

HC 7, 11-11-2009, Bewijsmotivering en bijzondere bewijskwesties & verweren en bijzondere motiveringseisen

Inleiding

In dit college gaat het over bewijsmotivering en bijzondere bewijskwesties en verweren en bijzondere motiveringseisen. Het gaat eerst over wettig bewijs en onrechtmatig verkregen bewijs. Vervolgens wordt ingegaan op bewijsverweren en bijzondere motiveringseisen. Het volgende college zal gaan over het ondervragingsrecht en het laatste college gaat over art. 359a Sv.

Wettelijk bewijsstelsel

We hebben een negatief-wettelijk bewijsstelsel. Er is een limitatieve opsomming van bewijsmiddelen in artt. 338 e.v. Sv. De verklaring van een advocaat ter terechtzitting is bijvoorbeeld geen bewijs. De opgave van een verdachte in een reclasseringsrapport is volgens de wet wel bewijs, maar volgens de Hoge Raad niet. Het mag niet gebruikt worden tegen de achtergrond van de hulpverleningsrelatie tussen de reclassering en de verdachte. De verklaring van de verdachte mag dus niet als bewijs worden gebruikt.

De verklaring van een getuige tegenover een agent is wel bewijs. Het gaat hier om gehoorsindruk.

Uit de limitatieve opsomming van bewijsmiddelen volgt een eerste selectie van informatie die bruikbaar is voor een juiste bewijsbeslissing. Uit art. 359 lid 3 Sv volgt een tweede schifting: het moet niet alleen gaan om informatie die onder de formulering van wettige bewijsmiddelen valt, maar het moet ook een reden geven tot bewezenverklaring. Hoe pakt zo'n schifting in een concreet geval uit? Je bent bijvoorbeeld mishandeld, de dader wordt gepakt en je verklaart ter terechtzitting vier zinnen: 1) ik denk dat het mijn buurman is, 2) hij heeft al jaren een hekel aan mij, 3) de dader had een bivakmuts op, 4) ik had zelf die dag mijn nieuwste schoenen aan. Wat is niet wettig? Dat is de eerste zin, dat is namelijk een gissing en dus niet bruikbaar. De tweede zin waarschijnlijk ook. Welke zin is niet redengevend? Dat is de vierde zin. Misschien is het wel wettig, want het is iets als in art. 342 Sv dat zelf is waargenomen. Alleen de derde zin zou iets kunnen zijn wat in combinatie met andere bewijsmiddelen een redengevend en wettig bewijsmiddel is.

Stel dat de zinnen in het proces-verbaal van een opsporingsambtenaar staan, wat is dan niet wettig en wat niet redengevend? Alles is dan wettig. De ambtenaar noteert wat er gezegd wordt, het is zijn weergave van zijn gehoorsindruk. Alles wat hij hoort schrijft hij op en is wettig. Alles komt dan aan op redengevendheid.

Wettelijke bewijsminima

Art. 342 lid 2 Sv: unis testis nullus testis: één getuige is niet genoeg. Hierbij zijn twee recente arresten van belang: HR 30 juni 2009, NJ 2009/495 en 496. Dit zijn zedendelicten waarbij het bewijs eigenlijk alleen op de verklaring van het slachtoffer steunt. De verklaring van een getuige en de verklaring dat het slachtoffer in het bed lag bieden heel weinig steun aan de verklaringen van het slachtoffer. In dit geval zegt de Hoge Raad dat het onvoldoende steun geeft aan de verklaring van het slachtoffer.

Geldt de regel "één getuige is geen getuige" ook als de getuige een opsporingsambtenaar is? Zie art. 344 lid 2 Sv: dit volstaat. Dit geldt niet als een opsporingsambtenaar getuigt ter terechtzitting. Je moet namelijk de wet toepassen zoals zij is, ook als de getuige een opsporingsambtenaar is.

Een enkele bekentenis is daarnaast niet genoeg, art. 341 lid 4 Sv.

Een andere bewijswaarderingsregel is bijvoorbeeld art. 341 lid 3 Sv: opgaven medeverdachte. De wetgever was beducht om verklaringen van mededaders ten grondslag te leggen aan de bewezenverklaring van de verdachte. Het is vaak een betrekkelijk onbetrouwbaar bewijsmiddel. De Hoge Raad heeft deze bewijswaarderingsregel min of meer afgewezen, want de Hoge Raad zegt in NJ 75/108 dat art. 341 lid 3 Sv niet het oog heeft op 'elders dan ter terechtzitting gedane opgave van een verdachte wiens zaak niet met die van een andere verdachte gevoegd ter terechtzitting is of wordt behandeld'. Er waren aparte strafzaken, de vrouw had bewijs gevoerd tegen de ander. De opgaven die elders ter terechtzitting door haar zijn gedaan kunnen hier wel worden gebruikt in de zaak tegen de medeverdachte. Er werd dus gelijktijdig, maar niet gevoegd behandeld.

In art. 344 lid 1 en 5 Sv gaat het om schriftelijke bescheiden. HR NJ 2005/93 zegt dat een ander bewijsmiddel ook een ander geschrift mag zijn. In het volgend college wordt ingegaan op art. 344a lid 1 t/m 4 Sv.

Onrechtmatig verkregen bewijs

Onrechtmatig verkregen bewijs is iets anders dan onwettig bewijs. Als je iemand martelt en je krijgt een verklaring, kan het wettig bewijs zijn, maar onrechtmatig verkregen. Onrechtmatig verkregen staat niet per se in verband met onbetrouwbaarheid, maar het is niet bruikbaar doordat het onrechtmatig is verkregen.

Dit leerstuk is opgekomen in het Tweede bloedproefarrest (1962): er was een bloedproef afgenomen van een automobilist terwijl de wet geen grondslag bood. Het doen meewerken tot bewijs is onverenigbaar met de strekking van strafvordering, in het bijzonder aan de daarin aan de verdachte toegekende waarborgen.

Het is in 1978 verder behandeld in het Music Center arrest. Er was een huiszoeking zonder de last. De Hoge Raad zegt dat de mogelijkheid is opengebleven dat onderzoek in de woning is uitgevoerd door een 'daartoe niet bevoegde opsporingsambtenaar, hetgeen onder omstandigheden kan meebrengen dat evenbedoeld proces-verbaal in zoverre niet zou mogen meewerken tot het bewijs'.

Pas veel later is het leerstuk van onrechtmatig verkregen bewijs in de wet ingevoerd in art. 359a Sv. Dit wordt in het laatste college verder behandeld.

Argumenten voor bewijsuitsluiting volgens Corstens

Reparatie: de overheid mag niet profiteren van regelschending. Daar zit ook een tegenwerping in: is het zo dat alleen de overheid profiteert? Het kan ook zijn dat het slachtoffer profiteert. Daarnaast kan de klok niet worden teruggedraaid, je hebt de onrechtmatige opsporingshandeling verricht, maar daaruit is wel bewijs voortgevloeid.

Demonstratie: het gezag van het recht is er mee gediend als de overheid publiekelijk ernst maakt met regels die zij zich stelt. Maar het gezag van de overheid kan ook ernstige schade oplopen bij een voor het publiek niet te begrijpen vrijspraak.

Effectiviteit: stimulans tot nonconform opsporen. Klopt dat? Rechtvaardigt dat doel dit middel?

