

# Nobody policing the police

mr. S.L.J. Janssen\*  
advocaat te Amsterdam

In twee recente arresten heeft de Hoge Raad zich niet gekweten van zijn taak om onrechtmatig optreden van politie en justitie af te straffen. Sander Janssen spoort de blokkades op voor een effectieve, rechtstatelijke controle op overheidsoptreden, en concludeert: 'De jurisprudentie op artikel 359a Sv en de Schutznorm hebben de sanctionering van onrechtmatig optreden verregaand ingeperkt'. Een analyse en een pleidooi: 'De rechter moet in alle vrijheid de grenzen van de rechtsstaat kunnen controleren én verdedigen.'

Foto: Maarten Hartman/HH

Onrechtmatig optreden door politie en justitie is van oudsher een heet hangijzer en mag zich, met de uitbreiding van bevoegdheden en de nadruk op *crimefighting*, de laatste jaren in hernieuwde belangstelling verheugen. Gaat het in de rechtszaal uiteindelijk om de vraag welke consequenties aan zulke onrechtmatigheden in een specifieke zaak moeten worden verbonden, daarnaast speelt het grotere vraagstuk hoe te bewerkstelligen dat het opsporingsapparaat zich bij het oplossen van strafbare feiten aan de regels houdt.

Traditioneel is het de rechter die de rol van *policing the police* op zich neemt; de dreiging van uitsluiting van bewijsmateriaal of zelfs niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie wordt geacht politie en justitie binnen het gareel te houden. Al enige jaren is er echter, met name bij toepassing van het leerstuk van de Schutznorm, een trend zichtbaar waarbij de rechter zich uit die rol lijkt terug te trekken.

Recent wees de Hoge Raad twee arresten die passen in die trend. In het eerste arrest waren politieagenten zonder de benodigde machtiging en tegen de uitdrukkelijke wens van de bewoner een woning binnengetroten, hetgeen een gebruikelijke praktijk bleek te zijn.<sup>1</sup> In het tweede arrest fouilleerde een daar niet toe bevoegde beveiligingsbeambte een winkeldief.<sup>2</sup> De Hoge Raad lost het op verschillende wijzen op, en doet dit anders dan het hof en de A-G, maar in beide zaken bleef het onrechtmatig optreden geheel zonder gevolgen. Reden genoeg voor enkele kanttekeningen, na eerst een korte introductie van de Schutznorm.



*De enge definiëring van 'voorbereidend onderzoek' miskent dat politieoptreden de aanzet kan zijn tot verdenking en voorbereidend onderzoek*

## SCHUTZNORM

De Schutznorm houdt in dat 'wil een verdachte met succes een beroep op onrechtmatig opsporingshandelen kunnen doen, bij dat handelen normen moeten zijn geschonden die strekken tot bescherming van zijn belang, terwijl dat belang door het onrechtmatig handelen ook daadwerkelijk is geschonden.'<sup>3</sup> De HR stelde in het standaardarrest over de werking van artikel 359a Sv van 30 maart 2004 dat: 'indien het niet de verdachte is die door de niet-naleving van het voorschrift is getroffen in het belang dat de overtreden norm



beoogt te beschermen, in de te berechten zaak als regel geen rechtsgevolg zal behoeven te worden verbonden aan het verzuim.'<sup>4</sup>

Daarbij worden twee varianten onderscheiden: de vraag of er sprake is van een norm die de rechten van de verdachte beoogt te beschermen wordt wel als de toetsing in

abstracto aangemerkt, de vraag of het de verdachte zelf is die door de schending daadwerkelijk nadeel heeft geleden, als de toetsing in concreto. Meestal zal het om de laatste gaan: is de onderliggende norm niet geschonden (bijvoorbeeld door het niet-geven van de cautie aan een verdachte die wist dat hij het recht had te zwijgen) of is de overtreding tegen een ander gepleegd (huiszoeking in de woning van een derde waarbij illegale goederen van verdachte zijn aangetroffen), dan is het beroep op onrechtmatig handelen door politie of justitie gedoemd te sneuvelen.<sup>5</sup> De Schutznorm staat dan aan strafvermindering, bewijsuitsluiting of niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in de weg.

