

# Artikel

## De (niet-)ontvankelijkheid van het OM en het rechterlijk pardon

Mr. dr. J.M.W. Lindeman\*

### 1. Inleiding

Deze bijdrage gaat over twee in artikel 359a Sv genoemde, aan vormverzuimen te verbinden rechtsgevolgen: strafvermindering en niet-ontvankelijkverklaring van het OM. Op 23 juli 2020 paste de Rotterdamse rechtbank in de zogenaamde Fuji-zaak het rechterlijk pardon toe (schuldigverklaring zonder oplegging van straf, art. 9a Sr).<sup>1</sup> Daartoe overwoog zij onder meer dat het OM de integriteit van het geding in gevaar had gebracht. De verdediging had op basis van (onder meer) dit vormverzuim niet-ontvankelijkheid van het OM bepleit, maar zover ging de rechtbank dus niet (zie par. 5 hieronder). Mede naar aanleiding van deze uitspraak beloofde ik de redactie van dit tijdschrift een bijdrage over de verhouding tussen de niet-ontvankelijkheid van het OM en het rechterlijk pardon. Nou, dat heb ik geweten. De inkt van het vonnis was nog niet droog of de ‘Ambtelijke versie’ van het concept Wetboek van Strafvordering (hierna: concept-Sv) plofte digitaal op de mat, waarin ook voorstellen met betrekking tot het beoordelingskader van vormverzuimen (359a Sv) worden gedaan.<sup>2</sup> Eerder was al een lijvige con-

clusie van A-G Bleichrodt over vormverzuimen verschenen.<sup>3</sup> Op 1 december 2020 wees de Hoge Raad in reactie daarop twee arresten waarin hij, voor het eerst sinds het befaamde *Afvoerpijp*-arrest,<sup>4</sup> integraal stilstaat bij de uitleg die aan artikel 359a Sv moet worden gegeven en eerder gewezen jurisprudentie op een aantal punten bijstelt. Het betreft arresten over politiegeweld<sup>5</sup> en over (o.a.) meerdere gebreken in de informatievoorziening door het OM.<sup>6</sup> In beide zaken was voor het hof door de verdediging vruchteloos de niet-ontvankelijkheid van het OM bepleit. Uiteindelijk casseerde de Hoge Raad de politiegeweld-zaak, maar wel met de beperking dat het geconstateerde vormverzuim enkel grond biedt voor strafvermindering. In de tweede zaak werd niet gecasseerd. De door het hof in die zaak toegepaste strafvermindering werd door de Hoge Raad als een adequate reactie op de geconstateerde vormverzuimen gezien.

Ik zal in dit artikel ten eerste nagaan in welke mate het concept-Sv en de nieuwe arresten van de Hoge Raad wezenlijk andere gezichtspunten op de niet-ontvankelijkheid laten zien. Vervolgens zal ik stilstaan bij een aantal min of meer recente casus waarin de rechter koos voor zeer rigoureuze strafvermindering door toepassing van artikel 9a Sr, terwijl wellicht ook aan de niet-

113

\* Mr. dr. J.M.W. Lindeman is universitair hoofddocent straf(proces)recht en is verbonden aan het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging en het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen van de Universiteit Utrecht.

1. Rechtbank Rotterdam 23 juli 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:6585.

2. Zie voor de voorgestelde wettekst [www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/nieuwe-wetboek-van-strafvordering/documenten/publicaties/2020/07/30/ambtelijke-versie-juli-2020-wetsvoorstel-wetboek-van-strafvordering](http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/nieuwe-wetboek-van-strafvordering/documenten/publicaties/2020/07/30/ambtelijke-versie-juli-2020-wetsvoorstel-wetboek-van-strafvordering). Zie voor de MvT: [www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/nieuwe-wetboek-van-strafvordering/documenten/publicaties/](http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/nieuwe-wetboek-van-strafvordering/documenten/publicaties/)

2020/07/30/ambtelijke-versie-juli-2020-memorie-van-toelichting-wetboek-van-strafvordering.

3. Conclusie van 7 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:654 (de conclusie van dezelfde datum met nummer ECLI:NL:PHR:2020:655 – voor HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1888 – bevat dezelfde uitgebreide overwegingen, de Hoge Raad paste in die zaak echter art. 81 RO toe).

4. HR 30 maart 2004, *NJ* 2004, 376, m.nt. Buruma.

5. HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889.

6. HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1890. De conclusie in deze zaak werd overigens genomen door A-G Paridaens (conclusie van 22 september 2020, ECLI:NL:PHR:2020:817).

ontvankelijkheid van het OM had kunnen worden gedacht, zoals bijvoorbeeld in de al genoemde ‘Fuji’-zaak. Ik zal tot de conclusie komen dat met name in feitenrechtspraak sommige gevallen waarin 9a Sr of niet-ontvankelijkheid is toegepast vrij dicht bij elkaar kunnen liggen. In dat kader is soms wel geopperd dat rechters artikel 9a Sr als een soort van verkapte niet-ontvankelijkheidsverklaring gebruiken. Ik zal die veronderstelling wat nader verkennen.

## 2. Niet-ontvankelijkheid van het OM in de afgelopen decennia

Over de niet-ontvankelijkheid van het OM als rechtsgevolg van een vormverzuim is veel literatuur beschikbaar. In haar fraaie, vorig jaar verdedigde, Leidse proefschrift *Normering en toezicht in de opsporing* pakt Mojan Samadi het allemaal nog eens samen en zet ze uiteen hoe de niet-ontvankelijkheid van het OM in de jaren tachtig van de twintigste eeuw door de Hoge Raad werd erkend en hoe de jurisprudentie zich in de jaren erna heeft ontwikkeld.<sup>7</sup> Een belangrijk ijkpunt was natuurlijk het *Zwolsman*-arrest uit 1995.<sup>8</sup> Toch was daarmee allerm minst duidelijk waar de grens van de niet-ontvankelijkheid nu precies lag. Ik kan mij nog goed een van de eerste taken herinneren die ik in 1999 als stagiair bij het Bossche Ressortsparket van een advocaat-generaal kreeg: zet nou eens op een rij hoe het zit met die niet-ontvankelijkheid waar al die advocaten steeds maar om roepen! Wanneer moet dat nu echt aan de orde zijn? We zijn er toen en daar nooit helemaal uitgekomen. Ook het later gewezen – en sindsdien leidende – *Afvoerpijp*-arrest<sup>9</sup> bood, met een goeddeels in navolging van *Zwolsman* geformuleerd criterium, niet meer duidelijkheid: niet-ontvankelijkheid is, in zeer uitzonderlijke gevallen, geboden indien ‘met 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’. Duidelijk is wel dat het *ultimum remedium*-karakter van dit rechtsgevolg in die jurisprudentie altijd voorop heeft gestaan.

