

Bewijsuitsluiting, een uitgesloten zaak?

'Een onderzoek naar de mogelijkheden om bewijsverweren met een verzoek tot bewijsuitsluiting beter te kunnen onderbouwen, zodat de kans van slagen van een dergelijk verweer groter zal zijn.'

Auteur: Iris van Wuijckhuijse
Studentnummer Avans: 2069543
Studentnummer Fontys: 2207167

Afstudeerorganisatie: Loevendie Neijndorff Advocaten
Afstudeerperiode: 8 februari 2016 tot 14 mei 2016
Afstudeermentor: mr. R.W.J.H.A. Neijndorff

Onderwijsinstelling: Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Opleiding: HBO-Rechten
Eerste afstudeerdocente: mr. A.L. de Boer
Tweede afstudeerdocent: mr. C.P. de Jong

Dordrecht, mei 2016

Bewijsuitsluiting, een uitgesloten zaak?

‘Een onderzoek naar de mogelijkheden om bewijsverweren met een verzoek tot bewijsuitsluiting beter te kunnen onderbouwen, zodat de kans van slagen van een dergelijk verweer groter zal zijn.’

Auteur: Iris van Wuijckhuijse
Studentnummer Avans: 2069543
Studentnummer Fontys: 2207167

Afstudeerorganisatie: Loevendie Neijndorff Advocaten
Afstudeerperiode: 8 februari 2016 tot 14 mei 2016
Afstudeermentor: mr. R.W.J.H.A. Neijndorff

Onderwijsinstelling: Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Opleiding: HBO-Rechten
Eerste afstudeerdocente: mr. A.L. de Boer
Tweede afstudeerdocent: mr. C.P. de Jong

Dordrecht, mei 2016

Voorwoord

Voor u ligt de scriptie die ik in het kader van mijn opleiding HBO-Rechten aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys heb geschreven. Ik heb onderzoek gedaan naar bewijsverweren waarin een verzoek wordt gedaan om bewijsuitsluiting en de mogelijkheden die er zijn om dit soort verweren beter te kunnen onderbouwen, zodat de kans van slagen van een dergelijk verweer groter zal zijn. De afstudeerstage heb ik doorlopen bij het advocatenkantoor Loevendie Neijndorff Advocaten. Mijn afstudeermentor, mr. R.W.J.H.A. Neijndorff, heeft het onderwerp van mijn scriptie aangedragen.

Hierbij wil ik nog graag een aantal personen bedanken, die mij hebben begeleid tijdens de afstudeerperiode. Allereerst mijn afstudeermentor, mr. R.W.J.H.A. Neijndorff, voor het onderwerp van mijn scriptie en de prettige en leerzame stageperiode. Daarnaast ben ik ook mijn afstudeerdocente mr. A.L. de Boer dankbaar voor de feedback die ik heb gekregen op mijn scriptie en de begeleiding tijdens de afstudeerperiode. Verder gaat mijn dank uit naar mr. S.D. Adjiembaks en dr. L.J. Edelman voor de gegeven workshop interviewtechnieken, waar ik aan heb deelgenomen en veel heb gehad bij de interviews die ik in het kader van mijn onderzoek heb afgenomen. Tevens wil ik de personen bedanken die bereid waren om mee te werken aan het interview. Daarnaast ben ik ook mijn klasgenoot R.E. de Reus dankbaar voor het doorlezen van mijn scriptie en de nuttige tips die ze heeft gegeven in het kader van mijn scriptie. Tot slot wil ik ook graag mijn (groot)ouders bedanken die mij hebben gesteund tijdens de stressvolle periode en voor het doorlezen van mijn scriptie.

Iris van Wuijckhuijse

Dordrecht, mei 2016

Inhoudsopgave

Samenvatting

Lijst van gebruikte afkortingen

Hoofdstuk 1 Inleiding	9
§1.1 De organisatie	9
§1.2 Aanleiding c.q. probleembeschrijving.....	9
§1.3 De centrale vraag	10
§1.4 Doelstelling.....	10
§1.5 Methode van onderzoek	10
§1.6 Verantwoording	11
§1.7 Leeswijzer	12
 Hoofdstuk 2 Het juridisch kader	 13
§2.1 Het begrip vormverzuim.....	13
§2.2 Totstandkoming artikel 359a Sv.....	13
§2.3 Artikel 359a Sv	14
§2.3.1 Toepassingsbereik.....	14
§2.3.2 Factoren (artikel 359a lid 2 Sv)	15
§2.3.3 Rechtsgevolgen	16
§2.3.3.1 Strafvermindering.....	16
§2.3.3.2 Bewijsuitsluiting.....	17
§2.3.3.3 Niet-ontvankelijkheid OM	18
§2.4 Tussenconclusie.....	19
 Hoofdstuk 3 Het Examen-arrest.....	 20
§3.1 Essentie Examen-arrest	20
§3.1.1 Aanvullende condities.....	21
§3.2 Gevolgen.....	23
§3.3 Tussenconclusie.....	25
 Hoofdstuk 4 Het dossieronderzoek	 27
§4.1 De heer L.	27
§4.2 De heer C.	28
§4.3 De heer Z.	30
§4.4 Tussenconclusie	31