EHRM en bewijsuitsluiting

Arrest Salduz v. Turkey: hier was sprake van het niet toestaan aan de verdachte om voor het politieverhoor een raadsman te raadplegen. Het EHRM valt daarover, dit is in strijd met art. 6 EVRM. Hier zie je een relatie tussen een normschending, namelijk het niet toestaan van contact met een raadsman voor het politieverhoor, en de bewijsuitsluiting van het daaropvolgende verhoor. Door gebruikverklaring worden verdedigingsrechten geschonden. Als er geen toegang is tot een raadsman, is het politieverhoor niet bruikbaar voor het bewijs. Niet elke verdragsschending pleit tot bewijsuitsluiting.

Van Vondel tegen the Netherlands: er was getapt door een particulier met medeweten en bepaalde inbreng van justitiële autoriteiten. Dat is in strijd met art. 8 EVRM, het recht op privacy. Er was sprake van verdragsschending, maar in MM v. The Netherlands is beslist dat die verdragsschending niet leidt tot de verplichting om bewijs uit te sluiten, want het Hof had beslist dat klachten over gebruik van tapinformatie ontoelaatbaar waren, de klachten werden niet eens besproken.

Hoge Raad en bewijsuitsluiting

De hoofdregel is: er is slechts bewijsuitsluiting als de verdachte in zijn belangen is geschaad: de Schutznorm. Dit komt bijvoorbeeld tot uiting bij doorzoeking bij een andere dan de verdachte. Dit is onrechtmatig, maar hier is er geen bewijsuitsluiting, want de verdachte is niet in zijn belangen geschaad. Hij zou wel in zijn belangen zijn geschaad als het in zijn huis zou zijn. De achtergrond is de reparatie van het argument. Als de belangen van de verdachte niet zijn geschaad, hoeft tegenover hem ook niets gerepareerd te worden. Dit is de hoofdregel, maar het is niet altijd doorslaggevend.

Er is ook bewijs dat per definitie wordt uitgesloten, namelijk bewijs verkregen door inbreuk op het pressieverbod. Arrest 1988/158: een getuige is door de politie op ontoelaatbare wijze onder druk gezet. Het gaat niet om het belang van de verdachte, er is geen Schutznorm, maar het wordt wel per definitie uitgesloten.

Het moet niet alleen gaan om de schending van de belangen van de verdachte, maar ook om een serieuze onrechtmatigheid. Bijvoorbeeld arrest HR 19/12/2006, LJN AZ 2145. Het ging om het betreden van een erf door over een hekje te stappen zonder een redelijk vermoeden van schuld, maar ze dachten dat er iets aan de hand was. Toen ze over het hekje heen waren gestapt, roken ze hennep. De Hoge Raad sluit bewijs alleen uit als het bewijsmateriaal door verzuim is verkregen en daarbij een belangrijk strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden. Dat was hier niet het geval.

HR NJ 2008/328: er was een “meld misdaad anoniem” tip gekomen over drugs dealen. Alles wees in de richting dat de tip juist was. Toch vond het Hof dat er onvoldoende verdenking voor doorzoeking was, vooral omdat het om een anonieme melding ging. De Hoge Raad zei dat het niet zonder meer begrijpelijk was, omdat na de melding veel informatie was ingewonnen. Hier wordt het oordeel, waarbij gezegd wordt dat het bewijs onvoldoende was voor doorzoeking, door de Hoge Raad gecasseerd, er moest opnieuw over worden gebogen.

HR NJ 2008/329: het begon ook met anonieme informatie, er waren ergens wapens aanwezig. Onderzoek leverde geen bevestiging van de tip op. Toch was er op een gegeven moment een doorzoeking en er waren heel veel wapens aanwezig. Op het moment van binnendringing was er geen redelijk vermoeden van schuld. De Hoge Raad zegt het is niet onbegrijpelijk, maar het Hof geeft geen blijk dat ze hebben onderzocht of de onrechtmatigheid de bewijsuitsluiting tot gevolg moet hebben volgens de maatstaven van De Loze hashpijp, maar daarover klaagt het middel niet.

Bewijsmotivering en –verweren

Art. 359 lid 3 Sv. Er is een aanvulling per 1 januari 2005: het vonnis geeft, indien de beslissing afwijkt van door de verdachte uitdrukkelijk onderbouwde standpunten, in het bijzonder de redenen op die daartoe hebben geleid.

Meer en Vaart-verweren

Dit zijn verweren die in strijd zijn met de bewezenverklaring, maar die niet in strijd zijn met de gebezigde bewijsmiddelen. Er is een verband met art. 359 lid 3 Sv.

Voorbeeld: een automobilist rijdt door rood licht en rijdt een fietser aan. Er komt een vervolging wegens het veroorzaken van zwaar lichamelijk letsel door schuld bij gelegenheid

van aanrijding. De bewijsmiddelen zijn een technisch rapport van de politie van de aanrijding, een verklaring van de verdachte ter terechtzitting: “ik reed door rood en reed tegen de fietser aan”, een gelijklopende getuigenverklaring, een medische verklaring over de aard van het letsel. Dit kan genoeg zijn. Maar stel dat de automobilist ter terechtzitting heeft gezegd: “mijn auto slipte in een plas benzine die voor mij niet te zien was, daardoor werd de aanrijding veroorzaakt”. Zo’n type verweer zou een Meer en Vaart-verweer kunnen zijn als het niet is weerlegd in de bewijsmiddelen, doordat het wegdek niet is onderzocht. Achteraf kun je vaststellen dat het een Meer en Vaart-verweer is. Dan kan schuld, verwijtbaarheid, en onvoorzichtigheid ontbreken. Er is een strijd met de bewezenverklaring, maar het is niet in strijd met de gebezigde bewijsmiddelen.

Dakdekkerverweren

Dit is een verweer waarin de verdachte een bepaalde uitleg van een wetsterm in de tenlastelegging bepleit. Is de uitleg juist, dan moet dat tot een vrijspraak leiden.

In de tenlastelegging staat bijvoorbeeld dat de verdachte elektriciteit, zijnde een goed, heeft weggenomen. Zijn verweer is: elektriciteit is geen goed. Bij een goed is het diefstal. Het is dus een kwalificatieverweer.

Dit is een logische jurisprudentiële uitbreiding van art. 358 lid 3 Sv. De Hoge Raad kan vaak zelf uitleggen waarom het verweer niet opgaat. Dit is gebaseerd op art. 359 lid 2, 1^e volzin Sv. Je moet de beslissingen met redenen omkleden.

Andere bewijsverweren

Bijvoorbeeld het verweer: het bewijs is onrechtmatig verkregen, maar de rechter gebruikt het toch, dan moet je ingaan op waarom het geen bewijsuitsluiting moet zijn.

Bijzondere betrouwbaarheidsverweren: arrest Motivering betrouwbaarheid en Helmondse carnavalmoord. Dit zijn voorbeelden vanuit een specifieke categorie verweren die weerlegging behoeften.

Maar vanaf 1 januari 2005 is de uitzondering dat de bewijsuitsluiting weerlegd moet worden regel geworden. Dit spoort met de gedachte dat het weerleggen van tegenargumenten een heel belangrijk aspect van motiveren is.

