

Kroniek strafprocesrecht 2003 (II)

mr. P.T.C. van Kampen*

In het vorige nummer verscheen deel I van deze kroniek. Petra van Kampen, redactielid, heeft de belangrijkste jurisprudentie in 2003 op het terrein van het strafprocesrecht op een rij gezet. Hier volgt deel II van de kroniek.

DEEL I

AANWEZIGHEIDSRICHT, TEGENSpraak, VERSTEK EN DE GEMACHTIGDE RAADSMAN

- aanwezigheidsrecht
- tegenspraak, verzet en de gemachtigd raadsman

BENADEELDE PARTIJ

- rechtsmiddelen

BESLAG & BEKLAG

- eigendom, afstand en verbeurdverklaring/onttrekking
- beslag, beklag en art. 6 EVRM
- conservatoir beslag

BETEKENING

BEWIJSRECHT

- AIVD ambtsberichten
- bewezenverklaring (en inhoud wettige bewijsmiddelen)
- deskundigen
- DNA
- getuigen
- nemo tenetur
- selectie en waardering van bewijsmateriaal
- schriftelijke bescheiden (van personen wier identiteit niet blijkt)
- overige bescheiden

COMPETENTIE (VAN STRAFKAMERS)

DWANGMIDDELEN

- doorzoeking
- pseudo-koop
- strotten
- onrechtmatige toepassing van dwangmiddelen

DEEL II

HOREN VAN GETUIGEN

HERZIENING

KENNISGEVING VAN (NIET) VERDERE VERVOLGING

MANDATERING

ONTNEMINGSPROCEDURE

- strafrechtelijk financieel onderzoek

PROCESSTUKKEN

- recht op inzage
- ... en art. 51 Sv
- kennisneming door de rechter

RECHTSHULP

RECHTSMIDDELEN

- ... en de NN-verdachte
- hoger beroep
- cassatie

REDELIJKE TERMIJN

STRAFTOEMETING

VORMVERZUIJEN EN ART. 359A SV

- ontvankelijkheid OM en beginselen goede procesorde

VERZOEKSCRIFTEN EX ART. 591A SV

WET- EN REGELGEVING

* Advocate Simmons & Simmons Trenité, Rotterdam. Met dank aan mijn kantoorgenote mr. R. Hoogendoorn en aan G.J. van Oosten (Heemskerk De Vilder en Van Oosten) te Amsterdam.



HOREN VAN GETUIGEN

Eén van de criteria op basis waarvan kan worden besloten tot het niet (opnieuw) oproepen van niet-verschenen getuigen is dat de gezondheidstoestand van de getuige door het afleggen van een verklaring ter terechtzitting ernstig in gevaar wordt gebracht als bedoeld in artikel 288 lid 1 onder b Sv. Die situatie deed zich voor in HR 27 mei 2003, *NbSr* 2003, 249/ *NJ* 2003, 511, althans volgens het hof. Die bepaalde op basis van onder meer een rapport van een klinisch-psychotherapeut dat het afleggen van een verklaring ter terechtzitting bij de getuige, gezien zijn karaktereigenschappen, tot grotere ontregeling zou leiden. De verdediging verzette zich tegen dit oordeel, onder meer omdat het rapport overigens niet werd opgesteld door een onafhankelijke deskundige. Ten onrechte, volgens de Hoge Raad. Noch uit de tekst van artikel 288 lid 1 onder b Sv, noch uit de wetsgeschiedenis volgt immers dat het oordeel van de rechter ter zake gebaseerd moet zijn op een verklaring van een onafhankelijke deskundige.

In verband met het horen van getuigen deed zich voorts de vraag voor of nog wel sprake kan zijn van een fair trial, indien in het vooronderzoek in het parallelle opsporingsonderzoek – terwijl er ook een gerechtelijk vooronderzoek liep – een rogatoir getuigenverhoor onder ede plaatsvond buiten aanwezigheid van de verdediging, die had verzocht daarbij aanwezig te zijn. Die situatie deed zich voor in HR 28 februari 2003, *NbSr* 2003, 260/ *NJB* 2003, 43. Het hof oordeelde dat in die omstandigheden het recht

op een fair trial inderdaad geweld wordt aangedaan. Het onthouden van de mogelijkheid aan de verdediging om aanwezig te zijn bij de getuigenverhoor, waarbij getuigen onder ede een verklaring afleggen in aanwezigheid van opsporingsambtenaren, was volgens het hof in strijd met artikel 6 EVRM. Ten onrechte, zo oordeelde de Hoge Raad. De enkele omstandigheid dat in een voorstadium van het strafgeding een verhoor onder ede in het buitenland heeft plaatsgevonden buiten aanwezigheid van de verdediging, brengt volgens de Hoge Raad niet mee dat de verdachte onherstelbaar is beknot in het hem door artikel 6 lid 3 onder d EVRM toegewezen recht om die getuigen in enige latere fase van het strafgeding te ondervragen of te doen ondervragen.

De Hoge Raad bepaalde in 2003 voorts dat de wetsgeschiedenis van artikel 321 Sv geen aanknopingspunten bevat voor de opvatting dat de wetgever ten aanzien van de getuigen die, na schorsing van het onderzoek, voor de nadere terechtzitting op de voorgeschreven wijze zijn opgegeven, een ander oproepingsregime heeft willen creëren dan ten aanzien van getuigen die vóór de aanvang van het onderzoek zijn opgegeven. Een redelijke wetsuitleg brengt dan ook mee dat op de in artikel 321 bedoelde getuigen de artikelen 263, 264, 287 en 288 Sv van overeenkomstige toepassing zijn. Een en ander heeft tot gevolg dat het Openbaar Ministerie de oproeping slechts kan afwijzen indien het van oordeel is dat daardoor redelijkerwijs de verdachte niet in zijn verdediging wordt geschaad, en dat de rechter het verzoek tot oproeping slechts kan afwijzen indien redelijkerwijs valt aan te nemen dat daardoor het OM niet in zijn vervolging of de verdachte niet in zijn verdediging wordt geschaad (HR 14 januari 2003, *NJ* 2003, 402 en 403/ *NbSr* 2003, 58/ *NJB* 2003, 30).

Indien de rechter niet de oproeping van een getuige beveelt omtrent wie hij na een verzoek deze op te roepen heeft beslist dat het verzoek zal worden gehonoreerd als hij tot het oordeel komt dat de verklaringen van de getuigen van belang zijn voor de bewijsvoering en die voorwaarde wordt vervuld, terwijl het verzoek niet alsnog op de voet van artikel 288 lid 1 Sv is afgewezen en voorts niet door de verdediging en het OM van het horen van deze getuige is

afgezien, is het onderzoek nietig (HR 28 januari 2003, *NbSr* 2003, 111).

Overigens zullen de weigeringsgronden voor het oproepen van getuigen binnen afzienbare tijd naar alle waarschijnlijkheid (verder) worden uitgebreid. In juni 2004 nam de Tweede Kamer een wetsvoorstel aan (29 254) waarin een en ander nader is geregeld.

HERZIENING

Veel aandacht was er in 2003 ook voor de herziening. Daarbij oordeelde de Hoge Raad onder meer dat een uit de stukken blijkende valse aangifte grond oplevert voor herziening (HR 8 april 2003, *NbSr* 2003, 214). Datzelfde geldt voor een persoonsverwisseling (HR 10 juni 2003, *NbSr* 2003, 288), tenzij deze onvoldoende aannemelijk is (HR 1 juli 2003, *NbSr* 2003, 328). De enkele omstandigheid dat het Openbaar Ministerie in strafzaken tegen andere verdachten in een aantal gevallen niet-ontvankelijk werd verklaard wegens onregelmatigheden in de opsporing en vervolging echter, brengt wat de Hoge Raad betreft op zichzelf niet mee dat gezegd kan worden dat zich in de strafzaak van de verdachte zodanige onregelmatigheden zouden hebben voorgedaan dat, ware de rechter daarmee bekend geweest, het Openbaar Ministerie in die zaak niet-ontvankelijk zou zijn verklaard (HR 1 juli 2003, *NbSr* 2003, 329/ *NJB* 2003, 125). Evenmin kan als grond voor herziening gelden een beslissing van een bestuursrechter, indien daaruit blijkt van een andere waardering van het bewijsmateriaal dat (ook) de strafrechter ter beschikking stond, doch uitsluitend een omstandigheid van feitelijke aard die met de bestreden uitspraak niet bestaanbaar schijnt (HR 7 oktober 2003, *NbSr* 2003, 409/ *NJB* 2003, 160).

