

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a preprint version which may differ from the publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/162373>

Please be advised that this information was generated on 2020-09-27 and may be subject to change.

De toepassing van art. 359a Sv anno 2016. Een pleidooi voor herstel van balans en de terugkeer naar echte rechterlijke vrijheid

Dr. mr. S. Brinkhoff¹

Hoge Raad 6 januari 2015, NJ 2015, 109, m.nt. Schalken

“3. Beoordeling van het tweede middel

3.1.

Het middel klaagt dat het Hof het gevoerde verweer dat de berichten die zijn uitgelezen uit de inbeslaggenomen Blackberry van de verdachte moeten worden uitgesloten van het bewijs ten onrechte, althans op ontoereikende gronden heeft verworpen.

3.2.1.

Het Hof heeft ten laste van de verdachte bewezenverklaard dat:

"hij meermalen in de periode van 01 juli 2010 tot en met 15 maart 2011 te Veldhoven telkens opzettelijk heeft verkocht en/of afgeleverd en/of verstrekt een hoeveelheid cocaïne, zijnde cocaïne een middel als bedoeld in de bij de Opiumwet behorende lijst I."

3.2.2.

Het Hof heeft het in het middel bedoelde verweer als volgt samengevat en verworpen:

"De verdediging heeft vrijspraak bepleit. Daartoe heeft de verdediging primair aangevoerd dat de enkele verklaring van [betrokkene] en de door de verdachte aangegane transactie ter zake een Opiumwetdelict niet tot een redelijk vermoeden van schuld ten aanzien van de onderhavige verdenking had mogen leiden. De opsporingsbevoegdheden in het kader van het onderzoek jegens verdachte - aanhouding van verdachte en de doorzoeking van de woning - zijn derhalve niet rechtmatig aangewend en dienen te leiden tot bewijsuitsluiting, ingevolge artikel 359a van het Wetboek van Strafvordering. De door de verdachte afgelegde verklaringen alswel de berichten die zijn uitgelezen uit de Blackberry van verdachte dienen te worden uitgesloten van het bewijs. Subsidiair heeft de verdediging aangevoerd dat er geen rechtsgeldige bevoegdheid bestond tot het doorzoeken van de woning van verdachte waarbij de Blackberry van verdachte in beslag is genomen. Dit toestel is derhalve onrechtmatig in beslag genomen en de uitgelezen berichten dienen te worden uitgesloten van het bewijs.

Het hof overweegt als volgt.

(...)

Onrechtmatige doorzoeking

Op dinsdag 15 maart 2011 is een machtiging afgegeven tot binnentreden van de woning van verdachte op grond van artikel 55 van het Wetboek van Strafvordering. Deze machtiging had betrekking tot het binnentreden van de woning ter aanhouding van de verdachte. Blijkens onder meer het proces-verbaal van bevindingen (nummer PL2218 2011023947-51 blz. 561) hebben verbalisanten de woning, nadat verdachte niet werd aangetroffen, doorzocht.

Verdachte heeft voorafgaand aan de doorzoeking van de woning geen toestemming hiertoe verleend. Tijdens deze doorzoeking is de Blackberry van verdachte in beslag genomen.

Op grond van artikel 97 van het Wetboek van Strafvordering kan in geval van ontdekking op heterdaad danwel in geval van verdenking van een strafbaar feit waarvoor voorlopige hechtenis is toegestaan - bij dringende noodzakelijkheid - de (hulp)officier van justitie een

¹ dr. mr. S. Brinkhoff is als universitair docent verbonden aan de vaksectie straf(proces)recht en criminologie van de Radboud Universiteit Nijmegen.

woning doorzoeken. Hiervoor is altijd voorafgaand een machtiging van de rechter-commissaris noodzakelijk. Uit het voorhanden zijnde dossier is niet gebleken dat de rechter-commissaris zo'n machtiging heeft afgegeven. De verbalisanten hadden de situatie moeten bevriezen en de machtiging moeten afwachten, dan wel - indien geen sprake was van dringende noodzakelijkheid - de komst van de rechter-commissaris (ingevolge artikel 110 van het Wetboek van Strafvordering).

Tevens was in het onderhavige geval geen sprake van ontdekking van een strafbaar feit op heterdaad en was, zoals hiervoor onder het kopje 'Onrechtmatige aanhouding' reeds is geoordeeld, geen sprake van een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit door verdachte waarvoor voorlopige hechtenis is toegestaan.

Het hof komt derhalve tot de conclusie dat de doorzoeking van de woning van verdachte onrechtmatig is. Aldus is naar het oordeel van het hof sprake van een onherstelbaar vormverzuim in het voorbereidend onderzoek in de zin van artikel 359a van het Wetboek van Strafvordering.

Het hof dient vervolgens de vraag te beantwoorden welke rechtsgevolgen aan voormeld vormverzuim moeten worden verbonden. Bij de beoordeling hiervan dient het hof rekening te houden met de eerder genoemde factoren, te weten het belang van het geschonden voorschrift, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt.

Het hof stelt daarbij voorop dat het belang van de verdachte dat het gepleegde feit niet wordt ontdekt, niet kan worden aangemerkt als een rechtens te respecteren belang. Een eventuele schending van dat belang van verdachte als gevolg van een vormverzuim levert dus niet een nadeel op als bedoeld in art. 359a, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering.

De raadsman heeft geconcludeerd tot bewijsuitsluiting van de uitgelezen berichten uit de in beslag genomen Blackberry.

Bewijsuitsluiting kan slechts aan de orde komen indien het bewijsmateriaal door het verzuim is verkregen, en komt in aanmerking indien door de onrechtmatige bewijsgaring een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden. Het belang dat het geschonden voorschrift dient, is de bescherming van de huisvrede en het privéleven van de bewoner. De verdachte is getroffen in die belangen en het gaat hier om belangrijke rechtsbeginselen. Het hof is evenwel van oordeel dat verdachte in onvoldoende mate nadeel als gevolg van de schending van het voorschrift heeft ondervonden om over te gaan tot bewijsuitsluiting. Het hof overweegt dienaangaande dat verdachte na de doorzoeking van de woning en de inbeslagneming van de Blackberry alsnog toestemming heeft verleend tot de doorzoeking van de woning. Dit terwijl de verdachte in de positie verkeerde om hiertegen bezwaar maken. Dat de verdachte niet is geweest op de mogelijkheid om geen toestemming te verlenen - zoals door de verdediging is gesteld - doet hier niet aan af. Immers reeds het feit dat om toestemming wordt gevraagd, duidt er op dat die toestemming ook kan worden geweigerd.

Het verweer van de verdediging wordt dan ook verworpen. Het hof komt tot de slotsom dat kan worden volstaan met de constatering dat sprake is van een onherstelbaar vormverzuim."

3.2.3.

Het proces-verbaal van de terechtzitting in hoger beroep houdt in dat de raadsvrouw het woord ter verdediging heeft gevoerd overeenkomstig een aan het proces-verbaal gehechte pleitnota. Die pleitnota houdt – voor zover hier van belang – het volgende in:

"16. Nu geen bevoegdheid heeft bestaan tot doorzoeking van de woning en dit gebrek naar mijn mening niet kan worden hersteld met de later verleende toestemming door cliënt, is het mobiele telefoontoestel onrechtmatig in beslag genomen en hadden de gegevens die daaruit zijn gelezen door de politierechter moeten worden uitgesloten van bewijs.

17. Hiermee is immers sprake van een vormverzuim bij het voorbereidend onderzoek dat niet meer kan worden hersteld en waarvan de rechtsgevolgen niet uit de wet. blijken.

Omdat hier sprake is van een dusdanig ernstige schending van een strafvorderlijke waarborg, dient daaraan het gevolg te worden verbonden dat de resultaten die door het verzuim – en daarmee onrechtmatig - zijn verkregen, niet mogen bijdragen aan het bewijs van het ten laste gelegde."

