

Artikel

Toch minder ruimte voor het rechterlijk toezicht in het nieuwe wetboek? Beter ten halve gekeerd dan ten hele gedwaald

Mr. dr. M. Samadi*

1. Inleiding

In mei 2022 publiceerde de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies op het toenmalige wetsvoorstel, de ambtelijke versie 2020, van het nieuwe Wetboek van Strafvordering. Zij onderschreef nut en noodzaak van deze wetgevingsoperatie en was globaal gezien positief over het wetsvoorstel, maar had ook een aantal belangrijke kanttekeningen.¹ Het advies was in het bijzonder kritisch op een tweetal wijzigingen van de huidige regeling aangaande de rechterlijke reactie op onrechtmatigheden in het strafrechtelijk onderzoek, zoals deze werden voorgesteld in voornoemde versie van het wetsvoorstel, te weten de verruiming van de reikwijdte van de regeling en de invoering van het nieuwe criterium ‘het belang van een goede rechtsbedeling’ als normatief richtsnoer bij de toepassing van processuele sancties als reactie op onrechtmatig strafvorderlijk handelen.² De kritiek van de Afdeling sluit aan bij eerder geuit commentaar van enkele consultatiepartijen, die overigens met beduidend minder succes kritiek uitten op deze voorgenomen wijzigingen.³ Inmiddels heeft de

minister uitgebreid gereageerd op het advies en het conceptwetboek op punten bijgesteld, zo ook ten aanzien van deze nieuwe bepalingen. De voorgestelde wijzigingen worden in belangrijke mate teruggedraaid. Hiermee geeft de minister gehoor aan het advies van de Afdeling maar de vraag is nu wel wat precies beoogd wordt met de nieuwe regeling.

Ondanks dat ook in eerdere versies van het wetsvoorstel wordt benadrukt dat het toezicht op het handelen van de strafvorderlijke overheid niet primair in handen van de rechter ligt, wordt wel erkend dat er behoefte bestaat aan versterking van dat toezicht.⁴ Hoewel er geen fundamentele veranderingen werden voorgesteld met de herziening van deze regeling, leek van de verruiming ervan wel het signaal uit te gaan naar de rechter om dit toezicht meer ter hand te nemen. Met het (deels) teruggedraaien van de voorgestelde wijzigingen lijkt het erop dat daar enigszins afstand van wordt genomen, terwijl dat toezicht nog altijd niet (elders) adequaat is of wordt geregeld. In het hiernavolgende beargumenteer ik dat het voor een goed functionerend toezicht op de strafvorderlijke overheid juist van belang is dat de strafrechter ruim baan krijgt voor de uitoefening van dat toezicht. En wat dat betreft waren de twee eerdergenoemde wijzigingsvoorstellen juist een stap in de goede richting. Ik zal hiertoe eerst op hoofdlijnen de achtergrond van de herziening bespreken (par. 2), waarna ik meer in detail zal ingaan op de aanvankelijk voorgestelde verruiming van de reikwijdte van de regeling (par. 2.1) en de invoering van het normatieve richtsnoer ‘het belang van een goede rechtsbedeling’ (par. 2.2). Vervolgens beargumen-

1

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

1 *Kamerstukken II 2022/23, 36327, nr. 4, p. 9.*

2 *Kamerstukken II 2022/23, 36327, nr. 4, p. 182-185, 187-189.*

3 De minister heeft naar aanleiding van het advies van de consultatiepartijen wel andere wijzigingsvoorstellen (deels) teruggedraaid, zoals het opsplitsen van de regeling in afzonderlijke boeken (zie *Kamerstukken II 2022/23, 36327, nr. 3, p. 52*).

4 *Kamerstukken II 2022/23, 36327, nr. 3, p. 1016-1017.*

teer ik dat deze twee wijzigingen (en de discussie hieromtrent) illustratief zijn voor de knelpunten in het toezicht op de rechtmatigheid van het strafvorderlijk optreden en ga daarbij in op de onduidelijkheid over de precieze reikwijdte van het rechterlijk toezicht (par. 3.1) en hoe dat zich verhoudt tot de verantwoordelijkheid van het Openbaar Ministerie (OM) in dit toezicht (par. 3.2). Ik beargumenteer dat juist deze twee wijzigingen een belangrijke bijdrage (hadden) kunnen leveren aan de volledigheid van het toezicht op de opsporing en roep in dat licht op tot (opnieuw) een herziening van de regeling (par. 4).

2. De voorgenomen wijzigingen en de discussie daaromtrent

De wijziging van de huidige regeling moet worden gezien tegen de achtergrond van de discussie die al jaren wordt gevoerd over het beperkte toezicht van de rechter op de strafvordering en in het verlengde daarvan de gebreken in het algehele toezicht op het handelen van politie en justitie.⁵ Al in de contourennota wees de minister op eventuele lacunes in het toezicht op de strafvorderlijke overheid. In het licht van de terughoudende rechterlijke controle op het handelen van opsporingsambtenaren, stelde de minister destijds de vraag of door het ‘samenstel van rechterlijk, intern en extern toezicht de naleving van de geldende wettelijke voorschriften adequaat en systematisch wordt gecontroleerd en gestimuleerd’.⁶ Deze vraag is sindsdien met een luid en duidelijk ‘nee’ beantwoord.⁷ Het in dit verband namens de minister verrichte WODC-onderzoek naar het strafvorderlijk toezicht concludeerde zelfs dat versterking van het toezicht vooral gezocht diende te worden in een versteviging van de positie van de rechter in dat toezicht.⁸ Hoewel het hier grotendeels gaat om problemen die niet zozeer zijn gelegen in (beperkingen van) de wettelijke grondslag voor het rechterlijk toezicht, maar veeleer in de wijze waarop in de praktijk uitvoering wordt gegeven aan artikel 359a Wetboek van Strafvordering (Sv) en aan het toezicht op politie en justitie in algemene zin, achtte de minister het zinvol deze regeling te herzien.

Hoewel de memorie van toelichting bij het inmiddels bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel (hierna: de ‘Tweede Kamer-versie’) niet langer expliciet ingaat op deze initiële aanleiding, wordt de bredere discussie over

het rechterlijk toezicht wel aangestipt en lijkt de verruiming van de wettelijke regeling in ieder geval te wijzen op een grotere rol voor de rechter in dezen.⁹ Ook in deze Tweede Kamer-versie van de memorie van toelichting benoemt de minister een aantal ontwikkelingen die wijzen op het toegenomen belang van (rechterlijk) toezicht op de strafvorderlijke overheid. De ontwikkeling in de georganiseerde criminaliteit heeft bijgedragen aan een toename van de inzet van heimelijke opsporingsbevoegdheden. Tegelijkertijd heeft het afschaffen van het gerechtelijk vooronderzoek ervoor gezorgd dat er minder rechterlijke bemoeienis is met het vooronderzoek en de inzet van strafvorderlijke bevoegdheden door politie en het OM. Hierdoor is het belang van rechterlijk toezicht achteraf toegenomen, aldus de minister.¹⁰ Het rechterlijk toezicht heeft ook aan belang gewonnen door de proliferatie van digitale opsporingsbevoegdheden. Onder verwijzing naar het rapport van de commissie-Koops wordt het belang benadrukt van rechterlijk toezicht (zowel voor- als achteraf) op digitale opsporingsonderzoeken voor de borging van privacyrechten. De nieuwe regeling van processuele sancties zal aldus ook moeten toezien op inbreuken op privacyrechten.¹¹ Voorts merkt de minister op dat de regeling van processuele sancties gezien dient te worden tegen de achtergrond van mensenrechtelijke kaders zoals het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). De jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, (EHRM) is in de afgelopen jaren van grote invloed geweest op de normering van en controle op het strafvorderlijk handelen van opsporingsambtenaren door de rechter. De wijziging van de huidige regeling moet blijken geven van het belang van deze jurisprudentie en de sturende rol die de rechten van verdachten (en anderen) spelen in de strafprocedure. Wat er in dit verband precies van de rechter wordt verwacht, maakt de minister echter niet duidelijk. Bovendien voert de minister aan dat een andere belangrijke reden voor de aanpassing van de huidige regeling gelegen is in het ontbreken van een ‘normatief richtsnoer’ in de huidige wet. Dit wekt ten onrechte de indruk dat de rechterlijke controle op en eventuele sanctionering van het handelen van opsporingsambtenaren een geheel vrije rechterlijke bevoegdheid is, aldus de minister.¹² Met de introductie van dit richtsnoer – en met name de onderbouwing ervan – lijkt de minister juist te impliceren dat de teugels worden aangetrokken en de strafrechter minder ruimte toekomt in de toepassing van processuele sancties. Kortom, enerzijds wordt gewezen op het toegenomen belang van het rechterlijk toezicht maar anderzijds is de suggestie dat het rechterlijk toezicht juist binnen striktere kaders dient plaats te vinden.

