

Nieuwsbrief SR Updates

Nummer 37, 2020

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

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:1895](#) 01-12-2020

Heeft het hof het verzet tegen de strafbeschikking terecht niet-ontvankelijk verklaard?

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:1889](#) 01-12-2020

Overzichtsarrest vormverzuimen, artikel 359a Sv.

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:1902](#) 01-12-2020

Is er sprake geweest van een 'onderzoek' als bedoeld in artikel 8 lid 3 WWV 1994?

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:1903](#) 01-12-2020

Motivering bevel tot dadelijke uitvoerbaarheid bijzondere voorwaarden en reclasseringstoezicht.

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:1900](#) 01-12-2020

Bewijsklachten over het opzettelijk telen van hennep en diefstal van elektriciteit.

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:1901](#) 01-12-2020

Is de onttrekking aan het verkeer van telefoon en diverse foto-, film- en videocamera's voldoende gemotiveerd?

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:1896](#) 01-12-2020

Afwijzing aanhoudingsverzoek voldoende gemotiveerd?

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:1894](#) 01-12-2020

Afwijzing aanhoudingsverzoek voldoende gemotiveerd?

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:1904](#) 01-12-2020

Is de bewezenverklaring van het witwassen van geldbedragen voldoende gemotiveerd?

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:1906](#) 01-12-2020

Medeplegen opzettelijk zonder vergunning optreden als betaaldienstverlener, terwijl hiervan een gewoonte is gemaakt, artikel 2:3a lid 1 Wft (Hawala-bankieren).

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:1910](#) 01-12-2020

Bewijsklacht ten aanzien van opzetheling omdat verdachte 'ten tijde van het voorhanden krijgen' van de goederen niet wist dat het door misdrijf verkregen goederen betrof.

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:1893](#) 01-12-2020

Over de uitleg van de in artikel 197 Sr gebruikte woorden 'dat een inreisverbod is uitgevaardigd' (na een prejudiciële vraag aan het HvJ EU).

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:1890](#) 01-12-2020

Middelen over de verwerping van het verweer tot niet-ontvankelijkheid van het OM.

Annotatie

[Rechtsgevolgen vormverzuimen, in de zin van artikel 359a Sr . Commentaar bij Hoge Raad 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889.](#)

mr. J.H.J. Verbaan

Annotatie

[Annotatie bij Hoge Raad 7 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1198.](#)

mr. D.G.J. Grimmelikhuijzen

ANNOTATIE

Rechtsgevolgen vormverzuimen, in de zin van artikel 359a Sr . Commentaar bij Hoge Raad 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889.

mr. J.H.J. Verbaan

De verdediging klaagt namens verdachte, ten aanzien van wie diefstal met braak in vereniging gedurende de voor de nachtrust bestemde tijd, is bewezen verklaard, over de verwerping door het hof van het verweer dat strekt tot niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging van de verdachte en over de verwerping door het hof van het verweer dat strekt tot strafvermindering.

De Hoge Raad overweegt dat de klachten zich voor gezamenlijke bespreking lenen en geeft voorafgaand aan de beoordeling een beschouwing.

De Hoge Raad haalt artikel 359a Sv aan en overweegt dat onder meer in ECLI:NL:HR:2004:AM2533 en ECLI:NL:HR:2013:BY5321 is uiteengezet wanneer sprake is van een vormverzuim als bedoeld in artikel 359a Sv en aan welke (wettelijke) voorwaarden moet worden voldaan voordat toepassing kan worden gegeven aan een van de in artikel 359a Sv genoemde rechtsgevolgen.

Naar aanleiding van de bespreking in ECLI:NL:PHR:2020:654 van deze en andere rechtspraak over artikel 359a Sv merkt de Hoge Raad op dat in het strafproces centraal staat dat de rechter, met inachtneming van de regels van een eerlijk proces, zoveel mogelijk een inhoudelijk oordeel velt over de beschuldiging die jegens de verdachte wordt geuit en zo recht spreekt in de concrete zaak. Zoals ook in ECLI:NL:PHR:2020:654 onder 189 tot uitdrukking komt, rust op de strafrechter niet de taak en verantwoordelijkheid de rechtmatigheid en de integriteit van het optreden van politie en justitie als geheel te bewaken. De strafrechter is daartoe ook niet in staat.

De Hoge Raad overweegt dat toepassing van artikel 359a Sv ertoe kan strekken dat het recht van de verdachte op een eerlijk proces als bedoeld in artikel 6 EVRM wordt gewaarborgd. Daarnaast berust de beantwoording van de vraag of een rechtsgevolg aan een vormverzuim

moet worden verbonden, en zo ja de wijze waarop dat gebeurt, in de kern op een afweging van belangen. Daarbij gaat het om de met vervolging en berechting van strafbare feiten gemoeide belangen – waaronder de belangen van waarheidsvinding en van de bestraffing van de daders van strafbare feiten – en de belangen die verband houden met de handhaving van grondrechten en de bevordering van een normconform verloop van het voorbereidend onderzoek.

Artikel 359a Sv formuleert een bevoegdheid en niet een plicht om rechtsgevolgen te verbinden aan vormverzuimen bij het voorbereidend onderzoek, en biedt de mogelijkheid te volstaan met de constatering dat een vormverzuim is begaan. Aan de rechtspraak over de verschillende in artikel 359a Sv genoemde rechtsgevolgen ligt als uitgangspunt ten grondslag dat het rechtsgevolg in verhouding moet staan tot de aard en de ernst van het vormverzuim en het door de verdachte als gevolg van het vormverzuim geleden nadeel. Dat betekent tevens dat, waar mogelijk, wordt volstaan met het – vanuit het perspectief van de met vervolging en berechting van strafbare feiten gemoeide belangen bezien – minst verstrekkende rechtsgevolg. Ook aan dit in ECLI:NL:PHR:2020:654 onder 120 benoemde uitgangspunt van subsidiariteit houdt de Hoge Raad vast.

In dit verband is van belang dat in de thans voorliggende voorstellen voor de modernisering van het Wetboek van Strafvordering een regeling wordt voorgesteld met betrekking tot de processuele sancties die aan onrechtmatig handelen kunnen worden verbonden, die ten dele anders is ingericht dan de huidige wettelijke regeling van artikel 359a Sv. Deze voorstellen zijn in de loop van het voorbereidingstraject ook op onderdelen gewijzigd. Meest recent blijken de voorstellen uit de in juli 2020 gepubliceerde ambtelijke versie van het conceptwetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering. Het betreffende wetsvoorstel is nog niet ingediend bij het parlement. Deze initiatieven om de huidige wettelijke regeling aan te passen geven aanleiding tot terughoudendheid.

Gelet op het voorgaande ziet de Hoge Raad geen aanleiding substantiële wijzigingen aan te brengen in het beoordelingskader zoals dat volgt uit genoemde arresten. Wel zal de Hoge Raad de precieze formulering van enkele daarin opgenomen maatstaven nuanceren of bijstellen. Dat betreft in de eerste plaats de beperking tot vormverzuimen die zijn begaan bij ‘het voorbereidend onderzoek’ tegen de verdachte. In de tweede plaats gaat het om de – gelet op het hiervoor genoemde uitgangspunt van subsidiariteit ook in deze volgorde te bespreken – toepassingsvoorwaarden voor de rechtsgevolgen strafvermindering, bewijsuitsluiting respectievelijk niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging. Ook met deze nuanceringen en bijstellingen blijven de in eerdere rechtspraak neergelegde oordelen over de toepassing van artikel 359a Sv in concrete gevallen van betekenis. Tot slot maakt de Hoge Raad enkele opmerkingen over de beoordeling van de feitelijke grondslag van

verweren die strekken tot toepassing van artikel 359a Sv.

Vormverzuimen 'bij het voorbereidend onderzoek' en daarbuiten

De toepassing van artikel 359a Sv is onder meer beperkt tot vormverzuimen die zijn begaan bij 'het voorbereidend onderzoek' tegen de verdachte. Op grond van artikel 132 Sv moet daaronder worden verstaan het onderzoek dat voorafgaat aan de behandeling ter terechtzitting. Onder die vormverzuimen zijn in het bijzonder ook begrepen normschendingen bij de opsporing. Daarbij dient op grond van artikel 132a Sv onder opsporing te worden verstaan het onderzoek in verband met strafbare feiten onder gezag van de officier van justitie met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen.

Daarnaast heeft 'het voorbereidend onderzoek' in artikel 359a Sv uitsluitend betrekking op het voorbereidend onderzoek tegen de verdachte ter zake van het aan hem ten laste gelegde feit waarover de rechter die in artikel 359a Sv wordt bedoeld, heeft te oordelen. Artikel 359a Sv is dus niet van toepassing indien het verzuim is begaan buiten het verband van dit voorbereidend onderzoek (vgl. ECLI:NL:HR:2004:AM2533, r.o. 3.4.2 en ECLI:NL:HR:2017:706, r.o. 4.3).

Deze begrenzing tot vormverzuimen die zijn begaan bij 'het voorbereidend onderzoek' tegen de verdachte, sluit echter 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. In dit verband kan worden gedacht aan het verzuim van de officier van justitie om tijdig op grond van artikel 311 lid 1 Sv het voornemen tot het indienen van de ontnemingsvordering en/of het instellen van een strafrechtelijk financieel onderzoek kenbaar te maken (ECLI:NL:HR:2011:BN2297 en ECLI:NL:HR:2012:BY0251), het gebruik van de resultaten van het door een inlichtingen- en veiligheidsdienst ingestelde onderzoek (ECLI:NL:HR:2011:BP7544) en het optreden van een particuliere beveiliging (ECLI:NL:HR:2012:BV7501). Genoemd kan ook worden de rechtspraak waarin met betrekking tot onderzoek dat is verricht onder verantwoordelijkheid van de buitenlandse autoriteiten van een andere tot het EVRM toegetreden staat, is aanvaard dat de Nederlandse strafrechter mag onderzoeken of het gebruik van de resultaten van dat onderzoek in overeenstemming is met het recht op een eerlijk proces als bedoeld in artikel 6 lid 1 EVRM (ECLI:NL:HR:2010:BL5629).

Uit deze en andere rechtspraak van de Hoge Raad die in ECLI:NL:PHR:2020:654 onder 76-99 is besproken, 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 gelijkkluidend 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 ten laste gelegde 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.

Strafvermindering

De Hoge Raad heeft in ECLI:NL:HR:2004:AM2533, r.o. 3.6.3 met betrekking tot strafvermindering als aan een vormverzuim te verbinden rechtsgevolg onder meer overwogen:

‘Strafvermindering, in die zin dat de hoogte van de op te leggen straf in verhouding tot de ernst van het verzuim wordt verlaagd, komt (...) slechts in aanmerking, indien aannemelijk is dat (a) de verdachte daadwerkelijk nadeel heeft ondervonden, (b) dit nadeel is veroorzaakt door het verzuim, (c) het nadeel geschikt is voor compensatie door middel van strafvermindering, en (d) strafvermindering ook in het licht van het belang van het geschonden voorschrift en de ernst van het verzuim gerechtvaardigd is.’

Voor toepassing van strafvermindering is vereist dat de verdachte door het vormverzuim daadwerkelijk nadeel heeft ondervonden en dat strafvermindering ook in het licht van het belang van het geschonden voorschrift en de ernst van het verzuim gerechtvaardigd is. Het moet dus gaan om een voldoende ernstig vormverzuim dat concreet de belangen van de verdachte in de strafzaak heeft aangetast. Dat volgt ook uit de uitgangspunten dat de rechter niet de taak en verantwoordelijkheid heeft de rechtmatigheid en de integriteit van het optreden van politie en justitie als geheel te bewaken en dat hij de bevoegdheid, maar niet de plicht heeft om rechtsgevolgen te verbinden aan vormverzuimen bij het voorbereidend onderzoek.

Door het verbinden van strafvermindering als rechtsgevolg aan een vormverzuim, brengt de rechter tot uitdrukking dat het vormverzuim zodanig ernstig is dat niet kan worden volstaan met de enkele constatering van dat vormverzuim. In de toepassing van strafvermindering ligt dan ook een krachtiger, in de mate van strafvermindering tot uitdrukking te brengen afkeuring van het vormverzuim besloten dan in die enkele constatering.

Strafvermindering laat zich als rechtsgevolg dat geschikt is voor compensatie van door de verdachte ondervonden nadeel, verbinden aan onder meer vormverzuimen die een inbreuk hebben gemaakt op de lichamelijke integriteit of de persoonlijke levenssfeer van de verdachte. Dat kan zich bijvoorbeeld ook voordoen als door de onrechtmatige toepassing van dwangmiddelen bewijs is vergaard. Verder is toepassing van strafvermindering niet uitgesloten in gevallen waarin, als gevolg van een of meerdere vormverzuimen, in het verloop van de strafprocedure complicaties zijn opgetreden die het voeren van de verdediging ernstig hebben bemoeilijkt, maar waarbij die vormverzuimen vervolgens in voldoende mate zijn hersteld om het proces als geheel eerlijk te laten verlopen.

Gelet op het genoemde uitgangspunt van subsidiariteit is het 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 verstreckende of willekeurige consequenties dan niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging of – onder omstandigheden, afhankelijk van het resterende bewijsmateriaal en de redengevendheid daarvan voor een eventuele bewezenverklaring – de toepassing van bewijsuitsluiting.

