

Colofon

- **Missie** JurisDidact streeft ernaar kennis en inzicht bij juristen te verhogen en de ontwikkeling van het professioneel handelen te bevorderen door middel van onafhankelijke, individuele nascholing.
- **PO-punten** 3
- **Geldigheid** U kunt de eindtoets maken zolang deze in uw online persoonlijk dossier staat vermeld.



- **Redactie** Mr. Pieter Dorhout, hoofdredacteur
Mr. dr. Chana Grijzen
Prof. mr. dr. Charlotte Phillips
Prof. mr. dr. Lies Punselie
- **Docent** Mr. Vincent van der Want
Bewerker: mr. Vasco Groeneveld
- **Uitgever** Igno Ketelaars
- **Vormgeving** Roelof Koster Design, Mildam
- **Foto omslag** Merel Waagmeester Fotografie, Merel Waagmeester

© 2020 JurisDidact, Gorssel

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of op enig andere manier, zonder voorafgaande toestemming van de uitgever.

- **Bestellingen** De basisprijs van een programma is € 189,50 (excl. btw). Bij gelijktijdige bestelling vanaf 4 programma's geldt korting. Zie hiervoor de website van JurisDidact. JurisDidact legt de gegevens van bestellers vast voor verwerking van de bestelling. De gegevens kunnen door ons worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten, tenzij u te kennen hebt gegeven hiertegen bezwaar te hebben.
- **Certificaten** Certificaten worden alleen toegekend aan kopers van losse programma's.
- **Administratie** Bij wijziging van de tenaamstelling en/of het adres verzoeken wij u deze gegevens door te geven aan de klantenservice van JurisDidact: Parallelweg 25, 7213 VT Gorssel.
- **Algemene voorwaarden** Levering en diensten geschieden volgens de Algemene voorwaarden van MOCuitgevers BV, gedeponereerd bij de Kamer van Koophandel onder nummer 6469182. Een exemplaar van deze voorwaarden zal op verzoek worden toegezonden. De voorwaarden zijn te raadplegen via www.mocuitgevers.nl.



Inhoud

Inleiding – 4

Pre-toets – 6

Blok A

De Wet vormverzuimen

A1 Art. 359a Sv en het Afvoerpijp-arrest – 9

A2 Toepassingsbeperkingen van art. 359a Sv – 10

A3 De beoordelingsfactoren uit het tweede lid van art. 359a Sv – 13

A4 De Schutznorm – 20

Blok B

Sanctiecriteria

B1 De niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie – 23

B2 Bewijsuitsluiting – 28

B3 Strafvermindering – 33

Afkortingenlijst – 36

Antwoorden pre-toets en casuïstiek – 37

Literatuur en noten – 42

Toetsvragen – 43



Inleiding

Vormverzuimen hebben vanaf het einde van de jaren zeventig van de vorige eeuw een grotere betekenis gekregen binnen het Nederlandse strafprocesrecht. Vanaf die tijd is er namelijk begonnen met de sanctionering van vormverzuimen. De toepassing van sancties, zoals vastgelegd in de Wet vormverzuimen, heeft in de praktijk geregeld voor publieke ophef gezorgd. In enkele gevallen is het voorgekomen dat het Openbaar Ministerie wegens zeer ernstige vormverzuimen niet ontvankelijk is verklaard en dat een verdachte op vrije voeten is gekomen. Het komt nog steeds voor dat de rechter komt tot bewijsuitsluiting wegens vormverzuim en dat er onvoldoende bewijs overblijft om een verdachte te veroordelen.

Behalve dat het een spraakmakend onderwerp is, geldt dat dit leerstuk vooral relevant is voor de advocaat omdat hij met zijn kennis over sancties op vormverzuimen de kans op een zo gunstig mogelijk resultaat voor zijn cliënt kan vergroten. Verweren met betrekking tot al dan niet begane vormverzuimen worden om die reden dan ook te pas en te onpas gevoerd. De Hoge Raad is echter veeleisend en slechts verweren die aansluiting vinden bij de huidige wetgeving en jurisprudentie zullen logischerwijs kans van slagen hebben.

