

ANNOTATIE

# Artikel 359a Sv, vormverzuimen buiten het voorbereidend onderzoek.

*mr. J.H.J. Verbaan*

*Annotatie bij Hoge Raad, 11-05-2021, ECLI:NL:HR:2021:694 (SR-2021-0130)*

## **Commentaar bij HR 11 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:694.**

De verdediging klaagt namens verdachte, ten aanzien van wie het voorhanden hebben van wapens is bewezen verklaard, over de verwerping door het hof van het tot de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie en tot bewijsuitsluiting strekkende verweer.

Het hof heeft het in de klacht bedoelde verweer als volgt samengevat en verworpen.

De raadsman heeft in hoger beroep bepleit dat het openbaar ministerie niet-ontvankelijk wordt verklaard in de vervolging omdat, door het handelen van onder gezag van het openbaar ministerie opererende opsporingsambtenaren, doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan. Daartoe heeft de raadsman aangevoerd dat in hoger beroep, ook na de verhoren door de raadsheer-commissaris van de betrokken verbalisanten en de schriftelijke beantwoording van vragen door de betrokken zaaksofficieren, overeind is gebleven dat in de onderbouwing van de vordering van 4/5 september 2014 bij de rechter-commissaris tot doorzoeking van verdachtes woning, onwaarheden stonden.

De zaaksofficier was, ruim voordat die vordering bij de rechter-commissaris is gedaan, op de hoogte van deze onwaarheden. Hij had immers zelf op 19 augustus 2014 de letterlijke uitwerking van een van de onderliggende verhoren bevolen en deze op 24 augustus 2014 ontvangen. Toch is die verbatim-uitwerking niet bij de vordering van 4/5 september 2014 gevoegd. De rechter-commissaris heeft bij gelegenheid van de voorpleiding op 12 september 2014 de aanhouding en inverzekeringstelling van de verdachte onrechtmatig verklaard,

evenals – mondeling – de door haar toegestane doorzoeking op 9 september 2014, bij gelegenheid waarvan de in de tenlastelegging opgenomen wapens en munitie zijn aangetroffen. De rechter-commissaris is, aldus de raadsman, door het openbaar ministerie en de politie misleid met een gefabriceerde verdenking jegens de verdachte.

Deze zeer ernstige fouten, aldus de raadsman, zijn niet hersteld. Ze zijn alle begaan voorafgaand aan de doorzoeking die tot de wapenvondst heeft geleid. Pas daarna is aard en omvang van de onjuistheden in de aanvraagdocumentatie duidelijk geworden. De raadsman heeft nog gewezen op recente jurisprudentie waarin gelijksoortige gevallen van onzorgvuldige, onjuiste of onwaarachtige processen-verbaal aan de orde waren en heeft bepleit dat sprake is van een structureel verzuim en van een bestendig onrechtmatige praktijk door de opsporing die het hof volgens de verdediging zou moeten brengen tot een duidelijke corrigerende reactie, in de vorm van een niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie.

Subsidiair heeft de raadsman bewijsuitsluiting bepleit van de bij de onrechtmatige huiszoeking aangetroffen wapens en munitie, op dezelfde gronden als hiervoor uiteengezet. Dat zou moeten leiden tot vrijspraak.

Het hof stelt voorop dat een verweer dat gegrond is op artikel 359a Sv (vormverzuim) volgens een stappenplan uit die wetbepaling en de daarop geënte rechtspraak dient te worden beoordeeld. Dat stappenplan omvat onder meer de volgende premissen:

- a) het moet gaan om een onherstelbaar vormverzuim in het kader van het vooronderzoek;
- b) het moet gaan om een vormverzuim in het kader van het vooronderzoek naar de feiten waarover de rechter op grond van de tenlastelegging heeft te oordelen (vgl. ECLI:NL:HR:2004:AM2533).

De volgens de verdediging begane (onherstelbare) fouten of verzuimen zijn begaan of voorgevallen in een vooronderzoek naar de verdenking dat de verdachte zich (mede) schuldig zou hebben gemaakt aan overtreding van artikel 282a en/of 285a Sr. Die verdenkingen zijn in dit hoger beroep echter niet aan de orde. Het hof heeft louter te oordelen over ten laste gelegd wapenbezit op 9 september 2014, een ander feit dan de feiten in welk onderzoek het gestelde vormverzuim zou hebben plaatsgevonden. Reeds daarom behoeft het verweer geen gemotiveerde weerlegging, volgens eerder genoemd stappenplan, noch anderszins. Het hof verwerpt de verweren daarom en komt niet tot de door de verdediging beoogde rechtsgevolgen.

Wel hecht het hof eraan op te merken dat de aanloop naar de doorzoeking, de in dat kader opgemaakte, soms aanvullende of nader uitleggende processen-verbaal, niet voldoen aan de

ter zake geldende maatstaven. Het hof heeft – enerzijds – begrip voor de moeilijke omstandigheden waaronder de gesprekken verliepen met de medeverdachte/getuige (hierna: de getuige) die omfloerst maar belastend op de verdachte zou hebben gedoeld. Anderzijds is er vanaf die gesprekken – in mei 2014 – tot en met de opstelling van de vordering tot doorzoeking – begin september 2014 – heel veel tijd verstreken die het openbaar ministerie en de politie hadden kunnen gebruiken voor een transparante onderbouwing van de vordering doorzoeking, waarin gedetailleerd had kunnen worden aangegeven dat en waarom de politie zo zeker wist dat de getuige op de verdachte doelde. Door de getuige de naam van de verdachte in de mond te leggen, hebben de verbalisanten de waarheidsvinding opgerekt, zo niet geweld aangedaan en dat is kwalijk.

De Hoge Raad herhaalt zijn overwegingen onder het kopje ‘Vormverzuimen “bij het voorbereidend onderzoek” en daarbuiten’, r.o. 2.2.1 en 2.2.2, en overweegt dat naar aanleiding van het in de klacht bedoelde verweer het hof vastgesteld heeft dat de processen-verbaal die in het kader van de aanloop naar de doorzoeking van de woning van de verdachte zijn opgemaakt ‘niet voldoen aan de ter zake geldende maatstaven’ en dat de verbalisanten ‘[d]oor de getuige de naam van de verdachte in de mond te leggen (...) de waarheidsvinding [hebben] opgerekt, zo niet geweld aangedaan’ en heeft het geoordeeld dat dit ‘kwalijk’ is. Aan de verwerping van dat verweer heeft het hof ten grondslag gelegd dat het door de verdediging gestelde vormverzuim is begaan in een vooronderzoek naar de verdenking van andere feiten dan de aan de verdachte in de onderhavige zaak ten laste gelegde overtredingen van de WWM. De Hoge Raad oordeelt dat dat oordeel in het licht van ECLI:NL:HR:2020:1889 niet zonder meer begrijpelijk is omdat het hof in het midden heeft gelaten of het door hem vastgestelde verzuim in de aanloop naar de doorzoeking van de woning van de verdachte, van ‘bepalende invloed is geweest’ op het verloop van het opsporingsonderzoek naar en/of de vervolging van de verdachte ter zake van het ten laste gelegde feit. Gelet op het in dat verband gevoerde verweer stond het hof, indien die vraag bevestigend moet worden beantwoord, immers ter beoordeling of het, mede afhankelijk van zijn oordeel over de aard en de ernst van dat verzuim, daaraan een van de in voornoemd arrest genoemde rechtsgevolgen had moeten verbinden.