoorbeeld aan de wettelijke regeling omtrent het doorzoeken van woningen (artikel 97 Sv) en het plaatsen van een telefoontap (artikel 126m Sv). Het strafproces mag zich niet tot elke prijs en met alle middelen richten op de vaststelling van de materiële waarheid.⁶⁵ Aldus beogen deze regels de behoorlijkheid van het strafproces te waarborgen door bevoegdheden van de overheid te normeren en rechten aan de verdachte toe te kennen.

In tegenstelling tot deugdelijkheidsregels, zijn behoorlijkheidsregels - gelet op het legaliteitsbeginsel ex artikel 1 Sv - in beginsel wel in een formele wet gecodificeerd. Immers, inbreuken op grondrechten vereisen steeds een wettelijke basis, hetgeen rechtszekerheid voor de justitiabele biedt.⁶⁶ De burger wordt dientengevolge in de mogelijkheid gebracht te voorspellen wanneer een inbreuk op zijn grondrecht gerechtvaardigd is.

⁶¹ Dubelaar 2009, p. 94.

⁶² J.F. Nijboer, *Forensische expertise - steeds opnieuw een uitdaging in de (straf)rechtspleging*, Deventer: Kluwer 2009, p. 51.

⁶³ Dubelaar 2009, p. 94.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Crijns & Van der Meij 2005, p. 54.

⁶⁶ Embregts 2003, p. 53-54.

Concluderend kunnen dus twee soorten regels onderscheiden worden: regels die instrumenteel zijn voor de waarheidsvinding en regels die de rechten van de verdachte beschermen. Verzuim van deugdelijkheidsregels staat in verband met de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal en verzuim van behoorlijkheidsregels staat in verband met de rechtmatigheid en rechtvaardigheid van het strafproces en daarmee de behoorlijkheid van de procedure.⁶⁷ Dit laat echter onverlet, dat beide soorten regels veelal werken als communicerende vaten en betrouwbaarheids- en rechtmatigheidsaspecten vaak door elkaar lopen.⁶⁸

3.2 Vormvoorschrift en vormverzuim

Vormvoorschriften zijn alle voorschriften - zowel geschreven als ongeschreven - die het strafproces raken. Het begrip vormverzuim omvat zowel het niet naleven van voorschriften betreffende de formele inrichting van het onderzoek als onrechtmatigheden bij de opsporing (zowel optreden van politie als Openbaar Ministerie).⁶⁹ Bij schending van een deugdelijkheids- of behoorlijkheidsregel is dus sprake van een vormverzuim.

In de volgende subparagrafen (3.2.1 en 3.2.2) zal besproken worden welke consequenties verbonden kunnen worden aan niet naleving van enerzijds deugdelijkheidsregels (betrouwbaarheid) en anderzijds behoorlijkheidsregels (rechtmatigheid).

3.2.1 Betrouwbaarheidsaspecten

Zoals reeds bleek uit subparagraaf 3.1.1, staat bij de betrouwbaarheid de deugdelijkheid van bewijsvergaring voorop. Een vormverzuim kan dus allereerst als gevolg hebben dat het vergaarde bewijsmateriaal onbetrouwbaar is. Reden om de betrouwbaarheid van bewijsmateriaal in twijfel te trekken, is bijvoorbeeld aan de orde wanneer bij een ademanalyse de voorgeschreven voorschriften niet worden nageleefd.⁷⁰

De vraag of het bewijsmateriaal, dat bijvoorbeeld verkregen is met verzuim van de voorschriften als bedoeld in het besluit alcoholonderzoeken,⁷¹ ook daadwerkelijk onbetrouwbaar is, dient door de rechter te worden beoordeeld naar de omstandigheden van het concrete geval. Het gaat bij

⁶⁷ Dubelaar 2009, p. 95.

⁶⁸ Zie bijvoorbeeld het pressieverbod van art. 29 Sv, dat enerzijds beoogd te voorkomen dat valse verklaringen worden afgelegd en anderzijds het recht van verdachte om te zwijgen c.q. zichzelf niet te incrimineren tracht te beschermen.

⁶⁹ Baaijens-Van Geloven 2004, p. 344 en 347.

⁷⁰ Zie *Besluit alcoholonderzoeken, Stb. 1997/293*: de ademanalyse mag slechts afgenomen worden met een ademanalyse-apparaat welke is goedgekeurd door de Minister en welke individueel een verklaring van goedkeuring bezit. Voorts mag de analyse niet eerder plaatsvinden dan 20 minuten na het moment waarop van de verdachte is gevorderd zijn medewerking te verlenen. De analyse mag daarnaast enkel verricht worden door een opsporingsambtenaar die voor het bedienen van het ademanalyse-apparaat benodigde kennis en vaardigheden te bezit. Bij de analyse moeten tenminste twee metingen verricht worden. Het alcoholgehalte wordt bepaald door toepassing van een vastgestelde correctie op het rekenkundig gemiddelde van de beide meetresultaten, met dien verstande dat het verschil tussen de meetresultaten niet groter mag zijn dan een door de Minister vastgestelde waarde. Indien de verdachte dit wenst kan voorts een aanvullend bloedonderzoek verricht worden.

⁷¹ Zie voor het onbevoegde bedienen van een ademanalyse-apparaat bijvoorbeeld: HR 2 oktober 2007, *NJ* 2008/247 m.nt. Buruma.

betrouwbaarheid aldus altijd om een inhoudelijke toetsing.⁷² Het is immers mogelijk dat het bewijsmateriaal ondanks het verzuim toch betrouwbaar is.

Het vorenstaande geeft blijk van een zekere *rationele waarderingsvrijheid* van de feitenrechter, hetgeen inhoudt dat hij vrij is bij de selectie en waardering van het bewijsmateriaal welke hij aan zijn rechterlijke overtuiging ten grondslag wil leggen.⁷³ Een veelvoorkomende overweging van de Hoge Raad hierover luidt:

'Ingeval de rechter die over de feiten oordeelt het tenlastegelegde bewezen acht, is het aan die rechter voorbehouden om, binnen de door de wet getrokken grenzen, van het beschikbare materiaal datgene tot bewijs te bezigen wat deze uit een oogpunt van betrouwbaarheid daartoe dienstig voorkomt en terzijde te stellen wat hij voor het bewijs van geen waarde acht.'⁷⁴

Is de rechter echter van oordeel dat het bewijsmateriaal onbetrouwbaar is, dan zal hij reeds om die reden (*sec*) het bewijsmateriaal buiten beschouwing moeten laten. Dit vloeit logischerwijs voort uit waarheidsconcept en het streven naar waarheidsvinding zoals besproken in subparagraaf 3.1.1. Een negatief oordeel met betrekking tot de betrouwbaarheid van het bewijs leidt dan ook dwingend tot de gevolgtrekking dat het bewijs niet gebruikt mag worden.⁷⁵ Op materiaal dat onbetrouwbaar is mogen immers geen conclusies worden gebaseerd.⁷⁶ Hier lijkt aldus geen waarderingsvrijheid te bestaan. De Hoge Raad merkt hierover op:

'Terzijde zij opgemerkt dat art. 359a Sv niet van belang is voor vormverzuimen waardoor de betrouwbaarheid van het aldus verkregen onderzoeksmateriaal wezenlijk is beïnvloed. Dan zal het onderzoeksmateriaal immers reeds om die reden door de rechter buiten beschouwing worden gelaten.'⁷⁷

De vraag naar de betrouwbaarheid lijkt aldus vooraf te gaan aan de vraag naar rechtmatigheid. Voor een sanctie ex artikel 359a Sv is alleen plaats indien het bewijs niet reeds op grond van onbetrouwbaarheid moet worden uitgesloten. Men zij er dus op bedacht dat, hoewel het buiten beschouwing laten van onbetrouwbaar bewijs feitelijk neerkomt op bewijsuitsluiting, zij van hele andere orde is dan deze formele vorm van *sanctionering* middels toepassing van artikel 359a Sv, welke in hoofdstuk 4 nader besproken wordt.⁷⁸

Terzijde zij opgemerkt, dat hoewel schending van regels die de betrouwbaarheid waarborgen dienen te worden afgedaan buiten toepassing van artikel 359a Sv, sanctionering middels deze weg toch niet geheel uitgesloten lijkt te zijn. Het is immers mogelijk, dat een deugdelijkheidsregel tevens een belang van de (verdachte) burger dient, oftewel een duale grondslag heeft.⁷⁹

⁷² Dubelaar 2009, p. 97 en Embregts 2003, p. 47.

⁷³ Nijboer 2009, p. 57.

⁷⁴ Zie bijvoorbeeld: HR 19 december 2006, *LJN AZ2101*, r.o. 3.3.

⁷⁵ Dubelaar 2009, p. 94.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Bijvoorbeeld: HR 30 maart 2004, *NJ 2004/376* m.nt. Buruma (Afvoerpijp), r.o. 3.6.4. Alsook buiten toepassing van artikel 359a Sv: HR 29 januari 2013, *RvdW 2013/236*, r.o. 2.5.

⁷⁸ Zie ook: J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 128.

⁷⁹ Dubelaar 2009, p. 98.

Voorts is mogelijk dat de schending van een deugdelijkheidsregel gepaard gaat met schending van de beginselen van behoorlijke procesorde en daarmee het recht op een eerlijk proces tekort wordt gedaan. In dat geval is het nog nader te bespreken Zwolsman-criterium van toepassing en kan aldus niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie ex artikel 359a Sv volgen (zie verder subparagraaf 4.4.4).⁸⁰ Afdoening middels het terzijde schuiven van het bewijs op basis van betrouwbaarheid zou dan tekort schieten, aangezien het dan alsnog mogelijk is dat de verdachte wordt veroordeeld in het geval er nog voldoende bewijsmateriaal is overgebleven.

3.2.2 *Rechtmatigheidsaspecten*

Zoals reeds bleek uit subparagraaf 3.1.2, zijn behoorlijkheidsregels gericht op de bescherming van individuele grondrechten. Het niet naleven van behoorlijkheidsregels impliceert dus schending van een grondrecht, hetgeen de integriteit van strafvordering aantast en derhalve consequenties heeft voor het rechtmatigheidsaspect.⁸¹

Nijboer maakt bij onrechtmatigheden onderscheid tussen drie verschillende categorieën⁸²:

- schending van wettelijke voorschriften betreffende de inrichting van het onderzoek;
- het verrichten van onderzoek waarbij inbreuk gemaakt wordt op de rechten en vrijheden van de (verdachte) burger zonder dat de gekozen vorm van onderzoek wettelijk is geregeld;
- schending van buitenwettelijke normen die aan behoorlijk overheidsoptreden zijn te stellen, in een geval waarin de desbetreffende norm van justitieel optreden dan wel wettelijk is voorzien en geregeld.

Bij de eerste categorie onrechtmatigheden moet men denken aan schendingen van de wettelijke normen met betrekking tot het voorbereidend onderzoek en de inzet van dwangmiddelen. Veelvoorkomende gevallen betreffen het niet naleven van regels met betrekking tot de feitelijke bewijsvergaring in het opsporingsonderzoek, zoals het verzuimen de cautie mede te delen (artikel 29 lid 2 Sv) en het doorzoeken van een woning zonder machtiging (artikel 97 Sv).

De tweede categorie heeft betrekking op het toepassen van een dwangmiddel die geen wettelijke basis heeft, zoals het geval van het uitvoeren van een bloedproef vóórdat deze wettelijk geregeld was.⁸³

De derde categorie heeft ten slotte betrekking op schendingen van beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het vertrouwensbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het verbod van détournement de pouvoir en de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.⁸⁴ Het betreffen hier gedragsnormen die de discretionaire- en beoordelingsbevoegdheden van overheidsambtenaren nader normeren.⁸⁵ Het

⁸⁰ *Ibid*, p. 103.

⁸¹ Cleiren & Mevis 1996, p. 191 en Dubelaar 2009, p. 95.

⁸² Nijboer 2011, p. 122 en J.F. Nijboer, 'Onrechtmatige bewijsvergaring en uitsluiting van aldus verkregen bewijsmateriaal in strafzaken', in: H.J.R. Kaptein (red.), *Onrechtmatig verkregen bewijs*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2000, p. 75. Zie ook: Embregts 2003, p. 50.

⁸³ HR 26 juni 1962, *NJ* 1962/470 m.nt. WP (Bloedproef II).

⁸⁴ De gedachte dat gedragingen van met bestuursmacht beklede overheidsinstellingen getoetst moeten worden aan beginselen van behoorlijk bestuur stamt uit het bestuursrecht en is sinds het *Braak bij binnentreden-arrest* (HR 12 december 1978, *NJ* 1979/142 m.nt. Mulder) ook toepasbaar bij handelen van strafrechtelijke autoriteiten. Zie nader: Cleiren 1990.

schoolvoorbeeld betreft het arrest braak bij binnentreden, waarbij een opsporingsambtenaar voorzien van een last tot binnentreden, een huis binnentrad door de tuindeur te vernielen zonder tevoren aan te bellen om te vragen of hij binnen mocht komen.⁸⁶

In tegenstelling tot gevallen van onbetrouwbaar bewijsmateriaal (waarbij de rechter het bewijs eenvoudigweg naast zich neerlegt), is formele sanctionering middels artikel 359a Sv de aangewezen weg in gevallen van onrechtmatigheid door niet naleving van behoorlijkheidsregels. Wanneer een formele sanctie volgt bij het verzuimen van dergelijke regels wordt de rechtsbescherming van het desbetreffende grondrechten (alsnog) in zekere zin verwezenlijkt, hetwelk (onder andere) van groot rechtsstatelijk belang is.⁸⁷ Hoewel - zo zullen wij zien in hoofdstuk 4 - sanctionering lang niet altijd volgt bij het verzuimen van behoorlijkheidsregels, heeft artikel 359a Sv dus wel een rol bij het in stand houden van behoorlijkheidsregels.

3.3 Resumé

De wijze van afdoen dient afgestemd te worden naar de achtergrond van de desbetreffende regel die geschonden is.⁸⁸ Indien de strekking is het waarborgen van de juistheid of betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal (deugdelijkheidsregel) en aannemelijk is dat de betrouwbaarheid toch verwezenlijkt is, kan sanctionering achterwege blijven.⁸⁹

Is de rechter echter van oordeel, dat het bewijsmateriaal onbetrouwbaar is, dan moet het materiaal ter zijde geschoven worden. Toepassing van artikel 359a Sv blijft dan achterwege. De vraag naar de betrouwbaarheid lijkt aldus vooraf te gaan aan de vraag naar rechtmatigheid.

Is de strekking van de geschonden regel het waarborgen van de behoorlijkheid van de procedure (behoorlijkheidsregel), dan ligt afdoening met behulp van de rechtmatigheid in de rede. Hier kan derhalve formele sanctionering op grond van artikel 359a Sv op zijn plaats zijn (zie verder hoofdstuk 4).

⁸⁵ Nijboer 2011, p. 122.

⁸⁶ HR 12 december 1978, *NJ* 1979/142 m.nt. Mulder (Braak bij binnentreden).

⁸⁷ Blom 2002, p. 1053.

⁸⁸ Dubelaar 2009, p. 101.

⁸⁹ *Ibid.*

HOOFDSTUK 4

Sanctionering van onrechtmatigheden

In de voorbeschouwing van hoofdstuk 3 is besproken wat vormverzuimen zijn en welke gevolgen aan dergelijke verzuimen toegekend kunnen worden vanuit de verschillende oogpunten van betrouwbaarheid en rechtmatigheid. Daar is opgemerkt dat aan schendingen van behoorlijkheidsregels, die de behoorlijkheid van het strafproces waarborgen, formele consequenties verbonden kunnen worden middels toepassing van artikel 359a Sv op grond van het aspect van de rechtmatigheid.

Artikel 359a Sv⁹⁰ biedt de rechter de mogelijkheid (niet de plicht) onherstelbare vormverzuimen bij het voorbereidend onderzoek te *sanctioneren* door te bepalen dat: de straf wordt verlaagd, het bewijs dat door het verzuim is verkregen uitgesloten wordt of het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk wordt verklaard in de vervolging.

Nadat in hoofdstuk 2 is vastgesteld, dat het instrument artikel 359a Sv in wezen het enige instrument is dat de strafrechter ten dienste staat om een bijdrage te leveren aan waarborging en bevordering van de integriteit van de strafvorderlijke overheid, zal in dit hoofdstuk getracht worden een duidelijk en uitgebreid overzicht te geven van het beoordelings- en afwegingskader en de diverse sanctiemodaliteiten van artikel 359a Sv. Daar zal overigens voorbij gegaan worden aan het betrouwbaarheidsaspect, zoals reeds besproken in subparagraaf 3.2.1. Een dergelijke analyse van artikel 359a Sv is noodzakelijk om te kunnen bepalen wat de reikwijdte van dit instrument is in de praktijk en om vervolgens te beoordelen in hoeverre de toepassing van 359a Sv thans (nog) een waarborg biedt voor integer strafvorderlijk overheidsoptreden.

Allereerst zal in paragraaf 4.1 stilgestaan worden bij de diverse grondslagen en doeleinden van sanctionering, alsmede vanuit welke perspectieven de keuze om - al dan niet - te sanctioneren begrepen kan worden. Begrip van de verschillende invalshoeken verduidelijkt de wijze waarop artikel 359a Sv wordt toegepast, alsmede waarom zij zo wordt toegepast. Daarnaast kan de koers van de Hoge Raad hiermee worden verklaard. Vervolgens volgt in paragraaf 4.2 een analyse van het begrip vormverzuim in de zin van artikel 359a Sv. Verder wordt in paragraaf 4.3 stilgestaan bij het afwegingskader van artikel 359a Sv om vervolgens in paragraaf 4.4 de diverse sanctiemogelijkheden te kunnen bespreken. Tot slot wordt in paragraaf 4.5 de koers van de Hoge Raad met betrekking tot de toepassing van artikel 359a Sv nader beschouwd.

⁹⁰ Wet van 14 september 1995 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering (vormverzuimen), *Stb.* 1995/441.

4.1 Sanctienering; rechtsgronden, doeleinden en perspectieven

Wanneer de rechter gedurende het onderzoek ter terechtzitting - in zijn onderzoek naar het tenlastegelegde ten aanzien van een verdachte die terechtstaat - ambtshalve dan wel op aanwijzing stuit op onrechtmatigheden, kan hij daar onder bepaalde omstandigheden sancties aan verbinden.

De reden om uiteindelijk tot sanctienering over te gaan kan haar oorsprong vinden in twee verschillende rechtsgronden. Zo kan het sanctieneren van onrechtmatigheden allereerst dienen als reactie op laakbaar overheidsoptreden.⁹¹ Ten tweede kan een sanctie dienen als compensatie voor de geschonden rechtsbelangen van de verdachte.⁹² Binnen deze grondslagen kunnen vervolgens bepaalde doeleinden onderscheiden worden. Deze doeleinden bieden nadere argumenten om rechtsgevolgen aan onrechtmatigheden te verbinden. Uiteraard kan men ook voor ogen staan niet, of zo min mogelijk, tot sanctienering over te gaan. Een dergelijke keuze vindt zijn oorsprong in de grondslag van effectieve rechtshandhaving en veiligheid.⁹³

De keuze voor een der grondslagen is vervolgens afhankelijk vanuit welk perspectief men sanctienering benadert. Afhankelijk van de invalshoek die men kiest, kan zowel voor een meer of minder ruimhartige toepassing van sanctienering gekozen worden. Om inzicht te krijgen in de achtergronden van sanctienering, en daarmee de toepassing van artikel 359a Sv te kunnen duiden, zullen de diverse grondslagen, doeleinden en perspectieven in de navolgende subparagrafen (4.1.1 en 4.1.2) besproken worden.

4.1.1 Rechtsgronden en doeleinden

Ten aanzien van eerstgenoemde grondslag - het reageren op laakbaar overheidsoptreden - staat de rechtsstaatgedachte centraal. Een belangrijk element van de rechtsstaatgedachte is dat de overheid ook onderworpen is aan het recht. In een rechtsstaat behoort de overheid immers niet almachtig te zijn en naar willekeur in het leven van burgers te kunnen ingrijpen.⁹⁴ Ten opzichte van de strafvorderlijke overheid is dit vastgelegd in het formeel legaliteitsbeginsel van artikel 1 Sv, hetwelk bepaalt dat strafvordering alleen plaats heeft op de wijze bij wet voorzien. Om te voorkomen dat afbreuk gedaan wordt aan die regels, moet aldus enige sanctie volgen wanneer de overheid zich niet aan de voorschriften houdt.⁹⁵ De overheid heeft immers als hoogste gezagsdrager de taak om het goede voorbeeld te geven.⁹⁶ Wanneer er geen processuele redenen zijn om de voorschriften na te leven, bestaat het gevaar dat de macht van het overheidsmonopolie ongebreideld wordt toegepast.⁹⁷

⁹¹ T. Blom, *Vormen verzuimd tijdens het politieverhoor* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2011, p. 14 en Blom 2002, p. 1053 e.v.

⁹² *Ibid.*

⁹³ Borgers 2012, p. 259-261.

⁹⁴ A.A. Franken, *Voor de vorm* (oratie Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 7.

⁹⁵ Blom 2011, p. 14.

⁹⁶ Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Waarden, normen en de last van het gedrag*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2003, p. 123.

⁹⁷ Baaijens-Van Geloven 2004, p. 345.

Binnen het kader van de rechtsstaat worden in de literatuur verschillende argumenten *pro* sanctionering aangedragen. Ten eerst kan het *reparatiedoel* genoemd worden. Dit doel staat voor ogen dat de overheid niet mag kunnen profiteren van eigen onrechtmatigheden. Door onrechtmatigheden te sanctioneren wordt het behaalde voordeel aan de overheid ontnomen en wordt de onrechtmatige situatie enigszins hersteld.⁹⁸

Ten tweede het *demonstratiedoel*. Met sanctionering wordt aan het publiek getoond, dat ook de overheid gestraft wordt wanneer zij zich niet aan de regels houdt. Dit komt het gezag van het recht in het algemeen en de geloofwaardigheid van de strafrechtspleging in het bijzonder ten goede. Daarnaast wordt duidelijk wat wel en niet toegestaan is in het kader van de opsporing en worden opsporingsactiviteiten aldus nader genormeerd.⁹⁹

Ten derde wordt gesproken van het *preventiedoel*. Door onrechtmatig optreden te bestraffen met een sanctie, wordt beoogd politie en justitie (in de toekomst) te stimuleren tot handelen in overeenstemming met de voorgeschreven normen.¹⁰⁰ Hiermee wordt naleving van democratisch vastgestelde regels afgedwongen. In de woorden van Blom leidt het niet sanctioneren tot een schimmige politiepraktijk waarin de verleiding voor politie en justitie te groot kan worden om het niet al te nauw te nemen met bepaalde vormvoorschriften.¹⁰¹

Ten slotte kan het doel van normering van strafvordering en bewaking van de integriteit van de strafrechtspleging (ofwel kortweg *integriteitsdoel*) genoemd worden.¹⁰² Door de onrechtmatigheid wordt de integriteit van het strafvorderlijk systeem zodanig geraakt, dat berechting binnen dat 'beschadigde' systeem niet meer passend zou zijn.

Bij de tweede grondslag - het compenseren van geschonden rechtsbelangen - staan de subjectieve rechten van de (verdachte) burger centraal. Binnen dit kader wordt gesproken van het *compensatiedoel*.¹⁰³ Wanneer behoorlijke regels worden overtreden, wordt veelal een inbreuk gemaakt op de grondrechten van de verdachte, zoals het recht op een eerlijk proces of het recht op *privacy* (zie nader hoofdstuk 3). Een dergelijke grond- en/of mensenrechtenschending moet zoveel mogelijk ongedaan gemaakt worden. Vaak kan een dergelijke schending echter niet meer hersteld of opgeheven worden en zal in strafproces zoveel mogelijk getracht moeten worden verdachte in de situatie te brengen, als waren zijn rechten niet geschaad (zie in dit verband ook het recht op een '*effective remedy*' en '*appropriate relief*' of '*redress*' ex artikel 13 EVRM¹⁰⁴).

Het compensatiedoel heeft overigens veel weg van het reeds besproken reparatiedoel. Het verschil is echter, dat bovenbedoeld herstel vanuit rechtsstatelijk oogpunt betrekking heeft op

⁹⁸ Zie onder meer: Corstens/Borgers 2011, p. 725; R. ter Haar & G.H. Meijer, *Vormverzuimen*, Deventer: Kluwer 2011, p. 2 en Blom 2011, p. 14.

⁹⁹ *Ibid.* Zie ook N. Jörg, 'De exclusionary rule als drijfveer achter normering van bevoegdheden', *DD* 1989, p. 658-659.

¹⁰⁰ *Ibid.* Zie ook: HR 19 februari 2013, *LJN* BY5322 (Niet gecertificeerde hulp-OvJ), r.o. 2.4.5.

¹⁰¹ Blom 2002, p. 1055.

¹⁰² Jörg 1989, p. 658-659.

¹⁰³ Baaijens-Van Geloven 2004, p. 356.

¹⁰⁴ Zie hierover onder meer: Franken 2004, p. 16 e.v. en E. Prakken, 'De verantwoordelijkheden van de zittingsrechter voor de gang van zaken in het vooronderzoek', in: A.H.E.C. Jordaans, P.A.M. Mevis & J. Wöretshofer, *Praktisch strafrecht* (Reijntjes-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 505-513.

herstel van onrecht op constitutioneel vlak, waarbij derhalve het algemeen belang van naleving van democratisch vastgestelde regels speelt. De overheid moet worden gebracht in de positie waarin hij zou verkeren onder rechtmatig optreden.¹⁰⁵ Bij reparatie van geschonden rechtsbelangen gaat om herstel van onrecht ten aanzien van een individueel rechtssubject. Alleen indien de verdachte door de onrechtmatigheid is gelaedeerd, dient reparatie plaats te vinden. De verdachte moet zoveel mogelijk processueel in de situatie worden gebracht als waren zijn rechten niet geschaad.¹⁰⁶

Bij de grondslag van effectieve rechtshandhaving en veiligheid staat ten slotte centraal, dat het strafrecht zo doeltreffend mogelijk wordt verwezenlijkt en eventuele onrechtmatigheden de rechtshandhaving zo min mogelijk mogen hinderen. De keerzijde van sanctionering is namelijk, dat daarmee ten eerste geweld gedaan wordt aan het belang van waarheidsvinding.¹⁰⁷ Voorts worden de belangen van de maatschappij, slachtoffers en nabestaanden bij rechtshandhaving gefrustreerd en wordt het - zeker in de huidige tijdsgeschiedenis van *Law and order* - als maatschappelijk onwenselijk beschouwd dat de verdachte in voorkomende gevallen profijt heeft bij sanctionering of zelfs verschoond blijft van zijn gerechte straf.¹⁰⁸

4.1.2 Perspectieven

Afhankelijk van hoeveel gewicht men toekent aan bovenstaande grondslagen, kan zowel een ruimhartige als restrictieve toepassing van sanctionering worden bepleit.¹⁰⁹ Hoewel bovengenoemde grondslagen zich niet strikt van elkaar laten onderscheiden, is de preferentie voor een der grondslagen afhankelijk vanuit welk perspectief men artikel 359a Sv primair benadert. Om meer inzicht te krijgen in de huidige toepassing van artikel 359a Sv - welke in de hierna volgende paragrafen nader uitgewerkt zal worden - zullen de verschillende perspectieven hieronder besproken worden.

Borgers maakt hierbij onderscheid in het constitutionele perspectief, het perspectief van de bescherming van de subjectieve rechten van de verdachte en het perspectief van het primaat van criminaliteitsbestrijding.¹¹⁰

Het constitutionele perspectief heeft betrekking op de rechtsstaatgedachte. Dit perspectief staat in verbinding met de grondslag van het sanctioneren als reactie op laakbaar overheidsoptreden. Hier komt derhalve veel gewicht toe aan de zo even besproken doelen van reparatie (voordeelontnemend), demonstratie en preventie. Vanuit deze positie heeft sanctionering als functie het bevorderen dat de strafvorderlijke overheid zich aan de regels houdt. Dit perspectief

¹⁰⁵ Baaijens-Van Geloven 2004, p. 356, i.h.b. onder voetnoot 61.

¹⁰⁶ *Ibid* en Embregts 2003, p. 106-107: 'reparatie dient niet te worden verward met compensatie.'