3.3.

Het Hof heeft vastgesteld dat de doorzoeking heeft plaatsgevonden zonder voorafgaande machtiging van de Rechter-Commissaris dan wel voorafgaande toestemming van de verdachte. In zijn overwegingen heeft het Hof als zijn oordeel tot uitdrukking gebracht dat de omstandigheid dat de doorzoeking van de woning van de verdachte, die na de doorzoeking en de inbeslagneming van de Blackberry alsnog toestemming heeft gegeven tot de doorzoeking van de woning, onrechtmatig is geweest, niet een zodanig ernstig vormverzuim oplevert dat dit moet leiden tot uitsluiting van het bewijs. Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk, in aanmerking genomen dat het gevoerde verweer omtrent de ernst van het verzuim en het daardoor veroorzaakte nadeel niet meer inhoudt dan dat sprake is van "een ernstige schending van een strafvorderlijke waarborg". (Vgl. HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, NJ 2013/308).

3.4.

Het middel is tevergeefs voorgesteld.”

Hoge Raad 22 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2775

“2.1.

Het middel komt op tegen de door het Hof gegeven vrijspraak van het tenlastegelegde en klaagt over het oordeel van het Hof dat aan het geconstateerde vormverzuim het rechtsgevolg van bewijsuitsluiting dient te worden verbonden.

2.2.

Aan de verdachte is tenlastegelegd dat:

"hij op of omstreeks 31 januari 2007 te Amsterdam opzettelijk heeft vervoerd, in elk geval opzettelijk aanwezig heeft gehad, een hoeveelheid van (ongeveer) 2,95 kilogram, in elk geval een hoeveelheid van meer dan 30 gram, van een materiaal bevattende hennep, in elk geval een middel vermeld op de bij de Opiumwet behorende lijst II."

2.3.

Het Hof heeft de vrijspraak als volgt gemotiveerd:

"De raadsman heeft ter terechtzitting in hoger beroep d.d. 5 maart 2014 betoogd dat het openbaar ministerie niet-ontvankelijk dient te worden verklaard in de vervolging van de verdachte.

Verbalisant [verbalisant 1] heeft in het door haar opgemaakte proces-verbaal van 1 februari 2007 vastgelegd dat zij de motoragenten die de verdachte tot stoppen hebben gemaand de opdracht heeft gegeven de verdachte in het kader van de Opiumwet te controleren. Verbalisant [verbalisant 1] heeft als getuige ter terechtzitting d.d. 5 maart 2014 verklaard dat zij haar processen-verbaal zorgvuldig opmaakt. Hoofdagent [verbalisant 2] heeft, ter terechtzitting van 5 maart 2014 als getuige verklaard, dat hij de auto een stopteken heeft gegeven op basis van de Wegenverkeerswet 1994 (verder: WVV 1994). Uit zijn verklaring lijkt de conclusie te kunnen worden getrokken dat niet is gevraagd naar het rijbewijs en/of het kentekenbewijs. In deze zaak is evident misbruik gemaakt van de in artikel 160 WVV 1994 omschreven controlebevoegdheden, aldus de raadsman.

Er was een onvolledige verdenking jegens de verdachte dat hij betrokken was bij een Opiumdelict en daarom zijn de bevoegdheden uit de WVV 1994 gebruikt om de verdachte staande te houden.

De auto van de verdachte zou niet gecontroleerd zijn als die geen onderwerp was van een strafrechtelijk onderzoek.

Het onrechtmatig handelen van de politie dient er toe te leiden dat het openbaar ministerie niet ontvankelijk wordt verklaard in de vervolging van de verdachte, dan wel tot uitsluiting van het daardoor verkregen bewijs, te weten het aantreffen van de hennep, aldus de raadsman.

Tevens heeft de raadsman betoogd dat het openbaar ministerie in zijn strafvervolging niet ontvankelijk verklaard dient te worden, nu het in artikel 6 EVRM bedoelde recht van de verdachte op een openbare behandeling van de strafzaak binnen een redelijke termijn, in zeer ernstige mate is geschonden.

Tot slot is de raadsman van oordeel dat beide verweren, ieder voor zich maar ook in samenhang bezien, kunnen leiden tot het oordeel dat het openbaar ministerie niet ontvankelijk is in de vervolging van de verdachte.

Het hof overweegt hieromtrent als volgt.

Détournement de pouvoir

Uit het dossier blijkt dat op 31 januari 2007, in het kader van een onderzoek naar verdovende middelen, twee auto's onder observatie zijn genomen (dossierpagina's 11 en 12), te weten een Audi A3 en een Mercedes. Verbalisant [verbalisant 1] heeft in haar proces-verbaal doorzoeking ter inbeslagneming d.d. 1 februari 2007 verklaard dat zij aan collega's van de uniformdienst de opdracht heeft gegeven om de auto Audi A3 een stopteken te geven ten behoeve van opsporing in het kader van de Opiumwet (dossierpagina 33).

Verbalisant [verbalisant 2], als getuige gehoord ter terechtzitting in hoger beroep d.d. 5 maart 2014, heeft verklaard dat hij de verdachte een stopteken heeft gegeven op basis van de WVV 1994 omdat hij niet zeker wist in welke auto zich de hennep bevond. Hij kan zich niet meer herinneren of hij om een rijbewijs dan wel een kentekenbewijs heeft gevraagd.

Het hof heeft, gezien het voorgaande, niet de overtuiging gekregen dat de betrokken politieambtenaren de auto van de verdachte door het geven van een stopteken - mede - hebben doen stoppen om zich te vergewissen van de naleving van de bij of krachtens de WVV 1994 vastgestelde voorschriften als bedoeld in het vierde lid van artikel 160 WVV 1994. Immers, niet is vast komen te staan dat de verbalisanten in het kader van de WVV 1994 het rijbewijs dan wel het kentekenbewijs hebben gecontroleerd, dan wel enige andere handeling in het kader van de WVV 1994 hebben verricht, voordat zij de verdachte hebben aangehouden ter zake van verdenking van overtreding van de Opiumwet.

Derhalve is naar het oordeel van het hof de controlebevoegdheid op grond van de WVV 1994 uitsluitend voor een ander doel dan de naleving van de WVV 1994 - te weten controle op naleving van de Opiumwet - aangewend. Dit brengt met zich dat de staande houding onrechtmatig is geweest, hetgeen een vormverzuim oplevert op de voet van 359a Wetboek van Strafvordering (verder: Sv).

De niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging als in art. 359a Sv voorzien rechtsgevolg komt slechts in uitzonderlijke gevallen in aanmerking. Daarvoor is alleen plaats ingeval het vormverzuim daarin bestaat dat met opsporing of vervolging belaste ambtenaren een ernstige inbreuk hebben gemaakt op beginselen van een behoorlijke procesorde, waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak tekort is gedaan. De enkele stelling dat de politieambtenaren van de hun op grond van art. 160 WVV 1994 toekomstige controlebevoegdheid misbruik hebben gemaakt door die bevoegdheid aan te

wenden teneinde strafbare feiten vermeld in de Opiumwet op te sporen, kan niet de gevolgtrekking wettigen dat van een zodanig ernstige inbreuk op beginselen van een goede procesorde sprake is, dat het openbaar ministerie niet-ontvankelijk moet worden verklaard in de strafvervolgning van de verdachte.

Het verweer dat het openbaar ministerie niet-ontvankelijk dient te worden verklaard in de vervolging van de verdachte wordt verworpen.

Wel acht het hof het, gelet op het belang van het geschonden rechtsbeginsel, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor werd veroorzaakt, aangewezen het na het doen stoppen van de verdachte verkregen bewijsmateriaal en de vruchten daarvan, uit te sluiten van het bewijs.

(...)