Een onjuist uitgevoerde geur-identificatieproef levert wat de Hoge Raad betreft evenmin een novum op. Het feit dat inmiddels werd vastgesteld dat op het mes, waarmee het slachtoffer volgens een eerdere veroordeling om het leven zou zijn gebracht, geen enkel lichaamsspoor van het slachtoffer te vinden zou zijn evenwel, levert daarentegen naar het oordeel van de Hoge Raad wel een novum op. Een dergelijke omstandigheid doet immers het ernstige ver-

moeden rijzen dat, ware het hof met dat nieuwe gegeven bekend geweest, de verdachte zou hebben vrijgesproken (HR 1 juli 2003, *NbSr* 2003, 283/*NJB* 2003, 123). Volledigheidshalve merkte de Hoge Raad daarbij nogmaals op dat een novum slechts een omstandigheid van feitelijke aard kan betreffen. Een mening, overtuiging of gevolgtrekking kan in het algemeen niet als omstandigheid van feitelijke aard worden aangemerkt. Dat brengt mee dat het oordeel van een deskundige in beginsel – behoudens bijzondere omstandigheden – slechts als novum kan gelden voorzover daarbij wordt uitgegaan van feiten en/of omstandigheden van feitelijke aard die niet bekend waren dan wel niet geacht kunnen worden bekend te zijn geweest aan de rechter die de uitspraak waarvan herziening wordt gevraagd, heeft gewezen (zie ook HR 30 september 2003, *NbSr* 2003, 387/*NJB* 2003, 151). In dit geval werd de aanleiding van het novum gevonden in een onderzoek door het Nederlands Forensisch Instituut (NFI) op aanwezigheid op het mes van menselijk DNA-houdend materiaal, dat op verzoek van de advocaat-generaal in cassatie plaatsvond.

Daarnaast bepaalde de Hoge Raad dat indien de aanvraag is gegrond op verklaringen van een getuige die afwijken van de eerder in de strafzaak door die getuige afgelegde verklaringen – en die verklaringen in zoverre als novum moeten worden beschouwd – aannemelijk gemaakt moet worden dat en waarom een getuige op een voor de aanvrager belastende verklaring is teruggekomen (HR 10 juni 2003, *NbSr* 2003, 285/*NJB* 2003, 113).

KENNISGEVING VAN (NIET) VERDERE VERVOLGING

Verrast was de verdachte die, nadat hem eerder een kennisgeving van niet verdere vervolging bereikt had, wederom in rechte werd betrokken op grond van nieuwe bezwaren. Die nieuwe bezwaren immers, bleken terug te voeren op verklaringen die dateerden van vóór de kennisgeving van niet verdere vervolging. De Hoge Raad echter, oordeelde dat noch uit de bewoor-



dingen van artikel 255 lid 1 en 2 Sv, noch uit de wetsgeschiedenis is af te leiden dat de in dat artikel bedoelde bezwaren slechts kunnen dateren van na de kennisgeving van niet verdere vervolging. Van handelen in strijd met de beginselen van een behoorlijke procesorde is in die situatie wat de Hoge Raad betreft geen sprake (HR 1 april 2003, *NbSr* 2003, 192/*NJ* 2003, 303).

Evenmin juist bleek de opvatting dat de verdachte binnen 2 maanden nadat het gerechtelijk vooronderzoek op de voet van artikel 258 lid 2 Sv is geëindigd, ervan moet worden verwittigd dat hij verder wordt vervolgd voor een feit dat wel onderwerp vormde van het gerechtelijk vooronderzoek, maar geen deel uitmaakte van de voorlopige dagvaarding als bedoeld in artikel 261 lid 3 Sv. Wel dient de verdachte in zo'n geval volgens de Hoge Raad na de beëindiging van het gerechtelijk vooronderzoek zo kort mogelijk in het ongewisse te blijven of hij wel of niet ter zake van dat feit wordt vervolgd (HR 9 september 2003, *NbSr* 2003, 364/*NJB* 2003, 137).

MANDATERING

In 2000 bepaalde de Hoge Raad uitdrukkelijk dat de aan de officier van Justitie toekomende vervolgingsbeslissing kan worden gemandateerd aan bij het parket werkzame ambtenaren (HR 14 maart 2000, *NbSr* 2000, 100/*NJ* 2000, 423/*NJB* 2000, 58). In 2001 oordeelde de Hoge Raad dat mandatering van de vervolgingsbeslissing aan niet bij het parket werkzame ambtenaren is uitgesloten (HR 30 oktober 2001, *NJ*

2002, 272/*NJB* 2001, 171). Wanneer sprake is van een bij het parket werkzame ambtenaar echter, blijft enigszins in het ongewisse. De Hoge Raad bepaalde in 2003 dat voor de vraag of sprake is van een bij het parket werkzame ambtenaar, zijn rechtspositie niet beslissend is en evenmin of hij feitelijk bij het parket werkzaam is: het gaat om de vraag of hij wat betreft opleiding, werkzaamheden en inkadering met een parketambtenaar kan worden gelijkgesteld. Meer is het bijzonder is bij deze inkadering vereist dat de uiteindelijke verantwoordelijkheid voor het handelen van de ambtenaar berust bij de hoofdofficier van Justitie en dat deze hem daartoe aanwijzingen kan geven, alsmede dat de ambtenaar zijn werkzaamheden verricht onder de dagelijkse leiding en supervisie van een officier van Justitie (HR 3 juni 2003, *NbSr* 2003, 241/*NJB* 2003, 106).

De aan de officier van Justitie toekomende beslissing tot inhouding van het rijbewijs, evenwel, is wat de Hoge Raad betreft niet vatbaar voor mandatering. Artikel 126 lid 3 RO en in artikel 2 Besluit reorganisatie openbaar ministerie en instelling landelijk parket duidt de gevallen aan, waarin mandatering door het OM aan een ander bij het parket werkzame ambtenaar is uitgesloten. Voor het overige geldt dat mandatering is uitgesloten indien de regeling waarop de bevoegdheid steunt of de aard van de bevoegdheid zich daartegen verzet. Ter zake van de inhouding van het rijbewijs is geen verbod tot mandatering opgenomen. Naar het oordeel van de Hoge Raad verzet de aard van de bevoegdheid zich echter tegen mandatering. De inhouding van het rijbewijs betekent immers dat de betrokkene met directe ingang en voor een bepaalde periode niet meer aan het wegverkeer mag deelnemen voorzover voor die deelneming een rijbewijs is vereist. Dat kan ernstige gevolgen hebben voor iemands professionele werkzaamheden en zijn privé-leven. De bevoegdheid is een dusdanig ingrijpende, dat zij niet kan worden gemandateerd (HR 23 september 2003, *NbSr* 2003, 349/*NJB* 2003, 146).

ONTNEMINGSPROCEDURE

In HR 26 augustus 2002, *NbSr* 2003, 320 bepaalde de Hoge Raad dat het aanwezigheids-

recht als verankerd in artikel 6 lid 3 onder c EVRM ook geldt voor de behandeling van ontnemingszaken. In die zaken geldt eveneens (en uiteraard) de eis van berechting binnen redelijke termijn. In de regel behoort een overschrijding van die termijn in ontnemingszaken te leiden tot vermindering van het te betalen bedrag en de daarmee corresponderende duur van de vervangende hechtenis. Die strekt ertoe om de betrokkene te dwingen aan zijn betalingsverplichting te voldoen. Het hof miskent dit, indien alleen de duur van de vervangende hechtenis (doch niet het te betalen bedrag) wordt verminderd als gevolg van overschrijding van de redelijke termijn (HR 9 september 2003, *NbSr* 2003, 366).

Wat betreft het moment dat de ontnemingsvordering aanhangig wordt gemaakt: daarvoor is op grond van artikel 511b lid 1 Sv beslissend de datum waarop zij is gedateerd. Die datum heeft te gelden als het moment waarop de vordering ter betekening is uitgegaan (HR 9 september 2003, *NbSr* 2003, 367/ *NJB* 2003, 134).