¹⁰⁷ Hoewel onrechtmatigheid niet per definitie onbetrouwbaarheid impliceert.

¹⁰⁸ Borgers 2012, p. 259, Ter Haar & Meijer 2011, p. 173 en Embregts 2003, p. 109 e.v.

¹⁰⁹ Borgers 2012, p. 260.

¹¹⁰ *Ibid*, p. 260-261. Zie ook: Ter Haar & Meijer 2011, p. 13-14.

staat duidelijk een ruime toepassing van sanctionering voor. Immers, vanuit de rechtsstaatgedachte vraagt haast iedere onrechtmatigheid om een duidelijke en ferme reactie.¹¹¹

Bij het perspectief van de bescherming van de subjectieve rechten van de verdachte staat voorop of de onrechtmatigheid daadwerkelijk een schending van een belang van de verdachte teweeg heeft gebracht.¹¹² Dit perspectief staat nauw in verbinding met de grondslag van het compenseren van geschonden rechtsbelangen. Vanuit deze invalshoek heeft sanctionering primair als functie het bieden van herstel of compensatie voor concreet nadeel dat door de verdachte is geleden. Sanctionering komt dan ook niet aan bod wanneer enig nadeel ontbreekt. Hierbij gaat het dus niet om het ontnemen van voordeel voor de overheid, zoals het reeds besproken reparatiedoel voor ogen heeft (zie paragraaf 4.1.1). Dit perspectief is niet per definitie gekoppeld aan een ruime of restrictieve toepassing van sanctionering.¹¹³

Het perspectief van het primaat van criminaliteitsbestrijding heeft ten slotte voor ogen zo min mogelijk sancties te verbinden aan onrechtmatigheden. Dit perspectief staat logischerwijs in verband met de grondslag van effectieve rechtshandhaving en veiligheid. Eventuele onrechtmatigheden mogen een bestraffing van het strafbare feit niet belemmeren. In deze optiek staan waarheidsvinding, alsmede de belangen van de maatschappij en het slachtoffer bij effectieve vervolging en bestraffing centraal.¹¹⁴ Bij dit perspectief wordt sanctionering dus (zeer) restrictief toegepast. Hier volgt in de regel enkel een constatering van de onrechtmatigheid, welke markering dient als reactie op laakbaar overheidsoptreden. Slechts wanneer de overheid ernstig heeft verzuimd en er fundamentele rechten in het gedrang zijn, is in beperkte mate ruimte voor (milde) sanctionering.¹¹⁵

4.2 Wat zijn vormverzuimen in de zin van artikel 359a Sv?

In deze en volgende paragrafen start de analyse van het wettelijk kader inzake constateren en sanctioneren van vormverzuimen door de strafrechter. In deze paragraaf zal besproken worden onder welke omstandigheden sprake is van een vormverzuim als bedoeld in artikel 359a Sv. Het betreffen de volgende factoren: *voorbereidend onderzoek*, *onherstelbaarheid*, *rechtsgevolgen niet blijkend uit de wet* en het *gesloten stelsel van rechtsmiddelen*. Aan al deze eisen, welke (al dan niet impliciet) besloten liggen in de aanhef van het eerste lid van artikel 359a Sv, moet worden voldaan voordat niet naleving van vormen afgedaan kan worden over de ban van artikel 359a Sv. De reikwijdte van het begrip vormverzuim is dus in zoverre beperkt. Het is dus alvast goed om te benadrukken, dat lang niet al het laakbaar overheidsoptreden dat de strafrechter bereikt gesanctioneerd kan worden. Voornoemde factoren worden in de navolgende subparagrafen achtereenvolgens besproken.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Zie in dit verband ook: HR 19 februari 2013, *LJN* BY5322 (Niet gecertificeerde hulp-OvJ), r.o. 2.4.5 en 2.4.6 en paragraaf 4.4.3.

¹¹⁵ Borgers 2012, p. 260-261.

4.2.1 Voorbereidend onderzoek; de salami-regel

De eerste voorwaarde die men aantreft in artikel 359a lid 1 Sv bepaalt dat het vormverzuim moet hebben plaatsgevonden tijdens het voorbereidend onderzoek. Ingevolge artikel 132 Sv wordt hieronder verstaan het onderzoek welke aan de behandeling ter terechtzitting voorafgaat. Hieronder valt het opsporingsonderzoek en het strafrechtelijk financieel onderzoek (artikel 125-126f Sv).¹¹⁶ Het gerechtelijk vooronderzoek, welke hier ook deel van uitmaakte, is met de Wet versterking positie rechter-commissaris komen te vervallen.¹¹⁷

Artikel 359a Sv is dus niet van toepassing op het onderzoek van een inlichtingen- en veiligheidsdienst (AIVD), omdat een dergelijk onderzoek plaatsvindt buiten de verantwoordelijkheid van de politie en het Openbaar Ministerie.¹¹⁸ Overigens kan een dergelijk onderzoek wel als startinformatie voor het instellen van een strafrechtelijk onderzoek en tot het bewijs in een strafzaak dienen.¹¹⁹

Voorts vindt artikel 359a Sv alleen toepassing indien het vormverzuim betrekking heeft op het voorbereidend onderzoek in de strafzaak tegen de verdachte ter zake van het aan hem ten laste gelegde feit.¹²⁰ Artikel 359a Sv vindt dus geen toepassing wanneer de onrechtmatigheid zich heeft voorgedaan in het voorbereidend onderzoek terzake een ander feit dan aan de verdachte ten laste is gelegd. Het is dus mogelijk dat - wanneer er meer feiten op de tenlastelegging staan - een vormverzuim voor het ene feit wel en voor het andere feit geen consequenties heeft.¹²¹ Deze delictsgebonden toetsing wordt door Buruma ook wel de salami-regel genoemd.¹²²

Een recent voorbeeld van toepassing van de salami-regel betreft het gebruik van DNA uit de DNA-databank. Het DNA van verdachte - welke op de plaats delict is aangetroffen - is in de onderhavige zaak gematched met zijn DNA-profiel welke zich in de DNA-databank bevond. Dit DNA-profiel was echter niet rechtmatig in de databank van het NFI opgenomen en bewaard. De Hoge Raad oordeelt, dat het verweer dat het in de DNA-databank opgenomen DNA-profiel (m.b.t. een eerder misdrijf) verwijderd en vernietigd had behoren te zijn, niet de gevolgtrekking kan dragen dat zulks een vormverzuim oplevert dat is begaan in het kader van het voorbereidend onderzoek als bedoeld in artikel 359a Sv naar de in deze zaak tenlastegelegde feiten.¹²³

¹¹⁶ Van der Meij, 'Artikel 132 Sv', in: C.P.M. Cleiren & M.J.M. Verpalen (red.), *T&C Strafvordering*, Deventer: Kluwer 2011.

¹¹⁷ *Stb.* 2011/600.

¹¹⁸ HR 5 september 2006, *NJ* 2007/336 m.nt. Schalken, r.o. 4.7.1 e.v.

NB. sanctienering is desalniettemin mogelijk in het geval dat (a) doelbewust met het oog op het buiten toepassing blijven van strafvorderlijke waarborgen geen opsporingsbevoegdheden worden aangewend teneinde gebruik te kunnen maken van door inlichtingen- en/of veiligheidsdiensten vergaarde informatie, (b) het optreden van de betrokken dienst een schending oplevert van art. 6 EVRM of (c) de beperktheid om de betrouwbaarheid te toetsen zich niet verdraagt met art. 6 EVRM. Zie r.o. 4.7.1 en noot Schalken ond. 4.

¹¹⁹ *Ibid*, r.o. 4.6.

¹²⁰ Bijvoorbeeld: HR 22 augustus 2006, *NJ* 2006/483; HR 29 november 2005, *NJ* 2006/193 m.nt. Buruma; HR 13 februari 2001, *NJ* 2001/365.

¹²¹ Zie bijvoorbeeld voor onderscheid in rechtsgevolg: HR 8 juni 1999, *NJ* 1999/773 m.nt. Reijntjes, r.o. 4.6.

¹²² Buruma 2002, p. 198-208.

¹²³ HR 29 januari 2013, *RvdW* 2013/236, r.o. 2.3.2.

Een ander voorbeeld van toepassing van de salami-regel betreft het in strijd met artikel 8 EVRM opnemen door de penitentiaire inrichting van - door de aldaar gedetineerde verdachte - gevoerde telefoongesprekken. De Hoge Raad oordeelt, dat in dit geval weliswaar sprake is van een schending van artikel 8 EVRM, doch dat bedoeld handelen van de penitentiaire inrichting niet kan worden begrepen als zijnde een verzuim begaan bij het voorbereidend onderzoek. Immers, de ten laste gelegde (telefonische) bedreigingen hadden reeds eerder en in een andere inrichting plaatsgevonden.¹²⁴

Ook is van voorbereidend onderzoek in de zin van artikel 359a Sv geen sprake, wanneer een uitleveringsverzoek door Nederland wordt gedaan waartoe verdachte - die zich in Thailand bevond - door de Thaise autoriteiten aldaar in een Huis van Bewaring werd geplaatst. Door verdachte werd later het verweer gevoerd dat het door de Nederlandse autoriteiten laten plaatsen van verdachte in een Huis van Bewaring in Thailand dient te worden beschouwd als foltering, althans een onmenselijke behandeling in de zin van artikel 3 EVRM, gelet op de zware omstandigheden in een Thaise cel. De Hoge Raad oordeelt echter, dat de bewuste onrechtmatigheid niet kan worden aangemerkt als het *uitoefenen van een strafvorderlijke bevoegdheid* en aldus buiten het toepassingsbereik van artikel 359a Sv valt.¹²⁵

Buruma concludeert in zijn noot bij bovengenoemd arrest, dat als criterium voor de toepasselijkheid van de salami-regel de vraag geldt of de onrechtmatigheid plaatsvond in het kader van onderzoek dat van beslissende invloed is geweest op de verdere vervolging van verdachte in het kader van de procedure waarover de rechter te oordelen heeft. De Hoge Raad heeft het oog daarbij vooral op het onderzoek dat strekt tot identificatie van de dader en tot verwerving van bewijsmateriaal.¹²⁶

4.2.2 (On)herstelbaarheid

De tweede voorwaarde voor een vormverzuim in de zin van artikel 359a Sv betreft de onherstelbaarheid van dat verzuim. De rechter wordt aldus opgelegd zo veel mogelijk te streven naar herstel.¹²⁷ Een vormverzuim is onherstelbaar wanneer de (niet lijdelijke) zittingsrechter gedurende het onderzoek ter terechtzitting geen mogelijkheden (meer) heeft om het verzuim te zuiveren door gebruikmaking van zijn eigen bevoegdheden, dan wel de politie of het Openbaar Ministerie daartoe opdracht te geven.¹²⁸

Van onherstelbaarheid is bijvoorbeeld sprake indien is verzuimd de verdachte voorafgaand aan zijn verhoor de cautie mede te delen¹²⁹ en/of hem consultatie van een raadsman is onthouden¹³⁰ en de verdachte niettemin verklaringen heeft afgelegd. Evenmin is bijvoorbeeld het geval herstelbaar

¹²⁴ HR 27 september 2011, *NJ* 2011/557 m.nt. Schalken, r.o. 2.5.

¹²⁵ HR 8 juli 2008, *NJ* 2009/440 m.nt. Buruma, r.o. 3.3.

¹²⁶ *Ibid*, noot Buruma ond. 3.

¹²⁷ *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 705, nr. 3 (MvT), p. 25-26. Zie ook Ter Haar & Meijer 2011, p. 18-19.

¹²⁸ *Ibid*.

¹²⁹ Bijvoorbeeld: HR 16 april 2013, *RvdW* 2013/605.

¹³⁰ Bijvoorbeeld: HR 30 juni 2009, *NJ* 2009/349 m.nt. Schalken.

waarin de verdachte is geschaad in zijn lichamelijke integriteit.¹³¹ Ten tijde van het strafproces kunnen dergelijke verzuimen niet meer gezuiverd worden, het kwaad is dan al geschied.

Als voorbeeld van herstelbaarheid middels zuivering door directe bevoegdheidsuitoefening van de rechter, kan gewezen worden op bepaalde gevallen van vernietigd bewijsmateriaal waar herstel kan plaatsvinden door getuigen nader ter zitting te horen die opheldering kunnen geven over de betekenis van dat materiaal.¹³²

Als voorbeeld van herstelbaar verzuim welke de rechter kan herstellen door daartoe opdracht te geven, kan gewezen worden op het geval waarin de politie heeft verzuimd een proces-verbaal op te maken.¹³³ De rechter kan dit tijdens het strafproces alsnog gelasten. Ook liet de Hoge Raad het oordeel van het Hof in stand dat sprake was van een herstelbaar vormverzuim in het geval waarin was verzuimd verdachte de uitslag van een DNA-onderzoek mede te delen (ex artikel 151a lid 3). Dit verzuim kon alsnog hersteld worden door een tegenonderzoek te doen plaatsvinden (ex artikel 151a lid 4 Sv). Ondanks het feit dat het afgenomen celmateriaal van verdachte reeds was vernietigd, kon namelijk nogmaals materiaal van verdachte worden afgenomen voor een contra-expertise.¹³⁴

4.2.3 Rechtsgevolg blijkt niet uit de wet

Ten slotte - wat betreft lid 1 van artikel 359a Sv - geldt als voorwaarde voor een vormverzuim in de zin van artikel 359a Sv, dat de rechtsgevolgen van het verzuim niet reeds mogen blijken uit de wet. De rechter heeft bij negatieve beantwoording van deze voorwaarde geen keuze in een der sanctiemodaliteiten van artikel 359a Sv. Hij zal in dat geval de in de wet aangewezen sanctie moeten toepassen.

Een schaars voorbeeld hiervan betreft artikel 21 lid 4 Sv en artikel 268 lid 2 Sv waarin is bepaald, dat de rechter die als rechter-commissaris onderzoek heeft verricht in de betreffende zaak, niet mag deelnemen aan behandeling door de raadkamer en/of het onderzoek ter terechtzitting. Wanneer in strijd met deze bepaling wordt gehandeld, zal dat moeten leiden tot nietigheid van het onderzoek ter terechtzitting. Een andersoortige sanctie is dan uitgesloten.

4.2.4 Gesloten stelsel van rechtsmiddelen; het uitputtingsvereiste

Een nadere jurisprudentiële relativering van het toepassingsbereik van artikel 359a Sv betreft het verzuim van vormen met betrekking tot de toepassing van vrijheidsbenemende dwangmiddelen voorafgaand aan het onderzoek ter terechtzitting.

De Hoge Raad overwoog in zijn arrest van 8 mei 2001, dat het gesloten stelsel van rechtsmiddelen op onaanvaardbare wijze zou worden doorkruist indien bij de behandeling ter terechtzitting *opnieuw of alsnog* een beroep kan worden gedaan op vormverzuimen die gedurende het verhoor in

¹³¹ Bijvoorbeeld: HR 29 mei 2007, NJ 2008/14 m.nt. Reijntjes.

¹³² Zie bijvoorbeeld over een vernietigde zedenset: HR 30 september 2003, NJ 2004/53.

¹³³ Bijvoorbeeld: HR 19 december 1995, NJ 1996/249 m.nt. Schalken (Zwolsman).

¹³⁴ HR 1 november 2005, NJ 2006/425, r.o. 4.4. Zie ook HR 3 juli 2001, NJ 2001/536, r.o. 3.3 en 3.4 betreffende het soortgelijke artikel 195a lid 3 Sv en artikel 195b Sv.

het kabinet hadden kunnen worden voorgelegd aan de rechter-commissaris (of de raadkamer).¹³⁵
¹³⁶ Dit wordt door Buruma ook wel het *uitputtingsvereiste* genoemd.¹³⁷ Vormen die betrekking hebben op het voorarrest vallen - omwille van proceseconomie en rechtszekerheid¹³⁸ - derhalve buiten het toepassingsbereik van artikel 359a Sv.

Echter, waar het niet louter verzuimen met betrekking tot formaliteiten omtrent het voorarrest betreft, wordt betoogd dat het uitputtingsvereiste uitzondering kan leiden. In die visie hoeft een onrechtmatigheidsverweer, dat strikt genomen kon worden voorgelegd aan de rechter-commissaris, toepassing van artikel 359a Sv door de zittingsrechter niet uit te sluiten. Als het namelijk gaat om vormverzuimen welke van invloed kunnen zijn op het eindonderzoek en/of vormverzuimen die uitstralen naar de beslissingen die de zittingsrechter moet nemen, zal die kwestie wel door de zittingsrechter aan de hand van artikel 359a Sv behandeld kunnen worden. Wanneer het vormverzuim dus meer dan 'slechts' de bevelen tot vrijheidsberoving bestrijkt (en de rechter-commissaris daaraan dus geen of onvoldoende rechtsgevolgen kan verbinden) verzet het gesloten stelsel van rechtsmiddelen zich niet expliciet tegen hernieuwde bespreking ter zitting.¹³⁹ In dit opzicht kan het 'rechtmatigheidsoordeel' van de rechter-commissaris (welke doorgaans beslist op basis van summiere gegevens) de zittingsrechter niet binden.

Men denke hier bijvoorbeeld aan het doelbewust toepassen van excessief geweld gedurende het aanhouden of inverzekeringstellen van de verdachte, welke in bijzondere gevallen kan leiden tot niet-ontvankelijkheidsverklaring.¹⁴⁰ Voorts denke men aan onrechtmatigheden die geen betrekking hebben op het voorarrest, doch waarbij het rechterlijk oordeel op onderdelen deels overlapt. Wanneer de rechter-commissaris bijvoorbeeld oordeelt, dat de inverzekeringstelling onrechtmatig was omwille van het ontbreken van een redelijk vermoeden van schuld, staat het de zittingsrechter vrij om tijdens het onderzoek ter terechtzitting zelfstandig te oordelen over die verdenking bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de doorzoeking.¹⁴¹ De verdediging kan dergelijke verzuimen dus niet alleen bij de rechter-commissaris ter sprake brengen (die de verdachte onmiddellijk in vrijheid kan stellen), maar ook bij de zittingsrechter die hieraan nadere gevolgen ex artikel 359a Sv kan verbinden.¹⁴²

Ten slotte zijn verzuimen omtrent het voorarrest niet onderhevig aan het uitputtingsvereiste wanneer voorgeleiding bij de rechter-commissaris achterwege is gebleven, en deze rechter zich dus niet heeft kunnen uitspreken over het verzuim. Dit blijkt uit een vrij recent arrest van 13 december

¹³⁵ HR 8 mei 2001, *NJ* 2001/587 m.nt. Reijntjes, r.o. 3.3. Alsook: HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/376 m.nt. Buruma (Afvoerpijp), r.o. 3.4.2.

¹³⁶ Tegen de beslissing van de RC staat namelijk geen hogere voorziening open.

¹³⁷ Buruma 2002, p. 202.

¹³⁸ Ter Haar & Meijer 2011, p. 20.

¹³⁹ N. van der Laan, 'De mantel der liefde van de rechter-commissaris in strafzaken', *NJB* 2006, p. 994.

Zie voorts: CAG Machielse ond. 21 en noot Klip bij HR 13 juni 2006, *NJ* 2006/623; M.C.D. Embregts, 'Artikel 359a Sv', in: A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen (red.), *Het Wetboek van strafvordering*, Deventer: Kluwer (losbl.), aant. 6.2; Ter Haar & Meijer 2011, p. 20-22.

¹⁴⁰ CAG Wortel ond. 13 bij HR 30 januari 2001, *NJ* 2001/281.

¹⁴¹ HR 13 juni 2006, *NJ* 2006/623 m.nt. Klip, r.o. 3.4. Zie ook: HR 24 april 2007, *NJ* 2008/145 m.nt. Schalken, r.o. 3.4 en HR 28 oktober 2008, *NJ* 2009/72 m.nt. Reijntjes, r.o. 3.7.

¹⁴² Van der Laan 2006, p. 995.

2011¹⁴³ met betrekking tot het zogeheten weekendarrangement. Dit arrangement hield in, dat plegers van uitgaansgeweld die in het weekend werden aangehouden, onnodig lang (tot maandagochtend) werden vastgehouden onder het mom van artikel 57 lid 5 Sv (belang van het onderzoek: uitreiken van mededelingen over de strafzaak). Het Hof oordeelt in de betreffende zaak - wellicht geïnspireerd door het Karman-arrest (zie paragraaf 4.4.4) - dat het Openbaar Ministerie buiten toepassing van artikel 359a Sv niet-ontvankelijk moet worden verklaard omdat de onrechtmatigheid het wettelijk systeem in de kern raakt.

De Hoge Raad oordeelt vervolgens, dat het voortduren van de inverzekeringstelling nadat het opsporingsonderzoek is voltooid, terwijl niet zo spoedig mogelijk conform artikel 57 lid 5 Sv de dagvaarding is uitgereikt, onrechtmatig is (schending van artikel 5 EVRM). Voorts oordeelt hij, dat de onrechtmatige toepassing van vrijheidsbenemende dwangmiddelen een vormverzuim is, waarop artikel 359a Sv van toepassing is indien dit verzuim door verdachte niet aan de rechter-commissaris kon worden voorgelegd. Nu verdachte in de betreffende zaak is heengezonden na afloop van de inverzekeringstelling - en het gebrek dus niet voorgelegd kon worden aan de rechter-commissaris - is artikel 359a Sv van toepassing. De zittingsrechter dient dan aan de hand van artikel 359a Sv te reageren op een ter zake gevoerd verweer.¹⁴⁴

4.3 Het afwegingskader van artikel 359a Sv

In voorgaande paragraaf is besproken aan welke voorwaarden voldaan moet worden wil er sprake zijn van een vormverzuim in de zin van artikel 359a Sv. Indien aan deze voorwaarden is voldaan, dient de rechter bij toepassing van de sanctiemodaliteiten (zie nader paragraaf 4.4) acht te slaan op het afwegingskader van artikel 359a lid 2 Sv. Aldus is sprake van een scheiding tussen de vraag of sprake is van een vormverzuim (de rechtmatigheidsvraag) en de vraag of een sanctie dient te volgen. Bij de zo te bespreken wegingsfactoren gaat het dus niet om de vaststelling dat er sprake is van een onrechtmatigheid (die is dan immers al reeds vastgesteld), maar om de vraag of er een sanctie dient te volgen, en zo ja welke sanctie. Het rechtsgevolg zal door deze factoren gerechtvaardigd moeten worden.

De wettelijke wegingsfactoren van lid 2 betreffen: *het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat door het verzuim is veroorzaakt*. Voorts is in de rechtspraak bepaald, dat acht geslagen kan worden op de *ernst van het feit*. Opmerking verdient, dat deze wegingsfactoren niet absoluut van karakter zijn in de zin dat cumulatief voldaan moet worden aan alle factoren voordat de rechter over kan gaan tot het toepassen van een sanctie. Zij dienen in onderlinge samenhang te worden afgewogen.¹⁴⁵ Alleen de wegingsfactor 'het nadeel dat door het verzuim is veroorzaakt' lijdt hier uitzondering. Van 'nadeel' moet wel altijd sprake van zijn wil een sanctie op grond van artikel 359a Sv toepassing vinden.¹⁴⁶ Voorts bestaan er enkele overige relativeringen, te weten: de *Schutznorm* en *causaliteit*. In de navolgende subparagrafen zullen voornoemde factoren en relativeringen achtereenvolgens besproken worden.

¹⁴³ HR 13 december 2011, NJ 2012/299 m.nt. Reijntjes (Weekendarrangement).

¹⁴⁴ *Ibid*, r.o. 4.2.

¹⁴⁵ Ter Haar & Meijer 2011, p. 25.

¹⁴⁶ *Ibid*.

4.3.1 *Het belang dat het geschonden voorschrift dient*

Bij toepassing van artikel 359a Sv dient de rechter ten eerste rekening te houden met het belang dat het geschonden voorschrift dient. Hierbij gaat het om het gewicht van het desbetreffende vormvoorschrift.¹⁴⁷ Bij de afweging of een sanctie dient te volgen (en zo ja, welke), dient de rechter zich dus af te vragen hoe groot het belang van het geschonden voorschrift is in het kader van een goede strafrechtspleging.

Over het algemeen zal het belang van het geschonden voorschrift geen problemen met zich meebrengen, daar de meest voorkomende voorschriften betrekking hebben op bijvoorbeeld bescherming van de persoonlijke levenssfeer, lichamelijke integriteit of bepaalde aan artikel 6 EVRM inherente rechten (bijvoorbeeld recht op rechtsbijstand). Deze behoorlijkheidsregels worden allen geacht van groot belang te zijn voor een goede strafrechtspleging.¹⁴⁸

Het is echter minder duidelijk of groot gewicht moet worden toegekend aan schending van deugdelijkheidsregels, zoals richtlijnen en aanwijzingen van het Openbaar Ministerie. Zoals uiteengezet in hoofdstuk 3, beogen deze regels vaak de totstandkoming van betrouwbare bewijsmiddelen te waarborgen. Zij zijn instrumenteel voor de waarheidsvinding. Het verzuimen van dergelijke instructienormen zal in beginsel niet aangemerkt kunnen worden als schending van een belangrijk strafvorderlijk voorschrift.¹⁴⁹ Desalniettemin kan sanctionering middels artikel 359a Sv toch tot de mogelijkheden behoren als de aard van het verzuim ernstig genoeg is.¹⁵⁰

4.3.2 *De ernst van het verzuim*

De tweede wegingsfactor van artikel 359a lid 2 Sv betreft de ernst van het verzuim. Hierbij spelen de omstandigheden waaronder het verzuim is begaan een rol en kan de mate van verwijtbaarheid van belang zijn.¹⁵¹ Ter Haar en Meijer maken hier een verband met de Amerikaanse '*good faith exception*', waarbij onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal toch gebruikt kan worden wanneer de politie goede redenen had om aan te nemen dat hun handelen rechtmatig was.¹⁵²

Een Nederlands voorbeeld hiervan betreft een arrest van de Hoge Raad van 19 juni 2001.¹⁵³ In deze zaak betraden opsporingsambtenaren op basis van de Opiumwet een boerderij zonder machtiging tot binnentreden. Op basis van eerder ontvangen informatie waren zij in de veronderstelling dat het pand niet bewoond werd. Daarnaast werd niet gereageerd op luid roepen, aanbellen en kloppen. Aldus gingen de verbalisanten er van uit dat een machtiging niet vereist

¹⁴⁷ *Ibid*, p. 26.

¹⁴⁸ *Ibid*, p. 28.

¹⁴⁹ Zie bijvoorbeeld met betrekking tot schending van de aanwijzing opsporing en vervolging inzake seksueel misbruik HR 17 april 2007, *NJ* 2007/253, r.o. 4.5 en ten aanzien van schending van het verhoorprotocol Rb. Zwolle-Lelystad 3 december 2009, *LJN* BK5398.

¹⁵⁰ Zie bijvoorbeeld niet-ontvankelijkheid van het O.M. bij ernstige schending van de aanwijzing opsporing en vervolging inzake seksueel misbruik (i.c. het niet consulteren van de Landelijke Expertisegroep Bijzondere Zedenzaken): HR 3 april 2012, *NJ* 2012/346 m.nt. Reijntjes, r.o. 2.5.

¹⁵¹ HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/376 m.nt. Buruma (Afvoerpijp), r.o. 3.5.

¹⁵² Ter Haar & Meijer 2011, p. 28. Zie voor een rechtsvergelijkend onderzoek: Embregts 2003, p. 149-154.

