

MASTER'S THESIS

Modernisering van artikel 359a SV

Op welke manier zal het huidige artikel 359a Sv in de modernisering van het Wetboek van Strafvordering geregeld worden en leveren de wijzigingen de beoogde kwalitatieve verbetering op?

Ekici, S.

Award date:
2021

[Link to publication](#)

General rights

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.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 04. Jul. 2022

Open Universiteit
www.ou.nl



MODERNISERING VAN ARTIKEL 359A SV

“OP WELKE MANIER ZAL HET HUIDIGE ARTIKEL 359A SV IN DE
MODERNISERING VAN HET WETBOEK VAN STRAFVORDERING
GEREGELD WORDEN EN LEVEREN DE WIJZIGINGEN DE BEOOGDE
KWALITATIEVE VERBETERING OP?”

Naam: Sultan Ekici

Studentnummer: 851815753

Studie: Master Rechtsgeleerdheid, profiel Strafrecht, Open Universiteit

Scriptiebegeleidster: mr. A.H.E.C. Jordaans

Examinator: mr. dr. M. de Bruijn

Plaats: Den Haag

Datum: juni 2021

Aantal woorden: 13643

VOORWOORD

Voor u ligt mijn masterscriptie ‘modernisering van artikel 359a Sv’. Deze scriptie is geschreven ter afsluiting van mijn studie aan de masteropleiding Rechtsgeleerdheid, profiel strafrecht, aan de Open Universiteit.

Tijdens mijn studie ben ik geïnteresseerd geraakt in de modernisering van het Wetboek van Strafvordering. Toen heb ik de keuze gemaakt om later mijn scriptie over dit onderwerp te gaan schrijven. Het sprak mij enorm aan om een onderzoek te verrichten naar een actueel onderwerp binnen het strafrecht.

Verder wil ik graag een aantal personen bedanken. Als eerst wil ik mijn scriptiebegeleidster, mevrouw mr. A.H.E.C. Jordaans bedanken voor de begeleiding en de feedback die zij mij heeft gegeven. Ook wil ik mijn familie en vrienden bedanken voor hun steun. Tot slot wil ik mijn ouders en mijn zusje in het bijzonder bedanken voor hun geduld en steun die ik heb gekregen ten tijde van de coronapandemie waardoor ik genoodzaakt was om een groot gedeelte van mijn scriptie thuis te schrijven. Uiteindelijk is het mij dankzij deze personen gelukt om mijn scriptie af te ronden.

Ik wens u veel leesplezier toe.

Sultan Ekici

Den Haag, juni 2021

Hoofdstuk 1 Inleiding	5
1.1 Aanleiding en onderzoeksdoel	5
1.2 Onderzoeksvraag en deelvragen	7
1.3 Onderzoeksmethode	7
1.4 Structuur	7
Hoofdstuk 2 Huidig artikel 359a Sv	8
2.1 Inleiding	8
2.2 Ontstaan van artikel 359a Sv	8
2.3 Argumenten voor en tegen artikel 359a Sv	10
2.4 Voorwaarden artikel 359a Sv	13
2.5 Criteria bij sanctionering	14
2.6 Toepassing sancties door de Hoge Raad	15
2.6.1 Strafvermindering	16
2.6.2 Bewijsuitsluiting	16
2.6.3 Niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie	17
2.7 Conclusie	19
Hoofdstuk 3 Modernisering artikel 359a Sv	20
3.1 Inleiding	20
3.2 Aanleiding modernisering artikel 359a Sv	20
3.3 Wat gaat er wijzigen en waarom	21
3.3.1 Inhoud van de wijzigingen	22
3.3.2 De sancties nader beschouwd	26
3.3.2.1 Vaststelling vormverzuim	26
3.3.2.2 Strafvermindering	27
3.3.2.3 Bewijsuitsluiting	28
3.3.2.4 Niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie	30
3.4 Conclusie	31

Hoofdstuk 4 Leveren de wijzigingen de beoogde kwalitatieve verbetering op	33
4.1 Inleiding	33
4.2 Vergelijking	33
4.2.1 Politie	34
4.2.2 Nederlandse Orde van Advocaten	35
4.2.3 Raad voor de rechtspraak	36
4.2.4 Het Openbaar Ministerie	39
4.3 Analyse	40
4.3.1 Sancties	44
4.3.1.1 Vaststelling vormverzuim	44
4.3.1.2 Strafvermindering	44
4.3.1.3 Bewijsuitsluiting	46
4.3.1.4 Niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie	47
4.4 Conclusie	48
Hoofdstuk 5 Conclusie	49
Literatuurlijst	51
Bijlage	54

1.1 Aanleiding en onderzoeksdoel

De Hoge Raad heeft voor het eerst in het tweede Bloedproef-arrest¹ de mogelijkheid van uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs aangenomen. Dit was opmerkelijk, omdat het niet over de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal ging, maar over de manier waarop het bewijs was verkregen.² Jaren later heeft de wetgever in 1996 de onrechtmatige bewijsverkrijging in artikel 359a Wetboek van Strafvordering vastgelegd, omdat de commissie de onrechtmatige bewijsverkrijging pas verenigbaar vond met het legaliteitsbeginsel als het in de wet stond. Dit wetsartikel geeft de rechter de bevoegdheid om sancties op te leggen indien er sprake is van onherstelbare vormverzuimen die bij het voorbereidend onderzoek hebben plaatsgevonden.³ In het nieuwe Wetboek van Strafvordering zal dit belangrijke wetsartikel echter anders vormgegeven worden.

In 2014 is de overheid gestart met het project modernisering Wetboek van Strafvordering. Het project heeft als doel te komen tot een toekomstbestendig, voor professionals en burgers toegankelijk en in de praktijk werkbaar wetboek. De modernisering van het wetboek is volgens het ministerie nodig, omdat er op sommige onderdelen onvoldoende rekening wordt gehouden met nieuwe technieken en er sprake is van onnodige lasten. Daarnaast is de samenleving ingrijpend veranderd en zijn andere soorten criminaliteit opgekomen. De vele wijzigingen hebben de overzichtelijkheid van het wetboek geen goed gedaan en een belangrijk deel van het strafprocesrecht is alleen in de jurisprudentie en niet meer in het wetboek te vinden. Het strafprocesrecht is daardoor niet meer eenvoudig raadpleegbaar via het wetboek. Daarom moet er volgens het ministerie een nieuw wetboek komen.⁴ De wijzigingen moeten bijdragen aan een verbetering van de kwaliteit van de strafrechtspleging.⁵ De modernisering van het Wetboek van Strafvordering zal ook

¹ HR 26 juni 1962, ECLI:NL:HR:1962:1, m.nt. W.P.J. Pompe (*Bloedproef II*).

² Corstens, Borgers & Kooijmans 2018, p. 860.

³ Ter Haar & Meijer 2011, p. 9.

⁴ *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278, p. 12.

⁵ *Kamerstukken II* 2012/13, 29279, 165, p. 1.

wijzigingen ten aanzien van het onderwerp vormverzuimen en meer in het bijzonder ten aanzien van art. 359a Sv met zich brengen. Het ministerie van Veiligheid en Justitie heeft op 5 december 2017 wetsvoorstellen tot vaststelling van Boek 3 en 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering openbaar gemaakt.⁶ Hierin wordt artikel 359a Sv opgesplitst in drie artikelen. De gevolgen van artikel 359a Sv kunnen enorm zijn. In de huidige vorm zorgt dit artikel er namelijk voor dat de rechter in een strafzaak het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk kan verklaren, bewijs kan uitsluiten of de op te leggen straf kan verlagen.

Er worden een aantal belangrijke wijzigingen doorgevoerd. Zo is in de huidige situatie alleen de rechter bevoegd om sancties op te leggen als er sprake is geweest van onherstelbare vormverzuimen. De wetgever wil, in het kader van de buitengerechtelijke afdoening, deze bevoegdheid in de toekomst ook aan bepaalde ambtenaren van het Openbaar Ministerie geven.⁷ Daarnaast is de huidige wetsbepaling vrijblijvend, omdat de rechter een sanctie 'kan' opleggen, maar het niet verplicht is om te doen. Volgens de wetgever eist het legaliteitsbeginsel niet alleen dat er een wettelijke basis is voorzien, maar dat de wet ook een toelichting biedt die een richtsnoer biedt voor de toepassing van die wetsbepaling.⁸ Verder wil de wetgever ervoor zorgen dat de reikwijdte van dit artikel dat nu beperkt is tot het voorbereidend onderzoek verruimen, zodat de nieuwe regeling het onrechtmatig handelen dat buiten het voorbereidend onderzoek plaatsvindt ook regelt.⁹ Dit zijn nog maar enkele voorbeelden van de wijzigingen die worden aangebracht. Het doel van dit onderzoek is om erachter te komen op welke manier het huidige artikel 359a Sv in de modernisering van het Wetboek van Strafvordering vormgegeven zal worden en of deze wijziging de beoogde kwalitatieve verbetering kan opleveren.

⁶ Wetsvoorstel tot vaststelling van Boek 3 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: Beslissingen omtrent vervolging en Wetsvoorstel tot vaststelling van Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: Berechting (conceptversie december 2017), www.rijksoverheid.nl.

⁷ Memorie van Toelichting, vaststellingswet boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting', p. 86.

⁸ Memorie van Toelichting, vaststellingswet boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting', p. 87.

⁹ Memorie van Toelichting, vaststellingswet boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting', p. 86-88.

1.2 Onderzoeksvraag en deelvragen

Mijn onderzoeksvraag luidt als volgt: *Op welke manier zal het huidige artikel 359a Sv in de modernisering van het Wetboek van Strafvordering geregeld worden en leveren de wijzigingen de beoogde kwalitatieve verbetering op?*

Met behulp van onderstaande deelvragen zal ik tot een antwoord op de bovengenoemde onderzoeksvraag komen:

1. Hoe is het huidige artikel 359a Sv geregeld?
2. Hoe zal het onderwerp vormverzuimen in de modernisering van het Wetboek van Strafvordering geregeld worden?
3. Leveren de wijzigingen de beoogde kwalitatieve verbetering op en waarom?

1.3 Onderzoeksmethode

De onderzoeksmethode die gehanteerd zal worden is een literatuur- en jurisprudentieonderzoek. Ook zal gebruik worden gemaakt van Kamerstukken zoals wetsvoorstellen en bijbehorende memorie van toelichting, en adviezen van verschillende organisaties die hebben samengewerkt tijdens de voorbereiding van het nieuwe wetboek, zoals de politie, het Openbaar Ministerie, de rechtspraak en de advocatuur.

1.4 Structuur

In het tweede hoofdstuk komt het huidige artikel 359a Sv aan de orde. Hierbij zal aangeven worden hoe dit artikel tot stand gekomen is en wat destijds de reden van invoering is geweest. Ook wordt in dit hoofdstuk bekeken hoe dit artikel in de praktijk zijn werking heeft gehad. In het daaropvolgende hoofdstuk zal het gaan over de modernisering van artikel 359a Sv. Er zal uitgelegd worden wat er gaat veranderen en waarom er gekozen is voor deze wijzigingen. In hoofdstuk 4 kan een vergelijking worden gemaakt tussen het huidige artikel 359a Sv en de toekomstige versie hiervan. Op basis hiervan kan worden geconcludeerd of de voorgestelde wetsartikelen een kwalitatieve verbetering, een neutraal resultaat of wellicht zelfs een verslechtering oplevert.

HOOFDSTUK 2 HUIDIG ARTIKEL 359A SV

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk komt de ontstaansgeschiedenis van het huidige artikel 359a Sv aan de orde. Vervolgens worden zowel argumenten voor als tegen dit artikel genoemd. Verder wordt ingegaan op de vraag welke vormverzuimen er zijn en welke sancties naar aanleiding daarvan kunnen worden opgelegd. Ook wordt aandacht besteed aan de criteria waarmee de rechter rekening dient te houden indien hij tot sanctionering wil overgaan. Aan de hand van het Afvoerpipj-arrest¹⁰ en het Onbevoegde hulpofficier-arrest¹¹ zal besproken worden op welke wijze de Hoge Raad dit artikel toepast.

2.2 Ontstaan van artikel 359a Sv

Voor 1996 kende het Wetboek van Strafvordering geen wettelijke regeling die sancties op vormverzuimen regelde. Het strafrecht kende een stelsel van formele nietigheden. Dat wil zeggen dat een verzuim van een voorschrift met nietigheid bedreigd kon worden. Naast formele nietigheden kende het strafrecht ook substantiële nietigheden. Dat houdt in dat voorschriften die niet wettelijk met nietigheid waren bedreigd gesanctioneerd konden worden indien het vormvoorschrift "tot het wezen van het strafproces behoort."¹²

De wetgever wilde met de invoering van artikel 359a Sv een wettelijke grondslag verschaffen om de ontwikkelingen in de jurisprudentie vast te leggen en de toepassing van artikel 359a Sv volledig aan de rechter laten.¹³ De taak van de rechter was om in concreto het rechtsgevolg van een schending van een vormvoorschrift te bepalen die niet kunnen leiden tot formele nietigheid.¹⁴ Het was niet de bedoeling van de wetgever om de rechter te sturen of normen te geven. Daardoor kreeg de rechter veel vrijheid.

¹⁰ HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, r.o. 3.5, *NJ* 2004/376, m.nt. Buruma.

¹¹ HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, r.o. 2.4.2, *NJ* 2013/308, m.nt. B.F. Keulen.

¹² Ter Haar & Meijer 2011, p. 5.

¹³ *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, 3, p. 25.

¹⁴ *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, 3, p. 2.

De gevolgen van vormverzuimen zijn in de jurisprudentie ontwikkeld. Zo heeft de Hoge Raad in 1962 in het tweede Bloedproef-arrest¹⁵ voor het eerst de mogelijkheid van uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs aangenomen, omdat "het onverenigbaar zou zijn met de strekking van het Wetboek van Strafvordering" (substantiële nietigheid).¹⁶ Ook was dit opmerkelijk, omdat het niet over de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal ging, maar over de manier waarop het bewijs was aangenomen.¹⁷ Zestien jaar later kreeg deze beslissing een vervolg. In het Erwtenspistool-arrest¹⁸ vond een huiszoeking plaats zonder last en zonder toestemming van de verdachte waardoor het bewijsmateriaal door de rechter werd uitgesloten. De Hoge Raad bevestigde in dit arrest dat onrechtmatig verkregen bewijs uitgesloten kon worden.

Naar aanleiding van deze en daaropvolgende uitspraken is de commissie-Moons ingesteld. In 1988 werd de commissie herijking Wetboek van Strafvordering gevormd naar aanleiding van een opdracht die de toenmalige minister van Justitie gaf om een aantal onderwerpen waaronder vormverzuimen te onderzoeken.¹⁹ De heer Moons was de voorzitter van de commissie en zodoende werd de commissie naar hem genoemd. Het onderzoeksrapport van de commissie Moons verscheen onder de naam 'Recht in vorm'. De commissie was van mening dat het legaliteitsbeginsel dwong tot het wettelijk vastleggen van in de rechtspraak ontwikkelde sancties op vormverzuimen.²⁰ De resultaten van dit onderzoek hebben ervoor gezorgd dat artikel 359a Sv in het Wetboek van Strafvordering is ingevoerd bij Wet van 14 september 1995²¹ tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering, en op 2 november 1996 in werking is getreden.²²

Behalve het legaliteitsbeginsel zijn in de literatuur ook andere argumenten aangevoerd waarom rechtsgevolgen die naar aanleiding van een schending van een vormverzuim wettelijk vastgelegd moest worden. In de volgende paragraaf zal daar meer over worden verteld.

