

ANNOTATIE

# **Rechtsgevolgen vormverzuimen, in de zin van artikel 359a Sr . Commentaar bij Hoge Raad 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889.**

***mr. J.H.J. Verbaan***

*Annotatie bij Hoge Raad, 01-12-2020, ECLI:NL:HR:2020:1889 (SR-2020-0374)*

De verdediging klaagt namens verdachte, ten aanzien van wie diefstal met braak in vereniging gedurende de voor de nachtrust bestemde tijd, is bewezen verklaard, over de verwerping door het hof van het verweer dat strekt tot niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging van de verdachte en over de verwerping door het hof van het verweer dat strekt tot strafvermindering.

De Hoge Raad overweegt dat de klachten zich voor gezamenlijke bespreking lenen en geeft voorafgaand aan de beoordeling een beschouwing.

De Hoge Raad haalt artikel 359a Sv aan en overweegt dat onder meer in ECLI:NL:HR:2004:AM2533 en ECLI:NL:HR:2013:BY5321 is uiteengezet wanneer sprake is van een vormverzuim als bedoeld in artikel 359a Sv en aan welke (wettelijke) voorwaarden moet worden voldaan voordat toepassing kan worden gegeven aan een van de in artikel 359a Sv genoemde rechtsgevolgen.

Naar aanleiding van de bespreking in ECLI:NL:PHR:2020:654 van deze en andere rechtspraak over artikel 359a Sv merkt de Hoge Raad op dat in het strafproces centraal staat dat de rechter, met inachtneming van de regels van een eerlijk proces, zoveel mogelijk een inhoudelijk oordeel velt over de beschuldiging die jegens de verdachte wordt geuit en zo recht spreekt in

de concrete zaak. Zoals ook in ECLI:NL:PHR:2020:654 onder 189 tot uitdrukking komt, rust op de strafrechter niet de taak en verantwoordelijkheid de rechtmatigheid en de integriteit van het optreden van politie en justitie als geheel te bewaken. De strafrechter is daartoe ook niet in staat.

De Hoge Raad overweegt dat toepassing van artikel 359a Sv ertoe kan strekken dat het recht van de verdachte op een eerlijk proces als bedoeld in artikel 6 EVRM wordt gewaarborgd. Daarnaast berust de beantwoording van de vraag of een rechtsgevolg aan een vormverzuim moet worden verbonden, en zo ja de wijze waarop dat gebeurt, in de kern op een afweging van belangen. Daarbij gaat het om de met vervolging en berechting van strafbare feiten gemoeide belangen – waaronder de belangen van waarheidsvinding en van de bestraffing van de daders van strafbare feiten – en de belangen die verband houden met de handhaving van grondrechten en de bevordering van een normconform verloop van het voorbereidend onderzoek.

Artikel 359a Sv formuleert een bevoegdheid en niet een plicht om rechtsgevolgen te verbinden aan vormverzuimen bij het voorbereidend onderzoek, en biedt de mogelijkheid te volstaan met de constatering dat een vormverzuim is begaan. Aan de rechtspraak over de verschillende in artikel 359a Sv genoemde rechtsgevolgen ligt als uitgangspunt ten grondslag dat het rechtsgevolg in verhouding moet staan tot de aard en de ernst van het vormverzuim en het door de verdachte als gevolg van het vormverzuim geleden nadeel. Dat betekent tevens dat, waar mogelijk, wordt volstaan met het – vanuit het perspectief van de met vervolging en berechting van strafbare feiten gemoeide belangen bezien – minst verstrekkende rechtsgevolg. Ook aan dit in ECLI:NL:PHR:2020:654 onder 120 benoemde uitgangspunt van subsidiariteit houdt de Hoge Raad vast.

In dit verband is van belang dat in de thans voorliggende voorstellen voor de modernisering van het Wetboek van Strafvordering een regeling wordt voorgesteld met betrekking tot de processuele sancties die aan onrechtmatig handelen kunnen worden verbonden, die ten dele anders is ingericht dan de huidige wettelijke regeling van artikel 359a Sv. Deze voorstellen zijn in de loop van het voorbereidingstraject ook op onderdelen gewijzigd. Meest recent blijken de voorstellen uit de in juli 2020 gepubliceerde ambtelijke versie van het conceptwetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering. Het betreffende wetsvoorstel is nog niet ingediend bij het parlement. Deze initiatieven om de huidige wettelijke regeling aan te passen geven aanleiding tot terughoudendheid.