Na uitsluiting van het verkregen bewijs en de vruchten daarvan zoals hiervoor genoemd alsmede van de door de verdachte op 1 februari 2007 afgelegde verklaringen kan het tenlastegelegde - nu verdere bewijsmiddelen ontbreken - niet wettig en overtuigend worden bewezen, zodat de verdachte hiervan dient te worden vrijgesproken."

2.4.

Indien binnen de door art. 359a Sv bepaalde grenzen sprake is van een vormverzuim als bedoeld in deze bepaling, en de rechtsgevolgen daarvan niet uit de wet blijken, moet de rechter beoordelen of aan dat vormverzuim enig rechtsgevolg dient te worden verbonden en, zo ja, welk rechtsgevolg dan in aanmerking komt. Daarbij dient hij rekening te houden met de in het tweede lid van art. 359a Sv genoemde factoren. Het rechtsgevolg zal immers door deze factoren moeten worden gerechtvaardigd. De eerste factor is "het belang dat het geschonden voorschrift dient". De tweede factor is "de ernst van het verzuim". Bij de beoordeling daarvan zijn de omstandigheden van belang waaronder het verzuim is begaan. Daarbij kan ook de mate van verwijtbaarheid van het verzuim een rol spelen. De derde factor is "het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt".

Indien de feitenrechter op grond van de hiervoor bedoelde weging en waardering van de wettelijke beoordelingsfactoren en aan de hand van alle omstandigheden van het geval tot het oordeel komt dat niet kan worden volstaan met de vaststelling dat een onherstelbaar vormverzuim is begaan, maar dat het verzuim niet zonder consequentie kan blijven, zal hij daaraan een van de in art. 359a, eerste lid, Sv genoemde rechtsgevolgen verbinden, te weten strafvermindering, bewijsuitsluiting of niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging. Een beslissing tot toepassing van een rechtsgevolg als bedoeld in art. 359a Sv dient te worden genomen en gemotiveerd aan de hand van de hiervoor besproken factoren die in het tweede lid van het artikel zijn genoemd. (Vgl. HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004/376.)

Aan de uitoefening van de bevoegdheid tot toepassing van bewijsuitsluiting als rechtsgevolg van een vormverzuim als bedoeld in art. 359a Sv heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, NJ 2013/308 nadere overwegingen gewijd.

2.5.

Nu het Hof de wettelijke beoordelingsfactoren heeft genoemd, maar een kenbare weging en waardering van die factoren ontbreekt, is - gelet op hetgeen is vooropgesteld - het oordeel van het Hof dat bewijsuitsluiting het rechtsgevolg moet zijn van het door het Hof aangenomen verzuim niet naar behoren met redenen omkleed.

2.6.

Het middel is terecht voorgesteld."

“(.....)

Ontvankelijkheid van het openbaar ministerie

De verdediging heeft ten aanzien van de ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in de strafvervolging - zakelijk weergegeven - het volgende aangevoerd.

Er is als gevolg van onherstelbare vormverzuimen in het voorbereidend onderzoek geen sprake meer van een behandeling van de zaak die aan de beginselen van behoorlijke procesorde voldoet en tevens is er sprake van schending van het bepaalde in artikel 6 EVRM. De met opsporing belaste ambtenaren hebben doelbewust en met grove veronachtzaming van de belangen van verdachte gehandeld, waardoor aan diens recht op een eerlijk proces is tekort gedaan. De enig juiste sanctie in deze is daarom de niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in zijn vervolging. Door de politie zijn doelbewust wijzigingen in het oorspronkelijke proces-verbaal van bevindingen van 7 mei 2011, opgemaakt door verbalisanten [verbalisant 1] , [verbalisant 2] en [verbalisant 3] , aangebracht om te verdoezelen dat de verbalisanten van meet af aan vanuit een niet onderbouwde en onterechte verdenking van overtreding van de Opiumwet hebben gehandeld ten opzichte van verdachte en niet louter met het oog op inbeslagname van de auto vanwege een openstaande fiscale schuld. De aangebrachte wijzigingen hebben kennelijk tot doel gehad het onrechtmatige optreden buiten zicht van de rechter te houden. Op dit handelen kan maar één sanctie volgen en dat is het niet-ontvankelijk verklaren van het openbaar ministerie.

De advocaat-generaal heeft zich op het standpunt gesteld dat er geen sprake is van vormverzuimen die zouden moeten leiden tot niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie.

(...)

Bij tussenarrest van 20 december 2013 heeft het gerechtshof geoordeeld dat nader onderzoek noodzakelijk is. Het is het hof gebleken dat de verschillen in de processen-verbaal van bevindingen betrekking hebben op feiten en omstandigheden die in meer of mindere mate de verdenking tegen verdachte op grond van de Opiumwet alsmede het onderzoek in de auto en naar de daarin aangetroffen vaten kunnen raken. Kort gezegd wilde het hof onderzocht hebben wie wijzigingen heeft aangebracht in het bewuste proces-verbaal van bevindingen en wanneer en met welke reden dat is gebeurd, terwijl niet is vermeld dat de wijzigingen zijn aangebracht.

Door [naam onderzoeker] , onderzoeker bij de afdeling Veiligheid, Integriteit en Klachten van politie Noord-Holland is vervolgens een onderzoek ingesteld naar aanleiding van de in het tussenarrest geformuleerde vragen. De resultaten van dit onderzoek heeft [naam onderzoeker] in een rapport met bijlagen van 13 maart 2014 en een aanvullend rapport van 21 maart 2014 met bijlagen weergegeven.

Een van de bijlagen van de rapportage van 13 maart 2014 betreft een overzicht van de verschillen tussen de beide versies van het betreffende proces-verbaal van bevinden (pagina 42 t/m 46). Op die verschillen komt het hof hierna nog terug.

[naam onderzoeker] concludeert dat niet met zekerheid is vast te stellen door wie en wanneer de tweede versie van het proces-verbaal is opgemaakt. Ook is niet duidelijk geworden waarom de wijzigingen in het proces-verbaal zelf zijn aangebracht en niet in een nieuw aangemaakt proces-verbaal.

[naam onderzoeker] heeft in het kader van zijn onderzoek een aantal personen geïnterviewd. Verbalisant [verbalisant 4] verklaart op pagina 59 van het rapport onder meer: "Het staat mij vaag bij dat [voornaam verbalisant 1] (hof: [verbalisant 1]) zich niet helemaal prettig voelde

over de commotie die was ontstaan, over de manier waarop hij de kofferbak van de auto had geopend. Daar hadden mensen kritiek op. Dat had te maken met de eventuele toestemming daarvoor."

Het hof stelt voorop dat het er in de kern bij de beoordeling van het verweer van de verdediging om gaat of verbalisanten het proces-verbaal van bevindingen, dat eerder ter hand was gesteld aan de rechter-commissaris in verband met de toetsing van de in verzekeringstelling en de vordering in bewaaringstelling nadien op relevante punten hebben gewijzigd zonder dit te melden en zonder te melden met welke redenen zij dit gedaan hebben en of dit het recht van verdachte op een eerlijk proces tekort heeft gedaan.

(...)

Het hof concludeert op grond van het voorgaande, in onderling verband en samenhang beschouwd als volgt:

- Het is aannemelijk dat verbalisanten vrijwel meteen nadat zij in contact waren gekomen met verdachte hem wilden controleren en onderzoeken op overtreding van de Opiumwet. Zowel de hiervoor geciteerde verklaring van [verbalisant 1] bij de raadsheer-commissaris over "criminele personenauto's van het merk VW type Golf, de passage in de eerste versie van het proces-verbaal over de ambtshalve kennis over het "verband" tussen het aanwezig hebben van meerdere telefoons en drugshandel (welke passage in de tweede versie geheel wordt weggelaten) als het zonder enige grond fouilleren van verdachte duiden daarop.
- De hiervoor geciteerde verschillen/aanpassingen geven naar het oordeel van het hof alle aanleiding om aan te nemen dat men in de tweede versie elke mogelijke verwijzing naar een verdenking op grond van de Opiumwet heeft willen maskeren ter vermijding van discussie over de vraag of er wel een redelijk vermoeden van schuld ter zake van overtreding van de Opiumwet was toen men overging tot onderzoek aan de persoon van verdachte en de door hem bestuurde auto. Anders dan in de eerste versie wordt benadrukt dat men handelde vanwege het gelegde fiscale beslag, terwijl dat kennelijk niet (in elk geval niet alleen) de reden voor het handelen was.

