

Structurele vormverzuimen: een structureel probleem?²

DD 2017/22

22.1 **HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, NJ 2013/308, m.nt. Keulen**

“2.4.6. Toepassing van bewijsuitsluiting is voorts niet onder alle omstandigheden uitgesloten als sprake is van de – zeer uitzonderlijke – situatie (waarin het verzekeren van het recht op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM de rechter niet noopt tot toepassing van bewijsuitsluiting en evenmin sprake is van een op zichzelf reeds zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht van de verdachte, maar) waarin het desbetreffende vormverzuim naar uit objectieve gegevens blijkt zozeer bij herhaling voorkomt dat zijn structureel karakter vaststaat en de verantwoordelijke autoriteiten zich, vanaf het moment waarop dit structurele verzuim hun bekend moet zijn geweest, onvoldoende inspanningen hebben getroost overtredingen van het desbetreffende voorschrift te voorkomen. De enkele stelling dat zich zodanig structureel verzuim voordoet is daartoe niet toereikend en behoeft de rechter in de desbetreffende procedure geen aanleiding te geven daarnaar een onderzoek in te stellen. Het ligt daarbij op de weg van de verdediging aan de hand van buiten de voorliggende zaak reeds bekende gegevens te onderbouwen dat zich zodanig structureel verzuim voordoet. Vervolgens ligt het op de weg van het openbaar ministerie daartegenover concrete gegevens te verstrekken aan de hand waarvan kan worden bepaald of de verantwoordelijke autoriteiten adequate maatregelen hebben getroffen om structurele overtreding van het desbetreffende voorschrift zoveel als redelijkerwijs mogelijk uit te sluiten.

In het hier bedoelde geval komt toepassing van bewijsuitsluiting slechts in aanmerking indien aannemelijk is geworden dat die toepassing in de gegeven omstandigheden daadwerkelijk de beoogde normerende werking op de praktijk van opsporing en vervolging zal hebben, waarbij van belang kan zijn wat de oorzaak van het vormverzuim is en wat (reeds) door de verantwoordelijke autoriteiten ter voorkoming van overtreding van het bewuste voorschrift is ondernomen. In het geval zodanig preventief effect op zichzelf is te verwachten, moet worden onderzocht of in de gegeven omstandigheden toepassing van bewijsuitsluiting opweegt tegen de daarvan te verwachten negatieve effecten en of aldus niet op onaanvaardbare wijze afbreuk wordt gedaan aan zwaarwegende belangen als de waarheidsvinding en de bestraffing van de dader van een – mogelijk zeer ernstig – strafbaar feit, alsmede in voorkomend geval aan de rechten van slachtoffers of hun nabestaanden, mede gelet op uit het EVRM voortvloeiende positieve verplichtingen tot effectieve bestraffing.

In het bijzonder de zojuist besproken, zeer uitzonderlijke, situatie vergt dat de rechter in zijn uitspraak nadere rekenschap aflegt van toepassing van bewijsuitsluiting.”

22.2 **Rb. Gelderland 28 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:2984, NJFS 2014/147**

“De onrechtmatige start van het onderzoek brengt mee dat artikel 359a Sv van toepassing is. Er is sprake van een vormverzuim in het vooronderzoek.

1 Mr. dr. J.S. Nan is universitair docent straf(proces)recht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en (cassatie) advocaat bij Wladimiroff Advocaten te Den Haag. Mr. D. Bektesevic is advocaat bij De Roos & Pen te Amsterdam.
2 Citeerwijze: J.S. Nan & D. Bektesevic, ‘Structurele vormverzuimen: een structureel probleem?’, DD 2017/22.

De volgende vraag is of aan het geconstateerde vormverzuim een rechtsgevolg moet worden verbonden, en zo ja welk rechtsgevolg. Ingevolge het tweede lid van artikel 359a Sv dient de rechtbank daarbij rekening te houden met het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt. Het belang van het geschonden voorschrift is gelegen in de rechten en vrijheden van een individuele burger, die erop moet kunnen vertrouwen dat hij niet zonder redelijke grond wordt onderworpen aan de toepassing van een strafrechtelijk dwangmiddel. De ernst van het verzuim is hierin gelegen dat een ingrijpend dwangmiddel als binnentreden en doorzoeken van het bedrijfspand is toegepast, terwijl onvoldoende is onderzocht of er een op feiten en omstandigheden gestoelde redelijke verdenking van overtreding van de Opiumwet was. Door deze onrechtmatige bewijsgaring is een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden, namelijk dat een indringend dwangmiddel is gehanteerd zonder wettelijke legitimatie. Verdachte heeft persoonlijk nadeel ondervonden van het verzuim. Hij heeft immers moeten dulden dat opsporingsambtenaren – onbevoegdlijk – het aan hem in eigendom toebehorende pand en daarna het door hem gehuurde pand binnen zijn gegaan en hebben doorzocht.

Deze schending van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, beschermd in onder meer artikel 8 EVRM, leidt niet zonder meer tot de conclusie dat verdachte recht op een eerlijk proces als bedoeld in artikel 6 EVRM is geschonden (HR 7 juli 2009, *LJN* BH8889, *NJ* 2009/399). Ambtshalve is het de rechtbank echter bekend dat een vergelijkbare gang van zaken zich steeds vaker voordoet en dat op basis van slechts één, soms anonieme, informatiebron over een hennepkwekerij, die niet of niet serieus wordt gecontroleerd en geverifieerd, een pand wordt betreden en de bewoner zulks maar heeft te dulden. Dit impliceert een steeds verder gaande oprekking van wettelijk genormeerde bevoegdheden, die de rechtbank onaanvaardbaar acht. De sanctie die de rechtbank toepast is dus die van uitsluiting voor het bewijs van al hetgeen als rechtstreeks gevolg van dat verzuim is verkregen. Dit brengt mee dat al het uit de doorzoeking verkregen bewijsmateriaal, terzijde zal worden gesteld. De ernst van het vormverzuim geeft daartoe aanleiding en het past ook bij de aard van dat verzuim (vgl. HR 19 februari 2013, *LJN* BY5322).”

22.3 **Rb. Midden-Nederland 8 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2106, NJFS 2016/141**

“Nu de inzet van het peilbaken, een technisch hulpmiddel, tot gevolg had dat een min of meer compleet beeld werd verkregen van de verblijfplaatsen van verdachte, was een bevel als bedoeld in artikel 126g van het Wetboek van Strafvordering vereist. Dat bevel was echter niet gegeven. Sprake is derhalve van een vormverzuim als bedoeld in artikel 359a van het Wetboek van Strafvordering.

Door de inzet van het peilbaken is een inbreuk op het door artikel 8 van het EVRM beschermde recht op eerbiediging van het privéleven van verdachte gemaakt. Het verzuim is ernstig en kwam voort uit een geplande actie door de politie, met toestemming van de officier van justitie, gericht op personen waarvan op basis van politieregistraties werd vermoed dat zij mogelijk (vermogens) delicten plegen die op heterdaad kunnen worden ontdekt, ook al bestond geen enkele verdenking ter zake van enig strafbaar feit tegen die personen. Het is voor iedere burger van groot belang erop te kunnen vertrouwen dat politie en justitie slechts gebruik maken van de hen, al dan niet indirect op basis van artikel 3 van de Politiewet, toegekende bevoegdheden. Zij hoeven geen onrechtmatige inbreuken op hun persoonlijke levenssfeer te dulden.

Op basis van het dossier en het verhandelde ter terechtzitting kan worden vastgesteld dat geen sprake is van een incidenteel verzuim. Diverse teams binnen de politie voeren een project uit gericht op ‘mobiele dadergroepen’ waarbij peilbakens worden ingezet. De officier van justitie heeft ter terechtzitting kenbaar gemaakt dat het inzetten van een peilbaken in de hiervoor genoemde

omstandigheden wordt gedaan in meerdere arrondissementen. Deze brede inzet duidt naar het oordeel van de rechtbank op een structureel in overleg tussen het openbaar ministerie en politie afgesproken gebruik van peilbakens zonder het vereiste bevel. Om niet alleen aan te geven dat deze praktijk onrechtmatig is, maar ook om deze normstelling zo spoedig mogelijk effect te laten sorteren is bewijsuitsluiting in de ogen van de rechtbank de passende sanctie op het verzuim. Strafvermindering of het enkele vaststellen dat een vormverzuim plaatsgevonden heeft volstaan niet. De rechtbank heeft daarbij gelet op de ernst van het feit waarvoor verdachte vervolgd is. Het voorgaande brengt de rechtbank tot het oordeel dat bewijsuitsluiting van het aantreffen van verdachte en anderen en van sporen op de plaats delict zoals gerelateerd in diverse processen-verbaal van bevindingen moet volgen. Immers, het – onrechtmatig – gebruik van het peilbaken heeft de politie rechtstreeks geleid naar de plaats delict, zodat het bewijsmateriaal als gevolg van het vormverzuim is verkregen.”