Gelet op het voorgaande ziet de Hoge Raad geen aanleiding substantiële wijzigingen aan te brengen in het beoordelingskader zoals dat volgt uit genoemde arresten. Wel zal de Hoge Raad de precieze formulering van enkele daarin opgenomen maatstaven nuanceren of bijstellen.

Dat betreft in de eerste plaats de beperking tot vormverzuimen die zijn begaan bij ‘het voorbereidend onderzoek’ tegen de verdachte. In de tweede plaats gaat het om de – gelet op het hiervoor genoemde uitgangspunt van subsidiariteit ook in deze volgorde te bespreken – toepassingsvoorwaarden voor de rechtsgevolgen strafvermindering, bewijsuitsluiting respectievelijk niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging. Ook met deze nuanceringen en bijstellingen blijven de in eerdere rechtspraak neergelegde oordelen over de toepassing van artikel 359a Sv in concrete gevallen van betekenis. Tot slot maakt de Hoge Raad enkele opmerkingen over de beoordeling van de feitelijke grondslag van verweren die strekken tot toepassing van artikel 359a Sv.

*Vormverzuimen ‘bij het voorbereidend onderzoek’ en daarbuiten*

De toepassing van artikel 359a Sv is onder meer beperkt tot vormverzuimen die zijn begaan bij ‘het voorbereidend onderzoek’ tegen de verdachte. Op grond van artikel 132 Sv moet daaronder worden verstaan het onderzoek dat voorafgaat aan de behandeling ter terechtzitting. Onder die vormverzuimen zijn in het bijzonder ook begrepen normschendingen bij de opsporing. Daarbij dient op grond van artikel 132a Sv onder opsporing te worden verstaan het onderzoek in verband met strafbare feiten onder gezag van de officier van justitie met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen.

Daarnaast heeft ‘het voorbereidend onderzoek’ in artikel 359a Sv uitsluitend betrekking op het voorbereidend onderzoek tegen de verdachte ter zake van het aan hem ten laste gelegde feit waarover de rechter die in artikel 359a Sv wordt bedoeld, heeft te oordelen. Artikel 359a Sv is dus niet van toepassing indien het verzuim is begaan buiten het verband van dit voorbereidend onderzoek (vgl. ECLI:NL:HR:2004:AM2533, r.o. 3.4.2 en ECLI:NL:HR:2017:706, r.o. 4.3).

Deze begrenzing tot vormverzuimen die zijn begaan bij ‘het voorbereidend onderzoek’ tegen de verdachte, sluit echter niet uit dat de vraag aan de orde kan komen of een rechtsgevolg moet worden verbonden aan een onrechtmatige handeling jegens de verdachte die buiten het bereik van artikel 359a Sv ligt. In dit verband kan worden gedacht aan het verzuim van de officier van justitie om tijdig op grond van artikel 311 lid 1 Sv het voornemen tot het indienen van de ontnemingsvordering en/of het instellen van een strafrechtelijk financieel onderzoek kenbaar te maken (ECLI:NL:HR:2011:BN2297 en ECLI:NL:HR:2012:BY0251), het gebruik van de resultaten van het door een inlichtingen- en veiligheidsdienst ingestelde onderzoek (ECLI:NL:HR:2011:BP7544) en het optreden van een particuliere beveiliging (ECLI:NL:HR:2012:BV7501). Genoemd kan ook worden de rechtspraak waarin met betrekking tot onderzoek dat is verricht onder verantwoordelijkheid van de buitenlandse autoriteiten van een andere tot het EVRM togetreden staat, is aanvaard dat de Nederlandse strafrechter mag

onderzoeken of het gebruik van de resultaten van dat onderzoek in overeenstemming is met het recht op een eerlijk proces als bedoeld in artikel 6 lid 1 EVRM (ECLI:NL:HR:2010:BL5629).