Samadi beschrijft dat er in de literatuur altijd kritiek is geweest op de koppeling van het recht op een eerlijk proces enerzijds en de ernst van het verzuim en de laakbaarheid van het handelen van de politie anderzijds. Simpel gezegd: ook met de beste bedoelingen of een op

het eerste gezicht onschuldige handeling kan het recht op een eerlijk proces versjeurd worden. En waarom zou boosaardig, niet-rechtsstatelijk handelen door opsporingsambtenaren zonder consequenties moeten blijven als het recht op een eerlijk proces niet meer in het geding is? Niet-ontvankelijkheid van het OM zou, volgens die kritiek, in beide gevallen tot de mogelijkheid moeten horen.<sup>10</sup> De jurisprudentie van de Hoge Raad is daarover nooit echt helder geweest.

De grondslag voor de in artikel 359a Sv aan de rechter toegekende mogelijkheid om rechtsgevolgen te verbinden aan vormverzuimen moet, zo zet Samadi in navolging van eerdere literatuur uiteen, worden gevonden in: het bevorderen van normconform handelen door de overheid, het borgen van rechtsstatelijk handelen door de overheid en de bescherming van de individuele rechten van de verdachten, waarbij in het bijzonder gedacht wordt aan het recht op een eerlijk proces.<sup>11</sup> Naast dat recht op een eerlijk proces kunnen ook de beginselen van een behoorlijke procesorde relevant zijn als grondslag voor niet-ontvankelijkheid, zoals het vertrouwensbeginsel en het beginsel van een redelijke en billijke belangenafweging. Samadi stelt, in navolging van Kuiper, echter dat uiteindelijk het recht op een eerlijk proces de doorslaggevende factor is bij het beoordelen van de vraag of niet-ontvankelijkheid aan de orde zou moeten zijn. Die stelling levert dan weer problemen op in relatie tot het *Karman*-arrest.<sup>12</sup> Daarin werd immers tot niet-ontvankelijkheid van het OM geoordeeld vanwege handelen dat zodanig in strijd was met de grondslagen van het strafproces dat het wettelijk systeem daardoor in zijn kern was geraakt. De eerlijkheid van het proces tegen de verdachte was evenwel niet in het geding. Samadi lijkt evenwel niet mee te gaan in het idee dat het *Karman*-arrest een ‘witte raaf’ is, en stelt dat het nu eenmaal een zeer uitzonderlijke situatie betrof, die niet vaak voorkomt. Het kán, aldus deze passage in haar boek, dus toch: een niet-ontvankelijkheid zonder dat er een rechtstreeks verband is tussen het vormverzuim enerzijds en het recht op een eerlijk proces anderzijds.<sup>13</sup>

Samenvattend<sup>14</sup> stelt zij dat het terecht is dat de niet-ontvankelijkheid zeer terughoudend wordt toegepast: ‘ze betekent immers een einde aan het strafproces *zonder dat aan een der functies van het strafproces wordt voldaan* [mijn curs. – *JL*]’. Hoewel zij begrip heeft voor het feit dat de sanctie volgens de Hoge Raad alleen mag worden toegepast in ‘extreme gevallen waarin procesrechten van de verdachte in ernstige mate zijn geschonden’, stelt zij dat de genoemde bezwaren laten zien dat het strenge *Zwolsman*-criterium niet in alle situaties uitkomt biedt en dat ‘de vervlechting van de verschillende grondslagen

7. M. Samadi, *Normering en toezicht in de opsporing. Een onderzoek naar de normering van het strafvorderlijk optreden van opsporingsambtenaren in het voorbereidend onderzoek en het toezicht op de naleving van deze normen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020, paragraaf 6.2.3.4, p. 235 e.v.

8. HR 19 december 1995, *NJ* 1996, 249 m.nt. Schalken.

9. HR 30 maart 2004, *NJ* 2004, 376, r.o. 3.6.5.

10. Samadi 2020, p. 237.

11. Samadi 2020, p. 242.

12. HR 1 juni 1999, *NJ* 1999, 567, m.nt. Schalken.

13. Samadi 2020, p. 240.

14. Samadi 2020, p. 241.

waarop de niet-ontvankelijkheid kan berusten problemen met zich brengt’.

Tot zover eigenlijk niets nieuws, maar Samadi heeft voor haar onderzoek onder meer 259 uitspraken van lagere rechters geanalyseerd om te bezien hoe zij invulling geven aan hun controlerende taak ten opzichte van de opsporing.<sup>15</sup> In die selectie is in 114 (!) gevallen primair een beroep gedaan op de niet-ontvankelijkheid van het OM, tegenover 109 beroepen op bewijsuitsluiting en 19 beroepen op strafvermindering. In respectievelijk 10, 46 en 19 gevallen werden deze verweren door de feitenrechter ook daadwerkelijk gehonoreerd.<sup>16</sup> De verdediging beroept zich kennelijk graag op niet-ontvankelijkheid terwijl de rechter de sanctie maar zeer sporadisch toepast. Zie ik het goed, dan is het grootste aantal niet-ontvankelijkverklaringen (vijf) in het onderzoek van Samadi terug te voeren op schendingen van de verbaliseringsplicht van artikel 152 Sv.<sup>17</sup> Dat sluit op zich goed aan bij de jurisprudentie van de Hoge Raad, die inderdaad het misleiden van de rechter (bijvoorbeeld door het achterhouden van stukken) als grond voor niet-ontvankelijkheid ziet. Samadi geeft daarnaast ook een aantal voorbeelden waarin de feitenrechter, ongehoorzaam aan de Hoge Raad, toch koos voor het zwaarste rechtsgevolg terwijl niet primair het recht op een eerlijk proces in gevaar kwam. Haar interessante analyse laat dus zien dat feitenrechters niet-ontvankelijkheidsverweren zeer terughoudend honoreren, maar toch nét iets royaler dan de strenge jurisprudentie van de Hoge Raad lijkt toe te laten.

### 3. Recente ontwikkelingen

#### 3.1 De moderniseringsvoorstellen en de conclusie van Bleichrodt

In de afgelopen jaren is er natuurlijk veel gebeurd op het terrein van de vormverzuimen. In de inleiding noemde ik al de recente arresten van de Hoge Raad, als reactie op de conclusie van A-G Bleichrodt. Die brak een lans voor heroriëntatie en verduidelijking, mede met het oog op de aankomende modernisering van het Wetboek van Strafvordering. Hij stelt vast dat de mogelijkheid van niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie gereserveerd blijft voor uitzonderlijke gevallen, en dat artikel 4.3.15 lid 1 concept-Sv<sup>18</sup> een ‘tweeledige basisnorm’ bevat: ‘Het openbaar ministerie verliest het recht om de verdachte te vervolgen indien ernstig afbreuk is gedaan aan het recht van de verdachte op een eerlijk

proces of indien de vervolging ten gevolge van onrechtmatig handelen op een andere grond niet te verenigen is met een goede procesorde.’<sup>19</sup> Het is, zo constateer ik met Bleichrodt, in het voorstel ondubbelzinnig gemaakt dat niet-ontvankelijkheid niet beperkt is tot situaties van schending van het recht op een eerlijk proces: de overkoepelende norm is die van de beginselen van een goede procesorde. Een tweede belangrijke constatering is dat het niet langer meer vereist is dat het handelen van de politie of het OM verwijtbaar is in de zin dat ‘doelbewust of met grove veronachtzaming’ van de belangen van de verdachte is gehandeld. Wanneer ernstig afbreuk is gedaan aan het recht op een eerlijk proces is dit op zichzelf voldoende voor de niet-ontvankelijkheid. Bleichrodt: ‘Niet het verwijt aan het openbaar ministerie maar het resultaat van het vormverzuim staat in zulke gevallen centraal.’ De MvT bij het concept-Sv maakt duidelijk dat met bovenstaande heroriëntatie de *Karman*-jurisprudentie een plaats krijgt binnen het beoordelingskader.<sup>20</sup>