¹⁵ HR 26 juni 1962, ECLI:NL:HR:1962:1, m.nt. W.P.J. Pompe.

¹⁶ HR 26 juni 1962, ECLI:NL:HR:1962:1, m.nt. W.P.J. Pompe.

¹⁷ Corstens, Borgers & Kooijmans 2018, p. 860.

¹⁸ HR 18 april 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6236, *NJ* 1978/365.

¹⁹ Ter Haar & Meijer 2011, p. 6.

²⁰ Embregts 2003, p. 96.

²¹ *Stb.* 1995, 441.

²² *Stb.* 1996, 522.

2.3 Argumenten voor en tegen artikel 359a Sv

Behalve het legaliteitsbeginsel dat door de commissie Moons werd genoemd werden de wet, het systeem van de wet en ongeschreven recht, in het bijzonder de beginselen van een behoorlijk strafprocesrecht als redenen aangevoerd waarom sancties opgelegd moeten worden bij vormverzuimen.²³ Naast deze gronden zijn in de literatuur ook argumenten aangedragen waarom rechtsgevolg kan worden verbonden aan vormverzuimen.²⁴ De volgende argumenten zijn genoemd:

- I. het *demonstratie-argument*: de overheid dient zich net als de burger aan de regels te houden. Doet zij dit niet dan heeft dit ook rechtsgevolgen voor de overheid;²⁵
- II. het *reparatie-argument*: het profijt dat de overheid haalt met het bewijs wordt weggenomen door de opgelegde sanctie. Hiermee wordt de schending gerepareerd. De inbreuk op de rechten van de verdachte moet worden gecompenseerd, omdat er sprake is van onrechtmatig overheidshandelen. Dit kan gerepareerd worden, zodat de verdachte geen nadeel ondervindt;²⁶
- III. het *preventie- of effectiviteits-argument*: het toepassen van rechtsgevolgen op onrechtmatig overheidshandelen zorgt ervoor dat de politie en het OM volgens de norm handelen en de regels respecteren die aan bepaalde belangen worden geboden. De politie en het OM willen voorkomen dat de verdachte wordt vrijgesproken na bewijsuitsluiting of dat het OM niet-ontvankelijk wordt verklaard, omdat zij zich niet aan de regels hebben gehouden. Om sancties te voorkomen zorgen de politie en het OM ervoor dat zij de regels naleven.²⁷
- IV. het *integriteits-argument of medeplichtigheids-argument*: het strafproces moet vrij blijven van onrechtmatig verkregen bewijs. De rechter maakt zich medeplichtig aan onrechtmatig handelen indien hij resultaten daarvan gebruikt;²⁸

²³ Kuiper 2014, p. 44.

²⁴ Kuiper 2014, p. 44.

²⁵ Corstens, Borgers & Kooijmans 2018, p. 862.

²⁶ Corstens, Borgers & Kooijmans 2018, p. 861.

²⁷ Kuiper 2014, p. 44.

²⁸ Kuiper 2014, p. 45.

- V. het *rechtsontwikkeling-argument*: indien er geen rechtsgevolgen aan vormverzuimen verbonden zouden worden dan zou er ook niet getoetst worden of de opsporing volgens de geldende regels is verlopen;²⁹ en
- VI. het *compensatie-argument*: hier gaat het erom dat de verdachte niet in zijn rechten wordt geschaad. Het lijkt op het reparatieargument, alleen gaat het bij het reparatieargument erom dat de overheid geen profijt heeft van het onrechtmatig handelen terwijl bij het compensatieargument erom gaat dat de verdachte geen nadeel ondervindt.³⁰

In de rechtspraak werd niet bekend gemaakt met welk doel de toepassing van sancties na vormverzuimen heeft plaatsgevonden, maar elk van deze hierboven genoemde argumenten kon een rol hierin hebben gespeeld. Uiteindelijk ging het erom dat er rechtsgevolgen werden verbonden bij vormverzuimen. Welk argument bepalend is geweest deed er niet toe.³¹

Aan de andere kant zijn er tegenargumenten te vinden over de toepassing van sancties aan vormverzuimen. Allereerst kan *het belang van waarheidsvinding* in strafzaken worden genoemd.³² Indien cruciaal bewijsmateriaal wordt uitgesloten dan kan dat de vaststelling of een strafbaar feit is begaan belemmeren.³³ Zo kan de toepassing van bewijsuitsluiting ervoor zorgen dat de waarheid niet boven water komt.³⁴

Een ander tegenargument is *het belang van de slachtoffer en maatschappij*. In het strafrecht gaat het niet alleen om de verdachte en de overheid, maar ook om de samenleving. Vooral in de maatschappij leidt het vaak tot onrust als de verdachte met een lichte of geen straf wegstroomt.³⁵ Er wordt dan aangegeven dat de verdachte baat heeft bij het onrechtmatig handelen, omdat zijn straf verlaagd wordt of omdat de verdachte helemaal niet wordt veroordeeld.³⁶ Indien de verdachte wordt vrijgesproken vanwege onrechtmatig overheidshandelen en niet vanwege het feit dat er getwijfeld wordt aan zijn schuld dan is dat moeilijk te accepteren voor de

²⁹ Corstens, Borgers & Kooijmans 2018, p. 862.

³⁰ Kuiper 2014, p. 45.

³¹ Kuiper 2014, p. 45.

³² Corstens, Borgers & Kooijmans 2018, p. 862.

³³ Kuiper 2014, p. 45.

³⁴ Kuiper 2014, p. 46.

³⁵ Corstens, Borgers & Kooijmans 2018, p. 862.

³⁶ Corstens, Borgers & Kooijmans 2018, p. 863.

samenleving. Daarbij neemt het vertrouwen van de samenleving in de rechtspleging af.³⁷

Tot slot wordt *het profijt van de verdachte* genoemd. De verdachte profiteert van het onrechtmatig handelen, omdat hij wordt vrijgesproken of een lichtere straf krijgt.³⁸

De argumenten voor en tegen de toepassing van rechtgevolgen aan vormverzuimen zijn niet makkelijk tegen elkaar weg te strepen. Achter de genoemde argumenten schuilen verschillende belangen.³⁹

Om te beginnen kan *de bescherming van de subjectieve rechten van de verdachte* in het middelpunt worden gesteld. In deze context is de vraag in hoeverre het vormverzuim een schending vormt van de rechten van de verdachte. Artikel 359a Sv heeft de functie van het herstellen of compenseren van het nadeel dat de verdachte heeft ondervonden.⁴⁰ In de jurisprudentie wordt namelijk de nadruk gelegd op de rechten van de verdachte en het door hem geleden nadeel. Het zwaartepunt ligt vooral bij het bewaken van de rechten van de verdachte.⁴¹

Bovendien kan artikel 359a Sv vanuit een *constitutioneel perspectief* benaderd worden. Ook de overheid is gebonden aan regels en dient zich daaraan te houden. Het reparatieargument, het demonstratieargument en het effectiviteitsargument zien we hierin terug. De functie van artikel 359a Sv is dat de overheid zich aan de regels houdt. Ieder vormverzuim vraagt om een reactie en zodoende kan een rechtsgevolg hieraan worden verbonden. Bij schending van fundamentele rechten van de verdachte wordt een flinkere reactie verwacht dan bij het schenden van eenvoudige voorschriften.⁴²

Bij het eerste en tweede perspectief, de bescherming van de subjectieve rechten van de verdachte en het constitutionele perspectief ging het om het verbinden van rechtsgevolgen. Bij het derde perspectief gaat het om het perspectief van het primaat van criminaliteitsbestrijding. Het slachtoffer en de maatschappij staan hier centraal. De bevoegdheid van de rechter om vast te stellen of er sprake is van een

³⁷ Kuiper 2014, p. 46.

³⁸ Corstens, Borgers & Kooijmans 2018, p. 863.

³⁹ Corstens, Borgers & Kooijmans 2018, p. 863.

⁴⁰ Corstens, Borgers & Kooijmans 2018, p. 864.

⁴¹ Samadi 2016, p. 418.

⁴² Corstens, Borgers & Kooijmans 2018, p. 864.

vormverzuim kan worden gezien als een reactie op het niet naleven van de rechtsregels door de overheid.⁴³

Samengevat blijkt dat één van de belangrijkste argumenten voor het verbinden van sancties bij schending van vormverzuimen is dat de overheid zich ook aan de regels moet houden en geen profijt mag hebben van de onrechtmatigheid. Een belangrijk tegenargument is dat het lastiger wordt om de waarheid te vinden en dat de verdachte profiteert indien de rechter tot sanctionering overgaat. Enerzijds gaat het dus over de belangen van de verdachte en anderzijds gaat het erom dat de overheid zich ook aan de regels moet houden.

2.4 Voorwaarden artikel 359a Sv

Vormverzuimen in de zin van artikel 359a Sv wil zeggen dat er sprake is van geschreven of ongeschreven vormvoorschriften die niet worden nageleefd.⁴⁴ Binnen het gebied van artikel 359a Sv valt een grote groep vormverzuimen. Dit kunnen voorschriften zijn die fundamentele rechten respecteren, zoals het zwijgrecht.⁴⁵ Ook kan het gaan om schending van wettelijke normen, verdragsbepalingen zoals die uit het EVRM voortvloeien of ongeschreven normen, zoals de beginselen van een behoorlijk strafprocesrecht. Aan de hand van dit artikel kan de rechter, indien blijkt dat bij het voorbereidend onderzoek sprake is van een vormverzuim dat niet meer hersteld kan worden en waarvan de rechtsgevolgen niet uit de wet blijken, sancties opleggen.⁴⁶ De rechter kan ook enkel vaststellen dat er sprake is van een vormverzuim zonder verder gevolgen aan te geven. Dit wordt de discretionaire bevoegdheid van de rechter genoemd.⁴⁷

De eerste voorwaarde die artikel 359a Sv stelt, wanneer sprake is van vormverzuim, is dat het moet hebben plaatsgevonden tijdens het voorbereidend onderzoek. Artikel 132 Sv geeft aan dat onder voorbereidend onderzoek wordt verstaan het onderzoek dat aan de behandeling ter terechtzitting voorafgaat. Vormen die zijn verzuimd tijdens het onderzoek ter terechtzitting vallen niet onder de reikwijdte van dit artikel.⁴⁸

⁴³ Corstens, Borgers & Kooijmans 2018, p. 864.

⁴⁴ HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, r.o. 3.3, *NJ* 2004/376, m.nt. Y. Buruma.

⁴⁵ Corstens, Borgers & Kooijmans 2018, p. 860.

⁴⁶ Ter Haar & Meijer 2011, p. 11.

⁴⁷ Corstens, Borgers & Kooijmans 2018, p. 861.

⁴⁸ *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, 3, p. 24.

Daarnaast moet het voorbereidend onderzoek betrekking hebben op een strafbaar feit dat aan de verdachte ten laste is gelegd en waar de rechter over moet oordelen. Aan vormverzuimen die tegen een ander dan de verdachte begaan zijn kunnen geen rechtsgevolgen worden verbonden.⁴⁹

De tweede voorwaarde die artikel 359a Sv stelt, is dat het om een vormverzuim moet gaan dat niet meer te herstellen is. De bedoeling van de wetgever is dat de rechter ernaar streeft om zoveel mogelijk het verzuim te herstellen.⁵⁰ Indien een vormverzuim hersteld is of hersteld kan worden dan heeft het geen reden om er een rechtsgevolg aan te verbinden.⁵¹ Een voorbeeld van een herstelbaar vormverzuim is wanneer de verdachte niet op de hoogte wordt gebracht van de uitslag van DNA-onderzoek.⁵² De verdachte kan dan geen verzoek om tegenonderzoek doen. De rechter kan onderzoeken of het nog mogelijk is om een tegenonderzoek te doen. Als dat zo is, dan moet de verdachte die mogelijkheid krijgen.⁵³ Bij een onherstelbaar vormverzuim wordt het voorbeeld gegeven van een woning die doorzocht wordt zonder de vereiste machtiging.⁵⁴ In zo een geval kan duidelijk geen herstel meer plaatsvinden, want zo een machtiging dient namelijk voor de doorzoeking heeft plaatsgevonden afgegeven te worden.

Ten derde mogen de rechtsgevolgen van het vormverzuim niet uit de wet blijken. Als voorbeeld wordt in de memorie van toelichting aangegeven dat als de schending van het vormverzuim in de wet met bijvoorbeeld niet-ontvankelijkheid van het OM wordt bedreigd dan moet de rechter deze sanctie opleggen. Indien de sanctie niet uit de wet blijkt dan kan de rechter zelf beslissen welke sanctie hij toepast.⁵⁵ Hierna zullen de criteria behandeld worden waarmee de rechter rekening dient te houden indien hij tot sanctionering wil overgaan.

2.5 Criteria bij sanctionering

Welke sanctie toegepast moet worden wordt op grond van het tweede lid van artikel 359a Sv bepaald aan de hand van de volgende criteria: het belang van de

⁴⁹ Corstens, Borgers & Kooijmans 2018, p. 866.

⁵⁰ *Kamerstukken II* 1993/94, 23075, 3, p. 25-26.

⁵¹ Corstens, Borgers & Kooijmans 2018, p. 867.

⁵² Corstens, Borgers & Kooijmans 2018, p. 867.

⁵³ Corstens, Borgers & Kooijmans 2018, p. 868.

⁵⁴ Corstens, Borgers & Kooijmans 2018, p. 868.

⁵⁵ *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, 3, p. 25.

geschonden norm, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor is veroorzaakt. Allereerst hoeft er alleen een sanctie opgelegd te worden bij een vormverzuim als de verdachte zelf wordt getroffen in een belang dat door de geschonden norm wordt beschermd. Indien een ander dan de verdachte wordt getroffen door het vormverzuim dan hoeft er geen sanctie te worden verbonden aan het verzuim. Dit wordt het relativiteitsvereiste ook wel de Schutznorm genoemd.⁵⁶ Als voorbeeld kan de voorschriften met doorzoekingen van woningen worden benoemd. Hiermee wordt namelijk getracht het privacybelang van de bewoners te beschermen.⁵⁷ Indien een persoon een zolderkamer als opslagplaats voor drugs gebruikt en geen bewoner is van deze woning dan hoeft een schending van voorschriften voor doorzoekingen van de woning niet tot sancties te leiden.⁵⁸ De tweede factor, de ernst van het verzuim is met name van belang voor de vaststelling van de sanctie. Hierbij geldt hoe ernstiger het vormverzuim hoe zwaarder de sanctie dus in dit geval kan de niet-ontvankelijkheid van het OM in beeld komen. Bij geringe vormverzuimen kan met enige strafvermindering of de enkele vaststelling van de onrechtmatigheid worden volstaan.⁵⁹ De derde factor, het nadeel dat daardoor is veroorzaakt komt in de praktijk voor de rekening van de verdachte. Dat wil zeggen dat sprake moet zijn van nadeel voor de verdachte. Soms kan dat nadeel ontbreken. Als voorbeeld wordt het niet informeren van het zwijgrecht aan de verdachte genoemd. Normaliter zou dit een nadeel voor de verdachte opleveren, tenzij de verdachte een jurist is. Een jurist weet per slot van rekening dat hij het recht heeft om te zwijgen. Niet ieder vormverzuim hoeft dus tot rechtsgevolgen te leiden. Het gaat erom of aan de hand van de hiervoor genoemde factoren een sanctie aan een vormverzuim kan worden verbonden.⁶⁰

2.6 Toepassing sancties door de Hoge Raad

In deze paragraaf wordt met behulp van twee arresten getoond op welke manier de Hoge Raad de toepassing van artikel 359a Sv heeft uitgelegd. Een belangrijk arrest met betrekking tot dit onderwerp is een arrest uit 2004 dat het Afvoerpipj-arrest wordt

⁵⁶ HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, r.o. 4.4, *NJ* 2004/376, m.nt. Buruma.