Er zijn echter omstandigheden waarin dit niet het geval hoeft te zijn, te weten wanneer er sprake is van een 'flagrante strijd met de beginselen van een behoorlijke procesorde'<sup>6</sup> of, in de woorden van A-G Wortel 'een grove en onherstelbare schending van één van de fundamentele normen van ons strafproces' (zie hierna). Daarbij kan bijvoorbeeld aansluiting worden gezocht bij het algemene belang dat uit de ratio van het geschonden voorschrift voortkomt, zoals de Hoge Raad deed in het arrest van 12 januari 1999 betreffende het afluisteren van een geheimhouder.<sup>7</sup> Prakken sprak van een relativering van de Schutznorm bij schending van een norm die strekt ter verdediging van iedereen.<sup>8</sup>

## ONRECHTMATIG BINNENTREDEN

In de eerste hier te bespreken zaak van 29 november jl.<sup>9</sup> was er sprake van onrechtmatig binnentreden. Het ging om de aanhouding van een verdachte ter executie van een nog uitstaande onherroepelijke vrijheidsstraf. Twee opsporingsambtenaren meldden zich daarvoor bij de woning van de ex-vrouw van verdachte. Deze weigerde echter hen binnen te laten, waarna zij haar een machtiging tot binnentreden lieten zien die op dat moment blanco was (niet gedagtekend, zonder vermelding van de namen van de verbalisanten, het te betreden adres, het doel van het binnentreden et cetera). De vrouw weigerde nogmaals de ambtenaren binnen te laten, waarop zij besloten desondanks de woning te betreden. Daar troffen zij de persoon die zij zochten aan in de kinderslaapkamer, die hen vervolgens

bedreigde. De strafvervolgung terzake die bedreiging heeft uiteindelijk geresulteerd in het onderhavige arrest.

Bij het Gerechtshof Amsterdam werd het verweer gevoerd dat er door deze wijze van binnentreden sprake was van een doelbewuste en grove veronachtzaming van de belangen van verdachte, hetgeen diende te leiden tot een niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. Hetzelfde verweer was gevoerd in de strafzaak tegen de vrouw en was daar gehonoreerd. Het oordeel van het hof op het verweer van de man luidde echter dat nu de verdachte niet als bewoner van de woning kon worden aangemerkt, hij niet getroffen was in het belang dat de overtreden norm trachtte te beschermen. Het hof onderkende dat er sprake was van een ernstige inbreuk op de beginselen van een goede procesorde maar oordeelde dat de Schutznorm aan het daaraan verbinden van consequenties in de weg stond.<sup>10</sup>

A-G Wortel richt zich met name op de vraag wat er nu precies gebeurd is, en (impliciet) of dat een dermate ernstig vormverzuim oplevert dat het algemeen belang is geschonden. Hij stelt vast dat zich twee stukken in het dossier bevinden, de in het proces-verbaal genoemde blanco machtiging, en een ingevuld modelformulier, waarop de gegevens en de handtekening van de hulpofficier met een zwartschrijvende pen zijn aangebracht, terwijl de namen van de verbalisanten, het te betreden adres en het doel van het betreden in een ander handschrift met een blauwschrijvende pen zijn aangebracht. Het formulier is dus door de verbalisanten zelf, mogelijk achteraf, ingevuld. Aan de vereisten van de Algemene wet op het binnentreden (Awbi) is duidelijk niet voldaan en het lijkt er volgens de A-G zelfs op dat deze manier van machtigen gangbare praktijk is. Desondanks heeft de A-G naar eigen zeggen niet de indruk dat er sprake is geweest van een opzettelijk in strijd met de wet handelen door de verbalisanten.

De vraag is of de A-G de handelwijze van de verbalisanten niet wat al te welwillend bekijkt. Wordt deze langs de lat van het voorwaardelijk opzet gelegd dan zou gesteld kunnen worden dat deze verbalisanten op

## Het gaat eerder om de corrigerende werking van een rechterlijke uitspraak op onrechtmatig overheidsoptreden, dan om beloning van de verdachte

zijn minst de aanmerkelijke kans hebben aanvaard dat zij de toepasselijke wettelijke bepalingen zouden schenden. Bovendien: ook wanneer sprake is van een oprecht misverstand is dat zorgwekkend, aangezien verwacht mag worden dat opsporingsambtenaren de wet kennen en toepassen. De *Garantstelling* eist van hen extra waakzaamheid en zorgvuldigheid, zeker wanneer zij dwangmiddelen toepassen op burgers. Redenen om hier een hogere graad van opzet te vereisen dan voorwaardelijk opzet, zijn dan ook moeilijk te bedenken. Gezien de feiten kan van een verontschuldigbaar dwalen bij de verbalisanten in elk geval geen sprake zijn. De opening die de Hoge Raad nog biedt in zijn arrest van 19 juni 2001,<sup>11</sup> waarmee bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkheid in geval van goede trouw bij de opsporingsambtenaren kunnen worden omzeild, is daarmee niet aan de orde.