Op 9 december 2003 (*NbSr* 2004, 1/ *NJ* 2004, 199/ *NJB* 2004, 24) bepaalde de Hoge Raad voorts dat uit de parlementaire geschiedenis moet worden afgeleid dat de onder omstandigheden bestaande verplichting tot het doen van mededeling als bedoeld in artikel 311 lid 1 derde volzin Sv – dat een vordering tot ontneming zal worden ingesteld en of daartoe een strafrechtelijk financieel onderzoek zal worden ingesteld – een waarborgfunctie heeft ten behoeve van de betrokkene met het oog op de rechtszekerheid. Daarmee is echter nog niet de vraag beantwoord welk rechtsgevolg dient te worden verbonden aan niet-nakoming. Ten aanzien van artikel 511b lid 12 Sv, inhoudende dat de ontnemingsvordering zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk 2 jaar na de uitspraak in eerste aanleg, aanhangig moet worden gemaakt, volgt uit de wetsgeschiedenis dat overschrijding van die termijn moet leiden tot niet-ontvankelijkheid van de officier. Ten aanzien van het rechtsgevolg van de verplichting ex artikel 311 Sv houdt de wetsgeschiedenis niets in. Uit die geschiedenis moet echter worden afgeleid dat de wetgever heeft willen bereiken dat de betrokkene uiterlijk ten tijde van de afsluiting

van het onderzoek ter terechtzitting in eerste aanleg in de hoofdzaak bekend is met het voorstellen van de officier om een ontnemingsvordering in te dienen en dat in geval van een dergelijke mededeling van de officier van Justitie ter zitting deze wordt vastgelegd in het proces-verbaal van die zitting. Het wettelijk systeem zelf houdt echter de mogelijkheid in dat dit doel niet wordt bereikt. Bovendien behoeft in aangewezen gevallen geen proces-verbaal van de zitting te worden opgemaakt. Verder kan het voorkomen dat de verdachte reeds eerder is gebleken van het voornemen van een ontnemingsvordering. Het voorgaande brengt mee dat het proces-verbaal van de zitting niet de enige bron is waaruit de bekendheid van de verdachte met het voornemen kan blijken. Gelet op een en ander kan evenmin worden aangenomen dat de betrokkene tijdig met het voornemen van de officier van Justitie bekend is geworden, moet leiden tot niet-ontvankelijkheid. Indien een vordering wordt ingediend zonder dat het voornemen daartoe op een wijze als bedoeld in artikel 311 is aangekondigd, zal de rechter bij de beslissing op de vordering moeten nagaan in welke mate de betrokkene door het verzuim in zijn belangen is geschaad en mede aan de hand daarvan dienen te bepalen of dit verzuim dient te leiden tot niet-ontvankelijkheid van de officier in die vordering dan wel tot bijvoorbeeld een vermindering van de betrokkene op te leggen betalingsverplichting (HR 9 december 2003, *NbSr* 2004, 1).

Met het oog op het belang van het voorschrift van artikel 511 Sv dat de ontnemingsvordering uiterlijk 2 jaar na de uitspraak in eerste aanleg in de hoofdzaak wordt aanhangig gemaakt, dient wat de Hoge Raad betreft in rechte vast te staan op welke datum de vordering ter betekening is uitgegaan aan de betrokkene. Indien de schriftelijke vordering tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel zich niet in het dossier bevindt, moet het er in beginsel voor worden gehouden dat zodanige vordering ontbreekt. De enkele omstandigheid dat de rechter de betrokkene heeft veroordeeld tot betaling van een bedrag ter ontneming van dat voordeel is niet voldoende om te kunnen aannemen dat de officier van Justitie een schriftelijke vordering aan betrokkene heeft doen uitgegaan (HR 23 december 2003, *NbSr* 2004, 64/ *NJB* 2004, 29). Dat kan anders zijn indien nadere gegevens komen vast te staan die in verband en samenhang met deze omstandigheid aannemelijk doen zijn dat en wanneer de vordering aanhangig werd gemaakt.

Op grond van artikel 511g lid Sv is artikel 407 Sv op ontnemingszaken van overeenkomstige toepassing. Dat heeft tot gevolg dat ook in ontnemingszaken het hoger beroep slechts kan worden ingesteld tegen het gehele vonnis. De wettelijke mogelijkheid de behandeling in hoger beroep te doen voorafgaan door een schriftelijke voorbereiding (waarin slechts aandacht werd besteed aan de ontvankelijkheid van het OM), doet daar niets aan af (HR 28 januari 2003, *NbSr* 2003, 112).

Indien de schriftelijke vordering tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel zich niet in het dossier bevindt, moet het er in beginsel voor worden gehouden dat zodanige vordering wederrechtelijk aan voornoemd dossier is onttrokken.



Op 1 september 2003 trad overigens een wijziging van de ontnemingsprocedure in werking. Op 7 oktober 2003 deed de Hoge Raad in een dergelijke procedure uitspraak, waarbij de Raad maar meteen ambtshalve het overgangsrecht uitzette. De klacht in cassatie was dat ontneming op de voet van artikel 36e lid 2 Sr na een vrijspraak in strijd is met de onschuldpresumptie. In navolging van zijn arrest d.d. 1 april 2003 (*NbSr* 2003, 187/ *NJ* 2003, 497/ *NJB* 2003, 74) bepaalde de Hoge Raad dat een en ander niet in strijd is met artikel 6 lid 2 EVRM, aangezien de in artikel 511b Sv en volgende geregelde procedure aan de betrokkene de mogelijkheid wordt geboden zich te verdedigen, waartoe mede behoort de gelegenheid aan te (doen) voeren dat en waarom er onvoldoende aanwijzingen bestaan dat de in artikel 36e lid 2 Sr bedoelde feiten door betrokkene zijn begaan of tot enig voordeel hebben geleid. Ambtshalve bepaalde de Hoge Raad daarop dat uit het samenstel van overgangsbepalingen bij de wijziging van de ontnemingsprocedure (waarbij de vervangende hechtenis onder meer is vervangen door lijfswang; zie onder het kopje Wet- en regelgeving) volgt dat de rechter op of na 1 september 2003 gewezen vonnissen of arresten geen voorziening mag opnemen voor het geval volledige betaling noch volledig verhaal volgt. Daaruit volgt volgens de Hoge Raad eveneens dat toepassing van lijfswang achterwege dient te blijven en vervangende hechtenis dient te worden toegepast, indien het vonnis of arrest voor 1 september 2003 onherroepelijk is geworden. Voorzover het gaat om op die datum niet-onherroepelijke vonnissen of arresten kan de vervangende hechtenis niet ten uitvoer worden gelegd. In deze laatste gevallen is het OM volgens de Hoge Raad bevoegd om de tenuitvoerlegging van lijfswang te vorderen. In die gevallen waarin de rechter (na 1 september 2003) vervangende hechtenis beveelt, dient de tenuitvoerlegging daarvan achterwege te blijven en is het OM bevoegd om lijfswang te vorderen (indien volledig betaling en volledig verhaal achterwege blijft) (HR 7 oktober 2003, *NbSr* 2003, 384/ *NJB* 2003, 150).

Strafrechtelijk financieel onderzoek (sfo)

In de wet is niet nader bepaald, wanneer een strafrechtelijk financieel onderzoek (sfo) uiter-

lijk dient te worden ingesteld. Artikel 126 Sv bepaalt slechts, dat het kán worden ingesteld. Uit de wetsgeschiedenis blijkt evenwel dat het sfo vóór aanvang van de terechtzitting in de eigenlijke strafzaak moet zijn ingesteld. De vraag die zich vervolgens heeft voorgedaan, is of daarmee alleen de daadwerkelijke behandeling van de desbetreffende strafzaak is bedoeld, of dat ook een reeds gehouden pro forma-zitting het alsnog instellen van een sfo kan frustreren. De Hoge Raad oordeelde dat dit laatste niet het geval is. Een sfo kan derhalve ook na een pro forma-zitting worden ingesteld (HR 21 januari 2003, *NbSr* 2003, 54/ *NJ* 2003, 217/ *NJB* 2003, 35).

