Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Platform Modernisering Strafvordering

Het toezicht op de strafvorderlijke overheid: een modern artikel 359a Sv?

Mr. M. Samadi

1 Inleiding

In het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering heeft de wetgever zich ook gewaagd aan het veelbesproken thema van vormverzuimen en de strafprocessuele gevolgen van onrechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden. Dit onderwerp is al jaren voer voor discussie onder strafrechtjuristen en er bestaan uiteenlopende perspectieven omtrent de wijze waarop met het vraagstuk vormverzuimen zou moeten worden omgegaan.[1] In recente jaren heeft deze discussie zich met name toegespitst op de vraag of thans nog gesproken kan worden van (goed of volledig) toezicht op het strafvorderlijk optreden van de overheid.[2] Deze vraag is in het bijzonder ingegeven door de constatering dat de rechterlijke controle op het vooronderzoek – en daarmee op het normconform handelen van opsporingsambtenaren – terughoudend is en zich met name lijkt te richten op het waarborgen van de procesrechten van de verdachte.[3] Hierdoor zou er een lacune bestaan in het toezicht op de opsporing.
De vraag is in hoeverre de door de wetgever voorgestelde wetswijziging het hoofd zal bieden aan de in de literatuur geconstateerde problematiek. In deze bijdrage wordt een globale bespreking gegeven van de aanstaande 'modernisering' van artikel 359a Sv in het licht van de problemen die momenteel kleven aan deze bepaling. In het hiernavolgende wordt allereerst kort ingegaan op de beweegredenen van de wetgever om artikel 359a Sv te herzien (paragraaf 2). Gezien de omvangrijke literatuur op dit terrein zal slechts kort aandacht besteed worden aan de jurisprudentiële ontwikkeling omtrent dit leerstuk, waarna het in opdracht van de minister uitgevoerde WODC-onderzoek naar het toezicht op de strafvorderlijke overheid wordt besproken. Vervolgens zullen in het licht van de besproken problematiek de plannen van de wetgever inzake een nieuwe inrichting van de rechterlijke controle op strafprocessuele onrechtmatigheden worden besproken (paragraaf 3). En tot slot zal worden gekeken naar de wijze waarop de wetswijziging tegemoetkomt aan de geconstateerde problemen en zal er voorzichtig vooruit worden geblikt op wat in de toekomst verwacht kan worden van de rechter

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

in het kader van de controle op de opsporing (paragraaf 4).

2 De aanleiding voor de herziening van artikel 359a Sv

Het thema vormverzuimen behoort al tijden tot de felst bediscussieerde onderwerpen in het strafrechtelijk discours en laat maar weinig strafrechtjuristen koud. De wijze waarop de rechter het optreden van opsporingsambtenaren controleert – en normeert – en de mate waarin hij reageert op normoverschrijdend gedrag hangt immers nauw samen met belangrijke rechtsstatelijke waarborgen die ten grondslag liggen aan ons strafvorderlijk stelsel. In het huidige Nederlandse recht biedt artikel 359a Sv een grondslag voor de rechterlijke controle op het handelen van opsporingsambtenaren in het vooronderzoek. Hoewel deze bepaling een ruime discretionaire bevoegdheid geeft om aan normoverschrijdingen die zijn begaan tijdens de opsporing een sanctie te verbinden, heeft de Hoge Raad er expliciet voor gekozen een beperkte invulling te geven aan deze rechterlijke taak. De jurisprudentie van de Hoge Raad laat een steeds terughoudendere toets van het vooronderzoek zien: dat geldt niet alleen ten aanzien van de reikwijdte van het artikel – in toenemende mate worden strafvorderlijke gedragingen van de opsporing buiten het kader van artikel 359a Sv gehouden – maar ook de jurisprudentiële drempels voor het verbinden van rechtsgevolgen aan vormverzuimen zijn hoog.[4] De rechter dient bij het verbinden van een rechtgevolg aan een vormverzuim rekening te houden met het belang dat het geschonden voorschrift dient (dat dient in de regel een belang van de verdachte te zijn, het *Schutznorm*-vereiste), de ernst van het verzuim (slechts ernstige verzuimen komen in aanmerking voor een rechterlijke reactie) en het nadeel dat is veroorzaakt door de normoverschrijding (doelend op het nadeel dat de verdachte in zijn rechten heeft ondervonden).[5] De huidige rechtspraak van de Hoge Raad inzake het controleren van het voorbereidend onderzoek en het reageren op daarin geconstateerde vormfouten is met name gericht op het waarborgen van de subjectieve (verdedigings)rechten van de verdachte en (in beperkte mate) het compenseren van door de verdachte ondervonden nadeel.[6] Slechts in uitzonderlijke gevallen – indien het onrechtmatig handelen heeft geresulteerd in de schending van een fundamenteel recht van de verdachte of bij structurele onrechtmatigheden die niet door het Openbaar Ministerie worden geredresseerd – is er een rol weggelegd voor de strafrechter om door middel van controle en sanctionering normconform gedrag bij politie en justitie te bevorderen.[7]
De rechterlijke controle op het handelen van politie en justitie is in de afgelopen jaren vooral in de sleutel van het waken over de rechten van de verdachte – in het bijzonder zijn procesrechten – gezet. In de literatuur is deze jurisprudentiële afbakening verdedigd met het argument dat de zittingsrechter de eindverantwoordelijkheid draagt voor het waarborgen van het recht op een eerlijk

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

proces en in dat kader de controle moet voeren over die deelrechten die hiermee samenhangen: 'indien het recht op een eerlijk proces door een vormfout in gevaar kan zijn gebracht, moet de zittingsrechter daaraan aandacht besteden en er, om dit gevaar af te wenden, zo nodig een rechtsgevolg aan verbinden'.[8] Een bredere en diepgaandere controle kan wellicht uit het oogpunt van het bevorderen van normconform handelen van de opsporing gewenst zijn, maar weegt niet op tegen de nadelen die hieraan zijn verbonden.[9] Zo bezien kan een dergelijke inperking van de rechterlijke controle van de opsporing verdedigd worden, mits het toezicht op het normconform handelen van politie en justitie anderszins in goede handen is.[10]
Deze inperking van het toepassingsbereik van artikel 359a Sv door de Hoge Raad wordt reeds in de Contourennota uit 2015 door de minister aangestipt, waarin hij de vraag stelt of door het 'samenstel van rechterlijk, intern en extern toezicht de naleving van de geldende wettelijke voorschriften adequaat en systematisch wordt gecontroleerd en gestimuleerd'.[11] Om een standpunt in te nemen over een mogelijke wetswijziging heeft de minister een onderzoek – in opdracht van het WODC – laten uitvoeren naar de wijze waarop de 'verschillende ketenpartners uit de strafrechtsketen in de huidige praktijk toezicht houden op het eigen functioneren en in hoeverre van buitenaf toezicht is gerealiseerd'.[12]
In hun recent verschenen rapport geven de onderzoekers een inventarisatie van de verschillende vormen van toezicht op het strafvorderlijk overheidsoptreden en geven een eerste inzicht in de effectiviteit van dat toezicht.[13] Leunend op de bestaande literatuur ten aanzien van deze materie concluderen de onderzoekers dat de Nederlandse rechter vrijwel nooit een sanctie verbindt aan een geconstateerde onrechtmatigheid.[14] Mede op basis van empirisch onderzoek – bestaande uit 24 interviews met procesdeelnemers met ervaring[15] – concluderen de onderzoekers dat er een lacune is in het toezicht op de politie, waarbij in het bijzonder wordt gewezen op het reeds in andere literatuur besproken probleem omtrent het ongesanctioneerd blijven van het valselijk opmaken van processen-verbaal.[16] De belangrijkste conclusie van dit WODC-onderzoek is dat het toezicht op het strafvorderlijk overheidsoptreden niet functioneert zoals het zou moeten functioneren en op diverse punten versterking behoeft: 'Het toezicht op de politie zou veel strikter moeten zijn en – mede – door externe, onafhankelijke instanties ter hand moeten worden genomen.'[17] Met betrekking tot de rechterlijke controle van het handelen van politie en justitie stellen de onderzoekers dat 'de rol van de rechter in Nederland inmiddels te afstandelijk [is] geworden, en zou moeten gerevitaliseerd worden'.[18] De rechter zou een stevigere positie moeten innemen in de controle van het strafvorderlijk handelen van de overheid omdat dit de beste garanties zou bieden voor goed, onafhankelijk en zichtbaar toezicht.[19]