⁵⁷ Corstens, Borgers & Kooijmans 2018, p. 870.

⁵⁸ HR 26 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8942, *NJ* 2002/343.

⁵⁹ Corstens, Borgers & Kooijmans 2018, p. 871.

⁶⁰ Corstens, Borgers & Kooijmans 2018, p. 872.

genoemd.⁶¹ De kaders die de Hoge Raad in dit arrest heeft uitgezet worden als leidraad gebruikt.⁶² In het Onbevoegde hulpofficier-arrest zijn de nadere regels voor de sanctie bewijsuitsluiting toegelicht. De rechter heeft de keuze uit de volgende sancties die van licht naar zwaar zijn opgesomd: strafvermindering, bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkheid van het OM.

2.6.1 Strafvermindering

De Hoge Raad heeft in het Afvoerpipj-arrest uitgelegd dat de rechter kan besluiten om de straf te verminderen indien aan de volgende vier punten wordt voldaan. Het aannemelijk is dat de verdachte daadwerkelijk nadeel heeft ondervonden, bijvoorbeeld als de woning van de verdachte stelselmatig is geobserveerd terwijl de officier van justitie de vereiste toestemming niet heeft gegeven.⁶³ Dit nadeel (inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte) is veroorzaakt door het verzuim. Hier is van belang in hoeverre de verdachte nadeel heeft ondervonden vanwege het verzuim. Vervolgens dient het nadeel geschikt te zijn voor compensatie door middel van strafvermindering, en dient de strafvermindering ook in het licht van het belang van het geschonden voorschrift en de ernst van het verzuim gerechtvaardigd te zijn.⁶⁴

2.6.2 Bewijsuitsluiting

In het Onbevoegde hulpofficier-arrest heeft de Hoge Raad nadere algemene regels gegeven wanneer sprake is van een onherstelbaar vormverzuim dat tot uitsluiting van het daardoor verkregen bewijsmateriaal leidt.⁶⁵ Aan de volgende voorwaarde moet dan zijn voldaan: er dient causaal verband te zijn tussen het vormverzuim en de verkrijging van het bewijsmateriaal. Daarnaast moet door het onrechtmatig verkregen bewijs een belangrijk strafvorderlijk voorschrift of een rechtsbeginsel zijn geschonden en sprake zijn van één van de volgende drie gevallen: schending van het recht op

⁶¹ HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, *NJ* 2004/376, m.nt. Buruma.

⁶² Corstens, Borgers & Kooijmans 2018, p. 865.

⁶³ HR 21 maart 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5254.

⁶⁴ HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, r.o. 3.6.3, *NJ* 2004/376, m.nt. Buruma.

⁶⁵ HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, r.o. 2.4.2, *NJ* 2013/308, m.nt. B.F. Keulen.

een eerlijk proces, schending van een belangrijk voorschrift of een ernstig inbreuk op een grondrecht of schending van een structureel vormvoorschrift.⁶⁶

a) Bij schending van het recht op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM kan als voorbeeld de schending van het recht op rechtsbijstand bij het politieverhoor worden genoemd.⁶⁷

b) Het schenden van een belangrijk strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel komt ter sprake wanneer een zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht wordt gemaakt, zoals lijfvisitatie zonder toereikende wettelijke grondslag. De rechter kan een afweging maken of bewijsuitsluiting opweegt tegen de mogelijk negatieve effecten daarvan en of er geen afbreuk wordt gedaan aan belangen als waarheidsvinding, bestraffing van de dader en rechten van slachtoffers en nabestaanden.⁶⁸

c) Als een ernstige inbreuk op een grondrecht wordt gemaakt of schending van een structureel vormvoorschrift waarbij de bevoegde autoriteiten zich onvoldoende hebben ingespannen om overtredingen van het voorschrift te voorkomen, zoals het stelstelmatig verstrekken van blanco machtigingen tot binnentreden dan kan de toepassing van de sanctie bewijsuitsluiting alleen in aanmerking komen indien deze sanctie opweegt tegen de mogelijke negatieve effecten daarvan. In tegenstelling tot sub b moet de normerende werking van de bewijsuitsluiting worden afgewogen tegen de mogelijk negatieve effecten daarvan.⁶⁹

2.6.3 Niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie

De niet-ontvankelijkheid van het OM komt in uitzonderlijke gevallen voor.⁷⁰ Deze sanctie kan toegepast worden indien opsporingsambtenaren of het OM met het vormverzuim "een zeer ernstige inbreuk hebben gemaakt op de beginselen van een behoorlijke procesorde, waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan" (het Zwolsman-criterium).⁷¹ Als voorbeeld kan een arrest in 1998 worden gegeven waarin de beginselen van behoorlijke procesorde zijn geschonden,

⁶⁶ HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, r.o. 2.4.2, *NJ* 2013/308, m.nt. B.F. Keulen.

⁶⁷ HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, r.o. 2.4.4, *NJ* 2013/308, m.nt. B.F. Keulen.

⁶⁸ HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, r.o. 2.4.5, *NJ* 2013/308, m.nt. B.F. Keulen.

⁶⁹ HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, r.o. 2.4.6, *NJ* 2013/308, m.nt. B.F. Keulen.

⁷⁰ Corstens, Borgers & Kooijmans 2018, p. 872.

⁷¹ HR 19 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0328, r.o. 5.2, *NJ* 1996/249.

omdat de officier van justitie de verbalisanten had opgedragen om de vragen van de rechter niet te beantwoorden.⁷² Naast het feit dat de wijze van opsporing in zo een situatie schending van artikel 6 EVRM oplevert,⁷³ wordt deze sanctie vooral toegepast in een geval waarin de verkrijging van bewijs bewust is belemmerd net zoals in het arrest uit 1998.

Deze sanctie kan ook worden toegepast "indien een zeer fundamentele inbreuk op de beginselen van een behoorlijke procesorde plaatsvindt waardoor het belang van de verdachte niet wordt geschaad, maar het wettelijk systeem in de kern wordt geraakt" (het Karman-criterium).⁷⁴ In dit arrest had het OM een deal met de kroongetuige gemaakt dat hij in ruil voor zijn getuigenis geen eventuele gevangenisstraf hoeft uit te zitten.⁷⁵ Volgens de Hoge Raad is dit in strijd met de wet en de beginselen van een behoorlijke procesorde.⁷⁶ Ook al zijn de belangen van de verdachte niet geschaad dan nog kan het OM niet-ontvankelijkheid worden verklaard.⁷⁷ Tot op heden gaat dit om een uitzonderlijk geval.⁷⁸

De Hoge Raad hanteert een restrictieve toepassing bij artikel 359a Sv.⁷⁹ Dat wil zeggen dat de toepassing van artikel 359a Sv beperkt is en dat de Hoge Raad zich strak aan de voorwaarden houdt waardoor vormverzuimen niet altijd gesanctioneerd hoeven te worden. De ruimte die de wetgever aan de rechter gaf wordt dus enigszins beperkt door de Hoge Raad, omdat de rechtspraak van de Hoge Raad artikel 359a Sv heeft aangevuld met nadere voorwaarden. Zo is bijvoorbeeld in het Onbevoegde hulpofficier-arrest te lezen dat de Hoge Raad nadere regels heeft gesteld waardoor de rechter minder ruimte heeft om bewijsuitsluiting toe te passen. Uiteindelijk komt het erop neer dat de rechter aan de hand van diverse criteria en regels moet bepalen of er sprake is van vormverzuim en welke sanctie hij naar aanleiding daarvan kan uitspreken.

⁷² HR 8 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1239, *NJ* 1998/879, m.nt. T.M. Schalken.

⁷³ Corstens, Borgers & Kooijmans 2018, p. 872.

⁷⁴ HR 1 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1143, r.o. 3.8, *NJ* 1999/567, m.nt. T.M. Schalken.

⁷⁵ HR 1 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1143, r.o. 3.2, *NJ* 1999/567, m.nt. T.M. Schalken.

⁷⁶ HR 1 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1143, r.o. 3.7, *NJ* 1999/567, m.nt. T.M. Schalken.

⁷⁷ HR 1 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1143, r.o. 3.8, *NJ* 1999/567, m.nt. T.M. Schalken.

⁷⁸ Corstens, Borgers & Kooijmans 2018, p. 873.

⁷⁹ HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL7688, *NJ* 2012/24, m.nt. M.J. Borgers.

2.7 Conclusie

Uit dit hoofdstuk is gebleken dat het Wetboek van Strafvordering geen wettelijke regeling had opgenomen die sancties op vormverzuimen regelde. Het strafrecht bestond uit een stelsel van formele en substantiële nietigheden. In 1996 is artikel 359a Sv inwerking getreden met als reden het wettelijk vastleggen van de jurisprudentiële ontwikkelingen. De wetgever heeft met invoering van artikel 359a Sv de taak aan de rechter gegeven om te beslissen of er sprake is van een vormverzuim en of naar aanleiding daarvan gesanctioneerd kan worden. De rechter heeft de keuze uit de volgende sancties: strafvermindering, bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkheid van het OM, maar de rechter kan ook volstaan met de enkele vaststelling van vormverzuim. In het tweede lid van dit artikel zijn factoren opgesomd waarmee de rechter rekening mee dient te houden: het belang van de geschonden norm, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor is veroorzaakt. In de literatuur zijn diverse argumenten voor invoering van artikel 359a Sv genoemd, zoals: het demonstratie-argument, het reparatie-argument, het preventie-argument etc. Als tegenargumenten zijn de volgende punten aangevoerd: het belang van de waarheidsvinding, het belang van de slachtoffer en maatschappij, en dat de verdachte profiteert als de rechter tot sanctionering overgaat. Achter deze argumenten schuilen verschillende belangen. Aan de ene kant gaat het om de belangen van de verdachte en aan de andere kant gaat het erom dat de overheid zich ook aan de geldende regels moet gaan houden.

In dit hoofdstuk is aan bod gekomen hoe het huidige artikel 359a Sv is geregeld. In het volgende hoofdstuk wordt behandeld hoe artikel 359a Sv in de modernisering van het Wetboek van Strafvordering geregeld zal worden, zodat een vergelijking kan worden gemaakt tussen de huidige en de nieuwe regeling.

3.1 Inleiding

In hoofdstuk twee is uitleg gegeven over het ontstaan van artikel 359a Sv en hoe dit artikel in de praktijk werkt. In dit hoofdstuk zal eerst uiteengezet worden wat de aanleiding is geweest om artikel 359a Sv te moderniseren. Wat gaat er wijzigen ten opzichte van het huidige artikel en waarom is er gekozen voor deze wijzigingen? Wat betekenen de voorgestelde wijzigingen voor de in het artikel opgenomen sancties en de toepassing daarvan? In de conclusie van dit hoofdstuk zullen deze vragen worden beantwoord.

3.2 Aanleiding modernisering artikel 359a Sv

In deze paragraaf zal uitgelegd worden waarom artikel 359a Sv gemoderniseerd zal worden. Ten eerste bepaalt het artikel in de huidige vorm dat de rechter tot sanctionering kan overgaan. Dit is volgens de wetgever niet alleen de taak van de rechter, maar ook officieren van justitie, andere ambtenaren van het OM en opsporingsambtenaren dienen de bevoegdheid te krijgen voor het opleggen van sancties naar aanleiding van een vormverzuim. Zo moet de officier van justitie bij de buitengerechtelijke afdoening ook rekening houden met naleving van strafvorderlijke voorschriften. De nieuw voorgestelde wetsartikelen normeren daarom niet alleen de rechterlijke, maar ook de buitengerechtelijke afdoening.⁸⁰

De tweede reden die aangevoerd wordt voor de wijziging van artikel 359a Sv, is dat de wetsbepaling geen normatief richtsnoer biedt bij de toepassing van processuele sancties. De huidige regeling is namelijk vrijblijvend. De rechter 'kan' de straf verlagen, het bewijs uitsluiten of het OM niet-ontvankelijk verklaren. Met andere woorden de rechter kan dit doen, maar is niet verplicht om dit te doen. De wetgever wilde destijds alleen in een wettelijke basis voorzien en niet nader sturen. Daar was een reden voor, namelijk dat het de taak van de wetgever is om de rechtsgevolgen in de wet op te nemen en dat het de taak van de rechter is om te bepalen of er ook

⁸⁰ Memorie van Toelichting, vaststellingswet boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting', p. 86.

sprake is van schending van die rechtsgevolgen.⁸¹ Het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel eist echter niet alleen dat er een wettelijke basis is, maar ook dat de wet en de toelichting een richtsnoer biedt voor de toepassing ervan.⁸²

Ten derde wordt aangevoerd dat de reikwijdte van artikel 359a Sv beperkt is tot vormverzuimen begaan tijdens het voorbereidend onderzoek. De commissie Moons wilde destijds dat vormverzuimen tijdens het onderzoek op de terechtzitting ook onder de reikwijdte van artikel 359a Sv vielen. De wetgever wilde dat echter niet, omdat dat beter zou aansluiten bij de bestaande systematiek waarin de beoordeling van vormverzuimen is voorbehouden aan de appel- of cassatierechter.⁸³ Volgens de huidige wetgever is het wenselijk dat de nieuwe regeling ook vormverzuimen, die buiten het voorbereidend onderzoek plaatsvinden, regelt.⁸⁴

3.3. Wat gaat er wijzigen en waarom?

In de memorie van toelichting is te lezen dat de inhoud van artikel 359a Sv in de nieuwe versie verspreid worden over drie verschillende artikelen. Deze drie artikelen worden volgens de wetgever geplaatst in het wetboek en de titel waar ze het beste bij passen. Volgens de wetgever is het beter de sancties die zijn opgenomen in artikel 359a Sv afzonderlijk in te delen, omdat ze naast overeenkomsten ook verschillen kennen. Ook zorgt dit voor een richtsnoer, namelijk in welke gevallen aan vormverzuimen sancties kunnen worden verbonden. Aan de onderlinge verhoudingen zal volgens de wetgever niets veranderen.⁸⁵

De indeling van de nieuwe artikelen⁸⁶ zal er als volgt uitzien: Artikel 4.3.2.6 komt in boek 4 als onderdeel van de bewijsregeling en gaat over het uitsluiten van bewijsmateriaal. Dit nieuwe artikel gaat lid 1, onderdeel b, van het huidige artikel 359a Sv vervangen.

⁸¹ Memorie van Toelichting, vaststellingswet boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting', p. 87.

⁸² Memorie van Toelichting, vaststellingswet boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting', p. 87.

⁸³ *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, 3, p. 24.

⁸⁴ Memorie van Toelichting, vaststellingswet boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting', p. 88.

⁸⁵ Memorie van Toelichting, vaststellingswet boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting', p. 87.

⁸⁶ Dit zijn de artikelen zoals die luidde in de conceptversie van december 2017. Voor de ambtelijke versie van juli 2020, zie de bijlage bij deze scriptie.

Artikel 3.1.8 komt in boek 3 bij de bepalingen over de vervolging en zal gaan over het verlies van het recht om de verdachte te vervolgen. Dit nieuwe artikel gaat lid 1, onderdeel c, van het huidige artikel 359a Sv vervangen.

Artikel 44b wordt opgenomen in Titel IIIA van het Wetboek van Strafrecht. Dit nieuwe artikel gaat lid 1, onderdeel a, van het huidige artikel 359a Sv (de strafvermindering) vervangen. Er is voor deze indeling gekozen, omdat andere gronden voor strafvermindering hier ook te vinden zijn, zoals strafvermindering voor de kroongetuige.⁸⁷ Het tweede en derde lid van artikel 359a Sv zijn niet opgenomen in het wetsvoorstel. Hierna zal inhoudelijk op de wijzigingen worden ingegaan.