Bewijsuitsluiting

De Hoge Raad heeft in ECLI:NL:HR:2013:BY5321 drie categorieën van gevallen onderscheiden waarin bewijsuitsluiting als rechtsgevolg kan worden verbonden aan een vormverzuim als bedoeld in artikel 359a Sv. Allereerst gaat het om gevallen waarin het uitsluiten van bepaalde resultaten van het opsporingsonderzoek van het gebruik voor het bewijs, noodzakelijk is om een schending van artikel 6 EVRM te voorkomen. Deze categorie blijft onverkort bestaan.

De Hoge Raad komt wel tot een wijziging met betrekking tot de twee andere categorieën van gevallen die zijn benoemd in ECLI:NL:HR:2013:BY5321. Daarin gaat het om de volgende gevallen waarin bewijsuitsluiting aan de orde kan zijn:

- ‘gevallen waarin het recht van de verdachte op een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM niet (rechtstreeks) aan de orde is, maar sprake is van een ander belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel dat in aanzienlijke mate is geschonden’ en ‘toepassing van bewijsuitsluiting noodzakelijk (kan) worden geacht als middel om toekomstige vergelijkbare vormverzuimen die onrechtmatige bewijsgaring tot gevolg hebben te voorkomen en een krachtige stimulans te laten bestaan tot handelen in overeenstemming met de voorgeschreven norm’, alsmede

- ‘de – zeer uitzonderlijke – situatie (waarin het verzekeren van het recht op een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM de rechter niet noopt tot toepassing van bewijsuitsluiting en evenmin sprake is van een op zichzelf reeds zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht van de verdachte, maar) waarin het desbetreffende vormverzuim naar uit objectieve gegevens blijkt zozeer bij herhaling voorkomt dat zijn structureel karakter vaststaat en de verantwoordelijke autoriteiten zich, vanaf het moment waarop dit structurele verzuim hun bekend moet zijn geweest, onvoldoende inspanningen hebben getroost overtredingen van het desbetreffende voorschrift te voorkomen’.

In ECLI:NL:HR:2013:BY5321 kent elk van die twee categorieën een afzonderlijk beoordelingskader, met ook specifiek daaraan verbonden eisen met betrekking tot het stellen en onderbouwen van de voor de beoordeling relevante omstandigheden. De Hoge Raad is nu van oordeel dat kan worden volstaan met het navolgende gemeenschappelijke, meer globale beoordelingskader, omdat deze twee categorieën in de praktijk niet steeds goed te scheiden zijn en toepassing daarvan als te complex wordt ervaren.

Dit gemeenschappelijke beoordelingskader ziet op gevallen waarin sprake is van een vormverzuim waarbij het recht van de verdachte op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM niet (rechtstreeks) aan de orde is, maar waarbij het gaat om de schending van een ander strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel. In die gevallen geldt als belangrijk uitgangspunt dat de omstandigheid dat de verkrijging van onderzoeksresultaten gepaard is gegaan met een vormverzuim dat betrekking heeft op een ander strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel dan het recht op een eerlijk proces, niet eraan in de weg staat dat die resultaten voor het bewijs van het ten laste gelegde feit worden gebruikt. Is echter sprake van een ernstige schending van een strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel, dan kan onder omstandigheden toepassing van bewijsuitsluiting noodzakelijk worden geacht als rechtsstatelijke waarborg en als middel om met de opsporing en vervolging belaste ambtenaren te weerhouden van onrechtmatig optreden en daarmee als middel om te voorkomen dat vergelijkbare vormverzuimen in de toekomst zullen plaatsvinden. Of daartoe grond bestaat, beoordeelt de rechter aan de hand van de in artikel 359a lid 2 Sv genoemde beoordelingsfactoren en met inachtneming van het genoemde uitgangspunt van subsidiariteit. In het bijzonder dient de rechter te beoordelen of het vormverzuim zodanig ernstig is dat niet met strafvermindering kan worden volstaan, maar bewijsuitsluiting gerechtvaardigd is. Daarbij moet acht worden geslagen op de negatieve effecten die aan bewijsuitsluiting zijn verbonden, gelet op de zwaarwegende belangen van waarheidsvinding, van de vervolging en berechting van (mogelijk zeer ernstige) strafbare feiten, en in voorkomend geval van de rechten van slachtoffers. Voor het bepalen van de ernst van het vormverzuim kan mede betekenis toekomen aan het verwijt dat aan politie en justitie kan worden gemaakt en aan de

omstandigheid dat een vormverzuim zich bij herhaling blijkt voor te doen, maar ook aan de omstandigheid dat door politie en justitie al maatregelen zijn getroffen om (verdere) herhaling tegen te gaan.

Los van de hiervoor genoemde gevallen waarin bewijsuitsluiting als rechtsgevolg kan worden verbonden aan een vormverzuim als bedoeld in artikel 359a Sv, is er grond voor bewijsuitsluiting indien zich onregelmatigheden hebben voorgedaan die de betrouwbaarheid en accuraatheid van onderzoeksresultaten wezenlijk hebben aangetast. In dat geval berust bewijsuitsluiting niet op de toepassing van artikel 359a Sv, maar vloeit die uitsluiting rechtstreeks voort uit de regel dat de rechter bij de beantwoording van de vraag of het ten laste gelegde kan worden bewezen verklaard, alleen dat bewijsmateriaal gebruikt dat hij betrouwbaar en bruikbaar vindt.

Niet-ontvankelijkverklaring

De Hoge Raad heeft in ECLI:NL:HR:2004:AM2533, r.o. 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.’

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 verstreckende oordeel kunnen dragen dat – in de bewoordingen van het EHRM – ‘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. 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. ECL:NL:HR:1998:ZD1239).

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 besproken maatstaf in beginsel geen ruimte voor niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging. Het is echter niet uitgesloten dat in zo'n geval strafvermindering ter compensatie van het daadwerkelijk ondervonden nadeel plaatsvindt.

Beoordeling van de feitelijke grondslag van verweren

Indien het verweer wordt gevoerd dat zich een vormverzuim heeft voorgedaan en dat dit moet leiden tot een van de in artikel 359a lid 1 Sv genoemde rechtsgevolgen, moet de rechter beoordelen of de aan dat verweer ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden aannemelijk zijn geworden. Bij dat onderzoek naar de feitelijke grondslag kan de rechter zich beperken tot die vaststellingen die in verband met de beslissing over het in het verweer genoemde rechtsgevolg noodzakelijk zijn.

De rechter kan echter een dergelijk verweer zonder onderzoek naar de feitelijke grondslag daarvan verwerpen indien hij tot het oordeel komt dat wat is aangevoerd – ware het juist – niet noopt tot een van de in artikel 359a lid 1 Sv genoemde rechtsgevolgen, bijvoorbeeld omdat het aangevoerde hooguit kan leiden tot de enkele constatering van een vormverzuim. Ook heeft de rechter de mogelijkheid om uit te gaan van de juistheid van de feitelijke grondslag van het verweer en op grond daarvan over te gaan tot het toepassen van het rechtsgevolg. Voor deze laatste werkwijze kan met name aanleiding bestaan bij verweren die betrekking hebben op vormverzuimen die grond kunnen geven tot niet meer dan een beperkte mate van strafvermindering en die berusten op een niet-onaannemelijke feitelijke grondslag, terwijl het doen van nadere en definitieve vaststellingen (de duur van) het strafproces onevenredig zou belasten.

Het staat de rechter verder vrij om – naar aanleiding van een verweer en ook ambtshalve – bij de straftoemeting in enigerlei mate rekening te houden met nadelige gevolgen voor de verdachte van de uitoefening van bevoegdheden tijdens de opsporing, ook als die gevolgen

niet zijn veroorzaakt door een vormverzuim (vgl. in verband met media-aandacht over de strafzaak ECLI:NL:HR:2015:3024 en met betrekking tot geweldgebruik door de politie ECLI:NL:HR:2019:1590).

De Hoge Raad overweegt ten aanzien van de klachten dat het hof bedoelde klachten als volgt heeft verworpen:

‘Een zo vergaande sanctie als de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie kan slechts volgen indien sprake is van ernstige inbreuken 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 tekort is gedaan (ECLI:NL:HR:1995:ZDO328). Naar het oordeel van het hof doet een dergelijke situatie zich niet voor nu de grieven van de raadsman niet de behandeling van de zaak van de verdachte betreffen maar enkel gericht zijn op de fysieke behandeling van de verdachte tijdens diens insluiting. Daarbij blijken niet door het hof te onderzoeken en te toetsen ordemaatregelen – de plaatsing in een isoleercel door middel van de zogeheten schildprocedure, naar aanleiding van het gedrag van de verdachte – te zijn toegepast. Tegen de gewraakte handelwijze van de politie is door de raadsman van de verdachte niet geklaagd bij het bevoegde gezag, noch is aangifte gedaan van mishandeling van de verdachte of een civiele vordering ingediend wegens onrechtmatig overheidsoptreden, binnen welke wettelijke kaders gesteld onrechtmatig overheidsoptreden eventueel wel onderzocht en getoetst zou kunnen worden. Op voorhand is niet gebleken van een dermate flagrante schending van de rechten van de verdachte waardoor rechterlijk sanctioneren van politieoptreden buiten het toepassingsbereik van artikel 359a Sv toch in deze zaak aan de orde zou kunnen zijn. Van de door de raadsman gestelde schending van equality of arms kan om voormelde reden eveneens geen sprake zijn. Ook dit verweer heeft immers betrekking op een onderzoek naar de handelwijze van de politie bij de insluiting van de verdachte. Het Openbaar Ministerie is dan ook ontvankelijk in de vervolging. (...) Het hof ziet onvoldoende aanleiding over te gaan tot strafvermindering. Daarbij heeft het hof gelet op de onderbouwing van het verweer, hetgeen in het proces-verbaal van de politie over het gedrag van de verdachte is gerelateerd en de ter terechtzitting in hoger beroep getoonde camerabeelden.’

De Hoge Raad overweegt dat aan de verwerping van het beroep op de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in de vervolging van de verdachte het hof mede ten grondslag gelegd heeft dat de handelwijze van de politie in verband met de insluiting van de verdachte ‘buiten het toepassingsbereik van artikel 359a Sv’ valt. De Hoge Raad oordeelt dat dat oordeel, voor zover daarin als oordeel van het hof besloten ligt dat de door de verdediging gestelde vormverzuimen niet zijn begaan bij ‘het voorbereidend onderzoek’ tegen de verdachte, niet begrijpelijk is. Namens de verdachte is immers aangevoerd dat de geweldhandelingen zijn

verricht door opsporingsambtenaren bij de insluiting en volgden op de aanhouding van de verdachte ter zake van het aan hem ten laste gelegde feit. De Hoge Raad oordeelt dat voor zover de eerste klacht hierover klaagt, het terecht is voorgesteld. De Hoge Raad oordeelt dat echter om de volgende redenen niet tot cassatie behoeft te leiden. Onregelmatigheden in de wijze waarop de verdachte is aangehouden – daaronder ook begrepen onregelmatigheden die hebben plaatsgevonden bij de daarop gevolgde insluiting – brengen op zichzelf niet mee dat geen sprake meer kan zijn van een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM. Dat geldt ook indien zich (tevens) onregelmatigheden hebben voorgedaan met betrekking tot het onderzoek door politie en justitie naar de wijze van aanhouding en insluiting van de verdachte. Ook dergelijke onregelmatigheden belemmeren niet dat met inachtneming van de regels van een eerlijk proces een oordeel kan worden geveld over de in de tenlastelegging vervatte beschuldiging ter zake van het feit dat aanleiding heeft gegeven tot de aanhouding van de verdachte. Dat betekent, gelet op wat in het bijzonder onder het kopje ‘*niet-ontvankelijkverklaring*’ is vooropgesteld, dat in zo’n geval niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging in beginsel niet in aanmerking komt als rechtsgevolg.

De Hoge Raad overweegt dat het hof met zijn overweging dat ‘de grieven van de raadsman niet de behandeling van de zaak van de verdachte betreffen maar enkel gericht zijn op de fysieke behandeling van de verdachte tijdens diens insluiting’ kennelijk tot uitdrukking heeft gebracht dat, ook indien wordt uitgegaan van de door de verdediging gestelde vormverzuimen, deze niet belemmeren dat de beoordeling van de in de tenlastelegging vervatte beschuldiging ter zake van het feit dat aanleiding heeft gegeven tot de aanhouding van de verdachte, met inachtneming van de regels van een eerlijk proces plaatsvindt. Deze niet onbegrijpelijke overweging kan de verwerping van het verweer dat strekt tot niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging van de verdachte, zelfstandig dragen. De Hoge Raad oordeelt dat de verwerping door het hof van het verweer dat strekt tot strafvermindering, niet toereikend is gemotiveerd. Met de enkele verwijzing naar ‘de onderbouwing van het verweer, hetgeen in het proces-verbaal van de politie over het gedrag van de verdachte is gerelateerd en de ter terechtzitting in hoger beroep getoonde camerabeelden’, heeft het hof ten onrechte in het midden gelaten of sprake was van een onmenselijke behandeling in de zin van artikel 3 EVRM of enig ander vormverzuim. De tweede klacht slaagt daarom. De Hoge Raad neemt hierbij in aanmerking dat, gelet op wat is overwogen over de wijziging met betrekking tot de twee andere categorieën van gevallen die zijn benoemd in ECLI:NL:HR:2013:BY5321, voldoende ernstig nadeel van de verdachte dat bijvoorbeeld is ontstaan door schending van de lichamelijke integriteit bij de toepassing van dwangmiddelen, 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.

