



EEN DEUGDELIJK VERWEER INZAKE VORMFOUTEN

DOOR / JOOST NAN

Zelden slaagt een verweer tegen vormverzuimen in het voorbereidend onderzoek. Dat komt deels doordat de verdediging het de rechter niet moeilijk genoeg maakt, meent Joost Nan. Wat zijn de bouwstenen van een deugdelijk verweer?

Weinig kans van slagen heeft een verweer over vormverzuimen begaan in het voorbereidend onderzoek (artikel 359a Wetboek van Strafvordering, Sv) doorgaans, laat de jurisprudentie van zowel de lagere rechter als de Hoge Raad zien. Deels komt dat doordat de verdediging het de strafrechter niet moeilijk (genoeg) maakt. Het komt geregeld voor dat onrechtmatigheidsverweren niet voldoen aan de eisen die daaraan door de Hoge Raad worden gesteld. Recente jurisprudentie waarin dat expliciet wordt opgemerkt, maakt dat nog eens pijnlijk duidelijk.¹ Dat mag (moet!) de strafadvocatuur zich aantrekken, ook al zou de Hoge Raad te veel verantwoordelijkheid bij de verdediging leggen.² Het is van groot belang dat een verweer op de voet van artikel 359a Sv deugdelijk bij de feitenrechter naar voren wordt gebracht, ongeacht diens eigen verantwoordelijkheid. Vooraf moet worden opgemerkt dat artikel 359a Sv zijn eigen beoordelings- en beslisregime kent en dat een verweer inzake vormverzuimen moet worden gescheiden van het uitdrukkelijk onderbouwde strandpunt van artikel 359 lid 2, tweede volzin, Sv ('Het vonnis geeft, indien de beslissing afwijkt van door de verdachte dan wel door de officier van justitie uitdrukkelijk onderbouwde standpunten, in het bijzonder de redenen op die daartoe hebben geleid').³ Maar in vergelijkbare zin moet het verweer worden geschraagd met argumenten en zijn voorzien van een conclusie. Met een losse flodder kan ook hier niet worden volstaan. Dit zijn de eisen die gesteld worden aan een verweer op de voet van artikel 359a Sv.⁴

RECHTSGEVOLG

Als niet volstaan kan worden met de enkele constatering van de fout, kan worden overgegaan tot strafvermindering, bewijsuitsluiting of de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in de vervolging van de verdachte. In het standaardar-

rest over artikel 359a Sv heeft de Hoge Raad al aangegeven wat de maatstaven en voorwaarden zijn voor die verschillende rechtsgevolgen.⁵ Bij het formuleren van een verweer moet naar die criteria worden geredeneerd. Strafvermindering houdt in dat de hoogte van de op te leggen straf in verhouding tot het verzuim wordt verlaagd, maar komt alleen in aanmerking als aannemelijk is dat de verdachte daadwerkelijk nadeel heeft ondervonden, dat nadeel is veroorzaakt door het verzuim, het nadeel geschikt is voor een dergelijke compensatie en dat ook in het licht van het belang van het geschonden voorschrift en de ernst van het verzuim gerechtvaardigd is. Per saldo moet de strafvermindering dus een redelijke oplossing voor de fout zijn.

'De nadeelseis is de achilleshiel van het onrechtmatigheidsverweer'

Voor bewijsuitsluiting is allereerst een causaal verband nodig tussen de vormfout en de bewijsverkrijging. Daarnaast is bewijsuitsluiting alleen aan de orde als door de onrechtmatige bewijsgaring een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden. Daarbij heeft de Hoge Raad in het zogeheten Examen-arrest nog overwogen dat er eigenlijk maar drie redenen zijn voor bewijsuitsluiting:⁶ ter verzekering van een eerlijk proces, als een ander belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden of sprake is van een klein, maar structureel vormverzuim. Bij die laatste twee redenen spelen de normering van de opsporing en de belangen van het slachtoffer ook een rol. De niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie komt alleen in uitzonderlijke gevallen in beeld. Daarvoor is nodig dat 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.⁷

