

## Elk nadeel heb z'n voordeel? Artikel 359a Sv en de ontdekking van het strafbare feit

Authors	Kooijmans, T.
Published in	Delikt en Delinkwent
Publication Date	2011
Document Version	publishersversion
Link	<a href="https://research.tilburguniversity.edu/en/publications/8741ed2c-77df-4eb2-bbac-e4bfa3c34640">https://research.tilburguniversity.edu/en/publications/8741ed2c-77df-4eb2-bbac-e4bfa3c34640</a>
Citation	Kooijmans , T 2011 , ' Elk nadeel heb z'n voordeel? Artikel 359a Sv en de ontdekking van het strafbare feit ' , Delikt en Delinkwent , vol. 2011 , no. 9 , pp. 1091-1108 .
Download Date	2025-02-12 08:08:24
Rights	<p>General rights</p> <p>Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.</li> <li>- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain</li> <li>- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal"</li> </ul> <p>Take down policy</p> <p>If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.</p>

T. Kooijmans<sup>1</sup>

## 78 Elk nadeel heb z'n voordeel? Artikel 359a Sv en de ontdekking van het strafbare feit<sup>2</sup>

---

78.1 HR 12 december 2010, LJN BN4163, NJ 2010, 624 m.nt. T.M. Schalken

Hoge Raad:

2.1. Het middel klaagt dat het Hof het verweer dat sprake was van onrechtmatige bewijsverkrijging ten onrechte, althans ontoereikend gemotiveerd heeft verworpen.

2.2.1. Ten laste van de verdachte is bewezenverklaard dat:

“hij op 08 april 2006 te 's-Gravenhage een wapen van categorie III, te weten een semi-automatisch pistool(merk: Tanfoglio), kaliber 6,35 mm, en munitie van categorie III, te weten één patroon (merk: Geco), kaliber 6,35 mm, voorhanden heeft gehad.”

2.2.2. Deze bewezenverklaring steunt op de volgende bewijsmiddelen:

(...) een proces-verbaal van politie, opgemaakt door de opsporingsambtenaar [verbalisant 1], voor zover inhoudende als relaas van de verbalisant:

“Op zaterdag 8 april 2006, omstreeks 18.35 uur, werd door de Spoorwegpolitie in de trein van Station Schiphol naar Station Den Haag Hollands Spoor een man aangetroffen die na controle onherroepelijk veroordeeld bleek te zijn. Vervolgens werd deze gesignaleerde veroordeelde overgebracht naar het bureau van de Spoorwegpolitie in het station Den Haag Hollands Spoor te Den Haag. Hij werd aldaar onderworpen aan een zogenaamde insluitingsfouillering. Daarbij werd in een bij deze veroordeelde om zijn nek meegedragen tas een op een vuurwapen gelijkend voorwerp aangetroffen. Ik zag dat dit een zilverkleurig voorwerp betrof voorzien van zwart gekleurde kolfplaatjes. Ook zag ik dat dit voorwerp was voorzien van het opschrift: “F.T. - made in Italy”. Hierop heb ik deze veroordeelde aangehouden ter zake van het aantreffen van dit voorwerp. Hierop heb ik het voorwerp inbeslaggenomen.” (...)

<sup>1</sup> Hoogleraar straf(proces)recht aan de Universiteit van Tilburg.

<sup>2</sup> Citeerwijze: T. Kooijmans, ‘Elk nadeel heb z'n voordeel? Artikel 359a Sv en de ontdekking van het strafbare feit’, *DD* 2011, 78.

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

“Door de verdediging is aangevoerd dat het Openbaar Ministerie in zijn vordering niet-ontvankelijk dient te worden verklaard omdat er sprake is van onrechtmatige verkrijging van het bewijs. Daartoe is door de raadsman gesteld dat in het kader van de insluitingsfouillering ook de tas van de verdachte - waarin een vuurwapen is aangetroffen - is gefouilleerd, hetgeen onrechtmatig is gebeurd, waardoor het bewijs (het vuurwapen) onrechtmatig verkregen is.

Het hof overweegt dat de tas van de verdachte in het kader van de insluitingsfouillering veilig is gesteld en op (waardevolle) spullen is bekeken teneinde ook het zogenaamde insluitingsformulier in te kunnen vullen en af te sluiten. Deze standaardprocedure is op grond van art. 9, vierde lid van de Politiewet geoorloofd. Derhalve is het ten gevolge van het bekijken van de inhoud van de tas verkregen bewijs, namelijk het aangetroffen wapen, niet onrechtmatig verkregen, zodat het niet-ontvankelijkheidsverweer en het bewijsuitsluitingsverweer worden verworpen.”

(...)

2.6. Art. 9, vierde lid, Politiewet 1993 in verbinding met art. 28, eerste lid, Besluit (Ambtsinstructie voor de politie, de Koninklijke marechaussee en de buitengewoon opsporingsambtenaar; TK), verleent aan de daar bedoelde ambtenaren de bevoegdheid om, voorafgaand aan de insluiting op het politiebureau, de ingeslotene te onderzoeken door het aftasten en doorzoeken van diens kleding op de aanwezigheid van voorwerpen die tijdens de insluiting een gevaar voor de veiligheid van de betrokkene of voor anderen kunnen vormen. Blijkens de ontstaansgeschiedenis van deze bepalingen strekt die bevoegdheid ertoe ordemaatregelen mogelijk te maken die de veiligheid van een ieder in het cellencomplex dienen. Gelet op die strekking moet worden aangenomen dat onder het aftasten en doorzoeken van kleding mede dient te worden begrepen een onderzoek van voorwerpen die de ingeslotene bij zich draagt of met zich mee voert. Het oordeel van het Hof dat “(...) het ten gevolge van het bekijken van de inhoud van de tas verkregen bewijs, namelijk het aangetroffen wapen, niet onrechtmatig verkregen (is)” getuigt derhalve niet van een onjuiste rechtsopvatting, terwijl het evenmin onbegrijpelijk is.’

78.2 *HR 22 december 2009, LJN BJ9895, NJ 2010, 29*

Hoge Raad:

‘3.1. Het middel klaagt dat het Hof ten onrechte, althans ontoereikend gemotiveerd, aan het door hem geconstateerde vormverzuim het rechtsgevolg van bewijsuitsluiting heeft verbonden.

3.2. Het Hof heeft ten aanzien van het door hem geconstateerde vormverzuim het volgende overwogen:

“Verweren

De raadsman van verdachte heeft - zakelijk weergegeven - aangevoerd dat het redelijk vermoeden dat verdachte zich schuldig zou maken aan handelen in strijd met de Wet Wapens en Munitie slechts ontleend werd aan informatie van de Criminele Inlichtingen Eenheid (CIE). Die informatie alleen kon het afgeven van een bevel tot doorzoeking van de woning van verdachte niet rechtvaardigen aangezien zij geen

redelijk vermoeden van schuld opleverde dat verdachte in het bezit was van een vuurwapen. Subsidiair heeft de raadsman betoogd dat nadat een vuurbuks tijdens de doorzoeking in beslag was genomen, de grond wegviel om verder te gaan met de doorzoeking. De gevonden buks zou immers voor een groot deel chroomkleurig zijn en daarmee voldoen aan de in de machtiging tot binnentreden in een woning opgenomen beschrijving. Het bewijs dat vervolgens is verkregen, is daarmee onrechtmatig. De raadsman heeft aan zijn verweren de conclusie verbonden dat het openbaar ministerie niet ontvankelijk moet worden verklaard, subsidiair dat verdachte moet worden vrijgesproken van alle ten laste gelegde feiten dan wel de onder 2 en 3 ten laste gelegde feiten.