Voor wat betreft de goede procesorde wordt in artikel 4.3.15 lid 2 concept-Sv een nadere (niet limitatieve) concretisering gegeven: ‘De vervolging van de verdachte is, behoudens zwaarwegende omstandigheden, niet te verenigen met een goede procesorde indien onjuist of onvolledig verslag wordt gedaan van ernstig onrechtmatig handelen door een opsporingsambtenaar dat met het tenlastegelegde strafbare feit verband houdt en dit verzuim niet tijdig wordt rechtgezet.’ De MvT voegt daar vervolgens aan toe dat bij zwaarwegende omstandigheden aan levensdelicten en dergelijke moet worden gedacht.<sup>21</sup>

Hiermee lijkt de wetgever duidelijkheid te verschaffen over een aantal vragen/kritiekpunten die ik in paragraaf 2 hierboven besprak. In de MvT wordt bovendien duidelijk gemaakt dat herstel (het ‘rechtzetten’ van gevolgen van vormverzuimen), net als bij de toepassing van andere processuele sancties, een belangrijke rol speelt.<sup>22</sup> Ook wanneer in eerste instantie ernstig afbreuk is gedaan aan het recht van de verdachte op een eerlijk proces, kan niet-ontvankelijkheid achterwege blijven indien er voldoende herstel is geweest. In artikel 4.3.15 lid 2 concept-Sv wordt dat zelfs met zoveel woorden benoemd.

Bleichrodt lijkt zich in zijn conclusie – waarin ook uitgebreid wordt ingegaan op kritische literatuur – goeddeels in deze moderniseringsvoorstellen te kunnen vinden.<sup>23</sup> Net als in de MvT wordt gedaan, baseert hij zich op het arrest HR 4 februari 1997, *NJ* 1997/308 m.nt. Schalken (een ‘truly outrageous case’) wanneer hij stelt dat in zeer uitzonderlijke gevallen óók niet-ontvankelijkheid van het OM mogelijk moet zijn wanneer de eerlijkheid van het proces niet per se (meer) in het geding is. De MvT

15. Samadi 2020, hoofdstuk 7.

16. Het aantal van 10 gehonoreerde verweren tot niet-ontvankelijkheid moet wel worden gerelativeerd: de Hoge Raad heeft in een aantal van deze zaken uiteindelijk gecasseerd. Samadi wijst bijvoorbeeld op p. 279 op HR 11 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:9, *NJ* 2016/153, m.nt. F. Vellinga-Schootstra.

17. Samadi 2020, p. 273.

18. Bleichrodt gebruikt inmiddels verouderde nummering, ik verwijs naar de zgn. ambtelijke versie van het concept-wetsvoorstel die in juli 2020 openbaar is geworden. Zie voetnoot 2 hierboven.

19. Randnummer 36 in de conclusie.

20. MvT p. 759.

21. MvT p. 758-759.

22. MvT p. 758.

23. Randnummer 122 en verder.

zegt hierover dat het dan vooral gaat om de verhouding tussen rechter en OM: ‘Toepassing van deze processuele sanctie kan, gelet op het belang dat gemoeid is met het respecteren van die verhouding, gerechtvaardigd zijn ook als de fout uiteindelijk hersteld is.’<sup>24</sup> Bleichrodt stelt dat de verwijtbaarheid hier centraal staat en dat preventie en de bewaking van integriteit leidende perspectieven zijn. De niet-ontvankelijkheid zou hier dan vooral dienen als een rechtsstatelijke waarborg.<sup>25</sup>

### 3.2 De Hoge Raad op 1 december 2020

De Hoge Raad stelt zich, zeker met de moderniseringsoperatie in het vooruitzicht, terughoudend op. Toch lijkt zijn arrest een aantal belangrijke aspecten van de voorgestelde modernisering mee te nemen. Ik citeer een aantal passages:

‘2.2.2 [De] begrenzing tot vormverzuimen die zijn begaan bij “het voorbereidend onderzoek” tegen de verdachte, sluit (...) niet uit dat de vraag aan de orde kan komen of een rechtsgevolg moet worden verbonden aan een onrechtmatige handeling jegens de verdachte die buiten het bereik van artikel 359a Sv ligt. (...) Uit (...) rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat onder omstandigheden een rechtsgevolg kan worden verbonden aan een vormverzuim door een ambtenaar die met opsporing en vervolging is belast, maar dat niet is begaan bij het voorbereidend onderzoek tegen de verdachte (...), of aan een onrechtmatige handeling jegens de verdachte door een andere functionaris of persoon dan zo’n opsporingsambtenaar. In deze rechtspraak worden criteria aangelegd die naar de bewoordingen niet steeds gelijklopend zijn, maar waarin als algemene overkoepelende maatstaf besloten ligt dat een rechtsgevolg op zijn plaats kan zijn indien het betreffende vormverzuim of de betreffende onrechtmatige handeling van bepalende invloed is geweest op het verloop van het opsporingsonderzoek naar en/of de (verdere) vervolging van de verdachte ter zake van het tenlastegelegde feit. In een dergelijk geval is de beantwoording van de vraag of een rechtsgevolg wordt verbonden aan het vormverzuim of de onrechtmatige handeling, en zo ja: welk rechtsgevolg, mede afhankelijk van de aard en de ernst van dat verzuim of die handeling. Daarbij kan aansluiting worden gezocht bij de maatstaven die in de rechtspraak van de Hoge Raad zijn ontwikkeld met betrekking tot de verschillende rechtsgevolgen die aan een vormverzuim in de zin van artikel 359a Sv kunnen worden verbonden. (...)

2.3.5 (...) [H]et [is] aangewezen dat indien grond bestaat voor het verbinden van een rechtsgevolg aan het vormverzuim en het door het vormverzuim veroorzaakte nadeel zich laat compenseren door strafvermindering, daarmee wordt volstaan. De toepassing van strafvermindering heeft immers in het licht van de met vervolging en berechting van strafbare feiten gemoeide belangen aanmerkelijk minder verstrekken of willekeurige consequenties dan niet-ontvankelijkverklaring van het open-

baar ministerie in de vervolging of – onder omstandigheden, afhankelijk van het resterende bewijsmateriaal en de redengevendheid daarvan voor een eventuele bewezenverklaring – de toepassing van bewijsuitsluiting. (...)

