

ANNOTATIE

Stelselmatig informatie inwinnen in strijd met verklaringsvrijheid.

mr. J.H.J. Verbaan

Annotatie bij Hoge Raad, 22-06-2021, ECLI:NL:HR:2021:947 (SR-2021-0202)

Commentaar bij HR 22 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:947.

De verdediging klaagt namens verdachte, ten aanzien van wie brandstichting in een woning met de dood ten gevolge is bewezen verklaard, onder meer over het oordeel van het hof dat de door de verdachte tegenover een niet als zodanig herkenbare opsporingsambtenaar afgelegde verklaring niet in strijd met de verklaringsvrijheid is afgelegd.

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

De raadsman van verdachte heeft ter terechtzitting in hoger beroep aangevoerd dat de inzet van de Stelselmatige Informatie Inwinster (hierna: SI) niet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit voldoet en bovendien door de SI inbreuk is gemaakt op de verklaringsvrijheid van verdachte. Hiermee zijn doelbewust en met grove veronachtzaming van de belangen van verdachte haar rechten op een eerlijke behandeling van haar zaak geschonden. Derhalve is sprake van een onherstelbaar vormverzuim als bedoeld in artikel 359a Sv, waarbij rechten als bedoeld in artikel 6, 8 en 13 EVRM – meer specifiek het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel – zijn geschonden, alsmede een onevenredige inbreuk is gemaakt op het privéleven van verdachte. Dit dient (primair) te leiden tot niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie, dan wel (subsidiar) tot bewijsuitsluiting, aldus de raadsman.

In het proces-verbaal van 17 februari 2017 is aangegeven waarom verdachte als verdachte werd aangemerkt. In dat proces-verbaal staat (onder meer) als resumé:

- verdachte is de dochter van de moeder van verdachte en halfzus van het slachtoffer;

- verdachte is in haar tienerjaren uit huis geplaatst en is meerdere keren opgenomen in een psychiatrische instelling op basis van een IBS of RM;
- zij woont op zichzelf, maar wordt wel begeleid. Zij slikt medicatie in verband met schizofrenie. Als ze geen medicatie neemt wordt ze warrig in haar hoofd. Ze verliest dan de werkelijkheid uit het oog;
- betrokkenen [3], [4] en [5] verklaarden dat verdachte veel haat had richting haar familie en met name richting haar moeder en zus;
- betrokkene [4] verklaarde dat de wanen bij verdachte 's nachts het ergst waren en zij dan op haar slechtst was;
- op vrijdag 5 mei 2018 probeerde verdachte aangifte te doen tegen haar moeder. Ze werd weggestuurd omdat aan haar verhaal geen touw viel vast te knopen;
- op 15 juni 2015 omstreeks 03.45 uur is de voorgevel van [A] overgoten met brandbare vloeistof en in brand gestoken. Moeder en halfzus woonden daar op dat moment;
- betrokkene [3] verklaarde dat ze van verdachte zelf of van de zus had gehoord dat verdachte de zaak van haar moeder in de fik wilde steken;
- betrokkene [5] verklaarde dat verdachte haar eind 2015 vertelde dat ze met wasbenzine brand had gesticht in haar eigen wastafel en onder de indruk was van de steekvlam die ontstond. Ook had verdachte verteld dat ze wasbenzine had gegooid over de gevel van de zaak waar haar moeder werkte en dat ze die gevel in de fik had gestoken;
- op 3 maart 2016 deed verdachte aangifte tegen haar moeder van mishandeling en verwaarlozing. Uit het bij de aangifte gevoegde document kan worden opgemaakt dat verdachte haar moeder dood wenste voor wat ze verdachte zou hebben aangedaan. Ze zou hebben gezegd: 'Mijn familie wil ik dood omdat ze me niet met rust laten';
- op 9 april 2016 werd door de politie aan verdachte medegedeeld dat haar aangifte wegens verjaring niet in behandeling werd genomen;
- op 25 april 2016 werd de auto van moeder voor de deur van haar woning met brandbare vloeistof overgoten en in brand gestoken;
- op 27 december 2016 belde verdachte met de politie. In dit gesprek zei ze dat ze gestalkt en bedreigd werd door haar familie. Ze noemde haar moeder een psychopaat en gestoord;
- op 11 januari 2017 belde verdachte nogmaals met de politie. In dat gesprek gaf ze aan dat ze

gestalkt werd door een oude buurvrouw en haar familie overal zag;