Uit deze en andere rechtspraak van de Hoge Raad die in ECLI:NL:PHR:2020:654 onder 76-99 is besproken, volgt dat onder omstandigheden een rechtsgevolg kan worden verbonden aan een vormverzuim door een ambtenaar die met opsporing en vervolging is belast, maar dat niet is begaan bij het voorbereidend onderzoek tegen de verdachte, of aan een onrechtmatige handeling jegens de verdachte door een andere functionaris of persoon dan zo'n opsporingsambtenaar. In deze rechtspraak worden criteria aangelegd die naar de bewoordingen niet steeds gelijkkluidend zijn, maar waarin als algemene overkoepelende maatstaf besloten ligt dat een rechtsgevolg op zijn plaats kan zijn indien het betreffende vormverzuim of de betreffende onrechtmatige handeling van bepalende invloed is geweest op het verloop van het opsporingsonderzoek naar en/of de (verdere) vervolging van de verdachte ter zake van het ten laste gelegde feit. In een dergelijk geval is de beantwoording van de vraag of een rechtsgevolg wordt verbonden aan het vormverzuim of de onrechtmatige handeling, en zo ja: welk rechtsgevolg, mede afhankelijk van de aard en de ernst van dat verzuim of die handeling. Daarbij kan aansluiting worden gezocht bij de maatstaven die in de rechtspraak van de Hoge Raad zijn ontwikkeld met betrekking tot de verschillende rechtsgevolgen die aan een vormverzuim in de zin van artikel 359a Sv kunnen worden verbonden.

### *Strafvermindering*

De Hoge Raad heeft in ECLI:NL:HR:2004:AM2533, r.o. 3.6.3 met betrekking tot strafvermindering als aan een vormverzuim te verbinden rechtsgevolg onder meer overwogen:

‘Strafvermindering, in die zin dat de hoogte van de op te leggen straf in verhouding tot de ernst van het verzuim wordt verlaagd, komt (...) slechts in aanmerking, indien aannemelijk is dat (a) de verdachte daadwerkelijk nadeel heeft ondervonden, (b) dit nadeel is veroorzaakt door het verzuim, (c) het nadeel geschikt is voor compensatie door middel van strafvermindering, en (d) strafvermindering ook in het licht van het belang van het geschonden voorschrift en de ernst van het verzuim gerechtvaardigd is.’

Voor toepassing van strafvermindering is vereist dat de verdachte door het vormverzuim daadwerkelijk nadeel heeft ondervonden en dat strafvermindering ook in het licht van het belang van het geschonden voorschrift en de ernst van het verzuim gerechtvaardigd is. Het moet dus gaan om een voldoende ernstig vormverzuim dat concreet de belangen van de verdachte in de strafzaak heeft aangetast. Dat volgt ook uit de uitgangspunten dat de rechter niet de taak en verantwoordelijkheid heeft de rechtmatigheid en de integriteit van het optreden van politie en justitie als geheel te bewaken en dat hij de bevoegdheid, maar niet de

plicht heeft om rechtsgevolgen te verbinden aan vormverzuimen bij het voorbereidend onderzoek.

Door het verbinden van strafvermindering als rechtsgevolg aan een vormverzuim, brengt de rechter tot uitdrukking dat het vormverzuim zodanig ernstig is dat niet kan worden volstaan met de enkele constatering van dat vormverzuim. In de toepassing van strafvermindering ligt dan ook een krachtiger, in de mate van strafvermindering tot uitdrukking te brengen afkeuring van het vormverzuim besloten dan in die enkele constatering.

Strafvermindering laat zich als rechtsgevolg dat geschikt is voor compensatie van door de verdachte ondervonden nadeel, verbinden aan onder meer vormverzuimen die een inbreuk hebben gemaakt op de lichamelijke integriteit of de persoonlijke levenssfeer van de verdachte. Dat kan zich bijvoorbeeld ook voordoen als door de onrechtmatige toepassing van dwangmiddelen bewijs is vergaard. Verder is toepassing van strafvermindering niet uitgesloten in gevallen waarin, als gevolg van een of meerdere vormverzuimen, in het verloop van de strafprocedure complicaties zijn opgetreden die het voeren van de verdediging ernstig hebben bemoeilijkt, maar waarbij die vormverzuimen vervolgens in voldoende mate zijn hersteld om het proces als geheel eerlijk te laten verlopen.