2.5.1 De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, rechtsoverweging 3.6.5 de volgende maatstaf geformuleerd met betrekking tot de niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie:

“Niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging komt als in art. 359a Sv voorzien rechtsgevolg slechts in uitzonderlijke gevallen in aanmerking. Daarvoor is alleen plaats ingeval het vormverzuim daarin bestaat dat met 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.”

2.5.2 De Hoge Raad verduidelijkt de toepassing van deze maatstaf als volgt. De strekking van deze maatstaf is dat in het geval dat een zodanig ernstige inbreuk op het recht van de verdachte op een eerlijke behandeling van zijn zaak is gemaakt dat geen sprake meer kan zijn van een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM, niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging plaatsvindt. Het moet dan gaan om een onherstelbare inbreuk op het recht op een eerlijk proces die niet op een aan de eisen van een behoorlijke en effectieve verdediging beantwoordende wijze is of kan worden gecompenseerd. Daarbij moet die inbreuk het verstrekken oordeel kunnen dragen dat – in de bewoordingen van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens – “the proceedings as a whole were not fair”. In het zeer uitzonderlijke geval dat op deze grond de niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging in beeld komt, hoeft echter niet – in zoverre stelt de Hoge Raad de eerder gehanteerde maatstaf bij – daarnaast nog te worden vastgesteld dat de betreffende inbreuk op het recht op een eerlijk proces doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte heeft plaatsgevonden. Aanleiding voor niet-ontvankelijkverklaring op deze grond kan bijvoorbeeld bestaan in het geval dat de verdachte door een opsporingsambtenaar dan wel door een persoon voor wiens handelen de politie of het openbaar ministerie verantwoordelijk is, is gebracht tot het begaan van het strafbare feit waarvoor hij wordt vervolgd, terwijl zijn opzet tevoren niet al daarop was gericht (vgl. HR 29 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0655), of waarin gedragingen van politie en justitie ertoe hebben geleid dat de waarheidsvinding door de rechter onmogelijk is gemaakt (vgl. HR 8 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1239).

2.5.3 In gevallen waarin zich een of meerdere vormverzuimen hebben voorgedaan die aanvankelijk het recht van de verdachte op een eerlijke behandeling van de zaak in het gedrang hebben gebracht, maar die in voldoende mate zijn hersteld om het proces als geheel eerlijk te laten verlopen, biedt de onder 2.5.2 besproken maatstaf in

24. MvT p. 758.

25. Randnummer 133.

*beginsel geen ruimte voor niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging. Het is echter niet uitgesloten, zoals onder 2.3.4 is overwogen, dat in zo'n geval strafvermindering ter compensatie van het daadwerkelijk ondervonden nadeel plaatsvindt.*

*(...)*

*3.4.2 [V]oldoende ernstig nadeel van de verdachte dat bijvoorbeeld is ontstaan door schending van de lichamelijke integriteit bij de toepassing van dwangmiddelen, [kan] grond kan bieden voor compensatie in de vorm van strafvermindering. Daarbij kan in voorkomende gevallen ook rekening worden gehouden met complicaties die het voeren van de verdediging in relatie tot dergelijke verzuimen ernstig hebben bemoeilijkt.'*

Ten aanzien van vormverzuimen in het algemeen en de niet-ontvankelijkheid van het OM in het bijzonder laten de in bovenstaande overwegingen genoemde nuanceringen zich als volgt samenvatten:

1. Een in artikel 359a Sv genoemd rechtsgevolg (en dus ook de niet-ontvankelijkheid) kan ook op zijn plaats zijn als:
  - een vormverzuim is begaan buiten het voorbereidend onderzoek tegen de verdachte; of
  - als een andere functionaris of persoon onrechtmatige handelingen jegens de verdachte heeft begaan.

De overkoepelende maatstaf is dan dat sprake moet zijn geweest van bepalende invloed op het verloop van het opsporingsonderzoek naar en/of de (verdere) vervolging van de verdachte ter zake van het ten laste gelegde feit. Er moet daarbij worden gelet op de aard en de ernst van dat verzuim of die handeling. Daarbij kan worden aangesloten bij de maatstaven die in de rechtspraak van de Hoge Raad zijn ontwikkeld met betrekking tot de verschillende rechtsgevolgen die aan een vormverzuim in de zin van artikel 359a Sv kunnen worden verbonden.

2. Waar mogelijk moet, als de rechter vindt dat een rechtsgevolg moet worden toegepast, worden volstaan met strafvermindering omdat de twee andere rechtsgevolgen tot zeer verstrekkende consequenties kunnen leiden die niet in verhouding staan tot de met vervolging en berechting van strafbare feiten gemoeide belangen.
3. Een belangrijke maatstaf voor de niet-ontvankelijkheid van het OM is nog steeds de 'onherstelbare inbreuk op het recht op een eerlijk proces'.
4. Van een dergelijke inbreuk is pas sprake als die niet meer kan worden gecompenseerd 'op een aan de eisen van een behoorlijke en effectieve verdediging beantwoordende wijze'.
5. Van zo'n inbreuk is (derhalve) pas sprake als 'the proceedings as a whole were not fair'.

6. Het is niet meer noodzakelijk dat daarnaast nog wordt vastgesteld dat die inbreuk 'doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte' heeft plaatsgevonden.

7. Als er 'voldoende' herstel mogelijkheden (compensatie) zijn geweest, is niet-ontvankelijkverklaring niet meer aan de orde, maar is er wel ruimte voor strafvermindering. Bij die strafvermindering kan dan enerzijds gekeken worden naar het nadeel dat door het vormverzuim is ontstaan, maar er kan ook strafvermindering worden toegekend voor complicaties die het voeren van de verdediging terzake van die vormverzuimen hebben bemoeilijkt.

Het ultimium-remediumkarakter van de niet-ontvankelijkverklaring van het OM blijft dus onverkort van toepassing. Daarbij haalt de Hoge Raad een veelbekritiseerd aspect weg uit het beoordelingskader: de laakbaarheid van het handelen van opsporingsambtenaren. Ook zonder kwade intenties kan het recht op een eerlijk proces onherstelbaar beschadigd worden. Bovendien ontstaat er nadrukkelijk ruimte voor het betrekken in het oordeel van gedragingen die zijn begaan buiten de context van het voorbereidend onderzoek en/of van anderen dan opsporingsambtenaren.