NJ 2001/138: de verdachte werd veroordeeld, omdat hij zijn rijbewijs na ontzegging niet binnen drie weken had ingeleverd. Hij had een brief gestuurd toen hij appèl instelde, want hij heeft het rijbewijs al vier jaar eerder ingeleverd. De feitenrechter heeft daar niks mee gedaan. Bij de Hoge Raad werd gezegd: er was geen uitdrukkelijk onderbouwd standpunt. De Hoge Raad zegt dat uit de brief het rechtstreekse ernstige vermoeden leidt dat het rijbewijs al eerder is ingeleverd, de rechter moet dan onderbouwen waarom daaraan is voorbij gegaan. Dat wordt dubia genoemd: dingen die ernstige twijfel opwekken.

Uitdrukkelijk onderbouwde standpunten

Eerst was er onduidelijkheid over de reikwijdte van de wetwijziging. Corstens en advocaat-generaal Machielse: dit amendement is een codificatie. Advocaat-generaal Knigge en Vellinga zeiden dat het geen codificatie was en de Hoge Raad volgde hen. De wijziging zette het hele strafprocesrecht op een andere grondslag. De regel was dat bewijsverweren geen weerlegging hoefden, nu wel. Het was geen codificatie, het gaat om alle uitdrukkelijk onderbouwde standpunten.

Onderbouwd standpunt arrest: rechtsoverweging 4.5 en 4.6: de tenlastelegging was toegesneden op art. 140 lid 1 Sr: deelname aan criminele organisatie. Het verweer was: er was geen sprake van een organisatie: er waren geen geledingen in de club en geen hiërarchie. Dit is typisch een Dakdekker verweer.

HR NJ 2008-231: een Dakdekker-verweer is een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt. Aan een dergelijk verweer worden thans evenwel geen andere eisen gesteld dan onder voordien geldend recht. Dit is idem bij Meer en Vaart. Er was dus een keuze voor een nieuwe rechtsbasis, maar er was nog de oude benadering.

Dit relativeert de rechtsregels in Onderbouwd standpunt en motiveringsplicht een beetje.

Rechtsoverweging 3.7.1: een standpunt moet duidelijk zijn, door argumenten geschraagd en voorzien van een ondubbelzinnige conclusie ten overstaan van de feitenrechter naar voren zijn gebracht.

Duidelijk: NJ 2006/397: bedreiging. De raadsman zegt: er was geen bedreiging, de verdachte was stomdronken en er was niet met hem te spreken. Maar hij gaf ook toe dat de woorden op zichzelf genomen voldoende konden zijn om bij de bedreigden redelijke vrees te doen ontstaan dat zij het leven zouden kunnen verliezen. Dit was onduidelijk.

Ondubbelzinnige conclusie: HR NJ 2007/121. Geuren-identificatieproef als bewijs, mag dat? De raadsman is ook niet heel duidelijk: het is niet volkomen onbruikbaar, het kan tot bewijs dienen, maar alleen ondersteunend. Moet dit leiden tot vrijspraak of niet? Hiervan kun je zeggen dat er geen ondubbelzinnige conclusie aan wordt verbonden, het is nog wel bruikbaar voor het bewijs, maar alleen ondersteunend.

Het belangrijkste is of het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt op zulke argumenten is gebaseerd, dat de rechter er apart op moest reageren. HR 7/7/2009: ontucht op parkeerplaats. Het gaat om een alibi verweer, de verdachte kon daar niet zijn geweest. Hij had tot 18.00 uur gewerkt en om 19.10 uur al met het slachtoffer gechat, in verband met files kon hij dus niet om die tijd op de parkeerplaats zijn. Je kan vaststellen dat dit standpunt door goede argumenten naar voren is gekomen, maar de rechter heeft niks gezegd, daarom cassatie. HR NJ 2007/119 en NJ 2007/123. Beide keren wordt de betrouwbaarheid van de aangeefster aangevochten. Alleen in het laatste arrest is er een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt. Het lijkt soms op hoe de Engelsen werken. In Engeland wordt de uitspraak in eerste aanleg alleen herzien bij "unsafe conviction". Doen de argumenten werkelijk twijfelen aan de juistheid van de beslissing?

Motivering: de hoofdregel is: je moet het standpunt afzonderlijk weerleggen, maar de uitspraak kan ook zonder afzonderlijke weerlegging voldoende gegevens bevatten.

HR NJ 2007/71: mishandeling, het slaan van een beveiligiger bij een galerie kunstverkoop. Het verweer was: er was geen opzet, het was een afwerend gebaar. De Hoge Raad zegt: Hof heeft klaarblijkelijk voorwaardelijk opzet aangenomen, daar hoef je niet afzonderlijk nog op te reageren.

Bewijsverweren kunnen dus nog steeds weerlegd worden door bewijsmiddelen.

Het Openbaar Ministerie: met uitdrukkelijk onderbouwde standpunten van de advocaat-generaal bij een vrijspraak wordt anders omgegaan.

HR NJ 2007/124: de advocaat-generaal gaf een betoog waarom feit 3 wel bewezen kon worden. Het Hof zegt: dat is niet wettig en overtuigend bewezen. De Hoge Raad zegt: cassatie, er was geen reactie op het uitdrukkelijk onderbouwd standpunt. Als er wel een reactie gegeven wordt, vindt de Hoge Raad het vaak goed. HR 5/2/2008, NJ 2008, 422. Iemand zou naspeuringen van de politie onttrekken. Wettig bewijs van opzet zou ontbreken. Dat is een discutabele verwerping en niet sterk, maar het was wel genoeg. Er is namelijk gereageerd op het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt. Het verschil kan zijn dat de Hoge Raad het niet voor de feitenrechter onaantrekkelijk wil maken om vrij te spreken.

Afsluiting

Hoe kan het bewijsrecht aan juiste en aanvaardbare beslissingen bijdragen? Wettelijke bewijsregels zijn uitgehold, dit wordt klaarblijkelijk niet gevoeld als een goede methode.

Uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs is niet primair ingegeven door de zorg om de

materiële juistheid van beslissingen. De motiveringsvoorschriften zijn uitgebreid: het wordt kennelijk als een hele belangrijke waarborg beschouwd. Het volgend college wordt een andere waarborg voor juiste en aanvaardbare beslissingen behandeld: de verdedigingsrechten van de verdachte tegen de achtergrond van het EVRM.

HC 8, 18-11-2009, Bewijs: ondervragingsrecht, EVRM en bewijsrecht

Inleiding

Het vorige college werd het wettelijk bewijsstelsel, onrechtmatig verkregen bewijs, bewijsverweren en bewijsmotivering behandeld. De conclusie was dat het wettelijk bewijsstelsel is uitgehoud en dat er veel aandacht is voor de motivering. In dit college zullen we de motivering nog iets verder uitdiepen. Daarnaast wordt gekeken naar het verband tussen zittingsvoorschriften en het bewijsrecht. De bruikbaarheid van het bewijs is afhankelijk van de mogelijkheden tot ondervraging. Art. 6 EVRM is daarbij van groot belang, zie onder andere de arresten Saïdi en Van Mechelen.

Artikel 360 Sv

Hierin staat een verplichting om het gebruik van een aantal bewijsmiddelen ambtshalve te beargumenteren. Dit staat naast de verplichting om op uitdrukkelijk onderbouwde standpunten in te gaan en het staat los van de verplichtingen tot horen.