Naar het oordeel van het hof levert de hiervoor beschreven gang van zaken een onherstelbaar vormverzuim in het voorbereidend onderzoek op. De rechtsgevolgen van het verzuim blijken niet uit de wet. Om te beoordelen of aan dat verzuim enig rechtsgevolg toekomt dient het hof rekening te houden met het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat door het verzuim is veroorzaakt.

Het belang dat het geschonden voorschrift dient.

Ingevolge het bepaalde in de artikelen 152 jo 153 van het Wetboek van Strafvordering maken opsporingsambtenaren op ambtseid proces-verbaal op van door hen opgespoorde strafbare feiten of van hetgeen door hen tot opsporing is verricht of ondervonden. Zij doen dat onder verantwoordelijkheid van het openbaar ministerie. In hun proces-verbaal dienen te worden gerelateerd de feiten en omstandigheden die redelijkerwijs van belang zijn voor de officier van justitie bij diens beslissing om al dan niet te vervolgen en voor de rechter voor al diens beslissingen waaraan dat proces-verbaal (mede) ten grondslag ligt. Het is dus van het allergrootste belang dat een proces-verbaal een juiste weergave is van al hetgeen door de betreffende opsporingsambtenaren bij de opsporing is waargenomen of ondervonden. Alle procespartijen moeten er immers op kunnen vertrouwen dat een proces-verbaal van de politie, waaraan door de rechter bij zijn oordeelsvorming doorgaans veel belang wordt gehecht, waarheidsgetrouw worden opgemaakt en dat dit proces-verbaal de werkelijke gang van zaken weergeeft.

De ernst van het verzuim en het daardoor veroorzaakte nadeel

Naar het oordeel van het hof is doelbewust een proces-verbaal aangepast om de juiste gang van zaken te maskeren. De waarheidsvinding is hierdoor belemmerd en verdachtes recht op een eerlijk proces is hier tekort gedaan. Procespartijen moeten er op kunnen vertrouwen dat processen-verbaal van de politie, waaraan door de rechter bij zijn oordeelsvorming doorgaans uitermate veel belang wordt gehecht, waarheidsgetrouw worden opgemaakt en dat die de werkelijke gang van zaken weergeven. Dat laatste is hier niet het geval. Het hof oordeelt dit verzuim als zeer ernstig.

Het hiervoor genoemde belang, de ernst van het verzuim en het nadeel heeft het hof afgewogen tegen het belang van de samenleving bij vervolging en berechting van verdachte in deze zaak. Het hof komt na die afweging tot het oordeel dat de belangen van verdachte op grove wijze zijn veronachtzaamd en is dat er tekort is gedaan aan diens recht op een eerlijk proces en dat daarom aan het belang van de samenleving bij vervolging en berechting van verdachte hier het mindere gewicht toekomt. Het hof zal dan ook het openbaar ministerie niet-ontvankelijk verklaren in zijn vervolging.”

1. Inleiding

Over de achtergrond van art. 359a Sv en de toepassing ervan in de rechtspraak is in de loop der jaren het nodige geschreven.² Desalniettemin geeft de huidige lijn in de jurisprudentie aanleiding om hierbij wederom stil te staan. De achtergrond van dit artikel roep ik specifiek in herinnering nu de ontwikkelingen (lees: de huidige lijn in de jurisprudentie van de Hoge Raad) rondom art. 359a Sv zo ver zijn afgedreven van de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever. Essentie van deze bijdrage is dat in mijn optiek de tijd rijp is voor een herbezinning over de toepassing van art. 359a Sv. Ten minste twee aspecten zijn anno 2016 teveel in de vergetelheid geraakt. Ten eerste het gegeven dat de feitenrechter bij een geconstateerd onherstelbaar vormverzuim een zelfstandige verantwoordelijkheid bezit om in een concrete strafzaak te beoordelen welke strafprocessuele sanctie aangewezen is. Dit betekent dat de feitenrechter echt de vrijheid moet hebben om dergelijke afwegingen te maken en brengt bovendien met zich dat die verantwoordelijkheid niet bij de verdediging ligt. Ten tweede is in de vergetelheid geraakt dat er een belangrijke taak voor de strafrechter bestaat om na begane vormverzuimen het signaal af te geven dat dit strafvorderlijke consequenties kan hebben. Het is naar mijn mening dan ook zaak om te zoeken naar een nieuw evenwicht in de toepassing van dit artikel en om in dit kader te streven naar echte rechterlijke vrijheid. Met deze insteek, ga ik in de eerste plaats in op de achtergrond van art. 359a Sv, bespreek ik recente jurisprudentie en doe ik enige aanbevelingen.

2. De achtergrond van art. 359a Sv

De Wet vormverzuimen, met als belangrijk onderdeel art. 359a Sv, treedt aan het eind van het jaar 1996 in werking.³ Een aantal aspecten valt op aan de parlementaire geschiedenis van deze

² Zie R. Kuiper, *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken* (diss. Nijmegen RU), Deventer: Kluwer 2014, P.T.C. van Kampen, “‘Informed consent’ en de rechtspraak ex artikel 359a Sv”, *DD* 2013, 15, M.J. Borgers, ‘De toekomst van artikel 359a Sv’, *DD* 2012, 25 en T. Kooijmans, ‘Elk nadeel heb z’n voordeel?’, *DD* 2011, 78.

³ Wet vormverzuimen, *Stb.* 1995, 441.

wet. Allereerst dat deze beperkt is qua omvang en argumentatie, zich voor een belangrijk deel concentreert rondom het uitbreiden van de mogelijkheden om de tenlastelegging te wijzigen en dat er nauwelijks wezenlijke argumenten worden genoemd die pleiten voor de invoering van art. 359a Sv.⁴ Op de argumenten die worden genoemd ter onderbouwing van de invoering van een wettelijke regeling ga ik later nog in. Misschien wel het meest in het oog springende punt uit de wetgeschiedenis is dat de wetgever de feitenrechter een leidende *en* vrije rol geeft ten aanzien van de afweging van het soort sanctie dat kan volgen op een onherstelbaar vormverzuim in een concrete strafzaak.⁵ De gedachte is dat de wetgever de vormvoorschriften vaststelt en dat de feitenrechter de rechtsgevolgen bepaalt van schending van deze voorschriften. De feitenrechter wordt op dit punt dus veel vrijheid geboden en het lijkt uitdrukkelijk niet de bedoeling van de wetgever te zijn geweest om de mogelijkheden van strafprocessuele sanctionering door de feitenrechter te beperken.