Hoofdstuk 5 Ervaringen uit de praktijk.....	33
§5.1 Strafrechtadvocaten	33
§5.2 Strafrechters	36
§5.3 Tussenconclusie	38
 Hoofdstuk 6 De knelpunten en verbetermogelijkheden	40
§6.1 Knelpunten als gevolg van het Examen-arrest.....	40
§6.1.1 Voldoen aan (te) strenge eisen	40
§6.1.1.1 Verbetermogelijkheden	40
§6.1.2 Aantonen structureel karakter	40
§6.1.2.1 Verbetermogelijkheden	41
§6.1.3 Terughoudendheid strafrechters	41
§6.1.3.1 Verbetermogelijkheden	41
§6.1.4 Onvoldoende kennis	42
§6.1.4.1 Verbetermogelijkheden	42
§6.2 Overige knelpunten	42
§6.2.1 Verwerpen bewijsverweer.....	42
§6.2.1.1 Verbetermogelijkheden	43
§6.3 Tussenconclusie.....	43
 Hoofdstuk 7 Conclusies en aanbevelingen	45
§7.1 Conclusies.....	45
§7.2 Aanbevelingen.....	47
 Bronnenlijst	49

Bijlagen

Bijlage I	Certificaat workshop interviewtechnieken
Bijlage II	Gespreksleidraad strafrechtadvocaten
Bijlage III	Gespreksleidraad strafrechters
Bijlage IV	Interview mr. Jansen
Bijlage V	Interview mr. Boekhoud
Bijlage VI	Interview mr. Bos
Bijlage VII	Interview mr. Bonis
Bijlage VIII	Interview mr. Smit
Bijlage IX	Interview mr. Putters
Bijlage X	Interview mr. Wouters
Bijlage XI	Interview mr. Veenstra

Samenvatting

In artikel 359a Sv staan drie sancties vermeld die kunnen volgen op een vormverzuim. Dit zijn de sancties niet-ontvankelijkheid van het OM, bewijsuitsluiting en strafvermindering. In deze scriptie wordt aandacht besteed aan de sanctie bewijsuitsluiting. In de loop der jaren is de toepassing van deze sanctie namelijk flink beperkt. Hierdoor komt het in de praktijk wel eens voor dat een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting niet wordt gehonoreerd door de strafrechter. Er zal dan ook in het kader van deze scriptie worden onderzocht wanneer een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting kans van slagen heeft. De centrale vraag van deze scriptie luidt: op welke onderdelen kan de inrichting van een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting, gelet op de aangescherpte eisen, na constatering van een vormverzuim, worden verbeterd dan wel aangepast, zodat de kans van slagen van een dergelijk verweer groter zal zijn?

In artikel 359a lid 2 Sv staat een aantal factoren vermeld waar de strafrechter rekening mee dient te houden bij het bepalen of een sanctie dient te worden toegepast. Deze factoren zijn ook van belang voor de advocatuur bij de inrichting van een bewijsverweer. Wanneer deze factoren niet worden betrokken in het verweer is de strafrechter niet gehouden om op het verweer te reageren. In het Afvoerpijparrest staat vermeld dat bewijsuitsluiting kan worden toegepast indien door het onrechtmatig verkregen bewijs een belangrijk strafvorderlijk voorschrift in aanzienlijke mate is geschonden. De Hoge Raad heeft de categorie 'belangrijk voorschrift' beperkt door aan te geven dat een schending van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer ingevolge artikel 8 EVRM niet zonder meer hoeft te leiden tot een inbreuk op het recht op een eerlijk proces op grond van artikel 6 EVRM. De toepassing van bewijsuitsluiting is dan ook beperkt en lijkt alleen van toepassing te zijn in de situatie waarin het vormverzuim een schending van artikel 6 EVRM inhoudt. Naar aanleiding van het arrest d.d. 19 februari 2013 (Examen-arrest) is gebleken dat bewijsuitsluiting slechts kan worden toegepast indien door het verzuim artikel 6 EVRM wordt geschonden, een ander belangrijk strafvorderlijk voorschrift wordt geschonden of het vormverzuim een structureel karakter heeft.

Doordat de toepassing van bewijsuitsluiting is beperkt, is in de praktijk een aantal knelpunten ontstaan. Door het afnemen van interviews met strafrechtadvocaten is gebleken dat een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting in de praktijk nauwelijks meer wordt aangenomen. Dit is ook naar voren gekomen tijdens het dossieronderzoek. Verweren konden vaak worden verworpen, omdat het vormverzuim niet ernstig genoeg was dan wel omdat simpelweg geen sprake was van een vormverzuim. Daarnaast blijken strafrechters zich terughoudend op te stellen. Verder gaf een aantal strafrechtadvocaten tijdens de interviews aan dat het lastig is om het structurele karakter van een vormverzuim aan te tonen. Het laatste belangrijke knelpunt is dat sommige strafrechters dan wel strafrechtadvocaten onvoldoende kennis hebben inzake het Examen-arrest. Met cursussen kan een aantal knelpunten worden weggenomen.