22.4 Hof Arnhem-Leeuwarden 29 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10593

“Overweging met betrekking tot het opsporingsonderzoek

Feitelijke grondslag

In het door de verbalisanten [verbalisant 1] en [verbalisant 2], beiden brigadier van politie, op 4 juni 2015 in de wettelijke vorm opgemaakte proces-verbaal van bevindingen is het volgende gerelateerd:

Die dag (27 mei 2015; hof), omstreeks 17:30 uur, kregen wij melding van een technisch hulpmiddel, waardoor ons bekend was dat de personenauto van de verdachte, [verdachte], in beweging was en waar deze zich bevond.

Dit technisch hulpmiddel was op 26 mei 2015 geplaatst naar aanleiding van waarnemingen door collega [verbalisant 3] in verband met het ongeldig verklaard rijbewijs van de verdachte.

In het door de verbalisant [verbalisant 3], brigadier van politie, op 4 juni 2015 in de wettelijke vorm opgemaakte proces-verbaal van bevindingen is ondermeer het volgende gerelateerd:

Het is mij ambtshalve bekend dat de bewoner van de [adres] in [plaats] een ongeldig verklaard rijbewijs heeft en de beschikking heeft over een opvallende gele Fiat Bravo, voorzien van het kenteken [kenteken].

De Fiat staat normaal gesproken geparkeerd achter zijn woning op de oprit. Ik zag dat de Fiat er op dat moment (26 mei 2015; hof) niet stond. Omdat ik het vermoeden had dat [verdachte] op dat moment weg was met de auto heb ik besloten om in de directe omgeving te posten en af te wachten of hij terug zou komen.

Na enige tijd zag ik dat een mij onbekend gebleven jongen naar de woning liep. Ik kreeg de indruk dat de jongen mij had gezien en mij in de gaten hield. Ik heb hem aangesproken. De jongen vertelde mij dat hij een vriend was van de zoon van [verdachte] en hij vroeg mij of ik zeker aan het posten was op de vader van zijn vriend. De jongen vertelde mij dat hij hem ging bellen om te zeggen dat de politie op hem zat te azen.

Hierdoor kreeg ik het vermoeden dat [verdachte], ondanks zijn ongeldig verklaarde rijbewijs blijft rijden als bestuurder.

Het hof heeft de advocaat-generaal op voorhand gevraagd om ter zitting nader geïnformeerd te worden omtrent de vraag “of er en, zo ja door wie bevel of machtiging is gegeven voor gebruik van welk technisch hulpmiddel”, aangezien dit een en ander uit het dossier niet bleek.

Per e-mail van 23 december 2015 is hierop als volgt geantwoord door [politiefunctionaris], kennelijk een politiefunctionaris:

Ik beantwoord onderstaande email even namens collega [verbalisant 3]. Ik was verbonden aan het ‘project peilbaken’, destijds. Ik zeg destijds, omdat het project inmiddels in de koelkast is gezet.

Het peilbaken werd ingezet op basis van artikel 3 van de Politiewet. Het betrof een zender die middels een magneet onder een voertuig kon worden ‘geplakt’, waarna er een signaal binnenkwam als het voertuig een rond de zender ingesteld gebied verliet. Vervolgens, was de afspraak, werd het voertuig zo spoedig mogelijk gecontroleerd.

Het was eigenlijk niets meer of minder dan het afposten van een verdacht voertuig, voor korte tijd, echter nu kon dat plaats vinden met een technisch hulpmiddel. Het middel had dus de functie te signaleren, niet te observeren of te volgen.

Derhalve kon het zelfstandig ingezet worden, zonder bevel of machtiging. Althans dat was de consensus, nu zal gaan blijken of die visie gedeeld gaat worden.

Beoordeling door het hof

Het hof is van oordeel dat de inzet van een dergelijk peilbaken niet gebaseerd kan worden op artikel 3 van de Politiewet 2012. In deze zaak is niet zozeer sprake van een “verdacht voertuig”, maar van een (bekende) verdachte persoon. Voor de stelselmatige observatie van een verdachte persoon, met gebruik van een technisch hulpmiddel, is op grond van artikel 126g, eerste en derde lid van het Wetboek van Strafvordering de machtiging van de officier van justitie vereist. Uit het dossier blijkt niet van zodanige machtiging; op grond van de inhoud van het e-mailbericht kan het er gevoeglijk voor worden gehouden dat die er ook inderdaad niet was.

Aldus is naar het oordeel van het hof sprake van een – onherstelbaar – vormverzuim als bedoeld in artikel 359a van het Wetboek van Strafvordering.

Het hof stelt vast dat de resultaten van het opsporingsonderzoek in deze zaak door het onbevoegd plaatsen van het peilbaken zijn verkregen. Of dit dient te leiden tot bewijsuitsluiting moet worden beoordeeld aan de hand van de criteria, die door de Hoge Raad zijn neergelegd in zijn arrest van 19 februari 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BY5321).

Hetgeen in deze zaak is gebeurd lijkt aan te sluiten bij de in r.o. 2.4.6 door de Hoge Raad geschetste situatie: zoals uit de benaming “project peilbaken” en het woord “consensus” kan worden afgeleid was sprake van een wetsschending met een structureel karakter.

Echter, de opmerking dat “het project inmiddels in de koelkast is gezet” doet vermoeden dat niet gezegd kan worden dat de verantwoordelijke autoriteiten zich, vanaf het moment waarop dit structurele verzuim hun bekend moet zijn geweest, onvoldoende inspanningen hebben getroost overtredingen van het desbetreffende voorschrift te voorkomen.

Op grond hiervan moet worden geoordeeld dat thans geen plaats is voor bewijsuitsluiting.

Daarbij moet er wel voor gewaakt worden, dat deze methode weer als buitenwettelijk “project” wordt ingezet.”

22.5 CAG Hartevelt, ECLI:NL:PHR:2016:460, onder 6.5

“Resteert de normerende werking die het hof heeft willen doen uitgaan van de bewijsuitsluiting. Daargelaten de vraag of het hof heeft kunnen oordelen dat een belangrijk (strafvorderlijk) rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden, laat het zich in mijn ogen moeilijk uitleggen dat het geponeerde oneigenlijke gebruik van de controlebevoegdheid van artikel 160 WVV 1994 bij een zgn. dynamische verkeerscontrole, een structureel verzuim betreft, aangezien het hof voor zover ik kan zien voor het eerst bepaalt dat dergelijk handelen een vormverzuim oplevert. Een verwijzing naar eerdere vaststellingen op dat punt ontbreekt. Het hof had er volgens het beoordelingskader van de Hoge Raad zich er rekenschap van moeten geven dat het een vormverzuim betreft ten aanzien waarvan uit objectieve gegevens blijkt dat het zozeer bij herhaling voorkomt dat zijn structureel karakter vaststaat en de verantwoordelijke autoriteiten zich, vanaf het moment waarop dit structurele verzuim hun bekend moet zijn geweest, onvoldoende inspanningen hebben getroost overtredingen van het desbetreffende voorschrift te voorkomen. Van dat alles

blijkt mijns inziens niets uit het arrest. Het lijkt mij dat ook dit onderdeel van 's hofs motivering zijn oordeel dat bewijsuitsluiting moet volgen, niet kan dragen.”