3 De voorgestelde wijzigingen in vogelvlucht

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Hoewel de resultaten uit het WODC-onderzoek nopen tot een aanpassing van de huidige praktijk, kan mijns inziens hier niet direct uit worden afgeleid dat er behoefte is aan een wetswijziging. Het probleem lijkt vooral samen te hangen met de invulling van de rol van de rechter (door de hoogste rechter).[20] In de concept-memorie van toelichting bij de vaststellingswet van Boek 4 van het Wetboek van Strafvordering is er dan ook geen directe verwijzing te vinden naar het WODC-onderzoek als aanleiding voor de wetswijziging.[21] De concept-memorie van toelichting stipt weliswaar de bredere discussie rondom het toezicht op de opsporing – en het belang van volledig toezicht op de opsporing – aan maar gaat daar niet verder op in.[22] Wel geeft de wetgever een aantal andere concrete redenen die ten grondslag liggen aan de wijziging van het huidige artikel 359a Sv. Allereerst wordt gesteld dat het huidige artikel het verbinden van processuele sancties aan onrechtmatig handelen als een bevoegdheid van de rechter formuleert, terwijl in dezen ook een taak weggelegd is voor de officier van justitie, andere opsporingsambtenaren en het Openbaar Ministerie in algemene zin. In het bijzonder wordt hier verwezen naar de verantwoordelijkheid van de officier van justitie om in het kader van de buitengerechtelijke afdoening oog te hebben voor de naleving van strafvorderlijke voorschriften: 'de voorgestelde wetsbepalingen normeren niet alleen de rechterlijke maar ook de buitengerechtelijke afdoening'.[23] Een tweede reden om de inhoud van artikel 359a niet ongewijzigd over te nemen in het gemoderniseerde wetboek is dat deze wetsbepaling geen 'normatief richtsnoer' biedt bij de toepassing van processuele sancties.[24] Het huidige artikel 359a Sv is vrijblijvend geformuleerd en beoogt niet de toepassing van de processuele sancties door de rechter te sturen, aldus de wetgever. Deze vrijblijvendheid komt de wetgever thans minder juist voor omdat 'strafvorderlijke legaliteitsbeginsel eist dat de toepassing van processuele sancties niet alleen van een wettelijke basis wordt voorzien, maar dat de wet en de toelichting daarop ook een richtsnoer bieden voor die toepassing'.[25] Met deze wetswijzing wordt dus beoogd te voorzien in de behoefte aan dit 'normatief richtsnoer'.

Gezien de meer algemene doelstelling van de wetgever die ten grondslag heeft gelegen aan het moderniseringsproject – namelijk om te komen tot een toekomstbestendig, voor professionals en burgers toegankelijk en in de praktijk werkbaar wetboek dat voorziet in een evenwichtig stelsel van rechtswaarborgen[26] – alsmede de specifieke redenen die verband houden met de wijziging van artikel 359a Sv mag het niet verbazen dat de voorgestelde regeling belangrijke wijzigingen met zich brengt voor het artikel zoals wij dat thans kennen. Tegelijkertijd onderstreept de wetgever dat dit verschil in de praktijk minder groot zal zijn dan het wetsvoorstel op het eerste gezicht zal doen voorkomen.[27] Hieronder worden de meest fundamentele verschillen op hoofdlijnen besproken, waarbij in het bijzonder aandacht zal worden besteed aan de nieuwe wettelijke inbedding van de regeling, de

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

verruiming van de reikwijdte van de bepaling en de specifieke wijzigingen die verbandhouden met de drie processuele rechtsgevolgen van onrechtmatig handelen.

3.1 Inbedding

Als eerste wijziging kan worden genoemd de opsplitsing van artikel 359a Sv aan de hand van de processuele sancties en het onderbrengen van deze afzonderlijke bepalingen in verschillende titels van het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Strafrecht.[28] Hiermee wordt beoogd de bepalingen systematisch beter in te kaderen door de processuele sancties te laten vallen onder de titel waar zij thuishoren, waardoor tevens aansluiting gezocht wordt bij de positie die deze bepalingen innemen in het rechterlijk beslissingsmodel. Daarnaast worden de drie sancties – die wezenlijk van elkaar verschillen – op deze wijze afzonderlijk van elkaar genormeerd.[29] Het anders inkaderen van deze sancties dient er echter niet toe te leiden dat zij zich anders tot elkaar gaan verhouden: 'Aan die onderlinge verhouding verandert door de andere wettelijke inkadering en vormgeving niets'.[30] Deze wijziging brengt direct ook een belangrijke inhoudelijke verandering met zich: door het vervallen van het tweede en derde lid van artikel 359a Sv worden de factoren (het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt) waar de rechter in het kader van het toepassen van een rechtsgevolg rekening mee dient te houden, niet langer expliciet genoemd in de afzonderlijke bepalingen. De achterliggende gedachte hiervan is tweevoudig: in de eerste plaats constateert de wetgever dat de genoemde factoren in sommige gevallen niet van belang zijn bij het bepalen van een processuele sanctie op onrechtmatig handelen, en daardoor hoeft de rechter niet te worden verplicht langs de lijn van deze factoren zijn beslissing te motiveren.[31] De tweede reden is dat deze factoren samenhangen met enkele jurisprudentiële onderscheidingen die in de nieuwe regeling niet worden overgenomen. Hiermee doelt de wetgever (mede) op de drie categorieën voor bewijsuitsluiting uit de jurisprudentie van de Hoge Raad: (1) normoverschrijdingen die raken aan het recht op een eerlijk proces; (2) schendingen van een ander fundamenteel recht van de verdachte; en (3) structurele onrechtmatigheden die niet door het Openbaar Ministerie worden geredresseerd.[32] Afhankelijk van de categorie waar de te beoordelen normoverschrijding onder geplaatst wordt, dient de rechter zich in minder of meerdere mate rekenschap te geven van deze beoordelingsfactoren. Het schrappen van de factoren betekent echter niet dat de rechter geen rekening dient te houden met deze factoren. Zij blijven impliciet een belangrijke rol spelen in de belangenafweging van de rechter bij de toepassing van bewijsuitsluiting:

> 'Naarmate het voorschrift dat geschonden is wezenlijker is en de schending

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

> ernstiger is en vaker voorkomt, ligt het eerder in de rede om de resultaten van het onrechtmatig handelen van het bewijs uit te sluiten. Aan die gedachte wordt in de voorgestelde regeling een vertaling gegeven via de belangenafweging die, eveneens in het voetspoor van jurisprudentie van de Hoge Raad (...) centraal wordt gesteld.'[33]

3.2 Bereik van de regeling

De wijzigingen die met betrekking tot de inhoud van de regeling worden voorgesteld lijken een meer fundamenteel karakter te hebben. Ten eerste wordt met de terminologie van de nieuwe bepalingen afstand genomen van het huidige artikel 359a Sv (en daarmee art. 199 Sv): de term vormverzuimen keert niet terug in de nieuwe bepalingen omdat deze term 'minder passend voor[komt] als omschrijving van onrechtmatig handelen dat tot processuele sancties aanleiding geeft'. De term die in de nieuwe regelingen wordt gebezigd is onrechtmatig handelen.[34] Daarnaast wordt in de nieuwe bepalingen niet langer het belang van *herstel* benadrukt. Hoewel het ook in de nieuwe regeling van belang wordt geacht dat de gevolgen van het onrechtmatig handelen zo veel mogelijk worden weggenomen, onderkent de wetgever dat het niet geheel passend is om in dit kader van herstel te spreken. Immers, het herstellen van vormverzuimen in het kader van artikel 359a Sv is in de meeste gevallen niet mogelijk – de nadelige gevolgen van het onrechtmatig handelen kunnen hoogstens worden gecompenseerd. De wijze waarop in de huidige jurisprudentie gebruik wordt gemaakt van deze 'herstelmogelijkheid' leidt dan ook niet zelden tot de nodige vragen.[35]
Ten tweede hebben de nieuwe bepalingen een aanzienlijk ruimere reikwijdte – dan het huidige artikel 359a Sv en de jurisprudentiële uitleg die de Hoge Raad daaraan heeft gegeven – waardoor zij ook van toepassing zijn op onrechtmatig handelen dat buiten het voorbereidend onderzoek plaatsvindt. Hiermee wordt aansluiting gezocht bij het advies van de commissie-Moons dat ten grondslag heeft gelegen aan de invoering van artikel 359a Sv.[36] Het voorstel van de commissie-Moons hield in dat de bepaling zowel van toepassing zou zijn op vormverzuimen begaan tijdens het voorbereidend onderzoek, als die tijdens het onderzoek ter terechtzitting. De wetgever koos er echter voor om op dit punt af te wijken van het voorstel en enkel vormverzuimen begaan tijdens het voorbereidend onderzoek onder het bereik van artikel 359a Sv te laten vallen. Deze beperking zou volgens de wetgever destijds beter aansluiten 'bij de bestaande systematiek waarin de beoordeling van vormverzuimen ter zitting met uitsluiting van anderen is voorbehouden aan de appel- en cassatierechter, terwijl verzuimen begaan in het voorbereidend onderzoek ook door de rechter in eerste aanleg kunnen worden beoordeeld'.[37] De huidige wetgever neemt echter afstand van deze beperking en voert hiervoor als reden aan