3.3.1 Inhoud van de wijzigingen

Wat opvalt is dat er afstand wordt genomen van de terminologie van artikel 359a Sv. Zo komt bijvoorbeeld de term '*vormverzuimen*' niet meer voor in de nieuwe artikelen. In plaats daarvan wordt gebruik gemaakt van de term 'onrechtmatig handelen', omdat deze benaming meer geschikt wordt geacht voor handelingen die reden geven tot sancties.⁸⁸ Verder wordt in de nieuwe artikelen niet langer waarde gehecht aan de term '*herstel*'. Het blijft nog steeds van belang dat de gevolgen van onrechtmatig handelen worden tenietgedaan, maar de wetgever vindt het niet gepast om in dit geval van herstel te spreken, omdat het herstellen van vormverzuimen op grond van artikel 359a Sv meestal niet mogelijk is. De nadelige gevolgen kunnen hooguit worden weggenomen.⁸⁹ De manier waarop in de jurisprudentie gebruik wordt gemaakt van herstelmogelijkheden leidt vaak tot vraagtekens, omdat de Hoge Raad soms in gevallen waar sprake is van vormverzuimen herstel aanwezig acht zonder een duidelijke motivering te geven. Dit komt voornamelijk voor bij schending van de verbaliseringsplicht (artikel 152 Sv). Wanneer bijvoorbeeld de politie een vals proces-verbaal heeft opgemaakt dan kan achteraf door een aanvullend proces-verbaal de waarheid boven water komen. Hiermee is niet per definitie ook sprake van herstel.⁹⁰

⁸⁷ Memorie van Toelichting: vaststellingswet Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting', p. 96.

⁸⁸ Memorie van Toelichting, vaststellingswet boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting', p. 98.

⁸⁹ Memorie van Toelichting, vaststellingswet boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting', p. 98.

⁹⁰ Samadi 2017, p. 167.

Het vormverzuim, het onjuist verbaliseren wordt namelijk niet hersteld. Er wordt voorkomen dat de rechters op basis van onjuiste gegevens beslissingen nemen.⁹¹

In het tweede lid van artikel 359a Sv worden factoren genoemd waarmee de rechter rekening dient te houden indien hij sancties wil opleggen, namelijk het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt. Deze factoren worden zoals in de vorige paragraaf al is gezegd, niet meer expliciet genoemd in de voorgestelde artikelen. De reden hiervoor is dat deze factoren in sommige gevallen niet van belang zijn bij het bepalen van de sanctie, dus hoeft de rechter zijn beslissing ook niet te motiveren aan de hand van deze factoren.⁹² In de memorie van toelichting wordt als voorbeeld gegeven dat de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft bepaald dat indien sprake is van schending van een aantal verdedigingsrechten bewijsuitsluiting is aangewezen.⁹³ Bij schending van het consultatierecht bijvoorbeeld spelen deze factoren helemaal geen rol, omdat de Hoge Raad heeft aangegeven dat de ruimte beperkt is om af te wijken van bewijsuitsluiting.⁹⁴ Het verplichten om met deze factoren rekening te houden kan zelfs tot misverstanden leiden. Dat heeft ook een aantal keren plaatsgevonden.⁹⁵ In een zaak uit 2011 ging het Gerechtshof te Arnhem na of bewijsuitsluiting van een in strijd met Salduz afgelegde verklaring voor de hand lag in het kader van de factoren die in lid twee opgesomd zijn. Voor die nadere afweging was volgens de Hoge Raad geen plaats.⁹⁶ De Hoge Raad heeft hier verder geen overwegingen aan gewijd.

Een ander reden waarom de in het tweede lid van art. 359a Sv genoemde factoren niet worden overgenomen in de nieuwe regeling heeft te maken met de juridische ontwikkelingen. Zo heeft de Hoge Raad de eerste twee factoren in de jurisprudentie over bewijsuitsluiting al vertaald in categorieën die in het Onbevoegde hulpofficier-arrest ter sprake is gekomen. De wetgever doelt op de volgende drie categorieën: schending van het recht op een eerlijk proces, schending van een belangrijk

⁹¹ Memorie van Toelichting, vaststellingswet boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting', p. 98.

⁹² Samadi 2018, p. 5.

⁹³ Memorie van Toelichting, vaststellingswet boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting', p. 98.

⁹⁴ HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, r.o. 2.4.4, *NJ* 2013/308, m.nt. B.F. Keulen.

⁹⁵ Memorie van Toelichting, vaststellingswet boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting', p. 99.

⁹⁶ HR 13 september 2011, ECLI:NL:HR:2012:BX5111, *NJ* 2011/556.

strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel of schending van een structureel vormvoorschrift.⁹⁷

Het niet overhevelen van de in het tweede lid van artikel 359a Sv genoemde factoren naar de nieuwe artikelen wil niet zeggen dat de rechter geen rekening dient te houden met deze factoren. Zij blijven namelijk nadrukkelijk een belangrijke rol spelen in de afweging van de rechter bij de toepassing van bewijsuitsluiting.⁹⁸ Bij niet-ontvankelijkheid en strafvermindering geldt dat overigens ook. Zo verliest het OM het recht om te vervolgen als een normoverschrijding heeft plaatsgevonden waardoor het recht op een eerlijk proces is geschonden. Dat stelt ook eisen aan de factoren ernst van het verzuim en aan het belang van het voorschrift.⁹⁹ Bij strafvermindering zijn de eerste twee factoren betrokken bij de te maken belangenafweging.¹⁰⁰

Zoals in paragraaf 3.2 opgemerkt, is er nog een reden voor wijziging van artikel 359a Sv, namelijk dat de reikwijdte van dit artikel beperkt is tot vormverzuimen tijdens het voorbereidend onderzoek. Dit zorgt ervoor dat artikel 359a Sv geen basis biedt voor het opleggen van sancties aan onrechtmatig handelen dat niet in het kader van het voorbereidend onderzoek plaatsvindt. Een voorbeeld is het geval van onrechtmatig handelen door inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Dat onrechtmatig handelen zou in de nieuwe opzet ook tot bewijsuitsluiting kunnen leiden.¹⁰¹ Deze verruiming heeft wel een aantal gevolgen. Om te beginnen brengt deze verruiming, zoals eerder gememoreerd met zich dat onrechtmatig handelen, dat niet in het voorbereidend onderzoek naar het ten laste gelegde feit plaatsvindt, in de wettelijke regeling wordt meegenomen.¹⁰² Als voorbeeld wordt verwezen naar een arrest van de Hoge Raad waarin bij de aanhouding van de verdachte, die verdacht wordt van verboden wapenbezit, buitensporig geweld wordt toegepast.¹⁰³ In de politieauto bedreigde de verdachte een verbalisant. In de strafzaak werd de verdachte vervolgd vanwege

⁹⁷ Memorie van Toelichting, vaststellingswet boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting', p. 99.

⁹⁸ Samadi 2018, p. 5.

⁹⁹ Memorie van Toelichting, vaststellingswet boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting', p. 99.

¹⁰⁰ Memorie van Toelichting, vaststellingswet boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting', p. 99-100.

¹⁰¹ Memorie van Toelichting, vaststellingswet boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting', p. 88.

¹⁰² Memorie van Toelichting, vaststellingswet boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting', p. 88.

¹⁰³ HR 5 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:9, NJ 2016/153, m.nt. F. Vellinga-Schootstra.

bedreiging. Het onrechtmatig handelen vond niet plaats in het kader van het voorbereidend onderzoek naar de bedreiging. Die bedreiging was namelijk niet de aanleiding, maar een gevolg van dat onrechtmatig handelen. Onrechtmatig handelen dat niet in het voorbereidend onderzoek naar het ten laste gelegde feit plaatsvindt, kan in de nieuwe regeling dus ook tot toepassing van sancties leiden.¹⁰⁴ Dat mocht onder vigeur van artikel 359a Sv niet.

In de tweede plaats betekent de verruiming dat de wettelijke regeling ook processuele sancties normeert die aan onrechtmatige handelingen buiten een strafvorderlijke context verbonden worden. Bijvoorbeeld bij onrechtmatig handelen door particulieren en andere overheidsorganen dan politie en justitie. Ook onrechtmatig handelen door politie dat buiten een strafvorderlijke context plaatsvindt valt hieronder.¹⁰⁵ Tevens valt onrechtmatig handelen in het kader van toezicht ook onder het bereik van de voorgestelde bepaling.¹⁰⁶

Tot slot zorgt deze verruiming ervoor dat onrechtmatig handelen dat tijdens het onderzoek op de terechtzitting plaatsvindt in principe door de voorgestelde wettelijke normering gedekt wordt. Uitgangspunt is dat het voor de rechtsgevolgen die aan onrechtmatig handelen worden verbonden in beginsel niet uit dient te maken waar en wanneer onrechtmatig wordt gehandeld. De cautie kan als voorbeeld worden genomen.¹⁰⁷ Voor het verhoor wordt aan de verdachte medegedeeld dat hij niet hoeft te antwoorden.¹⁰⁸ Die verplichting rust zowel op de politie tijdens het verhoor op het politiebureau als op de rechter die de verdachte ondervraagt tijdens het onderzoek op de terechtzitting.¹⁰⁹ Als op de terechtzitting zonder cautie een verklaring is afgegeven door een verdachte die ook in een andere strafzaak tegen dezelfde verdachte aan het bewijs kan bijdragen dan is de vraag of dit onrechtmatig handelen ervoor zorgt dat de verkregen verklaring in de nieuwe strafzaak aan het bewijs kan bijgedragen. Artikel 359a Sv gaat onterecht ervan uit dat de verkregen verklaring als bewijs gebruikt kan worden, omdat de verklaring op de terechtzitting en niet in het

¹⁰⁴ Memorie van Toelichting, vaststellingswet boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting', p. 88.

¹⁰⁵ Memorie van Toelichting, vaststellingswet boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting', p. 89.

¹⁰⁶ Samadi 2018, p. 7.

¹⁰⁷ Memorie van Toelichting, vaststellingswet boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting', p. 89.

¹⁰⁸ Artikel 29 lid 2 Sv.

¹⁰⁹ Memorie van Toelichting, vaststellingswet boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting', p. 89.

voorbereidend onderzoek is afgelegd. Het huidige artikel past immers sancties toe die alleen in verhouding tot het voorbereidend onderzoek zijn.¹¹⁰ In de nieuwe regeling zal vanwege deze verruiming mogelijk zijn om de verklaring uit te sluiten als bewijs.

3.3.2 De sancties nader beschouwd

In deze paragraaf wordt aandacht besteed aan het onderwerp sancties. Als eerst komt de enkele constatering van een onherstelbaar vormverzuim zonder rechtsgevolg aan bod. Indien de rechter de enkele constatering niet voldoende vindt dan kan hij overgaan tot het opleggen van een sanctie. In de volgende subparagrafen zal specifiek worden ingegaan op de wijzigingen die per sanctie worden voorgesteld.

3.3.2.1 Vaststelling vormverzuim

In de huidige regeling kan de rechter vaststellen dat sprake is van een onherstelbaar vormverzuim zonder daar verder gevolgen aan te geven.¹¹¹ In de memorie van toelichting komen de drie sancties waar rechtsgevolgen aan verbonden zijn uitvoerig aan bod. Aan de enkele vaststelling van een vormverzuim wordt niet specifiek aandacht aanbesteed. Wel wordt er aangegeven dat de huidige jurisprudentie van toepassing blijft en dat de rechter meer ruimte zal krijgen om tot een andere afweging te komen.¹¹² Ten slotte wordt aangegeven dat de rechter kan beslissen dat onrechtmatig is gehandeld en dat die vaststelling voldoende is.¹¹³ Hieruit kan geconcludeerd worden dat het in de nieuwe situatie mogelijk blijft voor de rechter om te volstaan met de enkele vaststelling van een vormverzuim.

¹¹⁰ Memorie van Toelichting, vaststellingswet boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting', p. 90.

¹¹¹ Corstens, Borgers & Kooijmans 2018, p. 861.

¹¹² Memorie van Toelichting, vaststellingswet boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting', p. 91.

¹¹³ Memorie van Toelichting, vaststellingswet boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting', p. 102.

3.3.2.2 Strafvermindering

Wat inhoud betreft zijn er twee wijzigingen met betrekking tot strafvermindering. Ten eerste wordt afstand genomen van de beperking die de Hoge Raad heeft aangebracht bij onrechtmatig handelen dat tijdens de aanhouding of de inverzekeringstelling heeft plaatsgevonden. Verzuimen bij de aanhouding of de inverzekeringstelling die aan de rechter-commissaris voorgelegd hadden kunnen worden, kunnen momenteel niet tot vermindering van de straf leiden.¹¹⁴ Deze beperking wordt niet meegenomen in de nieuwe regeling en hierdoor kunnen onrechtmatige handelingen die tijdens de aanhouding of inverzekeringstelling hebben plaatsgevonden, in de voorgestelde nieuwe situatie ook leiden tot strafvermindering. De reden hiervoor is dat de rechter-commissaris geen ander mogelijkheid had dan de verdachte in vrijheid te stellen en bij ernstige delicten was het gevolg vaak disproportioneel. Bovendien was deze beperking niet systematisch en kon het tot rechtsongelijkheid leiden, omdat de verdachte die niet voor de rechter-commissaris werd geleid, ter terechtzitting wel een beroep op strafvermindering kon doen en de verdachte die wel voor de rechter-commissaris kwam niet. Straks komt daar verandering in en kan de rechter in beide gevallen ook de sanctie strafvermindering toepassen. Uitgangspunt hierbij is dat met de strafvermindering recht moet worden gedaan aan het onrechtmatig handelen, dus de sanctie moet passend zijn. Of dat zo is wordt bepaald door het bewezen verklaarde strafbare feit.¹¹⁵ Pas indien het feit bewezen en strafbaar is kan de rechter namelijk over de oplegging van de sanctie beslissen.

Ten tweede heeft de wijziging te maken met het toepassingskader bij strafvermindering. Strafvermindering kan worden toegepast indien het onrechtmatig handelen de verdachte in zijn belangen raakt. Het veroorzaakte nadeel kan enkel worden gecompenseerd als de verdachte daadwerkelijk nadeel heeft ondervonden van het onrechtmatig handelen.¹¹⁶ Volgens de memorie van toelichting wordt hierbij een verbinding gemaakt met het belang van een goede rechtsbedeling. Wanneer dit rechtsgevolg in de huidige situatie intreedt wordt aan de hand van de jurisprudentie

¹¹⁴ HR 8 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1566, NJ 2001/587, m.nt. Reijntjes.

¹¹⁵ Memorie van Toelichting: vaststellingswet Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting', p. 97.