De wetgeschiedenis biedt vervolgens een beperkte houvast voor de wijze waarop de feitenrechter tot een bepaalde keuze voor een sanctie kan komen. Slechts wordt opgemerkt dat de rechter bij de beoordeling van het verzuim en het daaraan te verbinden rechtsgevolg rekening moet houden met het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt. Het huidige tweede lid van art. 359a Sv dus. Met geen woord wordt gerept over de tegenstrijdige belangen die kunnen spelen bij het sanctioneren van vormverzuimen: het belang van reparatie, preventie en demonstratie (van bestraffing) van onrechtmatig overheidsoptreden enerzijds, tegenover anderzijds de maatschappelijke belangen (waaronder ik de waarheidsvinding en de belangen van slachtoffers en nabestaanden ook schaar) om juist *niet* tot sanctionering over te gaan.⁶ Het had niet misstaan als aan dit punt van conflicterende belangen aandacht was besteed in de wetgeschiedenis. Al was het maar om enige helderheid te verschaffen over de inzichten van de wetgever over dit specifieke punt en zodoende enige houvast te bieden voor de feitenrechter. Opgemerkt moet worden dat dit punt anno 2016 wellicht wat minder prangend speelt, nu de Hoge Raad er expliciet blijk van geeft dat de strafrechter de afweging van deze conflicterende belangen mee moeten nemen in zijn afweging over het sanctioneren van onherstelbare vormverzuimen.⁷

Kom ik nu terug op het tweetal argumenten dat de wetgever in de wetgeschiedenis hanteert ter onderbouwing van de noodzaak van het creëren van art. 359a Sv. Een eerste argument is dat van de legaliteit.⁸ Hiermee wordt bedoeld op de tot dan toe bestaande onwenselijk geachte situatie dat de wijze van het reageren op vormverzuimen (door middel van strafvermindering, bewijsuitsluiting of de niet-ontvankelijkverklaring van het OM) zich in de rechtspraak heeft ontwikkeld en dat daarvoor dus geen wettelijke basis bestaat. Door inwerkingtreding van artikel 359a Sv wordt de noodzakelijk geachte codificatie van deze in de jurisprudentie

⁴ De argumentatie van de wetgever is voor een belangrijk deel ontleent aan de conclusies van de Commissie Moons uit 1993, G.J.M. Corstens (red.) *Rapport herijking strafvordering 1993*, Arnhem: Gouda Quint 1993.

⁵ *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 705, nr. 3 (MvT).

⁶ Zie voor deze argumenten die ten grondslag worden gelegd aan de sanctie van bewijsuitsluiting M.C.D. Embregts, *Uitsluiting over bewijsuitsluiting*, Deventer: Kluwer 2003. Zie voor een vierde argument, het profijtargument, een bijdrage van mijn hand getiteld 'Burgeropsporing' in: OM congres 2008. De burger als opspoorder, Den Haag: Openbaar Ministerie.

⁷ Hoge Raad 19 februari 2013, *NJ* 2013, 308 m.nt. Keulen.

ontwikkelde sancties op vormverzuimen gecreëerd. Een tweede argument dat in de zienswijze van de wetgever pleit voor het scheppen van een wettelijke grondslag voor deze sancties, is dat het legitimatie biedt voor de beslissing van de rechter om tot sanctionering over te gaan. In deze visie zou art. 359a Sv als het ware draagvlak doen ontstaan voor de strafprocessuele gevolgen die een rechter verbindt aan onherstelbare vormverzuimen.

Zoals al eerder gesteld, zijn de geschetste argumenten voor het creëren van art. 359a Sv weinig fundamenteel. De vraag dient zich dan ook aan of er überhaupt wel wezenlijke argumenten schuilgaan achter het bieden van de wettelijke mogelijkheid voor het sanctioneren van vormverzuimen. Allereerst gaan die natuurlijk voor een belangrijk deel schuil in de argumenten die worden aangehaald ter onderbouwing van de noodzaak van sanctionering, het eerder genoemde reparatie-, preventie- en demonstratieargument.⁹ Het door de feitenrechter afgeven van een signaal aan politie en OM behoort dus mede tot de essentie van art. 359a Sv: normconform handelen is de regel en afwijking daarvan heeft onder omstandigheden consequenties. Een signaalfunctie dus, die in zekere zin ook een staatsrechtelijk aspect behelst. Dit staatsrechtelijke aspect is, enigszins impliciet, ook terug te zien in het belangwekkende eindrapport van de Commissie Van Traa uit het jaar 1996.¹⁰ In haar eindrapport constateert deze commissie dat sprake is van een drievoudige crisis in de opsporing: ontbrekende normen, een niet goed functionerende organisatie en problemen in de gezagsverhoudingen. Hier relevant is de volgende overweging van de Commissie van Traa:

*‘De wetgever dient het gebruik en de organisatie van de opsporingsmethoden te normeren. De uitvoerende macht dient op te sporen en te vervolgen volgens de normen van de wetgever. De rechterlijke macht dient van het gebruik van de methoden aan deze normen te toetsen’.*¹¹

Een laatste stap die in de hierboven geciteerde overweging van de Commissie Van Traa niet wordt gezet, maar die hier naar mijn idee wel uit kan voortvloeien is dat als bij het door de feitenrechter toetsen van de wijze van opsporing blijkt van niet-normconform handelen van politie en/of OM, de weg openligt voor het sanctioneren van dit handelen.¹² In het hierboven weergegeven evenwicht tussen wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht is het immers ook de taak van de strafrechter om zorg te dragen voor het normconform handelen door politie en OM. De Commissie Van Traa overwoog immers dat de rechterlijke macht de wijze van opsporing dient te toetsen aan de door de wetgever gecreëerde normen. Natuurlijk kan worden gediscussieerd over de aard en omvang van de sanctionering en het gegeven dat hiertoe eerst kan worden overgegaan als de rechten van de verdachte zijn geschonden, maar het zuivere punt blijft wat mij betreft overeind staan dat er, ook vanwege het staatsrechtelijke evenwicht waar de Commissie Van Traa op wijst, voor de strafrechter een belangrijke taak ligt in het

⁹ Zie in dit verband M.J. Borgers, ‘De toekomst van artikel 359a Sv’, *DD* 2012, 25.

¹⁰ De Commissie van Traa wordt eind 1994 ingesteld na politieke commotie over de opheffing van het interregionaal researchteam (IRT) Noord-Holland/Utrecht. De commissie heeft onder meer de opdracht onderzoek te doen naar het functioneren van en de controle op de opsporing. *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 072, nrs. 10, 11, 14 en 15 (eindrapport ‘Inzake Opsporing’ van de Parlementaire Enquêtecommissie Opsporingsmethoden en de daarbij behorende bijlagen V en VI).

¹¹ *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 072, nrs. 10 en 11 (eindrapport ‘Inzake Opsporing’ van de Parlementaire Enquêtecommissie Opsporingsmethoden en de daarbij behorende bijlagen V en VI), p. 415.

¹² Zie, meer in algemene zin, over de ontwikkelingen die zich na het eindrapport van de Commissie Van Traa hebben voorgedaan Y. Buruma, ‘Bijzondere opsporingsmethoden: 12,5 jaar na Van Traa’, *DD* 2008, 7 en Y. Buruma, ‘Wat de geschiedenis leert: 20 jaar na ‘Van Traa’’, *NJB* 2015, p. 1848.

sanctioneren van vormverzuimen. Met die blik, richt ik mij in de volgende paragraaf op recente jurisprudentie rondom de toepassing van art. 359a Sv.

3. Recente jurisprudentie

Met het laatste standaardarrest van de Hoge Raad uit 2013 over de toepassing van de sanctie van bewijsuitsluiting, bekwam bij menigeen het gevoel dat de Hoge Raad het sanctioneren van vormverzuimen door de strafrechter beoogt te minimaliseren en dat er hierdoor, in weerwil van wat ik hierboven schreef, een beperkte ruimte voor de feitenrechter overblijft om de politie en/of het OM tot normconform handelen te dwingen.¹³ Die conclusie lijkt terecht nu de Hoge Raad bijvoorbeeld met zoveel woorden overweegt dat aan een ongerechtvaardigde inbreuk op het privacybeschermende art. 8 EVRM geen strafprocessuele sanctie hoeft te worden verbonden, zolang maar sprake is van een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM. Het arrest biedt in hele specifieke omstandigheden wel aanknopingspunten om tot de sanctie van bewijsuitsluiting over te gaan. De Hoge Raad somt immers drie situaties op waarin specifiek deze sanctie kan volgen, namelijk: 1) als dit noodzakelijk is ter verzekering van het recht van de verdachte op een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM, 2) als een ander (dus niet art. 6 EVRM) belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden en de sanctie van bewijsuitsluiting noodzakelijk is om toekomstige vergelijkbare vormverzuim te voorkomen en een krachtige stimulans te laten bestaan tot handelen in overeenstemming met de voorgeschreven norm en 3) bij structurele vormverzuimen die niet onder de eerste twee categorieën vallen. Hoewel de Hoge Raad in dit arrest ruimte laat voor de sanctie van bewijsuitsluiting maakt recente jurisprudentie van de Hoge Raad vaak op subtiele wijze toch duidelijk dat het hoogste rechtscollege de toepassing van art. 359a Sv beoogt te minimaliseren. Of, wat neutraler geformuleerd, dat de lat hoog wordt gelegd voor verdediging en rechter om een sanctie op een vormverzuim in de cassatiefase gehandhaafd te zien.