Deze cursus is opgedeeld in twee blokken:

De Wet vormverzuimen

Sanctiecriteria

Blok A

Blok B

In Blok A wordt ingegaan op de Wet vormverzuimen. In Blok B komen de volgende sancties aan de orde: de niet-ontvankelijk-verklaring van het OM, bewijsuitsluiting en strafvermindering. Hierbij wordt de jurisprudentie behandeld waarin is bepaald wanneer welke sanctie in aanmerking komt.

■ Doelstellingen

Na afloop van deze juridische nascholing:

- weet u wanneer art. 359a Sv van toepassing is;
- kent u de verschillende sancties en kunt u bepalen welke sanctie past bij het vormverzuim dat in het voorbereidend opsporingsonderzoek ten aanzien van uw cliënt heeft plaatsgevonden;
- kent u de verschillende jurisprudentie waarmee u de slagingskans van uw verweer kunt inschatten.

- *Opmerking* Deze nascholing is in twee gedeelten, Blok A en Blok B, door te werken. U zult voor elk van de blokken A en B anderhalf uur nodig hebben. Mogelijk beklijft de stof beter als u het programma in twee gedeelten doorwerkt.
- *Criteria toets* U slaagt voor de eindtoets als u minimaal 6 van de 10 vragen juist hebt beantwoord. U kunt tweemaal herkansen.
- *Over de docenten*

Mr. Vincent van der Want (1985) is topsporter (roeien) en was buitengriffier bij het gerechtshof Amsterdam. Hij studeerde af met een onderzoek naar de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie als sanctie.

Mr. drs. Vasco Groeneveld (1971) is sinds 2001 strafpleiter bij Plasman cs advocaten in Amsterdam. Hij heeft zich gespecialiseerd in cassatiezaken.

Om voor uzelf te bepalen wat uw kennis is van het onderwerp, kunt u vrijblijvend de pre-toets maken. De resultaten van de pre-toets tellen niet mee voor uw eindscore.

- 1 Wanneer kan een vormverzuim leiden tot bewijsuitsluiting?
 - A Indien art. 6 EVRM is geschonden.
 - B Indien een belangrijk rechtsbeginsel of voorschrift is geschonden.
 - C Indien het een vormverzuim betreft met een structureel karakter.
 - D Indien A, B of C zich voordoet.

- 2 De politie heeft de woning van uw cliënt doorzocht en een hennepplantage aangetroffen. Op de machtiging tot binnentreden blijkt echter een ander adres vermeld te staan. U beroept zich op art. 359a, tweede lid, Sv en wil aangeven welk nadeel uw cliënt door dit vormverzuim heeft ondervonden. Waar kiest u voor?
 - A Door de onrechtmatige doorzoeking is de persoonlijke levenssfeer van cliënt geschonden.
 - B Door de onrechtmatige doorzoeking is een strafbaar feit ontdekt.
 - C Door de onrechtmatige doorzoeking is een belangrijk rechtsbeginsel geschonden.
 - D A, B en C zijn alle van toepassing.

- 3 Indien door een vormverzuim als bedoeld in art. 359a Sv een inbreuk wordt gemaakt op de beginselen van een behoorlijke procesorde, moet de rechter het Openbaar Ministerie dan niet-ontvankelijk verklaren?
 - A Alleen indien dit doelbewust heeft plaatsgevonden of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak.
 - B Alleen indien de verdachte nadeel heeft ondervonden.
 - C Alleen indien het verzuim onherstelbaar is.
 - D Nee.

- 4 Een processtuk is niet rechtsgeldig betekend, wat volgens u een vormverzuim oplevert. Kan het OM de fout nog herstellen?
 - A Ja, dat kan.
 - B Dat kan, zolang het onderzoek ter terechtzitting nog niet is aangevangen.
 - C Dat kan alleen indien er geen sprake is van verwijtbaar handelen van opsporingsambtenaren.
 - D Dat kan alleen indien het verzuim slechts een lichte inbreuk oplevert.