ANNOTATIE

Annotatie bij Hoge Raad 7 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1198.

mr. D.G.J. Grimmelikhuijzen

Bovenstaand arrest valt direct op door een tamelijk bizar feitencomplex waarin sprake is van een plan dat is opgezet teneinde de latere verdachten in de val te laten lopen. Dat plan bestond erin dat een betrokkene een moeder en dochter zover probeerde te krijgen mee te werken aan de ontvoering van enkele van hun (ex-)(schoon)familieleden. Deze betrokkene was echter niet voornemens die plannen ook daadwerkelijk tot uitvoering te brengen, maar nam alle belastende communicatie op om vervolgens de moeder en dochter onder dreiging van aangifte te kunnen chanteren. De verdachten werden uiteindelijk vervolgd voor het voorbereiden van die zogenaamde ontvoering. Hoe opmerkelijk de feiten ook zijn, juridisch draait de zaak uiteindelijk om de verschillende wijzen waarop de zinssnede 'bestemd tot het begaan van dat misdrijf' uit artikel 46 lid 1 Sr geïnterpreteerd kan worden.

Allereerst doemt daarbij de vraag op of er sprake kan zijn van strafbare voorbereiding van een delict dat nooit tot volvoering zal komen, of zelfs nooit tot volvoering zou *kunnen* komen? Is er dan immers geen sprake van een ondeugdelijke voorbereiding?

Dat de ondeugdelijkheid van handelingen in de voorfase relevant kan zijn blijkt uit de jurisprudentie omtrent de poging. Wanneer er sprake is van een poging waarbij gebruikgemaakt wordt van een absoluut ondeugdelijk middel of die zich richt tot een absoluut ondeugdelijk object, wordt in de literatuur en de jurisprudentie aangenomen dat geen strafbaarheid kan bestaan (C. Kelk & F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 431-435, en, het belang van het leerstuk relativerend: J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 402-405). En dat was ook stellig het uitgangspunt van de wetgever in 1886 (H.J. Schmidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht* (deel I), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 422-429). Zo bestaat bijvoorbeeld geen strafbare poging tot doodslag bij het schieten op een lijk (aldus voormalig Minister van Justitie Modderman, zie Schmidt, a.w., p. 423) net zomin als er sprake kan zijn van een strafbare poging tot moord wanneer iemand haar echtgenote tracht te vergiftigen door deze een hooguit onsmakelijk maar geheel ongevaarlijk brouwsel op basis van koperen munten en

sassafras toe te dienen (HR 7 mei 1906, *W* 8372). Een zuiver absoluut ondeugdelijke poging laat zich achter de schrijftafel misschien eenvoudig bedenken, maar komt in de praktijk zelden voor. In de werkelijkheid zal het veelal gaan om verschillende gradaties van relatieve ondeugdelijkheid. In die gevallen is het middel of het object in beginsel geschikt voor het misdadige doel dat de verdachte voor ogen heeft maar bestaan er bijzondere omstandigheden die maken dat nu juist in dit geval een poging niet succesvol kan zijn. Hierbij kan men denken aan een poging tot vergiftiging met een op zich voor dat doel geschikt gif dat echter in een te lage dosis wordt toegediend (zie bijv.: HR 24 februari 1948, ECLI:NL:HR:1948:1, *NJ* 1948/272, m.nt. Pompe), maar ook aan een graai in een kassalade die leeg blijkt te zijn (HR 25 augustus 1931, ECLI:NL:HR:1931:130, *NJ* 1932, p. 1255-1256). Het onderscheid tussen een absoluut en een relatief ondeugdelijke poging is hierbij niet altijd helder te maken. Zo kan men met een beetje fantasie een relatief ondeugdelijke poging herschrijven als een absoluut ondeugdelijke poging en vice versa. Bij de beoordeling van de strafwaardigheid van zulke pogingen zal met name de mate waarin men een objectieve dan wel een subjectieve pogingsleer aanhoudt doorslaggevend zijn, of, misschien cynischer, de mate waarin men een vervolging en veroordeling al dan niet wenselijk acht.

Nu heeft voorgaande uiteraard betrekking op de figuur van de strafbare poging op grond van artikel 45 Sr en betreft de tenlastelegging in het onderhavige arrest strafbare voorbereidingshandelingen op grond van artikel 46 Sr. Bij strafbare voorbereidingshandelingen ontstaat strafbaarheid al in een verder voorstadium dan bij strafbare poging. Er hoeft immers nog geen sprake te zijn van een begin van de uitvoering. Het volstaat als het misdadige opzet van de verdachte zich uit door middel van minstens één van de in artikel 46 Sr opgesomde voorbereidingshandelingen met betrekking tot minstens één van de opgesomde voorbereidingsmiddelen. De strafrechtelijke aansprakelijkheid voor voorbereiding beperkt zich echter tot zware misdrijven. Het karakter van strafbare voorbereiding is bijna vanzelfsprekend meer subjectief dan dat van strafbare poging. Relatief alledaagse voorwerpen (denk bijvoorbeeld aan sporttassen, ducttape, hamers) kunnen in het licht van een misdadig plan een misdadige, en zodoende strafbare bestemming krijgen. Dat meer subjectieve karakter heeft onvermijdelijk ook invloed op het denken over de strafwaardigheid van ondeugdelijke voorbereiding.

De vraag naar de vermeende deugdelijkheid van de voorbereiding wordt vooralsnog steeds in de sleutel van de bestemming van de voorwerpen en gedragingen geplaatst. De aanvullende eis dat voorwerpen en gedragingen 'kennelijk' bestemd moesten zijn voor de voorbereiding van een ernstig misdrijf is, nadat dit bestanddeel in de jurisprudentie zijn toegevoegde waarde verloren bleek te zijn, in 2007 bij wetswijziging geschrapt. In de memorie van toelichting bij die wetswijziging is daarbij te lezen dat 'de subjectieve bestemming, het opzet van de dader,

toereikend is voor strafbaarheid' (*Kammerstukken II 2004/05*, 30164, nr. 3, p. 49). Die formulering lijkt een verregaande subjectivering van de strafbare voorbereiding in te houden. Dat het opzet van de verdachte zwaar meeweegt, bleek al uit het voor de wetswijziging gewezen arrest *Samir A.* In die toentertijd geruchtmakende zaak casseerde de Hoge Raad het arrest van het Hof 's-Gravenhage waarin de verdachte was vrijgesproken van het voorbereiden van een terroristische aanslag, aangezien de voorbereiding van de verdachte 'zich in een zodanig pril stadium bevond en zo onbeholpen en primitief was, dat daarvan géén reële dreiging (binnen afzienbare termijn) kón uitgaan'. Het door het hof gehanteerde criterium dat 'voorwerpen naar hun aard of hun concreet dan wel acuut gevaarzettend karakter daadwerkelijk zouden kunnen bijdragen aan het begaan van dat misdrijf' gaf volgens de Hoge Raad blijk van een 'te beperkte en dus onjuiste opvatting' (HR 20 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZO213, r.o. 3.7). In plaats daarvan moet beoordeeld worden of 'deze voorwerpen, afzonderlijk dan wel gezamenlijk naar hun uiterlijke verschijningsvorm ten tijde van het handelen dienstig kunnen zijn voor het misdadige doel dat de verdachte met het gebruik van de voorwerpen voor ogen had'. Een sterk subjectieve invulling dus, die weinig ruimte overlaat voor ondeugdelijke voorbereiding.

Het voorgaande heeft betrekking op voorbereiding met behulp van een ondeugdelijk middel. De Hoge Raad heeft zich inmiddels ook uitgelaten over voorbereiding met betrekking tot een ondeugdelijk object. In de zogenoemde *Stegeman*-zaak was het de gelijknamige journalist erom te doen een vermeende pedofiel uit de tent te lokken. Hiertoe deed hij zich voor als ene Richard die een ontmoeting zou kunnen regelen met een tienjarig meisje. Nog voor het zover kon komen werd de verdachte echter aangehouden, waarbij bij hem verschillende, in deze context zeer incriminerende voorwerpen aangetroffen werden. Wanneer gekeken wordt naar de uiterlijke verschijningsvorm van de voorwerpen in combinatie met de duidelijk uit de bewijsmiddelen blijkende intentie van de dader lijkt de conclusie dat de verdachte een misdrijf aan het voorbereiden was gerechtvaardigd. Dan rest evenwel nog steeds de vraag naar de strafrechtelijke relevantie van het gegeven dat de voorbereiding nooit tot een voltooid delict zou kunnen leiden nu het meisje in kwestie in het geheel niet bestond. Is er dan geen sprake van een absoluut ondeugdelijk object? De Hoge Raad wijst deze overweging resoluut van de hand. De in het cassatiemiddel aangevoerde stelling dat voorbereiding slechts strafbaar kan zijn indien het delict ook daadwerkelijk kan worden voltooid, komt volgens de Hoge Raad neer op een eis 'die de wet niet kent en die ook niet bij het karakter van strafbare voorbereiding past' (HR 27 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1233, r.o. 2.5, *NJ* 2014/338, m.nt. Rozemond). Als het echter voor de strafbaarheid van voorbereidingshandelingen niet vereist is dat het delict ook daadwerkelijk voltooid kan worden dan lijkt het onderscheid tussen de absolute en relatieve ondeugdelijke voorbereiding niet langer relevant.

Dat zou echter niet in overeenstemming zijn met de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever. In de memorie van toelichting is immers te lezen dat: '[d]e bij poging gangbare onderscheiding tussen absoluut en relatief ondeugdelijk middel en object [...] direct, op dezelfde wijze, bruikbaar [is] bij de voorbereidingshandeling' (*Kamerstukken II 1990/91, 22268, nr. 3, p. 13*). Ook in de literatuur is die opvatting steeds gangbaar geweest (zie bijv.: G.A.M. Strijards, *Strafbare voorbereidingshandelingen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995, p. 30-33; M.M. Dolman, 'Wie streeft die sneeft', *DD 2008/31*; en iets relativerender E. Sikkema, *Vorbereidingshandelingen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2012, p. 54-56). De aanname dat ondeugdelijke voorbereiding strafbaarheid nimmer in de weg zou staan zou wetsystematisch onwenselijke gevolgen hebben. Zoals Strijards al stelde 'waar het *meerdere*, de handeling bij de absoluut ondeugdelijke poging, niet strafbaar is, zal van die strafbaarheid toch ook geen sprake kunnen zijn bij het *mindere*, de voorbereidingshandeling' (Strijards, a.w., p. 32). In die visie zou namelijk de echtgenote uit het klassieke arrest, die koperen munten verzamelt teneinde haar man te vergiften, zich schuldig maken aan voorbereiding van moord. Zou zij vervolgens daadwerkelijk overgaan tot het toedienen van die vermeend giftige thee dan zou echter geen strafbare poging bestaan en de strafbaarheid vervallen. De vraag is dan of de strafbare voorbereiding voortduurt, of dat deze geabsorbeerd wordt in de niet strafbare poging. Voorbereiding kan immers slechts bestaan *tot aan* het moment waarop sprake is van een begin van de uitvoering. Als het karakter van de strafbare voorbereiding dusdanig anders (subjectiever) is, dat deze figuren naast elkaar kunnen bestaan, lijkt inderdaad sprake te zijn van een systeembreuk zoals eerder door Dolman beargumenteerd (Dolman, a.w., par. 5). De door de Hoge Raad gekozen formulering is bijzonder stellig en lijkt inderdaad die kant op te wijzen. De vraag is echter of dit nodig was geweest. Was er in de *Stegeman*-zaak immers sprake van een absoluut ondeugdelijk object zoals Rozemond in zijn annotatie stelt? Dat achter een internetprofiel iemand schuilgaat die zich anders voordoet dan hij of zij werkelijk is, is niet ongebruikelijk, maar verre van de norm. Het is in de praktijk immers heel wel mogelijk een afspraak te maken via internet, al dan niet via een tussenpersoon. In dat opzicht dringt de vergelijking met de kassalade zich op; een lege kassalade kan immers nooit succesvol geleegd worden (en is als zodanig absoluut ondeugdelijk), maar aangezien er in een kassalade normaal gesproken geld ligt, spreekt men toch slechts van een relatief ondeugdelijk object indien deze leeg blijkt te zijn. Ditmaal bleek het meisje waarmee een afspraak gemaakt was fictief, maar de volgende keer kan dit anders zijn. Vandaar dat in zo'n geval minstens abstracte gevaarstelling bestaat zoals ook betoogd is door advocaat-generaal Vegter in zijn conclusie en door Rozemond in zijn annotatie. Door de voorbereiding in zo'n geval als relatief ondeugdelijk te bestempelen kan men zich een hoop dogmatische hoofdbrekers besparen. Dat er bij voorbereiding maar zeer beperkt sprake kan zijn van een daadwerkelijk absoluut ondeugdelijke voorbereiding (te denken valt nog slechts aan buitenissige voorbeelden als

voodoo/tovenarij als middel of algemeen bekende fictieve karakters als object) lijkt daarbij een veilige aanname.

