

HC 5-a, 06-03-2018, sanctienering van onregelmatigheden: bewijsuitsluiting

Er wordt gekeken naar het uitsluiten van bewijs, dus materiaal dat bij zou kunnen dragen aan de bewezenverklaring. Het gaat in het bijzonder om art. 359a Sv. Hierin staan mogelijke acties van de zittingsrechter, maar dit houdt niet in dat deze acties buiten de context niet mogelijk zou kunnen zijn. Bewijsuitsluiting kan ertoe leiden dat voor een zeer ernstig feit geen bewezenverklaring of veroordeling meer geschiedt.

Bij onregelmatigheden in het strafproces kan gedacht worden aan het niet toestaan dat de aangehouden verdachte een raadsman consulteert, het achterwege laten van de cautie bij politieverhoor, het binnentreden zonder machtiging of een disproportioneel gewelddadige arrestatie. De sanctienering vindt zich in de onrechtmatige daad, bewijsuitsluiting (art. 359a Sv) en rechtspraak (arresten loze hashpijp en criteria bewijsuitsluiting).

Voorbeeld: twee broers werden vier dagen in verzekering gesteld wegen betrokkenheid bij oplichting. Hof heeft beide broers buiten vervolging gesteld. Aangevoerd is dat het dwangmiddel disproportioneel is geweest. Het Hof heeft dat niet onderzocht dus volgt cassatie. Cassatie gaat deels langs strafproces heen. Er zijn drie vragen omtrent de schadevergoeding die eventueel gegeven kunnen worden: 1) bij vervolging, bewijs bruikbaar (reparatiefunctie), 2) in strafproces geen issue – geeft de overheid blijk van werken aan oplossing (demonstratiefunctie)?, 3) voorkomt het herhaling (effectiviteitsfunctie)? Met het effectiviteitsargument worden opsporingsambtenaren aangespoord om conform te handelen.

In het *tweede bloedproefarrest* is de eerste stap gezet naar bewijsuitsluiting. In het kader van dronken rijden was bloed afgenomen, maar hier was nog geen wettelijke grondslag voor. Het bloed was dus onrechtmatig afgenomen. De Hoge Raad stelde dat het doen meewerken van de resultaten aan bewijs onverenigbaar is met de strekking van het wetboek van strafvordering, in het bijzonder de daarin aan verdachte toegekende waarborgen. Het arrest wordt gezien als een keerpunt, het bood een grondslag voor bewijsuitsluiting. Uit het *erwtenpistool-arrest* volgt dat huiszoeking zonder last of toestemming kan leiden tot bewijsuitsluiting.

Ook op andere terreinen zijn er buitenwettelijke sancties op onrechtmatig handelen. Uit het *mentenarrest* volgt dat onder omstandigheden het opwekken van gerechtvaardigd vertrouwen door het OM tot niet-ontvankelijkheid moet leiden als er opeens wel vervolgd wordt. De beginselen van behoorlijke procesorde normeren de vervolging. Uit HR NJ 81/116 volgt dat bij schending van de verdragseis berechting binnen redelijke termijn in strijd is met de beginselen en leidt tot niet-ontvankelijkheid van het OM. Hier kwam de Hoge Raad hier deels op terug. Strafverlaging is in beginsel de passende sanctie op de schending van de redelijke termijn (HR NJ 87/587). De mogelijkheid van niet-ontvankelijkheid van het OM werd uitgesloten, maar soms spreken rechters deze alsnog uit.

Art. 359a Sv

Art. 359a Sv is de wettelijke basis geworden. De rechtbank kan, indien bij voorbereidend onderzoek vormen verzuimd zijn die niet meer kunnen worden hersteld en rechtsgevolgen niet uit de wet blijken, bepalen tot strafvermindering, bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkheid van het OM. De rechtbank moet hierbij rekening houden met het belang dat het geschonden voorschrift dient, ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt.

