

Nieuwsbrief SR Updates - Nummer 38, 2017

Nummer 38, 2017

Redactie: prof. mr. J.S. Nan en mr. C.L. van der Vis.

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2017:3058](#) 05-12-2017

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2017:3062](#) 05-12-2017

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2017:3071](#) 05-12-2017

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2017:3059](#) 05-12-2017

Annotatie

[Eigen waarneming in raadkamer gedaan. Annotatie bij Hoge Raad 17 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2639, SR 2017-0437.](#)

mr. J.H.J. Verbaan

ANNOTATIE

Eigen waarneming in raadkamer gedaan. Annotatie bij Hoge Raad 17 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2639, SR 2017-0437.***mr. J.H.J. Verbaan***

Het hof heeft in deze zaak van 17 oktober 2017 (ECLI:NL:HR:2017:2639) de bewezenverklaring van het bezitten van afbeeldingen van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, betrokken is of schijnbaar betrokken is, mede doen steunen op een eigen waarneming van de rechter in raadkamer gedaan. De verdediging is in cassatie gegaan met een klacht over het gebruik van die eigen waarneming voor het bewijs. De verdediging stelt zich op het standpunt dat de waarneming niet op het onderzoek ter terechtzitting is gedaan en ook niet op het onderzoek ter terechtzitting ter sprake is gebracht. De Hoge Raad laat de uitspraak in stand en acht het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk.

In de onderhavige zaak ging aan het gebruik van de eigen waarneming voor het bewijs vooraf dat het hof de zaak op 3 november 2014, ondanks zijn gewijzigde samenstelling, met instemming van de advocaat-generaal en de verdachte heeft hervat in de stand waarin het zich op het moment van de schorsing bevond. Het onderzoek ter terechtzitting werd op 7 oktober 2014 geschorst en bij tussenarrest van 21 oktober 2014 heropend. Bij dat tussenarrest, zo blijkt uit de mededeling van de voorzitter, heeft het hof het noodzakelijk geacht om in de gelegenheid te worden gesteld ter zitting kennis te nemen van de in eerste aanleg ter zitting getoonde stukken van overtuiging. Op het onderzoek ter terechtzitting van 3 november heeft de advocaat-generaal bij het hof de stukken van overtuiging, te weten: een fotomap met afbeeldingen, ter inzage aan het hof overlegd. Het hof besluit dat het de bewuste fotomap met afbeeldingen in de raadkamer zal bekijken en vervolgens de map zal teruggeven aan de advocaat-generaal bij het hof. Desgevraagd deelt de raadsman namens de verdediging mee dat hij de bewuste afbeeldingen bij een eerdere gelegenheid op het politiebureau heeft bekeken.

De vraag of een eigen waarneming voor het bewijs mag worden gebruikt, hangt af van de constructie en de voorwaarden waaronder de waarneming wordt gedaan. Vanzelfsprekend is

de rechter gebonden aan het onderzoek ter terechtzitting. De Hoge Raad heeft bepaald dat de eigen waarneming om als bewijs bij te kunnen dragen aan de bewezenverklaring tijdens het onderzoek, ter terechtzitting moet zijn gedaan (HR 29 augustus 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX6416, NJ 2007/134). De gebondenheid aan het onderzoek ter terechtzitting is er met name op gericht om partijen de gelegenheid te bieden zich over (mogelijke) waarnemingen van de rechter te kunnen uitlaten. Die gebondenheid dwingt de rechter overigens niet zich over al zijn waarnemingen uit te spreken. De rechter moet zich evenwel eerder gedrongen voelen een waarneming ter sprake te brengen op het moment dat de verwachting sterker wordt dat een van de procespartijen verrast zou kunnen worden door het gebruik van die waarneming als bewijsmiddel, doordat zij daarmee geen rekening hadden kunnen houden.