¹⁵³ HR 19 juni 2001, *NJ* 2001/574 m.nt. Reijntjes.

was. Nu echter achteraf bleek, dat de boerderij wel degelijk door verdachte bewoond werd, was sprake van een vormverzuim. Echter, de Hoge Raad merkt daarbij op dat voor bewijsuitsluiting geen plaats is wanneer de verbalisanten, op grond van de wijze waarop dat pand zich aan hen aandienende en hetgeen hen overigens omtrent dat pand bekend was en kon zijn, redelijkerwijs hebben mogen aannemen dat van een woning geen sprake was.¹⁵⁴

In deze lijn oordeelt de Hoge Raad ook bij arrest van 19 februari 2013,¹⁵⁵ waar sprake was van verlening van een machtiging tot binnentreden door een niet-gecertificeerde hulpofficier van justitie. Hier overweegt hij als volgt:

'Bij het bepalen van de ernst van het verzuim kan ook van belang zijn of de desbetreffende opsporingsambtenaren te goeder trouw erop mochten afgaan dat de hun verstrekte machtiging door een bevoegde hulpofficier van justitie was afgegeven.'¹⁵⁶

En voorts:

'De in het onderhavige geval geschonden norm strekt ertoe te voorkomen dat (...) die machtiging wordt verstrekt voor een situatie waarin dat niet gerechtvaardigd is. Voor de waardering van de ernst van het verzuim kan daarom in dit geval van belang zijn of een andere, wel bevoegde, autoriteit eveneens een machtiging zou hebben verleend. Voor de vaststelling of zodanige machtiging zou zijn verleend, is vereist dat aan de hand van (...) concrete gegevens aannemelijk is dat in de gegeven omstandigheden zodanige machtiging hoogst waarschijnlijk zou zijn verleend.'¹⁵⁷

Indien opsporingsambtenaren dus een vormvoorschrift (objectief) te goeder trouw schenden (oftewel sprake is van verontschuldgbare dwaling), kan dat leiden tot minder vergaande sanctionering of slechts tot de constatering dat zich een vormverzuim heeft voorgedaan.

De mate van verwijtbaarheid is echter niet de enige factor die meespeelt bij de beoordeling van de ernst van het verzuim. Ook meer of minder geringe ernst naar aard (abstraherend van de verwijtbaarheid) kan het oordeel wettigen dat een minder vergaande sanctie, dan wel de enkele constatering van het verzuim, op zijn plaats is.¹⁵⁸

Een voorbeeld hiervan betreft een arrest van de Hoge Raad van 30 maart 2010,¹⁵⁹ waar de verdachte tijdens het verhoor een voicemailbericht van hem aan een geheimhouder werd voorgehouden zonder machtiging van de rechter-commissaris. Nu de identiteit van verdachte reeds bekend was ten tijde van het opnemen van het telefoongesprek en het niet aannemelijk was dat het enkel voorhouden van het voicemailbericht de verdachte heeft bewogen tot het afleggen van een bekennende verklaring, was voor sanctionering geen plaats.¹⁶⁰ Ook het gebruik van 'slechts' twee geheimhoudersgesprekken voor het opsporingsonderzoek is niet dermate ernstig, dat dit de

¹⁵⁴ *Ibid*, r.o. 3.7.

¹⁵⁵ HR 19 februari 2013, *LJN* BY5322 (Niet gecertificeerde hulp-OvJ).

¹⁵⁶ *Ibid*, r.o. 2.7.4.

¹⁵⁷ *Ibid*, r.o. 2.7.5.

¹⁵⁸ Ter Haar & Meijer 2011, p. 31.

¹⁵⁹ HR 30 maart 2010, *NJ* 2011/603 m.nt. Borgers.

¹⁶⁰ *Ibid*, r.o. 2.5.2 en 2.5.3.

slotsom wettigt dat het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk moet worden verklaard.¹⁶¹ Als laatste voorbeeld van beperkte ernst, leidde ook het onbevoegd betreden van een erf tot het oordeel dat deze *privacy*inbreuk gering was. Het Hof kon derhalve het onrechtmatig verkregen bewijs bezigen voor de bewezenverklaring. De AG concludeert hierbij, dat het onbevoegd betreden van een huis in de regel als een ernstiger inbreuk moet worden aangemerkt dan het onbevoegd betreden van een erf.¹⁶²

4.3.3 *Het nadeel dat door het verzuim is veroorzaakt*

De laatste en derde wegingsfactor van artikel 359a lid 2 Sv betreft het nadeel dat door het verzuim is veroorzaakt. De Hoge Raad merkt hierbij op, dat bij beoordeling van deze factor onder meer van belang is of en in hoeverre de verdachte door het verzuim daadwerkelijk in zijn verdediging is geschaad.¹⁶³

Nadeel in de zin van artikel 359a Sv blijkt in ieder geval niet te zijn, de omstandigheid dat het strafbare feit wordt ontdekt door het desbetreffende vormverzuim. Volgens de Hoge Raad kan dat geen rechtens te respecteren belang genoemd worden.¹⁶⁴ Dientengevolge kan (cruciale) bewijsverkrijging evenmin bestempeld worden als nadeel.¹⁶⁵

Knigge wijst er op, dat bij nadeel voornamelijk gedacht moet worden aan *schade*¹⁶⁶ die de verdachte lijdt in zijn processuele verdedigingsbelangen die vallen binnen het bereik van artikel 6 EVRM.¹⁶⁷ Binnen dit verband kan men denken aan het recht om getuigen te ondervragen, het recht om bewijsmateriaal te kunnen betwisten (contra-expertise), het instigatieverbod (Tallon-criterium), het recht om te zwijgen, *et cetera*.

Als voorbeeld van 'nadeel' met betrekking tot het recht om bewijsmateriaal te kunnen betwisten, kan het Enkhuizer doodslag-arrest van 23 januari 2001¹⁶⁸ dienen. Hier werd het resultaat van een reconstructie van een verkeersongeval van het bewijs uitgesloten, aangezien de auto van verdachte - waarmee het tenlastegelegde was begaan - reeds vernietigd was. Hierdoor werd de verdediging zodanig beknot in haar mogelijkheden de resultaten van de reconstructie te betwisten, dat geoordeeld werd dat verdachte schade heeft geleden aan zijn verdedigingsbelang.¹⁶⁹

¹⁶¹ HR 16 juni 2009, *NJ* 2009/603 m.nt. Borgers, r.o. 5.3.

¹⁶² CAG Knigge bij HR 19 december 2006, *NJ* 2007/28, ond. 14.

¹⁶³ Bijvoorbeeld: HR 19 februari 2013, *LJN* BY5322 (Niet gecertificeerde hulp-OvJ), r.o. 2.4.1 en HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/376 m.nt. Buruma (Afvoerpijp), r.o. 3.5.

¹⁶⁴ Bijvoorbeeld: HR 3 juli 2012, *LJN* BV1800, r.o. 2.9 en HR 4 januari 2011, *NJ* 2012/145 m.nt. Borgers, r.o. 3.2.2. Zie voorts voor een uitvoerige bespreking: T. Kooijmans, 'Elk nadeel heb z'n voordeel? Artikel 359a Sv en de ontdekking van het strafbare feit', *DD* 2011, 78.

¹⁶⁵ HR 3 juli 2012, *LJN* BV1800, r.o. 2.9 en CAG Knigge bij HR 19 december 2006, *NJ* 2007/28, ond. 11.

¹⁶⁶ Zie in dit verband ook gelijkluidend de MvT: *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 705, nr. 3, p. 26.

¹⁶⁷ CAG Knigge bij HR 19 december 2006, *NJ* 2007/28, ond. 12.

¹⁶⁸ HR 23 januari 2001, *NJ* 2001/327 (Enkhuizer doodslag).

¹⁶⁹ *Ibid*, r.o. 4.3.

Uit het bovenstaande blijkt dus, dat 'nadeel' in ieder geval ziet op concrete en niet herstelbare schade aan processuele verdedigingsbelangen van de verdachte.

Echter, het arrest van 4 januari 2011¹⁷⁰ biedt aanwijzingen dat nadeel ook uit iets anders kan bestaan. In deze zaak hadden opsporingsambtenaren zich de toegang verschaft tot een binnenvaartschip ter ontmanteling van een hennepplantage. Voor zover van belang, hebben zij vervolgens in het woongedeelte een afgesloten deur van een kast geopend zonder te beschikken over een machtiging tot doorzoeking. De kast bleek leeg, doch bood een doorgang naar daarachter gelegen ruimten waar de hennepplantage zich bevond. Na vastgesteld te hebben dat het openen van de kast een vormverzuim betreft, oordeelt de Hoge Raad dat hier kan worden volstaan met de enkele constatering dat de opsporingsambtenaren onrechtmatig hebben gehandeld. Immers, nu de kast geheel leeg was, bevonden zich daarin geen voorwerpen die voor bescherming van de persoonlijke levenssfeer van enige betekenis waren. Daarmee staat vast, dat enig nadeel is uitgebleven.¹⁷¹

Doorredenerend zou men kunnen stellen, dat wanneer de kast wél persoonlijke voorwerpen had bevat, de verdachte wel enig nadeel had ondervonden. Dat zou betekenen dat men zich niet blind hoeft te staren op reeds aangehaalde zinsnede 'in zijn *verdediging* is geschaad'.¹⁷² Immers, een daadwerkelijk schending van het belang dat het geschonden voorschrift beoogd te beschermen - i.c. recht op *privacy* - zal dan ook nadeel in de zin van artikel 359a lid 2 Sv kunnen opleveren, waarmee nadeel niet is beperkt tot gevallen van schade aan een processueel verdedigingsbelang.¹⁷³

Opmerking hierbij verdient wel, dat het thans lijkt of de Hoge Raad bewijsuitsluiting bij schending van een grondrecht als het recht op *privacy* slechts reserveert voor gevallen waarin tevens sprake is van schending van het recht op een eerlijk proces (artikel 6 EVRM). Voor bewijsuitsluiting in gevallen waarin enkel sprake is van een schending van het recht op *privacy* lijkt aldus geen plaats meer te zijn (zie verder paragraaf 4.4.3).¹⁷⁴ Het vermoeden dat schending van de *privacy* geen bewijsuitsluiting meer kan opleveren, neemt echter niet weg dat een dergelijke schending nadeel in de zin van artikel 359a lid 2 Sv kan opleveren. In dergelijke gevallen behoort strafvermindering immers nog tot de mogelijkheden.¹⁷⁵

¹⁷⁰ HR 4 januari 2011, *NJ* 2012/145 m.nt. Borgers.

¹⁷¹ *Ibid*, r.o. 3. 5.

¹⁷² Dit vermoeden wordt ook versterkt door de terminologie van de Hoge Raad: "Bij de beoordeling daarvan [lees: nadeel] is *ondermeer* [mijn curs.] van belang of en in hoeverre de verdachte door het verzuim daadwerkelijk in zijn verdediging is geschaad". Zie: HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/376 m.nt. Buruma (Afvoerpijp), r.o. 3.5.

¹⁷³ Ook volgens Ter Haar & Meijer 2011, p. 37-39 en noot Borgers ond. 5 bij HR 4 januari 2011, *NJ* 2012/145.

¹⁷⁴ Noot Borgers ond. 14 bij HR 21 december 2010, *NJ* 2012/24.

¹⁷⁵ Noot Borgers ond. 5 en 7 bij HR 4 januari 2011, *NJ* 2012/145.

4.3.4 De ernst van het feit

Als zijnde aanvullende wegingsfactor is in de jurisprudentie uitgemaakt, dat de ernst van het tenlastegelegde feit ook mag meespelen bij de beoordeling van de rechter. In zijn arrest van 25 juni 2002 overweegt de Hoge Raad:

'Voorts heeft het Hof bij zijn oordeel de ernst van het feit betrokken. Dat stond hem vrij, nu, naar uit de geschiedenis van art. 359a Sv volgt, de rechter naast de in het tweede lid van die bepaling genoemde, ook andere factoren bij zijn beslissing in aanmerking kan nemen.'¹⁷⁶

Naarmate het feit ernstiger zal zijn, zal de rechter eerder tot het oordeel kunnen komen minder vergaande sancties te verbinden aan vormverzuimen wanneer haar gevolg vrijspraak zou zijn. Echter, ook het omgekeerde is mogelijk. Wanneer ernstig onrechtmatig is gehandeld ten aanzien van een bagateldelict, kan relatief zware sanctionering aangewezen zijn, daar de rechtsorde zwaarder geschokt kan zijn van de onrechtmatigheid dan van het desbetreffende strafbare feit.¹⁷⁷ De factor 'ernst van het feit' kan dus uitkomst bieden bij de belangenafweging tussen enerzijds belangen die gediend worden met sanctionering en anderzijds het belang van de waarheidsvinding en het voorkomen van maatschappelijke onrust (zie paragraaf 4.1).¹⁷⁸ Deze factor dient echter niet als zelfstandige maatstaf in aanmerking genomen te worden, doch slechts in combinatie met de andere factoren te worden gezien.¹⁷⁹

4.3.5 Overige relativeringen

Naast de zojuist behandelde wegingsfactoren van artikel 359a lid 2 Sv, die een rol spelen bij de vraag of een sanctie dient te volgen ten aanzien van een reeds geconstateerd vormverzuim, zijn er nog een tweetal relativeringen welke in de literatuur en jurisprudentie zijn aangebracht.

Onder meer bij arrest van 21 januari 1997, blijkt duidelijk van deze relativeringen wanneer de Hoge Raad overweegt dat bewijsuitsluiting *kan* volgen indien: (a) *dat bewijsmateriaal uitsluitend ten gevolge van dat onrechtmatig optreden is verkregen* en (b) *het de verdachte is die door bedoeld optreden is getroffen in een belang dat de overtreden norm beoogt te beschermen*.¹⁸⁰

Deze relativeringen, het *causaal verband* en de *Schutznorm*, kunnen er toe leiden dat een sanctie als bedoeld in artikel 359a Sv - ondanks de aanwezigheid van een vormverzuim - niet wordt toegepast. Hieronder wordt allereerst de *Schutznorm* behandeld (paragraaf 4.3.5.1). Vervolgens komt het *causaal verband* aan bod (paragraaf 4.3.5.2).

¹⁷⁶ HR 25 juni 2002, NJ 2002/625 m.nt. Schalken, r.o. 3.9.

¹⁷⁷ R. Kuiper, 'Een afgewogen toepassing van bewijsuitsluiting', in: W.E. Haak et al, *WB der Nederlanden: 25 jaar wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 157.

¹⁷⁸ Ter Haar & Meijer 2011, p. 41 en Baaijens-Van Geloven 2004, p. 359.

¹⁷⁹ Nijboer 2011, p. 127.

¹⁸⁰ HR 21 januari 1997, NJ 1997/309, r.o. 5.3.

4.3.5.1 *Schutznorm*

De eerste relativering die hier besproken wordt, betreft de - uit het burgerlijk recht geadopteerde¹⁸¹ - leer van de *Schutznorm* (of relativiteitseis). Deze norm hangt nauw samen met het reeds behandelde vereiste van 'nadeel' (zie paragraaf 4.3.3). In het overzichtarrest uit 2004 merkt de Hoge Raad hierover het volgende op:

'Dat indien het niet de verdachte is die door de niet-naleving van het voorschrift is getroffen in het belang dat de overtreden norm beoogt te beschermen, in de te berechten zaak *als regel* [mijn curs.] geen rechtsgevolg zal behoeven te worden verbonden aan het verzuim.'¹⁸²

Hoewel de Hoge Raad bovenstaande *Schutznorm* - als zijnde nadere opmerking - bespreekt nadat hij de wegingsfactoren van artikel 359a lid 2 Sv heeft behandeld,¹⁸³ zulks doet vermoeden dat aan deze norm moet worden getoetst ná toetsing aan de wettelijke wegingsfactoren van lid 2, lijkt deze relativering in de praktijk juist vóór de wettelijke wegingsfactoren aan bod te komen. Wanneer een vormverzuim reeds is geconstateerd (en derhalve is voldaan aan de beoordelingsfactoren zoals besproken in paragraaf 4.2), kan verdere afweging omtrent sanctionering reeds bij voorbaat achterwege blijven indien de overtreden norm niet beoogt het getroffen belang van de verdachte te beschermen.¹⁸⁴ Bespreking van de overige (wettelijke) wegingsfactoren is dan niet meer nodig.¹⁸⁵

De relativering - dat wanneer niet voldaan is aan de relativiteitseis *als regel* geen rechtsgevolg aan het verzuim verbonden hoeft te worden - doet vermoeden dat er een zekere (flinterdunne) ruimte bestaat om toch een rechtsgevolg te verbinden aan een vormverzuim waarbij strikt genomen niet voldaan is aan de *Schutznorm*.¹⁸⁶ Zulks blijkt bijvoorbeeld uit een arrest van 12 januari 1999, waarin bewijsuitsluiting werd toegepast omdat een telefoongesprek tussen een *medeverdachte* en zijn advocaat was getapt.¹⁸⁷ Hoewel de verdachte dus niet had deelgenomen aan het getapte gesprek, had dit (ook) - gelet op de ratio van het verschoningsrecht - verstrekkende consequenties in zijn strafzaak. Echter, Borgers merkt hierbij op, dat het anno 2012 op zijn minst nog maar de vraag is of dat nog als geldend recht mag worden beschouwd. Thans lijkt de *Schutznorm* vrijwel in graniet gebeiteld en ligt de nadruk sterk op het concrete nadeel dat de verdachte heeft ondervonden. Daarmee laat de Hoge Raad zeer weinig ruimte voor de feitenrechter om enig rechtsgevolg te verbinden aan een vormverzuim waarbij het niet de desbetreffende verdachte was

¹⁸¹ Nijboer 2000, p. 84.

¹⁸² HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/376 m.nt. Buruma (Afvoeropijp), r.o. 3.5. Zie ook: HR 19 februari 2013, *LJN* BY5322 (Niet gecertificeerde hulp-OvJ), r.o. 2.4.1.

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ Bijvoorbeeld volgens CAG Machielse ond. 4.5 bij HR 5 juni 2012, *LJN* BW4230.

Zie voor voorbeelden waar direct wordt overgegaan (zonder bespreking van de wegingsfactoren van lid 2) tot verwerping van het verweer middels gebruikmaking van de *Schutznorm*: Hof 's-Hertogenbosch 5 december 2011, *LJN* BU9998, HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/376, r.o. 4.4 (Afvoeropijp) en HR 2 juli 2002, *NJ* 2002/602 m.nt. Buruma, r.o. 3.3.

¹⁸⁵ Anders volgens Embregts 2003, p. 148 en Embregts, 'Artikel 359a Sv', in: Melai/Groenhuijsen (red.), aant. 5.11. Volgens haar moet de *Schutznorm* niet begrepen worden als zijnde een extra eis, maar als algemene leer waar het reeds behandelde vereiste van 'nadeel' een nadere concretisering van betreft.

¹⁸⁶ Noot Buruma ond. 2 bij HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/376 (Afvoeropijp).

¹⁸⁷ HR 12 januari 1999, *NJ* 1999/290, r.o. 3.4 en 3.5.

die daardoor in zijn belangen is geschaad, oftewel waarbij geen sprake is van rechtens relevant nadeel (zie onderstaand component 'belang van de verdachte').¹⁸⁸

Terugkerend naar de standaardoverweging, zoals aan het begin van deze subparagraaf is aangehaald, kan vastgesteld worden dat de *Schutznorm* uit twee componenten bestaat. Ten eerste dient de geschonden norm in abstracto het belang van de verdachte te beschermen ('beoogt te beschermen'). Ten tweede moet *deze* verdachte (en dus niet een ander) in concreto zijn getroffen door het schenden van die norm ('belang van de verdachte').¹⁸⁹

– *Beoogt te beschermen*

De eerste component heeft betrekking op de aard van de geschonden norm. In abstracto moet worden getoetst of de norm een belang van de verdachte beoogt te beschermen. De toetsing of de verdachte een belang heeft, vindt hier dus plaats op het niveau van het geschonden voorschrift zelf.

Een voorbeeld van abstracte toetsing betreft het geval van schending van het doorlaatverbod (artikel 126ff Sv). Een verweer ter zake een dergelijke schending moet volgens de Hoge Raad verworpen worden, nu dit verbod niet in het leven is geroepen in het belang van de verdachte (maar voornamelijk in het belang van de volksgezondheid). Dit brengt met zich mee, dat bij schending van het doorlaatverbod geen rechtens te beschermen belangen van de verdachte in het geding kunnen zijn.¹⁹⁰ Ter zijde constateert Buruma hier, dat daarmee vrijwel een einde is gekomen aan rechterlijke toetsing van dit verbod.¹⁹¹

– *Belang van de verdachte*

De tweede component heeft betrekking op de vraag of de desbetreffende verdachte ook zelf in het belang is geschonden dat de geschonden norm beoogt te beschermen. Er is dus niet voldaan aan de *Schutznorm* indien zich een onrechtmatigheid heeft voorgedaan jegens een derde.

Het schoolvoorbeeld met betrekking tot toepassing van de *Schutznorm* - in het bijzonder de component 'het belang van de verdachte' - betreft het Afvoerpijp-arrest. In deze zaak hadden opsporingsambtenaren zich de toegang tot een woning verschaft met het vermoeden dat sprake was van overtreding van de Opiumwet. Voor zover van belang, hebben zij vervolgens in de kelder een afvoerpijp losgetrokken met het vermoeden daar drugs te vinden. Nu zij echter niet over een machtiging tot doorzoeking beschikten, oordeelde de Hoge Raad dat er sprake was van een vormverzuim. Echter, dit verzuim werd vervolgens gerelativeerd door te overwegen dat het niet de verdachte was die in het belang was getroffen dat de overtreden norm beoogt te beschermen. Het was niet de verdachte die in zijn *privacy* was geschaad, daar de verdachte niet de bewoner/gebruiker was van de desbetreffende kelder. In casu was derhalve een derde

¹⁸⁸ Borgers 2012, p. 263 met verwijzing naar: HR 30 maart 2010, *NJ* 2011/603 m.nt. Borgers, HR 28 september 2010, *NJ* 2010/532 en HR 11 oktober 2011, *NJ* 2011/505.

¹⁸⁹ Zie o.m. Ter Haar & Meijer 2011, p. 43 en Embregts 2003, p. 124.

¹⁹⁰ HR 2 juli 2002, *NJ* 2002/602 m.nt. Buruma, r.o. 3.3.

¹⁹¹ *Ibid*, noot Buruma ond. 1.

(medebewoner) in zijn *privacy* geschonden, hetgeen geen consequenties behoeft te hebben voor de strafzaak van verdachte.¹⁹²

4.3.5.2 Causaliteit

Voorts kan het ontbreken van causaliteit ertoe leiden, dat aan een geconstateerd vormverzuim geen rechtgevolgen worden verbonden. De overweging die de Hoge Raad thans wijdt aan het vereiste van causaliteit luidt:

'Bewijsuitsluiting kan als op grond van art. 359a, eerste lid, Sv voorzien rechtsgevolg uitsluitend aan de orde komen indien het bewijsmateriaal **door** het verzuim is verkregen (...).'¹⁹³

Hoewel hier enkel gerept wordt over bewijsuitsluiting en het vraagstuk met betrekking tot causaliteit het vaakst zal spelen bij deze sanctiemodaliteit, geldt het vereiste van causaal verband ook bij de overige sancties van strafvermindering en niet-ontvankelijkheid.¹⁹⁴

De eis die hier gesteld wordt is hoog. Het woord 'door' moet strikt gelezen worden volgens Buruma.¹⁹⁵ Direct verkregen bewijsmateriaal alsook '*fruits of the poisonous tree*', die niet uitsluitend ten gevolge van het vormverzuim zijn verkregen - maar bijvoorbeeld (mede) afkomstig zijn van een andere bron - komen niet voor uitsluiting in aanmerking.

Volgens Embregts zijn er vier mogelijkheden denkbaar waarbij niet (langer) sprake is van causaal verband tussen het vormverzuim en het verkregen bewijsmateriaal. Ten eerste kan sprake zijn van *ontbreken van oorzakelijk verband*. Bij deze categorie kan bijvoorbeeld sprake zijn van een temporeel verband tussen het verkregen bewijs en het vormverzuim, waarbij men kan denken aan het geval het vormverzuim zich heeft voorgedaan ná bewijsverkrijging.¹⁹⁶

Ten tweede kan de *causale keten doorbroken of afgezwakt* zijn.¹⁹⁷ Als voorbeeld kan hier een arrest van 6 juli 2010 dienen.¹⁹⁸ In deze zaak verklaarde verdachte op voor hem belastende wijze voordat hem de cautie was gegeven. Na inmiddels wel meerdere malen op het zwijgrecht te zijn gewezen, verklaarde hij nogmaals op belastende wijze. In zijn conclusie bij vernoemd arrest, overweegt AG Aben dat bewijs niet uitgesloten hoeft te worden indien aannemelijk is dat ook andere factoren aan de verkrijging van het bewijs hebben bijgedragen.¹⁹⁹

¹⁹² HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/376 m.nt. Buruma (Afvoerpipj), r.o. 4.4.

¹⁹³ Bijvoorbeeld: HR 19 februari 2013, *LJN* BY5322 (Niet gecertificeerde hulp-OvJ), r.o. 2.4.2 en HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/376 m.nt. Buruma (Afvoerpipj), r.o. 3.6.4.

¹⁹⁴ Zie HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/376 m.nt. Buruma (Afvoerpipj), r.o. 3.6.3 en 3.6.5. Bij strafvermindering moet het nadeel veroorzaakt zijn *door* het vormverzuim en bij niet-ontvankelijkheid moet er een ernstige inbreuk zijn gemaakt op beginselen van een behoorlijke procesorde *waardoor* doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan.

¹⁹⁵ Noot Buruma ond. 4. bij HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/376 (Afvoerpipj).

¹⁹⁶ Embregts 2003, p. 132 en Embregts, 'Artikel 359a Sv', in: Melai/Groenhuijsen (red.), aant. 5.10.

¹⁹⁷ Embregts 2003, p. 133.

¹⁹⁸ HR 6 juli 2010, *LJN* BL5528, r.o. 2.4. Zie eveneens gelijksoortig: HR 30 juni 2009, *NJ* 2009/349 m.nt. Schalken (post-Salduz I), r.o. 2.7.3.

¹⁹⁹ CAG Aben ond. 3.4.2. bij HR 6 juli 2010, *LJN* BL5528.

Ten derde kan de *alternatieve causaliteit* genoemd worden. Hier is sprake van indien het bewijs zowel op onrechtmatige- als rechtmatige wijze is verkregen. Aldus wordt het bewijs in eerste instantie onrechtmatig verkregen, terwijl in een latere fase hetzelfde of soortgelijk materiaal via rechtmatige wegen wordt vergaard.²⁰⁰

Ten slotte is er de categorie van de *theoretische alternatieve causaliteit* (ook wel vergeleken met de Amerikaanse equivalent van de *'inevitable discovery exception'*).²⁰¹ Deze categorie heeft betrekking op de situatie waarin het onrechtmatig verkregen bewijs ook op rechtmatige wijze verkregen had kunnen worden. Wanneer het dus hoogst waarschijnlijk is dat het onrechtmatig verkregen bewijs ook zou zijn bemachtigd wanneer de opsporingsambtenaren zich wel aan de voorschriften hadden gehouden, kan de ernst van het verzuim worden gerelativeerd. Wij zagen dit reeds in paragraaf 4.3.2, waar het arrest met betrekking tot een niet gecertificeerde hulpofficier werd besproken. De Hoge Raad overwoog, dat - bij de beoordeling of er een sanctie dient te volgen - van belang kan zijn of een andere wel bevoegde autoriteit eveneens een machtiging zou hebben verleend. Hoewel Embregts in 2003 opmerkte dat de theoretische alternatieve causaliteit in Nederland zeldzaam is,²⁰² blijkt deze categorie heden ten dage dus wel erkenning te krijgen.

4.4 Het sanctiearsenaal van artikel 359a Sv

Nu in voorgaande paragrafen is besproken wanneer sprake is van een vormverzuim als bedoeld in artikel 359a Sv, welke factoren de rechter in acht dient te nemen bij de vraag of een sanctie dient te volgen en welke relativeringen er kunnen gelden, is het nu tijd om de diverse sanctiemodaliteiten te behandelen.

Artikel 359a lid 1 Sv bepaalt, dat de rechter een sanctie *kan* verbinden aan een geconstateerd vormverzuim. Hiervoor moet eerst voldaan zijn aan de voorwaarden van artikel 359a lid 1 aanhef Sv (zie paragraaf 4.2). Vervolgens is het aan de rechter op welke wijze hij het geconstateerde vormverzuim afdoet. Hoewel de rechter bij zijn keuze rekening moet houden met de wegingsfactoren en relativeringen zoals besproken in paragraaf 4.3, heeft de rechter in beginsel grote vrijheid. De bedoeling van 359a Sv is noch imperatief, noch limitatief.²⁰³ De rechter heeft hier dus een discretionaire bevoegdheid.

