

ADVOCATENBLAD

Kronieken, nr. 4 | 2013

Kronieken
**FORMEEL EN
MATERIEEL
STRAFRECHT**

Sdu UITGEVERS

NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN





3

Formeel strafrecht

- | | | | |
|----|---------------------------------------|----|---|
| 4 | Aanhouden en staande houden | 21 | Salduz |
| 4 | Aanwezigheid en gemachtigd raadsman | 21 | Schriftelijke bescheiden/ anonieme getuigen |
| 5 | Art. 89 Sv | 21 | Stealth sms |
| 5 | Art. 591a Sv | 22 | Uitdrukkelijk onderbouwd standpunt |
| 6 | Berekening | 22 | Voordeelsontneming |
| 6 | Beslag en beklag | 22 | Formaliteiten |
| 6 | Bevoegde rechter | 22 | Vordering benadeelde partij |
| 7 | Bewijs en motivering | 23 | Vormverzuimen |
| 7 | Unus testis nullus testis | 23 | Vrijheidsbenemende dwangmiddelen |
| 7 | Bewijsmotivering | 23 | Gevangenneming |
| 7 | Binnentreden | 23 | Gevangenhouding |
| 8 | BOB | 23 | Gesloten stelsel van rechtsmiddelen |
| 8 | OM niet-ontvankelijk | 24 | Zwijgrecht |
| 9 | Processtukken | 24 | Wet- en regelgeving |
| 9 | Rechtsmiddelen | 24 | Nieuwe wetten |
| 9 | Rechtsmiddelenperikelen | 25 | Wetsvoorstellen |
| 10 | Appelschriftuur | | |
| 10 | (Verschoonbare) termijnoverschrijding | | |



16

Materieel strafrecht

Algemene leerstukken

- 17 Medeplegen
- 18 Noodweer
- 18 Voorbedachten rade

Specifieke delicten

- 19 Mensenhandel
- 20 Verduistering
- 21 Virtuele kinderporno
- 21 Witwassen
- 22 Zedendelicten
- 22 Ontuchtige handelingen
- 23 Verkrachting



Colofon

93e jaargang

Het *Advocatenblad*, het officiële orgaan van de Nederlandse Orde van Advocaten, verschijnt 12 keer per jaar (elke laatste donderdag van de maand) en wordt uitgegeven door Sdu Uitgevers. De van de Orde onafhankelijke redactie stelt de inhoud samen.

Hoofdredacteur
Robert Stiphout

Samenstelling
Mark Maathuis

Redactie
mr. K.A. Boshouwers
mr. A. Groenewoud
mr. M.R. Maathuis
mr. R. Malewicz
mr. C.C. Oberman
mr. M.A.R.C. Padberg
mr. L.H. Rammeloo
mr. drs. Th.C. van Schagen
mr. B.J.R. Van Tongeren

Beeldredactie
Charlotte Helmer

Contact
Reacties kunnen naar mailadres redactie@advocatenblad.nl

Vormgeving
Dimdim, Den Haag

Correctie
Sandra Braakmann

Illustraties
Floris Tilanus

Druk
Senefelder Misset, Doetinchem

Citeerwijze
Adv.bl. Kroniek 2013-4, p.

Sdu Uitgevers
Gert Jan Schinkel (uitgever)
Sandra Kroon (directeur Legal, Tax & Regulatory)

Advertenties
Fenneke van der Schee en Angela Bruins (media adviseurs) 070-378 05 62
www.sduadvertiser.nl,
advertentie.juridisch@sdu.nl,
Inzendtermijn:
nr. 1, 12 maart 2014
nr. 2, 11 juni 2014

Abonnementen
Per jaar: 222,50 euro (incl. verzend- en administratiekosten).
Studenten: 111,25 euro.
Jaarbanden: 39,95 euro (excl. verzendkosten).
Losse nummers: 30 euro (excl. verzendkosten).
Alle bedragen zijn excl. btw.

Adreswijzigingen
Sdu Uitgevers klantenservice, 070-378 98 80, Postbus 20014, 2500 EA Den Haag, www.sdu.nl/service; adreswijzigingen van advocaten: adres@advocatenorde.nl

Bureau van de Orde
Neuhuyskade 94, 2596 XM Den Haag Postbus 30851, 2500 GW Den Haag info@advocatenorde.nl 070-335 35 35
Helpdesk: helpdesk@advocatenorde.nl 070-335 35 54
ISSN 2214-4935

**HO
PRINT**

uitgeversverbond
Groep uitgevers voor vak en wetenschap

Kroniek Formeel strafrecht



Aanhouden en staande houden » Aanwezigheid en gemachtigd raadsman » Art. 89 Sv »
Art. 591a Sv » Berekening » Beslag en beklag » Bevoegde rechter » Bewijs en motivering » *Unus testis
nullus testis* » Bewijsmotivering » Binnentreden » BOB » OM niet-ontvankelijk » Processtukken »
Rechtsmiddelen » *Rechtsmiddelenperikelen* » Appelschriftuur » (Verschoonbare) termijnoverschrijding
» Salduz » Schriftelijke bescheiden/anonieme getuigen » *Stealth sms* » Uitdrukkelijk onderbouwd
standpunt » Voordeelsontneming » *Formaliteiten* » Vordering benadeelde partij » Vormverzuimen »
Vrijheidsbenemende dwangmiddelen » Gevangenneming » Gevangenhouding » Gesloten stelsel van
rechtsmiddelen » Zwijgrecht » Wet- en regelgeving » Nieuwe wetten » Wetsvoorstellen

Deze kroniek is gebaseerd op uitspraken gepubliceerd in diverse vakbladen – waaronder de *Nieuwsbrief Strafrecht (NbSr)*, de *Nederlandse Jurisprudentie (NJ)* en het *Nederlands Juristenblad (NJB)*. Zij behandelt de verschillende deelonderwerpen alfabetisch en eindigt met een overzicht van nieuwe wet- en regelgeving. In de kroniek is met name aandacht besteed aan die algemene leerstukken binnen het strafprocesrecht die in 2013 een ontwikkeling hebben doorgemaakt. De kroniek is daarmee geen volledig overzicht van alle uitspraken over formele onderwerpen.

Christian Flokstra,¹ Wendy Geurts, Chana Grijzen, Desiree de Jonge, Robert Malewicz, Annemarie van der Velden²

Aanhouden en staande houden

In meerdere uitspraken van het Hof Den Bosch kwam dit jaar de problematiek aan de orde dat verdachten onrechtmatig waren staande gehouden door de Koninklijke Marechaussee in het kader van Mobiel Toezicht Veiligheid (MTV). Daarbij vindt handhaving plaats in het kader van de Vreemdelingenwet. Zowel in Venlo als in Terneuzen ging dat fout, aldus de verdediging (ECLI:NL:GHSHE:2013:2616 van 26 juni 2013 en ECLI:NL:GHSHE:2013:4950 van 22 oktober 2013).

Het Hof Den Bosch plaatste die verweren volgens bestendige jurisprudentie steeds in de sleutel van de samenhang tussen de onrechtmatigheid van het dwangmiddel en het voorbereidend onderzoek waarin die onrechtmatigheid moet zijn begaan. In onderhavige zaken vonden de staandehoudingen van de verdachten plaats in het kader van de Vreemdelingenwet. Uit de uitspraken van de Hoge Raad van 26 juni 2012 (LJN: BV1642 en BW9199) volgde dat in dat geval niet gezegd kon worden dat de staandehoudingen hadden plaatsgevonden in het kader van het voorbereidend onderzoek van het in de strafzaak ten laste gelegde. Daarmee was art. 359a Sv niet van toepassing.

In een andere uitspraak van het Hof Den Bosch (ECLI:NL:GHSHE:2013: BZ9822 van 8 mei 2013) werd door de verdediging bepleit dat de staandehouding en aanhouding van de verdachte onrechtmatig waren omdat de staandehouding werd verricht door verbalisant nummer één terwijl hem geen feiten of omstandigheden bekend waren die tot de staandehouding aanleiding konden geven. Die waren alleen bij een tweede verbalisant bekend, die de collega om assistentie had gevraagd.

Het hof maakte korte metten met het verweer: geen rechtsregel verzet zich ertegen dat de verbalisant bij wie het redelijk vermoeden is gerezen een collega vraagt hem te assisteren en tot staandehouding van de verdachte over te gaan. Dit is niet anders wanneer [verbalisant 2] niet aan [verbalisant 1] zou hebben medegedeeld wat de reden was van zijn verzoek om verdachte staande te houden. De opvatting van de raadsman dat bij de verbalisant die feitelijk de verdachte staande houdt, het redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit moet zijn gerezen, vindt geen steun in het recht.

Aanwezigheid en gemachtigd raadsman

Volgens vaste rechtspraak is het zo dat indien zowel de verdachte als zijn raadsman niet verschijnt ter zitting in hoger beroep en vaststaat dat de dagvaarding in persoon is betekend, de rechter uit kan gaan van het vermoeden dat de verdachte vrijwillig afstand heeft gedaan van zijn aanwezigheidsrecht (zie HR LJN: AD5163, rov. 3.33). Echter, in de zaak waarin de HR

Ik houd u staande op basis van het redelijke vermoeden dat er mensen zijn die u ergens van verdenken...



op 22 januari 2013 uitspraak deed (LJN: BY8984) was de verdachte bij verstek veroordeeld terwijl – naar later bleek – de verdachte tijdens de behandeling van zijn zaak in verzekering was gesteld voor een andere zaak. Met andere woorden: de beslissing om verstek te verlenen, was achteraf gezien onjuist. De HR overweegt dat ‘in aanmerking genomen het grote belang van de verdachte om bij de behandeling van zijn zaak aanwezig te zijn de hiervoor beschreven situatie meebrengt dat de verdachte de mogelijkheid moet hebben om zijn zaak alsnog in hoger beroep in zijn aanwezigheid moet kunnen laten behandelen,’ zodat de zaak wordt teruggewezen naar het hof.

In het geval in een zaak de verdachte niet is verschenen en door de raadsman een verzoek tot aanhouding wordt gedaan, zal de rechter bij de beslissing op dat verzoek blijk moeten geven een afweging te hebben gemaakt tussen alle betrokken belangen, waaronder het aanwezigheidsrecht van de verdachte en het belang dat niet alleen

¹ Advocaat bij Meijering Van Kleef Ficq & Van der Werf Advocaten in Amsterdam.

² Advocaten bij Cleerdin & Hamer in Amsterdam en Almere; Robert Malewicz is tevens redactielid van dit blad.

In mijn nieuwste voorstel
kan de armlastige rechtzoekende
kiezen! Of gefinancierde rechtsbijstand
of een schadevergoeding. Nou, ik zou het
wel weten!

Ik lijk wel een
socialist.



de verdachte maar ook de samenleving behoefte heeft aan een spoedige berechting en het belang van een goede organisatie van de rechtspleging (zie onder andere HR 26 januari 1999, LJN: ZD1314). De rechter moet in de uitspraak evenwel blijk geven deze belangen te hebben afgewogen, hetgeen niet het geval was in HRLJN: BX6732 waarin de raadsman een aanhoudingsverzoek deed op grond van het feit dat zijn cliënt een maand in het buitenland verbleef en binnen twee weken weer terug in Nederland zou zijn. Het hof verwerpt dit aanhoudingsverzoek ongemotiveerd waardoor het arrest in cassatie niet in stand blijft.

Art. 89 Sv

Ook dit jaar werd weer veelvuldig gevraagd om schade te vergoeden. In Nederland wordt volgens het CBS-rapport *Schadevergoeding aan ex-verdachten* uit april dit jaar steeds meer uitgegeven aan schadevergoedingen wegens onterecht ondergane voorlopige hechtenis. Het bedrag is inmiddels de 11 miljoen per jaar ruim overschreden. Aan vergoedingen voor kosten rechtsbijstand werd aan ex-verdachten ruim 12 miljoen uitgekeerd. In totaal dus 23 miljoen per jaar. Het plaatst de bezuinigingsplannen voor de gefinancierde rechtshulp in een wrang perspectief.

In een verzoek dat werd ingediend bij het Hof Arnhem-Leeuwarden werd een extra vergoeding gevraagd omdat in diverse media beelden waren getoond van de ex-verdachte. Vanwege reputatieschade werd om meer dan het forfaitaire bedrag gevraagd (ECLI:NL:GHARL:2013:CA1421 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 15 april 2013).

Het hof zag daartoe geen aanleiding en zette in zijn afwijzende beslissing de uitgangspunten nog eens op een rij. 'Bij de toekenning van een vergoeding moet onderscheid worden gemaakt tussen de schade die zijn oorzaak vindt in de verdenking en vervolging en de schade door de vrijheidsbeneming. De door verzoeker gestelde reputatieschade die tot een hogere vergoeding zou nopen, is niet het gevolg van de ondergane verzekering maar van de verdenking en de daarop volgende publici-

teit over de aan die verdenking ten grondslag liggende gedraging. Er is daarom naar het oordeel van het hof geen sprake van een bijzondere omstandigheid die toekenning van een hogere vergoeding dan de gebruikelijk forfaitaire vergoeding op haar plaats doet zijn.'

De Rechtbank Limburg (Roermond) nam de bekendheid van de ex-verdachte wel mee in een uitspraak waarin extra geld werd toegekend (ECLI:NL:RBLIM:2013:CA2797, 28-05-2013). Daartoe overwoog de rechtbank: 'Met de verdediging is de rechtbank van oordeel dat verzoeker, als bekende Nederlander, gelet op de vele media aandacht voor deze zaak, het gegeven dat niet alleen zijn persoonlijke omstandigheden in de openbaarheid kwamen maar ook zijn zakelijke belangen daaronder leden, een grotere schade heeft geleden ten gevolge van de voorlopige hechtenis dan is begrepen onder de standaardvergoedingen.' De rechtbank verdubbelde de forfaitaire bedragen.

Een extra vergoeding zat er niet in voor de verdachte die tijdens het verblijf op het politiebureau geen avondmaaltijd had gehad (Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2013:3152, 9 juli 2013).