De vraag of sprake is van een zodanige verrassing lijkt zich niet te laten verwoorden in algemene regels. Het antwoord op die vraag is onder meer afhankelijk van de omstandigheden van het geval, zoals het procesverloop, het karakter van de waarneming en de mate waarin die waarneming een bijdrage levert aan de bewezenverklaring.

Daarnaast wordt algemeen de eis aanvaard dat de rechterlijke waarneming in de ambtelijke hoedanigheid moet zijn gedaan. Een van de redenen daarvoor is dat waarnemingen die door de rechter als privépersoon zijn gedaan door de procespartijen niet op het onderzoek ter terechtzitting ter discussie kunnen worden gesteld.

De Hoge Raad leest in het besluit van het hof om de overlegde stukken van overtuiging in de raadkamer te bestuderen, dat het de afbeeldingen daarin klaarblijkelijk redelijkerwijs van belang heeft geacht voor zijn beslissingen. De Hoge Raad overweegt dat uit het proces-verbaal van zitting blijkt dat noch de verdediging noch het Openbaar Ministerie bezwaren heeft geuit tegen deze gang van zaken. De Hoge Raad gaat er dan ook van uit dat geen bezwaren zijn gemaakt tegen het bekijken van de afbeeldingen in de raadkamer. De raadsman heeft op het onderzoek ter zitting opgemerkt dat hij de afbeeldingen bij een eerdere gelegenheid op het politiebureau heeft bekeken en op zitting verder geen opmerkingen meer gemaakt over de bewuste afbeeldingen. Dat brengt de Hoge Raad tot het oordeel dat aan het enkele feit dat de waarneming niet op de terechtzitting gedaan is, niet het gevolg kan worden verbonden dat dientengevolge de betwiste waarneming niet voor het bewijs zou mogen worden gebezigd. Voor zover de klacht van de verdediging zou inhouden dat de waarneming door het hof ter zitting ter sprake zou moeten zijn gebracht, overweegt de Hoge Raad dat het hof kennelijk heeft geoordeeld dat dit niet nodig was en dat de procespartijen niet zouden worden verrast door het gebruik van de waarneming voor het bewijs. Zij hadden daarmee blijkbaar rekening kunnen houden. Gelet op de omstandigheden van het onderhavige geval, acht de Hoge Raad het oordeel van hof als niet onbegrijpelijk.

De Hoge Raad heeft het belang van het verrassingscriterium in de onderhavige zaak blijkbaar zwaarder laten wegen dan het belang van de openbaarheid. Het formele criterium dat de eigen waarneming van de rechter op het onderzoek ter terechtzitting moet zijn gedaan, betekent volgens deze uitspraak klaarblijkelijk niet dat deze waarneming in de zittingszaal moet zijn gedaan. Waarnemingen gedaan na sluiting van het onderzoek ter terechtzitting moeten worden uitgesloten voor het bewijs, zo is al bepaald in het hierboven genoemde arrest (ECLI:NL:HR:2006:AX6416). Over waarnemingen gedaan gedurende het onderzoek ter terechtzitting, maar buiten de aanwezigheid van procespartijen was nog geen uitspraak gedaan. Waarnemingen die worden gedaan in de raadkamer buiten de aanwezigheid van de procespartijen tijdens het onderzoek ter terechtzitting kunnen, blijkens dit arrest, voor het bewijs worden gebezigd. Dan moet echter wel voldaan zijn aan de voorwaarde dat de verdediging niet verrast wordt door de aldaar gedane en voor het bewijs gebezigde waarnemingen. Dat betekent dat de rechter de procespartijen op de hoogte moet brengen van het feit dat hij processtukken zal bekijken en bovendien ook nauwkeurig dient aan te geven welke processtukken voor die waarnemingen in de raadkamer in aanmerking komen. Bij de procespartijen mag geen misverstand bestaan over datgene wat door de rechters in de raadkamer zal worden onderzocht. Indien geen misverstand meer kan bestaan over hetgeen in de raadkamer zal worden bekeken, moet aan de procespartijen ook nog de gelegenheid worden geboden zich uit te laten over de eventuele waarnemingen die de rechter in die raadkamer zal kunnen doen.

