

**Afstudeeronderzoek:**

*‘’Sanctionering van onrechtmatige bewijsvergaring door middel van art. 359a Sv.’’*

**Toetsing van:**

**Onderzoeksrapport   
 HBR-AS17-AS**

**Hogeschool Leiden Opleiding HBO-Rechten**

Naam: Christian Mademtzoglou

Studentnummer: S1090816

Opdrachtgever: OASS Advocaten

Afstudeerbegeleider: Dhr. mr. J.E. Eradus

Onderzoeksdocent: Mw. mr. I. van Mierlo-Groot

Inleverdatum: 13 juni 2018

Klas: Law 4C

# Voorwoord

Geachte lezer,

Voor u ligt het onderzoeksrapport dat in het kader van het afstudeertraject van de opleiding hbo-Rechten is geschreven.

Allereerst wil ik van de gelegenheid gebruik maken om advocatenkantoor OASS Advocaten te bedanken. Zij hebben mij de kans gegeven om dit onderzoeksrapport te schrijven. Daarnaast wil ik mijn onderzoeksdocent mw. mr. I. van Mierlo-Groot en mijn afstudeerbegeleider dhr. mr. J.E. Eradus bedanken voor hun begeleiding en feedback.

Ik wens u veel plezier bij het lezen van dit onderzoeksrapport.

*Christian Mademtzoglou,*

*Den Haag, 4 juni 2018*

# Lijst van afkortingen

**Art.:** Artikel

**EHRM:** Europees Hof voor de Rechten van de Mens

**EVRM:** Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens

**HR:** Hoge Raad

**M.nt.:** Met noot

**N-O:**  Niet-ontvankelijkheid

**Sr.**: Wetboek van Strafrecht

**Sv.**: Wetboek van Strafvordering

# 

# 

# Samenvatting

Aan het eind van de jaren 80 van de vorige eeuw heeft de wetgever het noodzakelijk geacht om het sanctioneringstelsel van vormverzuimen te codificeren in het Wetboek van Strafvordering. Dit heeft uiteindelijk geresulteerd in de invoering van art. 359a Sv. Dit artikel geeft de rechter de mogelijkheid om onherstelbare vormverzuimen die in het voorbereidend onderzoek zijn begaan te sanctioneren, door middel van strafvermindering, bewijsuitsluiting of het niet-ontvankelijk verklaren van het Openbaar Ministerie. Hierbij verdient de opmerking dat de rechter niet verplicht is een dergelijk reactie op een vormverzuim te geven; hij kan ook volstaan met de enkele constatering van een vormverzuim, hetgeen ook het uitgangspunt van de wetgever is.

Ondanks dat de wetgever de rechter de nodige toepassingsvrijheid heeft gegeven, heeft de Hoge Raad het toepassingsbereik van het onderhavige artikel de laatste jaren wel ingeperkt. Deze inperkingen komen vooral terug in het Afvoerpijp-arrest en het Onbevoegde hulpofficiers-arrest. In deze arresten zijn, naast algemene toepassingsregels, per sanctioneringsmiddel aparte gebruiksvoorwaarden geformuleerd. Het Onbevoegde hulpofficiers-arrest springt hierbij het meest in het oog omdat de Hoge Raad in dit arrest drie redenen met de bijbehorende doelstellingen en toetsingskaders heeft geformuleerd, die uitsluitend tot bewijsuitsluiting kunnen leiden. Doordat buiten deze drie redenen geen bewijsuitsluiting mogelijk lijkt, valt te verwachten dat een geslaagd beroep op onder andere dit rechtsgevolg steeds kleiner zal worden. Mede door deze ontwikkelingen wil OASS Advocaten middels jurisprudentieonderzoek graag onderzocht hebben in welke gevallen de rechter nog wel overgaat tot sanctionering. De centrale vraag luidt dan ook als volgt: welk advies kan OASS Advocaten worden geven met betrekking tot het sanctioneringsbeleid van vormverzuimen bij opiumdelicten, op grond van wetsanalyse, literatuuronderzoek en jurisprudentieonderzoek?

Uit de hedendaagse rechtspraktijk blijkt dat er geen duidelijke lijn te trekken is omtrent het toepassingsbeleid van art. 359a Sv. Zo is naar voren gekomen dat een bepaald vormverzuim, bijvoorbeeld een onrechtmatige doorzoeking, niet tot een vaststaand rechtsgevolg leidt; deze keuze hangt altijd af van de omstandigheden van het geval en de interpretatie van de rechter. Indien het concrete nadeel voor de verdachte volgens de rechter ontbreekt, wordt veelal overgegaan tot constatering of strafvermindering. Hierbij lijkt de rechter de toepassing van strafvermindering als een soort tussenoplossing te zien; constatering wordt als een te lichte reactie gezien maar bewijsuitsluiting als een te zware. Daarnaast is het opvallend te noemen dat de rechter de verscherpte toepassingsvoorwaarden van onder meer bewijsuitsluiting niet altijd toepast. Het gebeurt namelijk dat rechters sneller tot bewijsuitsluiting overgaan (vooral bij art. 8 EVRM-schendingen) dan volgens de Hoge Raad is toegestaan. Gevolg hiervan is dat de rechter in sommige gevallen, zoals bijvoorbeeld bij een onrechtmatige doorzoeking, tot bewijsuitsluiting overgaat terwijl dit strikt volgens de meest actuele toepassingsvoorwaarden niet de bedoeling is. Art. 6 EVRM-schendingen lijken daarentegen wel volgens de jurisprudentie van Hoge Raad te worden gesanctioneerd. Voor de verdediging betekent dit, dat bij twijfel altijd een beroep op bewijsuitsluiting dient te worden gedaan, ook als er niet is voldaan aan de meest recente jurisprudentie van de Hoge Raad. In het uiterste geval kan de niet-ontvankelijkheid van de officier van justitie volgen, zij het dit rechtsgevolg in de uitspraken niet vaak naar voren komt. Een opvallend punt hierbij is dat de niet-ontvankelijkheid nog steeds wordt uitgesproken overschrijding van de redelijke termijn.

# 

Inhoud

[Voorwoord 2](#_Toc516577841)

[Lijst van afkortingen 3](#_Toc516577842)

[Samenvatting 4](#_Toc516577843)

[Hoofdstuk 1: Inleiding 8](#_Toc516577844)

[1.1 Aanleiding onderzoek en probleemanalyse 8](#_Toc516577845)

[1.2. Opdrachtgever 9](#_Toc516577846)

[1.3. Doelstelling 10](#_Toc516577847)

[1.4. Centrale vraag 10](#_Toc516577848)

[1.5. Deelvragen 10](#_Toc516577849)

[Hoofdstuk 2: Wat houdt artikel 359a Sv. in op basis van literatuuronderzoek? 12](#_Toc516577850)

[2.1 Rechtsgang voor invoering art. 359a Sv. 12](#_Toc516577851)

[2.1.1 Erwtenpistool-arrest 13](#_Toc516577852)

[2.2 Totstandkoming art. 359a Sv. 13](#_Toc516577853)

[2.3. Toepassingsvereisten art. 359a Sv. 15](#_Toc516577854)

[2.3.1. Vormverzuim 15](#_Toc516577855)

[2.3.2. Voorbereidend onderzoek 15](#_Toc516577856)

[2.3.3. Onherstelbaarheid 15](#_Toc516577857)

[2.3.4. Rechtsgevolgen blijken niet uit de wet 16](#_Toc516577858)

[2.4. Overige beperkingen aan art. 359a Sv. 16](#_Toc516577859)

[2.4.1 Vormverzuimen bij toepassing vrijheidsbenemende maatregelen 16](#_Toc516577860)

[2.4.3. Salami-regel 17](#_Toc516577861)

[2.5. Wegingsfactoren sanctioneringsmiddel 17](#_Toc516577862)

[2.5.1. Belang geschonden voorschrift 18](#_Toc516577863)

[2.5.2. Ernst van het verzuim 18](#_Toc516577864)

[2.5.3. Nadeel ten gevolge van het verzuim 18](#_Toc516577865)

[2.6. Algemene uitleg sanctioneringsmiddelen 19](#_Toc516577866)

[2.6.1. Strafvermindering 19](#_Toc516577867)

[2.6.2. Bewijsuitsluiting 19](#_Toc516577868)

[2.6.3. Niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie 20](#_Toc516577869)

[2.6.4. Constatering van het verzuim 20](#_Toc516577870)

[2.7. Doelsanctionering 21](#_Toc516577871)

[2.7.1. Reparatieargument 21](#_Toc516577872)

[2.7.2. Demonstratieargument 21](#_Toc516577873)

[2.7.3. Effectieviteitsargument 21](#_Toc516577874)

[2.8. Tussenconclusie 22](#_Toc516577875)

[Hoofdstuk 3: Wat houdt artikel 359a Sv. in op basis van jurisprudentie van de Hoge Raad? 23](#_Toc516577876)

[3.1. Het Afvoerpijp-arrest 23](#_Toc516577877)

[3.1.1. Gebruiksvoorwaarden sanctioneringsmiddelen 23](#_Toc516577878)

[3.1.1.4. Uitwerking Schutznorm 25](#_Toc516577879)

[3.1.1.5. Onderbouwingsplicht verdediging 25](#_Toc516577880)

[3.2. Tussenconclusie 26](#_Toc516577881)

[3.3. Onbevoegde hulpofficiers-arrest 27](#_Toc516577882)

[3.3.1.Bewijsuitsluiting ter verzekering van een eerlijk proces 27](#_Toc516577883)

[3.3.2. Schending ander belangrijk voorschrift of rechtsbeginsel 27](#_Toc516577884)

[3.3.3. Bewijsuitsluiting bij structurele vormverzuimen 28](#_Toc516577885)

[3.4. Deelconclusie 29](#_Toc516577886)

[Hoofdstuk 4: Resultaten 30](#_Toc516577887)

[4.1. Onder welke feiten en omstandigheden gaat de rechter enkel over tot constatering bij een vormverzuim inzake art. 359a Sv.? 30](#_Toc516577888)

[4.2. Onder welke feiten en omstandigheden gaat de rechter over tot strafvermindering bij een vormverzuim inzake art. 359a Sv? 32](#_Toc516577889)

[4.3. Onder welke feiten en omstandigheden gaat de rechter over tot bewijsuitsluiting bij een vormverzuim inzake art. 359a Sv.? 34](#_Toc516577890)

[4.4. Onder welke feiten en omstandigheden gaat de rechter over tot het niet-ontvankelijk verklaren van het Openbaar Ministerie bij een vormverzuim inzake art. 359a Sv.? 36](#_Toc516577891)

[Hoofdstuk 5: Conclusie en aanbevelingen 39](#_Toc516577892)

[5.1. Conclusie 39](#_Toc516577893)

[5.2. Aanbevelingen 41](#_Toc516577894)

[Literatuurlijst 42](#_Toc516577895)

Bijlage 1…………………………………………………………………………………...............

# Hoofdstuk 1: Inleiding

## 1.1 Aanleiding onderzoek en probleemanalyse

Na meerdere meldingen betreden twee verbalisanten, op grond van een machtiging tot binnentreden, de woning van verdachte. Bij binnenkomst treffen zij een hennepplantage aan, hetgeen uiteindelijk leidt tot de vervolging van verdachte. Achteraf gezien bleek de hoofdinspecteur van politie, die deze machtiging had afgegeven, niet (meer) te beschikken over een hulpofficierencertificaat zoals omschreven in de Regeling hulpofficieren van justitie 2008. Aldus was deze verbalisant niet gerechtigd om een dergelijke machtiging af te geven, hetgeen betekent dat er sprake is van een onherstelbaar vormverzuim. Op zitting stond de vraag centraal tot welke consequentie dit vormverzuim diende te leiden. Het gerechtshof achtte als antwoord hierop de sanctie bewijsuitsluiting passend, mede gelet op het belang dat het geschonden voorschrift dient en het feit dat bij het onrechtmatige binnentreden bewijsmateriaal is gevonden. Op basis van onder andere deze omstandigheden mag volgens het hof de aangetroffen hennep niet tot de bewijsmiddelen worden gebezigd.[[1]](#footnote-1)

De advocaat-generaal gaat tegen deze uitspraak in cassatie. Het ingediende cassatieschriftuur stelt één klacht voor die betrekking heeft op motivering voor de keuze van bewijsuitsluiting: deze zou ontoereikend zijn gemotiveerd. De Hoge Raad komt uiteindelijk tot dezelfde conclusie en acht het middel dan ook terecht voorgesteld. Volgens het hoogste rechtscollege is immers in het onderhavige arrest niet kenbaar aandacht besteed aan het nadeel dat door het verzuim zou zijn veroorzaakt en heeft het hof de situatie ten onrechte, zonder nader te motiveren, gelijkgesteld met de situatie waarin in het geheel geen machtiging zou zijn afgegeven.

Om duidelijk te maken in welke gevallen bewijsuitsluiting wel mogelijk is, heeft de Hoge Raad in dit arrest de toepassingsregels omtrent bewijsuitsluiting nader ingekleurd: bewijsuitsluiting lijkt thans om een drietal redenen nog mogelijk. Ten eerste kan bewijsuitsluiting noodzakelijk zijn ter verzekering van een eerlijk proces van de verdachte in de zin van art. 6 EVRM. Ten tweede is bewijsuitsluiting mogelijk bij schending van een ander belangrijk voorschrift of rechtsbeginsel als rechtsstatelijke waarborg en middel om toekomstige vergelijkbare schendingen te voorkomen. Tot slot wordt bewijsuitsluiting in uitzonderlijke gevallen mogelijk geacht bij structurele vormverzuimen. Ondanks het foutieve optreden van de politie in onderhavige casu, vond de Hoge Raad dus niet dat het bewijs gewoonweg ter zijde kon worden geschoven.[[2]](#footnote-2) Gelet op deze beslissing en de limitatieve opsomming van redenen die volgens de Hoge Raad enkel nog tot bewijsuitsluiting kunnen leiden, lijkt een geslaagd beroep op onder meer bewijsuitsluiting steeds lastiger te worden. Raadsheer Ybo Buruma van de Hoge Raad gaf als een van de eerste personen een reactie op dit arrest en zei over de verscherpte toepassingsvereisten dat de wetgever er niet op moet rekenendat de rechter een roofovervaller laat lopen omdat deze een paar jaar tevoren ten onrechte niet is uitgeschreven uit een register*.*[[3]](#footnote-3)