Ook in zaken die op zich in aanmerking komen voor toewijzing van een vordering omdat ze aan de juridische vereisten van art. 89 Sv voldoen kan vanwege het ontbreken van redelijkheid en billijkheid de vergoeding toch worden afgewezen. Een bijzonder voorbeeld was de beslissing van het Hof Amsterdam waarbij de ag om niet-ontvankelijkheid vroeg waartoe het hof de

noodzaak eigenlijk niet zag. Maar, gezien de aard en ernst van het ten laste gelegde, de ouderdom van de feiten, de termijn van vervolging en berechting daarvan tot nog toe en de omstandigheid dat de voorlopige hechtenis van de verdachte sinds 17 mei 2006 was geschorst, sprak het hof die niet-ontvankelijkheid toch uit. Nu het hof de vormverzuimen helemaal niet zo ernstig vond en de niet-ontvankelijkheid eigenlijk alleen maar op verzoek van het OM had uitgesproken, vond men het verzoek om schadevergoeding een brug te ver. Het hof wees het verzoek af nu geen gronden van billijkheid aanwezig waren voor toekenning van de vergoeding (ECLI:NL:GHAMS:2013:3426 Gerechtshof Amsterdam, 8 oktober 2013).

In een uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland (ECLI:NL:RBNHO:2013:8581, 30 september 2013) stond een nog niet afgeronde art. 12 Sv-procedure aan het eindigen van de strafzaak in de weg.

Art. 591a Sv

Let wel op dat verzoeken ex artt. 89 Sv en 591a Sv aparte verzoeken zijn met elk een eigen termijn. In een zaak van de Rechtbank Rotterdam werd daarom het 591a Sv-verzoek niet-ontvankelijk verklaard nu het als aanvulling op het wel tijdig ingediende verzoek ex art 89 Sv was ingediend (ECLI:NL:RBROT:2013:BZ1727, 19 februari 2013).

In verzoeken ex art. 591a Sv komt het naast tijdig indienen vooral aan op het goed (kunnen) motiveren van de bestede tijd en daaraan verbonden kosten. Zo werden vergoedingen gematigd omdat reiskosten van buitenlandse bezoeken aan een cliënt niet voor vergoeding in aanmerking kwamen en omdat de verdediging van twee cliënten in dezelfde zaak maar voor de helft op de staat konden worden verhaald (ECLI:NL:RBNHO:2013:9290, Rechtbank Noord-Holland, 7 oktober 2013).

De Hoge Raad gaf na een ingestelde vordering tot cassatie in het belang der wet duidelijkheid over de vraag of art. 591a Sv in een drietal bijzondere situaties van toepassing is (ECLI:NL:HR:2013: BX5566, 19 februari 2013). Daarbij ging het om de situaties dat de zaak geseponneerd was,

dat een art. 12 Sv-procedure was geëindigd met een niet-ontvankelijkheid of een afwijzing en ten slotte de situatie dat het art. 12 Sv-beklag gegrond is verklaard maar uiteindelijk de strafzaak eindigt zonder oplegging van straf of maatregel of toepassing van art. 9a Sr. De Hoge Raad kwam in dit uitgebreide arrest tot de slotconclusie dat voor geen van de bedoelde situaties het toekennen van een vergoeding voor de kosten van een raadsman was uitgesloten. Daarbij liet de Hoge Raad overigens in het midden of dit voor zowel het zogenoemde 'OM-sepot' als het 'politiesepot' gold, ook indien in het laatste geval niet een OvJ noch een (gemandateerde) parketsecretaris enige inhoudelijke bemoeienis met de zaak heeft gehad.

Een aanknopingspunt om ook zui-vere politiesepots voor vergoeding in aanmerking te laten komen, kan worden gevonden in een zaak van het Hof Amsterdam van 21 augustus 2013 (ECLI:NL:GHAMS:2013:2553). Daar was sprake van een zuiver 'politiesepot'. Er was geen bemoeienis van het OM met de zaak geweest en toch kwamen de kosten voor juridisch advies voor vergoeding in aanmerking. Een enkele keer valt de onderliggende procedure niet onder het begrip zaak zoals bedoeld in art. 591a Sv (ECLI:NL:RBGEL:2013:3727 Rechtbank Gelderland, 9 oktober 2013). In deze laatste zaak betrof het een rechtshulpprocedure gevolgd door een verloffprocedure ex art. 552p Sv.

Berekening

In rechte toegekende vorderingen van de benadeelde partij dienen overeenkomstig art. 36e, achtste lid, Sr, in mindering te worden gebracht op de vastgestelde omvang van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Uit HR 11 april 2000 (ECLI:NL:HR:2000: AA5438) volgt dat in dit verband slechts in aanmerking komt de toegekende vordering aan de benadeelde partij die strekt tot vergoeding van schade als gevolg van het feit waarop de ontnemingsvordering (mede) steunt, indien en voor zover tegenover die schade een daarmee corresponderend voordeel voor de veroordeelde staat. In HR 18 juni 2013 (ECLI:NL:HR:2013:CA3307) had het

Gerechtshof Arnhem deze regel miskend en op het pondsgewijs bepaalde ontnemingsvoordeel van de veroordeelde en zijn medeveroordeelde de gehele toegekende vordering benadeelde partij in mindering gebracht, hetgeen leidde tot vernietiging van de ontnemingsbeslissing.

Beslag en beklag

Sinds het overzichtsarrest van 28 september 2010 (ECLI:NL:HR:2010: BL2823) waarin de Hoge Raad – met verwijzing naar eerder gewezen arresten – een overzicht geeft van de formele regels en inhoudelijke criteria die in acht moeten worden genomen bij de beoordeling van klaagschriften als bedoeld in art. 552a Sv leiden beslissingen van feitenrechters op dit punt in veel mindere mate tot (al dan niet geslaagde) klachten bij de Hoge Raad. Wel wees de Hoge Raad een aantal arresten in verband met beklagprocedures waarbij verschoningsgerechtigden een essentiële rol speelden.

In HR 12 februari 2013 (ECLI:NL:HR:2013: BV3004) had de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) op vordering van het OM een omtrent klager en in het kader van een tuchtprocedure gevormd dossier verstrekt aan het OM, zonder dat klager was geraadpleegd over de vraag of een beroep op het verschoningsrecht werd gedaan. De rechtbank had in de beklagprocedure overwogen dat IGZ een afgeleid verschoningsrecht toekwamen derhalve zelfstandig kon beslissen of het betreffende dossier kon worden verstrekt. De Hoge Raad erkende dat IGZ een afgeleid verschoningsrecht heeft, maar vernietigde de beslissing van de rechtbank nu het oordeel over de vraag of de betreffende gegevens in het verstrekte dossier object uitmaken van de afgeleide bevoegdheid tot verschoning in beginsel toekomt aan de persoon van wie het verschoningsrecht is afgeleid, i.c. klager.

In aansluiting daarop is van belang dat het in beginsel alleen aan de verschoningsgerechtigde zelf is om te bepalen of in beslag genomen voorwerpen gegevens bevatten die onder zijn of haar verschoningsrecht vallen, zo volgt uit HR 4 juni 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BZ0004) en HR 2 juli 2013 (ECLI:NL:HR:2013:CA0434). In het arrest van 4 juni 2013 overwoog de

Hoge Raad eveneens dat, indien een derde het beklag heeft ingesteld en zich beroept op het verschoningsrecht, de beklagrechter de verschoningsgerechtigde in de gelegenheid zal moeten stellen zich uit te laten over de vraag of in beslag genomen voorwerpen gegevens bevatten die object zijn van het verschoningsrecht. Tevens stelde de Hoge Raad in de arresten van 4 juni 2013 en 2 juli 2013 dat indien er onderzoek dient plaats te vinden in computerbestanden, tijdens dit onderzoek gewaarborgd dient te zijn dat de in beslag genomen gegevensdragers worden onderzocht op een wijze waarop het verschoningsrecht van de verschoningsgerechtigde niet in het gedrang komt (zie HR 20 februari 2007, ECLI: NL: HR:2007: AZ3564).

Bevoegde rechter

De herziening van de gerechtelijke kaart van Nederland per 1 januari 2013 was in een zaak van de Rechtbank Midden-Nederland (NJFS 2013/235) aanleiding een bevoegdheidsverweer te voeren. De rechtbank overweegt in die zaak dat 'het moment van het aanhangig maken van een zaak door het uitbrengen van een dagvaarding bepalend is voor de bevoegdheid. Dat eerder voor een andere rechtbank – die na herziening van de gerechtelijke kaart niet meer bevoegd is – de vervolging is gestart, is niet doorslaggevend voor de bevoegdheid.'

In de zaak die ten grondslag lag aan het arrest van het Hof Den Bosch d.d. 11 oktober 2013 (ECLI:NL:GHSHE:2013:4705) had de rechtbank onder meer de tenuitvoerlegging gelast van een eerder voorwaardelijk opgelegde plaatsing in een inrichting voor stelselmatige daders, een zogenoemde ISD-maatregel. Echter, op grond van art. 509ff Sv is het Hof Arnhem-Leeuwarden bij uitsluiting bevoegd hoger beroep tegen een vordering tot tenuitvoerlegging van de voorwaardelijk opgelegde ISD-maatregel te behandelen zodat het Hof Den Bosch zich in deze kwestie onbevoegd heeft verklaard.

Nieuwe wetgeving zorgt ook altijd voor nieuwe vragen en dus nieuwe jurisprudentie. Dit geldt onder meer voor de (inwerkingtreding van) Wet versterking positie rechter-commissaris (*Stb.* 2011, 600). De Rechtbank Rotterdam (28 maart 2013, LJN:

BZ7275) gaat uitgebreid in op de (nieuwe) bevoegdheden van de rc en de overige procespartijen en overweegt dat hoewel deze wet (mede) een vereenvoudiging en flexibilisering van het onderzoek beoogt, daaruit niet kan worden afgeleid dat de rc ook nog na aanvang van het onderzoek ter terechtzitting zonder tussenkomst van de rechtbank op verzoeken van de verdediging of de OvJ kan beslissen. Anders zie onder andere Rechtbank Zeeland-West-Brabant: ECLI: NL: RBZWB:2013:5654.

Bewijs en motivering

Unus testis nullus testis

In de kroniek 2011-2012 werd aandacht besteed aan de arresten van de Hoge Raad van 6 maart 2012 die draaiden om de vraag of aan het bewijsminimum van art. 342 lid 2 Sv was voldaan, althans of toereikend was gemotiveerd dat dat het geval was. De Hoge Raad zette nog eens uiteen dat art. 342 lid 2 Sv de tenlastelegging als geheel betreft, dat het gaat om een beoordeling van het concrete geval en dat voor de toets in cassatie van belang kan zijn of de feitenrechter zijn oordeel nader heeft gemotiveerd. Dat laatste had het Hof Leeuwarden in de zaak waarin de Hoge Raad op 12 februari 2013 arrest wees (NJ 2013, 279) niet (voldoende) gedaan waardoor de Hoge Raad (in tegenstelling tot de maart-arresten uit 2012) casseerde.

Een nichtje deed aangifte tegen haar oom die haar jaren eerder in een tentenkampje met zijn vingers zou hebben betast in haar vagina. Het Hof Leeuwarden verklaarde het feit bewezen op grond van deze aangifte en een drietal verklaringen (van de moeder, een nichtje en een tante van de aangeefster) waaruit bleek dat de aangeefster had verteld wat haar was overkomen. Voorts was er een verklaring dat er in de ten laste gelegde periode een aantal tenten bij elkaar waren gezet. Het oordeel van het hof dat de verklaring van de aangeefster voldoende steun vond in ander bewijsmateriaal, achtte de Hoge Raad niet zonder meer begrijpelijk. Volgens de Hoge Raad gaven de overige bewijsmiddelen onvoldoende steun aan die verklaring, terwijl het hof ten behoeve van de bewijsbeslis-

sing vooral had gemotiveerd waarom de verklaring van de aangeefster betrouwbaar moest worden geacht. Daarmee was niet expliciet nader gemotiveerd dat en waarom werd voldaan aan het bewijsminimum van art. 342 lid 2 Sv en de Hoge Raad vond om die reden(en) de bewezenverklaring onvoldoende gemotiveerd. In HR 2 juli 2013 (ECLI:NL:HR:2013:150) had het hof wel expliciet (in reactie op een unus testis-verweer) gemotiveerd waarom het vond dat de verklaring van de aangeefster voldoende steun vond in ander bewijsmateriaal. Mede gelet op die motivering vond de Hoge Raad niet dat art. 342 lid 2 Sv was geschonden.

Bewijsmotivering

De schatting van het voordeel kan slecht worden ontleend aan de inhoud van wettige bewijsmiddelen, behoudens indien het gaat om feiten of omstandigheden van algemene bekendheid. De inhoud van de beslissing op de ontnemingsvordering dient de bewijsmiddelen te bevatten waaraan de schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel is ontleend. Dit leidt ertoe dat de rechter in ontnemingszaken in voldoende mate van nauwkeurigheid moet aangeven aan welk bewijsmiddel hij de feiten en omstandigheden, waarop de schatting van het wederrechtelijke voordeel is gebaseerd, heeft ontleend (zie bijvoorbeeld HR 8 oktober 2013, ECLI: NL: HR:2013:895).

In HR 26 maart 2013 (ECLI:NL:HR:2013: BV9087) zag de Hoge Raad aanleiding de aan de motivering te stellen eisen te verduidelijken in het geval de schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel uitsluitend op een financieel rapport berust. In dit geval is het uitgangspunt dat indien en voor zover een in een financieel rapport neergelegde gevolgtrekking is ontleend aan de inhoud van een of meer wettige, voldoende nauwkeurig in dat rapport aangeduide bewijsmiddelen en die gevolgtrekking door de verdediging niet of onvoldoende gemotiveerd is betwist, de rechter bij de opgave van de bewijsmiddelen kan volstaan met de vermelding van dat onderdeel van het financieel rapport als bewijsmiddel waaraan de schatting is ontleend en kan volstaan met het weergeven van die gevolgtrekking

uit het rapport. Indien de verdediging de bewuste gevolgtrekking uit het financieel rapport wel voldoende gemotiveerd betwist, dan zal de rechter moeten motiveren op grond waarvan hij desondanks die gevolgtrekking aanvaardt. Tevens zal de rechter in zijn overwegingen nauwkeurig de vindplaatsen moeten vermelden van de bewijsmiddelen waaraan de feiten en omstandigheden zijn ontleend die aan de verwerping van de gemotiveerde betwisting ten grondslag liggen. Uit HR 9 april 2013 (ECLI:NL:HR:2013: BT6251) volgt dat de rechter in zijn beslissing moet vaststellen of de verdediging de in het financieel rapport neergelegde gevolgtrekking niet of onvoldoende gemotiveerd heeft betwist, indien de rechter volstaat met het weergeven van uitsluitend die gevolgtrekking in zijn beslissing (zie ook HR 4 juni 2013, ECLI: NL: HR:2013:BX8746).