¹¹⁶ HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, r.o. 3.6.3, m.nt. Y. Buruma,

duidelijk: voor strafvermindering is het noodzakelijk dat de verdachte daadwerkelijk nadeel heeft ondervonden, dat dit nadeel is veroorzaakt door het verzuim, dat het geschikt is voor compensatie door de straf te verminderen en dat de strafvermindering ook in verhouding tot het geschonden voorschrift en de ernst van het verzuim gerechtvaardigd is. Verder blijkt uit de memorie van toelichting dat de laatste voorwaarde, de ernst van het verzuim een belangrijke plaats inneemt.¹¹⁷ De toepassing van de sanctie strafvermindering is in de huidige regeling alleen bij belangrijke voorschriften en ernstige vormverzuimen gerechtvaardigd. Daarom ligt in de nieuwe regeling de nadruk blijkens de memorie van toelichting juist op het veroorzaakte nadeel of het nadeel via deze weg kan worden gecompenseerd. Ook wordt aandacht besteed aan *'het belang dat slachtoffers en samenleving bij de strafoplegging hebben'*. De aard van het delict bepaalt dus mede of het veroorzaakte nadeel geschikt is voor compensatie. Bij een delict waar geen slachtoffers zijn gemaakt, bijvoorbeeld bij een vermogensdelict zou strafvermindering eerder ter sprake kunnen komen dan bij een levensdelict.¹¹⁸

3.3.2.3 Bewijsuitsluiting

Uit de formulering van artikel 4.3.2.6 blijkt dat bij de toepassing van deze sanctie *'het belang van een goede rechtsbedeling'* het uitgangspunt wordt. Hiermee wordt getracht een normatief richtsnoer te bieden voor toepassing van deze sanctie.¹¹⁹ Volgens de memorie van toelichting zal voor de invulling hiervan aansluiting moeten worden gezocht bij de jurisprudentie. Het gaat met name om de procesrechten van de verdachte en de bewijsuitsluiting vanwege de belangenafweging die in het tweede en derde lid van artikel 4.3.2.6 is geformuleerd en die tevens in het arrest Onbevoegde hulpofficier¹²⁰ ter sprake is gekomen.¹²¹ De Hoge Raad geeft in deze zaak aan dat het de taak van de rechter is om te oordelen of bewijsuitsluiting

¹¹⁷ Memorie van Toelichting: vaststellingswet Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: Berechting, p. 97.

¹¹⁸ Memorie van Toelichting: vaststellingswet Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: Berechting, p. 97.

¹¹⁹ Memorie van Toelichting, vaststellingswet boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting', p. 90.

¹²⁰ HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, NJ 2013/308, m.nt. B.F. Keulen.

¹²¹ Memorie van Toelichting: vaststellingswet Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting', p. 91.

zwaarder weegt dan de belangen als waarheidsvinding en bestraffing van de dader.¹²²

Bij het schenden van een aantal normen, zoals het niet geven van de cautie voor de start van het verhoor leidt de toepassing van het eerste lid van artikel 4.3.2.6 zelfstandig tot bewijsuitsluiting. In lid 2 en 3 vormt het belang van een goede rechtsbedeling het criterium.¹²³

In het tweede en derde lid van artikel 4.3.2.6 is bewijsuitsluiting afhankelijk van een belangenafweging. In het tweede lid is er sprake van onrechtmatig handelen van opsporingsambtenaren die te werk zijn gegaan zonder betrokkenheid van het OM. Bewijsuitsluiting is dan mogelijk in het belang van een goede rechtsbedeling indien de ernst van de inbreuk op rechten van de verdachte zwaarder weegt dan met de veroordeling en bestraffing gemoeide belangen. Het gaat hierbij om de belangen als waarheidsvinding, de bestraffing van de dader en de eerbiediging van de rechten van het slachtoffer.¹²⁴

Het derde lid geeft aan dat er sprake van bewijsuitsluiting kan zijn indien opsporingsambtenaren onrechtmatig handelen. Het belang van een goede rechtsbedeling brengt met zich dat het bewijs uitgesloten kan worden, zodat bevorderd wordt dat in overeenstemming met de geschonden norm wordt gehandeld. Hierbij kan gedacht worden aan de ernst van de inbreuk op rechten van de verdachte en ook het handelen conform de norm in het kader van opsporing. Dit wordt het demonstratie-argument genoemd. In het geval van lid twee en lid drie dient de rechter te kijken naar de inbreuk op de rechten van de verdachte die is ontstaan naar aanleiding van het onrechtmatig handelen. Voorbeelden van de rechten van de verdachte zijn het recht op vrijheid, het recht op onaantastbaarheid van het lichaam en het huisrecht.¹²⁵

Voor bewijsuitsluiting is hoofdzakelijk aansluiting gezocht bij de jurisprudentie van de Hoge Raad, maar er zijn ook afwijkingen te zien. Dit heeft te maken met het feit dat de reikwijdte van dit artikel is verruimd waardoor onrechtmatig handelen buiten het

¹²² Memorie van Toelichting: vaststellingswet Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting', p. 91.

¹²³ Memorie van Toelichting: vaststellingswet Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting', p. 90.

¹²⁴ Memorie van Toelichting: vaststellingswet Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting', p. 91.

¹²⁵ Memorie van Toelichting: vaststellingswet Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting', p. 91.

strafvorderlijk vooronderzoek ook onder dit artikel valt. En deels heeft het te maken met de nieuwe indeling van de drie categorieën voor bewijsuitsluiting: de eerste reden voor bewijsuitsluiting wordt het recht op een eerlijk proces van de verdachte genoemd terwijl het nieuwe artikel deze grond concreet uitbreidt naar normoverschrijdingen die verband houden met de verklaaringsvrijheid van de verdachte.¹²⁶ Ook geeft de wetgever aan dat het criterium over de goede rechtsbedeling in de nieuwe situatie ervoor kan zorgen dat de rechter tot een andere afweging kan komen dan wat er in de huidige jurisprudentie van de Hoge Raad geformuleerd is. De nieuwe benadering is dat *‘alle belangen en argumenten die voor bewijsuitsluiting pleiten worden afgewogen tegen alle belangen en argumenten die tegen bewijsuitsluiting pleiten’*. Dit betekent dat bewijsuitsluiting bij schending van minder belangrijke strafvorderlijke voorschriften niet bij voorbaat is uitgesloten.¹²⁷ De huidige jurisprudentie legt nadruk op het belang van de geschonden norm voor de rechten van de verdachte. Het door hem geleden nadeel door de norm brengt vaak met zich dat de ruimte voor toepassing van bewijsuitsluiting bij schending van minder belangrijke vormvoorschriften minimaal is. Met deze wijziging wordt beoogd meer ruimte voor de rechter te creëren. Zo kan de rechter bijvoorbeeld het bewijs uitsluiten wanneer er sprake is van een lichte overtreding waarbij de opsporing in strijd is met beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit en waarmee een ernstige inbreuk op de privacy is gemaakt.¹²⁸

3.3.2.4 Niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie

Ten aanzien van de niet-ontvankelijkheid van het OM worden in artikel 3.1.8 drie wijzigingen aangebracht. Ten eerste komt er een wijziging met betrekking tot de norm dat vervolging vanwege het onrechtmatig handelen *‘niet te verenigen is met een goede procesorde’*. Er wordt hier aansluiting gezocht bij de jurisprudentie van de Hoge Raad, namelijk bij het Zwolsman-arrest¹²⁹. Ten tweede wordt *‘een ernstig inbreuk op het recht van de verdachte op een eerlijk proces’* vooropgezet. Het

¹²⁶ Memorie van Toelichting, vaststellingswet boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: ‘Berechting’, p. 92.

¹²⁷ Memorie van Toelichting, vaststellingswet boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: ‘Berechting’, p. 92.

¹²⁸ Samadi 2018, p. 9.

¹²⁹ HR 19 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0328, NJ 1996/249, r.o. 5.2, m.nt. Schalken.

verschil ten opzichte van de huidige jurisprudentie is dat niet meer doorslaggevend is dat de opsporingsambtenaren *'doelbewust of met grove veronachtzaming'* gehandeld hebben. In de memorie van toelichting staat dat het resultaat van het onrechtmatig handelen cruciaal is en niet de klacht richting het OM.¹³⁰

In het tweede en derde lid van het nieuwe artikel staan meer normen beschreven die kunnen leiden tot niet-ontvankelijkheid van het OM, zoals het onjuist of onvolledig verslag doen van ernstig onrechtmatig handelen door opsporingsambtenaren. Er hoeft dus niet alleen inbreuk gemaakt te worden op het recht op een eerlijk proces van de verdachte, maar ook indien de vervolging op een andere grond niet te verenigen is met een goede procesorde kan het OM het vervolgingsrecht verliezen. Hier verwijst de wetgever naar het Karman-arrest¹³¹ waaruit volgde dat niet-ontvankelijkheid van het OM niet alleen met het recht op een eerlijk proces te maken heeft, maar ook buiten het recht op een eerlijk proces in strijd kan zijn met een goede procesorde.¹³²

Ten derde zal er op een ander punt verschil zijn met het huidige artikel 359a Sv. Deze bepaling is niet uitsluitend van toepassing bij *'de behandeling van de zaak'*, maar ook bij het nemen van de vervolgingsbeslissing door het OM. Hiermee wordt ook de buitengerechtelijke afdoening bedoeld. De wetgever vond het namelijk wenselijk dat de norm die in het voorschrift besloten ligt ook voor het OM geldt.¹³³

3.4 Conclusie

In dit hoofdstuk zijn de belangrijkste wijzigingen die het Wetboek van Strafvordering zal ondergaan met betrekking tot artikel 359a Sv aan de orde gekomen. In de memorie van toelichting is uiteengezet wat de aanleiding is geweest om artikel 359a Sv te moderniseren. De huidige wetgever geeft aan dat niet alleen de rechter, maar ook andere ambtenaren van het OM sancties zouden moeten kunnen opleggen. Daarnaast biedt de huidige wetsbepaling geen normatief richtsnoer bij de toepassing van sancties en wordt de huidige regeling als vrijblijvend omschreven. Ook is het

¹³⁰ Memorie van Toelichting: vaststellingswet Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting', p. 94.

¹³¹ HR 1 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1143, NJ 1999/567, m.nt. Schalken.

¹³² Memorie van Toelichting: vaststellingswet Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting', p. 94.

¹³³ Memorie van Toelichting: vaststellingswet Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting', p. 95.

wenselijk dat de nieuwe regeling het onrechtmatig handelen dat buiten het voorbereidend onderzoek plaatsvindt regelt. De nieuwe regeling beoogt deze lacunes op te vullen.

Verder blijkt uit de memorie van toelichting dat gekozen is voor de volgende wijzigingen. Het huidige artikel wordt opgesplitst in drie nieuwe artikelen. De sancties worden in een apart artikel behandeld en de voorgestelde artikelen gaan anders uitzien. De factoren die in het huidige artikel in het tweede lid genoemd zijn worden niet expliciet overgenomen in de voorgestelde regeling, omdat ze niet altijd van belang zijn. Het toepassingsbereik wordt verruimd waardoor de modernisering ook onrechtmatig handelen dat buiten het voorbereidend onderzoek plaatsvindt regelt. Er is gekozen voor deze wijzigingen, omdat de wetgever hiermee een richtsnoer wil bieden die gebruikt kan worden bij toepassing van sancties.

De voorgestelde wijzigingen betekenen voor de in het artikel opgenomen sancties en de toepassing daarvan het volgende. Bij toepassing van de sanctie bewijsuitsluiting wordt het belang van een goede rechtsbedeling het uitgangspunt. De huidige jurisprudentie blijft van kracht, maar de rechter kan ook een andere beslissing nemen. Ten aanzien van de niet-ontvankelijkheid van het OM zal aansluiting worden gezocht bij de huidige jurisprudentie en er komen normen bij die tot niet-ontvankelijkheid van het OM kunnen leiden. Tot slot wordt bij de toepassing van de sanctie strafvermindering aangegeven dat onrechtmatig handelen dat tijdens aanhouding of inverzekeringstelling heeft plaatsgevonden ook kan leiden tot strafvermindering. Het zwaartepunt ligt hier ook bij het belang van een goede rechtsbedeling.

Nu in de voorgaande hoofdstukken zowel de oude als de nieuwe situatie is bekeken, wordt het volgende hoofdstuk gewijd aan de vraag of de voorgestelde artikelen een kwalitatieve verbetering, een neutraal resultaat of wellicht zelfs een verslechtering oplevert.

HOOFDSTUK 4 LEVEREN DE WIJZIGINGEN DE BEOOGDE KWALITATIEVE VERBETERING OP?

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal een vergelijking worden gemaakt tussen de huidige regeling en de nieuwe regeling zoals uiteengezet in de vorige hoofdstukken. Nadat een overzicht is gegeven van de naar aanleiding van de voorgestelde regeling uitgebrachte adviezen van de politie, de Nederlandse Orde van Advocaten, de Raad voor de Rechtspraak en het OM, zal geanalyseerd worden wat de modernisering van artikel 359a Sv met zich meebrengt. De vraag luidt of de voorgestelde wijzigingen de beoogde kwalitatieve verbetering oplevert? Aan het eind van dit hoofdstuk zal een antwoord hierop worden gegeven.

4.2 Vergelijking

In de memorie van toelichting wordt aangegeven dat het verschil tussen de voorgestelde artikelen en het huidige artikel "minder groot is dan op het eerste gezicht wellicht lijkt".¹³⁴ Zo wordt aangegeven dat de bestanddelen die in het kader van artikel 359a Sv worden benoemd al een plaats hebben in de voorgestelde regeling. Als voorbeeld wordt rechtsherstel genoemd dat centraal staat in artikel 359a Sv en dat in de voorgestelde regeling ook voorkomt als het belang dat de gevolgen van onrechtmatig handelen worden weggenomen.¹³⁵

Volgens Samadi leveren de wijzigingen in tegenstelling tot wat de wetgever noemt wel degelijk een groot verschil op.¹³⁶ Volgens haar brengt het opsplitsen van het huidige artikel de nodige gevolgen met zich en heeft niet alleen de rechter de bevoegdheid om te sanctioneren. Bovendien ziet zij het verbreden van de reikwijdte van het huidige artikel ook als een essentieel verschil.¹³⁷ Of het uitbreiden van de regeling ervoor zal zorgen dat de rechter vaker een rechtsgevolg gaat toepassen

¹³⁴ Memorie van Toelichting, vaststellingswet boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting', p. 98.

¹³⁵ Memorie van Toelichting, vaststellingswet boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting', p. 98.

¹³⁶ Samadi 2018, p. 11.

¹³⁷ Samadi 2018, p. 11-12.

naar aanleiding van onrechtmatig handelen, is volgens haar maar de vraag. Dit komt omdat de belangenafweging gelijk blijft waardoor volgens Samadi het eindresultaat hetzelfde zal zijn.¹³⁸ De nadruk ligt vooral op het jurisprudentiële gedeelte van het onrechtmatig handelen. Verder wordt ruimte gemaakt voor de rechter om te reageren op onrechtmatig handelen, waarbij door de wetgever een richtsnoer wordt geboden. Het richtsnoer bevat informatie die grotendeels al in de jurisprudentie voorkomt.¹³⁹ Ten slotte geeft Samadi aan dat niet artikel 359a Sv het probleem is, maar de wijze waarop dit artikel in de jurisprudentie wordt uitgelegd.¹⁴⁰ En dit hangt weer samen met de vraag op hoeveel invloed de strafrechter heeft in de controle op de overheid. In de MvT wordt volgens haar daar niets over medegedeeld.¹⁴¹

Hierna zal aan de hand van adviezen van verschillende organisaties de belangrijkste punten worden besproken. Achtereenvolgend zullen de raadgevingen van de politie, Nederlandse Orde van Advocaten, Raad voor de rechtspraak en het OM aan bod komen. Er zijn meer adviezen openbaar gemaakt, maar er is geprobeerd om één organisatie per procespartij op te noemen, zodat aan de hand van diverse invalshoeken een antwoord op de onderzoeksvraag gegeven kan worden.