Het hof oordeelt als volgt. In het proces-verbaal van de politie Friesland d.d. 3 februari 2006 is op pagina 30 een proces-verbaal CIE informatie opgenomen. Laatstgenoemd proces-verbaal vermeldt dat informatie is binnengekomen dat “in het perceel van [verdachte] ([a-straat 1]) een zilverkleurige vuurbuks” ligt.

Die informatie bevatte voldoende concrete en objectieve gegevens om een redelijk vermoeden van schuld aan te nemen. De doorzoeking was derhalve in beginsel rechtmatig. Het hof verwerpt in zoverre het verweer van de raadsman. Het hof is echter met de raadsman van oordeel dat op het moment dat de vuurbuks met de daarin aanwezige munitie werd gevonden, de grond voor verdere doorzoeking was weggevallen. Het object waarop de doorzoeking was gericht was immers gevonden. De verleende machtiging tot doorzoeking was daarmee uitgewerkt. Dat zou slechts anders liggen indien verbalisanten redelijkerwijs konden menen dat de aangetroffen vuurbuks niet het vuurwapen was waarop de hiervoor genoemde informatie van de CIE betrekking had. Die situatie deed zich niet voor. Weliswaar kan worden vastgesteld (zie foto op dossierpagina 61) dat de aangetroffen vuurbuks niet geheel zilverkleurig was, zoals de CIE-informatie lijkt te veronderstellen, maar de essentie van die informatie was niet zozeer gelegen in de kleur van het wapen als wel in het gegeven dat een vuurbuks aanwezig was. Toen vervolgens daadwerkelijk een vuurbuks werd gevonden was er voor verbalisanten geen aanleiding te veronderstellen dat het hier niet ging om het wapen dat in de machtiging tot doorzoeking was bedoeld. Het enkele feit dat de vuurbuks niet geheel zilverkleurig bleek te zijn was daartoe onvoldoende. De voorwerpen die tijdens de verdere doorzoeking zijn gevonden en de constatering die daarbij zijn gedaan zijn derhalve onrechtmatig verkregen respectievelijk gedaan en kunnen niet tot het bewijs dienen van enig strafbaar feit.

Vrijspraak

Het hof acht - gelet op de honorering van het hiervoor behandelde verweer tot bewijsuitsluiting - niet bewezen hetgeen onder 2 en 3 aan verdachte is ten laste gelegd, zodat hij daarvan moet worden vrijgesproken.”

3.3. Uit deze overwegingen blijkt niet dat het Hof bij zijn oordeel dat het geconstateerde verzuim tot bewijsuitsluiting dient te leiden, rekening heeft gehouden met de in art. 359a, tweede lid, Sv genoemde factoren - het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat door het verzuim is veroorzaakt - een en ander zoals is omschreven in het arrest van de Hoge Raad van 30 maart 2004 (LJN AM2533, NJ 2004, 376). Het oordeel van het Hof is derhalve ontoereikend gemotiveerd. Het middel klaagt daarover terecht.’

Hoge Raad:

'2.3. Het Hof heeft omtrent hetgeen de raadsman ter terechtzitting in hoger beroep heeft aangevoerd het volgende overwogen en beslist:

“Ter terechtzitting in hoger beroep heeft de raadsman - overeenkomstig zijn pleitnotities - betoogd dat de verdachte van het tenlastegelegde dient te worden vrijgesproken, nu de in het schip van de verdachte aangetroffen hennepkwekerij en hetgeen is aangetroffen onder het bed en in overige kasten in de slaapkamer - als resultaat van door de politie jegens de verdachte op onrechtmatige wijze verkregen bewijs - van het bewijs dient te worden uitgesloten. De raadsman heeft daartoe aangevoerd, dat de verbalisanten niet bevoegd waren om verdachtes woning te doorzoeken.

Uit de processtukken en het verhandelde ter terechtzitting in hoger beroep blijkt het navolgende. Op 4 september 2006 is een zevental opsporingsambtenaren op grond van artikel 9 van de Opiumwet binnengetrepen in de zich op het schip bevindende woning. Zij beschikten over een daartoe strekkende machtiging tot binnentreden. In de slaapkamer van de woning op het schip stonden dozen onder het bed, er was een kast tegenover het bed en een afgesloten kast naast het bed. Een van die opsporingsambtenaren heeft dozen onder het bed weggetrokken waarin assimilatielampen werden aangetroffen. In de kast tegenover het bed zag een opsporingsambtenaar jerrycans gebruiksklare voedingsoplossing. Tevens heeft deze opsporingsambtenaar een afgesloten kastdeur opengemaakt waarachter zich een opening bleek te bevinden, die toegang gaf tot het ruim van het binnenvaartschip, waarin de hennepkwekerij werd aangetroffen.

Het hof overweegt met betrekking tot deze zaken als volgt.

De woning op het binnenvaartschip werd met een machtiging op basis van artikel 9 van de Opiumwet betreden. Het hof is van oordeel dat de bevoegdheid om ingevolge artikel 9 Opiumwet de woning te betreden impliceert dat de opsporingsambtenaren toegang hebben tot alle kamers in die woning. Deze betredingsbevoegdheid omvat mede het zoekend rondkijken naar voor inbeslagneming vatbare zaken. Tot dit zoekend rondkijken behoort naar het oordeel van het hof evenwel niet het openen van de afgesloten deur(en) van een kast en het (kennelijk) openen van dozen. Dit zijn onderzoekingsactiviteiten. Artikel 9 van de Opiumwet biedt echter geen bevoegdheid tot doorzoeking. De doorzoeking van de zich onder het bed bevindende dozen heeft niet door een daartoe bevoegde autoriteit plaatsgevonden. Hetzelfde geldt voor het openen van de afgesloten kastdeur naast het bed. Derhalve hadden deze opsporingsambtenaren de betreffende afgesloten kast niet mogen openen, evenmin als de dozen onder het bed.

Met betrekking tot de kast tegenover het bed is het hof van oordeel dat een schending van aan de verdachte toekomende rechten niet aannemelijk is geworden nu dit kennelijk een kast betrof waarin spullen lagen die zichtbaar waren bij zoekend rondkijken van de opsporingsambtenaar.

Met betrekking tot de zich onder het bed bevindende dozen is het hof van oordeel dat wat daarin is aangetroffen, zal worden uitgesloten van het bewijs.

Het hof is met betrekking tot het openen van de afgesloten kastdeur met de raadsman van oordeel dat, nu dit onbevoegd gebeurde, sprake is van een vormverzuim in de zin van artikel 359a van het Wetboek van strafvordering. Ingevolge het tweede lid

van dit artikel dient de rechter bij de bepaling van de aan dat vormverzuim te verbinden consequenties 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 dat (in casu) met de bescherming van de persoonlijke levenssfeer wordt gediend, is evident. Vastgesteld moet worden dat de verbalisant de deur heeft geopend van een ruimte die slechts een doorgang bood (naar daarachter gelegen ruimten) en dat die ruimte overigens geheel leeg was, waarin - met andere woorden - zich dus geen voorwerpen bevonden die vanuit een oogpunt van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van enige betekenis waren. Daarmee staat vast dat het vormverzuim in concreto (naast het openen van de eerder genoemde dozen) geen verdergaande inbreuk dan het openen van de kastdeur inhield en bovendien dat elk nadeel voor de verdachte - die het schip bewoonde - is uitgebleven.