Binnentreden

Schending van het huisrecht door onrechtmatig binnentreden is een ernstig vormverzuim, aldus de Rechtbank Amsterdam (ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ1127). De uitspraak is van 7 februari van dit jaar – dus net voor de Hoge Raad de toetsingscriteria bij vormverzuimen op 19 februari 2013 (LJN: BY5321) aanscherpte (zie verderop in deze kroniek) – maar zet in een mooie overweging uiteen dat schending van het huisrecht dermate ernstig is dat alleen bewijsuitsluiting kan volgen, omdat een bewoner zich in zijn woning in beginsel vrij en onaantastbaar moet kunnen voelen.

Ook kort na het nieuwe standaardarrest van de Hoge Raad kwam Het Hof Den Bosch nog met een arrest waarin het bewijs werd uitgesloten vanwege een machtiging tot binnentreden die niet aan de vereisten voldeed (ECLI:NL:GHSHE:2013: BZ2587 van 27 februari 2013). De machtiging die was afgegeven bevatte geen adres en was door verschillende personen ingevuld. Ook was niet duidelijk of de hulp-OvJ de machtiging had ingevuld. Ten slotte bleek nergens uit dat het binnentreden bij afwezigheid van de bewoner dringend noodzakelijk was. Dat bracht een schending van het grondwettelijk beschermde huisrecht met zich mee. De schending was verwijtbaar omdat voor de opsporingsambtenaren

die de woning van de verdachte waren binnengetroten zichtbaar moet zijn geweest dat de machtiging onvolledig was. Het hof sloot het verkregen bewijs uit en sprak de verdachte vrij.

Eenzelfde uitkomst was het gevolg door onrechtmatig binnentreden in de zaak die leidde tot de uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden (ECLI:NL:GHARL:2013:6553) van 5 september 2013. In deze uitspraak was er geen sprake van een rechtsgeldige en toereikende toestemming nu de verbalisanten die de toestemming vroegen zich niet goed hadden gelegitimeerd en geen mededeling hadden gedaan van het doel van het binnentreden.

Daarbij overwoog het hof dat sprake is van een zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht en dat toepassing van bewijsuitsluiting noodzakelijk moet worden geacht als middel om toekomstige vergelijkbare vormverzuimen die onrechtmatige bewijsgaring tot gevolg hebben te voorkomen en een krachtige stimulans te laten bestaan tot handelen in overeenstemming met de voorgeschreven norm. Hierbij betreft het hof tevens dat met bewijsuitsluiting naar het oordeel van het hof in dit geval niet op onaanvaardbare wijze afbreuk wordt gedaan aan zwaarwegende belangen als de waarheidsvinding en de bestraffing van de dader van een strafbaar feit. In dit verband overweegt het hof dat de ag, gelet op de relatief geringe ernst en de ouderdom van de zaak, heeft gevorderd dat aan verdachte geen straf of maatregel wordt opgelegd en voorts dat er geen belangen van slachtoffers zijn die tot een andere benadering nopen.'

Deze overweging voldeed aan de aangescherpte eisen die de Hoge Raad in het arrest van 19 februari stelde en is daarmee een goed voorbeeld langs welke weg de verdediging nog succesvol de bewijsuitsluiting kan bepleiten.

BOB

Het jaar 2013 stond voor wat betreft de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden vooral in het teken van de inzet van nieuwe technieken in de opsporing. Zowel de inzet van de *stealth* sms-berichten als die van het gebruik van zogenaamde ANPR-



gegevens (systeem dat gebruikmaakt van kenteken lezende camera's) leidden tot discussie.

Voor de inzet van beide opsporingsmiddelen bestond onvoldoende wettelijke basis, aldus de verdediging. In de zaak over de ANPR-gegevens had de Hoge Raad al een voorzet gegeven door de eerder gegeven vrijspraak van het hof te casseren. Het Hof Leeuwarden-Arnhem (ECLI:NL:GHARL:2013:6936, 20-09-2013) kwam nu dan ook tot de conclusie dat de ANPR-gegevens voor het bewijs gebruikt mochten worden. Het ANPR-systeem vond zijn wettelijke basis in de Wet Politiegegevens en gebruik van die gegevens leidden niet tot een vormverzuim.

Over de *stealth* sms-berichten waren de hoven het niet eens (zie voor die arresten verderop in deze kroniek als de recente ontwikkelingen in de vormverzuimen en art. 359a Sv worden besproken).

OM niet-ontvankelijk

In het standaardarrest (*NbSr 2008, 245*) heeft de Hoge Raad bepaald dat termijnoverschrijding niet, ook niet in uitzonderlijke gevallen, kan leiden tot niet-ontvankelijkverklaring van het OM. Volgens de Rechtbank Amsterdam (ECLI:NL:RBAMS:2013:3968) heeft de Hoge Raad daarbij mogelijk geen rekening gehouden met het bijzondere karakter van het jeugdstrafrecht zodat de rechtbank zich vrij voelt in de strafzaak van een minderjarige bij een termijnoverschrijding van dertien maanden het OM niet-ontvankelijk te verklaren. De rechtbank kijkt daarbij naar art. 3 en art. 40 lid 2 sub

b onder iii IVRK en het bijzondere (pedagogische) karakter van het jeugdstrafrecht (zie ook Rechtbank Zwolle, LJN: BZ3522). Ook in de strafzaak tegen een meerderjarige verdachte verklaarde het Hof Den Bosch (ECLI:NL:GHSHE:2013: BZ0191) het OM niet-ontvankelijk in haar strafvervolgging vanwege een zeer ernstige schending van de redelijke termijn ex art. 6 EVRM. Het hoger beroep diende in 2013 en was ingesteld tegen het vonnis van de politierechter uit 2002; ook de ag verzocht om niet-ontvankelijkverklaring van het OM wegens deze uitzonderlijk grote termijnoverschrijding.

Het Hof Den Bosch (ECLI:NL:GHSHE:2013:4437) besloot tot niet-ontvankelijkheid van het OM na het meermaals onthouden van het recht op rechtsbijstand van een minderjarige verdachte. In de oproep voor de Taakstraf Openbaar Ministerie (TOM)-zitting werd niet gewezen op de mogelijkheid van bijstand door een raadsman tijdens de zitting en, ondanks dat verdachte en haar moeder hun verbazing hadden geuit over de afwezigheid van de raadsman op de TOM-zitting, liet de parketmedewerker de zitting doorgang vinden. Eveneens was de gestelde advocaat niet op de hoogte gebracht van de TOM-zitting en op zijn herhaald verzoek tot heroverweging van de taakstraf werd door het OM in zijn geheel niet gereageerd.

De Rechtbank Maastricht verklaarde het OM niet-ontvankelijk in haar ontnemingsvordering na het doen van een transactieaanbod, welk transactieaanbod niet door de verdachte werd voldaan. Volgens de rechtbank had de OvJ door het doen van een schikkingsaanbod in de strafzaak afstand gedaan van de mogelijkheid tot het om op grond van art. 36e Sr voordeel te ontnemen, immers indien de verdachte het

aanbod had geaccepteerd was de strafzaak van de baan geweest en daarmee ook de mogelijkheid om een ontnemingsvordering te doen (ECLI:NL:RBLIM:2013:5779).

De Rechtbank Zeeland-West-Brabant besloot tot niet-ontvankelijkverklaring van het OM in haar vordering tot herroeping voorwaardelijke invrijheidstelling na het te laat indienen, in de betreffende zaak drieënhalve maand na de eerste daad van vervolging van het nieuwe strafbare feit, van de vordering ex art. 51i Sr, welke vordering onverwijld ingediend dient te worden (ECLI:NL:RBZWB:2013:8100).

De Rechtbank Gelderland verklaarde het OM niet-ontvankelijk na het bewust onthouden van het definitieve sectieverslag, het misleiden van de verdachte, onrechtmatig opvragen van medische informatie en het te laat vernietigen van geheimhoudersgesprekken (ECLI:NL:RBGEL:2013:1463). De Rechtbank Maastricht verklaarde het OM niet-ontvankelijk in de Landlordzaak (ECLI:NL:RBLIM:2013:7594) na constatering van meerdere onrechtmatigheden, zoals de weigering van de OvJ te voldoen aan het bevel van de rechtbank de kluisverklaringen aan het dossier toe te voegen, danwel aan de rechter-commissaris ter inzage te overleggen. Eveneens werd de rechtbank meerdere malen onjuist danwel onvolledig voorgelicht door de OvJ en kwam er informatie boven die de OvJ uit eigen beweging had dienen te verschaffen. Ook werd een getuige tijdens het doorlezen voor ondertekening van zijn verklaring meegenomen naar de werkkamer van een OvJ, waar hij contact had met een andere OvJ die eerder in diezelfde zaak door de rc was gehoord en meelas met de verklaring en in gesprek ging met de getuige over de inhoud van zijn verklaring.

Processtukken

In HR 24 september 2013, ECLI: NL: HR:2013:767 werd geklaagd dat in hoger beroep het voorschrift van art. 51 Sv (toezending processtukken aan raadsman) niet is nageleefd. Ter zitting was zowel de verdachte als zijn raadsman niet verschenen. Uit de stukken van de zaak bleek dat advocaat X was opgeroepen voor de zitting maar, na telefonische navraag door de grif-

fier, bleek dat zij enkel – op verzoek van advocaat Y – hoger beroep had ingesteld in deze zaak. Mr. Y had in deze zaak een appelschriftuur ingediend maar bleek niet in staat ter zitting te verschijnen nu zij met vakantie was. Het hof houdt de zaak aan en beveelt de oproeping van verdachte en mr. Y. Tijdens de volgende zitting zijn wederom verdachte en zijn raadsman (opgeroepen is mr. X) niet verschenen. Nu er echter geen stelbrief van mr. X noch van mr. Y in het dossier zit, verleent het hof tijdens een volgende zitting vervolgens verstek tegen de niet-verschenen verdachte. In cassatie wordt geklaagd over deze gang van zaken en de Hoge Raad overweegt dat niet uit de stukken blijkt dat er voor de (tweede) zitting een oproeping is verzonden aan advocaat Y en dat het kennelijke oordeel van het hof dat art. 51 Sv toepassing mist nu Y zich niet als raadsman had gesteld, onjuist is. Immers, indien uit enig in het dossier aanwezig stuk – zoals een appelschriftuur – aan de rechter of de andere justitiële autoriteiten kan blijken dat de verdachte voor de desbetreffende aanleg voorzien is van rechtsbijstand door een raadsman, dan behoort deze raadsman als zodanig te worden erkend (zie HR 19 december 2000, ECLI: NL: HR:2000: ZD2182, NJ 2001/161).

In de aan HR 18 juni 2013, LJN: CA3319 ten grondslag liggende zaak diende de verdachte met succes een bezwaarschrift ex art. 262 Sv in tegen de dagvaarding, waarna het OM hoger beroep instelde en het dossier aanvulde met 107 ordners. In hoger beroep werd het bezwaarschrift alsnog ongegrond verklaard, over welke beslissing in cassatie wordt geklaagd.

Van belang is dat voor de behandeling in hoger beroep de bepalingen van de artt. 21 tot en met 25 Sv gelden, die niet inhouden dat de rechter gebonden is aan het dossier waarover de rechtbank de beschikking had. Dit betekent dat de rechter bevoegd is, en in beginsel ook is gehouden, alle aan hem ter beschikking gestelde processtukken in zijn beoordeling te betrekken zodat de rechter ook acht mag slaan op de stukken die de OvJ na het instellen van het hoger beroep heeft overgelegd, aldus de Hoge Raad. De ag merkt in zijn conclusie op dat indien de rechter in hoger beroep zich diende te beperken tot het dossier in eerste aanleg, de nieuwe stukken aangemerkt kunnen worden als nieuwe bezwaren die

na buitenvervolginstelling een nieuwe vervolging rechtvaardigen (zie art. 255 Sv), hetgeen aldus geen daadwerkelijk voordeel voor de verdachte zou opleveren.

In HR 23 april 2013, LJN: BZ8167 werd er over geklaagd dat pagina 3 van de overgelegde pleitnotitie bij de behandeling bij het hof niet bij de stukken was gevoegd. Een medewerker van de strafgriffie heeft het hof verzocht om de ontbrekende pagina van de pleitnotitie, waarop de gerechtssecretaris liet weten dat die niet aangeleverd kon worden nu die kennelijk in het ongereede was geraakt. De ag achtte het middel gegrond, nu er niet meer viel na te gaan of er ter terechtzitting niet meer verweren zijn gevoerd in het bestreden arrest dan wel of aldaar uitdrukkelijk onderbouwde standpunten naar voren zijn gebracht. De Hoge Raad overwoog dat er in cassatie in beginsel vanuit moet worden gegaan dat een pleitnota die zich bevindt bij de op voet van art. 434 lid 1 Sv aan de Hoge Raad gezonden stukken gelijk is, zowel qua inhoud als omvang, als door de raadsman bij de behandeling van de zaak is overgelegd. Dat is slechts anders indien er sprake is van bijzondere omstandigheden waardoor moet worden aangenomen dat het stuk niet of niet volledig overeenkomt met de pleitnotitie zoals door de raadsman overgelegd (zie HR LJN: AB3288). In deze zaak was er volgens de Hoge Raad geen sprake van dusdanige bijzondere omstandigheden en werd het beroep verworpen.

Rechtsmiddelen

Rechtsmiddelenperikelen

Om uiteenlopende redenen spreken hoven nog steeds vaak de niet-ontvankelijkheid van een verdachte uit. Een deel van deze zaken ziet op de eisen waaraan een schriftelijke volmacht om hoger beroep in te stellen (van een advocaat aan een griffiemedewerker) moet voldoen. In HR 27 november 2011, LJN: BY1230 herhaalt de Hoge Raad de relevante overwegingen uit HR LJN: BJ7810 en LJN: BV6999 met betrekking tot de eisen van zo'n schriftelijke volmacht. In de onderhavige zaak bleek niet van een bijzondere volmacht van de cliënt aan zijn raadsman. Echter, er zijn omstandigheden denkbaar waarin een dergelijk gebrek toch kan worden gerepareerd,

Mijn raadselvrouwe
houdt haar vakantie aan
zolang U de zaak aanhoudt...



bijvoorbeeld indien ter zitting in hoger beroep de verdachte aanwezig is en/of zijn raadsman heeft verklaard dat 'aan de verlening van de (onvolkomen) volmacht de wens van de verdachte ten grondslag lag om (op rechtsgeldige wijze) hoger beroep te doen instellen. In een dergelijk geval kan een verzuim als voormeld voor gedekt worden gehouden'.