Daar staat tegenover dat de Hoge Raad een benadering kiest die ruimte laat voor een (gedeeltelijk) herstel van de vormverzuimen, waardoor als het ware het ergste leed verzacht kan worden en in ieder geval het waarheidsvindingsproces – zoals zich dat in de meer holistische benadering van het EHRM zou moeten voltrekken – niet meer significant in gevaar komt. Ronduit boosaardig en de rechtsstaat onwaardig optreden van de autoriteiten kan op deze wijze in ieder geval zodanig gerepareerd worden dat het vervolgingsrecht daarmee niet is verspeeld. Het moedwillig achterhouden van relevante processtukken, het gebruiken van zeer disproportioneel politiegeweld (al dan niet in combinatie met het later achterhouden van terzake relevante processtukken), publieke lastercampagnes tegen een verdachte: het zijn allemaal gedragingen die vaak voldoende reparabel blijken. Alleen als de waarheidsvinding 'onmogelijk' wordt gemaakt, is er plaats voor niet-ontvankelijkheid. Dat betekent dus, dat de ruimte die in de MvT bij de Ambtelijke versie van het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering lijkt te worden gezien (waarin de verhouding tussen de rechter en het OM uiteindelijk leidend is voor deze situaties) vooralsnog niet door de Hoge Raad wordt gezien.

## 4. Intermezzo: de redelijke termijn, beginselen van een goede procesorde, strafvermindering en verhulde niet-ontvankelijkheid

Het is bestendige jurisprudentie van de Hoge Raad dat overschrijding van de redelijke termijn nooit een reden kan zijn voor niet-ontvankelijkverklaring van het OM.<sup>26</sup> Tegelijk zijn er genoeg feitenrechters die deze jurisprudentie aan hun laars lappen en in schrijvende gevallen het OM niet-ontvankelijk verklaren. Ik kan mij bijvoorbeeld nog de zaak herinneren, waarin een combinatie van onduidelijke communicatie en een forse termijnoverschrijding de rechtbank aanleiding gaven het OM niet-ontvankelijk te verklaren.<sup>27</sup> Een ander voorbeeld is een uitspraak van het gerechtshof Leeuwarden, waarin het door het OM ingestelde appel (gericht tegen een wegens overschrijding van de redelijke termijn uitgesproken niet-ontvankelijkverklaring in eerste aanleg) niet ontvankelijk werd verklaard, omdat een ‘redelijk handelend OM’ niet tot handhaving van het appel had kunnen besluiten.<sup>28</sup> Mevis merkt in zijn annotatie bij het jongste ‘redelijke termijn’-arrest van de Hoge Raad dan ook op ‘dat, ondanks de Hoge Raad, feitenrechters nog steeds aanleiding vinden om het OM in extreme, op grond van de feiten van de concrete zaak te motiveren en daaruit goed te begrijpen gevallen van schending van de redelijke termijn, niet-ontvankelijk te verklaren, soms op verstandig requisitoir van dat OM zelf.’<sup>29</sup> De hierboven besproken bevindingen van Samadi bevestigen dit beeld.

De hoofdregel met betrekking tot de redelijke termijn is evenwel: strafvermindering. In dit verband is het arrest HR 16 oktober 2018<sup>30</sup> interessant. Het gerechtshof

Amsterdam had artikel 9a Sr toegepast ten aanzien van een bewezen verklaard en vrij ernstig vuurwerkmisdrijf (verdachte had een aanzienlijke hoeveelheid illegaal vuurwerk onder zich). Het hof oordeelde enerzijds dat de door het OM geëiste straf van dertig maanden, waarvan tien voorwaardelijk, een passende straf was. Anderzijds oordeelde het dat (1) de penibele medische situatie van de verdachte, (2) zijn blanco strafblad en (3) de aanzienlijke overschrijding van de redelijke termijn redenen waren om de straf, met toepassing van artikel 9a Sr, op nihil te stellen. Daarbij leek het hof de nadruk toch wel heel erg te leggen op de overschrijding van de redelijke termijn:

*‘anders dan de advocaat-generaal is het hof, rekening houdend met het gebrek aan voortvarendheid in de opsporing en vervolging met tot gevolg een zeer aanzienlijke en onverklaarbare overschrijding van de redelijke termijn, van oordeel dat de bestraffing van de verdachte – zoals gevorderd – thans geen met de strafrechtstoepassing na te streven doel meer dient.’*

Het tegen dat oordeel door het OM ingestelde cassatieberoep werd door de Hoge Raad echter verworpen, nadat A-G Machielse in zijn conclusie juist een lans had gebroken vóór cassatie: hij vermoedde (denkelijk niet helemaal zonder reden) dat hier eigenlijk sprake was van een verhulde niet-ontvankelijkverklaring, en daar is artikel 9a Sr niet voor bedoeld! Als gezegd: de Hoge Raad casseerde niet. Daar waar de ruimte om het OM niet-ontvankelijk te verklaren heel klein is, is de straftoemingsvrijheid van de rechter nog steeds heel groot.

In het arrest van het hof valt nog iets op: het oordeel dat ‘de bestraffing van de verdachte – zoals gevorderd – thans geen met de strafrechtstoepassing na te streven doel meer dient’ [mijn curs. *JL*]. Annotator Machielse herkent hier de bewoordingen van artikel 2 Gratiewet. Ik herken daarnaast ook de bewoordingen van de jurisprudentie van de Hoge Raad, waarin wordt uitgemaakt dat de vervolgingsbeslissing van het openbaar ministerie bij zeer hoge uitzondering door de zittingsrechter mag worden aangetast indien ‘geen redelijk handelend lid van het openbaar ministerie heeft kunnen oordelen dat met (voortzetting van) de vervolging *enig door strafrechtelijke handhaving beschermd belang gediend kan zijn*’ [mijn curs. *JL*]. Er moet dan sprake zijn van een zodanig ‘aperte onevenredigheid van de vervolgingsbeslissing’ dat zij in strijd met het beginsel van redelijke en billijke belangenafweging moet worden geacht.<sup>31</sup> De rechter kan het OM dan niet-ontvankelijk verklaren omdat vervolging onverenigbaar is met de beginselen van een goede procesorde. Maar de Hoge Raad waarschuwt: dat kan echt alleen in heel uitzonderlijke gevallen. Er zijn amper voorbeelden te vinden waarin de Hoge Raad een dergelijke niet-ontvankelijkverklaring sauveerde.

26. Zie voor de laatste uiteenzetting van de Hoge Raad: HR 17 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:558, *NJ* 2019, 82 m.nt. P.A.M. Mevis. Deze jurisprudentie over de redelijke termijn is een zodanig vaststaand gegeven, dat in het hele hierboven besproken arrest van 1 december 2020 aan de redelijke termijn geen woord wordt vuilgemaakt.

27. Rechtbank Noord-Holland, 30 januari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:1128, *NJFS* 2014, 106. In een (helaas niet meer online terug te vinden) blog voor het *NJB* heb ik destijds de uitspraak becommentarieerd, een samenvatting van dat commentaar is terug te vinden in F. Jensma, ‘Opgepakt. En toen bleef het vier jaar stil’, *NRC Handelsblad* 31 maart 2014, p. 4, zie ook [www.nrc.nl/nieuws/2014/03/31/opgepakt-en-toen-bleef-het-vier-jaar-stil-1363637-a1010497#/handelsblad/2014/03/31/#106](http://www.nrc.nl/nieuws/2014/03/31/opgepakt-en-toen-bleef-het-vier-jaar-stil-1363637-a1010497#/).