In het onderhavige geval lijkt bij de partijen geen misverstand te hebben bestaan over hetgeen door de raadsheren van het hof in de raadkamer zou worden waargenomen. Beide partijen hebben ook geen bezwaar gemaakt tegen het feit dat die waarnemingen niet in het openbaar op het onderzoek ter terechtzitting zouden worden gedaan. Sterker nog, de raadsman heeft op de zitting gemeld dat hij de afbeeldingen al bij de politie heeft bekeken. De verdediging geeft daarmee duidelijk te kennen dat zij op de hoogte is van wat er in de raadkamer zal worden bekeken. Die uitlating versterkt het vermoeden dat de verdediging niet verrast kan zijn door het gebruik van de waarneming voor het bewijs. Voor het Openbaar Ministerie geldt dat, ook indien de waarneming tot een andere uitkomst had geleid, in wezen ook. De advocaat-generaal heeft immers ook op zitting verklaard geen bezwaar te hebben tegen het feit dat de fotomap met afbeeldingen in de raadkamer zou worden bekeken.

De Hoge Raad hanteert daarmee in de beoordeling van de toelaatbaarheid van het gebruik van eigen waarneming van de rechter voor het bewijs een meer formele maatstaf. Indien de procespartijen bekend zijn met datgene wat door de rechter zal worden bekeken en geen van beide partijen bezwaar maakt tegen of opmerkingen maakt over hetgeen mogelijk wordt gebruikt als eigen waarneming, staat het de rechter vrij datgene wat hij waarneemt ook

daadwerkelijk voor het bewijs te bezigen.

Die benadering is in de onderhavige zaak niet onbegrijpelijk: het gaat hier immers om afbeeldingen, waarvan het bezit op zichzelf al strafbaar is. Het is dan ook niet onbegrijpelijk dat het hof niet de behoefte voelde om die afbeeldingen op de terechtzitting, die openbaar is, te tonen. De Hoge Raad heeft in eerdere rechtspraak met betrekking tot grootschalig bezit van afbeeldingen van seksuele gedragingen waarbij minderjarigen betrokken zijn, het Openbaar Ministerie aanwijzingen gegeven over het aantal afbeeldingen van dien aard dat in de tenlastelegging en daarmee het procesdossier moet worden opgenomen (HR 24 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1497, *NJ* 2014/339, SR 2014-0273).

Die aanwijzingen betekenen vanzelfsprekend niet dat de rechter en de procespartijen ter beantwoording van de vraag of het ten laste gelegde feit bewezen is, geen kennis dienen te nemen van de afbeeldingen die in de fotomap zijn opgenomen. Die afbeeldingen betreffen immers de kern van het verwijt dat de verdachte wordt gemaakt en zullen dus op enig moment in het geding moeten worden bekeken. Desalniettemin dient men met deze, op zich begrijpelijke, beslissing om niet in het openbaar op het onderzoek ter terechtzitting kennis te nemen van de afbeeldingen voorzichtig om te springen. Die geboden voorzichtigheid vloeit met name voort uit het belang van de openbaarheid van het onderzoek ter terechtzitting. Ondanks het feit dat partijen geen bezwaar maken tegen het buiten de openbaarheid kennisnemen van de, mogelijk belastende, processtukken en derhalve formeel geen beletsel bestaat tegen deze wijze van handelen, kan het publiek de betwiste foto's en daarmee de grondslag voor de beschuldiging niet meer waarnemen. Nu is het niet gebruikelijk dat het publiek op het onderzoek ter terechtzitting wordt betrokken bij het tonen van een bewijsmiddel. Normaal gesproken ziet het publiek in het geval dergelijk bewijs wordt getoond ook slechts de in toga gehulde procespartijen gebogen over de tafel van de rechters staan. Bij het toelaten van de waarneming in de raadkamer als geen bezwaren door partijen worden gemaakt tegen het doen van waarnemingen in de raadkamer, kan het probleem van de controleerbaarheid door het publiek wel een rol gaan spelen en wekt in ieder geval de schijn dat het bewijsmiddel blijkbaar belastend materiaal bevat. Daarmee komt de openbaarheid in het geding, maar belangrijker nog: het kan leiden tot beperking daarvan en daarmee het maatschappelijk debat over wat wel en niet aanvaardbaar wordt geacht op het gebied van zeden, doen verstommen.