Promis

Het promis-project is een nieuwe wijze van motiveren. Dit project is geïnspireerd door Sv 2001. Er zijn de volgende gradaties:

- Promis kaal (de verdachte bekent en voert geen verweer; dan volstaat een standaardoverweging);
- Promis kort (de verdachte ontkent ongemotiveerd: een korte overweging zou volstaan met aanduiding van de bewijsmiddelen) en
- Promis uitgebreid (de verdachte ontkent en betwist de bewijsmiddelen gemotiveerd: een korte inhoudelijke beschrijving en motivering van de keuze van de bewijsmiddelen moet worden geboden).

Het project sluit aan bij de introductie van het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt van art. 359 lid 2 Sv en de opgave van bewijsmiddelen bij de bekende verdachte van art. 359 lid 3 Sv, maar het promis-project gaat een stap verder, want ook bij een ongemotiveerde ontkenning kan een aanduiding van de bewijsmiddelen volstaan. De wet maakt dat nog niet mogelijk. De motivering moet daarnaast ook begrijpelijk zijn voor het publiek.

Hoe verhoudt promis zich tot de wet? Zie arresten HR NJ 2007/387 en 388: het ging hier om cassatie in het belang van de wet. De Hoge Raad zegt: de motivering van de bewezenverklaring moet behoudens bij een bekende verdachte op zijn minst bestaan uit de weergave in het vonnis van redengevende onderdelen bewijsmiddelen. Dat kan met een verwijzing; maar ook deze verwijzing moet zo nauwkeurig zijn `dat kan worden beoordeeld of de bewezenverklaring in toereikende mate steunt op de inhoud van wettige bewijsmiddelen en of de samenvatting geen ongeoorloofde conclusies of niet redengevende onderdelen inhoudt dan wel of het bewijsmiddel niet is gedenatureerd' (zie rechtsoverweging 5.6). In 388 was de verwijzing naar pagina's in een ongenummerd proces-verbaal onvoldoende voor het bewijs van de wetenschap van aanwezigheid van hennep in een woning. In 387 was de bewezenverklaring van letsel niet van een motivering voorzien, maar daarover was niet geklaagd. Als wel was geklaagd, was er waarschijnlijk gecasseerd.

LOVS: het Landelijk Overleg van Voorzitters van Strafssectoren is enthousiast over deze werkwijze en wil overgaan tot landelijke invoering, maar dat berust op vrijwilligheid bij de

rechtbanken en gerechtshoven. Er zijn nog twijfels. Is het wel werklastneutraal? Is het resultaat kwetsbaar? Als de combinatie met verkort vonnis niet wettelijk is uitgesloten, is dan de kwaliteitswinst weg?

Motivering

De motivering dient verschillende doelen. Ten eerste moet het de beslissingen begrijpelijk maken voor partijen en publiek (explicatiefunctie). Daarnaast dient het controle door een hogere rechter mogelijk maken. Tot slot is het een vorm van zelfcontrole van de rechter die beslist.

De betrouwbaarheid van de bewijsvoering kan echter ook langs andere wegen worden vergroot. Wat vergroot de betrouwbaarheid van de bewijsvoering meer: ondervraging van de categorieën in art. 360 Sv van de getuigen ter terechtzitting, of de motivering van het gebruik van hun verklaringen?

Artikel 6 EVRM

De motivering staat niet centraal in art. 6 EVRM. Daar gaat het (lid 1) om het recht op een fair hearing. Lid 3 onder d: the right to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him. Dat recht kan door de verdachte en raadsman worden uitgeoefend. Doorson: More generally the Convention does not preclude – for the purposes of Art. 6 paragraph 3 point d – identification of an accused with his counsel.

De onderdelen van het derde lid vormen “constituent elements” van het begrip fair hearing, zie Van Mechelen par. 49. Daarom was een letterlijke vertaling van het begrip witness ook niet doorslaggevend voor de mogelijkheden tot onderzoek van bewijsmateriaal.

Hoofdregeel: bewijslevering ter terechtzitting

“All the evidence must normally be produced in the presence of the accused at a public hearing with a view to adversarial argument”. Zie arrest Saïdi par. 43 en Van Mechelen par. 51. “However, the use as evidence of statements obtained at the stage of the police inquiry and the judicial investigation is not in itself inconsistent with paragraphs 3 (d) and 1 of Art. 6, provided that the rights of the defence have been respected. As a rule these rights require that the defendant be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him either when he was making his statements or at a later stage of the proceedings” (bijvoorbeeld ter terechtzitting).

Horen van getuigen

Een illustratie van deze regel is het arrest Unterpertinger v. Oostenrijk. Het was een veroordeling wegens mishandeling van een vrouw en dochter. De veroordeling berustte op verklaringen door hen bij de politie afgelegd. Ter terechtzitting beriepen de dochter en vrouw zich op hun zwijgrecht. Het verschoningsrecht is “manifestly not incompatible with Art. 6”. En “the reading out of statements cannot be regarded as being inconsistent with Art. 6”. Maar de verdachte is wel “convicted on the basis of testimony in respect of which his defence rights were appreciably restricted”. Hij had ook geen mogelijkheid gehad om tegenbewijs te produceren. Dat was dus een schending van art. 6 EVRM.

EVRM en nationaal procesrecht

Engeland kent vanouds het verbod op “hearsay-evidence”, bewijs van horen zeggen, veel bewijslevering ter terechtzitting, maar dit wordt wat soepeler. Inmiddels is hearsay-evidence volgens de Criminal Justice Act 2003 onder meer toelaatbaar als “the court is satisfied that it is in the interest of justice for it to be admissible”, als de rechtbank vindt dat het toelaatbaar is

in het belang van justitie. Het mag bijvoorbeeld ook wanneer “all parties to the proceedings agree to it being admissible”. Nederland was altijd veel gemakkelijker met de toelating van verklaringen van horen zeggen (zie *Auditu-arrest*). Dat kan in verband worden gebracht met de afschaffing van juryrechtspraak in 1813. We hebben wel art. 301 Sv: voorlezen of meedelen korte inhoud stukken, de verdachte moet wel weten wat tegen hem kan werken, mede in verband met lid 4.

Saïdi

Onder invloed van het EHRM is ons procesrecht restrictiever geworden, zo zal in vervolg blijken. Saïdi was daarbij belangrijk. Er waren twee verdenkingen: 1) het bezit en verschaffen van heroïne en 2) het culpoos veroorzaken van twee sterfgevallen als gevolg van de door hem verkochte heroïne. Saïdi uitte diverse malen de wens om de personen die hem beschuldigden te horen en bleef proberen hun geloofwaardigheid in twijfel te trekken. Zijn advocaat verzocht in appèl niet om een confrontatie, maar bleef de ontoereikendheid van het onderzoek en het uitblijven van een confrontatie benadrukken. Frankrijk stelde zich op het standpunt dat Saïdi had nagelaten schriftelijk te verzoeken om nadere onderzoekshandelingen (zie par. 36).

Daarmee had hij de nationale rechtsmiddelen niet uitgeput. Het EHRM zag dat anders. Saïdi had Frankrijk naar het oordeel van het Hof in voldoende mate de gelegenheid gegeven om de schendingen waarvan hij haar beschuldigde recht te zetten (par. 40). Daarmee was aan de eis van uitputting van nationale rechtsmiddelen voldaan.