Ook in HR 26 maart 2013, LJN: BZ5401 draaide het om een niet-ontvankelijkverklaring. Ditmaal was er hoger beroep ingesteld tegen een beslissing tot tenuitvoerlegging. Echter, nu deze beslissing geen deel uitmaakte van een uitspraak ter zake van andere strafbare feiten staat er op grond van art. 14j Sv geen rechtsmiddel open tegen de beslissing tot tenuitvoerlegging.

Aan HR 26 maart 2013, LJN: BZ5391 lag een zaak ten grondslag van een vrijgesproken verdachte die hoger beroep instelde tegen het (geheel vrijspreekende) vonnis waarbij tevens de in beslag genomen auto van de verdachte verbeurd was verklaard. Het hof had verstaan dat de verdachte het rechtsmiddel van cassatie had ingesteld. Terecht daarbij was het uitgangspunt van het hof dat er verondersteld dient te worden dat degene die een verkeerd rechtsmiddel aanwendt het volgens de wet openstaande rechtsmiddel wenst te benutten. Nu het hof echter had vastgesteld dat het rechtsmiddel gericht was tegen de verbeurdverklaring en betrokkene in hoger

beroep geen verdachte of veroordeelde was, had het hof het rechtsmiddel dienen aan te merken als beklag door de belanghebbende tegen inbeslagname, dat ex art. 552b Sv door het gerecht dat in hoogste feitelijke aanleg de beslissing heeft genomen behandeld dient te worden. In deze zaak was het de rechtbank, waarnaar de Hoge Raad de zaak terugverwees om de zaak op het bestaande klaagschrift af te doen.

Appelschriftuur

Op grond van art. 410 lid 1 Sv dient een appelschriftuur binnen veertien dagen na het instellen van hoger beroep te worden ingediend bij het gerecht dat het vonnis heeft gewezen. In de zaak waarin (tijdig) appel was ingesteld maar bijna driekwart jaar later bij brief de bezwaren tegen het vonnis werden opgegeven, oordeelde het hof dat deze brief zodanig buiten de termijn was ontvangen dat deze niet kon worden aangemerkt als een appelschriftuur. Nu de verdachte ter zitting van het hof ook geen mondelinge bezwaren tegen het vonnis had opgegeven en het hof ook ambtshalve geen redenen zag voor een inhoudelijke behandeling van de zaak in hoger beroep, heeft het hof de verdachte op grond van art. 416 lid 2 Sv niet-ontvankelijk verklaard in het hoger beroep. In cassatie bleef dit oordeel blijft in cassatie (HR 3 september 2013, ECLI: NL: HR:2013:585). In een andere zaak kwam het Hof Arnhem-Leeuwarden ook tot niet-ontvankelijkheidsverklaring, ditmaal van de OvJ van wie de appelschriftuur buiten de termijn ex art. 410 Sv was ondertekend en bovendien niet door de griffie voor ontvangst was gestempeld zodat niet kon worden vastgesteld dat deze tijdig was ingediend (Hof Arnhem-Leeuwarden, 29 mei 2013, LJN: CA1263).

In HR 11 december 2012, LJN: BY4303, komt de vraag aan de orde of het sturen van een stelbrief noodzakelijk is of dat (het verlenen van) rechtsbijstand ook kan worden afgeleid uit het indienen van een appelmemoorie. De Hoge Raad verwijst naar LJN: ZD1192 met betrekking tot het moment van eindigen van de rechtsbijstand en naar HR LJN: ZD2182 met betrekking tot het kennisgeven van optreden als raadsman ex art. 39 Sv (een schriftelijke kennisgeving vormt geen noodzakelijke

voorwaarde om als raadsman te kunnen optreden; indien uit enig in het dossier aanwezig stuk aan de rechter of de andere justitiële autoriteiten kan blijken dat de verdachte voor de desbetreffende aanleg voorzien is van rechtsbijstand door een raadsman, dan behoort deze als zodanig te worden erkend) en overweegt dat, gelet op het feit dat er appelschriftuur is ingediend, het oordeel van het hof dat uit de stukken niet kan blijken dat de verdachte in hoger beroep is voorzien van rechtsbijstand, onjuist dan wel onbegrijpelijk is.

(Verschoonbare) termijnoverschrijding

In HR, 11 juni 2013, LJN: CA2539, had het hof de verdachte niet-ontvankelijk verklaard in zijn hoger beroep. Uit de stukken van de zaak blijkt dat er een dag voor de zitting bij de kantonrechter een aanhoudingsverzoek is gedaan door de verdachte nu hij vanwege een voedselvergiftiging niet in staat was de zitting bij te wonen. Telefonisch zou de raadsman van de verdachte door een griffiemedewerker zijn toegezegd dat de zaak zou worden aangehouden. Het schriftelijke aanhoudingsverzoek lijkt de kantonrechter nooit te hebben bereikt. Toen de raadsman enige tijd later informeerde naar een nieuwe zittingsdatum ontdekte hij dat de zaak toch op de eerste zittingsdatum was afgedaan. Het voorbeschrevene is reden geweest van het te laat instellen van het hoger beroep. De raadsman stelde zich in hoger beroep op het standpunt dat de termijnoverschrijding verschoonbaar was nu hij en zijn cliënt moesten kunnen vertrouwen op de telefonische mededeling van de griffiemedewerker dat de zaak zou worden aangehouden.

Het hof overwoog dat het op de weg van de verdachte en zijn raadsman had gelegen om na afloop van de zitting te informeren of aanhouding was verleend. Alsmede 'dat zij erop vertrouwden dat het gevraagde uitstel was verleend, komt voor eigen rekening en risico'. De Hoge Raad overweegt dat het oordeel van het hof niet zonder meer begrijpelijk is, in aanmerking nemend dat het hof niet heeft vastgesteld dat de weergave van de inhoud van de mededeling waarop de verdachte zich heeft

We moeten dus
niet slikken wat ze
zeggen zonder
goed op de datum
te letten.



beroepen onjuist is (zie ook HR 4 mei 2004, LJN: AO5706, NJ 2004/462).

Salduz

Het EHRM heeft op 15 november 2012 in de zaak-Afanasyev vs. Oekraïne (EHRM 15 november 2012, nr. 48057/06) overwogen dat in die zaak sprake was van schending van art. 6, eerste lid, EVRM nu Afanasyev geen toegang tot een advocaat had gehad voordat hij voor de eerste keer werd verhoord door de politie, terwijl deze Afanasyev tijdens dat eerste verhoor nog niet formeel was aangehouden. Het hof overwoog onder meer: ‘The Court reiterates that Article 6 § 1 of the Convention requires that, as a rule, access to a lawyer should be provided from the first time a suspect is questioned by the police, unless it is demonstrated in the light of the particular circumstances of each case that there are compelling reasons to restrict this right.’

De vraag was of de Hoge Raad in deze uitspraak aanleiding zou zien het standpunt inzake het recht op consultatie bij een niet-aangehouden verdachte te wijzigen. Die vraag kan inmiddels ontkennend beantwoord worden. In HR 11 juni 2013 (ECLI:NL:HR:2013:CA2555) bevestigt de

Hoge Raad eens te meer dat het recht op consultatie niet zonder meer geldt voor de niet-aangehouden verdachte. Dit is anders voor de verdachte die niet is aangehouden, maar uit andere hoofde gedetineerd is en zich derhalve in een met een aanhouding vergelijkbare situatie bevindt (zie HR 22 januari 2013, ECLI: NL: HR:2013:BY7892).

Het recht op consultatie geldt niet in een situatie overeenkomstig art. 99 Sv waarbij de verdachte wordt uitgenodigd vrijwillig een voor inbeslagname vatbaar voorwerp af te geven (HR 29 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9008) en eveneens niet in het kader van een bevolen bloedonderzoek overeenkomstig art. 163, vijfde lid, WVV 1994 (HR 27 november 2012, ECLI: NL:HR:2012:BY1220).

Schriftelijke bescheiden/ anonieme getuigen

In de aan HR 2 juli 2013 (ECLI:NL:HR:2013:104) ten grondslag liggende zaak had het hof een verdachte veroordeeld wegens

mishandeling. Het hof motiveerde de bewezenverklaring door te stellen dat de verklaringen van de aangeefster consistent waren en dat haar verklaring steun vond in de verklaring van een onbekend gebleven getuige die op de dag van de vermeende mishandeling de politie had gebeld omdat hij had gezien dat op een parkeerplaats van McDonald's de inzittenden van een blauwe Peugeot ruzie met elkaar hadden. De getuige had doorgegeven dat hij had gezien dat de vrouw door de man in het gezicht geslagen werd. Deze verklaring werd als schriftelijk bescheid inhoudende de verklaring van een onbekend gebleven persoon als bewijsmiddel gebezigd, echter had het hof het gebruik daarvan niet conform art. 360 lid 1 Sv nader gemotiveerd waardoor de Hoge Raad de bewezenverklaring niet naar de eis der wet met redenen omkleed vond. In HR 18 juni 2013 (ECLI:NL:HR:2013:CA3300) was geen sprake van ‘een persoon wiens identiteit niet blijkt’, nu immers de identiteit van de bij de rc gehoorde getuige bij de rc wel bekend was. De getuige werd gehoord op de voet van art. 190, tweede lid, Sv. Uit de ingevolge art. 360, eerste lid, Sv vereiste motivering van het gebruik van een aldus afgelegde verklaring dient allereerst de reden voor toekenning van de beperkte anonimiteit te blijken. Voorts moet uit die motivering blijken dat de toekenning van de beperkte anonimiteit geen afbreuk heeft gedaan aan het ondervragingsrecht van de verdediging. Het hof had nagelaten het gebruik van het bewijsmiddel te motiveren, waardoor de Hoge Raad casseerde.

Stealth sms

Inmiddels heeft zowel het Hof Den Bosch als het Hof Arnhem-Leeuwarden een arrest gewezen over het gebruik in de opsporing van *stealth* sms-berichten (het verzenden van sms-berichten die onzichtbaar zijn voor de ontvanger, waardoor het mogelijk is de positie van de telefoon – en daarmee die van de gebruiker – te bepalen). Het Hof Den Bosch (ECLI:NL:GHSHE:2013:2579) oordeelde dat er ondanks het verzenden van een groot aantal *stealth* berichten in de betreffende zaak sprake was een relatief beperkte inbreuk op de privacy. Het

hof achtte echter niet de daadwerkelijke inbreuk in deze specifieke zaak van belang, maar het gegeven dat de opsporingsmethode de potentie heeft om een stelselmatische inbreuk op de privacy te maken en achtte een bijzondere wettelijke grondslag noodzakelijk. Volgens het hof was er dan ook sprake van een vormverzuim nu deze wettelijke grondslag ontbreekt, maar niet van dien aard dat er gevolgen aan verbonden dienden te worden. Het Hof Arnhem-Leeuwarden (ECLI:NL:GHARL:2013:5849) oordeelde anders. Volgens het hof werd er door het versturen van twee *stealth* sms-berichten geen of slechts een geringe mate inbreuk op de privacy gemaakt en bieden art. 2 Politiewet en artt. 141 en 142 Sr daarvoor een voldoende wettelijke grondslag. Het is nu wachten tot de Hoge Raad zich zal uitlaten over de inzet van *stealth* sms-berichten in de opsporing.

Uitdrukkelijk onderbouwd standpunt

Vorig jaar is in deze kroniek stilgestaan bij de stelplicht van het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt (afwijking van een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt levert ex art. 359 lid 2, tweede volzin een motiveringsplicht voor de rechter op). Er werd toen aangegeven dat in HR 28 februari 2012 (LJN: BU7360, NJ 2012, 161) mogelijk enige relativisering van de vereisten voor een UOS kon worden gelezen nu in feite niet veel meer werd gedaan dan het opwerpen van alternatieve, niet verder onderbouwde, scenario's. Bij het lezen van HR 19 maart 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BZ4489) lijkt die mogelijke relativisering wellicht toch niet aan de orde te zijn. Door de raadsman van de verdachte was het volgende aangevoerd: 'Cliënt wilde eigenlijk zelf aangifte doen. Het slachtoffer zou boos zijn geworden vanwege het spuwen van cliënt en zou cliënt met een vuist in het gezicht hebben geslagen. Deze eigenrichting is niet toegestaan. Het slachtoffer zou cliënt driemaal hebben geslagen. Ik verzoek uw hof rekening te houden met het feit dat door de politie geweld is gebruikt en dit te verdisconteren in de hoogte van de op te leggen

straf. Ik verzoek u de straf te matigen en die ook mee te nemen bij de beoordeling van de vordering van de benadeelde partij.' Het hof ging op zich uit van de juistheid van de (wat hypothetisch geformuleerde) stelling dat de politie geweld had gebruikt jegens de verdachte, maar week af van het verzoek dit te verdisconteren in de strafmaat door een hogere straf dan geëist op te leggen. Ag Aben vond dat hetgeen was aangevoerd bezwaarlijk anders kon worden verstaan dan een UOS, maar de Hoge Raad oordeelde dat het hof het aangevoerde kennelijk niet als zodanig had opgevat en vond dat niet van een onjuiste rechtsopvatting getuigen alsook onbegrijpelijk.

Voordeelsontneming

Formaliteiten

Per 1 juli 2011 is de Wet verruiming mogelijkheden voordeelontneming in werking getreden. In deze nieuwe wet zijn geen overgangsbepalingen opgenomen zodat het algemene overgangsrecht van toepassing is. De toepassing van dat algemene overgangsrecht leidde al eerder tot verschillende uitkomsten inzake het nieuwe art. 36e, zevende lid, Sr, waarin de mogelijkheid tot hoofdelijke aansprakelijkheid staat opgenomen (zie Gerechtshof Amsterdam 11 oktober 2011, ECLI: NL: GHAMS:2011:BT7566 en Gerechtshof Leeuwarden 18 oktober 2011, ECLI: NL: GHLEE:2011:BU1645).

In HR 4 juni 2013 (ECLI:NL:HR:2013: BX4604) had het Gerechtshof Amsterdam nog voor de wetwijziging van 1 juli 2011 arrest gewezen en daarin bepaald dat de veroordeelde het totale door de veroordeelde en zijn medeveroordeelde genoten wederrechtelijk verkregen voordeel moest betalen. De Hoge Raad casceerde deze beslissing, maar deed geen uitspraak over het overgangsrecht nu ten tijde van het arrest van het hof de mogelijkheid van hoofdelijke aansprakelijkheid nog niet in de wet was opgenomen.