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

dat het 'mede in verband met het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel wenselijk voor[komt] dat de wettelijke regeling ook het verbinden van processuele sancties aan onrechtmatig handelen dat buiten het voorbereidend onderzoek plaatsvindt, normeert'.[38]
De consequenties van deze verruiming van de reikwijdte van de bepalingen zijn als volgt. In de eerste plaats brengt zij mee dat onrechtmatig strafvorderlijk handelen dat niet in het voorbereidend onderzoek naar het ten laste gelegde feit plaatsvindt, voortaan door de wettelijke regeling bestreken wordt. Ten tweede brengt zij mee dat de wettelijke regeling ook processuele sancties normeert die aan onrechtmatig handelen buiten een strafvorderlijke context verbonden worden. Dat betekent – vermoedelijk – dat ook het onrechtmatig handelen in het kader van toezicht onder het bereik van deze bepaling valt. Daarnaast kan worden gedacht aan toepassing van bevoegdheden tot opsporing in het buitenland, onrechtmatig handelen door particulieren, en onrechtmatig handelen door andere overheidsorganen dan politie en justitie.[39] Ten slotte brengt de verruiming mee dat ook onrechtmatig handelen tijdens het onderzoek op de terechtzitting in beginsel door de voorgestelde wettelijke normering bestreken wordt.[40]

3.3 Sancties

Naast deze algemene wijziging die voor alle drie de bepalingen zal gelden, worden specifieke wijzigingen ten aanzien van de verschillende strafprocessuele sancties voorgesteld. Te beginnen bij de bewijsuitsluiting.[41] Het centrale begrip voor de toepassing van deze sanctie wordt 'het belang van een goede rechtsbedeling' (art. 4.2.3.6): onrechtmatig verkregen bewijs mag slechts bijdragen aan het bewijs dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan voor zover het belang van een goede rechtsbedeling zich daar niet tegen verzet. Met de introductie van dit begrip wordt beoogd 'een normatief richtsnoer te geven aan de toepassing van deze strafprocessuele sanctie'.[42] Voor de concrete invulling – of normering om in de woorden van de wetgever te spreken – van deze bepaling wordt in belangrijke mate aansluiting gezocht bij de huidige jurisprudentiële criteria.[43] In het eerste lid[44] van de nieuwe bepaling is de strikte bewijsuitsluiting te vinden – waarbij geen ruimte bestaat voor afweging van belangen – die gereserveerd is voor schending van normen die raken aan de verklaringsvrijheid van de verdachte of aan het functioneel verschoningsrecht.[45] Het tweede[46] en derde lid[47] verwoorden bewijsuitsluiting als resultaat van een belangenafweging.[48] Het verschil tussen deze twee gronden is de betrokkenheid van opsporingsambtenaren: in het tweede lid wordt de grond voor bewijsuitsluiting gegeven in gevallen waarin zonder betrokkenheid van het Openbaar Ministerie en opsporingsambtenaren onrechtmatig is gehandeld. Bewijsuitsluiting is in dat geval in het belang van een

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

goede rechtsbedeling indien de ernst van de inbreuk op rechten van de verdachte zwaarder weegt dan de 'met veroordeling en bestraffing gemoeide belangen' (dat wil zeggen: de waarheidsvinding, de bestraffing van de dader van een strafbaar feit en de eerbiediging van de rechten van slachtoffers).[49] Het derde lid geeft de grond voor bewijsuitsluiting indien opsporingsambtenaren onrechtmatig hebben gehandeld. Het belang van een goede rechtsbedeling kan in dat geval meebrengen dat de resultaten worden uitgesloten als bewijs teneinde te bevorderen dat in overeenstemming met de geschonden norm wordt gehandeld. In deze situatie is niet alleen de ernst van de inbreuk op rechten van de verdachte van belang, maar speelt ook het bevorderen van normconform handelen in de opsporing een rol (het aloude demonstratie-argument).[50] Voor zowel het tweede als het derde lid dient de rechter te kijken naar de inbreuk op de rechten van de verdachte als gevolg van het onrechtmatig handelen. Tot die rechten behoren onder meer het recht op vrijheid, het recht op onaantastbaarheid van het lichaam en het huisrecht, aldus de concept-memorie van toelichting.[51]

Hoewel voor de bewijsuitsluiting in belangrijke mate aansluiting wordt gezocht bij de jurisprudentie van de Hoge Raad is er ook een aantal afwijkingen te zien. Deels houden deze verband met de eerder besproken verruiming van de reikwijdte van de regeling waardoor onrechtmatig handelen ook buiten het strafvorderlijk vooronderzoek onder deze regeling valt (bijvoorbeeld het handelen van particulieren of andere overheidsorganen dan politie en justitie, maar ook het handelen door de politie buiten een strafvorderlijke context). Deels houden de veranderingen ten opzichte van de huidige regeling verband met de nieuwe indeling van de drie categorieën voor bewijsuitsluiting: de eerste grond voor bewijsuitsluiting wordt door de Hoge Raad gereserveerd voor normoverschrijdingen die raken aan het recht op een eerlijk proces van de verdachte, terwijl de nieuwe bepaling deze grond nader concretiseert naar normoverschrijdingen die verband houden met de verklaringsvrijheid van de verdachte of het functioneel verschoningsrecht (in de huidige jurisprudentie valt laatstgenoemde schending onder de tweede categorie). Daarnaast geeft de wetgever aan dat het criterium betreffende de goede rechtsbedeling ertoe kan leiden dat de rechterlijke afweging tot een wat andere uitkomst leidt dan het huidige jurisprudentiële kader van de Hoge Raad. Kenmerkend voor de nieuwe benadering is dat 'alle belangen en argumenten die voor bewijsuitsluiting pleiten worden afgewogen tegen alle belangen en argumenten die tegen bewijsuitsluiting pleiten'. Dat heeft tot gevolg dat 'bewijsuitsluiting bij schending van minder belangrijke strafvorderlijke voorschriften of rechtsbeginselen niet bij voorbaat is uitgesloten'.[52] De focus die de huidige jurisprudentie legt op het belang van het geschonden voorschrift voor de subjectieve (proces)rechten van de verdachte en het door hem geleden nadeel door de normoverschrijding brengen veelal mee dat de ruimte voor toepassing van

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

bewijsuitsluiting bij schending van 'minder belangrijke' vormvoorschriften minimaal is. Deze voorgestelde wijziging beoogt aldus juist in dit type gevallen meer ruimte te creëren voor de rechter.[53] Zo kan wanneer in het kader van de opsporing van een lichte overtreding, in strijd met beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit een ernstige inbreuk op de privacy wordt gemaakt, de rechter ervoor kiezen bewijsuitsluiting toe te passen.[54]

Met betrekking tot de niet-ontvankelijkheid vindt een drietal belangrijke wijzigingen plaats. In de eerste plaats komt als overkoepelende norm voor het verlies van het vervolgingsrecht van het OM te gelden dat de vervolging ten gevolge van onrechtmatig handelen niet te verenigen is met een goede procesorde. Hiermee wordt wederom in belangrijke mate aansluiting gezocht bij bestaande jurisprudentie (het *Zwolsman*-arrest), en wordt 'het ernstig afbreuk doen aan het recht van de verdachte op een eerlijk proces' vooropgesteld. Een belangrijk verschil ten opzichte van de huidige jurisprudentie is echter dat de mate waarin opsporingsambtenaren 'doelbewust of met grove veronachtzaming' hebben gehandeld niet langer allesbepalend is.[55] Het tweede en derde lid geven een (niet-limitatieve) uitwerking van meer specifieke normen waarvan de schending tot niet-ontvankelijkheid kan leiden, zoals het uitlokverbod of het opzettelijk onjuist of onvolledig verslag doen van ernstig onrechtmatig handelen door opsporingsambtenaren. Daarbij is niet vereist dat hiermee een inbreuk is gemaakt op de eerlijkprocesrechten van de verdachten.[56] Aldus wordt erkend dat naast de schending van het recht op een eerlijk proces van de verdachte een vervolging ook om andere redenen niet te verenigen kan zijn met een goede procesorde. Hiermee wordt de *Karman*-grond, de witte raaf van de niet-ontvankelijkheidsgronden, expliciet erkend en wordt de in de literatuur en praktijk ontstane onduidelijkheid ten aanzien van het bestaan van deze grond beslecht.[57] Ondanks de uitbreiding van de gronden van niet-ontvankelijkheid benadrukt de concept-memorie van toelichting wel dat de niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie vraagt om een belangenafweging die gelet 'op het ingrijpende karakter van deze processuele sanctie – net als thans – niet snel tot toepassing [ervan] zal leiden'.[58] Tot slot benadrukt de wetgever dat uit het gegeven dat deze bepaling niet slechts van toepassing is bij 'de behandeling van de zaak', volgt dat zij zich mede richt tot het Openbaar Ministerie en zodoende de vervolgingsbeslissing (ook bij de buitengerechtelijke afdoening) mede-normeert: 'strafvervolging behoort achterwege te blijven indien ernstig afbreuk is gedaan aan het recht van de verdachte op een eerlijk proces of indien de vervolging op een andere grond niet te verenigen is met een goede procesorde'.[59]