In het licht van het bovenstaande is het interessant te bezien of de Hoge Raad inderdaad zo'n harde lijn aanhangt als men zou verwachten op basis van het *Stegeman*-arrest. De feiten die aanleiding gaven tot het arrest van 7 juli 2020 komen namelijk op enkele belangrijke punten grotendeels overeen met dat arrest. Ook in deze zaak betreft het een uitgelokte voorbereiding met het onderscheid dat het ditmaal geen journalist betreft met ogenschijnlijk nobele doeleinden, maar een persoon die voornemens is het bewijs van de voorbereidingshandelingen als machtsmiddel tegen de verdachte te gebruiken. Aangezien 'de uitlokker' hiertoe bewijs verzamelde, is er in deze zaak de beschikking over geluidsopnamen en andere bewijsmiddelen die een verregaande blik op de gang van zaken mogelijk maken. Over het opzet van verdachten kan dan ook weinig twijfel bestaan. Zij zagen de ontvoering wel zitten en werkten gretig mee aan het verzamelen van informatie met betrekking tot de te ontvoeren personen. Dat zij goed op de hoogte waren van de misdadige strekking van hun plannen blijkt wel wanneer er ogenschijnlijk zonder blikken of blozen over het eventuele afsnijden van vingers en andere lichaamsdelen gesproken wordt. Het hof komt in hoger beroep, na het aanhalen van het *Samir A.*-arrest en het *Stegeman*-arrest, dan ook tot een bewezenverklaring van de ten laste gelegde voorbereiding van gijzeling en/of wederrechtelijke vrijheidsberoving en/of afpersing.

Ook advocaat-generaal Vegter concludeert op basis van eerdergenoemde jurisprudentie dat van strafbare voorbereiding sprake is. Een opvallend detail is daarbij dat hij opmerkt dat in dit geval de voorbereiding niet absoluut ondeugdelijk was, waaruit op te maken valt dat die onderscheiding in zijn visie in ieder geval nog strafrechtelijk relevant is (ECLI:HR:NL:PHR:2020:323, par. 17).

De Hoge Raad gooit het echter over een andere boeg, waarbij de hele kwestie van deugdelijkheid niet langer een rol lijkt te spelen. Zoals gezegd draait het in dit arrest om de zinssnede 'bestemd tot het begaan van dat misdrijf'. Waar eerder doorslaggevend leek of het voorbereide misdrijf ook daadwerkelijk kon en zou geschieden, ligt nu de nadruk op de aard van de voorbereidingshandelingen. Zijn die, en met name de voorwerpen die daarvoor gebruikt worden, gericht op en bestemd voor de *voorbereiding* van een misdrijf of het *begaan* van een misdrijf? Voor de beantwoording van die vraag dient gekeken te worden naar de gedragingen die de verdachten verweten worden. Zij zouden namelijk informatie hebben verschaft over de te ontvoeren personen, onder andere in de vorm van briefjes en foto's. Dat de verdachten hiermee moedwillig hebben bijgedragen aan de voorbereiding van de ontvoering, wordt door de Hoge Raad niet bestreden. Wat echter onvoldoende uit de bewijsmiddelen afgeleid kan worden is of de foto's en geschriften ook zouden worden

gebruikt *tijdens* de ontvoering of slechts bij de *voorbereiding* van de ontvoering. Dat laatste is namelijk volgens de Hoge Raad niet voldoende voor een bewezenverklaring van strafbare voorbereidingshandelingen in de zin van artikel 46 Sr. Ter onderbouwing hiervan verwijst de Hoge Raad naar zijn arrest van 12 februari 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BZ1956), waarin sprake was van een ten laste gelegde voorbereiding van een overval op een Bristol-winkel. De verdachten hadden hiertoe telefonisch contact met elkaar over de hoeveelheid mensen in het pand teneinde het juiste moment voor een overval te bepalen. De gebruikte telefoon werd vervolgens bestempeld als een voorbereidingsmiddel in de zin van artikel 46 Sr. Nergens bleek echter dat de telefoon ook tijdens de overval een rol zou spelen en niet slechts tijdens de voorbereiding. Nu zijn de voorwerpen in de huidige zaak qua aard duidelijker in verband te brengen met het misdrijf dan een zeer alledaags voorwerp als een telefoon. Of die voorwerpen ook tijdens de ontvoering een rol zullen spelen blijft echter de vraag. Het is eenvoudig voor te stellen dat de ontvoerders vanuit een auto hun doelwit in de gaten houden om te kijken of de juiste auto of de juiste persoon in beeld is. Op dat moment bevindt het misdrijf zich echter nog in de voorbereidende fase, van een begin van de uitvoering is geen sprake. Niet uit te sluiten is dat de ontvoerders de foto's meenemen tijdens de ontvoering om op een later moment de identiteit van de ontvoerde personen te controleren. Hieraan zijn echter geen bewijsoverwegingen gewijd, hetgeen voor de Hoge Raad aanleiding is tot het casseren van het arrest.

Zodoende werpt het arrest geen nieuw licht op de kwestie van de ondeugdelijke voorbereiding. Dat mag gezien het dogmatisch fascinerende karakter van die figuur misschien teleurstellend zijn. Dat laat echter onverlet dat er wel degelijk lessen uit de zaak te trekken zijn. Als eerste benadrukt het arrest nogmaals de betrekkelijk bescheiden plaats die ingericht is voor het leerstuk van de ondeugdelijkheid. Het is een populair schrijfkameronderwerp dat praktisch weinig relevant is (zo ook: De Hullu, a.w., p. 419-420). Zowel het hof als de advocaat-generaal gingen uitgebreid op het onderwerp in, terwijl de sleutel elders bleek te liggen. Daaromtrent kunnen uit het arrest nog twee waarschuwingen opgemaakt worden, een richting het openbaar ministerie en een ander richting de feitenrechter. Richting het openbaar ministerie lijkt meegegeven te worden dat een vervolging voor een ander delict misschien meer op zijn plaats geweest was. Had men immers vervolgd ter zake van artikel 46a Sr dan was het feit dat de voorwerpen slechts in de voorfase een rol zouden spelen geen bezwaar geweest. Doorslaggevend was dan geweest of de inlichtingen aangewend werden om een ander te bewegen tot het begaan van een misdrijf, in casu de ontvoering. Het bewijs daarvoor lijkt in ruime mate voorhanden. Als tweede lijkt de waarschuwing richting de feitenrechter herhaald te worden dat de toepassing van materiële leerstukken voldoende uitgebreid gemotiveerd dient te worden (in die zin ook met betrekking tot het eerder besproken *Telefoon*-arrest: T. Kooijmans, 'Vorbereiding: bestemd tot het begaan van dat misdrijf?', AA 2014/3, p.

212-213). Dat met een nadere motivering in deze zaak tot een bewezenverklaring gekomen zou kunnen worden is niet uitgesloten. Wat dat betreft onderscheidt dit arrest zich wel van het arrest van 12 februari 2013. Ook materieelrechtelijk is het arrest niet zonder betekenis. Met de onderhavige uitspraak kan inmiddels namelijk wel gesproken worden van de voortzetting van een nieuwe lijn die ingezet is met het *Telefoon*-arrest. Eerder leek namelijk de eis dat voorwerpen ook tijdens de uitvoering van het delict van belang dienden te zijn niet onverminderd als voorwaarde te gelden. Op basis van het bekende *Ford Transit*-arrest (HR 18 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJO535) kon immers een tegengestelde conclusie getrokken worden. In dat arrest was sprake van een vermeende voorbereiding van een overval waarbij de verdachten een bankfiliaal aan het 'afleggen' waren vanuit een Ford Transit-busje. Dat busje werd aangemerkt als voorwerp in de zin van artikel 46 Sr. In die zaak stond echter allerminst vast dat de betreffende bestelbus ook tijdens de voorbereide bankoverval gebruikt zou worden, hetgeen blijkbaar niet aan een bewezenverklaring in de weg stond. Dat de eisen wat dat betreft aangescherpt zijn kan na het onderhavige arrest wel geconcludeerd worden. En waar eerder de aansprakelijkheid bij voorbereidingshandelingen door een steeds verdergaande subjectivering steeds uitgebreid leek te worden, lijkt de Hoge Raad op dit punt de teugels iets aan te trekken. Dat lijkt een punt waar men in de rechtspraak dan ook terdege rekening mee dient te gaan houden. Een verweer dat op dat punt is toegesneden zal allicht eerder succesvol zijn dan een beroep op het beweerdelijke ondeugdelijke karakter van voorbereidingshandelingen. Dat laatste leerstuk lijkt daarmee, misschien meer dan ooit, weer naar de schrijfkamers verbannen.

RECHTSPRAAK

Middelen over de verwerping van het verweer tot niet-ontvankelijkheid van het OM.

Middelen over de verwerping van het verweer tot niet-ontvankelijkheid van het OM.

Zie voor de aan het middel voorafgaande beschouwingen: ECLI:NL:HR:2020:1889 Hoge Raad, 01-12-2020, 18/03503">ECLI:NL:HR:2020:1889, SR 2020-0374.

Middel

De cassatiemiddelen klagen onder meer over de verwerping door het hof van een aantal verweren die strekken tot niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de strafvervolging van de verdachte. Die verweren houden kort gezegd in dat (i) door de aanhouding van de verdachte in Venezuela en zijn uitzetting door de Venezolaanse autoriteiten sprake was van 'het omzeilen van een uitleveringsprocedure', en (ii) de informatieverstrekking door het openbaar ministerie onvolledig, onjuist, tegenstrijdig en te laat heeft plaatsgevonden. De klachten lenen zich voor gezamenlijke bespreking.

Het hof heeft vastgesteld dat de verdachte op 14 januari 2011 door de Venezolaanse autoriteiten is aangehouden naar aanleiding van een internationale ([...]) signalering en vervolgens op 21 maart 2011 is uitgezet op basis van de immigratiewetgeving van Venezuela en vanwege die uitzetting naar Nederland is overgebracht. Daar is hij op 22 maart 2011 aangehouden door de Nederlandse autoriteiten. Het hof heeft kennelijk geoordeeld dat de aanhouding en de uitzetting door de Venezolaanse autoriteiten, met de daarop volgende overbrenging naar Nederland, niet tot het voorbereidend onderzoek als bedoeld in artikel 359a Sv kunnen worden gerekend. Dat oordeel is juist.

Het hof heeft vervolgens het verweer verworpen dat het openbaar ministerie niet-ontvankelijk is in de vervolging van de verdachte vanwege 'het omzeilen van de uitleveringsprocedure' door de aanhouding van de verdachte in Venezuela, gevolgd door zijn uitzetting door de Venezolaanse autoriteiten. Het hof heeft daarbij in de kern onderzocht of in verband met die aanhouding en uitzetting sprake is geweest van een vormverzuim dat of een onrechtmatige

handeling die van bepalende invloed is geweest op de (verdere) vervolging van de verdachte ter zake van het ten laste gelegde feit en waardoor de verdachte in een zodanige positie terecht is gekomen dat zijn recht op een eerlijke behandeling van zijn strafzaak tekort is gedaan. Het hof heeft vastgesteld dat de stand van het onderzoek het zetten van de internationale ([...]) signalering rechtvaardigde, uit het toepasselijke verdrag geen juridische belemmeringen ten aanzien van uitlevering en detentie voortvloeiden, de beslissing tot uitzetting van de verdachte over te gaan is genomen door de Venezolaanse autoriteiten zonder dat aannemelijk is geworden dat de Nederlandse autoriteiten daarop bewust hebben gestuurd en waardoor de verdachte ook niet in een nadeliger positie is gekomen, terwijl de verdachte in Nederland onverkort de processuele rechten die de wet aan hem toekent, heeft kunnen uitoefenen. Vervolgens is het hof tot de slotsom gekomen dat zich geen grond voordoet voor niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de strafvervolging. Dat oordeel getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk.

Het hof heeft daarnaast overwogen dat sprake is geweest van vormverzuimen in de zin van artikel 359a Sv in de vorm van onvolledige, onjuiste, tegenstrijdige en te late informatieverstrekking door het openbaar ministerie, dat hierdoor vertraging is ontstaan in de uitoefening van de rechten van de verdediging en in de afwikkeling van de procedure, maar dat deze vormverzuimen door het mede dankzij de inspanningen van de verdediging uiteindelijk beschikbaar komen van volledige en juiste informatie zijn hersteld en dat de procedure als geheel als eerlijk moet worden beoordeeld. Het hof heeft op basis hiervan geoordeeld dat er geen grond is voor het niet-ontvankelijk verklaren van het openbaar ministerie in de vervolging, maar dat de gebrekkige informatievoorziening door het openbaar ministerie en de daardoor veroorzaakte lange duur van de procedure wel reden zijn de straf te matigen. Dat oordeel getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is ook niet onbegrijpelijk.

Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 01-12-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:1890

Zaaknummer: 18/05580

Rechters: V. van den Brink, Y. Buruma, A.L.J. van Strien, M.J. Borgers en J.C.A.M. Claassens

Advocaten: K. Canatan en M. Berndsen

Wetsartikelen: 359a Sv

RECHTSPRAAK

Over de uitleg van de in artikel 197 Sr gebruikte woorden ‘dat een inreisverbod is uitgevaardigd’ (na een prejudiciële vraag aan het HvJ EU).

Over de uitleg van de in artikel 197 Sr gebruikte woorden ‘dat een inreisverbod is uitgevaardigd’ (na een prejudiciële vraag aan het HvJ EU).

Voor het procesverloop tot zover verwijst de Hoge Raad naar zijn arrest van 27 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2192. Bij dit arrest heeft de Hoge Raad het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) verzocht uitspraak te doen over de in dat arrest onder 6 omschreven vraag.

Het cassatiemiddel komt met verschillende klachten op tegen het oordeel van het hof dat de verdachte zich heeft schuldig gemaakt aan ‘als vreemdeling in Nederland verblijven, terwijl hij weet, dat tegen hem een inreisverbod is uitgevaardigd met toepassing van artikel 66a, zevende lid, van de Vreemdelingenwet 2000’ (hierna: Vw 2000).