5 Zie de opmerkingen van de minister destijds in de Contourennota: *Kamerstukken I 2015/16*, 33750 VI, AF, p. 102-103.

6 *Kamerstukken I 2015/16*, 33750 VI, AF, p. 102-103.

7 M. Samadi, ‘Policing the police: het toezicht op de opsporing’, *DD 2016/37*; 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*; M. Samadi, *Normering en toezicht in de opsporing. Een onderzoek naar de normering van het strafvorderlijk optreden van opsporingsambtenaren in het voorbereidend onderzoek en het toezicht op de naleving van deze normen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 395.

8 E. Devroe, M. Malsch, J. Matthys & G. Minderman, *Toezicht op strafvorderlijk overheidsoptreden*, WODC 2017, p. 57-64.

9 *Kamerstukken II 2022/23*, 36327, nr. 3, p. 1016-1017; *Kamerstukken II 2022/23*, 36327, nr. 4, p. 25.

10 MvT ambtelijke versie juli 2020, p. 744; *Kamerstukken II 2022/23*, 36327, nr. 3, p. 1016-1017.

11 *Kamerstukken II 2022/23*, 36327, nr. 3, p. 1017.

12 MvT ambtelijke versie juli 2020, p. 747; deze redenering wordt ook in de Tweede Kamer-versie aangevoerd: *Kamerstukken II 2022/23*, 36327, nr. 3, p. 1017-1018.

In haar advies wijst de Afdeling op deze kennelijke tegenstrijdigheid in de toelichting van de minister. De ontwikkelingen die in de memorie van toelichting worden genoemd roepen de vraag op of de waarborgen en controlemechanismen rondom het strafrechtelijk onderzoek (verdere) versterking behoeven en impliceren dat het voor de hand ligt in dit verband het rechterlijk toezicht te versterken. Tegelijkertijd stelt de minister geen fundamentele wijziging voor en maakt hij ook voor het overige niet duidelijk wat er van de rechter wordt verwacht in verband met het toezicht op de strafvorderlijke overheid. Deze tegenstrijdigheid vertaalt zich vooral in de twee genoemde wijzigingen: de verruiming van de reikwijdte van de regeling en de invoering van het normatieve richtsnoer voor de toepassing van de regeling. In het hiernavolgende ga ik nader in op deze twee wijzigingen.¹⁵

2.1 De verruiming van de reikwijdte van de regeling

Een van de substantiële wijzigingen van de huidige regeling betreft de verruiming van de reikwijdte van de rechterlijke controle. Het huidige artikel 359a Sv is beperkt tot vormverzuimen die zijn begaan ten tijde van het voorbereidend onderzoek.¹⁴ Deze drempelvoorwaarde voor de toepassing van de huidige regeling is in de jurisprudentie van de Hoge Raad nader aangescherpt.¹⁵ In het *Afvoerpip*-arrest oordeelde de Hoge Raad dat het voorbereidend onderzoek uit artikel 359a Sv uitsluitend betrekking heeft op het voorbereidend onderzoek tegen de verdachte ter zake van het in die zaak aan hem ten laste gelegde feit.¹⁶ Indien een vormverzuim is begaan tijdens het voorbereidend onderzoek naar een ander strafbaar feit – dat zelfs tegelijk ten laste is gelegd – zal dit in beginsel niet leiden tot toepassing van artikel 359a Sv.¹⁷ En ook wanneer het vormverzuim door een ander dan een opsporingsambtenaar – bijvoorbeeld door particulieren,¹⁸ niet-justitiële bestuursorganen¹⁹ en buiten-

landse autoriteiten²⁰ – is begaan, zal artikel 359a Sv in beginsel niet van toepassing zijn.²¹

Het achterliggende doel van deze beperkingen is om de rechterlijke controle op het vooronderzoek toe te spitsen op dat handelen van opsporingsambtenaren dat rechtstreeks verband houdt met de ten laste gelegde feiten waarover de rechter in die zaak een beslissing dient te nemen. Hiermee zijn deze beperkingen (of drempels) voor de toepassing van artikel 359a Sv terug te voeren op de gedachte dat de strafrechter geen totaalcontroleur van de opsporing is maar dat hij in het kader van de strafprocedure primair heeft te oordelen over het aan de verdachte ten laste gelegde feit. Hoewel deze gedachte op zichzelf begrijpelijk (en vooral praktisch) is, heeft deze jurisprudentie in de praktijk wel tot onduidelijkheden geleid. In voorkomende gevallen hield de Hoge Raad zich niet (strikt) aan deze jurisprudentiële kaders en nuanceerde hij deze, bijvoorbeeld omdat met het vormverzuim een inbreuk was gemaakt op de rechten van de verdachte.²² Dat gebeurde echter niet altijd even consequent²³ en in de praktijk bleken er uiteenlopende maatstaven te worden gehanteerd voor deze analoge toepassing van artikel 359a Sv.²⁴ Dit kwam de overzichtelijkheid van de jurisprudentie niet ten goede. In zijn meest recente standaardarresten uit 2020 heeft de Hoge Raad zijn jurisprudentie op dit punt dan ook bijgesteld.²⁵ In lijn met de conclusie van advocaat-generaal Bleichrodt stelt de Hoge Raad voortaan de innerlijke samenhang tussen het onderzoek en het voorbereidend onderzoek in de desbetreffende strafzaak tegen de verdachte centraal voor de vraag of een vormverzuim in aanmerking komt voor sanctionering langs de weg van artikel 359a Sv.²⁶ Indien het vormverzuim in kwestie van ‘bepalende invloed is geweest op het verloop van het opsporingsonderzoek naar en/of de (verdere) vervolging van de verdachte ter zake van het tenlastegelegde feit’, kan een rechtsgevolg langs de lijn van artikel 359a Sv aangewezen zijn.²⁷ Het is (nog) niet geheel duidelijk wanneer invloed in de hier bedoelde zin als bepalend kan worden aangemerkt, daar kom ik hieronder op terug. De vraag of een rechtsgevolg aangewezen is en, zo ja, welk rechtsgevolg, ‘is mede afhankelijk van de aard en de ernst van dat verzuim of die handeling’.²⁸

Het wetsvoorstel dat aan de Raad van State werd voorgelegd ter advisering (de ‘ambtelijke versie’) ging een

13 De wettelijke regeling wordt ook op andere punten gewijzigd, zoals: de introductie van de schadevergoeding als processuele sanctie voor overschrijdingen van de redelijke termijn bij de berechting, de aanpassing van de regeling voor bewijsuitsluiting en toevoeging van gronden voor de niet-ontvankelijkverklaring.