Opmerkelijk is de uitspraak van de Hoge Raad d.d. 9 september 2003, *NbSr* 2003, 370/ *NJ* 2003, 650/ *NJB* 2003, 135. Daarin bepaalde de Hoge Raad dat de officier van Justitie op grond van de wet zelfstandig bevoegd is tot conservatoir beslag in de zin van artikel 94a Sv tot het bewaring van het recht tot verhaal van een op te leggen verplichting tot betaling van een geldbedrag ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel en dat de officier bij een dergelijke beslaglegging niet gebonden is aan het in de eerdere schriftelijke machtiging van de rechter-commissaris bepaalde maximumbedrag waarvoor reeds op grond van artikel 94a lid 2 Sv beslag werd gelegd. Dat volgt volgens de Hoge Raad uit het feit dat een sfo onder verantwoordelijkheid van de officier van Justitie bij uitstek is gericht op de bepaling van het wederrechtelijk genoten voordeel en daarmee op de bepaling van de omvang van het bedrag dat voor verhaalsbeslag in aanmerking komt.

PROCESSTUKKEN

Recht op inzage

Discussie was er in 2003 ook over de bevoegdheid van de verdediging om kennis te nemen van de door het OM neergelegde, althans na de behandeling in de raadkamer aan de griffier van de rechtbank verzonden stukken. In HR 8 juli 2003, *NbSr* 2003, 278/ *NJ* 2003, 636/ *NJB* 2003, 128 bepleitte de verdediging nietigheid van de beschikking, omdat zij niet in de gelegenheid was om kennis te nemen van een faxbericht dat de officier van Justitie na de behan-

deling in de raadkamer verzond aan de griffier van de rechtbank, kennelijk bevattende een samenvatting van de resultaten van het opsporingsonderzoek tegen onder meer klager. De Hoge Raad was het met de verdediging eens. Het in artikel 23 lid 4 Sv neergelegde voorschrift dat de verdediging bevoegd is kennis te nemen van de door het OM neergelegde stukken die op de zaak betrekking hebben en die de basis kunnen vormen van een te nemen beslissing, is vanuit het oogpunt van behoorlijke procesorde van zo wezenlijke betekenis dat niet-inachtneming tot nietigheid van de behandeling en de beschikking meebrengt. De bevoegdheid tot kennisgeving kan slechts worden beperkt, voorzover zich het in artikel 23 lid 5 Sv bedoelde geval voordoet.

Dat laatste correspondeert met een uitspraak van het EHRM d.d. 25 september 2001, *NJ* 2003, 670 (P.G. en J.H. vs. Verenigd Koninkrijk). Daarin bepaalde het EHRM dat het recht op inzage in de processtukken geen absoluut recht is, maar wel één die slechts beperkt kan worden indien dat strikt noodzakelijk is.

... en artikel 51 Sv

De Hoge Raad bepaalde eveneens (en meermalen) dat artikel 51 Sv, waarin is bepaald dat ook de raadsman bevoegd is tot inzage in de processtukken en daar onverwijld een afschrift van behoort te krijgen, van zo grote betekenis is dat, al wordt dit niet uitdrukkelijk in de wet bepaald, de niet-nakoming ervan moet worden geacht aan een geldige behandeling van de zaak ter terechtzitting buiten tegenwoordigheid van de verdachte en diens raadsman in de weg te staan. Dit is slechts anders indien de rechter voor wie de zaak is aangebracht, in redelijkheid mag aannemen dat de verdachte er geen prijs op heeft gesteld, hetzij ter terechtzitting te verschijnen en aldaar zijn raadsman te worden bijgestaan, hetzij in zijn afwezigheid door zijn uitdrukkelijk gemachtigde raadsman het woord ter verdediging te laten voeren. Een goede procesorde brengt voorts mee dat wanneer reden bestaat tot twijfel omtrent het nageleefd zijn van voormeld voorschrift, de rechter – alvorens nadat de zaak is uitgeroepen het onderzoek ter terechtzitting voort te zetten – zich ervan vergewist dat hetzij voormeld voor-

schrift is nageleefd, hetzij een der voormelde uitzonderingsgevallen zich voordoet (HR 25 februari 2003, *NbSr* 2003, 133; HR 1 juli 2003, *NbSr* 2003, 325; HR 23 september 2003, *NbSr* 2003, 356). Een brief van de raadsman dat hij om een toevoeging zal verzoeken heeft in dat verband te gelden als mededeling dat hij de verdachte zal bijstaan (HR 25 februari 2003, *NbSr* 2003, 133).

Kennisneming door de rechter

Geen rechtsregel staat eraan in de weg dat de rechter buiten het verband van de terechtzitting, bijvoorbeeld bij de beraadslaging na sluiting van het onderzoek ter terechtzitting van een aan de processtukken toegevoegde videoband kennisneemt of nader kennisneemt (HR 2 december 2003, *NbSr* 2004, 13/ *NJ* 2004, 152/ *NJB* 2004, 16).

RECHTSHULP

Bij de vraag of op de voet van artikel 552p lid 2 Sv verlop kan worden verleend om de in beslag genomen goederen aan de buitenlandse autoriteiten af te geven, heeft als uitgangspunt te gelden dat, indien het verzoek is gegrond op een verdrag, aan dat verzoek ingevolge artikel 552k lid 1 Sv zoveel mogelijk het verlangde gevolg dient te worden gegeven. Deze bepaling dient aldus te worden verstaan, dat slechts van inwilliging van het verzoek kan worden afgezien indien zich belemmeringen van wezenlijke aard voordoen, die voortvloeien uit het toepasselijke verdrag onderscheidenlijk de wet, in het bijzonder art. 552l Sv, dan wel indien door de inwilliging van het rechtshulpverzoek wordt gehandeld in strijd met fundamentele beginselen van het Nederlands strafprocesrecht (HR 10 december 2002, *NbSr* 2003, 17/ *NJB* 2003, 18; HR 27 mei 2003, *NbSr* 2003, 250/ *NJB* 2003, 101; HR 3 juni 2003, *NbSr* 2003, 238). Daarmee wordt niet in strijd gehandeld, indien verlop wordt verleend nadat een woning is binnengetreden zonder de vereiste schriftelijke machtiging, gezien de aard van het verzuim en de omstandigheid dat de rechter-commissaris de doorzoeking heeft verricht en tot inbeslagname is overgegaan (HR 13 mei 2003, *NbSr* 2003, 259/ *NJ* 2004, 40/ *NJB* 2003, 92).

De Hoge Raad liet daarop volgen dat uit het systeem van de wet volgt dat het van de rechtbank verzochte verlop ex artikel 552p lid 2 Sv slechts is vereist in geval van de afgifte van gegevens die zijn vergaard ter uitvoering van een rechtshulpverzoek. Uit niets blijkt dat de wetgever ook de afgifte van gegevens die reeds – al dan niet door de toepassing van dwangmiddelen – waren vergaard in het kader van een onderzoek in een Nederlandse strafzaak, van voorafgaand verlop afhankelijk heeft willen stellen. Dat brengt mee dat de officier van Justitie geen verlop behoeft, alvorens deze gegevens kunnen worden afgegeven aan de verzoekende buitenlandse autoriteiten. Eveneens voorziet de wet niet in het doen van beklag tegen het voorname van de officier tot afgifte van de onder hem berustende gegevens aan de verzoekende buitenlandse autoriteiten (HR 17 juni 2003, *NbSr* 2003, 339/ *NJ* 2003, 634/ *NJB* 2003, 119).

Ook in gevallen als deze is de 'schutznorm' van toepassing. Zo bepaalde de Hoge Raad dat de bepaling dat aan het verzoek om rechtshulp geen gevolg wordt gegeven ten behoeve van een onderzoek naar feiten ter zake waarvan de verdachte in Nederland wordt vervolgd, niet tevens tot bescherming strekt van het belang van de eventueel in Nederland vervolgte medeverdachte van de verdachte op wie het verzoek betrekking heeft (HR 25 november 2003, *NbSr* 2004, 16/ *NJB* 2004, 14).