## 1.2. Opdrachtgever

Mijn opdrachtgever OASS Advocaten krijgt ook te maken met de strengere toepassingsvereisten die de Hoge Raad stelt. Het kantoor is immers gespecialiseerd in strafrecht en staat dan ook vaak verdachten in het strafproces bij, zo ook bij opiumdelicten. Gedurende het bijstaan van een verdachte is het van belang dat de advocaat controleert of de opsporingsinstanties zich bij het voorbereidend onderzoek aan de wet houden.[[4]](#footnote-4) Elke verdachte heeft namelijk recht op een eerlijk proces.[[5]](#footnote-5) Het recht op een eerlijk proces komt in het geding indien de opsporingsinstanties onrechtmatig handelen gedurende het voorbereidend onderzoek. Deze onrechtmatigheden worden ook wel vormverzuimen genoemd. De memorie van toelichting definieert vormverzuimen als zijnde *“het niet naleven van strafprocesrechtelijke geschreven en ongeschreven vormvoorschriften"*[[6]](#footnote-6) Hierbij wordt gedoeld op het niet in acht nemen van de regels die van toepassing zijn met betrekking tot het vergaren van bewijsmateriaal. Het gaat in dit geval om voorschriften die betrekking hebben op fundamentele rechten zoals het zwijgrecht maar ook om voorschriften die betrekking hebben op de inhoud van bepaalde schriftelijke juridische stukken die aan de verdachte moeten worden getoond bij de toepassing van een dwangmiddel zoals een machtiging tot binnentreden van een woning. Deze vormverzuimen komen onder meer voort uit de Nederlandse (straf)wetgeving, het Europese recht (EVRM) en het ongeschreven recht.[[7]](#footnote-7) Wanneer er sprake is van een dergelijke vormverzuim, heeft de rechter de mogelijkheid om hier sancties aan te verbinden. De sanctioneringsmogelijkheden omtrent vormverzuimen staan vermeld in art. 359a Sv. Deze betreffen strafvermindering, bewijsuitsluiting en de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. Hierbij moet worden opgemerkt dat art. 359a Sv. alleen van toepassing is bij onherstelbare vormverzuimen die zijn begaan in het voorbereidend onderzoek, hetgeen meteen duidelijk maakt dat niet ieder verzuim gesanctioneerd kan worden. Dit betekent overigens niet dat indien wel aan alle rechtsvoorwaarden is voldaan een vormverzuim tot een bepaald rechtsgevolg móét leiden. Toepassing van art. 359a Sv. betreft namelijk een bevoegdheid van de rechter, geen verplichting. Zo kan de rechter ook alleen volstaan met de constatering van het verzuim, zonder daar consequenties aan te verbinden.[[8]](#footnote-8)

Het is hoofdzakelijk de taak van de verdediging om een beroep op art. 359a Sv. te doen indien zij van mening is dat er sprake is van een dergelijk vormverzuim. Uit vaste jurisprudentie blijkt dat de verdediging in dat geval duidelijk, gemotiveerd en in samenhang met de factoren uit art. 359a lid 2 Sv. moet aanvoeren tot welk rechtsgevolg een vormverzuim volgens hem dient te leiden.[[9]](#footnote-9) Zoals in de vorige paragraaf al werd vermeld, lijkt het echter steeds lastiger te worden om een geslaagd verweer te voeren dat resulteert in sanctionering van een vormverzuim en lijkt het thans niet meer helemaal duidelijk in welke gevallen de rechter overgaat tot sanctionering, dit tot groot ongenoegen van de advocatuur.[[10]](#footnote-10)

Gelet op het bovenstaande wil OASS Advocaten door middel van dit onderzoeksrapport onderzocht hebben in welke situaties de rechter een vormverzuim bij een opiumdelict sanctioneert en welke sanctie dat dan is. Het resultaat is voor OASS Advocaten van belang omdat zij op deze wijze een overzicht krijgen van de gevallen die nog wel leiden tot de toepassing van één van de sanctioneringsmiddelen.

## 1.3. Doelstelling

De doelstelling is om met dit onderzoeksrapport een advies aan OASS Advocaten uit te brengen omtrent in welke gevallen de rechtbanken en de gerechtshoven sancties aan vormverzuimen in het voorbereidend onderzoek verbinden. Hierbij zal ik gebruik maken van de wet, jurisprudentie en literatuur. De jurisprudentie zal met name betrekking hebben op hennepteelt en drugshandel en -bezit. Het resultaat kan worden gebruikt bij het inrichten van het pleidooi indien OASS Advocaten een vormverzuim bij een opiumdelict constateert. Op deze wijze kan OASS Advocaten inschatten wel argumenten zij moeten aandragen om een 359a Sv.-verweer te laten slagen. Een overzicht van de gebruikte literatuur en jurisprudentie is in de literatuurlijst terug te vinden.

## 1.4. Centrale vraag

De centrale vraag luidt als volgt: welk advies kan OASS Advocaten worden geven met betrekking tot het sanctioneringsbeleid van vormverzuimen bij opiumdelicten, op grond van wetsanalyse, literatuuronderzoek en jurisprudentieonderzoek?

## 1.5. Deelvragen

***Theoretische deelvragen***

**1.Wat houdt art. 359a Sv. in op basis van wetgeving?**

In deelvraag één zullen de inhoudelijke vereisten van art. 359a. Sv. aan de van wetsanalyse, literatuur- en jurisprudentie. Hierbij zal gebruik worden gemaakt van onder meer de volgende boeken: Nan 2015, Corstens 2014 en Kuiper 2014. Daarnaast komen parlementaire stukken aanbod en zal jurisprudentie worden besproken die onder meer betrekking hebben op de rechtsgang voor de invoering van 359a Sv..

**2.Wat houdt art. 359 Sv. in op basis van de overzichtsjurisprudentie van de Hoge Raad?**

Deelvraag twee zal worden beantwoord aan de hand van de twee overzichtsarresten die de Hoge Raad omtrent art. 359a Sv. heeft gewezen. Deze arresten staan ook wel bekend als het Afvoerpijp-arrest (2004) en het Onbevoegde hulpofficiers-arrest (2013). In deze uitspraken heeft de Hoge Raad de algemene toepassingsvereisten van art. 359a Sv. herhaald en heeft hij specifieke (vernieuwende) toepassingsregels omtrent het sanctioneringsbeleid geformuleerd. Deze factoren zullen in dit hoofdstuk worden behandeld in combinatie met de eerder genoemde literatuur.

***Jurisprudentie-onderzoekgedeelte***

**3a. Onder welke feiten en omstandigheden gaat de rechter enkel over tot constatering bij een vormverzuim inzake art. 359a Sv.?**

**3b. Onder welke feiten en omstandigheden gaat de rechter over tot strafvermindering bij een vormverzuim inzake art. 359a Sv.?**

**3c. Onder welke feiten en omstandigheden gaat de rechter over tot bewijsuitsluiting bij een vormverzuim inzake art. 359a Sv.?**

**3d. Onder welke feiten en omstandigheden gaat de rechter over tot het niet-ontvankelijk verklaren van het Openbaar Ministerie bij een vormverzuim inzake art. 359a Sv.?**

Deelvraag drie is onderverdeeld in vier subdeelvragen waarbij ieder sanctioneringsmiddel apart zal worden besproken. Voor deze vragen heb ik in totaal tweeëndertig uitspraken geselecteerd die betrekking hebben op de toepassing van art. 359a Sv.. Bij het selecteren hiervan heb ik onder meer op de volgende zoektermen gezocht: ‘*Opiumwet’, ‘nadeel’ en ‘belang van voorschrift’.* Aan de hand van de volgende topics – die niet bij elke subdeelvraag zullen worden behandeld – zullen de geselecteerde uitspraken worden geanalyseerd: de aard van het verzuim, het belang van het geschonden recht, de ernst van het verzuim, het veroorzaakte nadeel voor de verdachte, het toepassingsbeleid van het Onbevoegde hulpofficiers-arrest en de gezichtspunten van art. 359a lid 2 Sv..

Tijdens het selectieproces is tevens gekeken naar de diversiteit van de uitspraken. Dit is gedaan om een zo duidelijk mogelijk beeld te krijgen van elk sanctioneringsmiddel. Helaas is het niet gelukt om van ieder sanctioneringsmiddel evenveel uitspraken te vinden vanwege de beperkte toepasbaarheid van sommige rechtsgevolgen. Zo wordt het zwaarste sanctioneringsmiddel, niet-ontvankelijk van de officier van justitie, zelden toegepast. Om het overzicht te bewaren zullen al deze uitspraken in een tabel worden uitgewerkt en als bijlage aan dit onderzoeksrapport worden gehecht.

# Hoofdstuk 2: Wat houdt artikel 359a Sv. in op basis van literatuuronderzoek?

Zoals in de inleiding al werd aangegeven, maken de politie en andere opsporingsinstanties gedurende het voorbereidend onderzoek gebruik van verschillende (opsporings)bevoegdheden. Bij de uitoefening van deze bevoegdheden dienen zij zich binnen de kaders van de wet te houden. Uit de praktijk blijkt echter dat niet altijd alles volgens de regels verloopt. In een dergelijk geval kan de verdediging onder bepaalde voorwaarden een beroep op art. 359a Sv. doen. Dit artikel geeft de rechter de mogelijkheid om een vormverzuim in het voorbereidend onderzoek te sanctioneren. In dit hoofdstuk zal allereerst worden gekeken naar de rechtsgang voor de invoering van art. 359a Sv. en de wijze van totstandkoming van het onderhavige artikel. Vervolgens zal art. 359a Sv. inhoudelijk worden behandeld waarbij zal worden ingezoomd op de rechtsvoorwaarden, wegingsfactoren en rechtsgevolgen. Tot slot zullen de toepassingsargumenten worden besproken.

## 2.1 Rechtsgang voor invoering art. 359a Sv.

Tot 1995 was de sanctionering van vormverzuimen niet wettelijk geregeld. Voordien werden klachten over misslagen die betrekking hadden op de bewijsverkrijging – voor zover daardoor niet de wettigheid van de bewijsmiddelen of de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal werd aangetast – ter zijde geschoven. Vaak gehoorde reactie was dat de officier van justitie de aangewezen instantie was om klachten over het politieoptreden in ontvangst te nemen.[[11]](#footnote-11) Deze standaard werkwijze werd in 1962 door de Hoge Raad doorbroken met het zogenaamde Bloedproef II-arrest.[[12]](#footnote-12) In deze zaak werd betrokkene verdacht van het veroorzaken van een verkeersongeval, terwijl hij onder invloed van alcohol verkeerde. Na het ongeval werd zonder toestemming van de verdachte een bloedproef afgenomen, waaruit bleek dat hij onder invloed verkeerde, die op zitting door het Openbaar Ministerie als bewijsmateriaal werd gepresenteerd. Struikelblok was echter dat er toentertijd nog geen wettelijke basis voor (gedwongen) bloedafname bestond; wel kende het Wetboek van Strafvordering al art. 56 (onderzoek aan lichaam) waar het Openbaar Ministerie zich dan ook op beriep.[[13]](#footnote-13) De Hoge Raad was echter van oordeel dat art. 56 Sv. in dit geval niet kon worden toegepast en overwoog*‘’dat het met de strekking van het W. v. Sv., in het bijzonder met de daarin aan den verdachte toegekende waarborgen, onverenigbaar zou zijn, indien de rechter tot het bewijs zou doen medewerken de resultaten van het bloedonderzoek ook in gevallen waarin, bij gebreke van toestemming van den verdachte, het afnemen van bloed als onrechtmatige aantasting van diens lichamelijke integriteit moet worden beschouwd.’’* Daarnaast achtte de Hoge Raad het zeer onwaarschijnlijk dat wetgever een zodanige bloedproef onder het toepassingsbereik van art. 56 Sv. heeft willen laten vallen.[[14]](#footnote-14) Dit arrest was in dit verband opmerkelijk omdat niet de betrouwbaarheid van het bewijs – het resultaat van het bloedonderzoek stond immers niet ter discussie – maar de behoorlijkheid van de bewijsverkrijging in het geding was.[[15]](#footnote-15)

Al met al kwam de Hoge Raad tot de slotsom dat de bloedproef door het ontbreken van toestemming van de verdachte onrechtmatig was en derhalve niet tot de bewijsmiddelen mocht dienen.[[16]](#footnote-16)

### 2.1.1 Erwtenpistool-arrest

Pas zestien jaar later kwam er een vervolg op het Bloedproef II -arrest; het zogenaamde Erwtenpistool-arrest.[[17]](#footnote-17) In deze zaak werd betrokkene verdacht van een overval op een uitzendbureau met een zogenaamd erwtenpistool. Bij het onderzoek in deze zaak zijn door de politie onbevoegd goederen in beslag genomen. Het gerechtshof Amsterdam heeft vervolgens getuigenverklaringen, die mede gebaseerd waren op de in beslag genomen goederen, tot de bewijsmiddelen gebezigd. De raadsman heeft het gerechtshof op deze onrechtmatige manier van bewijsvergaring geattendeerd en daarbij een beroep op bewijsuitsluiting gedaan. Tot ongenoegen van de verdediging heeft het gerechtshof dit verweer zonder nadere motivering aan de kant geschoven waarop cassatie in deze zaak volgde. De Hoge Raad kwam tot het oordeel dat het gerechtshof wel degelijk gemotiveerd op het verweer had moeten reageren. Het hoogste rechtscollege overwoog dat onder bepaalde omstandigheden onrechtmatig verkregen bewijs van het dossier kon worden uitsloten. Door het verweer te negeren is de bewezenverklaring onvoldoende gemotiveerd, aldus de Hoge Raad.[[18]](#footnote-18) Uit deze uitspraak kwam dus voor het eerst uitdrukkelijk naar voren dat de rechter – in dit soort situaties – de mogelijkheid tot bewijsuitsluiting heeft, hetgeen al werd doorgeschemerd in het Bloedproef II-arrest.

## 2.2 Totstandkoming art. 359a Sv.

Naar aanleiding van de eerder genoemde arresten en de daarop volgende jurisprudentie heeft de wetgever het noodzakelijk geacht om de voorschriften omtrent onrechtmatige bewijsverkrijging te codificeren in het Wetboek van Strafvordering.[[19]](#footnote-19) Dit kwam onder andere door de maatschappelijke ontevredenheid die heerste over de wijze van reageren op vormverzuimen.[[20]](#footnote-20)

Mede om die reden werd in 1988 de Commissie Moons in het leven geroepen. Het onderzoek dat deze commissie verrichtte zag voor een groot deel op vormverzuimen en de rechtsgevolgen daarvan.[[21]](#footnote-21) In het door haar opgestelde rapport werd een nieuwe taakverdeling tussen wetgever en rechtelijke macht geopperd. Als uitgangspunt diende te worden genomen dat de wetgever de vormvoorschriften vaststelt en de rechter de gerechtsgevolgen van het verzuim ervan bepaald. De commissie baseerde haar

oordeel op het feit dat het Wetboek van Strafvordering nauwelijks artikelen bevatte over in het voorbereidend onderzoek begane misstanden en dat uit de praktijk bleek dat vormverzuimen te divers waren om alle gevolgen daarvan in de wet te codificeren.[[22]](#footnote-22) De rechter kon in haar ogen beter de concrete belangen in het geding afwegen en binnen de grenzen van de wet gestelde rechtsgevolgen zelf bepalen waarmee de verplichting om het opleggen van een bepaalde sanctie werd voorkomen. Hierbij dienden de sancties die uit jurisprudentie naar voren kwamen in de wet te worden vastgelegd. Dit was in de ogen van de commissie noodzakelijk omdat het legaliteitsbeginsel een wettelijke basis vergt en om de rechter handvatten te geven voor zijn oordeel omtrent de toepassing van een sanctioneringsmiddel.[[23]](#footnote-23)

Uiteindelijk is in 1995 de Wet vormverzuimen tot stand gekomen.[[24]](#footnote-24) Hierbij is het voorgestelde artikel van Commissie Moons zo goed als geheel in het wetsvoorstel overgenomen; de wetgever stelt de vormvoorschriften vast en de rechter de rechtsgevolgen.[[25]](#footnote-25) Op 2 november 1996 is art. 359a Sv. in werking getreden.[[26]](#footnote-26)

Het artikel is als volgt vormgegeven:

*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.***](http://maxius.nl/wetboek-van-strafvordering/artikel359a/lid1/onderdeela)*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.***](http://maxius.nl/wetboek-van-strafvordering/artikel359a/lid1/onderdeelb)*de resultaten van het onderzoek die door het verzuim zijn verkregen, niet mogen bijdragen aan het bewijs van het telastegelegde feit;*

[***c.***](http://maxius.nl/wetboek-van-strafvordering/artikel359a/lid1/onderdeelc)*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.](http://maxius.nl/wetboek-van-strafvordering/artikel359a/lid2" \o ")***

*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.](http://maxius.nl/wetboek-van-strafvordering/artikel359a/lid3" \o ")***

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

## 2.3. Toepassingsvereisten art. 359a Sv.

Zoals uit art. 359a Sv. blijkt, kan de rechter bij de vaststelling van een vormverzuim niet zonder meer gebruik maken van art. 359a Sv.; het artikel stelt nog een aantal aanvullende voorwaarden. Zo dient sprake te zijn van een onherstelbaar vormverzuim dat is begaan gedurende het voorbereidend onderzoeken mogen de rechtsgevolgen voor eventuele sanctionering niet uit de wet blijken. Deze voorwaarden zullen hieronder worden besproken.