14 Deze wettelijke beperking was overigens een afwijking van de door de commissie-Moons voorgestelde formulering van de wet waarin zowel vormverzuimen begaan tijdens het voorbereidend onderzoek als het onderzoek ter terechtzitting onder art. 359a Sv zouden vallen (zie G.J.M. Corstens (red.), *Rapporten herijking strafvordering 1993*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 52).

15 Zie uitgebreid R. Kuiper, *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014, p. 222-228; Samadi 2020, p. 178-185.

16 HR 30 maart 2004, NJ 2004/376, m.nt. Buruma, r.o. 3.4.2.

17 Deze jurisprudentiële beperking van de reikwijdte van art. 359a Sv was al voor het *Afvoerpip*-arrest vaste jurisprudentie en staat bekend als de salami-norm (zie noot Buruma o. 2 bij NJ 2009/440); HR 31 mei 2011, NJ 2011/412, m.nt. Schalken; HR 11 september 2001, NJ 2002/218, m.nt. Buruma.

18 Zie bijv. HR 14 november 2006, NJ 2007/179, m.nt. Buruma; 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.

19 HR 5 september 2006, NJ 2007/336, m.nt. T.M. Schalken; HR 15 november 2011, NJ 2012/36, m.nt. T.M. Schalken.

20 HR 5 oktober 2010, NJ 2011/169, m.nt. T.M. Schalken

21 G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 894-895.

22 Kuiper stelt dat de salami-regel in dergelijke gevallen niet altijd op een ‘te technisch juridische wijze moet worden benaderd’ (Kuiper 2014, p. 227).

23 Zie bijv. HR 18 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:638; HR 8 november 2016, NJ 2016/481; HR 29 mei 2007, NJ 2008/14, m.nt. Reijntjes.

24 Zie Samadi 2020, p. 181-183.

25 HR 1 december 2020, NJ 2021/169, m.nt. Jörg, r.o. 2.2.2; zie voor een uitgebreide analyse: D.B. Sander, S.J.C. van den Wijngaard & M. Kobari, ‘De reikwijdte van artikel 359a Sv: vormverzuimen bij en onrechtmatigheden buiten het voorbereidend onderzoek’, *DD* 2022/32.

26 Concl. A-G Bleichrodt, ECLI:NL:PHR:2020:654, punt 103.

27 HR 1 december 2020, NJ 2021/169, m.nt. N. Jörg, r.o. 2.2.2.

28 HR 1 december 2020, NJ 2021/169, m.nt. N. Jörg, r.o. 2.2.2.

stap verder dan de meest recente jurisprudentie van de Hoge Raad, in die zin dat de rechter meer vrijheid werd toebedeeld voor de beoordeling van de onrechtmatigheid. Het verbinden van processuele sancties aan onrechtmatigheden werd volgens die regeling niet beperkt tot die onrechtmatigheden die zijn begaan tijdens het vooronderzoek of anderszins van bepalende invloed zijn geweest op het verloop daarvan.²⁹ Centraal stond de onrechtmatige handeling zelf en de gevolgen ervan voor de strafprocedure. Dat bracht mee dat de feitenrechter meer ruimte werd gelaten om deze afweging naar eigen inzicht te maken.

Naast de hierboven reeds genoemde ontwikkelingen die in algemene zin hebben geleid tot de behoefte aan een ruimere wettelijke regeling van processuele sancties,³⁰ benoemt de minister expliciet de internationalisering van de strafrechtspleging in relatie tot de verruiming van de reikwijdte van de nieuwe regeling. Deze ontwikkeling heeft ertoe geleid dat steeds vaker resultaten van strafvorderlijke onderzoeken die in het buitenland zijn verricht (veelal door buitenlandse justitiële autoriteiten) een rol spelen in de Nederlandse strafprocedure. Wanneer onrechtmatig handelen van buitenlandse opsporingsautoriteiten inbreuk maakt op verdedigingsrechten, kan het (onder bepaalde voorwaarden) noodzakelijk zijn dat de Nederlandse rechter daar consequenties aan verbindt. Mede tegen deze achtergrond heeft de minister de nieuwe regeling niet willen beperken.³¹

4 Als gezegd is de Afdeling in het bijzonder kritisch op deze wijziging. De vrees is dat de regeling van de processuele sancties te ruim zou worden en daarmee zou leiden 'tot rechtsonzekerheid en tot overbelasting van het strafproces'.³² Dat leidt de Afdeling mede af uit de koppeling die wordt gemaakt met de internationalisering van de strafrechtspleging. Immers, indien de rechtmatigheid van het buitenlandse opsporingsonderzoek vaker ter discussie komt te staan in het Nederlandse strafproces, zou dit vaker vervolgonderzoek noodzakelijk maken waardoor 'het strafproces mogelijk ernstig wordt belast'.³³ De Afdeling schaaft zich dan ook achter het advies van de (kritische) consultatiepartijen, te weten het OM, de politie, de Raad voor de rechtspraak en de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak die in een eerder stadium van het wetgevingstraject negatief hebben geadviseerd over deze specifieke wijziging.³⁴ Volgens de consultatiepartijen zou deze wijziging kunnen leiden tot een grote toename van het aantal verzoeken om pro-

cessuele sancties waardoor de rechter zich minder goed zou kunnen richten op de beoordeling van het strafrechtelijk verwijt jegens de verdachte.³⁵

De Afdeling onderschrijft deze zorgen en acht een zekere mate van beperking van de regeling noodzakelijk. Zij adviseert daarom om de bepaling zo aan te passen dat deze beter aansluit bij de laatste stand van de jurisprudentie van de Hoge Raad.³⁶ In de Tweede Kamer-versie van het wetsvoorstel geeft de minister hieraan gehoor en overweegt hij dat in lijn met de jurisprudentie van de Hoge Raad onrechtmatigheden 'die buiten het opsporingsonderzoek en de vervolging hebben plaatsgevonden, kunnen leiden tot toepassing van processuele sancties, wanneer zij van bepalende invloed zijn geweest op het opsporingsonderzoek naar en de vervolging van de verdachte ter zake van het tenlastegelegde feit'.³⁷ Zoals gezegd, is in de jurisprudentie van de Hoge Raad nog niet uitgekristalliseerd wanneer hiervan precies sprake is, waardoor er nog een zekere inconsistentie waar te nemen is in die jurisprudentie.³⁸ Dat ligt mogelijk aan het feit dat bij de beoordeling of, en welk, rechtsgevolg aan een dergelijk vormverzuim wordt verbonden, de aard en de ernst van dat verzuim een belangrijke rol toekomt. Hierdoor kunnen 'minder ernstige' vormverzui- men alsnog onbesproken blijven door de rechter hoewel ze wel van bepalende invloed zijn geweest op het opsporingsonderzoek naar en de vervolging van de verdachte ter zake van het tenlastegelegde feit. Ter illustratie kan worden gewezen op het arrest van de Hoge Raad van 8 december 2020.³⁹ Een politiefunctionaris die in zijn vrije tijd op bezoek gaat bij een vriend, treft aldaar een hennepkwekerij aan in de slaapkamer van die vriend (na een uitdrukkelijk verzoek van de vriend die kamer niet te betreden). Bij het hof wordt een bewijsuitsluitingsverweer gevoerd vanwege het onrechtmatige handelen van de politiefunctionaris dat de basis vormde voor de strafzaak tegen verdachte. Het hof oordeelt evenwel dat hier geen sprake is van een 'vormverzuim in een voorbereidend onderzoek als bedoeld in art. 359a Sv', omdat de politiefunctionaris in zijn privé-tijd niet handelde in de hoedanigheid van opsporingsambtenaar en zijn handelen derhalve niet kan worden aangemerkt als opsporing in de zin van artikel 132a Sv. Kortom, het (al dan niet onrechtmatige) handelen van de verbalisant in de woning van verdachte kon niet worden aangemerkt als onderdeel van het voorbereidend onderzoek als bedoeld in

29 Zie art. 4.3.13-4.3.15 Conceptwetsvoorstel Wetboek van Strafvordering, ambtelijke versie juli 2020.

30 *Kamerstukken II 2022/23*, 36327, nr. 3, p. 1016-1017 en 1021-1022.