Artikel 359a lid 1 Sv biedt de rechter drie sanctiemodaliteiten, te weten: strafvermindering, bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. Echter, voordat overgegaan wordt tot sanctionering, moet de rechter beoordelen of volstaan kan worden met de constatering dat een onherstelbaar vormverzuim is begaan zonder daar verder rechtsgevolgen aan te verbinden (paragraaf 4.4.1). Indien niet kan worden volstaan met een loutere constatering, dient de rechter vervolgens te bezien of een sanctie dient te volgen. Hierbij dient hij rekening te houden met de volgorde waarin de sancties in artikel 359a lid 1 Sv zijn opgesomd. Deze volgorde geeft hun relatieve zwaarte aan.²⁰⁴ Aldus moet de rechter allereerst onderzoeken of met de minst zware

²⁰⁰ Embregts 2003, p. 136-137.

²⁰¹ *Ibid*, p. 139-146.

²⁰² *Ibid*, p. 139.

²⁰³ *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 705, nr. 3, p. 5 en *Kamerstukken II* 1994-1995, 23 705, nr. 6, p. 9-10.

sanctie van strafvermindering kan worden volstaan (paragraaf 4.4.2), gevolgd door bewijsuitsluiting (paragraaf 4.4.3) en ten slotte niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie (paragraaf 4.4.4).

4.4.1 *Constateren zonder rechtsgevolg*

Een onherstelbaar vormverzuim hoeft niet telkens tot enig rechtsgevolg te leiden.²⁰⁵ De Hoge Raad merkt hier namelijk over op:

'Voorts is van belang dat – gelet op de beoordelingsfactoren als bedoeld in art. 359a, tweede lid, Sv – het wettelijk stelsel aldus moet worden opgevat dat een vormverzuim in de zin van dat artikel niet steeds behoeft te leiden tot een van de daar omschreven rechtsgevolgen. Art. 359a Sv formuleert een bevoegdheid en niet een plicht, en biedt de rechter die een vormverzuim heeft vastgesteld, de mogelijkheid af te zien van het toepassen van een van de daar bedoelde rechtsgevolgen en *te volstaan met het oordeel dat een onherstelbaar vormverzuim is begaan* [mijn curs.]. De strekking van de regeling van art. 359a Sv is immers niet dat een vormverzuim hoe dan ook moet leiden tot enig voordeel voor de verdachte [vgl. HR 23 januari 2001, *NJ* 2001/327].²⁰⁶

Gelet op de overweging dat een vormverzuim niet tot enig voordeel voor de verdachte hoeft te leiden - welke door Buruma ook wel het *non-profit* karakter genoemd wordt²⁰⁷ - en de discretionaire bevoegdheid van de rechter, kan dus volstaan worden met een *declaratoire uitspraak* waarin geconstateerd wordt dat zich een vormverzuim heeft voorgedaan maar dat dit - onder andere gelet op de wegingsfactoren van artikel 359a lid 2 Sv - geen verdere gevolgen heeft.²⁰⁸ Hier kan men voornamelijk denken aan de situatie waarin niet voldaan is aan het nadeelvereiste, het nadeel zeer gering was, het niet de verdachte is die door de onrechtmatigheid is getroffen, de vormschender geen verwijt treft, *et cetera*.²⁰⁹

Hoewel een dergelijke constatering uiteindelijk niets uithaalt voor de verdachte, is het declaratoir vastleggen van het geconstateerde vormverzuim wel relevant.²¹⁰ Aldus wordt het vormverzuim gemarkeerd waarmee een zekere erkenning wordt geboden en de opsporing wordt genormeerd. Duidelijk wordt wat mag en niet mag. Met een constatering komt vast te staan dat het handelen van politie en/of justitie onrechtmatig was, doch dat dit in *deze* strafzaak en jegens *deze* verdachte geen verdere consequenties behoeft te hebben. De preventieve werking van een loutere constatering is echter niet bepaald noemenswaardig. Het betreft een zodanig subtiele prikkel dat het maar de vraag is in hoeverre het overheidsmonopolie zich in een dergelijk geval geroepen voelt zich te conformeren aan de norm.

²⁰⁴ *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 705, nr. 3, p. 25.

²⁰⁵ Vooreerst duidelijk sinds HR 22 september 1998, *NJ* 1999/104 m.nt. De Hullu, r.o. 4.4.

²⁰⁶ HR 19 februari 2013, *LJN* BY5322 (Niet gecertificeerde hulp-OvJ), r.o. 2.4.1 en HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/376 m.nt. Buruma (Afvoerpijp), r.o. 3.6.1.

²⁰⁷ Buruma 2002, p. 206.

²⁰⁸ Zie ook: *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 705, nr. 3, p. 5.

²⁰⁹ Ter Haar & Meijer 2011, p. 50.

²¹⁰ Zie noot De Hullu ond. 6 bij HR 22 september 1998, *NJ* 1999/104.

4.4.2 *Strafvermindering*

De eerste en lichtste sanctie in de hiërarchie der sanctiemodaliteiten van artikel 359a lid 1 Sv betreft die van strafvermindering. Deze sanctie fungeert derhalve als optie in die gevallen waarin niet-ontvankelijkheid en bewijsuitsluiting een te zwaar rechtsgevolg zou zijn. Machielse beschouwt strafvermindering dan ook kenmerkend als een 'fijne schaaft' in plaats van een 'botte bijl'. Met strafvermindering kan volgens hem op genuanceerde wijze gesanctioneerd worden zonder daarmee afbreuk te doen aan het belang dat de rechtsgemeenschap heeft bij vervolging en bestraffing.²¹¹ Van Dorst is ook te spreken over sanctionering middels strafverlaging: "[de rechter] hoeft ook minder dan voorheen recht te praten wat krom is teneinde te ontkomen aan een niet passend geachte vrijspraak of niet-ontvankelijkheidsverklaring van het OM".²¹²

Het wil echter niet zeggen, dat wanneer niet-ontvankelijkheid of bewijsuitsluiting te zwaar is, strafvermindering (als restcategorie) dan automatisch volgt.²¹³ Strafvermindering kent inmiddels zijn eigen criteria, waarover de Hoge Raad in het Afvoerpijp-arrest als volgt overweegt:

'Strafvermindering, in die zin dat de hoogte van de op te leggen straf in verhouding tot de ernst van het verzuim wordt verlaagd, komt op grond van het bovenstaande *slechts* [mijn curs.] in aanmerking, indien aannemelijk is dat (a) de verdachte daadwerkelijk nadeel heeft ondervonden, (b) dit nadeel is veroorzaakt door het verzuim, (c) het nadeel geschikt is voor compensatie door middel van strafvermindering, en (d) strafvermindering ook in het licht van het belang van het geschonden voorschrift en de ernst van het verzuim gerechtvaardigd is.'²¹⁴

Aldus stelt de Hoge Raad vier (nadere) eisen voor toepassing van strafvermindering als sanctie, te weten: *nadeel, causaal verband, geschiktheid voor compensatie en rechtvaardiging*.

Reeds in paragraaf 4.3.3 kwam de algemene wegingsfactor *nadeel* als bedoeld in artikel 359a lid 2 Sv aan de orde. Daar is gesteld, dat hier onder moet worden verstaan schade aan het verdedigingsbelang, waaronder zowel valt schade aan een processueel verdedigingsbelang als - vermoedelijk - daadwerkelijke schade aan het belang dat het geschonden voorschrift beoogd te beschermen. Zulk nadeel staat de Hoge Raad - bij het vereiste nadeel voor toepassing van strafvermindering - echter niet voor ogen. Gedoeld wordt op het ongemak dat de verdachte heeft ondervonden van het vormverzuim, waarbij het gaat om situaties waarin de persoonlijke leefomstandigheden daadwerkelijk te lijden hebben gehad en/of het welzijn van de verdachte is verminderd.²¹⁵ Het gaat in ieder geval om gevallen waarin vormen zijn verzuimd die louter of in elk geval mede strekken tot bescherming van andere belangen van de verdachte dan zijn recht op een eerlijk proces in enge zin.²¹⁶ Onder dergelijk lijden kan bijvoorbeeld worden verstaan, het

²¹¹ CAG Machielse ond. 3.11 bij HR 6 september 2005, NJ 2006/447 m.nt. Reijntjes.

²¹² A.J.A. van Dorst, 'Een Via della Conciliazione in het strafprocesrecht?', in: C.J.G. Bleichrodt e.a. (red.), *Mens en recht* (Meijers-bundel), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 265-275, i.h.b. p. 274.

²¹³ Zie bijvoorbeeld: HR 14 februari 2012, NJ 2012/300 m.nt. Reijntjes.

²¹⁴ HR 30 maart 2004, NJ 2004/376 m.nt. Buruma (Afvoerpijp), r.o. 3.6.3.

²¹⁵ Ter Haar & Meijer 2011, p. 56 en R. Kuiper, 'Strafvermindering als reactie op vormverzuimen', in: M.J.A. Duker, L.J.A. Pieterse & A.J.P. Schild (red.), *WelBeraden: Beschouwingen over de rechtsontwikkeling in de rechtspraak van de Hoge Raad der Nederlanden*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 54.

²¹⁶ Kuiper 2009, p. 56.

hardhandig aanhouden van verdachte door hem drie vuistslagen in het gezicht te geven.²¹⁷ Hier biedt strafvermindering dus genoegdoening voor het ontstaan van immaterieel ongemak als gevolg van tekortkomingen van overheidswege.

In de Octopus-zaak oordeelde de rechter dat de afspraken met kroongetuige K. onrechtmatig waren. Echter, deze afspraken hadden wel geleid tot verklaringen die rechtstreeks tot het bewijs werden gebezigd. Hoewel de verdachte door de afspraken met de kroongetuige niet direct was geraakt in zijn belangen, past de rechter toch strafvermindering toe op grond van het belang van een integere strafrechtspleging. Hier had het nadeelvereiste dus nauwelijks zelfstandige betekenis. Volgens Schalken zou men bij toepassing van strafreductie in een dergelijk geval, strafvermindering laten verworpen tot een stoplapcategorie waarin de rechter voor de verdachte genoegdoening tracht te vinden ter vergoelijking van allerlei in het strafproces opgelopen maar moeilijk te duiden ongemakken.²¹⁸

Voorts moet het *nadeel veroorzaakt zijn door het verzuim*. Aldus moet er sprake zijn van direct oorzakelijk verband tussen het vormverzuim en het ontstane nadeel (zie nader paragraaf 4.3.5.2).

Vervolgens dient het *nadeel geschikt te zijn* om het aan de verdachte toegebrachte nadeel in de persoonlijke sfeer te kunnen compenseren. Ernstige beperkingen van de verdedigingsrechten van verdachte zijn bijvoorbeeld niet goed te compenseren middels strafvermindering.²¹⁹ In die gevallen ligt het meer voor de hand om tot bewijsuitsluiting over te gaan, of - in ernstige gevallen - tot niet-ontvankelijkheidsverklaring.

Voorts kan strafvermindering uitkomst bieden als het vormverzuim niet heeft geleid tot bewijsverkrijging, zoals blijkt uit een arrest van de Hoge Raad van 22 september 1998.²²⁰ Daar was sprake van ongeoorloofde pressie gedurende het verhoor, welke echter niet had geleid tot verkrijging van enig bewijsmateriaal. Bewijsuitsluiting is in een dergelijke situatie niet mogelijk en niet-ontvankelijkheidsverklaring is gelet op de factor schade en nadeel een te zware sanctie. Bij dergelijke immateriële ongemakken gedurende het verhoor, die echter niet hebben geleid tot schade aan het verdedigingsbelang, biedt strafvermindering - gelet op de ernst van het verzuim - uitkomst.

Ten slotte moet de sanctie strafvermindering *gerechtvaardigd* zijn in het licht van het geschonden voorschrift en de ernst van het verzuim. Zoals wij reeds zagen in paragraaf 4.4.1, kan bijvoorbeeld bij het ontbreken van schade en nadeel, alsmede bij geringe verwijtbaarheid van de vormschender, volstaan worden met de loutere constatering dat zich een vormverzuim heeft voorgedaan.

²¹⁷ Zie HR 11 december 2012, *NJ* 2013/130 m.nt. Schalken.

²¹⁸ Noot Schalken ond. 7 bij HR 6 april 1999, *NJ* 1999/565 (Octopus I).

²¹⁹ *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 705, nr. 3, p. 25.

²²⁰ HR 22 september 1998, *NJ* 1999/104 m.nt. De Hullu.

Hoewel - voornamelijk het voorbeeld van de Octopus-zaak bij krenking van de rechtstaat - doet vermoeden dat strafvermindering een zelfwerkend alternatief is voor allerhande tekortkomingen waar de sancties niet-ontvankelijkheid en bewijsuitsluiting niet geschikt of te zwaar zijn, is dit karakter met de opkomst van het louter constateren van vormverzuimen afgenomen. De ruimte die in de Octopus-zaak bestond voor strafvermindering, waar niet duidelijk sprake was van schending van de belangen van de verdachte,²²¹ is verdwenen. Thans wordt het nadeelvereiste strikter gehanteerd en zodoende is strafvermindering nu beperkt tot gevallen waarin daadwerkelijk nadeel ten aanzien van de verdachte valt te compenseren.²²² Voor een 'stoplapachtige' toepassing ter bescherming van andere belangen dan die van de verdachte, oftewel strafvermindering als een soort toegift lijkt in ieder geval geen plaats meer.

4.4.3 Bewijsuitsluiting

Sinds het arrest Bloedproef II²²³ erkent de rechtspraak de bevoegdheid van de rechter om bewijs uit te sluiten dat resultaat is van een onrechtmatigheid in het vooronderzoek. Thans is deze bevoegdheid gecodificeerd in artikel 359a lid 1 sub b Sv. In het Afvoerpijp-arrest merkt de Hoge Raad hierover op:

'Bewijsuitsluiting kan uitsluitend aan de orde komen indien het bewijsmateriaal door het verzuim is verkregen, en komt in aanmerking indien door de onrechtmatige bewijsgaring een *belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden* [mijn curs.].²²⁴

Naast het bestaan van rechtens relevant nadeel (zie aanhef paragraaf 4.3 en subparagraaf 4.3.3), moet aldus voldaan worden aan twee criteria alvorens gekozen kan worden voor de sanctie bewijsuitsluiting, te weten: er moet sprake zijn van een *belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift* en deze moet *in aanzienlijke mate zijn geschonden*. Deze formulering duidt er op dat er iets ernstigs aan de hand moet zijn. De drempel voor bewijsuitsluiting is hiermee zodanig hoog, dat deze dikwijls niet wordt gehaald. De Hoge Raad lijkt hiermee geen voorstander te zijn van bewijsuitsluiting, aldus Van Woensel.²²⁵ Daarnaast moet er overigens een causaal verband bestaan tussen het vormverzuim en het verkregen bewijs (zie verder paragraaf 4.3.5.2).

Zoals zojuist bleek, dient allereerst sprake te zijn van een *belangrijk strafvorderlijk voorschrift*. Hier moet men denken aan rechten die beschermd worden door het EVRM, met name het recht op een eerlijk proces ex artikel 6 EVRM.²²⁶ Voorbeelden hiervan betreffen: het recht om bewijsmateriaal te kunnen betwisten,²²⁷ het recht op 'access to a lawyer',²²⁸ het zwijgrecht c.q. het recht zichzelf niet

²²¹ De Hullu spreekt hier ook wel van oneigenlijke strafvermindering: *Ibid*, noot De Hullu ond. 7.

²²² Kuiper 2009, p. 47 en Borgers 2012, p. 264.

²²³ HR 26 juni 1962, NJ 1962/470 m.nt. WP (Bloedproef II).

²²⁴ HR 30 maart 2004, NJ 2004/376 m.nt. Buruma (Afvoerpijp), r.o. 3.6.4.

²²⁵ Van Woensel 2004, p. 131.

²²⁶ Volgens o.m. Ter Haar & Meijer 2011, p. 80 en Borgers 2012, p. 264.

²²⁷ Bijvoorbeeld: Hof 's-Hertogenbosch 23 april 2013, LJN BZ8257 en HR 23 januari 2001, NJ 2001/327 (Enkhuizer doodslag).

²²⁸ Bijvoorbeeld: HR 30 juni 2009, NJ 2009/349 m.nt. Schalken; HR 13 september 2011, NJ 2011/556; HR 22 mei 2012, RvdW 2012/806.

te hoeven incrimineren,²²⁹ het verbod op overheidsinstigatie (Tallon-criterium),²³⁰ het recht op lichamelijke integriteit,²³¹ *et cetera*.

Zoals reeds besproken in paragraaf 4.3.1, zullen richtlijnen en aanwijzingen van bijvoorbeeld het Openbaar Ministerie in de regel niet aangemerkt kunnen worden als belangrijk strafvorderlijk voorschrift, daar deze deugdelijkheidsregels veelal geschreven zijn ter kwaliteitsverbetering van de opsporing.²³²

Met betrekking tot grondrechten zoals bescherming van de persoonlijke levenssfeer, oftewel het recht op *privacy*, welke voornamelijk een rol spelen bij onrechtmatige doorzoekingen, is het thans nog maar de vraag of dit recht (nog) valt onder de categorie van belangrijke strafvorderlijke voorschriften.²³³ Immers, onder meer bij arrest van 19 februari 2013²³⁴ overweegt de Hoge Raad, dat een schending van het recht op *privacy* niet zondermeer leidt tot een inbreuk op het recht op een eerlijk proces. Een schending van het recht op *privacy* leidt dus thans niet meer - min of meer - automatisch tot uitsluiting van het daardoor verkregen bewijs. Sterker nog: een onrechtmatige inbreuk op het *privacy*recht zal moeten leiden tot een loutere constatering van het vormverzuim, mits het recht op een eerlijk proces is gewaarborgd. Hooguit kan de sanctie strafvermindering nog worden toegepast (mits concreet nadeel aanwezig is).²³⁵

De overdenking van Borgers, dat de categorie van belangrijke voorschriften - ten aanzien waarvan geldt dat bij een aanzienlijke schending daarvan bewijsuitsluiting kan volgen - wel eens beperkter kan zijn dan tot op heden werd aangenomen, lijkt hier dus bevestigd te worden. Aldus is het speelveld van bewijsuitsluiting behoorlijk nauw begrensd en lijkt het enkel nog tot de mogelijkheden te behoren wanneer het vormverzuim een schending van artikel 6 EVRM behelst.²³⁶

Nadat is vastgesteld dat sprake is van een belangrijk strafvorderlijk voorschrift, dient vervolgens nagegaan te worden of dit voorschrift *in aanzienlijke mate is geschonden*. Of daar sprake van is zal vaak afhangen van de ernst van het verzuim,²³⁷ welke algemene wegingsfactor reeds besproken is in paragraaf 4.3.2. Aldus moet in sterke mate inbreuk zijn gemaakt op het belang dat het (belangrijke) voorschrift beoogt te beschermen. Bij een ernstige inbreuk zal de ernst van het verzuim met zich meebrengen dat het voorschrift in aanzienlijke mate is geschonden, waarbij

²²⁹ Bijvoorbeeld: HR 16 april 2013, *RvdW* 2013/605.

²³⁰ Bijvoorbeeld: HR 28 maart 2006, *NJ* 2007/38 m.nt. Schalken.

²³¹ Zie bijvoorbeeld voor het uitvoeren van een lijfsschouw zonder wettelijke grondslag: HR 29 mei 2007, *NJ* 2008/14 m.nt. Reijntjes.

²³² Zie voor een uitzondering: HR 3 april 2012, *NJ* 2012/346 m.nt. Reijntjes, r.o. 2.5 waar gelet op de ernst van het verzuim toch niet-ontvankelijkheid van het O.M. volgde bij schending van de aanwijzing opsporing en vervolging inzake seksueel misbruik.

²³³ In tegenstelling tot Ter Haar & Meijer 2011, p. 80 die het recht op *privacy* nog wel tot de categorie 'belangrijke strafvorderlijke voorschriften' rekenen.

²³⁴ HR 19 februari 2013, *LJN* BY5322 (Niet gecertificeerde hulp-OvJ), r.o. 2.4.2.

Zie bijvoorbeeld ook: HR 5 oktober 2010, *NJ* 2011/169 m.nt. Schalken, r.o. 4.4.1; HR 21 december 2010, *NJ* 2012/24 m.nt. Borgers, r.o. 3.7; HR 20 september 2011, *NJ* 2011/441, r.o. 2.4; HR 7 juli 2009, *NJ* 2009/399, r.o. 4.5; EHRM 12 mei 2000, *NJ* 2002/180 m.nt. Schalken (Khan tegen Verenigd Koninkrijk).

²³⁵ Noot Borgers ond. 5 en 7 bij HR 4 januari 2011, *NJ* 2012/145.

²³⁶ Borgers 2012, p. 264.

²³⁷ Ter Haar & Meijer 2011, p. 82.

echter rekening gehouden dient te worden met de omstandigheden van het geval en de verwijtbaarheid van de overheid.²³⁸

Voorts dient stilgestaan te worden bij een recentelijk arrest van de Hoge Raad van 19 februari 2013,²³⁹ welke overigens al terloops is aangehaald. In dit arrest, waar sprake was van een onrechtmatige doorzoeking omdat de 'hulpofficier' die de machtiging had verstrekt niet gecertificeerd was, heeft de Hoge Raad enkele aanvullende standaardoverwegingen gewijd aan bewijsuitsluiting. Na herhaling van de overwegingen uit het Afvoerpijp-arrest²⁴⁰ vervolgt de Hoge Raad door drie situaties te schetsen waarin bewijsuitsluiting (thans) mogelijk is.

Ten eerste blijkt bewijsuitsluiting mogelijk in gevallen waarin het vormverzuim een schending van artikel 6 EVRM behelst.²⁴¹ Dit bevestigt het vermoeden dat eerdere jurisprudentie vestigde, hetwelk zojuist beschreven is bij het criterium van 'een belangrijk strafvorderlijk voorschrift'. Hier staat bescherming van de verdedigingsrechten van de verdachte centraal, welke schending door middel van sanctionering gecompenseerd moet worden.²⁴²

Geheel nieuw zijn echter de overige twee (uitzonderings)situaties die de Hoge Raad formuleert. Ten tweede is bewijsuitsluiting namelijk mogelijk in gevallen waarin weliswaar geen sprake is van schending van artikel 6 EVRM, doch een *ander* belangrijk strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden en *bewijsuitsluiting noodzakelijk is als middel om toekomstige vergelijkbare vormverzuimen die onrechtmatige bewijsgaring tot gevolg hebben te voorkomen en een krachtige stimulans te laten bestaan tot handelen in overeenstemming met de voorgeschreven norm.*²⁴³ Bewijsuitsluiting op dergelijke rechtsstatelijke gronden komt slechts in aanmerking indien er een *zeer ingrijpende inbreuk* op een grondrecht van de verdachte is gemaakt. Hier noemt de Hoge Raad als voorbeeld het geval waarin zonder wettelijke grondslag een lijfsschouw was verricht en twee gevallen waar sprake was van gebruik van gesprekken van de verdachte met een professionele verschoningsgerechtigde.²⁴⁴

Is het toeval dat schending van de persoonlijke levenssfeer hier niet genoemd wordt? Het lijkt van niet. Het strookt in ieder geval met de zojuist aangehaalde eerdere overwegingen van de Hoge Raad, dat schending van het recht op *privacy* op zichzelf geen bewijsuitsluiting (meer) kan rechtvaardigen.

Ten slotte noemt de Hoge Raad het uitzonderlijke geval waarbij geen sprake is van schending van artikel 6 EVRM, noch van een ander belangrijk strafvorderlijk voorschrift dat in aanzienlijke mate is

²³⁸ *Ibid*, p. 82-83.

²³⁹ HR 19 februari 2013, *LJN* BY5322 (Niet gecertificeerde hulp-OvJ). Voor toepassing zie bijvoorbeeld: HR 9 april 2013, *LJN* BX4439 en Hof 's-Hertogenbosch 23 april 2013, *LJN* BZ8257.

²⁴⁰ *Ibid*, r.o. 2.4.1 en 2.4.2

²⁴¹ *Ibid*, r.o. 2.4.4.

²⁴² Zie ook '*appropriate relief*' of '*redress*' ex artikel 13 EVRM, waarover onder meer: Franken 2004, p. 16 e.v. en Prakken 2005, p. 505-513.

²⁴³ *Ibid*, r.o. 2.4.5.

²⁴⁴ Respectievelijk: HR 29 mei 2007, *NJ* 2008/14 m.nt. Reijntjes en HR 12 januari 1999, *NJ* 1999/290; HR 2 oktober 2007, *NJ* 2008/374.

geschonden en bewijsuitsluiting noodzakelijk is op rechtsstatelijke gronden, doch het desbetreffende vormverzuim - zo blijkt uit objectieve gegevens - *structureel bij herhaling* voorkomt.²⁴⁵ Bewijsuitsluiting kan bij herhaalde vormschending nodig zijn wanneer vast komt te staan dat politie en/of justitie - hoewel bekend met het verzuim - onvoldoende inspanningen heeft verricht om verdere overtreding van de norm te voorkomen. Echter, uitsluiting van het bewijs is in een dergelijk geval slechts dan aangewezen wanneer aannemelijk is geworden dat die uitsluiting daadwerkelijk de beoogde *preventieve- en normerende werking* zal hebben op de werking van de praktijk van opsporing en vervolging.

Hoewel de Hoge Raad hier geen voorbeeld noemt, kan waarschijnlijk gedacht worden aan een situatie zoals zich voordeed bij het zogenaamde 'weekendarrangement'. Ondanks dat meerdere feitenrechters reeds hadden geoordeeld, dat het onnodig lang laten voortduren van de inverzekeringstelling onrechtmatig was, hield het door diverse gemeenten en justitie geëntameerde 'weekendarrangement' stand in de dagelijkse praktijk (zie ook paragraaf 4.2.4).²⁴⁶ Het hardleerse gedrag van het Openbaar Ministerie zal wellicht in een dergelijk geval aanleiding kunnen geven om tot bewijsuitsluiting over te gaan, om zodoende te bewerkstelligen dat zij op haar schreden terugkeert. Duidelijk blijkt in ieder geval, dat de Hoge Raad - in de twee zojuist geschetste situaties - het preventiedoel alsook het demonstratiedoel van sanctionering voor ogen heeft, hetgeen getuigt van een enigszins constitutioneel perspectief (zie nader paragraaf 4.1.2).

Bij de twee zojuist besproken uitzonderingsgevallen van bewijsuitsluiting op rechtsstatelijke gronden en bij structurele vormverzuimen, dient de rechter bij zijn afweging te betrekken of de sanctie van bewijsuitsluiting wel opweegt tegen de negatieve gevolgen die daarvan uitgaan. De Hoge Raad noemt hierbij afbreuk aan het zwaarwegende belang van de *waarheidsvinding* en *bestrafing van de dader* die terechtstaat voor een mogelijk ernstig strafbaar feit. Daarnaast moet rekening gehouden worden met de *rechten van slachtoffers en nabestaanden* gelet op de positieve verplichting tot effectieve bestrafing zoals voortvloeit uit het EVRM.²⁴⁷

De Hoge Raad doelt hier op de positieve verplichtingen van de staat om maatregelen te nemen ter bescherming van inbreuken op klassieke grondrechten zoals vervat in het EVRM in de horizontale relaties tussen burgers. Zo eist het EVRM van haar lidstaten dat wordt voorzien in een effectief wettelijk en rechterlijk systeem op basis waarvan op nationaal niveau rechtsherstel kan worden verkregen. Dat betekent dat bij krenking van een grondrecht grondig en effectief onderzoek moet worden verricht om de verantwoordelijke(n) te straffen.²⁴⁸

²⁴⁵ HR 19 februari 2013, *LJN* BY5322 (Niet gecertificeerde hulp-OvJ), r.o. 2.4.6.

²⁴⁶ Zie bijvoorbeeld: M. Berndsen, 'Weg met het 'Weekendje weg'. Afschrikking door middel van het 'Weekendarrangement', *AAe* 2011, p. 430-438.

²⁴⁷ HR 19 februari 2013, *LJN* BY5322 (Niet gecertificeerde hulp-OvJ), r.o. 2.4.5 en 2.4.6.

²⁴⁸ Van der Pot/D.J. Elzinga, R. de Lange & H.G. Hoogers, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 291.

Zie ook Kaptein 2000, p. 42: "Die slachtoffers zullen zeggen: waarom worden onze rechten op symbolische en materiële genoegdoening geschonden doordat de overheid fouten heeft gemaakt waarmee wij niets te maken hebben?" en voorts "bewijsuitsluiting is uitsluiting van slachtoffers".