Wet vormverzuim

De commissie Moons werd opgericht, wat leidde tot de Wet vormverzuim. Art. 359a Sv zegt dat de rechter ‘kan’ en niets moet. Ook dat ‘de rechtbank rekening houdt met drie factoren’ niet zegt dat andere factoren niet mee mogen wegen. Het ging er om een wettelijke grondslag te geven aan wat in de rechtspraak al bestond. De wetgever dacht aan het buitenwettelijk sanctiearsenaal ontwikkeld bij schending van strafprocessuele beginselen afgeleid uit de mensenrechtenverdragen. De wetgever sloot vormverzuimen begaan bij het onderzoek ter terechtzitting uit. Beperking tot het vooronderzoek zou beter aansluiten bij systematiek waarin beoordeling van vormverzuimen ter zitting plaatsvindt door appel-/cassatierechter. De codificatie is partieel gelukt. Art. 359 Sv ziet op motiveren, art. 360 Sv op

motivering bij bijzondere bewijsmiddelen. De plaats in de wet is merkwaardig, want art. 359a Sv zit hiertussen, maar gaat niet over motiveren maar over gronden voor beslissingen.

Verzuim van vormen is ontleend aan artt. 199 en 256 Sv. De rechter-commissaris heeft de taak om vrijheidsbeneming te toetsen. Vormfouten worden hersteld. In art. 359a Sv draait het niet om herstellen. Art. 256 Sv zegt dat als het onderzoek ter terechtzitting begint vormverzuimen niet meetelt. In art. 359a Sv is juist wel bedoeld op vormverzuimen bij het onderzoek ter terechtzitting. In art. 359a Sv is een richting gegeven, wat leidt tot processuele ongelijkheden tussen gerechten.

Loze hashpijp

Het staat centraal om de reikwijdte van art. 359a Sv te beperken. Uit rechtsoverweging 3.4.2 volgt dat het alleen gaat om vormverzuimen in vooronderzoek tegen verdachte ter zake van hem ten laste gelegde feit waarover rechter bedoeld in art. 359a Sv heeft te oordelen. In *HR NJ 2006/193* werd gesteld dat bij het bedreigen van de politie bij het onrechtmatig binnentreden, in het vooronderzoek niet naar bedreiging moeten worden gekeken. Art. 359a Sv is niet van toepassing, maar dat betekent niet dat onregelmatigheid nooit rechtsgevolgen kan hebben (undue delay). Als tijdens de marteling een ander strafbaar feit wordt bekend, dan mag op grond van jurisprudentie van het EHRM dat bewijs worden gebruikt. Art. 359a Sv dekt maar een deel van de relevante vormverzuimen.

Vrijheidsbenemende dwangmiddelen

Art. 359a Sv is ook niet van toepassing bij vormverzuimen die betrekking hebben op bevelen inzake toepassing van vrijheidsbenemende dwangmiddelen welke kunnen worden voorgelegd aan de rechter-commissaris die aan dergelijke verzuimen rechtsgevolgen kan verbinden ten aanzien van de voortzetting van de vrijheidsbeneming. Het gesloten stelsel van rechtsmiddelen is niet overtuigend, want art. 359a Sv brak in op bestaande wettelijk stelsel en het gaat om heel andere rechtsgevolgen dan vrijlating, zoals strafvermindering.

Ernst van het verzuim en de verwijtbaarheid

Bij beoordeling van de ernst (art. 359a lid 2 Sv) zijn van belang de omstandigheden waaronder het verzuim is begaan; daarbij kan de mate van verwijtbaarheid van het verzuim een rol spelen. Naast objectieve ernst moet er ook sprake zijn van subjectieve verwijtbaarheid. 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, zal in de te berechten zaak als regel geen rechtsgevolg behoeven te worden verbonden aan het verzuim (=Schutznorm). De basis ligt in de reparatiegedachte. Uitzonderingen bevinden zich bij de schending van het pressieverbod jegens derden en het verschoningsrecht.