Het is het advocatenkantoor Loevendie Neijndorff Advocaten aan te bevelen om de factoren, genoemd in artikel 359a lid 2 Sv, en één van de situaties uit het Examen-arrest te betrekken in het verweer. De strafrechter is dan gehouden om op het verweer te reageren. De kans van slagen van een verweer is dan ook groter te achten. Daarnaast verdient het aanbeveling om bewijsverweren alleen te voeren wanneer sprake is van een ernstig vormverzuim. Ten aanzien van de situatie 'structureel karakter' kan worden aanbevolen om een databank aan te leggen. Hieruit kan blijken welke vormverzuimen structureel worden geschonden, zodat ook deze situatie door de advocatuur kan worden gebruikt. Ondanks de beperkte toepassing van bewijsuitsluiting is het wel van belang om een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting te blijven voeren, aangezien dit soort verweren in de lagere rechtspraak nog wel eens worden gehonoreerd.

Lijst van gebruikte afkortingen

A-G	Advocaat-Generaal
Awbi	Algemene wet op het binnentreden
Commissie-Moons	Commissie herijking Wetboek van Strafvordering
DD	Delikt en Delinkwent
m.nt.	met noot
mr.	meester
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
OM	Openbaar Ministerie
p.	pagina
P-G	Procureur-Generaal
R-C	rechter-commissaris
Sv	Wetboek van Strafvordering
Wet vormverzuimen	Wijziging van het Wetboek van Strafvordering

Hoofdstuk 1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal allereerst de organisatie worden besproken. Daarna zal worden ingegaan op het probleem waar de organisatie mee kampt. Vervolgens zullen de centrale vraag, de doelstelling, de methode van onderzoek en de verantwoording worden besproken. Tot slot is de leeswijzer in dit hoofdstuk opgenomen.

§1.1 De organisatie

Het advocatenkantoor Loevendie Neijndorff Advocaten bestaat uit twee advocaten; mr. J.M.A. Loevendie en mr. R.W.J.H.A. Neijndorff. Mr. Loevendie is werkzaam op het kantoor te Breda en mr. Neijndorff is werkzaam op het kantoor te Dordrecht. Het advocatenkantoor heeft bewust gekozen voor specialisatie in het strafrecht en het arbeidsrecht, zodat de dienstverlening ten behoeve van de cliënt kwalitatief hoogwaardig is.¹ Het advocatenkantoor houdt zich voornamelijk bezig met het verlenen van rechtsbijstand op het gebied van strafrecht. De advocaten voeren alle werkzaamheden zelf uit, aangezien zij geen secretariaat hebben. De scriptie wordt geschreven voor het Advocatenkantoor Loevendie Neijndorff Advocaten.

§1.2 Aanleiding c.q. probleembeschrijving

Op 2 november 1996 is artikel 359a van het Wetboek van Strafvordering (hierna Sv) in werking getreden. In dit artikel staan de sancties vermeld die kunnen volgen op een vormverzuim. Dit betreffen de volgende sancties: strafvermindering, bewijsuitsluiting of niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. Daarnaast is het mogelijk om enkel een vormverzuim vast te stellen zonder hieraan een rechtsgevolg te verbinden.

Het sanctioneren van vormverzuimen in het vooronderzoek dient er toe te voorkomen dat de overheid niet profiteert van de schending van vormvoorschriften en dat politie en justitie worden gestimuleerd zich aan de regels te houden.² Daarnaast wordt door het sanctioneren van vormverzuimen het recht op een eerlijk proces van de verdachte ingevolge artikel 6 EVRM gewaarborgd.

De Hoge Raad heeft in het Afvoerpijparrest³ beperkingen gesteld aan de toepassing van artikel 359a Sv. Tevens zijn in dit arrest criteria geformuleerd voor de toepassing van de bovenstaande sancties. Het arrest van 19 februari 2013⁴ vormt een belangrijke aanvulling op het Afvoerpijparrest. In dit arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat er in het strafproces nog slechts in uitzonderlijke gevallen plaats is voor bewijsuitsluiting.⁵ De Hoge Raad heeft hierdoor de toepassing van bewijsuitsluiting beperkt. Het gevolg hiervan kan zijn dat opsporingsambtenaren een vormverzuim op de koop toe nemen.⁶

In de praktijk is gebleken dat bewijsuitsluiting niet snel door de strafrechter wordt aangenomen. Het probleem is dus dat wanneer bijvoorbeeld grove fouten zijn gemaakt door de politie in het voorbereidend onderzoek, de strafrechter niet snel zal overgaan tot het uitsluiten van bewijs. Binnen het advocatenkantoor, Loevendie Neijndorff Advocaten, speelt dit probleem zich ook af, aangezien het voorkomt dat een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting niet wordt gehonoreerd.

¹ 'Kantoor', Loevendie Neijndorff Advocaten, www.ln-advocaten.nl. Laatst geraadpleegd: 24 februari 2016.

² G.K. Schoep, 'Commentaar op artikel 359a Sv', in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Strafvordering*, Deventer: Kluwer 2015, aant. 1 (ook online; laatst bijgewerkt op 1 juli 2015).

³ HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004, 376, m.nt. Y. Buruma.

⁴ HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321.

⁵ R. Malewicz, 'Strafpleiters opgelet', *Adv.bl.* 2015-1, p. 3.

⁶ I. Appel, 'Vormverzuimen op hun retour', *De Koning Vergouwen Advocaten* 10 augustus 2011, www.dekoningvergouwen.nl.

Het is dan ook van belang om te onderzoeken wanneer bij een bewijsverweer een succesvol verzoek tot bewijsuitsluiting te verwachten is en dus een strafrechter het verzoek honoreert.

