

ANNOTATIE

## **Annotatie bij Hoge Raad 31 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2795.**

*prof. mr. H. de Doelder*

*Annotatie bij Hoge Raad, 31-10-2017, ECLI:NL:HR:2017:2795 (SR-2017-0446)*

Het Hof Arnhem-Leeuwarden had het Openbaar Ministerie (OM) niet-ontvankelijk verklaard in zijn vervolging van een tbs'er, die een reclasseringsmedewerkster had bedreigd. Het hof had vastgesteld dat de verdachte in de kliniek verblijft wegens een nog steeds voortdurende schizofrenie van het gedesorganiseerde type in combinatie met afhankelijkheid van verschillende middelen en dat aangeefster was verzocht niet binnen te komen, waarna verdachte haar toevoegde: 'Ik heb van mijn advocaat gehoord dat je een negatief advies hebt gegeven. Ik wil dat jij je rapportage intrekt en als ik een rechterlijke machtiging opgelegd krijg en ik kom naar buiten, dan ga ik je opzoeken en weet ik je te vinden. Als het moet maak ik je dood.'

Het psychiatrisch rapport, in deze zaak opgemaakt, bevatte de conclusie dat straf op verdachte niet het effect heeft waar straf voor bedoeld is, omdat verdachte daarvoor te veel psychiatrisch patiënt is en een straf zelfs averechts of contraproductief zal werken. Het hof nam verder in aanmerking dat het ten laste gelegde feit drie jaar tevoren was gepleegd en dat aanvankelijk was besloten geen gevolg te geven aan de aangifte. Verder speelde de omstandigheid dat door de strafzaak tegen verdachte diens behandeling zo'n anderhalf jaar had 'stilgelegen'. De conclusie van het hof was dat het OM, na afweging van de betrokken belangen, in redelijkheid niet tot de (voortzetting van de) vervolgingsbeslissing heeft kunnen komen, zodat het heeft gehandeld in strijd met de beginselen van een goede procesorde.

Verwijzend naar HR 6 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX4280 herhaalt de Hoge Raad dat het OM ex artikel 167 Wetboek van Strafvordering (Sv) bevoegd is zelfstandig te beslissen of

een vervolging moet plaatsvinden. De beslissing leent zich slechts in zeer beperkte mate voor een inhoudelijke rechterlijke toetsing. Slechts in uitzonderingsgevallen is plaats voor een niet-ontvankelijkheidsverklaring van het OM om de reden dat geen redelijk denkend lid van het OM heeft kunnen oordelen dat met een vervolging enig (strafrechtelijk relevant) doel gediend kan zijn. Een voorbeeld van de hier bedoelde situatie zou kunnen zijn het handelen in strijd met een toezegging tot niet-vervolging (HR 8 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5002). Aan een dergelijke beslissing dienen wel zware motiveringseisen te worden gesteld (HR 2 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:7 (*Checkpoint*)).

Het zal de lezer niet verbazen dat de Hoge Raad in de hier besproken zaak tot een vernietiging van de beslissing van het hof is gekomen, aangezien het hof deze strenge eisen heeft miskend door (bijvoorbeeld ook) niet te toetsen of het OM heeft gehandeld in strijd met het verbod op willekeur. Ook het oordeel van het hof 'dat bedreiging van een reclasseringswerker die haar werk komt doen een ernstig feit is en dat zulke personen speciale bescherming genieten zodat een vervolging voor een dergelijk feit op zichzelf voor de hand zou kunnen liggen', draagt niet bij tot de uiteindelijke beslissing. De zaak geeft verder aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Een niet-ontvankelijkheid kan worden uitgesproken indien er is gehandeld in strijd met de 'harde feiten' van artikel 68 e.v. Wetboek van Strafrecht (Sr) (*ne bis in idem*; verdachte is overleden of de zaak is verjaard dan wel getransigeerd), maar ook omdat gehandeld is in strijd met zogenoemde vormverzuimen of beter: normschendingen. De eerste groep beslissingen is gebaseerd op artikel 349 Sv en de tweede hier bedoelde groep op artikel 359a Sv. Het valt op dat deze laatste groep inmiddels door de Hoge Raad grotendeels is weggerelativeerd, waarover hieronder meer.