- 5 Kan toepassing van de Schutznorm achterwege blijven bij de beoordeling van een vormverzuim?
- A Nee, die is altijd van toepassing.
 - B De Schutznorm blijft achterwege indien de inbreuk doelbewust heeft plaatsgevonden.
 - C De Schutznorm blijft achterwege indien door de inbreuk het wettelijk systeem in de kern is geraakt.
 - D De Schutznorm blijft achterwege indien het vormverzuim onherstelbaar is.
- 6 Uw cliënt wordt verdacht van overtreding van art. 310 Sr. Hij heeft een lijfsvisitatie ondergaan zonder wettelijke grondslag: een ingrijpende inbreuk op een grondrecht. U bepleit bewijsuitsluiting. Kan het voor de beslissing van belang zijn dat het 'slechts' om een verdenking van winkeldiefstal gaat?
- A Nee, de ernst van het feit speelt geen rol bij de vraag of bewijsuitsluiting moet plaatsvinden.
 - B Nee, want het betreft een ingrijpende inbreuk op een grondrecht.
 - C Nee, want het verzuim is onherstelbaar.
 - D Ja.
- 7 Een voorwaarde voor strafvermindering ex art. 359a Sv is dat de verdachte daadwerkelijk nadeel heeft ondervonden, dat geschikt is om door strafvermindering te worden gecompenseerd. Aan wat voor nadeel moet u dan vooral denken?
- A Nadeel dat het gevolg is van verwijtbaar handelen door opsporingsambtenaren.
 - B Schending van processuele verdedigingsbelangen.
 - C Nadeel dat de verdachte in zijn persoonlijke levenssfeer heeft ondervonden.
 - D A, B en C zijn juist.
- 8 Art. 359a Sv is van toepassing op:
- A vormverzuimen begaan gedurende het gehele strafrechtelijke onderzoek.
 - B vormverzuimen die zijn beoordeeld door de rechter-commissaris.
 - C vormverzuimen begaan zowel ten aanzien van ten laste gelegde feiten als feiten die niet op de tenlastelegging staan.
 - D vormverzuimen begaan in het voorbereidend onderzoek.

- 9 Een schending van het verbod op doorlating van drugs (vastgelegd in art. 126ff Sv met de strekking de volksgezondheid en de veiligheid van de burgers te beschermen) zal leiden tot:
- A strafvermindering.
 - B bewijsuitsluiting.
 - C de niet-ontvankelijkverklaring van het OM.
 - D Niets, want de Schutznorm staat aan de oplegging van een sanctie in de weg.
- 10 In het geval het OM de verdachte voorafgaand aan zijn proces toezeggingen doet over de executie van diens straf komt de niet-ontvankelijkverklaring als sanctie in beeld op basis van:
- A het *Zwolsman*-criterium.
 - B de *Salduz*-norm.
 - C het *Karman*-criterium.
 - D de Schutznorm.

Art. 359a Sv en het Afvoerpipj-arrest

■ Art. 359a Sv

De Wet vormverzuimen heeft geleid tot vastlegging in art. 359a Sv van de volgende bepaling:

1. *De rechtbank kan, indien blijkt dat bij het voorbereidend onderzoek vormen zijn verzuimd die niet meer kunnen worden hersteld en de rechtsgevolgen hiervan niet uit de wet blijken, bepalen dat:*
 - a. *de hoogte van de straf in verhouding tot de ernst van het verzuim, zal worden verlaagd, indien het door het verzuim veroorzaakte nadeel langs deze weg kan worden gecompenseerd;*
 - b. *de resultaten van het onderzoek die door het verzuim zijn verkregen, niet mogen bijdragen aan het bewijs van het tenlastegelegde feit;*
 - c. *het Openbaar Ministerie niet ontvankelijk is, indien door het verzuim geen sprake kan zijn van een behandeling van de zaak die aan de beginselen van een behoorlijke procesorde voldoet.*
2. *Bij de toepassing van het eerste lid, houdt de rechtbank rekening met het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt.*
3. *Het vonnis bevat de beslissingen vermeld in het eerste lid. Deze zijn met redenen omkleed.*

Dit in 1996 in werking getreden wetsartikel betreft de codificatie van de in de jurisprudentie ontwikkelde sancties op vormverzuimen.

Het is geen geheim dat een beroep op een vormverzuim niet vaak slaagt. Het WODC bevestigt dit beeld in het rapport *Toezicht op strafvorderlijk overheidsoptreden* uit 2017.[1] Daarin aangehaalde auteurs menen dat de Hoge Raad de lat wel erg hoog heeft gelegd en het risico bestaat dat dit tekort aan sanctionering van fouten leidt tot een ontsporing van de opsporing (p. 60-62). Het WODC concludeert dat 'de rol van de rechter in Nederland inmiddels te afstandelijk [is] geworden, en zou moeten gerevitaliseerd worden' (p. 133). Al met al reden genoeg voor de strafpleiter er met dubbele energie in te duiken, want daar zal de aanzet tot revitalisering vandaan moeten komen. Hij/zij kan er hoop uit putten dat lagere rechters de Hoge Raad niet altijd (strikt) volgen en soms meer ruimte nemen om vormverzuimen te beoordelen. Voor een kansrijk verweer is het hoe dan ook essentieel om de jurisprudentie te kennen en de daarin geformuleerde

criteria zo veel mogelijk invulling te geven, en als het kan wat op te rekken.