Tot slot besteedt de concept-memorie van toelichting ook aandacht aan de strafvermindering als processueel gevolg van onrechtmatig strafvorderlijk handelen. De meest opvallende wijziging is zoals gezegd de opname van de

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

strafvermindering in het Wetboek van Strafrecht, waarin ook de andere gronden voor vermindering van straf zijn neergelegd. Inhoudelijk zijn er twee belangrijke wijzigingen. In de eerste plaats wordt afstand genomen van de in de jurisprudentie aangebrachte beperking die verband houdt met het gesloten stelsel van rechtsmiddelen.[60] Hierdoor kunnen onrechtmatigheden die samenhangen met de aanhouding of de inverzekeringstelling (en die aldus ook voorgelegd zijn of hadden kunnen worden aan de rechter-commissaris) in aanmerking komen voor compensatie door middel van strafvermindering.[61] Hiermee wordt tegemoetgekomen aan een belangrijk kritiekpunt in de literatuur ten aanzien van de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake het gesloten stelsel van rechtsmiddelen.[62] Deze was op punten niet geheel consistent en kon bovendien tot rechtsongelijkheid leiden: de verdachte die niet voor de rechter-commissaris wordt geleid, kan wel een beroep doen op strafvermindering. Bovendien heeft de rechter-commissaris geen ander instrument dan het in vrijheid stellen van de verdachte (een consequentie die bij ernstige delicten disproportioneel voorkomt).[63] Er worden aldus niet langer categorisch onrechtmatigheden uitgesloten, maar de belangrijkste beperking die aan toepassing van deze processuele sanctie is gesteld, is de 'adequatie' van deze sanctie: 'met de strafvermindering moet recht worden gedaan aan het onrechtmatig handelen. Of dat het geval is wordt medebepaald door het bewezen verklaarde strafbare feit.'[64] Anders dan bij de andere strafprocessuele gevolgen kan strafvermindering – net als onder het huidige jurisprudentiële kader – slechts worden toegepast indien de onrechtmatigheid de verdachte in zijn belangen raakt. Immers, het door het onrechtmatig handelen veroorzaakte nadeel kan in beginsel slechts door strafverlaging worden gecompenseerd als de verdachte dat nadeel ook daadwerkelijk heeft ondervonden.[65] Ook bij dit rechtsgevolg wordt een koppeling gemaakt met het belang van een goede rechtsbedeling ('teneinde zeker te stellen dat de rechter slechts tot strafvermindering overgaat in de gevallen waarin het in de rede ligt om het door onrechtmatig handelen veroorzaakte nadeel in de straf te compenseren'). Om te beoordelen wanneer het in de rede ligt dit rechtsgevolg te verbinden aan onrechtmatig handelen wordt in zekere mate aansluiting gezocht bij de huidige jurisprudentie: voor strafvermindering is noodzakelijk dat de verdachte daadwerkelijk nadeel heeft ondervonden, dat dit nadeel is veroorzaakt door het verzuim, het nadeel geschikt is voor compensatie door middel van strafvermindering en strafvermindering ook in het licht van het belang van het geschonden voorschrift en de ernst van het verzuim gerechtvaardigd is. Een belangrijke inhoudelijke afwijking heeft betrekking op laatstgenoemde factor: hieruit zou kunnen worden afgeleid dat toepassing van de mogelijkheid tot strafvermindering als processuele sanctie enkel bij belangrijke voorschriften en ernstige verzuimen gerechtvaardigd is, aldus de wetgever. Daarom staat in de nieuwe regeling het veroorzaakte nadeel centraal, waarbij tevens oog moet zijn voor

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

'het belang dat slachtoffers en samenleving bij de strafoplegging hebben'. Aldus bepaalt de aard van het delict mede of het veroorzaakte nadeel geschikt is voor compensatie: strafvermindering bij een slachtofferloos delict of een vermogensdelict ligt meer voor de hand dan bij een levensdelict.[66]
Hierboven zijn de belangrijkste wijzigingen in de regeling van de rechterlijke controle van het strafvorderlijk handelen van opsporingsambtenaren in vogelvlucht aangegeven. Concluderend kan worden opgemerkt dat met de nieuwe bepalingen in belangrijke mate aansluiting wordt gezocht bij het thans bestaande jurisprudentiële kader. Tegelijkertijd zijn er ook belangrijke en fundamentele verschillen ten opzichte van de huidige regeling. Aan de hand van een aantal belangrijke verschillen zal hierna worden bezien op welke wijze de nieuwe regeling afwijkt van het huidige artikel 359a Sv en of daarmee een oplossing wordt geboden voor het door de wetgever gepercipieerde probleem.

4 Een modern en toekomstbestendig 'artikel 359a Sv'

Ondanks de vele voorgenomen wijzigingen van de regeling van de rechterlijke controle op het handelen van opsporingsambtenaren benadrukt de concept-memorie van toelichting meermaals dat 'het verschil tussen het voorgestelde wettelijk kader en het geldend recht minder groot [is] dan op het eerste gezicht wellicht lijkt'.[67] Niettemin kan uit het hierboven gegeven overzicht het beeld ontstaan dat het huidige artikel 359a Sv een grondige en fundamentele herziening krijgt in het nieuwe Wetboek van Strafvordering. Uit de bespreking van de voorgestelde bepalingen blijkt dat deze in belangrijke mate afwijken van het artikel zoals wij dat thans kennen. Deze wijzigingen kunnen niet allemaal herleid worden tot de in de concept-memorie van toelichting gegeven beweegredenen van de wetgever om deze regeling te herzien. Veel van de hierboven besproken wijzigingen houden immers geen verband met het normatieve richtsnoer voor het reageren op onrechtmatig handelen. Kennelijk wordt de herziening aldus ook benut om bepaalde correcties aan te brengen op het huidige jurisprudentiële kader. De vraag is hoe deze herziening zich verhoudt tot de verschillende geconstateerde problemen ten aanzien van artikel 359a Sv.
In de eerste plaats dient te worden opgemerkt dat de wijzigingen – anders dan de wetgever stelt – in zekere zin een fundamenteel karakter hebben. Met de opsplitsing van de bepalingen aan de hand van de processuele gevolgen, en het onderbrengen van deze bepalingen onder de verschillende titels in het wetboek, wordt aansluiting gezocht bij de positie die deze bepalingen innemen in het rechterlijk beslissingsmodel. Hoewel de controlerende taak van de rechter hiermee geen afzonderlijke plaats krijgt in het rechterlijk beslissingsmodel – een standpunt dat in de literatuur met het oog op de waarborging van het recht op een eerlijk proces is bepleit[68] – is er met deze wijziging wel meer aandacht voor de

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

wetssystematische positionering van deze bepalingen. Ook de wijziging ten aanzien van de reikwijdte van de bepalingen – het vervallen van de beperking dat het vormverzuim moet zijn begaan tijdens het voorbereidend onderzoek ten aanzien van het ten laste gelegde feit – kan als fundamenteel worden aangemerkt daar zij de controlerende taak van de rechter verruimt. Hierdoor valt in beginsel niet alleen al het onrechtmatig *overheidsoptreden* jegens de verdachte onder de reikwijdte van deze bepalingen, ook opsporing door buitenlandse autoriteiten of zelfs burgers kan onder de bepalingen worden geschaard. Met betrekking tot het praktische belang van deze verruiming is echter wel enige nuance op haar plaats: ook onder de huidige jurisprudentie past de Hoge Raad soms dezelfde rechtsgevolgen – conform de min of meer zelfde belangenafweging als onder artikel 359a Sv – toe op 'vormverzuimen' die strikt genomen niet onder artikel 359a Sv vallen toe. Het bewijs dat is verkregen door dergelijke vormverzuimen – te denken valt bijvoorbeeld aan het gebruik van een ten onrechte niet vernietigd dactyloscopisch profiel in een andere zaak – kan van het bewijs uitgesloten worden indien met het gebruik van dat bewijs een belangrijk strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate zou worden geschonden.[69]

