

Strafrecht 3 – HC 5b – 08/03/19 – n-o OM en strafvermindering

Dit college gaat door op het algemene thema van de sanctionering van onregelmatigheden. In het vorige college is bewijsuitsluiting als gevolg behandeld. Vandaag wordt er ingegaan op de twee andere gevolgen, namelijk niet-ontvankelijkheid van het OM en strafvermindering. De eerste sanctie is zwaarder dan de bewijsuitsluiting en de tweede sanctie is lichter. In dit kader zijn art. 359a lid 1 en 2 Sv van belang. De rechtbank is niet verplicht om een sanctie te verbinden aan een onregelmatigheid. Wel moet het gaan om een onregelmatigheid in het voorbereidend onderzoek. Soms is het lastig te bepalen wanneer het gaat om het voorbereidend onderzoek omdat de fases in het strafproces soms vloeiend in elkaar kunnen overlopen. Controle- en toezichtsbevoegdheden, die voorafgaan aan het voorbereidend onderzoek, kunnen in sommige gevallen ook al onder het voorbereidend onderzoek vallen. Dat dit samen kan gaan, blijkt uit ook uit jurisprudentie (zie hierover sheets uit college 5a over stof waarvoor geen tijd was om dit in het hoorcollege zelf te behandelen). Verder moet het volgens art. 359a Sv gaan om een niet herstelbare vormfout waar uit de wet geen rechtsgevolg blijkt. In schematische vorm gelden de volgende criteria voor het kunnen toepassen van art. 359a Sv:

- *Het betreft het voorbereidend onderzoek* > art. 132 Sv. Het vormverzuim moet zijn begaan in het voorbereidend onderzoek
- *Het moet gaan om een onderzoek naar het ten laste gelegde feit. Je kan niet klagen over het onderzoek naar een ander feit.*
- *Het gaat niet om zaken die voor de R-C gebracht konden worden* > art. 59a Sv is in dat geval van toepassing. Het gaat hierbij om aanhouding, ophouden voor onderzoek en de inverzekeringstelling. Wanneer je bij de R-C kon klagen en je hebt dit niet gedaan, dan heb je je kans gehad. Tenzij je nooit bij de R-C bent geweest, dan kun je wel tijdens de zitting over het verzuim klagen.
- *Het vormverzuim moet onherstelbaar zijn*
- *Rechtsgevolgen van dat verzuim blijken niet uit de wet*
- *Relativiteitseis* > het vormverzuim moet het belang getroffen hebben, die de geschonden norm beoogt te beschermen. Het belang moet de verdachte raken. Dit is ook terug te vinden in de stappen uit het arrest “**Loze haspijp**” (zie college 5a).

Wanneer aan deze criteria is voldaan, is er sprake van een **vormverzuim** in de zin van art. 359a Sv.

Niet-ontvankelijkheid OM

Wanneer het bovenstaande schema is doorlopen en er is vastgesteld dat er sprake is van een vormverzuim in de zin van art. 359a Sv, kan er voor een sanctie gekozen worden. Eén mogelijke sanctie is de niet-ontvankelijkheid van het OM. Het gaat hierbij om de **derde formele vraag**. Het OM is de baas over de vervolgingsbeslissing, het gaat dus best ver wanneer hij dat recht niet meer heeft (de rechter beslist dit). Constitutioneel ligt dit dus gevoelig. Een aantal gronden voor de niet-ontvankelijkheid van het OM als sanctie zijn:

- *Ne bis in idem* > art. 68 Sr.
- *Dood van de verdachte* > art. 69 Sr.
- *Verjaring* > art. 70 Sr.
- *Art. 359a lid 1 sub c Sv*
- *Transactie*
- *Overdracht van strafvervolgning*
- *Ontbreken klacht*

De kern van de grondslag is het Zwolsmancriterium. Dit criterium komt voor uiwordt herhaald in het arrest “**Loze haspijp**”. Met betrekking tot de niet-ontvankelijkheid van het OM is onder andere ro. 3.6.5. van belang. Er wordt hier teruggerepen op eerdere jurisprudentie, namelijk het arrest “**Zwolsman**”. Dit arrest is tijdens deze colleges eerder gebruikt in het kader van de taakstelling. Het betrof daarbij de vraag of uit de taakstelling ook een bevoegdheid volgt (de vuilnissnuffel). Hieruit vloeide voort dat het niet moest gaan om een meer dan geringe inbreuk op grondrechten. Dit werd later aangevuld met een tweede criterium met betrekking tot de integriteit van de opsporing. Naast deze vuilnissnuffel vond er in de zaak meer plaats, er werden meer opsporingsmethodes gebruikt waarvan kon worden afgevraagd wat daar de grondslag voor was. Ten aanzien van heel vergaande opsporingsmethoden is toen aan de orde gesteld, dat dit niet via de **algemene taakstelling** kan, hiervoor