■ Afvoerpipj-arrest

Met het standaardarrest van de Hoge Raad van 30 maart 2004 (ECLI:NL:HR:2004:AM2533), bekend onder de naam *Afvoerpipj*-arrest, heeft de Hoge Raad uitleg gegeven aan de toepassing van art. 359a Sv. De Hoge Raad leidt in dit arrest uit bewoordingen en de geschiedenis van de totstandkoming van art. 359a Sv, alsmede uit het systeem van de wet, af wanneer de feitenrechter over kan gaan tot het opleggen van een sanctie en welke sanctie voor welk vormverzuim in aanmerking komt.

De Hoge Raad benadrukt dat het al dan niet toepassen van een sanctie onder de bevoegdheden valt van de rechter en dat het toepassen van een sanctie niet als verplichting van de rechter moet worden beschouwd. Sancties op vormverzuimen strekken niet tot voordeel van de verdachte. Daardoor kan de rechter tevens volstaan met de enkele constatering dat er een vormverzuim heeft plaatsgevonden. Naast een enkele vaststelling van een vormverzuim kan de rechter overgaan tot niet-ontvankelijkverklaring van het OM in de vervolging, bewijsuitsluiting of strafvermindering. De Hoge Raad heeft bevestigd dat, zoals in de memorie van toelichting van de Wet vormverzuimen valt te lezen, de volgorde van sancties, zoals zij in art. 359a Sv zijn opgesomd, de relatieve zwaarte van de sancties aangeeft.

A2

Toepassingsbeperkingen van art. 359a Sv

CASUS 1

Arjan

Arjan wordt in 2015 verdacht van betrokkenheid bij een steekpartij. Op basis van deze verdenking is op grond van art. 151a Sv bij hem wangslimvlies afgenomen waaruit een dna-profiel is verkregen dat gebruikt is voor onderzoek en dat uiteindelijk in de dna-databank is opgenomen. In 2019 komt Arjan als verdachte naar voren in een verkrachtingszaak omdat het dna-profiel van het sperma dat is aangetroffen bij de aangeefster 'matcht' met het in de dna-databank opgeslagen dna-profiel van Arjan.

- a Stel, dat Arjan bij de afname van zijn wangslimvlies geen schriftelijke toestemming heeft verleend, wat art. 151a, eerste lid, Sv wel vereist voor de afname van celmateriaal. Kan dit vormverzuim door de rechter in de verkrachtingszaak worden beoordeeld aan de hand van art. 359a Sv? Motiveer je antwoord.

Op grond van art. 151a, vijfde lid, Sv dient de onderzochte persoon na het dna-onderzoek door de officier van justitie schriftelijk in kennis te worden gesteld van de uitslag van het onderzoek en krijgt de verdachte op grond van art. 151a, zesde lid, Sv het recht om binnen veertien dagen na de schriftelijke kennisgeving bij de officier van justitie een tegenonderzoek te verzoeken.

- b** Stel, dat de officier van justitie heeft verzuimd Arjan in kennis te stellen van de uitslag van het dna-onderzoek inzake de steekpartij. Heeft een ter terechtzitting gevoerd verweer van de verdediging in diezelfde zaak, inhoudend dat dit vormverzuim op basis van art. 359a Sv dient te worden gesanctioneerd, kans van slagen?

Arjan is naar aanleiding van de verdenking van betrokkenheid bij de steekpartij in verzekering gesteld. De rechter-commissaris heeft de inverzekeringstelling als rechtmatig beoordeeld. De verdediging betoogt dat deze inverzekeringstelling te laat heeft plaatsgevonden en doet ter terechtzitting een beroep op de rechter om ten aanzien van dit verzuim op basis van art. 359a Sv een sanctie op te leggen.