1. Inleiding

Zoals inmiddels alom bekend, heeft de Hoge Raad de teugels ten aanzien van de toepassing van artikel 359a Sv in de loop der tijd stevig aangetrokken. Over de wenselijkheid daarvan wordt verschillend gedacht en deze benadering is in zowel literatuur als praktijk voortdurend onderwerp van discussie.³ De bescherming van de subjectieve rechten van de verdachte staat in de rechtspraak van ons hoogste rechtscollege centraal, eerst en vooral het recht van de verdachte op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM.⁴ Pas als dat laatste niet meer mogelijk is, komt niet-ontvankelijkheid van het OM als rechtsgevolg in beeld. Ook bewijsuitsluiting wordt met name van stal gehaald in de gevallen waarin bewijs verkregen is in strijd met artikel 6 EVRM, mede als gevolg van het feit dat staande rechtspraak is dat aan een kale schending van artikel 8 EVRM geen rechtsgevolgen behoeven te worden verbonden als het recht op een eerlijk proces wordt gewaarborgd.⁵ Voor andere doelen – bijvoorbeeld het voorkomen dat de overheid ‘profiteert’ van het overtreden van tot haar gerichte normen in eenzelfde procedure waarin zij een burger verwijt een norm te hebben overtreden – die toepassing van artikel 359a Sv zou kunnen dienen, lijkt in elk geval ten aanzien van de twee voornoemde rechtsgevolgen weinig oog te bestaan. Mede daarom is al geruime tijd gemeengoed dat de Hoge Raad ook het controleren van de politie en het OM niet als een van de voornaamste taken van de strafrechter ziet.⁶ Toch heeft hij in zijn arrest van 19 februari 2013 (hierboven; 22.1), ook wel bekend als het Onbevoegde hulpofficier-arrest, juist doelend op het normeren van die opsporing, uitdrukkelijk overwogen dat bij ‘kleine’ verzuimen die een structureel karakter hebben, bewijsuitsluiting als rechtsgevolg in beeld kan komen, althans dat bewijsuitsluiting in die gevallen ‘niet onder alle omstandigheden [is] uitgesloten’.⁷ Op die categorie verzuimen richt deze bijdrage zich grotendeels, terwijl over de toepassing van artikel 359a Sv ook in bredere zin enkele opmerkingen gemaakt zullen (moeten) worden. Voor een goed begrip van de context waarbinnen de problematiek zich afspeelt, is het aangewezen eerst kort uiteen te zetten waaruit de restrictieve benadering van de Hoge Raad af te leiden valt (par. 2). Vervolgens zal de focus komen te liggen op voormelde categorie van kleine maar structurele vormverzuimen. Bezien zal worden welke vormverzuimen mogelijk voor dit predicaat in aanmerking komen (par. 3) en van welke procespartij wanneer in dit kader in de strafzaak inspanningen mogen worden verwacht (par. 4). De belangrijkste vraag die zich opwerpt, is of en zo ja welke vormverzuimen structureel voorkomen. Die vraag is om uiteenlopende redenen niet een-

3 Het NVSA-congres van december 2014 stond (grotendeels) in het teken van dit onderwerp. Deze mondelinge voordrachten zijn gepubliceerd in het tijdschrift *Strafblad* (2015, afl. 1). Verder bijvoorbeeld R. Kuiper, *Vormfouten: juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken*, (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014; 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; F.C.W. de Graaf & L. Kesteloo, ‘Welke mogelijkheden bestaan er om op grond van art. 359a Sv rechtsgevolgen te verbinden aan fouten in het strafdossier?’ *DD* 2016/21; T. Kooijmans, ‘Elk nadeel heb z’n voordeel? Artikel 359a Sv en de ontdekking van het strafbare feit’, *DD* 2011/78; S. Brinkhoff, ‘De strafrechter en art. 359a Sv’, *Trema* 2016a, p. 350-354.

4 M.J. Borgers, ‘De toekomst van artikel 359a Sv’, *DD* 2012/25 en M. Samadi, ‘Policing the police: het toezicht op de opsporing’, *DD* 2016/37, p. 418.

5 HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, *NJ* 2013/308, m.nt. Keulen, r.o. 2.4.2, onder verwijzing naar HR 5 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5629, *NJ* 2011/169, m.nt. Schalken, r.o. 4.4.1.

6 Buruma reeds in zijn noot onder HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, *NJ* 2004/376, later ook in Y. Buruma, ‘Strafrechtelijke rechtsvorming’, *Strafblad* 2013, p. 14, Brinkhoff 2016.

7 HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, *NJ* 2013/308, m.nt. Keulen, r.o. 2.4.6.

voudig te beantwoorden. Niettemin zullen wij een bescheiden poging wagen door middel van een verkennende analyse van de gepubliceerde feitenrechtspraak die op dit leerstuk ziet (par. 5). Tot slot volgen enkele afsluitende overwegingen (par. 6).

2. De benadering van de Hoge Raad: terughoudendheid troef

Het toepassingsbereik van artikel 359a Sv is door de Hoge Raad in zijn jurisprudentie nader afgebakend. Aan een verzuim kunnen pas rechtsgevolgen worden verbonden als dat verzuim is begaan bij de uitoefening van strafvorderlijke bevoegdheden in een onderzoek onder verantwoordelijkheid van politie en het openbaar ministerie, waarbij opgetekend moet worden dat dit onderzoek betrekking moet hebben op het strafbare feit dat aan de verdachte ten laste is gelegd.⁸ Een onrechtmatige tap in zaak A tegen verdachte X waaruit belastend bewijs jegens verdachte Y voortkomt, is in de strafzaak tegen Y aldus geen vormverzuim, terwijl (op zichzelf onrechtmatig) gevonden bewijs tegen X uit die telefoontap in zaak B tegen X ook geen vormverzuim in de zin van voornoemde bepaling oplevert.⁹ Bovendien kunnen rechtsgevolgen eerst verbonden worden aan het verzuim als het rechtsgevolg daarvan niet uit de wet blijkt en het verzuim onherstelbaar is. Als de rechter heeft vastgesteld dat aan voornoemde vereisten is voldaan, komen de rechtsgevolgen – in opvolgende zwaarte: strafvermindering, bewijsuitsluiting, niet-ontvankelijkverklaring van het OM – in beeld. De feitenrechter verbindt pas (een van deze drie genoemde) rechtsgevolgen aan een verzuim als hij meent dat niet met de enkele constatering van dat verzuim kan worden volstaan. Vaste rechtspraak is immers dat artikel 359a Sv de rechter een bevoegdheid verleent een rechtsgevolg aan een verzuim te verbinden en hem daartoe geen verplichting oplegt, zodat niet aan elk verzuim een rechtsgevolg behoeft te worden verbonden.¹⁰

Bij het verbinden van rechtsgevolgen aan verzuimen dient de rechter rekening te houden met de in het tweede lid genoemde factoren, te weten het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor is veroorzaakt, terwijl ook alle andere omstandigheden van het geval meewegen. Een belangrijke beperking in dit kader is dat het belang van de verdachte dat het door hem gepleegde strafbare feit niet wordt ontdekt, door de Hoge Raad niet als een rechtens te respecteren belang wordt gezien en derhalve geen nadeel oplevert in voornoemde zin.¹¹

Op zichzelf spreekt het gezien de tekst van de wet voor zich dat de Hoge Raad eist dat de feitenrechter bij het verbinden van rechtsgevolgen aan vormverzuimen ervan blijk geeft de factoren genoemd in het tweede lid meegenomen te hebben in zijn afweging. Het verwondert daarom niet dat de Hoge Raad casseert als het hof een rechtsgevolg aan een verzuim verbindt zonder dat de voornoemde factoren in de motivering worden betrokken. Daarbij wordt een op het geval toegesneden afweging van in aanmerking te nemen factoren verlangd.¹² Het enkel noemen van deze factoren is onvoldoende.¹³ Evenwel is opmerkelijk dat de Hoge Raad de eis stelt dat ook de verdediging in haar verweer deze factoren mee moet nemen. In het eerste lid van artikel 359a Sv ligt volgens de Hoge Raad een verweermogelijk-

8 Kuiper 2014, 217-218 en G.J.M. Corstens & M.J. Borgers, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 822-823. Hierover advocaat-generaal Hartevelt in zijn conclusie, Parket bij de HR 7 juni 2016, ECLI:NL:PHR:2016:460, punt 5.3 e.v.

9 Recent nog HR 8 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2529, NJ 2016/481.

10 HR 23 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9594, NJ 2001/327, herhaald in HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004/376, m.nt. Buruma, r.o. 3.6.1.

11 HR 4 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM6673, NJ 2012/145, m.nt. Borgers, Kooijmans 2011. Anders: Hof 's-Hertogenbosch 4 augustus 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:3541.

12 HR 6 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2768, HR 14 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:242.