was een expliciete bevoegdheid nodig uit de wet. Daarnaast was er ook niks vastgelegd over de grondslag voor de opsporingsmethodes. Dit moest leiden tot niet-ontvankelijkheid van het OM. Voor vergaande bevoegdheden zijn criteria geformuleerd en deze zijn in het arrest “**loze haspijp**” weer gebruikt. Voorop wordt gesteld dat niet-ontvankelijkheid van het OM alleen van toepassing is in uitzonderlijke gevallen en daarom ook een heel streng criterium heeft. Deze criteria luiden als volgt:

- *Met de opsporing of vervolging belaste ambtenaren*
- *Ernstige inbreuk hebben gemaakt op beginselen van een behoorlijke procesorde*
- *Waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte*
- *waaronder diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan*

Wanneer het gaat om ‘het’ Zwolsmancriterium moet je denken aan de bovenstaande punten en dus niet aan het criterium uit het arrest ten aanzien van de vraag wanneer een taakstellende bepaling ook een bepaalde bevoegdheid geeft.

Na het formuleren van het Zwolsmancriterium in het arrest “**loze haspijp**” kwam de vraag aan bod ,welke betekenis gegeven moet worden aan oudere rechtspraak. Een voorbeeld hiervan is het arrest “**gepasseerde raadsman**”. In deze zaak ging het om een zedendelict waarvoor de verdachte was vrijgesproken in eerste aanleg. Het OvJ wilde dat de politie de getuigen opnieuw zal horen aar dan zonder raadsman. Dit was met het oog op het Hoger beroep. Het Hof zegt dat dit in strijd is met de algemene beginselen van behoorlijke procesorde en verklaart het OM niet-ontvankelijk nu de getuigen niet meer onbevungen kunnen verklaren. De getuigen wisten immers dat er in eerste aanleg vrijspraak was en wisten daarmee dat het essentieel was om in Hoger beroep nadere verklaringen af te leggen. Het risico dat de verklaringen geen recht doen aan wat er echt is gebeurd, is te hoog vond de verdediging. Het OM ging in cassatie en de Hoge Raad verwierp dit cassatieberoep. Kan je hieruit afleiden dat dit aan het Zwolsmancriterium voldoet? Hierbij was het cassatiemiddel relevant. Deze was niet gericht op de niet-ontvankelijkheid van het OM. De Hoge Raad had hier dus ook niet over te oordelen. Waardoor je niet direct kan stellen dat de Hoge Raad het eens was met de niet-ontvankelijkheid van het OM. Later werd dit bevestigd in een soortgelijke zaak.

Het Zwolsmancriteirum heeft een direct lijntje met de **fair trial** terwijl art. 359a Sv voornamelijk is geschreven voor de algemene beginselen van behoorlijke procesorde. Daarnaast is de Hoge Raad streng met dit criterium, omdat het gaat om het handelen van overheidsfunctionarissen. Er wordt opzet of grove schuld geëist, een hoge lat dus. Dit kan vertaald worden met **doelbewust of met grove veronachtzaming**. Wanneer je naar art. 359a lid 2 Sv kijkt zijn deze hoge eisen wel logisch. Bij de beoordeling van de ernst is volgens het arrest “**loze haspijp**” ro. 3.5. de verwijtbaarheid relevant. Er is tenminste grove schuld vereist. Het nadeel is ook handen en voeten gegeven. Het gaat hier om nadeel direct in het kader van art. 6 EVRM, benadeling ten aanzien van de eerlijke behandeling. Een voorbeeld hiervan is een zaak waarin gebruik was gemaakt van de delta-methode, kenmerkend voor de jaren '90. Deze methode hield in dat je als politie bevriend raakt met bepaalde mensen in het criminele circuit die je vervolgens probeert voor je te winnen. Deze worden informanten in ruil een deel van de winst (geld). In deze zaak is de methode ook nog door een opsporingsambtenaar onder ede ontkent. Het OM wist wel dat deze methode gebruikt was maar maakte dit niet duidelijk. Het Hof zei dat dit alles gericht was om de rechters het zicht te ontnemen op deze methode en de toetsing daarvan. Hier kan maar één antwoord op worden gegeven, namelijk niet-ontvankelijkheid van het OM. De Hoge raad zegt dat dit geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en niet onbegrijpelijk is. Onder deze omstandigheden mocht dus worden gekomen tot de niet-ontvankelijkheid van het OM. Dit is een zeldzaamheid.