Saïdi heeft gevolgen gehad voor Nederland. Van oudsher staan de artt. 263, 264, 287 en 288 Sv centraal. Dat is een piepsysteem. Sinds Saïdi is de betekenis van de artt. 315 en 328-330 Sv toegenomen. Het is zelfs de vraag of van de verdachte altijd verlangd mag worden dat hij om toepassing van art. 315 Sv verzoekt. Het gaat in Saïdi om het betwijfelen van de betrouwbaarheid. Zie in dat licht ook het recenter ingevoerde art. 258 lid 5 en art. 263 lid 4 Sv. De voorzitter kan nu de OvJ bevelen getuigen en deskundigen te doen oproepen en zelfs kan hij medebrenging van de getuige bevelen.

Gevolg in de jurisprudentie: zie HR NJ 1994/427: het gaat hier om de meer algemene verplichting tot het oproepen van bepaalde getuigen, zie Corstens pagina 688-690. De OvJ dinet soms bepaalde personen als getuige te dagvaarden of de rechter dient deze te bevelen. Dat geldt in ieder geval als een ambtsedig proces-verbaal met een in het opsporingsonderzoek afgelegde belastende verklaring van een persoon, ‘het enige bewijsmiddel is waaruit verdachtes betrokkenheid bij het tenlastegelegde feit rechtstreeks kan volgen en die persoon naderhand door een rechter is gehoord en ten overstaan van deze die verklaring heeft ingetrokken of een op essentiële onderdelen ontlastende nadere verklaring heeft afgelegd, dan wel heeft geweigerd te verklaren omtrent de feiten en omstandigheden waarover hij eerder heeft verklaard.’ Iemand die tegenover de politie een belastende verklaring heeft afgelegd en daarna tegenover de rechter weigert of een ontlastend verklaring doet, die moet je oproepen ter terechtzitting. Knigge (conclusie bij HR NJ 2006, 333) zegt: dit voert te ver voor appèl als de verdachte in eerste aanleg is gehoord, gelet op het voortbouwend appèl. De Hoge Raad houdt er aan vast. Dat is ingegeven door de zorg voor een zo betrouwbaar mogelijke bewijsvoering.

Bruikbaarheid voor bewijs

Als de betwiste getuigen niet ondervraagd zijn, maakt het EHRM in verband met de bruikbaarheid van verklaringen een afweging. Daarbij speelt een rol: 1) Welke redenen zijn er voor de inbreuk op het ondervragingsrecht? Dikwijls gaat het om de belangen van getuigen; de afweging ligt dan anders dan bij de politie (zie Van Mechelen par. 53 – de hoofdregel van Doorson - en 56). Andere redenen zijn te vinden in Isgro en Artner: autoriteiten hebben hun best gedaan om de getuige te vinden, maar dat is niet gelukt. 2) Zijn de nadelen voor de

verdediging naar vermogen gecompenseerd? Zie arrest S.N. versus Zweden; ter terechtzitting is een videoband met verhoren van kinderen afgespeeld. Verder is van belang 3) het gewicht dat aan de verklaringen is gehecht. De veroordeling mag niet uitsluitend of in beslissende mate op anonieme verklaringen worden gebaseerd (zie Van Mechelen, par. 63).

Anonieme getuigen - horen

Vooranonieme getuigen liggen moeilijk (Kostovski, Doorson, Van Mechelen etc.). In Nederland lag voor Kotovski een nadruk op de motivering. Daarna kwam de regeling van de bedreigde getuige, die specifiek een kader bood voor de getuigen die niet ter terechtzitting willen verklaren door een bepaald risico. De kern van de regeling van het verhoor zijn de artt. 226a e.v. Sv. Er is een centrale positie voor de rechter-commissaris. Bedreiging is de reden en het niet willen verklaren. Er wordt naar vermogen een compensatie geboden. Een logisch verlengstuk zijn de artt. 264 lid 2 Sv en art. 288 lid 2 Sv. Het sluitstuk van de regeling van het verhoor is art. 349 lid 3 Sv. De zittingsrechter kan dus geen oproeping van de bedreigde getuige bevelen. Onderzoek van de betrouwbaarheid vindt feitelijk plaats door de rechter-commissaris. Sinds 1 november 2006 kennen we de afgeschermd getuige: artt. 226m e.v. Sv. Dat is een hele bijzondere situatie. Het zal vaak ook anoniem zijn (art. 226n Sv). Die getuige kan de voeging van het proces-verbaal van verhoor bij de processtukken tegenhouden (art. 226s Sv).

Anonieme getuigen - bewijs

Ten slotte is er de beperking van de bewijskracht in art. 344a Sv. Lid 1: de Hoge Raad zegt hierover: daaronder valt niet de verbalisant die onder codenummer opereert, mits 1) vaststaat dat het een bevoegde opsporingsambtenaar is; 2) bekend is tot welk politieonderdeel hij behoort. Dergelijke processen-verbaal kunnen dus volledig bewijs opleveren. Lid 2: waarom is het bij lichtere feiten geen bruikbaar bewijs? Het is een nationale beperking op de bewijskracht die in de wet is aangebracht. Lid 3: er is een wezenlijke beperking aan de bruikbaarheid: de verdachte moet niet de wens te kennen hebben gegeven deze persoon te ondervragen, anders is het bewijs niet bruikbaar. Dit artikel ziet dus niet op verbalisanten die bekend zijn onder codenummer, maar wel op de anonieme telefonische tip. Dit is in Nederland strenger dan de jurisprudentie van het EHRM. In Doorson was ook sprake van ondergeschikt bewijsmateriaal van anonieme getuigen, maar dit leverde geen schending van art. 6 EVRM op, hoewel het ondervragingsrecht niet gerealiseerd was. De autoriteiten hadden zich namelijk voldoende ingespannen. In Nederland zou dat niet meer mogelijk zijn.

Andere getuigen

De wettelijke regeling is vooral toegesneden op anonieme getuigen, maar de jurisprudentie van het EHRM ziet ook op andere getuigen (zie Unterpertinger; S.N. v. Zweden). Daar is het nationaal recht minder uitgekristalliseerd. Zie arrest HR NJ 94/427: hieruit zijn regels af te leiden: de verklaring van de niet-anonieme getuige die in het vooronderzoek is afgelegd is bruikbaar bij 1) ondervragingsmogelijkheid of 2) belangrijke (later: voldoende) steun in andere bewijsmiddelen. Is dat voldoende uit het perspectief van het EVRM? Zie Corstens pagina 688 en HR NJ 2006/332. Het bewijs berust in de hoofdzaak op verklaringen van een medeverdachte die zich als getuige ter terechtzitting op zijn zwijgrecht beroept. Het was iemand die wel een ondervragingsmogelijkheid had, maar hij zei niks. Dit bood niet voldoende steun. De Hoge Raad vindt het genoeg: de getuige is opgeroepen conform HR NJ 94/427; de enkele weigering ter terechtzitting een verklaring af te leggen impliceert nog geen inbreuk op art. 6 lid 3 onder d EVRM. Advocaat-generaal Vellinga denkt er anders over, hij zegt dat de kern erin ligt dat als het bewijs berust op getuigen die je ter terechtzitting niet hebt

kunnen ondervragen of die zich op hun verschoningsrecht hebben beroepen, dan is een veroordeling die op dat bewijs berust in strijd met 6 EVRM. Vellinga had willen casseren.

