

ANNOTATIE

Vormverzuimen: een never ending story.

prof. mr. dr. T. Blom

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

Annotatie bij Hoge Raad 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889 en ECLI:NL:HR:2020:1890.

Op 1 december 2020 heeft de Hoge Raad een tweetal arresten gewezen over de toepassing van artikel 359a Sv in de rechtspraak (ECLI:NL:HR:2020:1889 en ECLI:NL:HR:2020:1890). Deze uitspraken hebben relatief weinig aandacht gekregen. Wel heeft Joost Verbaan op deze site (SR-Updates.nl, zie SR 2020-0374) een uitvoerige samenvatting gegeven van deze uitspraken waarnaar ik graag verwijs. In deze bijdrage wil ik een nadere analyse maken van deze uitspraken. De Hoge Raad geeft namelijk aan geen aanleiding te zien om substantiële wijzigingen aan te brengen in het beoordelingskader maar wel om de precieze formulering van enkele maatstaven te nuanceren of bij te stellen. Belangrijke vraag is dus waaruit die nuancering of bijstelling dan bestaat.

De Hoge Raad slaat eerst een aantal piketpaaltjes. Het eerste piketpaaltje is 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 (r.o. 2.1.3). Op de strafrechter rust dus 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, aldus de Hoge Raad (r.o. 2.1.3).

Het tweede piketpaaltje is dat in artikel 359a een bevoegdheid wordt geformuleerd en niet een plicht om rechtsgevolgen te verbinden aan vormverzuimen. Het uitgangspunt bij het

toepassen van een rechtsgevolg is 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 houdt ook in 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 (het subsidiariteitsvereiste).

De Hoge Raad brengt inderdaad geen substantiële wijzigingen aan in het al bestaande beslissingsschema. De Hoge Raad heeft in de arresten *Afvoerpijp* (HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533) en *Onbevoegde hulpofficier* (HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321) 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. Die voorzichtigheid om op dit moment geen substantiële wijzigingen door te voeren, wordt ook ingegeven door het feit dat er al wijzigingsvoorstellen in het wetgevingstraject Modernisering zijn opgenomen met betrekking tot de aanpak van vormverzuimen en dat de Hoge Raad dat wetgevingsproces niet in de weg wil zitten. Wel heeft de Hoge Raad de precieze formulering van enkele maatstaven genuanceerd of bijgesteld. 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 subsidiariteitsvereiste 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.

Belangrijk uitgangspunt blijft dat artikel 359a zich beperkt tot vormverzuimen in het voorbereidende onderzoek tegen de verdachte, ter zake van het aan hem ten laste gelegde feit waarover de rechter heeft te oordelen. Artikel 359a Sv is dus niet van toepassing indien het verzuim is begaan buiten het verband van dit voorbereidend onderzoek. Dat sluit echter niet uit dat ook dan 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. De Hoge Raad geeft voor deze situatie een (nieuw) criterium.

‘Het verbinden van een rechtsgevolg is op zijn plaats 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 tenlastegelegde 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’

(r.o. 2.2.2).

Om te bepalen welke sanctie in dat geval moet volgen, moet 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. Oftewel gebruik de criteria en wegingsfactoren die horen bij de toepassing van artikel 359a Sv om vast te stellen welk rechtsgevolg moet worden verbonden aan deze onrechtmatigheid, terwijl het formeel niet gaat om een vormverzuim in de zin van artikel 359a Sv.

De afzonderlijke sancties

Strafvermindering

Het criterium voor strafvermindering blijft gehandhaafd.

‘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.’

De Hoge Raad geeft nu nadrukkelijker aan welke vormverzuimen in aanmerking komen voor strafvermindering.

‘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’ (r.o. 2.3.4).

Strafvermindering is dus de passende sanctie op vormverzuimen waarmee een inbreuk is gemaakt op de lichamelijke integriteit of de persoonlijke levenssfeer van de verdachte (art. 8 EVRM-schendingen dus) en op onrechtmatige toepassing van dwangmiddelen waarmee bewijs is verkregen. Daarna wordt het schimmig. Onduidelijk is wat wordt bedoeld met:

‘verder is 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.’

Bewijsuitsluiting

De Hoge Raad heeft in het arrest *Onbevoegde hulpofficier* (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:

- ‘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’,
- ‘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’.

De Hoge Raad is nu van oordeel dat kan worden volstaan met een gemeenschappelijk, meer globaal beoordelingskader. De Hoge Raad komt tot deze overweging ‘omdat deze twee categorieën in de praktijk niet steeds goed te scheiden zijn en toepassing daarvan als te complex wordt ervaren’. Dat lijkt mij niet de ware reden. Aan de derde categorie werden zulke hoge eisen gesteld, dat zich in de praktijk nooit een voorbeeld van deze categorie heeft voorgedaan of ooit zal voordoen.