28. Hof Leeuwarden 29 april 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BN6097, *NJFS* 2010/226. Zie ook J.M.W. Lindeman, ‘Redelijk handelende officieren en de vervolgingsbeslissing’, in: C.Kelk, F.G.H. Kristen & F.A.M.M. Koenraadt (red.), *Veelzijdige gedachten* (Brants-bundel), Den Haag: Boom juridisch 2013, p. 283-295, p. 289.

29. Punt 7 van de annotatie bij HR 17 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:558, *NJ* 2019, 82 m.nt. P.A.M. Mevis.

30. HR 16 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1944, *NJ* 2018, 455 m.nt. W.H. Vellinga.

31. Zie bijvoorbeeld HR 2 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:7, *NJ* 2013/563, m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen.

De criteria voor gratieverlening (ook een soort rechterlijk pardon) en het doorbreken van het opportuniteitsbeginsel lijken dus een vergelijkbare belangenafweging voor te staan: het afwegen van de met de strafrechtstoepassing na te streven doelen tegen andere belangen. De rechter kan kennelijk, in ieder geval in gevallen van zeer forse redelijke termijnoverschrijdingen, in voorkomende gevallen op basis van hetzelfde criterium twee kanten op – met een zeer eng dan wel zeer ruim toetsingskader van de Hoge Raad als gevolg.

Dat lijkt toch wat paradoxaal: het overschrijden van de redelijke termijn kan op zichzelf geen reden zijn voor niet-ontvankelijkheid van het OM. Tegelijk mag de rechter het OM het recht tot vervolging ontzeggen wanneer hij vindt dat door strafrechtelijke handhaving beschermde belangen niet opwegen tegen de beginselen van een goede procesorde. En houden die beginselen niet óók in dat de berechting binnen een redelijke termijn moet plaatsvinden?<sup>32</sup> In lagere jurisprudentie zijn, zoals gezegd, voorbeelden te vinden waarin rechters langs die belangenafweging tot niet-ontvankelijkheid van het OM komen en dus ongehoorzaam lijken aan de Hoge Raad. Dat is alleszins begrijpelijk: op een gegeven moment zal bijna iedere ‘redelijk handelende’ actor in de strafrechtspleging verzuchten: ‘waar hebben we het nog over?’ En zo lang de zaak (door ‘verstandig’ cassatiebeleid van het OM) de Hoge Raad niet bereikt is er niets aan de hand. Iedereen weet dat het gebeurt, maar de Hoge Raad houdt vast aan zijn redelijke termijn-jurisprudentie.

Wat daar ook van zij: in gevallen waarin de beginselen van een goede procesorde in het geding zijn (en dat kan natuurlijk ook om iets anders dan de redelijke termijn gaan),<sup>33</sup> kan strafvermindering ‘cassatieproof’ uitkomst bieden. Die strafvermindering kan zelfs zover gaan dat de straf op nihil wordt gesteld: er wordt met bestraffing geen redelijk doel meer gediend. In dat kader zou gesproken kunnen worden van verholen niet-ontvankelijkverklaring.

32. Ook in niet door artikel 6 EVRM bestreken rechtsgebieden bestaat er immers een recht op een rechterlijke beslissing in een redelijke termijn. Zie voor een aantal voorbeelden de conclusie van A-G Vellinga vóór het hiervoor al aangehaalde arrest HR 17 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:558, NJ 2019, 82 m.nt. P.A.M. Mevis.

33. Of een combinatie: een ongeluk komt zelden alleen. Zie in dit verband bijvoorbeeld de uitspraak ECLI:NL:RBZWB:2020:4167 waarin een combinatie van allerlei misère tot (een m.i. niet erg cassatiebestendige) niet-ontvankelijkheid leidt; zie ook F. Aartz e.a., ‘Kroniek formeel strafrecht’, *Advocatenblad* 2020, afl. 10, p. 76-90, p. 88.

## 5. Strafvermindering na ‘partieel herstel’ van vormverzuimen en toepassing van artikel 9a Sr: het ‘Fuji’-onderzoek

Ik keer terug naar de arresten van 1 december 2020. De Hoge Raad suggereert met zoveel woorden dat strafvermindering een passend rechtsgevolg kan zijn als zeer ernstige vormverzuimen of gedragingen ‘in voldoende mate’ zijn hersteld. In het voorgaande is al een voorbeeld gegeven waarin de compensatie door strafvermindering zo ver ging, dat de verdachte van een ernstig misdrijf straffeloos bleef. Zo eng als de beoordelingsvrijheid is ten aanzien van de ontvankelijkheid van het OM, zo groot is zij ten aanzien van de straftoemeting.

In de afgelopen zomer werd een in dit verband interessant rechterlijk pardon toegepast in de Fuji-zaak.<sup>34</sup> Een restaurantketen met een ‘all you can eat’-formule (sushi e.d.) werd verdacht van grootschalige omzetbelastingfraude. Onder andere een feitelijk leidinggevende werd strafrechtelijk vervolgd. Nadat de zaak op zitting was behandeld, werd – vóór het vonnis van de rechtbank – in de pers bekendgemaakt dat documentairemakers de opsporingsambtenaren en officieren van justitie hadden gevolgd ten behoeve van een documentaire die na het vonnis op tv zou worden uitgezonden. Daarbij zouden onder meer opnamen zijn gemaakt bij de politie en bij doorzoekingen in betrokken restaurants. De rechtbank stelde prompt haar vonnis uit en heropende de zaak. Pas na een jaar wordt er alsnog uitspraak gedaan. De rechtbank oordeelt, voor zover hier van belang, dat er in strijd met de Wet politiegegevens is gehandeld en dat op deze wijze een ongerechtvaardigde inbreuk is gemaakt op het recht op de persoonlijke levenssfeer. Bovendien oordeelt de rechtbank dat, hoewel de strafprocessuele consequenties van de geconstateerde schending van een grondrecht beperkt zijn, vast is komen te staan dat het OM opzettelijk heeft getracht de verdediging en de rechtbank in het ongewisse te houden over het bestaan van de documentaire, omdat de officier van justitie vreesde dat de verdediging anders de rechterlijke procedure zou willen openbreken. De rechtbank oordeelt:

*‘dat de officier van justitie zich terdege bewust is geweest van het juridisch relevante karakter van de (verstrekkingen ten behoeve van de) documentaire. Toch heeft het openbaar ministerie het bestaan van de documentaire opzettelijk buiten het geding willen houden. Streven tot misleiding van de rechtbank en de verdediging is een ernstig verzuim. Nu de verdediging en de rechtbank uiteindelijk van het bestaan van de documentaire op de hoogte zijn gebracht, is van een specifieke benadeling in de strafzaak uiteindelijk geen sprake en is, met het oog op*

34. Rechtbank Rotterdam 23 juli 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:6585.

*de strenge eisen die de Hoge Raad daaraan stelt, een niet-ontvankelijkverklaring niet aan de orde. Wel staat vast dat sprake is geweest van een voldoende ernstig verzuim als hierboven bedoeld en vergaande compensatie in de straf aan de orde is.'*