Uitlokking

In het kader van uitlokking komt niet-ontvankelijkheid van het OM in Nederland iets vaker voor. Een zaak bij het EHRM die hierover gaat is het arrest “**Teixeira de Castro**”. In deze zaak was de politie bezig om bepaalde drugsdealers in beeld te krijgen. Deze meneer die uiteindelijk gepakt is stelde dat hij er ingeluisd is. Ze kwamen aan de deur als agenten in burger met geld en vroegen of ze heroïne konden kopen. De man had dit niet en moest dit dus eerst ergens anders vandaan halen. Dit alles was niet onder het toezicht van een rechter en ook was de man onbekend bij de politie (hij kwam bij toeval in beeld). Al de omstandigheden van het geval vond het EHRM genoeg om te zeggen dat dit niet door de beugel kon. De omstandigheden zorgden ervoor dat het veel verder ging dan een gewone undercoveroperatie

want het feit werd uitgelokt. Niets wijst erop dat dit feit was begaan zonder de interventie van de opsporingsambtenaren. Hiermee is de kans op een fair trail aan de verdachte ontnomen, schending art. 6 EVRM. In de zaak “**Rmanauskas**” ging het om een OvJ die door iemand werd benaderd om een vrijspraak te regelen. De OvJ weigerde dit maar de persoon bleef aandringen en bood 3000 dollar. De OvJ zwichtte en de benaderde bleek een undercoveragent van de anti-corruptie afdeling te zijn. Hij heeft op eigen houtje dit geprobeerd en toen dit lukte is hij naar zijn meerdere gegaan. De verdediging was niet succesvol bij de nationale instanties met een beroep op uitlokking. De stap naar het EHRM werd gezet. Het EHRM geeft in dit arrest meer informatie over **undercoveroperaties**. Op zichzelf is het gebruik van undercoveroperaties niet in strijd met art. 6 EVRM. Hier zijn wel duidelijke grenzen voor met de nodige waarborgen. Er gelden twee aspecten:

- *Procedurele aspect* > je rechtsstelsel moet er op ingericht zijn dat dit als serieus verweer gevoerd kan worden. De rechter moet ook voldoende handvatten hebben om te bevelen dit te onderzoeken.
- *Materiële aspect* > ambtenaren moeten zich in undercoveroperaties passief blijven opstellen.

Het EHRM is van mening dat er een bepaald gevolg aan uitlokking verbonden moet worden. Als je naar de jurisprudentie kijkt zie je dat het EHRM redelijk streng is en vaak de sanctie van de bewijsuitsluiting aangrijpt. Dit ziet dus niet op de niet-ontvankelijkheid van het OM. Echter, in werkelijkheid is er weinig verschil. Wanneer als het bewijs opzijgezet moet worden, ook een bekentenis nadien die met het oog op de uitlokking is gedaan, wat is dan nog het verschil? Alles moet opzijgezet worden. In beide gevallen is er een kansloze bewijsvraag, er is immers niks meer over.

Met betrekking tot uitlokking is ook in Nederland jurisprudentie die kaders aangeeft. In deze jurisprudentie (NJ 2010/440) gaat het om een burgerinformant die toch redelijk actief was. Hij had aan verdachte meerdere malen gevraagd om vals geld. De verdachte heeft dit geld uiteindelijk geregeld. De verdachte zegt dat hij onder druk gezet werd. Wanneer het ging om een gewone burger, die niks te maken had met de politie, was dit niet zo'n punt geweest. Echter, hier werd iemand formeel aangestuurd door politie en justitie. Door de gebrekkige controles en het feit dat de verdachte nadien niet gelijk op de hoogte is gesteld van de verklaringen afgelegd door de informant, is er sprake van grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte waardoor tekort is gedaan aan zijn recht op eerlijke behandeling. De eindconclusie is niet-ontvankelijkheid van het OM. De Hoge Raad introduceert/gebruikt hier het **Tallon-criterium**. Dit criterium is in het kader van uitlokking en niet-ontvankelijkheid van het OM essentieel. Dit is het nationaal rechtelijke criterium voor wel of geen ontoelaatbare uitlokking. Dit criterium bestaat uit de volgende onderdelen:

- *Door een opsporingsambtenaar of door een persoon voor wiens handelen de politie of het OM verantwoordelijk is*
- *Is gebracht tot het begaan van het strafbare feit waardoor hij wordt vervolgd, terwijl zijn opzet tevoren niet reeds daarop was gericht*

Wanneer er voldaan is aan het Tallon-criterium, dan is het Zwolsmancriterium vervuld. Het Zwolsmancriterium lijkt cumulatief maar wanneer een factor erg zwaar weegt kan aan het andere criterium veel minder voldaan zijn. Wanneer er sprake is van ongeoorloofde uitlokking wordt al snel overgegaan tot niet-ontvankelijkheid van het OM. Bij de eerdergenoemde zaak over deltamethodes werd er ook niet-ontvankelijkheid van het OM geoordeeld maar deze zaak behoeft daarvoor zeer uitzonderlijke feiten en omstandigheden. Dit is bij uitlokking niet per se het geval. Een bijzonder thema waar uitlokking de afgelopen jaren heeft gespeeld is het thema van de lokpuber. Hiermee wordt gepoogd om zedendelinquenten op heterdaad te betrappen. Hiervoor werd bijvoorbeeld het undercover chatten gebruikt. Het gaat hier om een formele kwestie, een opsporingsmethode. Echter, loopt het in verschillende jurisprudentie stuk op een onderdeel van het materiële strafrecht. Grooming wordt bij de wet strafbaar gesteld maar dan moet er wel sprake zijn van een persoon onder de 16 jaar waarmee afgesproken wordt. Wanneer er sprake is van undercover chatten (dus met een meerderjarig persoon die undercover is) kan er dus helemaal niet voldaan worden aan de materiële vereisten van het strafbare feit, de persoon waarmee wordt afgesproken is immers niet onder de 16 jaar. Sinds 1 maart dit jaar is dit veranderd. Er is sprake van grooming wanneer je chat met iemand onder de 16 jaar of iemand die zich voordoet als iemand die jonger is dan 16 jaar. Zo is deze kwestie opgelost in het materiële recht. Waar de grenzen precies liggen moet nog blijken.

Strafvermindering

De eerste context waarin dit onderwerp behandeld gaat worden, staat los van art. 359a Sv. Het gaat om undue delay, onredelijke termijnen. Het arrest “**redelijke termijnen in Nederland**” is hierbij van toepassing. In dit arrest geeft de Hoge Raad algemene regels hoe je als rechter moet omgaan met een zaak die eigenlijk te lang duurt in het licht van art. 6 EVRM. De vertraging treedt vaak op nadat het eindonderzoek begonnen is en valt daarmee buiten art. 359a Sv. De cassatierechter moet zelf feiten vaststellen als het gaat om de redelijke termijnen, dit doet hij dan dus ook. In dat geval treedt de cassatierechter op als feitenrechter.

Redelijke termijn

De redelijke termijn begint te lopen op het moment waarop de Staat een handeling verricht waaraan verdachte in **redelijkheid verwachting kan ontnemen** dat vervolging zal worden ingesteld. Dit hoeft niet altijd bij het eerste politieverhoor te zijn. De redelijkheid kan beoordeeld worden aan de hand van de volgende factoren (is er aanleiding voor strafvermindering en zo ja, hoeveel dan?):

- *Ingewikkeldheid van de zaak*
- *Invloed van verdachte en verdediging op het procesverloop* > bij lastige eisen kan het proces langer duren.
- *Wijze waarop de zaak door autoriteiten wordt behandeld* > is er actief genoeg opgetreden?

Sommige rechters stellen met de regels van de Hoge Raad niet goed uit de voeten te kunnen in sommige specifieke zaken. Er wordt dan toch voor niet-ontvankelijkheid van het OM gekozen. Voorbeelden uit de jurisprudentie zijn zaken waar het gaat om een minderjarige verdachte met oog op het verdrag voor de rechten van het kind.