Dat nieuwe 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’. Indien er sprake is 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 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’ (r.o. 2.4.4).

De (absurde) eisen die aan de derde categorie werden gesteld, behoren nu inderdaad tot het verleden. Het enige wat daarvan is overgebleven is de wegingsfactor dat politie en justitie al maatregelen hebben getroffen om herhaling te voorkomen.

Niet-ontvankelijkverklaring

De Hoge Raad heeft in het *Afvoerpijp*-arrest een zware eis gesteld aan dit rechtgevolg:

‘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 in het nieuwe overzichtsarrest 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’ (r.o. 2.5.2).

Nieuw is echter dat niet meer hoeft 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. Door het wegvallen van dit onderdeel van het criterium wordt dit criterium een stuk overzichtelijker.

Als voorbeelden voor deze sanctie worden gegeven: handelen in strijd met het uitlokingsverbod (HR 29 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0655), en gedragingen van politie en justitie die ertoe hebben geleid dat de waarheidsvinding door de rechter onmogelijk is gemaakt (HR 8 september 1998, ECL:NL:HR:1998:ZD1239).

Beoordeling van de feitelijke grondslag van verweren

De Hoge Raad wijdt tot slot nog enige overwegingen aan de wijze waarop de feitenrechter onderzoek moet doen naar het vormverzuim.

‘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’ (r.o. 2.6.1).

‘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 één van de in artikel 359a lid 1 Sv genoemde rechtsgevolgen, bijvoorbeeld omdat het aangevoerde hooguit kan leiden tot de enkele constatering van een vormverzuim’ (r.o. 2.6.2).

Hoe de feitenrechter tot dit oordeel kan komen zonder onderzoek naar de feitelijke grondslag is mij echter een raadsel. Door de nadere invulling van strafvermindering komt het daarbij toch juist aan op de ernst van het verzuim.

De feitenrechter krijgt van de Hoge Raad ook 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. Deze laatste werkwijze mag (slechts) worden toegepast bij verweren die betrekking hebben op vormverzuimen die grond kunnen geven tot een beperkte 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 feitenrechter verder ook vrij om – naar aanleiding van een verweer maar 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 HR 13 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3024 en met betrekking tot geweldgebruik door de politie HR 15 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1590).

Tot slot

Heeft dit nieuwe overzichtsarrest nu meer duidelijkheid gegeven? Daar valt geen eenduidig antwoord op te geven. De Hoge Raad herhaalt het standpunt dat op de strafrechter niet de taak en verantwoordelijkheid rust de rechtmatigheid en de integriteit van het optreden van politie en justitie als geheel te bewaken. Dat vind ik jammer omdat steeds duidelijker wordt dat dit toezicht nergens (op onafhankelijke) wijze plaatsvindt, maar wel begrijpelijk. De zittingsrechter is inderdaad geen tuchtrechter.

De duidelijkheid die de Hoge Raad in dit arrest heeft gecreëerd, zit in het feit dat de drie wettelijke sancties op vormverzuim nog nadrukkelijker van elkaar kunnen worden onderscheiden.

Als er vormverzuimen zijn geconstateerd in het voorbereidende onderzoek van deze verdachte naar het ten laste gelegde feit, is het afhankelijk van het geconstateerde verzuim welke sanctie volgt. Inbreuken op artikel 8 EVRM (recht op privacy en lichamelijke integriteit) leiden (in beginsel) tot strafvermindering indien aan de (overige) voorwaarden voor strafvermindering is voldaan. Inbreuken op artikel 6 EVRM leiden (in beginsel) tot bewijsuitsluiting. Niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging volgt als zwaarste sanctie slechts in het geval dat een zodanig ernstige inbreuk op het recht van de verdachte op een eerlijke behandeling van zijn zaak is gemaakt dat er geen sprake meer kan zijn van een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM.

Meer duidelijkheid is ook gecreëerd door de bijstelling van de te beoordelen factoren voor bewijsuitsluiting bij categorie 3 en het criterium voor niet-ontvankelijkheid (het verdwijnen van de voorwaarde dat daardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak tekort is gedaan).

Tot zover de duidelijkheid die het arrest verschaft. De onduidelijkheid is echter toegenomen

door het gebruik van nieuwe raadselachtige zinnen zoals:

‘Verder is 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.’

Hier wordt niet verwezen naar jurisprudentie. Het blijft gissen welke gevallen en dus welke vormverzuimen hiermee worden bedoeld.

Opnieuw zal de praktijk het moeten leren. De vraag is alleen of die praktijk er nog komt of dat het voorstel om het wetboek te moderniseren eerder de eindstreep haalt. In dat geval zal er een nieuw overzichtsarrest moeten komen over de nieuwe open norm ‘het belang van een goede rechtsbedeling’.