31 MvT ambtelijke versie juli 2020, p. 743-744.

32 *Kamerstukken II 2022/23*, 36327, nr. 4, p. 183.

33 *Kamerstukken II 2022/23*, 36327, nr. 4, p. 184.

34 Ook de Koninklijke Marechaussee adviseerde negatief in haar advies maar dit advies wordt niet expliciet aangehaald door de Afdeling. De redenen die zij aanvoerde komen in grote mate overeen met die van de genoemde consultatiepartijen (Kmar Advies, p. 5-6). De consultatieadviezen van de verschillende actoren zijn alle te raadplegen via: www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2017/11/13/documenten-modernisering-wetboek-van-strafvordering.

35 OM Advies Boek 4 Modernisering Wetboek van Strafvordering, p. 11; Raad voor de rechtspraak, p. 25-26; Advies van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak over de wetsvoorstellen boeken 3 tot en met 6 van het Wetboek van Strafvordering, p. 24.

36 *Kamerstukken II 2022/23*, 36327, nr. 4, p. 183.

37 *Kamerstukken II 2022/23*, 36327, nr. 3, p. 1017; art. 4.3.16: 'Indien het onrechtmatig handelen heeft plaatsgevonden buiten het opsporingsonderzoek of de vervolging zijn de artikelen 4.3.13, 4.3.14 en 4.3.15, eerste, tweede en derde lid, van overeenkomstige toepassing indien dat handelen van bepalende invloed is geweest op het opsporingsonderzoek naar of de vervolging van de verdachte ter zake van het tenlastegelegde feit.'

38 Zie HR 8 december 2020, *NJ 2021/12*; en uitgebreider Sander, Van den Wijngaard & Kobari 2022.

39 HR 8 december 2020, *NJ 2021/12*.

artikel 359a Sv. De Hoge Raad liet dit oordeel in stand, terwijl volgens de algemeen overkoepelende maatstaf zoals de Hoge Raad die een week eerder had geïntroduceerd, er op zijn minst een andere toetsing op haar plaats was geweest.⁴⁰ Een mogelijke verklaring kan zijn gelegen in de relatief geringe ernst van het vormverzuim. Immers, bij principiële onrechtmatigheden (zoals etnisch profileren)⁴¹ wordt deze nieuwe (ruimere) maatstaf wel degelijk gehanteerd (waarmee overigens niet is gezegd dat de Hoge Raad ook altijd een principieel standpunt inneemt tegen etnisch profileren⁴²).

Met de aansluiting bij de jurisprudentie van de Hoge Raad is de reikwijdte van de regeling aldus ingeperkt ten opzichte van de regeling die in de ambtelijke versie was neergelegd. Hoewel deze eerdere versie eveneens een zeker verband tussen het onrechtmatig handelen en het onderzoek ter terechtzitting veronderstelde, was dit verband impliciet en liet deze eerdere versie meer ruimte aan de rechter om daarover een oordeel te vormen.⁴³ Ook een relatief beperkt verband tussen een onrechtmatige handeling en de procedure waarover de rechter te oordelen heeft, zou afdoende kunnen zijn. Bovendien laat dit de rechter vrij zich ook te buigen over minder ernstige vormverzuimen, bijvoorbeeld aangaande privacyrechten. In de memorie van toelichting van de Tweede Kamer-versie wijst de minister er juist (en opnieuw) op dat het voor de hand ligt dat de rechter zich steeds vaker geconfronteerd zal zien met onrechtmatigheden die buiten het voorbereidend onderzoek zijn begaan en onrechtmatigheden die raken aan het recht op privacy. Vanuit dat perspectief had het voor de hand gelegen om het beoordelingskader juist ruimer te laten. Ik kom hier in paragraaf 3 nader op terug.

2.2 Normatief richtsnoer

Een tweede wijziging waar de Afdeling in het bijzonder kritisch op is, betreft het normatieve richtsnoer dat in het kader van de nieuwe regeling wordt geïntroduceerd, te weten het belang van een goede rechtsbedeling. Omdat in de literatuur al behoorlijk veel aandacht is besteed aan de achtergrond en invulling van dit criterium, behandel ik deze wijziging hier slechts op hoofdlijnen.⁴⁴

De minister onderbouwt het belang van invoering van dit criterium met de stelling dat het huidige artikel 359a Sv ten onterechte de suggestie wekt dat de rechter een grote vrijheid heeft bij de toepassing van deze bepaling. Gezien de strikte kaders die de Hoge Raad stelt voor de

toepassing van artikel 359a Sv, kan de bevoegdheid van de rechter om een processuele sanctie te verbinden aan onrechtmatig strafvorderlijk handelen bepaald niet worden geduid als een vrije bevoegdheid maar eerder als 'een bevoegdheid die tegen de achtergrond van strafvorderlijke doelstellingen moet worden toegepast'.⁴⁵ Mede in het licht van het legaliteitsbeginsel komt het passend voor dat de nieuwe wettelijke regeling hiervan blijk geeft. Dat beoogt de minister te bewerkstelligen met de invoering van dit normatieve richtsnoer. Tegelijkertijd acht de minister het van belang om de rechter niet al te veel beperkingen op te leggen, 'normering door de minister [...] kan en moet [niet meer] willen zijn dan een richtsnoer, op dit terrein waar rechtsvinding door de rechter van groot belang is en zal blijven'.⁴⁶

Wat betreft de inhoud van dit criterium, overweegt de minister als volgt:

'Deze formulering geeft uitdrukking aan de afweging die de rechter moet maken als aan de voorwaarden voor toepassing van de desbetreffende processuele sanctie is voldaan. Bij die afweging spelen de doelstellingen van strafprocesrecht een belangrijke rol. (...) Hoofddoelstelling van strafprocesrecht is, kort gezegd, te bevorderen dat de strafwet alleen op de schuldige wordt toegepast. Een nevensdoelstelling is de eerbiediging van de rechten en vrijheden van het slachtoffer. Deze doelstellingen zullen in het algemeen tegen het toepassen van een processuele sanctie pleiten. Een andere nevensdoelstelling van strafprocesrecht is het eerbiedigen van de rechten van de verdachte. Die doelstelling kan het toepassen van een processuele sanctie rechtvaardigen.'⁴⁷

Kortom, het belang van een goede rechtsbedeling brengt enerzijds tot uitdrukking dat de rechter zich bij de toepassing van processuele sancties rekenschap dient te geven van de belangen die gemoeid zijn in het strafproces maar beoogt anderzijds de rechter voldoende ruimte te geven om de relevante belangen *zelf* te selecteren en af te wegen. Dat brengt mee dat de rechter daarbij ook andere belangen dan de hierboven genoemde kan betrekken.⁴⁸ Het gaat hier, in de woorden van de minister, om een flexibel richtsnoer dat 'deels een vertaling van, deels een vervolg op de grenzen [is] die de Hoge Raad in zijn rechtspraak aan de toepassing van het huidige artikel 359a heeft gesteld'.⁴⁹ Deze invulling brengt volgens de memorie van toelichting (ambtelijke versie) mee dat de in artikel 359a lid 2 Sv opgenomen factoren 'het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt', kunnen komen te vervallen.⁵⁰ In de eerste plaats omdat deze factoren reeds besloten liggen in de belan-

40 Zie voor een kritische bespreking Sander, Van den Wijngaard & Kobari 2022.

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

42 HR 1 november 2016, NJ 2017/84, m.nt. B.F. Keulen; zie bijv. G. Spong, 'Rassendiscriminatie bij verkeerscontroles met zegen van de Hoge Raad', in: J.G.H. Altena e.a. (red.), *In onderlinge samenhang: Liber Amicorum Tineke Cleiren*, Den Haag: Boom Juridisch 2021, p. 1013-1033.