RECHTSMIDDELEN

... en de NN-verdachte

Eerder bepaalde de Hoge Raad reeds dat uit art. 449-452 Sv moet worden afgeleid dat een verdachte te wiens laste een rechterlijke beslissing is gewezen waarin hij op andere wijze dan bij naam is aangeduid, geen rechtsmiddel tegen een eindspraak kan aanwenden anders dan onder bekendmaking van zijn persoonsgegevens (HR 27 februari 2001, *NJ* 2001, 499). In HR 24 juni 2003, *NbSr* 2003, 333/ *NJ* 2003, 543/ *NJB* 2003, 120, werd de Hoge Raad geconfronteerd met het argument dat aldus inbreuk wordt gemaakt op de verklaringvrijheid van de verdachte in het kader van de bewijsvergaring. De Hoge Raad casseert niet. Volgens de Raad is geen sprake van een inbreuk op de verklarings-

vrijheid in het kader van de bewijsvergaring en kan het vereiste voor het aanwenden van een rechtsmiddel niet worden beschouwd als een disproportionele beperking van het recht op toegang op de hogere rechter.

Hoger beroep

De regel dat conform artikel 408 lid 1 sub b Sv binnen 14 dagen na de eindspraak hoger beroep moet worden ingesteld, lijdt geen uitzondering als verdachte of zijn raadsman niet binnen deze termijn kennis hebben kunnen nemen van de inhoud van de uitspraak. In casu is er echter mogelijk sprake van verschoonbare termijnoverschrijding, nu het ernstig vermoeden rijst dat aan de verdachte door een ambtenaar van de griffie is medegedeeld dat niet bekend was of er op de zittingsdag een uitspraak was gedaan, in welk geval tevens moet worden aangenomen dat ook het dictum van die uitspraak niet aan de verdachte is medegedeeld (HR 8 oktober 2002, *NbSr* 2002, 270/ *NJ* 2003, 498/ *NJB* 2002, 151).

Herhaald zij hier dat in het geval van confraternele hulp bij het aanwenden van een rechtsmiddel, de raadsman die hoger beroep instelt niet zelf gemachtigd hoeft te zijn, zolang de raadsman van de verdachte daartoe maar bepaaldelijk is gemachtigd (HR 11 februari 2003, *NbSr* 2003, 97/ *NJB* 2003, 45). Indien de advocaat daarop het hoger beroep intrekt, mag de verdachte overigens bestrijden dat deze daartoe bepaaldelijk is gevolmachtigd. In dat geval dient het gerecht daarnaar onderzoek te doen (Hof Amsterdam 17 december 2002, *NbSr* 2003, 63/ *NJ* 2003, 278).

In zijn uitspraak d.d. 11 februari 2003, *NbSr* 2003, 97/ *NJB* 2003, 45 bepaalde de Hoge Raad dat tegen de uitspraken in de hoofdzaak en de ontnemingszaak afzonderlijk hoger beroep dient te worden ingesteld. Nu een uitspraak gegeven op een vordering als bedoeld in artikel 36e Sr geen deel uitmaakt van de uitspraak waarbij de verdachte is veroordeeld ter zake van het feit waarop die vordering betrekking heeft, immers, dient uitgangspunt te zijn dat tegen die onderscheiden uitspraken afzonderlijk het daartegen openstaande rechtsmiddel moet worden ingesteld. De vraag of in een voorkomend

geval het hoger beroep zich al of niet tot beide uitspraken uitstrekt, dient te worden beantwoord aan de hand van de daartoe opgemaakte appèlakte(s). De enkele omstandigheid dat slechts één akte is opgemaakt is niet beslissend, in het bijzonder niet indien in die akte niet is gespecificeerd om welke uitspraken van de rechtbank het gaat en de hoofdzaak en ontnemingszaak eenzelfde parketnummer dragen en op dezelfde dag tot een uitspraak van de rechtbank hebben geleid. De uitleg van de appèlakte is voorbehouden aan het gerecht die over de feiten oordeelt, zij het dat die uitslag in cassatie op motiveringsgebreken kan worden getoetst (HR 11 februari 2003, *NbSr* 2003, 97).

De omvang van het hoger beroep kwam ter sprake in HR 28 januari 2003, *NbSr* 2003, 112/ *NJ* 2003, 247/ *NJB* 2003, 39. Bij de schriftelijke voorbereiding ex artikel 511g Sv werden in die zaak uitsluitend grieven naar voren gebracht ten aanzien van de verwerping van het verweer dat het OM niet-ontvankelijk zou zijn in haar vordering. Het hof achtte de omvang van het hoger beroep om die reden beperkt tot het beroep op niet-ontvankelijkheid van het OM. Ten onrechte, zo oordeelde de Hoge Raad, aangezien in hoger beroep een nieuwe behandeling en beoordeling van de gehele zaak plaatsvonden.

De vraag naar de omvang van het hoger beroep kwam eveneens ter sprake in HR 14 januari 2003 (*NbSr* 2003, 57/ *NJ* 2003, 115). Daar betrof het de situatie dat de verdachte in eerste aanleg werd veroordeeld wegens twee gevoegde strafzaken (A en B). Daarnaast oordeelde de rechter in eerste aanleg over een vordering tot tenuitvoerlegging van een eerder opgelegde, voorwaardelijke gevangenisstraf (C). De verdachte stelde hoger beroep in, maar trok het hoger beroep in voorzover het betrof de zaken A en C.¹ Het hof sprak zich over deze laatste zaak dan ook niet uit. Ten onrechte, volgens A-G Machielse. Een verdachte kan zijn hoger beroep immers niet beperken tot onderdelen van zijn veroordeling. De Hoge Raad oordeelde evenwel dat het hof artikel 407 Sv niet miskende, door te oordelen dat het hoger beroep beperkt was tot één van de gevoegde zaken. Artikel 407 Sv brengt immers mee dat, indien de vordering tot

tenuitvoerlegging berust op het zich schuldig maken aan een strafbaar feit dat niet aan het oordeel van de appèlrechter is onderworpen, de appèlrechter evenmin mag oordelen over de daarop gegronde vordering.²

In HR 30 september 2003, *NbSr* 2003, 390/ *NJ* 2004, 165 bepaalde de Hoge Raad ten slotte nog dat de rechter in hoger beroep gehouden is uitdrukkelijk en gemotiveerd te responderen op het verweer dat de rechter in eerste aanleg ten onrechte een wijziging van de tenlastelegging in de zin van artikel 313 Sv toestond. Maatstaf daarbij is of de in de aanvankelijke tenlastelegging opgenomen gedragingen hetzelfde feit in de zin van artikel 313 lid 2 Sv in verbinding met artikel 68 Sr opleveren.

Indien in hoger beroep een verweer wordt gevoerd waarvan de verwerping in beginsel uitdrukkelijk en gemotiveerd dient te geschieden en niet wordt volstaan met louter herhaling van het in eerste aanleg gevoerde verweer waarop in eerste aanleg uitdrukkelijk en voldoende gemotiveerd is betwist, is de appèlrechter eveneens gehouden daarop zelfstandig uitdrukkelijk en gemotiveerd te beslissen (HR 25 november 2003, *NbSr* 2004, 22).

Cassatie

Zoals bekend kan in cassatie niet voor het eerst worden geklaagd over de wijze van betekening van de dagvaarding of het miskennen van regels in verband met het aanwezigheidsrecht, indien de raadsman een klacht aan de feitenrechter heeft kunnen voorleggen en dat niet heeft gedaan (HR 1 april 2003, *NbSr* 2003, 188). In cassatie kan evenmin worden geklaagd over het verzuim om in eerste aanleg een raadsman toe te voegen, indien daarover in hoger beroep niet is geklaagd (HR 7 oktober 2003, *NbSr* 2003, 410/ *NJ* 2004, 77), noch over het feit dat artikel 51 tweede volzin niet zou zijn nageleefd, indien dat in feitelijke aanleg niet is aangevoerd (HR 28 oktober 2003, *NbSr* 2003, 434, *NJB* 2003, 171).

En indien in het cassatiemiddel niet wordt geklaagd over een jegens de verdachte gemaakte inbreuk op artikel 6 lid 1 EVRM ten gevolge van tijdsverloop na de uitspraak waartegen cassatieberoep is ingesteld, doch slechts van de verwachting dat de Hoge Raad een dergelijke inbreuk zal maken, voldoet het aangevoerde niet aan de aan een cassatiemiddel te stellen eisen. Het beroep in cassatie is alsdan niet-ontvankelijk (HR 22 oktober 2002, *NJ* 2003, 154/ *NJB* 2002, 155).