- op 14 januari 2017 werd brand gesticht in de woning (waar onder meer de moeder van verdachte woonde) ten gevolge waarvan de halfzus overleed.

Op 6 maart 2017 werd door de officier van justitie het schriftelijk bevel verstrekt ter zake van het stelselmatig inwinnen van informatie door een opsporingsambtenaar. Verdachte werd op 7 maart 2017 aangehouden. Tijdens de voorgeleiding op 7 maart 2017 gaf verdachte aan gebruik te willen maken van haar zwijgrecht.

Het eerste gesprek tussen de verdachte en de SI vond plaats op 7 maart 2017 tussen 14.00 en 14.30 uur op de luchtplaats van het politiebureau. Zij voerden een algemeen gesprek over het verblijf in het politiebureau. Verdachte vertelde dat het politiebureau nog niet zo erg is. Ze was meerdere keren opgenomen geweest in een psychiatrische instelling en pas daar was het erg. De SI zag dat verdachte rustig oogde. Ze gaf goed antwoord op de haar gestelde vragen. Verdachte vertelde dat ze uit Vietnam kwam en dat haar moeder geen goede moeder voor haar was. Ze was geestelijk en lichamelijk door haar moeder mishandeld. Verdachte vertelde dat ze door haar familie met rust gelaten wil worden, maar dat ze dat niet doen.

Op 7 maart 2017 omstreeks 17.00 uur vond het eerste (officiële) verhoor plaats van verdachte. Verdachte werd aangemerkt als een kwetsbare verdachte. Ze werd bijgestaan door haar advocaat en ook vond er een audiovisuele registratie plaats van het verhoor. Ook werd het verhoor gevolgd door een recherchepsycholoog. Verdachte gaf aan het begin van het verhoor aan dat ze zou zwijgen. Niettemin verklaarde ze over haar ziekte, de werking van haar medicijnen en uitgebreid over wat haar door haar moeder en andere familieleden is aangedaan. Het verhoor werd om 19.20 uur onderbroken voor een pauze en werd hervat om 20.45 uur.

Op 7 maart 2017 om 19.55 uur werd verdachte naar de luchtplaats gebracht. Daar bleef ze tot 20.25 uur. Zij sprak toen met de SI. De SI had als opdracht gekregen niet rechtstreeks te vragen naar de brandstichting, maar een natuurlijk gesprek te laten plaatsvinden. Volgens het op 7 maart 2017 door de SI opgemaakte proces-verbaal was verdachte veel onrustiger dan de eerste keer toen ze met verdachte sprak. Verdachte praatte sneller en liep meer rond. De SI vroeg verdachte waarom ze op het politiebureau was. Verdachte zei voor vernieling en brandstichting. Verdachte vroeg de SI waarom zij er zat. De SI zei dat ze geld en spullen van haar ouders had gestolen, maar dat ze tegen de politie had gezegd dat ze die had gekregen van haar ouders. Verdachte zei toen dat ze (de SI) niet moest liegen tegen de politie. De advocaat van verdachte had gezegd dat verdachte de waarheid moest vertellen of moest zwijgen. Verdachte zei nogmaals dat ze verdacht werd van vernieling en brandstichting, maar vertelde

er nu bij dat haar zusje daarbij om het leven was gekomen. De SI vroeg hoe het dan was gegaan, waarop verdachte zei 'gewoon, in brand gestoken'. Ze maakte met haar hand een gebaar van het aandoen van een aansteker en met de andere hand alsof ze iets in haar hand had. Ze maakte daarbij ook het geluid: 'tsssh'.