Art. 359a Sv inclusief het arrest loze hashpijp geeft de Hoge Raad een handvat om het vormverzuim vast te stellen, maar de Hoge Raad kan besluiten er geen rechtsgevolg aan te verbinden (de 'enkele constatering').

Bij beslissen en motiveren gaat het ook om verweren ex art. 358 lid 3 of 359 lid 2 Sv. In het arrest loze hashpijp wordt een nieuw soort responsieplicht gevormd. Van de verdediging mag verlangd worden dat duidelijk en gemotiveerd aan de hand van de factoren in art. 359a lid 2 Sv wordt aangegeven tot welk rechtsgevolg het vormverzuim dient te leiden. Alleen op een dergelijk verweer is de rechter gehouden met een met redenen omklede beslissing te reageren. De rechter kan onderzoek naar feitelijke juistheid van het verweer achterwege laten als het in verband met wat is aangevoerd niet tot zo'n rechtsgevolg kan leiden. Indien materiaal niet tot het bewijs gebezigd is, dan heeft de verdachte geen belang bij de bespreking tot een bewijsuitsluiting strekkend verweer.

Criterium bewijsuitsluiting

Bewijsuitsluiting kan uitsluitend aan de orde komen indien bewijsmateriaal door verzuim is verkregen en het komt in aanmerking als door onrechtmatige bewijsgaring een belangrijk voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden. Het causaal verband staat centraal, maar ook het karakter van het geschonden voorschrift speelt een rol.

Rechtspraak EHRM

Het EHRM dwingt niet bij elke verdragsschending tot bewijsuitsluiting. In *Khan t. VK* komen twee mannen uit Pakistan aan op het vliegveld. Khan wordt verhoord, maar bekent niet. Na iemand gaat hij op bezoek die wordt afgeluisterd en hij bekent. De rechter veroordeelt Khan ondanks onrechtmatige verkrijging van het materiaal. Het EHRM zegt dat het af luisteren in strijd is met art. 8 EVRM. Maar daaruit volgt niet dat weergave van het gesprek uitgesloten moet worden van het bewijs. Art. 6 EVRM regelt niet of bewijs toelaatbaar is, maar of het proces als geheel fair is.

In *Allan t. UK* werd bij een beroving de bedrijfsleider gedood. Allan is de verdachte. Een informant wordt bij de verdachte op cel geplaatst en zorgt voor bekentenis van aanwezigheid bij de moord. Dit is in strijd met art. 8 EVRM, maar niet per se met art. 6 EVRM. Het EHRM zegt dat zwijgrecht ziet op de vrijheid om wel of niet te spreken bij ondervraging door de politie. Die keuzevrijheid is op deze manier ondermijnd. Het gebruik van de verklaring was in strijd met the right to silence and privilege against self-incrimination (art. 6 EVRM).

Marteling leidt onder alle omstandigheden tot schending van art. 6 EVRM als de verklaring die daaruit volgt als bewijs wordt gebezigd. Bij onmenselijke mishandeling (art. 3 EVRM) moet het een sterke bewijsbetekening hebben gehad wil het leiden tot schending van art. 6 EVRM.

Criteria bewijsuitsluiting

Toevoeging aan het arrest loze hashpijp is dat een schending van art. 8 EVRM niet zonder meer inbreuk op een eerlijk proces ex art. 6 EVRM oplevert. Aan niet gerechtvaardigde inbreuk op art. 8 EVRM in de strafprocedure tegen verdachte worden geen rechtsgevolgen verbonden mits een eerlijk proces is gewaarborgd. Opmerkelijk is dat de in art. 8 EVRM gewaarborgde rechten wel belangrijk waren in de jurisprudentie die art. 359a Sv codificeerde.