Artikel 197 Sr stelt onder meer strafbaar het als vreemdeling in Nederland verblijven terwijl de verdachte weet of ernstige reden heeft te vermoeden dat tegen hem – met toepassing van artikel 66a lid 7 Vw 2000 – een inreisverbod is uitgevaardigd. Gelet op de in artikel 197 Sr gebruikte woorden ‘dat een inreisverbod is uitgevaardigd’ en de hiervoor weergegeven wetsgeschiedenis, ziet deze bepaling op illegaal verblijf in weerwil van de uitvaardiging van een inreisverbod en niet slechts op illegaal verblijf na schending van dat verbod. De Hoge Raad onderschrijft aldus de uitleg van artikel 197 Sr, zoals vermeld in het hiervoor onder 1.2 weergegeven arrest van het HvJ EU van 17 september 2020 onder 37. Dat in de wetsgeschiedenis daarnaast ten onrechte ook enkele malen wordt gesproken over ‘overtreding van het inreisverbod’ doet daaraan niet af. Het hiervoor bedoelde verblijf is – als het in de wetsgeschiedenis genoemde ‘gekwalificeerd illegaal verblijf’ – strafbaar wanneer de verdachte weet, of ernstige reden heeft te vermoeden, dat tegen hem het inreisverbod is uitgevaardigd.

In het bijzonder stelt artikel 197 Sr niet als voorwaarde voor strafrechtelijke aansprakelijkheid

dat de verdachte na het uitgevaardigde inreisverbod het grondgebied van de Europese Unie (hierna: EU) heeft verlaten zodat het inreisverbod ook daadwerkelijk is ingegaan. Evenmin stelt deze bepaling als voorwaarde dat het gegeven inreisverbod is geschonden doordat de verdachte – na het verlaten van de EU – in strijd met het inreisverbod de EU weer is binnengekomen. Voor zover het cassatiemiddel van een andere opvatting uitgaat, faalt het.

Voor zover het cassatiemiddel betoogt dat de hiervoor gegeven uitleg van artikel 197 Sr in strijd is met Richtlijn 2008/115/EG van 16 december 2008 (hierna ook: de terugkeerrichtlijn), berust het op een onjuiste rechtsopvatting. In het hiervoor onder 1.2 weergegeven arrest van 17 september 2020 heeft het HvJ EU immers overwogen dat in beginsel niet onverenigbaar is met in het bijzonder artikel 11 van de terugkeerrichtlijn ‘dat het nationale recht voor de omschrijving van het strafbare gedrag van een derdelander verwijst naar zijn illegale verblijf in de betrokken lidstaat terwijl hij er kennis van heeft dat jemens hem een inreisverbod is uitgevaardigd wegens dergelijk gedrag of een dergelijk gevaar’. Mede op basis daarvan heeft het HvJ EU voor recht verklaard dat de terugkeerrichtlijn ‘zich niet verzet tegen een wettelijke regeling van een lidstaat die bepaalt dat een gevangenisstraf kan worden opgelegd aan een illegaal verblijvende derdelander jegens wie de stappen van de bij die richtlijn ingestelde terugkeerprocedure zijn doorlopen zonder dat de betrokkene het grondgebied van de lidstaten daadwerkelijk heeft verlaten, wanneer het strafbaar gestelde gedrag is omschreven als illegaal verblijf terwijl de betrokkene kennis heeft van een inreisverbod dat is uitgevaardigd met name vanwege de strafrechtelijke antecedenten van de betrokkene of vanwege het gevaar dat hij vormt voor de openbare orde of de nationale veiligheid, mits het strafbaar gestelde gedrag niet is omschreven door verwijzing naar schending van dat inreisverbod en deze regeling voldoende toegankelijk en nauwkeurig is en de toepassing ervan voldoende voorzienbaar is, teneinde willekeur te voorkomen’.

Gelet op de bewoordingen van artikel 197 Sr en de hiervoor weergegeven wetsgeschiedenis, voorziet artikel 197 Sr in een toegankelijke, nauwkeurige en voorzienbare strafbaarstelling van ‘gekwalificeerd illegaal verblijf’ zodat deze voldoet aan de vereisten van artikel 49 lid 1 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en artikel 7 lid 1 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Daarbij is ook van belang dat – zoals hiervoor in 3.4.1 al is overwogen – artikel 197 Sr niet de schending van het gegeven inreisverbod strafbaar stelt of bij de omschrijving van het strafbaar gestelde gedrag verwijst naar de schending van dat verbod, maar slechts naar de uitvaardiging daarvan.

Het cassatiemiddel is in zoverre tevergeefs voorgesteld.

Het cassatiemiddel klaagt voorts dat het bewezen verklaarde door het hof niet kan worden gekwalificeerd nu het bewezen verklaarde niet alle bestanddelen van artikel 197 Sr bevat.

In aanmerking genomen dat de bewezenverklaring niet het bestanddeel bevat dat de verdachte 'wist of ernstige reden had te vermoeden' dat een inreisverbod tegen hem was uitgevaardigd, heeft het hof het bewezen verklaarde ten onrechte gekwalificeerd als 'als vreemdeling in Nederland verblijven, terwijl hij weet, dat tegen hem een inreisverbod is uitgevaardigd met toepassing van artikel 66a, zevende lid, van de Vreemdelingenwet 2000'.

Het cassatiemiddel klaagt hierover terecht.

De Hoge Raad vernietigt de uitspraak van het hof en wijst de zaak terug naar het gerechtshof Amsterdam, opdat de zaak opnieuw wordt berecht en afgedaan.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 01-12-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:1893

Zaaknummer: 17/03472

Rechters: V. van den Brink, E.S.G.N.A.I. van de Griend, A.L.J. van Strien, M.J. Borgers en A.E.M. Röttgering

Advocaten: S.J. van der Woude

Wetsartikelen: 197 Sr

RECHTSPRAAK

Bewijsklacht ten aanzien van opzetheling omdat verdachte ‘ten tijde van het voorhanden krijgen’ van de goederen niet wist dat het door misdrijf verkregen goederen betrof.

Bewijsklacht ten aanzien van opzetheling omdat verdachte ‘ten tijde van het voorhanden krijgen’ van de goederen niet wist dat het door misdrijf verkregen goederen betrof.

Het cassatiemiddel komt onder meer op tegen de bewezenverklaring van de onder 1 ten laste gelegde opzetheling, voor zover is bewezen verklaard dat de verdachte ten tijde van het voorhanden krijgen wist dat het een door misdrijf verkregen goed betrof.

Aangezien de bewezenverklaring van het onder 1 ten laste gelegde, voor zover inhoudende dat de verdachte ‘ten tijde van het voorhanden krijgen’ van de in de bewezenverklaring genoemde goederen wist dat het door misdrijf verkregen goederen betrof, niet zonder meer kan worden afgeleid uit de bewijsvoering, is de bestreden uitspraak ontoereikend gemotiveerd. Daarbij neemt de Hoge Raad in aanmerking dat de overweging van het hof, dat ‘zeker op het moment dat alle goederen op zijn erf waren neergezet’ de verdachte wist dat de goederen door misdrijf waren verkregen, de mogelijkheid openlaat dat de verdachte die wetenschap nog niet had op het moment dat hij de goederen van de eerste levering, zoals bewezen verklaard onder 1, voorhanden kreeg.

Het cassatiemiddel slaagt in zoverre.

De Hoge Raad vernietigt de uitspraak van het hof, maar uitsluitend wat betreft de beslissingen over het onder 1 ten laste gelegde en de strafoplegging, wijst de zaak terug naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, opdat de zaak ten aanzien daarvan opnieuw wordt berecht en afgedaan en verwerpt het beroep voor het overige.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 01-12-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:1910

Zaaknummer: 19/03942

Rechters: V. van den Brink, A.L.J. van Strien en A.E.M. Röttgering

Advocaten: R.J. Baumgardt, P. van Dongen en S. van den Akker

Wetsartikelen: 416 Sr

RECHTSPRAAK

Medeplegen opzettelijk zonder vergunning optreden als betaaldienstverlener, terwijl hiervan een gewoonte is gemaakt, artikel 2:3a lid 1 Wft (Hawala-bankieren).

Medeplegen opzettelijk zonder vergunning optreden als betaaldienstverlener, terwijl hiervan een gewoonte is gemaakt, artikel 2:3a lid 1 Wft (Hawala-bankieren).

Het cassatiemiddel is toegesneden op de beslissingen van het hof ter zake van het onder 3 ten laste gelegde. Het komt in de eerste plaats op tegen de bewezenverklaring voor zover inhoudende dat van het plegen van bankieren zonder vergunning 'een gewoonte' is gemaakt doordat 'meermalen' het bedrijf van betaaldienstverlener is uitgeoefend.

Uit de wetsgeschiedenis komt naar voren dat voor het bewijs van het 'uitoefenen van het bedrijf van betaaldienstverlener' in ieder geval is vereist dat de desbetreffende betaaldiensten 'niet slechts incidenteel' zijn verleend en dat het verlenen van betaaldiensten dus meermalen heeft plaatsgevonden.

Het hof heeft bewezen verklaard dat van het plegen van bankieren zonder vergunning 'een gewoonte' is gemaakt doordat 'meermalen' het bedrijf van betaaldienstverlener is uitgeoefend. Daaraan heeft het hof blijkens zijn bewijsoverwegingen kennelijk ten grondslag gelegd dat de verdachte in de ten laste gelegde periode van drie maanden 'om de twee à drie dagen' contante geldbedragen betaalbaar heeft gesteld. De enkele omstandigheid dat de verdachte in deze periode meermalen betaaldiensten heeft verleend en zich aldus heeft schuldig gemaakt aan het uitoefenen van het bedrijf van betaaldienstverlener, volstaat echter niet voor het oordeel dat de verdachte van de uitoefening van dat bedrijf ook een gewoonte heeft gemaakt. De bewezenverklaring is daarom ontoereikend gemotiveerd.

Hoewel het cassatiemiddel reeds daarom doel treft, ziet de Hoge Raad aanleiding ook de tweede klacht van het cassatiemiddel te bespreken dat opkomt tegen de kwalificatie van het onder 3 bewezen verklaarde.

Ingevolge artikel 2:3a lid 1 Wft is bestanddeel van het desbetreffende delict dat ‘met zetel in Nederland’ het bedrijf van betaaldienstverlener is uitgeoefend. In aanmerking genomen dat de tenlastelegging en de bewezenverklaring niet het bestanddeel ‘met zetel in Nederland’ bevatten, heeft het hof het bewezen verklaarde ten onrechte gekwalificeerd als ‘medeplegen van overtreding van een voorschrift gesteld bij artikel 2:3a lid 1 Wft, opzettelijk begaan terwijl hiervan een gewoonte is gemaakt’.

De Hoge Raad neemt daarbij het volgende in aanmerking. Ingevolge artikel 1:1 Wft kan onder de ‘zetel’ mede worden verstaan de ‘de plaats waar die onderneming haar hoofdvestiging heeft’. In gevallen zoals het onderhavige, waarin geen sprake is van een rechtspersoon, dient deze bepaling aldus te worden uitgelegd dat die hoofdvestiging doorgaans samenvalt met de plaats waar de feitelijke werkzaamheden die als bedrijfsmatige betaaldienstverlening worden aangemerkt, in overwegende mate worden uitgeoefend en aangestuurd. Zonder nadere vaststellingen hieromtrent volstaat echter de enkele omstandigheid dat de bewezenverklaring inhoudt dat daarin genoemde gedragingen van de verdachte en zijn mededaders op verschillende plaatsen in Nederland hebben plaatsgevonden, niet om een zetel in Nederland te kunnen aannemen, in aanmerking genomen dat uit de bewijsvoering blijkt dat de verdachte opdrachten ontving van verschillende ‘bankiers in het buitenland’ en sprake is van een ‘grote baas in Marokko’.

Het cassatiemiddel is ook in zoverre terecht voorgesteld.

De Hoge Raad vernietigt de uitspraak van het hof, maar uitsluitend wat betreft de beslissingen over het onder 3 ten laste gelegde en de strafoplegging, wijst de zaak terug naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, opdat de zaak ten aanzien daarvan opnieuw wordt berecht en afgedaan en verwerpt het beroep voor het overige.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 01-12-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:1906

Zaaknummer: 19/01270

Rechters: V. van den Brink, A.L.J. van Strien en M.T. Boerlage

Advocaten: R.J. Baumgardt, P. van Dongen en S. van den Akker

Wetsartikelen: 2:3a Wft

RECHTSPRAAK

Is de bewezenverklaring van het witwassen van geldbedragen voldoende gemotiveerd?

Is de bewezenverklaring van het witwassen van geldbedragen voldoende gemotiveerd?

Het cassatiemiddel klaagt over de motivering van de bewezenverklaring.

Bij de beoordeling van het cassatiemiddel dient het volgende te worden vooropgesteld. Indien het gaat om feiten of omstandigheden die door de rechter redengevend worden geacht voor de bewezenverklaring, dient de rechter die zich aldus – al dan niet in reactie op een bewijsverweer – beroept op bepaalde niet in de bewijsmiddelen vermelde gegevens, met voldoende mate van nauwkeurigheid in zijn overweging

- a) die feiten of omstandigheden aan te duiden, en
- b) het wettige bewijsmiddel aan te geven waaraan die feiten of omstandigheden zijn ontleend (vgl. HR 24 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7985).