Het is opmerkelijk dat de Hoge Raad zo expliciet wijst op de nadelen van bewijsuitsluiting. Hier valt in ieder geval uit af te leiden dat bewijsuitsluiting zeer behoedzaam moet worden toegepast in gevallen van waar geen schending van artikel 6 EVRM aan de orde is en dat de Hoge Raad in eerste instantie geen voorstander is van deze sanctiemodaliteit.²⁴⁹ Het belang de van waarheidsvinding en bestraffing van de dader, alsmede de rechten van het slachtoffer - die pleiten voor (zeer) restrictieve toepassing van bewijsuitsluiting - lijken dan ook in beginsel het zwaarst te wegen. Duidelijk is dat het constitutionele perspectief hier niet de overhand heeft en het primaat van criminaliteitsbestrijding veelal zwaarder zal wegen (zie nader paragraaf 4.1.2).²⁵⁰

Hoe dan ook, het eerder gegeven vermoeden dat voor bewijsuitsluiting enkel plaats is wanneer het vormverzuim een schending van artikel 6 EVRM behelst, moet enigszins worden bijgesteld. Zoals bleek bij bespreking van bovenstaand arrest, kan bewijsuitsluiting ook aan de orde zijn in het geval een *ander* belangrijk strafvorderlijk voorschrift op zeer ingrijpende wijze is geschonden en uitsluiting noodzakelijk is op rechtsstatelijke gronden, alsmede bij vormverzuimen die bij structurele herhaling voorkomen. Het is echter niet te verwachten dat voor laatstgenoemde situaties een grote rol is weggelegd, daar de Hoge Raad de lat bijzonder hoog legt, hij de feitenrechter opdraagt rekening te houden met de *zwaarwegende* nadelen van bewijsuitsluiting en hij zich bij het geval van structurele herhaling laat ontvallen dat dit zich slechts bij hoge uitzondering voordoet.

Hoewel er dus twee nieuwe situaties worden beschreven, richt bewijsuitsluiting zich thans nog steeds primair tot die gevallen waarin de verdachte is geschaad in zijn recht op een eerlijk proces. Het perspectief van artikel 359a Sv is hiermee in overwegende mate bescherming van de subjectieve verdedigingsrechten van artikel 6 EVRM in samenhang met effectieve criminaliteitsbestrijding.

4.4.4 Niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie

De laatste en meest zware sanctie in de hiërarchie der sanctiemodaliteiten van artikel 359a lid 1 Sv betreft de niet-ontvankelijkheidsverklaring van het Openbaar Ministerie in de strafvervolgning. Deze sanctie moet als ultimum remedium beschouwd worden en is slechts weggelegd voor zeer ernstige gevallen waar bewijsuitsluiting onvoldoende recht doet aan de omstandigheid dat ernstig inbreuk is gemaakt op fundamentele rechtsbeginselen en de overheid ernstig in gebreke is gebleven. Hiermee is het proces van opsporing en vervolging onderworpen aan algemene zorgvuldigheids- en behoorlijkheidsregels.²⁵¹

²⁴⁹ Zoals reeds herhaaldelijk geconstateerd in de literatuur, bijvoorbeeld: Van Woensel 2004, p. 131, Ter Haar & Meijer 2011, p. 172-173 en Borgers 2012, p. 258.

²⁵⁰ Zie ook Borgers 2012, p. 261 en Ter Haar & Meijer 2011, p. 172-173.

²⁵¹ G.G.J. Knoop, 'Het Zwolsman-arrest vanuit rechtsvormend perspectief: de opkomst van de moreel-ethische dimensie van de (niet-)ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in de vervolging wegens onbehoorlijk overheidsoptreden', *AAe* 2005, 5, p. 388.

De criteria voor niet-ontvankelijkheid zijn door de Hoge Raad vooreerst nader geconcretiseerd in het bekende Zwolsman-arrest²⁵² en later eveneens opgenomen in het Afvoerpipj-arrest:

'Niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging komt als in art. 359a Sv voorzien rechtsgevolg slechts in uitzonderlijke gevallen in aanmerking. Daarvoor is alleen plaats ingeval het vormverzuim daarin bestaat dat met de opsporing of vervolging belaste ambtenaren *ernstig inbreuk hebben gemaakt op beginselen van een behoorlijke procesorde waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan* [mijn curs.].²⁵³

Aldus moet allereerst sprake zijn van een *ernstige inbreuk op beginselen van behoorlijke procesorde*. Deze betreffen het beginsel van redelijke en billijke belangenafweging, het beginsel van zuiverheid van oogmerk (*détournement de pouvoir*), het vertrouwensbeginsel, het verbod van willekeur en het gelijkheidsbeginsel.²⁵⁴ Gespecificeerd ten aanzien van het strafproces, betreffen het voornamelijk beginselen (of regels die fundamentele beginselen belichamen²⁵⁵) die betrekking hebben op de procedurele positie van de verdachte en diens verdedigingsbelang (artikel 6 EVRM). Dit recht op een eerlijk proces beperkt zich niet enkel tot het onderzoek ter terechtzitting, maar strekt zich ook uit tot het vooronderzoek, daar het EHRM beoordeeld of het proces '*as a whole*' eerlijk is verlopen.²⁵⁶ Eveneens is van belang, dat de schending voldoende ernstig is.²⁵⁷

Voorts moet die inbreuk *doelbewust of met grove veronachtzaming* zijn begaan. Dit vereiste houdt in dat bij politie en/of justitie met opzet of zware verwijtbaarheid moet zijn gehandeld.²⁵⁸ Aldus moeten de rechten van de verdediging met een zekere kwade bedoeling of laakbare houding zijn beschadigd of verwaarloosd. Embregts wijst hier ook op de situatie waarin de rechter een bepaald handelen reeds heeft afgekeurd en het Openbaar Ministerie desalniettemin nadien op dezelfde voet verder gaat.²⁵⁹ Nu de Hoge Raad dit vereiste als zijnde zelfstandig hanteert,²⁶⁰ is niet-ontvankelijkheidsverklaring uitgesloten zolang er geen kwade trouw of ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van politie en/of justitie valt te bespeuren.

Ten slotte moet die doelbewuste of met grove veronachtzaming veroorzaakte inbreuk als gevolg hebben dat de verdachte *een eerlijk proces ontbeert*. De Hoge Raad houdt strak de hand aan het vereiste dat sprake moet zijn van concrete schade aan processuele verdedigingsbelangen, welke zodanig is dat niet meer gesproken kan worden van een eerlijk proces zoals neergelegd in artikel 6 EVRM.

²⁵² HR 19 december 1995, *NJ* 1996/249 m.nt. Schalken (Zwolsman), r.o. 5.2.

²⁵³ HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/376 m.nt. Buruma (Afvoerpipj), r.o. 3.6.5.

²⁵⁴ Ter Haar & Meijer, p. 89.

²⁵⁵ G. Knigge, 'Het Zwolsman-criterium op de helling', *RM Themis* 2003, p. 193.

²⁵⁶ Bijvoorbeeld: EHRM 12 mei 2000, *NJ* 2002/180 (Khan tegen Verenigd Koninkrijk), r.o. 34.

²⁵⁷ Zie bijvoorbeeld: HR 13 mei 1997, *NJ* 1998/152 m.nt. Schalken, r.o. 6.6 en HR 22 september 1998, *NJ* 1999/104 m.nt. De Hullu, r.o. 4.5, waar de Zaanse verhoormethode weliswaar is strijd werd geacht met de eisen van een eerlijk proces, doch deze i.c. niet zodanig ernstig was dat het O.M. niet-ontvankelijk diende te worden verklaard.

²⁵⁸ Ter Haar & Meijer 2011, p. 90.

²⁵⁹ Embregts 2003, p. 162-163.

²⁶⁰ Borgers 2012, p. 263.

Zo is het door verhorende verbalisanten uit de handen van verdachte schoppen van een plastic fles (uit frustratie) laakbaar te noemen, doch levert het geen schending van artikel 6 EVRM op.²⁶¹ Zelfs het in strijd met de waarheid opmaken van een proces-verbaal leverde geen niet-ontvankelijkheid op, daar niet is komen vast te staan dat het opsporingsonderzoek op grond van valse informatie is verlopen. Hiermee is de verdachte niet ernstig in zijn verdedigingsbelang geraakt en is de eerlijkheid van het proces derhalve niet onherstelbaar aangetast.²⁶²

Het opmaken van meerdere tapverslagen welke in strijd met de waarheid bleken leidde daarentegen wel tot niet-ontvankelijkheidsverklaring. Het verschil met voorgaande zaak betreft het feit, dat de valse tapverslagen een doorslaggevende rol hadden gespeeld bij beslissingen inzake de doorzoeking van de woning van verdachte en de toepassing van voorlopige hechtenis. Voorts zijn de tapverslagen gebruikt bij het horen van getuigen. Hier had het vormverzuim het gehele optreden in de strafzaak zodanig besmet dat niet langer sprake was van een eerlijk proces.²⁶³

Het recht op een eerlijk proces bleek ook geschonden in het geval waarin een verdachte 30 maanden na de vermeende pleegdatum alsnog rauwelijks gedagvaard werd voor een zedendelict. Door het tijdsverloop was de verdachte de mogelijkheid tot het voeren van een adequate verdediging ontnomen. Immers, het tijdsverloop bracht met zich mee dat herinneringen waren vervaagd en het voor verdachte niet meer mogelijk was om zich van een alibi te voorzien (bijvoorbeeld door middel van plaatsbepalingsgegevens van elektronische apparatuur). Daarnaast was het voor verdachte niet mogelijk om tegenonderzoek te laten verrichten naar het voorhanden bewijsmateriaal, daar door een fout van politie alle incriminerende digitale chat- en e-mailbestanden verloren waren gegaan.²⁶⁴

In bovengenoemde zaken was de verdachte telkens vanaf het begin (*'right from the outset'*)²⁶⁵ onherstelbaar beroofd van een eerlijk proces. Het gaat hier dus op voorhand om de vraag of een eerlijke behandeling in de zin van artikel 6 EVRM (überhaupt) nog mogelijk is.²⁶⁶

Zou het Openbaar Ministerie bijvoorbeeld in bovengenoemde zaak van 20 maart 2013 wel ontvankelijk zijn verklaard in de vervolging, dan zou dat problemen met zich meebrengen wanneer de rechter toekomt aan de eerste vraag van artikel 350 Sv (de bewijsvraag). Immers, de desbetreffende vormverzuimen hebben het gehele opsporingsonderzoek - alsmede de daaruit verkregen resultaten - zodanig beïnvloed, dat het niet mogelijk is om het 'oneerlijke' af te scheiden van het 'eerlijke' door middel van bewijsuitsluiting (of eventueel *sec* achterwege laten wegens onbetrouwbaarheid). Een eventuele bewezenverklaring zou in een dergelijk geval steeds besmeurd zijn met de smet van onrechtmatigheid. Een *fair trial* is de verdachte dan ontegenzeggelijk en reeds bij voorbaat ontnomen.

²⁶¹ HR 16 november 2010, NJ 2010/676 m.nt. Schalken, r.o. 2.6.

²⁶² HR 29 november 2011, NJ 2012/146 m.nt. Borgers, r.o. 2.5.

²⁶³ Rb. Alkmaar 20 maart 2013, LJV BZ4987.

²⁶⁴ Rb. Arnhem 8 mei 2013, LJV BZ9697.

²⁶⁵ Bijvoorbeeld: EHRM 9 juni 1998, NJ 2001/471 m.nt. Knigge, r.o. 9 (Teixeira de Castro tegen Portugal).

²⁶⁶ B.F. Keulen & G. Knigge, *Strafprocesrecht. Ons strafrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 546.

Regelmatig wordt bij wijze van verweer getracht de aandacht te verleggen van het recht van de verdachte op een eerlijk proces naar de integriteit van de opsporing.²⁶⁷ Daarnaast lijkt achter het niet-ontvankelijk verklaren van het Openbaar Ministerie ook vaak een ernstige mate van ergernis schuil te gaan van de feitenrechter, waardoor het vereiste van daadwerkelijke schade aan het verdedigingsbelang naar de achtergrond verdwijnt.²⁶⁸ De Hoge Raad heeft echter reeds meerdere malen uitdrukkelijk overwogen dat het doordringen van de overheid van de laakbaarheid van haar optreden geen zelfstandig dragende grond mag zijn voor niet-ontvankelijkverklaring.²⁶⁹ Het niet-ontvankelijk verklaren van het Openbaar Ministerie is dus niet primair gericht op het bieden van een reactie op de onrechtmatigheid van het overheidshandelen. Veel gewicht wordt aldus toegekend aan de gevolgen van dat handelen voor de desbetreffende verdachte.²⁷⁰

Naast de zojuist besproken Zwolsman-norm, leek enige tijd nóg een grond voor niet-ontvankelijkheid te bestaan. In het zogeheten Karman-arrest²⁷¹ had het Openbaar Ministerie met een kroongetuige afgesproken om een eventuele door de rechter opgelegde straf niet ten uitvoer te leggen. Hier stond de Hoge Raad toe dat het Hof tot niet-ontvankelijkheid kwam, ondanks dat de verdachte niet in zijn verdediging was geschaad, omdat een fundamentele inbreuk had plaatsgevonden met betrekking tot de wettelijk voorziene verdeling van bevoegdheden en verplichtingen tussen het Openbaar Ministerie en de rechter, waardoor het wettelijk systeem in de kern werd geraakt.²⁷² Aldus ziet het Karman-arrest op die gevallen waarin de strafrechter wordt belemmerd in zijn constitutionele en controlerende taak, terwijl de verdachte niet concreet in zijn belangen is geschaad.²⁷³

Nadien is de Hoge Raad niet bepaald toegeeflijk geweest met betrekking hantering van het Karman-criterium.²⁷⁴ Geconstateerd moet worden, dat in de rechtspraak van de Hoge Raad nadien geen vervolg op het Karman-arrest is geweest en het arrest derhalve moet worden beschouwd als een witte raaf, althans dat het Karman-arrest geen algemeen criterium behelst.²⁷⁵ Aldus lijkt voor niet-ontvankelijkheid alleen nog plaats te zijn wanneer de verdachte is gefrustreerd in zijn recht op een eerlijk proces.

²⁶⁷ Zie bijvoorbeeld de cassatiemiddelen bij HR 29 november 2011, *NJ* 2012/146 m.nt. Borgers.

²⁶⁸ Zie bijvoorbeeld: Rb. 's-Hertogenbosch 23 juli 2009, *LJN* BJ3298.

²⁶⁹ Bijvoorbeeld: HR 7 februari 2012, *RvdW* 2012/302, r.o. 2.4 en HR 29 juni 2010, *NJ* 2010/442 m.nt. Schalken, r.o. 3.5.

²⁷⁰ Borgers 2012, p. 263.

Zie ook kritisch: Knigge 2003, p. 194 die voorstelt om de sanctie niet-ontvankelijkheid los te koppelen van de verwijtbaarheid en de ernst van het verzuim en deze sanctie toe te passen in het geval de door het verzuim toegebrachte schade aan het verdedigingsbelang zo groot is dat, wat er ook ter reparatie en compensatie wordt ondernomen, het proces 'as a whole' niet meer *fair* genoemd kan worden.

²⁷¹ HR 1 juni 1999, *NJ* 1999/567 m.nt. Schalken (Karman).

²⁷² *Ibid*, r.o. 3.8.

²⁷³ Knoops 2005, p. 390.

²⁷⁴ Zie bijvoorbeeld: HR 3 juli 2001, *NJ* 2002/8 m.nt. Schalken (post-Karman I) en HR 25 juni 2002, *NJ* 2002/518 m.nt. Schalken (post-Karman II).

²⁷⁵ Onder andere volgens: Röttering 2013, p. 192-193; Borgers 2012, p. 264; Ter Haar & Meijer 2011, p. 95-96; Van Woensel 2004, p. 134; noot Buruma ond. 5 bij HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/376 (Afvoerpijp).

4.5 De koers van de Hoge Raad

Uit voorgaande paragrafen is gebleken, dat artikel 359a Sv tamelijk restrictief van opzet is. Om überhaupt binnen de werkingssfeer van 359a Sv te vallen, moet het verzuim allereerst voldoen aan de 'voorvragen' van lid 1 aanhef. Dit betreffen de vereisten van *voorbereidend onderzoek, onherstelbaarheid, rechtsgevolgen niet blijkend uit de wet* en het *gesloten stelsel van rechtsmiddelen*. De Hoge Raad blijkt tamelijk strak de hand te houden aan deze begrenzingsen. Het gevolg daarvan is, dat lang niet alle onrechtmatigheden die worden begaan *kunnen* worden gesanctioneerd.

Wanneer een vormverzuim dan toch geconstateerd wordt, dient de rechter nadrukkelijk stil te staan bij de wegingsfactoren van artikel 359a lid 2 Sv. Deze betreffen *het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat door het verzuim is veroorzaakt*.

Zoals reeds gebleken, acht de Hoge Raad voornamelijk het nadeel van onverminderd groot belang. De verdachte moet in concreto zijn aangetast in een belang dat het geschonden voorschrift beoogd te beschermen. De verdedigingsrechten van artikel 6 EVRM bleken daarbij centraal te staan. Daarnaast biedt ook de ernst van het verzuim een belangrijke relativering, daar bij geringe verwijtbaarheid aan de zijde van de vormschender sanctienering achterwege kan blijven.

Voorts wordt de toepassing van artikel 359a Sv sterk begrensd door de relativeringen van de *Schutznorm* en *causaal verband*. De vrijwel in graniet gebeitelde *Schutznorm*, die nauw samenhangt met de wegingsfactor nadeel, eist een abstracte toetsing of de geschonden norm wel strekt ter bescherming van de verdachte en voorts of het in concreto wel deze verdachte betreft die door de schending in dat belang is getroffen. Aldus wordt geabstraheerd van de feitelijke gevolgen van het onrechtmatig handelen.

De eis van (rechtstreeks) causaal verband eist voorts een strikt en nauw verband tussen het vormverzuim en de bewijsverkrijging. Wanneer causaal verband ontbreekt hoeven er geen rechtsgevolgen aan het verzuim verbonden te worden. Hier kan sprake van zijn wanneer het oorzakelijk verband ontbreekt, de causale keten is doorbroken, het bewijs ook op rechtmatige wijze is verkregen of het onvermijdelijk is dat het bewijs uiteindelijk toch wel op rechtmatige wijze zou zijn verkregen (*inevitable discovery*).

Wat betreft de sanctiemodaliteiten, heeft de rechter diverse mogelijkheden, te weten: het vormverzuim constateren zonder daar enig rechtsgevolg aan te verbinden, de straf verminderen, het bewijs uitsluiten en ten slotte het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk verklaren. De specifieke toepassingsvoorwaarden van deze sancties spreken echter ook van terughoudendheid.

Gebleken is dat de Hoge Raad nadruk legt op herstel en het ontbreken van een verplichting tot het verbinden van rechtsgevolgen aan vormverzuimen. Voorts wordt uitdrukkelijk overwogen, dat de strekking van artikel 359a Sv niet is dat een vormverzuim hoe dan ook tot enig voordeel voor de verdachte moet leiden. Het constateren zonder rechtsgevolg krijgt dus de voorkeur.

Strafvermindering bleek voorts niet langer een stoplapfunctie toe te komen met betrekking tot allerhande ongemakken. Thans staat het nadeelvereiste op de voorgrond en is strafvermindering enkel aan de orde in gevallen waarin daadwerkelijk nadeel valt te compenseren.

Bewijsuitsluiting lijkt thans - in beginsel - gereserveerd voor het geval waarin de verdachte daadwerkelijk is geschaad in zijn recht op eerlijk proces (artikel 6 EVRM). Schending van de persoonlijke levenssfeer (artikel 8 EVRM) leidt niet zonder meer tot een inbreuk op het recht op een eerlijk proces.²⁷⁶ Nu het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs dus lang niet altijd in strijd komt met artikel 6 EVRM, kan sanctionering middels bewijsuitsluiting veelal achterwege blijven. Hoewel de Hoge Raad nóg twee situaties voor bewijsuitsluiting heeft geschetst in recente jurisprudentie, lijken deze situaties zich slechts bij uitzondering voor te doen. Deze situaties hebben betrekking op sanctionering van zeer ingrijpende schendingen van andere rechten dan die van artikel 6 EVRM op rechtsstatelijke gronden en sanctionering van vormverzuimen die structureel bij herhaling voorkomen. Naast het feit dat de lat erg hoog ligt bij deze gevallen, wordt door de Hoge Raad nadrukkelijk overwogen dat rekening gehouden moet worden met zwaarwegende nadelen van bewijsuitsluiting. De sanctie van bewijsuitsluiting is derhalve behoorlijk nauw begrensd.

Niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie is ten slotte als exceptionele sanctie aan te merken. Hier moet een zeer ernstige inbreuk zijn gemaakt op de procedurele positie van verdachte welke vervolgens daardoor een eerlijk proces ontbeert. Voorts houdt de Hoge Raad hardnekkig vast aan het verwijtbaarheidsaspect, namelijk dat aan de zijde van de overheid doelbewust of met grove veronachtzaming is gehandeld. Nu is gebleken, dat de fundamenten van een behoorlijke strafrechtspleging slechts bij hoge uitzondering ernstig beschadigd worden, is voor niet-ontvankelijkheid nauwelijks plaats.

Concluderend kan - in de woorden van Schalken - gezegd worden dat de Hoge Raad het niet meer zo begrepen heeft op vormverzuimen.²⁷⁷ Aan vormverzuimen die de eerlijkheid van het proces (het hart van de strafrechtelijke procedure) raken kunnen behoorlijk verstrekende gevolgen verbonden worden. Echter, andersoortig laakbaar strafvorderlijk overheidsoptreden mag effectieve criminaliteitsbestrijding niet al te zeer hinderen.²⁷⁸ Het *policing the police* is geen taak van de strafrechter.²⁷⁹

In de huidige beteugelende koers van de Hoge Raad worden de subjectieve rechten van de verdachte (met de beperking dat het eerst en vooral gaat om verdedigingsrechten) dus afdoende gewaarborgd. Echter, waar het gaat om andere rechten dan verdedigingsrechten en - meer algemeen - het afkeuren van laakbaar overheidsoptreden en het controleren van diens integriteit, kan - zo is gebleken - in de regel niet gezegd worden dat de strafrechtelijke reactie (nog) adequaat

²⁷⁶ Zie ook EHRM 1 juni 2010, NJ 2010/628 m.nt. Buruma (Gäfgen tegen Duitsland) waarin is overwogen dat een schending van artikel 3 EVRM (verbod op een onmenselijke/vernederende behandeling; foltering daarbij niet inbegrepen) eveneens niet per definitie een schending van artikel 6 EVRM behelst.

²⁷⁷ Noot Schalken ond. 1 bij HR 3 juli 2001, NJ 2002/8. Schalken stelt zelfs dat de Hoge Raad 'een bijna onbegrensde coulance aan de dag legt' ten aanzien van de overheid. Zie noot ond. 10 bij HR 29 maart 1994, NJ 1994/577.

²⁷⁸ Y. Buruma, 'Als de politie zich niet aan de wet houdt...', NJB 2013, 494 en Borgers 2012, p. 266.

Zie in dit verband ook de niet bepaald malse kritiek van Röttering (2013, p. 427). Zij merkt op dat de Hoge Raad zich ontwikkeld heeft tot een gouvernementeel en instrumenteel georiënteerd college dat te veel vanuit de *crime-control*-gedachte handelt waardoor te coulant omgesprongen wordt met strafprocesregels: "(..) dat de Hoge Raad '*crime control*' vaak laat voorgaan ten koste van '*due process*'. Het waarborgen van de integriteit van het strafproces is als zelfstandig doel van de rechtspraak van de Hoge Raad uit beeld verdwenen. Te betreuren is dat hij het '*policing the police*' niet langer als taak van de rechter ziet (..)".

²⁷⁹ Röttering 2013, p. 214 en 247.

is. Vaak zal een vormverzuim - gelet op de beoordelings- en wegingsfactoren van artikel 359a Sv - slechts gemarkeerd worden zonder dat daar rechtsgevolgen aan verbonden worden, waarmee van daadwerkelijke bescherming tegen bevoegdheidsoverschrijding door de strafvorderlijke overheid geen sprake is.

Aldus levert artikel 359a Sv een niet te miskennen bijdrage aan integriteitswaarborging in die gevallen waarin de eerlijkheid van het proces of de verdedigingsrechten geschaad worden door het vormverzuim. In dergelijke gevallen volgt immers in de regel een zware sanctie. Meer over het algemeen beschouwd, waar het gaat om onrechtmatigheden ten aanzien van andere rechten dan die van artikel 6 EVRM, is echter geen sprake van afdoende bescherming van overheidsintegriteit. Van een *integrale* waarborg is dus geen sprake. Maar als de strafrechter de overheid in dergelijke gevallen niet meer (volledig) controleert, wie dan wel? Dat werpt de vraag op hoe eventueel wel tot een systeem van integrale kwaliteits- en integriteitscontrole gekomen kan worden. Die vraag staat in volgend hoofdstuk centraal.

HOOFDSTUK 5

Integriteitswaarborging

In hoofdstuk 2 bleek dat de strafrechter door de aard en inrichting van het strafproces bij voorbaat niet geoutilleerd is om de integriteit van de strafvorderlijke overheid integraal te waarborgen. Als instrument van de rechter, waarmee hij enigszins een bijdrage kan leveren aan een waarborging van overheidsintegriteit, werd vervolgens artikel 359a Sv genoemd. Echter, uit de analyse van dat artikel en de toepassing daarvan in voorgaand hoofdstuk, bleek dat ook dat instrument uiteindelijk tekortschiet om door te gaan als afdoende waarborg voor een integere overheid. De restrictieve opzet en nodige relativeringen, alsmede de wijze waarop daar sterk de hand aan wordt gehouden, maken dat artikel 359a Sv (thans) niet primair de functie heeft om het overheidsoptreden te normeren, doch voornamelijk de verdedigingsrechten van de verdachte pleegt te waarborgen. Daarmee is de aandacht van de strafrechter geconcentreerd op het waarborgen van een eerlijk proces voor de individuele verdachte en trekt hij zich terug van het terrein van de meer algemene controle van de integriteit van de opsporing.

Nu de strafrechter - de strafkamer van de Hoge Raad in het bijzonder²⁸⁰ - het niet als zijn (primaire) taak ziet de politie te controleren en niet duidelijk is wie dan wel effectief toezicht houdt, is in de literatuur reeds enige tijd een discussie gaande over de vraag hoe de strafvorderlijke overheid anderszins adequaat kan worden gecontroleerd.²⁸¹ Immers, in het huidige systeem is die controle niet helder neergelegd, daar men ervan uitging dat de rechter die controle uitoefent en dat is nu juist waar het aan schort.²⁸² Hoewel de problematiek al langere tijd geleden is aangesneden, is van een concreet uitgedacht systeem (nog) geen sprake.²⁸³

Allereerst zal in paragraaf 5.1 de mogelijkheid van een meer ruimhartige toepassing van artikel 359a Sv besproken worden. Vervolgens zullen in paragraaf 5.2 de geopperde aanvullingen en alternatieven voor een meer adequaat controlesysteem besproken worden om zodoende enige helderheid te scheppen omtrent de stand van zaken betreffende voornoemde discussie. Ten slotte zal in paragraaf 5.3 de effectiviteit en wenselijkheid van deze aanvullingen en alternatieven nader beschouwd worden. Hiermee wordt getracht een concept te creëren waarbinnen de integriteit van de strafvorderlijke overheid - voor zover mogelijk - uitvoerig wordt gecontroleerd en bevorderd.

²⁸⁰ Röttering 2013, p. 427.

²⁸¹ Zie bijvoorbeeld: Buruma 2002, p. 207-208; noot Buruma ond. 7 bij HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/376 m.nt. Buruma (Afvoerpijp); noot Borgers ond. 7 bij HR 4 januari 2011, *NJ* 2012/145.

²⁸² Buruma 2002, p. 208.

²⁸³ Zie bijvoorbeeld Borgers 2012, waar wordt overwogen dat er alle reden is om te komen tot enigerlei systeem van integrale integriteitscontrole, doch 'slechts' enkele oriënterende beschouwingen worden gegeven.