Er is echter ook een derde groep, en dat is het hier geschetste geval van het toetsen van het opportuniteitsbeginsel. Het lijkt erop dat deze groep niet duidelijk onder artikel 349 Sv valt, maar evenmin is er sprake van het verzuim van een 'vorm' en is er derhalve geen sprake van artikel 359a Sv. Aangezien deze groep echter meer het karakter heeft van een 359a-geval, zeker als men het kopje 'normschendingen' hanteert, lijkt het mij het juist dit hieronder te scharen, waardoor ook de bepalingen van het tweede lid op deze groep van toepassing zouden zijn: het belang van het geschonden voorschrift; de ernst van de schending en het nadeel dat daardoor voor de verdachte is veroorzaakt. In dit kader breng ik het *Afvoerpip*-arrest in herinnering: HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, waarin vooral het laatstgenoemde onderdeel (het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt) is uitgewerkt in die zin dat bedoeld is in hoeverre de verdachte daadwerkelijk in zijn verdediging is geschaad. In HR 4 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM6673 is nog bepaald dat met het hier bedoelde nadeel niet bedoeld wordt op een recht tot 'niet-ontdekking': dat is niet een rechtens bedoeld belang. Tevens wordt in

het *Afvoerpipj*-arrest ten aanzien van de niet-ontvankelijkheid opgemerkt dat dit slechts in uitzonderingsgevallen in aanmerking komt en wel wanneer de opsporing of vervolging een ernstige inbreuk heeft gemaakt op de beginselen van een behoorlijke procesorde waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan. Allerlei verweren die op een terechtzitting naar voren worden gebracht, worden met een beroep op deze passages verworpen: dat is het geval geweest, met een beroep op kort gezegd de privacy, in het *Tros opgelicht*-arrest (HR 7 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1792) en het *Kopschoppers*-arrest (HR 13 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3024), alsook met een beroep op het tijdsverloop (zelfs in een kinderzaak: HR 8 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2465 en HR 13 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2059) en met een beroep op een onnodig gewelddadige aanhouding (HR 5 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:9 en HR 11 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2305).

Het hier besproken arrest zit meer in de lijn van de recente *coffeeshop*-arresten (HR 19 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:23 en HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:742), maar vooral van het (*geen*) *transactie*-arrest van HR 13 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1083 en het arrest van HR 17 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2642, waarin een beroep werd gedaan op het vertrouwensbeginsel. In het laatste geval wijst de Hoge Raad nog maar eens naar HR 6 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:2982, waarin (nogmaals) is gesteld dat er ook in dat geval geen gerechtvaardigd vertrouwen was dat de zaak niet of anders zou worden vervolgd.

De conclusie is dat er nogal wat voor nodig is om tot en met de Hoge Raad de uitspraak te kunnen krijgen en houden dat het OM niet-ontvankelijk is in zijn vervolging. De in het *Afvoerpipj*-arrest genoemde uitzondering zou zich bijvoorbeeld wel kunnen voordoen indien de vervolging wordt ingesteld of voortgezet na een uitdrukkelijke, ondubbelzinnige verklaring van een bevoegde officier van justitie dat zulks niet zou gebeuren. Van het 'doelbewust of met grove veronachtzaming te kort doen aan de belangen van de verdachte met betrekking op diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak' kan ik slechts verzinnen een geval dat er sprake zou zijn van een belangrijk opzettelijk valselijk opgemaakt proces-verbaal, hoewel daar weer eerder van bewijsuitsluiting zal worden gesproken, indien het uiteindelijk op de zitting aan de orde is kunnen worden gesteld. Aan onbehoorlijk gedrag van politie of justitie worden in ons huidig systeem niet of nauwelijks consequenties verbonden. Op weg naar een aparte inspectie voor OM en/of politie?