359a Sv

Een andere context dan de undue delay is het kader van art. 359a Sv en “loze haspijp”. Uit ro. 3.6.3 blijken de volgende voorwaarden voor strafvermindering:

- *Verdachte heeft daadwerkelijk nadeel ondervonden;*
- *Nadeel veroorzaakt door verzuim (causaal verband);*
- *Nadeel geschikt voor compensatie doormiddel van strafvermindering;*
- *Strafvermindering is in het licht van het belang van het voorschrift en de ernst van het verzuim gerechtvaardigd.*

In het kader van art. 359a Sv en mogelijke strafvermindering was er in een zaak (NJ 2005/172) een verdachte die desgevraagd tegen de rechter omschreef dat hij niet goed behandeld was door de politie. Hij zou te hard zijn aangepakt tijdens zijn aanhouding. Het Hof is niet gevoelig voor de argumenten en doet het af met dat er niet zonder meer kan worden aangenomen dat de politie disproportioneel geweld heeft gebruikt. De Hoge raad valt terug op het dossier slachtofferonderzoek, waarin de verwondingen van de aangehouden man in beschreven stonden in een artsverklaring. De Hoge Raad vond het onderdeel ‘niet proportioneel dus geen aanleiding voor stafvermindering’, in het licht van de arts verklaring en de verklaring van de verdachte, niet begrijpelijk. Het was onvoldoende gemotiveerd. Ook in een zaak over de Zaanse verhoormethode werd het oordeel van het Hof om niet over te gaan tot strafvermindering onbegrijpelijk geacht door de Hoge raad.

Bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkheid van het OM zien meer op het **herstellen** van een situatie. Het is niet terug te draaien naar de oude toestand maar je herstelt wat. Strafvermindering is meer **compenserend**.

Strafrecht 3 – HC 6a – 12/03/19 – Het vonnis (I/II)

Het vonnis is het eindproduct van de rechter. Kwesties van bewijs en onregelmatigheden treden deels terug bij dit onderwerp. Bij dit onderwerp is ook beslissen en motiveren van belang. De sanctievraag komt in het volgende hoorcollege aan bod.

Op het onderzoek ter terechtzitting (hierna: ott) loopt vaak alles door elkaar. De volgorde van de formele en materiële vragen spelen daar geen dwingende rol. Er zijn hier wel uitzonderingen op, bijvoorbeeld wanneer er sprake is van een preliminair verweer, art. 283 Sv. Als de verdediging een duidelijke grond ziet voor een formele einduitspraak (de eerste 3) dan is het wel handig als hij hier vroeg mee kan komen en niet pas bij het pleidooi. De rechter heeft hiertoe de mogelijkheid na het vaststellen van de identiteit. Pas wanneer het ott is gesloten en in de geheime setting van de raadkamer gaat discussiëren over de uitkomst, de beraadslaging, worden de vragen in de juiste volgorde behandeld. Deze volgorde is dan ook dwingend. Er wordt begonnen bij art. 348 Sv, de formele vragen. Daarna wordt, wanneer er geen aanleiding is om tot een formele einduitspraak te komen, art. 350 Sv behandeld. Dit zijn de materiële vragen. Dit is de beslisstructuur binnen de raadkamer. Tenslotte worden de beslissingen genomen. Rechteren mogen straffen tot levenslang, ondanks dat zij niet democratisch gekozen zijn. De controlefunctie speelt een belangrijke rol. Hogere rechters moeten de mogelijkheid hebben om te kijken of alles goed is gegaan.

Beslissen

Art. 358 Sv is het **beslissingsartikel**. In de gevallen van art. 349 lid 1 Sv, de formele vragen en dat dit tot een vonnis leidt, bevat het vonnis de daarbij genomen beslissingen. In alle andere gevallen (lid 2) bevat het vonnis van de rechtbank de beslissingen over de punten bij art. 350 Sv vermeld. Als je tot een materiële uitspraak komt dan bevat het vonnis ook alle materiële beslissingen die genomen zijn. Alle formele vragen en de tweede en derde materiële vraag zijn het terrein/regime van art. 358 lid 3 Sv. Als de rechter reageert op een art. 358 lid 3 Sv-verweer en hij verwierpt dat, dan moet deze beslissing ook in het vonnis. Wanneer de rechter tot een niet-ontvankelijkheid van het OM komt en er is geen verweer gevoerd, dan staat in het vonnis alleen de beslissing op de derde formele vraag. Over de eerste en tweede formele vraag hoeft in dit vonnis geen beslissing worden opgenomen. Wanneer het komt tot een veroordeling en er wordt geen verweer gevoerd, staan er vier beslissingen in het vonnis. Het gaat hierbij om de beslissingen op de materiële vragen. Het kan wel voorkomen dat er toch formele beslissingen in het vonnis staan maar dit is niet verplicht volgens de wet. Indien er sprake is van een veroordelend vonnis met een verworpen niet-ontvankelijkheid verweer, moet volgens art. 358 lid 3 Sv de beslissing op de derde formele vraag in het vonnis. Er staan dan dus vijf beslissingen in het vonnis.