De SI vroeg om verduidelijking omdat ze niet begreep wat verdachte bedoelde. Ze zei nogmaals: 'gewoon in brand steken' en maakte daarbij dezelfde gebaren en hetzelfde siggeluid. De SI zei dat ze het niet begreep en dat ze ook wel eens geprobeerd had een brandende krant door een brievenbus te gooien, maar dat de krant voordat hij de grond had geraakt was uitgewaaid. De SI vroeg verdachte nogmaals hoe het gegaan was. Verdachte zei dat ze met een graffitibus gespoten had en er vervolgens een vlam had bijgehouden en dat zo de woning in brand was gegaan. De SI zei tegen verdachte dat ze dacht dat steen niet zou branden. Verdachte zei van wel. De SI vroeg aan verdachte of ze aan de voorzijde, de achterzijde of de zijkant van de woning stond. Verdachte zei dat ze aan de voorzijde stond. Later vroeg de SI nogmaals hoe de brand was ontstaan. Verdachte zei toen dat het een houten huis was. De SI vroeg haar of het misschien niet de bedoeling was dat haar zusje hierbij om het leven was gekomen. Verdachte zei dat dat inderdaad niet de bedoeling was. De SI vroeg of verdachte het zou gaan vertellen aan de politie. Verdachte zei dat ze niks zou gaan vertellen en dat ze gebruik zou maken van haar zwijgrecht.

Nadat verdachte had opgemerkt dat er camera's hingen veranderde haar gedrag. Ze zei direct dat ze niks gedaan had. De SI zei dat verdachte toch net had gezegd dat ze brand had gesticht met de spuitbus. Verdachte zei nogmaals dat ze niks gedaan had. Na een sociaal gesprek over haar moeder, werd er weer over de brand gesproken. De SI vroeg of niemand haar gezien had of dat er ergens een camera in de straat stond. Verdachte zei dat dit niet kon, omdat zij niks gedaan had. Ze zei dat haar moeder de branden had gesticht en haar de schuld ervan wilde geven.

Op 8 maart 2017 is verdachte weer (officieel) gehoord. Zij heeft toen antwoord gegeven op vragen over haar medicatie en ziekte. Ook heeft verdachte gesproken over haar moeder en andere familieleden en haar jeugd. Op het moment dat verdachte vragen werden gesteld over de brandstichting, heeft zij een beroep gedaan op haar zwijgrecht. Ook in latere verhoren heeft de verdachte geen vragen willen beantwoorden die zagen op het ten laste gelegde.

Het hof overweegt dat de inzet en wijze van uitvoering van het stelselmatig inwinnen van informatie door een politieambtenaar wettelijke grondslag vindt in artikel 126j Sv. Voor de inzet en toepassing van deze bevoegdheid volgt uit deze bepaling dat er een verdenking van een misdrijf moet zijn en het bevel in het belang is van het onderzoek. Mede naar aanleiding van ECLI:CE:ECHR:2013:0712JUD002542409 (*Allan/VK*) heeft de Hoge Raad voor de

toelaatbaarheid van de inzet van een SI ten opzichte van een (al dan niet in voorlopige hechtenis bevindende) verdachte nadere vereisten geformuleerd, namelijk:

- de bijzondere ernst van het misdrijf moet de inzet van het middel rechtvaardigen (proportionaliteit), terwijl een andere wijze van opsporing redelijkerwijs niet voorhanden is (subsidiariteit);
- de verklaringen mogen niet worden verkregen in strijd met de verklaringsvrijheid van de verdachte zoals gewaarborgd door artikel 29 Sv en artikel 6 EVRM. Daarbij komt betekenis toe aan de proceshouding van verdachte, hetgeen zich in het voorbereidend onderzoek voor en gedurende de periode waarin de informant optreedt heeft afgespeeld, de aard en intensiteit van de door de informant ondernomen activiteiten jegens de verdachte, de mate van druk die daarvan jegens de verdachte kan zijn uitgegaan en de mate waarin de handelingen en gedragingen van de informant tot de desbetreffende verklaringen van de verdachte hebben geleid (ECLI:NL:HR:2004:AN9195);
- er moet een voldoende nauwkeurige verslaglegging zijn zodat de rechter in staat wordt gesteld het een en ander te kunnen beoordelen. Naast verslaglegging door middel van verbalisering ligt in de rede dat voor zover dat bij de uitvoering van het opsporingstraject mogelijk is, de communicatie auditief of audiovisueel wordt geregistreerd (ECLI:NL:HR:2019:1983).