FACTOREN

Met de voormelde verschillende maatstaven per rechtsgevolg als expliciet verwoord eindpunt moet aan de hand van de factoren van artikel 359a lid 2 Sv het verweer nader worden ingekleurd. Het belang van het geschonden voorschrift, de ernst van het verzuim (inclusief de verwijtbaarheid aan het adres van de opsporingsambtenaren) en het na-

deel dat is ontstaan dienen te worden besproken, waarbij ook de omstandigheden van het geval een rol kunnen spelen.⁸ Deze factoren moeten allemaal in het verweer worden meegenomen, al kan de ene factor in het voorliggende geval wat zwaarder wegen dan een andere en zijn zij in die zin communicerende vaten. Bij een belangrijk voorschrift hoeft de ernst van het verzuim of het nadeel dat de verdachte ondervindt bijvoorbeeld minder groot te zijn. Maar hoe belangrijk een bepaling ook mag zijn of hoe verwijtbaar de opsporingsambtenaren ook hebben gehandeld, zonder enig nadeel zal met de enkele constatering van het verzuim al snel kunnen worden volstaan.⁹ Zeker bewijsuitsluiting of de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie komt zonder afdoende nadeel voor de verdachte nauwelijks aan bod.¹⁰ De nadeelseis is volgens mij daarom de achilleshiel van het onrechtmatigheidsverweer. Temeer nu de ►

Hoge Raad heeft bepaald dat – kort gezegd – het belang van de verdachte dat het strafbare feit niet ontdekt wordt, geen rechtens te respecteren belang is.¹¹ Voor de verdediging is het soms moeilijk een ander belang naar voren te brengen dat wel rechtens te respecteren is. De Hoge Raad lijkt voorts enige nadruk te leggen op de vraag of en in hoeverre de verdachte door het verzuim *daadwerkelijk in zijn verdediging* is geschaad.¹² Voor bewijsuitsluiting en de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie is daarbij nog een obstakel dat naar vaste jurisprudentie een schending van artikel 8 EVRM niet zonder meer een schending van artikel 6 EVRM oplevert.¹³ Maar elk nadeel dat zich voor de verdachte heeft gemanifesteerd, kan in aanmerking komen. Zo levert onnodig lichamenteel letsel door een te hardhandige aanhouding bij uitstek nadeel op dat door strafvermindering gecompenseerd zou kunnen worden. Het is hier zaak dat de verdediging creatief te werk gaat en voor bewijsuitsluiting en de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie waar mogelijk aansluiting zoekt bij beperkingen van het recht op een eerlijk proces.

NADER ONDERZOEK

Of sprake is van een vormverzuim, hoe groot de ernst van het verzuim is en welk nadeel is ontstaan voor de verdachte, kan soms pas worden vastgesteld als daarnaar nader onderzoek wordt gedaan. Ook op dit punt ligt de bal bij de verdediging en zal afdoende onderbouwd onderzoekshandelingen moeten worden gevraagd. In het algemeen geldt dat de strafrechter onderzoek naar de juistheid van de feitelijke grondslag van het verweer achterwege kan laten als het verweer toch niet kan slagen of zou kunnen worden volstaan met de enkele constatering van het verzuim.¹⁴ Dat kan het geval zijn als het (potentiële) verweer slechts in onvoldragen vorm naar voren wordt gebracht. In zijn standaardarrest over het horen van getuigen op

verzoek van de verdediging heeft de Hoge Raad in dat verband nog maar eens op het belang van een deugdelijke onderbouwing gewezen. Van de verdediging wordt gevergd dat zij gemotiveerd uiteenzet waarom over een (mogelijk) vormverzuim getuigen dienen te worden gehoord.¹⁵

KOPPELING

Het voorgaande maakt dat de verdediging vanaf het begin van de zaak bedacht moet zijn op een mogelijk onrechtmatigheidsverweer. Tijdig moet naar de bouwstenen voor zo'n verweer worden gezocht, waarbij reeds een voorschot op het verweer moet worden genomen bij het vragen van onderzoekshandelingen. Al in die beginfase moeten het beoogde rechtsgevolg en de onderbouwing van het verweer (aan de hand dus van de specifieke maatstaf en algemene factoren) in kaart worden gebracht en aan de strafrechter (en het Openbaar Ministerie) worden voorgehouden. Er moet dus een duidelijke koppeling worden gemaakt tussen het onderzoek dat gevraagd wordt en het mogelijke resultaat daarvan, een en ander in het licht van artikel 359a Sv en de eisen die aan het uiteindelijke verweer worden gesteld. Bij het voeren van het verweer moeten het beoogde rechtsgevolg, de maatstaf daarvoor en de factoren van artikel 359a Sv ten overstaande van de zittingsrechter helder voor het voetlicht worden gebracht.¹⁶ Alleen dan zal de strafrechter daadwerkelijk inhoudelijk moeten reageren en zal hij mogelijkwijs moeite hebben het verweer te verwerpen. En dat is wel het minst dat van de verdediging verwacht mag worden, in elk geval tot het moment waarop de Hoge Raad (on)rechtmatigheidsverweren welwillender tegemoet treedt.¹⁷ ■