43 Zie art. 4.3.13 t/m 4.3.16 Conceptwetsvoorstel Wetboek van Strafvordering, ambtelijke versie juli 2020.

44 Zie o.a. T. Kooijmans, *In het belang van een goede rechtsbedeling* (afscheidsrede), Tilburg University 2021; L.E.M. Schreurs, 'De modernisering van artikel 359a Sv - terug naar de vorige eeuw?', *Boom Strafbblad* 2021/6; conclusie A-G Bleichrodt o. 6, NJ 2021/169.

45 *Kamerstukken II* 2022/23, 36327, nr. 3, p. 1016.

46 MvT, ambtelijke versie 2020, p. 747.

47 MvT, ambtelijke versie 2020, p. 747.

48 K.M. Pitcher & M. Samadi, 'Integriteit als perspectief bij de rechterlijke reactie op vormverzuimen', *DD* 2018/59, afl. 9, p. 731-746.

49 MvT, ambtelijke versie 2020, p. 747-748.

50 MvT, ambtelijke versie 2020, p. 748.

genafweging die de rechter maakt in het kader van het nieuwe richtsnoer. En in de tweede plaats omdat van deze opsomming van factoren ten onrechte de suggestie uitgaat dat de rechter *altijd* rekening dient te houden met deze factoren.⁵¹

De Afdeling is zowel kritisch op het (belang van het) nieuwe richtsnoer, als op het schrappen van de genoemde factoren.⁵² Volgens de Afdeling zijn deze wijzigingen niet te rijmen met de doelstelling die de minister ten grondslag legt aan de invoering van de nieuwe regeling van de controle op onrechtmatigheden, te weten het creëren van een minder 'vrijblijvende' regeling en het bieden van richting voor de belangenafweging die de rechter moet maken bij de toepassing van processuele sancties.⁵³ Het belang van een goede rechtsbedeling als criterium wekt, volgens de Afdeling, de suggestie 'dat de rechter meer ruimte heeft om deze belangenafweging zelf in te vullen' en is daarmee juist *minder* richtinggevend dan de huidige regeling.⁵⁴ Dit open karakter van het criterium wordt benadrukt door het gegeven dat het op verschillende plekken in het nieuwe wetboek terugkomt en afhankelijk van de context telkens een andere invulling lijkt te hebben.⁵⁵ Volgens de Afdeling zijn het juist de factoren genoemd in het tweede lid van artikel 359a Sv die houvast geven aan de rechter bij de afweging van belangen. De verdediging voert immers haar verweer langs de lijn van deze factoren en de rechter motiveert bij de toepassing van een sanctie waarom en in welke mate deze factoren aan de orde zijn. Zij stelt zich daarom de vraag of het schrappen van de factoren meebrengt dat de bestaande werkwijze voor verdediging en rechter verandert: 'Kunnen zij volstaan met een uitleg van wat zij onder een goede rechtsbedeling verstaan, zonder daarbij de factoren uit het tweede lid van artikel 359a Sv te behandelen?'.⁵⁶ De Afdeling adviseert dan ook de invoering van dit nieuwe normatieve richtsnoer te heroverwegen dan wel in ieder geval de huidige criteria uit het tweede lid van artikel 359a Sv alsnog op te nemen in de voorgestelde regeling.

De minister geeft deels gehoor aan dit advies. Hij handhaaft het belang van een goede rechtsbedeling als het normatieve richtsnoer bij de toepassing van processuele sancties door de rechter⁵⁷ omdat de wet hiermee duidelijker

blijkt geeft van het feit dat de sanctionering van onrechtmatigheden (in beginsel) een afweging van belangen vergt.⁵⁸ Wel ziet hij af van het schrappen van de wettelijke factoren uit het huidige artikel 359a lid 2. Ter onderbouwing van deze keuze stelt hij dat 'deze concrete factoren kunnen helpen om het soortelijk gewicht van de in het geding zijnde belangen te bepalen en daarmee houvast bieden bij de toepassing van de regeling'.⁵⁹ De vraag is of met dit compromis recht wordt gedaan aan de doelstellingen die ten grondslag lagen aan deze specifieke wijziging. Daar kom ik in het hiernavolgende op terug.

3. Het overkoepelde probleem

De discussie rondom deze twee specifieke wijzigingen en het gegeven dat beide (deels) zijn teruggedraaid, zijn illustratief voor de omgang met knelpunten in het toezicht op de strafvorderlijke overheid. Die knelpunten zijn grofweg terug te voeren tot twee kwesties; te weten de onduidelijkheid over wat precies de rol van de rechter is of zou moeten zijn bij het toezicht op de rechtmatigheid van het strafvorderlijk optreden (en in het verlengde daarvan wat de rechterlijke toets zou moeten inhouden) en hoe de rol van de rechter zich verhoudt tot de andere actoren die eveneens een toezichthoudende verantwoordelijkheid (zouden moeten) hebben.

3.1 De rol van de rechter

Om te beginnen met de rol van de rechter, vooropgesteld zij dat de minister zich niet expliciet uitlaat over wat volgens hem de rol van de rechter in het toezicht precies zou moeten zijn. Uit de stukken die ten grondslag liggen aan het wetsvoorstel kunnen echter wel wat voorzichtige conclusies worden getrokken hieromtrent. De initiële aanleiding voor de herziening van deze bepaling leek namelijk in ieder geval deels verband te houden met de lacunes in het toezicht op het handelen van de strafvorderlijke overheid.⁶⁰ Zoals hierboven besproken, zijn daar later andere redenen aan toegevoegd die nadrukkelijker in verband zijn gebracht met de behoefte aan herziening van deze regeling. Ik zal daar straks op terugkomen. Wat die lacunes in het toezicht betreft, is het de vraag of deze wel gelegen zijn in de *wettelijke* regeling van het rechterlijk toezicht en aldus (deels) kunnen worden verholpen door een aanpassing van die wet. De huidige bepaling is immers op zichzelf ruim opgesteld. De terughoudendheid van de rechter in de uitoefening van het toezicht op politie en justitie komt

51 MvT, ambtelijke versie 2020, p. 748.

52 Ook hier sluit het advies van de RvS aan bij de kritiek van de consultatiepartijen, zie OM Advies Boek 4 Modernisering Wetboek van Strafvordering, p. 8-10; Advies Raad voor de Rechtspraak, p. 29.

53 *Kamerstukken II 2022/23, 36327, nr. 4, p. 188.*

54 *Kamerstukken II 2022/23, 36327, nr. 4, p. 188.*

55 *Kamerstukken II 2022/23, 36327, nr. 4, p. 188, met een verwijzing naar Kooijmans 2021, p. 53-54.*

56 Advies RvS, p. 204.

57 Dat geldt voor strafvermindering en bewijsuitsluiting (art. 4.3.13 en 4.3.14); voor de niet-ontvankelijkverklaring geldt in de meeste gevallen een ander kader (zoals het eerlijk procesrecht en de 'basisvoorwaarden van een behoorlijke berechting', zie art. 4.3.15 lid 1 t/m 3). Slechts in die gevallen waarin het OM weigert om een op de terechtzitting gegeven bevel van de rechter ten uitvoer te leggen, kan de rechtbank het OM niet-ontvankelijk verklaren indien dat in het belang is van een goede rechtsbedeling (art. 4.3.15 lid 4).