### 2.3.1. Vormverzuim

Allereerst is het van belang om te kijken wat eronder een vormverzuim wordt verstaan. De wetsgeschiedenis spreekt in dit verband over het niet naleven van strafprocesrechtelijke geschreven en ongeschreven vormvoorschriften[[27]](#footnote-27) Het kan dit geval om voorschriften gaan die betrekking hebben op fundamentele rechten zoals het zwijgrecht maar ook op de inhoud van bepaalde schriftelijke stukken die moeten worden getoond bij de toepassing van een dwangmiddel, bijvoorbeeld het tonen van een machtiging tot binnentreden. Deze vormverzuimen vloeien onder meer voort uit de Nederlandse (straf)wetgeving maar ook uit internationale wetgeving en rechtsbeginselen.[[28]](#footnote-28)

### 2.3.2. Voorbereidend onderzoek

Het vormverzuim dient voorts te zijn begaan gedurende het voorbereidend onderzoek. In art. 132 Sv. wordt omschreven wat onder het voorbereidend onderzoek moet worden verstaan: ‘*’het onderzoek hetwelk aan de behandeling ter terechtzitting voorafgaat’’* Dit onderzoek kan worden onderverdeeld in het opsporingsonderzoek en het strafrechtelijk financieel onderzoek.[[29]](#footnote-29) De definitie van opsporing staat vervolgens weer vermeld in art. 132a Sv.: ‘*’onder opsporing wordt verstaan het onderzoek in verband met strafbare feiten onder gezag van de officier van justitie met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen*.’’ Art. 359a Sv. ziet dus toe op vormverzuimen die zijn begaan gedurende de uitoefening van strafvorderlijke bevoegdheden in een onderzoek onder de verantwoordelijkheid van het Openbaar Ministerie en politie.[[30]](#footnote-30) Het vorenstaande betekent dat vormverzuimen die bijvoorbeeld plaatsvinden gedurende het onderzoek ter terechtzitting buiten het toepassingsbereik van art 359a Sv. vallen.[[31]](#footnote-31)

### 2.3.3. Onherstelbaarheid

Daarnaast moet het vormverzuim onherstelbaar zijn. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat bij herstelbare vormverzuimen art. 359a Sv. buiten beschouwing moet worden gelaten.[[32]](#footnote-32) De vraag die in dit geval zou kunnen rijzen is in welke gevallen er dan sprake is van een onherstelbaar vormverzuim? De memorie van toelichting geeft geen duidelijk antwoord op deze vraag omdat deze de voorbeelden van Commissie Moons herhaalt die betrekking hebben op vormverzuimen buiten het voorbereidend onderzoek.[[33]](#footnote-33) Nu de wetgever het artikel in later stadium anders heeft ingericht, zijn deze voorbeelden niet meer relevant.[[34]](#footnote-34) Daarentegen geeft later gewezen jurisprudentie en de wet wel bruikbare voorbeelden van herstelbare vormverzuimen. Zo kan een proces-verbaal met terugwerkende kracht alsnog op ambtseed worden opgemaakt[[35]](#footnote-35) en kan de kennisgeving over bijzondere opsporingsmethoden alsnog aan het dossier worden toegevoegd.[[36]](#footnote-36) Opmerking verdient nog wel dat dikwijls aan de eis van onherstelbaarheid is voldaan, nu in de meeste zaken herstel niet meer mogelijk is. Gedane zaken kunnen immers niet meer worden teruggedraaid.[[37]](#footnote-37)

### 2.3.4. Rechtsgevolgen blijken niet uit de wet

Tot slot mogen de rechtsgevolgen niet uit de wet blijken. Indien de wet namelijk een vormverzuim met een concrete sanctie bedreigt, mag de rechter hier niet van afwijken. In de praktijk komt dit echter zelden voor.[[38]](#footnote-38) Art. 21 lid 4 Sv. wordt vaak als een van de weinige voorbeelden gegeven. Volgens Nan is dit echter een onjuist voorbeeld omdat dit voorschrift ziet op de samenstelling van de raadkamer en niet op de opsporing, hetgeen dus betekent dat ook dit vormverzuim buiten het voorbereidend onderzoek valt.[[39]](#footnote-39)

## 2.4. Overige beperkingen aan art. 359a Sv.

Uit de vorige paragrafen is naar voren gekomen dat het toepassingsbereik van art. 359a. Sv. tot op een zekere hoogte wordt afgebakend. Een aantal jaren na de invoering (in 2001 en 2002) van het onderhavige artikel heeft de Hoge Raad nog een aantal beperkingen aan dit toepassingsbereik toegevoegd. De twee belangrijkste beperkingen zullen hieronder nader worden besproken.

### 2.4.1 Vormverzuimen bij toepassing vrijheidsbenemende maatregelen

Vormverzuimen die zijn begaan gedurende de toepassing van vrijheidsbenemende dwangmiddelen, vallen in beginsel buiten het toepassingsbereik van art. 359a Sv. In concreto gaat het om vormverzuimen die hebben plaatsen gevonden bij de aanhouding en inverzekeringstelling die aan de rechter-commissaris – gedurende de rechtmatigheidstoetsing van art. 59a lid 4 en 5 Sv. – kunnen worden voorgelegd.[[40]](#footnote-40) De Hoge Raad oordeelde dat het gesloten stelsel van rechtsmiddelen in strafzaken op onaanvaardbare wijze zou worden doorkruist indien bij de inhoudelijke behandeling van een zaak opnieuw of alsnog een beroep zou kunnen worden gedaan op verzuimen die bij de aanhouding of inverzekeringstelling hebben plaatsgevonden.[[41]](#footnote-41) Tegen een rechtmatigheidstoetsing staat immers geen hogere voorziening open.Indien de onderhavige beperking niet zou gelden, zou de zittingsrechter als een soort verkapte appelrechter gezien kunnen worden, hetgeen volgens de Hoge Raad onwenselijk is.[[42]](#footnote-42) Opmerking verdient nog wel dat deze motivering niet absoluut dient te worden geïnterpreteerd. Vormverzuimen die namelijk bij de aanhouding of inverzekeringstelling hebben plaatsgevonden maar wel doorwerken in de beantwoording van de vragen van art. 348 en 350 Sv, kunnen wel (opnieuw) bij de zittingsrechter worden aangekaart.[[43]](#footnote-43)

### 2.4.3. Salami-regel

Een andere beperking die ziet op het toepassingsbereik van art. 359a Sv is de Salami-regel.[[44]](#footnote-44) Op basis van deze regel kunnen vormverzuimen niet worden gesanctioneerd indien deze verzuimen niet hebben plaatsgevonden in het voorbereidend onderzoek waar de tenlastelegging op ziet.[[45]](#footnote-45) Door deze beperking kunnen vormverzuimen niet zijdelings in andere zaken doordringen. Voor de rechter betekent dit dat hij niet het risico loopt om zich oeverloos te hoeven uit te spreken over vormverzuimen die niet op de hoofdzaak zien.[[46]](#footnote-46) Een voorbeeld van de werking van deze regel is een zaak waarin twee verbalisanten onrechtmatig een woning betraden ter aanhouding van een veroordeelde (deze moest zijn gevangenisstraf nog ondergaan) Toen de verbalisanten de verdachte aldaar aantroffen, bedreigde deze hen met de dood. Het onrechtmatig binnentreden kon in de ‘’bedreigingszaak‘’ evenwel niet tot enig rechtsgevolg leiden omdat deze onrechtmatigheid niet plaatsvond in het kader van het voorbereidend onderzoek waar de tenlastelegging op zag. Het (onrechtmatig) binnentreden ter aanhouding zag immers op de gevangenisstraf die de veroordeelde nog moest ondergaan.[[47]](#footnote-47)

## 2.5. Wegingsfactoren sanctioneringsmiddel

Om te voorkomen dat ten onrechte ingrijpende rechtsgevolgen worden verbonden aan onrechtmatig overheidsoptreden, dient de rechter bij gebruikmaking van het sanctioneringsarsenaal rekening te houden met de gezichtspunten uit het tweede lid van art. 359a Sv. Het rechtsgevolg zal immers door deze factoren moeten worden gerechtvaardigd.[[48]](#footnote-48) Het gaat in dit verband om het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt.

### 2.5.1. Belang geschonden voorschrift

Ten eerste dient te worden gekeken welk belang het geschonden voorschrift beoogt te beschermen en in hoeverre dit belang betrekking heeft op de verdachte.[[49]](#footnote-49) Met deze formulering wordt – zo is de gedachte – de zogenaamde Schutznorm tot uitdrukking gebracht, hoewel niet iedereen deze stelling deelt en dit evenmin expliciet door Hoge Raad is bevestigd.[[50]](#footnote-50) Schoep schrijft in aanvulling hierop dat de rechter onder meer dient te kijken in hoeverre de verdachte door het vormverzuim in zijn belangen is geschaad. In dit verband moet worden gedacht aan schendingen van wetgeving die recht op een eerlijk proces dienen te waarborgen en die het recht op privacy beschermen.[[51]](#footnote-51)

### 2.5.2. Ernst van het verzuim

De ernst van het verzuim is vanuit het oogpunt van sanctionering relevant; in het lichtste geval wordt hooguit volstaan met constatering en in het zwaarste geval komt de niet-ontvankelijkheid in beeld.[[52]](#footnote-52) Bij de beoordeling van de ernst dient de rechter te kijken naar omstandigheden waaronder het verzuim is begaan.[[53]](#footnote-53) Daarbij kunnen een aantal verzachtende omstandigheden optreden. Zo kan de goede trouw van de opsporingsambtenaar – die het verzuim heeft laten intreden – een rol spelen[[54]](#footnote-54) en blijkt uit vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dat onduidelijkheden in de wet omtrent het toepassingsbereik van dwangmiddelen reden kunnen zijn om terughoudend op te treden bij de sanctionering.[[55]](#footnote-55) Ook kan de reactie van de politie en het Openbaar Ministerie op een vormverzuim – in de vorm van bijvoorbeeld een schadevergoeding of een excuus – een rol spelen in de keuze tot welk rechtsgevolg een vormverzuim dient te leiden.[[56]](#footnote-56)

### 2.5.3. Nadeel ten gevolge van het verzuim

Ten gevolge van onrechtmatig overheidshandelen, kan de verdachte daar nadeel van ondervinden.[[57]](#footnote-57) Uit de wetsgeschiedenis met betrekking tot art. 359a Sv. blijkt dat bij ‘’nadeel’’ moet worden gedacht aan mogelijke schade die door de verdachte is geleden.[[58]](#footnote-58) Theoretisch gezien kan op basis van deze omschrijving het nadeelscriterium ruim worden opgevat.[[59]](#footnote-59) Zo zou men kunnen denken aan schade aan het recht op een eerlijk proces maar ook aan materiële en immateriële schade. De praktijk leert echter dat Hoge Raad het nadeelsbegrip juist smal interpreteert, vooral wanneer bewijsuitsluiting en de niet-ontvankelijkheid van de officier van justitie komt kijken.[[60]](#footnote-60) Daar komt nog bij dat het belang van een verdachte dat een door hem gepleegd strafbare feit niet ontdekt wordt, geen rechtens te beschermen belang is.[[61]](#footnote-61)

## 2.6. Algemene uitleg sanctioneringsmiddelen

Indien aan de voorgaande voorwaarden uit paragraaf 2.4. is voldaan, heeft de rechter – met inachtneming van de gezichtspunten uit art. 359a lid 2 Sv. – de mogelijkheid om een rechtsgevolg aan een vormverzuim te verbinden. Het onderhavige artikel biedt hem drie sanctioneringsmogelijkheden: strafvermindering, bewijsuitsluiting en de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. Opmerking verdient nog wel dat toepassing van art. 359a Sv. een bevoegdheid betreft en dus geen verplichting; herstel of de constatering van een vormverzuim staat voorop.[[62]](#footnote-62) In deze paragraaf zal kort elk sanctioneringsmiddel worden behandeld, alsmede de constatering. De (verscherpte) toepassingsvereisten, die de Hoge Raad per sanctioneringsmiddel heeft geformuleerd, zullen in het volgend hoofdstuk worden behandeld.