Het hof heeft de in de bewijsoverweging onder de gedachtestreepjes genoemde feiten en omstandigheden redengevend geacht voor de bewezenverklaring. Het betreft hier mede gegevens die niet in de bewijsmiddelen zijn vermeld terwijl het hof in zijn overweging evenmin met voldoende mate van nauwkeurigheid het wettige bewijsmiddel heeft aangegeven waaraan het die feiten of omstandigheden heeft ontleend.

Het cassatiemiddel klaagt hierover terecht.

De Hoge Raad vernietigt de uitspraak van het hof en wijst de zaak terug naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, opdat de zaak opnieuw wordt berecht en afgedaan.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 01-12-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:1904

Zaaknummer: 19/01246

Rechters: V. van den Brink, A.L.J. van Strien en M.T. Boerlage

Advocaten: R.J. Baumgardt, P. van Dongen en S. van den Akker

Wetsartikelen: 42obis Sr

RECHTSPRAAK

Afwijzing aanhoudingsverzoek voldoende gemotiveerd?

Afwijzing aanhoudingsverzoek voldoende gemotiveerd?

Het cassatiemiddel klaagt over de afwijzing door het hof van het verzoek tot aanhouding van de behandeling van de zaak.

Het hof heeft, nadat de raadvrouw om aanhouding van het onderzoek ter terechtzitting had verzocht omdat de verdachte 'graag zelf zijn verhaal wilde doen', het onderzoek ter terechtzitting tweemaal onderbroken tot latere tijdstippen en de raadvrouw zodoende gelegenheid geboden na te gaan of de verdachte nog zou verschijnen en, zo niet, wat daarvan de reden was. De raadvrouw heeft na iedere hervatting van het onderzoek meegedeeld dat zij geen contact met de verdachte had kunnen krijgen en heeft het verzoek tot aanhouding gehandhaafd.

Het hof heeft het verzoek vervolgens afgewezen op de grond dat 'geen informatie is verschaft dat de verdachte niet in staat was om naar de terechtzitting te komen'. Daarmee heeft het hof kennelijk als zijn oordeel tot uitdrukking gebracht dat niet concreet de omstandigheid is aangevoerd die ten grondslag ligt aan het verzoek tot aanhouding van het onderzoek ter terechtzitting dat namens de verdachte, die weet van de zitting, is gedaan. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk.

Het cassatiemiddel faalt.

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 01-12-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:1894

Zaaknummer: 19/02779

Rechters: J. de Hullu, A.L.J. van Strien en A.E.M. Röttgering

Advocaten: A.A. Franken

Wetsartikelen: 279 Sv en 281 Sv

RECHTSPRAAK

Afwijzing aanhoudingsverzoek voldoende gemotiveerd?

Afwijzing aanhoudingsverzoek voldoende gemotiveerd?

Het cassatiemiddel klaagt over de afwijzing door het hof van het verzoek tot aanhouding van de behandeling van de zaak.

De Hoge Raad herhaalt relevante overwegingen uit ECLI:NL:HR:2018:1934 en ECLI:NL:HR:2020:1172.

Het hof heeft het verzoek tot aanhouding van het onderzoek ter terechtzitting, voor zover daaraan ten grondslag is gelegd dat de verdachte wegens ziekte is verhinderd ter terechtzitting aanwezig te zijn, afgewezen op de enkele grond dat het verzoek onvoldoende is onderbouwd. Het hof heeft echter niet geoordeeld dat die aan het verzoek ten grondslag gelegde omstandigheid niet aannemelijk is. Het hof heeft ook niet blijk gegeven van de afweging van de belangen. Nu het hof dit heeft nagelaten, heeft het zijn beslissing niet toereikend gemotiveerd.

Het cassatiemiddel slaagt.

De Hoge Raad vernietigt de uitspraak van het hof en wijst de zaak terug naar het gerechtshof Den Haag, opdat de zaak opnieuw wordt berecht en afgedaan.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 01-12-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:1896

Zaaknummer: 19/03685

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

Advocaten: V.C. van der Velde

Wetsartikelen: 279 Sv en 281 Sv

RECHTSPRAAK

Is de onttrekking aan het verkeer van telefoon en diverse foto-, film- en videocamera's voldoende gemotiveerd?

Is de onttrekking aan het verkeer van telefoon en diverse foto-, film- en videocamera's voldoende gemotiveerd?

Middel

Het cassatiemiddel klaagt over de beslissing van het hof dat een telefoon en diverse foto-, film- en videocamera's aan het verkeer onttrokken worden verklaard. Het voert daartoe in het bijzonder aan dat 'uit niets blijkt dat de telefoon en de camera's beelden bevatten waarvan het ongecontroleerde bezit in strijd is met het algemeen belang'.

Zonder nadere motivering, die in de bestreden uitspraak ontbreekt, is niet begrijpelijk het oordeel van het hof dat de aan het verkeer onttrokken verklaarde voorwerpen van zodanige aard zijn dat het ongecontroleerde bezit daarvan in strijd is met het algemeen belang. Het cassatiemiddel klaagt daarover terecht.

HR ambtshalve

Het hof heeft de verdachte de verplichtingen opgelegd, kort gezegd, om aan de Staat ten behoeve van de in het arrest genoemde slachtoffers de in het arrest vermelde bedragen te betalen, bij gebreke van betaling en verhaal te vervangen door het in het arrest telkens genoemde aantal dagen hechtenis.

De Hoge Raad zal de uitspraak van het hof ambtshalve vernietigen voor zover daarbij telkens vervangende hechtenis is toegepast, overeenkomstig hetgeen is beslist in HR 26 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:914.

Beslissing

De Hoge Raad vernietigt de uitspraak van het hof, maar uitsluitend wat betreft de beslissing tot onttrekking aan het verkeer van de in beslag genomen voorwerpen en voor zover bij de schadevergoedingsmaatregel ten behoeve van de in het arrest genoemde slachtoffers telkens

vervangende hechtenis is toegepast, bepaalt dat met toepassing van artikel 6:4:20 Sv telkens gijzeling van gelijke duur kan worden toegepast en verwerpt het beroep voor het overige.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 01-12-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:1901

Zaaknummer: 19/01500

Rechters: V. van den Brink, Y. Buruma en A.E.M. Röttgering

Advocaten: R.P. Snorn

Wetsartikelen: 36c Sr

RECHTSPRAAK

Bewijsklachten over het opzettelijk telen van hennep en diefstal van elektriciteit.

Bewijsklachten over het opzettelijk telen van hennep en diefstal van elektriciteit.

Middel

De cassatiemiddelen klagen, mede in het licht van een gevoerd verweer, over de bewezenverklaringen van het onder 2 en 3 ten laste gelegde, voor zover deze inhouden dat de verdachte in de gemeente [plaats] tezamen en in vereniging met een of meer anderen hennepplanten heeft geteeld en daar met het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening stroom heeft weggenomen. De cassatiemiddelen lenen zich voor gezamenlijke bespreking.

Het hof heeft onder meer vastgesteld dat de verdachte met [benadeelde] woonde in [plaats] en daarnaast een woning had in [plaats], en dat in beide woningen een hennepkwekerij en een illegale elektriciteitsaansluiting zijn aangetroffen. Het hof heeft daarnaast voor het bewijs gebruikt de verklaring van [benadeelde] dat de verdachte de hennepplantage in de woning in [plaats] heeft 'opgezet met zijn vrienden'. De door het hof gebruikte bewijsmiddelen houden verder in dat in die door de verdachte bewoonde woning te [plaats] de zegels van de hoofdaansluitkast waren verbroken en de stroom ten behoeve van de daar gevestigde hennepkwekerij illegaal werd afgenomen.

Op grond van deze bewijsvoering heeft het hof geoordeeld dat de verdachte in [plaats] in vereniging met een of meer anderen hennep heeft geteeld en stroom heeft gestolen. In dit oordeel ligt besloten dat het hof geen geloof heeft gehecht aan de verklaring van de verdachte dat de hennepplantage in [plaats] er nog niet was toen hij er woonde en dat die er pas is gekomen nadat hij en [benadeelde] 'trammelant' hadden. Deze oordelen zijn – ook in het licht van hetgeen namens de verdachte is aangevoerd – niet onbegrijpelijk.

De cassatiemiddelen falen.

Redelijke termijn

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

Het cassatiemiddel is gegrond. In het licht van de opgelegde gevangenisstraf van vijf weken en de mate waarin de redelijke termijn is overschreden, is er geen aanleiding om aan het oordeel dat de redelijke termijn is overschreden enig ander rechtsgevolg te verbinden en zal de Hoge Raad met dat oordeel volstaan.

HR ambtshalve

Het hof heeft de verdachte de verplichting opgelegd, kort gezegd, om aan de Staat ten behoeve van het in het arrest genoemde slachtoffer het in het arrest vermelde bedrag te betalen, bij gebreke van betaling en verhaal te vervangen door het in het arrest genoemde aantal dagen hechtenis.

De Hoge Raad zal de uitspraak van het hof ambtshalve vernietigen voor zover daarbij vervangende hechtenis is toegepast, overeenkomstig hetgeen is beslist in HR 26 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:914.

Beslissing

De Hoge Raad vernietigt de uitspraak van het hof, maar uitsluitend voor zover bij de schadevergoedingsmaatregel ten behoeve van het in het arrest genoemde slachtoffer vervangende hechtenis is toegepast, bepaalt dat met toepassing van artikel 6:4:20 Sv gijzeling van gelijke duur kan worden toegepast en verwerpt het beroep voor het overige.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 01-12-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:1900

Zaaknummer: 19/00740

Rechters: V. van den Brink, A.L.J. van Strien en A.E.M. Röttgering

Advocaten: N. van Schaik

Wetsartikelen: 3B Opiumwet en 311 Sr

RECHTSPRAAK

Motivering bevel tot dadelijke uitvoerbaarheid bijzondere voorwaarden en reclasseringstoezicht.

Motivering bevel tot dadelijke uitvoerbaarheid bijzondere voorwaarden en reclasseringstoezicht.

Middel

Het cassatiemiddel klaagt dat het hof toepassing heeft gegeven aan artikel 14e lid 1 (oud) Sr en heeft bevolen dat de gestelde bijzondere voorwaarden en het uit te oefenen toezicht dadelijk uitvoerbaar zijn.

Een rechterlijke uitspraak mag in de regel pas ten uitvoer worden gelegd nadat zij onherroepelijk is geworden. De in artikel 14e Sr voorziene uitzondering op deze regel over de dadelijke uitvoerbaarheid van de op grond van artikel 14c Sr gestelde bijzondere voorwaarden of het volgens artikel 14d (oud) Sr uit te oefenen toezicht kan voor de veroordeelde verstreckende gevolgen hebben. Onder meer daarom zal de rechter in de motivering van zijn bevel tot dadelijke uitvoerbaarheid ervan blijken moeten geven zich ervan te hebben vergewist dat aan de in artikel 14e Sr gestelde voorwaarden is voldaan (vgl. HR 10 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:537).

Het voorgaande in aanmerking genomen en in het licht van het hiervoor weergegeven strafmaatverweer en van de door het hof vastgestelde 'positieve ontwikkelingen in het persoonlijke leven van de verdachte' is het oordeel van het hof dat er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de verdachte opnieuw een misdrijf zal begaan dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen ontoereikend gemotiveerd.

Het cassatiemiddel is terecht voorgesteld. De Hoge Raad zal de zaak zelf afdoen en het bevel tot dadelijke uitvoerbaarheid vernietigen.

Redelijke termijn

Het cassatiemiddel klaagt dat in de cassatiefase de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6 lid

¹ EVRM is overschreden omdat de stukken te laat door het hof zijn ingezonden.

Het cassatiemiddel is gegrond. Dit moet leiden tot vermindering van de opgelegde gevangenisstraf van 24 maanden, waarvan zes maanden voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaren.

Beslissing

De Hoge Raad vernietigt de uitspraak van het hof, maar uitsluitend ten aanzien van het bevel dat de in die uitspraak vermelde bijzondere voorwaarden en het uit te oefenen toezicht dadelijk uitvoerbaar zijn en de duur van de opgelegde gevangenisstraf, vermindert de opgelegde gevangenisstraf in die zin dat deze 23 maanden, waarvan zes maanden voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaren, belooft en verwerpt het beroep voor het overige.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 01-12-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:1903

Zaaknummer: 19/01773

Rechters: V. van den Brink, Y. Buruma en A.L.J. van Strien

Advocaten: B. Kizilocak

Wetsartikelen: 14c Sr (oud)

RECHTSPRAAK

Is er sprake geweest van een ‘onderzoek’ als bedoeld in artikel 8 lid 3 WVV 1994?

Is er sprake geweest van een ‘onderzoek’ als bedoeld in artikel 8 lid 3 WVV 1994?

Het cassatiemiddel komt op tegen de verwerping van het ter terechtzitting in hoger beroep gevoerde verweer dat er geen sprake is geweest van een ‘onderzoek’ als bedoeld in artikel 8 lid 3 aanhef en onder a Wegenverkeerswet 1994 (hierna: WVV 1994). Het voert in dat verband aan dat niet aan de vereisten is voldaan dat de opsporingsambtenaar die het ademanalyseapparaat heeft bediend daartoe was ‘aangewezen’, en dat deze daartoe de benodigde kennis en vaardigheden bezat.