- c** Zal de rechter een sanctie opleggen, en zo ja, welke?

Stel, dat de rechter-commissaris tijdens de voorgeleiding van Arjan de inverzekeringstelling onrechtmatig heeft beoordeeld omdat Arjan door de politie zonder redelijk vermoeden van schuld is aangehouden.

- d** Is de zittingsrechter gebonden aan dit oordeel van de rechter-commissaris?

De toepassing van art. 359a Sv is uitsluitend beperkt tot vormverzuimen die zijn begaan tijdens het voorbereidend onderzoek. Dit voorbereidend onderzoek betreft alleen het onderzoek tegen de verdachte ter zake van het aan hem ten laste gelegde feit waarover de rechter dient te oordelen. Heeft er een verzuim plaatsgevonden in het onderzoek naar een niet ten laste gelegd feit, dan is art. 359a Sv niet van toepassing. Hiernaast dient de rechter te streven naar herstel van

het vormverzuim. Dit betekent bijvoorbeeld, zoals blijkt uit de memorie van toelichting van de Wet vormverzuimen, dat wanneer een processtuk niet rechtsgeldig is betekend of een getuige of deskundige niet is beëdigd, terwijl dit alsnog zou kunnen gebeuren, de rechter hiertoe dient over te gaan. Een voorbeeld van een herstelbaar vormverzuim is te vinden in een arrest van het Hof Amsterdam van 31 mei 2013 (ECLI:NL:GHAMS:2013:2090), dat onder andere ging over een pseudo-verkoop. Het hof constateerde dat er met betrekking tot de pseudo-verkoop niet was voldaan aan de verbaliseringsplicht en de verplichting tot voeging van relevante informatie in het procesdossier. Als gevolg hiervan kwam het hof tot het oordeel dat er sprake was van een vormverzuim als bedoeld in art. 359a Sv, met dien verstande dat dit verzuim nadien was hersteld. Door een daartoe strekkende opdracht van het hof konden – mede dankzij het feit dat de betrokken opsporingsambtenaren hun optreden wel hadden vastgelegd – de ontbrekende processen-verbaal alsnog aan het dossier worden toegevoegd. Hiernaast legde de officier van justitie ter terechtzitting in hoger beroep als getuige ter zake een verklaring af, bij gelegenheid waarvan zij over de pseudo-verkoop nadere uitleg gaf. Het hof kon op basis van deze aangevoerde gegevens alsnog de rechtmatigheid van de pseudo-verkoop controleren. Alleen wanneer het vormverzuim onherstelbaar is kan de rechter overgaan tot het opleggen van één van de sancties, voorzien in art. 359a Sv. Dit kan overigens pas – en dit is de laatste in het eerste lid opgesomde voorwaarde – wanneer uit de wet geen rechtsgevolgen blijken. Staat er in de wet een rechtsgevolg beschreven als gevolg van onrechtmatig optreden van de politie en het OM, dan komt art. 359a Sv dus niet in aanmerking.

Art. 359a Sv komt niet in aanmerking wanneer het een vormverzuim betreft dat al in een eerder stadium beoordeeld had moeten worden door de rechter-commissaris. Verzuim van vormen bij de aanhouding en inverzekeringstelling valt dus niet onder ‘vormverzuimen’ in de zin van art. 359a Sv. Heeft er bijvoorbeeld tijdens de inverzekeringstelling een onrechtmatigheid plaatsgevonden, dan is de rechter-commissaris degene die zich hierover moet uitspreken. De zittingsrechter kan vanwege het gesloten stelsel van rechtsmiddelen niet meer ingaan op een beroep op een vormverzuim dat zou zijn begaan bij de inverzekeringstelling. Tegen het oordeel van de rechter-commissaris dat betrekking heeft op de rechtmatigheid van de inverzekeringstelling en/of op het verzoek tot invrijheidstelling van de verdachte staat namelijk geen hogere voorziening open. Het gesloten stelsel van rechtsmiddelen komt aan bod in het *Afvoerpip*-arrest. Het blijft lastige materie. De vraag welke verweren wel en welke niet ter terechtzitting kunnen worden gevoerd is ook in andere rechtspraak aan bod gekomen. Onrechtmatigheden die betrekking hebben op formaliteiten rond de aanhouding en het voorarrest of die betrekking hebben op de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan voor de inverzekeringstelling van de verdachte,