### 2.6.1. Strafvermindering

Strafvermindering kan worden gezien als het lichtste sanctioneringsmiddel.[[63]](#footnote-63) Via deze weg wordt een verzuim in zekere zin gecompenseerd; de fout wordt niet hersteld, er wordt enkel wat tegenover gezet. Derhalve is strafvermindering een geschikt sanctioneringsmiddel bij de wat relatief lichtere vormverzuimen.[[64]](#footnote-64) Voorbeelden die zich lenen voor strafvermindering zijn vormverzuimen die betrekking hebben op buitensporig politiegeweld of het te laat in vrijheid stellen van de verdachte. De rechter heeft in een dergelijke situatie de keuze op welke wijze hij het verzuim compenseert. Zo kan de rechter ervoor kiezen om een kortere gevangenisstraf op te leggen dan hij voornemens was, maar staat het hem ook vrij om voor een totaal andere strafmodaliteit te kiezen, zoals het opleggen van een werkstraf in plaats van een vrijheidsbenemende maatregel, die in de regel toch als ingrijpender wordt ervaren.[[65]](#footnote-65)

### 2.6.2. Bewijsuitsluiting

Bewijsuitsluiting is een wat ingrijpendere maatregel dan strafvermindering. Hierbij schuift de rechter het materiaal dat tot bewijs had kunnen dienen aan de kant, als reactie op het onrechtmatig handelen van de opsporingsinstanties.[[66]](#footnote-66) Dit sanctioneringsmiddel kan in beginsel door de rechter worden toegepast indien door onrechtmatige bewijsgaring een belangrijk strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel vergaand is overtreden.[[67]](#footnote-67) Hierbij dient voldoende causaal verband te bestaan tussen het vormverzuim en de bewijsverkrijging. Of aan het causale verband is voldaan, wordt mede bepaald aan de hand van de belangen die de geschonden norm beoogt te beschermen.[[68]](#footnote-68)

### 2.6.3. Niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie

Het zwaarste sanctioneringsmiddel is het niet-ontvankelijk verklaren van het Openbaar Ministerie.[[69]](#footnote-69) Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat niet-ontvankelijkheid in beeld komt wanneer er geen sprake meer kan zijn van een behandeling van een zaak die niet aan de beginselen van een behoorlijke procesorde voldoet: het verzuim moet van dien aard zijn dat niet meer met de twee overige sanctioneringsmiddelen kan worden volstaan.[[70]](#footnote-70) De Hoge Raad formuleerde in 1995 voor het eerst een maatstaf die zag op het toepassingsbereik van het onderhavige sanctioneringsmiddel. Volgens hem kan niet-ontvankelijkheid slechts volgen indien: ‘’*sprake is van ernstige inbreuken op die beginselen, waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan’’[[71]](#footnote-71)* Deze maatstaf wordt ook wel het Zwolsman-criterium genoemd. Gelet op de strenge eisen die dit criterium stelt, moet het Openbaar Ministerie het wel erg bont maken alvorens het zijn recht op vervolging wil verspelen.[[72]](#footnote-72) De rechter gaat derhalve zelden over tot toepassing van dit rechtsgevolg. Indien de rechter in het uitzonderlijke geval toch over gaat tot het niet-ontvankelijk verklaren van het Openbaar Ministerie, dan heeft dat vaak betrekking op de opsporingswijze die een art. 6 EVRM-schending oplevert.[[73]](#footnote-73)

### 2.6.4. Constatering van het verzuim

Zoals eerder gezegd hoeft niet ieder vormverzuim te leiden tot een reactie. De rechter kan ook enkel volstaan met de constatering van het vormverzuim. Het ontbreken van de factor nadeel is volgens Nan een veelvoorkomende grond om enkel te volstaan met de constatering van het vormverzuim. Dit komt volgens hem mede doordat er bij een gebrek aan nadeel de verdachte niet in enig rechtens te respecteren belang is geschaad. Hiervan is sprake als de verzuimen slechts zien op formaliteiten en er verder geen fundamentele rechten zijn geschonden.[[74]](#footnote-74) Overigens dient te worden opgemerkt dat constatering geen daadwerkelijk rechtsgevolg is, maar dat dit wel als een reactie op een vormverzuim wordt gezien.[[75]](#footnote-75)

## 

## 2.7. Doelsanctionering

Nu art. 359a Sv. te hebben besproken, zou de vraag kunnen rijzen waarom onrechtmatige bewijsverkrijging gesanctioneerd dient te worden. De wetsgeschiedenis geeft namelijk geen duidelijk antwoord op deze vraag. Wel valt vanuit de rechtstaatgedachte te verklaren waarom een vormverzuim wordt gesanctioneerd: de overheid dient zich net als de burgers aan de regels te houden. Dat betekent dat bij schending van die regels ook de overheid bestraft dient te worden. Corstens noemt in dit verband een drietal argumenten die pleiten voor de toepassing van de eerder genoemde rechtsgevolgen.[[76]](#footnote-76)

### 2.7.1. Reparatieargument

Allereerst wordt gewezen op het reparatieargument. Het voordeel dat de opsporingsinstanties halen uit onrechtmatige bewijsgaring wordt op deze wijze tot op zekere hoogte weggenomen door één van de sancties die art. 359a Sv. noemt. Het reparatieargument speelt voornamelijk een rol bij bewijsuitsluiting. Een onrechtmatig verkregen bewijsmiddel wordt buiten het dossier gelaten zodat dit middel niet tot het bewijs kan worden gebezigd. Bij het niet-ontvankelijk verklaren van het Openbaar Ministerie speelt reparatie ook een rol. Door dit rechtsgevolg uit te spreken is zelfs een veroordeling van de verdachte – waarbij er ook rechtmatig verkregen bewijs in het dossier kan zitten – uitgesloten. Bij strafmindering wordt ook wel gesproken over een compensatiemiddel; het onrechtmatige bewijs wordt niet uitgesloten maar het nadeel wordt voor de verdachte enigszins verzacht. Op deze wijze vindt er een milde vorm van reparatie plaats.[[77]](#footnote-77)

### 2.7.2. Demonstratieargument

Het demonstratieargument ziet mede toe op de samenleving. Aan het publiek wordt, door middel van bijvoorbeeld een openbare uitspraak, te kennen gegeven dat ook de overheid zich aan de wet dient te houden. Het publiek ziet op deze wijze dat de overheid gesanctioneerd wordt bij overtreding van de regels.[[78]](#footnote-78)

### 2.7.3. Effectieviteitsargument

Tot slot wordt het Effectieviteitsargument genoemd. Het sanctioneren van een vormverzuim draagt ertoe bij dat de overheid zich in de toekomst wel aan de regels houdt.[[79]](#footnote-79) Vanuit het sanctioneren gaat dus een preventieve werking.[[80]](#footnote-80) De overheid zal bijvoorbeeld willen voorkomen dat een zaak uitloopt op een vrijspraak door bewijsuitsluiting. Door een sanctie bij onrechtmatig handelen in het vooruitzicht te stellen, wordt de overheid gestimuleerd om binnen de kaders van de wet te blijven handelen.[[81]](#footnote-81)

## 2.8. Tussenconclusie

Uit hoofdstuk één is gebleken dat de wettelijke regeling omtrent het sanctioneren van vormverzuimen relatief kortgeleden is ingevoerd. Vóór deze wettelijke regeling werden klachten over de bewijsverkrijging vaak aan de kant geschoven. Naar aanleiding van onder meer jurisprudentie van de Hoge Raad en onvrede vanuit de maatschappij omtrent de sanctionering van vormverzuimen, werd art. 359a Sv. in het leven geroepen. De wetgever heeft er hierbij voor gekozen om drie sanctioneringsmogelijkheden – die uit de eerdere jurisprudentie naar voren waren gekomen – te codificeren: strafvermindering, bewijsuitsluiting, en de niet-ontvankelijkheid van de officier van justitie. Dit sanctioneringsarsenaal kan evenwel niet bij elk onbevoegd overheidshandelen worden toegepast; het artikel heeft alleen betrekking op onherstelbare vormverzuimen die in het voorbereidend onderzoek zijn begaan, waarvan de rechtsgevolgen niet uit de wet blijken. Indien aan deze voorwaarden zijn voldaan heeft de rechter, in beginsel, de bevoegdheid om overgaan tot de toepassing van één van de rechtsgevolgen waarbij hij rekening dient te houden met de gezichtspunten uit het tweede lid van art. 359a Sv..

# 

# Hoofdstuk 3: Wat houdt artikel 359a Sv. in op basis van jurisprudentie van de Hoge Raad?

In de loop der jaren heeft de Hoge Raad het toepassingsbereik van art. 359a Sv. nog verder ingekleurd. Twee belangrijke arresten die in dat verband zijn gewezen zijn het Afvoerpijp-arrest (2004) en het Onbevoegde hulpofficiers-arrest (2013). De weg die de Hoge Raad in deze arresten is ingeslagen, kan thans nog als een weergave van het hedendaagse recht worden gezien.[[82]](#footnote-82) Hoe de Hoge Raad zijn invulling aan art. 359a Sv. heeft gegeven, zal hieronder nader worden besproken.

## 3**.1. Het Afvoerpijp-arrest**

In het Afvoerpijp-arrest heeft de Hoge Raad algemene toepassingsregels voor art. 359a Sv. geformuleerd.[[83]](#footnote-83) Een belangrijk – en waarschijnlijk ook het meest essentiële – van dit arrest zijn de verschillende gebruiksvoorwaarden die de Hoge Raad per sanctioneringsmiddel heeft uitgewerkt. Voordien ontbraken deze handvatten voor de rechter. Daarnaast heeft de Hoge Raad zich onder meer uitgelaten over de vereisten waaraan een vormverzuim-verweer moet voldoen, alsmede de rechterlijke motivering daarop.[[84]](#footnote-84) Voorts zijn in dit arrest een hoop criteria uit de wetsgeschiedenis en literatuur herhaald die – voor zover nog van belang – nog zullen worden besproken.

### 3.1.1. Gebruiksvoorwaarden sanctioneringsmiddelen

Alvorens verder wordt ingezoomd op de aanvullende gebruiksvoorwaarden van de sanctioneringsmiddelen, is het van belang om te vermelden dat de eerder besproken eisen uit hoofdstuk twee onverkort van toepassing zijn voordat de rechter eventueel tot sanctionering zou willen overgaan. Pas als aan deze eisen is voldaan, heeft de rechter de mogelijkheid om naar het sanctioneringsarsenaal te kijken.

#### 3.1.1.1. Strafvermindering

Strafvermindering kan volgens de Hoge Raad uitsluitend worden toegepast, indien (1) aannemelijk is dat de verdachte daadwerkelijk nadeel heeft ondervonden, (2) dit nadeel is veroorzaakt door het verzuim, (3) het nadeel geschikt is voor compensatie door middel van strafvermindering en (4) de strafvermindering ook in het licht van het belang van het geschonden voorschrift en de ernst van het verzuim gerechtvaardigd is.[[85]](#footnote-85) Deze voorwaarden zijn beduidend strenger indien men deze vergelijkt met de wetsgeschiedenis. De memorie van toelichting vermeldt immers dat ‘’strafvermindering – kan –worden toegepast:‘’*als het door het vormverzuim ontstane nadeel hierdoor redelijkerwijs kan worden vereffent’’*.[[86]](#footnote-86) Indien de keuze van de rechter op daadwerkelijk op strafvermindering valt, dient hij ook te motiveren waarom hij voor het sanctioneringsmiddel strafvermindering heeft gekozen en in welke mate het verzuim de te op te leggen straf vermindert.[[87]](#footnote-87)

#### 3.1.1.2. Bewijsuitsluiting

Het sanctioneringmiddel bewijsuitsluiting kan – volgens dit arrest – uitsluitend aan de orde komen indien door onrechtmatige bewijsverkrijging een belangrijk voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden.[[88]](#footnote-88) Deze formulering komt grotendeels overeen met die uit de wetsgeschiedenis.[[89]](#footnote-89) Aan de hand van de beoordelingsfactoren van art. 359a lid 2 Sv. en van de omstandigheden van het geval dient te worden beoordeeld of bewijsuitsluiting noodzakelijk is.[[90]](#footnote-90) Overigens is art. 359a Sv. niet van belang voor vormverzuimen waardoor de betrouwbaarheid van het verkregen onderzoeksmateriaal wezenlijk is beïnvloed. Het onderzoeksmateriaal zal dan al om die reden door de rechter buiten het dossier worden gehouden.[[91]](#footnote-91)

#### 3.1.1.3. Niet-ontvankelijkheid van het openbaarministerie

Het niet-ontvankelijk verklaren van het Openbaar Ministerie in de vervolging komt slechts in uitzonderlijke gevallen voor. Daarvoor is alleen plaats indien ‘*’de opsporing of vervolging belaste ambtenaren ernstig inbreuk hebben gemaakt op beginselen van een behoorlijke procesorde waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan.[[92]](#footnote-92)’’* Met deze formulering heeft de Hoge Raad nogmaals het Zwolsman-criterium tot uitdrukking willen brengen.[[93]](#footnote-93) Buruma merkt hierbij in zijn noot op dat de verdediging er goed aan zou doen om bij een dergelijk verweer duidelijk aan te geven welke niet-naleving van de specifiek onder art. 6 EVRM vallende rechten en vrijheden aan de orde is. Doet men dat en kan men bijvoorbeeld zoals in HR 8 juli 2003, DD 32.5 aannemelijk maken dat ‘’material evidence’’ dat als ontlastend materiaal is aan te merken opzettelijk buiten het dossier is gelaten dan kan de rechter daar niet te gemakkelijk aan voorbijgaan.[[94]](#footnote-94)

### 3.1.1.4. Uitwerking Schutznorm

Naast de voorgaande toevoegingen heeft de Hoge Raad ook de Schutznorm – die doorgaans wordt toegepast bij de beoordeling van het belang van het geschonden voorschrift – nader uitgewerkt:[[95]](#footnote-95) *“indien het niet de verdachte is die door de niet-naleving van het voorschrift is getroffen in een belang dat de overtreden norm beoogt te beschermen, (zal) in de te berechten zaak als regel geen rechtsgevolg behoeven te worden verbonden aan het verzuim”* [[96]](#footnote-96) De rechter dient dus te onderzoeken of het desbetreffende voorschrift in het leven is geroepen om op enige wijze de verdachte in zijn belangen te beschermen. Is dit niet het geval? Dan hoeft ook geen rechtsgevolg aan het verzuim te worden verbonden.[[97]](#footnote-97) Uit de voorafgaande rechtsgang van het Afvoerpijp-arrest blijkt bijvoorbeeld dat het onrechtmatig binnentreden van een woning niet de belangen van een bezoeker raakt, omdat het huisrecht enkel de bewoner beoogt te beschermen.[[98]](#footnote-98) Wel dient volgens Buruma de Schutznorm enigszins gerelativeerd te worden, gelet op de passage ‘‘als regel geen rechtsgevolg.’’ Met deze zinsnede wordt een kleine mogelijkheid opengelaten om de Schutznorm ter zijde te schuiven, hetgeen volgens jurisprudentie in uitzonderlijke gevallen mogelijk is.[[99]](#footnote-99) Het moet dan wel gaan om schendingen waarbij hogere belangen aan de orde zijn zoals in ECLI:NL:HR:1999:ZD1402, waarbij geheimhoudersgesprekken tussen de medeverdachte en zijn raadsman niet mochten worden gebruikt tegen de verdachte die terecht stond.[[100]](#footnote-100) Hieruit kan volgens Buruma worden opgemaakt dat de rechter niet verplicht, maar wel van harte uitgenodigd is de Schutznorm toe te passen.[[101]](#footnote-101)