In de strafmaatoverwegingen betreft de rechtbank vervolgens dat de verdachte meteen na aanvang van het onderzoek is opgehouden met de malverstaties, dat de belasting (en een boete) alsnog is betaald, dat verdachte hard is getroffen door een aantal Bibob-procedures, waardoor hij zijn aandeel in de ondernemingen gedeels is kwijtgeraakt: hij heeft zijn concern voor zijn ogen in rook zien opgaan. Dit met de nodige media-aandacht. De rechtbank overweegt dat er op die wijze al sprake is geweest van genoegdoening ('retributie') en dat inmiddels eigenlijk wel gesteld kan worden dat het tijd is dat de verdachte weer als 'volwaardig lid van de samenleving mag meedoen'. De rechtbank constateert echter dat deze terugkeer is gefrustreerd door de Bibob-procedures: 'Kennelijk weegt het veiligheidsdenken zwaarder.' De rechtbank stelt voorts dat de redelijke termijn in aanzienlijke mate is overschreden en dat dit tot strafvermindering moet leiden. In het kader van de generale preventie had de rechtbank een forse vrijheidsstraf in gedachten. Maar:

*'het openbaar ministerie [heeft] de integriteit van het geding in gevaar gebracht door te trachten de verdediging te weerhouden van het voeren van verweren omtrent de documentaire (...). Gezien deze gevaarzetting alsmede de hiervoor genoemde strafverminderende omstandigheden, zal de rechtbank toepassing geven aan artikel 9a Sr en de verdachte geen straf of maatregel opleggen.'*

Het zou, gezien bovenstaande voorbeelden, bepaald niet ondenkbaar zijn geweest als de rechtbank hier had geoordeeld dat het OM zijn vervolgingsrecht had verspeeld. Toch kiest zij voor de maximale strafvermindering, na – op onderdelen – steeds nadrukkelijk te hebben geoordeeld dat het OM ontvankelijk moet worden geacht. Zijdens de verdediging is appel ingesteld: zij heeft er kennelijk vertrouwen in dat het hof het zal aandurven de niet-ontvankelijkheid alsnog uit te spreken. Het OM heeft daarentegen nog vertrouwen in een veroordeling en heeft eveneens geappelleerd.<sup>35</sup>

Ik vraag mij intussen af waar de geheimzinnigheid voor nodig was: het is niet de eerste keer dat er een documentaire is gemaakt over een lopende strafzaak. De documentaire 'Officier van Justitie – Dossier van een moordzaak' uit 2014 volgt ook vanaf het prille begin (de vondst van het lijk) het opsporingsonderzoek, inclusief zoekingen in de woning van de verdachte.<sup>36</sup> Ook in de zaak tegen de verdachte van de moord op Nicky Verstappen is, reeds vóór de uiteindelijke verdachte in beeld

kwam, gefilmd in en rond het opsporingsteam. In die strafzaken is bij mijn weten niet het standpunt ingenomen dat deze documentaires op enigerlei wijze impact zouden hebben gehad op het strafproces.

De Fuji-zaak is intussen dus nog onder de rechter. Desalniettemin enkele observaties. Het verwijt dat de rechtbank het OM maakt ten aanzien van de documentaire is het springende punt. Juist doordat deze kwestie pas laat aan het licht kwam, heeft de zaak een jaar stilgelegen, wat een significante bijdrage is geweest aan de overschrijding van de redelijke termijn. De rechtbank tilt daar zwaar aan. De vraag is of de onnodige geheimzinnigheid nu een zodanige impact op de integriteit van het proces heeft gehad dat sprake is van een onherstelbare inbreuk op het recht op een eerlijk proces. De stelling dat de vervolgingsbeslissing door de ophanden zijnde documentaire zou zijn beïnvloed, is door de rechtbank van de hand gewezen. Wat rest is dat er sprake zou zijn geweest van een ongerechtvaardigde inbreuk op de privacy. Deze inbreuk heeft kennelijk niet tot belastend bewijsmateriaal geleid. Daar staat tegenover dat een ander pas op het allerlaatste moment, na sluiting van onderzoek ter zitting, aan het licht is gekomen en dat de compensatie voor de verdediging (het herstel door alsnog kennis te nemen van alle relevante stukken) dus echt op de valreep heeft plaatsgevonden en dat duidelijk is geworden dat de officier van justitie bewust de rechtbank en de verdediging in onwetendheid heeft willen houden.

De zaak doet enigszins denken aan HR 5 januari 2016,<sup>37</sup> waarin ook tot in een zeer laat stadium met medeweten van het OM informatie over buitensporig geweld buiten het geding is gehouden. Dit betrof nota bene informatie die wél rechtstreeks relevant was voor de waarheidsvinding. Ook hier oordeelde het hof dat het vormverzuim (achterhouden van informatie) voldoende hersteld was doordat de relevante informatie alsnog in het geding was gebracht. De Hoge Raad liet dat oordeel in stand. Het verwijtbare handelen van het OM (dat tot en met de appelschriftuur bewust vasthield aan de onjuiste voorstelling van zaken) is in appel en cassatie echter niet met zoveel woorden gehekel, waardoor de Hoge Raad uiteindelijk oordeelde dat met die gedragingen in het cassatieberoep geen rekening behoefde te worden gehouden (r.o. 2.4.4). Annotator Vellinga-Schootstra vraagt zich af wat de Hoge Raad hiermee nu bedoelt: zegt hij dat de verdediging in cassatie niet met vrucht kan klagen over gedrag dat zij voor het hof niet aan de orde heeft gesteld? En wil de Hoge Raad daarmee dan eigenlijk zeggen dat een andere verdedigingsstrategie wél tot cassatie had kunnen leiden? Wil de Hoge Raad dus 'de deur naar niet-ontvankelijkheid nog op een kiertje openhouden' en eigenlijk zeggen dat dit dus een zeldzaam voorbeeld had kunnen zijn van een 'truly outrageous case', zoals het hiervoor al genoemde arrest HR 4 febru-

35. [www.bijzonderstrafrecht.nl/home/om-en-sushiketen-sumo-beide-in-beroep](http://www.bijzonderstrafrecht.nl/home/om-en-sushiketen-sumo-beide-in-beroep).

36. De 2Doc-documentaire is terug te kijken op NPO Start: [www.npostart.nl/2doc/19-05-2014/VPWON\\_1174868](http://www.npostart.nl/2doc/19-05-2014/VPWON_1174868).

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



ari 1997, *NJ* 1997/308 m.nt. Schalken, waarin ook de rechter werd misleid?

Als het aan de wetgever ligt, wordt die laatste vraag volgens mij nu wel duidelijk beantwoord met een ‘ja’. De wetgever verwijst in de MvT van de Ambtelijke versie van het WvSv naar het arrest HR 4 februari 1997, wanneer hij nadrukkelijk het achterhouden van informatie als potentiële fatale schending van de beginselen van een goede procesorde benoemt. Het moet, blijkens het voorgestelde artikel 4.3.15 lid 2, dan wel gaan om ‘informatie die verband hield met het tenlastegelegde strafbare feit’. In uitzonderlijke gevallen is – ook na herstel – nog steeds ruimte voor niet-ontvankelijkheid (zie par. 3 hierboven).