Het enige wat dus nog aan sanctionering van de onrechtmatigheid in de weg kan staan is de Schutznorm, tenzij deze wordt gerelativeerd omdat er sprake is van een schending van het algemeen belang. Dat laatste is volgens de A-G, die wel duidelijk aangeeft de gang van zaken af te keuren, hier niet aan de orde. Hij concludeert dat nu de gang van zaken geen groot risico in zich bergt dat woningen zonder wettelijk voorziene reden of daadwerkelijke noodzaak zullen worden betreden, een en ander geen grove en onherstelbare schending van één van de fundamentele normen in ons strafproces oplevert.

### ENGE DEFINIËRING

De Hoge Raad lijkt zich terughoudend op te willen stellen en omzeilt de problematiek door de zaak noch vanuit de invalshoek van het Hof, noch van de AG te benaderen:<sup>12</sup>

‘3.3. In cassatie staat het volgende vast:

- (i) er is door de politiefunctionarissen onrechtmatig binnengetrepen in de woning van een derde;
- (ii) die functionarissen traden op ter executie van een tegen de verdachte gewezen vonnis;
- (iii) daarop is de thans tenlastegelegde en bewezenverklarde bedreiging door de verdachte van een van die functionarissen gevolgd.

3.4. Daaruit kan bezwaarlijk anders volgen

dan dat het onrechtmatige binnentreden niet heeft plaatsgevonden in het kader van het voorbereidend onderzoek van de in deze zaak tenlastegelegde en bewezenverklarde bedreiging.

Het Hof heeft het verweer dus terecht verworpen (vgl. HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376). Het beroep dat wordt gedaan op schending van art. 8 EVRM doet daaraan niet af.’

De overweging van de Hoge Raad werpt de vraag op of onrechtmatig overheidsoptreden buiten beschouwing dient te blijven wanneer dit niet plaatsvindt in het kader van een tegen een verdachte gericht onderzoek, maar daar wel (onmiddellijk) aan vooraf gaat. Dit lijkt haast een derde dimensie aan de Schutznorm, maar staat daar dogmatisch gezien los van.

In het al genoemde arrest van 30 maart 2004 heeft de Hoge Raad met aanhaling van de wetsgeschiedenis<sup>13</sup> het bereik van het begrip vormverzuim beperkt tot onrechtmatigheden begaan in het voorbereidend onderzoek tegen de verdachte terzake het aan hem ten laste gelegde feit. Toepassing van deze stelregel op de onderhavige casus moet inderdaad tot de conclusie leiden dat er geen sprake was van een tegen de verdachte lopend strafrechtelijk onderzoek, nu deze slechts aangehouden diende te worden om te gaan ‘zitten’.

Anderzijds is er natuurlijk wel een verband te leggen tussen de onrechtmatigheid en het strafbare feit. Het onrechtmatig binnentreden geheel zonder consequenties laten, doet dan ook naar rechtsgevoel vreemd aan. Bovendien zou, doorredenerend in de lijn van de Hoge Raad, ook de ex-vrouw wanneer zij zou worden vervolgd geen beroep kunnen doen op artikel 359a Sv. Er is immers ook geen sprake van een tegen haar lopend strafrechtelijk onderzoek; niettemin verklaard het Hof Amsterdam het OM niet-ontvankelijk.

Hier wreekt zich de enge definiëring die aan het begrip ‘voorbereidend onderzoek’ in de zin van artikel 359a Sv is gegeven; het mist dat politieoptreden, zowel rechtmatig

als onrechtmatig, de aanzet kan geven tot een verdenking en tot een voorbereidend onderzoek. De rechtmatigheid van dat optreden blijft dan wel degelijk, of zelfs juist, van belang. Enigszins doorslaand in deze door de Hoge Raad weergegeven redenering, zou de politie immers willekeurig en zonder wettelijke bepalingen in acht te nemen allerhande dwangmiddelen kunnen gaan toepassen (binnentreden, aanhouden, fouilleren), om vervolgens te betogen dat contrabande die daarbij toevallig worden aangetroffen of strafbare feiten die in reactie op dat optreden worden gepleegd, zonder beperking vervolgd kunnen worden. Het is evident dat daarmee het gehele stelsel van dwangmiddelen wordt ondergraven.<sup>14</sup>