### 3.1.1.5. Onderbouwingsplicht verdediging

Tot slot zijn in dit arrest niet alleen aanwijzingen voor de rechterlijke motivering te vinden maar ook voor hetgeen van de verdediging kan worden verwacht.[[102]](#footnote-102) Volgens de Hoge Raad dient de verdediging namelijk bij een beroep op een sanctioneringsmiddel duidelijk, gedetailleerd en gemotiveerd aan de hand van de factoren van art. 359a lid 2 Sv. aan te geven tot welk rechtsgevolg de rechter zou moeten besluiten. Pas als een verweer aan deze criteria voldoet, dient de rechter hierop gemotiveerd een beslissing te nemen; het enkel signaleren van een vormverzuim is onvoldoende.[[103]](#footnote-103) Vervolgens heeft de Hoge Raad in een ander arrest het volgende hieraan toegevoegd: *‘’een verweer is in ieder geval als zodanig te beschouwen als het bepaalde feiten stelt waaruit het een conclusie trekt, inhoudende het juridisch gevolg waartoe die gestelde feiten zouden moeten leiden. Voor een beroep op deze bepaling dient duidelijk en gemotiveerd te worden aangegeven waarom een of meer van de veronderstelde verzuimen, mede bezien in het licht van de in het tweede lid van die bepaling genoemde factoren, dienen te leiden tot het door de verdediging beoogde rechtsgevolg, in dit geval dat van de niet-ontvankelijkheid van het OM in de vervolging.* [[104]](#footnote-104)*’’* In de slotoverweging nuanceert de Hoge Raad de rechterlijke motiveringsplicht wel enigszins. De rechter kan namelijk een onderzoek naar de correctheid van de feitelijke grondslag van een verweer achterwege laten indien, op grond van zijn gemotiveerde oordeel blijkt dat het gevoerde vormverzuim-verweer niet kan leiden tot een van de sancties als omschreven in het eerste lid van art. 359a, alsmede de verstelling van het verzuim. Een verweer kan overigens helemaal zonder nadere motivering ter zijde worden geschoven, indien het bewijsmateriaal waar het verweer betrekking op heeft, niet tot bewijsmiddelen wordt gebezigd.[[105]](#footnote-105)

## 3.2. Tussenconclusie

In het Afvoerpijp-arrest heeft de Hoge Raad per sanctioneringsmiddel toepassingsvoorwaarden geformuleerd. Met deze voorwaarden lijkt de Hoge Raad de rechter handvatten te hebben willen geven voor de toepassing van één van de sanctioneringsmiddelen. Daarnaast beperkt de Schutznorm het toepassingsbereik van art. 359a Sv. enigszins: sanctionering van het verzuim kan in de regel alleen plaatsvinden als de geschonden norm de verdachte beoogt te beschermen. Gevolg is dat sommige verzuimen – hoe onrechtmatig deze ook zijn – niet in het voordeel van de verdachte bestraft kunnen worden. Naast de bespreking van de toepassingsvereisten, die vooral belangrijk voor de rechter is, komt ook de verdediging aanbod; indien deze een gefundeerd vormverzuim-verweer wilt voeren dan dient zij duidelijk, gedetailleerd en gemotiveerd aan de hand van de factoren van art. 359a lid 2 Sv. uiteen te zetten tot welk rechtsgevolg een vormverzuim dient te leiden.

## 3.3. Onbevoegde hulpofficiers-arrest

Nadat het Afvoerpijp-arrest in 2004 was gewezen, heeft de Hoge Raad in 2013 een nadere uitwerking gegeven van het toetsingsschema ten aanzien van bewijsuitsluiting. Dit arrest, dat overigens in de inleiding al deels is besproken, wordt ook wel het Onbevoegde hulpofficiers-arrest genoemd.[[106]](#footnote-106) In dit arrest benoemt de Hoge Raad een drietal redenen die tot bewijsuitsluiting kunnen leiden. Buiten deze drie redenen, die hieronder nader zullen worden besproken, lijkt geen andere mogelijkheid meer te bestaan die bewijsuitsluiting kan rechtvaardigen.[[107]](#footnote-107) Voorts herhaalt de Hoge Raad in dit arrest nog een aantal criteria uit het Afvoerpijp-Arrest. Zo blijft het vertrekpunt dat bewijsuitsluiting uitsluitend aan de orde kan komen indien door de onrechtmatige bewijsgaring een belangrijk strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden en benadrukt de Hoge Raad nogmaals dat het belang van de verdachte dat het gepleegde feit niet wordt ontdekt, niet kan worden aangemerkt als een rechtens te respecteren belang.[[108]](#footnote-108)

### 3.3.1.Bewijsuitsluiting ter verzekering van een eerlijk proces

Bewijsuitsluiting kan volgens de Hoge Raad allereerst noodzakelijk zijn ter verzekering van het recht van de verdachte op een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM.[[109]](#footnote-109) Het toepassingbereik van deze reden is daardoor beperkt en zal in grote mate invulling krijgen door het EHRM dat immers recht spreekt over art. 6 EVRM.[[110]](#footnote-110) Daarnaast merkt de Hoge Raad nogmaals op dat schending van Art. 8 EVRM niet zonder meer een inbreuk oplevert van een eerlijk proces in de zin van art 6 EVRM.[[111]](#footnote-111) Als eenmaal wel is vast komen te staan dat een dergelijke schending heeft plaatsgevonden, is de ruimte om af te zien van bewijsuitsluiting zeer klein.[[112]](#footnote-112) Volgens Nan is dit gevolg logisch te noemen omdat met een schending van art. 6 EVRM de schuldvraag niet meer op behoorlijke wijze kan worden beantwoord. Het verkregen bewijs is in dat geval immers op onjuiste wijze verkregen, hetgeen de reden vormt om het bewijs uit te sluiten. Aan de belangenafweging van art. 359a lid 2 Sv. komt de rechter niet meer toe, aldus Nan.[[113]](#footnote-113) Bijbehorende voorbeelden moeten volgens de Hoge Raad worden gezocht in de sferen van schending van het Salduz-arrest en onrechtmatige infiltratie.[[114]](#footnote-114)

### 3.3.2. Schending ander belangrijk voorschrift of rechtsbeginsel

Voorts kan volgens de Hoge Raad bewijsuitsluiting noodzakelijk zijn wanneer niet het recht op een eerlijk proces in het geding is, maar wel sprake is van een andere belangrijk voorschrift of rechtsbeginsel dat in aanzienlijke mate is geschonden. Bewijsuitsluiting kan in dit geval als middel worden ingezet om toekomstige gelijksoortige vormverzuimen te voorkomen. De overheid dient op deze wijze te worden gestimuleerd om binnen de kaders van de wet te blijven handelen.[[115]](#footnote-115) Met deze formulering komt duidelijk het preventieargument van Corstens naar voren; het voorkomen van toekomstige vormverzuimen. Wel dient het bij deze reden te gaan om vormverzuimen van een stevig kaliber.[[116]](#footnote-116) Als voorbeelden noemt de Hoge Raad hierbij toepassing van onrechtmatige lijfsvisitatie waarmee een zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht wordt gemaakt en schendingen van fundamentele belangen zoals het verschoningsrecht.[[117]](#footnote-117) Volgens Kuiper lijkt ook deze reden beperkt toepasbaar omdat de Hoge Raad spreekt over een ‘’een zeer ingrijpende inbreuk’’ en hierbij een uiterst vergaand voorbeeld noemt.[[118]](#footnote-118) Of bewijsuitsluiting uiteindelijk bij deze reden geboden is, zal de rechter moeten beoordelen aan de hand van de beoordelingsfactoren van art. 359a lid 2 Sv. en de omstandigheden van het geval. De rechter kan bij deze beslissing ook laten meewegen of bewijsuitsluiting naar de gegeven omstandigheden opweegt tegen de daarvan te verwachten negatieve effecten ‘'*en of aldus niet op onaanvaardbare wijze afbreuk wordt gedaan aan zwaarwegende belangen als de waarheidsvinding en de bestraffing van de dader van een -mogelijk zeer ernstig – feit, alsmede in voorkomend geval aan de rechten van slachtoffers of hun nabestaanden, mede gelet op uit het EVRM voortvloeiende positieve verplichtingen tot effectieve bestraffing*.’[[119]](#footnote-119)

### 3.3.3. Bewijsuitsluiting bij structurele vormverzuimen

Bewijsuitsluiting is tot slot mogelijk bij zeer uitzonderlijke situaties waarin een vormverzuim dusdanig vaak voorkomt dat het structurele karakter daarvan vaststaat en de overheid zich – vanaf het moment van bekendwording van dit verzuim – onvoldoende heeft ingezet om overtreding van het desbetreffende voorschrift te doen stoppen. De Hoge Raad ziet het als de taak van de verdediging om een dergelijk structureel vormverzuim aan te kaarten. Deze stelling dient zij te onderbouwen met de voorliggende zaak reeds bekende gegevens te onderbouwen. Vervolgens dient bij voldoende onderbouwing het Openbaar Ministerie aan te tonen of afdoende op het structurele vormverzuim is gereageerd.[[120]](#footnote-120) Keulen merkt in dit verband op dat het algemeen belang met zich mee kan brengen dat ook het Openbaar Ministerie structurele vormverzuimen onder de ogen van de rechter brengt. Mogelijkerwijs zou de rechter deze taak op zich kunnen nemen.[[121]](#footnote-121) Als uiteindelijk een dergelijk vormverzuim is geconstateerd, dient aannemelijk te worden gemaakt dat toepassing van bewijsuitsluiting daadwerkelijk de beoogde normerende werking op de praktijk van opsporing en vervolging zal hebben, waarbij de oorzaak van het vormverzuim een factor kan spelen. Wanneer een zodanig preventief effect valt te verwachten (ook hier komt het effectiviteitsargument van Corstens terug), dient de rechter een belangenafweging te maken. Volgens de Hoge Raad:‘’*moet er worden onderzocht of in de gegeven omstandigheden toepassing van bewijsuitsluiting opweegt tegen de daarvan te verwachten negatieve effecten en of aldus niet op onaanvaardbare wijze afbreuk wordt gedaan aan zwaarwegende belangen als de waarheidsvinding en de bestraffing van de dader van een — mogelijk zeer ernstig — strafbaar feit, alsmede in voorkomend geval aan de rechten van slachtoffers of hun nabestaanden, mede gelet op uit het EVRM voortvloeiende positieve verplichtingen tot effectieve bestraffing.’’[[122]](#footnote-122)* Opvallend is dat de Hoge Raad, in tegenstelling tot de twee eerdere genoemde redenen, geen voorbeelden noemt. Volgens Kuiper valt te verwachten dat het in dit geval wel om verzuimen van een zekere ernst moet gaan. Anders, zo redeneert hij, zal ook niet de moeite tot het instellen van het onderzoek worden genomen, dat noodzakelijk is om het structurele karakter en het niet ingrijpen van de overheid aan te tonen.[[123]](#footnote-123)

## 3.4. Deelconclusie

De Hoge Raad heeft in het Onbevoegde hulpofficiers-arrest uitdrukkelijk drie redenen benoemd die tot bewijsuitsluiting kunnen leiden,waarbij hij tevens de bijhorende doelstellingen en afwegingskaders heeft geformuleerd. Bewijsuitsluiting kan in het eerste geval noodzakelijk zijn ter verzekering van een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM. Ten tweede kan bewijsuitsluiting noodzakelijk worden geacht bij schending van een ander belangrijk voorschrift of rechtsbeginsel. En tot slot is bewijsuitsluiting bij structurele vormverzuimen in uitzonderlijke gevallen mogelijk. Het toepassingsbereik voor bewijsuitsluiting lijkt door benoeming van de bovengenoemde drie redenen behoorlijk te worden ingeperkt. Immers lijkt bewijsuitsluiting nu nog alleen mogelijk bij art. 6 EVRM-schendingen of diepgaande schendingen van bepaalde belangrijke voorschriften die onder meer betrekking hebben op bescherming van de lichamelijke integriteit.

# 

# Hoofdstuk 4: Resultaten

In dit hoofdstuk zullen de resultaten van het jurisprudentieonderzoek worden besproken. Zoals in het plan van aanpak al naar voren kwam, is onderzocht onder welke feiten en omstandigheden de rechter overgaat tot toepassing van één van de sanctioneringsmiddelen die worden genoemd in art. 359a lid 1 Sv. Ondanks dat constatering van een vormverzuim in beginsel niet onder de noemer van sanctionering valt, is deze rechterlijke reactie ook in het onderzoek meegenomen om zo een volledig mogelijk beeld te krijgen van het toepassingsbeleid van art. 359a Sv. In praktische en doelmatige zin is ervoor gekozen om alleen vormverzuimen te behandelen die betrekking hebben op Opiumwetdelicten, omdat OASS Advocaten in de praktijk hiermee veel te maken heeft.

In totaal zijn 32 recente uitspraken van feitenrechters geselecteerd die mijns inziens kunnen bijdragen aan de beantwoording van de onderzoekingsvraag. Het recente karakter van de uitspraken is hierbij van belang vanwege de steeds opschuivende gebruiksvoorwaarden die Hoge Raad formuleert ten aanzien van de toepassing van art. 359a Sv., zoals onder meer is besproken in hoofdstuk drie. Het is evenwel niet gelukt om per sanctioneringsmiddel evenveel relevante uitspraken te vinden. Dit komt mede doordat niet elk middel in verhouding evenveel wordt toepast, hetgeen vooral naar voren komt bij het niet-ontvankelijk verklaren van de officier van justitie.

Om de resultatenweergaven zo overzichtelijk mogelijk te houden, zal ieder sanctioneringsmiddel apart worden besproken. Hierbij is aan iedere uitspraak een nummer gekoppeld. De volledige uitwerking van alle uitspraken zijn, met bijbehorend ECLI-nummer, als bijlage aan dit onderzoeksrapport gehecht.

## 4.1. Onder welke feiten en omstandigheden gaat de rechter enkel over tot constatering bij een vormverzuim inzake art. 359a Sv.?

Allereerst zal de lichtste mogelijke reactie worden geanalyseerd: de constatering. Zoals gezegd betekent dit dat de rechter geen consequentie aan een vormverzuim verbindt. Omdat de rechter in dit geval niet tot enig rechtsgevolg overgaat, is hij naar de letter van de wet niet verplicht om ieder gezichtspunt uit art. 359a Sv. te behandelen. Bij het selecteren van de uitspraken is wel reeds naar voren gekomen dat de rechter in de onderhavige zaken vaak stilstaat bij de ernst van het verzuim en het nadeel voor de verdachte. Derhalve zullen naast de aard van het verzuim, deze twee gezichtspunten als topic dienen.

**Aard van het verzuim**

In de gevallen waar de rechter overgaat tot constatering van het vormverzuim, hebben zaken 3,4,6 en 9 betrekking op gebreken bij het binnentreden en/of doorzoeken van woningen en zien zaken 5 en 7 op onrechtmatige fouillering. Voorts zien zaken 8 en 10 op het niet verlengen van bevel tot observatie en het onrechtmatig uitlezen van een telefoon. Tot slot heeft zaak 1 betrekking op het niet kunnen consulteren van een raadsman en heeft uitspraak 2 betrekking op het onrechtmatig doorzoeken van een tas.