§1.3 De centrale vraag

De centrale vraag van dit onderzoeksrapport luidt als volgt: op welke onderdelen kan de inrichting van een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting, gelet op de aangescherpte eisen, na constatering van een vormverzuim, worden verbeterd dan wel aangepast, zodat de kans van slagen van een dergelijk verweer groter zal zijn? De centrale vraag zal worden beantwoord met behulp van de onderstaande deelvragen. De antwoorden op de deelvragen zullen een antwoord vormen op de centrale vraag.

Deelvraag 1: Welk juridisch kader is van belang voor het advocatenkantoor Loevendie Neijndorff Advocaten om een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting, na constatering van een vormverzuim, beter te kunnen onderbouwen?

Deelvraag 2: Wat zijn de gevolgen van het arrest d.d. 19 februari 2013 (Examen-arrest) voor het advocatenkantoor Loevendie Neijndorff Advocaten voor de inrichting van een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting?

Deelvraag 3: Op welke wijze worden bewijsverweren met een verzoek tot bewijsuitsluiting op dit moment voorbereid/behandeld binnen het advocatenkantoor Loevendie Neijndorff Advocaten?

Deelvraag 4: Hoe onderbouwen andere strafrechtadvocaten dit soort verweren waarin een verzoek wordt gedaan om bewijsuitsluiting en hoe gaan strafrechters in de praktijk om met dit soort verweren?

Deelvraag 5: Wat zijn de knelpunten binnen de praktijk en welke verschillende verbetervarianten zijn mogelijk bij de inrichting van een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting?

§1.4 Doelstelling

De doelstelling is om op 30 mei 2016 een onderzoeksrapport te overhandigen aan het advocatenkantoor Loevendie Neijndorff Advocaten met daarin zowel juridische als praktische aanbevelingen met betrekking tot de mogelijkheden om een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting op grond van artikel 359a Sv beter te kunnen inrichten.

§1.5 Methode van onderzoek

In dit onderzoeksrapport zal onderzoek worden gedaan naar zowel het recht als naar de praktijk.

Om deelvraag één en twee te kunnen beantwoorden, wordt onderzoek gedaan naar het recht. Het is van belang om dit onderzoek te doen, omdat beide deelvragen toezien op het juridisch kader.

Ter beantwoording van deelvraag één wordt artikel 359a Sv en de daarbij behorende relevante jurisprudentie besproken. Artikel 359a Sv zal een belangrijke plaats innemen in dit onderzoek, aangezien hierin onder meer de sancties die kunnen volgen op vormverzuimen worden genoemd. Door dit artikel te bespreken komt duidelijk in beeld wat de wet regelt omtrent de sanctionering van vormverzuimen, in het bijzonder bewijsuitsluiting. Daarnaast is het ook van belang om naar jurisprudentie te kijken, aangezien artikel 359a Sv verder is uitgewerkt in diverse arresten. Ook is het van belang om de literatuur te raadplegen. Er is namelijk al veel geschreven en uitleg gegeven over artikel 359a Sv.

Ten aanzien van deelvraag twee wordt het Examen-arrest uitgebreid besproken, omdat in dit arrest aanvullende condities zijn geformuleerd met betrekking tot bewijsuitsluiting. Bij deelvraag één en twee zal de methode inhoudsanalyse worden toegepast, omdat gebruik wordt gemaakt van bestaand materiaal. Ter beantwoording van deelvraag één en twee wordt namelijk verschillende literatuur, arresten en de wet (in het bijzonder artikel 359a Sv) geraadpleegd.

Nadat het juridisch kader is uitgewerkt, zal bij deelvraag drie en vier onderzoek naar de praktijk worden gedaan.

Om deelvraag drie te kunnen beantwoorden, wordt een dossieronderzoek gedaan.

Wanneer de dossiers zijn geanalyseerd, kan uiteengezet worden hoe een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting op dit moment wordt voorbereid en behandeld door het advocatenkantoor.

In het kader van deelvraag vier worden verschillende strafrechtadvocaten en strafrechters geïnterviewd door middel van half gestructureerde interviews. Er is namelijk een aantal vragen die zullen worden gesteld aan de geïnterviewde, maar voor de geïnterviewde is ook ruimte voor zijn eigen inbreng. De informatie die daadwerkelijk bruikbaar is, zal worden gebruikt ter beantwoording van deze deelvragen. Bij deze deelvragen wordt dan ook gebruik gemaakt van de methode inhoudsanalyse.

Door zowel onderzoek te doen naar het recht als naar de praktijk, kan het probleem duidelijk in kaart worden gebracht. Hierdoor kunnen de knelpunten worden geschetst en kan tevens worden gezocht naar mogelijke oplossingen om bewijsverweren met een verzoek tot bewijsuitsluiting beter te kunnen inrichten. Bij deelvraag vijf zal gebruik worden gemaakt van de methode inhoudsanalyse, aangezien bestaand materiaal wordt gebruikt. De informatie die is uitgewerkt in de vorige deelvragen, zal namelijk worden gebruikt ter beantwoording van deze laatste deelvraag.