Er zijn drie categorieën waarin bewijsuitsluiting wordt toegestaan:

1. Art. 6 EVRM; de rechter kan om verschillende redenen gebruik maken van bevoegdheid tot bewijsuitsluiting als rechtsgevolg op vormverzuim ex art. 359a Sv.
2. Als ander belangrijk voorschrift in aanzienlijke mate is geschonden, kan bewijsuitsluiting noodzakelijk geacht worden om toekomstige vergelijkbare vormverzuimen die onrechtmatige bewijsvergaring tot gevolg hebben te voorkomen en een krachtige stimulans te laten bestaan tot handelen in overeenstemming met voorgeschreven norm. De rechter zal daarbij kunnen betrekken of bewijsuitsluiting opweegt tegen te verwachten negatieve effecten en of niet op onaanvaardbare wijze afbreuk wordt gedaan aan zwaarwegende belangen als waarheidsvinden en bestraffing, alsmede in voorkomend geval aan rechten van slachtoffers en/of nabestaanden, mede gelet op uit EVRM voortvloeiende positieve verplichting tot effectieve bestraffing.
3. Bewijsuitsluiting is niet uitgesloten als sprake is van een situatie waarin vormverzuim naar uit objectieve gegevens blijkt zozeer bij herhaling voorkomt dat structureel karakter vaststaat en verantwoordelijke autoriteiten zich vanaf dat moment waarop structureel verzuim hun bekend moet zijn geweest onvoldoende inspanningen hebben getroost om overtredingen van desbetreffend voorschrift te voorkomen.

Als het gaat om categorie 1-verweren dan ligt de drempel voor een responsieplicht heel laag.

HC 5-b, 09-03-2018, niet-ontvankelijkheid OM en strafvermindering

Voor een sanctie die toegewezen is, hoeft niet altijd art. 359a Sv toegepast te zijn.

Op grond van art. 359a Sv kan, bij niet-herstelbare verzuim van vormen in het voorbereidend onderzoek en de rechtsgevolgen niet uit de wet blijken, de rechtbank de hoogte van de straf verlagen, bewijs uitsluiten en het OM niet-ontvankelijk verklaren. Er moet hierbij rekening worden gehouden met het belang dat de het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor is veroorzaakt.

Bij de uitoefening van controlebevoegdheden is geen cautieplicht, want er is geen verdachte. Als dit samenvalt, dus er is wel een verdachte, dan moet de cautieplicht wel worden nageleefd.

De derde formele vraag (art. 348 Sv) is de ontvankelijkheidsvraag van het Openbaar Ministerie. Het behelst het recht van het Openbaar Ministerie om een vervolging in te stellen, het is het recht van strafvordering. De wetgever mag hier beperkingen aan stellen. Voorbeelden van deze beperkingen, dus vervolgingsuitsluitingsgronden, zijn bijvoorbeeld: ne bis in idem (art. 68 Sr), de dood van de verdachte (art. 69 Sr), verjaring (art. 70 Sr), art. 359a lid 1 sub c Sv, transactie, overdracht van strafvervolging en het ontbreken van een klacht.

‘Het’ Zwolsman-criterium

Het Zwolsman-criterium is een belangrijk criterium. Uit het arrest *loze hashpijp* volgt dat de niet-ontvankelijkheid van het OM alleen ‘in uitzonderlijke gevallen’ in aanmerking komt. Namelijk alleen als met de opsporing of vervolging belaste ambtenaren ernstig inbreuk hebben gemaakt op de 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 (*Zwolsman-criterium*). Als hieraan is voldaan kan het openbaar ministerie niet-ontvankelijk worden verklaard.