Een veroordeling wegens een strafbaar feit is een voorwaarde voor de ontvankelijkheid van de ontnemingsvordering. In HR 9 april 2013 (ECLI:NL:HR:2013: BX4536) had

het Gerechtshof Den Haag de verdachte vrijgesproken in zijn strafzaak en vervolgens de ontnemingsvordering van het OM afgewezen nu een veroordeling wegens een strafbaar feit ontbrak. De Hoge Raad casceerde de vrijspraak in de strafzaak en casceerde vervolgens ook de beslissing in de ontnemingszaak nu de grondslag onder die beslissing was komen te vervallen.

Uit HR 2 juli 2013 (ECLI:NL:HR:2013:125) volgt dat een ontnemingsvordering geen rechtsvordering is als bedoeld in art. 29 Faillissementswet zodat de ontnemingsvordering niet ter verificatie hoeft te worden ingediend bij de curator van de failliet verklaarde veroordeelde. Tevens overwoog de Hoge Raad in dit arrest dat art. 36e, zevende lid (oud) Sr, thans artikel 36e, negende lid (nieuw) Sr niet van toepassing is op ontnemingsmaatregelen die zijn opgelegd door een buitenlandse rechter.

Vordering benadeelde partij

Per 1 januari 2011 is art. 51g, vierde lid, Sv in werking getreden dat bepaalt dat degene die rechtstreeks schade heeft geleden door een strafbaar feit, gepleegd door een minderjarige verdachte die de leeftijd van veertien jaar nog niet heeft bereikt, de mogelijkheid heeft zijn vordering tot schadevergoeding in te stellen tegen de ouders van de minderjarige verdachte. Deze mogelijkheid geldt ook in het geval dat het strafbare feit is gepleegd voor 1 januari 2011 nu art. 51g, vierde lid, Sv geen wijziging van wet ten aanzien van de strafbaarstelling of strafbedreiging betreft, zo volgt uit HR 23 april 2013 (ECLI:NL:HR:2013: BZ8170). Voor toewijzing van een vordering tot schadevergoeding als bedoeld in art. 51a, eerste lid, Sv komt alleen die schade in aanmerking die rechtstreeks is geleden door het strafbare feit als bedoeld in art. 361, tweede lid onder b, Sv. Indien daarvan sprake is, komen ingevolge art. 6:96, tweede lid onder b, BW als vermogensschade mede voor vergoeding in aanmerking redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid. Uit HR 8 januari 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BY5333) volgt dat onder dergelijke kosten ook vallen de kosten die

door de benadeelde partij zijn gemaakt voor het inhuren van een extern bedrijfsrecherchebureau, alsmede de daarmee samenhangende personeelskosten.

Vormverzuimen

De Hoge Raad heeft de toetsingscriteria bij vormverzuimen op 19 februari 2013 (LJN: BY5321) aangescherpt, waardoor er nog slechts in uitzonderlijke gevallen plaats is voor bewijsuitsluiting. In het nieuwe overzichtsarrest herhaalt de Hoge Raad het beoordelingskader uit het Afvoerpijparrest en vult dit kader met drie categorieën aan waarbij bewijsuitsluiting nog mogelijk is. Ten eerste wanneer bewijsuitsluiting noodzakelijk is ter verzekering van het recht van de verdachte op een eerlijk proces ex art. 6 EVRM, zoals bijvoorbeeld consultatiebijstand (Salduz) en bij het verzuim de cautie te geven (NJ 2013/310). Ten tweede kan bewijsuitsluiting aangewezen zijn bij een aanzienlijke schending van een ander belangrijk strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel om toekomstige vergelijkbare schendingen te voorkomen. Als voorbeeld noemt de Hoge Raad lijfsvisitatie zonder wettelijke grondslag en situaties waar het verschoningsrecht in het geding is. In dit geval kan de rechter meewegen in hoeverre toepassing van bewijsuitsluiting opweegt tegen de daarvan te verwachten negatieve effecten voor de waarheidsvinding en de belangen van slachtoffers. Indien categorie 1 en 2 niet aan de orde zijn, kan bewijsuitsluiting enkel nog aan de orde komen onder zeer uitzonderlijke omstandigheden indien uit objectieve gegevens blijkt dat het betreffende vormverzuim zozeer bij herhaling voorkomt dat zijn structureel karakter vaststaat en de verantwoordelijke autoriteiten zich, vanaf het moment waarop dit structurele verzuim hun bekend moet zijn geweest, onvoldoende inspanningen hebben geleverd overtredingen van het desbetreffende voorschrift te voorkomen. Het ligt op de weg van de verdediging om te onderbouwen dat een dergelijk verzuim zich voor doet. Toepassing van bewijsuitsluiting komt slechts in aanmerking indien aanmerkelijk is geworden dat die toepassing daadwerkelijk de beoogde normerende

werking voor de opsporingspraktijk zal hebben. Tevens moet – in plaats van ‘kan’ zoals bij categorie 2 – de rechter toepassing van bewijsuitsluiting opwegen tegen de verwachte negatieve effecten voor de waarheidsvinding en slachtoffers. Zie voor een uitgebreide bespreking van dit arrest het artikel van Ter Haar in *Praktijkwijzer Strafrecht*³.

Het ten onrechte in politieregisters opgenomen blijven van in een eerdere strafzaak van de verdachte gemaakte foto's kan volgens de Hoge Raad niet aangemerkt worden als vormverzuim in de huidige strafzaak. Een buiten het kader van art. 359a Sv vallend vormverzuim kan slechts tot bewijsuitsluiting leiden in uitzonderlijke gevallen. Volgens de Hoge Raad kan er echter niet gezegd worden dat in de aanhangige strafprocedure een belangrijk strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel in zo ernstige mate is geschonden dat de uitkomst van de fotoconfrontaties van het bewijs zou moeten worden uitgesloten (NJ 2013/455). Hetzelfde geldt voor een ten onrechte nog in de databank opgenomen DNA-profiel (NJ 2013/415) en dactyloscopisch profiel (NJ 2013/414).

Vrijheidsbenemende dwangmiddelen

Gevangenneming

In de zaak die leidde tot de beslissing van het hof Arnhem-Leeuwarden om een vordering gevangenneming af te wijzen, was het OM vergeten tijdig de voorlopige hechtenis te verlengen. Op zich kunnen die verzuimen op grond van art 66a Sv worden gerepareerd, maar dan alleen bij feiten waarvoor tenminste 8 jaar gevangenisstraf kan worden opgelegd. Nu van een dergelijk feit geen sprake was werd de vordering afgewezen (ECLI:NL:GHARL:2013: BZ1887, 20 februari 2013).

Gevangenhouding

In de praktijk gaat het nog weleens fout met de aanvoer van verdachten naar de rechtbank. Bij onduidelijkheid over de wens om aanwezig te zijn, kan de afstandsverklaring uitsluitel geven. Maar die moet wel eenduidig zijn. De verdachte heeft immers het aanwezigheidsrecht voor de behandeling van de procedure over zijn gevangenhouding in raadkamer. Bij onjuistheden is die raadkamerbehandeling nietig. Het Hof Arnhem-Leeuwarden besloot daartoe toen duidelijk werd dat een niet-aangevoerde verdachte niet zelf een afstandsverklaring had ondertekend, maar dat bewaarders uit de PI, die zelf hadden besloten dat het vanwege de gezondheidssituatie van de verdachte onverantwoord was om hem de inrichting te laten verlaten, de handtekening hadden gezet. De rechtbank had in afwezigheid van de verdachte de vordering gevangenhouding in raadkamer behandeld. Tijdens de behandeling van het hoger beroep tegen die beslissing liet het hof de verdachte alsnog aan het woord en nam vervolgens de beslissing die de rechtbank had genomen (ECLI:NL:GHARL:2013: BY8262, 9 januari 2013).

Datzelfde hof vernietigde ook de beslissing van de rechtbank die in de beschikking om de verdachte gevangen te houden had opgenomen dat de raadkamer uit twee leden had bestaan (terwijl het er drie hadden moeten zijn). De verdachte in deze zaak werd ook niet in vrijheid gesteld omdat het hof de beschikking weliswaar vernietigde, maar tevens de gevangenhouding beval voor de duur van negentig dagen (ECLI:NL:GHARL:2013:6291, 26 augustus 2013).

Gesloten stelsel van rechtsmiddelen

Art. 406 Sv bepaalt dat tegen in eerste aanleg gewezen vonnissen die geen einduitspraken zijn, hoger beroep gelijktijdig met dat tegen de einduitspraak moet worden ingesteld. De uitzonderingen op die regel zijn in het tweede lid geregeld en zijn beperkt tot het beroep tegen een bevel tot gevangenhouding of gevangenneming en de afwijzing van een verzoek tot opheffing van het bevel tot gevangenhouding of gevangenneming.

³ R. ter Haar, 'Bewijsuitsluiting. Van afvoerpijp naar sporttas: de aanvulling van de Hoge Raad op zijn bekende 359a-arrest uit 2004', *TPWS 2013*, afl. 1 p. 6 e.v.

De verdachte in HR (ECLI:NL:HR:2013:BZ6526, 9 april 2013) had ter zitting verzocht om schorsing van zijn voorlopige hechtenis. Dat verzoek werd ter zitting afgewezen. Tegen die beslissing kwam de verdachte in hoger beroep. Het hof overwoog dat de verdachte, nu de afwijzende beslissing niet viel onder de uitzonderingen van art. 406 lid 2 Sv, niet-ontvankelijk was in zijn hoger beroep.

De Hoge Raad was het daarmee eens. Het eventueel openstellen van een nieuw rechtsmiddel valt buiten de rechtsvormende taak van de Hoge Raad en moet daarom aan de wetgever worden overgelaten.

Het arrest werd gewezen na een vordering tot cassatie in het belang der wet. De zeer uitvoerige conclusie van ag Vellinga geeft een mooi overzicht van de wetsgeschiedenis en wisselende rechtspraak van de gerechtshoven. Hij komt tot de conclusie dat het in de rede ligt om de wettelijke regeling van art. 406 Sv aan te passen door ook tussentijds beroep mogelijk te maken voor de gevallen waarbij op zitting een verzoek tot schorsing van de voorlopige hechtenis is afgewezen (ECLI:NL:PHR:2013:BZ6526). Daarbij overwoog Vellinga onder meer dat het niet past in het doel van de bepaling om in geval van dringende omstandigheden die ten grondslag liggen aan een schorsingsverzoek, twee weken te moeten wachten alvorens hoger beroep kan worden ingesteld tegen een afwijzende beslissing.

Zwijgrecht

Het Hof Arnhem-Leeuwarden sprak op 12 juni 2013 een verdachte vrij van een ten laste gelegde woninginbraak. De verdachte had steeds gebruikgemaakt van zijn zwijgrecht, terwijl een handpalmafdruk van hem was aangetroffen op een ladder die bij de woninginbraak was gebruikt en op de plaats delict schoensporen waren aangetroffen, die blijkens een rapport van het Nederlands Forensisch Instituut afkomstig konden zijn van sportschoenen die in de woning op het adres waar verdachte stond ingeschreven waren aangetroffen. Op die omstandigheden was volgens het hof echter het een en ander af te dingen. Niet viel uit te sluiten dat de handpalm-

afdruk al eerder op de ladder terecht was gekomen en evenmin was uit te sluiten dat het schoenspoor ook van andere vergelijkbare schoenen afkomstig kon zijn. De handpalmafdruk en het schoenspoor waren daarmee niet zodanige omstandigheden dat moest worden aangenomen dat het zwijgen was gebeurd om te bemantelen dat de verdachte zelf bij de woninginbraak betrokken was geweest.

Wet- en regelgeving

Nieuwe wetten

Per 1 januari 2013 is allereerst een tweetal wetswijzigingen in werking getreden die zouden moeten bijdragen aan de versterking van kwaliteit en effectiviteit van politie, rechtspraak en OM. Het gaat om de invoering van de Nationale Politie en de herziening van de gerechtelijke kaart. Sindsdien is er formeel één Nationale Politie met tien regionale eenheden. De herziening van de gerechtelijke kaart heeft tot gevolg dat ook het OM en de rechterlijke macht in tien arrondissementen zijn georganiseerd, die grotendeels synchroon zijn aan de tien regionale eenheden van de politie. Voor de praktijk heeft de reorganisatie van politie, rechtspraak en OM niet direct tot verbetering van kwaliteit en effectiviteit gezorgd. Met name het OM lijkt nog te kampen met problemen rondom de

reorganisatie. Dat blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat de administratie rondom betekening van dagvaardingen in veel gevallen niet op orde is en dat rondom de planning van zittingen binnen een arrondissement dat voorheen uit verschillende arrondissementen bestond (bijvoorbeeld Midden-Nederland) het nodige misgaat.

Eveneens met elkaar samenhangende nieuwe wetten die per 1 januari 2013 zijn ingevoerd, zijn de Wet versterking positie rechter-commissaris en de Wet herziening regels betreffende de processtukken in strafzaken. Kern van beide wetten is dat de verdedigingsrechten van de verdachte op bepaalde punten worden aangescherpt en dat de rol van de rc wat betreft het waarborgen van het juiste evenwicht tussen rechtsbescherming en doelmatigheid in het vooronderzoek een andere invulling heeft gekregen. Belangrijk instrument voor de verdediging is art. 182 Sv op grond waarvan de verdachte de rc kan verzoeken bepaalde onderzoekshandelingen te verrichten. Deze bepaling is in de plaats gekomen van de in art. 36a (oud) Sv opgenomen mini-instructie. Tegen een weigering van de rc kan de verdachte op grond van art. 182 lid 6 Sv binnen veertien dagen een bezwaarschrift indienen bij de rechtbank. Dat was voorheen niet mogelijk.

Onder de nieuwe Wet herziening regels betreffende de processtukken in strafzaken blijft de OvJ weliswaar verantwoordelijk voor het dossier, maar ook hier is de rc meer bevoegdheden toegekend. Ook de verdach-

Wat mij betreft. Jooop.
heb je vrijwillig afstand gedaan van
je aanwezigheidsrecht toen
je die agent in elkaar
sloeg. Doei!



te heeft formeel meer rechten: nieuw is bijvoorbeeld dat de verdachte in beginsel gedurende het hele vooronderzoek recht heeft op inzage in de processtukken beginnend vanaf het eerste verhoor. De OvJ mag de verdachte echter de kennisneming van bepaalde stukken onthouden in het belang van het onderzoek. Daartegen kan de verdachte vervolgens een bezwaarschrift indienen bij de rc.