Motiveren

De rechter moet **ambtshalve**, op grond van art. 359 lid 2 1^e zin Sv, de materiële beslissingen motiveren. Dit is het **algemene motiveringsvoorschrift**. De wet heeft daaraan nog iets toegevoegd. Wanneer het gaat om de bewijsvraag en de sanctievraag (eerste materiële vraag resp. vierde materiële vraag) moet er een extra motivering plaatsvinden. Dit zijn namelijk de belangrijkste vragen, de wet vraagt daarom om meer duidelijkheid. De zwaarte van de straf of maatregel die bij de sanctievraag wordt opgelegd bepaalt of er nog meer extra motivering nodig is. Een vreemde eend in de bijt is art. 358 Sv, wat bekend staat als het beslissingsartikel, waar een stukje motiveringsplicht in zit. Dit is lid 4 ten aanzien van de sanctie. Ook de artikelen waarop een sanctie of maatregel is gegrond moet in het vonnis worden opgenomen.

Naast ambtshalve motivering kan er ook sprake zijn van motiveren als responsieplicht. Dit gaat over de gevallen waarin er wat is aangevoerd. Reageren op een art. 358 lid 3 Sv verweer moet worden gemotiveerd. Dit moet op basis van art. 359 lid 2 1^e zin Sv. In het overige deel van art. 359 lid 2 Sv gaat het om het **uitdrukkelijk onderbouwd standpunt** (hierna: UOS). Hier staat geen beslissingsverplichting, alleen een motiveringsplicht. Wanneer het gaat om een verweer over vormverzuim in het vooronderzoek is art. 359a Sv van toepassing. Dat staat hier dus los van. Het OM kan ook een UOS aannemen. Als de rechter dat verwierpt dan moet de rechter dat extra motiveren. In dit hoorcollege (en het volgende hoorcollege) wordt het vonnis opgedeeld in drie categorieën:

- *Formele vragen en OVAR-vragen (tweede en derde materiële vraag)*

- *Bewijsvraag*
- *Sanctievraag*

Bij de eerste en laatste materiële vraag kan er gezegd worden dat er nog sprake is van een inquisitoire positie van de rechter.

Formele vragen en OVAR-vragen

Er moet vastgesteld worden dat er overlap is tussen art. 358 lid 3 Sv-verweer en een UOS. Art. 358 lid 3 Sv heeft een **lichtere stelplicht** (er is sneller sprake van een dergelijk verweer dan een UOS). Dit is ook bevestigd door de Hoge raad. Art. 358 lid 3 Sv richt zich niet tot het OM. Een dergelijk verweer kan alleen afkomstig zijn van:

- *Aanwezige verdachte of zijn raadsman*
- *Gemachtigde raadsman bij afwezige verdachte* > art. 279 Sv.
- *Vertegenwoordiger in kantonrecht-zaken* > art. 398 lid 2 Sv.

