

ANNOTATIE

Sanctionering vormverzuim: onrechtmatige fouillering.

mr. J.H.J. Verbaan

Annotatie bij Hoge Raad, 14-02-2017, ECLI:NL:HR:2017:242 (SR-2017-0120)

Het Openbaar Ministerie klaagt in een zaak waarin verdachte is vrijgesproken van het aanwezig hebben van heroïne en cocaïne, over het oordeel van het hof dat sprake is van een onrechtmatige fouillering en daarmee van een vormverzuim in de zin van artikel 359a Sv dat tot bewijsuitsluiting moet leiden. Het hof heeft hieromtrent overwogen dat het vaststelt dat voorafgaand aan de fouillering toestemming is gevraagd aan de hulpofficier van justitie, terwijl dit op grond van de Opiumwet niet vereist is. Voorts stelt het hof vast dat de verbalisant in de onderbroek van de verdachte verdovende middelen heeft aangetroffen. Het hof leidt hieruit af dat de verbalisant de verdovende middelen uit de onderbroek van de verdachte heeft gehaald. Blijkens het proces-verbaal van bevindingen (PL1522-2013163415-6 d.d. 19 augustus 2013, p. 52) is voorafgaand aan dat moment niet nogmaals aan de verdachte verzocht om uitlevering van de verdovende middelen. Evenmin heeft de verbalisant aan de verdachte gevraagd om zijn onderbroek te laten zakken. In plaats daarvan heeft verbalisant - zo moet op basis van het genoemd proces-verbaal worden aangenomen - zelf de verdovende middelen uit de onderbroek van de verdachte gehaald. Op welke wijze dit heeft plaatsgevonden, en of hierbij de grens met een onderzoek aan het lichaam en daarmee de bevoegdheid tot het onderzoek aan de kleding op basis van de Opiumwet is overschreden, valt niet uit het proces-verbaal op te maken. Naar het oordeel van het hof moet er rekening mee worden gehouden dat niet is gehandeld binnen de toegepaste bevoegdheid. Bovendien is hiermee niet voldaan aan de eisen van proportionaliteit. De verbalisant had opnieuw de uitlevering van het voorwerp kunnen vorderen, dan wel de verdachte kunnen sommeren de onderbroek geheel te laten zakken. Naar het oordeel van het hof leveren voormelde omstandigheden een onrechtmatige fouillering op. Dit betreft een onherstelbaar vormverzuim. Het hof overweegt

in het licht van artikel 359a Sv dat met betrekking tot de hieraan te verbinden gevolgen dat dit verzuim de toepassing van ingrijpende opsporingshandelingen betreft, waardoor de persoonlijke levenssfeer en lichamelijke integriteit ernstig kunnen worden geschonden. Om die reden acht het hof uitsluiting van het met de fouillering verkregen bewijs noodzakelijk. Er is een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift en rechtsbeginsel in aanzienlijke mate geschonden. Bewijsuitsluiting is noodzakelijk 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. Rekening houdend met de factoren genoemd in artikel 359a lid 2 Sv, namelijk het belang van het geschonden voorschrift, de ernst van het verzuim en het nadeel dat hierdoor is veroorzaakt, en mede gelet op de relatief geringe ernst van het strafbare feit waarvan sprake is en waardoor geen directe slachtoffers zijn getroffen, is bewijsuitsluiting gerechtvaardigd. Derhalve zullen de bewijsmiddelen die hieruit zijn voortgevloeid niet worden gebezigd voor het bewijs. Er resteert dan onvoldoende bewijs tegen de verdachte om tot een bewezenverklaring van het ten laste gelegde te komen. De Hoge Raad oordeelt, na het herhalen van rechtsoverweging 2.4.1, 2.4.4 en 2.4.5 uit ECLI:NL:HR:2013:BY5321 dat gelet op de in die overwegingen genoemde motiveringsvoorschriften en uitgaande van het oordeel van het hof dat sprake is van een vormverzuim als bedoeld in artikel 359a Sv, het oordeel van het hof dat bewijsuitsluiting het gevolg moet zijn van het aangenomen verzuim niet naar behoren met redenen is omkleed. Daarbij heeft het hof overwogen dat deze bewijsuitsluiting noodzakelijk is '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' en dat de bewijsuitsluiting gerechtvaardigd is vanwege 'het belang van het geschonden voorschrift, de ernst van het verzuim en het nadeel dat hierdoor is veroorzaakt, en mede gelet op de relatief geringe ernst van het strafbare feit waarvan sprake is en waardoor geen directe slachtoffers zijn getroffen'. De Hoge Raad oordeelt dat, gelet op de aangehaalde rechtsoverwegingen het oordeel van het hof dat aan bedoelde vormverzuim het gevolg van bewijsuitsluiting moet worden verbonden, niet toereikend gemotiveerd, reeds omdat van een op het geval toegesneden afweging van in aanmerking te nemen factoren geen blijk is gegeven en meer in het bijzonder omdat niet blijkt van die afweging ten aanzien van de ernst van het verzuim niettegenstaande 's hofs vaststelling dat de hulpofficier van justitie toestemming heeft gegeven de verdachte aan de kleding te onderzoeken en deze dus kennelijk uitging van het bestaan van (gelijk ook voor onderzoek aan het lichaam vereiste) ernstige bezwaren, terwijl voorts uit de beslissing van het hof niet blijkt welk concreet nadeel voor de verdachte door het verzuim is veroorzaakt.