Per 1 oktober 2013 zijn vervolgens nog een tweetal nieuwe wetten in werking getreden die voor de strafrechtspleging van belang zijn. Allereerst de Wet herziening ten nadele, waarvan het voorstel werd ingediend naar aanleiding van de Schiedammer Parkmoord. De wet creëert de bevoegdheid voor het College van procureurs-generaal om onherroepelijke uitspraken van de strafrechter bij ernstige misdrijven ten nadele van de gewezen verdachte te herzien. Herziening ten nadele kan op twee gronden plaatsvinden: indien na het onherroepelijk worden van de uitspraak een novum aan het licht komt dat het ernstige vermoeden doet rijzen dat de verdachte, als de rechter daarmee bekend was geweest, zou zijn veroordeeld en wanneer er sprake is geweest van kennelijk vals ontlastend bewijsmateriaal. Om deze

nieuwe wet is veel te doen geweest omdat er fundamentele rechtsbeginselen in het geding zijn.

Met het oog op implementatie van een daartoe opgestelde Europese richtlijn is eveneens op 1 oktober 2013 een nieuw art. 32a Sv ingevoerd. Hierin staat kort gezegd opgenomen dat een verdachte in elke fase van het onderzoek, inclusief het opsporingsonderzoek, recht heeft op een tolk of vertaler. Ook is daarin het recht opgenomen om als verdachte een verzoek te doen processtukken, die hij noodzakelijk acht voor zijn verdediging, in een voor hem begrijpelijke taal te laten vertalen.

Wetsvoorstellen

Bij het indienen van nieuwe wetsvoorstellen is het slachtoffer het afgelopen jaar een belangrijk thema gebleken. Zo is er een voorstel ahangig gemaakt dat ziet op de uitbreiding van het spreekrecht van het slachtoffer en is in dat verband bovendien geopperd om het slachtoffer een adviesrecht toe te kennen met het oog op de door de rechter op te leggen straf. Daarnaast is het afgelopen jaar een wetsvoorstel aangenomen dat de mogelijkheid in het leven roept om conservatoir beslag te leggen op het vermogen van de verdachte om de door

het slachtoffer geleden schade te vergoeden. Deze nieuwe wet zal op 1 januari 2014 in werking treden.

Voorts is er een aantal wetsvoorstellen ingediend die zien op de tenuitvoerlegging van sancties. Zo is er het voorstel invoering elektronische detentie. Daarmee wordt beoogd dat gedetineerden alleen buiten de penitentiaire inrichting kunnen verblijven als ze zich goed gedragen en dat ze buiten de inrichting onder elektronisch toezicht staan. Dit betekent dat bestaande externe vrijheden voor gedetineerden, zoals het penitentiair programma en het penitentiair verlof, gaan verdwijnen; alleen het incidenteel verlof blijft gehandhaafd. Het voorstel lijkt vooral een bezuinigingsmaatregel te betreffen. Met elektronische detentie denkt men 16 miljoen euro te gaan besparen.

Dan is er nog het wetsvoorstel dadelijke tenuitvoerlegging dat er op ziet dat verdachten die door de rechtbank tot ten minste één jaar gevangenisstraf zijn veroordeeld, direct hun straf ondergaan en dus niet in afwachting van hoger beroep op vrije voeten komen. Bij de keuze voor de dadelijke tenuitvoerlegging wegen twee factoren zwaar mee: de belangen van slachtoffers en nabestaanden van misdrijven en het belang van de samenleving bij straffen die ook daadwerkelijk worden uitgevoerd.

In ahangig gemaakte wetsvoorstellen lijkt ook meer de nadruk te liggen op financieel-economische delicten. Zo is er het wetsvoorstel financieel-economische criminaliteit, waarin is opgenomen dat er hogere straffen dienen te komen voor witwassen en corruptie. Ook wordt de strafbaarstelling van misbruik van gemeenschapsgeld (subsidiegelden) verruimd. Verder wordt de maximale boete voor bedrijven in de toekomst meer afhankelijk gemaakt van hun jaaromzet.

Tot slot is er het wetsvoorstel acquisitiefraude, waarin een strafbepaling wordt voorgesteld die ziet op dergelijke fraude. Ondernemers zouden beter moeten worden beschermd tegen de oneerlijke praktijken van fraudeurs. Dit wetsvoorstel moet er in de woorden van de bewindslieden voor zorgen dat een lacune in de wet, die het nu moeilijk maakt iets te doen tegen acquisitiefraude, wordt gedicht. <<



Kroniek Materieel strafrecht



Algemene leerstukken

Medeplegen » Noodweer » Voorbedachten rade

Specifieke delicten

Mensenhandel » Verduistering » Virtuele kinderporno » Witwassen »

Zedendelicten: *Ontuchtige handelingen* » *Verkrachting*

Dit jaar is tevens een Kroniek materieel strafrecht geschreven. Deze nieuwe kroniek zal de komende jaren worden uitgebreid ten koste van de Kroniek strafprocesrecht. Dit hangt samen met de rechtsontwikkeling in de uitspraken van de Hoge Raad. Op 19 februari 2013 wees de Hoge Raad een nieuw standaardarrest over vormverzuimen. Dat arrest komt er in de kern op neer dat bewijsuitsluiting alleen in uitzonderlijke gevallen nog aan de orde kan zijn. Vanuit het oogpunt van een succesvolle verdediging worden materiële leerstukken daarmee steeds belangrijker.

In deze kroniek is met name aandacht besteed aan die algemene leerstukken en specifieke delicten die in 2013 een ontwikkeling hebben doorgemaakt en is daarmee geen volledig overzicht van alle uitspraken over materiële onderwerpen. De kroniek is gebaseerd op uitspraken gepubliceerd in diverse vakbladen – waaronder de *Nieuwsbrief Strafrecht (NbSr)*, de *Nederlandse Jurisprudentie (NJ)* en het *Nederlands Juristenblad (NJB)*.

Chana Grijsen, Desiree de Jonge,
Robert Malewicz en Patrick van der Meij¹

Algemene leerstukken

Medeplegen

De tijd lijkt voorbij dat in jurisprudentiebesprekingen kon worden gesteld dat de feitenrechter het leerstuk van het medeplegen meer terughoudend zou zijn gaan interpreteren. De tendens van een meer beperkte reikwijdte heeft vooral betrekking op strafzaken waarin verdachten in zekere zin zijn gebruikt als katvanger bij hennepkwekerijen en de daarmee samenhangende diefstal van elektriciteit.

In enkele arresten van het Gerechtshof Amsterdam kan wel een bevestiging worden gevonden voor de stelling dat bij voor medeplegen in afwezigheid die afwezigheid dient te worden gecompenseerd door een stevig aandeel in de voor-

bereiding dan wel afwikkeling van dat feit. Andersom hoeft de aanwezigheid van de verdachte bij de uitvoering van het strafbare feit en het aannemen van voorwaardelijk opzet op het delict, niet te leiden tot een bewezenverklaring ter zake van medeplegen. In een zaak van de Rechtbank Den Haag ging het om het wegmaken van een stoffelijk overschot (art. 151 Sr), waarbij de rechtbank aannam dat de verdachte zich op enig moment heeft gerealiseerd dat het lichaam door diens medeverdachte in een koffer was gepakt en in zijn bijzijn in de kofferbak van de auto waarin zij reden, is getild. Het gebrek aan uitvoeringshandelingen door de verdachte leidde uiteindelijk tot vrijspraak.

Het leerstuk medeplegen staat de laatste tijd vooral in de belangstelling vanwege de Nijmeegse scooterzaak. Deze zaak draait om een tweetal verdachten dat na een gezamenlijk te plegen overval op één scooter voor de politie is gevlucht, waarbij tijdens die vlucht een voetganger is aangereden en is overleden. De beide verdachten werden vervolgd voor drie strafbare feiten: het medeplegen van doodslag, van dood door schuld in het verkeer en van gevaarstelling op de weg. Het Gerechtshof Arnhem had de beide verdachten in hoger beroep vrijgesproken van alle feiten, omdat uit al het voorhanden bewijsmateriaal – (getui-

gen)verklaringen, technisch onderzoek – onvoldoende duidelijk naar voren was gekomen wie van hen de bestuurder was van de scooter. Het hof overwoog dat bij onduidelijkheid wie de bestuurder is geweest, vereist is dat de rollen van de bestuurder en de rijder volstrekt inwisselbaar zijn. Aangezien de rijder tijdens de rit de scooter niet heeft bestuurd en geen invloed heeft gehad op het rijgedrag van de bestuurder, is van volstreekte inwisselbaarheid geen sprake, aldus het hof.

Deze zaak is eind 2013 weer actueel omdat het OM cassatie heeft ingesteld en ag Knigge onlangs een conclusie heeft genomen. Knigge geeft aan dat het gerechtshof bij de vraag of de verdachten als medeplegers konden worden aangemerkt niet de juiste criteria heeft gehanteerd. Knigge stelt dat het gerechtshof had moeten onderzoeken of het onverantwoorde rijgedrag een direct uitvloeisel was van het gezamenlijke plan de roofoverval te plegen. Indien in een dergelijk gezamenlijk plan besloten zou hebben gelegen dat zij bij een eventuele vlucht voor de politie met de scooter zich niet aan de verkeersregels zouden houden, om zo koste wat kost te ontkomen, kan volgens Knigge wel degelijk van medeplegen sprake zijn, waarbij in het midden mag blijven wie van de twee verdachten de scooter bestuurde. Wordt vervolgd.

¹ Advocaten bij Cleerdin & Hamer in Amsterdam en Almere; Robert Malewicz is tevens redactielid van dit blad.

Noodweer

Afgelopen jaar zijn er vanuit verdedigingsperspectief enkele lichtpuntjes geweest ten aanzien van het – weerleggen van – noodweerverweer. Een in meerdere opzichten opvallend arrest is het volgende. Op een drukke zaterdagmiddag staat een zangduo religieuze liederen ten gehore te brengen op de centrale toegangsbrug naar het Centraal Station in Amsterdam. Twee verbalisanten passeren op dat moment en nemen waar dat het publiek met een grote boog om het zangduo heen loopt. Zij trekken daaruit de conclusie dat de openbare orde door hen wordt verstoord en geven bevel zich te verwijderen, waaraan geen gehoor wordt gegeven.

Vervolgens wordt de vrouwelijke helft van het duo om haar legitimatiebewijs gevraagd maar zij geeft aan dat niet nodig te hebben omdat God haar identiteit zou kennen. Verbalisanten gaan vervolgens over tot aanhouding wegens verstoring van de openbare orde. Op enig moment verzet verdachte zich daartegen en enige tijd later moet zij voor de rechter verschijnen op verdenking van wederspanningheid en mishandeling van de verbalisant. Van de wederspanningheid wordt zij vrijgesproken omdat het enkel ten gehore brengen van religieuze liederen wat de rechter betreft onvoldoende is om tot verstoring van de openbare orde te komen. Nu de aanhouding niet rechtmatig is geweest is ook geen sprake van wederspanningheid.

Ten aanzien van de mishandeling beroept de vrouw zich op noodweer. Zij zou bij de aanhouding met haar rug tegen een brug aan zijn gezet, heeft uit angst achterover te vallen de verbalisant aangeklamp, kreeg toen een duw tegen haar kin en heeft zich pas daarna trachten te ontzetten. Het hof overweegt dat geen sprake is van een noodzakelijke verdediging, omdat een getuige heeft verklaard dat de brug anderhalve meter hoog is en er nooit gerechtvaardigde angst heeft kunnen zijn dat zij achterover zou vallen. Daarmee was zij niet gerechtigd zich te verdedigen.

Met deze motivering maakt de Hoge Raad korte metten. Door de verdediging was immers aangevoerd dat de reactie van

de verdachte pas volgde op het moment dat zij tegen haar kin werd geduwd en nu het hof daar niet op in is gegaan, is dat oordeel niet zonder meer begrijpelijk.

Een tweede arrest waarin de Hoge Raad oordeelt over de inhoud van de noodzakelijke verdediging betreft het volgende: het hof was tot het oordeel gekomen dat aan de verdachte geen beroep op noodweer toekwam omdat de verdachte disproportioneel had gehandeld. Er zouden voor hem andere, minder ingrijpende middelen hebben opgestaan dan het hard in het gezicht slaan van het slachtoffer waardoor deze in elkaar zakt, het bewustzijn verliest en naar later blijkt een gebroken kaak, neus en oogkas heeft.

De Hoge Raad overweegt: indien het heeft geoordeeld dat eerst dan aan de hier te stellen proportionaliteitseis is voldaan indien, naast de noodzaak van de verdediging als zodanig, ook de noodzaak van de gekozen wijze van verdediging komt vast te staan, heeft het een te strenge toets aangelegd. Wat dat laatste betreft is immers beslissend of de desbetreffende gedraging – als verdedigingsmiddel – niet in onredelijke verhouding staat tot de ernst van de aanranding.

Indien het echter die – juiste – maatstaf wel voor ogen heeft gehad, had het gelet op de door hem vastgestelde ernst van de aanranding, zijn oordeel dat de verdachte voor een te zwaar middel heeft gekozen, nader dienen te motiveren.

Wat betreft die aanranding heeft het hof immers vastgesteld dat [slachtoffer], nadat hij de verdachte tegen zijn been had geschopt en de verdachte het been van [slachtoffer] had vastgepakt, slaande bewegingen maakte in de richting van het gezicht van de verdachte.

Voorbedachten rade

Ten aanzien van het leerstuk ‘voorbedachten rade’ geldt dat de lijn die de Hoge Raad in 2012 heeft ingezet, lijkt te worden doorgetrokken. Een bewezenverklaring van voorbedachten rade lijkt in de nieuwe standaardjurisprudentie vooral een motiveringskwestie. Uitgangspunt is

dat om de voorbedachten rade te kunnen aannemen, de verdachte zich gedurende enige tijd heeft kunnen beraden op het te nemen of het genomen besluit en dat hij niet heeft gehandeld in een ogenblikkelijke gemoedsopwelling, zodat hij de gelegenheid heeft gehad na te denken over de betekenis en de gevolgen van zijn voorgenomen daad en zich daarvan rekenschap te geven. Toch volstaat ‘voldoende tijd en gelegenheid’ op zich lang niet altijd meer bij het aannemen van voorbedachten rade. Contra-indicaties kunnen namelijk aan die aanname in de weg staan.