Gelet op het genoemde uitgangspunt van subsidiariteit is het aangewezen dat indien grond bestaat voor het verbinden van een rechtsgevolg aan het vormverzuim en het door het vormverzuim veroorzaakte nadeel zich laat compenseren door strafvermindering, daarmee wordt volstaan. De toepassing van strafvermindering heeft immers in het licht van de met vervolging en berechting van strafbare feiten gemoeide belangen aanmerkelijk minder verstrekende of willekeurige consequenties dan niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging of – onder omstandigheden, afhankelijk van het resterende bewijsmateriaal en de redengevendheid daarvan voor een eventuele bewezenverklaring – de toepassing van bewijsuitsluiting.

### *Bewijsuitsluiting*

De Hoge Raad heeft in ECLI:NL:HR:2013:BY5321 drie categorieën van gevallen onderscheiden waarin bewijsuitsluiting als rechtsgevolg kan worden verbonden aan een vormverzuim als bedoeld in artikel 359a Sv. Allereerst gaat het om gevallen waarin het uitsluiten van bepaalde resultaten van het opsporingsonderzoek van het gebruik voor het bewijs, noodzakelijk is om een schending van artikel 6 EVRM te voorkomen. Deze categorie blijft onverkort bestaan.

De Hoge Raad komt wel tot een wijziging met betrekking tot de twee andere categorieën van gevallen die zijn benoemd in ECLI:NL:HR:2013:BY5321. Daarin gaat het om de volgende gevallen waarin bewijsuitsluiting aan de orde kan zijn:

- ‘gevallen waarin het recht van de verdachte op een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM niet (rechtstreeks) aan de orde is, maar sprake is van een ander belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel dat in aanzienlijke mate is geschonden’ en ‘toepassing van bewijsuitsluiting noodzakelijk (kan) 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’, alsmede

- ‘de – zeer uitzonderlijke – situatie (waarin het verzekeren van het recht op een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM de rechter niet noopt tot toepassing van bewijsuitsluiting en evenmin sprake is van een op zichzelf reeds zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht van de verdachte, maar) waarin het desbetreffende vormverzuim naar uit objectieve gegevens blijkt 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 getroost overtredingen van het desbetreffende voorschrift te voorkomen’.

In ECLI:NL:HR:2013:BY5321 kent elk van die twee categorieën een afzonderlijk beoordelingskader, met ook specifiek daaraan verbonden eisen met betrekking tot het stellen en onderbouwen van de voor de beoordeling relevante omstandigheden. De Hoge Raad is nu van oordeel dat kan worden volstaan met het navolgende gemeenschappelijke, meer globale beoordelingskader, omdat deze twee categorieën in de praktijk niet steeds goed te scheiden zijn en toepassing daarvan als te complex wordt ervaren.

Dit gemeenschappelijke beoordelingskader ziet op gevallen waarin sprake is van een vormverzuim waarbij het recht van de verdachte op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM niet (rechtstreeks) aan de orde is, maar waarbij het gaat om de schending van een ander strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel. In die gevallen geldt als belangrijk uitgangspunt dat de omstandigheid dat de verkrijging van onderzoeksresultaten gepaard is gegaan met een vormverzuim dat betrekking heeft op een ander strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel dan het recht op een eerlijk proces, niet eraan in de weg staat dat die resultaten voor het bewijs van het ten laste gelegde feit worden gebruikt. Is echter sprake van een ernstige schending van een strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel, dan kan onder omstandigheden toepassing van bewijsuitsluiting noodzakelijk worden geacht als rechtsstatelijke waarborg en als middel om met de opsporing en vervolging belaste ambtenaren te weerhouden van onrechtmatig optreden en daarmee als middel om te voorkomen dat vergelijkbare vormverzuimen in de toekomst zullen plaatsvinden. Of daartoe grond bestaat, beoordeelt de rechter aan de hand van de in artikel 359a lid 2 Sv genoemde beoordelingsfactoren en met inachtneming van het genoemde uitgangspunt van subsidiariteit.