Bij die stand van zaken is het hof van oordeel dat volstaan kan worden met de constatering dat de opsporingsambtenaar met overschrijding van zijn bevoegdheid heeft gehandeld. Het verweer wordt derhalve verworpen.”

### 3. Beoordeling van het eerste middel

3.1. Het middel klaagt over het gebruik tot het bewijs door het Hof van de resultaten van het te dezen door de politie verrichte onderzoek.

3.2.1. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 30 maart 2004, LJN AM2533, NJ 2004,376 omtrent de toepassing van art. 359a Sv onder meer het volgende overwogen.

Indien sprake is van een vormverzuim in de zin van art. 359a Sv 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”. Bij de beoordeling daarvan is onder meer van belang of en in hoeverre de verdachte door het verzuim daadwerkelijk in zijn verdediging is geschaad.

Voorts is van belang dat - gelet op de beoordelingsfactoren als bedoeld in art. 359a, tweede lid, Sv - het wettelijk stelsel aldus moet worden opgevat dat een vormverzuim in de zin van dat artikel niet steeds behoeft te leiden tot een van de daar omschreven rechtsgevolgen.

Art. 359a Sv formuleert een bevoegdheid en niet een plicht, en biedt, mede in het licht van de hiervoor vermelde wetsgeschiedenis, de rechter die een vormverzuim heeft vastgesteld, de mogelijkheid af te zien van het toepassen van een van de daar bedoelde rechtsgevolgen en te volstaan met het oordeel dat een onherstelbaar vormverzuim is begaan. De strekking van de regeling van art. 359a Sv is immers niet dat een vormverzuim hoe dan ook moet leiden tot enig voordeel voor de verdachte.

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.

Bewijsuitsluiting kan uitsluitend aan de orde komen indien het bewijsmateriaal door het verzuim is verkregen, en komt in aanmerking indien door de onrechtmatige bewijsgaring een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden. Ook bij bewijsuitsluiting gaat het overigens om een bevoegdheid van de rechter, waarvan de uitoefening in de eerste plaats moet worden beoordeeld in het licht van de wettelijke beoordelingsfactoren van art. 359a, tweede lid, Sv en van de omstandigheden van het geval.

Een en ander brengt mee dat 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.

3.2.2. In dit verband verdient opmerking 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 eerstgenoemd belang als gevolg van een vormverzuim levert dus niet een nadeel op als bedoeld in art. 359a, tweede lid, Sv.

3.3. Het Hof heeft terecht tot uitgangspunt genomen dat de handelingen van de opsporingsambtenaren die verder gaan dan “zoekend rondkijken”, moeten worden aangemerkt als een “doorzoeking”, waartoe een opsporingsambtenaar in een geval als het onderhavige niet bevoegd is en dat in zoverre sprake is van een vormverzuim in de zin van art. 359a, eerste lid, Sv.

3.4. Voor zover het middel berust op de opvatting dat het Hof bij zijn beoordeling van de vraag of aan het vormverzuim enig rechtsgevolg dient te worden verbonden in de zin van art. 359a Sv, en zo ja welk, niet vrijstond aan de ene handeling (het openen van de afgesloten kastdeur naast het bed) een ander rechtsgevolg te verbinden dan aan de andere handeling (het openen van de zich onder het bed bevindende dozen), faalt het. Deze opvatting vindt geen steun in het recht.

3.5. Voorts heeft het Hof bij zijn oordeel dat wat betreft het verzuim dat voorafging aan het ontdekken van de hennepkwekerij, in de omstandigheden van dit geval kan worden volstaan met de constatering van dat verzuim, blijkens zijn overwegingen acht geslagen op het belang van het geschonden voorschrift, de ernst van het verzuim en het daardoor jegens de verdachte veroorzaakte nadeel. Daarbij heeft het Hof tot uitdrukking gebracht dat het openen door de politie van de afgesloten kastdeur naast het bed onrechtmatig was en dat daardoor weliswaar inbreuk is gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte, doch dat door het openen van die deur niet een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden, terwijl daarbij geen nadeel in de zin van art. 359a Sv is veroorzaakt.

Gelet op hetgeen hiervoor onder 3.2 is vooropgesteld en in aanmerking genomen dat het Hof heeft vastgesteld dat de geopende kastdeur “slechts een doorgang bood (naar daarachter gelegen ruimten) en dat die ruimte overigens geheel leeg was” alsmede dat onder nadeel in voormelde zin niet is begrepen het aantreffen van de hennepplanten in de achter de doorgang gelegen ruimte, geeft 's Hof's oordeel dat het

vormverzuim niet tot bewijsuitsluiting behoeft te leiden, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is het toereikend gemotiveerd.<sup>7</sup>

## I Inleiding: de wet normeert de opsporing en de rechter controleert de opsporing

Op 2 november 1996 trad de Wet vormverzuimen in werking.<sup>3</sup> Die wet voorzag onder meer in de introductie van de wettelijke bevoegdheid van de rechter om rechtsgevolgen te verbinden aan vormverzuimen die zich hebben voorgedaan in het voorbereidend onderzoek in strafzaken: artikel 359a Sv. De Wet vormverzuimen bereikte het Staatsblad in de periode waarin de commissie-Van Traa verslag uitbracht van de door haar uitgevoerde parlementaire enquête naar aanleiding van de veelbesproken IRT-affaire.<sup>4</sup> Toch is de Wet vormverzuimen niet een gevolg van de bevindingen van de commissie-Van Traa omtrent de (soms spectaculaire) gebreken in de normering van de opsporing, doch een uitvloeisel van de aanbevelingen van de commissie-Moons.<sup>5</sup> Wel werden het nut en de noodzaak van de invoering van artikel 359a Sv door de parlementaire enquête van de commissie-Van Traa onderstreept: de rechter diende zich actiever met de controle op de opsporing bezig te houden.<sup>6</sup> Bovendien moest de opsporing duidelijk in de wet worden genormeerd. Een bijzondere uitwerking van dit laatste is artikel 126ff Sv – onderdeel van de op 1 februari 2000 in werking getreden Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden<sup>7</sup> – waarin is vervat de verplichting tot het in beslag nemen van gevaarlijke contrabande, in de volksmond ook wel het doorlaatverbod geheten.

Deze combinatie van enerzijds een duidelijke wettelijke normering van de opsporing – met inbegrip van de herbevestiging van het openbaar ministerie als het verantwoordelijke orgaan voor de opsporing – en anderzijds een solide rechterlijke controle op de opsporing, diende te waarborgen dat de politie niet (wederom) op eigen gezag en, ernstiger nog, op onrechtmatige wijze allerlei opsporingsactiviteiten zou ontplooien. Artikel 359a Sv geeft de rechter de bevoegdheid – niet de verplichting – om vormverzuimen

3 Wet van 14 september 1995, *Stb.* 441.

4 Inzake opsporing. Enquêtecommissie opsporingsmethoden, *Kamerstukken II* 1995/96, 24 072, nr. 10-11.

5 Zie G.J.M. Corstens (red.), *Rapporten herijking strafvordering 1989-1992*, Arnhem: Gouda Quint 1993 en G.J.M. Corstens (red.), *Rapporten herijking strafvordering 1993*, Arnhem: Gouda Quint 1993.