Die contra-indicaties kunnen bestaan in een plotselinge hevige drift, de korte duur van de tijdsperiode waarin de afweging zou hebben moeten plaatsvinden en de omstandigheid dat de gelegenheid tot beraad pas ontstaat ten tijde van het uitvoeren van het delict. De Hoge Raad overwoog: ‘Mede met het oog op het [...] strafverzwarende gevolg dat dit bestanddeel heeft, moeten – anders dan wel uit eerdere rechtspraak van de Hoge Raad wordt afgeleid – aan de vaststelling dat de voor voorbedachte raad vereiste gelegenheid heeft bestaan, bepaaldelijk eisen worden gesteld en dient de rechter, in het bijzonder indien de voorbedachten raad niet rechtstreeks uit de bewijsmiddelen volgt, daaraan in zijn motivering van de bewezenverklaring nadere aandacht te geven.’

In recente arresten van de Hoge Raad is bepaald dat de desbetreffende feitenrechters ten onrechte voorbedachten rade hebben aangenomen. Het gaat bijvoorbeeld om HR 19 juni 2012, NJ 2012, 519 (uitpakken van mes uit krantenpapier, geen tijdsperiode van voorbedachten rade); HR 9 oktober 2012, NJ 2012, 596 (gedurende het steken met het mes geen voorbedachten rade vanwege een waas voor de ogen) en HR 13 november 2012, NJ 2012, 659 (geen voorbedachten rade bij een tweede confrontatie vanwege een hevige gemoedsbeweging).

Dat het gaat om strenge motiveringseisen heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt in zijn meest recente arrest inzake voorbedachten rade. In dit arrest worden in de eerste plaats de overwegingen uit het standaardarrest van februari 2012 aangehaald. De Hoge Raad vult daarbij aan dat



het vaak lastig zal zijn te achterhalen wat de verdachte bij het bestaan van de gelegenheid tot beraad en tot overdenking van de consequenties van zijn handelen daadwerkelijk heeft gedacht, 'zeker in het geval dat de verklaringen van de verdachte en/of eventuele getuigen geen inzicht geven in hetgeen voor en ten tijde van het begaan van het feit in de verdachte is omgegaan'.

In deze zaak ging het om een steekpartij in een snackbar, waarbij de verdachte het slachtoffer een eerste keer blijkbaar in een opwelling in de nek had gestoken en korte tijd daarna – een tijdspanne van vijftig seconden – nog een keer, met een dodelijke wond als gevolg. Het Gerechtshof Den Haag was in deze zaak tot de slotsom gekomen dat in geval van de tweede steek sprake was van voorbedachten rade, mede omdat niet was komen vast te staan dat de verdachte daarbij had gehandeld vanuit een ogenblikkelijke gemoedsopwelling (in tegenstelling tot bij de eerste steek). Met andere woorden: er leek geen contra-indicatie aanwezig.

De Hoge Raad haalde echter een streep door deze motivering en casseerde mede omdat het hof wel degelijk contra-indicaties had genoemd: '1) dat de verdachte de eerste steek in een ogenblikkelijke gemoedsopwelling heeft toegebracht en 2) dat het tweede steekincident korte tijd –

ongeveer vijftig seconden – daarna plaatsvond.' Blijkbaar had het hof nadrukkelijk dienen te motiveren waarom de aanvankelijke hevige gemoedsbewegingen iets later niet meer aanwezig was, of had het hof gewoonweg vrij moeten spreken van voorbedachten rade.

Specifieke delicten

Mensenhandel

De strafbaarstelling van mensenhandel (art. 273f Sr) is één van de delicten die in de loop van de eenentwintigste eeuw een steeds groter toepassingsbereik hebben gekregen. De toename van het aantal zaken vloeit voort uit de exponentieel toegenomen aandacht vanuit de overheid en het OM voor de bestrijding van mensenhandel. Uit de Negende Rapportage van de Nationaal Rapporteur Mensenhandel volgt dat er een duidelijk stijgende lijn is in het aantal zaken dat voor de rechter wordt gebracht. De bestrijding van mensenhandel staat hoog op de straf-

rechtagenda, zowel in Europees als in nationaal verband.

Eén van de belangrijkste wapenfeiten van de wetgever in het kader van de bestrijding van mensenhandel betreft de recentelijk in werking getreden Wet ter Implementatie van de EU-Richtlijn 2011/36/EU. De richtlijn draagt de EU-lidstaten op een integrale aanpak van mensenhandel te organiseren en de mensenhandel niet enkel door middel van het strafrecht te bestrijden. De integrale aanpak dient te bewerkstelligen dat naast de bestrijding ook meer nadruk komt te liggen op preventie. Bovendien vraagt de richtlijn aan de hand van die integrale aanpak meer aandacht voor de slachtoffers van mensenhandel. Deze aandacht heeft naast een zorgaspect ook altijd een meer pragmatische kant: bij de bestrijding van mensenhandel zijn de justitiële autoriteiten vaak afhankelijk van de informatie van het slachtoffer om effectief te kunnen opsporen en vervolgen.

Voor de Nederlandse wetgever heeft de implementatie van de richtlijn geen vergaande consequenties gehad: tot op zekere hoogte voldeden de nationale wetgeving en organisatie van de bestrijding van mensenhandel al aan de richtlijn. Zo heeft Nederland al lange tijd een Nationaal Rapporteur Mensenhandel en diens onafhankelijke positie aan de hand van de richtlijn enkel nog wettelijk te worden verankerd. De in de richtlijn vooropgestelde multidisciplinaire integrale aanpak volgde reeds uit de taskforce Aanpak Mensenhandel.

Op het gebied van het materiële strafrecht zijn vier belangrijke veranderingen te noemen. De omschrijving 'uitbuiting' is conform art. 2 lid 3 van de richtlijn uitgebreid met gedwongen bedelarij en criminele activiteiten. In de wet wordt conform art. 4 lid 2 van de richtlijn een strafverzwaring geregeld voor mensenhandel gepleegd tegen een bijzonder kwetsbaar slachtoffer, zoals kinderen onder de achttien jaar. Onder een kwetsbare positie wordt ook begrepen een situatie waarin een persoon geen andere werkelijke of aanvaardbare keuze heeft dan het misbruik te ondergaan. Een kwetsbare positie kan onder andere het gevolg zijn van illegale binnenkomst of

illegaal verblijf, van een ongedocumenteerde status, van een verslaving of van een psychische of lichamelijke handicap. Conform art. 10 van de richtlijn wordt in het wetsvoorstel de extraterritoriale rechtsmacht gevestigd in vorm van ongeclausuleerde rechtsmacht over eigen onderdanen die mensenhandel plegen.

Tot slot verplicht de richtlijn tot aanscherping van de maximumstraffen. Ook hierin loopt Nederland voor op de implementatie, aangezien de huidige strafmaxima al voldoen aan de strafniveaus uit de richtlijn. Op 1 april 2013 is de Wet tot aanpassing van het materieel strafrecht aan recente ontwikkelingen in werking getreden, waarin de strafmaxima voor art. 273f Sr zijn verhoogd.

Naast de Wet tot Implementatie van de Richtlijn bestaan meer wetsvoorstellen die de problematiek van de mensenhandel raken, zoals het Wetsvoorstel regulering prostitutie en bestrijding misstanden seksbranche. De kern van dat wetsvoorstel is de invoering van een vergunningstelsel voor de uitoefening van een seksbedrijf, de invoering van een registratieplicht voor prostituees en het strafbaar stellen van het gebruikmaken van illegaal aanbod van prostitutie.

Dat het menens is met de bestrijding van mensenhandel volgt ook uit de nieuwe Aanwijzing Mensenhandel van het OM die op 21 juni 2013 in werking is getreden. Ook uit de Aanwijzing volgt dat wordt ingezet op een integrale aanpak, bij voorkeur in een internationale context. Uitgangspunt is dat alle signalen dat sprake zou zijn van mensenhandel worden opgepakt. Ook de onvoorwaardelijke aandacht voor het slachtoffer volgt uit de nieuwe Aanwijzing en dat is het grootste verschil ten opzichte van de oude Aanwijzing: slachtoffers dienen te worden ondersteund in het strafproces (schadevergoedingsverzoeken) en tegen henzelf wordt geen vervolging ingesteld indien zij als gevolg van de uitbuiting zelf strafbare feiten hebben gepleegd.

Een gevolg van de toegenomen aandacht voor de bestrijding van mensenhandel is een niet-aflatende stroom aan jurisprudentie, waarbij duidelijk is dat de strafbare uitbuiting zich voor kan doen in tal van vormen. Uiteraard speelt mensen-

handel zich vaak af in de prostitutie en seksbranche. Niettemin komen geregeld zaken voor de rechter waarin doorgaans buitenlandse seizoenarbeiders onder zeer slechte omstandigheden tewerk worden gesteld in de land- en tuinbouwsector. Het op grote schaal organiseren van schijnhuwelijken kan ook worden geschaard onder mensenhandel. Het aanzetten van jonge meisjes tot de smokkel van hasj vanuit Marokko naar Nederland is eveneens als mensenhandel geduid.

De zaken waarin verdachten worden vrijgesproken van art. 273f Sr zijn beperkt in aantal en lijken soms te zijn ingegeven door meer formele gronden. Zo heeft de Rechtbank Amsterdam een verdachte vrijgesproken omdat zij niet aan de bewijsvraag toekwam of de verdachte het slachtoffer door middel van opsluiting had gedwongen zich te prostitueren, omdat dezelfde rechtbank dezelfde verdachte eerder had vrijgesproken van wederrechtelijke vrijheidsberoving. De Rechtbank Amsterdam kwam ook tot vrijspraak in een andere zaak omdat verklaringen van het slachtoffer te zeer op zichzelf stonden en nagenoeg geen bevestiging vonden in andere getuigenverklaringen ten aanzien van de vermeende uitbuiting: een onvoldoende minimum aan bewijsgronden.

Toch doen zich ook vrijspraken ter zake van art. 273f Sr voor. De Rechtbank Noord-Nederland achtte het enkele plaatsen van wervende advertenties, zonder dat op enige manier contact is geweest met vrouwen die in de prostitutie zouden willen werken, onvoldoende om te kunnen spreken van een begin van uitvoering van mensenhandel.

Van een poging tot mensenhandel was wel sprake in een zaak van de Rechtbank Gelderland waarin de verdachte met anderen op een parkeerplaats had afgesproken tegen betaling een zeventienjarig meisje over te nemen in het kader van zijn prostitutiebedrijf en hij eenmaal op de parkeerplaats trachtte weg te vluchten toen hij zag dat anderen dan de eerdere aanbieders bij de overname betrokken zouden zijn. De Rechtbank Gelderland oordeelde in een andere zaak dat het dwingen van iemand tot het afsluiten van telefoonabonnementen gezien de strek-

king van de strafbaarstelling (bescherming van geestelijke en lichamelijke integriteit en persoonlijke vrijheid) niet valt onder mensenhandel. Er was geen sprake van een uitbuitingssituatie die de wetgever met de strafbaarstelling voor ogen had gestaan.

Eén van de zaken die het nieuws heeft gehaald, is die van de opa die zich naar het oordeel van de rechter schuldig had gemaakt aan uitbuiting van zijn tienjarige kleindochter. Deze strafzaak van de Rechtbank Midden-Nederland illustreert zowel de effectiviteit als het (al te?) ruime toepassingsbereik van de strafbaarstelling mensenhandel. De opa was met zijn kleindochter naar een supermarkt gereden met het oogmerk haar een winkeldiefstal te laten plegen. De rechtbank oordeelde dat zij redelijkerwijs geen andere keuze had dan dit te ondergaan en zich voor de winkeldiefstal beschikbaar te stellen. De rechtbank schaarde het aanzetten tot het plegen van een winkeldiefstal onder 'het verrichten van een dienst in de zin van art. 273f Sr'. De opa had zijn kleindochter uitgebuit en daar voordeel uit getrokken. Het is niet ondenkbaar dat vóór de opmars van de bestrijding van mensenhandel een dergelijk feit gewoonweg strafbaar zou zijn geacht in de zin van 'het doen plegen van winkeldiefstal'. Wellicht dat een dergelijke kwalificatie mede gezien de familieband tussen dader en slachtoffer meer voor de hand had gelegen.

Verduistering

In de zaak die heeft geleid tot een uitspraak van de Hoge Raad op 2 juli 2013 had de verdachte tot vijfmaal toe dvd's van de serie *Charmed* via Marktplaats verkocht. Nadat de koopprijs door de koper op de rekening van verdachte was gestort, had hij echter niet geleverd. De verdachte werd primair vervolgd voor oplichting en subsidiair voor verduistering. De rechtbank en het hof kwamen beide tot een integrale vrijspraak, waarna het OM casusatie heeft ingesteld. Het hof had geoordeeld dat de geldbedragen die door de kopers zijn overgemaakt na ontvangst door de verdacht niet meer voor weder-

Vroeger hield ik van
David Hamilton – maar nu
meer van foto-realisme.
En dokter... dat is
strafbaar...



rechtelijke toe-eigening vatbaar zijn. De Hoge Raad is het daarmee eens. Het enkele niet-leveren van een tegenprestatie na het ontvangen van een koopsom levert dus geen oplichting op.

Virtuele kinderporno

Op 12 maart 2013 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen waarin invulling wordt gegeven aan het bij wetswijziging van 2002 ingevoerde bestanddeel 'schijnbaar is betrokken' uit art. 240b Sr. In de Aanwijzing Kinderporno had het OM zich al gewaagd aan uitleg van dit bestanddeel en was tot de conclusie gekomen dat daaronder ook afbeeldingen vallen die niet evident levensecht zijn. Geheel in overeenstemming met de door het OM ingezette lijn was in de zaak die heeft geleid tot dit arrest van de Hoge Raad onder andere ten laste gelegd dat verdachte in het bezit is geweest van een viertal tekeningen met kinderpornografische strekking. De rechtbank en ook het hof waren ten aanzien van die vier tekeningen tot een partiële vrijspraak gekomen omdat het niet ging om realistische afbeeldingen. Het OM wilde daaromtrent graag het oordeel van de Hoge Raad en ging in cassatie.

De Hoge Raad onderschrijft de overwegingen van hof: 'Het bestanddeel "schijnbaar betrokken" in de delictomschrijving van art. 240b Sr brengt mee dat onder deze strafbepaling ook is begrepen een realistische afbeelding van een niet-

bestaand kind in de zin dat de afbeelding niet van echt is te onderscheiden.' De internationale regelgeving op het gebied van *child pornography* maakt dat naar het oordeel van de Hoge Raad niet anders omdat die ook geen betrekking heeft op niet-realistische afbeeldingen.