In het bijzonder dient de rechter te beoordelen of het vormverzuim zodanig ernstig is dat niet met strafvermindering kan worden volstaan, maar bewijsuitsluiting gerechtvaardigd is. Daarbij moet acht worden geslagen op de negatieve effecten die aan bewijsuitsluiting zijn verbonden, gelet op de zwaarwegende belangen van waarheidsvinding, van de vervolging en berechting van (mogelijk zeer ernstige) strafbare feiten, en in voorkomend geval van de rechten van slachtoffers. Voor het bepalen van de ernst van het vormverzuim kan mede betekenis toekomen aan het verwijt dat aan politie en justitie kan worden gemaakt en aan de omstandigheid dat een vormverzuim zich bij herhaling blijkt voor te doen, maar ook aan de omstandigheid dat door politie en justitie al maatregelen zijn getroffen om (verdere) herhaling tegen te gaan.

Los van de hiervoor genoemde gevallen waarin bewijsuitsluiting als rechtsgevolg kan worden verbonden aan een vormverzuim als bedoeld in artikel 359a Sv, is er grond voor bewijsuitsluiting indien zich onregelmatigheden hebben voorgedaan die de betrouwbaarheid en accuraatheid van onderzoeksresultaten wezenlijk hebben aangetast. In dat geval berust bewijsuitsluiting niet op de toepassing van artikel 359a Sv, maar vloeit die uitsluiting rechtstreeks voort uit de regel dat de rechter bij de beantwoording van de vraag of het ten laste gelegde kan worden bewezen verklaard, alleen dat bewijsmateriaal gebruikt dat hij betrouwbaar en bruikbaar vindt.

#### *Niet-ontvankelijkverklaring*

De Hoge Raad heeft in ECLI:NL:HR:2004:AM2533, r.o. 3.6.5 de volgende maatstaf geformuleerd met betrekking tot de niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie:

‘Niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging komt als in art. 359a Sv voorzien rechtsgevolg slechts in uitzonderlijke gevallen in aanmerking. Daarvoor is alleen plaats ingeval het vormverzuim daarin bestaat dat met de opsporing of vervolging belaste ambtenaren ernstig inbreuk hebben gemaakt op 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.’

De Hoge Raad verduidelijkt de toepassing van deze maatstaf als volgt. De strekking van deze maatstaf is dat in het geval dat een zodanig ernstige inbreuk op het recht van de verdachte op een eerlijke behandeling van zijn zaak is gemaakt dat geen sprake meer kan zijn van een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM, niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging plaatsvindt. Het moet dan gaan om een onherstelbare inbreuk op het recht op een eerlijk proces die niet op een aan de eisen van een behoorlijke en effectieve verdediging beantwoordende wijze is of kan worden gecompenseerd. Daarbij moet die

inbreuk het verstrekkende oordeel kunnen dragen dat – in de bewoordingen van het EHRM – ‘the proceedings as a whole were not fair’. In het zeer uitzonderlijke geval dat op deze grond de niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging in beeld komt, hoeft echter niet – in zoverre stelt de Hoge Raad de eerder gehanteerde maatstaf bij – daarnaast nog te worden vastgesteld dat de betreffende inbreuk op het recht op een eerlijk proces doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte heeft plaatsgevonden. Aanleiding voor niet-ontvankelijkverklaring op deze grond kan bijvoorbeeld bestaan in het geval dat de verdachte door een opsporingsambtenaar dan wel door een persoon voor wiens handelen de politie of het openbaar ministerie verantwoordelijk is, is gebracht tot het begaan van het strafbare feit waarvoor hij wordt vervolgd, terwijl zijn opzet tevoren niet al daarop was gericht (vgl. ECLI:NL:HR:2010:BL0655), of waarin gedragingen van politie en justitie ertoe hebben geleid dat de waarheidsvinding door de rechter onmogelijk is gemaakt (vgl. ECL:NL:HR:1998:ZD1239).

In gevallen waarin zich een of meerdere vormverzuimen hebben voorgedaan die aanvankelijk het recht van de verdachte op een eerlijke behandeling van de zaak in het gedrang hebben gebracht, maar die in voldoende mate zijn hersteld om het proces als geheel eerlijk te laten verlopen, biedt de besproken maatstaf in beginsel geen ruimte voor niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging. Het is echter niet uitgesloten dat in zo’n geval strafvermindering ter compensatie van het daadwerkelijk ondervonden nadeel plaatsvindt.