§1.6 Verantwoording

In deelvraag één en twee worden verschillende arresten besproken, aangezien in deze arresten de rechtsgevolgen van vormverzuimen (in het bijzonder bewijsuitsluiting) verder zijn uitgewerkt en gemotiveerd. Sommige arresten die worden gebruikt zijn al een lange tijd geleden gewezen. Desondanks zijn deze arresten tot op heden nog steeds van belang. De literatuur die is gebruikt in dit onderzoek, is zeer recent en geschreven door vakdeskundigen. Aangezien het recht constant in beweging is, is het van belang om literatuur met de meest recente druk te raadplegen om zo de betrouwbaarheid te garanderen.

Ter beantwoording van deelvraag drie worden drie strafdossiers geraadpleegd, zodat kan worden bekeken hoe een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting op dit moment wordt voorbereid en behandeld binnen het advocatenkantoor Loevendie Neijndorff Advocaten. Er zullen alleen dossiers worden geraadpleegd waarin een vormverzuim is geconstateerd en door de advocaat een verzoek wordt gedaan om bewijsuitsluiting.

Om deelvraag vier te kunnen beantwoorden, worden verschillende strafrechtadvocaten en strafrechters geïnterviewd, omdat zij kunnen worden gezien als betrouwbaar voor dit onderzoek. Deze personen hebben wellicht bij de bestudering van strafzaken wel eens te maken met de constatering van een vormverzuim, die tijdens het voorbereidend onderzoek is begaan. Er zijn in het kader van het onderzoek vijf strafrechtadvocaten geïnterviewd. Door meerdere strafrechtadvocaten te interviewen, kan een duidelijk beeld geschetst worden hoe andere strafrechtadvocaten omgaan met bewijsverweren met een verzoek tot bewijsuitsluiting. Er is bewust gekozen om de interviews af te nemen bij de advocaten op kantoor, zodat het interview persoonlijker is.

De interviews zijn allereerst intern betrouwbaar. Er is namelijk een workshop interviewtechnieken gevolgd⁷ om een goede structuur te kunnen geven aan een interview. Daarnaast zijn de interviews opgenomen, zodat de interviews opnieuw beluisterd konden worden. Tevens zijn de interviews extern betrouwbaar, omdat de interviews zijn afgenomen naar aanleiding van de gespreksleidraad.⁸ Het bovenstaande geldt ook voor de afgenomen interviews met de drie strafrechters.⁹

In deelvraag vijf worden de knelpunten, alsmede de verschillende verbetermogelijkheden met betrekking tot de inrichting van een bewijsverweer op een rij gezet. Op deze manier kan worden bekeken welke mogelijkheden er zijn om een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting beter te kunnen inrichten. De vorige vier deelvragen zullen bij deze deelvraag worden geraadpleegd, omdat daarin het juridisch kader is beschreven en het praktijkonderzoek is gedaan. Naar aanleiding hiervan kunnen de knelpunten worden geschetst. Tevens kan hierdoor worden bekeken welke verbetermogelijkheden kunnen worden gerealiseerd.

§1.7 Leeswijzer

De vijf deelvragen zullen allemaal in een apart hoofdstuk worden behandeld.

In hoofdstuk twee wordt ingegaan op het relevante juridische kader.

In hoofdstuk drie wordt het juridisch kader verder geschetst door (de gevolgen van) het arrest d.d. 19 februari 2013 te bespreken.

De verschillende strafdossiers die zijn geraadpleegd, komen aan bod in hoofdstuk vier.

De bruikbare informatie die zal voortkomen uit de interviews met een aantal strafrechtadvocaten en strafrechters is te vinden in hoofdstuk vijf.

In hoofdstuk zes zullen de knelpunten worden besproken die in de praktijk zijn ontstaan als het aankomt op (de inrichting van) een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting. Tevens zullen in dit hoofdstuk de verbetermogelijkheden worden besproken die eventueel kunnen worden gerealiseerd om een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting beter te kunnen inrichten.

In het laatste hoofdstuk zullen conclusies worden getrokken en worden er aanbevelingen gedaan aan het advocatenkantoor Loevendie Neijndorff Advocaten.

⁷ Zie bijlage I: Certificaat workshop interviewtechnieken.

⁸ Zie bijlage II: Gespreksleidraad strafrechtadvocaten.

⁹ Zie bijlage III: Gespreksleidraad strafrechters.

Hoofdstuk 2 Het juridisch kader

In dit hoofdstuk zal het juridisch kader worden geschetst. Allereerst zal het begrip vormverzuim worden uitgelegd. Daarna zal artikel 359a Sv worden besproken met een aantal arresten.

§2.1 Het begrip vormverzuim

In artikel 359a Sv wordt gesproken over vormverzuimen. Het is dan ook van belang om te bekijken wat onder het begrip vormverzuim dient te worden verstaan. Onder vormverzuim wordt verstaan: het niet naleven van strafprocesrechtelijke geschreven en ongeschreven vormvoorschriften.¹⁰ In het Wetboek van Strafvordering zijn verschillende soorten vormvoorschriften opgenomen. Allereerst zijn er vormvoorschriften waar politie en justitie zich aan dienen te houden. Deze vormvoorschriften stellen vaak voorwaarden aan de uitoefening van dwangmiddelen. Daarnaast kent het Wetboek van Strafvordering voorschriften ter bescherming van de rechten van de verdachte en de rechten van andere procesdeelnemers.¹¹ Hierbij valt te denken aan de cautie. Hiermee wordt bedoeld dat aan de verdachte -voor het verhoor- moet worden medegedeeld dat hij niet verplicht is tot antwoorden (artikel 29 lid 2 Sv). Het verzuim de cautie ingevolge artikel 29 Sv te geven is een vormverzuim op grond van artikel 359a Sv.¹²