5.1 Herijking toepassingsbereik artikel 359a Sv

Zoals reeds ter sprake kwam, is in de literatuur en praktijk de nodige kritiek geuit waarop - voornamelijk - de Hoge Raad²⁸⁴ artikel 359a Sv toepast. De Hoge Raad wordt verweten te weinig inhoud te geven aan zijn rechtsbeschermende taak. Hij zou zich ontwikkeld hebben tot een gouvernementeel en instrumenteel (dat wil zeggen strafrecht als instrument voor de Staat ter bestrijding van criminaliteit) georiënteerd college, daar hij teveel vanuit de *crime-control*-gedachte redeneert, hetgeen ten koste gaat van *due-process* en rechtsbescherming van de burger.²⁸⁵ De restrictieve uitleg van artikel 359a Sv heeft zodoende een vacuüm tot gevolg, daar in voorkomende gevallen op ernstige vormverzuimen geen sanctie volgt.

Om bovengenoemd probleem te verhelpen, ligt wellicht allereerst voor de hand artikel 359a Sv meer ruimhartig en ongebonden toe te passen. Deze mogelijkheid, welke herijking van het 'sanctioneringsbeleid' vergt, zal besproken worden in subparagraaf 5.1.1. In subparagraaf 5.1.2. zullen vervolgens enkele bezwaren aangevoerd worden.

5.1.1 Het principe van rechterlijke waarborging van overheidsintegriteit

Bepleit is dat de strafrechter alle vrijheid moet krijgen om de grenzen van de rechtstaat te kunnen controleren en verdedigen.²⁸⁶ Het is immers - gelet op de Triasleer - uiteindelijk aan de onafhankelijke rechter opgedragen de toepassing van wet- en regelgeving te controleren en derhalve toe te zien op de naleving van (strafvorderlijke) procesregels. Hij hoeft weliswaar niet de wet te handhaven, maar hij is wel geroepen om overeenkomstig de bepalingen van de wet recht te spreken conform de eisen van behoorlijke rechtspleging.²⁸⁷ Gelet hierop kan men (principiële) van mening zijn, dat het in de eerste plaats aan de (straf)rechter *zou moeten zijn* de integriteit van de strafvorderlijke overheid te waarborgen.

Echter, om de integriteit van de strafvorderlijke overheid meer volledig te kunnen waarborgen, zal de rechter - gelet op de conclusies uit hoofdstuk 4 - in tegenstelling tot de huidige trend meer vrijmoedig tot sanctionering over moeten (kunnen) gaan. Immers, in de huidige toepassing van artikel 359a Sv is het sanctioneringsbereik van de rechter zeer beperkt door de verscheidene beoordelings- en wegingsfactoren en volgt er in de regel geen adequate reactie bij schending van andere rechten dan verdedigingsrechten.

Dientengevolge kan een ruimere sanctioneringsmogelijkheid bereikt worden door allereerst de beoordelingsfactoren van artikel 359a lid 1 aanhef Sv te versoepelen. Deze factoren beperken de reikwijdte van het begrip vormverzuim. Zo zou de strekking van artikel 359a Sv verbreedt kunnen worden door minder strak de hand te houden aan de factor 'voorbereidend onderzoek' en het uitputtingsvereiste.

²⁸⁴ Feitenrechters lijken nog wel eens meer ruimte te nemen om vormverzuimen te sanctioneren dan de Hoge Raad. Zie bijvoorbeeld: Janssen 2008, p. 450-453.

²⁸⁵ Zie bijvoorbeeld: *supra* voetnoot 2 en Röttering 2013, p. 214-215 en 427.

²⁸⁶ Zie bijvoorbeeld: Janssen 2006, p. 232. Bij een voldoende ernstige schending van overheidsintegriteit doet het er volgens hem niet toe wat het precieze moment, aard een adressaat van de schending is. Relativering van bepaalde blokkades die artikel 359a Sv in de huidige toepassing opwerpt is dan volgens hem gewenst.

²⁸⁷ Schalken 1981, p. 87 en Cleiren & Mevis 1996, p. 199.

Voorts zou men kunnen denken aan minder stringente toepassing van bepaalde wegingsfactoren als de *Schutznorm* en het daarmee samenhangende nadeel (waarbij het thans voornamelijk gaat om schade aan verdedigingsrechten), welke een belangrijke rol spelen in de restrictieve toepassing van artikel 359a Sv.²⁸⁸

Ten slotte kan ook gedacht worden aan versoepeling van de criteria die gelden op sanctieniveau. Beperkend bij strafvermindering is onder andere de eis dat daadwerkelijk nadeel (werkelijk lijden en/of vermindering van welzijn) gecompenseerd moet kunnen worden. Bij bewijsuitsluiting geldt onder meer dat het daar bedoelde geschonden belangrijke strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel voornamelijk betrekking heeft op rechten als vervat in artikel 6 EVRM. De sanctie niet-ontvankelijkheid wordt ten slotte in belangrijke mate beperkt door het strenge verwijtbaarheidsaspect aan de zijde van de overheid (doelbewust of met grove veronachtzaming), de eis dat de verdachte ontegenzeggelijk een eerlijk proces ontbeert, alsmede de regel dat het doordringen van de overheid van diens laakbare gedrag niet als zelfstandige grond mag dienen.

Met een meer ongebonden en vrije uitleg en toepassing van artikel 359a Sv kan de rechter vaker dan voorheen sancties verbinden aan vormverzuimen. Wanneer de strafrechter niet gedwongen wordt zich voornamelijk te richten op de bescherming van de subjectieve (verdedigings)rechten van de verdachte, maar tot op zekere hoogte kan abstraheren van de (soort) schade die het laakbare overheidsoptreden heeft veroorzaakt ten aanzien van de verdachte die terecht staat, ontstaat meer ruimte voor de grondslag van het reageren op laakbaar overheidsoptreden. De rechter hoeft zich dan minder dan voorheen primair te richten op het bieden van compensatie van geschonden (subjectieve) rechtsbelangen. Ook in die gevallen waarin bijvoorbeeld geen sprake is van concrete schade bij de verdachte kan dan een sanctie volgen ten behoeve van het algemeen belang van naleving van democratisch vastgestelde regels. Een dergelijk meer vanuit constitutioneel perspectief ingegeven reactie biedt meer bescherming aan de rechtsstaat en de integriteit van de strafvorderlijke overheid, daar sanctionering zich volgens deze grondslag in hoofdorde richt op de doeleinden van reparatie, demonstratie en preventie. De ontstane vrijheid biedt de rechter vaker de mogelijkheid naar zijn goeddunken de non-integere overheid een veeg uit de pan te geven, waarmee een belangrijke bijdrage wordt geleverd aan diens (toekomstige) integriteit.

5.1.2 Enkele bezwaren tegen herijking

Hoewel bovenstaande regeling van integriteitswaarborging op het eerste gezicht doeltreffend lijkt, kleven er vanuit principieel oogpunt ook directe nadelen aan ruime toepassing van artikel 359a Sv. Deze niet te miskennen nadelen zijn bij bespreking van het arrest van 19 februari 2013 reeds ter sprake geweest, en betreffen - in de woorden van de Hoge Raad - afbreuk aan de zwaarwegende belangen van waarheidsvinding, bestraffing van de dader en de rechten van slachtoffers en nabestaanden.²⁸⁹

²⁸⁸ Borgers 2012, p. 270.

²⁸⁹ HR 19 februari 2013, *LJN* BY5322 (Niet gecertificeerde hulp-OvJ), r.o. 2.4.5 en 2.4.6.

Het is volgens Borgers niet mogelijk artikel 359a Sv telkens zo toe te passen dat daarmee recht gedaan wordt aan alle betrokken belangen.²⁹⁰ De wijze waarop artikel 359a Sv wordt toegepast berust noodzakelijkerwijs op een keuze aan welke belangen men het meeste gewicht toekent.²⁹¹ Met een meer stevige afdoening van vormverzuimen kunnen bovenstaande belangen derhalve miskend worden, hetgeen in strijd komt met een belangrijk aspect van het hoofddoel van het strafprocesrecht; het bewerkstelligen dat schuldigen worden gestraft.²⁹² Dat is de keerzijde van de medaille.

In het verlengde van de noodzakelijke keuze aan welke belangen men het meeste gewicht toekent, rust de premisse dat niet zondermeer gesteld kan worden dat artikel 359a Sv tekortschiet. Immers, in hoofdstuk 2 is vastgesteld, dat het niet primair de taak van het strafproces en de strafrechter is de opsporing te controleren, maar de rechter het veeleer als zijn taak beschouwt de eerlijkheid van de procedure te waarborgen. In hoofdstuk 4 is vervolgens vastgesteld dat aan vormverzuimen die de verdedigingsrechten van de verdachte en zijn recht op een eerlijk proces schaden zware sancties kunnen worden verbonden. In het licht van het perspectief van bescherming van subjectieve verdedigingsrechten - al dan niet in samenhang met effectieve criminaliteitsbestrijding - is de huidige afdoening van vormverzuimen dan ook adequaat te noemen. Door dit perspectief voorop te stellen, delft het constitutionele perspectief veelal het onderspit. Het oordeel of artikel 359a Sv wel of niet tekortschiet is met andere woorden afhankelijk van de functie die men aan dat instrument toekent.

Voorts worden met het concept van uitbreiding van het toepassingsbereik van artikel 359a Sv enkele praktische bezwaren miskend. Reeds in hoofdstuk 2 is namelijk opgemerkt, dat de strafrechter - gelet op de aard en opzet van het strafproces(recht) - niet voldoende geoutilleerd is de strafvorderlijke overheid integraal en zelfstandig te controleren. Zijn zicht op de dagelijkse opsporingspraktijk en mogelijkheden binnen het strafproces zijn uiteindelijk aan heel wat beperkingen onderhevig. Gelet op deze beperkingen kan de rechter met artikel 359a Sv, zelfs wanneer ruimhartig toegepast, bij voorbaat geen *zelfstandige* en *integrale* waarborg bieden voor een integere overheid. Voor zover de rechter ferm sanctioneert, treft een dergelijke bestraffing alleen de laakbaarheden welke zich hebben voorgedaan in de strafzaken die aan hem worden voorgelegd. Alle niet vervolgte strafzaken waarin zich onrechtmatigheden hebben voorgedaan vallen buiten zijn portee.

Ten slotte dient - om wat mij betreft niet te geraken in een wereldvreemd idealisme - gewezen te worden op het praktisch argument van gebrek aan realisme dat het voorstel van herijking vandaag de dag in zich draagt. Een ruime toepassing van artikel 359a Sv vergt ofwel omslag in de rechtspraak van de Hoge Raad, ofwel aanpassing van de wet. Echter, in het huidige tijdsgewricht van *Law and order*²⁹³ lijkt (meer) rechtsbescherming voor de verdachte niet te worden geaccepteerd, althans niet bepaald populair.²⁹⁴ Hoezeer men er ook van overtuigd moge zijn dat de

²⁹⁰ Borgers 2012, p. 267.

²⁹¹ *Ibid.*

²⁹² *Kamerstukken II* 1913-1914, 286, nr. 3 (MvT), p. 55.

²⁹³ Zie bijvoorbeeld de slogans van de VVD bij de verkiezingen in 2012: 'Meer straf en minder begrip voor criminelen' en 'Meeleven met slachtoffers, niet met daders'.

²⁹⁴ Bijvoorbeeld: Kaptein 2000, p. 25, 29 en 47; Ter Haar & Meijer 2011, p. 173; Röttering 2013, p. 90.

huidige koers van de Hoge Raad niet de juiste is, is de roep in de samenleving om repressie - welke logischerwijs ook doorwerkt in de rechtspraak²⁹⁵ - onontkoombaar. Daarnaast is het niet bepaald gemakkelijk de Hoge Raad te bewegen - gelet op de huidige koers - in welhaast tegenovergestelde richting. De slinger beweegt - zoals de conjunctuur - heen en weer tussen individuele en algemene publieke belangen waarin de Hoge Raad voortdurend positie kiest. De Hoge Raad heeft zagezegd zijn eigen agenda.²⁹⁶ Een omslag hierin laat zich niet afdwingen, doch is afhankelijk van een verandering in denkwijze mettertijd.

Wanneer men (terecht) de mening is toegedaan dat een systeem van - min of meer - integrale integriteitswaarborging gerealiseerd moet worden, is er - in de woorden van Borgers - niet veel te winnen wanneer de discussie blijft steken of een meer ruimhartige toepassing van artikel 359a Sv geboden is.²⁹⁷ Men moet niet ontveinzen, dat er naast formele sanctionering door de strafrechter ook andere antwoorden mogelijk zijn op schending van de strafvorderlijke integriteit. Gelet op het vorenstaande lijkt herijking van artikel 359a Sv immers niet het effect van - min of meer - integrale integriteitscontrole te kunnen sorteren en is een dergelijke voorspraak thans niet bepaald realistisch. De praktische bezwaren wegen hier naar mijn mening op tegen de voordelen. Dit maakt het waardevol stil te staan bij aanvullingen en alternatieven van integriteitswaarborging, welke in de volgende paragraaf uiteengezet zullen worden.

5.2 Concepten voor aanvullende en alternatieve integriteitswaarborging

In de literatuur zijn in de loop der tijd diverse aanvullingen en alternatieven op artikel 359a Sv aangedragen. Om helder voor ogen te krijgen welke concepten het betreft, zullen zij - hoewel niet volledig uitgewerkt - in deze paragraaf besproken worden.

De *alternatieven* die hieronder ter sprake komen hebben in beginsel voor ogen onrechtmatigheden af te doen zonder dat daarbij het huidige artikel 359a Sv door de zittingsrechter wordt toegepast, althans zonder dat een der huidige sanctiemodaliteiten wordt aangewend. De *aanvullingen* intenderen een formele sanctionering middels artikel 359a Sv in beginsel niet uit te sluiten, doch - om een meer algemene en effectieve integriteitswaarborging te bewerkstelligen - hier een toevoeging aan te geven.

Wat de alternatieven betreft moet men denken aan een preprocesuele (bezwaar)procedure en (compenserende) schadevergoeding. De aanvullingen betreffen disciplinaire sancties en strafrechtelijke vervolging, een controlerende instantie, een databank vormverzuimen en protocollering van interne terugkoppeling. Deze aanvullingen en alternatieven zullen hieronder achtereenvolgens worden besproken.

²⁹⁵ Men spreekt hier ook wel van een responsieve rechter. Zie Franken 2004, p. 23.

²⁹⁶ Röttering 2013, p. 90 en 417.

Treffend is hier de (rechtspoliteek-gekleurde) opmerking van raadsheer Buruma, dat de wetgever 'er niet op moet rekenen dat de rechter een roofovervaller laat lopen omdat deze een paar jaar tevoren ten onrechte niet is uitgeschreven uit een register'. Zie Y. Buruma, 'Als de politie zich niet aan de wet houdt...', *NJB* 2013, 494. NB. Buruma was raadsheer in de reeds besproken zaak van de niet-gecertificeerde hulp-OvJ.

²⁹⁷ Borgers 2012, p. 269.

– *Preprocessuele (bezwaar)procedure*

Reeds voordat artikel 359a Sv werd ingevoerd, is nagedacht over het *alternatief* van een preprocessuele (bezwaar)procedure waarbij de verdachte in de gelegenheid wordt gesteld om voorafgaand aan het onderzoek ter terechtzitting bij de rechter-commissaris of de raadkamer het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs aan te vechten. De desbetreffende (onderzoeks)rechter zou vervolgens in staat gesteld worden een sanerende toets uit te voeren en het strafdossier zo nodig te ontdoen van onrechtmatigheden.²⁹⁸ In de huidige systematiek vindt beoordeling van onrechtmatigheden echter plaats gedurende het onderzoek ter terechtzitting. Er is niet gekozen voor een aparte procedure waarin vormverzuimen voorafgaand aan die zitting aan de orde kunnen worden gesteld en gesanctioneerd kunnen worden.²⁹⁹

Als voordeel van een dergelijke procedure is het principe aangevoerd dat het beoordelen van vormverzuimen niet tot de eigenlijke taak van de zittingsrechter behoort, die zich moet richten op de kernvragen van het strafproces. Het toezicht houden op de rechtmatigheid leidt dan alleen maar af. Door reeds in een eerder stadium de rechtmatigheid te toetsen, wordt de zittingsrechter ontlast.³⁰⁰

Daarnaast is als praktisch argument allereerst aangevoerd, dat de zittingsrechter niet wordt beïnvloed door onrechtmatig verkregen bewijs, daar deze stukken reeds uit het dossier zijn verwijderd.³⁰¹ Ten tweede wordt bemerkt, dat in een dergelijke procedure de rechter-commissaris of de raadkamer reeds in een vroeg stadium van het proces kan reageren op verweren met betrekking tot onrechtmatigheden. In deze fase zijn er meer mogelijkheden verzuimen te herstellen.³⁰²

Hoewel bovenstaande voordelen zijn erkend, is uiteindelijk afgezien van een aparte voorprocedure, daar de *contra*-argumenten zwaarder wogen.³⁰³ Deze tegenargumenten hielden in hoofdorde in, dat een aparte procedure niet past in het systeem van strafvordering en geen garantie biedt dat de zittingsrechter niet (alsnog) met onrechtmatigheidsverweren wordt geconfronteerd.³⁰⁴ Embregts voegt daar aan toe, dat een aparte voorprocedure het 'probleem' alleen maar verplaatst. Hoewel de zittingsrechter zich in voorkomende gevallen niet meer hoeft te buigen over de rechtmatigheid, komt die vraag terecht bij de onderzoeksrechter.³⁰⁵

²⁹⁸ Bijvoorbeeld: Myjer 1975, p. 215-216 en Schalken 1981, p. 90 e.v.

²⁹⁹ Hoogstens komen vormverzuimen een enkele keer aan bod bij toetsing van de rechtmatigheid van de voorlopige hechtenis door de rechter-commissaris of de raadkamer.

³⁰⁰ Y. Buruma, *De aandacht van de strafrechter* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 1996, p. 42-47.

³⁰¹ Embregts 2003, p. 117.

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ G.J.M. Corstens, *Rapporten herijking strafvordering 1993*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 25-26.

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ Embregts 2003, p. 117.

– *Schadevergoeding*

Als *alternatief* op sanctionering middels een der huidige sanctiemodaliteiten, kan voorts gewezen worden op het concept van schadevergoeding binnen het strafproces. Wanneer vastgesteld wordt dat onrechtmatig is gehandeld jegens de verdachte, kan hem dientengevolge door de strafrechter schadevergoeding ter compensatie van geschonden rechten geboden worden.³⁰⁶ Door de verdachte geldelijke compensatie te bieden voor zijn geschonden rechtsbelangen, kan enige sanctie ingevolge artikel 359a Sv in beginsel achterwege blijven. De onrechtmatigheid wordt dan in zekere zin geacht te zijn 'goed gemaakt'.³⁰⁷

– *Disciplinaire sancties en strafrechtelijke vervolging*

Als *aanvulling* op formele sanctionering middels de modaliteiten van het huidige artikel 359a Sv, is vanuit de preventiegedachte in stelling gebracht om vormverzuimen meer onbarmhartig persoonlijk toe te rekenen aan diegenen die daar direct verantwoordelijk of aanstichter van is.³⁰⁸ Buruma merkt op dat we nu misschien wel een te hoge mate van verwijtbaarheid van een ambtenaar verlangen alvorens over te gaan tot persoonlijke aansprakelijkheidsstelling.³⁰⁹ Kaptein betoogt voorts dat politie en justitie zich beter zouden kunnen gedragen als zij weten dat er ook voor hen persoonlijk meer op het spel staat dan 'nee heb je, ja kun je krijgen'.³¹⁰

Overigens hoeft deze aanvulling niet per definitie buiten het strafproces zijn bestek te krijgen. In de literatuur is zowel overwogen dat de strafrechter tot individuele bestraffing over gaat, als politie en/of justitie eigener beweging.³¹¹

Wat disciplinaire straffen betreft kan men denken aan een berisping, buitengewone dienst tegen lagere of geen beloning, vermindering van vakantiedagen, een geldboete, vermindering van salaris of salarisschaal, tijdelijke schorsing of ontslag (zie bijvoorbeeld artikel 77 lid 1 Besluit algemene rechtspositie politie). Wat betreft het strafrechtelijk verantwoordelijk stellen van de (individuele) vormschender, kan men in de eerste plaats denken aan vervolging ter zake een ambtsmisdrijf als bedoeld in titel 28 van het Wetboek van Strafrecht (artikelen 355-380 Sr). Zo is het bijvoorbeeld mogelijk een ambtenaar te vervolgen die zonder daartoe bevoegd te zijn een woning betreedt (artikel 370 lid 1 Sr).

– *Een controlerende instantie*

Omdat de strafrechter 'geen totaalbewaker van de opsporing is', stelde Baaijens-Van Geloven in het eindrapport *Strafvordering 2001* voor om als *aanvulling* op artikel 359a Sv 'een vaste controlerende instantie in het leven te roepen, met een inspectieachtige taak' welke naast de

³⁰⁶ *Ibid*, p. 120 e.v.

³⁰⁷ *Ibid*, p. 121. Het reparatiedoel wordt hier echter slechts eenzijdig benadrukt. Het betreft een beperkte vorm van reparatie (compensatie) en niet reparatie in brede en oorspronkelijke zin (herstel).

³⁰⁸ Bijvoorbeeld Schalken 1981, p. 61, Embregts 2003, p. 119 en noot Buruma ond. 7 bij HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/376 (Afvoerpijp).

³⁰⁹ Buruma 2008, ond 2.

³¹⁰ Kaptein 2000, p. 43.

³¹¹ Voor de strafrechter zie bijvoorbeeld de overdenkingen van Embregts 2003, p. 119. Voor bestraffing eigener beweging bijvoorbeeld: Kaptein 2000, p. 42 e.v.

strafrechter opereert.³¹² Ook Cleiren en Mevis zagen een taak weggelegd voor een buitenprocessuele controle instantie, maar liepen daar enigszins op vooruit door op te merken dat de Nationale ombudsman op den duur niet als sluitstuk van rechtsbescherming kan functioneren, daar hij de noodzakelijke rechterlijke status, taak en functie ontbeert.³¹³

De hernieuwde concentratie omtrent de vraag hoe de strafvorderlijke overheid meeromvattend kan worden gecontroleerd, brengt Borgers er enige tijd later toe het concept van een controlerende instantie opnieuw ter sprake te brengen.³¹⁴ Hij ziet een systeem voor zich waarin een controlerende instantie ambtshalve, dan wel op verzoek van de gelaedeerde of de strafrechter, onderzoek verricht naar de aard en oorzaak van het onderhavige vormverzuim en daarop - zo nodig - een reactie geeft. In het geval de strafrechter het vormverzuim reeds heeft gesanctioneerd middels artikel 359a Sv, ziet Borgers een taak voor de controlerende instantie nader onderzoek te doen naar eventuele onderliggende oorzaken. Wanneer de strafrechter niet aan bod komt of geen formele sanctie uitdeelt, kan volgens Borgers de controle instantie maatregelen nemen die het onrechtmatig overheidshandelen afkeuren, vergoeding van schade bewerkstelligen, de verhouding tussen burger en overheid herstellen, of bevorderen dat het intern beleid bij politie en/of justitie wordt verbeterd.³¹⁵

Hoewel Cleiren en Mevis de Nationale ombudsman niet afdoende geoutilleerd achtten om in de leemte te voorzien,³¹⁶ ziet Borgers hier wel een taak weggelegd voor deze organisatie, daar deze reeds over de nodige ervaring beschikt met betrekking tot het beoordelen van overheidshandelen. Door haar rol wettelijk te versterken zou zij de hierboven geschetste taak van controlerende instantie kunnen vervullen (zie verder subparagraaf 5.3.2).³¹⁷

– *Databank vormverzuimen*

Als *aanvulling* op artikel 359a Sv, is door Kuiper is geopperd een nationale databank op te zetten waarin alle strafrechters hun beslissingen omtrent vormverzuimen archiveren door plaatsing op rechtspraak.nl.³¹⁸ Wanneer dit volgens hem consequent gebeurt, levert dat een vrij volledig beeld op omtrent de knelpunten, welke jaarlijks door de Raad voor de rechtspraak gerapporteerd kunnen worden aan de Minister van justitie. Zodoende kunnen (structurele) fouten in de praktijk duidelijk in kaart gebracht worden, alsmede de mate waarin zij voorkomen en de oorzaken daarvan, om vervolgens het opsporingsbeleid daarop aan te passen. Gedacht kan worden aan meer aandacht voor desbetreffende fouten in de opleiding van overheidsfunctionarissen en meer alertheid vanuit het Openbaar Ministerie. Ook kan het nodig zijn wettelijke aanpassingen te verrichten.

³¹² Baaijens-Van Geloven 2004, p. 380.

³¹³ Cleiren & Mevis 1996, p. 201-202.

³¹⁴ Borgers 2012, p. 269.

³¹⁵ *Ibid.*

³¹⁶ Cleiren & Mevis 1996, p. 201-202. Zie nader: C.P.M. Cleiren & P.A.M. Mevis, 'De beoordeling van strafvorderlijk overheidsoptreden. Een beschouwing op basis van een vergelijking tussen de strafrechter en de Nationale ombudsman', *DD* 1995/25, p. 700-713.

³¹⁷ *Ibid.*

³¹⁸ Kuiper 2009, p. 59.

Door daadwerkelijk gebruik te maken van kennis omtrent fouten uit het verleden, krijgt het enkel constateren van een vormverzuim zonder rechtsgevolg meer betekenis. Immers, ook het enkel markeren van vormverzuimen kan dan daadwerkelijk verbetering in gang zetten.³¹⁹

– *Protocollering van interne terugkoppeling*

Ten slotte is als *aanvulling* op artikel 359a Sv aangedragen de wijze en mate van interne terugkoppeling bij het Openbaar Ministerie te structureren.³²⁰ Wanneer het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk wordt verklaard bestaat er geen structuur binnen dat orgaan omtrent de wijze van terugkoppeling naar verantwoordelijke vervolgings- of opsporingsambtenaren. De mate en wijze van terugkoppeling is volledig overgelaten aan de eigen verantwoordelijkheid van de behandelend Officier van Justitie of Advocaat-Generaal, die in het ideale geval de kwaliteits- en rechercheofficier, alsmede de desbetreffende chef van de districtsrecherche volledig inlicht.³²¹ Op die wijze kan lering getrokken worden uit reeds gesanctioneerde vormverzuimen waarmee preventieve maatregelen getroffen kunnen worden ter voorkoming van toekomstige sanctionering.

Daar er echter geen protocollen zijn en de mate van terugkoppeling dus van geval tot geval verschilt, kan die terugkoppeling in voorkomende gevallen ook minder adequaat geschieden waardoor een zware sanctie geen of onvoldoende effect sorteert bij het Openbaar Ministerie en haar ketenpartners in de opsporing. Voor minder zware sancties als strafvermindering en bewijsuitsluiting geldt dit wellicht nog sterker.³²² Door duidelijke protocollen te ontwikkelen met betrekking tot de wijze van interne terugkoppeling kan een meer precieze en doeltreffende bestrijding van (structurele) vormverzuimen worden bereikt.

5.3 Naar een systeem van integrale integriteitswaarborging

In voorgaande paragraaf zijn diverse aanvullingen en alternatieven op het huidige systeem van artikel 359a Sv in kaart gebracht. In deze paragraaf zullen voorgaande concepten afgewogen worden om zodoende te komen tot een systeem van integrale integriteitswaarborging.

Zoals reeds ter sprake kwam in hoofdstuk 2 en paragraaf 5.1, kan men principieel van mening zijn dat de strafrechter gedurende het strafproces de integriteit van de strafvorderlijke overheid zou moeten controleren, welke meeromvattende controle eventueel bewerkstelligd zou kunnen worden door het toepassingsbereik van artikel 359a Sv uit te breiden. Echter, wanneer men dit 'ideaalbeeld' afzet tegen de naar aard en inrichting gegeven beperkingen van het strafproces, de beperkte reikwijdte van de toetsende taak van de strafrechter, de koers van de Hoge Raad en het huidige tijdsgewricht, pleiten deze praktische aspecten voor de conclusie dat het waarborgen van overheidsintegriteit niet *integraal* tot zijn recht kan komen gedurende de berechting van individuele strafzaken.³²³

³¹⁹ *Ibid.*

³²⁰ R. Boon, 'Is het niet-ontvankelijk verklaren van het OM effectief?', *Advocatenblad* 16 augustus 2012, p. 39-40.