REDELIJKE TERMIJN (OVERSCHRIJDING VAN)

De vraag naar de redelijke termijn kwam eveneens aan de orde in HR 3 juni 2003, *NbSr* 2003, 244. Eerder bepaalde de Hoge Raad reeds dat van overschrijding van de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6 lid 1 EVRM sprake kan zijn, indien op grond van artikel 366 Sv een verstekmededeling dient te worden betekend, en bij die betekening niet de nodige voortvarendheid heeft betracht. Volgens zijn arrest d.d. 3 oktober 2000, *NbSr* 2000, 223/ *NJ* 2000, 721, is van een dergelijke vertraging in elk geval geen spra-

En dan moet je dan kunnen tonen dat je iets hebt getracht ...



ke, indien de verstekmededeling binnen 1 jaar na de uitspraak rechtsgeldig werd betekend aan de griffier en indien tevens blijkt dat het OM vervolgens ten minste eenmaal per jaar heeft getracht de verstekmededeling alsnog te betekenen aan de verdachte in persoon, dan wel overeenkomstig artikel 588 lid 2 of 3 Sv. In het arrest van 3 juni 2003 bepaalde de Hoge Raad daarop volgend, dat indien uit de stukken niet blijkt dat het Openbaar Ministerie ten minste eenmaal per jaar heeft getracht de verstekmededeling te betekenen in de zin van artikel 588 lid 2 of 3 Sv, de vertraging geheel voor rekening van het Openbaar Ministerie dient te blijven. Dat kan tot gevolg hebben – zoals in casu – dat de redelijke termijn is overschrijden, afhankelijk van de periode die na de eerste betekening (aan de griffier) passeerde.

Aan een verdachte die cassatie heeft ingesteld, zo bepaalde de Hoge Raad eerder, kan niet het recht worden ontzegd om zich bij wege van een middel van cassatie te beklagen over de gemaakte inbreuk op artikel 6 lid 1 EVRM als gevolg van tijdsverloop na de uitspraak waartegen cassatieberoep werd ingesteld (HR 22 oktober 2002, NJ 2003, 155). Een dergelijke klacht is echter slechts gegrond, indien sedert het instellen van cassatie meer dan 8 maanden zijn verstreken. Cassatie betreffende de verwachting dat de Hoge Raad een inbreuk zou maken op artikel 6 lid 1 EVRM ten gevolge van tijdsverloop na de uitspraak waartegen het cassatieberoep werd ingesteld, daarentegen, voldoet niet aan de aan een cassatiemiddel te stellen eisen (HR 22 oktober 2002, NJ 2003, 154/ NJB 2002, 155).

STRAFTOEMETING

Op het gebied van straftoemeting bepaalde de Hoge Raad dat de oriëntatiepunten van de landelijke commissie voor straftoemeting van de rechterlijke macht geen recht zijn in de zin van artikel 79 Wet op de Rechterlijke Organisatie (Wet RO), omdat zij niet afkomstig zijn van een instantie die de bevoegdheid heeft rechters te binden wat betreft het gebruik dat zij maken van de door de wetgever gelaten ruimte (HR 3 december

2002, NbSr 2003, 22/ NJ 2003, 570/ NJB 2003, 12). Die beslissing is op zijn minst genomen opmerkelijk, omdat de gepubliceerde beleidsregels van het Openbaar Ministerie evenmin afkomstig zijn van een instantie die de bevoegdheid heeft rechters te binden, maar desalniettemin wel recht in de zin van artikel 79 Wet RO vertegenwoordigen.

De Hoge Raad bepaalde voorts (doch bepaald niet ten overvloede) dat bij de straftoemeting geen rekening mag worden gehouden met de omstandigheid dat de verdachte blijkt het documentatieregister opnieuw wordt verdacht (dus niet onherroepelijk is veroordeeld) van een strafbaar feit, aangezien (a) uit de enkele omstandigheid van verdenking en vervolging nog niet volgt dat de verdachte die delicten heeft begaan en (b) de verdachte zich ter zitting ook niet heeft uitgelaten over de vraag of hij deze delicten had dan niet heeft begaan (HR 21 oktober 2003, NbSr 2003, 438/ NJB 2003, 166).

VORMVERZUIJEN EN ARTIKEL 359A SV

Ook in 2003 werd door de advocatuur met enige regelmaat een beroep gedaan op het argument dat door politie en/of justitie essentiële vormen werden verzuimd, onder verwijzing naar toepassing van artikel 359a Sv. In de cassatieschriften die naar aanleiding daarvan de Hoge Raad bereikten, zag de raad aanleiding

om de jurisprudentie op het gebied van artikel 359a Sv verder uit te bouwen. Daarbij bepaalde de Hoge Raad onder meer dat indien een natuurlijke of rechtspersoon (zoals bijvoorbeeld een detectivebureau) voorafgaand of tijdens het voorbereidend onderzoek onderzoekshandelingen heeft verricht en daarbij onrechtmatig heeft gehandeld zonder wetenschap of bemoeienis van opsporingsambtenaren of het Openbaar Ministerie, de sanctie van niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie niet in aanmerking komt. Hooguit kan in dat geval bewijsuitsluiting volgen. Voor niet-ontvankelijkheid is immers sinds enkele jaren vereist dat sprake is van ernstige schending van beginselen van een behoorlijke procesorde of veronachtzaming van de rechten van de verdediging (HR 14 januari 2003, NbSr 2003, 60/ NJ 2003, 288/ NJB 2003, 28; HR 18 maart 2003, NbSr 2003, 168/ NJ 2003, 527/ NJB 2003, 64; HR 1 april 2003, NbSr 2003, 191; HR 8 juli 2003, NbSr 2003, 280/ NJ 2003, 711/ NJB 2003, 129). In laatstgenoemde (IRT-)zaak voegde de Hoge Raad daaraan toe dat niet-ontvankelijkheid van het OM in beginsel *niet* gebaseerd kan worden op eventueel jegens anderen dan de verdachte gepleegde onrechtmatigheden, tenzij het, zoals de Hoge Raad bepaalde in HR 3 juli 2001, NbSr 2001, 188/ NJ 2002, 8/ NJB 2001, 138, gaat om schending van fundamentele, de grondslag van het strafproces rakende beginselen. Die situatie echter, deed zich hier niet voor.

Illustratief voor de (zeer) beperkte kans van slagen dat het Openbaar Ministerie inderdaad niet-ontvankelijk wordt verklaard wegens ernstige schending, is (onder meer) de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam d.d. 28 maart 2003, NbSr 2003, 179, in één van de zogenaamde Clickfonds-zaken. Daarin oordeelde de rechtbank dat de omstandigheid dat (a) ten tijde van het openen van het gerechtelijk vooronderzoek geen redelijk vermoeden van schuld bestond, (b) het OM zeer onzorgvuldig handelde door de rechter-commissaris informatie te onthouden die essentieel was voor de beoordeling van de vordering gerechtelijk vooronderzoek, (c) de gang van zaken rond de opstelling en indiening van het



rechtshulpverzoek vergaand slordig en onachtzaam was, (d) het de officier van Justitie kon worden aangerekend dat op ambtseed en -belofte zaken werden gerelateerd door opsporingsambtenaren waarvan zij wisten of hadden kunnen weten dat die niet de juiste gang van zaken weergaven, (e) de officier zich meermalen onzorgvuldig had uitgelaten tegenover derden en enkele belangrijke processtukken onjuistheden bevatten of onvolledig waren, terwijl (f) de redelijke termijn werd overschreden, *niet* tot niet-ontvankelijkheid, doch (slechts) tot strafvermindering aanleiding gaf op de voet van artikel 359a Sv.

Een onnodige inverzekeringstelling, omdat het verhoor ook door de politie daaraan voorafgaand had kunnen geschieden, kan evenmin tot het oordeel leiden dat aan het recht van de verdachte op een eerlijke behandeling van zijn zaak tekort is gedaan (HR 15 april 2003, *NbSr* 2003, 208/ *NJ* 2003, 419/ *NJB* 2003, 84), zoals ook de vroegtijdige en daarmee (aan onrechtmatige – en aan het Openbaar Ministerie toerekenbare – vernietiging van een zedenset volgens de Hoge Raad niet tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie behoeft te leiden, in aanmerking genomen dat de aangeefster als getuige is gehoord en het gevraagde onderzoek in redelijkheid niet tot de slotsom zou hebben kunnen leiden dat aangeefster op het desbetreffende punt meined zou hebben gepleegd (HR 30 september 2003, *NbSr* 2003, 388/ *NJ* 2004, 53).