Of de wijzigingen ten aanzien van het bereik van de regeling ertoe zullen leiden dat de rechter in de praktijk vaker een rechtsgevolg zal verbinden aan onrechtmatig handelen is daarom maar de vraag. Immers, hoewel de categorische uitsluiting van artikel 359a Sv op bepaalde situaties ongedaan wordt gemaakt, blijft de belangenafweging in zekere zin gelijk aan de huidige belangenafweging waardoor ook het resultaat hetzelfde is.[70] Met betrekking tot het hierboven genoemde voorbeeld van het dactyloscopisch profiel stelt de concept-memorie van toelichting in ieder geval dat, hoewel dit handelen wel onder het toepassingsbereik van de nieuwe regeling valt, bewijsuitsluiting toch niet in de rede ligt: de inbreuk op het recht op privéleven is niet ernstig genoeg en tegen die achtergrond 'kan bewijsuitsluiting slechts in de rede liggen als het bevorderen van normconforme opsporing daartoe noopt; te denken valt aan een situatie waarin de voorwaarden betreffende het opnemen van profielen in databanken systematisch met voeten worden getreden'.[71]

Dat neemt echter niet weg dat het vanuit het oogpunt van uniformiteit van rechtsgevolgen van onrechtmatig handelen hier gaat om een zeer welkome wijziging. Bovendien wordt hiermee duidelijkheid gecreëerd ten aanzien van de wildgroei aan situaties waarbij artikel 359a Sv strikt genomen niet van toepassing is, maar niettemin analoog kan worden toegepast. Te denken valt bijvoorbeeld aan ontnemingszaken,[72] opsporing door burgers,[73] onrechtmatig overheidshandelen dat niet valt onder het gezag van het Openbaar Ministerie,[74] en onrechtmatig handelen in het kader van de toezichthoudende taak van de politie.[75] Gesteld kan dan ook worden dat de wetgever zich de onduidelijkheid die er in de praktijk en

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

literatuur is ontstaan ten aanzien van bepaalde aspecten van artikel 359a Sv heeft aangetrokken en met een deel van de voorgestelde wijzigingen helderheid hieromtrent beoogt te creëren.
Naast deze wijzigingen die vooral betrekking hebben op het verhelderen van het toepassingsbereik van de bepalingen, wil de wetgever de rechter ook een normatief richtsnoer geven voor de toepassing van strafprocessuele rechtsgevolgen maar hem daarin ook meer ruimte bieden: 'van belang is dat bij de afweging aan de feitenrechter een zekere vrijheid wordt gelaten'.[76] Bij de sanctie bewijsuitsluiting gebeurt dat door toepassing van dit rechtsgevolg te koppelen aan 'het belang van een goede rechtsbedeling'. Dit criterium kan dienen als 'voertuig voor een afweging waarin tal van belangen een rol spelen', aldus de concept-memorie van toelichting.[77] Doorslaggevend bij deze belangenafweging is of bewijsuitsluiting 'bijdraagt aan of juist schadelijk is voor het aanzien en functioneren van de strafrechtspleging'. Zo is het voor het aanzien en functioneren van de strafrechtspleging van groot belang dat normen die raken aan de verklaringsvrijheid van de verdachte strikt worden nageleefd, schending van dit type normen dient onder het nieuwe criterium altijd tot bewijsuitsluiting te leiden (ook wanneer het om de vervolging van een zeer ernstig feit gaat).[78] Anders is dat met betrekking tot normen die in een verder verwijderd verband staan tot de procesrechten van de verdachte, zoals het huisrecht of andere privacyrechten.[79] Bij de schending van dit type normen zal niet alleen gewicht worden gegeven aan de ernst van de inbreuk op de rechten van de verdachte en het bevorderen van normconform handelen in de opsporing, maar wordt bovendien rekening gehouden met de 'met vervolging en bestraffing gemoeide belangen'. Concreet betekent dit dat bewijsuitsluiting minder in de rede zal liggen wanneer de verdachte een ernstig feit (dat wil zeggen een slachtofferdelict) ten laste is gelegd; bewijsuitsluiting – met als eventueel gevolg vrijspraak – is in een dergelijk geval immers schadelijk voor het aanzien en functioneren van de strafrechtspleging, zo is de redenering van de wetgever.[80]
Kortom, de praktische implicatie van dit nieuwe criterium lijkt bij 'ernstige zaken' beperkt te zijn, maar geeft de rechter vooral bij onrechtmatig handelen in het kader van minder ernstige strafzaken de ruimte om gebruik te maken van een verdergaande processuele sanctie. In hoeverre dat verschilt van de huidige stand van het recht is echter niet geheel duidelijk. Met betrekking tot de schending van de procesrechten van de verdachte is er in ieder geval geen verschil, ook in de huidige jurisprudentie brengt schending van dergelijke regels een 'strikte' bewijsuitsluiting mee.[81] Wat betreft de tweede en derde categorie van bewijsuitsluiting in de huidige jurisprudentie geldt dat de rechter blijk kan (tweede categorie) of zelfs moet (derde categorie) geven van een belangenafweging.[82] In deze belangenafweging dient de ernst van het feit – en de daarmee samenhangende positieve verplichtingen die voortvloeien uit mensenrechtelijke verdragen – al als factor te worden

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

meegenomen door de rechter bij de beslissing omtrent het rechtsgevolg dat verbonden moet worden aan onrechtmatig handelen.[83] De voorbeelden in de jurisprudentie zijn schaars, maar veelal wordt deze factor gebruikt om juist *geen* bewijs uit te sluiten omdat het om een ernstig feit gaat. Het nieuwe criterium in het wetsvoorstel lijkt dan ook met name gericht te zijn op het creëren van een ruimere discretionaire bevoegdheid voor de sanctionering van onrechtmatig optreden indien het gaat om de vervolging van een minder ernstig feit.[84] Het blijft echter wel de vraag of hiermee een wezenlijk verschil wordt gecreëerd ten opzichte van de jurisprudentie van de Hoge Raad.

Anders is dat bij de niet-ontvankelijkheid, waar wel degelijk een aanzienlijke verruiming van het toepassingsbereik van dit rechtsgevolg wordt voorgesteld. Buiten de gevallen waarin het recht op een eerlijk proces van de verdachte is geschonden, kan het Openbaar Ministerie ook niet-ontvankelijk worden verklaard wanneer vervolging ten gevolge van onrechtmatig handelen op een andere grond niet te verenigen is met een goede procesorde. Enerzijds gaat het hier om het verduidelijken en expliciteren van situaties die ook onder het huidige recht tot de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie leiden, zoals de *Karman*-grond of de schending van het Talloncriterium.[85] Hierbij merkt de concept-memorie van toelichting op dat het voorgestelde criterium in deze stand van zaken materieel geen wijziging aanbrengt, maar er vooral aan bijdraagt dat de rechtspraak van de Hoge Raad rechtstreeks aansluit op het wettelijke criterium zodat 'de wat geforceerde omweg via het Zwolsman-criterium niet meer [hoeft] te worden gemaakt'.[86] Anderzijds gaat het om de situatie waarbij in de processtukken onjuist verslag is gedaan van ernstig onrechtmatig handelen door opsporingsambtenaren en deze onjuiste verslaglegging niet tijdig is rechtgezet.[87] Deze situatie is met name geïnspireerd door de casus die ten grondslag lag aan *NJ* 2016/153, die tot veel kritiek heeft geleid in de literatuur en in het WODC-onderzoek wordt aangewezen als een zeer problematisch aspect in het rechterlijk toezicht op de opsporing.[88] Hoewel het hier om zeldzame situaties gaat die vermoedelijk niet veel zullen voorkomen, is het van groot belang dat er naast het thans dominante eerlijkheidsperspectief ook een andere grond voor niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie wordt erkend. Door het loskoppelen van dit rechtsgevolg van het recht op een eerlijk proces geeft de wetgever immers expliciet aan dat de toezichthoudende taak van de rechter ten opzichte van het strafvorderlijk handelen van de overheid wel degelijk ruimer is dan enkel het toezien op de naleving van de eerlijkprocesrechten van de verdachte. Dat betekent dat naast het bewaken van de procesrechten van de verdachte ook andere argumenten – zoals het waken voor de integriteit van de strafrechtspleging – een rol kunnen spelen bij de toepassing van deze processuele sancties.