**Ontbreken ernst en nadeel**

Uit de zaken 3, 4, 6, 8 en 10 blijkt dat de rechter het nadeel voor de verdachte afwezig acht om de volgende reden. In deze zaken hebben de verbalisanten gebruikgemaakt van dwangmiddelen, zonder dat daarvoor de vereiste toestemming was gegeven. Volgens de rechter viel echter het verzuim in deze zaken te verwaarlozen omdat met terugwerkende kracht gesteld kon worden, dat een bevoegde autoriteit waarschijnlijk wel een machtiging zou hebben verleend en/of de verbalisanten op basis van een andere bevoegdheid wel rechtmatig gebruikmaakte van hun bevoegdheid. Zo was er in zaak 4 sprake van een doorzoeking van een garage terwijl door de rechter-commissaris alleen een machtiging was afgegeven voor het doorzoeken van de bijbehorende woning. De verbalisanten waren in de veronderstelling dat zij ook de garage mochten doorzoeken, terwijl dit dus achteraf niet het geval bleek te zijn. Volgens de rechter was dit verzuim uiteindelijk niet dermate ernstig en nadelig voor de verdachte omdat (met terugwerkende kracht) is gebleken dat de rechter-commissaris waarschijnlijk wel een machtiging voor de garage zou hebben afgegeven indien hij op de hoogte was dat de garage niet bij de woning behoorde.

In zaak 3 betraden de verbalisanten op grond van de Wet wapens en munitie en de Opiumwet de woning van een verdachte waar volgens een vuurwapen en 12 kilo hasjiesj werden gevonden. Op zitting bleek dat er onvoldoende verdenking was om op basis van de Opiumwet de woning te betreden. De rechter achtte het verzuim in dit geval niet nadelig voor de verdachte omdat de verbalisanten wel bevoegd waren om op grond van de Wet wapens en munitie de woning te betreden en te doorzoeken. Hierdoor behielden de verbalisanten hun algemene inbeslagname bevoegdheid waardoor zij de hasjiesj in beslag mochten nemen. Derhalve werd het verzuim niet dermate ernstig en nadelig geacht.

In de zaken 2, 5 en 7 die betrekking hebben op het onrechtmatig fouilleren en/of doorzoeken van tas, overweegt de rechter dat er geen sprake is van een (ernstige) inbreuk op een grondrecht en dat derhalve de verzuimen niet dusdanig ernstig worden geacht. Het enige echte nadeel dat in deze zaken naar voren komt is de ontdekking van de hard- en/of softdrugs. Nu het niet ontdekken van een strafbaar feit geen rechtens te beschermen belang is, valt dit nadeel niet onder de noemer van art. 359a Sv. en blijft er dus in deze zaken, op een ongewenste aanraking na, geen nadeel over. De meeste opvallende zaak in dit verband is zaak 5. Hierbij werd de verdachte onrechtmatig staande gehouden, onrechtmatig gefouilleerd (geen redelijke vermoeden van schuld) en werd hem tevens de cautie niet medegedeeld. De rechter heeft vervolgens volstaan met de zinsnede dat het opgelopen nadeel voor de verdachte minimaal is.

Tot slot blijkt uit zaak 1 dat het opnieuw afleggen van een inhoudelijke verklaring op zitting het nadeel en de factor ernst, van een onrechtmatig verhoor waarbij de cautie niet is gegeven, kan wegnemen.

**Tussenconclusie**

Uit de geanalyseerde zaken kan worden opgemaakt dat het ontbreken van een concreet nadeel (en de samenhangende ernst) de voornaamste reden is om af te zien van sanctionering. Wat opvalt is dat de rechter in sommige gevallen het vormverzuim met terugwerkende kracht beoordeelt, terwijl de wetgever dit nimmer voor ogen heeft geacht. Daarnaast kan worden geconcludeerd dat de rechter in deze zaken een onrechtmatige fouillering niet ziet als een ernstige inbreuk op een grondrecht.

## 4.2. Onder welke feiten en omstandigheden gaat de rechter over tot strafvermindering bij een vormverzuim inzake art. 359a Sv?

Voor het sanctioneringsmiddel strafvermindering zijn in totaal zeven uitspraken geselecteerd. Hierbij zijn de uitspraken die zien op overschrijding van redelijke termijn – waar strafvermindering vooral op wordt toegepast – niet in meegenomen omdat dit verzuim in beginsel niet onder de noemer van art. 359a Sv. valt. Derhalve is het aantal relevante zaken op zeven blijven steken, waarbij de volgende topics zullen worden geanalyseerd: de aard van het verzuim, toepassing gezichtspunten art. 359a lid 2 Sv., de ernst van het verzuim en het ondervonden nadeel van de verdachte. Om de resultaten zo overzichtelijk mogelijk te maken, zijn deze in een aantal alinea’s ingedeeld.

**Aard van het verzuim**

In de gevallen waar de rechter overgaat tot constatering, hebben zaken 12 en 13 betrekking op het onrechtmatig doorzoeken van een auto en zien zaken 14 en 15 op stelselmatige observatie zonder bevel. Tot slot ziet zaak 11 op het vernietigen van bewijsmateriaal, zaak 16 op het niet tonen van een machtiging bij binnentreden van een woning en zaak 17 op het in het openbaar verrichten van een identiteitsfouillering.

**Toepassing gezichtspunten art. 359a lid 2 Sv.**

Zoals eerder aangegeven dient de rechter bij de toepassing van een sanctioneringsmiddel rekening te houden met de factoren uit art. 359a lid 2 Sv. Uit de uitspraken komt echter naar voren dat de rechter niet alle factoren (duidelijk) behandelt. Zo wordt het belang van het geschonden voorschrift maar in twee van de zeven zaken behandeld.[[124]](#footnote-124) Uit alle zeven zaken komt wel naar voren dat de rechter zich in alle zaken uitlaat over de ernst van het verzuim, met in 6 van de 7[[125]](#footnote-125) zaken een korte toelichting ten aanzien van het ondervonden nadeel.

**Motivering besluit tot strafvermindering (ernst en nadeel)**

In zes van de zeven[[126]](#footnote-126) zaken drukt de rechter de ernst van het verzuim uit door het sanctioneringsmiddel strafvermindering af te wegen tegenover bewijsuitsluiting en/of niet-ontvankelijkheid van de officier van justitie. Deze wijze van motivering komt voort uit het feit dat advocaten in al deze zaken een beroep hebben gedaan op de laatste twee genoemde rechtsgevolgen. Door de algemene toepassingsvoorwaarden van bewijsuitsluiting te doorlopen, komen de rechters in deze uitspraken tot de conclusie dat deze verweren niet kunnen slagen. Zo wordt veelal vastgesteld dat er geen sprake is van een vormverzuim waarbij een belangrijk strafvorderlijk voorschrift is overschreden, waardoor bewijsuitsluiting geen optie is.

Hieraan voegt de rechter in zaken 15 en 16 toe, dat bij het niet tonen van een machtiging bij binnentreden van een woning en het abusievelijk niet afgeven van een bevel tot observatie, niet als dermate ernstig wordt gezien omdat de verbalisanten in beginsel wel bevoegd waren de betreffende handelingen uit te voeren. Het nadeel, het schenden van de privacy, wordt derhalve gering geacht. In de overige zaken[[127]](#footnote-127) wordt het nadeel summier of impliciet weergegeven. Zo wordt in zaak 13 enkel overwogen, waarbij de verdachte onrechtmatig is gefouilleerd, dat: ‘’*gelet op het minimale nadeel dat is veroorzaakt strafvermindering met 10% passend wordt geacht*’’

Zaak 11 wijkt enigszins af van de andere zaken. In deze zaak had de officier van justitie een tas, waarin drugs werd aangetroffen, vroegtijdig vernietigd waardoor het recht op tegenonderzoek niet meer mogelijk was. De ernst van dit verzuim werd desalniettemin niet heel hoog geacht omdat de rechter ook bij het in standhouden van de tas tot een bewezenverklaring zou zijn gekomen. Nadeel was er volgens de rechters wel omdat de verdachte wellicht door tegenonderzoek zijn verklaring in een ander perspectief kon plaatsen.

**Deelconclusie**

Uit de geanalyseerde zaken kan in eerste instantie worden opgemaakt dat niet alle factoren uit art. 359a lid 2 Sv. stap voor stap worden besproken. De rechter staat vooral stil bij de ernst van het verzuim al dan niet met een summiere bespreking van het ondervonden nadeel. Uit de motiveringen van de ernst blijkt vooral dat de rechter strafvermindering als een soort tussenoplossing ziet; .bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkheid worden bij deze type verzuimen als een te ingrijpende reactie gezien, maar de enkele constatering doet daarentegen weer geen recht aan de ernst van de verzuimen.

## 4.3. Onder welke feiten en omstandigheden gaat de rechter over tot bewijsuitsluiting bij een vormverzuim inzake art. 359a Sv.?

Voor het sanctioneringsmiddel bewijsuitsluiting zijn in totaal tien uitspraken geselecteerd. Deze uitspraken zullen worden geanalyseerd aan de hand van de volgende topics: de aard van het verzuim/belang van het geschonden voorschrift, de motivering, de toepassing van het onbevoegde hulpofficiers-arrest, de ernst van het verzuim en het ondervonden nadeel van de verdachte. Om de resultaten zo overzichtelijk mogelijk te maken zijn de resultaten in een aantal alinea’s ingedeeld.

**Aard van het verzuim/belang van het geschonden voorschrift**

In zaken waar de rechter tot bewijsuitsluiting overgaat, is gebleken dat 8 zaken[[128]](#footnote-128) betrekking hebben op art. 8 EVRM-schendingen. In dit artikel is – kort gezegd – het recht op privacy geregeld. Meer concreet zien deze zaken op het onrechtmatig binnentreden/doorzoeken van woningen en het onrechtmatig doorzoeken van voertuigen. De twee overige zaken[[129]](#footnote-129) hebben betrekking op het niet geven van de cautie en het niet kunnen consulteren van een raadsman, hetgeen een art. 6 EVRM-schending oplevert.

**Geen motivering bij art. 6 EVRM-schendingen**

Allereerst zal worden ingegaan op de art. 6 EVRM-schendingen die in de zaken 20 en 25 naar voren komen. Wat meteen opvalt in deze zaken is dat de keuze voor bewijsuitsluiting niet wordt gemotiveerd; volstaan wordt met de zinsnede dat het verzuim tot bewijsuitsluiting dient te leiden. Een verklaring voor deze summiere overweging zou wellicht kunnen worden gevonden in het Onbevoegde hulpofficiers-arrest. De Hoge Raad overwoog immers in dit arrest dat de ruimte om af te zien van bewijsafsluiting zeer klein is, indien een art. 6 EVRM-schending wordt geconstateerd. Aldus lijkt een dergelijke schending automatisch tot bewijsuitsluiting te leiden, hetgeen bespreking van de gezichtspunten uit lid 2 dus kennelijk overbodig maakt.

**Art. 8 EVRM-schendingen en het Onbevoegde hulpofficiers-arrest**

Zoals gezegd hebben de acht andere zaken betrekking op het schenden van art. 8 EVRM. Hierbij zien zaken 18, 22 en 26 op het onbevoegd doorzoeken van voertuigen en zien zaken 19, 21, 23, 24, 26 en 27 op het onrechtmatig betreden en/of doorzoeken van woningen. Eerder bleek al dat de Hoge Raad in het Onbevoegde hulpofficiers-arrest heeft uitgemaakt dat bewijsuitsluiting om een drietal redenen noodzakelijk kan zijn. Zo kan bewijsuitsluiting (1) worden toegepast ter verzekering van een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM. (gedacht moet worden aan schending van Sulduz-jurisprudentie) Voorts bleek dat bewijsuitsluiting (2) mogelijk is bij schending van een andere belangrijk strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel. (gedacht moet worden aan lijfsvisitatie of een rechtmatige undercoveroperatie) Toepassing hiervan kan in dit geval geboden zijn om toekomstige vergelijkbare vormverzuimen te voorkomen en de overheid een krachtige stimulans te geven om zich in toekomst wel aan de regels te houden. Tot slot is bewijsuitsluiting (3) nog in uitzonderlijke gevallen mogelijk bij structurele vormverzuimen.[[130]](#footnote-130) Wanneer een blik wordt geworpen op de geselecteerde uitspraken, kan het volgende opvallend worden genoemd. In slechts één van de acht uitspraken, te weten zaak 23, wordt een concrete reden uit het onderhavige arrest gebruikt. In deze zaak was de rechter-commissaris niet aanwezig bij de doorzoeking, hetgeen een vormverzuim opleverde. Volgens de rechter was dit handelen van de opsporingsambtenaren niet te verontschuldigen en hadden zij de situatie moeten bevriezen. Door dit niet te doen hebben zij een ernstige inbreuk gemaakt op de privacy en huisrecht van de verdachte, hetgeen als nadeel wordt gezien. De rechtbank komt uiteindelijk tot de conclusie dat: ‘*’sprake is van een ernstige inbreuk op een grondrecht van de verdachte waarbij het belang om toekomstige vergelijkbare vormverzuimen te voorkomen noopt tot bewijsuitsluiting. Daarbij heeft de rechtbank meegewogen dat met dit oordeel in dit geval ook niet op onaanvaardbare wijze afbreuk wordt gedaan aan zwaarwegende belangen als de waarheidsvinding en de bestraffing van de dader van een strafbaar feit.’’* Uit deze motivering kan worden opgemaakt dat de tweede reden het mogelijk maakt om bij een dergelijke schending tot bewijsuitsluiting over te gaan, hoewel de vraag zou kunnen rijzen of een dergelijke schending hieronder valt, gelet op het vergaande voorbeeld (lijfsvisitatie) dat de Hoge Raad hierbij noemt. De rechters vonden in deze zaak in ieder geval wel dat het onrechtmatig binnentreden onder die reden valt.

**Motivering ernst en nadeel overige art. 8 EVRM-schendingen.**

Uit de vorige paragraaf is naar voren gekomen dat een onbevoegde doorzoeking van een woning onder de tweede bewijsuitsluitingsreden kan worden geplaatst. In de overige uitspraken – die dus allemaal zien op het doorzoeken van woningen en/of voertuigen – wordt echter niet stilgestaan bij de aangescherpte toepassingsredenen van de Hoge Raad. Wel worden in deze zaken[[131]](#footnote-131) (behalve in zaak 26), al dan niet in verschillende bewoordingen, duidelijk gemaakt dat het om een belangrijk strafvorderlijk voorschrift en/of ernstig verzuim gaat, dat in aanzienlijke mate is geschonden. Deze motivering, die ziet op de ernst van het verzuim, komt voort uit het Afvoerpijp-arrest (2004). In vergelijking met het Onbevoegde hulpofficiers-arrest, betreft dit een veel bredere norm. Hieruit kan dus worden opgemaakt dat de rechters nog steeds sneller tot bewijsuitsluiting overgaan dan dat de Hoge Raad zou willen.

Met betrekking tot het nadeel zien deze zaken logischerwijs op de schending van de privacy en/of het huisrecht. Er zijn echter ook een aantal opvallende nadeelsfactoren naar voren gekomen. Zo worden in de zaken 22 en 27 het ontdekken van de hard- en sofdrugs meegerekend tot het nadeel. Deze motivering is onjuist gelet op het eerder aangehaalde arrest[[132]](#footnote-132) omtrent het begrip nadeel: ‘’*in dit verband verdient opmerking dat het belang van de verdachte dat het gepleegde feit niet wordt ontdekt, niet kan worden aangemerkt als een rechtens te respecteren belang. Een eventuele schending van eerstgenoemd belang als gevolg van een vormverzuim levert dus niet een nadeel op als bedoeld in art. 359a, tweede lid, Sv’’*

Tot valt de motivering omtrent het begrip nadeel in zaak 18 op. In deze zaak werd de kofferbak van de verdachte doorzocht, waarna Kamagrapillen werden aangetroffen. Op zitting bleek dat er geen enkele reden was om de kofferbak te doorzoeken. Volgens de rechters zorgt dit vormverzuim er voor dat het vertrouwen in de politie afneemt, hetgeen nadeel voor de verdachte oplevert.