13 HR 22 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2775.

heid (inclusief stelplicht) en een responsieplicht besloten.¹⁴ Voldoet de verdediging niet aan haar stelplicht, kan de feitenrechter reeds om die reden het verweer passeren. Als in casuatie wordt geklaagd over een beslissing van het hof niet tot bewijsuitsluiting over te gaan, vangt men in elk geval bot als in hoger beroep het verweer niet voldoende is ingekleed.¹⁵ Dat is anders wanneer het hof met een gebrekkige motivering afziet van het verbinden van een rechtsgevolg aan een verzuim. Met Brinkhoff moet daarom worden gezegd dat het erop lijkt dat de Hoge Raad door het stellen van deze hoge eisen via een meer formele redenering tracht het verbinden van rechtsgevolgen aan vormverzuimen door de strafrechter te minimaliseren.¹⁶

De keuze voor een rechtsgevolg is verder afhankelijk van aanvullende eisen die de Hoge Raad per rechtsgevolg heeft uitgewerkt. Voor strafvermindering geldt, bovenop de eisen van het tweede lid, dat het verzuim zich moet lenen om door middel van strafvermindering te worden gecompenseerd.¹⁷ Ten aanzien van de niet-ontvankelijkheid van het OM houdt de Hoge Raad nog steeds vast aan zijn streng geformuleerde Zwolsman-criterium.¹⁸ Voor niet-ontvankelijkverklaring van het OM is immers niet alleen vereist dat een eerlijk proces niet meer mogelijk is, maar ook dat deze onmogelijkheid het gevolg is van doelbewust of grof onachtzaam handelen door de opsporings- en/of vervolgingsambtenaren.¹⁹ Wat bewijsuitsluiting betreft heeft de Hoge Raad het volgende raamwerk uiteengezet.²⁰ Bewijsuitsluiting kan volgens de Hoge Raad uitsluitend aan de orde komen indien het bewijsmateriaal door het verzuim is verkregen. Een causaal verband tussen het verzuim en het daardoor verkregen bewijsmateriaal is aldus vereist. Daarnaast komt bewijsuitsluiting pas in aanmerking indien door de onrechtmatige bewijsgaring een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden. Daarbij zijn door de Hoge Raad inmiddels drie redenen of categorieën gespecificeerd om tot bewijsuitsluiting over te gaan.²¹ De eerste categorie van zaken wordt gevormd door de gevallen waarin de toepassing van bewijsuitsluiting noodzakelijk is ter verzekering van het recht van de verdachte op een eerlijk proces. De tweede categorie omvat de situaties waarin het recht op een eerlijk proces niet (rechtstreeks) aan de orde is, maar sprake is van een ander belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel dat in aanzienlijke mate is geschonden en toepassing van bewijsuitsluiting noodzakelijk kan worden geacht als middel om toekomstige vergelijkbare vormverzuimen die onrechtmatige bewijsgaring tot gevolg hebben te voorkomen. De derde reden, die zoals gezegd in deze bijdrage centraal staat, is voorbehouden aan de categorie van zeer uitzonderlijke gevallen waarin het vormverzuim zich maar structureel blijft voordoen zonder dat de autoriteiten passende maatregelen hebben getroffen om dat tegen te gaan.

14 HR 17 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT2052, NJ 2012/253, m.nt. Mevis.

15 Als twee van de vele voorbeelden kunnen gegeven worden HR 10 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:542, NJ 2015/357, m.nt. B.F. Keulen en HR 6 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:2956, NJ 2015/430.

16 Brinkhoff 2016. In die richting ook Keulen in punt 5 van zijn noot onder HR 10 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:542, NJ 2015/357.

17 HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004/376, m.nt. Buruma, r.o. 3.6.3.

18 HR 19 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0328, NJ 1996/249, m.nt. Schalken, herhaald in HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004/376, m.nt. Buruma.

19 Zie voor kritische opmerkingen hierover G. Knigge, 'Het Zwolsman-criterium op de helling', *RMThemis* 2003, p. 193-195 en Borgers 2012.

20 HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004/376, m.nt. Buruma en HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, NJ 2013/308, m.nt. Keulen.

21 HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, NJ 2013/308, m.nt. Keulen.

3. Structurele vormverzuimen

Over deze laatste categorie heeft Kuiper geschreven dat deze zich zou ‘kunnen ontwikkelen tot de regel die het meeste effect sorteert in termen van het voorkomen van onrechtmatigheden in het voorbereidend onderzoek.’ De regel zou ertoe strekken

“het rechtsstatelijk niveau in de opsporing en vervolging op peil te houden door onderzoek te stimuleren naar het eventueel structureel begaan worden van bepaalde vormfouten, en om de voor het voorkomen daarvan primair verantwoordelijke autoriteiten tot actie te doen overgaan deze vormfouten (die per stuk niet ernstig genoeg zijn om de nadelen van bewijsuitsluiting te kunnen rechtvaardigen) in het vervolg te voorkomen.”²²

Hij verwacht veel van deze reden voor bewijsuitsluiting – die volgens hem overigens als het goed is nooit zal worden gebruikt. Hij ziet erin h t instrument om tot daadwerkelijke verbeteringen in de opsporingspraktijk te komen. Punt is wel dat onderzoek naar dit soort kleine, maar structurele gebreken door anderen dan de strafrechter moet worden verricht. Kuiper meent dat sprake is van een uitnodiging tot georganiseerd empirisch onderzoek.²³ Aangaande de aard van de derde categorie voor bewijsuitsluiting moeten vooraf twee opmerkingen worden gemaakt. De eerste is dat het gaat om een restcategorie, als het verze-keren van het recht op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM niet tot bewijsuitsluiting hoeft te leiden en evenmin een op zichzelf reeds zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht van de verdachte aan de orde is. Het toepassen van bewijsuitsluiting is dan

‘niet onder alle omstandigheden uitgesloten als sprake is van de – zeer uitzonderlijke – situatie (...) waarin het desbetreffende vormverzuim naar uit objectieve gegevens blijkt zozeer bij herhaling voorkomt dat zijn structureel karakter vaststaat en de verantwoordelijke autoriteiten zich, vanaf het moment waarop dit structurele verzuim hun bekend moet zijn geweest, onvoldoende inspanningen hebben getroost overtredingen van het desbetreffende voorschrift te voorkomen.’²⁴

De eerste categorie, waarin zonder bewijsuitsluiting een eerlijk proces niet meer mogelijk is, staat op zichzelf en wordt (ook) gedicteerd door de (minimum)normen uit Straatsburg. De tweede categorie omvat de gevallen waarin een ander belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift dan het voorschrift van artikel 6 EVRM in aanzienlijke mate is geschonden (lees: een zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht – en dus niet louter een inbreuk op artikel 8 EVRM). Met de constatering dat na het wijzen van het Onbevoegde hulpofficier-arrest – inmiddels ruim vier jaar geleden – de Hoge Raad als wij het goed zien geen enkele keer een arrest in stand liet waarin deze categorie als grondslag werd gebruikt bewijs uit te sluiten, is meteen het praktische belang van deze categorie gegeven. Illusoir is de mogelijkheid tot bewijsuitsluiting op grond van de tweede categorie daarmee nog niet meteen te noemen, maar veel heeft deze categorie in elk geval niet om het lijf. Dat volgt ook uit de voorbeelden die de Hoge Raad noemt die wél onder deze categorie geschaard kunnen worden, zoals de lijfsvisitatie zonder wettelijke grondslag en de gevallen waarin het gebruik voor het bewijs

²² Kuiper 2014, p. 548.

²³ Kuiper 2014, p. 549.

²⁴ HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, NJ 2013/308, m.nt. Keulen, r.o. 2.4.6.

wezenlijk afbreuk doet aan het fundamentele belang dat met bescherming van het professionele verschoningsrecht is gediend.²⁵

De laatste (en laagste?) categorie betreft daarom 1) niet-zeer ingrijpende schendingen van een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift; 2) niet-zeer ingrijpende schendingen van een niet-belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift; en 3) ingrijpende schendingen van een niet-belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift. In zoverre houdt de Hoge Raad hier kennelijk niet onverkort vast aan de hierboven genoemde overkoepelende eis dat een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate moet zijn geschonden, wil bewijsuitsluiting als rechtsgevolg in beeld komen.²⁶ Alle vormfouten die geen zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht inhouden, kunnen in zeer uitzonderlijke gevallen tot bewijsuitsluiting leiden als zij structureel voorkomen en door de verantwoordelijke autoriteiten onvoldoende wordt gewerkt aan de preventie daarvan. Zoals Kuiper terecht stelt, is het belang van deze restcategorie groter naar mate de tweede categorie minder gevallen omvat. Hij geeft terecht aan dat diverse vormfouten, bijvoorbeeld gemaakt bij het vorderen van gegevens (artikel 126nd Sv), het onrechtmatig bewaren van gegevens en het doorzoeken van een voertuig waarschijnlijk niet als zeer ingrijpende schending van een grondrecht zullen worden aangemerkt.²⁷ Hoewel de Hoge Raad zich hier nog niet met zo veel woorden over uit heeft gelaten, is ons sterke vermoeden dat voor een onrechtmatige – overigens in strijd met het in artikel 12 van de Grondwet vervatte huisrecht zijnde – doorzoeking van een huis niet anders heeft te gelden.²⁸