6 Inzake opsporing. Enquêtecommissie opsporingsmethoden, *Kamerstukken II* 1995/96, 24 072, nr. 10-11, p. 5.

7 Wet van 18 mei 1999, *Stb.* 245.



(daaronder wordt verstaan het niet naleven van strafprocesrechtelijke geschreven en ongeschreven vormvoorschriften<sup>8</sup>) te 'sanctioneren' met strafvermindering voor de verdachte, bewijsuitsluiting of de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in de vervolging. Daarmee heeft de strafrechter op het eerste gezicht een omvangrijk instrumentarium tot zijn beschikking om controle uit te oefenen op het optreden van politie en justitie in het voorbereidend onderzoek. Tot zover de theorie.

## 2 De praktijk: de Hoge Raad nodigt niet uit tot controle door de feitenrechter

De praktijk is dat het doorlaatverbod door de Hoge Raad min of meer om zeep is geholpen. Het is namelijk geenszins uitgesloten dat opsporingsambtenaren (nog steeds) in strijd met artikel 126ff Sv harddrugs en andere schadelijke voorwerpen doorlaten. De rechtspraak van de Hoge Raad op dit punt houdt in dat artikel 126ff Sv niet in het leven is geroepen in het belang van de verdachte. De verdachte kan zich daarom niet ten overstaan van de strafrechter beroepen op de niet of niet juiste naleving van het verbod op doorlaten.<sup>9</sup> Om die reden is wel betoogd dat met deze rechtspraak van de Hoge Raad (vrijwel) een einde is gekomen aan de rechterlijke toetsing van dat verbod.<sup>10</sup> Het gevolg daarvan is dat bepaalde vormverzuimen die zich in een strafrechtelijk onderzoek kunnen hebben voorgedaan, binnen het kader van de strafrechtelijke procedure niet van een rechtsgevolg kunnen worden voorzien. Een beroep op schending van artikel 126ff Sv wordt door de feitenrechter telkens verworpen aan de hand van de evengenoemde geenbelang-maatstaf, terwijl de feitenrechter (om die reden) ook lang niet altijd onderzoek verricht naar de feiten en omstandigheden die aan het verweert ten grondslag worden gelegd.<sup>11</sup>

8 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 075, nr. 3, p. 25.

9 HR 28 mei 2002, *NJ* 2002, 601 en HR 2 juli 2002, *NJ* 2002, 602 m.nt. YB.

10 Punt 1 van de noot van Buruma onder HR 2 juli 2002, *NJ* 2002, 602. Zie ook Y. Buruma, 'Bijzondere opsporingsmethoden: 12,5 jaar na Van Traa', *DD* 2009, 7, p. 58-78, i.h.b. p. 66-68.

11 Vgl. o.a. Rb. Dordrecht 29 november 2007, *LJN* BB9324; Rb. Rotterdam 18 december 2008, *LJN* BG7493; Rb. Middelburg 22 juli 2009, *LJN* BJ3188; Hof 's-Hertogenbosch 6 oktober 2009, *LJN* BJ9372; Rb. Rotterdam 1 december 2009, *LJN* BK6051; Rb. Haarlem 16 maart 2010, *LJN* BL7581 en Rb. Haarlem 29 april 2011, *LJN* BQ4035. In Rb. Zutphen 7 oktober 2010, *LJN* BJ9577 kwam de rechtbank op andere gronden tot niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie en liet zij de bespreking van het beroep op (schending van) het doorlaatverbod achterwege.

Ook overigens is de rechtspraak van de Hoge Raad ten aanzien van artikel 359a Sv restrictief van opzet.<sup>12</sup> In het sturende overzichtsarrest uit 2004 over artikel 359a Sv – het Afvoerpijparrest – stelt de Hoge Raad in de eerste plaats een aantal nadere voorwaarden aan een (verweer omtrent een) vormverzuim voordat het kan worden aangemerkt als vormverzuim in de zin van artikel 359a Sv. Voor het geval waarin een onregelmatigheid eenmaal als een dergelijk vormverzuim kan worden betiteld, noemt de Hoge Raad ten tweede een aantal factoren die de feitenrechter in acht moet nemen bij het al dan niet verbinden van een rechtsgevolg aan het vormverzuim.<sup>13</sup>

Voor wat betreft het eerste punt: als het beweerde vormverzuim niet heeft plaatsgevonden in het voorbereidend onderzoek van de strafzaak waarover de strafrechter een oordeel heeft te vellen tegen de verdachte, dan is artikel 359a Sv niet van toepassing. In zaken waarin door de verdediging een beroep werd gedaan op artikel 359a Sv en waarin zich ter gelegenheid van een overheidsoptreden in het kader van een uitleveringssignalering of in het kader van de tenuitvoerlegging van een onherroepelijk vonnis vormverzuimen zouden hebben voorgedaan – bij welk overheidsoptreden een strafbaar feit werd geconstateerd – verwierpen de betreffende gerechtshoven volgens de Hoge Raad dan ook telkens ‘terecht’ het betreffende verweer nu de gewraakte handelingen niet hadden plaatsgevonden in het voorbereidend onderzoek van de in die zaken ten laste gelegde en bewezen verklaarde gedragingen.<sup>14</sup>

In de recente uitspraak van 12 december 2010 (78.1) waarin een persoon die als veroordeelde gesignaleerd stond, werd onderworpen aan een insluitingsfouillering waarbij volgens hem door onrechtmatig overheidshandelen een wapen werd aangetroffen, deed de Hoge Raad de zaak niet op vergelijkbare wijze af – kortweg: geen voorbereidend onderzoek, dus cassatiemiddel is tevergeefs voorgesteld – doch ging hij, in navolging van het gerechtshof, inhoudelijk in op het betreffende cassatiemiddel.<sup>15</sup> Het komt mij voor dat de Hoge Raad met dit arrest niet zijn evenweergegeven restrictieve koers heeft verlaten doch simpelweg ‘antwoord’ gaf op het cassatiemiddel. Zou het hof met goedkeuring van de Hoge Raad van oordeel zijn geweest dat de fouillering onrechtmatig was, dan zou de Hoge Raad (naar aanleiding

12 Zie HR 30 maart 2004, *NJ* 2004, 376 m.nt. YB en HR 21 december 2010, *LJN* BL7688. Zie ook M.C.D. Embregts, ‘Aantekeningen bij artikel 359a Sv’, in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Het Wetboek van Strafvordering*, Deventer: Kluwer z.j., p. 1-6 (supplement 144, oktober 2004) en G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, zesde druk, Deventer: Kluwer 2008, p. 704 e.v.