In herinnering roept de Hoge Raad daarbij dat artikel 359a Sv alleen ziet op onherstelbare vormverzuimen. Dit betekent dat de rechter die op de voet van artikel 359a Sv vanwege het in eerste aanleg begane – en in hoger beroep herstelde – verzuim dat niet alle van belang zijnde stukken in het dossier zijn gevoegd, en dat aanmerkt als een schending van beginselen van een behoorlijke procesorde, tot strafvermindering besluit, niet behoeft aan te geven dat en in hoeverre hij de straf in verband daarmee vermindert. Artikel 359a Sv is op die situatie, nu het verzuim hersteld is, immers niet van toepassing (HR 1 juli 2003, *NbSr* 2003, 324/ *NJ* 2003, 695/ *NJB* 2003, 124).

Artikel 359a Sv is evenmin van toepassing, indien het voorschrift waarvan de toepassing werd verzuimd, niet strekt tot bescherming van het belang van de verdachte. Zoals blijkt uit HR 9 december 2003, *NbSr* 2004, 3/ *NJ* 2004, 132 strekt het voorschrift in de Aanwijzing opsporingsbevoegdheden, betreffende regel dat informatie afkomstig van informanten uitsluitend door middel van een proces-verbaal van het hoofd CIE aan derden wordt verstrekt, niet tot bescherming van de belangen van de verdachte, zodat artikel 359a Sv geen toepassing vindt.

In de tussentijd boog ook het EHRM zich over de rechtmatigheid van bewijsverkrijging op instigatie van Nederlandse opsporingsambtenaren. Het EHRM oordeelde daarbij dat het op instigatie en met behulp van de politie onder goedkeuring van het OM met het oog op verkrijgen van bewijsmateriaal sturen van de inhoud van een telefoongesprek en het openen van dat gesprek door een privé-persoon een inbreuk betekent op het in artikel 8 EVRM neergelegde recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, die bovendien niet is voorzien in het nationale recht. Het EHRM stelde vast dat de politie de privé-persoon suggereerde om de telefoongesprekken met de verdachte te tappen, met toestemming van de officier van Justitie een cassetterecorder op de telefoon aansloten, haar suggesties aan de hand deden voor de inhoud van het gesprek en haar bovendien instrueerden hoe de recorder te gebruiken. Dat ging het Europese Hof, gezien de Nederlandse wetgeving op het punt van telefoontaps, bepaald te ver (EHRM 8 april 2003, *NbSr* 2003, 185/ *NJB* 2003, 18 (M.M. vs. Nederland).

Eerder bepaalde het EHRM reeds dat het gebruik van in de cel- en bezoekersruimte verborgen audio- en beeldapparatuur strijdig is met artikel 8 EVRM, indien in het gebruik daarvan niet in (bindende en toegankelijk) wet- en regelgeving is voorzien. Zie daartoe *Allen vs. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 5 november 2002, *NJ* 2004, 262/ *NJB* 2003, 2. Zie ook P.G. en J.H. tegen het Verenigd Koninkrijk, EHRM 25 september 2001, *NJ* 2003, 670. Volgens laatstgenoemde uitspraak vallen ook stemopnames verkregen door het gebruik van verborgen afluisterapparatuur en gebruik voor het uitvoeren

van stemherkenning, onder het bereik van artikel 8 EVRM.

Ontvankelijkheid OM en beginselen goede procesorde

De vraag naar de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie deed zich ook voor in HR 24 juni 2003, *NbSr* 2003, 284/ *NJ* 2003, 544/ *NJB* 2003, 121, maar dan vanwege een verandering in de gepubliceerde beleidsregels ter zake van de opsporing en vervolging van strafbare feiten. Op het moment dat de inleidende dagvaarding in de desbetreffende zaak werd uitgebracht, indiceerde de Richtlijn Opiumwet (harddrugs) een geldtransactie. Verdachte werd desalniettemin vervolgd, hoewel daarvoor geen bijzondere omstandigheden aan te wijzen waren. Verdachte had dan ook, zo stelde de verdediging, een dergelijke transactie aangeboden moeten krijgen. Het hof deelde die mening. Blijkens de inhoud van de richtlijn voor Strafvordering Opiumwet d.d. 2 november 2000, zo stelde het hof vast, geldt die aanwijzing vanaf de datum van inwerkingtreding. Het hof neemt aan dat hetzelfde uitgangspunt (dus ook) geldt voor de nieuwe richtlijn. Het hof verklaarde daarop het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk in de vervolging. Ten onrechte evenwel, volgens de Hoge Raad. De Hoge Raad deelde daarbij de mening dat in geval van verandering van gepubliceerde beleidsregels de nieuwe beleidsregels dienen te worden toegepast, tenzij daarin uitdrukkelijk anders is bepaald. Dagvaarden in plaats van het aanbieden van een transactievoorstel zoals de richtlijnen van het OM voorschrijven, behoeft evenwel naar het oordeel van de Hoge Raad niet zonder meer te leiden tot niet-ontvankelijkheid van het OM. Bijzondere omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat dit achterwege blijft. In voorkomende gevallen kan het geschonden belang immers voldoende worden gecompenseerd doordat ter terechtzitting door het Openbaar Ministerie een straf wordt gevorderd overeenkomstig een gebruikelijk transactieaanbod en de rechter bij zijn beslissing ervan doet blijken dat verzuim in zijn beoordeling te hebben betrokken.

VERZOEKSCRIFTEN EX ARTIKEL 591A SV

In de tussentijd bogen de hoven zich over de vraag van kosten van rechtsbijstand die door de gewezen verdachte zijn gemaakt, indien de zaak eindigt zonder oplegging van een straf of maatregel en zonder dat toepassing is gegeven aan artikel 9a Sr en indien eerder een toevoeging aan de verdachte werd verleend.

De Rechtbank Haarlem bepaalde in dat kader dat geen vergoeding wordt toegekend voor de kosten van de gekozen raadsman na vrijspraak, indien de gewezen verdachte geen gebruik heeft gemaakt van de voor haar openstaande mogelijkheid een raadsman toegevoegd te krijgen (Rb. Haarlem 19 september 2002, *NbSr* 2002, 294/ *NJ* 2003, 28). Vergelijkbare uitspraken deed het Hof Amsterdam (26 februari 2003, *NbSr* 2003, 193) en het Hof Den Haag (23 september 2003, *NbSr* 2004, 28); indien verzoeker gebruik had kunnen maken van een afgegeven en niet ingetrokken toevoeging, is geen vergoeding ex 591a Sv mogelijk. In een exact identieke situatie echter, bepaalde het Hof Den Bosch dat er wel degelijk een aanspraak ex artikel 591a Sv bestond (Hof Den Bosch 28 mei 2003, *NbSr* 2003, 293).

Het Hof Den Bosch bepaalde eveneens dat de procedure ex artikel 12 Sv binnen het bereik valt van het begrip zaak in artikel 591a Sv (Hof Den Bosch 21 mei 2003, *NbSr* 2003, 294/ *NJ* 2003, 447) en dat voor de toepassing van artikel 591a Sv de beklagde die niet wordt vervolgd dient te worden gelijkgesteld met een gewezen verdachte (Hof Den Bosch 21 mei 2003, *NbSr* 2003, 294).