4.2.1 Politie

De politie geeft aan dat het niet helemaal duidelijk is of de voorgestelde regeling een herordening en een codificatie van jurisprudentie oplevert of dat het een inhoudelijke wijziging betreft. Verwijzend naar recente literatuur geeft de politie aan dat het ingewikkeld is om de voorgestelde wijzigingen nauwkeurig te beoordelen. Als er sprake is van codificatie van jurisprudentie en indien er weinig veranderingen zullen plaatsvinden dan adviseert de politie om een heroverweging te maken, omdat de wijzigingen tot onduidelijkheden kunnen leiden. Volgens de politie is de huidige lijn namelijk duidelijk op dit gebied. De strafrechtspleging is verbeterd en de aandacht binnen het strafproces is vooral gericht op de vraag of de verdachte de dader is en welke straf hij moet krijgen.¹⁴²

Daarnaast is er wel degelijk sprake van wijzigingen, zoals verruiming van de

¹³⁸ Samadi 2018, p. 12.

¹³⁹ Samadi 2018, p. 15.

¹⁴⁰ Samadi 2018, p. 15-16.

¹⁴¹ Samadi 2018, p. 16.

¹⁴² Advies politie over de boeken 3 tot en met 6, p. 27.

reikwijdte van de regeling en het vervallen van de factoren die in het tweede lid van het huidige artikel 359a Sv vermeld staan. Volgens de politie zorgen de wijzigingen ervoor dat de huidige discretionaire bevoegdheid van de rechter flink begrensd wordt. Verder pleit de politie ervoor dat ook in de wet moet komen te staan dat de rechter ook kan volstaan met de enkele constatering van een vormverzuim. Dit is opgenomen in de nieuwe regeling, maar het is niet in de wet opgenomen.¹⁴³ Bovendien verwacht de politie dat de verruiming van het voorgestelde artikel ervoor kan zorgen dat er veel verweren over onrechtmatig handelen zullen komen. De aandacht zal komen te liggen op het overheidsoptreden in plaats van op het handelen van de verdachte. Hierdoor zal het voorstel niet veel steun krijgen van de maatschappij. Het advies van de politie luidt dat de wetgever de voorgestelde regeling dient te heroverwegen.¹⁴⁴

4.2.2 Nederlandse Orde van Advocaten

De adviescommissie strafrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten heeft ook een advies uitgebracht. Om te beginnen geeft de commissie aan dat onrechtmatig handelen gesanctioneerd moet worden. De overheid dient zich net als de burger aan de regels te houden. Ten tweede wordt aangegeven dat het sanctioneren van vormverzuimen niet alleen een taak van de rechter is, maar ook van opsporingsambtenaren en van het OM. De verruiming van de regeling wordt als een vooruitgang gezien.¹⁴⁵

Behalve positieve punten heeft de commissie ook aandachtspunten opgenoemd waar aanscherping nodig is. De commissie is van mening dat de uitgangspunten van de wetgever zo duidelijk mogelijk in de wet moeten staan. Hierna zullen de punten die gegeven zijn op het onderwerp sancties worden besproken.

Bij strafvermindering wordt gevraagd om nadere toelichting, omdat de sanctie strafvermindering in de voorgestelde regeling in het Wetboek van Strafrecht geregeld zal worden. Dit zal ervoor zorgen dat de samenhang van het systeem doorbroken wordt en dit zal vraagtekens oproepen in het kader van de artikelen 348-350 Sv. Het lijkt nu alsof eerst strafvermindering wordt overwogen en dan pas de overige

¹⁴³ Advies politie over de boeken 3 tot en met 6, p. 28.

¹⁴⁴ Advies politie over de boeken 3 tot en met 6, p. 32.

¹⁴⁵ Advies Nederlandse orde van advocaten over de boeken 3 tot en met 6, p. 28.

sancties. Tot slot wordt voorgesteld om het woordje “en” te wijzigen naar “of”. Volgens de commissie hoeven dit geen cumulatieve eisen te zijn.¹⁴⁶ Ten aanzien van bewijsuitsluiting is het volgende geadviseerd: de formulering in lid 1 dient omgedraaid te worden. Indien bij de verkrijging van bewijsmiddelen onrechtmatig is gehandeld, kunnen deze bewijsmiddelen niet bijdragen aan het bewijs. Hiermee worden opsporingsambtenaren extra geprikkeld om onrechtmatig handelen te voorkomen. Daarnaast wordt de rechter gedwongen om een bewuste beslissing te nemen. Volgens de commissie wordt de norm op deze manier duidelijker.¹⁴⁷ De verhoudingen tussen de leden twee en drie zouden nader toegelicht kunnen worden, omdat het lijkt alsof de leden twee en drie uitwerkingen van lid één zijn. Ook lijkt de norm van lid twee van toepassing te zijn wanneer het OM en opsporingsambtenaren onrechtmatig handelen. Bovendien moet aan lid drie “*Openbaar Ministerie of*” worden toegevoegd, omdat de officieren van justitie ook zelf onrechtmatig handelen kunnen afwikkelen bij het opstellen van een proces-verbaal bijvoorbeeld.¹⁴⁸ Bij de sanctie niet-ontvankelijkheid van het OM wordt aangegeven dat het niet helemaal duidelijk is waarom de formulering “*tengevolge van onrechtmatig handelen*” is toegevoegd. Vervolgning kan ook niet verenigbaar zijn met de goede procesorde zonder dat er sprake is van onrechtmatig handelen. Als voorbeeld kan genoemd worden in strijd met richtlijnen niet vanwege een onrechtmatig handelen, maar ten gevolge van een fout in het computersysteem.¹⁴⁹ Overigens wordt lid drie als een goede toevoeging beschouwd. Alleen het woordje “*geen*” dient te worden toegevoegd, omdat het achterwege laten van verslaglegging over onrechtmatig handelen ook binnen deze regeling moet vallen. Ten slotte dient ook net als bij bewijsuitsluiting in lid drie “*Openbaar Ministerie of*” worden toegevoegd.¹⁵⁰

4.2.3 Raad voor de rechtspraak

Volgens de Raad is het niet helemaal duidelijk waarom er van de huidige regeling wordt afgeweken. De huidige regeling zorgt juist voor een goede balans tussen het belang van een eerlijk proces en de verplichting van de overheid om zorg te dragen

¹⁴⁶ Advies Nederlandse orde van advocaten over de boeken 3 tot en met 6, p. 30.

¹⁴⁷ Advies Nederlandse orde van advocaten over de boeken 3 tot en met 6, p. 28.

¹⁴⁸ Advies Nederlandse orde van advocaten over de boeken 3 tot en met 6, p. 28.

¹⁴⁹ Advies Nederlandse orde van advocaten over de boeken 3 tot en met 6, p. 29.

¹⁵⁰ Advies Nederlandse orde van advocaten over de boeken 3 tot en met 6, p. 30.

voor een adequate afdoening van strafbare feiten. Door de voorgestelde regeling wordt dit verstoord.¹⁵¹

De Raad licht verder toe waarom de huidige regeling gehandhaafd moet worden. Artikel 359a Sv is van toepassing indien onherstelbare vormverzuimen niet meer te herstellen zijn. Volgens de Raad is het wetsvoorstel minder absoluut, omdat er geen duidelijke grens is getrokken. Het uitgangspunt van artikel 359a Sv is dat enkel onherstelbare vormverzuimen gesanctioneerd moeten worden aan de hand van de factoren die in lid twee genoemd zijn en daarom pleit de Raad voor het behouden van de factoren.¹⁵² De rechter heeft de bevoegdheid om een onherstelbaar vormverzuim te erkennen, maar er geen rechtsgevolgen aan te verbinden. Het wetsvoorstel besteedt daar geen aandacht aan, maar in de memorie van toelichting wordt daar wel over geschreven. Het is de Raad niet duidelijk of deze mogelijkheid in de voorgestelde regeling wordt behouden, maar de Raad geeft aan dat deze mogelijkheid behouden moet worden.¹⁵³ De verruiming van de reikwijdte tot buitenlandse opsporingsambtenaren komt op gespannen voet te staan met het vertrouwensbeginsel, omdat in het buitenland verkregen materiaal als bewijs kan worden ingediend zonder navraag of bij verkrijging daarvan sprake is geweest van onrechtmatig handelen. En dit is niet wenselijk.¹⁵⁴

Het is de Raad niet duidelijk waarom de Schutznorm en de belangenafweging niet is overgenomen in de voorgestelde regeling. De Raad geeft aan dat de Schutznorm en de belangenafweging behouden moet worden.¹⁵⁵

Ten aanzien van de sancties geeft de Raad feedback op de sanctie strafvermindering. Volgens de Raad biedt het criterium "*het belang van een goede rechtsbedeling*" niet meer dan het huidige recht. Volgens de voorgestelde regeling zal strafvermindering moeten worden toegepast waar het kan worden toegepast. Dat zal ervoor zorgen dat de sanctie strafvermindering meer zal worden toegepast. Ook is de verhouding tussen artikel 44b Sr en de sanctie bewijsuitsluiting niet duidelijk. Een nadere toelichting is gewenst.¹⁵⁶

¹⁵¹ Advies Raad voor de rechtspraak over de boeken 3 tot en met 6, p. 25.

¹⁵² Advies Raad voor de rechtspraak over de boeken 3 tot en met 6, p. 26.

¹⁵³ Advies Raad voor de rechtspraak over de boeken 3 tot en met 6, p. 26.

¹⁵⁴ Advies Raad voor de rechtspraak over de boeken 3 tot en met 6, p. 27.

¹⁵⁵ Advies Raad voor de rechtspraak over de boeken 3 tot en met 6, p. 27.

¹⁵⁶ Advies Raad voor de rechtspraak over de boeken 3 tot en met 6, p. 30.

Over bewijsuitsluiting wordt aangegeven dat “*het belang van een goede rechtsbedeling*” als normatief richtsnoer moet worden gehanteerd. De belangenafweging vormt nu ook al een uitgangspunt. In artikel 4.3.2.6 wordt in lid twee en drie over belangenafweging geschreven. Het is niet duidelijk waarom deze twee leden afzonderlijk zijn opgenomen. Onder welk categorie onrechtmatig handelen van het OM komt te staan is niet vermeld. Als dit telkens tot niet-ontvankelijkheid van het OM moet leiden vindt de Raad dit niet wenselijk.¹⁵⁷

Ten aanzien van de niet-ontvankelijkheid van het OM vindt de Raad het positief dat de uitbreiding van de norm ertoe leidt dat vervolging door een strafbeschikking met een goede procesorde te verenigen moet zijn.¹⁵⁸

De Raad heeft ook gereageerd op de argumenten die zijn opgenoemd om artikel 359a Sv te moderniseren. Het feit dat het OM ook de bevoegdheid moet krijgen in de regeling van de strafbeschikking moet geen aanleiding zijn om het systeem grondig te wijzigen.¹⁵⁹ Een ander reden om artikel 359a Sv te moderniseren is dat de huidige regeling geen normatief richtsnoer biedt voor de toepassing van de sancties en dat het legaliteitsbeginsel vereist dat de wet een richtsnoer biedt. Volgens de Raad zorgt de voorgestelde regeling voor onzekerheden en bestaan de gegeven criteria uit open normen. Uiteindelijk zal de rechtspraak invulling hieraan moeten geven en dit zal in de loop der tijd gebeuren. Bovendien roept het de vraag op bij de Raad waarom de rechtspraak van de Hoge Raad niet is gecodificeerd. Tot slot wordt gereageerd op het argument dat het juist is de sancties te plaatsen in het wetboek waar ze het beste bij passen. Volgens de Raad is het de vraag of de nieuwe indeling voor meer structuur heeft gezorgd. Het verspreiden van de sancties over meerdere boeken zorgt er juist voor dat de volgorde en samenhang verdwijnt. Hiermee komt de Raad tot de conclusie dat de gegeven argumenten om artikel 359a Sv te moderniseren de Raad niet overtuigen en dat de huidige regeling gehandhaafd dient te worden.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Advies Raad voor de rechtspraak over de boeken 3 tot en met 6, p. 29.

¹⁵⁸ Advies Raad voor de rechtspraak over de boeken 3 tot en met 6, p. 28.

¹⁵⁹ Advies Raad voor de rechtspraak over de boeken 3 tot en met 6, p. 30.

¹⁶⁰ Advies Raad voor de rechtspraak over de boeken 3 tot en met 6, p. 31.

4.2.4 Het Openbaar Ministerie

Het College van procureurs-generaal van het OM vindt dat de wijzigingen geen modernisering, maar een herziening van het strafprocesrecht is. Deze wijzigingen worden als ingrijpend bestempeld terwijl de noodzaak volgens het College onvoldoende is beargumenteerd.¹⁶¹ Allereerst wordt aangegeven dat het verspreiden van de sancties over verschillende artikelen niet gunstig is voor de leesbaarheid en inzichtelijkheid van de regeling.¹⁶² Daarnaast wil het College reageren op de twee redenen die zijn aangevoerd om artikel 359a Sv niet ongewijzigd over te nemen. Ten eerste wordt aangegeven dat artikel 359a Sv zich alleen richt tot de rechter terwijl de regeling ook van toepassing is op de Officier van Justitie in het kader van buitengerechtelijke afdoening. Tegen dit argument heeft het College geen bezwaar. Ten tweede wordt in de memorie van toelichting naar voren gebracht dat dit artikel geen normatief richtsnoer biedt en vrijblijvend is geformuleerd. Volgens het College heeft de Hoge Raad in de arresten Afvoerpijp en Onbevoegde hulpofficier juist een normatief richtsnoer aangeboden. Het College geeft aan dat de huidige regeling genoeg ruimte biedt voor het opleggen van een sanctie naar aanleiding van een vormverzuim.¹⁶³ In de memorie van toelichting staat dat de nieuwe bepalingen in de praktijk niet tot andere uitkomsten zal leiden. Het College betwijfelt dit, want indien het niet tot wijzigingen zal leiden waarom wijzigt de wetgever dan het huidige recht? Het grootste bezwaar heeft het College tegen de verruiming van de reikwijdte van de voorgestelde regeling.¹⁶⁴ Het College vindt dat er onvoldoende is gemotiveerd waarom de reikwijdte van de voorgestelde regeling verruimd moet worden. Daarnaast zal de verruiming van het wetsartikel enorme gevolgen met zich meebrengen en is het te verwachten dat er meer tijd gestoken zal moeten worden in onderzoeken naar onrechtmatig handelen van de politie, het OM en andere overheidsorganen.¹⁶⁵ Wat het College zich ook afvraagt is of elk vormverzuim als een onrechtmatig handelen wordt gekwalificeerd en of een toelichting gegeven kan worden op wat er wordt verstaan onder "onrechtmatig optreden".¹⁶⁶ Verder wordt

¹⁶¹ Advies Openbaar Ministerie over boek 4, p. 2.

¹⁶² Advies Openbaar Ministerie over boek 4, p. 7.

¹⁶³ Advies Openbaar Ministerie over boek 4, p. 7.

¹⁶⁴ Advies Openbaar Ministerie over boek 4, p. 8.

¹⁶⁵ Advies Openbaar Ministerie over boek 4, p. 10.

¹⁶⁶ Advies Openbaar Ministerie over boek 4, p. 11.

aangegeven dat in de huidige regeling eerst onderzocht wordt of het verzuim hersteld kan worden terwijl in de voorgestelde regeling de focus op het opleggen van sancties wordt gelegd.¹⁶⁷ De factoren in lid twee van artikel 359a Sv en nadere eisen die de Hoge Raad heeft bepaald komen ook te vervallen. Ook merkt het College op dat de enkele constatering van een vormverzuim niet in de voorgestelde regeling is opgenomen.¹⁶⁸

Over sancties wordt het volgende vermeld, bij bewijsuitsluiting is het niet langer nodig dat er sprake moet zijn van een structureel vormverzuim en van een rechtstreeks causaal verband.¹⁶⁹ Als het bewijs aan het onrechtmatig handelen is toe te rekenen dan is dat voldoende. Verder wordt de motiveringsplicht afgeschaft waardoor de rechter zonder nadere motivering het bewijsmateriaal kan uitsluiten.¹⁷⁰ Tot slot wordt het relativiteitsvereiste losgelaten.¹⁷¹

Bij niet-ontvankelijkheid van het OM is het niet langer nodig dat er sprake is van de criteria "doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekort is gedaan". Dit komt niet terug in de voorgestelde regeling.¹⁷² En daar is het College geen voorstander van. Gezien de hiervoor opgesomde punten adviseert het College om de huidige regeling te handhaven.¹⁷³

4.3 Analyse

In de vorige paragraaf is te zien dat de organisaties verschillend hebben gereageerd op een aantal punten. In de tussentijd heeft het ministerie van Veiligheid en Justitie op 30 juli 2020 de ambtelijke versie van de wetsvoorstellen tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering openbaar gemaakt.¹⁷⁴

Om te beginnen staat in de memorie van toelichting dat de voorgestelde artikelen toch in één hoofdstuk worden ondergebracht.¹⁷⁵ Onder meer het OM en de Raad

¹⁶⁷ Advies Openbaar Ministerie over boek 4, p. 9.