Het EHRM heeft in de zaak *Allan/VK* aangegeven dat het zwijgrecht voortvloeit uit de verklaringsvrijheid van de verdachte en bedoeld is om een verdachte te beschermen tegen oneigenlijke druk van de autoriteiten, waardoor (ook) voorkomen wordt dat valse bekentenissen worden afgelegd. Het hof stelt voorop dat niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging als in artikel 359a Sv voorzien rechtsgevolg slechts in uitzonderlijke gevallen in aanmerking komt. 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 verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van haar zaak is tekortgedaan. Met inachtneming van die maatstaf overweegt het hof ten aanzien van het door de raadsman aangevoerde verweer als volgt.

Ten aanzien van de proportionaliteit overweegt het hof dat de bijzondere ernst van het misdrijf waarvan verdachte werd verdacht, te weten brandstichting in een woning ten gevolge waarvan een jong meisje om het leven is gekomen – een strafbaar feit dat wordt bedreigd met een levenslange gevangenisstraf – de inzet van de SI zonder meer rechtvaardigt. Daarnaast is ook voldaan aan de subsidiariteitseis. De kans om met minder verstrekkende

opsporingsmiddelen dichterbij opheldering van het misdrijf te komen was immers niet reëel. Zo blijkt uit het proces-verbaal aanvraag bevel stelselmatige informatie-inwinning dat de tot dan toe ingezette opsporingsbevoegdheden vooralsnog niet genoeg materiaal boden om het scenario dat verdachte betrokken was bij de brandstichting te kunnen verifiëren dan wel falsifiëren. De onderschepte communicatie en het horen van getuigen leverden een aanmerkelijke verdenking op, echter, het verhoren van vrienden en familieleden van verdachte, alsmede het verspreiden van berichten over de brand via het regionale opsporingsprogramma Bureau Hengeveld en het landelijke programma Opsporing Verzocht gaf tot dan toe geen volledig beeld van de toedracht, werkwijze en het motief van de brandstichting. Uit het verrichte onderzoek bleek voorts dat verdachte een geïsoleerd bestaan leidde, waardoor het nagenoeg onmogelijk was om met de inzet van minder ingrijpende bevoegdheden zoals bijvoorbeeld interceptie van telefooncommunicatie of het horen van getuigen de betrokkenheid van verdachte bij het strafbare feit te onderzoeken. Dit werd wel nodig geacht, omdat vooralsnog niet de verwachting was dat het forensische onderzoek een eenduidige aanwijzing voor daderschap zou opleveren. Gelet hierop was het niet de verwachting dat andere, minder ingrijpende, opsporingsbevoegdheden bruikbaar resultaat zouden opleveren.

Op grond van het voorgaande was er naar het oordeel van het hof geen redelijk alternatief voor de inzet van de SI beschikbaar. Gelet hierop is het hof van oordeel dat de inzet van de SI onder de gegeven omstandigheden voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.

Nu het hof heeft geoordeeld dat de toepassing van artikel 126j Sv voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit komt het voor de vraag te staan of de informatie die van verdachte is verkregen niet in strijd met de in artikel 29 lid 1 Sv tot uitdrukking gebrachte en de in artikel 6 lid 1 EVRM besloten liggende verklaringsvrijheid van verdachte is afgelegd, nu toepassing van artikel 126j Sv ten aanzien van een voorlopig gehechte verdachte het gevaar in zicht bergt dat een verdachte op zodanige wijze feitelijk komt te verkeren in een verhoorsituatie waarbij de waarborgen van een formeel verhoor door een politiefunctionaris ontbreken en verklaringen worden verkregen die in strijd met de verklaringsvrijheid van verdachte zijn afgelegd.