58 *Kamerstukken II 2022/23, 36327, nr. 4, p. 189.* Het belang van een goede rechtsbedeling is overigens niet altijd het afwegingskader, zo wordt bij art. 4.3.15 lid 2 gekozen voor een afweging op basis van 'zwaarwegende omstandigheden' (en niet de goede rechtsbedeling). In het kort komt het erop neer dat art. 4.3.15 lid 2 tot uitdrukking brengt dat de genoemde sanctie in beginsel dient te volgen, en dat slechts in uitzonderlijke gevallen daarvan kan worden afgezien.

59 *Kamerstukken II 2022/23, 36327, nr. 4, p. 189.*

60 Zie in dat verband de opmerkingen van de minister in de Contourennota (*Kamerstukken I 2015/16, 33750 VI, AF, p. 102-103*).

veeleer voort uit de wijze waarop de Hoge Raad invulling geeft aan deze bepaling. In deze jurisprudentie zijn veel drempels opgeworpen voor de toepassing van dit artikel die niet (altijd) rechtstreeks uit de wettekst kunnen worden afgeleid. Gedacht kan worden aan de *Schutznorm*,⁶¹ de stelplicht voor de verdediging bij een 359a-verweer, de daarmee corresponderende hoge motiveringseisen wanneer een rechter overgaat tot toepassing van een rechtsgevolg⁶² en de uitsluiting van vormverzuimen die betrekking hebben op bevelen inzake de vrijheidsbenemende dwangmiddelen.⁶³ Aldus heeft de Hoge Raad – vanuit de gedachte dat de rechter niet primair verantwoordelijk is voor de rechtmatigheid van het handelen van politie en justitie – de controlerende taak van de rechter danig beperkt. De focus van het rechterlijk toezicht ligt op het bewaken van de eerlijkheid van de strafprocedure en niet, of in veel mindere mate, op het borgen van andere subjectieve rechten van de verdachte of het bewaken van de algehele rechtmatigheid en integriteit van de strafprocedure.⁶⁴ Niet zozeer de wet, maar veeleer de jurisprudentiële beperkingen ervan zijn debet aan de beperkte rechterlijke controle van het onderzoek. Tegen deze achtergrond waren de voorgestelde wijzigingen – hoewel bescheiden – veelzeggend. Niet alleen werd ervoor gekozen de (vele) jurisprudentiële drempels niet te codificeren, ook werd de regeling ruimer van opzet. Illustratief in dit verband was het schrappen van het vereiste dat de onrechtmatigheid in het voorbereidend onderzoek had plaatsgevonden. Daarnaast heeft het nieuwe criterium op basis waarvan de rechter tot een belangenafweging dient te komen – het belang van een goede rechtsbedeling – een zekere mate van openheid. Dat criterium kan weliswaar niet geheel naar eigen inzicht van de rechter worden ingevuld – de minister geeft expliciet mee dat de rechter acht moet slaan op de doelstellingen van het strafproces en de conflicterende belangen bij de sanctionering van onrechtmatigheden⁶⁵ – maar biedt wel meer ruimte voor een op maat gesneden belangenafweging dan het huidige strikte kader dat volgt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad. Het is een flexibel richtsnoer, om met de minister te spreken.

Hoewel de wijzigingen aldus niet fundamenteel van aard zijn, kunnen zij wel worden gezien als een signaal aan de rechter om bij zijn toezichthoudende taak meer ruimte te nemen. Temeer daar in de memorie van toelichting wordt gewezen op een aantal ontwikkelingen

die het belang van rechterlijk toezicht hebben vergroot. Nog altijd blijft het uitgangspunt dat de rechter niet de primaire toezichthouder is op het handelen van opsporingsambtenaren⁶⁶ – en in het verlengde daarvan blijft ook de subsidiariteitsgedachte bij de sanctionering van onrechtmatigheden geldend⁶⁷ – maar tegelijkertijd werd met deze ruimere bepaling ook afstand genomen van het categorisch onttrekken van bepaalde onrechtmatigheden aan het rechterlijk toezicht.

Volgens de Afdeling zou een te ruimhartige rechterlijke controle van het handelen van de opsporing ten koste kunnen gaan van de kern van de strafprocedure (het oordeel over het handelen van de verdachte), en ook zou de ongerichtheid van het nieuwe criterium kunnen resulteren in rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid. Waar deze vrees precies op is gebaseerd, wordt niet nader geconcretiseerd. Als het verleden een leermeester is, is er namelijk weinig te vrezen. Deze zorgen roepen namelijk een sterke associatie op met de discussie die is gevoerd ten tijde van de invoering van het huidige artikel 359a Sv. Ook destijds werd de wettelijke regeling (het huidige art. 359a Sv) als te open en weinig richtinggevend ervaren.⁶⁸ De wetgever was voornemens om de in de jurisprudentie tot stand gekomen rechterlijke controle van het vooronderzoek te voorzien van een wettelijke grondslag en was niet voornemens om zich daarbij uit te laten over de waarde (of het belang) van specifieke strafvorderlijke normen.

Het ontbreken van een – door de wetgever bepaalde – waardeschaal waaraan het belang van een strafvorderlijk voorschrift kon worden getoetst in combinatie met een stelsel waarin de rechter ‘open toetst’ wanneer de overtreding van regels aan een sanctie (en welke sanctie) is gebonden, zou resulteren in een onevenwichtig stelsel. Rechtspraak is immers ‘per definitie casuïstisch en dus onvast’ en wanneer de wettelijke regeling weinig houvast biedt, dreigt de ‘gehele handhaving van het procesrecht in handen van de rechter’ te komen.⁶⁹ Deze ruime beslissingsvrijheid voor de rechter bedreigde ‘het aan artikel 1 Sv ten grondslag liggende beginsel van eenheid van procesrecht’⁷⁰ en zou resulteren in rechts-

61 Deze eis speelde ook al voor de invoering van art. 359a Sv een rol in de jurisprudentie, zie NJ 18 december 1990, NJ 1991/343, m.nt. Van Veen; de commissie-Moons wilde deze eis echter niet vastleggen in de nieuwe bepaling omdat deze nog onvoldoende uitgekristalliseerd was om in te geven te worden gegoten (Corstens 1993, p. 55).

62 Samadi 2020, p. 192-199.

63 Samadi 2020, p. 205-206.

64 Zie uitgebreid: Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 896-898; Samadi 2020, p. 241-243.

65 *Kamerstukken II 2022/23*, 36327, nr. 3, p. 1023; overigens geeft de MvT anders dan bij het huidige art. 359a Sv duidelijk aan dat en welke conflicterende belangen er zijn in dit verband (zie hierover uitgebreid Brinkhoff 2016).

66 *Kamerstukken II 2022/23*, 36327, nr. 3, p. 1034.