Witwassen

Op 8 januari 2013 wees de Hoge Raad een viertal arresten in zaken waarin door de desbetreffende gerechtshoven (onder andere) wegens witwassen werd veroordeeld. De arresten zijn van belang, in die zin dat daarin de in HR 26 oktober 2010, NJ 2010, 655 reeds enigszins ingezette lijn wordt verduidelijkt (volgens de bewoordingen van de Hoge Raad, Borgers spreekt in zijn noot zelfs van 'geherformuleerd'). In laatstgenoemd arrest overwoog de Hoge Raad dat niet elke in art. 420bis en art. 420quater Sr omschreven gedraging in alle omstandigheden de kwalificatie (schuld)witwassen rechtvaardigt. De Hoge Raad noemt daarbij als voorbeeld het (enkele) voorhanden hebben van een voorwerp afkomstig uit een door de verdachte zelf begaan misdrijf. In beginsel wordt van de witwasser een handeling gevergd die erop is gericht om zijn criminele opbrengsten veilig te stellen. Indien vaststaat dat het enkele voorhanden hebben niet bijgedragen kan hebben aan het verbergen of verhullen van de criminele herkomst van dat voorwerp, zal die gedraging niet als (schuld)witwassen kunnen worden gekwalificeerd, aldus de Hoge Raad. Dat het de Hoge Raad niet (slechts) ging om het vaststellen van het (objectief) niet hebben kunnen bijdragen aan het verbergen of verhullen van de herkomst van het voorwerp, blijkt reeds uit een aantal arresten uit 2012, waarin de Hoge Raad het criterium uit 2010 toepast door telkens te stellen dat het gerechtshof niet heeft vastgesteld dat het voorhanden hebben heeft bijgedragen aan het verbergen of verhullen van de criminele herkomst.

In de arresten van januari 2013 verduidelijkt de Hoge Raad eerst het doel van deze rechtspraak; voorkomen dient te

worden dat een verdachte die een misdrijf begaat en daardoor voorwerpen onder zich heeft zich automatisch ook schuldig maakt aan witwassen van die voorwerpen. Bovendien dient in zo'n geval het gronddelict centraal te staan in de vervolging. De Hoge Raad verwoordt nog eens helder dat het gaat om een kwalificatieuitsluitingsgrond van de gedraging die niet meer omvat dan het enkele voorhanden hebben en die niet een op het daadwerkelijke verbergen of verhullen van de criminele herkomst van dat door eigen misdrijf verkregen voorwerp gericht karakter heeft. Daarnaast brengt de Hoge Raad opnieuw onder de aandacht wat in de arresten uit 2012 reeds tot uitdrukking was gebracht: het vonnis of arrest moet voldoende duidelijkheid verschaffen over de door de rechter relevant geachte gedraging(en). Uit de motivering (van de – ook ambtshalve te toetsen – kwalificatiebeslissing) moet kunnen worden afgeleid dat de gedraging(en) van de verdachte (kennelijk) gericht is/zijn geweest op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst van het door eigen misdrijf verkregen voorwerp.

In HR 8 januari 2013, NJ 2013, 264, LJN: BX4585 ging het naar het oordeel van de Hoge Raad mis in die motivering. Uit de door het hof gebezigde bewijsvoering volgde slechts dat de (mede)verdachten gelden buiten het zicht hadden gehouden van diverse banken en de Belastingdienst. Het hof had zijn oordeel dat in nauwe en bewuste samenwerking meer was gedaan dan het enkele voorhanden hebben van die gelden, doordat de gedragingen ook (kennelijk) gericht zijn geweest op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst daarvan (kennelijk (alleen) daarop gebaseerd). De Hoge Raad vond het oordeel dat sprake was van gewoontewitwassen ontoereikend gemotiveerd.

Ook in HR 8 januari 2013, NJ 2013, 266 m.nt. Borgers kon uit de motivering van het hof niet zonder meer worden afgeleid dat door de (enkele) vaststelling dat de medeverdachte uit door hem gepleegde niet-ambtelijke corruptie verkregen gelden in de kluis in zijn woning bewaarde en de verdachte hiervan op de hoogte was, gedragingen zijn verricht die (ook)



kennelijk gericht zijn geweest op het verbergen of verhullen van de herkomst van die gelden. Interessant aan deze zaak is nog dat het niet de verdachte zelf was geweest die de gelden door eigen misdrijf had verkregen, maar haar medeverdachte. In deze zaak was derhalve geen sprake van een risico op het automatisch schuldig zijn aan witwassen bij schuld aan het gronddelict maar desondanks casseerde de Hoge Raad ook in deze zaak.

In de zaak van de medeverdachte, HR 8 januari 2013, NJ 2013, 265, werd ook gecasseerd. De motivering van de Hoge Raad wijkt iets af omdat het hof in die zaak wel een gedraging (naast het voorhanden hebben) had vastgesteld, namelijk het 'ten dele vergokken' van het geld. Die vaststelling kon echter niet het oordeel dragen dat de verdachte het gehele geldbedrag heeft witgewassen. Ten aanzien van het niet-vergokte deel was namelijk nog steeds niets vastgesteld waaruit zou kunnen worden afgeleid dat gedragingen zijn verricht die ook (kennelijk) gericht waren geweest op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst, terwijl de verdachte het vergokte deel nu juist niet meer voorhanden had en vergokken eerder als een andere in de witwasbepalingen strafbaar gestelde gedraging kon worden aangemerkt.

Uit de op de arresten van 8 januari volgende rechtspraak is HR 18 juni 2013, LJN: CA3302 interessant omdat de Hoge Raad daarin bevestigt dat de eisen uit de 'januari-arresten' ook gelden bij het verwerven van voorwerpen met een criminele herkomst. De verdachte in die zaak had door eigen misdrijf geld verworven en voorhanden gehad door geldbedragen op verschillende plekken in zijn huis te bewaren. Dat laatste was uit de bewijsvoering af te leiden, echter dit vond de Hoge Raad (anders dan ag Hofstee) niet voldoende (motivering). Het op verschillende plaatsen in huis bewaren van geld brengt immers nog niet zonder meer mee dat de verdachte de criminele herkomst van dat geld heeft getracht te verbergen of te verhullen, aldus de Hoge Raad.

In HR 2 juli 2013 (ECLI:HR:NL:2013:121) casseerde de Hoge Raad eveneens. Het hof had het geprobeerd met een soort negatieve vaststelling, inhoudende dat op geen enkele wijze was gebleken dat de door de verdachte (door misdrijf) verdiende geldbedragen buiten het economisch verkeer waren gehouden en dat dus als vaststaand moest worden aangenomen dat het geld door de verdachte was gebruikt. Uit die motivering kon volgens de Hoge Raad niet worden afgeleid dat er gedragingen waren geweest die waren gericht op het verhullen of verbergen van de her-

komst van het geld. Op 2 oktober 2013 oordeelde het Hof Amsterdam (ECLI:GHAMS:2013:3188) conform de januari-arresten door de verdachte te ontslaan van alle rechtsvervolging maar merkt het hof wel op dat met deze ontwikkeling in de rechtspraak de standaardjurisprudentie van de Hoge Raad dat geld niet vatbaar is voor onttrekking aan het verkeer, aanvulling behoeft. Het hof komt tot de conclusie dat bij teruggave van het in beslag genomen geld, dit geld in het economisch verkeer zal worden gebracht en dat elke uitgave van dat geld door de verdachte witwassen zou opleveren. Het hof onttrekt dat geld dan aan het verkeer; hoe de Hoge Raad over deze 'aanvulling' denkt, valt af te wachten.

Zedendelicten

Ontuchtige handelingen

HR 8 mei 2012 betrof een door het OM ingesteld cassatieberoep tegen de vrijpraak van een verdachte van het plegen van ontuchtige handelingen door het heimelijk filmen en fotograferen van een persoon in een doucheruimte. Het hof overwoog daartoe dat het heimelijk fotograferen en filmen van personen die in een afgesloten doucheruimte aan het douchen zijn niet kan worden aangemerkt als handelingen van seksuele aard en daarom ook niet het verrichten van ontuchtige handelingen als bedoeld in art. 246 Sr opleveren.

Volgens de Hoge Raad getuigde dat oordeel niet van een onjuiste uitleg van art. 246 Sr. De Hoge Raad voegt daaraan toe dat in art. 139f, eerste lid, Sr strafbaar is gesteld het met gebruikmaking van een technisch hulpmiddel waarvan de aanwezigheid niet op duidelijke wijze kenbaar is gemaakt, opzettelijk en wederrechtelijk van een persoon, aanwezig in een woning of op een andere niet voor het publiek toegankelijke plaats, een afbeelding te vervaardigen. Een dergelijke gedraging is op zichzelf niet – tevens – een ontuchtige handeling in de zin van art. 246 Sr. Dat is

volgens de Hoge Raad niet anders indien bedoelde persoon naakt is en/of indien de afbeelding is vervaardigd om deze later te (laten) gebruiken ter bevrediging van lustgevoelens.² De Hoge Raad overweegt nog dat van belang kan zijn of er enige voor het plegen of dulden van ontucht relevante interactie tussen de verdachte en die persoon heeft plaatsgevonden, omdat in uitzonderlijke gevallen ook zonder lichamelijke aanraking sprake kan zijn van het dwingen tot het plegen of dulden van ontuchtige handelingen³; maar ook zonder lichamelijke aanraking moet het dan wel gaan om een handeling waarvan het plegen of dulden als ontuchtig is aan te merken.

In HR 3 mei 2013 (ECLI:NL:HR:2013: BZ9286) was eveneens sprake van het heimelijk filmen van een persoon in een kleedhokje, waarvoor de verdachte door het hof was veroordeeld. Het hof had daarover overwogen dat dit heimelijk filmen onder omstandigheden kan worden aangemerkt als een handeling van seksuele aard en dientengevolge ook kan opleveren het verrichten van ontuchtige handelingen als bedoeld in art. 246 Sr en dat voor het dwingen tot het plegen of dulden van ontuchtige handelingen in het bijzonder betekenis toekomt aan het antwoord op de vraag of en zo ja, in hoeverre tussen de dader en het slachtoffer enige voor het plegen of dulden van ontucht relevante interactie heeft plaatsgevonden. Het hof overweegt in dit specifieke geval als volgt: 'Aangeefster heeft op de gedraging van verdachte, te weten haar van onderaf filmen terwijl zij zich aan het afdrogen was en geen kleding aan had, gereageerd zodra zij de telefoon zag. Tussen verdachte en aangeefster is sprake geweest van een wisselwerking die hierin heeft bestaan dat aangeefster tegen voornoemde gedraging van verdachte heeft geprotesteerd en deze heeft beëindigd. Aangeefster heeft de telefoon weggeduwd waarop verdachte de tele-

foon heeft teruggetrokken en met filmen is gestopt. Daarnaast heeft zij verbaal afkeurend gereageerd op de gedraging van verdachte. Nu het niet zo is dat aangeefster pas later, achteraf, op de hoogte is geraakt van de gedraging van verdachte maar actief op zijn ontuchtige gedrag heeft gereageerd. Hiermee heeft naar het oordeel van het hof, voor het plegen of het dulden van ontucht, relevante interactie plaatsgevonden.'

Volgens de Hoge Raad is dat protesteren van de aangeefster tegen het filmen echter niet aan te merken als 'enige voor het plegen of dulden van ontucht relevante interactie', terwijl het hof verder niets aan relevante interactie had vastgesteld. Daarom gaf het oordeel van het hof, dat de aangeefster ontuchtige handelingen had moeten dulden, blijk van een te ruime en dus onjuiste, uitleg van dat begrip.

Verkrachting

In zijn arrest van 22 februari 1994, LJN: ZC9650, NJ 1994, 379 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat op grond van de wetgeschiedenis moet worden aangenomen dat de term 'seksueel binnendringen' in art. 242 Sr elk binnendringen van het lichaam met een seksuele strekking omvat. In zijn arrest van 21 april 1998, LJN: ZD1026, NJ 1998, 781 heeft de Hoge Raad vervolgens ontkennend geantwoord op de vraag of wat betreft het toepassingsbereik van die bepaling niettemin een uitzondering moet worden gemaakt voor die gevallen waarin de wijze waarop het lichaam is binnengedrongen objectief niet op één lijn kan worden gesteld met het binnendringen met een lichaamsdeel in anus of vagina. Dit arrest werd bekend als het 'tongzoen-arrest'. In HR 12 maart 2013 (ECLI:NL:HR:2013: BZ2653) merkt de Hoge Raad echter op dat op arrest van meet af aan kritiek is geuit en ook in lagere rechtspraak niet steeds is gevolgd.

Die kritiek houdt naar de kern gezien in dat het bestempelen van een tongzoen als verkrachting in strijd is met het algemene spraakgebruik en buiten het door

het begrip verkrachting afgegrensde kader treedt, terwijl de toepassing van bijvoorbeeld feitelijke aanranding van de eerbaarheid als voorzien in art. 246 Sr meer geëigend zou zijn. Een ander bezwaar is dat een veroordeling ter zake van verkrachting als onjuist en onrechtvaardig wordt ervaren omdat een tongzoen in redelijkheid niet op één lijn kan worden gesteld met geslachtsgemeenschap of een – wat betreft de ernst van de inbreuk op de seksuele integriteit – daarmee vergelijkbare gedraging. De Hoge Raad komt daarom terug op de eerder aan art. 242 Sr gegeven interpretatie. Een tongzoen kan wel het seksueel binnendringen van het lichaam opleveren, maar voortaan niet meer als verkrachting worden gekwalificeerd. Hierbij heeft de Hoge Raad ook meegenomen dat een vermelding van verkrachting op een uittreksel justitiële documentatie ernstiger maatschappelijke repercussies zal hebben dan de vermelding van een minder zwaar beladen benaming. <<



2 HR 14 februari 2012, LJN: BU5254.

3 HR 22 maart 2011, LJN: BP1379, NJ 2011, 146.

OSP

TIJDSCHRIFT
ONDERNEMING &
STRAFRECHT IN PRAKTIJK

Tijdschrift voor de bijzonder strafrechtsspecialist

NIEUW



Thema's die aan bod komen zijn o.a.:

- ✓ Witwassen
- ✓ Ontneming
- ✓ Faillissementsfraude
- ✓ Strafmaat
- ✓ Omkoping
- ✓ Bestuursrechtelijke handhaving

OSP biedt u als strafrechtprofessional:

- ✓ Verdiepende en oplossingsgerichte artikelen
- ✓ Overzicht van (nieuwe) wet- en regelgeving
- ✓ Jurisprudentie
- ✓ Overzicht van literatuur en beleid

Als NVSA-lid profiteert u van **10% korting!**

Dit aanbod is tevens geldig voor NVJA-leden.



Gratis proefabonnement

www.osp-online.nl

Sdu UITGEVERS