§2.2 Totstandkoming artikel 359a Sv

Het Wetboek van Strafvordering trad in 1926 in werking. In artikel 1 Sv staat beschreven dat strafvordering alleen plaats heeft op de wijze bij de wet voorzien. Dat heeft er lange tijd aan in de weg gestaan dat in het strafproces rechtsgevolgen werden verbonden aan onrechtmatig handelen buiten de gevallen waarin de wet dit regelde.¹³ In de loop der jaren is hier steeds meer kritiek op gekomen. Onder meer werd in de conclusie van P-G Langemeijer bij het Bloedproef II-arrest¹⁴ kritiek geuit. In het arrest ging het om het afnemen van bloed van een verdachte zonder dat hij hiervoor toestemming had gegeven. Een verplichting om mee te werken aan het afnemen van bloed was toentertijd nog niet in de wet opgenomen. Doordat de verdachte geen toestemming had gegeven, was de bloedafname onrechtmatig. Hierdoor oordeelde het Hof dat het opgemaakte rapport gebaseerd op het bloedonderzoek moest worden uitgesloten van het bewijs. In de conclusie gaf P-G Langemeijer aan dat 'een wettelijke regeling omtrent bewijsuitsluiting sympathiek zou zijn uit een oogpunt van fairheid en waardigheid bij het optreden van organen der rechtsorde'. Volgens Langemeijer kon een dergelijk stelsel niet in de wet gelezen worden.¹⁵

De Hoge Raad oordeelde dat het opgemaakte rapport niet kon meewerken tot het bewijs, aangezien het bloed niet op een rechtmatige wijze was verkregen. Het was volgens de Hoge Raad onverenigbaar met de strekking van het Wetboek van Strafvordering, in het bijzonder met de daarin aan de verdachte toegekende waarborgen, indien het rapport mee zou werken tot het bewijs.¹⁶ Met deze uitspraak verbond de Hoge Raad voor het eerst de sanctie bewijsuitsluiting aan onrechtmatig handelen, terwijl voor deze sanctie feitelijk geen wettelijke basis bestond.¹⁷

¹⁰ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 705, 3 p. 25.

¹¹ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 705, 3 p. 2.

¹² HR 16 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5706.

¹³ B.F. Keulen & G. Knigge, *'Strafprocesrecht'*, Deventer: Kluwer 2010, p. 519.

¹⁴ HR 26 juni 1962, NJ 1962, 470.

¹⁵ HR 26 juni 1962, NJ 1962, 470.

¹⁶ HR 26 juni 1962, NJ 1962, 470.

¹⁷ B.F. Keulen & G. Knigge, *'Strafprocesrecht'*, Deventer: Kluwer 2010, p. 519.

Na het gewezen Bloedproef II-arrest kwam in 1978 het Erwtenspistool-arrest.¹⁸ In dit arrest ging het om een huiszoeking waarbij verschillende goederen in beslag werden genomen. Volgens de raadsman heeft de huiszoeking zonder toestemming van de verdachte dan wel zonder machtiging plaats gehad. Hierdoor waren de goederen op onrechtmatige wijze verkregen en konden deze goederen niet tot het bewijs meewerken, aldus de raadsman. Het Hof had op dit verweer niet beslist. De Hoge Raad oordeelde als volgt: nu het Hof niet heeft gereageerd op het bovenstaande verweer is de mogelijkheid opengebleven dat onrechtmatig verkregen materiaal is gebruikt dat onder omstandigheden kan meebrengen dat het niet zou mogen meewerken aan het bewijs.¹⁹ In bovengenoemde uitspraak werd door de Hoge Raad erkend dat het mogelijk is om onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal uit te sluiten.²⁰

De Hoge Raad ging echter ook aan ander onrechtmatig handelen (zoals het niet berechten binnen een redelijk termijn) buitenwettelijke rechtsgevolgen verbinden.²¹ Dit leidde ertoe dat er eind jaren tachtig drie sancties konden worden verbonden aan onrechtmatig handelen. Dit betroffen de sancties strafvermindering, bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkheid van het OM. Er kwam steeds meer behoefte om deze sancties in de wet vast te leggen. In 1988 werd de Commissie herijking Wetboek van Strafvordering (hierna Commissie-Moons) ingesteld. Naar aanleiding hiervan werd het rapport 'Recht in vorm' uitgebracht waarin de conclusie werd getrokken dat het tijd werd voor een codificatie van de in de rechtspraak ontwikkelde sancties op vormverzuimen. De Commissie-Moons achtte het niet goed verenigbaar met het legaliteitsbeginsel (artikel 1 Sv) dat de sancties niet gebaseerd zijn op de wet.²² Het legaliteitsbeginsel vergt dat de sancties van een wettelijke basis worden voorzien.²³ Mede naar aanleiding van het voorstel van de Commissie-Moons werd in het wetsvoorstel Wijziging van het Wetboek van Strafvordering (hierna Wet vormverzuimen) het artikel 359a Sv toegevoegd, waarin de sancties werden vastgelegd. De bedoeling van dit artikel was, gezien het wetsvoorstel (en het rapport 'Recht in vorm') niet om de inmiddels gegroeide praktijk inzake de toepassing van de sancties aan te passen.²⁴ Het ging slechts om de codificatie van deze sancties. De Wet vormverzuimen, waar artikel 359a Sv onderdeel van uitmaakt, trad op 2 november 1996 in werking.