In de nota van toelichting worden onder meer de ‘waarborgen’ van toepassing geacht die voortvloeiden uit het voorschrift van artikel 7 Besluit alcoholonderzoeken (oud). In eerdere rechtspraak heeft de Hoge Raad geoordeeld dat dit voorschrift ertoe strekte de juistheid te waarborgen van het resultaat van een ademanalyse door de uitvoering van een dergelijk onderzoek uitsluitend op te dragen aan opsporingsambtenaren die de benodigde kennis en vaardigheden bezitten om het ademanalyseapparaat te bedienen. Indien niet aan dat vereiste was voldaan, dan kon ook sprake zijn van een ‘onderzoek’ als bedoeld in artikel 8 lid 2 of 3 WVV 1994 als ten gevolge van een verzuim de desbetreffende opsporingsambtenaar niet overeenkomstig artikel 7 Besluit alcoholonderzoeken (oud) was ‘aangewezen’. Dat enkele verzuim stond er namelijk niet aan in de weg dat het met artikel 7 Besluit alcoholonderzoeken (oud) beoogde doel werd bereikt (vgl. HR 2 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7952).

Mede gelet op de hiervoor weergegeven nota van toelichting moet artikel 10 lid 3 van het huidige Besluit aldus worden uitgelegd dat nog steeds de eis geldt dat de opsporingsambtenaar die het ademonderzoek uitvoert over de ‘voor het bedienen van het ademanalyseapparaat benodigde kennis en vaardigheden’ dient te beschikken. Omdat dit een waarborg is voor de betrouwbaarheid van het onderzoek als zodanig, behoort het vereiste tot de strikte waarborgen waarmee het onderzoek als bedoeld in artikel 8 lid 2 en 3 WVV 1994 is omringd.

Sinds de inwerkingtreding van het huidige Besluit geldt echter niet meer het vereiste dat het ademanalyseapparaat moet worden bediend door een daartoe 'aangewezen opsporingsambtenaar'. Uit de hiervoor weergegeven totstandkomingsgeschiedenis van het huidige Besluit moet worden afgeleid dat deze wetswijziging is ingegeven door de gedachte dat overname van het desbetreffende voorschrift uit artikel 7 van het Besluit alcoholonderzoeken (oud) 'overbodig' dan wel 'onnodig belastend voor de praktijk' is.

Gelet op het voorgaande faalt het cassatiemiddel, voor zover het berust op de opvatting dat sprake dient te zijn van een 'aangewezen ambtenaar'.

Blijkens zijn overwegingen is het hof uitgegaan van wat hiervoor is vooropgesteld. Mede gelet daarop en in aanmerking genomen wat door de verdediging aan het verweer ten grondslag is gelegd, getuigt de verwerping door het hof van het gevoerde verweer niet van een onjuiste rechtsopvatting en is die beslissing, gelet ook op zijn vaststelling dat de verbalisant heeft verklaard de ademonderzoekprocedure conform de voorschriften te hebben uitgevoerd, toereikend gemotiveerd. Het cassatiemiddel faalt ook in zoverre.

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 01-12-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:1902

Zaaknummer: 19/01876

Rechters: V. van den Brink, Y. Buruma en A.L.J. van Strien

Advocaten: D.J.G.J. Cornelissen

Wetsartikelen: 8 WVV 1994

RECHTSPRAAK

Overzichtsarrest vormverzuimen, artikel 359a Sv.

Overzichtsarrest vormverzuimen, artikel 359a Sv.

Aan de beoordeling van de cassatiemiddelen voorafgaande beschouwing

De Hoge Raad heeft in onder meer zijn arresten HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533 en HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321 uiteengezet wanneer sprake is van een vormverzuim als bedoeld in artikel 359a Sv en aan welke (wettelijke) voorwaarden moet worden voldaan voordat toepassing kan worden gegeven aan een van de in artikel 359a Sv genoemde rechtsgevolgen. Naar aanleiding van de bespreking in de conclusie van de advocaat-generaal van deze en andere rechtspraak over artikel 359a Sv merkt de Hoge Raad het volgende op.

In het strafproces staat centraal dat de rechter, met inachtneming van de regels van een eerlijk proces, zoveel mogelijk een inhoudelijk oordeel velt over de beschuldiging die jegens de verdachte wordt geuit en zo recht spreekt in de concrete zaak. Zoals ook in de conclusie van de advocaat-generaal onder 189 tot uitdrukking komt, rust op de strafrechter niet de taak en verantwoordelijkheid de rechtmatigheid en de integriteit van het optreden van politie en justitie als geheel te bewaken. De strafrechter is daartoe ook niet in staat.

Toepassing van artikel 359a Sv kan ertoe strekken dat het recht van de verdachte op een eerlijk proces als bedoeld in artikel 6 EVRM wordt gewaarborgd. Daarnaast berust de beantwoording van de vraag of een rechtsgevolg aan een vormverzuim moet worden verbonden, en zo ja de wijze waarop dat gebeurt, in de kern op een afweging van belangen. Daarbij gaat het om de met vervolging en berechting van strafbare feiten gemoeide belangen – waaronder de belangen van waarheidsvinding en van de bestrafing van de daders van strafbare feiten – en de belangen die verband houden met de handhaving van grondrechten en de bevordering van een normconform verloop van het voorbereidend onderzoek.

Artikel 359a Sv formuleert een bevoegdheid en niet een plicht om rechtsgevolgen te verbinden aan vormverzuimen bij het voorbereidend onderzoek, en biedt de mogelijkheid te volstaan met de constatering dat een vormverzuim is begaan. Aan de rechtspraak over de verschillende

in artikel 359a Sv genoemde rechtsgevolgen ligt als uitgangspunt ten grondslag dat het rechtsgevolg in verhouding moet staan tot de aard en de ernst van het vormverzuim en het door de verdachte als gevolg van het vormverzuim geleden nadeel. Dat betekent tevens dat, waar mogelijk, wordt volstaan met het – vanuit het perspectief van de met vervolging en berechting van strafbare feiten gemoeide belangen bezien – minst verstrekkende rechtsgevolg. Ook aan dit in de conclusie van de advocaat-generaal onder 120 benoemde uitgangspunt van subsidiariteit houdt de Hoge Raad vast.

In dit verband is van belang dat in de thans voorliggende voorstellen voor de modernisering van het Wetboek van Strafvordering een regeling wordt voorgesteld met betrekking tot de processuele sancties die aan onrechtmatig handelen kunnen worden verbonden, die ten dele anders is ingericht dan de huidige wettelijke regeling van artikel 359a Sv. Deze voorstellen zijn in de loop van het voorbereidingstraject ook op onderdelen gewijzigd. Meest recent blijken de voorstellen uit de in juli 2020 gepubliceerde ambtelijke versie van het conceptwetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering.¹ Het betreffende wetsvoorstel is nog niet ingediend bij het parlement. Deze initiatieven om de huidige wettelijke regeling aan te passen geven aanleiding tot terughoudendheid.

Gelet op het voorgaande ziet de Hoge Raad geen aanleiding substantiële wijzigingen aan te brengen in het beoordelingskader zoals dat volgt uit de onder 2.1.2 genoemde arresten. Wel zal de Hoge Raad de precieze formulering van enkele daarin opgenomen maatstaven nuanceren of bijstellen. Dat betreft in de eerste plaats de beperking tot vormverzuimen die zijn begaan bij 'het voorbereidend onderzoek' tegen de verdachte. In de tweede plaats gaat het om de – gelet op het hiervoor genoemde uitgangspunt van subsidiariteit ook in deze volgorde te bespreken – toepassingsvoorwaarden voor de rechtsgevolgen strafvermindering, bewijsuitsluiting respectievelijk niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging. Ook met deze nuanceringen en bijstellingen blijven de in eerdere rechtspraak neergelegde oordelen over de toepassing van artikel 359a Sv in concrete gevallen van betekenis. Tot slot maakt de Hoge Raad enkele opmerkingen over de beoordeling van de feitelijke grondslag van verweren die strekken tot toepassing van artikel 359a Sv.

Vormverzuimen 'bij het voorbereidend onderzoek' en daarbuiten

De toepassing van artikel 359a Sv is onder meer beperkt tot vormverzuimen die zijn begaan bij 'het voorbereidend onderzoek' tegen de verdachte. Op grond van artikel 132 Sv moet daaronder worden verstaan het onderzoek dat voorafgaat aan de behandeling ter terechtzitting. Onder die vormverzuimen zijn in het bijzonder ook begrepen normschendingen bij de opsporing. Daarbij dient op grond van artikel 132a Sv onder opsporing te worden verstaan het onderzoek in verband met strafbare feiten onder gezag van de officier

van justitie met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen.

Daarnaast heeft 'het voorbereidend onderzoek' in artikel 359a Sv uitsluitend betrekking op het voorbereidend onderzoek tegen de verdachte ter zake van het aan hem ten laste gelegde feit waarover de rechter die in artikel 359a Sv wordt bedoeld, heeft te oordelen. Artikel 359a Sv is dus niet van toepassing indien het verzuim is begaan buiten het verband van dit voorbereidend onderzoek (vgl. HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, r.o. 3.4.2 en HR 18 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:706, r.o. 4.3).

Deze begrenzing tot vormverzuimen die zijn begaan bij 'het voorbereidend onderzoek' tegen de verdachte, sluit echter 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. In dit verband kan worden gedacht aan het verzuim van de officier van justitie om tijdig op grond van artikel 311 lid 1 Sv het voornemen tot het indienen van de ontnemingsvordering en/of het instellen van een strafrechtelijk financieel onderzoek kenbaar te maken (HR 11 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN2297 en HR 20 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY0251), het gebruik van de resultaten van het door een inlichtingen- en veiligheidsdienst ingestelde onderzoek (HR 15 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP7544) en het optreden van een particuliere beveiliging (HR 20 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7501). Genoemd kan ook worden de rechtspraak waarin met betrekking tot onderzoek dat is verricht onder verantwoordelijkheid van de buitenlandse autoriteiten van een andere tot het EVRM toegetreden staat, is aanvaard dat de Nederlandse strafrechter mag onderzoeken of het gebruik van de resultaten van dat onderzoek in overeenstemming is met het recht op een eerlijk proces als bedoeld in artikel 6 lid 1 EVRM (HR 5 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5629).

Uit deze en andere rechtspraak van de Hoge Raad die in de conclusie van de advocaat-generaal onder 76-99 is besproken, 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 zoals bedoeld in 2.2.1, 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 ten laste gelegde 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.

Strafvermindering

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, r.o. 3.6.3 met betrekking tot strafvermindering als aan een vormverzuim te verbinden rechtsgevolg onder meer het volgende overwogen:

‘Strafvermindering, in die zin dat de hoogte van de op te leggen straf in verhouding tot de ernst van het verzuim wordt verlaagd, komt (...) slechts in aanmerking, indien aannemelijk is dat (a) de verdachte daadwerkelijk nadeel heeft ondervonden, (b) dit nadeel is veroorzaakt door het verzuim, (c) het nadeel geschikt is voor compensatie door middel van strafvermindering, en (d) strafvermindering ook in het licht van het belang van het geschonden voorschrift en de ernst van het verzuim gerechtvaardigd is.’

Voor toepassing van strafvermindering is vereist dat de verdachte door het vormverzuim daadwerkelijk nadeel heeft ondervonden en dat strafvermindering ook in het licht van het belang van het geschonden voorschrift en de ernst van het verzuim gerechtvaardigd is. Het moet dus gaan om een voldoende ernstig vormverzuim dat concreet de belangen van de verdachte in de strafzaak heeft aangetast. Dat volgt ook uit de onder 2.1.3 weergegeven uitgangspunten dat de rechter niet de taak en verantwoordelijkheid heeft de rechtmatigheid en de integriteit van het optreden van politie en justitie als geheel te bewaken en dat hij de bevoegdheid, maar niet de plicht heeft om rechtsgevolgen te verbinden aan vormverzuimen bij het voorbereidend onderzoek.

Door het verbinden van strafvermindering als rechtsgevolg aan een vormverzuim, brengt de rechter tot uitdrukking dat het vormverzuim zodanig ernstig is dat niet kan worden volstaan met de enkele constatering van dat vormverzuim. In de toepassing van strafvermindering ligt dan ook een krachtiger, in de mate van strafvermindering tot uitdrukking te brengen afkeuring van het vormverzuim besloten dan in die enkele constatering.

Strafvermindering laat zich als rechtsgevolg dat geschikt is voor compensatie van door de verdachte ondervonden nadeel, verbinden aan onder meer vormverzuimen die een inbreuk hebben gemaakt op de lichamelijke integriteit of de persoonlijke levenssfeer van de verdachte. Dat kan zich bijvoorbeeld ook voordoen als door de onrechtmatige toepassing van dwangmiddelen bewijs is vergaard. Verder is toepassing van strafvermindering niet uitgesloten in gevallen waarin, als gevolg van een of meerdere vormverzuimen, in het verloop

van de strafprocedure complicaties zijn opgetreden die het voeren van de verdediging ernstig hebben bemoeilijkt, maar waarbij die vormverzuimen vervolgens in voldoende mate zijn hersteld om het proces als geheel eerlijk te laten verlopen.

Gelet op het eerder genoemde uitgangspunt van subsidiariteit is het 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 verstreckende of willekeurige consequenties dan niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging of – onder omstandigheden, afhankelijk van het resterende bewijsmateriaal en de redengevendheid daarvan voor een eventuele bewezenverklaring – de toepassing van bewijsuitsluiting.