#### *Beoordeling van de feitelijke grondslag van verweren*

Indien het verweer wordt gevoerd dat zich een vormverzuim heeft voorgedaan en dat dit moet leiden tot een van de in artikel 359a lid 1 Sv genoemde rechtsgevolgen, moet de rechter beoordelen of de aan dat verweer ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden aannemelijk zijn geworden. Bij dat onderzoek naar de feitelijke grondslag kan de rechter zich beperken tot die vaststellingen die in verband met de beslissing over het in het verweer genoemde rechtsgevolg noodzakelijk zijn.

De rechter kan echter een dergelijk verweer zonder onderzoek naar de feitelijke grondslag daarvan verwerpen indien hij tot het oordeel komt dat wat is aangevoerd – ware het juist – niet noopt tot een van de in artikel 359a lid 1 Sv genoemde rechtsgevolgen, bijvoorbeeld omdat het aangevoerde hooguit kan leiden tot de enkele constatering van een vormverzuim. Ook heeft de rechter de mogelijkheid om uit te gaan van de juistheid van de feitelijke grondslag van het verweer en op grond daarvan over te gaan tot het toepassen van het rechtsgevolg. Voor deze laatste werkwijze kan met name aanleiding bestaan bij verweren die betrekking hebben op vormverzuimen die grond kunnen geven tot niet meer dan een beperkte mate van

strafvermindering en die berusten op een niet-onaannemelijke feitelijke grondslag, terwijl het doen van nadere en definitieve vaststellingen (de duur van) het strafproces onevenredig zou belasten.

Het staat de rechter verder vrij om – naar aanleiding van een verweer en ook ambtshalve – bij de straftoemeting in enigerlei mate rekening te houden met nadelige gevolgen voor de verdachte van de uitoefening van bevoegdheden tijdens de opsporing, ook als die gevolgen niet zijn veroorzaakt door een vormverzuim (vgl. in verband met media-aandacht over de strafzaak ECLI:NL:HR:2015:3024 en met betrekking tot geweldgebruik door de politie ECLI:NL:HR:2019:1590).

De Hoge Raad overweegt ten aanzien van de klachten dat het hof bedoelde klachten als volgt heeft verworpen:

‘Een zo vergaande sanctie als de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie kan slechts volgen indien sprake is van ernstige inbreuken 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 tekort is gedaan (ECLI:NL:HR:1995:ZD0328). Naar het oordeel van het hof doet een dergelijke situatie zich niet voor nu de grieven van de raadsman niet de behandeling van de zaak van de verdachte betreffen maar enkel gericht zijn op de fysieke behandeling van de verdachte tijdens diens insluiting. Daarbij blijken niet door het hof te onderzoeken en te toetsen ordemaatregelen – de plaatsing in een isoleercel door middel van de zogeheten schildprocedure, naar aanleiding van het gedrag van de verdachte – te zijn toegepast. Tegen de gewraakte handelwijze van de politie is door de raadsman van de verdachte niet geklaagd bij het bevoegde gezag, noch is aangifte gedaan van mishandeling van de verdachte of een civiele vordering ingediend wegens onrechtmatig overheidsoptreden, binnen welke wettelijke kaders gesteld onrechtmatig overheidsoptreden eventueel wel onderzocht en getoetst zou kunnen worden. Op voorhand is niet gebleken van een dermate flagrante schending van de rechten van de verdachte waardoor rechterlijk sanctioneren van politieoptreden buiten het toepassingsbereik van artikel 359a Sv toch in deze zaak aan de orde zou kunnen zijn. Van de door de raadsman gestelde schending van equality of arms kan om voormelde reden eveneens geen sprake zijn. Ook dit verweer heeft immers betrekking op een onderzoek naar de handelwijze van de politie bij de insluiting van de verdachte. Het Openbaar Ministerie is dan ook ontvankelijk in de vervolging. (...) Het hof ziet onvoldoende aanleiding over te gaan tot strafvermindering. Daarbij heeft het hof gelet op de onderbouwing van het verweer, hetgeen in het proces-verbaal van de politie over het gedrag van de verdachte is gerelateerd en de ter terechtzitting in hoger beroep getoonde camerabeelden.’