¹⁶⁸ Advies Openbaar Ministerie over boek 4, p. 9.

¹⁶⁹ Advies Openbaar Ministerie over boek 4, p. 9.

¹⁷⁰ Advies Openbaar Ministerie over boek 4, p. 10.

¹⁷¹ Advies Openbaar Ministerie over boek 4, p. 9.

¹⁷² Advies Openbaar Ministerie over boek 4, p. 10.

¹⁷³ Advies Openbaar Ministerie over boek 4, p. 14.

¹⁷⁴ Wetsvoorstel tot vaststelling van Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), www.rijksoverheid.nl.

¹⁷⁵ Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 745.

hadden kritisch gereageerd dat de artikelen verspreid zouden worden over verschillende titels en wetboeken en gaven aan dat er dan geen samenhang meer is. Mede naar aanleiding van de gegeven kritiek heeft de wetgever uiteindelijk ervoor gekozen om de sancties toch onder één titel te regelen.¹⁷⁶ De kritiek op de verspreiding van de artikelen is terecht, want het zou een verslechtering betekenen, omdat het onoverzichtelijk en onsamenhangend zou worden. De wetgever heeft dit uiteindelijk ook ingezien waardoor het weer is aangepast. In de bijlage zijn de artikelen van de nieuwe versie te vinden en daar is te zien dat de nummering van de artikelen begint met 4.3.13 en eindigt op 4.3.15. Aangezien de huidige regeling ook in één titel is geregeld zorgt deze aanpassing ervoor dat het gelijk blijft.

De organisaties hebben in hun adviezen positief gereageerd op het feit dat officieren van justitie, andere ambtenaren van het OM en opsporingsambtenaren ook de bevoegdheid krijgen om sancties op te leggen. Dit is een verbetering, want in het huidige artikel heeft alleen de rechter die bevoegdheid terwijl de officier van justitie in het kader van buitengerechtelijke afdoening ook sancties kan opleggen.

Verder is de reikwijdte van de voorgestelde regeling niet beperkt tot onrechtmatig handelen bij het voorbereidend onderzoek. In de memorie van toelichting staat dat dit in lijn is met de rechtspraak van de Hoge Raad, omdat onrechtmatig handelen ook buiten het voorbereidend onderzoek kan plaatsvinden door bijvoorbeeld inlichtingen- en veiligheidsdiensten.¹⁷⁷ Dit is een vooruitgang, want onrechtmatig handelen kan buiten het voorbereidend onderzoek ook plaatsvinden. Hiermee wordt een wettelijke basis geregeld. Ook omdat er verwacht wordt dat vanwege internationalisering van de strafrechtspleging de rechter bewijs krijgt dat niet in de opsporing is verricht.¹⁷⁸

Bovendien hebben de organisaties blijkens hun adviezen hun zorgen geuit over de wijzigingen die kunnen leiden tot onzekerheden en open normen terwijl de wetgever juist met het moderniseren van artikel 359a Sv een normatief richtsnoer wil bieden. Volgens de wetgever is de voorgestelde regeling niet vrijblijvend als er een vergelijking wordt gemaakt met het huidige artikel. De huidige regeling heeft toen voor onduidelijkheden gezorgd en door de ruime bevoegdheid van de rechter werd

¹⁷⁶ Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 745.

¹⁷⁷ Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 746.

¹⁷⁸ Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 746.

door de rechters verschillend omgegaan met artikel 359a Sv totdat de Hoge Raad in het Afvoerpijparrest de toepassing van het huidige artikel heeft uitgelegd.¹⁷⁹ Om die reden heeft de wetgever geprobeerd om de vrijblijvendheid weg te halen en de regeling aan de hand van de gegeven normen te regelen. Het bieden van een richtsnoer is een verbetering, maar er is in verschillende adviezen terecht gesuggereerd dat de criteria tot open normen kan leiden, bijvoorbeeld bij de toepassing van sancties. Zo geeft de Raad over de sanctie bewijsuitsluiting aan dat "het belang van een goede rechtsbedeling" een open norm is dat in de praktijk ingevuld moet worden.¹⁸⁰ Daarom is de kritiek op de inhoud van het richtsnoer terecht, omdat het niet volstrekt duidelijk is. Zodoende kan geconcludeerd worden dat er sprake is van een gedeeltelijke verbetering, omdat de normen in de praktijk een invulling moeten krijgen.

Verder hebben de meeste organisaties geadviseerd om de factoren die in het tweede lid van artikel 359a Sv staan en de motiveringsplicht die in het derde lid vermeld staat, te behouden. Dit geldt overigens ook voor de Schutznorm en de belangenafweging. De wetgever legt uit dat het bieden van een richtsnoer ervoor zorgt dat het tweede lid van artikel 359a Sv niet meer opgenomen hoeft te worden.¹⁸¹ Volgens de wetgever regelt het tweede lid van artikel 359a Sv hoe het eerste lid toegepast moet worden, maar het geeft niet aan wanneer een sanctie toegepast moet worden. Het zijn aandachtspunten waar de rechter op moet letten indien hij tot sanctionering wil overgaan en daarom is het niet opgenomen in de voorgestelde regeling, maar de factoren kunnen in de afweging worden meegenomen.¹⁸² De wetgever geeft aan dat de factoren niet komen te vervallen, maar dat ze niet expliciet in de wet worden opgenomen. Daarom kan aangegeven worden dat er bijna geen wijzigingen zijn en dat het gelijk is gebleven, omdat het enige verschil is dat de factoren niet letterlijk worden opgenomen in de nieuwe regeling. Belangenafweging komt zowel in de MvT als in de omschrijving van de nieuwe artikelen duidelijk naar voren en blijft daarom ook gelijk.

¹⁷⁹ Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 747.

¹⁸⁰ Advies Raad voor de rechtspraak over de boeken 3 tot en met 6, p. 29.

¹⁸¹ Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 748.

¹⁸² Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 748.

De Schutznorm die ook ter sprake is gekomen in de adviezen blijft van kracht en volgens de wetgever is deze norm in de belangenafweging besloten. Als voorbeeld wordt gegeven dat indien niet de verdachte door het onrechtmatig handelen is getroffen in het belang dat de overtreden norm beoogt te beschermen, maar een ander persoon, bewijsuitsluiting niet in het belang is van een goede rechtsbedeling.¹⁸³ Gezien de Schutznorm ook van kracht blijft levert het geen wijzigingen op.

Over motivering geeft de wetgever aan dat het niet opgenomen is in de wet, omdat het al in een algemene regeling is opgenomen dat een beslissing gemotiveerd moet worden.¹⁸⁴ Het is inderdaad onnodig om de motivering in het wetsartikel op te nemen als een algemene regeling geldt waarin staat dat er toch gemotiveerd moet worden. Derhalve kan worden afgeleid dat het afschrappen van de motiveringsvereiste geen wijzigingen met zich meebrengt.

Hiermee maakt de wetgever duidelijk dat de factoren, de Schutznorm en de belangenafweging van toepassing blijven en kan geconcludeerd worden dat de aangebrachte wijzigingen uiteindelijk een neutraal resultaat oplevert.

In onder andere het advies van het OM wordt om duidelijkheid gevraagd ten aanzien van de vraag of bij een onrechtmatig handelen eerst geprobeerd wordt om het onrechtmatig handelen te herstellen. De wetgever geeft aan dat deze beperking de bevoegdheid van de rechter inperkt.¹⁸⁵ De rechter kan beslissen om het bewijs uit te sluiten als het belang van een goede rechtsbedeling zich tegen het gebruik van het bewijs verzet.¹⁸⁶ Het belang van een goede rechtsbedeling verzet zich niet tegen gebruik voor het bewijs als de onrechtmatigheid is hersteld of als de gevolgen van het onrechtmatig handelen zijn weggenomen.¹⁸⁷ Het herstel van onrechtmatig handelen wordt in de voorgestelde artikelen niet onderstreept. Alhoewel er wel geprobeerd wordt om de gevolgen van het onrechtmatig handelen te compenseren is het aan de rechter om te beslissen om een bewijsmiddel te gebruiken of uit te sluiten.

¹⁸³ Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 748.

¹⁸⁴ Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 749.

¹⁸⁵ Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 748.

¹⁸⁶ Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 748 - 749.

¹⁸⁷ Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 749.

Hierbij wordt de discretionaire bevoegdheid van de rechter verruimd en zien we dat aan de hand van belangenafweging de beslissing moet worden gemaakt of onrechtmatig handelen hersteld moet worden. Dit kan als een verbetering worden gezien, omdat er geen beperking wordt gelegd, maar de keuze aan de rechter wordt overgelaten om te beslissen of een onrechtmatig handelen hersteld moet worden of niet. In de volgende paragraaf komen de sancties aan bod.

4.3.1 Sancties

In paragraaf 2.6 is aan bod gekomen hoe de sancties in de huidige versie worden toegepast. Vervolgens is in paragraaf 3.3 uitgelegd hoe de sancties in de voorgestelde regeling eruit gaat zien. Hierna zal een vergelijking worden gemaakt tussen de oude en de nieuwe regeling en of dit een verbetering voor de toepassing van sancties gaat opleveren.

4.3.1.1 Vaststelling vormverzuim

In de meeste adviezen is te lezen dat de enkele constatering van het vormverzuim ontbreekt in het wetsvoorstel. Dit is volgens de wetgever niet nodig, omdat in de huidige regeling het ook niet expliciet in de wet is geregeld.¹⁸⁸ De wetgever heeft het al duidelijk gemaakt door aan te geven dat de enkele constatering van het onrechtmatig handelen van kracht blijft.¹⁸⁹ Het is overbodig om het per se in de wet op te nemen. Deze mogelijkheid blijft van kracht zonder wijzigingen en daarmee kan aangegeven worden dat het een neutraal resultaat oplevert.

4.3.1.2 Strafvermindering

Ten aanzien van strafvermindering zal ten eerste de beperking die nu geldt bij onrechtmatige handelingen die tijdens de aanhouding of inverzekeringstelling hebben plaatsgevonden opgeheven worden, waardoor ook onrechtmatig handelen

¹⁸⁸ Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 746.

¹⁸⁹ Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 745.

tijdens de aanhouding of inverzekeringstelling kan leiden tot strafvermindering.¹⁹⁰ Dit is een vooruitgang, want het kan tot rechtsongelijkheid leiden als de verdachte die niet voor de rechter-commissaris werd geleid, ter terechtzitting wel een beroep op strafvermindering kon doen en de verdachte die wel voor de rechter-commissaris kwam niet. De Raad voor de rechtspraak heeft aangegeven dat deze beperking niet meer geldt, maar de wetgever heeft dit duidelijk willen maken.¹⁹¹

Ten tweede zal het richtsnoer bij toepassing van de sanctie strafvermindering het belang van een goede rechtsbedeling zijn.¹⁹² Volgens de wetgever vloeit dit voort uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Er wordt naar het Salduz-arrest¹⁹³ verwezen en in de memorie van toelichting staat dat het EHRM "het belang van een goede rechtsbedeling" als richtsnoer hanteert.¹⁹⁴ Verder blijven de voorwaarden die in de jurisprudentie zijn gegeven van toepassing. Alleen de laatste voorwaarde die in het Afvoerpijparrest is opgenomen "in het belang van het geschonden voorschrift en de ernst van het verzuim gerechtvaardigd is" wordt vervangen door "in het belang van een goede rechtsbedeling". Het belang van het geschonden voorschrift en de ernst van het verzuim blijven nog van toepassing, maar de belangen die voor strafvermindering zijn worden afgewogen tegen de belangen die tegen strafvermindering zijn. Ook de belangen van het slachtoffer spelen hier een rol. Bovendien benadrukt de wetgever dat de eerste voorwaarde die in het Afvoerpijparrest ter sprake komt (de verdachte daadwerkelijk nadeel heeft ondervonden) blijft gelden en hiermee wordt dus duidelijk gemaakt dat de Schutznorm ook bij strafvermindering van toepassing blijft.¹⁹⁵ De wetgever heeft de nieuwe toepassingscriteria van strafvermindering aangegeven en vergeleken met het huidige artikel is er een verbetering te zien, omdat bij deze sanctie vergeleken met de andere twee sancties een duidelijk richtsnoer wordt aangeboden.

¹⁹⁰ Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 752.

¹⁹¹ Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 753.

¹⁹² Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 747.

¹⁹³ EHRM 27 november 2008, ECLI:NL:XX:2008:BH0402.

¹⁹⁴ Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 747.

¹⁹⁵ Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 752.

4.3.1.3 Bewijsuitsluiting

Ook bij de sanctie bewijsuitsluiting wordt het richtsnoer net als bij strafvermindering "het belang van een goede rechtsbedeling".¹⁹⁶ Hoe het nieuwe artikel wordt toegepast hangt af van welk onrechtmatig handelen er sprake is. Soms heeft het te maken met de aard van de geschonden norm waaruit bewijsuitsluiting voortvloeit, bijvoorbeeld bij schending van het consultatierecht. Anderzijds dient er een afweging te worden gemaakt waarin het belang dat de schuldige wordt gestraft en het belang van het slachtoffer worden afgewogen tegen de schending van de rechten van de verdachte. Er is vooral aansluiting gezocht bij het Onbevoegde hulpofficier-arrest¹⁹⁷ volgens de memorie van toelichting.¹⁹⁸

Een afwijking is de reikwijdte van het artikel waardoor onrechtmatig handelen buiten de opsporing ook in aanmerking komt voor bewijsuitsluiting.¹⁹⁹ In de adviezen staat dat er geen structureel vormverzuim en rechtsreeks causaal verband meer hoeft te bestaan tussen het onrechtmatig handelen en het bewijs. De wetgever heeft als voorbeeld het consultatierecht genoemd waarin geen sprake hoeft te zijn van causaal verband, maar die wel kan leiden tot bewijsuitsluiting.²⁰⁰ Ook behoeft er geen onderscheid gemaakt te worden tussen belangrijke en minder belangrijke voorschriften.²⁰¹ Bij de toepassing van deze sanctie is een leidraad gegeven, maar het is niet helemaal uitgekristalliseerd hoe deze sanctie toegepast kan worden buiten de voorbeelden die zijn gegeven in de memorie van toelichting. Dit heeft deels te maken met de verruiming en deels met de nieuwe toepassingscriteria. Aangezien het richtsnoer kwalitatief niet voldoende is ingevuld om de sanctie bewijsuitsluiting toe te passen kan geconcludeerd worden dat er sprake is van een gedeeltelijke verbetering.

¹⁹⁶ Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 753.

¹⁹⁷ HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, *NJ* 2013/308, m.nt. B.F. Keulen.

¹⁹⁸ Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 753.

¹⁹⁹ Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 755.

²⁰⁰ Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 756.

²⁰¹ Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 754.