³²¹ *Ibid.*

³²² *Ibid.*

³²³ Zie i.h.b. paragraaf 2.2 en subparagraaf 5.1.2.

Hoewel de strafrechter in voorkomende gevallen middels sanctionering op grond van artikel 359a Sv wel een belangrijke bijdrage kan leveren aan overheidsintegriteit, en hij in een hernieuwd systeem van integriteitswaarborging niet buiten spel gezet dient te worden (zie ook paragraaf 2.3), zal een aanvullend systeem, welke de integriteit meer *in extenso* waarborgt, voornamelijk gezocht moeten worden buiten het strafproces. Gelet op bovengenoemde beperkingen van rechterlijke afdoening, beschikt een buitenprocessueel controlesysteem verhoudingsgewijs over betere mogelijkheden laakbaarheden adequaat en intensief te onderzoeken en zo nodig te bestraffen. Het wordt niet beperkt door de eigenaardigheden van het strafproces, waarmee het in beginsel al het non-integer overheidsoptreden kan beoordelen (ofwel ook wanneer de onrechtmatigheid niet uitmondt in een strafzaak). Het verschil tussen integriteitswaarborging middels artikel 359a Sv en een buitenprocessueel systeem laat zich dan ook voornamelijk voelen wanneer het vormverzuim de strafrechter niet bereikt of het verzuim geen of slechts een subtiele sanctie ondervindt.

Allereerst zullen in subparagraaf 5.3.1 enkele reeds omschreven aanvullingen en/of alternatieven afgewezen worden. Vervolgens zullen enkele overgebleven concepten in subparagraaf 5.3.2 samengevoegd worden, welke concepten in samenhang kunnen voorzien in een zelfstandig en evenwichtig systeem van integriteitscontrole.

5.3.1 Enkele afwijzingen voor integriteitswaarborging

– *Preprocessuele (bezwaar)procedure*

Het eerste concept dat afgewezen dient te worden als alternatief voor integriteitswaarborging, betreft de preprocessuele (bezwaar)procedure. Wat de bezwaren betreft, kan allereerst aangesloten worden bij de principiële visie van de projectgroep Strafvordering 2001, zoals verwoordt door Baaijens-Van Geloven. In hoofdorde komen deze bezwaren er op neer, dat verplaatsing van de rechtmatigheidsvraag naar een voorprocedure geweld doet aan de beoordeling van de bewijsvraag door de zittingsrechter, en daarmee of het tenlastegelegde wettig en overtuigend kan worden bewezen. Het is taak van de zittingsrechter recht te doen aan alle betrokken belangen. Met het - al dan niet - verbinden van rechtsgevolgen aan vormverzuimen is sprake van een dergelijke belangenafweging, welke afweging geweld wordt aangedaan wanneer de zittingrechter (belangrijke) informatie wordt onthouden doordat reeds in preprocessuele fase vermeend onrechtmatig bewijs uit het strafdossier is gelicht.³²⁴

Vanuit praktisch oogpunt kan vervolgens opgemerkt worden, dat het maar zeer de vraag is in hoeverre de onderzoeksrechter in een preprocessuele voorprocedure een gedegen belangenafweging en beoordeling kan maken. Immers, gelet op het feit dat het voorbereidend onderzoek in een dergelijke voorfase vaak nog niet geheel is afgerond, beschikt de onderzoeksrechter veelal nog niet over alle voor die afweging relevante informatie.³²⁵

Van Woensel voegt nog toe, dat de Hoge Raad thans controle kan uitoefenen op oordelen van de feitenrechter omtrent vormverzuimen en aldus vorm kan geven aan de rechtsontwikkeling. Door de beoordeling van onrechtmatigheden aan de zittingsrechter te onttrekken, kan dat aspect in

³²⁴ Baaijens-Van Geloven, p. 380.

³²⁵ *Ibid.*

cassatie niet meer getoetst worden, hetgeen kan leiden tot verlies aan legitimiteit van die beslissingen.³²⁶

Ten slotte pleit het feit dat de positie van de rechter-commissaris vanaf 1 januari 2013 is versterkt tegen de invoering van een preprocesuele (bezwaar)procedure. De Wet versterking positie rechter-commissaris³²⁷ geeft de rechter-commissaris in het aangepaste artikel 199 Sv namelijk een rol bij het herstellen van vormverzuimen, waarmee hij kan anticiperen op beslissingen van de zittingsrechter in het kader van artikel 359a Sv.

Het grootste voordeel van een preprocesuele procedure is het bieden van meer mogelijkheden tot herstel gelet op (meer) vroegtijdige constatering van vormverzuimen.³²⁸ De zittingsrechter staat immers ver van het voorbereidend onderzoek en kan pas in een laat stadium reageren op een eventueel vormverzuim welke dan doorgaans niet of nauwelijks meer te herstellen is.³²⁹ De (proactieve) rechter-commissaris kan echter meer vroegtijdig actie ondernemen, waarmee hij een eventuele keten aan onrechtmatig bewijs voorkomen kan worden. Zo kan de rechter-commissaris bijvoorbeeld bij geconstateerde gebreken bevelen dat een aangever of getuige opnieuw moet worden gehoord (bijvoorbeeld in geval het eerdere verhoor niet overeenstemt met een bepaalde aanwijzing). Ook kan hij bijvoorbeeld de Officier van Justitie opdragen bepaalde opsporingshandelingen opnieuw of alsnog te verrichten.³³⁰

Hoewel de nieuwe regeling de rechter-commissaris geen bevoegdheid geeft vormverzuimen te sanctioneren, heeft de rechter-commissaris wel een veel ruimere en algemener gestelde taak op het gebied van het bewaken van de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek gekregen. Hierdoor heeft hij meer vat en controle op onrechtmatigheden gedurende het voorbereidend onderzoek gekregen.³³¹ Daarmee is het hierboven geschetste voordeel van een preprocesuele procedure geïncorporeerd in voornoemde nieuwe wettelijke regeling, welke het belangrijkste voordeel van een aparte voorprocedure ontnemt.

– *Schadevergoeding*

Het volgende alternatief op artikel 359a Sv dat niet bepaald geschikt is als zelfstandige waarborg voor integer overheidshandelen, betreft schadevergoeding ter compensatie van geschonden belangen van de verdachte.

³²⁶ Van Woensel 2004, p. 169.

³²⁷ *Stb.* 2011/600.

³²⁸ Een ander voordeel is dat de zittingsrechter geen kennis kan nemen van onrechtmatig bewijs, daar deze reeds verwijderd is. Zodoende zou hij dit bewijs niet onbewust aan zijn rechtelijke overtuiging ten grondslag kunnen leggen. Een preprocesuele procedure sluit echter geenszins uit dat ter terechtzitting alsnog vormverzuimen de kop opsteken. Daarnaast is gebleken dat de zittingsrechter niet telkens integraal gebonden hoeft te zijn aan het oordeel van de rechter-commissaris (zie paragraaf 4.2.4). Dit kan er toe leiden dat de rechter-commissaris zeer voorzichtig zal zijn met het verwijderen van bewijs uit het strafdossier, rekening houdend met de mogelijkheid dat de zittingsrechter een andere mening is toegedaan. Zie: P.P.J. van der Meij, 'De rechter-commissaris als onmisbare schakel in het strafrechtelijk vooronderzoek?', *Trema* 2010, 8, p. 338.

³²⁹ Van der Meij 2010, p. 337-338.

³³⁰ Zie hierover bijvoorbeeld V. Mul, 'Herijking positie rechter-commissaris: versterking?' *DD* 2013/18.

³³¹ *Ibid.*

Allereerst is het vanuit principieel perspectief onwenselijk te noemen dat het strafproces niet langer het gedrag van de verdachte centraal stelt, maar dat van opsporings- en vervolgingsambtenaren. Op die wijze worden de rollen omgedraaid wanneer de verdachte de hoedanigheid van slachtoffer aanneemt.³³² Van Dorst merkt hierover op, dat het strafproces dan verzandt in bijzaken, in die zin dat kwesties centraal komen te staan die voor de behandeling van de tenlastelegging en de strafwaardigheid van de verdachte niet van belang zijn.³³³ Slachtoffers van een onrechtmatige overheidsdaad kunnen de civiele rechter immers adiëren ter vergoeding van geleden schade.³³⁴

Doelmatig ten aanzien van waarborging en bevordering van overheidsintegriteit lijkt schadevergoeding ter compensatie van geschonden rechtsbelangen evenmin. Het afdoen van vormverzuimen door middel van een geldelijke tegemoetkoming zou de gedachte kunnen wekken dat vormschendingen afkoopbaar zijn, waardoor de preventieve werking die hier van uitgaat niet bepaald noemenswaardig zou zijn. Geldelijke compensatie is slechts een 'lapmiddel' waarmee geen herstel plaatsvindt en de onrechtmatigheid dus niet wordt vereffend.³³⁵

Gelet op het bovenstaande, is voor schadevergoeding in beginsel geen vervangende rol weggelegd. Een dergelijke sanctie kan hooguit dienen als *onderdeel* van het aanvullend systeem van integriteitswaarborging, welke bestraffing eventueel geïnitieerd kan worden door een algemeen controlerend orgaan welke nader uitgewerkt wordt in de volgende paragraaf (5.3.2).

– *Disciplinaire sancties en strafrechtelijke vervolging*

Het laatste concept dat uiteindelijk niet bepaald een prominente en zelfstandige rol kan krijgen in een systeem van integriteitscontrole, betreft de aanvulling van meer ruimhartige toepassing van disciplinaire sancties en strafrechtelijke vervolging van (individuele) vormschenders.

Hoewel een ferme bestraffing van individuele vormschenders vanuit de preventiegedachte moeilijk valt tegen te spreken, is een al te ruimhartige (strafrechtelijke) aansprakelijkheidsstelling van individuele opsporingsambtenaren niet wenselijk.³³⁶ De opsporingspraktijk moet tot op zekere hoogte de vrijheid gegeven worden de strafwet effectief te handhaven. Dat daarbij ongewild inschattingsfouten worden gemaakt is onvermijdelijk. Een alsmaar dreigende individuele aansprakelijkheidsstelling zou kunnen leiden tot een zeer terughoudende attitude bij de opsporing, hetgeen bepaald niet in het voordeel werkt van een veilige en rechtvaardige samenleving.

Voorts valt op te merken dat het niet de taak van de strafrechter is overheidsfunctionarissen persoonlijk te bestraffen. Als de rechter fouten van het Openbaar Ministerie of de politie in zijn

³³² Corstens 1993, p. 55.

³³³ Van Dorst 1996, p. 273.

³³⁴ Cleiren & Mevis 1996, p. 202 e.v.

³³⁵ Embregts 2003, p. 121.

Terzijde wijst Van Dorst er op, dat te verdedigen valt dat het concept van schadevergoeding te vergelijken valt met de formele sanctie van strafvermindering, welke sanctie gezien kan worden als een soort van schadevergoeding in natura. Hoewel de huidige sanctie van strafvermindering - net als schadevergoeding - een subtiele reactie is op laakbaar overheidsoptreden, en de preventieve werking hiervan niet bijzonder groot is, vindt bij schadevergoeding geen verrekening plaats met de beslissingen over de strafzaak, hetgeen bij strafvermindering wel het geval is. Zie Van Dorst 1996, p. 273 en Embregts 2003, p. 120 e.v.

³³⁶ We willen voorkomen dat ambtenaren voor een niet al te grote misstap worden vervolgd, aldus Buruma 2008, ond. 2.

oordeel betreft, doet hij dit slechts met het oog op de berechting van de verdachte.³³⁷ Een zuiver strafproces stelt de feiten van het geval en de persoon van de verdachte centraal. Alle andere factoren - hoe goed zij ook zijn bedoeld - zijn een 'vervuiling' van het strafproces, aldus Kaptein.³³⁸

Vanuit praktisch oogpunt valt op te merken dat lang niet iedere onrechtmatigheid in voldoende mate terug te voeren is op een bepaald persoon en kan eventuele aansprakelijkheid verhinderd worden door een beroep op een strafuitsluitingsgrond.³³⁹

Voorts werkt het concept van vrijmoedige individuele aansprakelijkheidsstelling niet bepaald handzaam binnen het strafproces. De strafrechter kan in zijn oordeel immers geen rekening houden met de uitkomst van de nog lopende straf- of tuchtzaak. Evenmin kan hij bewerkstelligen dat de opsporingsambtenaar straf- of tuchtrechtelijk ter verantwoording wordt geroepen.³⁴⁰

Ook buiten het strafproces stuit het concept op praktische problemen. Hoewel disciplinaire sancties met regelmaat worden opgelegd,³⁴¹ acht het Openbaar Ministerie het immers niet bepaald opportuun 'eigen mensen' te vervolgen.³⁴² Een verandering hierin behoeft een bepaalde mentaliteitsverandering, die moeilijk van buitenaf verwezenlijkt kan worden.

Niettegenstaande bovengenoemde bezwaren, kan disciplinaire en strafrechtelijke bestraffing wel goed dienen als *onderdeel* van het aanvullend systeem van integriteitswaarborging, welke bestraffing eventueel buiten het strafproces geïnitieerd kan worden door een algemeen controlerend orgaan (zie voor nadere uitwerking paragraaf 5.3.2). De meest zware sanctie die nu kan volgen op onrechtmatig optreden is die van niet-ontvankelijkheid, welke leidt tot straffeloosheid. Zoals eerder opgemerkt kan dit volgens Kaptein leiden tot een opsporingsmentaliteit van: 'nee hebben we, ja kunnen we krijgen' en 'we zien wel waar het schip strandt, voor ons ambtenaren staat er in ieder geval persoonlijk niets op het spel'.³⁴³ Door een algemene controle instantie de mogelijkheid te geven tot individuele bestraffing over te gaan, kan dergelijke mentaliteit bestreden worden.

³³⁷ Corstens 1993, p. 24.

Zie ook CAG Wortel ond. 16 bij HR 20 februari 2007, *LJN AZ6152*: "Het strafproces dient een specifiek doel, te weten beoordeling van het aan de verdachte te maken verwijt, en de daaraan te verbinden consequenties. De strafrechter is geen tuchtorgaan voor degenen die met opsporing en vervolging zijn belast. De neiging om bij ernstige (vermeende) uitglidders naar de zwaarste consequentie te grijpen kan begrijpelijk zijn, maar als het even kan moet worden voorkomen dat deze vorm van rechtsbescherming tot gevolg heeft dat de samenleving en eventuele slachtoffers niet meer krijgen waar zij recht op hebben: een inhoudelijk oordeel over hetgeen de verdachte misdaan zou hebben."

³³⁸ Kaptein 2000, p. 44.

³³⁹ M.C.D. Embregts, 'Artikel 359a Sv', in: A.L. Melai/M.S. Groenhuisen (red.), *Het Wetboek van strafvordering*, Deventer: Kluwer (losbl.), aant. 3.5.

³⁴⁰ *Ibid.*

³⁴¹ Van der Steeg 2004, p. 304.

³⁴² Kaptein 2000, p. 45.

³⁴³ *Ibid.*, p. 36.

5.3.2 *Samenvoeging van enkele wenselijke concepten*

Zoals aan het begin van deze paragraaf (5.3) verwoord werd, dient het ontstane vacuüm met betrekking tot het waarborgen van de integriteit van de strafvorderlijke overheid niet opgelost te worden door veranderingen aan te brengen binnen het strafproces, althans niet door de taak van de rechter uit te breiden of aan te passen. Dit zou in de woorden van Kaptein tot een stelsel kunnen leiden waarin de strafrechter tegelijkertijd bestuursrechter, in oordelen over rechtmatigheid van strafvordering, en ook nog civiele rechter is als het bijvoorbeeld gaat om schadevergoeding. Strafrecht en strafvordering worden hierdoor lappendekens, zo niet stoplappen, aldus Kaptein.³⁴⁴ Daarnaast kan integriteitscontrole buiten het strafproces veel meer omvattend geschieden dan binnen het strafproces. Immers, buiten het strafproces hoeft men zich niet te beperken tot toetsing aan het recht en jurisprudentie, maar kan ook rekening gehouden worden met procedurele rechtvaardigheid, bejegening, de-escalatie en kan een hulpvaardige overheid worden benadrukt vanuit het perspectief van de burger.³⁴⁵

Om te komen tot een meer algemene en evenwichtige aanpak dan nu het geval is, bestaat de mogelijkheid het huidige mechanisme van artikel 359a Sv aan te vullen door samenvoeging van de concepten van een controlerende instantie, een databank vormverzuimen en protocollering van interne terugkoppeling. De concepten van schadevergoeding en individuele aansprakelijkheidsstelling, welke reeds hierboven zijn afgewezen als zelfstandige alternatieven, kunnen vervolgens worden geïncorporeerd in het maatregelenarsenaal van een controlerende instantie.

Hoewel geen van voorgenoemde concepten - al dan niet tezamen met toepassing van het mechanisme van artikel 359a Sv - het in zich lijkt te dragen om (geheel) zelfstandig de integriteit te kunnen waarborgen,³⁴⁶ komt het mij voor dat het samenspel van deze mechanismen een integraal systeem van integriteitscontrole aardig dicht kan benaderen.

Het concept van een controlerende instantie betreft het belangrijkste element van het voorgestane systeem van meer algemene integriteitswaarborging, welke instantie ambtshalve of op verzoek van de verdachte (of eventueel de strafrechter) onderzoek instelt naar het onderhavige vormverzuim, daar een oordeel over velt en zo nodig maatregelen neemt.

– *De Nationale ombudsman als controle-instantie*

De eerste vraag die zich hier opdringt, is wie deze taak op zich moet nemen. Door Borgers is geopperd deze taak in handen te leggen van de Nationale ombudsman, daar dit orgaan reeds sinds jaar en dag klachten omtrent overheidshandelen behandelt.³⁴⁷ Dit is een interessant voorstel, welke aansluit bij de Zweedse ombudsman die fungeert als controleur van strafvorderlijke ambtenaren.³⁴⁸

³⁴⁴ *Ibid*, p. 44.

³⁴⁵ M. van der Vlugt, *De Nationale ombudsman en behoorlijk politieoptreden* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2011, p. 367.

³⁴⁶ Ook volgens Borgers 2012, p. 268.

³⁴⁷ *Ibid*, p. 269.

³⁴⁸ Van der Vlugt 2011, p. 26 e.v.

Om de Nationale ombudsman echter geschikt te maken voor de taak van zelfstandig controleur, dienen een aantal aspecten (wettelijk) te veranderen. Hoewel de Nationale ombudsman wel een bepaald gezag heeft, heeft zij geen macht, in die zin dat overheidsinstanties zelf mogen bepalen welke gevolgen zij verbindt aan het oordeel van de ombudsman.³⁴⁹ Zij kan slechts aanbevelingen doen (artikel 9:27 lid 3 jo. 9:36 lid 4 Awb), waardoor uitspraken van de ombudsman dus niet afgedwongen kunnen worden. Illusterend hierbij is het onderzoek van Van der Vlugt, waar wordt geconcludeerd dat de uitspraken van de Nationale ombudsman slecht *doorwerken* in de politiepraktijk en nogal eens persoonlijk worden opgevat, hetgeen leidt tot defensieve reacties als '[de Nationale ombudsman heeft] te weinig gevoel voor het vieze, vuile, onvoorspelbare, bedreigende, gevaarlijke werk dat de politiemensen iedere dag doen'.³⁵⁰ Daarnaast leiden oordelen van de ombudsman nauwelijks tot aanpassing van beleid of wetgeving en geven politieambtenaren aan dat zij in een vergelijkbare toekomstige situatie op dezelfde (volgens de ombudsman onbehoorlijke) wijze zouden handelen.³⁵¹

Om de integriteit van de strafvorderlijke overheid effectief te kunnen waarborgen en de kwaliteit van opsporing te kunnen bewaken en bevorderen, lijkt het mij derhalve wenselijk de positie van de ombudsman te versterken. Van daadwerkelijke integriteitscontrole kan alleen sprake zijn wanneer oordelen van het controlerend orgaan ook telkens - zo nodig gedwongen - geëffectueerd worden. In dat systeem past geen onrechtmatig handelende overheid die een negatief oordeel harerzijds (simpelweg) naast zich neerlegt omdat het in haar ogen 'muggenzifterij' betreft.

– *Welke instrumenten moeten de Nationale ombudsman ten dienste staan?*

De tweede vraag betreft welke instrumenten de controlerende instantie ten dienste moeten staan om de integriteit van de strafvorderlijke overheid effectief te kunnen beschermen. Zoals reeds ter sprake kwam, kan de Nationale ombudsman thans 'slechts' aanbevelingen doen door middel van rapportage aan het desbetreffende overheidsorgaan. Echter, voor effectieve bescherming van de strafvorderlijke integriteit is meer nodig. Uit onderzoek bleek immers dat een vriendelijk verzoek van de ombudsman lang niet altijd tot gewenste veranderingen leidt.³⁵² Hoewel in het huidige stelsel uitgesloten is, dat de controlerende instantie sancties aan vormverzuimen kan verbinden in het kader van een individuele strafzaak op de wijze zoals artikel 359a Sv dat kan, dienen onrechtmatigheidsoordelen van de ombudsman wel bepaalde (bestraffende) gevolgen te hebben voor het desbetreffende overheidsorgaan, zijnde de politie of het Openbaar Ministerie.

Allereerst kan men denken aan de maatregel bepaald vigerend en/of structureel onrechtmatig overheidsoptreden per direct te beëindigen. Een dergelijke maatregel zou geëffectueerd kunnen worden door de controle-instantie de bevoegdheid te geven dwingende bevelen te geven aan politie en/of justitie, welk bevel eventueel kracht bijgezet kan worden door bij (aanhoudende) verzaking een dwangsom te verbeuren of bepaalde verantwoordelijke ambtenaren te bestraffen.

³⁴⁹ Cleiren & Mevis 1996, p. 201 e.v.

³⁵⁰ Van der Vlugt 2011, p. 369-370.

³⁵¹ *Ibid.*

³⁵² *Ibid.*

Daarnaast dient het controlerend orgaan de mogelijkheid te hebben verbeteringen aan te brengen in de opsporingspraktijk, zoals het invoeren of aanscherpen van aanwijzingen en richtlijnen. Immers, om de overheid te kunnen verbeteren, is het van belang dat de politie en/of het Openbaar Ministerie oordelen van het controlerend orgaan ook daadwerkelijk overneemt en zijn gedrag en beleid daarop aanpast.

Voorts zou de controle instantie de mogelijkheid kunnen krijgen om tot op zekere hoogte mee te werken aan herstel, voor zover de strafrechter daar niet reeds voor heeft gezorgd. Hoewel het controlerend orgaan geen herstellende sancties ingevolge artikel 359a Sv kan toepassen, kan zij wel bijdragen aan herstel van de verticale relatie tussen de burger en de overheid en compensatie van geleden schade in geldelijke vorm. Hier komt derhalve het reeds afgewezen alternatief van schadevergoeding van pas.

Ten slotte zou men het oordeel van het controlerend orgaan kracht bij kunnen zetten, door hem de bevoegdheid toe te kennen boetes en dwangsommen op te leggen, disciplinaire sanctioneringsmaatregelen te treffen, alsmede strafrechtelijke vervolging van vormschenders te initiëren. Buiten deze sancties zou men voorts kunnen denken aan actieve voorlichting, (gerichte) bijscholing en eventueel het onder toezicht stellen van vormschenders.

– *Toevoegingen op een controlerende instantie*

Als toevoeging op het zojuist uitgewerkte concept van een controlerend orgaan, spreekt de aanvulling van een databank vormverzuimen mij aan, alsmede het concept van gestructureerde interne terugkoppeling van gesanctioneerde fouten in het voorbereidend onderzoek. Beide concepten hebben betrekking op de *ex post* verwerking van formele sanctionering van vormverzuimen ingevolge artikel 359a Sv en dienen derhalve als aanvulling op het huidige systeem.

Door vormverzuimen, welke door de strafrechter zijn geconstateerd en eventueel gesanctioneerd, naar aard en soort te archiveren en jaarlijks te rapporteren kan het reeds omschreven controleorgaan meer gericht werken aan verbetering van de opsporingspraktijk.

Het structureren van de interne terugkoppeling bij het Openbaar Ministerie en haar ketenpartners is eveneens toe te juichen. Het gaat er immers in de eerste plaats om dat politie en justitie eigener beweging werkt aan verbetering en instandhouding van een rechtmatige opsporings- en vervolgingspraktijk.³⁵³

³⁵³ Zie ook Kaptein 2000, p. 47.

HOOFDSTUK 6

Conclusie

In hoofdstuk 1 werd de centrale vraagstelling van dit onderzoek geïntroduceerd, welke de vraag betrof in hoeverre de huidige strafrechtelijke reactie op vormverzuimen (nog) een waarborg biedt voor integer strafvorderlijk overheidsoptreden, en hoe - zo nodig - dienaangaande een systeem van zelfstandige en integrale integriteitswaarborging te bereiken valt. Bij beantwoording van deze vraag is het voorgaand onderzoek grofweg ingedeeld in drie delen, te weten: een algemeen onderzoek naar de integriteit van de strafvorderlijke overheid en de bewaking daarvan gedurende het strafproces, een analyse omtrent de afdoening van vormverzuimen door de strafrechter en een onderzoek naar aanvullende en alternatieve concepten voor integriteitswaarborging.

De belangrijkste conclusies die - tegen de achtergrond van de in de inleiding gestelde onderzoeks- en deelvragen - uit het onderzoek zijn getrokken en de gedachten die daaruit zijn ontsproten, zullen in onderstaande paragraaf chronologisch de revue passeren.

6.1 Eindconclusies

6.1.1 *De strafrechter schiet logischerwijs tekort*

Het onderzoek is van start gegaan met een algemene beschouwing van de integriteit van de strafvorderlijke overheid. Op grond van de eerste onderzoeksvraag is in hoofdstuk 2 onderzocht wat deze integriteit behelst en wat de bewaking daarvan noodzakelijk maakt. Voorts is onderzocht in hoeverre waarborging van overheidsintegriteit een zelfstandig doel is van het strafproces(recht) en of het aan de strafrechter overgelaten kan worden die integriteit zelfstandig te controleren.

De belangrijkste conclusie die hier werd getrokken is, dat de integriteit van de strafvorderlijke overheid slechts in beperkte mate binnen het strafproces gewaarborgd kan worden. In het strafproces staat *'testing the evidence'* centraal en niet *'policing the police'*. De rechter beoordeelt fouten van de overheid telkens met het oog op de berechting van de verdachte. Zodoende kan controle - en zo nodig bestraffing - van de strafvorderlijke overheid geen zelfstandig en autonoom doel van het strafproces genoemd worden. Daarnaast is gebleken dat de reikwijdte van de toetsende taak van de strafrechter aan beperkingen onderhevig is.

Hoewel de strafrechter in voorkomende gevallen wel een belangrijke bijdrage kan leveren aan integriteitswaarborging middels artikel 359a Sv, schiet hij op meer algemeen vlak logischerwijs tekort. Hij is niet voldoende geoutilleerd om de strafvorderlijke overheid *integraal* en *zelfstandig* te controleren. Deze beperkingen leveren een belangrijke indicatie voor de rest van het onderzoek, te weten dat een aanvullend systeem van integriteitscontrole voornamelijk gezocht zal moeten worden buiten het strafproces.

6.1.2 De wijze waarop onrechtmatigheden door de strafrechter worden afgedaan voorziet niet afdoende in het waarborgen van overheidsintegriteit

Zoals reeds hierboven opgemerkt, kan de strafrechter - hoewel niet integraal - een bijdrage leveren aan integriteitswaarborging door vormverzuimen te sanctioneren middels het instrument artikel 359a Sv. Om te bepalen hoe adequaat die bijdrage is, is in de hoofdstukken 3 en 4 op grond van de tweede onderzoeksvraag de rechterlijke afdoening van vormverzuimen geanalyseerd. Gelet op de uitkomsten hiervan, is besproken in hoeverre artikel 359a Sv (nog) een waarborg biedt voor integer strafvorderlijk overheidsoptreden. Naast de tweede onderzoeksvraag wordt daarmee het eerste gedeelte van de centrale vraagstelling beantwoord.