Ten aanzien van de proceshouding van verdachte geldt dat zij ten aanzien van de ten laste gelegde feiten steeds een beroep op haar zwijgrecht heeft gedaan. Zij heeft echter op het moment dat zij dacht dat ze met een mede-arrestant op de luchtplaats was zichzelf belast. Uit het proces-verbaal van de SI volgt dat verdachte op vragen van de SI antwoord heeft gegeven, waarbij niet is gebleken dat op verdachte door de SI druk werd uitgeoefend. Verdachte heeft antwoord gegeven omdat zij dacht dat zij sprak met een mede-arrestant en niet omdat zij onder druk werd gezet. Verder geldt dat – toen verdachte op 7 maart 2017 in de gaten kreeg dat

er camera's waren geplaatst op de luchtplaats – zij haar betrokkenheid bij het ten laste gelegde ging ontkennen en bleef ontkennen. Daaruit leidt het hof af dat verdachte – ondanks het feit dat het een kwetsbare verdachte betrof en zij in voorarrest zat – in staat was haar wil te bepalen, overeenkomstig die wil te verklaren en zich niet liet beïnvloeden door de SI.

Uit het bovenstaande blijkt dus dat verdachte enerzijds is misleid, maar dat anderzijds door de SI geen of weinig druk is uitgeoefend op verdachte, waardoor het hof van oordeel is dat niet zodanig inbreuk is gemaakt op de verklaringsvrijheid van verdachte dat in strijd is gehandeld met artikel 29 Sv en artikel 6 EVRM.

De SI heeft direct na iedere inzet haar bevindingen aan twee collega's medegedeeld – welke collega's daarvan telkens proces-verbaal hebben opgemaakt – en de SI zelf heeft nog dezelfde dag na de gesprekken met verdachte gedetailleerde en uitvoerige processen-verbaal opgesteld. Aan de hand van die processen-verbaal kan nagegaan worden hoe de gesprekken zijn verlopen en in hoeverre er druk is uitgeoefend. De SI heeft ook in haar processen-verbaal aangegeven welke vragen zij heeft gesteld en hoe vaak. Opmerking verdient wel dat de processen-verbaal pas na de gesprekken werden opgemaakt, zodat het risico dat relevante informatie niet werd vastgelegd groter was dan wanneer die informatie nog tijdens de gesprekken werd vastgelegd (zoals in het algemeen tijdens een politieverhoor gebeurt).

Mede gelet op de laatste opmerking valt op dat de gesprekken niet zijn opgenomen, terwijl voorafgaand aan de inzet van de SI duidelijk was dat sprake was van een verdachte met een psychiatrisch ziektebeeld en die van een ernstig strafbaar feit werd verdacht. De politieverhoren van verdachte waren daarom omgeven met veel waarborgen. Zo werd verdachte gehoord, in het bijzijn van haar raadsman, door verbalisanten die gespecialiseerd waren in het verhoor van kwetsbare verdachten en werden de verhoren op beeld en geluid opgenomen. Die waarborgen zijn niet in acht genomen bij de inzet van de SI, terwijl het auditief of audiovisueel opnemen van communicatie gemakkelijk ingepast had kunnen worden binnen de inzet van de SI. Nu dit niet is gebeurd, is naar het oordeel van het hof sprake van een bij het voorbereidend onderzoek begaan onherstelbaar vormverzuim als bedoeld in artikel 359a lid 1 Sv.

De vraag is of, en zo ja, welke rechtsgevolgen aan dit vormverzuim moeten worden verbonden. Bij de beoordeling hiervan dient het hof rekening te houden met de in artikel 359a lid 2 Sv genoemde factoren, te weten het belang van het geschonden voorschrift, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt. Daarnaast moet rekening worden gehouden met de ernst van het feit en de daarmee samenhangende zwaarwegende belangen als de waarheidsvinding en de bestraffing van de dader van een (zeer ernstig) strafbaar feit, alsmede de rechten van slachtoffers en hun nabestaanden.