De tweede opmerking betreft de structurele aard van de vormfout. Wanneer komt een fout ‘zozeer bij herhaling’ voor dat zijn structureel karakter vaststaat, zoals de Hoge Raad verlangt? Welke maatstaf geldt om dat te bepalen? Het probleem is dat de Hoge Raad zich hierover tot op heden niet nader heeft uitgelaten en dus geen handvat heeft gegeven om de eis van het structurele karakter van de vormfout in te vullen. Kuiper heeft het in dat verband over een ‘recidiverende overheid’.²⁹ Het zal niet mogelijk zijn in dat verband een minimum aantal voorvallen te verlangen. Voldoende zou in dat verband moeten zijn dat dit type vormfout kennelijk geen incident is, dus niet op zichzelf staat maar veel vaker voorkomt. In lagere rechtspraak is dit punt wel al aan de orde geweest. De Rechtbank Gelderland overweegt dat de door haar geconstateerde fout zich ‘steeds vaker’ voordoet en gaat uit van een structureel verzuim (hierboven 22.2). De Rechtbank Midden-Nederland meent dat ‘geen sprake is van een incidenteel verzuim’ (hierboven 22.3). Het Hof Arnhem-Leeuwarden leidt het structurele karakter van de door hem afgekeurde plaatsing van een peilbaken af uit het feit dat in een nadere uitleg door een bij die methode betrokken politiefunctionaris gesproken werd van ‘project peilbaken’ en het woord ‘consensus’ (hierboven 22.4). En in de dynamische verkeerscontrole heeft het hof uitgebreid geciteerd uit de verhoren van betrokken verbalisanten en daaruit opgemaakt dat de dynamische verkeerscontrole een landelijk begrip is, door vele politie-eenheden wordt gebruikt en voor de praktijk in een boekje is uitgeschreven.³⁰ Wij menen dat dit toch meer dan voldoende zou moeten zijn om vast te stellen dat het verzuim zich structureel voordoet en deze reden van toepassing kan

25 HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, NJ 2013/308, m.nt. Keulen, r.o. 2.4.5. Overigens is in niet alle door de Hoge Raad genoemde voorbeelden even helder of is voldaan aan de eis dat het verzuim is begaan bij het voorbereidend onderzoek naar het deze verdachte ten laste gelegde feit.

26 In gelijke zin annotatie van B.F. Keulen onder HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, NJ 2013/308, onder 2.

27 Kuiper 2014, p. 548-549.

28 In Hof 's-Gravenhage 24 oktober 2014, NbSr 2015/36, werd een aanzienlijke inbreuk op het huisrecht van de verdachte wel onder de tweede categorie gebracht.

29 Kuiper 2014, p. 548.

30 Hof Amsterdam 21 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5307.

zijn. De Hoge Raad heeft zich erover in de zaak over de dynamische verkeerscontrole niet uitgelaten, omdat volgens hem van een vormverzuim geen sprake is.³¹ Advocaat-generaal Harteveld schrijft evenwel (hierboven 22.5):

‘het [laat] zich in mijn ogen moeilijk uitleggen dat het geponeerde oneigenlijke gebruik van de controlebevoegdheid van artikel 160 WVV 1994 bij een zogenoemde dynamische verkeerscontrole, een structureel verzuim betreft, aangezien het hof voor zover ik kan zien voor het eerst bepaalt dat dergelijk handelen een vormverzuim oplevert.’

Anders dan Harteveld lezen wij de rechtspraak van de Hoge Raad zo dat voor het aannemen van het structurele karakter van een vormverzuim, niet de voorwaarde geldt dat strafrechters dat verzuim (structureel) hebben vastgesteld. Zoals wij de rechtsoverweging begrijpen, moet de schending van het vormvoorschrift zelf bij herhaling voorkomen, niet noodzakelijkerwijs de constatering daarvan door de strafrechter. Die laatste omstandigheid kan wel een rol spelen bij de vraag of en wanneer de verantwoordelijke autoriteit bekend moet zijn geweest met het structurele verzuim en of een normerende werking (nog) te verwachten valt. Maar ook bij de eerste constatering door de strafrechter dat sprake is van een vormverzuim kan de derde reden voor bewijsuitsluiting van stal worden gehaald.

4. De rol van (proces)partijen

Artikel 359a Sv kent ondanks de tekst van het derde lid, zo kwam hiervoor al aan de orde, volgens de Hoge Raad zijn eigen regime inzake een beslissing over een beweerdelijk vormverzuim (een eigen ‘verweer en weerleggingsmechanisme’).³² Alleen op een deugdelijk verweer op de voet van artikel 359a Sv is de strafrechter volgens de Hoge Raad gehouden een beslissing te nemen.³³ In dat opzicht is het niet verwonderlijk dat hij de bal aangaande structurele vormverzuimen in eerste instantie bij de verdediging legt. Dat neemt niet weg dat de wetgever uitging van een ambtshalve toepassing van artikel 359a Sv en het derde lid alleen bepaalt dat de toepassing van het eerste lid gemotiveerd in het vonnis moet worden opgenomen.³⁴ Het spoorboekje dat de Hoge Raad aanlegt is evenwel het volgende (vgl. hierboven 22.1, r.o. 2.4.6).

De enkele stelling (naar wij aannemen: van de verdediging) dat een structureel verzuim maar blijft voorkomen, is niet voldoende en behoeft de strafrechter niet ertoe te nopen hiernaar onderzoek te doen. Het is aan de verdediging om ‘aan de hand van buiten de voorliggende zaak reeds bekende gegevens te onderbouwen dat zich zodanig structureel verzuim voordoet.’³⁵ Dat past bij de algemene insteek van de Hoge Raad dat in feitelijke aanleg niet breed aan zogeheten *fishing expeditions* hoeft te worden toegegeven als onduidelijk blijft naar welk beweerdelijk vormverzuim nader onderzoek verricht zou moeten worden of als duidelijk is dat het gestelde nimmer tot het beoogde rechtsgevolg kan leiden (bij-

31 HR 1 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2454.

32 HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004/376, m.nt. Buruma, r.o. 3.7., HR 4 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF0281, NJ 2008/581, HR 17 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT2052, NJ 2012/253, m.nt. P.A.M. Mevis en HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1383, NJ 2013/148. Zie ook M.A.P. Timmerman & D.A.G. van Toor, ‘De motiveringsverplichting bij verwerping van door de verdachte gevoerde verweren: een complex stelsel’, *Strafblad* 2013, p. 324-331 en J.S. Spijkerman, ‘Vormverzuimen in het strafrecht: hoe zat het ook alweer?’, *Advocatenblad* (december) 2011, p. 41.

33 Zie recent J.S. Nan, ‘Een deugdelijk verweer inzake vormfouten’, *Advocatenblad* 2016 (3), p. 48-50.

34 Zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, 3, p. 24.

35 Helemaal in lijn hiermee is Hof Arnhem-Leeuwarden niet, nu in die zaak de gegevens louter uit een nadere uitleg van een politiefunctionaris wordt gehaald (hierboven 22.4).

voorbeeld omdat met de enkele constatering zou kunnen worden volstaan).³⁶ En nader onderzoek binnen de voorliggende zaak kan volgens de Hoge Raad kennelijk niet leiden tot de benodigde extra gegevens. Hoe de verdediging aan haar informatieplicht zou kunnen voldoen wordt behandeld in paragraaf 4 en 5, maar een gemakkelijke taak is het niet en wij twijfelen of zij daar überhaupt in zal (kunnen) slagen.³⁷

Alleen als de verdediging in staat is gebleken de benodigde gegevens boven water te krijgen, is vervolgens het openbaar ministerie aan zet volgens de Hoge Raad:

‘het [ligt dan] op de weg van het openbaar ministerie daartegenover concrete gegevens te verstrekken aan de hand waarvan kan worden bepaald of de verantwoordelijke autoriteiten adequate maatregelen hebben getroffen om structurele overtreding van het desbetreffende voorschrift zoveel als redelijkerwijs mogelijk uit te sluiten.’