13 HR 30 maart 2004, *NJ* 2004, 376 m.nt. YB.

14 HR 29 november 2005, *NJ* 2006, 193 m.nt. Y. Buruma en HR 22 augustus 2006, *NJ* 2006, 483.

15 HR 12 oktober 2010, *NJ* 2010, 624 m.nt. T.M. Schalken. Anders dan de annotator meent was de betrokkene ten tijde van zijn aanhouding nog geen verdachte.

van een daartoe strekkend cassatiemiddel van het openbaar ministerie) vermoedelijk tot cassatie zijn overgegaan op de grond dat het vormverzuim niet had plaatsgevonden in het voorbereidend onderzoek van deze wapenzaak. Steun voor dit standpunt kan worden ontleend aan een recente uitspraak die draaide om een referentiemonster van een verdachte dat was verkregen ter uitvoering van een op grond van de Wet DNA-onderzoek bij veroordeelden gegeven bevel van de officier van justitie.<sup>16</sup> Door het hof was vastgesteld dat het referentiemonster in strijd met de wettelijke regeling was afgenomen. De Hoge Raad overwoog dat de cassatiemiddelen falen voor zover zij steunen op de opvatting dat de onrechtmatige afname van het referentiemonster en het daaruit vervaardigde en opgeslagen DNA-profiel (telkens) een vormverzuim betreft, begaan bij het voorbereidend onderzoek als bedoeld in artikel 359a Sv: die opvatting is onjuist. Volgens het rechtscollege kan dit verzuim niet worden begrepen onder een verzuim begaan bij het voorbereidend onderzoek in de zin van artikel 359a jo. artikel 132 Sv, nu dit niet is begaan in het onderzoek tegen de verdachte ter zake van het aan hem ten laste gelegde feit waarover de rechter die in artikel 359a Sv wordt bedoeld, heeft te oordelen.

Verder is artikel 359a Sv niet van toepassing bij vormverzuimen die zich hebben voorgedaan bij de aanhouding en inverzekeringstelling die kunnen worden voorgelegd aan de rechter-commissaris. Het gesloten stelsel van rechtsmiddelen in strafzaken zou volgens ons hoogste rechtscollege op onaanvaardbare wijze worden doorkruist indien bij de behandeling van de zaak ter terechtzitting opnieuw of alsnog een beroep zou kunnen worden gedaan op dergelijke verzuimen. Als het ten tijde van het schrijven van deze bijdrage ter consultatie in omloop zijnde conceptwetsvoorstel rechtsbijstand en politieverhoor in ongewijzigde vorm het Staatsblad zou bereiken, zou de daarin vervatte mogelijkheid van de verdachte om op basis van artikel 61 (nieuw) Sv tijdens zijn inverzekeringstelling de rechter-commissaris te verzoeken om invrijheidstelling wellicht kunnen worden opgevat als een rechtsmiddel.<sup>17</sup> Van de huidige rechtmatigheidstoets – die niet op verzoek van de verdachte of op vordering van de officier van justitie doch van rechtswege plaatsvindt – van de inverzekeringstelling door de rechter-commissaris als bedoeld in artikel 59a Sv, kan dat echter niet worden gezegd: in die regeling valt bezwaarlijk een rechtsmiddel te ontwaren (welk rechtsmiddel onderdeel zou uitmaken van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen in strafzaken).

Waar de Hoge Raad enerzijds op goede gronden het toepassingsbereik van artikel 359a Sv beperkt (dit artikel ziet niet op kwesties die geen betrekking hebben op het voorbereidend onderzoek van de onderhavige

<sup>16</sup> HR 31 mei 2011, LJN BP1179.

<sup>17</sup> Zie [www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/regelingen/2011/04/18/wetsvoorst-rechtsbijstand-en-politieverhoor.html](http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/regelingen/2011/04/18/wetsvoorst-rechtsbijstand-en-politieverhoor.html).

strafzaak) en anderzijds om minder voor de hand liggende redenen dat toepassingsbereik nader inperkt (artikel 359a Sv is niet van toepassing op nogal wat situaties rondom de aanhouding en in verzekeringstelling), is de vervolgvraag welke rechtsgevolgen de feitenrechter in de optiek van ons hoogste rechtscollege dient te verbinden aan vormverzuimen in de hem voorgelegde strafzaak waaromtrent hem, de feitenrechter, wel een oordeel toekomt. Overeenkomstig artikel 359a lid 2 Sv reikt de Hoge Raad in het Afvoerpijparrest de feitenrechter een toetsingskader aan, waarbij hij vooropstelt dat het wettelijk stelsel aldus moet worden opgevat dat een vormverzuim in de zin van dat artikel niet steeds behoeft te leiden tot een van de daar omschreven rechtsgevolgen: artikel 359a Sv formuleert een discretionaire bevoegdheid en niet een plicht. De Hoge Raad overweegt dat de feitenrechter rekening moet houden met de in artikel 359a lid 2 Sv genoemde factoren omdat het rechtsgevolg dat hij aan het vormverzuim verbindt door deze factoren moet worden gerechtvaardigd. Opmerking verdient hier enerzijds dat de Hoge Raad tamelijk streng controleert of de motivering van de feitenrechter op dit punt aan de maat is – de uitspraak uit 2009 (78.2) vormt hiervan een illustratie<sup>18</sup> – en anderzijds dat de Hoge Raad de feitenrechter toch ook wel de nodige ruimte geeft bij het door hem, feitenrechter, aan het vormverzuim te verbinden rechtsgevolg zolang de beslissing dienaangaande maar van een deugdelijke motivering is voorzien. Deze vrijheid geniet de feitenrechter zelfs ook als hij komt tot het ‘zwaarste’ rechtsgevolg: de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie.<sup>19</sup>

De eerste in artikel 359a lid 2 Sv genoemde factor is ‘het belang dat het geschonden voorschrift dient’. Zoals hierboven aan de orde werd gesteld, kan de verdachte zich bijvoorbeeld niet met succes beroepen op de overtreding van het doorlaatverbod. 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.<sup>20</sup> De derde factor is ‘het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt’. Bij de beoordeling daarvan is volgens het rechtscollege onder meer van belang of en in hoeverre de verdachte door het verzuim daadwerkelijk in zijn verdediging is geschaad. Bij dit laatste merkt de Hoge Raad op dat indien het niet de verdachte is die door de niet-naleving van het voorschrift is getroffen in het belang dat de overtreden norm beoogt te beschermen, in de te berechten zaak als regel geen rechtsgevolg zal behoeven te worden verbonden aan het verzuim.<sup>21</sup>

18 Zie ook bijv. HR 19 mei 2009, *NJ* 2009, 390, r.o. 3.3.

19 Zie bijv. HR 29 juni 2010, *NJ* 2010, 440.

20 Zie bijv. HR 13 november 2007, *NJ* 2008, 116 m.nt. M.J. Borgers.

21 Deze situatie deed zich voor in de zaak die leidde tot het Afvoerpijparrest (HR 30 maart 2004, *NJ* 2004, 376 m.nt. YB).

De vraag rijst of de drie genoemde factoren moeten worden aangemerkt als drie cumulatieve voorwaarden waaraan moet zijn voldaan voordat de rechter een rechtsgevolg kan verbinden aan het vormverzuim. Anders geformuleerd (en toegespitst op de derde factor): als de verdachte geen nadeel heeft ondervonden van het vormverzuim, heeft de rechter dan nog de bevoegdheid om desalniettemin te komen tot bijvoorbeeld strafvermindering? Bevestigende beantwoording van deze vraag ligt in de benadering van de Hoge Raad wellicht niet voor de hand omdat dat rechtsgevolg dan niet wordt gerechtvaardigd door (het samenstel van) de genoemde factoren, ook al dient het geschonden voorschrift het belang van de verdachte en betreft het een ernstig vormverzuim.