Het belang van het geschonden voorschrift betreft in de onderhavige zaak het effectief kunnen controleren van de inzet van het opsporingsmiddel en het daaruit voortkomende bewijsmateriaal, waarbij het in dit geval vooral gaat om de vraag of er geen valse bekentenis is afgelegd en verdachte vrij is geweest haar eigen procespositie te bepalen. Voor wat betreft de ernst van het verzuim neemt het hof in overweging dat het naar zijn oordeel zonder meer mogelijk was geweest de gesprekken op enigerlei wijze op te nemen. Het nadeel van verdachte zit erin dat weliswaar uit de door de SI opgestelde processen-verbaal blijkt hoe de gesprekken tussen verdachte en de SI zijn verlopen, maar dit niet auditief dan wel visueel gecontroleerd kan worden. Voor wat betreft de ernst van het feit neemt het hof in aanmerking dat het een bijzonder ernstig misdrijf betreft, te weten brandstichting in een woning ten gevolge waarvan een jong meisje om het leven is gekomen.

Het hof is van oordeel dat dit vormverzuim niet dient te leiden tot de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie. Hiervan kan slechts sprake zijn indien 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 een verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan. Daarvan is het hof niet gebleken.

De vraag die vervolgens voor ligt is of het vormverzuim dient te leiden tot bewijsuitsluiting maar het hof is van oordeel dat daarvan evenmin sprake dient te zijn. Hiervoor geldt in de eerste plaats dat de inhoud en de wijze waarop het gesprek tussen de SI en verdachte is gevoerd gecontroleerd kan worden aan de hand van de uitvoerige en gedetailleerd opgestelde processen-verbaal van de SI. In de tweede plaats geldt dat ook anders dan aan de hand van opnames de betrouwbaarheid van het proces-verbaal (waarin de verdachte over zich zelf belastende uitspraken doet) van de SI kon en kan worden getoetst. Volgens dat proces-verbaal zou verdachte immers hebben verklaard dat zij brand heeft gesticht met behulp van een graffitibus.

Tot het moment dat verdachte heeft verklaard dat ze had gespoten met een graffitibus en daar vervolgens een vlam bij had gehouden, waren er (voor anderen dan de verdachte) nog geen aanwijzingen dat de brand in de woning op die wijze was gesticht. Na deze verklaring van verdachte is het NFI deze wijze van brandstichting gaan onderzoeken en uit dit onderzoek is gebleken dat de brand ook daadwerkelijk op de door verdachte genoemde wijze gesticht kan zijn. De informatie die verdachte in haar gesprek met de SI heeft gegeven moet dan ook daderkennis zijn. In die zin is het proces-verbaal inhoudende de verklaring van verdachte tegenover de SI toch controleerbaar.

Gelet op het voorgaande is het hof in het onderhavige geval van oordeel dat, alle van belang

zijnde factoren in ogenschouw nemende, kan worden volstaan met de vaststelling dat sprake is van een onherstelbaar vormverzuim en dat de tweede door verdachte op 7 maart 2017 tegenover de SI afgelegde verklaring voor het bewijs kan worden gebezigd.

De Hoge Raad overweegt dat in ECLI:NL:HR:2004:AN9195 naar aanleiding van de vraag naar de toelaatbaarheid van het stelselmatig inwinnen van informatie door een opsporingsambtenaar ingeval een verdachte van zijn vrijheid is beroofd, terwijl die opsporingsambtenaar zich onder een andere identiteit, dus zonder dat voor de verdachte kenbaar is dat hij optreedt als opsporingsambtenaar, bevindt in de omgeving van de verdachte op de plaats waar deze is ingesloten, is overwogen:

‘Mede in het licht van de wetsgeschiedenis biedt art. 126j Sv een voldoende duidelijke en voorzienbare wettelijke grondslag als bedoeld in art. 8 EVRM voor het stelselmatig inwinnen van informatie waarbij een opsporingsambtenaar, zonder dat kenbaar is dat hij als zodanig optreedt, onder een andere identiteit in de omgeving van de verdachte verkeert en, met schending van diens vertrouwen, met de verdachte in contact komt.