Joost Nan is universitair docent straf(proces)recht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en (cassatie)-advocaat bij Wladimiroff Advocaten te Den Haag.

NOTEN

- 1 Zie bijvoorbeeld HR 10 maart 2015, *NJ* 2015/357, m.nt. B.F. Keulen en HR 6 oktober 2015, *NJ* 2015/430. Voor een zaak in feitelijke aanleg, zie Hof Amsterdam 26 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3278.
- 2 Zie daarover S. Brinkhoff, 'De toepassing van artikel 359a Sv anno 2016. Een pleidooi voor herstel van balans en de terugkeer naar echte rechterlijke vrijheid', *DD* 2016/8.
- 3 HR 17 januari 2012, *NJ* 2012/253, m.nt. P.A.M. Mevis en HR 19 februari 2013, *NJ* 2013/148.
- 4 Zie ook J.S. Nan, *Vormverzuimen in het voorbereidend onderzoek*, Praktijckahiers Strafrecht dl. 9, Den Haag: Sdu uitgevers 2015, met name hoofdstuk 3 en 4.
- 5 HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/376, m.nt. Y. Buruma.
- 6 HR 19 februari 2013, *NJ* 2013/308, m.nt. B.F. Keulen.
- 7 Zie bijvoorbeeld HR 3 april 2012, *NJ* 2012/346, m.nt. J.M. Reijntjes, HR 20 december 2011, *NJ* 2012/159, m.nt. T.M. Schalken en HR 20 december 2011, *NJ* 2012/160, m.nt. T.M. Schalken.
- 8 HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/376, m.nt. Y. Buruma.
- 9 Vgl. bijvoorbeeld HR 14 november 2006, *NJ* 2006/633.
- 10 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 16 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:7186; Hof Den Haag 16 oktober 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:4147, *NJFS* 2014/22 en Hof Arnhem-Leeuwarden 15 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3162.
- 11 HR 4 januari 2011, *NJ* 2012/145, m.nt. M.J. Borgers en daarover T. Kooijmans, 'Elk nadeel heb z'n voordeel? Artikel 359a Sv en de ontdekking van het strafbare feit', *DD* 2011/78. Zie voor lagere rechtspraak bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 23 december 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BU9202; Rb. Utrecht 27 augustus 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX9261; Rb. Amsterdam 2 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8273; Rb. Leeuwarden 25 september 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BX8472; Rb. Zeeland-West-Brabant 12 februari 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:818 en Hof Arnhem-Leeuwarden 15 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3162. Anders: Rb. Breda 18 oktober 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BY1143, *NJFS* 2013/8.
- 12 HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/376, m.nt. Y. Buruma.
- 13 Zo nog maar eens HR 19 februari 2013, *NJ* 2013/308, m.nt. B.F. Keulen.
- 14 HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/376, m.nt. Y. Buruma. Datzelfde geldt overigens voor een onrechtmatigheidsverweer buiten het bereik van artikel 359a Sv, zie HR 29 januari 2013, *NJ* 2013/415, m.nt. M.J. Borgers en HR 17 september 2013, *NJ* 2014/91, m.nt. T.M. Schalken.
- 15 HR 1 juli 2014, *NJ* 2014/441, m.nt. M.J. Borgers.
- 16 Ik wijs nogmaals op HR 10 maart 2015, *NJ* 2015/357, m.nt. B.F. Keulen en HR 6 oktober 2015, *NJ* 2015/430.
- 17 Over die onwelwillende houding ook S. Brinkhoff, 'De toepassing van artikel 359a Sv anno 2016. Een pleidooi voor herstel van balans en de terugkeer naar echte rechterlijke vrijheid', *DD* 2016/8.