Aan strafvermindering komt de rechter eerst toe, zo overweegt de Hoge Raad in het Afvoerpijparrest, als a) de verdachte daadwerkelijk nadeel heeft ondervonden, b) dit nadeel is veroorzaakt door het verzuim, c) het nadeel geschikt is voor compensatie door middel van strafvermindering, en d) strafvermindering ook in het licht van het belang van het geschonden voorschrift en de ernst van het verzuim gerechtvaardigd is. In de laatstgenoemde voorwaarde komt het cumulatieve karakter van de factoren tot uitdrukking. Daarmee lijkt de Hoge Raad in het Afvoerpijparrest een strenge houding in te nemen dan voordien het geval was.<sup>22</sup>

Voor niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie is alleen plaats ingeval het vormverzuim daarin bestaat dat met de opsporing of vervolging belaste ambtenaren ernstig inbreuk hebben gemaakt op beginzelen van een behoorlijke procesorde waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan. In dit laatste ligt een nadeel-eis besloten.

Bewijsuitsluiting kan volgens de Hoge Raad uitsluitend aan de orde komen indien het bewijsmateriaal door het verzuim is verkregen, en komt in aanmerking indien door de onrechtmatige bewijsgaring een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden. Ook bij bewijsuitsluiting gaat het om een discretionaire bevoegdheid van de rechter, waarvan de uitoefening in de optiek van de Hoge Raad in de eerste plaats moet worden beoordeeld in het licht van de drie genoemde beoorde-

22 In HR 22 september 1998, *NJ* 1999, 104 m.nt. JdH oordeelde de Hoge Raad namelijk nog dat het niet begrijpelijk was dat het gerechtshof bij de strafoplegging geen consequenties had verbonden aan het toepassen door de politie van een ongeoorloofde verhoormethode (doch had volstaan met het constateren van dit vormverzuim), terwijl door de verdediging niet was gesteld dat het vormverzuim tot enig nadeel had geleid. In zijn noot onder dit arrest stelt De Hullu dat, nu het nadeel als één van de ijkpunten voor sanctionering is opgenomen in lid 2, moeilijk valt in te zien waarom het bovendien als strikte voorwaarde voor strafvermindering in lid 1 zou moeten fungeren.

lingsfactoren – waaronder het nadeel van het verzuim voor de verdachte – en van de omstandigheden van het geval. Strikt genomen eist de Hoge Raad voor bewijsuitsluiting niet dat de drie ‘beoordelingsvoorwaarden’ cumulatief moeten zijn vervuld: een (door de verdediging aangevoerd en) door de feitenrechter vastgesteld nadeel wordt niet als een dwingende eis door de Hoge Raad gesteld.

Wel kan uit de rechtspraak van de Hoge Raad tegen de achtergrond van het voorgaande worden afgeleid dat de feitenrechter niet gehouden is om een rechtsgevolg te verbinden aan een vormverzuim als dat verzuim niet heeft geleid tot nadeel voor de verdachte.<sup>23</sup> Het is daarom voor de vraag naar het toepassingsbereik van artikel 359a Sv van belang hoe dit ‘nadeel’ dient te worden uitgelegd. De wetsgeschiedenis is op dit punt zeer beknopt en zij blinkt bovendien niet uit in helderheid. In de Memorie van Toelichting bij het (toenmalige) wetsvoorstel vormverzuimen wordt een enkele passage aan het nadeel gewijd: ‘bij nadeel moet worden gedacht aan eventuele schade geleden door de verdachte of het slachtoffer’.<sup>24</sup> Ten aanzien van strafvermindering wordt in de Memorie van Toelichting opgemerkt dat dit rechtsgevolg kan worden toegepast als het door het vormverzuim ontstane nadeel hierdoor redelijkerwijs kan worden vereffend. De minister noemt in dit verband het voorbeeld van de overschrijding van de redelijke termijn en voegt daaraan toe dat een ernstige beperking van de mogelijkheden van de verdachte om zich te verdedigen echter niet goed zal kunnen worden gecompenseerd door middel van strafvermindering.<sup>25</sup> Al met al kan uit de wetsgeschiedenis niet méér worden afgeleid dan dat deze zich niet verzet tegen een ruime uitleg van het nadeelsbegrip. Wellicht vormt dit een verklaring voor het feit dat de Hoge Raad (enkele jaren vóór het Afvoerpiparrest) een oordeel van het Amsterdamse gerechtshof in stand hield dat ‘de schending van het immateriële belang van de verdachte bij een integer strafproces’ enige compensatie verdiende hoewel zulks naar het oordeel van hof ‘niet rechtstreeks de concrete belangen van de verdachte raakt’.<sup>26</sup>

### 3 Een recent arrest: niet elk nadeel is een nadeel

Aan het begin van dit jaar heeft de Hoge Raad een arrest gewezen waarin hij het nadeelsbegrip van een nadere afbakening heeft voorzien (78.3). De politie had in die zaak, voorzien van een machtiging tot binnentreden, op basis van artikel 9 Opiumwet een binnenvaartschip betreden. Artikel 9 Opi-

23 Vgl. HR 16 december 2003, *LJN AN7635*; HR 8 november 2005, *NJ* 2006, 136; HR 17 april 2007, *NJ* 2007, 253 en HR 19 mei 2009, *NJ* 2009, 390.

24 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 075, nr. 3, p. 26.

25 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 075, nr. 3, p. 25.

26 HR 6 april 1999, *NJ* 1999, 565 m.nt. Sch.

umwet kent opsporingsambtenaren de bevoegdheid toe om zich toegang te verschaffen tot de betreffende plaats en daar activiteiten te verrichten die zijn aan te merken als ‘zoekend rondkijken’, doch niet om die plaats te doorzoeken.<sup>27</sup> Dat laatste hadden de opsporingsambtenaren echter wel gedaan: zij hadden dozen onder een bed weggetrokken en troffen daarin assimilatielampen aan. Tevens werd een afgesloten kastdeur opengemaakt waarachter zich een opening bleek te bevinden die toegang gaf tot een ruim van het binnenvaartschip waarin een hennepkwekerij werd aangetroffen. Het hof merkte deze activiteiten aan als doorzoeking. (Het proces-verbaal van) hetgeen in de zich onder het bed bevindende dozen werd aangetroffen, werd door het hof uitgesloten van het bewijs. Ten aanzien van de onbevoegdlijk geopende afgesloten kastdeur overwoog het hof dat dit de deur betrof van een ruimte die slechts een doorgang bood (naar daarachter gelegen ruimten)<sup>28</sup> en dat die ruimte overigens geheel leeg was, waarin zich dus geen voorwerpen bevonden die vanuit een oogpunt van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van enige betekenis waren. Daarmee stond voor het hof vast dat dit vormverzuim ‘in concreto geen verdergaande inbreuk dan het openen van de kastdeur inhield en bovendien dat elk nadeel voor de verdachte – die het schip bewoonde – is uitgebleven.’ Om die reden volstond het hof met de constatering dat de opsporingsambtenaar met overschrijding van zijn bevoegdheid de deur had geopend.