Uit de ontstaansgeschiedenis van die bepaling en van de titel waarin zij is opgenomen volgt dat daaronder ook is begrepen het inwinnen van informatie door contacten met de verdachte zelf, terwijl tekst noch geschiedenis van die bepaling steun biedt aan de opvatting dat een dergelijk inwinnen van informatie op voorhand is uitgesloten ten aanzien van een verdachte die zich in voorlopige hechtenis bevindt.

Het vorenoverwogene neemt niet weg dat toepassing van artikel 126j Sv ten aanzien van een voorlopig gehechte verdachte licht het gevaar in zich bergt dat de verdachte op zodanige wijze feitelijk komt te verkeren in een verhoorsituatie waarbij de waarborgen van een formeel verhoor door een politiefunctaris ontbreken, dat aldus verklaringen worden verkregen die in strijd met de in art. 29, eerste lid, Sv tot uitdrukking gebrachte en in art. 6, eerste lid, EVRM besloten liggende verklaringsvrijheid van de verdachte zijn afgelegd. Gelet daarop zal vooreerst bij de toetsing van een zodanige toepassing van art. 126j Sv aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit uitgangspunt moeten zijn dat die toepassing eerst in aanmerking komt als de bijzondere ernst van het misdrijf zulks rechtvaardigt en andere wijzen van opsporing redelijkerwijs niet voorhanden zijn.

Indien aan voornoemd uitgangspunt is voldaan, kan de rechter voor de vraag komen te staan of informatie van de verdachte niet in strijd met voormelde bepalingen is verkregen. De beantwoording van die vraag hangt af van de concrete omstandigheden van het geval. Daarbij komt onder meer betekenis toe aan de proceshouding die de verdachte met betrekking tot de strafbare feiten waarvan hij wordt verdacht heeft ingenomen en hetgeen zich in het

voorbereidend onderzoek voor en gedurende de periode waarin de informant optreedt heeft afgespeeld, de aard en intensiteit van de door de informant ondernomen activiteiten jegens de verdachte, de mate van druk die daarvan jegens de verdachte kan zijn uitgegaan en de mate waarin de handelingen en gedragingen van de informant tot de desbetreffende verklaringen van de verdachte hebben geleid (vgl. ECLI:CE:ECHR:2013:0712JUD002542409 (Allan t. VK).

Zowel in het geval dat de rechter bevindt dat de hier bedoelde toepassing van art. 126j Sv niet strookt met de daaraan op grond van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit te stellen eisen, als in het geval dat de rechter bevindt dat die toepassing wel aan die eisen voldoet, maar tot het oordeel komt dat de verklaringen van de verdachte in strijd met zijn verklaringsvrijheid zijn afgelegd, past daarop in de regel slechts uitsluiting van het bewijs van die verklaringen.'

De Hoge Raad overweegt dat voor de beoordeling of de verklaringen van de verdachte in strijd met zijn verklaringsvrijheid zijn afgelegd, tevens de persoon van de verdachte van belang kan zijn, bijvoorbeeld als het (kennelijk) gaat om een zogenoemd kwetsbare verdachte als bedoeld in artikel 28b lid 1 Sv, dat wil zeggen: een jeugdige verdachte of een verdachte met een psychische stoornis of een verstandelijke beperking. De persoon van de verdachte kan in het bijzonder van belang zijn bij de beoordeling van de mate van druk die van de door een niet als zodanig kenbare opsporingsambtenaar ondernomen activiteiten jegens de verdachte kan zijn uitgegaan, en de mate waarin de handelingen en gedragingen van de opsporingsambtenaar tot de betreffende verklaringen van de verdachte hebben geleid.

