

# ‘Advocaten kunnen in het punitief bestuursrecht vaker een “onrechtmatig verkregen bewijs”-verweer voeren’

M.C.D. Embregts: *Uitsluitel over bewijsuitsluiting. Een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht*. Kluwer, ISBN 90 1300 320 6. XX + 379 pag. € 34.

**Michel Knapen**

Journalist

Verklaarbaar, maar niet altijd te rechtvaardigen. Zo omschrijft mr. Meriam Embregts de situatie dat de ene rechter onrechtmatig verkregen bewijs niet toelaatbaar acht, en een andere rechter vervolgens wel. Zo komt het voor dat de strafrechter dergelijk bewijs uitsluit, maar dat het in een bestuursrechtelijke of tuchtrechtelijke procedure gewoon wordt gebruikt. Dat laatste overkwam enkele jaren geleden een advocaat bij wie een onrechtmatige telefoontap was gelegd. ‘Er was hier sprake van een bewuste schending van zijn verschoningsrecht, hetgeen behoort tot de meest ernstige categorie van onrechtmatig verkregen bewijs. Dat mag nooit worden gebruikt. In een strafrechtelijke procedure leidt dit zelfs tot niet-ontvankelijkheid van het OM.’

Onrechtmatig verkregen bewijs is het onderwerp van het proefschrift *Uitsluitel over bewijsuitsluiting*, waarop Embregts (1974) onlangs aan de Universiteit van Tilburg promoveerde. Zij onderzoekt daarin welke consequenties de rechter aan onrechtmatige bewijsgaring verbindt en dient te verbinden. Daarbij neemt ze het strafrecht, het civiele en het bestuursrecht onder de loep. Tevens behandelt zij figuren als de onrechtmatige informatieverstrekking en de drempels die het Europese recht opwerpt tegen het gebruik van *rechtmatig* verkregen bewijs. Momenteel werkt Embregts bij de fiscale sectie van het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad.

**Bewijsgaring blijft juristen bezighouden. Zeker als het onrechtmatig is verkregen wordt het voor advocaten interessant. Vooral in het punitief bestuursrecht wordt onrechtmatig verkregen bewijs nog te gemakkelijk door de rechter geaccepteerd, blijkt uit het proefschrift van Meriam Embregts.**

## **BEWIJSVERWEREN**

Embregts onderscheidt in haar studie twee stappen die de rechter moet nemen als er sprake is van onrechtmatig verkregen bewijs. De eerste is de constatering dat daar sprake van is. Daarbij is het van groot belang dat alle rechters dat op eenzelfde manier vaststellen. Maar of het materiaal vervolgens tot het bewijs kan worden gebezigd is een vraag die in elk rechtsgebied anders wordt beantwoord.

Het zijn vooral de verschillen op het terrein van het punitief publiekrecht die volgens Embregts dienen te verdwijnen.

‘Als de overheid op onrechtmatige wijze in een strafvorderlijk onderzoek bewijs vergaart, dan zijn daarop voortbordurende onderzoekshandelingen niet toegestaan om te komen tot oplegging van een punitieve sanctie. Van de inlichtingen- en medewerkingsplichten kan in dat geval geen gebruik meer worden gemaakt. Het maakt daarbij geen verschil of de procedure een strafrechtelijk of bestuursrechtelijk etiket heeft gekregen.’

Op dit terrein is voor advocaten nog winst te boeken, zegt Embregts. ‘Binnen het punitief bestuursrecht is nog te weinig aandacht voor bewijsuitsluiting. Daardoor wordt onrechtmatig verkregen bewijs nog te gemakkelijk toegelaten. Advocaten zouden binnen dit rechtsgebied vaker een “onrechtmatig verkregen bewijs”-verweer kunnen voeren.’ In het niet-punitieve deel van het bestuursrecht ligt dit anders. Daar kan nog steeds om inlichtingen worden verzocht.



*‘Strafvermindering biedt geen rechtsherstel, maar slechts compensatie’*

cliënt is niet altijd gebaat met bewijsuitsluiting, vaak is er voldoende rechtmatig verkregen bewijs over voor een veroordeling. Voor de rechter moet de uitkomst van het geding geen reden zijn om bewijs wel of niet toe te laten. De omstandigheden van het *verzuim* zijn slechts van belang.’ Vandaar dat zij spreekt van een ‘ongewenste ontwikkeling’: ‘Strafvermindering biedt geen rechtsherstel, maar slechts compensatie.’

Dit betekent echter niet dat Embregts in het geheel geen oog zou hebben voor het maatschappelijk gevoelen. ‘Dreigt er werkelijk een handhavingsprobleem, dan dient niet aan de uitsluitingsregel te worden getornd, maar is er wellicht reden tot het toekennen van verdergaande opsporingsbevoegdheden. Deze impliceren tevens meer waarborgen. Onrechtmatige bewijsgaring is daarmee niet uitgesloten, hetgeen nog steeds in beginsel tot bewijsuitsluiting moet leiden. Het toekennen van meer bevoegdheden is niet zaligmakend.’

**GRONDRECHTEN**

Nadrukkelijk koppelt Embregts de problematiek van het onrechtmatig verkregen bewijs in haar studie aan grondrechten. ‘Het gaat niet om onbeduidende vormfouten maar om een schending van grondrechten en andere fundamentele beginselen. Dit dient scherp in het oog te worden gehouden.’

Embregts besluit haar proefschrift met een model dat de rechter richting biedt in het toepassen van onrechtmatig verkregen bewijs. Hiermee kan harmonisering van het procesrecht worden bevorderd, evenals de rechtszekerheid en de voorspelbaarheid van rechterlijke beslissingen. ●

Het onrechtmatig overheidsoptreden ontslaat de burger niet van de maatschappelijke plicht mee te werken aan de correcte vaststelling van bijvoorbeeld zijn belastingaangifte. Alleen als de overheid in het voortraject zó onrechtmatig handelt dat het indruist tegen elk denkbare norm, vervalt ook de medewerkingsplicht in dergelijke zaken, aldus de promovenda. (Zie over dit laatste onderwerp ook G.L.A.M. van Doveren, ‘Het zwijgrecht in het fiscale strafrecht’ in *Advocatenblad* 2003-7, p. 287-289.)

**STRAFVERMINDERING**

Een tendens waar Embregts grote moeite meer heeft, is strafreductie als gevolg van onrechtmatig verkregen bewijs. De Hoge Raad heeft in zijn arrest Octopus III (1999) de deur verder geopend voor strafvermindering. De rechter zou zo genuanceerder kunnen reageren op vormverzuimen. Een niet-ontvankelijkheid van het OM of een vrijpraak na bewijsuitsluiting kan immers vaak niet op een groot maatschappelijk draagvlak rekenen. Embregts: ‘Advocaten pleiten steeds vaker voor strafvermindering. De