Een eerste voorbeeld van het gegeven dat de Hoge Raad de toepassing van art. 359a Sv tracht te minimaliseren door de lat voor de verdediging hoog te leggen, is het arrest van de Hoge Raad van 6 januari 2015.¹⁴ In deze zaak bepleit de verdediging dat de berichten die zijn uitgelezen van de smartphone van de verdachte moeten worden uitgesloten van het bewijs. De casus is als volgt. Op grond van art. 55 Sv is in deze zaak een machtiging tot binnentreden van de woning ter aanhouding van de verdachte afgegeven. Het binnentreden leidt evenwel niet tot het aantreffen van de verdachte, maar toch wordt op dat moment de woning door verbalisanten doorzocht. Gedurende deze doorzoeking wordt een smartphone van de verdachte inbeslaggenomen. Hoewel het hof overweegt dat de overgang van binnentreden naar doorzoeken onrechtmatig is - er bestond geen verdenking *en* voor de doorzoeking had er op grond van art. 97 Sv een machtiging van de rechter-commissaris (r-c) moeten zijn - oordeelt het dat de verdachte onvoldoende nadeel heeft ondervonden om over te gaan tot de sanctie van bewijsuitsluiting. Het hof baseert dit oordeel op het gegeven dat de verdachte na de doorzoeking en inbeslagname van zijn smartphone alsnog toestemming tot de doorzoeking van de woning heeft verleend. Het standpunt van de advocaat van de verdachte dat deze niet

¹³ Hoge Raad 19 februari 2013, *NJ* 2013, 308 m.nt. Keulen.

¹⁴ Hoge Raad 6 januari 2015, *NJ* 2015, 109, m.nt. Schalken.

is gewezen op de mogelijkheid om *geen* toestemming te geven, doet hier in de zienswijze van het hof niet aan af. Letterlijk overweegt het hof namelijk: ‘Immers het feit dat om toestemming wordt gevraagd, duidt erop dat die toestemming ook kan worden geweigerd’. Het hof volstaat met de enkele constatering van het vormverzuim. De Hoge Raad laat het oordeel van het hof in stand dat de onrechtmatige doorzoeking van de woning niet een zodanig ernstig vormverzuim oplevert dat dit moet leiden tot bewijsuitsluiting en voegt hieraan toe dat het door de verdediging gevoerde verweer over de ernst van het verzuim en het daardoor veroorzaakte nadeel niet meer inhoudt dan dat sprake is van ‘een ernstige schending van een strafvorderlijke waarborg’. Hiermee lijkt de Hoge Raad met name bij de verdediging neer te leggen dat het onvoldoende onderbouwd heeft aangevoerd waarom de sanctie van bewijsuitsluiting zou moeten volgen.¹⁵ Ter aanvulling merk ik in dit kader nog op dat als het gaat om de motivering van het oproepen van rechtmatigheidsgetuigen ter onderbouwing van een beroep op art. 359a Sv eveneens veel van de verdediging wordt verlangd.¹⁶

In reactie op dit arrest moet worden vermeld dat het in beginsel niet problematisch is dat van de advocatuur wordt verwacht dat wat betreft de toepassing van art. 359a Sv een deugdelijk verweer wordt gevoerd. Al moet wel worden opgemerkt dat de wetgever niet de drempelvoorwaarde stelt dat alleen als de verdediging een deugdelijk verweer voert een noodzaak tot strafprocessuele sanctionering ontstaat. Voorts wordt in mijn optiek door deze zaak op deze manier af te doen een belangrijk punt gemist. Een rechterlijke reactie op de normschending die in casu heeft plaatsgevonden: het zonder de belangrijke rechterlijke waarborg uitvoeren van een doorzoeking van een woning, blijft hierdoor uit en daardoor wordt *niet* het signaal gegeven dat het veronachtzamen van dit soort waarborgen niet wordt getolereerd. Bovendien wordt, met het oog op toekomstige strafzaken, geen stimulans gegeven om in het vervolg wel de benodigde machtiging van de r-c te verkrijgen. Dit soort uitspraken roept bij mij een aantal ongemakkelijke vragen op. Wat zal allereerst het effect hiervan zijn op de dagelijkse opsporingspraktijk? Wordt hiermee niet juist het *negatieve* signaal gegeven dat op het niet naleven van belangrijke rechtsregels door de politie en/of het OM geen sanctie volgt? En wordt hiermee ook niet benadrukt dat het in toekomstige strafzaken niet of in mindere mate van belang is om deze rechtsregels na te leven? Wat blijft er hierdoor van de belangrijke conclusie van de Commissie Van Traa over dat de strafrechter moet toetsen of de door de wetgever gecreëerde normen worden nageleefd? Wat mij betreft verdient het in zaken zoals deze de voorkeur dat als het ware door het niet geheel doorwrochte verweer van de verdediging wordt ‘heengekeken’ om uit te komen bij het punt waar het werkelijk om gaat, namelijk de belangrijke waarborg die buiten spel is gezet en het vormverzuim dat dus is begaan. Nogmaals gezegd, pleit ik er niet voor dat dit dan ogenblikkelijk dient te leiden tot bewijsuitsluiting. Belangrijker is dat er *een* signaal komt vanuit de strafrechter en dat kan dus ook strafvermindering zijn of een nieuw te creëren sanctie. Daarover verderop nader.

Waar in het zojuist besproken arrest de nadruk door de Hoge Raad wordt gelegd op de kwaliteit van het verweer van de verdediging, vormt het arrest van de Hoge Raad van 22

¹⁵ Zie in dit verband ook Hoge Raad 10 maart 2015, *NJ* 2015, 357 m.nt. Keulen.

¹⁶ Hoge Raad 1 juli 2014, *NJ* 2014, 441 m.nt. Borgers. Zie ook Y. Buruma, ‘De rechtmatigheidsgetuige’, *DD* 2000, p. 859-874.

september 2015 een voorbeeld van het streven van het hoogste rechtscollege om de toepassing van art. 359a Sv te minimaliseren door veel van de rechterlijke motivering van een strafprocessuele sanctie te verlangen.¹⁷ Het springende punt in deze zaak is dat sprake is van sfeercumulatie (het controleren van een reeds verdachte burger) zonder dat hierbij aan één van de jurisprudentieel uitgewerkte voorwaarden is voldaan. De voorwaarden voor sfeercumulatie zijn immers: 1) dat als een verdachte wordt gecontroleerd de controlebevoegdheid mede wordt ingezet om te controleren en 2) dat op het moment van de controle de aan de verdachte toekomende waarborgen in acht worden genomen.¹⁸ In de onderhavige zaak werd een dynamische observatie op onder meer de auto van de verdachte uitgevoerd in het kader van een onderzoek naar verdovende middelen. Aan geüniformeerde verbalisanten wordt op een gegeven moment de opdracht gegeven ‘een stopteken te geven ten behoeve van de opsporing in het kader van de Opiumwet’. Hiernaar ter zitting gevraagd, geeft de verbalisant die daadwerkelijk het stopteken heeft gegeven aan dat hij de controlebevoegdheid van art. 160 WvW '94 hierover als grondslag heeft gebruikt, maar dat hij zich niet kan herinneren dat of hij om het rij- dan wel kentekenbewijs heeft gevraagd. Het hof concludeert op basis hiervan dat de controlebevoegdheid op grond van de genoemde wet uitsluitend voor een ander doel is ingezet en niet om daadwerkelijk te controleren. *Détournement de pouvoir* aldus. Dit brengt het hof tot de gevolgtrekking dat de staandehouding die volgde op het stopteken onrechtmatig is geweest en een vormverzuim in de zin van art. 359a Sv oplevert. Het hof sluit het na het doen stoppen van de verdachte verkregen bewijsmateriaal en de vruchten daarvan uit van het bewijs en het betreft hierbij het belang van het geschonden rechtsbeginsel, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor werd veroorzaakt. De Hoge Raad struikelt over deze motivering van het hof en overweegt dat het hof de wettelijke beoordelingsfactoren van het tweede lid van art. 359a Sv ter onderbouwing van de sanctie van bewijsuitsluiting wel heeft genoemd, maar dat een kenbare weging en waardering van die factoren ontbreekt. Om die reden komt de Hoge Raad tot de slotsom dat het hof de strafprocessuele sanctie onvoldoende met redenen heeft omkleed en wordt gecasseerd.