Art. 358 lid 3 Sv geeft aan dat het verweer uitdrukkelijk moet worden voorgedragen door de verdediging. Het is namelijk van groot belang dat ook de andere partij hier goed zicht op krijgt. Er kan niet worden volstaan met een summiere verwijzing naar wat er bij de rechtbank is gezegd (in hoger beroep). De Hoge Raad zegt dat er sprake is van een art. 358 lid 3 Sv verweer wanneer het aangevoerde naar inhoud en strekking bezwaarlijk anders is te verstaan. Er wordt in dit geval bij de Hoge Raad geklaagd dat in het arrest van het hof niet of onvoldoende is gereageerd op een verweer. Een voorbeeld ter verduidelijking van deze materie is een zaak, die ging over een vader die werd vervolgd op grond van de leerplicht wet, omdat hij zijn kinderen langere tijd niet naar school had gestuurd. Hij verklaarde op zitting dat hij grote bezwaren had tegen de school omdat zijn kinderen geestelijk kapot zouden gaan. In het vonnis werd niet gereageerd op deze opmerking. Daar werd in cassatie over geklaagd. De Hoge Raad vond dat voldaan was aan het criterium en dat het Hof had moeten reageren op dit verweer. Het verweer was volgens de Hoge raad voldoende concreet. Er zijn feiten en omstandigheden naar voren geschoven maar wat wordt hiermee beoogd? Ook hier is jurisprudentie over. Een voorbeeld is een zaak over iemand die werd aangehouden met zijn auto omdat zijn remlicht kapot was. De politieagent die hem aan had gehouden zei dat hij een boete zou krijgen tenzij de man hem ter plekke zou repareren. De verdachte stelde voor om hem bij een garage iets verderop te laten maken. De verbalisant ging hier niet mee akkoord, het moest ter plekke gebeuren of de man kreeg een boete. Meneer kreeg uiteindelijk een boete en dit werd een strafzaak. Hij voerde dit alles aan en daar werd door de rechtbank niet op gereageerd. De Hoge raad ging hier niet mee akkoord. Dit is vrij bijzonder want de man voerde in feite aan dat hij er niks aan kon doen, een soort AVAS-verweer. Echter, dit verweer is in deze situatie juridisch kansloos. De Hoge raad zei toch dat hierop gereageerd had moeten worden. Hierin kan het uitmaken wie je voor je hebt als rechter. Er kan sprake zijn van een verdachte met bijstand of een verdachte zonder bijstand. In een zaak waar wel een raadsman aanwezig was en de verdachte deed zijn verhaal over een steekpartij. De rechter moet kijken hoe hij de verklaring gaat interpreteren. Een factor die daarbij een rol speelt is of er een raadsman bij aanwezig is of niet. In deze zaak dus wel en de raadsman verzocht dat er rekening werd gehouden met de omstandigheden van het geval. Wanneer er een advocaat aanwezig is moet hij of zij goed in staat zijn om naar inhoud en strekking wat meer juridisch zijn. Iets wordt in dat geval minder snel als een verweer aangemerkt. De aanwezigheid van een raadsman is echter niet doorslaggevend, zo blijkt uit jurisprudentie. Een voorbeeld hiervan is een zaak waarbij verdachte zei dat hij gedwongen werd door medeverdachte met een pistool een meisje te verkrachten. De raadsman stelde ook dat zijn cliënt gedwongen werd. Het Hof had hier niet duidelijk op gereageerd. De Hoge raad haalde hier een streep door en zei dat het Hof hier had moeten reageren. De strekking van gedwongen ligt zo dicht bij overmacht dat het per saldo bezwaarlijk anders is te verstaan dan een beroep op psychische overmacht.

De regels voor een situatie waarin de rechter een art. 358 lid 3 Sv-verweer wil verwerpen zijn streng geformuleerd door de Hoge Raad. Niet per se omdat de Hoge Raad hoge drempels opwerpt om dat te verwerpen maar er moet goed onderscheid gemaakt worden tussen de manier waarop je verwerp, wat je aangrijpt om al dan niet aannemelijk te achten. In een verweer zullen vaak **verschillende componenten** zitten. Een feitelijke component en iets juridisch. Wanneer je aanknoopt bij dat feitelijke aspect moet je ook aanknopen bij de feiten en omstandigheden. Ook is het niet de taak van de verdediging om te stellen dat een dergelijk verweer niet aannemelijk is gemaakt. Het bewijsrecht van de eerste materiële vraag

verschilt daarmee van het bewijsrecht voor de derde materiële vraag. Bij een feitelijke verwerping moet het Hof heel erg passen op zijn woorden anders gaat er bij de Hoge raad een streep doorheen. De aangevoerde feiten en omstandigheden moeten **niet aannemelijk geacht** worden. Bij een juridische verwerping kunnen de feiten en omstandigheden niet leiden tot het aangegeven juridische gevolg. Er moet dan ook een juridische verwerping volgen. Een gemengd verweer is ook mogelijk, hierbij moet dan dus ook een gemengde verwerping plaatsvinden. Dit betekent dat wanneer er een verweer wordt gevoerd in de vorm van een beroep op noodweer het niet voldoende is dit te verwerpen met “het beroep op noodweer wordt niet aannemelijk geacht”.