Deskundigen; Bönisch

Bij getuigen zien we hoe het belang van verdedigingsrechten onder invloed EHRM toeneemt. Bij deskundigen is een vergelijkbare ontwikkeling. Zie arrest Bönisch v. Oostenrijk: Bönisch zou vleesproducten hebben afgeleverd waarin te veel benzopyreen en water zat. De vervolging was telkens gebaseerd op rapporten van de directeur van het federale instituut voor voedselcontrole. Diens ter terechtzitting afgelegde verklaringen vormden het belangrijkste bewijsmiddel. In de vierde vervolging stelt Bönisch: de directeur is vooringenomen. In eerste aanleg is op verzoek van Bönisch een andere deskundige opgeroepen. Die stelde dat het gehalte aan bezopyreen het toegestane percentage niet overschreed. Bönisch werd toch veroordeeld en diende een klacht in in Straatsburg. EHRM zegt: twijfel omtrent de neutraliteit van een deskundige is begrijpelijk als zijn rapport de aanleiding voor een vervolging is. Uit het principe “equality of arms” kun je afleiden dat er gelijke behandeling moest zijn van de directeur en de personen die konden worden opgeroepen door de verdediging. Dat was niet het geval geweest. De directeur was benoemd als deskundige; in die functie was hij in Oostenrijk een soort onpartijdige hulp van het gerecht. Daardoor hadden zijn verklaringen groter gewicht. Daarbij kon de directeur tijdens het proces een dominante rol spelen. Hij mocht bij alle verhoren aanwezig zijn en bij toestemming van de rechter zelf ook vragen stellen. De deskundige van de verdediging mocht alleen tijdens eigen ondervraging aanwezig zijn. Verder was er weinig ruimte voor contra-expertise. Art. 6 lid 1 EVRM werd geschonden geacht; lid 3 onder d was ook relevant.

Recht op tegenonderzoek

Mede naar aanleiding van Bönisch is in de rechtspraak in sommige situaties het recht op een tegenonderzoek erkend. Eerst in HR NJ 1993, 476, toen was het nog betrekkelijk op de omstandigheden van het geval toegespitst. Een recent bijvoorbeeld is HR NJ 2009/424: de Hoge Raad zegt: de eis van een eerlijke procesvoering kan meebrengen dat aan het verzoek om een tegenonderzoek gevolg moet worden gegeven. Het hangt af van onder meer a) de gronden voor het verzoek; b) het belang in het licht van ander bewijsmateriaal, dan wel overtuigende kracht van het bestreden onderzoeksresultaat; c) is onderzoek nog mogelijk; d) had het verzoek redelijkerwijs eerder kunnen worden gedaan. Hier: aan deugdelijk uitgevoerd DNA-onderzoek pleegt grote overtuigingskracht te worden toegekend. Het resultaat kan niet alleen belasten, maar ook ontlasten. De afwijzing is niet toereikend gemotiveerd. Het had bij confrontatie en herkenning dan wel verklaringen van getuigen anders kunnen liggen.

Afsluiting

Eerder zagen we al de invloed van art. 6 EVRM, bij de onpartijdigheid van een rechter en bij het aanwezigheidsrecht (Colozza). Maar nergens heeft het EHRM zo veel invloed op ons strafprocesrecht gehad als bij het onderzoek van verklaringen van getuigen en deskundigen. Daar zijn we van een model dat zich sterk op de rechter oriënteert overgestapt naar een meer contradictoire procesvoering. De afwegingen worden daarbij rechtstreeks gedictieerd door de rechtspraak van het EHRM. Dat komt ondertussen de inzichtelijkheid van ons strafprocesrecht niet ten goede.

HC 9, 25-11-2009, Procesrechtelijke consequenties van vormverzuimen (art. 359a Sv), onrechtmatig verkregen bewijs

Inleiding

Centraal staan de procesrechtelijke consequenties van vormverzuimen. Het gaat dus niet om de vordering uit onrechtmatige daad. Kijk bijvoorbeeld naar arrest HR NJ 1999/99: twee broers waren vier dagen in verzekering gesteld wegens betrokkenheid bij oplichting. Zij vonden dit disproportioneel. Dat biedt bij onrechtmatige toepassing van strafvorderlijke bevoegdheden in veel gevallen weinig steun, omdat 1) het daar niet om gaat, het gaat hem er om dat hij niet veroordeeld wil worden (dus geen reparatie); 2) een civiele procedure niet in het strafproces plaatsvindt (dus geen demonstratie); 3) voorkomt een dergelijke civiele actie herhaling niet? (dus niet effectief). Op een aantal terreinen is er jurisprudentie waarbij vormverzuimen worden genoemd en daaraan worden consequenties verbonden. Dat is bijvoorbeeld het geval bij 1) schending van de behoorlijke procesorde bij vervolgingsbeslissing. Dit kan tot niet-ontvankelijkheid van het OM leiden; 2) onrechtmatigheid bij bewijsverkrijging kan tot bewijsuitsluiting leiden; 3) ernstige vertraging in de vervolging kan tot strafvermindering leiden. Dit is deels gecodificeerd in art. 359a Sv. Dit artikel staat vandaag centraal.

Voorgeschiedenis

De codificatie van drie processuele sancties staat in lid 1 en drie relevante factoren staan in lid 2. Het artikel is gebaseerd op een rapport van de commissie Moons (Recht in Vorm). Het was een brede commissie begin jaren negentig met wetenschappers en practici, onder andere Corstens. De overheersende gedachte was nadien: her en der was er wel wat verbeterd, maar Sv hangt nog steeds uit het lood. Toen kwam het onderzoek Sv 2001. Bij art. 359a Sv streefde de commissie feitelijk slechts naar codificatie, ze wilden vastleggen wat er al was. De commissie had niet de behoefte de structuur van het wetboek te verbeteren. De rechter krijgt nauwelijks een richtsnoer. Hij 'kan' volgens lid 1 van alles, hij moet niets. De rechtbank 'houdt rekening' met drie factoren (lid 2), maar dat betekent niet dat hij geen andere factoren mag meewegen.

Commissie en wetgever

De wetgever heeft de benadering van de commissie overgenomen. Het ging erom 'de sancties die de rechter ter beschikking staan bij het bepalen van de rechtsgevolgen van schending van vormvoorschriften die niet met formele nietigheid zijn bedreigd, een wettelijke grondslag te geven.' Ze wilden dus alleen maar in de wet vastleggen wat er daarvoor al gebeurde. Daarbij dacht de wetgever aan het 'buitenwettelijk sanctiearsenaal' dat was ontwikkeld bij 'schending van strafprocessuele beginselen', 'afgeleid uit de mensenrechtenverdragen'. De wetgever heeft vormverzuimen begaan bij het onderzoek ter terechtzitting uitgesloten. Beperking tot het vooronderzoek zou beter aansluiten 'bij de bestaande systematiek waarin de beoordeling van vormverzuimen ter zitting met uitsluiting van anderen is voorbehouden aan appel- of cassatierechter'. Dat is een vreemd argument. Hoe moet het nu met de schending van het pressieverbod ter terechtzitting in eerste aanleg en schending van de redelijke termijn na eerste aanleg?

Gevolgen partiële codificatie

Het gevolg was dat de 'codificatie van het buitenwettelijk sanctiearsenaal' maar ten dele is gelukt. Kijk bijvoorbeeld naar HR NJ 2008/358 in verband met de schending van de redelijke termijn. Art. 359a Sv wordt daarin niet genoemd. Daarnaast is de plaats in de wet nu wat merkwaardig. Art. 359 Sv ziet op motiveren; art. 360 Sv ziet op de motivering bij bijzondere

bewijsmiddelen. Art. 359a Sv gaat niet over motiveren, maar over gronden voor bepaalde beslissingen. Waarom het hier is geplaatst, dat is te verklaren uit de eerdere bredere strekking ipv slechts voorbereidend onderzoek. De wetgever heeft een plaats in Sv na inperking van de reikwijdte niet veranderd.