RECHTSPRAAK

Ontucht als bedoeld in artikel 249 Sr?

Het middel klaagt onder meer dat aan de vrijspraak van het aan de verdachte onder C ten laste gelegde een onjuiste rechtsopvatting ten grondslag ligt.

Kennelijk heeft het hof bij zijn oordeel tot uitgangspunt genomen dat voor de toepasselijkheid van artikel 249 lid 2 aanhef en onder 3° Sr is vereist dat sprake is van een ‘formele behandelrelatie’ tussen degene die werkzaam is in de maatschappelijke zorg en degene die zich als patiënt of cliënt aan zijn hulp of zorg heeft toevertrouwd. Dat uitgangspunt is echter te beperkt en daarom onjuist, omdat artikel 249 lid 2 aanhef en onder 3° Sr ook toepassing kan vinden indien in feitelijke zin sprake is van een relatie als bedoeld in deze wetsbepaling (vgl. HR 22 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2630, *NJ* 2011/143).

Het middel is in zoverre terecht voorgesteld.

De Hoge Raad vernietigt de bestreden uitspraak en wijst de zaak terug naar het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem, opdat de zaak op het bestaande hoger beroep opnieuw wordt berecht en afgedaan.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 05-12-2017

ECLI: ECLI:NL:HR:2017:3059

Zaaknummer: 16/04963

Rechters: J. de Hullu, M.J. Borgers en J.C.A.M. Claassens

Advocaten: J.J. Bussink

Wetsartikelen: 249 Sr

RECHTSPRAAK

Falende klacht ten aanzien van de niet-ontvankelijkverklaring in hoger beroep.

Advocaat-generaal P.C. Vegter heeft geconcludeerd tot vernietiging van de bestreden uitspraak en terugwijzing van de zaak naar het hof teneinde deze opnieuw te berechten en af te doen.

Het middel klaagt over de niet-ontvankelijkverklaring van de verdachte in het hoger beroep.

Ingevolge artikel 450 lid 1 aanhef en onder b Sv kan het aanwenden van een rechtsmiddel (ook) geschieden door een vertegenwoordiger van de verdachte die daartoe persoonlijk door degene die het rechtsmiddel aanwendt, bij bijzondere volmacht schriftelijk is gemachtigd. Die aldus gemachtigde vertegenwoordiger van de verdachte dient zelf ter griffie te verschijnen en aldaar die volmacht over te leggen. Is deze niet in het bezit van een volmacht dan zal het opmaken van een akte achterwege dienen te blijven. Overigens ligt het in een dergelijk geval waarin de gemachtigde vertegenwoordiger ter griffie verschijnt, op de weg van de griffieambtenaar hem te wijzen op het vereiste van een bijzondere volmacht en de daaraan te stellen eisen, waarbij dan alsnog de gelegenheid dient te worden geboden om een dergelijke volmacht tijdig ter griffie over te leggen. De wet biedt niet de mogelijkheid dat een dergelijke volmacht anders dan in persoon ter griffie wordt overgelegd (vgl. HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2496, NJ 2010/461).