§2.3 Artikel 359a Sv

Bij de invoering van artikel 359a Sv werd er voor gekozen om de strafrechter veel vrijheid te geven bij de beoordeling welke sanctie in een specifiek geval zou moeten volgen op een vormverzuim.²⁵ Het risico van deze benadering was dat dit tot ongelijkheid tussen verschillende rechtbanken zou kunnen leiden.²⁶ Dit risico werd door de Hoge Raad in het Afvoerpijparrest enigszins ingeperkt. In dit arrest werden namelijk criteria geformuleerd voor de toepassing van de in artikel 359a Sv opgenomen sancties. Het Afvoerpijparrest zal in het verdere verloop van de (sub)paragrafen als leidraad worden genomen.

§2.3.1 Toepassingsbereik

Aan de toepassing van artikel 359a Sv is een aantal beperkingen gesteld. Allereerst ziet het artikel uitsluitend toe op vormverzuimen die zijn begaan tijdens het voorbereidend onderzoek; het onderzoek dat voorafgaat aan de behandeling ter terechtzitting (artikel 132 Sv). Daarnaast moet het gaan om onherstelbare vormverzuimen.

¹⁸ HR 18 april 1978, NJ 1978, 365, m.nt. Th. W. van Veen.

¹⁹ HR 18 april 1978, NJ 1978, 365, m.nt. Th. W. van Veen.

²⁰ HR 18 april 1978, NJ 1978, 365, m.nt. Th. W. van Veen.

²¹ B.F. Keulen & G. Knigge, 'Strafprocesrecht', Deventer: Kluwer 2010, p. 520.

²² Kamerstukken II 1993/94, 23 705, 3 p. 4.

²³ Kamerstukken II 1993/94, 23 705, 3 p. 5.

²⁴ HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, NJ 2013, 308, m.nt. B.F. Keulen.

²⁵ Kamerstukken II 1993/94, 23 705, 3 p. 25.

²⁶ J.W. Fokkens, 'Recht in vorm?', DD 1993, p. 907.

Wanneer een vormverzuim is hersteld of alsnog kan worden hersteld, is dit artikel niet van toepassing. De Hoge Raad heeft het toepassingsbereik verder ingeperkt door te stellen dat artikel 359a Sv niet van toepassing is bij vormverzuimen die betrekking hebben op bevelen inzake de toepassing van vrijheidsbenemende dwangmiddelen welke kunnen worden voorgelegd aan de rechter-commissaris (hierna R-C), die krachtens de wet belast is met het toezicht op deze dwangmiddelen en die aan dergelijke verzuimen rechtsgevolgen kan verbinden ten aanzien van de voortzetting van de vrijheidsbeneming.²⁷ Het gaat dan om vormverzuimen die bij de rechtmatigheidstoets ingevolge artikel 59a lid 5 Sv dan wel bij het verzoek om invrijheidstelling aan de R-C kunnen worden voorgelegd.²⁸ Volgens de Hoge Raad is het onacceptabel wanneer bij de behandeling van de zaak ter terechtzitting opnieuw dan wel alsnog een beroep zou kunnen worden gedaan op verzuimen bij de inverzekeringstelling die aan de R-C zijn of hadden kunnen worden voorgelegd.²⁹ De Hoge Raad bepaalde verder dat het voorbereidend onderzoek in de zin van artikel 359a Sv alleen betrekking heeft op het voorbereidend onderzoek tegen de verdachte ter zake het aan hem ten laste gelegde feit. Wanneer het verzuim buiten het verband van dit voorbereidend onderzoek is begaan, is artikel 359a Sv niet van toepassing.³⁰ Tot slot bepaalt artikel 359a Sv dat de rechtsgevolgen, die kunnen worden verbonden aan een vormverzuim, niet uit de wet moeten blijken. Een voorbeeld waar een rechtsgevolg wel uit de wet blijkt, is artikel 21 lid 4 Sv.

§2.3.2 Factoren (artikel 359a lid 2 Sv)

Als de strafrechter van mening is dat er een onherstelbaar vormverzuim is begaan tijdens het voorbereidend onderzoek en het rechtsgevolg niet uit de wet blijkt, dan kan hij/zij bepalen dat hierdoor een sanctie op zijn plaats zou zijn. De strafrechter dient in zijn overweging of een sanctie dient te worden toegepast, en zo ja: welke specifieke sanctie, rekening te houden met de factoren die staan vermeld in artikel 359a lid 2 Sv. Dit betreffen de volgende factoren: het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt. Deze factoren zijn algemene gezichtspunten, dat wil zeggen gezichtspunten die niet specifiek zijn verbonden met één van de rechtsgevolgen die artikel 359a lid 1 Sv noemt.³¹

De eerste factor waar de strafrechter rekening mee dient te houden, is het belang dat het geschonden voorschrift dient. Deze factor ziet toe op de Schutznorm. Door de strafrechter wordt gezien of de verdachte door het verzuim ook werkelijk in zijn verdediging is geschaad. Het gaat hier met name om belangen die het recht op een eerlijk proces van verdachte en het beschermen van de privacy van verdachte garanderen. Wanneer het niet de verdachte is die door de niet-naleving van het voorschrift is getroffen in het belang dat de overtreden norm beoogt te beschermen, hoeft door de strafrechter ook geen rechtsgevolg te worden verbonden aan het verzuim.³² Deze norm speelt voornamelijk een rol bij bewijsuitsluiting.³³

De factor 'ernst van het verzuim' is voornamelijk van belang bij het bepalen van de sanctie. Wanneer sprake is van een zeer ernstig vormverzuim, zal een zware sanctie – zoals niet-ontvankelijkheid van het OM dan wel bewijsuitsluiting – voor de hand liggen.