De Hoge Raad overweegt dat de verdachte vanwege psychische problematiek aangemerkt is als kwetsbare verdachte. Zij werd bij haar voorgeleiding en ook later die dag tijdens het reguliere politieverhoor bijgestaan door haar advocaat. Er vond een audiovisuele registratie plaats van het verhoor en het verhoor werd gevolgd door een recherchepsycholoog. Tijdens de voorgeleiding en het daaropvolgende politieverhoor heeft de verdachte aangegeven gebruik te willen maken van haar zwijgrecht.

Het politieverhoor werd na ruim twee uur onderbroken voor een pauze om 19.20 uur en de verdachte werd om 19.55 uur naar de luchtplaats gebracht. Daar verbleef zij gedurende 30 minuten samen met de niet als zodanig kenbare opsporingsambtenaar (de 'SI'). Deze vroeg de verdachte waarom zij op het politiebureau was. De verdachte die in de veronderstelling verkeerde dat zij met een mede-arrestant sprak, zei dat zij daar voor brandstichting en vernieling was en noemde later dat bij de brandstichting waarvan zij werd verdacht haar zusje om het leven was gekomen. Vervolgens vroeg de opsporingsambtenaar onder meer hoe het was gegaan, waar ze had gestaan en hoe de brand was ontstaan, waarbij de opsporingsambtenaar ook herhaaldelijk om verduidelijking van de gegeven antwoorden vroeg.

De verdachte beantwoordde die vragen, waarbij zij onder meer zei ‘gewoon, in brand gestoken’, waarbij zij met haar hand een gebaar maakte van het aandoen van een aansteker en met de andere hand alsof zij iets in haar hand had, en – na verdere vragen van de opsporingsambtenaar – ook zei dat ze met een graffitibus had gespoten en vervolgens de vlam had bijgehouden, waardoor de woning in brand was gegaan. De verdachte vermeldde ook dat zij in het politieverhoor gebruik zou maken van haar zwijgrecht, waarop zij nadien ook daadwerkelijk opnieuw een beroep deed.

De Hoge Raad oordeelt dat, gelet op deze vaststellingen het oordeel van het hof dat ‘niet zodanig inbreuk is gemaakt op de verklaringenvrijheid van verdachte dat in strijd is gehandeld met artikel 29 Sv en artikel 6 EVRM’ niet zonder meer begrijpelijk is. Uit deze vaststellingen volgt immers dat de als kwetsbaar aangemerkte verdachte bij herhaling een beroep op haar zwijgrecht heeft gedaan, dat zij tijdens een onderbreking van – en dus direct volgend op – het politieverhoor is bevraagd door een niet als zodanig kenbare opsporingsambtenaar, terwijl op dat moment de waarborgen ontbraken die in verband met haar kwetsbaarheid bij het politieverhoor waren getroffen (bestaande in de aanwezigheid van een advocaat, de audiovisuele registratie en het volgen van het verhoor door een recherchepsycholoog), en dat de opsporingsambtenaar opeenvolgende vragen heeft gesteld over de betrokkenheid van de verdachte bij de ten laste gelegde brandstichting en over de wijze waarop dat feit is begaan. Daarbij heeft het hof onvoldoende blijkt ervan gegeven de persoon van de verdachte te hebben betrokken bij in het bijzonder de beoordeling van de mate van druk die van de door de niet als zodanig kenbare opsporingsambtenaar ondernomen activiteiten jegens de verdachte kan zijn uitgegaan en de mate waarin de handelingen en gedragingen van de opsporingsambtenaar tot de betreffende verklaringen van de verdachte hebben geleid. De overweging van het hof dat de verdachte, toen zij de camera’s op de luchtplaats in de gaten kreeg, ging ontkennen en bleef ontkennen en dat daarom ‘de verdachte – ondanks het feit dat het een kwetsbare verdachte betrof en zij in voorarrest zat – in staat was haar wil te bepalen, overeenkomstig die wil te verklaren en zich niet liet beïnvloeden door de SI’, doet daaraan niet af.