Gelet hierop en in aanmerking genomen hetgeen onder 2.3.1 is weergegeven, getuigt het oordeel van het hof dat het hoger beroep niet op de juiste wijze tijdig is aangewend en dat de verdachte om die reden niet-ontvankelijk moet worden verklaard in zijn hoger beroep, niet van een onjuiste rechtsopvatting en is het ook niet onbegrijpelijk. Daarbij verdient nog opmerking dat, anders dan het middel tot uitgangspunt neemt, in dit verband niet relevant is of ter terechtzitting in hoger beroep de verdachte of een door hem op de voet van artikel 279 Sv gemachtigde raadsman is verschenen en deze aldaar heeft verklaard dat de verdachte de wens had om op rechtsgeldige wijze hoger beroep in te stellen; die omstandigheid is immers specifiek van belang bij een onvolkomen volmacht door advocaten die, anders dan bijzonder gemachtigden, wel hoger beroep door middel van een schriftelijke volmacht kunnen instellen (vgl. HR 20 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6999, NJ 2012/426). Opmerking verdient

bovendien dat de onder 2.4.2 bedoelde informatieplicht voor de griffie beperkt is tot een geval waarin de bijzonder gevolmachtigde ter griffie verschijnt.

Het middel faalt.

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 05-12-2017

ECLI: ECLI:NL:HR:2017:3071

Zaaknummer: 16/00433

Rechters: J. de Hullu, Y. Buruma, V. van den Brink, E.S.G.N.A.I. van de Griend en J.C.A.M. Claassens

Advocaten: S.J. der van Woude

Wetsartikelen: 450 Sv en 279 Sv

RECHTSPRAAK

Huisverbod als bedoeld in artikel 2 Wet tijdelijk huisverbod punitieve sanctie?

Het middel klaagt dat het hof het verweer strekkende tot niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie in de vervolging ten onrechte, althans ontoereikend gemotiveerd heeft verworpen.

In de conclusie van de advocaat-generaal onder 3.6 en 3.7 is de achtergrond en de geschiedenis van de totstandkoming van deze wet samengevat. Kort gezegd strekt het huisverbod opgelegd door de burgemeester ertoe de veiligheid van personen met wie een huishouden wordt gedeeld, te waarborgen en een periode te creëren waarin maatregelen kunnen worden genomen om de dreiging van huiselijk geweld te doen wegnemen en dus om in een noodsituatie escalatie te voorkomen en hulp te bieden. Het voorziet primair in de mogelijkheid om vroegtijdig op te treden uit een oogpunt van bescherming en preventie waardoor huiselijk geweld kan worden voorkomen en kan worden voorzien in een afkoelingsperiode.

Gelet hierop is een besluit tot oplegging en verlenging van een huisverbod niet punitief van aard en geen ‘*criminal charge*’ als bedoeld in artikel 6 EVRM. In dezelfde zin: ABRvS 27 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2495 en ABRvS 19 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1922.

In cassatie kan ervan worden uitgegaan dat aan de verdachte op 17 maart 2015 een huisverbod is opgelegd op de voet van artikel 2 Wet tijdelijk huisverbod naar aanleiding van de bewezenverklarde, op diezelfde datum gepleegde, mishandeling. Het oordeel van het hof dat erop neerkomt dat het Openbaar Ministerie het recht tot strafvervolging van de verdachte niet verliest door de enkele omstandigheid dat in verband met hetzelfde feit, de voormelde mishandeling, een huisverbod is opgelegd, getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is evenmin ontoereikend gemotiveerd. Anders dan het middel betoogt, gaat een vergelijking met de uitzonderlijke situatie als bedoeld in HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:434 (alcoholslotprogramma) niet op.

Het middel is tevergeefs voorgesteld.

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 05-12-2017

ECLI: ECLI:NL:HR:2017:3062

Zaaknummer: 16/01253

Rechters: W.A.M. van Schendel, Y. Buruma en V. van den Brink

Advocaten: P.A. Speijdel

Wetsartikelen: 6 EVRM

RECHTSPRAAK

Falende motiveringsklacht omtrent de overtreding van een gebiedsverbod in een APV.