Duidelijk is dat het openbaar ministerie zal moeten kunnen aantonen dat ten aanzien van de desbetreffende opsporingsdienst na de constatering van de veel voorkomende fout inmiddels een reëel verbetertraject is ingezet om in de toekomst een structurele schending van de regel(s) te voorkomen. Ons inziens is de enkele stelling van de officier van justitie in het voorliggende geval dat dat het geval is, niet voldoende. Net als de verdediging zal ook deze met ‘buiten de voorliggende zaak reeds bekende gegevens’ moeten onderbouwen dat een positieve verandering waarvan resultaat te verwachten is, daadwerkelijk is ingezet. Hierbij kan worden gedacht aan een aanscherping van bestaande of het uitvaardigen van nieuwe (beleids)regels en controlemechanismen door of vanwege het College van procureurs-generaal of de Korpsleiding en aan (collectieve) bijscholing van opsporingsambtenaren die de voorschriften moeten naleven. De toezegging van de (hoofd)officier van justitie dat het geconstateerde probleem de aandacht heeft van de verantwoordelijke autoriteiten of dat een en ander in onderzoek is, lijkt ons niet genoeg. Het Hof Arnhem-Leeuwarden nam in dat verband genoeg met de mededeling van een politiefunctaris dat het project a quo ‘inmiddels in de koelkast is gezet’. Wel moest ervoor worden gewaakt dat deze methode opnieuw zou worden gebruikt (hierboven 22.4).

Als verbetering kennelijk uitblijft, komt de strafrechter op zijn beurt pas toe aan bewijsuitsluiting

‘indien aannemelijk is geworden dat die toepassing in de gegeven omstandigheden daadwerkelijk de beoogde normerende werking op de praktijk van opsporing en vervolging zal hebben, waarbij van belang kan zijn wat de oorzaak van het vormverzuim is en wat (reeds) door de verantwoordelijke autoriteiten ter voorkoming van overtreding van het bewuste voorschrift is ondernomen.’

Ten eerste is het de vraag of de strafrechter in staat is dat te verwachten normerende effect vast te stellen. Of bewijsuitsluiting inderdaad een zuiverende werking heeft is in het algemeen niet zo gemakkelijk te zeggen. Harde bewijzen daarvoor ontbreken.³⁸ Ten tweede

36 HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004/376, m.nt. Y. Buruma en HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1496, NJ 2014/441, m.nt. M.J. Borgers. Voor een verweer over de rechtmatigheid van overheidsoptreden dat niet onder de vlag van art. 359a Sv valt, is dat niet anders, vgl. HR 29 januari 2013, NJ 2013/415, ECLI:NL:HR:2013:BY2814, m.nt. M.J. Borgers en HR 17 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9992, NJ 2014/91, m.nt. T.M. Schalken.

37 De verdediging zal het bijvoorbeeld moeten hebben van rapporten van de Nationale ombudsman of de procureur-generaal uit hoofde van diens bevoegdheid ex artikel 122 RO, journalistiek onderzoek, de databank van Kuiper of de oproep van advocaat Malewicz in het *Advocatenblad*.

38 Zie hierover M.C.D. Embregts, *Uitsluiting over bewijsuitsluiting. Een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, civiele recht en het bestuursrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2003, p. 112 en Corstens & Borgers 2014, p. 818.

wijst deze overweging van de Hoge Raad erop dat bewijsuitsluiting niet hoeft te worden toegepast als de verantwoordelijke autoriteit beterschap heeft beloofd en daarnaar heeft gehandeld. Dat is ook logisch omdat in dat geval een nadere instigatie van de strafrechter niet meer nodig lijkt om de praktijk te verbeteren. Dus alleen als het zelfreinigend vermogen van de opsporing uitblijft en een preventief effect van een tik op de vingers door de strafrechter te verwachten valt, komt bewijsuitsluiting aan de orde. Maar dan moet nog wel een afweging gemaakt worden met de nadelen die daaraan verbonden zijn. De strafrechter moet zich hardop afvragen

‘of aldus niet op onaanvaardbare wijze afbreuk wordt gedaan aan zwaarwegende belangen als de waarheidsvinding en de bestraffing van de dader van een – mogelijk zeer ernstig – strafbaar feit, alsmede in voorkomend geval aan de rechten van slachtoffers of hun nabestaanden, mede gelet op uit het EVRM voortvloeiende positieve verplichtingen tot effectieve bestraffing. In het bijzonder de zojuist besproken, zeer uitzonderlijke, situatie vergt dat de rechter in zijn uitspraak nadere rekenschap aflegt van toepassing van bewijsuitsluiting.’³⁹

Het voormelde komt neer op het volgende, veeleisende stappenschema dat door de Hoge Raad is opgetuigd voor de feitenrechter. Om een beslissing te kunnen nemen moet hij eerst – als een soort empirisch onderzoeker of eindverantwoordelijke – ervoor hebben zorg gedragen dat in beginsel na een betoog van de verdediging voldoende betrouwbare (externe) gegevens beschikbaar zijn gekomen (stap 1). Vervolgens moet hij vaststellen dat er inderdaad een hardnekkig probleem is (stap 2) en dat de verantwoordelijke opsporingsdiensten voldoende inzicht in dat eigen falen niet hebben getoond (stap 3). Daarna moet de strafrechter beoordelen of bewijsuitsluiting (nog) het gewenste effect kan hebben om een verbetering af te dwingen (stap 4). Als dat het geval is moet hij ten slotte nog bezien of de negatieve gevolgen van bewijsuitsluiting – met name het onbestraft laten van (mogelijk zeer ernstige) strafbare feiten – kunnen worden aanvaard (stap 5). Per saldo ligt er aldus wel wat op het bordje van de strafrechter om bij een klein doch structureel vormverzuim over te gaan tot bewijsuitsluiting. Met Keulen en Dreissen vragen wij ons af of deze wel aan al die eisen kan voldoen.⁴⁰

Uitzonderingen op deze route zijn overigens mogelijk.⁴¹ Met het voorgaande is zeker niet gezegd dat de officier van justitie niet zelf de discussie kan opwerpen uit hoofde van diens magistratelijkheid, al koesteren wij geen sterke hoop dat door hem op zitting uit eigen beweging de structureel vuile was buiten zal worden gehangen.⁴² Ook kan de strafrechter het punt eigener beweging aanstippen. De Rechtbank Gelderland, de Rechtbank Midden-Nederland en het Hof Arnhem-Leeuwarden zijn daartoe bijvoorbeeld ambtshalve overgegaan (hierboven 22.2, 22.3 en 22.4) en daarmee is op zich niets mis. De feitenrechter maakt dagelijks genoeg mee om vast te stellen dat ‘een vergelijkbare gang van zaken zich steeds

39 Anders dan bij de tweede reden voor bewijsuitsluiting is die afweging dwingend voorgeschreven. Zij ontbreekt in Rb. Gelderland 28 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:2984, *NbSr* 2014/134, m.nt. Dreissen (hierboven 22.2). In Rb. Midden-Nederland 8 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2106, *NJFS* 2016/141 (hierboven 22.3) wordt in dat verband niet meer opgemerkt dan dat de rechtbank bij de toepassing van bewijsuitsluiting heeft ‘gelet op de ernst van het feit waarvoor verdachte vervolgd is.’

40 Zie de annotaties van Keulen onder HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321 en van Dreissen onder Rb. Gelderland 28 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:2984, *NbSr* 2014/134.

41 Zo ook annotator Keulen onder HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, *NJ* 2013/308.

42 Zie over het openbaar ministerie bijvoorbeeld M.E. de Meijer, ‘Een integer Openbaar Ministerie’, *Strafblad* 2015, p. 364-370.

vaker voordoet' of een bepaalde onrechtmatige methode een 'brede inzet' kent.⁴³ Verder lijkt het ons voorgeschreven dat niet pas bij einduitspraak de strafrechter als een konijn uit de hoge hoed hiermee op de proppen komt. Het potentiële konijn moet uiterlijk ter zitting ter sprake komen, omdat het openbaar ministerie in de gelegenheid moet worden gesteld aan te voeren en te onderbouwen dat 'adequate maatregelen' zijn genomen om het verzuim in de toekomst zo veel mogelijk te voorkomen. Hoor en wederhoor.