Oudere rechtspraak is te vinden in het arrest *gepasseerde raadsman*, waarin in eerste aanleg vrij werd gesproken in een zedendelict. De officier van justitie laat de politie getuigen opnieuw horen zonder de aanwezigheid van de verdediging/raadsman. De verdediging vond dit erg. Het openbaar ministerie werd niet-ontvankelijk verklaard, omdat getuigen niet meer onbevungen kunnen verklaren. Het OM gaat in cassatie. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep. Let op: het cassatiemiddel moet relevant zijn; in casu was het middel de onrechtmatigheid, niet de niet-ontvankelijkheid van het OM. Later zegt de Hoge Raad dat dit arrest niet dwingt tot niet-ontvankelijkheid van het OM bij deze handelswijze.

Vergelijking tekst en criterium

In de wet staat iets over de beginselen van een behoorlijke procesorde. Het criterium mondt uit in de vraag of er sprake is van een fair trial. Dit is een ander accent. Als je de MvT bij art. 359a Sv pakt, dan heeft dit artikel het alleen maar over de niet-ontvankelijkheid van het OM als niet voldaan wordt aan de beginselen van een behoorlijke procesorde. Dit is niet zo. Kennelijk is opzet of grove schuld vereist (immers: doelbewust of met grove veronachtzaming). Dit spoort met de niet-ontvankelijkheid van het OM in uitzonderlijke gevallen. Voor de verwijtbaarheid moet er worden gekeken naar het nadeel (fair trial) en de ernst (doelbewust/grove veronachtzaming).

EHRM

In *Teixeira de Castro* gingen Portugese undercoveragenten heroïne kopen. Ze vroegen dat aan iemand waarvan ze dachten dat hij een dealer zou kunnen zijn. De man ging op zoek en zei dat hij niets kon verkopen. Later vroegen ze weer om heroïne. Ze zijn samen met de man naar een derde gegaan en konden de drugs kopen. Toen werden de ‘verkopers’ in de boeien geslagen. Er was geen aanwijzing dat de ‘verkoper’ meer drugs in zijn bezit had. Teixeira de Castro ging naar het EHRM en stelde dat hij was uitgelokt. Het EHRM stelden dat er inderdaad sprake was van uitlokking. Het blijkt uit niets dat hetzelfde zou zijn gebeurd als ze niet naar de drugs hadden gevraagd. Er was sprake van schending van art. 6 EVRM, op grond van uitlokking.

In *Ramanauskas tegen Litouwen* werd een officier van justitie benaderd om te zorgen dat een derde werd vrijgesproken. Hij weigerde, maar de aanbieder bleef aandringen en de officier ging akkoord. De man die de vraag had gesteld was een onderzoeker van een anti-corruptie-eenheid die op eigen houtje had gehandeld. De officier voelde zich uitgelokt. Nationaal werd gezegd dat er geen uitlokking was, want geen bedreiging of chantage. Het EHRM stelde dat er sprake was van schending van art. 6 EVRM en er geen eerlijk proces was. In het bijzonder maken undercoveroperaties een eerlijk proces niet onmogelijk. De undercoveragenten moeten binnen duidelijke grenzen en met de nodige waarborgen handelen. De nationale rechter moet werk maken van serieus verweer of het proces in zijn geheel nog eerlijk was. Er moet zo een invloed worden uitgeoefend dat zonder die invloed geen sprake zou zijn van het voorval. All evidence obtained as a result of police incitement must be excluded, dus niet per se niet-

ontvankelijkheid, maar in ieder geval geen veroordeling op grond van verzameld bewijs. Als zoveel bewijsuitsluiting plaatsvindt, dat vervolgingsrecht de facto afwezig is, vormt geen verschil.

Hoge Raad & uitlokking

In *NJ 2010/440* was er een informant van de criminele inlichtingen eenheid (CIE) die had gevraagd aan iemand voor valse biljetten. De burgerinformant vroeg om het hele pakket van tachtigduizend euro. Er was slechte controle geweest op de CIE. Het leidde ertoe dat het OM niet-ontvankelijk werd verklaard. HR: 'indien de verdachte door een opsporingsambtenaar of door een persoon voor wiens handelen de politie of het Om verantwoordelijk is, is gebracht tot het begaan van het strafbare feit waarvoor hij wordt vervolgd, terwijl zijn opzet tevoren niet reeds daarop was gericht, is voldaan het criterium voor niet-ontvankelijkheid van het OM'. Als hieraan is voldaan, dan is ook voldaan aan het Zwolsman-criterium.