### ONRECHTMATIGE FOUILLERING

In het tweede arrest was sprake van een onrechtmatige fouillering door een (particuliere) beveiligingsbeambte.<sup>15</sup> Het Hof Amsterdam oordeelde dat dit onrechtmatig was, maar vond dat nu de aangever had gezien dat de verdachte iets wegnam en onder zijn jas deed en de bekende verklaring dus niet alleen het gevolg was van de fouillering, niet viel in te zien hoe gebruikmaking van het aldus verkregen bewijs zou moeten leiden tot schending van de beginselen van een behoorlijke procesorde of tot veronachtzaming van de rechten van de verdediging.<sup>16</sup> De Hoge Raad vertaalt deze overweging van het hof naar de Schutznorm, en stelt dat het kennelijk oordeel van het hof dat de onrechtmatigheid geen nadeel voor de verdachte heeft opgeleverd, en compensatie door strafvermindering dus niet op zijn plaats is, geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en ook niet onbegrijpelijk is.<sup>17</sup>

Een vraag die daarbij gesteld kan worden is of het nu zo begrijpelijk is dat iemand geen nadeel lijdt wanneer deze – mogelijk *en plein public* – door een daartoe onbevoegde beveiligingsbeambte aan een fouillering wordt onderworpen. Natuurlijk zou de politie later alsnog hebben gefouilleerd als de beveili-

gingsbeambte juist had gehandeld en de komst van de politie had afgewacht; dan zou het gestolen goed ook wel boven water zijn gekomen. Maar het is een drogreden om dat gegeven aan te grijpen om te stellen dat het subject van een onrechtmatige fouillering dús geen nadeel heeft gehad; onderworpen worden aan onrechtmatige dwangmiddelen is per definitie ‘nadelig’.

Belangrijker is dat het toepassen van artikel 359a Sv op onrechtmatig handelen niet alleen strekt tot compensatie van een verdachte. Ook A-G Wortel vraagt zich af of een signaal aan de beveiligers moet worden gegeven, maar beantwoordt die vraag ontkennend. De zaak was volgens hem niet indicatief voor een grootschalige misstand binnen de particuliere beveiligingsbranche die dringend om een reactie vroeg. Van een algemeen belang tot sanctiëring was dus geen sprake. Dat een reactie in de vorm van strafvermindering naar alle waarschijnlijkheid toch niet tot de branche zou doordringen, zoals hij tevens overweegt, geeft eerder een tweede probleem aan dan dat het een relativëring van het eerste probleem betreft, en mag geen reden zijn om dan maar van een reactie af te zien.

Het gaat hier om de corrigerende werking van een rechterlijke uitspraak op onrechtmatig overheidsoptreden, en niet om de beloning van de verdachte. Strafprocessuele bewijsregels zijn niet alleen geschreven ter bescherming van de individuele verdachten

maar hebben een wijdere betekenis.<sup>18</sup> Wat maakt dat de *crimefighter* de waarborgen rond de inzet van dwangmiddelen of betreffende de rechten van de verdachte en de verdediging naleeft, wanneer deze waarborgen de efficiency van de opsporing in de weg staan, en het buigen of zelfs breken van de regels geen consequenties heeft of slechts leidt tot een zeer marginale strafvermindering? Deze vraag is retorisch. Slechts wanneer onrechtmatig optreden, hoe indrukwekkend de resultaten ook, door bewijsuitsluiting of niet-ontvankelijkheid leidt tot het tegengestelde effect van wat wordt beoogd, is er een effectief correctiemechanisme om tegengewicht te bieden aan de verleiding om in de hitte van de opsporing van (ernstige) strafbare feiten, de risico's die met het negeren van de ingebouwde waarborgen samenhangen, uit het oog te verliezen.

#### GRENZEN VAN RECHTSSTAAT

*Who's policing the police?* is de gevleugelde vraagstelling die tegelijk een fundament van de rechtsstaat is. Uit de hier besproken arresten kan (opnieuw) volgen dat de Hoge Raad terughoudend is om de onrechtmatige toepassing van dwangmiddelen ten voordele van een verdachte te laten komen. De jurisprudentie betreffende de werking van artikel 359a Sv, de vormverzuimen en de Schutznorm hebben de sanctiëring van onrechtmatig optreden verregaand ingeperkt. Van de mogelijkheid om onrechtmatigheden

in een groter geheel te zien en daarop te reageren met het oog op het algemeen belang, wordt op een enkele uitzondering na geen gebruikgemaakt.