5. Enig rechtspraakonderzoek

5.1 *Methode en bezwaren*

Teneinde een beeld te krijgen van eventuele structureel voorkomende vormverzuimen, hebben wij de in 2015 en 2016 gepubliceerde vonnissen van rechtbanken die betrekking hebben op dit onderwerp onderzocht. Op www.rechtspraak.nl hebben wij de zoekterm '359a' gebruikt.⁴⁴ Dat leverde 269 zoekresultaten op, waarvan er 264 als relevant kunnen worden bestempeld.⁴⁵ Van deze uitspraken noteerden wij wat het beweerdelijke verzuim is, welk rechtsgevolg daaraan volgens de verdediging zou moeten worden verbonden, of de rechtbank met de verdediging van mening is dat sprake is van een vormverzuim en zo ja, welk – voor zover niet met de constatering van het verzuim kan worden volstaan – rechtsgevolg zij daaraan verbindt.⁴⁶

Alvorens de resultaten van het onderzoek te bespreken, is het aangewezen de kanttekeningen die bij het onderzoek kunnen worden geplaatst aan te stippen. Ten eerste zij gewezen op het feit dat de gepubliceerde rechtspraak slechts een beperkt deel van het totaal aantal uitspraken bevat. Bovendien worden de uitspraken selectief gepubliceerd. Weliswaar geschiedt dit aan de hand van de criteria opgesomd in het Besluit selectiecriteria uitspraken-databank Rechtspraak.nl 2012,⁴⁷ maar de voorwaarde vermeld in artikel 6 – inhoudende dat uitspraken die niet op grond van de artikel 3 tot en met 5 voor publicatie in aanmerking komen en die door meervoudige kamers zijn geweest 'zoveel als mogelijk [worden] gepubliceerd' – is betrekkelijk onbepaald geformuleerd, zodat ook ons niet helder is in hoeverre vonnissen waarin vormverzuimen een rol spelen, worden gepubliceerd.⁴⁸ Ten tweede kleven meer in het algemeen aan het doen van rechtspraakonderzoek naar vormverzuimen bezwaren, onafhankelijk of het gepubliceerde of niet-gepubliceerde uitspraken betreft. In essentie bestaat het bezwaar daarin dat begane vormverzuimen op verschillende manieren aan het zicht van de strafrechter (kunnen) worden onttrokken. Dat geldt voor alle gevallen die de zittingsrechter niet halen, zodat deze het vormverzuim eenvoudigweg niet zal kunnen constateren. Het kan bijvoorbeeld zijn dat het onrechtmatig toepassen van een dwangmiddel geen bewijs oplevert en er geen zaak tegen de betrokkene wordt gestart. Voorts kan een zaak om welke reden dan ook worden geseponneerd. Verzuimen die worden begaan in het traject van de strafbeschikking zullen, tenzij verzet door de verdachte wordt ingesteld, de zittingsrechter evenmin bereiken. Bovendien is het zo dat een verzuim, mocht het wel

43 Tegelijk is maar de vraag of dergelijke motiveringen voldoen aan het vereiste dat het structurele karakter uit objectieve gegevens blijkt.

44 De zoektocht dateert van 5 januari 2017.

45 De niet-relevante uitspraken betreft (tussen)vonnissen waarin een uitspraak wordt gedaan over gedane onderzoekswensen, het onderzoek wordt heropend en een Engelse vertaling van een uitspraak.

46 Aan het verstrekken van het overzicht verlenen wij uiteraard gaarne onze medewerking. Een verzoek daartoe kan per e-mail gezonden worden naar bektesevic@deroosenpen.nl of nan@law.eur.nl.

47 Te raadplegen via www.rechtspraak.nl/Uitspraken-en-nieuws/Uitspraken/Paginas/Selectiecriteria.aspx.

48 Navraag bij het Rechtspraak Servicecentrum leert dat, hoewel artikel 6 lid 2 van het Besluit die mogelijkheid biedt, gerechten zelf niet tot aanvullende selectiecriteria hebben besloten. Zie voor enkele opmerkingen over het niet altijd even duidelijke plaatsingsbeleid Althof e.a., 'Publicatie van feitenrechtspraak', *Trema* 2017, p. 60-66.

tot een zitting komen, door politie en/of openbaar ministerie moedwillig aan het zicht van de zittingsrechter kan worden onttrokken.⁴⁹ In zoverre kunnen de mogelijkheden voor de zittingsrechter om de opsporing te controleren, gerust beperkt genoemd worden. Hij heeft slechts zicht op het topje van de ijsberg.

5.2 Structurele vormverzuimen in lagere rechtspraak?

In de door ons bekeken uitspraken werd door de Rechtbank in 53 gevallen een vormverzuim vastgesteld. Bewijs werd in dertien gevallen uitgesloten, driemaal werd de straf verminderd als gevolg van het verzuim en in twee gevallen was plaats voor niet-ontvankelijkverklaring van het OM. In het grootste deel van de gevallen (34) volstond de rechter met de constatering dat het verzuim was begaan. Binnen deze 53 vaststellingen bevinden zich (uiteraard) verzuimen als gevolg waarvan bewijs werd verkregen, terwijl ook verzuimen werden begaan die geen bewijs opleverden, veelal omdat deze naar hun aard daarvoor ongeschikt zijn.⁵⁰ Van deze laatste categorie kan op goede gronden betoogd worden dat als deze verzuimen structureel voor (zouden) komen, niet-ontvankelijkheid van het OM het meest geëigende rechtsgevolg is.⁵¹ Evenwel biedt de huidige jurisprudentie (vanwege het Zwolsman-criterium) hiervoor geen mogelijkheid, terwijl wij deze verzuimen ook niet vaak tegenkwamen.

In de meeste gevallen stelt de rechter vast dat bewijs onrechtmatig is verkregen. De verzuimen die significant vaker voorkomen dan andere hebben betrekking op de situatie waarin niet aan alle voorwaarden is voldaan om een bepaald dwangmiddel in te zetten. Binnen die categorie komt het ontbreken van de vereiste startinformatie om tot opsporing over te gaan het vaakst voor.⁵² In negen gevallen wordt vastgesteld dat een dwangmiddel wordt ingezet zonder dat daar de vereiste verdenking voor bestaat. Dat kan zowel doorzoeken van auto's⁵³ of binnentreden/doorzoeken van woningen⁵⁴ of andersoortige panden⁵⁵ betreffen, als onderzoeken aan bijvoorbeeld de kleding van de verdachte.⁵⁶ Eveneens gebeurt het dat andere gebreken kleven aan de inzet van dwangmiddelen: de machtiging tot doorzoeken ontbreekt in haar geheel,⁵⁷ de machtiging is afgegeven voor een ander adres dan het adres waarop wordt binnentreden,⁵⁸ de mondelinge machtiging tot binnentreden is niet schriftelijk bevestigd⁵⁹ of de naam van de opsporingsambtenaar staat ten onrechte niet vermeld

49 Er kan ondanks artikel 152-153 Sv onvolledig of onjuist geverbaliseerd worden. Ontdekking daarvan lijkt niet al te veel problemen voor het openbaar ministerie op te leveren, met name nu die verzuimen – in de ogen van de Hoge Raad – kunnen worden 'hersteld', zie HR 5 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:9, NJ 2016/153, m.nt. Vellinga-Schootstra en HR 18 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:639, NJ 2014/190 (al ging het om de fase na het vonnis in eerste aanleg).

50 Bijvoorbeeld het geval dat een politiehond in strijd met het subsidiariteitsbeginsel ingezet wordt (en deze de verdachte bijt). Het verzuim leidde in Rb. Amsterdam 11 mei 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2817 tot strafvermindering.

51 Zie over deze mogelijkheid Kuiper 2014, p. 405-406.

52 In het algemeen hierover S. Brinkhoff, *Startinformatie in het strafproces* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014 en S. Brinkhoff, 'Anoniem melden startinformatie voor een strafrechtelijk onderzoek?', *NJB* 2008/965.

53 Rb. Rotterdam 15 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3157, Rb. Overijssel 9 oktober 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:4590, Rb. Den Haag 21 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11482. In het laatste voorbeeld miskent de rechtbank ons inziens dat voor het vragen van toestemming geen redelijk vermoeden van schuld is vereist, getuige HR 18 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY5315, NJ 2013/355, m.nt. Borgers.