Bewijsuitsluiting

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321 drie categorieën van gevallen onderscheiden waarin bewijsuitsluiting als rechtsgevolg kan worden verbonden aan een vormverzuim als bedoeld in artikel 359a Sv. Allereerst gaat het om gevallen waarin het uitsluiten van bepaalde resultaten van het opsporingsonderzoek van het gebruik voor het bewijs, noodzakelijk is om een schending van artikel 6 EVRM te voorkomen. Deze categorie blijft onverkort bestaan. De Hoge Raad komt wel tot een wijziging met betrekking tot de twee andere categorieën van gevallen die zijn benoemd in het arrest van 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321. Daarin gaat het om de volgende gevallen waarin bewijsuitsluiting aan de orde kan zijn:

- ‘gevallen waarin het recht van de verdachte op een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM niet (rechtstreeks) aan de orde is, maar sprake is van een ander belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel dat in aanzienlijke mate is geschonden’ en ‘toepassing van bewijsuitsluiting noodzakelijk (kan) worden geacht als middel om toekomstige vergelijkbare vormverzuimen die onrechtmatige bewijsgaring tot gevolg hebben te voorkomen en een krachtige stimulans te laten bestaan tot handelen in overeenstemming met de voorgeschreven norm’,

- ‘de – zeer uitzonderlijke – situatie (waarin het verzekeren van het recht op een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM de rechter niet noopt tot toepassing van bewijsuitsluiting en evenmin sprake is van een op zichzelf reeds zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht van de verdachte, maar) waarin het desbetreffende vormverzuim naar uit objectieve gegevens blijkt zozeer bij herhaling voorkomt dat zijn structureel karakter vaststaat en de

verantwoordelijke autoriteiten zich, vanaf het moment waarop dit structurele verzuim hun bekend moet zijn geweest, onvoldoende inspanningen hebben getroost overtredingen van het desbetreffende voorschrift te voorkomen’.

In het arrest van 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321 kent elk van die twee categorieën een afzonderlijk beoordelingskader, met ook specifiek daaraan verbonden eisen met betrekking tot het stellen en onderbouwen van de voor de beoordeling relevante omstandigheden. De Hoge Raad is nu van oordeel dat kan worden volstaan met het navolgende gemeenschappelijke, meer globale beoordelingskader, omdat deze twee categorieën in de praktijk niet steeds goed te scheiden zijn en toepassing daarvan als te complex wordt ervaren.

Dit gemeenschappelijke beoordelingskader ziet op gevallen waarin sprake is van een vormverzuim waarbij het recht van de verdachte op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM niet (rechtstreeks) aan de orde is, maar waarbij het gaat om de schending van een ander strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel. In die gevallen geldt als belangrijk uitgangspunt dat de omstandigheid dat de verkrijging van onderzoeksresultaten gepaard is gegaan met een vormverzuim dat betrekking heeft op een ander strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel dan het recht op een eerlijk proces, niet eraan in de weg staat dat die resultaten voor het bewijs van het ten laste gelegde feit worden gebruikt. Is echter sprake van een ernstige schending van een strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel, dan kan onder omstandigheden toepassing van bewijsuitsluiting noodzakelijk worden geacht als rechtsstatelijke waarborg en als middel om met de opsporing en vervolging belaste ambtenaren te weerhouden van onrechtmatig optreden en daarmee als middel om te voorkomen dat vergelijkbare vormverzuimen in de toekomst zullen plaatsvinden. Of daartoe grond bestaat, beoordeelt de rechter aan de hand van de in artikel 359a lid 2 Sv genoemde beoordelingsfactoren en met inachtneming van het onder 2.1.3 genoemde uitgangspunt van subsidiariteit. In het bijzonder dient de rechter te beoordelen of het vormverzuim zodanig ernstig is dat niet met strafvermindering kan worden volstaan, maar bewijsuitsluiting gerechtvaardigd is. Daarbij moet acht worden geslagen op de negatieve effecten die aan bewijsuitsluiting zijn verbonden, gelet op de zwaarwegende belangen van waarheidsvinding, van de vervolging en berechting van (mogelijk zeer ernstige) strafbare feiten, en in voorkomend geval van de rechten van slachtoffers. Voor het bepalen van de ernst van het vormverzuim kan mede betekenis toekomen aan het verwijt dat aan politie en justitie kan worden gemaakt en aan de omstandigheid dat een vormverzuim zich bij herhaling blijkt voor te doen, maar ook aan de omstandigheid dat door politie en justitie al maatregelen zijn getroffen om (verdere) herhaling tegen te gaan.

Los van de hiervoor genoemde gevallen waarin bewijsuitsluiting als rechtsgevolg kan worden

verbonden aan een vormverzuim als bedoeld in artikel 359a Sv, is er grond voor bewijsuitsluiting indien zich onregelmatigheden hebben voorgedaan die de betrouwbaarheid en accuraatheid van onderzoeksresultaten wezenlijk hebben aangetast. In dat geval berust bewijsuitsluiting niet op de toepassing van artikel 359a Sv, maar vloeit die uitsluiting rechtstreeks voort uit de regel dat de rechter bij de beantwoording van de vraag of het ten laste gelegde kan worden bewezen verklaard, alleen dat bewijsmateriaal gebruikt dat hij betrouwbaar en bruikbaar vindt.

Niet-ontvankelijkverklaring

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, r.o. 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.’

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 verstrekkende 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, ECL:NL:HR:1998:ZD1239).

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 hiervoor besproken maatstaf in beginsel geen ruimte voor niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging. Het is echter niet uitgesloten dat in zo'n geval strafvermindering ter compensatie van het daadwerkelijk ondervonden nadeel plaatsvindt.

Beoordeling van de feitelijke grondslag van verweren

Indien het verweer wordt gevoerd dat zich een vormverzuim heeft voorgedaan en dat dit moet leiden tot een van de in artikel 359a lid 1 Sv genoemde rechtsgevolgen, moet de rechter beoordelen of de aan dat verweer ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden aannemelijk zijn geworden. Bij dat onderzoek naar de feitelijke grondslag kan de rechter zich beperken tot die vaststellingen die in verband met de beslissing over het in het verweer genoemde rechtsgevolg noodzakelijk zijn.

De rechter kan echter een dergelijk verweer zonder onderzoek naar de feitelijke grondslag daarvan verwerpen indien hij tot het oordeel komt dat wat is aangevoerd – ware het juist – niet noopt tot een van de in artikel 359a lid 1 Sv genoemde rechtsgevolgen, bijvoorbeeld omdat het aangevoerde hooguit kan leiden tot de enkele constatering van een vormverzuim. Ook heeft de rechter de mogelijkheid om uit te gaan van de juistheid van de feitelijke grondslag van het verweer en op grond daarvan over te gaan tot het toepassen van het rechtsgevolg. Voor deze laatste werkwijze kan met name aanleiding bestaan bij verweren die betrekking hebben op vormverzuimen die grond kunnen geven tot niet meer dan een beperkte mate van strafvermindering en die berusten op een niet-onaannemelijke feitelijke grondslag, terwijl het doen van nadere en definitieve vaststellingen (de duur van) het strafproces onevenredig zou belasten.

Het staat de rechter verder vrij om – naar aanleiding van een verweer en ook ambtshalve – bij de straftoemeting in enigerlei mate rekening te houden met nadelige gevolgen voor de verdachte van de uitoefening van bevoegdheden tijdens de opsporing, ook als die gevolgen niet zijn veroorzaakt door een vormverzuim (vgl. in verband met media-aandacht over de strafzaak HR 13 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3024 en met betrekking tot geweldgebruik door de politie HR 15 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1590).

Middel

Het eerste cassatiemiddel klaagt over de verwerping door het hof van het verweer dat strekt tot niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging van de verdachte. Het tweede cassatiemiddel klaagt over de verwerping door het hof van het verweer dat strekt tot strafvermindering. De cassatiemiddelen lenen zich voor gezamenlijke bespreking.

Aan de verwerping van het beroep op de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in de vervolging van de verdachte heeft het hof mede ten grondslag gelegd dat de handelwijze van de politie in verband met de insluiting van de verdachte 'buiten het toepassingsbereik van artikel 359a Sv' valt. Voor zover daarin als oordeel van het hof besloten ligt dat de door de verdediging gestelde vormverzuimen niet zijn begaan bij 'het voorbereidend onderzoek' tegen de verdachte, is dat oordeel niet begrijpelijk. Namens de verdachte is immers aangevoerd dat de geweldhandelingen zijn verricht door opsporingsambtenaren bij de insluiting en volgden op de aanhouding van de verdachte ter zake van het aan hem ten laste gelegde feit.

Voor zover het eerste cassatiemiddel hierover klaagt, is het terecht voorgesteld. Dat behoeft echter niet tot cassatie te leiden om de volgende redenen.

Onregelmatigheden in de wijze waarop de verdachte is aangehouden – daaronder ook begrepen onregelmatigheden die hebben plaatsgevonden bij de daarop gevolgde insluiting – brengen op zichzelf niet mee dat geen sprake meer kan zijn van een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM. Dat geldt ook indien zich (tevens) onregelmatigheden hebben voorgedaan met betrekking tot het onderzoek door politie en justitie naar de wijze van aanhouding en insluiting van de verdachte. Ook dergelijke onregelmatigheden belemmeren niet dat met inachtneming van de regels van een eerlijk proces een oordeel kan worden geveld over de in de tenlastelegging vervatte beschuldiging ter zake van het feit dat aanleiding heeft gegeven tot de aanhouding van de verdachte. Dat betekent dat in zo'n geval niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging in beginsel niet in aanmerking komt als rechtsgevolg.

Het hof heeft met zijn overweging dat 'de grieven van de raadsman niet de behandeling van de zaak van de verdachte betreffen maar enkel gericht zijn op de fysieke behandeling van de verdachte tijdens diens insluiting' kennelijk tot uitdrukking gebracht dat, ook indien wordt uitgegaan van de door de verdediging gestelde vormverzuimen, deze niet belemmeren dat de beoordeling van de in de tenlastelegging vervatte beschuldiging ter zake van het feit dat aanleiding heeft gegeven tot de aanhouding van de verdachte, met inachtneming van de regels van een eerlijk proces plaatsvindt. Deze niet onbegrijpelijke overweging kan de verwerping van het verweer dat strekt tot niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de

vervolgning van de verdachte, zelfstandig dragen.

De verwerping door het hof van het verweer dat strekt tot strafvermindering, is niet toereikend gemotiveerd. Met de enkele verwijzing naar 'de onderbouwing van het verweer, hetgeen in het proces-verbaal van de politie over het gedrag van de verdachte is gerelateerd en de ter terechtzitting in hoger beroep getoonde camerabeelden', heeft het hof ten onrechte in het midden gelaten of sprake was van een onmenselijke behandeling in de zin van artikel 3 EVRM of enig ander vormverzuim. Het tweede cassatiemiddel slaagt daarom.

De Hoge Raad neemt hierbij in aanmerking dat voldoende ernstig nadeel van de verdachte dat bijvoorbeeld is ontstaan door schending van de lichamelijke integriteit bij de toepassing van dwangmiddelen, 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.

Beslissing

De Hoge Raad vernietigt de uitspraak van het hof, maar uitsluitend wat betreft de strafoplegging en wijst de zaak terug naar het gerechtshof Den Haag, opdat de zaak ten aanzien daarvan opnieuw wordt berecht en afgedaan.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 01-12-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:1889

Zaaknummer: 18/03503

Rechters: V. van den Brink, Y. Buruma, A.L.J. van Strien, M.J. Borgers en J.C.A.M. Claassens

Advocaten: J.L. Baar en Kuyp, M.M. M.M. Kuyp

Wetsartikelen: 359a Sv

RECHTSPRAAK

Heeft het hof het verzet tegen de strafbeschikking terecht niet-ontvankelijk verklaard?

Heeft het hof het verzet tegen de strafbeschikking terecht niet-ontvankelijk verklaard?

Het cassatiemiddel klaagt over het oordeel van het hof dat het tegen de strafbeschikking gedane verzet niet-ontvankelijk is.

In cassatie moet ervan worden uitgegaan dat de strafbeschikking niet aan de verdachte in persoon is uitgereikt maar per gewone post aan zijn in de Basisregistratie Personen opgenomen adres is verzonden. De verdachte kon daarom verzet doen binnen veertien dagen nadat zich een omstandigheid heeft voorgedaan waaruit voortvloeit dat de strafbeschikking hem bekend was.

Het hof heeft kennelijk geoordeeld dat zich een omstandigheid heeft voorgedaan waaruit voortvloeit dat de verdachte meer dan veertien dagen voorafgaand aan het door hem gedane verzet al bekend was met de strafbeschikking en dat daarom de verdachte niet tijdig het verzet heeft gedaan. Dat oordeel is niet toereikend gemotiveerd gelet op wat de verdachte heeft aangevoerd, te weten dat hij pas van de strafbeschikking kennis heeft genomen toen zijn vader hem deze door de telefoon voorlas, en in aanmerking genomen dat het hof geen vaststellingen heeft gedaan met betrekking tot het moment waarop de strafbeschikking aan de verdachte bekend is geworden.

Het cassatiemiddel slaagt.

De Hoge Raad vernietigt de uitspraak van het hof en wijst de zaak terug naar het gerechtshof Den Haag, opdat de zaak opnieuw wordt berecht en afgedaan.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 01-12-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:1895

Zaaknummer: 19/05116

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

Advocaten: R.D.J. Visschers

Wetsartikelen: 257a Sv