Verzuim van vormen

Deze term is ontleend aan artt. 199 en 256 Sv. Waar moet je bij art. 199 Sv aan denken? Bijvoorbeeld het alsnog op naam stellen van het gerechtelijk vooronderzoek. Art. 256 lid 2 Sv is een vergelijkbare bepaling. Klopt deze term bij art. 359a Sv? Nee, omdat 1) het om andere types onregelmatigheden gaat. Onredelijke traagheid bij afdoening is meer plichtsverzuim dan vormverzuim. Meer algemeen: het gaat bij art. 359a Sv om andere onrechtmatigheden. Daarnaast is 2) de strekking van het artikel wezenlijk anders. Vastgelegd wordt welke rechtsgevolgen deze 'vormverzuimen' na aanvang van het onderzoek ter terechtzitting juist wel hebben. Art. 359a Sv zegt welke consequenties wél kunnen worden verbonden aan wat er fout is gegaan.

Rechter en wetgever

De formulering van art. 359a Sv is vrijblijvend: de rechter 'kan'. Dit hangt samen met de taakverdeling tussen de rechter en de wetgever in de opvatting van commissie Moons. De wetgever moet rechtsgevolgen die de rechter aan schendingen van vormvoorschriften kan verbinden in de wet opnemen, maar de rechter bepaalt de rechtsgevolgen van een schending in het concrete geval. De regering sloot zich daar in de MvT bij aan. Zie arrest Loze hashpijp onder 3.3, het eerste stuk. De Raad van State en dhr. Fokkens plaatsten hun vraagtekens. Zo krijg je processuele ongelijkheden tussen de gerechten. Hoe krijg je er eenheid in? Daarnaast moet de wetgever het strafproces adequaat normeren. Daar zitten drie gedachten onder volgens Sv 2001: democratiebeginsel, naast rechtseenheid en rechtsgelijkheid. Dat verhoudt zich slecht tot de beginselen met zulke ongenormeerde rechterlijke bevoegdheden op zo'n wezenlijk punt in Sv.

Loze hashpijp

De centrale gedachte was de reikwijdte van art. 359a Sv te beperken (zie rechtsoverweging 3.4.1). Onder 3.4.2 staat dat het is beperkt tot vormverzuimen in het vooronderzoek tegen de verdachte terzake het aan hem tenlastegelegde feit waarover de rechter bedoeld in art. 359a Sv heeft te oordelen. Zie daarnaast HR NJ 2006/193. Er werd onrechtmatig een woning van een derde betreden om een man aan te houden. Daarbij is de politie bedreigd. Het onrechtmatig binnentreden vond niet plaats in het kader van het vooronderzoek van de bedreiging. Dit vormverzuim was niet in het voorbereiden onderzoek naar de bedreiging. Daarom is art. 359a Sv niet van toepassing. Art. 359a Sv is niet van toepassing, dat is nog wel begrijpelijk. Maar dat betekent niet dat een onrechtmatigheid nooit rechtsgevolgen kan hebben. Bij bijvoorbeeld marteling ter opheldering van een strafbaar feit; tijdens de marteling wordt een ander feit bekend. Is dit bewijs bruikbaar? Nee. Art. 359a Sv dekt maar een deel van de 'vormverzuimen'.

In 3.4.2 nog een belangrijke beperking op de toepassing: art. 359a Sv is ook niet van toepassing bij vormverzuimen die betrekking hebben op bevelen inzake de toepassing van vrijheidsbenemende dwangmiddelen welke kunnen worden voorgelegd aan de rechter-commissaris (..) die aan dergelijke verzuimen rechtsgevolgen kan verbinden ten aanzien van de voortzetting van de vrijheidsbeneming. Het argument daarvoor is het gesloten stelsel van rechtsmiddelen, maar dat is niet overtuigend, omdat 1) art. 359a Sv een inbreuk was op het bestaande wettelijk stelsel. 2) het bij art. 359a Sv om heel andere rechtsgevolgen dan vrijlating gaat (zoals strafvermindering).

Ernst verzuim en verwijtbaarheid

Onder 3.5 staat: bij de beoordeling van de ernst zijn de omstandigheden van belang waaronder het verzuim is begaan; daarbij 'kan ook de mate van verwijtbaarheid van het verzuim een rol spelen'. Dit komt terug bij de normering van de drie concrete processuele sancties.

Nadeel en Schutznorm

Rechtsoverweging 3.5: indien het niet de verdachte is die door de niet-naleving van het voorschrift is getroffen in het belang dat de overtreden norm beoogt te beschermen, zal in de te berechten zaak als regel geen rechtsgevolg behoeven te worden verbonden aan het verzuim. Dit was al eerder bij de bewijsuitsluiting, daar is het gebaseerd op de reparatiegedachte. Nu is het ook bij andere vormverzuimen de leidende gedachte. Bij de bewijsuitsluiting zijn er wezenlijke uitzonderingen, bijvoorbeeld de schending van het pressieverbod bij getuigen. Ook bij andere sancties zijn er waarschijnlijk ook uitzonderingen, maar dat zal voor een deel nog moeten blijken. Verder onder 3.4.3: herstel van een vormverzuim staat voorop; en 3.6.1: vormverzuim hoeft niet steeds rechtsgevolgen te hebben.

Drie processuele sancties

Niet-ontvankelijk verklaring van het Openbaar Ministerie: criterium

Bespreking rechtsgevolgen in aflopende ernst. Onder 3.6.5: alleen ingeval met de opsporing of vervolging belaste ambtenaren ernstig inbreuk hebben gemaakt op 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. Dit komt uit het Zwolsmanarrest (NJ 1996/243). Een voorbeeld bij dit vormverzuim: De gepasseerde raadsman (HR NJ 1990/719). Eerste aanleg was er vrijspraak voor een ernstig zedendelict. De OvJ laat de politie getuigen opnieuw horen zonder de raadsman. Het Hof zegt dat dit in strijd met de beginselen van een behoorlijke procesorde. Het OM was niet-ontvankelijk nu de getuigen niet meer onbevungen kunnen verklaren. De procureur-generaal vecht aan dat het handelen van het OM onrechtmatig zou zijn geweest, maar niet het daaraan verbonden rechtsgevolg. Als alleen het OM cassatie instelt, is er geen ambtshalve cassatie ten nadele van verdachte.

Is dit criterium gelukkig? Het recht op fair hearing staat centraal, niet de beginselen van de behoorlijke procesorde. De wet plaatst dat anders. Het moet 'doelbewust of met grove veronachtzaming' gaan: niet het feitelijk effect maar de intenties van het OM zijn doorslaggevend, er zit een schuldelement in. Dit doet denken aan een straf voor het OM, maar gaat het daarom? Er staat geen basis in de tekst van art. 359a Sv. Een andere benadering zou gebaseerd kunnen worden op de rechtspraak van het EHRM zoals Teixeira de Castro. De verdachte werd benaderd door twee agenten in burger die zeiden 20 gram heroïne te willen kopen. Het was geen door de rechter gecontroleerde operatie; de klager was onbekend bij de politie, had drugs van een derde verkregen en er waren geen aanwijzingen dat hij meer had. De interventie van agenten en het gebruik van resultaten daarvan in de strafprocedure impliceerden dat de verdachte volgens het EHRM vanaf het begin van het recht op een fair trial was beroofd. Het effect van de onrechtmatigheid op de eerlijkheid van het proces geeft hier de doorslag.