Hoewel het vormverzuim in deze zaak mijn inziens niet wezenlijk is, ik het toepassen van de sanctie van bewijsuitsluiting door het hof wel erg fors vind en ik in die zin de uitspraak van de Hoge Raad begrijp, is dit arrest om een andere reden interessant. Dit arrest vormt een sprekend voorbeeld ervan dat veel van de motivering van de feitenrechter wordt verlangd als deze tot een strafprocessuele sanctie komt. Dat is op zich een te begrijpen eis die de Hoge Raad daarmee stelt. Wat meer impliciet lijkt deze motiveringsverplichting de Hoge Raad met name tot cassatie te brengen in gevallen waarin een hof een strafprocessuele sanctie toepast en lijkt het er dus op dat de Hoge Raad de motiveringsverplichting als kapstok gebruikt om het sanctioneren van vormverzuimen door de strafrechter te minimaliseren.¹⁹ Ik kom onder meer tot deze conclusie nu de Hoge Raad in zaken waarin het hof op niet goed gemotiveerde wijze *niet* tot oordeel komt dat art. 359a Sv van toepassing is of dat een daarop geënte sanctie moet

¹⁷ Hoge Raad 22 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2775.

¹⁸ Zie Hoge Raad 21 november 2006, NJ 2006, 653.

¹⁹ Zie het eerder besproken arrest van de Hoge Raad van 6 januari 2015, NJ 2015, 109 m.nt. Schalken, Hoge Raad 16 september 2014, NJ 2014, 461, m.nt. Schalken (de noot onder NJ 2014, 462) en Hoge Raad 9 september 2014, NJ 2014, 420 m.nt Schalken.

volgen, geen cassatie volgt.²⁰ Het heeft er met andere woorden alle schijn van weg dat wat betreft de rechterlijke motivering ten aanzien van art. 359a Sv met twee maten worden gemeten. Gaat een hof over tot het toepassen van een sanctie dan wordt een volledige en precieze motivering vereist door de Hoge Raad, terwijl in de gevallen waarin een sanctie uitblijft minder scherp naar de motivering hiervan wordt gekeken.²¹ Ik kom dan weer terug op een soortgelijk punt dat ik eerder maakte. Het heeft mijn voorkeur dat als het ware door de niet geheel doorwrochte rechterlijk motivering word ‘heengekeken’ om uit te komen bij het punt waar het werkelijk om gaat, namelijk het verzuim dat is begaan en de rechterlijke reactie hierop.

Een laatste arrest dat bespreking behoeft, is niet afkomstig van de Hoge Raad, maar van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.²² Centraal in dit arrest staat het door het hof vastgestelde gegeven dat een proces-verbaal over de start van een opsporingsonderzoek door een verbalisant is aangepast om de aanleiding van het doen stoppen van een auto anders te presenteren. Na onderzoek door de afdeling Veiligheid, Integriteit en Klachten van de politie komt het hof immers tot de conclusie dat het bewuste proces-verbaal is aangepast om te maskeren dat het doen stoppen van de auto van de verdachte zijn oorsprong vond in een (magere) verdenking van een Opiumwettelijk delict en niet zozeer in het kader van fiscaal beslag dat op deze auto lag. Het hof verbindt hier de zwaarste strafprocessuele sanctie aan, de niet-ontvankelijkheid van het OM, en laat daarbij zwaar meewegen dat het van het allergrootste belang is dat een proces-verbaal een juiste weergave vormt van hetgeen door opsporingsambtenaren bij de opsporing is waargenomen of ondervonden. Hoewel het hof ter onderbouwing van deze sanctie overweegt dat de belangen van de verdachte hierdoor op grove wijze zijn veronachtzaamd en er geen sprake meer is van een eerlijk proces, betwijfel ik of dat standpunt in cassatie stand houdt. Veeleer lijkt het hof in casu met gebruikmaking van een Karman-achtige redenering, een miskennis van het wettelijk systeem, tot de niet-ontvankelijkheid van het OM te zijn gekomen.²³ Het is de vraag of de Hoge Raad een dergelijk redenering anno 2016 nog accepteert. Niettemin vormt dit arrest een mooi voorbeeld van de door mij noodzakelijk geachte signaalfunctie van art. 359a Sv.²⁴ Een dergelijke uitspraak van het hof zal immers als belangrijke vingerwijzing doorwerken naar de opsporingspraktijk en een stimulans opleveren voor de zuiverheid van door de politie opgetekende processen-verbaal.

4. Conclusie en aanbevelingen

Wat leert de huidige lijn van de Hoge Raad wat betreft art. 359a Sv ons nu en waar zou het, mede gelet op de achtergrond van dit artikel, naartoe moeten? Heel concreet en zichtbaar in de lijn van de Hoge Raad zijn in elk geval twee kwesties: de grote verantwoordelijkheid die

²⁰ Zie bijvoorbeeld Hoge Raad 6 oktober 2015, *NJ* 2015, 430.

²¹ Zie Hoge Raad 6 oktober 2015, *NJ* 2015, 430.

²² Hof Arnhem-Leeuwarden, 6 oktober 2015, ECLI:NI:GHARL:2015:7633.

²³ Hoge Raad 1 juni 1999, *NJ* 1999, 567, m.nt. Schalken. In deze zaak was door de officier van justitie de toezegging aan de kroongetuige gedaan dat ook al zou deze door de rechter tot gevangenisstraf worden veroordeeld, hij deze niet ten uitvoer zou leggen.

²⁴ Zie voor een andere recente zaak waarin het OM op soortgelijke gronden niet-ontvankelijk wordt verklaard het vonnis van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2015:7986.

bij de advocatuur wordt neergelegd en de noodzaak van deugdelijke rechterlijke motivering in het geval van sanctionering.

Allereerst wat betreft de grote verantwoordelijkheid die door de Hoge Raad bij de advocatuur wordt gelegd. Het is immers aan hen om onderbouwd aan te voeren welk onherstelbaar verzuim is begaan, op welke wijze dat hun cliënt heeft geschaad en tot welke strafprocessuele sanctie dit zou moeten leiden. Hetzelfde kan worden gesteld in verband met verzoeken tot het horen van rechtmatigheidsgetuigen ter onderbouwing van een op art. 359a Sv geënt verweer. Belangrijk is dat de wetgever expliciet niet de drempelvoorwaarde stelt dat alleen als de verdediging een deugdelijk verweer voert een noodzaak tot strafprocessuele sanctionering ontstaat. De Hoge Raad stelt zich door het stellen van deze eis dus in zekere zin op als rechter-wetgever en in ieder geval heeft het er alles van weg dat het hoogste rechtscollege op deze wijze tracht het toepassen van art. 359a Sv te minimaliseren.