In cassatie werd door de verdediging geklaagd over het gebruik tot het bewijs van de resultaten van het met betrekking tot de kastdeur door de politie verrichte onderzoek. De Hoge Raad stelt bij de beoordeling van dit middel de in het Afvoerprijp geformuleerde regels voorop en voegt daar een belangwekkende overweging aan toe:

‘In dit verband verdient opmerking 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 eerstgenoemd belang als gevolg van een vormverzuim levert dus niet een nadeel op als bedoeld in art. 359a, tweede lid, Sv.’

Tegen deze achtergrond en in aanmerking genomen dat het hof had vastgesteld dat de geopende kastdeur ‘slechts een doorgang bood (naar daarachter

<sup>27</sup> Zie o.a. HR 21 december 2010, *NJ* 2011, 24.

<sup>28</sup> In HR 21 oktober 2003, *NJ* 2007, 9 m.nt. P.A.M. Mevis overwoog de Hoge Raad dat ingevolge artikel 9 Awbi degene die bevoegd is de woning zonder toestemming van de bewoner te betreden, zich de toegang tot en de doorgang tot enig vertrek in de woning kan verschaffen, voor zover het doel van het binnentreden dit redelijkerwijs vereist. Daaronder valt ook het forceren van de (tussen)deur van een vertrek. Dat laat volgens de Hoge Raad onverlet dat de opsporingsambtenaar niet gerechtigd is om daarna dat vertrek te doorzoeken, dus meer te doen dan ‘zoekend rondkijken’. Vgl. ook HR 18 november 2003, *NJ* 2007, 8.

gelegen ruimten) en dat die ruimte overigens geheel leeg was' alsmede dat onder nadeel niet is begrepen het aantreffen van de hennepplanten in de achter de doorgang gelegen ruimte, bleef 's hofs oordeel in cassatie in stand.

#### 4 Consequenties: wat wil de opsporingsambtenaar en wat mag de strafrechter?

De zo-even geciteerde overweging is een nieuwe loot aan de stam van de rechtspraak van de Hoge Raad omtrent artikel 359a Sv. Hoewel deze nieuwe overweging ook een aantal – hieronder aan te stippen – vragen oproept, mag het belang van de overweging niet worden onderschat. De Hoge Raad staat nu namelijk toe dat onrechtmatig handelen door opsporingsautoriteiten dat tot voor kort zou zijn 'gesanctioneerd' met bewijsuitsluiting, voortaan niet meer van enig door artikel 359a Sv genoemd rechtsgevolg wordt voorzien om reden dat de enkele door de onrechtmatigheid gedane ontdekking van het strafbare feit niet een nadeel in de zin van deze wetsbepaling oplevert.

In de eerste plaats rijst hier de vraag of de in de jurisprudentie ontwikkelde bewijsuitsluitingsregels (tot 78.3) – maar ook bijvoorbeeld het *nemo tenetur*-beginsel en de regels omtrent het vernietigen van tapverbalen die betrekking hebben op zogenoemde geheimhoudersgesprekken<sup>29</sup> – niet mede waren gestoeld op de gedachte dat het niet-ontdekken van een strafbaar feit juist wel een rechtens te respecteren belang kan zijn. Het heeft er de schijn van dat de Hoge Raad dat uitgangspunt heeft losgelaten. De gevolgen daarvan zijn nog ongewis. Mag een getapte, over de telefoon tegenover zijn advocaat gedane bekenkende verklaring van de verdachte thans voor het bewijs worden gebezigd als blijkt dat dit geheimhoudersgesprek in strijd met artikel 126aa lid 2 Sv niet is vernietigd? Wellicht heeft de Hoge Raad zover niet willen gaan, maar hij heeft met de in algemene bewoordingen geformuleerde rechtsoverweging 3.2.2 (78.3) wel een mogelijkheid in die richting gecreëerd.

Bovendien: stelde advocaat-generaal Machielse in zijn conclusie bij dit arrest reeds – uiteraard zonder kennis te dragen van deze nieuwe overweging van de Hoge Raad – dat van het niet verbinden van rechtsgevolgen aan verzuimen als het onderhavige voor opsporingsambtenaren geen stimulans zou uitgaan om zich aan de regels te houden, dit gevoel wordt met de recente uitspraak van de Hoge Raad alleen maar verder versterkt.<sup>30</sup> Dat is

<sup>29</sup> Vgl. artikel 126aa Sv.

<sup>30</sup> Mijn eigen, zeer bescheiden, ervaring met het onderwijs aan regionale rechediensten en andere onderdelen van de politieorganisatie leert mij dat het uitleggen dat bepaalde vormverzuimen onder omstandigheden niet van enig rechtsgevolg worden voorzien, nogal eens leidt tot de reactie: 'Fijn, dan mag het dus!'



zorgwekkend omdat zich de voorbije jaren (al voor het recente arrest van de Hoge Raad) een aantal strafzaken heeft voorgedaan waarin aan de oppervlakte is gekomen dat door politie en justitie – op zijn zachtst gezegd – weinig professioneel is opgetreden.<sup>31</sup>

Hierboven onder 2 werd als staande rechtspraak geschetst dat de feitenrechter niet gehouden is om een rechtsgevolg te verbinden aan een vormverzuim als dat verzuim niet heeft geleid tot nadeel voor de verdachte. Dat is op zichzelf een voorzichtige formulering die openlaat of de door de Hoge Raad getrokken grenzen niet een scherpere controle van de cassatierechter op de feitenrechter met zich brengen in die zin dat enig nadeel een constitutief vereiste is voor het verbinden van een rechtsgevolg aan een vormverzuim.<sup>32</sup> In de zaak die leidde tot de uitspraak van 4 januari 2011 (78.3) kwam het hof tot bewijsuitsluiting ten aanzien van de in de dozen aangetroffen voorwerpen<sup>33</sup> doch niet ten aanzien van de hennepkwekerij die was aangetroffen in de ruimte (achter het vertrek) achter de kastdeur. Ook de bewijsuitsluiting bleef in cassatie in stand, hoewel het nadeel voor de verdachte uit niet méér zal hebben bestaan dan de ontdekking van (het voorwerp dat bijdroeg aan het plegen van) het strafbare feit. Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat de Hoge Raad niet een scherpere controle is gaan uitoefenen op de feitenrechter door welke controle het de feitenrechter niet langer is toegestaan om in een dergelijke situatie tot bewijsuitsluiting over te gaan. Toch kan die conclusie niet zonder meer uit HR 4 januari 2011 (78.3) worden getrokken. In die zaak was het de verdachte die beroep in cassatie had ingesteld. Als de Hoge Raad op het punt van de bewijsuitsluiting tot cassatie was overgegaan, dan had hij ten nadele van de verdachte gecasseerd, hetgeen de Hoge Raad niet pleegt te doen.<sup>34</sup> Betoogd zou nog kunnen wor-