De lijn die daaruit afgeleid zou kunnen worden is dat de rechter de rol van ‘policing’ niet (altijd) op zich hoeft te nemen. Zeker in tijden van verharding van het strafklimaat en verruiming van de bevoegdheden en mogelijkheden van justitie is dit is een riskante ontwikkeling. Recent schreef Knigge vanuit een andere problematiek (het ondervragingsrecht) dat de integriteit van opsporingsambtenaren deels te danken is aan het feit dat zij functioneren binnen een rechtssysteem dat waarborgen biedt tegen machtsmisbruik.<sup>19</sup> Wanneer opsporingsambtenaren zich structureel en zelfs opzettelijk niet houden aan die waarborgen, is dat ernstig genoeg om noch het precieze moment van de schending, noch de precieze aard van de schending, noch de precieze persoon tegen wie de schending is begaan, aan een reactie in de weg te laten staan.

De rechter moet in alle vrijheid de grenzen van de rechtsstaat kunnen controleren én verdedigen. Als de Schutznorm of een bepaalde lezing van artikel 359a Sv die controle blokkeert, is relativëring ervan meer dan ooit gewenst. ●

\* Advocaat bij Cleerdin & Hamer Advocaten te Amsterdam.

1 HR 29 november 2005, L/N AU3297.

2 HR 8 november 2005, L/N AU3292.

3 A-G Jörg bij HR 6 juli 2004, L/N AO19785.

4 HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376.

5 Zie voor een voorbeeld van de toetsing in abstracto HR 28 mei 2002, NJ 2002, 601.

6 Memorie van Toelichting bij Wet vormverzuimen, Kamerstukken II 1993-1994, 23 075, nr. 3.

7 HR 12 januari 1999, NJ 1999, 290. Zie ook Rechtbank Rotterdam 10 oktober 2005, L/N AU4036 en anders Hof Den Haag, 10 februari 2006, L/N AV1454.

8 E. Prakken, ‘De strafprocessuele Schutznormleer gerelativeerd?’, in: *NJB* 1999 nr. 6, p. 245 e.v.

9 HR 29 november 2005, L/N AU3297.

10 De vraag is of dit standpunt juist is in het licht van het EVRM: uit Straatburgse jurisprudentie blijkt dat het bij invulling van het recht op een privé-leven met name gaat om de ontwikkeling van de persoonlijke vrijheid, en dat het begrip

*home* niet alleen de eigen woning dekt, maar ook hotelkamers, gastenverblijven en tijdelijke verblijfplaatsen. Zie o.a. J. van de Lanotte en Y. Haeck (red.), *Handboek EVRM*, Deel 2, Artikelsgewijs commentaar (2004), pag. 711 e.v. en A.M. van Woensel, ‘Sanctiëring van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal’, in: *DD* 2004, 10.

11 Hoge Raad 19 juni 2001, NJ 2001, 574.

12 Helaas wordt daarmee ook geen duidelijk standpunt ingenomen betreffende de problematiek van de machtiging in de Algemene wet binnentreden (Awbi). Ook daarin zou een ondubbelzinnige stellingneming wenselijk zijn geweest. Zie ook *Strafblad* nr. 1, 17 februari 2005, p. 138-142.

13 Memorie van Toelichting bij Wet vormverzuimen, Kamerstukken II 1993-1994, 23 075, nr. 3.

14 Overigens biedt de Wetsgeschiedenis van de Wet vormverzuimen voldoende aanknopingspunten om te betogen dat het juist níet de bedoeling van de wetgever is geweest om de rechter te beperken in zijn mogelijkheden om te reageren op onrechtmatig overheidsoptreden; zie o.a. Kamerstukken

II 1993/94, 23 705, nr. 6, p. 9-10.

15 HR 8 november 2005, NJ 2006, 136.

16 Het Hof geeft een variant op het uiterst strikte criterium over wanneer bewijsuitsluiting aan de orde is uit wederom HR 30 maart 2004 (r.o. 3.6.4), welk criterium is bevestigd in onder andere HR 5 april 2005 (L/N AS7572): ‘door de onrechtmatige bewijsgaring is een (belangrijk) strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate geschonden.’

17 Opvallend is daarbij wel dat de Hoge Raad er niet voor kiest te oordelen dat nu de onrechtmatigheid niet door de politie maar door een burger is begaan, er van een vormverzuim geen sprake is en het Openbaar Ministerie in zijn algemeenheid hiervoor niet verantwoordelijk kan worden gehouden. Wellicht dat het arrest van het Hof voor die benadering onvoldoende ruimte bood.

18 G.J.M. Costens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, 4e druk, p. 661.

19 Noot bij HR 10 februari 2004, NJ 2004, 452.