**Tussenconclusie**

Uit de geanalyseerde zaken die betrekking hebben op bewijsuitsluiting kan worden geconcludeerd dat deze verzuimen voor het overgrote deel betrekking hebben op art. 8 EVRM-schendingen. Wat in deze zaken vooral opvalt is de motiveringswijze: in bijna alle zaken worden niet de toepassingsvereisten uit het Onbevoegde hulpofficiers-arrest toegepast, maar alleen de algemenere criteria uit het Afvoerpijp-arrest. Daar komt nog bij dat in sommige zaken ontdekking van het strafbare feit mede tot het nadeel wordt gerekend, hetgeen evenmin in de lijn van de actuele jurisprudentie ligt. Daarentegen worden Art. 6 EVRM-schendingen wel volgens de letter van de jurisprudentie gesanctioneerd.

## 4.4. Onder welke feiten en omstandigheden gaat de rechter over tot het niet-ontvankelijk verklaren van het Openbaar Ministerie bij een vormverzuim inzake art. 359a Sv.?

Tot slot zal het sanctioneringsmiddel niet-ontvankelijk van het Openbaar Ministerie worden behandeld. Vanwege de strenge eisen die aan de toepassing van niet-ontvankelijkheid worden gesteld, heb ik slechts vijf uitspraken kunnen selecteren. Gelet hierop en de afwezige samenhang, zullen deze uitspraken kort worden besproken.

**Overschrijding redelijke termijn**

Dat overschrijding van de redelijke termijn tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie leidt, is op z’n zachtst gezegd opvallend te noemen. De Hoge Raad overwoog immers in 2008 dat: ‘’*Overschrijding van de redelijke termijn, waaronder dus de inzendingstermijn mede is begrepen, niet leidt tot de niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de strafvervolging onderscheidenlijk de ontnemingsvordering, ook niet in uitzonderlijke gevallen.[[133]](#footnote-133)’’* Toch achtte de rechter in twee zaken[[134]](#footnote-134) niet-ontvankelijkheid passend omdat beide zaken pas na respectievelijk vijf en zeven jaar op zitting werden aangebracht. De rechter overwoog dat door het lange tijdsverloop, verdachten en getuigen wellicht niet meer instaat waren zich alles te herinneren, waardoor zowel het verdedigingsbelang als het belang tot waarheidsvinding is geschonden. Met in achtneming van de geringe ernst van de feiten, werd het strafvorderlijke belang niet meer aanwezig geacht.

**Pseudokoop**

In een andere zaak[[135]](#footnote-135) werd het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk verklaard vanwege het uitlokken van een strafbaar feit. In het onderhavige geval rees bij het politie het vermoeden dat de verdachte zich vanuit haar winkel bezig hield met het verkopen van hennepproducten. Om dit te kunnen aantonen is door de officier van justitie een bevel tot pseudokoop afgegeven, hetgeen geresulteerd heeft in de verkoop van hennepolie aan de politie. Het gerechtshof heeft deze pseudokoop onrechtmatig geacht omdat de verdachte enkel op initiatief van een verbalisant ertoe is gebracht tot de verkoop van hennepolie, terwijl haar opzet daar van te voren niet op was gericht. De verbalisant had immers aan de verdachte verteld dat zijn vrouw ernstig ziek was en dat hennepolie het leed daarvan wellicht dragelijker zou maken. Nu dit verhaal de verdachte aangreep, heeft zij speciaal voor de verbalisant hennepolie besteld. Daar komt volgens het hof nog bij dat verdachte nimmer eerder met politie en justitie in aanraking is geweest en dat nergens uit is gebleken dat zij eerder hennepolie heeft verkocht. Het gerechtshof kwam uiteindelijk tot de slotsom dat *‘’ in deze strafzaak sprake van een ernstige schending van de beginselen van een goede procesorde, waarbij doelbewust of met grove veronachtzaming van verdachtes belangen is tekort gedaan aan haar recht op een eerlijke behandeling van de zaak. Een eerlijk proces over een strafbaar feit dat is begaan op instigatie van met de opsporing en vervolging van strafbare feiten belaste overheidsdienaren is niet meer mogelijk.’’*

**Sjoemelen met processen-verbaal**

De overige zaken[[136]](#footnote-136) die betrekking hebben op het niet-ontvankelijk verklaren van het Openbaar Ministerie, zien op het onjuist verbaliseren. Zo valt in zaak 32 op dat de verbalisanten, na de voorgeleiding bij de rechter-commissaris, een aantal passages uit een proces-verbaal hadden aangepast. Het hof overweegt hierbij dat: *‘’Het hiervoor genoemde belang, de ernst van het verzuim en het nadeel heeft het hof afgewogen tegen het belang van de samenleving bij vervolging en berechting van verdachte in deze zaak. Het hof komt na die afweging tot het oordeel dat de belangen van verdachte op grove wijze zijn veronachtzaamd en is dat er tekort is gedaan aan diens recht op een eerlijk proces en dat daarom aan het belang van de samenleving bij vervolging en berechting van verdachte hier het mindere gewicht toekomt.’’*

**Conclusie**

Uit de literatuur bleek al dat niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie niet vaak wordt uitgesproken, hetgeen thans ook naar voren is gekomen. Dat het bewust onvolledig verbaliseren en het opzettelijk uitlokken van strafbare feiten door justitie tot niet-ontvankelijkheid leidt, zal tot weinig verbazing leiden. Wat daarentegen wel opmerkelijk is, is dat extreme overschrijding van de redelijke termijn nog steeds tot niet-ontvankelijkheid kan leiden, hetgeen op voorhand door de Hoge Raad leek uitgesloten.

# 

# Hoofdstuk 5: Conclusie en aanbevelingen

In dit hoofdstuk wordt aan de hand van de onderzoeksresultaten antwoord gegeven op de centrale vraag van dit onderzoeksrapport: De centrale vraag luidt als volgt: ‘’welk advies kan OASS Advocaten worden gegeven met betrekking tot het sanctioneringsbeleid van vormverzuimen bij opiumdelicten, op grond van wetsanalyse, literatuuronderzoek en jurisprudentieonderzoek?’’ Na beantwoording van deze vraag zullen een aantal aanbevelingen worden gedaan.

## 5.1. Conclusie

De rechter heeft aan de hand van art. 359a Sv. de mogelijkheid om onherstelbare vormverzuimen, die in voorbereidend onderzoek zijn begaan en waarvan de rechtsgevolgen niet uit de wet blijken, te sanctioneren. Op basis van de eerder gewezen jurisprudentie heeft de wetgever drie sanctioneringsmiddelen gecodificeerd, die de rechter bij een dergelijk verzuim kan toepassen; het gaat in dit verband om strafvermindering, bewijsuitsluiting of het niet-ontvankelijk verklaren van het Openbaar Ministerie. Bij gebruikmaking hiervan dient de rechter rekening te houden met het belang van het geschonden voorschrift, de ernst van het verzuim en het nadeel dat de verdachte heeft ondervonden. Overigens blijkt uit de wetsgeschiedenis dat de rechter niet verplicht is om een dergelijke reactie aan een vormverzuim te verbinden; herstel of constatering staat voorop.

Acht jaar na de invoering van art. 359a Sv. heeft de Hoge Raad in het Afvoerpijp-arrest art. 359a Sv., het artikel verder afgebakend. Zo zijn per sanctioneringsmiddel toepassingsvoorwaarden geformuleerd en is voorts de Schutznorm uitdrukkelijk van toepassing verklaard. Voorts is duidelijk geworden dat de verdediging een vormverzuim-verweer concreet moet onderbouwen, wil een dergelijk verweer kans van slagen hebben. Een aantal jaren na dit arrest heeft de Hoge Raad in het Onbevoegde hulpofficiers-arrest het toepassingsbereik van art. 359a Sv. nog verder ingeperkt, in het bijzonder met betrekking tot bewijsuitsluiting. Allereerst benadrukt de Hoge Raad in dit arrest nogmaals dat schending van art. 8 EVRM niet zondermeer een inbreuk op art. 6 EVRM oplevert en dat het niet ontdekken van een strafbaar feit geen rechtens te beschermen belang is. Met betrekking tot de mogelijkheid om tot bewijsuitsluiting over te gaan formuleert de Hoge Raad drie redenen met bijhorende doelstellingen, voorbeelden en afwegingskaders, die tot bewijsuitsluiting kunnen leiden. Zo blijkt dat bewijsuitsluiting in beginsel nog alleen mogelijk is bij art.6 EVRM-schendingen, zeer ingrijpende inbreuken op grondrechten en rechtsbeginselen en structurele vormverzuimen. Indien men de formulering van deze toepassingsvoorwaarden met die van het Afvoerpijp-arrest vergelijkt, blijkt deze veel strenger te zijn, hetgeen een geslaagd beroep op onder meer bewijsuitsluiting naar aller waarschijnlijkheid steeds moeilijker zal maken.

Uit het jurisprudentieonderzoek blijkt in algemene zin dat een bepaald vormverzuim, of het nu onrechtmatig binnentreden of een onrechtmatige fouillering is, niet tot een vaststaand rechtsgevolg leidt; deze keuze hangt altijd af van de omstandigheden van het geval en de interpretatie van de rechter. Hierbij zitten niet alle rechters op één lijn. Daarnaast blijkt dat niet alle gezichtspunten uit art. 359a lid 2 Sv. worden behandeld en dat deze vaak in elkaar overlopen.

Wanneer er wordt gekeken in welke gevallen de rechter een bepaald sanctioneringsmiddel toepast, kan worden geconcludeerd dat bij het ontbreken van de ernst en het concrete nadeel, de rechter overgaat tot constatering. Bij de beoordeling van deze factoren valt het op dat de rechter een verzuim regelmatig met terugwerkende kracht toetst: blijkt achteraf gezien de ontbrekende toestemming voor een bepaald dwangmiddel wel zou zijn gegeven, dan valt de ernst en het nadeel ook weg.

Strafvermindering lijkt als een soort tussenoplossing te worden gezien indien niet aan de voorwaarden van bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkheid is voldaan maar constatering geen recht doet aan het verzuim. In deze gevallen lijkt ook de ernst en het nadeel nihil te zijn, maar is er geen duidelijk lijn te trekken in welke gevallen de rechter overgaat tot constatering of strafvermindering. Sterker nog: een aantal vormverzuimen waarbij de rechter overgaat tot constatering lijken op het eerste gezicht ernstiger in vergelijking met die van strafvermindering.

Met betrekking tot het tweede rechtsgevolg valt op dat de rechter bij een art. 6 EVRM-schending automatisch tot bewijsuitsluiting overgaat, hetgeen volgens de Hoge Raad-jurisprudentie valt te verklaren. In de andere gevallen die zien op art. 8 EVRM-schendingen (deze schendingen zien op binnentreden en doorzoekingen) blijkt dat de rechters volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad niet altijd juist motiveren. De verscherpte toepassingseisen worden nauwelijks gehanteerd waardoor er soms te snel tot bewijsuitsluiting lijkt te worden overgaan.

Niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie komt slechts in uitzonderlijke gevallen voor en hierdoor valt dus ook moeilijk een conclusie bij dit rechtsgevolg te trekken. Wat wel opvalt is dat de rechter in twee zaken de officier van justitie niet-ontvankelijk verklaard vanwege de schending van de redelijke termijn, hetgeen evenmin in de lijn van de Hoge Raad-jurisprudentie is.

## 5.2. Aanbevelingen

In het laatste gedeelte van dit onderzoeksrapport worden de aanbevelingen aan OASS Advocaten gegeven. De aanbevelingen zijn tot stand gekomen op basis van de conclusies uit het literatuur- en het jurisprudentieonderzoek.

**Nadeelscriterium**

In algemene zin kan worden vastgesteld dat rechters vanwege het ontbreken van een concreet nadeel afzien van sanctionering. Aanbevolen wordt dan ook om dit nadeel altijd uitdrukkelijk te benadrukken in combinatie met de andere gezichtspunten uit het tweede lid van art. 359a lid 2 Sv. Het benoemen van alle gezichtspunten is van belang omdat de rechter anders zonder uitdrukkelijk motivering uw verweer kan verwerpen. Het begrip nadeel kan hierbij in sommige situaties ruim worden toegepast. Zo kunt u bijvoorbeeld in situaties waarbij de politie misbruik van haar bevoegdheden maakt, aanvoeren dat hierdoor het vertrouwen in de politie daalt en uw cliënt hierdoor nadeel van ondervindt.

**Bewijsuitsluiting bij art. 6 EVRM**

Uit de jurisprudentie en literatuur blijkt dat indien een vormverzuim ziet op de cautie of het consultatierecht, de rechter al snel overgaat tot bewijsuitsluiting. Aanbevolen wordt dan ook om in dit soort situaties altijd een beroep op bewijsuitsluiting te doen. Wel is het van belang om uw cliënt te adviseren zich op zijn zwijgrecht te beroepen nadat u bekend bent geworden met een dergelijk vormverzuim. Uit de jurisprudentie bleek immers dat wanneer een verdachte na een onrechtmatig verhoor op zitting opnieuw een inhoudelijke verklaren aflegt, dit het nadeel in aanzienlijke mate doet afnemen en er derhalve niet tot bewijsuitsluiting wordt overgegaan.

**Bewijsuitsluiting bij art. 8 EVRM**

Ondanks de verscherpte toepassingsvoorwaarden ten aanzien van bewijsuitsluiting, blijken rechters deze criteria niet altijd strikt te hanteren. Zo blijkt dat rechters in sommige gevallen, bijvoorbeeld bij onrechtmatig binnentreden of doorzoekingen, enkel het oude bewijsuitsluitingscriterium gebruiken in combinatie met de gezichtspunten uit art. 359a lid 2 Sv. Het is dus van belang om niet te snel te concluderen dat bewijsuitsluiting in dit soort gevallen niet mogelijk is. Aanbevolen wordt om gedurende een verweer in ieder geval aan te tonen dat er sprake is van een aanzienlijke schending van een belangrijk strafvorderlijk voorschrift in combinatie met de gezichtspunten uit het onderhavige

artikel. Hieruit blijkt dus dat u niet altijd hoeft aan te tonen dat er sprake is van één van de drie redenen die in het Onbevoegde hulpofficiers-arrest worden genoemd. Tot slot verdient de aanbeveling om de jurisprudentie – in het bijzonder die van bewijsuitsluiting, die in de bijlage wordt weergegeven – op zitting aan te halen. Op deze wijze wordt de zittingsrechter erop geattendeerd dat er niet eenduidig wordt beslist op vormverzuimen, hetgeen wellicht kan zorgen voor een verschuiving ten aanzien van het sanctioneringsbeleid binnen de rechtelijke macht.