Er zijn ook lokmethoden die de politie gebruikt. Een voorbeeld is de lokfiets. Mag die fiets niet op slot staan? Mag die fiets heel mooi zijn? Het kan zijn dat je juist dan iemand tot diefstal uitlokt. Andere voorbeelden zijn de lokoma, de lokhomo, de lokauto en de lokpuber. De lokpuber wordt ingezet om daders van zedendelicten op te sporen (art. 248a, 248e Sr). Het doel is om de lokmethoden in te zetten zonder dat er sprake is van uitlokking.

Strafvermindering

Een sanctie die buiten de context van art. 359a Sv kan worden opgelegd, bijvoorbeeld undue delay. Uit het arrest *redelijke termijnen in Nederland* volgt dat undue delay los staat van art. 359a Sv. De Hoge Raad toetst als feitenrechter (3.2-3.6) en cassatierechter (3.7-3.9). Er volgt bij 'undue delay' geen niet-ontvankelijkheid van het OM, maar een strafvermindering. Het begin is bij het moment waarop vanwege de Staat een handeling wordt verricht waaraan de verdachte in redelijkheid de verwachting kon ontnemen dat vervolging zal worden ingesteld. Dit is niet altijd het eerste verhoor door de politie, maar in ieder geval bij de in verzekeringstelling en de dagvaarding. De uitgangspunten zijn te vinden in het arrest. De redelijkheid van de duur is afhankelijk van de ingewikkeldheid van de zaak, de invloed van de verdachte/advocaat op het procesverloop en de wijze waarop de zaak door autoriteiten is behandeld. Als de verdachte of de advocaat veel stukken heeft ingediend of veel getuigen wil horen, dan kan het zijn dat daardoor de zaak langer duurt.

Een voorbeeld is dat een rechtbank zegt dat ze de jurisprudentie van de Hoge Raad kent, maar hier niet in mee gaan. De rechtbank stelde dat art. 40 lid 1 sub b onder 3 IVRK de garantie biedt dat bij iedere kind-verdachte zonder vertraging wordt beslist. Dit biedt meer rechtsbescherming dan art. 6 EVRM. Daarnaast zijn de verjaringsregels sinds 2013 versoepeld. De rechtbank stelt vast dat het OM met enige regelmaat strafzaken tegen minderjarigen laat aanbrenge. De HR-regel kan dan ook niet langer onverkort worden vervolgd. Het OM is niet-ontvankelijk.

Art. 359a Sv

Er zijn vier voorwaarden voor de strafvermindering:

- De verdachte heeft daadwerkelijk nadeel;
- Het nadeel is veroorzaakt door het verzuim (causaal verband);
- Het nadeel moet geschikt zijn voor compensatie door middel van strafvermindering;
- Strafvermindering in het licht van belang dat het voorschrift dient en ernst verzuim moet gerechtvaardigd zijn.

In de *Zaanse verhoormethode*-arrest ging het behoorlijk fout. Iemand werd geconfronteerd met lange verhoren; drie dagen lang. Er werden foto's van het lijk op tafel gelegd en zelfs een papier met de namen van de kinderen van de verdachte. Zelfs dreigementen dat de verdachte pas weg mocht als hij bekende. De afwijzing van het hof voor strafvermindering is onbegrijpelijk, aldus de Hoge Raad.

Tot slot kan toepassing van art. 359a Sv leiden tot de niet-ontvankelijkheid van het OM, bewijsuitsluiting en strafvermindering. Andere manieren om tot die sancties te komen is mogelijk. Voorbeelden zijn het Zwolsman-criterium, undue delay en arresten van de Hoge Raad.