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

5 Tot besluit

Met de voorgenomen wijziging van artikel 359a Sv geeft de wetgever er blijk van zich de kritiek zoals in de literatuur geuit ten aanzien van de terughoudende rechterlijke toetsing van het handelen van justitie en politie te hebben aangetrokken. Tegelijkertijd wordt niet geheel duidelijk hoe de wijzigingen verbandhouden met de in de literatuur geconstateerde lacune in het toezicht op de opsporing. Met het benadrukken van de verantwoordelijkheid van het OM voor het houden van toezicht op de opsporing wordt de bredere discussie omtrent het toezicht op de opsporing aangestipt, maar dit bredere perspectief op het thema wordt niet expliciet meegenomen in de concept-memorie van toelichting. Hierdoor blijft het de vraag of de voorgestelde wijzigingen een oplossing zullen bieden voor dit probleem. Mogelijk dat de wetgever voornemens is om aanvullende maatregelen te treffen om de gesignaleerde lacune te ondervangen, maar daarvan wordt in de concept-memorie van toelichting geen melding gemaakt. Dat is een gemiste kans aangezien de wetgever zich hiermee mede had kunnen uitlaten over de rol en positionering van de rechter (en het OM) in het toezicht op de politie.
De focus van het wetsvoorstel lijkt dan ook vooral te liggen op het jurisprudentiële aspect van vormverzuimen. Uit de voorgaande beschrijving komt het beeld naar voren dat de wijzigingen grotendeels bepaalde onduidelijkheden in het huidige jurisprudentiële kader beogen te herstellen en te codificeren. Daarnaast wordt op bepaalde fronten ruimte gecreëerd voor de rechter om te reageren op onrechtmatig handelen van politie en justitie, waarbij hem tevens een normatief richtsnoer wordt geboden. De afweging die de rechter in het kader van dat normatieve richtsnoer moet maken, is echter in grote lijnen gelijk aan de belangenafweging zoals wij die thans kennen uit de jurisprudentie van de Hoge Raad. Kortom, hoewel de feitenrechter op basis van deze herziening zich uitgenodigd kan voelen om zijn toezichthoudende taak meer ter hand te nemen, moet de gecreëerde extra ruimte niet worden overschat. Het gaat hier grotendeels om een codificatie van hetgeen we al kennen.
Bovendien is ook bij de invoering van artikel 359a Sv de rechter een ruime beoordelingsvrijheid gegeven bij het reageren op onrechtmatigheden begaan tijdens het opsporingsonderzoek.[89] Zoals bekend is deze beoordelingsvrijheid vervolgens sterk ingedamd door de Hoge Raad. Deze inperking van de controlerende taak van de rechter hangt nauw samen met hetgeen de Hoge Raad ziet als de kern van deze taak: namelijk het waarborgen van het recht op een eerlijk proces van de verdachte.[90] Het is dan ook zeer de vraag of de wetgever hier verandering in zal brengen met de voorgestelde wijzigingen. Het gaat hier immers in de kern om een probleem dat niet zo zeer te maken heeft met artikel 359a Sv zelf – dit artikel biedt voldoende armslag aan de rechter om ruimhartig sancties te verbinden aan

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

normoverschrijdingen – maar veeleer met de wijze waarop deze bepaling in de jurisprudentie wordt uitgelegd. En deze uitleg hangt samen met de meer fundamentele vraag naar de reikwijdte van de rol van de rechter in de controle op de strafvorderlijke overheid, een kwestie waar de concept-memorie van toelichting zich niet over uitlaat.

Noten

1 Zie onder meer de vele wetenschappelijke publicaties over dit thema, zoals M. Borgers, 'De toekomst van 359a Sv', *DD* 2012/25; T.M. Schalken, 'Een renaissance van vormverzuimen in het strafrecht? De uitdaging van HR 19 februari 2013, LJN BY5321', *NJB* 2013, p. 1391-1394; A.E.M. Röttgering, *Cassatie in strafzaken: een rechtsbeschermend perspectief* (diss. Tilburg), Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 187-217; R. Kuiper, *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014; S. Brinkhoff, 'De toepassing van artikel 359a Sv anno 2016', *DD* 2016/8.

2 M. Samadi, 'Policing the police: het toezicht op de opsporing', *DD* 2016/37, afl. 6, p. 406-418; zie verder noot Borgers onder HR 4 januari 2011, *NJ* 2012/145 en noot Buruma onder HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/376.

3 M.J. Borgers & T. Kooijmans, 'Alternatieven voor rechterlijke controle op vormverzuimen', in: M. Groenhuijsen, T. Kooijmans & J. Ouwerkerk (red.), *Roosachtig strafrecht* (De Roos-bundel), Deventer: Kluwer 2013, p. 17-36; Kuiper 2014; Samadi 2016.

4 Zie bijvoorbeeld de noot van Buruma onder *NJ* 2009/440, o. 2 (met betrekking tot de *Salami*-norm); zie tevens het laatste standaardarrest waarin de Hoge Raad de regels ten aanzien van, met name, bewijsuitsluiting nader heeft aangescherpt, HR 19 februari 2013, *NJ* 2013/308 (*Onbevoegde hulpofficier*).

5 Zie HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/376 (*Afvoerpijp*) en *NJ* 2013/308 (*Onbevoegde hulpofficier*).

6 Zie *Afvoerpijp; Onbevoegde hulpofficier*; en Kuiper 2014, p. 592.

7 Zie de tweede en derde categorie voor bewijsuitsluiting in *Onbevoegde hulpofficier* (r.o. 2.4.5. en 2.4.6).

8 Kuiper 2014, p. 580-581.

9 Als nadeel wordt genoemd de tijdrovendheid en capacitaire lasten die een

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

dergelijke taak met zich zou brengen, alsmede de ingrijpende gevolgen die een rechterlijke reactie kan hebben: de niet-ontvankelijkverklaring en bewijsuitsluiting kunnen het 'eigenlijke doel' van het strafproces en de daarmee gemoeide belangen van de samenleving en slachtoffers frustreren, zie Kuiper 2014, p. 581.

10 Borgers & Kooijmans 2013, p. 35; Samadi 2016, p. 418.

11 De minister wijst in dat kader op veel uiteenlopende instanties die op enigerlei wijze toezicht houden op het handelen van politie en justitie, zoals de Algemene Rekenkamer, de Autoriteit persoonsgegevens, inspectietoezicht, en het toezicht door de procureur-generaal langs de weg van art. 122 Wet RO, waarbij tevens verwezen wordt naar het rapport *Beschikt & Gewogen* van de procureur-generaal: G. Knigge & C.H. de Jonge van Ellemeet, *Beschikt & Gewogen. Over de naleving van de wet door het openbaar ministerie bij het uitvaardigen van strafbeschikkingen*, Rapport Procureur-Generaal bij de Hoge Raad, Den Haag: 2014, *Kamerstukken I* 2015/16, 33750 VI, AF, p. 102-103. Zie verder hierover Samadi 2016, p. 406.

12 *Kamerstukken I* 2015/16, 33750 VI, AF, p. 102-103; E. Devroe, M. Malsch, J. Matthys & G. Minderman, *Toezicht op strafvorderlijk overheidsoptreden*, WODC 2017.

13 WODC 2017, p. 9.

14 WODC 2017, p. 57-64, met een verwijzing naar o.a. Kuiper 2014; Samadi 2016; S. Brinkhoff, 'De toepassing van artikel 359a Sv anno 2016. Een pleidooi voor herstel van balans en de terugkeer naar echte rechterlijke vrijheid', *DD* 2016/8; en F.C.W. de Graaf & L. Kesteloo, 'Welke mogelijkheden bestaan er om op grond van artikel 359a Sv rechtsgevolgen te verbinden aan fouten in het strafdossier?', *DD* 2016/21. In een recent artikel in het *NJB* naar aanleiding van dit onderzoek voegt Malsch (een van de onderzoekers) hieraan toe dat rechters tegenwoordig 'vooral [optreden] 'als 'reddende rechter' bij vormfouten, óók de Hoge Raad. Dat betekent, kort gezegd, dat de politie fouten maakt maar dat de rechter daar geen gevolgen aan verbindt. De rechter 'redt de zaak', en de politie, die de fout heeft gemaakt, gaat vrijuit.', zie M. Malsch, 'Is het totaal meer dan de som der delen? Toezichtsvormen op strafvorderlijk overheidsoptreden', *NJB* 2017, afl. 43, p. 3133.

15 Bij het WODC-onderzoek ontbreekt de bijlage met de informatie over de respondenten, maar in het artikel van Malsch in het *NJB* geeft zij aan dat het hier om 24 interviews ging met procesdeelnemers met veel ervaring (raadsheren, rechters, officieren van justitie, advocaten en andere deskundigen op het gebied van het strafrecht), zie Malsch 2017, p. 3313, voetnoot 7.