Bovenstaande gaat dus over de formele vragen en de OVAR-vragen (tweede en derde materiële) in de optiek van art. 358 lid 3 Sv. Dit artikel gaat over hoe een rechter moet reageren. Vervolgens is er de vraag met betrekking tot de bewijsgraad. Het gebeurt niet zo vaak dat een rechter ambtshalve tot een formele einduitspraak of een OVAR komt. Dit is alleen een reactie op een kennelijk sterk geacht verweer. We hebben hier niet te maken met wettig en overtuigend bewijs dat de rechter onbevoegd is of dat de dagvaarding nietig is. Het gaat om de aannemelijkheidsgrenzen. Het bewijsrecht wat een aantal colleges geleden behandeld is moet voornamelijk behandeld worden bij de eerste materiële vraag. Wanneer de rechter komt tot een uitspraak van niet-ontvankelijkheid van het OM, op basis van vormverzuimen (art. 359a Sv), dan is het Zwolsmancriterium doorslaggevend. Dit is het criterium wat de rechter dan zou moeten bezigen. Wanneer dit niet het geval is vindt de Hoge Raad dat er niet voldoende zicht is op wat de rechtsopvatting precies geweest is.

Het OM kan een UOS innemen ten aanzien van de formele vragen en de OVAR-vragen. Het OM kan geen beroep doen op art. 358 lid 3 Sv, de lichte stelplicht. Wel kan het OM dus een UOS innemen, art. 359 lid 2 2° zin Sv is hierbij van toepassing. Wanneer de rechter hier niet in mee gaat moet de rechter reageren op wat het OM gezegd heeft. Het OM kan natuurlijk ook middels een UOS aanvoeren dat zij wel niet-ontvankelijk moet worden verklaard.

Bewijsvraag

De bewijsvraag komt aan bod bij de eerste materiële vraag, is de ten laste gelegde bewezen? Op grond van art. 359 lid 2 Sv moet een dergelijke beslissing al ambtshalve worden gemotiveerd maar op grond van art. 359 lid 3 Sv moet er ook nog wat extra's worden toegevoegd. Op grond van art. 359 lid 3 Sv moet hierbij ook nog de bewijsmiddelen worden opgenomen in het vonnis. Een verkort vonnis is mogelijk op grond van art. 365a jo. 138b Sv, hierbij worden de bewijsmiddelen nog achterwege gelaten. Als er hoger beroep wordt ingesteld moet dit wel worden uitgewerkt, anders berusten beide partijen immers in het vonnis. Dit verkorte vonnis komt naar voren in het arrest “**Zoon vs. NL**”. Wanneer de verdachte bekend moet de bewijsmiddelen wel worden opgenoemd maar hoeven niet te worden uitgewerkt. Er kan worden volstaan met een opgave van de bewijsmiddelen. Dit is alleen anders wanneer de advocaat voor vrijspraak heeft gepleit. Een andere besparingswerkwijze is de alleensprekende rechter. Bij de kantonrechter kan in eerste instantie worden volstaan met een mondeling vonnis. Deze uitspraak wordt dan aangetekend bij het proces-verbaal.

Een categorie bewijsverweer, waarbij al voor 2005 een extra responsieplicht gold, is het **meer en vaart-verweer**. Dit zijn verweren waarbij je een alternatief scenario biedt. Een verhaal wat niet strijdig is met de bewijsmiddelen. De vraag is of de bewijsmiddelen dan wel toereikend zijn. Je schetst dus een ander scenario, waarbij de bewijsmiddelen uit het vonnis, niet redengevend zijn en niet tot een bewezenverklaring kunnen leiden Na 2005 werd een dergelijk verweer gerubriceerd onder een UOS maar heeft de lichte stelplicht van art. 358 lid 3 Sv (de inhoudelijke eisen: naar inhoud en strekking). Een ander bewijsverweer waar voor 2005 toch op gereageerd moest worden waren de **dakdekkersverweren**. Het gaat hierbij om de uitleg van een begrip in de tenlastelegging of een begrip wat daarin besloten ligt. Eigenlijk is dit een kwalificatieverweer maar vanwege het feit dat deze bestanddelen in de tenlastelegging zijn opgenomen en bewezen moeten worden geacht om tot een bewezenverklaring te kunnen komen, wordt het toch een bewijsverweer. Andere bewijsverweren die er voor 2005 al waren, zijn het onrechtmatig verkregen bewijs en het betrouwbaarheidsverweer. Na de invoering van art. 359a Sv zijn de onrechtmatig verkregen bewijs verweren in dit kader geplaatst. In ro.

3.7 van het arrest “**Loze haspijp**” geeft de Hoge Raad zeer nauwkeurig weer hoe het zit met het responderen op een art. 359a Sv-verweer.