Karman (HR NJ 99/567)

Aan Karman, een kroongetuige in een drugszaak, had het OM toegezegd een eventueel in zijn strafzaak opgelegde gevangenisstraf toch niet uit te voeren als hij zou getuigen tegen een ander. Het Hof zei dat het OM niet-ontvankelijk was, gelet op het fundamentele karakter van de onrechtmatigheid. De Hoge Raad verwierp de middelen gelet op het belang van de

gemeenschap bij de inachtneming van het wettelijk systeem bij de berechting van strafzaken en de tenuitvoerlegging van wettelijke beslissingen. Was artikel 359a Sv van toepassing? Niet volgens het Zwolsmancriterium. Aan het recht van de verdachte op een eerlijke behandeling van zijn strafzaak was geen afbreuk gedaan. De toezegging aan Karman was niet gedaan in vooronderzoek van de zaak waarin Karman werd vervolgd. Zie verder art. 349 lid 3 Sv en de toezeggingen van het OM om de verdachte niet te vervolgen.

criterium bewijsuitsluiting

Zie Loze Hashpij 3.6.4: bewijsuitsluiting kan uitsluitend aan de orde komen indien het bewijsmateriaal door het verzuim is verkregen, en komt in aanmerking indien door de onrechtmatige bewijsgaring een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden. Het causaal verband staat centraal. Dat alleen al brengt mee dat bewijsuitsluiting in verband met ondervragingsrecht hier buiten valt. Een bij de politie afgelegde verklaring is niet onrechtmatig verkregen, maar kan onbruikbaar zijn als geen ondervraging door de verdachte is mogelijk gemaakt. Wat is een belangrijk strafvorderlijk voorschrift dat in aanzienlijke mate wordt geschonden: bijvoorbeeld opsporingsambtenaren die over een hekje stapten en toen pas hennep roken. Dat vormverzuim leidt niet tot bewijsuitsluiting, dat is niet zo'n belangrijk strafvorderlijk voorschrift.

EHRM en bewijsuitsluiting

Het EHRM dwingt niet bij elke verdragsschending tot bewijsuitsluiting. Zie bijvoorbeeld *Salduz en M.M. v. Nederland*. Daarnaast *Khan v. Engeland* (EHRM 12/5/00; NJ 2002/180). Op de luchthaven van Manchester komen twee mannen aan uit Pakistan. Khan had niets bij zich, maar zijn neef had heroïne ter waarde van 100.000 pond. Khan werd verhoord en bekende niet. Na zijn vrijlating ging hij op bezoek bij iemand die werd afgeluisterd. Daardoor werd vastgelegd dat hij zijn betrokkenheid bij de heroïnesmokkel toegeeft. Het verweer van Khan was dat het tapmateriaal onrechtmatig was verkregen. De rechter acht het toelaatbaar en veroordeelt Khan. Het EHRM zegt dat het afluisteren niet 'in accordance with the law' is, maar daaruit volgt niet dat het tapmateriaal uitgesloten moet worden voor het bewijs. Art. 6 EVRM regelt niet de toelaatbaarheid van het bewijs. De centrale vraag is of het proces als geheel fair is. De verdachte had ruim de gelegenheid om de echtheid en het gebruik van het tapmateriaal te bestrijden. Als de rechter had gevonden dat het materiaal tot een oneerlijk proces had kunnen leiden, had hij het kunnen uitsluiten. Een andere uitkomst was er in de zaak tegen Allan (EHRM 5/11/02, NJ 2004/262). Dit was ook een strafzaak uit Manchester. Bij de beroving van een supermarkt was de bedrijfsleider doodgeschoten. Allan was als verdachte vastgezet maar hij ontkent. Het volgende werd gedaan: 1) het plaatsen van verborgen beeldopname- en afluisterapparatuur. 2) bij de verdachte werd een informant (H.) op de cel geplaatst. Die verklaart: de verdachte geeft de aanwezigheid bij de moord toe. Dat bezorgde H. vervroegde invrijheidstelling. Allan kreeg levenslang. Het EHRM zegt hier: afluisteren is net als in Khan schending van art. 8 EVRM; het gebruik van het tapmateriaal is weer niet in strijd met art. 6 EVRM. Maar over H. en diens verklaring denkt EHRM anders. Het zwijgrecht ziet in beginsel op de vrijheid om wel of niet te spreken bij ondervraging door de politie. Die keuzevrijheid wordt zo ondermijnd als je door een informant de verdachte tot verklaringen probeert te brengen. Het gebruik van deze verklaring was in strijd met *right to silence and privilege against self-incrimination*; schending art. 6 EVRM.

Een andere zaak: EHRM 11/7/06, NJ 2007/226: *Jalloh v. Duitsland*. Het ging om een bolletjesslikker in Duitsland naar het ziekenhuis gebracht waar hem via een slang in zijn neus een braakmiddel wordt toegediend. Dit was een methode waaraan eerder twee verdachten waren overleden. Het Hof zegt dat deze behandeling in strijd met het folterverbod van art. 3

EVRM is. Dat alleen al *rendered his trial as a whole unfair*. Het wordt ook in verband gebracht met *right not to incriminate oneself*. Het Hof let op een aantal factoren. Hier is sprake van schending van art. 6 EVRM. De conclusie is: bewijsuitsluiting bij schending van art. 8 EVRM is dikwijls een zaak van het nationale recht. Schending van verdedigingsrechten (met name *right not to incriminate oneself*) kan echter wel tot bewijsuitsluiting verplichten onder art. 6 EVRM.

EHRM en art. 359a Sv

Eerder is besproken dat art. 359a Sv een vertaling van jurisprudentie is: Salduz en een vertaling door de Hoge Raad. HR (NJ 2009/349): de Hoge Raad plaatst Salduz in het kader van art. 359a Sv: 'Op grond van de rechtspraak van het EHRM moet worden aangenomen dat in gevallen waarvan hier sprake is, een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden.' Daarom moet in de regel bewijsuitsluiting vormen. Is dit gelukkig? Salduz, Allan en Jalloh hebben een andere achtergrond dan art. 359a Sv. De Europese arresten worden gewezen in de context van art. 6 EVRM. Geldt de Schutznorm bijvoorbeeld bij Salduz? Daar is nog veel onduidelijkheid. Mogen verklaringen van medeverdachten die zonder voorafgaande consultatie van een advocaat afgelegd zijn, gebruikt worden?

De HR probeert onregelmatigheden in art. 359a Sv onder te brengen. Art. 359a Sv gaat zo een andere lading dekken. Werkt dat ook de andere kant op? Arrest HR NJ 2009/399: het ging om een zaak waarbij een verdachte was herkend op een foto. Hij zei dat dat niet mocht. Er was een reële kans dat het onrechtmatig was. Cassatie. HR: schending art. 8 EVRM levert niet zonder meer inbreuk op in art. 6 EVRM vervatte waarborg van eerlijk proces op; er wordt verwezen naar Khan. Duidt dat erop dat de Hoge Raad buiten de gevallen waar het EHRM daartoe verplicht niet of zelden meer van bewijsuitsluiting wil weten?

Strafvermindering

Zie arrest Loze hashpijp.