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

16 Zie M. Samadi, 'Herstel of compensatie van vormverzuimen? De invloed van het dominante kader van artikel 6 EVRM voor artikel 359a Sv', in: P. van Berlo e.a. (red.), *Over de grenzen van de discipline. Interactions between and within criminal law and criminology*, Den Haag: Boom Juridisch 2017, 167-185; De Graaf & Kesteloo 2016; WODC 2017, p. 133.

17 Malsch 2017, p. 3137.

18 WODC 2017, p. 133.

19 Malsch 2017, p. 3137.

20 Zie in zelfde zin ook: S. Brinkhoff, 'De toepassing van artikel 359a Sv anno 2016. Een pleidooi voor herstel van balans en de terugkeer naar echte rechterlijke vrijheid', *DD* 2016/8.

21 Althans niet voor de concrete wijzigingen, het WODC-onderzoek wordt slechts één keer aangehaald in het kader van het belang van volledig toezicht, zie memorie van toelichting Vaststellingswet Boek 4 van het Wetboek van Strafvordering (hierna: concept-MvT), p. 88. Zie de vaststellingswet bij Boek 4, art. 4.3.2.6 (bewijsuitsluiting), art. 44b Sr (strafvermindering) en art. 3.1.8 (het verlies van het recht om de verdachte te vervolgen); Wetsvoorstel tot vaststelling van Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, p. 27 (hierna: Wetsvoorstel).

22 Concept-MvT, p. 87-88. Gezien de eerdere uitlatingen van de minister in de contourennota wekt het enige verbazing dat de vormverzuimenproblematiek in zekere mate wordt losgekoppeld van de discussie rondom de volledigheid van het toezicht op de opsporing.

23 Concept-MvT, p. 85-86.

24 Concept-MvT, p. 85-86.

25 De wetgever stelt dat destijds een welbewuste keuze is gemaakt om met de regeling van art. 359a Sv slechts de jurisprudentie van een wettelijke basis te voorzien en de nadere invulling van de rechterlijke controle op het vooronderzoek aan de rechter over te laten. Concept-MvT, p. 87.

26 'Doel van de modernisering is te komen tot een toekomstbestendig, voor professionals en burgers toegankelijk en in de praktijk werkbaar wetboek dat voorziet in een evenwichtig stelsel van rechtswaarborgen. De voorgestelde wijzigingen moeten bijdragen aan een verbetering van de kwaliteit van de

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

bestaande strafrechtspleging en hangen samen met de beleidsdoelstellingen van het programma Versterking Prestaties Strafrechtketen', zie bijvoorbeeld de aanbiedingsbrief van de minister d.d. 30 september 2015, *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278, p. 1.

27 Concept-MvT, p. 98.

28 Art. 4.3.2.6 (bewijsuitsluiting), art. 44b Sr (strafvermindering) en art.3.1.8 (het verlies van het recht om de verdachte te vervolgen); Wetsvoorstel, p. 27.

29 Concept-MvT, p. 87.

30 Concept-MvT, p. 87; hiermee kennelijk doelend op de ordening en hiërarchie van de sancties in art. 359a Sv waarmee de relatieve zwaarte van de sanctie tot uitdrukking komt: hoe ernstiger het vormverzuim hoe zwaarder de sanctie die daarop volgt (*Kamerstukken II* 1993/94, 23705, 3, p. 25).

31 Tevens wordt gesteld dat deze factoren in de jurisprudentie ook weleens tot verwarring hebben geleid, met een verwijzing naar HR 13 september 2011, *NJ* 2011/556, Concept-MvT, p. 99.

32 Concept-MvT, p. 99, verwijzend naar *Onbevoegde hulpofficier*.

33 Concept-MvT, p. 99.

34 Concept-MvT, p. 98.

35 Zie uitgebreid over de herstelproblematiek Samadi 2017.

36 Corstens 1993, p. 52.

37 *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, 3, p. 24; ondanks de onderbouwing van de redenen om af te wijken van het voorstel van de commissie-Moons was de motivering van de wetgever niet geheel overtuigend en heeft deze in de praktijk ook voor de nodige verwarring gezorgd, zie uitgebreid Samadi 2017, p. 168-173.

38 Concept-MvT, p. 88; voor de beweegredenen om ook het onderzoek ter terechtzitting onder het bereik van de nieuwe regelingen te laten vallen zie p. 89, waar aansluiting wordt gezocht bij het hierboven reeds genoemde advies van de commissie-Moons.

39 Concept-MvT, p. 89, 199-202.

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

40 Concept-MvT, p. 88-90; dit onderdeel van de voorgenomen wijziging zal verder buiten beschouwing worden gelaten.

41 Hoewel het wellicht niet geheel voor de hand ligt om te beginnen bij deze sanctie – deze volgorde volgt immers noch uit de plaats die deze sancties hebben in het rechterlijk beslissingsmodel, noch uit de hiërarchie die de wet voorstaat bij de toepassing van deze sancties – begint de concept-MvT met de bespreking van de bewijsuitsluiting. In navolging daarvan wordt ook in deze bijdrage die volgorde aangehangen; zie tevens Keulen & Knigge 2016, p. 536 die eenzelfde volgorde hanteren.

42 Concept-MvT, p. 90.

43 In het bijzonder gaat het daarbij om het arrest *Onbevoegde hulpofficier*. Weliswaar wordt een andere driedeling voorgesteld dan die de Hoge Raad in het arrest heeft geïntroduceerd, maar het gemaakte onderscheid in 'strikte' uitsluiting van bewijs bij schending van normen die samenhangen met de procesrechten van de verdachte (de eerste categorie) en bewijsuitsluiting als resultaat van een belangenafweging (de tweede en derde categorie) komt ook in het wetsvoorstel terug, waarbij voor de belangenafweging in belangrijke mate wordt geput uit de in de jurisprudentie ontwikkelde factoren.

44 'Indien bij de verkrijging van bewijsmiddelen onrechtmatig is gehandeld, kunnen deze bewijsmiddelen bijdragen aan het bewijs dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan tenzij het belang van een goede rechtsbedeling zich daar tegen verzet.'

45 De concept-MvT verwijst hier naar het belang van de cautie, het recht op rechtsbijstand (EHRM 27 november 2008, 36391/02 (*Salduz t. Turkije*), *NJ* 2009/214 m.nt. Reijntjes onder *NJ* 2009/315; HR 30 juni 2009, *NJ* 2009/349 m.nt. Schalken), en andere schendingen van de verklaringsvrijheid (EHRM 5 november 2002, 48539/99 (*Allan t. Verenigd Koninkrijk*), *NJ* 2004/262); zie voor een verdere bespreking van schendingen die onder deze categorie vallen de Concept-MvT, p. 197-199.

46 'Indien zonder betrokkenheid van openbaar ministerie en opsporingsambtenaren onrechtmatig is gehandeld, is bewijsuitsluiting in het belang van een goede rechtsbedeling indien de ernst van de inbreuk op rechten van de verdachte zwaarder weegt dan de met veroordeling en bestraffing gemoeide belangen.'

47 'Indien opsporingsambtenaren onrechtmatig hebben gehandeld, kan het belang

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

van een goede rechtsbedeling meebrengen dat de resultaten worden uitgesloten als bewijs teneinde te bevorderen dat in overeenstemming met de geschonden norm wordt gehandeld.'

48 Hoewel de factoren waar de rechter rekening mee dient te houden in zekere zin zijn aangepast, vertoont de belangenafweging gelijkenis met de huidige jurisprudentie: 'of in de gegeven omstandigheden toepassing van bewijsuitsluiting opweegt tegen de daarvan te verwachten negatieve effecten en of aldus niet op onaanvaardbare wijze afbreuk wordt gedaan aan zwaarwegende belangen als de waarheidsvinding en de bestraffing van de dader van een – mogelijk zeer ernstig – strafbaar feit, alsmede in voorkomend geval aan de rechten van slachtoffers of hun nabestaanden, mede gelet op uit het EVRM voortvloeiende positieve verplichtingen tot effectieve bestraffing.' Die gedachte is ook in de contourennota in aanzet terug te vinden (paragraaf 2.9, eerste alinea).

49 Zie tevens Concept-MvT, p. 199-203.

50 Concept-MvT, p. 91, 203-208.

51 Concept-MvT, p. 91.

52 Concept-MvT, p. 92.

53 Op de praktische implicatie van deze wijziging kom ik in paragraaf 4 terug.

54 Met een verwijzing naar EHRM 28 april 2005, 41604/98 (*Buck t. Duitsland*).

55 Concept-MvT, p. 94.

56 In het eerste geval wordt expliciet verwezen naar EHRM 9 juni 1998, appl. nr. 25829/94 (*Teixeira de Castro*); het tweede geval verwijst naar HR 5 januari 2016, *NJ* 2016/153 m.nt. Vellinga-Schootstra.