# Literatuurlijst

**Literatuur**

**Corstens 2014**

G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

**Kronenberg & Wilde 2015**

M.J. Kronenberg en B. de Wilde, *Grondtrekken van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Kluwer 2015.

**Kuiper 2014**

R. Kuiper, *Vormfouten. Juridische consequenties van vormfouten in strafzaken*, Nijmegen: Kluwer 2014.

**Minkhof 2017**

A. Minkenhof, *Minkenhof's Nederlandse strafvordering,* Deventer: Kluwer 2017.

**Nan 2015**

J. Nan, *Vormverzuimen in het voorbereidend onderzoek*, Den Haag: SDU 2015.

**Schoep 2017**

G.K. Schoep, ‘Commentaar op artikel 359a Sv’, in: C.P.M. Cleiren e.a. (red*.), Tekst &*

*Commentaar Strafvordering*, Deventer: Kluwer 2017.

**Ter Haar en Meijer 2011**

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

**Artikelen**

**Kooijmans 2011**

T. Kooijmans, ‘*Elk nadeel heb z’n voordeel? Artikel 359a Sv en de ontdekking van het*

*strafbare feit’*, DD, 2011(9).

**Buruma 2013**

Y. Buruma, *Als de politie zich niet aan de wet houdt…,* NJB 2013/494, afl. 10, p. 595.

**Parlementaire stukken**

Kamerstukken II, 1996/97, 25403, nr. 3.

Kamerstukken II, 1994/95, 23705, nr. 3.

Kamerstukken II, 1993/94, 23705, nr. 3.

Stb. 1996, 522.

Stb. 1995, 411.

**Wetgeving**

Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.

Wetboek van Strafrecht.

Wetboek van Strafvordering.

**Jurisprudentie Hoge Raad**

HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, m.nt. B.F. Keulen.

HR 3 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7438.

HR 4 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM6673.

HR 17 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2578

HR 29 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3297, m.nt Y. Buruma.

HR 30 maart 2004 ECLI:NL:PHR:2004:AM2533, m.nt. Y. Buruma.

HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO3545.

HR 12 juli 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AE1532.

HR 2 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4767.

HR 3 juli 2001, ECLI:NL:HR:ZD2845

HR 19 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2202

HR 19 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0328.

HR 18 april 1978, NJ 1978, 365.

HR 26 juni 1962, NJ 1962, 470.

**Jurisprudentie** **rechtbank**

ECLI:NL:RBDHA:2018:3319.

ECLI:NL:RBAMS:2018:3248.

ECLI:NL:RBDHA:2018:2894.

ECLI:NL:RBAMS:2018:2607.

ECLI:NL:RBLIM:2018:2212.

ECLI:NL:RBAMS:2018:1843.

ECLI:NL:RBNNE:2018:1120.

ECLI:NL:RBGEL:2018:317.

ECLI:NL:RBROT:2017:10832.

ECLI:NL:RBLIM:2017:10408.

ECLI:NL:RBROT:2017:10313.

ECLI:NL:RBAMS:2017:9861.

ECLI:NL:RBNHO:2017:7039.

ECLI:NL:RBZWB:2017:6692.

ECLI:NL:RBGEL:2017:6931.

ECLI:NL:RBGEL:2017:2162.

ECLI:NL:RBGEL:2017:1894.

ECLI:NL:RBAMS:2017:370.

ECLI:NL:RBLIM:2016:1243.

ECLI:NL:RBZWB:2015:7986.

ECLI:NL:RBMNE:2015:4167.

ECLI:NL:RBAMS:2014:7707.

ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ8046.

ECLI:NL:RBOVE:2013:3531.

**Jurisprudentie gerechtshof**

ECLI:NL:GHAMS:2018:1435.

ECLI:NL:GHSHE:2018:957.

ECLI:NL:GHDHA:2017:2323.

ECLI:NL:GHAMS:2017:2193.

ECLI:NL:GHSHE:2017:283.

ECLI:NL:GHAMS:2017:1007.

ECLI:NL:GHSHE:2016:3541.

ECLI:NL:GHARL:2015:7633.

1. HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321. [↑](#footnote-ref-1)
2. HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321. [↑](#footnote-ref-2)
3. Y. Buruma, *Als de politie zich niet aan de wet houdt…,* NJB 2013/494, afl. 10, p. 595. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corstens 2014, p. 836. [↑](#footnote-ref-4)
5. Art. 6 EVRM. [↑](#footnote-ref-5)
6. Kamerstukken II 1993/94, 23705, nr. 3, p. 25. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corstens 2014, p. 816. [↑](#footnote-ref-7)
8. Corstens 2014, p. 813. [↑](#footnote-ref-8)
9. HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, r.o. 3.7. [↑](#footnote-ref-9)
10. HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321 [↑](#footnote-ref-10)
11. Corstens 2014, p. 816. [↑](#footnote-ref-11)
12. Corstens 2014, p. 816 en HR 26 juni 1962, NJ 1962, 470. [↑](#footnote-ref-12)
13. HR 26 juni 1962, NJ 1962, 470. [↑](#footnote-ref-13)
14. HR 26 juni 1962, NJ 1962, 470 . [↑](#footnote-ref-14)
15. Corstens 2014, p. 816. [↑](#footnote-ref-15)
16. HR 26 juni 1962, NJ 1962, 470. [↑](#footnote-ref-16)
17. Corstens 2014, p. 816. [↑](#footnote-ref-17)
18. HR 18 april 1978, NJ 1978/365. [↑](#footnote-ref-18)
19. Corstens 2014, p. 816. [↑](#footnote-ref-19)
20. Kuiper 2014, p. 47. [↑](#footnote-ref-20)
21. Kuiper 2014, p. 47. [↑](#footnote-ref-21)
22. Kuiper 2014, p. 48 [↑](#footnote-ref-22)
23. Kuiper 2014, p. 47. [↑](#footnote-ref-23)
24. *Stb.* 1995, 411. [↑](#footnote-ref-24)
25. Nan 2015, p. 3. [↑](#footnote-ref-25)
26. *Stb* 1996, 522. [↑](#footnote-ref-26)
27. *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, nr. 3, p. 25. [↑](#footnote-ref-27)
28. Corstens 2014, p. 816. [↑](#footnote-ref-28)
29. Kuiper 2014, p. 213. [↑](#footnote-ref-29)
30. Nan 2015, p. 10. [↑](#footnote-ref-30)
31. Corstens 2014, p. 820. [↑](#footnote-ref-31)
32. *Kamerstukken II* 1994/95, 23705, nr. 3 p. 25 en Nan 2015, p. 16. [↑](#footnote-ref-32)
33. *Kamerstukken II* 1994/95, 23705, nr. 3 p. 25 en Kuiper 2014, p. 207. [↑](#footnote-ref-33)
34. Kuiper 2014, p. 207. [↑](#footnote-ref-34)
35. Art. 152 en 153 Sv. [↑](#footnote-ref-35)
36. Art. 126bb Sv. en HR 3 juli 2001, ECLI:NL:HR:ZD2845. [↑](#footnote-ref-36)
37. Nan 2015, p. 16. [↑](#footnote-ref-37)
38. Kuiper 2014, p. 210. [↑](#footnote-ref-38)
39. Nan 2015, p. 17. [↑](#footnote-ref-39)
40. Corstens, p. 824. [↑](#footnote-ref-40)
41. HR 8 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1566, r.o. 3.3. [↑](#footnote-ref-41)
42. Corstens 2014, p. 825. [↑](#footnote-ref-42)
43. Kuiper 2014, p. 257. [↑](#footnote-ref-43)
44. HR 29 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3297, m.nt. Buruma, zie noot onder 1. [↑](#footnote-ref-44)
45. HR 12 juli 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AE1532, r.o. 4.5. [↑](#footnote-ref-45)
46. Kuiper 2014, p. 216. [↑](#footnote-ref-46)
47. Terhaar & Meijer 2011, 16 en HR 29 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3297 r.o. 3.4. [↑](#footnote-ref-47)
48. Kuiper 2014, 324. [↑](#footnote-ref-48)
49. Corstens 2014, p. 826 [↑](#footnote-ref-49)
50. Nan 2015, p. 30 [↑](#footnote-ref-50)
51. Schoep, in: Tekst & Commentaar Strafvordering 2017, 359a Sv. onder 3c. [↑](#footnote-ref-51)
52. Corstens 2014, p. 827. [↑](#footnote-ref-52)
53. HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, r.o. 3.6. [↑](#footnote-ref-53)
54. HR 19 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2202, r.o. 3.7. [↑](#footnote-ref-54)
55. HR 3 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7438 en Corstens 2014, p. 827. [↑](#footnote-ref-55)
56. Corstens 2014, p. 827 [↑](#footnote-ref-56)
57. Corstens 2014, p. 828 [↑](#footnote-ref-57)
58. Kamerstukken II 1993/94, 23705, nr. 3, p.26. [↑](#footnote-ref-58)
59. Kooijmans 2011, p. 1103. [↑](#footnote-ref-59)
60. Kuiper 2014, p. 340. [↑](#footnote-ref-60)
61. HR 4 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM6673, r.o. 3.2.2. [↑](#footnote-ref-61)
62. Nan 2015, p. 45. [↑](#footnote-ref-62)
63. Schoep, in: Tekst & Commentaar Strafvordering 2017, 359a Sv. onder 4. [↑](#footnote-ref-63)
64. Corstens 2014, p. 833. [↑](#footnote-ref-64)
65. Nan 2015, p. 50. [↑](#footnote-ref-65)
66. Kuiper 2014, p. 39. [↑](#footnote-ref-66)
67. HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533 r.o. 3.6.4. [↑](#footnote-ref-67)
68. Corstens 2014, 829 [↑](#footnote-ref-68)
69. Nan 2015, p. 60. [↑](#footnote-ref-69)
70. *Kamerstukken II,* 1994/95, 23705, 3 p. 26. [↑](#footnote-ref-70)
71. HR 19 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0328, r.o. 5.2. [↑](#footnote-ref-71)
72. Nan 2015, p. 61. [↑](#footnote-ref-72)
73. Corstens 2014, p. 828. [↑](#footnote-ref-73)
74. Nan 2015, p. 46. [↑](#footnote-ref-74)
75. HR 30 maart, 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, r.o. 3.6.1. [↑](#footnote-ref-75)
76. Corstens 2014, p. 817. [↑](#footnote-ref-76)
77. Corstens 2014, p. 817. [↑](#footnote-ref-77)
78. Corstens 2014, p. 818. [↑](#footnote-ref-78)
79. Corstens 2014, p. 818. [↑](#footnote-ref-79)
80. Corstens 2014, p. 818. [↑](#footnote-ref-80)
81. Kuiper 2014, p. 44. [↑](#footnote-ref-81)
82. Corstens 2014, p. 821. [↑](#footnote-ref-82)
83. Schoep, in: Tekst & Commentaar Strafvordering 2017, 359a Sv onder 2. [↑](#footnote-ref-83)
84. HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, r.o. 3.6.1. [↑](#footnote-ref-84)
85. HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, r.o. 3.6.3. [↑](#footnote-ref-85)
86. Kamerstukken II 1993/94, 23705, nr. 3, p.25 en 26. [↑](#footnote-ref-86)
87. HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, r.o. 3.6.3. [↑](#footnote-ref-87)
88. HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, r.o. 3.6.4. [↑](#footnote-ref-88)
89. Kamerstukken II 1993/94, 23705, nr. 3, p.25 en 26. [↑](#footnote-ref-89)
90. HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, r.o. 3.6.4. [↑](#footnote-ref-90)
91. HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, r.o. 3.6.4. [↑](#footnote-ref-91)
92. HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, r.o. 3.6.5. [↑](#footnote-ref-92)
93. HR, 19 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0328, r.o. 5.2. [↑](#footnote-ref-93)
94. HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, m.nt. YB, zie noot onder 6. [↑](#footnote-ref-94)
95. Nan 2015, p. 30. [↑](#footnote-ref-95)
96. HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, r.o. 3.5. [↑](#footnote-ref-96)
97. Corstents, p. 826. [↑](#footnote-ref-97)
98. HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, r.o. 4.4. [↑](#footnote-ref-98)
99. HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533 m.nt. YB, noot. onder 2. [↑](#footnote-ref-99)
100. Schoep, in: Tekst & Commentaar Strafvordering 2017, art. 359a Sv. 2 onder D. [↑](#footnote-ref-100)
101. HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, m.nt. YB, zie noot. onder 2. [↑](#footnote-ref-101)
102. HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, m.nt. YB, zie noot onder 6. [↑](#footnote-ref-102)
103. HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, r.o. 3.7. [↑](#footnote-ref-103)
104. HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO3545, r.o. 4.4 en 4.5. [↑](#footnote-ref-104)
105. HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, r.o. 3.7. [↑](#footnote-ref-105)
106. Corstens 2014, p. 830. [↑](#footnote-ref-106)
107. Nan 2015, p. 54. [↑](#footnote-ref-107)
108. HR 4 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM6673, r.o. 3.2.2. [↑](#footnote-ref-108)
109. HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, r.o. 2.4.4. [↑](#footnote-ref-109)
110. Kuiper 2014, p. 521 en 553 [↑](#footnote-ref-110)
111. HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, r.o. 2.4.2. [↑](#footnote-ref-111)
112. HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, r.o. 2.4.4. [↑](#footnote-ref-112)
113. Nan 2015, p. 54. [↑](#footnote-ref-113)
114. HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, r.o. 2.4.4. [↑](#footnote-ref-114)
115. HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, r.o. 2.4.5. [↑](#footnote-ref-115)
116. Corstens 2014, p. 830. [↑](#footnote-ref-116)
117. HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, r.o. 2.4.5. [↑](#footnote-ref-117)
118. Kuiper 2014, p. 526 en 553. [↑](#footnote-ref-118)
119. HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, r.o. 2.4.5. [↑](#footnote-ref-119)
120. HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, r.o. 2.4.6. [↑](#footnote-ref-120)
121. HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, m.nt. Keulen, zie noot onder 6. [↑](#footnote-ref-121)
122. HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, r.o. 2.4.6. [↑](#footnote-ref-122)
123. Kuiper 2014, 549. [↑](#footnote-ref-123)
124. Zaak 15 en 16. [↑](#footnote-ref-124)
125. Zaken 11 t/m 16. [↑](#footnote-ref-125)
126. Zaken 12 t/m 17. [↑](#footnote-ref-126)
127. Zaken 11 t/m 13. [↑](#footnote-ref-127)
128. Zaken 18, 19, 21, 22, 23, 24, 26 en 27. [↑](#footnote-ref-128)
129. Zaken 20 en 25. [↑](#footnote-ref-129)
130. Zie hoofdstuk 3. [↑](#footnote-ref-130)
131. Zaken 18, 19, 21, 22, 23, 24 en 27 [↑](#footnote-ref-131)
132. HR 4 Januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM6673. [↑](#footnote-ref-132)
133. HR 17 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2578. [↑](#footnote-ref-133)
134. Zaken 28 en 30. [↑](#footnote-ref-134)
135. Zaak 29. [↑](#footnote-ref-135)
136. Zaken 31 en 32. [↑](#footnote-ref-136)