54 Rb. Midden-Nederland 21 december 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6841.

55 Rb. Midden-Nederland 26 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:589.

56 Rb. Amsterdam 3 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5746.

57 Rb. Midden-Nederland 4 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7554.

58 Rb. Noord-Nederland 2 oktober 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4656.

59 Rb. Overijssel 1 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:745.

in de machtiging tot binnentreden.⁶⁰ Naast de eerder opgeworpen, lastig te beantwoorden, vraag wanneer een verzuim structureel is, rijst hier een nieuwe vraag. Kunnen bepaalde verzuimen worden gecategoriseerd en zo ja, in welke mate? Is het niet-voldoen aan de voorwaarden van artikel 56, eerste lid, Sv in het geheel als één verzuim te kwalificeren, of is het ontbreken van ernstige bezwaren een verzuim op zich, net als het toepassen van dit dwangmiddel op de niet-aangehouden verdachte? En, wellicht nog interessanter: is het criterium neergelegd in artikel 96b Sv, namelijk dat sprake moet zijn van een voorlopige hechtenis-feit voordat men een vervoermiddel mag doorzoeken,⁶¹ onder dezelfde categorie te scharen als hetzelfde criterium van artikel 96c Sv? Ook deze vragen laten zich bepaald niet eenvoudig beantwoorden, maar duidelijk is wel dat hoe meer men fragmenteert ten aanzien van deze verzuimen en deze als verschillende vormverzuimen aanmerkt, des te minder snel van een structureel vormverzuim sprake zal zijn. Wij menen dat verzuimen niet te veel als aparte fouten moeten worden gezien. Diverse aspecten rondom een bepaald vormvoorschrift of het daarmee beschermde rechtsbelang kunnen geclusterd worden. Zo zouden de (wettelijke) vereisten voor het inzetten van een dwangmiddel samen moeten worden genomen. Als een redelijke verdenking voor het binnentreden van een woning ontbreekt door – kort gezegd – gebrekkige startinformatie, maakt het wat dat betreft niet uit of bevoegdheden uit het Wetboek van Strafvordering worden ingezet of bijvoorbeeld die uit de Opiumwet of de Wet wapens en munitie. Het laat zich moeilijk uitleggen dat alle opsporingsbevoegdheden in dit kader separaat moeten worden beschouwd, terwijl voor de inzet van veel van deze bevoegdheden ten dele dezelfde voorwaarden gelden. Waar het in dit voorbeeld om gaat is dat opsporingsambtenaren nalaten op basis van de summiere startinformatie eerst afdoende onderzoek te doen voordat een (ingrijpend) dwangmiddel wordt ingezet.⁶²

5.3 *Tussenconclusie*

Ons onderzoek heeft tot de signalering van diverse vormfouten geleid. In het bijzonder viel op dat er relatief veel zaken zijn waarin er naar aanleiding van ontvangen startinformatie onvoldoende verdenking was om een dwangmiddel in te zetten. Maar is deze categorie vormverzuimen nu structureel te noemen op basis van deze uitkomst? Deze verkennende analyse noopt tot ontkennende beantwoording van die vraag. De inzet van deze dwangmiddelen is aan de orde van de dag en de vaststelling dat in tien gevallen (in zo'n vier jaren) niet aan alle vereisten is voldaan, kan bezwaarlijk de gevolgtrekking wettigen dat deze verzuimen structureel voorkomen. Daarmee is niet gezegd dat dit vormverzuim of andere niet structureel voorkomen. Het is alleen zo dat is gebleken dat uit onderzoek naar (gepubliceerde) rechtspraak, ook het analyseren van honderden uitspraken, simpelweg geen harde conclusies kunnen worden getrokken. Dit leidt wel tot de conclusie dat sprake is van een verdere beperking van de mogelijkheden voor de verdediging om objectieve gegevens aan te dragen waaruit een structureel verband vast te stellen zou zijn. Onderzoek naar gepubliceerde rechtspraak is daarvoor in elk geval niet (bij uitstek) het geschikte middel, als daarvoor al tijd en ruimte voor zou bestaan.

6. Tot besluit

De strafrechter is als op zichzelf staande actor niet in staat de opsporing volledig te controleren, nu veel vormverzuimen aan zijn zicht worden onttrokken. Maar dat betekent niet

60 Rb. Gelderland 22 september 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:5117.

61 Tenzij sprake is van een heterdaadsituatie.

62 Vergelijk Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2014, *NbSr* 2015/36.

dat voor hem in het geheel geen rol is weggelegd bij deze controle. Borgers en Kooijmans merken daarover het volgende op:

“Een restrictieve toepassing van artikel 359a Sv is eerst en vooral verdedigbaar indien de bewaking van de integriteit van de opsporing anderszins in goede handen is. Indien dat niet het geval is, zou de strafrechter juist kunnen en moeten kiezen voor een meer ruimhartige toepassing van artikel 359a Sv.”⁶³

De volgorde lijkt thans eerder omgekeerd. Het is nu immers niet het geval dat de rechter restrictief is, omdat er alternatieven zijn die voorzien in het adequaat controleren van de opsporing. Eerder lijkt het zo te zijn dat, *omdat* de Hoge Raad restrictief is, men daarom buiten de kaders van artikel 359a Sv gaat zoeken naar andere mechanismen die de controle op de opsporing kunnen verzorgen, bevorderen en bij verzuim van een rechtsgevolg kunnen voorzien. De alternatieven voor artikel 359a Sv vormen evenwel geen effectief en transparant systeem van toezicht op de opsporing en dat valt ook niet snel te verwachten.⁶⁴ Dat kan als een argument beschouwd worden voor een meer ruimhartige toepassing van artikel 359a Sv dan thans het geval is. Niettemin verdienen de alternatieven voor artikel 359a Sv serieuze aandacht. Zij hoeven immers niet per se beschouwd te worden als mechanismen in plaats van artikel 359a Sv, maar kunnen ook bestaan naast de mogelijkheden die de strafrechter ter beschikking staan.

In de Contourennota die is opgesteld in het kader van de aftrap van het project Modernisering Wetboek van Strafvordering wordt verder opgemerkt dat het de vraag is of het samenstel van allerlei vormen van toezicht (gesproken wordt van rechterlijk, intern en extern toezicht), afdoende is voor de controle van de naleving van de geldende wettelijke voorschriften. Daarom is een onderzoek aangekondigd ‘op welke wijze de verschillende ketenpartners uit de strafrechtsketen (opsporingsinstanties, openbaar ministerie, rechterlijke macht en organisaties betrokken bij de tenuitvoerlegging van sancties) in de huidige praktijk toezicht houden op het eigen functioneren en in hoeverre van buitenaf toezicht is gerealiseerd. Daarbij verdient de vraag of dit toezicht zich uitstrekt tot de samenwerking met de andere ketenpartners (de koppelvlakken politie – OM, OM – rechtspraak, OM – CJIB, CJIB – reclassering, etc.) bijzondere aandacht.’⁶⁵ Wij weten dat dit onderzoek loopt, maar de uitkomst daarvan is ten tijde van het schrijven van deze bijdrage nog ongewis. De toekomst van artikel 359a Sv is dat eveneens, maar voor wie voor de strafrechter een taak weggelegd ziet de opsporing in het gareel te houden, belooft het onder het huidige gesternte weinig goeds.

Dit gezegd hebbend komen wij toe aan de slotvraag of het bij structurele vormverzuimen als reden voor bewijsuitsluiting om de opsporing te normeren nu om een levensvatbare categorie gevallen gaat. De formulering van de Hoge Raad dat bij kleine, doch hardnekkige vormfouten bewijsuitsluiting ‘niet onder alle omstandigheden uitgesloten’ is en de hoge eisen die door hem aan het toepassen van deze reden worden gesteld wijzen in elk geval niet die kant op. Met name van de zijde van de verdediging zal het veelal ondoenlijk zijn om ‘aan de hand van buiten de voorliggende zaak reeds bekende gegevens te onderbouwen dat zich zodanig structureel verzuim voordoet.’ Het is ook maar de vraag of dergelijke verzuimen inderdaad bestaan. Onze verkennende analyse wijst in ieder geval uit dat uit de

63 M.J. Borgers & T. Kooijmans, ‘Alternatieven voor rechterlijke controle op vormverzuimen’, in: M. Groenhuijsen, T. Kooijmans & J. Ouwkerk (red.), *Roosachtig strafrecht* (liber amicorum De Roos), Deventer: Kluwer 2013, p. 35.

64 Vgl. Samadi 2016, p. 418.

65 *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278, p. 135 (Contourennota Modernisering Strafvordering).

gepubliceerde rechtspraak maar moeilijk significante gegevens kunnen worden geput om te staven dat van een bepaald structureel vormverzuim sprake is. Met Kuiper menen wij dat nader empirisch onderzoek gewenst is.⁶⁶ In dat verband kan worden opgemerkt dat dit soort onderzoek op dit moment in ieder geval de wind mee heeft.⁶⁷ Hoop doet leven, zullen we maar zeggen.

⁶⁶ Kuiper 2014, p. 550.

⁶⁷ Zie hierover bijvoorbeeld *Justitiële Verkenningen* 2016/6, 'Empirisch-juridisch onderzoek'.