De Hoge Raad deed over de kwestie uitspraak op 15 juni 2004, in een cassatieprocedure in het belang der wet. Daarin bepaalde de Hoge Raad dat in het geval van een toevoeging *geen* gebruik kan worden gemaakt van artikel 591a Sv. Met het in het Wetboek van Strafvordering voorziene systeem van rechtsbijstand aan verdachten is volgens de Hoge Raad niet verenigbaar dat de raadsman die in een strafzaak was toegevoegd, nadat de zaak in geëindigd, alsnog als gekozen raadsman komt te gelden. In het wetboek is voorts niet voorzien in de mogelijkheid van een voorwaardelijke toevoeging die komt te verval-

len indien de gewezen verdachte, nadat de zaak is geëindigd, in aanmerking komt voor toekenning van een vergoeding op de voet van artikel 591a lid 2 Sv.³

Het EHRM werd met de verzoekschriftprocedure ex artikel 591a Sv (en artikel 89 Sv) geconfronteerd in *Baars vs. Nederland* (EHRM 28 oktober 2003, *NJ* 2004, 261/ *NJB* 2003, 55). In de desbetreffende zaak werd het verzoek om financiële compensatie ex artikel 89 en 591a Sv afgewezen, met verwijzing naar het feit dat uit de veroordeling van de medeverdachte van klager volgende dat klager het strafbare feit tezamen met de medeverdachte pleegde. Het Openbaar Ministerie werd in de zaak tegen klager niet-ontvankelijk verklaard, wegens schending van de redelijke termijn. Het gerechtshof concludeerde dat indien het Openbaar Ministerie wel-ontvankelijk zou zijn verklaard, klager met grote mate van waarschijnlijkheid zou zijn veroordeeld. Het EHRM concludeerde tot schending van artikel 6 lid 2 EVRM, nu het gerechtshof klager in wezen schuldig bevond, zonder dat klager gebruik kon maken van de hem op grond van artikel 6 EVMR toegekende verdedigingsrechten.

WET- EN REGELGEVING

In 2003 trad onder meer de *Wet op de herziening van vonnissen* na uitspraak van het EHRM d.d. 12 september 2002 in werking (datum inwerkingtreding 1 januari 2003). Deze wetswijziging heeft de mogelijkheid geopend om een Nederlandse strafzaak (middels herziening) te heropenen, na de vaststelling door het EHRM dat het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens werd geschonden in de strafprocedure tegen klager. Op grond van de ingevoerde bepalingen kan de Hoge Raad de zaak in herziening hetzij zelf afdoen, hetzij de zaak verwijzen naar een gerechtshof om alle feiten van de zaak opnieuw te beoordelen. In dat geval volgt een nieuwe behandeling van de zaak, waarna de verdachte alsnog kan worden veroordeeld, vrijgesproken of ontslagen van alle rechtsvervolgging. Met deze wet is eveneens de mogelijkheid geopend om de tenuitvoerlegging te schorsen hangende de beslissing op de herzieningsaanvraag (*Stb.* 2002, 600/479).

Eveneens op 1 januari 2003 trad in werking de wet van 31 oktober 2002, betreffende de mogelijkheid van *cassatie tegen vrijspraken* (*Stb.* 2002, 601/539). Met de inwerkingtreding van genoemde wet is artikel 430 Sv vervallen.

Op 1 juni 2003 trad in werking de *gewijzigde Gratiewet (Wet stroomlijning procedure behandeling gratieverzoeken)*, alsmede de daarbijbehorende *circulaire Gratiewet*. Op grond van de gewijzigde Gratiewet worden gratieverzoeken alleen in behandeling genomen, indien zij zijn voorzien van duidelijke argumentatie. Indien dat niet het geval is, of indien het gratieverzoek binnen 3 maanden na het vonnis dan wel binnen een jaar na afwijzing van een eerder verzoek is ingediend, wordt de verkorte procedure gevolgd. De circulaire heeft betrekking op de schorsende werking van een gratieverzoek. Hoofregel daarbij is dat indien door het Openbaar Ministerie nog geen handeling is verricht, gericht op het bewerkstelligen van de uitvoering van de straf of maatregel, aan het gratieverzoek in beginsel nog schorsende werking kan worden toegekend. Indien en voorzover aan het gratieverzoek niet van rechtswege schorsende werking toekomt, zal die werking op grond van de circulaire alleen worden verleend, indien het op grond van de door verzoeker verstrekte informatie hoogstwaarschijnlijk is dat het verzoek zal worden ingewilligd. Daarvan zal slechts in uitzonderingssituatie sprake zijn (*Stb.* 2003, 156/*Stb.* 2002, 551).

In 2003 trad voorts in werking de wetswijziging strekkende tot *invoering van de raadsheer-commissaris bij de gerechtshoven*, alsmede tot de mogelijkheid (onder bepaalde voorwaarden) dat één van de leden van de strafkamer buiten de zitting door de kamer wordt opgedragen onderzoek te verrichten, en daarna aan het vervolg van de berechting blijft deelnemen. Bij deze wetswijziging is voorts wettelijk verankerd dat het onderzoek opnieuw dient aan te vangen indien de samenstelling van de strafkamer veranderd is, tenzij het Openbaar Ministerie en de verdachte met voortzetting in de stand waarin het onderzoek werd aangehouden, instemmen. Daarnaast is bij genoemde wetswijziging de termijn waarbinnen de verdachte voorafgaande aan de terechtzitting getuigen en deskundigen dient op te geven teneinde hen

voor die zitting te doen oproepen, verlengd van 3 naar 10 dagen (Wet van 3 april 2003, *Stb.* 2003, 260/143; inwerkingtreding 1 juli 2003).

Op 1 september 2003 trad daarop in werking de wet betreffende *DNA-onderzoek naar uiterlijk waarneembare persoonskenmerken* (Wet van 8 mei 2003, *Stb.* 2003, 321/201). Als gevolg daarvan is de definitie van DNA-onderzoek in artikel 138a Sv uitgebreid en zijn twee nieuwe artikelen toe-

gevoegd, te weten artikel 151d Sv en artikel 195f Sv. Op basis van de gewijzigde wet is het mogelijk om bij misdrijven als bedoeld in artikel 67 Sv de identiteit van een onbekende verdachte te achterhalen door het DNA-onderzoek te gebruiken om uiterlijk waarneembare persoonskenmerken zichtbaar te maken. Welke persoonskenmerken mogen worden onderzocht, is vastgelegd in een AMvB.

Van diezelfde datum is de (inwerkingtreding van de) *Wet aanpassing ontnemingswetgeving*. Door middel van deze wijziging is het mogelijk lijfswang toe te passen en op die wijze de betalingsverplichting betreffende het wederrechtelijk verkregen voordeel af te dwingen. De mogelijkheid tot vervangende hechtenis is daarmee verval-

len. Door middel van deze wijziging zijn eveneens de mogelijkheden tot conservatoir beslag uitgebreid. Op grond van het ingevoerde artikel 94a lid 3 Sv is het thans mogelijk om dergelijk beslag (ook) te leggen op voorwerpen die aan derden toebehoren, ter bewaring van het recht tot verhaal van hetzij een op te leggen geldboete, hetzij een ontnemingsvordering, indien die derde wist of redelijkerwijs kon vermoeden dat de voorwerpen van enig misdrijf afkomstig waren (art. 94a lid 3

en 4 Sv). De bepaling is bedoeld om te voorkomen dat voorwerpen of geldbedragen worden 'weggesluisd' in de aanloop naar het conservatoir beslag (*Stb.* 2003, 321/ *Stb.* 2003, 202).

Niet van het prototype wetgeving, maar niet minder van belang voor de strafrechtpraktijk betreft een op 6 november 2003 door het Europese Parlement aangenomen *Resolutie*, waarin aanbevelingen worden gedaan op het gebied van *procedurele waarborgen* voor verdachten in de Europese Unie. Voor de Nederlandse praktijk zonder meer relevant daarbij is (onder meer) dat het Europese Parlement de mening is toegedaan dat het recht op rechtsbijstand elke fase en instantie van de procedure dient te omvatten, waaronder de aanwezigheid bij elke ondervraging van de verdachte. Zie meer uitgebreid *NbSr* 2003, p. 1048-1051. ●

NOTEN

- 1 Zoals eveneens blijkt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad, is de appèlakte daarbij bepalend. Indien het appèlschriftuur zich wel, doch de appèlakte zich niet beperkt tot bepaalde feiten, is het OM ontvankelijk in haar beroep tegen alle feiten. HR 8 juli 2003, *NJ* 2003, 649/ *NJB* 2003, 130.
- 2 Dit is slechts anders, indien het Openbaar Ministerie de vordering tot tenuitvoerlegging in hoger beroep zou hebben gewijzigd. Zie daartoe HR 20 maart 2001, *NJ* 2001, 353/ *NJB* 2001, 79.
- 3 HR 15 juni 2004 (www.rechtspraak.nl, LJN-nummer A04098).



(advertentie)

VERMOEDENS?

 **DÖRR BEDRIJFSRECHERCHE**
RECHERCHE- EN ADVIESBUREAU

010 - 212 49 23
www.dorr-recherche.nl