67 Zie conclusie A-G Bleichrodt, ECLI:NL:PHR:2020:654, punt 120-121; en NJ 2021/169, r.o. 2.1.3.

68 Als bekend werd met de invoering van deze bepaling het buitenwettelijke sanctiearsenaal dat in de jurisprudentie tot stand was gekomen als reactie op vormverzuimen voorzien van een wettelijke grondslag. Bij deze codificatie stond het uitgangspunt centraal dat de rechter beter dan de minister de in concreto in het geding zijnde belangen kan afwegen en de gevolgen daarvan kan bepalen. De wetgever paste dan ook terughoudendheid. Hij schiep slechts het kader voor deze rechterlijke bevoegdheid en liet de rechter een ruime vrijheid bij de toepassing ervan. Hij overwoog daartoe nadrukkelijk dat de selectie van factoren en belangen – zo werd bijvoorbeeld de *Schutznorm* niet gecodificeerd – en de afweging daarvan bij uitstek een taak is voor de rechter. Zie uitgebreid *Kamerstukken II 1993/94*, 23705, nr. 3, p. 25; Corstens 1993, p. 9.

69 S.A.M. Stolwijk, ‘Recht in vorm; de vorm uit het recht?’, *DD 1993/23*, afl. 9, p. 874-875.

70 J.W. Fokkens, ‘Recht in vorm?’, *DD 1993/23*, afl. 9, p. 913.

onzekerheid en rechtsongelijkheid.⁷¹ Het moge duidelijk zijn dat deze zorgen niet bewaarheid werden, althans niet op de wijze waarop werd gevreesd: namelijk een geheel open bepaling waarvan de invulling zou worden overgelaten aan de grillen van de feitenrechter. Het dwingende en gedetailleerde jurisprudentiële kader dat sindsdien tot stand is gekomen heeft de feitenrechter wel degelijk kaders gegeven. Tegelijkertijd is de feitenrechtspraak niet geheel consistent met deze strikte lijn van de Hoge Raad.⁷² Feitenrechters wijken namelijk met regelmaat af van dit jurisprudentiële kader. Dat kan te maken hebben met onduidelijkheden in dat kader; een goed voorbeeld is de invulling die de Hoge Raad lange tijd heeft gegeven aan de reikwijdte van de bepaling en de vele uitzonderingen erop.⁷³ Daar waar feitenrechters een ruimere invulling geven aan hun toezichthoudende taak dan de jurisprudentie van de Hoge Raad billijkt, gaat het doorgaans om principiële schendingen.⁷⁴ En het is juist in dit soort situaties waarin de rechter ruim baan dient te krijgen om daadwerkelijk maatwerk te kunnen leveren. Daartoe is het nieuw in te voeren criterium juist een stap in de goede richting. Op het criterium het belang van een goede rechtsbedeling is veel aan te merken,⁷⁵ maar het heeft ook een heel belangrijk voordeel. Het is een open criterium dat tot uitdrukking brengt dat de rechter bij zijn afweging om al dan niet een rechtsgevolg te verbinden aan een onrechtmatigheid acht moet slaan op verschillende belangen terwijl die belangen niet altijd dezelfde zijn of hetzelfde gewicht hebben.⁷⁶ Een dergelijke benadering gaat inderdaad ten koste van een zekere mate van rechtszekerheid maar deze flexibiliteit is onmiskenbaar onderdeel van een stelsel waarin de taak van de rechter in het toezicht noch in zichzelf, noch in relatie tot andere actoren een strakke afbakening kent.

3.2 De rol van het OM

De vraag naar de reikwijdte van het rechterlijk toezicht en het precieze kader dat de rechter in dat verband moet toepassen, hangt nauw samen met de rol die andere actoren hebben in het toezicht op de strafvordering. Immers, wanneer duidelijk zou zijn wat de rol van andere actoren is in het toezicht, kan ook het rechterlijk toezicht scherper worden afgebakend (zowel qua reikwijdte als qua inhoud). Dat is nu echter niet het geval. Zowel in de memorie van toelichting als in het advies van de Afdeling wordt meermaals (terecht) benadrukt dat de rechter niet alleen of zelfs primair verantwoordelijk is

voor het toezicht op de strafvordering.⁷⁷ Tegen deze achtergrond is het uitgangspunt dat de rechter (ook)⁷⁸ terughoudendheid past bij het verbinden van rechtsgevolgen aan vormverzuimen.⁷⁹ De rechter kan er immers van uitgaan dat buiten het strafproces op diverse wijzen toezicht gehouden wordt op de rechtmatigheid van het strafvorderlijk overheidshandelen, aldus de minister.⁸⁰ In dat verband wordt in het bijzonder gewezen op de rol van de officier van justitie (en in meer algemene zin het OM).⁸¹ Hij is belast met het gezag over het opsporingsonderzoek en dient ‘in die hoedanigheid de rechtmatigheid en betrouwbaarheid van het opsporingsonderzoek te waarborgen’.⁸²

Ook het OM en de politie wijzen op het toezicht dat buiten de rechter om wordt uitgeoefend. Al in de fase van de contourennota hadden beide consultatiepartijen kritische kanttekeningen geplaatst bij het voornemen van de minister om de regeling van het toezicht op de opsporing in het nieuwe Wetboek van Strafvordering onder te brengen.⁸³ De politie was hierin het meest stellig. Zij stelde zich op het standpunt dat het vraagstuk omtrent het toezicht op het strafvorderlijk handelen van politie en justitie niet thuishoort in het nieuwe wetboek en dat ‘het waken voor de handhaving en uitvoering van wettelijke voorschriften primair behoort te liggen bij de verschillende organisaties in de strafrechtsketen’, in het bijzonder bij de politie zelf.⁸⁴ Zij was – in weerwil van andersluidend onderzoek – van oordeel dat het ‘samenstel van intern, extern en rechterlijk toezicht’ wel degelijk afdoende is en geen uitbreiding behoeft.⁸⁵

Inderdaad houdt de officier van justitie – en meer algemeen het OM – toezicht op de rechtmatigheid van het strafvorderlijk handelen. Maar dit toezicht is verre van volledig (ook niet als aanvulling op het rechterlijk toezicht).⁸⁶ Het belangrijkste knelpunt *in dit verband* is de gerichtheid van de officier van justitie op het rechterlijk

71 A.J.A. van Dorst, ‘Commissie Moons en de voorlopige hechtenis’, *DD* 1993/23, afl. 9, p. 888-889; G. Spong, ‘Vormverzuimen in het strafrecht’, *DD* 1993/23, afl. 9, p. 924.

72 Samadi 2020, hfdst. 7; J.M.W. Lindeman, ‘De (niet-)ontvankelijkheid van het OM en het rechterlijk pardon’, *TBS&H* 2021/2, p. 114-122.

73 Zie Samadi 2020, p. 205-211 en 289-291; Een ander voorbeeld is het gesloten stelsel van rechtsmiddelen dat lange tijd een onduidelijke drempel is geweest voor de toepassing van art. 359a Sv.

74 Bijvoorbeeld bij geweldsaanwending door de politie maar ook bij onjuist verbaliseren en schendingen van het huisrecht, Samadi 2020, p. 273-279 en 281-283.

75 Kooijmans 2021, p. 51-58.

76 *Kamerstukken II* 2022/23, 36327, nr. 3, p. 1022-1025.

77 *Kamerstukken II* 2022/23, 36327, nr. 3, p. 1017; *Kamerstukken II* 2022/23, 36327, nr. 4, p. 180.

78 Zie voor het onderscheid tussen toezicht/controle en sanctionering Samadi 2020, p. 9-10.

79 Dit uit zich onder meer in het feit ‘dat voor een lichtere sanctie dient te worden gekozen als hiermee voldoende aan de geschonden rechten van de verdachte tegemoet kan worden gekomen’ (*Kamerstukken II* 2022/23, 36327, nr. 4, p. 180-181).

80 *Kamerstukken II* 2022/23, 36327, nr. 3, p. 1017.