Bij de analyse van rechterlijke afdoening van onrechtmatigheden middels artikel 359a Sv, bleek allereerst dat dit mechanisme nogal restrictief is in haar opzet. Vooral de salami-regel en het uitputtingsvereiste bleken de werkingssfeer van artikel 359a Sv in hoge mate te beperken. De Hoge Raad bleek strak de hand te houden aan deze begrenzings, waardoor lang niet alle begane onrechtmatigheden gesanctioneerd *kunnen* worden.

Wordt een onrechtmatigheid vervolgens dan toch gekwalificeerd als vormverzuim, dan brengen de afwegingsfactoren, die de sanctie uiteindelijk dienen te rechtvaardigen, de rechter er menigmaal toe om louter te volstaan met de constatering dat zich een vormverzuim heeft voorgedaan zonder daar enig rechtsgevolg aan te verbinden. Hier bleek allereerst de wegingsfactor '*het nadeel dat door het verzuim is veroorzaakt*' sterk relativerend van aard. De Hoge Raad acht het van groot belang of de verdachte daadwerkelijk in zijn verdediging is geschaad, met die beperking dat het eerst en voornamelijk gaat om schade aan de verdedigingsrechten van artikel 6 EVRM. Ook de wegingsfactor '*de ernst van het verzuim*', welke onder andere betrekking heeft op de mate van verwijtbaarheid aan de zijde van de vormschender, blijkt in haar huidige toepassing een sterk relativerend vermogen te bezitten.

Voorts wordt de toepassing van artikel 359a Sv sterk begrensd door de relativeringen van de *Schutznorm* en *causaal verband*. De vrijwel in graniet gebeitelde *Schutznorm*, eist een abstracte toetsing of de geschonden norm wel strekt ter bescherming van de verdachte en voorts of het in concreto wel deze verdachte betreft die door de schending in dat belang is getroffen. De eis van *causaal verband* eist voorts een strikt en nauw verband tussen het vormverzuim en de bewijsverkrijging.

Wat betreft de beperkingen op sanctieniveau, is gebleken dat de Hoge Raad sterk nadruk legt het ontbreken van een verplichting tot het verbinden van rechtsgevolgen aan vormverzuimen. Ook wordt uitdrukkelijk overwogen, dat de strekking van artikel 359a Sv niet is dat een vormverzuim hoe dan ook tot enig voordeel voor de verdachte moet leiden. Het constateren zonder rechtsgevolg krijgt dus de voorkeur.

Vervolgens werd geconcludeerd, dat de toepassing van strafvermindering in de loop der tijd is ingeperkt. Thans staat ook bij strafvermindering het nadeelvereiste voorop. Er moet daadwerkelijk sprake zijn geweest van enig lijden wil men voor compensatie in aanmerking komen. Voor compensatie van moeilijk te duiden ongemakken, ofwel strafvermindering als toegift, lijkt in ieder geval geen ruimte meer.

Verder bleek de sanctie van bewijsuitsluiting zeer nauw begrensd. In beginsel lijkt bewijsuitsluiting thans enkel nog gereserveerd voor het geval waarin de verdachte daadwerkelijk is geschaad in zijn recht op eerlijk proces (artikel 6 EVRM). Het recht op *privacy* lijkt niet langer te behoren tot de categorie belangrijke strafvorderlijke voorschriften in het kader van bewijsuitsluiting. Hoewel de Hoge Raad naast schending van artikel 6 EVRM nóg twee situaties voor bewijsuitsluiting heeft geschetst in recente jurisprudentie, lijken deze situaties zich slechts bij uitzondering voor te doen (zie verder subparagraaf 4.4.3).

Ten slotte bleek niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie een exceptionele sanctie. Hier moet sprake zijn van een zeer ernstige inbreuk op de procedurele positie van verdachte welke vervolgens daardoor een eerlijk proces ex artikel 6 EVRM ontbeert. Voorts houdt de Hoge Raad hardnekkig vast aan het verwijtbaarheidsaspect, namelijk dat aan de zijde van de overheid doelbewust of met grove veronachtzaming is gehandeld. Nu is gebleken, dat de fundamenten van een behoorlijke strafrechtspleging slechts bij hoge uitzondering ernstig beschadigd worden, is voor niet-ontvankelijkheid nauwelijks plaats.

Concluderend kunnen aan vormverzuimen die de eerlijkheid van het proces en de subjectieve verdedigingsrechten van de verdachte schaden behoorlijk verstrekkende gevolgen verbonden worden. Hier is de bijdrage van de strafrechter aan strafvorderlijke integriteitswaarborg noemenswaardig. Echter, voor andersoortig non-integer overheidsoptreden zal in de regel hooguit, doch niet als restcategorie, strafvermindering kunnen worden toegepast. Nog vaker zal echter volstaan worden met een enkele constatering. Deze 'sancties' zijn uiteindelijk zo subtiel dat daar geen volwaardige waarborg voor integer overheidsoptreden vanuit kan gaan. Voor een enkele constatering geldt dit uiteraard het sterkst. Zodoende biedt de huidige wijze van strafrechtelijke afdoening van vormverzuimen - de uitzondering van zware sanctionering daargelaten - geen afdoende en volwaardige waarborg voor integer strafvorderlijk overheidsoptreden.

Hoewel bij beantwoording van de eerste onderzoeksvraag nog een slag om de arm gehouden werd bij het afwijzen van de strafrechter als controleur van overheidsintegriteit, blijkt uit het voorgaande dat de bijdrage van de rechter middels toepassing van artikel 359a Sv toch aan behoorlijke restricties onderhevig is. Ofschoon artikel 359a Sv op het eerste gezicht een omvangrijk instrument is om bij te dragen aan de integriteit van politie en justitie, is de huidige toepassing daarvan zodanig beteugeland dat dit een extra argument vormt om een aanvullend systeem van integriteitswaarborging buiten het strafproces te zoeken.

6.1.3 Meer algemene bewaking en bevordering van overheidsintegriteit kan bereikt worden met een aanvullend buitenprocessueel controlesysteem.

Zoals bleek bij beantwoording van de eerste onderzoeksvraag (zie subparagraaf 6.1.1), zijn er onvermijdbare indicaties om een meer algemene en evenwichtige bewaking van overheidsintegriteit buiten het strafproces te zoeken. Vervolgens bleek bij beantwoording van de tweede onderzoeksvraag in subparagraaf 6.1.2, dat de bijdrage van de strafrechter middels toepassing van artikel 359a Sv behoorlijk ingeperkt is. Om te komen tot een meeromvattend systeem van integriteitscontrole, is op basis van de derde onderzoeksvraag in hoofdstuk 5 onderzocht hoe strafvorderlijke overheidsintegriteit integraal zou kunnen worden gewaarborgd. Daarmee wordt het tweede gedeelte van de centrale vraagstelling beantwoord.

Bij de zoektocht naar een hernieuwd systeem van integrale integriteitsbewaking is vooropgesteld, dat een dergelijk systeem de sanctionerende bevoegdheid van de strafrechter niet dient uit te sluiten. Hij dient zijn (thans beperkte) bijdrage aan overheidsintegriteit middels artikel 359a Sv te behouden. Evenwel is uitbreiding van het toepassingsbereik van artikel 359a Sv afgewezen. Ofschoon de strafrechter, welke minder beteugeld wordt door restricties, meer ruimte heeft om naar zijn goeddunken de overheid een veeg uit de pan te geven op basis van de grondslag van het reageren op laakbaar overheidsoptreden, zijn de praktische tekortkomingen van dit concept onontkoombaar. Wat deze tekortkomingen betreft, is in hoofdorde teruggegrepen op eerdere conclusies met betrekking tot de beperkingen van het strafproces(recht) en rechterlijke controle (zie subparagraaf 6.1.1). Zelfs al zou artikel 359a Sv over de hele linie vrijmoedig worden toegepast, dan nog kan dit mechanisme niet *zelfstandig* voorzien in een systeem van integrale integriteitswaarborging. Het zicht van de strafrechter op de opsporingspraktijk en diens mogelijkheden binnen het strafproces zijn uiteindelijk te zeer aan beperkingen onderhevig. Daarnaast is gewezen op het feit, dat met ruimhartige sanctionering tevens (noodzakelijkerwijs) niet te miskennen maatschappelijke belangen in het gedrang komen.

Om een bredere en meer effectieve waarborg te realiseren, is derhalve voorgesteld om het huidige mechanisme van artikel 359a Sv³⁵⁴ aan te vullen met het concept van een controlerende instantie. Met het integreren van de aanvulling van een controlerend orgaan in het huidige systeem, kan langs verschillende routes en met verschillende modaliteiten gereageerd worden op non-integer overheidsoptreden. Niet langer is een reactie gebonden aan het strafproces, maar maakt het deel uit van een groter publiekrechtelijk geheel. Voorts kunnen de concepten van een databank vormverzuimen en protocolleringen van interne terugkoppeling als toevoeging dienen op het huidige systeem van rechterlijke sanctionering en het concept van een controle-instantie.

Wat betreft het controlerend orgaan, welke als belangrijkste onderdeel van het aanvullend systeem dient, is opgemerkt dat men hiertoe de taak van de Nationale ombudsman zou kunnen uitbreiden. Echter, om deze instantie geschikt te maken voor de taak van strafvorderlijk controleur, dient zijn macht te worden versterkt. Thans kan de Nationale ombudsman slechts aanbevelingen doen, welke beperking wordt geïllustreerd door de gebrekkige *doorwerking* van uitspraken van de ombudsman in de politiepraktijk.

Voorts is gewezen op de noodzaak tot uitbreiding van het instrumentarium van de ombudsman. Gelet op de conclusie, dat een verzoek van de ombudsman thans lang niet altijd tot gewenste veranderingen leidt, is het onontbeerlijk dat de ombudsman met zijn nieuwe taak als controleur afdwingbare maatregelen kan nemen (zie verder paragraaf 5.3.2).

Ten slotte zijn de concepten van een databank vormverzuimen en protocolleringen van interne terugkoppeling beoordeeld als zijnde een interessante toevoeging op artikel 359a Sv. Door de *ex post* verwerking van gesanctioneerde vormverzuimen ingevolge artikel 359a Sv beter te structureren, kan politie en justitie effectiever en gericht werken aan verbetering van de

³⁵⁴ Welk mechanisme wellicht mettertijd (weer) voor meer rechtsbescherming zal gaan zorgen wanneer zich een omslag voordoet in de (thans repressieve) maatschappelijke opinie en daarmee samenhangend conjunctuurdenken van de Hoge Raad.

opsporings- en vervolgingspraktijk. Daarnaast kan gestructureerde archivering van vormverzuimen een controle instantie helpen bij gerichte verbetering.

6.3 Slot

De in de inleiding aangehaalde kritiek van de strafrechtsadvocatuur, welke betrekking had op de wijze van afdoening van onrechtmatigheden heeft in dit onderzoek goeddeels zijn bevestiging gevonden. De trend is duidelijk; steeds vaker worden vormverzuimen bedekt met de mantel der liefde. Slechts wanneer het recht op een eerlijk proces of de subjectieve verdedigingsrechten schade ondervinden is een stevige reactie te verwachten.

De oplettende lezer heeft mijn pessimisme doen doorklinken in dit onderzoek. Echter, in plaats van te blijven steken in het hekelen van de koers van de Hoge Raad,³⁵⁵ zou ik een andere route willen aanraden. Een alternatieve route welke behoorlijke veranderingen van ons huidige systeem vergt, maar welke naar mijn mening thans de enig mogelijke oplossing biedt voor de leemte in de rechterlijke controle die in de loop der tijd is ontstaan, althans op de voorgrond is gekomen. Artikel 359a Sv dient niet langer op zichzelf te blijven staan.

Bij het Afvoerpijp-arrest annoteerde Buruma in 2004, dat het zonneklaar was dat er iets moest gebeuren, maar dat hij niet kon overzien wat dat dan moest zijn.³⁵⁶ Haast een decennium verder, hoop ik met dit onderzoek een bijdrage te hebben geleverd aan het optrekken van die mist.

³⁵⁵ Bijvoorbeeld: R. de Winter, 'Heeft de Hoge Raad emoties?', *NJB* 2013/1253 (20); Röttering 2013, p. 427; Janssen 2006, p. 232.

³⁵⁶ Noot Buruma ond. 7 bij HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/376 m.nt. Buruma (Afvoerpijp).

LIJST VAN GERAADPLEEGDE LITERATUUR

Alink & Van Zeben

M.J. Alink & P.D.J. van Zeben, *Getuigen in het Nederlands strafproces*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007.

Baaijens-Van Geloven 2004

Y.G.M. Baaijens-Van Geloven, 'De rechtsgevolgen (sanctionering) van onrechtmatigheden in het opsporingsonderzoek', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004, p. 341-385.

Berndsen 2011

M. Berndsen, 'Weg met het 'Weekendje weg'. Afschrikking door middel van het 'Weekendarrangement'', *AAe* 2011, p. 430-438.

Blom 2011

T. Blom, *Vormen verzuimd tijdens het politieverhoor* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers Universiteit van Amsterdam 2011.

Blom 2002

T. Blom, 'De meest passende sanctie: de Hoge Raad en onrechtmatig verkregen bewijs', *DD* 2002, p. 1049-1055.

Boon 2012

R. Boon, 'Is het niet-ontvankelijk verklaren van het OM effectief?', *Advocatenblad* 16 augustus 2012, p. 39-40.

Borgers 2012

M.J. Borgers, 'De toekomst van artikel 359a Sv', *DD* 2012, 25.

Buruma 2013

Y. Buruma, 'Als de politie zich niet aan de wet houdt...', *NJB* 2013, 494.

Buruma 2008

Y. Buruma, 'Onprofessioneel politieoptreden', *DD* 2008, 8.

Buruma 2002

Y. Buruma, 'Onrechtmatige opsporing', *DD* 2002, 2, p. 198-208.

Buruma 1996

Y. Buruma, *De aandacht van de strafrechter* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 1996, p. 42-47.

Cleiren & Mevis 1996

C.P.M. Cleiren & P.A.M. Mevis, 'Het dubbelzijdige karakter van onrechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden', in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Voor risico van de overheid?*, Arnhem: Gouda Quint 1996, p. 187-205.

Cleiren & Mevis 1995

C.P.M. Cleiren & P.A.M. Mevis, 'De beoordeling van strafvorderlijk overheidsoptreden. Een beschouwing op basis van een vergelijking tussen de strafrechter en de Nationale ombudsman', *DD* 1995/25, p. 700-713.

Cleiren 1990

C.P.M. Cleiren, 'Identiteit van beginselen van behoorlijke strafrechtspleging en beginselen van behoorlijk bestuur?', *DD* 1990/20, p. 503.

Corstens/Borgers 2011

G.J.M. Corstens/M.J. Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Corstens 1993

G.J.M. Corstens, *Rapporten herijking strafvordering 1993*, Arnhem: Gouda Quint 1993.

Crijns 2008

J.H. Crijns, 'Een kroniek van de strafrechtelijke waarheidsvinding', in: J.H. Crijns (red.), *De waarde van waarheid. Opstellen over waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008.

Crijns & Van der Meij 2005

J.H. Crijns en P.P.J. van der Meij, 'Over de grenzen van de materiële waarheidsvinding', in: R.H. Haveman en H.C. Wiersinga (red.), *Langs de randen van het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 45-69.

Dorst 1996

A.J.A. van Dorst, 'Een Via della Conciliazione in het strafprocesrecht?', in: C.J.G. Bleichrodt e.a. (red.), *Mens en recht* (Meijers-bundel), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 265-275.

Dubelaar 2009

M.J. Dubelaar, 'Betrouwbaarheid versus rechtmatigheid in strafzaken', *RM Themis* 2009, 4, p. 93-105.

Embregts 2003

M.C.D. Embregts, *Uitsluitel over bewijsuitsluiting, Een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatige verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2003.

Embregts (Artikel 359a Sv)

M.C.D. Embregts, 'Artikel 359a Sv', in: A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen (red.), *Het Wetboek van strafvordering*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Franken 2004

A.A. Franken, *Voor de vorm* (oratie Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Groenhuijsen & Knigge 2004

M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, *Afronding en verantwoording. Algemeen Deel. Eindrapport onderzoeks- project Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004.

Groenhuijsen & Knigge 1999

M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, *Het onderzoek ter terechtzitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Groningen: RUG 1999.

Haar (ter) & Meijer 2011

R. ter Haar & G.H. Meijer, *Vormverzuimen*, Deventer: Kluwer 2011.

Hermans 2000

H.L.C. Hermans, 'De integriteit van de rechter', *Trema* 2000/1.

Janssen 2008

S. Janssen, 'De rechter policet wel degelijk', *Advocatenblad* 8 augustus 2008, p. 450-453.

Janssen 2006

S. Janssen, 'Nobody policing the police', *Advocatenblad* 31 maart 2006, p. 232.

Jörg 1989

N. Jörg, 'De exclusionary rule als drijfveer achter normering van bevoegdheden', *DD* 1989, p. 654-670.

Kaptein 2000

H.J.R. Kaptein, 'Over de zin van onrechtmatige verkregen bewijs. Materieelrechtelijk verantwoorde gevolgen van strafvorderlijke vormverzuimen', in: H.J.R. Kaptein (red.), *Onrechtmatig verkregen bewijs*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2000.

Keulen & Knigge 2010

B.F. Keulen & G. Knigge, *Strafprocesrecht. Ons strafrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Knigge 2003

G. Knigge, 'Het Zwolsman-criterium op de helling', *RM Themis* 2003, p. 193-195.

Knoops 2005

G.G.J. Knoops, 'Het Zwolsman-arrest vanuit rechtsvormend perspectief: de opkomst van de moreel-ethische dimensie van de (niet-)ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in de vervolging wegens onbehoorlijk overheidsoptreden', *AAe* 2005, 5, p. 386-393.

Kooijmans 2011

T. Kooijmans, 'Elk nadeel heb z'n voordeel? Artikel 359a Sv en de ontdekking van het strafbare feit', *DD* 2011, 78.

Kuiper 2009

R. Kuiper, 'Strafvermindering als reactie op vormverzuimen', in: M.J.A. Duker, L.J.A. Pieterse & A.J.P. Schild (red.), *WelBeraden: Beschouwingen over de rechtsontwikkeling in de rechtspraak van de Hoge Raad der Nederlanden*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 35-59.

Kuiper 2003

R. Kuiper, 'Een afgewogen toepassing van bewijsuitsluiting', in: W.E. Haak et al, *WB der Nederlanden: 25 jaar wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 145-157.

Kwakman 2010

N.J.M. Kwakman, 'De strafrechter en de deskundige. Over de waarheidscondities en waarheidsdefinities in het straf(proces)recht', *RM Themis* 2010-5/6, p. 184-193.

Laan (van der) 2006

N. van der Laan, 'De mantel der liefde van de rechter-commissaris in strafzaken', *NJB* 2006, p. 993-998.

Meij (van der) 2010

P.P.J. van der Meij, 'De rechter-commissaris als onmisbare schakel in het strafrechtelijk vooronderzoek?', *Trema* 2010, 8, p. 337-338.

Mevis 1995

P.A.M. Mevis, 'De rechtsgevolgen van onrechtmatigheden in het vooronderzoek', in: J.P. Balkema et al, *Dynamisch strafrecht* (Corstens-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 251-268.

Mul 2013

V. Mul, 'Herijking positie rechter-commissaris: versterking?' *DD* 2013/18.

Myjer 1975

E. Myjer, 'Beheersing van de politie', *DD* 1975, p. 208-220.

Nijboer 2011

J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 120-133.

Nijboer 2009

J.F. Nijboer, *Forensische expertise - steeds opnieuw een uitdaging in de (straf)rechtspleging*, Deventer: Kluwer 2009.

Nijboer 2000

J.F. Nijboer, 'Onrechtmatige bewijsvergaring en uitsluiting van aldus verkregen bewijsmateriaal in strafzaken', in: H.J.R. Kaptein (red.), *Onrechtmatig verkregen bewijs*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2000.

Pot (van der)/Elzinga e.a. 2006

Van der Pot/D.J. Elzinga, R. de Lange & H.G. Hoogers, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 291.

Prakken 2005

E. Prakken, 'De verantwoordelijkheden van de zittingsrechter voor de gang van zaken in het vooronderzoek', in: A.H.E.C. Jordaans, P.A.M. Mevis & J. Wöretshofer, *Praktisch strafrecht* (Reijntjes-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 505-513.

Röttering 2013

A. Röttering, *Cassatie in strafzaken. Een rechtsbeschermend perspectief* (diss. Tilburg), Den Haag: SDU Uitgevers 2013.

Schalken 1981

T. Schalken, *Zelfkant van de rechtshandhaving*, Arnhem: Gouda Quint 1981.

Soeharno 2011

J.E. Soeharno, 'Blind vertrouwen: de norm van rechterlijke integriteit', *Rechtstreeks* 2011/3.

Steeg (van der) 2004

M. van der Steeg, *Politietucht recht. Een studie naar de juridische aspecten en de praktijk* (diss. VU Amsterdam), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2004.

Vlugt (van der) 2011

M. van der Vlugt, *De Nationale ombudsman en behoorlijk politieoptreden* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2011.

Vries (de) 2002

G.H. de Vries, 'Wat is waarheid? Een filosofische benadering', *JV* 2002, 2, p. 16-25.

WRR 2003

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Waarden, normen en de last van het gedrag*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2003.

Winter (de) 2013

R. de Winter, 'Heeft de Hoge Raad emoties?', *NJB* 2013/1253 (20).

Woensel 2004

A.M. van Woensel, 'Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs', *DD* 2004, p. 119-171.

LIJST VAN GERAADPLEEGDE JURISPRUDENTIE

❖ **Artikel 359a Sv algemeen**

HR 19 februari 2013, *LJN* BY5322 (Niet gecertificeerde hulp-OvJ).
HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/376 m.nt. Buruma (Afvoerpijp).

❖ **Beoordelingsfactor - voorbereidend onderzoek**

HR 29 januari 2013, *RvdW* 2013/236.
HR 27 september 2011, *NJ* 2011/557 m.nt. Schalken.
HR 8 juli 2008, *NJ* 2009/440 m.nt. Buruma.
HR 5 september 2006, *NJ* 2007/336 m.nt. Schalken.
HR 22 augustus 2006, *NJ* 2006/483.
HR 29 november 2005, *NJ* 2006/193 m.nt. Buruma.
HR 13 februari 2001, *NJ* 2001/365.
HR 8 juni 1999, *NJ* 1999/773 m.nt. Reijntjes.

Beoordelingsfactor - (on)herstelbaarheid

HR 1 november 2005, *NJ* 2006/425.
HR 30 september 2003, *NJ* 2004/53.
HR 3 juli 2001, *NJ* 2001/536.
HR 19 december 1995, *NJ* 1996/249 m.nt. Schalken (Zwolsman).

Beoordelingsfactor - gesloten stelsel van rechtsmiddelen

HR 13 december 2011, *NJ* 2012/299 m.nt. Reijntjes (Weekendarrangement).
HR 28 oktober 2008, *NJ* 2009/72 m.nt. Reijntjes.
HR 24 april 2007, *NJ* 2008/145 m.nt. Schalken.
HR 13 juni 2006, *NJ* 2006/623 m.nt. Klip.
HR 8 mei 2001, *NJ* 2001/587 m.nt. Reijntjes.
HR 30 januari 2001, *NJ* 2001/281.

❖ **Wegingsfactor - het belang dat het geschonden voorschrift dient**

HR 3 april 2012, *NJ* 2012/346 m.nt. Reijntjes.
Rb. Zwolle-Lelystad 3 december 2009, *LJN* BK5398.
HR 17 april 2007, *NJ* 2007/253.

Wegingsfactor - de ernst van het verzuim

HR 30 maart 2010, *NJ* 2011/603 m.nt. Borgers.
HR 16 juni 2009, *NJ* 2009/603 m.nt. Borgers.
HR 19 december 2006, *NJ* 2007/28.
HR 19 juni 2001, *NJ* 2001/574 m.nt. Reijntjes.

Wegingsfactor - nadeel

HR 3 juli 2012, *LJN* BV1800.
HR 4 januari 2011, *NJ* 2012/145 m.nt. Borgers.
HR 19 december 2006, *NJ* 2007/28.
HR 23 januari 2001, *NJ* 2001/327 (Enkhuizer doodslag).

Wegingsfactor - ernst van het feit

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

❖ **Relativering - *Schutznorm***

HR 5 juni 2012, *LJN* BW4230.
Hof 's-Hertogenbosch 5 december 2011, *LJN* BU9998.
HR 2 juli 2002, *NJ* 2002/602 m.nt. Buruma.
HR 12 januari 1999, *NJ* 1999/290.
HR 21 januari 1997, *NJ* 1997/309.

Relativering - causaliteit

HR 6 juli 2010, *LJN* BL5528.

HR 30 juni 2009, *NJ* 2009/349 m.nt. Schalken (post-Salduz I).

HR 21 januari 1997, *NJ* 1997/309.

❖ **Sanctiemodaliteiten - constateren zonder rechtsgevolg**

HR 22 september 1998, *NJ* 1999/104 m.nt. De Hullu.

Sanctiemodaliteiten - strafvermindering

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

HR 14 februari 2012, *NJ* 2012/300 m.nt. Reijntjes.

HR 6 september 2005, *NJ* 2006/447 m.nt. Reijntjes.

HR 6 april 1999, *NJ* 1999/565 m.nt. Schalken (Octopus I).

HR 22 september 1998, *NJ* 1999/104 m.nt. De Hullu.

Sanctiemodaliteiten - bewijsuitsluiting

Hof 's-Hertogenbosch 23 april 2013, *LJN* BZ8257.

HR 16 april 2013, *RvdW* 2013/605.

HR 9 april 2013, *LJN* BX4439.

HR 19 februari 2013, *LJN* BY5322 (Niet gecertificeerde HOvJ).

HR 22 mei 2012, *RvdW* 2012/806.

HR 20 september 2011, *NJ* 2011/441.

HR 13 september 2011, *NJ* 2011/556.

HR 21 december 2010, *NJ* 2012/24 m.nt. Borgers.

HR 5 oktober 2010, *NJ* 2011/169 m.nt. Schalken.

EHRM 1 juni 2010, *NJ* 2010/628 m.nt. Buruma (Gäfgen tegen Duitsland).

HR 7 juli 2009, *NJ* 2009/399.

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

HR 2 oktober 2007, *NJ* 2008/374.

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

HR 28 maart 2006, *NJ* 2007/38 m.nt. Schalken.

HR 23 januari 2001, *NJ* 2001/327 (Enkhuizer doodslag).

EHRM 12 mei 2000, *NJ* 2002/180 m.nt. Schalken (Khan tegen Verenigd Koninkrijk).

HR 12 januari 1999, *NJ* 1999/290.

HR 26 juni 1962, *NJ* 1962/470 m.nt. WP (Bloedproef II).

Sanctiemodaliteiten - niet-ontvankelijkheid Openbaar Ministerie

Rb. Arnhem 8 mei 2013, *LJN* BZ9697.

Rb. Alkmaar 20 maart 2013, *LJN* BZ4987.

HR 7 februari 2012, *RvdW* 2012/302.

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

HR 16 november 2010, *NJ* 2010/676 m.nt. Schalken.

HR 29 juni 2010, *NJ* 2010/442 m.nt. Schalken.

Rb. 's-Hertogenbosch 23 juli 2009, *LJN* BJ3298.

HR 25 juni 2002, *NJ* 2002/518 m.nt. Schalken (post-Karman II).

HR 3 juli 2001, *NJ* 2002/8 m.nt. Schalken (post-Karman I).

HR 1 juni 1999, *NJ* 1999/567 m.nt. Schalken (Karman).

HR 22 september 1998, *NJ* 1999/104 m.nt. De Hullu.

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

HR 13 mei 1997, *NJ* 1998/152 m.nt. Schalken (Zaanse verhoormethode).

HR 19 december 1995, *NJ* 1996/249 m.nt. Schalken (Zwolsman).

❖ **Overigen**

Hof Amsterdam 30 november 2011, *LJN* BU9340.

HR 2 oktober 2007, *NJ* 2008/247 m.nt. Buruma.

HR 20 februari 2007, *LJN* AZ6152.

HR 19 december 2006, *LJN* AZ2101.

HR 29 maart 1994, *NJ* 1994/577 m.nt. Schalken.

HR 12 december 1978, *NJ* 1979/142 m.nt. Mulder (Braak bij binnentreden).