- 31 Vgl. het door Y. Buruma, 'Onprofessioneel politieoptreden', *DD* 2008, 8, p. 87-104 gegeven overzicht. Zie ook T. Kooijmans, *Dat is mijn zaak!* (oratie Tilburg), Tilburg: Tilburg University 2011, p. 41-42 en 61-62, alsmede HR 29 juni 2010, *NJ* 2010, 440, HR 29 juni 2010, *NJ* 2010, 441 en HR 29 juni 2010, *NJ* 2010, 442 m.nt. T.M. Schalken (telkens t.a.v. uitlokking door een CIE-informant) en Rb. Breda 27 januari 2010, *LJN* BL0898 en HR 12 oktober 2010, *LJN* BM4398.
- 32 In een dergelijke benadering zou het verbinden van een rechtsgevolg aan een vormverzuim terwijl niet is komen vast te staan dat de verdachte nadeel heeft ondervonden, in geval van een 'OM-cassatie' leiden tot cassatie.
- 33 Het hof noemt in dit verband als aangetroffen voorwerpen uitsluitend assimilatielampen (en niet tevens andere voorwerpen die niet aan het gepleegde feit zijn gerelateerd).
- 34 Wel overwoog de Hoge Raad dat het cassatiemiddel, voor zover dit berust op de opvatting dat het het hof bij zijn beoordeling van de vraag of aan het vormverzuim enig rechtsgevolg dient te worden verbonden in de zin van artikel 359a Sv, en zo ja welk, niet vrijstond aan de ene handeling (het openen van de afgesloten kastdeur naast het bed) een ander rechtsgevolg te verbinden dan aan de andere

→

den dat het nadeel voor de verdachte van het openen van de dozen niet alleen was gelegen in de ontdekking van het strafbare feit, maar ook in de door dat openen gemaakte inbreuk op zijn persoonlijke levenssfeer. Dat laatste kan evenwel ook worden betoogd ten aanzien van het openen van de kastdeur.<sup>35</sup> Dat het onrechtmatige overheidsoptreden (mede) een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer meebrengt, is in de optiek van de Hoge Raad derhalve kennelijk niet steeds voldoende om te kunnen spreken van nadeel in de zin van artikel 359a Sv.

Strikt genomen blijft bij deze stand van zaken de vraag dus nog onbeantwoord (door de Hoge Raad) of artikel 359a Sv eraan in de weg staat dat de feitenrechter een rechtsgevolg verbindt aan een vormverzuim dat als enig feitelijk nadeel voor de verdachte tot gevolg heeft dat het strafbare feit wordt ontdekt.

Ik zou die vraag ontkennend willen beantwoorden en willen bepleiten dat de feitenrechter de vrijheid blijft nemen<sup>36</sup> om ook in een dergelijke situatie over te gaan tot bijvoorbeeld bewijsuitsluiting. De ook in het Afvoerpijparrest geformuleerde systematiek van artikel 359a Sv houdt in dat in deze bepaling een discretionaire bevoegdheid van de strafrechter is neergelegd om tot een 'rechtsgevolg op maat' te komen ingeval van een geconstateerd vormverzuim in het voorbereidend onderzoek. Weliswaar is de strekking van artikel 359a Sv niet dat een vormverzuim hoe dan ook moet leiden tot enig voordeel voor de verdachte – ik zou dat ook niet willen bepleiten – maar wel is er naar mijn smaak blijvend behoefte aan een grondige controle door de feitenrechter op de opsporing. Die controle kan, zo overwoog de Hoge Raad in het Afvoerpijparrest, achterwege blijven als een tot toepassing van artikel 359a Sv strekkend verweer niet kan leiden tot niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging, tot bewijsuitsluiting of tot strafvermindering dan wel dat het verweer – ware het gegrond – slechts zou kunnen leiden tot de enkele vaststelling dat een onherstelbaar vormverzuim is begaan.<sup>37</sup> Als de enkele omstandigheid dat voorshands (daarmee bedoel ik: ten tijde dat het betreffende verweer wordt gevoerd) niet aannemelijk is dat het beweerde vormverzuim enig ander feitelijk nadeel heeft opgeleverd dan de ontdekking van het strafbare feit, ertoe zou

handeling (het openen van de zich onder het bed bevindende dozen), faalt omdat deze opvatting geen steun vindt in het recht.

- 35 Dat de ruimte achter de kastdeur een lege ruimte bleek te zijn, maakt dat niet anders. Bovendien blijkt uit de feitelijke vaststellingen van het hof niet dat de verbalisanten ervan op de hoogte waren dat het een lege ruimte betrof.
- 36 Dat in de voorbije jaren in een aantal gevallen door politie en justitie weinig professioneel is opgetreden, heeft er toe geleid dat de rechter zijn controlerende taak weer steviger ter hand lijkt te hebben genomen. Zie Buruma 2008 en Kooijmans 2011, p. 62.
- 37 HR 30 maart 2004, *NJ* 2004, 376 m.nt. YB, r.o. 3.7.

leiden dat de feitenrechter geen controle meer zou kunnen, mogen of willen uitoefenen op wat zich in het voorbereidend onderzoek heeft afgespeeld, dan lijkt het niet te gewaagd om te veronderstellen dat 'IRT-achtige affaires' opnieuw in het verschiet liggen.

Een argument dat, ten slotte, steun biedt aan de stelling dat de feitenrechter zijn controlerende taak op het voorbereidend onderzoek ook kan blijven uitoefenen als door de verdediging slechts de ontdekking van het strafbare feit als nadeel van een beweerd vormverzuim wordt gepresenteerd, kan worden ontleend aan de rechtspraak van de Hoge Raad omtrent het consultatierecht van de verdachte ter gelegenheid van het politieverhoor.<sup>38</sup> Als een aangehouden verdachte niet (binnen redelijke grenzen) de gelegenheid is geboden om voorafgaand aan het eerste politieverhoor een advocaat te raadplegen, levert dat volgens de Hoge Raad in beginsel een vormverzuim op als bedoeld in artikel 359a Sv. Na een daartoe strekkend verweer dient dat vormverzuim in de regel te leiden tot bewijsuitsluiting van de verklaringen van de verdachte die zijn afgelegd voordat hij een advocaat kon raadplegen, zo oordeelt de Hoge Raad<sup>39</sup>, waarbij wel moet worden aangetekend dat deze bewijsuitsluiting tamelijk dwingend volgt uit de Straatsburgse rechtspraak.<sup>40</sup> Het is nu juist de (niet onder het verband van het consultatierecht afgelegde) bekennde verklaring – waarmee het gepleegde feit wordt blootgelegd – die in deze benadering van het bewijs moet worden uitgesloten. Dat het consultatierecht er aan kan bijdragen dat de verdachte wordt voorgelicht omtrent zijn procespositie en dit recht aldus een ruimer doel dient dan louter de mogelijkheid om te onderstrepen dat de verdachte van zijn zwijgrecht gebruik kan maken<sup>41</sup>, is een omstandigheid die de rechter kan meewegen bij de vraag of de verdachte in een rechtens te respecteren belang is getroffen doordat hem het consultatierecht is onthouden en, zo ja, welk rechtsgevolg aan die vaststelling moet worden verbonden. Maar ook als het nadeel feitelijk 'slechts' bestaat in een bekennde verklaring moet volgens vaste rechtspraak bewijsuitsluiting worden toegepast. Dat schept een verplichting voor de feitenrechter om ook in die situatie onderzoek te verrichten naar aanleiding van een daartoe strekkend verweer.

38 Zie o.a. HR 30 juni 2009, *NJ* 2009, 349 m.nt. T.M. Schalken.

39 HR 13 september 2011, *LJN* BQ8907.

40 Zie o.a. EHRM 27 november 2008, *NJ* 2009, 214 (*Salduz v. Turkey*) en EHRM 28 juni 2011, appl.nr. 4429/09 (*Šebalj v. Croatia*).

41 Zie o.a. EHRM 27 november 2008, *NJ* 2009, 214 (*Salduz v. Turkey*).