57 Concept-MvT, p. 94. In de literatuur was er onduidelijkheid over de vraag of het *Karman*-criterium nog als grond voor de niet-ontvankelijkverklaring van het OM kan dienen. Dit criterium houdt in dat het recht op vervolging vervalt wanneer het handelen van het OM zodanig strijdig is met de grondslagen van het strafproces dat het wettelijk systeem in de kern is geraakt (HR 1 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1143, *NJ* 1999/567 m.nt. Schalken). Het feit dat de Hoge Raad dit criterium in latere arresten niet meer heeft gebruikt, wordt gezien als teken dat het thans niet meer als grond kan dienen. Wegens de uitzonderlijke aard van de *Karman*-zaak en het bijzondere karakter van het criterium ligt het echter meer voor de hand dat een

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

dergelijke situatie zich simpelweg niet snel zal voordoen en het stilzwijgen van de Hoge Raad hieromtrent in die sleutel geplaatst kan worden; Zie Kuiper 2014, p. 289-290; Anders K.M. Pitcher, *Judicial responses to pre-trial procedural violations in international criminal proceedings* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam 2016, p. 141-142.

58 Concept-MvT, p. 95.

59 Concept-MvT, p. 95.

60 Waar overigens niet altijd aan werd vastgehouden, zie bijv. HR 13 december 2011, *NJ* 2012/299 m.nt. J.M. Reijntjes en de literatuur waar in voetnoot 63 naar wordt verwezen.

61 Zie bijvoorbeeld HR 8 mei 2001, *NJ* 2001/587 m.nt. Reijntjes.

62 Zie in het bijzonder de conclusie van Machielse onder HR 13 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV6195, *NJ* 2006/623 m.nt. A.H. Klip; en Knigge onder HR 10 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:256, *NJ* 2015/197 m.nt. T.M. Schalken. Kritisch zijn ook Keulen & Knigge 2016, p. 569: zij stellen dat de Hoge Raad met deze beperking 'een categorie vormverzuimen die vooral bij een beroep op strafvermindering een rol kunnen spelen buiten de reikwijdte van art. 359a Sv' heeft geplaatst. Zie verder D.V.A. Brouwer & W.H. Jebbink, 'Wie behoedt ons voor de rechter-commissaris', *NJB* 2002, p. 393-398. Zie anders Kuiper 2014, p. 259-260.

63 Concept-MvT, p. 97.

64 Concept-MvT, p. 95.

65 *Afvoerpijp*, r.o. 3.6.3.

66 Concept-MvT, p. 97.

67 Concept-MvT, p. 98.

68 Zie voor een kritische bespreking van de positionering van art. 359a Sv buiten het rechterlijk beslissingsmodel F.P. Ölçer, *Eerlijk proces en bijzondere opsporing* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 517-518.

69 HR 29 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0816, *NJ* 2013/414 m.nt. M.J. Borgers, waar de Hoge Raad weliswaar het bewijs niet uitsluit maar wel hetzelfde criterium toepast dat ook in het kader van art. 359a Sv gebezigd wordt voor bewijsuitsluiting.

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

70 Tekenend is bijvoorbeeld de toelichting op de wijze waarop moet worden omgegaan met uitsluiting van bewijs bij onrechtmatig handelen door particulieren: 'Ook in de voorgestelde wettelijke regeling ligt bewijsuitsluiting bij onrechtmatig handelen van particulieren vooral in de rede in het geval OM of opsporingsambtenaren daarbij betrokken zijn. De onrechtmatige bewijsgaring wordt bij dergelijke betrokkenheid (in veel gevallen) door het derde lid van artikel 4.3.2.6 bestreken. Bewijsuitsluiting strekt er in dit geval (mede) toe, te bevorderen dat politie en justitie handelen in overeenstemming met de norm dat opsporing een overheidsactiviteit is, die niet met voorbijgaan aan de beperkingen die de wet daaraan stelt aan particulieren mag worden uitbesteed.' (Concept-MvT, p. 200).

71 Concept-MvT, p. 208; de zogenoemde structurele vormverzuimen vormen ook onder de huidige jurisprudentie een grond voor bewijsuitsluiting, zie uitgebreid J.S. Nan & D. Bektesevic, 'Structurele vormverzuimen: een structureel probleem?', *DD* 2017/22.

72 HR 9 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AK3574, *NJ* 2004/199; HR 26 april 2011, *NJ* 2011/201; HR 11 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN2297, *NJ* 2012/297 m.nt. M.J. Borgers.

73 HR 1 juni 1999, *NJB* 1999, p. 1167; HR 18 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4321, *NJ* 2003/526; HR 14 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX7471, *NJ* 2007/179 m.nt. Y. Buruma; Kuiper 2014, p. 232-233. Zie uitgebreid E.M. Moerman, *Inburgeren in de opsporing. Over de juridische positie van de burger in de opsporing van strafbare feiten* (diss. Rotterdam), Rotterdam 2016, p. 253-256; zie verder ook het commentaar van Moerman op de herziening van de bijzondere opsporingsbevoegdheden die de inzet van burgers in de opsporing regelen: E.M. Moerman, 'De positie van de bijstand door burgers in de herziening van de bijzondere opsporingsbevoegdheden', *DD* 2015/35.

74 HR 27 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ3765, *NJ* 2011/557 m.nt. T.M. Schalken; HR 5 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV4122, *NJ* 2007/336 m.nt. Schalken; en HR 15 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP7544, *NJ* 2012/36 m.nt. Schalken.

75 HR 1 november 2011, ECLI:NL:HR:2016:2454; zie voor andere voorbeelden waarin de Hoge Raad, ondanks dat art. 359a Sv niet van toepassing is, toch overgaat tot controle – en in sommige gevallen zelfs – sanctionering van het vormverzuim: Kuiper 2014, p. 230-239.

76 Overigens was de wetgever ook bij de invoering van art. 359a Sv huiverig te

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

dwingende regels voor de schrijven met betrekking tot processuele gevolgen van vormverzuimen, zie G.J.M. Corstens (red.), *Rapporten herijking strafvordering 1993*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 54-55.

77 De concept-MvT (p. 197) maakt tevens een koppeling met andere regelingen in het wetboek: 'het belang van een goede rechtsbedeling komt al voor in de regeling van de herziening ten nadele. Daar is bepaald dat de Hoge Raad een onherroepelijke vrijspraak en een onherroepelijk ontslag van alle rechtsvervolging ten nadele van de gewezen verdachte kan herzien 'indien dit in het belang is van een goede rechtsbedeling' (art. 482a lid 1).

78 Concept-MvT, p. 198.

79 Concept-MvT, p. 204-208.

80 Concept-MvT, p. 91-93.

81 Een verschil bestaat wel ten aanzien van bewijsuitsluiting van de uitsluiting van de 'verboden vruchten', zie hierover Concept-MvT, p. 196.

82 Zie *NJ* 2013/308, r.o. 2.4.5 en 2.4.6.

83 *NJ* 2013/308, r.o. 2.4.5. en 2.4.6; maar ook al in *NJ* 2002/625, r.o. 3.3.

84 Concept-MvT, p. 92 met een verwijzing naar de noot van Borgers onder HR 4 november 2014, *NJ* 2015/288.

85 Zie voor de voorbeelden hierboven; tevens wijst de concept-MvT (p. 208-213) op HR 8 april 2003, *NJ* 2003/349; HR 1 juni 1999, *NJ* 1999/567 m.nt. Schalken (het *Karman*-arrest); HR 29 juni 2010, *NJ* 2010/440 m.nt. Schalken; HR 4 februari 1997, *NJ* 1997/308 m.nt. Schalken.

86 Concept-MvT, p. 212.

87 Concept-MvT, p. 213.

88 Zie de noot van Vellinga-Schootstra onder het arrest; zie verder De Graaf & Kesteloo 2016; Samadi 2017.

89 Corstens 1993, p. 17; *Kamerstukken II* 1994/95, 23705, 6, p. 3. Zie in dit verband uitgebreid Brinkhoff 2016/8, waarbij wel moet worden opgemerkt dat de wetgever geen ruimhartige sanctionering van vormverzuimen voorstond, zie Corstens 1993,

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

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

90 Kuiper 2014, p. 587 e.v.; WODC 2017, p. 62-63; Buruma 2013, p. 14.

Trefwoorden: **Strafprocesrecht, Modernisering Wetboek van Strafvordering, Vormverzuimen, Onrechtmatig handelen politie, Artikel 359a Sv**