De Hoge Raad overweegt dat aan de verwerping van het beroep op de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in de vervolging van de verdachte het hof mede ten grondslag gelegd heeft dat de handelwijze van de politie in verband met de insluiting van de verdachte 'buiten het toepassingsbereik van artikel 359a Sv' valt. De Hoge Raad oordeelt dat dat oordeel, voor zover daarin als oordeel van het hof besloten ligt dat de door de verdediging gestelde vormverzuimen niet zijn begaan bij 'het voorbereidend onderzoek' tegen de verdachte, niet begrijpelijk is. Namens de verdachte is immers aangevoerd dat de geweldhandelingen zijn verricht door opsporingsambtenaren bij de insluiting en volgden op de aanhouding van de verdachte ter zake van het aan hem ten laste gelegde feit. De Hoge Raad oordeelt dat voor zover de eerste klacht hierover klaagt, het terecht is voorgesteld. De Hoge Raad oordeelt dat dat echter om de volgende redenen niet tot cassatie behoeft te leiden. Onregelmatigheden in de wijze waarop de verdachte is aangehouden – daaronder ook begrepen onregelmatigheden die hebben plaatsgevonden bij de daarop gevolgde insluiting – brengen op zichzelf niet mee dat geen sprake meer kan zijn van een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM. Dat geldt ook indien zich (tevens) onregelmatigheden hebben voorgedaan met betrekking tot het onderzoek door politie en justitie naar de wijze van aanhouding en insluiting van de verdachte. Ook dergelijke onregelmatigheden belemmeren niet dat met inachtneming van de regels van een eerlijk proces een oordeel kan worden geveld over de in de tenlastelegging vervatte beschuldiging ter zake van het feit dat aanleiding heeft gegeven tot de aanhouding van de verdachte. Dat betekent, gelet op wat in het bijzonder onder het kopje '*niet-ontvankelijkverklaring*' is vooropgesteld, dat in zo'n geval niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging in beginsel niet in aanmerking komt als rechtsgevolg.

De Hoge Raad overweegt dat het hof met zijn overweging dat 'de grieven van de raadsman niet de behandeling van de zaak van de verdachte betreffen maar enkel gericht zijn op de fysieke behandeling van de verdachte tijdens diens insluiting' kennelijk tot uitdrukking heeft gebracht dat, ook indien wordt uitgegaan van de door de verdediging gestelde vormverzuimen, deze niet belemmeren dat de beoordeling van de in de tenlastelegging vervatte beschuldiging ter zake van het feit dat aanleiding heeft gegeven tot de aanhouding van de verdachte, met inachtneming van de regels van een eerlijk proces plaatsvindt. Deze niet onbegrijpelijke overweging kan de verwerping van het verweer dat strekt tot niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging van de verdachte, zelfstandig dragen. De Hoge Raad oordeelt dat de verwerping door het hof van het verweer dat strekt tot strafvermindering, niet toereikend is gemotiveerd. Met de enkele verwijzing naar 'de onderbouwing van het verweer, hetgeen in het proces-verbaal van de politie over het gedrag van de verdachte is gerelateerd en de ter terechtzitting in hoger beroep getoonde camerabeelden', heeft het hof ten onrechte in het midden gelaten of sprake was van een onmenselijke behandeling in de zin van artikel 3 EVRM of enig ander vormverzuim. De tweede klacht slaagt daarom. De Hoge Raad neemt

hierbij in aanmerking dat, gelet op wat is overwogen over de wijziging met betrekking tot de twee andere categorieën van gevallen die zijn benoemd in ECLI:NL:HR:2013:BY5321, voldoende ernstig nadeel van de verdachte dat bijvoorbeeld is ontstaan door schending van de lichamelijke integriteit bij de toepassing van dwangmiddelen, grond kan bieden voor compensatie in de vorm van strafvermindering. Daarbij kan in voorkomende gevallen ook rekening worden gehouden met complicaties die het voeren van de verdediging in relatie tot dergelijke verzuimen ernstig hebben bemoeilijkt.