81 *Kamerstukken II* 2022/23, 36327, nr. 3, p. 1033; overigens benoemt de minister in de MvT een flink aantal interne en externe toezichtmechanismen zonder dat duidelijk is of en hoe dit een ‘sluitend stelsel van toezicht’ vormt. Er is immers sinds de laatste onderzoeken hiernaar (waaronder een onderzoek in opdracht van de minister zelf) geen noemenswaardige verandering in dit stelsel gekomen (zie p. 1033-1036).

82 Aldus (ook) de Afdeling advisering van de RvS: *Kamerstukken II* 2022/23, 36327, nr. 4, p. 181.

83 OM Advies concept-Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering, 2 april 2015, p. 6; Politie, Consultatieadvies Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering, 1 april 2015, p. 11.

84 Politie, Consultatieadvies Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering, 1 april 2015, p. 11.

85 Politie, Consultatieadvies Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering, 1 april 2015, p. 11.

86 Zie uitgebreid over de knelpunten in het toezicht door de officier van justitie: Samadi 2020, p. 293-356.

kader. Bij de uitoefening van zijn toezichthoudende taak is de officier van justitie uiteraard niet beperkt door het jurisprudentiële kader van artikel 359a Sv, maar hij waarborgt in algemene zin de rechtmatigheid, integriteit en betrouwbaarheid van het opsporingsonderzoek. Althans, zo is de veronderstelling. Mede vanwege het gebrek aan een eenduidige invulling van wat dit toezicht precies dient in te houden, laat de officier van justitie zich in belangrijke mate leiden door het rechterlijk kader. Dat geldt ten aanzien van de vraag wanneer een consequentie aan een normovertreding verbonden dient te worden en welke consequentie dit dan dient te zijn, maar ook ten aanzien van de normen waarop het toezicht zich richt.⁸⁷ De consequentie van deze gerichtheid op het rechterlijk toezicht is dat ook de officier van justitie met name toeziet op de naleving van de procesrechten van de verdachte, maar dat andere normen – zoals privacynormen – minder zijn aandacht hebben. Dat is des te problematischer nu de terughoudendheid van de rechter (mede) voortvloeit uit de gedachte dat *juist* de officier van justitie dit toezicht uitoefent.

Naar aanleiding van de kritiek op deze lacunes in het strafvorderlijk toezicht wordt ook op het niveau van het OM als organisatie nagedacht over vormgeving van het toezicht op de opsporing. Zo is in 2019 door het College van procureurs-generaal de *OM-Reflectiekamer kwaliteitsontwikkeling* ingesteld die bestaat uit oud-rechters, advocaten, politiefunctionarissen, wetenschappers en officieren van justitie.⁸⁸ Deze reflectiekamer heeft tot doel om ‘aanvullend te reflecteren op vormverzuimen die door de rechter zijn geconstateerd’ om zo lering te trekken uit gemaakte fouten.⁸⁹ Deze lessen zouden bijvoorbeeld kunnen leiden tot aanpassing van werkwijzen binnen de opsporing.⁹⁰ Hoewel het mogelijk nog te vroeg is om conclusies te trekken over de effectiviteit van deze vorm van toezicht, kan wel in algemene zin worden gesteld dat de instelling van de OM-reflectiekamer een belangrijk *aanvullend* toezichtmechanisme zou kunnen vormen. Wel is de focus van de reflectiekamer op vormverzuimen die door de rechter worden geconstateerd veelzeggend. Het onderstreept andermaal de doorwerking van het rechterlijk toezicht op het toezicht dat binnen de opsporing wordt uitgeoefend op de rechtmatigheid van het handelen van politie en justitie.

Het verruimen van de reikwijdte van het rechterlijk toezicht kan zo gezien ook een positieve invloed hebben op het toezicht dat door de officier van justitie en het OM wordt uitgeoefend. In ieder geval verdient het aanbeveling om het rechterlijk toezicht niet categorisch te beperken omdat daarmee het risico ontstaat dat die handelingen die buiten de reikwijdte van het rechterlijk

toezicht vallen, ook niet door andere instanties zullen worden gecontroleerd.

4. Tot besluit

Met de voorgenomen herziening van de regeling van de rechterlijke reactie op onrechtmatigheden brengt de minister geen fundamentele wijzigingen aan. Dat lag ook niet voor de hand aangezien het probleem met het rechterlijk toezicht vooral gelegen is in de wijze waarop hier in de praktijk uitvoering aan wordt gegeven en niet zozeer in de wettelijke grondslag ervan. Wel leken de aanvankelijk voorgestelde wijzigingen en de onderbouwing daarvan te zinspelen op een enigszins grotere rol voor de rechter in dezen. In het wetsvoorstel zoals dat aan de Twee Kamer is voorgelegd, lijkt de minister, op advies van de Raad van State, daarvan terug te komen. Het voorstel is nog steeds ruimer van opzet dan de huidige wettelijke grondslag, maar in vergelijking tot de eerdere versies veel beperkter. De minister stelt hieromtrent dat het belang van rechterlijk toezicht op de opsporing achteraf weliswaar is vergroot en de herziening van de regeling aldus tegen die achtergrond kan worden gezien, maar dat die ontwikkeling zich al in belangrijke mate heeft vertaald in een ruimere toepassing van artikel 359a Sv in de meest recente jurisprudentie van de Hoge Raad.⁹¹ Hiermee bagatelliseert de minister de verschillen tussen de regeling voor het rechterlijk toezicht zoals deze was neergelegd in de ambtelijke versie uit juli 2020 en het huidige wetsvoorstel zoals dat aan de Tweede Kamer is toegezonden. De regeling die in de ambtelijke versie uit 2020 stond, was immers wel degelijk ruimer dan de laatste standaardarresten van de Hoge Raad inzake artikel 359a Sv. Deze toelichting doet dan ook geen recht aan de doelstellingen die (eerder) ten grondslag zijn gelegd aan de herziening van deze regeling.

Daarnaast overtuigt ook het advies van de Raad van State – en daarmee ook de bezwaren van de consultatiepartijen – niet. Het wordt niet duidelijk waarom een verruiming van de reikwijdte van de regeling zou resulteren in een overbelasting van de strafprocedure. Op basis van het verleden is er weinig aanleiding daarvan uit te gaan. Bovendien lijken de ontwikkelingen die de minister in de memorie van toelichting benoemt, te nopen tot meer controle op en normering van het handelen van de strafvorderlijke overheid. Gezien de doorwerking van dat toezicht in het toezicht door andere instanties is het dan ook verstandig de feitenrechter juist meer ruimte te laten bij de uitoefening van deze taak en categorische beperkingen zo veel mogelijk weg te nemen. Het toezicht elders is immers nog altijd niet afdoende geregeld. Bovendien heeft rechterlijk toezicht ook een belangrijke symbolische waarde waardoor dit toezicht niet zomaar kan worden overgenomen door andere instanties. Het is

87 Samadi 2020, p. 312 e.v.

88 *Stcr*. 2019, 66481; zie art. 1 Instellingsbesluit OM-Reflectiekamer Kwaliteitsontwikkeling.

89 Zie het persbericht van het OM: www.om.nl/actueel/nieuws/2019/11/07/om-reflectiekamer-kwaliteitsontwikkeling-kijkt-naar-vormverzuimen.

90 Art. 1 Instellingsbesluit OM-Reflectiekamer Kwaliteitsontwikkeling.

91 *Kamerstukken II* 2022/23, 36327, nr. 4, p. 180.

daarom zeer wenselijk dat de feitenrechter zich nadrukkelijk bemoeit met de controle op de opsporing. Daarom zou het goed zijn als de minister het wetsvoorstel alsnog herziet en deze cruciale wijzigingen terugdraait. Hiermee wordt de rechter nadrukkelijk de ruimte gelaten invulling te geven aan zijn toezichhoudende taak.