4.3.1.4 Niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie

Het kernbegrip bij niet-ontvankelijkverklaring van het OM wordt "goede procesorde".²⁰² Deze sanctie kan worden toegepast als "een ernstig inbreuk op het recht van de verdachte op een eerlijk proces" is gemaakt. Hiermee is aansluiting gezocht bij het Zwolsman-arrest.²⁰³ De criteria "doelbewust of met grove veronachtzaming" is niet meer doorslaggevend en volgens de wetgever is dit ook geen vereiste volgens de rechtspraak van het EHRM.²⁰⁴ Het tweede lid van het nieuwe artikel is specifiek gericht tot opsporingsambtenaren. Ook deze norm is afgeleid van jurisprudentie, namelijk uit een arrest uit 1997.²⁰⁵ Verder kan deze sanctie niet alleen toegepast worden bij de behandeling van de zaak, maar ook bij vervolgbeslissing. Het toepassingsbereik van dit artikel wordt dus ook verruimd.²⁰⁶ Wat opvalt is dat in de memorie van toelichting weinig aandacht wordt besteed aan het begrip "een goede procesorde". Dit kan ruim geïnterpreteerd worden. Daarom is het te begrijpen dat in het advies van de Raad staat beschreven dat er sprake is van open normen, omdat over de toepassing wel uitleg wordt gegeven, maar niet over wat het begrip precies inhoudt. Hierdoor kunnen er onduidelijkheden ontstaan waardoor de Hoge Raad weer een leidraad moet gaan opstellen. Gezien het begrip "een goede procesorde" ruim geïnterpreteerd kan worden is het richtsnoer voor toepassing van de sanctie niet-ontvankelijkverklaring van het OM niet glashelder. Hierdoor kunnen onduidelijkheden ontstaan en kan afgeleid worden dat er sprake is van een gedeeltelijke verbetering.

Aan de hand van de reacties op de modernisering van artikel 359a Sv kan aangegeven worden dat Samadi juist heeft verwoord wat er gaande is. De wetgever probeert een richtsnoer aan te bieden met deels informatie uit de jurisprudentie, echter gaat het uiteindelijk niet om de artikelen, maar om de wijze waarop de nieuwe artikelen in de jurisprudentie zullen worden uitgelegd.

²⁰² Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 757.

²⁰³ HR 19 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0328, *NJ* 1996/249, r.o. 5.2, m.nt. Schalken.

²⁰⁴ Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 757.

²⁰⁵ HR 4 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0632, *NJ* 1997/308 m.nt. T.M. Schalken.

²⁰⁶ Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 760.

Verder hebben alle opgenoemde organisaties positief gereageerd op het feit dat de ambtenaren van het OM ook sancties kunnen opleggen. Net zoals de reactie van de Nederlandse Orde van Advocaten kan vermeld worden dat het verruimen van de reikwijdte van de gemoderniseerde artikelen een vooruitgang is, want het is een beperking die opgeheven wordt waardoor vormverzuimen die buiten het voorbereidend onderzoek plaatsvinden ook gesanctioneerd kunnen worden. Het aangeboden richtsnoer is niet helemaal duidelijk en kan tot onduidelijkheden leiden, daarom kan beantwoord worden dat de modernisering van artikel 359a Sv theoretisch gezien een gedeeltelijke kwalitatieve verbetering oplevert.

4.4 Conclusie

In het kort kan aangegeven worden dat in dit hoofdstuk een vergelijking is gemaakt tussen het huidige artikel 359a Sv en de gemoderniseerde artikelen. Op basis van adviezen van diverse organisaties is geanalyseerd wat de modernisering van artikel 359a Sv met zich meebrengt. In eerste instantie komt naar voren dat de wetgever rekening heeft gehouden met de gegeven normen die in de jurisprudentie ook al voorkomt. Dit zien we ook terug in de nieuwe artikelen en dat kan als een verbetering worden gezien. Daarnaast wordt er weer meer ruimte gegeven aan de rechter, omdat hij aan de hand van een breed begrip als belangenafweging een beslissing moet gaan nemen. Maar er kan een vraagteken worden geplaatst of de wetgever met de voorgestelde regeling de beoogde veranderingen kan aanbrengen, omdat het van belang is hoe de rechters en de Hoge Raad met de nieuwe artikelen om zullen gaan, omdat in de adviezen terecht is aangegeven dat er open normen zijn en hierdoor onduidelijkheden kunnen ontstaan. Geconcludeerd kan worden dat er sprake is van een gedeeltelijke kwalitatieve verbetering, omdat op een aantal punten er verbeteringen zijn, maar daartegenover zijn bijvoorbeeld de nieuwe toepassingscriteria niet helemaal duidelijk. De vraag is ook hoe dit in de praktijk zal uitwerken, maar waarschijnlijk zal net als wat Samadi vermoedt het eindresultaat hetzelfde zijn.

HOOFDSTUK 5 CONCLUSIE

Aan het eind van dit hoofdstuk zal de onderzoeksvraag worden beantwoord: ” *Op welke manier zal het huidige artikel 359a Sv in de modernisering van het Wetboek van Strafvordering geregeld worden en leveren de wijzigingen de beoogde kwalitatieve verbetering op?*”

In het tweede hoofdstuk is uitgelegd dat de reden van invoering van artikel 359a Sv het wettelijk vastleggen van de jurisprudentiële ontwikkelingen is. Met de invoering van artikel 359a Sv heeft de wetgever de ruime bevoegdheid aan de rechter gegeven om te beslissen of er sprake is van een vormverzuim en of een sanctie als antwoord op het vormverzuim kan worden opgelegd. De rechter kan de volgende sancties opleggen: strafvermindering, bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkheid van het OM, maar de rechter kan ook volstaan met de enkele vaststelling van vormverzuim. Er schuilen verschillende argumenten en belangen achter artikel 359a Sv. Uiteindelijk gaat het enerzijds om de belangen van de verdachte en anderzijds om de overheid die zich ook aan de regels moet gaan houden.

In hoofdstuk 3 is aan bod gekomen welke wijzigingen de modernisering van artikel 359a Sv met zich meebrengt. Het huidige artikel wordt opgedeeld in drie nieuwe artikelen, het toepassingsbereik van de nieuwe artikelen worden verruimd, zodat onrechtmatig handelen buiten het voorbereidend onderzoek ook gesanctioneerd kan worden en naast de rechter kunnen ook ambtenaren van het OM sancties opleggen. Aan de hand van deze wijzigingen biedt de wetgever een richtsnoer die gebruikt kan worden bij toepassing van sancties.

Het eerste gedeelte van hoofdstuk 4 is toegewijd aan adviezen van organisaties die gereageerd hebben op de modernisering van artikel 359a Sv. Vervolgens is een vergelijking gemaakt hoe het in de nieuwe situatie wordt geregeld. Er is geconstateerd dat de meeste normen in de gemoderniseerde artikelen gelijk zijn gebleven, zoals belangenafweging en de Schutznorm. De wetgever heeft hiermee de criteria die in de jurisprudentie is ontwikkeld vastgelegd en de bevoegdheid weer aan de rechter gegeven om aan de hand van een richtsnoer met de gemoderniseerde

artikelen om te gaan. De bevoegdheid die de ambtenaren van het OM krijgen om sancties te kunnen opleggen wordt als een vooruitgang gezien, maar het verruimen van de reikwijdte van de gemoderniseerde artikelen en het bieden van een richtsnoer levert vragen op.

Samengevat kan een antwoord op de onderzoeksvraag gegeven worden dat de gemoderniseerde versie van artikel 359a Sv de volgende wijzigingen met zich meebrengt: drie gemoderniseerde artikelen met verruiming van het toepassingsbereik, zodat onrechtmatig handelen dat buiten het voorbereidend onderzoek plaatsvindt ook geregeld wordt, en naast de rechter krijgen de ambtenaren van het OM ook de bevoegdheid om sancties te kunnen opleggen. Hiermee biedt de wetgever een normatief richtsnoer aan en wordt de bevoegdheid van de rechter weer verruimd. Gezien bovenstaande leveren de wijzigingen gedeeltelijk de beoogde kwalitatieve verbetering op, omdat naast verbetering het verruimen van de toepassingsbereik en de nieuwe criteria onduidelijkheden met zich mee kan brengen. Uiteindelijk zal dan in de praktijk door de Hoge Raad meer duidelijkheid moeten worden gegeven.

Literatuur

Corstens 2018

G. J. M. Corstens, bewerkt door M.J. Borgers en T. Kooijmans, *Het Nederlands Strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2018.

Embregts 2003

M.C.D. Embregts, *Uitsluitel over bewijsuitsluiting*, Deventer: Kluwer 2003.

Haar, ter, & Meijer 2011

R. ter Haar & G.H. Meijer, *Vormverzuimen*, Deventer: Kluwer 2011.

Kuiper 2014

R. Kuiper, *Vormfouten, Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2014.

Samadi, DD, 2016/37

M. Samadi, 'Policing the police: het toezicht op de opsporing', *DD* 2016/37.

Samadi 2017

M. Samadi, 'Herstel of compensatie van vormverzuimen? De invloed van het dominante kader van artikel 6 EVRM voor artikel 359a Sv', in: Berlo P. van e.a. (red.) *Over de grenzen van de discipline. Interactions between and within criminal law and criminology* (Meijers-reeks), Den Haag: Boom Juridisch.

Samadi 2018

M. Samadi, 'Het toezicht op de strafvorderlijke overheid: een modern artikel 359a Sv?', *Platform Modernisering Strafvordering*, juni 2018.

Kamerstukken

Kamerstukken II 1993/94, 23705, 3.

Kamerstukken II 2012/13, 29279, 165.

Kamerstukken II 2015/16, 29279, 278.

Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020).

Memorie van Toelichting, vaststellingswet boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting'.

Wetsvoorstel tot vaststelling van Boek 3 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: Beslissingen omtrent vervolging.

Wetsvoorstel tot vaststelling van Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020).

Wetsvoorstel tot vaststelling van Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: 'Berechting'.

Overige stukken

Advies Nederlandse orde van advocaten 2018

Advies Nederlandse orde van advocaten over de boeken 3 tot en met 6.

Advies Openbaar Ministerie 2018

Advies Openbaar Ministerie over boek 4

Advies politie 2018

Advies politie over de boeken 3 tot en met 6.

Advies Raad voor de rechtspraak 2018

Advies Raad voor de rechtspraak over de boeken 3 tot en met 6.

Jurisprudentie

EHRM 27 november 2008, ECLI:NL:XX:2008:BH0402.

HR 26 juni 1962, ECLI:NL:HR:1962:1, m.nt. W.P.J. Pompe (*Bloedproef II*).

HR 18 april 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6236, *NJ* 1978/365.

HR 19 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0328, *NJ* 1996/249, m.nt. Schalken.

HR 4 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0632, *NJ* 1997/308 m.nt. T.M. Schalken.

HR 8 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1239, *NJ* 1998/879, m.nt. T.M. Schalken.

HR 1 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1143, *NJ* 1999/567, m.nt. T.M. Schalken.

HR 21 maart 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5254.

HR 8 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1566, *NJ* 2001/587, m.nt. Reijntjes.

HR 26 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8942, *NJ* 2002/343.

HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, m.nt. Y. Buruma (*Afvoerpijp*).

HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL7688, *NJ* 2012/24, m.nt. M.J. Borgers.

HR 13 september 2011, ECLI:NL:HR:2012:BX5111, *NJ* 2011/556.

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

HR 5 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:9, *NJ* 2016/153, m.nt. F. Vellinga-Schootstra.

Artikel 359a Sv:

1 De rechtbank kan, indien blijkt dat bij het voorbereidend onderzoek vormen zijn verzuimd die niet meer kunnen worden hersteld en de rechtsgevolgen hiervan niet uit de wet blijken, bepalen dat:

a. de hoogte van de straf in verhouding tot de ernst van het verzuim, zal worden verlaagd, indien het door het verzuim veroorzaakte nadeel langs deze weg kan worden gecompenseerd;

b de resultaten van het onderzoek die door het verzuim zijn verkregen, niet mogen bijdragen aan het bewijs van het telastegelegde feit;

c het openbaar ministerie niet ontvankelijk is, indien door het verzuim geen sprake kan zijn van een behandeling van de zaak die aan de beginselen van een behoorlijke procesorde voldoet.

2. Bij de toepassing van het eerste lid, houdt de rechtbank rekening met het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt.

3. Het vonnis bevat de beslissingen vermeld in het eerste lid. Deze zijn met redenen omkleed.

Conceptversie december 2017

Artikel 44b

Onrechtmatig handelen door het openbaar ministerie of een opsporingsambtenaar leidt tot vermindering van de opgelegde straf indien het daardoor veroorzaakte nadeel langs deze weg kan worden gecompenseerd en strafvermindering in het belang is van een goede rechtsbedeling.

Artikel 4.3.2.6

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

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

3. Indien opsporingsambtenaren onrechtmatig hebben gehandeld, kan het belang van een goede rechtsbedeling meebrengen dat de resultaten worden uitgesloten als bewijs teneinde te bevorderen dat in overeenstemming met de geschonden norm wordt gehandeld.

Artikel 3.1.8

1. Het openbaar ministerie verliest het recht om de verdachte te vervolgen indien ernstig afbreuk is gedaan aan het recht van de verdachte op een eerlijk proces of indien de vervolging ten gevolge van onrechtmatig handelen op een andere grond niet te verenigen is met een goede procesorde.

2. De vervolging doet in ieder geval ernstig afbreuk aan het recht van de verdachte op een eerlijk proces als de verdachte door een opsporingsambtenaar dan wel door een persoon voor wiens handelen een opsporingsambtenaar of het openbaar ministerie verantwoordelijk is, tot het ten laste gelegde strafbare feit is gebracht terwijl zijn opzet daarop tevoren niet was gericht.

3. De vervolging van de verdachte is, behoudens zwaarwegende omstandigheden, niet te verenigen met een goede procesorde indien onjuist of onvolledig verslag wordt gedaan van ernstig onrechtmatig handelen door een opsporingsambtenaar dan wel een persoon voor wiens handelen een opsporingsambtenaar of het openbaar ministerie verantwoordelijk is dat met het ten laste gelegde strafbare feit verband houdt en dit verzuim niet tijdig wordt rechtgezet.

Ambtelijke versie juli 2020

Artikel 4.3.13

Onrechtmatig handelen door het openbaar ministerie of een opsporingsambtenaar leidt tot vermindering van de opgelegde straf indien het daardoor veroorzaakte nadeel langs deze weg kan worden gecompenseerd en strafvermindering in het belang is van een goede rechtsbedeling.

Artikel 4.3.14

1. Indien bij de verkrijging van bewijsmiddelen onrechtmatig is gehandeld, kunnen deze bijdragen aan het bewijs van het tenlastegelegde feit tenzij het belang van een goede rechtsbedeling zich daar tegen verzet.

2. Bij onrechtmatig handelen door het openbaar ministerie of opsporingsambtenaren kan het belang van een goede rechtsbedeling meebrengen dat de resultaten worden uitgesloten als bewijs teneinde te bevorderen dat in overeenstemming met de geschonden norm wordt gehandeld.

Artikel 4.3.15

1. Het openbaar ministerie verliest het recht om de verdachte te vervolgen indien ernstig afbreuk is gedaan aan het recht van de verdachte op een eerlijk proces of indien de vervolging ten gevolge van onrechtmatig handelen op een andere grond niet te verenigen is met een goede procesorde.

2. De vervolging van de verdachte is, behoudens zwaarwegende omstandigheden, niet te verenigen met een goede procesorde indien onjuist of onvolledig verslag wordt gedaan van ernstig onrechtmatig handelen door een opsporingsambtenaar dat met het tenlastegelegde strafbare feit verband houdt en dit verzuim niet tijdig wordt rechtgezet.