Het middel klaagt over de motivering van de bewezenverklaring.

De verdachte is vervolgd ter zake van overtreding van het op grond van artikel 2.4.25 lid 2 Algemene Plaatselijke Verordening (APV) namens de burgemeester van de gemeente Maastricht uitgevaardigde besluit strekkende tot – kort gezegd – oplegging van het verbod om zich gedurende een tijdvak van veertien dagen in een daartoe aangewezen gebied te bevinden, anders dan in een middel van openbaar vervoer (een zogeheten gebiedsontzegging). Handelen in strijd met dat verbod levert een overtreding op.

Op grond van artikel 3:40 Awb treedt een besluit niet in werking voordat het is bekendgemaakt. Deze bekendmaking kan ingevolge artikel 3:41 Awb plaatsvinden door middel van toezending of uitreiking aan de belanghebbende, dan wel – indien de bekendmaking niet kan geschieden door middel van toezending of uitreiking – op een andere geschikte wijze.

Gelet op artikel 3:40 Awb is pas sprake van handelen in strijd met een gebiedsontzegging op grond van artikel 2.4.25 lid 2 APV en artikel 6.1 APV, indien het daartoe strekkende besluit door bekendmaking in werking is getreden. Voor een bewezenverklaring ter zake van artikel 2.4.25 lid 2 APV is echter niet vereist dat vast komt te staan dat de verdachte ten tijde van het zich bevinden in het aangewezen gebied wist of had moeten weten dat hij in strijd met die gebiedsontzegging handelde. Voor zover aan het middel een andersluidende opvatting ten grondslag ligt, faalt het. Opmerking verdient dat onder bijzondere omstandigheden een mogelijke onbewustheid van de gebiedsontzegging van belang zou kunnen zijn voor de beoordeling van een beroep op de strafuitsluitingsgrond afwezigheid van alle schuld (vgl. HR 8 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0255, NJ 2010/342).

Het hof heeft de bewezenverklaring mede doen steunen op een proces-verbaal waarin als verklaring van opsporingsambtenaar [verbalisant 1] is opgenomen dat genoemd besluit aan de verdachte ‘was (...) opgelegd en uitgereikt’ en dat hem ambtshalve bekend was dat de verdachte een gebiedsontzegging had (bewijsmiddel 1). Mede in aanmerking genomen dat

namens de verdachte slechts is aangevoerd dat niet kan worden gecontroleerd of de verdachte op de hoogte was van de gebiedsontzegging, is het kennelijke oordeel van het hof dat het besluit blijkens de gebezigde bewijsmiddelen vóór het tijdstip van overtreding bekend is gemaakt en daarmee in werking is getreden, niet onbegrijpelijk.

Het middel faalt.

Het middel klaagt dat de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6 lid 1 EVRM in de cassatiefase is overschreden, omdat de stukken te laat door het hof zijn ingezonden.

Het middel is gegrond. Voorts doet de Hoge Raad uitspraak nadat meer dan twee jaren zijn verstreken na het instellen van het cassatieberoep. Een en ander brengt mee dat de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6 lid 1 EVRM is overschreden. Gelet op de aan de verdachte opgelegde hechtenis van een week, voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaren, en de mate waarin de redelijke termijn is overschreden, is er geen aanleiding om aan het oordeel dat de redelijke termijn is overschreden enig rechtsgevolg te verbinden en zal de Hoge Raad met dat oordeel volstaan.

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 05-12-2017

ECLI: ECLI:NL:HR:2017:3058

Zaaknummer: 15/04601

Rechters: J. de Hullu, M.J. Borgers en M.T. Boerlage

Advocaten: J.J.J. van Rijsbergen

Wetsartikelen: 3:40 Awb en 359 Sv