De Hoge Raad lijkt, als gezegd, terughoudender. Hij verwijst in zijn 1 december-arrest (expres?) naar een ander voorbeeld van ‘gedragingen waardoor de waarheidsvinding onmogelijk is gemaakt’<sup>38</sup> en die dientengevolge tot niet-ontvankelijkheid zouden moeten kunnen leiden. Daarbij stelt hij toch min of meer zonder voorbehoud dat compensatie (herstel) te allen tijde kan leiden tot relativering van de niet-ontvankelijkheid. Als de deur al op een kiertje stond, lijkt hij nu toch weer dicht te zijn gegooid.

Voor wat het waard is: in de Fuji-zaak ging het niet om gedrag dat de waarheidsvinding onmogelijk maakte. Het is dus de vraag of het eerlijk proces van de verdachte in het gedrang is geweest. Bovendien is een aantal belangrijke verzuimen uiteindelijk hersteld. Ondanks de vaststelling dat sprake was van gevaarzettend gedrag, was het kennelijk een brug te ver om te oordelen dat de verhouding tussen rechter en OM zodanig onder druk was komen te staan dat dit tot niet-ontvankelijkheid van het OM zou moeten leiden. Dat lijkt te stroken met de nog steeds strenge jurisprudentie van de Hoge Raad. Ook onder het concept-Sv is het de vraag of hier ruimte zou zijn voor niet-ontvankelijkheid: hebben we hier een Karman-achtige situatie aan de hand?

En dus werd het een ‘verholen’ niet-ontvankelijkverklaring: strafvermindering tot het gaatje. Ik roep in herinnering dat de Hoge Raad op 1 december 2020 heeft uitgemaakt dat de strafvermindering niet alleen betrekking hoeft te hebben op de vormverzuimen zelf, maar óók op ‘complicaties die het voeren van de verdediging in relatie tot dergelijke verzuimen ernstig hebben bemoeilijkt’. Van dergelijke complicaties lijkt hier toch wel sprake te zijn.

38. HR 8 september 2009, ECLI:NL:HR:1998:ZD1239, *NJ* 1998, 879 m.nt. T.M. Schalken.

## 6. Afronding

De eisen die aan de niet-ontvankelijkheid van het OM worden gesteld zijn onverminderd hoog. Het komt geregeld voor dat een rechter in een Nederlandse strafzaak het OM niet-ontvankelijk verklaart. We zien lang niet al die zaken terug in de rechtspraak van de Hoge Raad. Dat verraadt dat het OM zich kennelijk regelmatig neerlegt bij die niet-ontvankelijkverklaringen (en er misschien soms zelf om vraagt). Daarmee is niet gezegd dat de Hoge Raad deze niet-ontvankelijkverklaringen ook daadwerkelijk zou sauveren. Misschien wel daarom zijn er ook uitspraken waarin de feitenrechter kiest voor toepassing van artikel 9a Sr: de schuldigverklaring zonder oplegging van straf. Langs welke weg het ook loopt, de zaken lijken nog wel eens gemeen te hebben dat er sprake is van forse termijnoverschrijdingen, die gepaard gaan met andere vraagtekens die in het licht van de goede procesorde kunnen worden gesteld bij beslissingen van het OM en/of met kleine en/of grotere vormverzuimen. Omdat het bijna nooit écht zo is dat al die vormverzuimen volledig onherstelbaar zijn, blijft er meestal wel een strafzaak over die ‘as a whole’ eerlijk is en waarvan ook overigens niet gezegd kan worden dat de vervolging eigenlijk geen door strafrechtelijke handhaving beschermd belang dient en dus apert in strijd is met beginselen van een goede procesorde.

De keuze voor artikel 9a Sr biedt dan dus uitkomst en voor de Hoge Raad lijkt deze keuze door de beugel te kunnen. Dat daarmee in het voorbeeld van HR 16 oktober 2018<sup>39</sup> óók het argument van het hof gesauveerd wordt dat met het opleggen van straf ‘geen met de strafrechtstoepassing na te streven doel’ meer wordt gediend voelt wat onbevredigend aan. Hoe valt nu uit te leggen dat een rechter op die grond wél de straf op nul kan stellen zonder dat daaraan zeer hoge motiveringseisen worden gesteld, terwijl ten aanzien van het op dezelfde grond niet-ontvankelijk verklaren van het OM een vrijwel onhaalbare motiveringsdrempel wordt gesteld?

Strikt juridisch en praktisch gezien is het verschil natuurlijk prima uit te leggen: in geval van artikel 9a Sr heeft de rechter immers wel de vragen van artikel 348 en 350 Sv beantwoord. Hij heeft dan vastgesteld dat iemand zich schuldig heeft gemaakt aan een strafbaar feit en dat er geen strafuitsluitingsgronden van toepassing zijn. Sommige maatregelen kunnen nog steeds worden opgelegd<sup>40</sup> en het feit wordt geregistreerd in de justitiële documentatie. Zodoende kan nog steeds tegemoetgekomen worden aan bepaalde met de strafrechtstoepassing na te streven doelen. Dat is toch wezenlijk anders dan het staken van het proces *zonder dat aan een*

39. HR 16 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1944, *NJ* 2018, 455 m.nt. W.H. Vellinga.

40. Expliciet gemaakt in art. 36b lid 1, aanhef en onder 2 Sr (onttrekking aan het verkeer) en in art. 38v lid 1, aanhef en onder 2 Sr (vrijheidsbepalende maatregel), maar Schuyt betoogt dat bijvoorbeeld ook de tbs-maatregel en de ontnemingsmaatregel toegepast kan worden: *T&C Strafrecht*, art. 9a Sr, aant. 1 (bijgewerkt tot 1 juli 2020).

*der functies van het strafproces wordt voldaan* (zie par. 2 hiervoor). De 9a Sr-route geeft rechters de mogelijkheid om uit te drukken dat de gang van zaken ‘geen schoonheidsprijs’ verdient. Daarbij kunnen ze, zo blijkt uit de ‘Fuji’-uitspraak, in woorden nog snoeihard uithalen. De modernisering van het Wetboek van Strafvordering lijkt inmiddels iets meer ruimte te willen bieden aan niet-ontvankelijkheid van het OM in gevallen waarin ‘the proceedings as a whole’ wellicht formeel gezien gered zijn, maar waarin het optreden van de opsporingsautoriteiten te laakbaar is geweest. Het lijkt mij een welkome toevoeging, die een al te onbevredigende toepassing van artikel 9a Sr tegen kan gaan en die bovendien inslijpt dat misleiding van de rechter en gevaarzetting ten opzichte van een eerlijk proces niet zonder gevolgen blijven. Niet in alle in dit artikel genoemde voorbeelden zal die uitzondering echter van toepassing zijn. Het geschetste grijze gebied zal dan ook wel blijven bestaan.