Het kan begrijpelijk zijn om van de advocatuur op dit punt het nodige te eisen. Hier is echter in de eerste plaats in bepaalde gevallen nauwelijks aan te voldoen. Ik doel dan bijvoorbeeld op het aanvoeren van veronderstelde onrechtmatigheden rondom de verkrijging van informatie die afgeschermd het strafproces wordt ingebracht.²⁵ In de tweede plaats heeft deze lijn in de jurisprudentie als negatief effect dat in het geval een niet deugdelijk verweer wordt gevoerd hier niet ‘doorheen wordt gekeken’ om uit te komen bij het punt waar het werkelijk om gaat, namelijk het onherstelbare vormverzuim dat heeft plaatsgevonden. De blik van de cassatierechter blijft steken bij het meer procedurele punt van de deugdelijkheid van het verweer en creëert zo doende een drempelvoorwaarde die de wetgever geenszins expliciet voorstond en stelt zich daarmee op als rechter-wetgever. Onwenselijk gevolg hiervan voor de verdachte burger is onder meer dat indien hij een advocaat heeft die om wat voor een reden dan ook een te mager verweer voert omtrent art. 359a Sv de rechtsbeschermdende werking van dit artikel hem niet toekomt. In ieder geval het hoogste rechtscollege lijkt op dat moment niet echt meer naar het vormverzuim te kijken, zeker als dit vormverzuim betrekking heeft op een niet toegestane inbreuk op het privacybeschermdende art. 8 EVRM.

Het tweede heel zichtbare punt in de huidige jurisprudentie van de Hoge Raad op het gebied van art. 359a Sv is het zwaartepunt dat wordt gelegd bij een deugdelijke motivering van de feitenrechter in het geval van het opleggen van een strafprocessuele sanctie. Het is aan de feitenrechter om, met gebruikmaking van de factoren genoemd in het tweede lid van art. 359a Sv en de voorwaarde die op basis van de jurisprudentie bestaan, tot een doorwrocht oordeel te komen over de sanctionering. Ook hier is in beginsel niets mis mee. Wat meer impliciet valt wel op te maken dat de Hoge Raad de zware motiveringsplicht gebruikt om de toepassing van art. 359a Sv te minimaliseren. Dat is problematisch nu uit de ontstaansgeschiedenis van dit artikel volgt dat de feitenrechter bij een geconstateerd onherstelbaar vormverzuim een zelfstandige verantwoordelijkheid bezit om in een concrete strafzaak te beoordelen welke strafprocessuele sanctie aangewezen is *en* dat de feitenrechter echt de vrijheid moet hebben om dergelijke afwegingen te maken. De huidige lijn van de Hoge Raad beperkt die vrijheid van de feitenrechter aanzienlijk. Dit was niet de bedoeling van de wetgever en de huidige lijn van de Hoge Raad gaat dus rechtstreeks in tegen de gedachte van de wetgever.

²⁵ Zie hierover S. Brinkhoff, *Startinformatie in het strafproces*, Deventer: Kluwer 2014, en S. Brinkhoff, ‘Afgeschermd informatie in het strafproces. Over conflicterende belangen en de noodzaak van modernisering’, *Strafblad* 2015-4.

De lijn van de Hoge Raad is dus dat hij tracht de toepassing van art. 359a Sv te beperken. Zeker als dit gaat om ongerechtvaardigde inbreuken op het privacybeschermende art. 8 EVRM. De recente jurisprudentie laat daar als het ware telkens fragmenten van zien: door een deugdelijk verweer van de verdediging te verlangen, veel van de rechterlijke motivering bij sanctionering te eisen en expliciet aan te geven dat bij ongerechtvaardigde inbreuken op art. 8 EVRM geen strafprocessuele sanctie hoeft te volgen. De vraag is nu wat de achtergronden van het kennelijke streven van de Hoge Raad zijn om het toepassen van art. 359a Sv terug te dringen. Hoogstwaarschijnlijk schuilt hierachter dat de Hoge Raad, zeker als het gaat om schendingen van de privacy, geen of weinig ruimte ziet voor een strafprocessueel voordeel voor de verdachte. Belangen van een effectieve opsporing, waarheidsvinding en de belangen van slachtoffers en nabestaande spelen hierbij mee. De redenering kan dan zijn dat genoegdoening voor de verdachte vorm moet krijgen *buiten* het strafproces, bijvoorbeeld in de vorm van een civielrechtelijke schadevergoeding of een berisping van de verbalisant die het vormverzuim beging.

Het zojuist genoemde strafprocessuele voordeel is een sterk argument dat kan worden opgeworpen ter onderbouwing van het streven om de toepassing van art. 359a Sv te minimaliseren. Om tegemoet te komen aan dit punt, kan evenwel worden gedacht aan het creëren van een nieuwe in art. 359a Sv te incorporeren sanctie: de schadevergoeding voor de verdachte in het geval van een onherstelbaar vormverzuim.²⁶ Het punt van het strafprocessuele voordeel wordt dan grotendeels geneutraliseerd. Het creëren van deze nieuwe sanctiemogelijkheid biedt bovendien grote voordelen ten opzichte van de genoegdoening buiten het strafproces. Op deze wijze wordt immers door de strafrechter het signaal afgegeven dat een vormverzuim niet onbestraft blijft en bovendien blijft het ook binnen het bereik van de strafrechter om te sanctioneren. De strafrechter houdt zo doende zelf de controle over de aard en omvang van de sanctie. Dat is bij de genoegdoening buiten het strafproces niet zo. Het invoegen van deze nieuwe sanctie kan een impuls geven aan het terugvinden van de balans wat betreft het toepassen van art. 359a Sv.

Concluderend kan worden gesteld dat in de lijn van de Hoge Raad de balans zoek is in de toepassing van art. 359a Sv en maar in beperkte mate sprake is van de, door de wetgever beoogde, vrijheid van de feitenrechter. Anno 2016 is het haast onmogelijk om een strafprocessuele sanctie gehandhaafd te zien in de cassatiefase. Deze benadering van de Hoge Raad kan, zeker op de langere termijn, risicovol zijn. De belangrijke signaalfunctie van strafprocessuele sanctionering valt hiermee ten dele weg. Hierdoor wordt een *negatief* signaal naar de opsporingspraktijk gegeven. Namelijk dat het in toekomstige strafzaken niet of in mindere mate van belang is om door de wetgever gecreëerde normen na te leven. Dit roept de vraag op hoe dit negatieve signaal door zal werken naar de opsporingspraktijk? Werkt dit een tweede crisis in de opsporing, zoals destijds geconstateerd door de Commissie Van Traa, in de hand? Wat blijft er over van het door deze commissie noodzakelijk geachte evenwicht tussen wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht, waarin het *ook* de taak van de strafrechter is om zorg te dragen voor het normconform handelen door politie en OM? Deze balans kan

²⁶ Deze optie is in de ontstaansgeschiedenis van art. 359a Sv ook aangedragen, maar toen vrij gemakkelijk gepasseerd. Zie *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 705, nr. 3 (MvT), p.26. Zie ook Th.W.van Veen, 'Over misslagen, vormverzuimen en nietigheden', *RM Themis* 1991, p. 219 en Hoge Raad 8 september 1987, *NJ* 1988, 453 en Hoge Raad 29 november 1988, *NJ* 1989, 598.

worden hersteld door de feitenrechter de echte vrijheid te geven om in een concrete strafzaak een eigen afweging te maken wat betreft strafprocessuele sanctionering, door de kwaliteit van het verweer van de verdediging niet in alle gevallen als drempelvoorwaarde voor dergelijke sanctionering te zien en door de sanctie van schadevergoeding te incorporeren in art. 359a Sv. Aan het herstellen van de balans is anno 2016, gelet op de ongemakkelijke vragen die in deze bijdrage de revue hebben gepasseerd, behoefte.