²⁷ HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004, 376, m.nt. Y. Buruma (Afvoerpijparrest).

²⁸ G.J.M. Corstens & M.J. Borgers, *'Het Nederlands strafprocesrecht'*, Deventer: Kluwer 2014, p. 824.

²⁹ HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004, 376, m.nt. Y. Buruma (Afvoerpijparrest).

³⁰ HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004, 376, m.nt. Y. Buruma (Afvoerpijparrest), r.o. 3.4.2.

³¹ G.J.M. Corstens & M.J. Borgers, *'Het Nederlands strafproces'*, Deventer: Kluwer 2014, p. 826.

³² G.K. Schoep, 'Commentaar op artikel 359a Sv', in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Strafvordering*, Deventer: Kluwer 2015, aant. 3 onder c (ook online; laatst bijgewerkt op 1 juli 2015).

³³ G.K. Schoep, 'Commentaar op artikel 359a Sv', in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Strafvordering*, Deventer: Kluwer 2015, aant. 3 onder c (ook online; laatst bijgewerkt op 1 juli 2015).

Het is bij deze factor ook van belang dat wordt gekeken naar de omstandigheden waaronder het verzuim is begaan. De mate van verwijtbaarheid van het verzuim speelt hier onder meer een rol. Een onrechtmatigheid bij binnentreden door een opsporingsambtenaar behoeft bijvoorbeeld niet te leiden tot bewijsuitsluiting, indien de opsporingsambtenaar ten aanzien van de rechtmatigheid van dat binnentreden te goeder trouw was.³⁴

Daarnaast dient rekening gehouden te worden met de factor 'nadeel dat wordt veroorzaakt'. Wanneer een voorschrift wordt geschonden dat in het belang van de verdachte is geschreven, leidt dat in de regel tot nadeel voor de verdachte.³⁵ Een voorbeeld hiervan is het niet mededelen van de cautie aan de verdachte. Maar niet elke schending van een belang zal tot nadeel leiden. Volgens de Hoge Raad is het belang van de verdachte dat een strafbaar feit niet wordt ontdekt, niet een rechtens te beschermen belang.³⁶ De Hoge Raad maakt bij de factor 'nadeel dat wordt veroorzaakt' onderscheid naar het type rechtsgevolg. Bij de toepassing van bewijsuitsluiting is vereist dat sprake is van schending van het recht op een eerlijk proces ingevolge artikel 6 EVRM.³⁷ Het nadeel dat door strafvermindering kan worden gecompenseerd, kan betrekking hebben op het recht op privacy of op schendingen van lichamelijke integriteit.³⁸

De strafrechter dient de beslissing tot toepassing van een sanctie duidelijk en gemotiveerd, aan de hand van de bovenstaande factoren, aan te geven, aldus de Hoge Raad.³⁹ Naast de strafrechter dient ook de verdediging rekening te houden met deze factoren. Wanneer de verdediging namelijk een beroep doet op schending van een vormverzuim, moet gemotiveerd worden aangegeven, aan de hand van de factoren, welk rechtsgevolg i.c. zou moeten worden toegepast. Dit is van belang, aangezien de strafrechter enkel op een zodanig verweer gehouden is om een met redenen omklede beslissing te geven.⁴⁰

§2.3.3 Rechtsgevolgen

Aan de hand van de bovengenoemde factoren besluit de strafrechter of aan een vormverzuim een rechtsgevolg dient te worden verbonden. Het is mogelijk dat de strafrechter een vormverzuim constateert, maar hier geen rechtsgevolgen aan verbindt.⁴¹ Artikel 359a Sv formuleert namelijk een bevoegdheid en niet een plicht.⁴² Als de strafrechter oordeelt dat het enkel vaststellen van een vormverzuim niet voldoende is, heeft de strafrechter de keuze uit de in artikel 359a lid 1 Sv genoemde rechtsgevolgen, namelijk: strafvermindering, bewijsuitsluiting of niet-ontvankelijkheid van het OM. In het Afvoerpijparrest zijn de criteria voor de toepassing van deze rechtsgevolgen uiteengezet.

§2.3.3.1 Strafvermindering

Strafvermindering, neergelegd in artikel 359a lid 1 onder a Sv, is de minst zware sanctie die kan volgen op een vormverzuim.

³⁴ G.K. Schoep, 'Commentaar op artikel 359a Sv', in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Strafvordering*, Deventer: Kluwer 2015, aant. 3 onder c (ook online; laatst bijgewerkt op 1 juli 2015).

³⁵ G.J.M. Corstens & M.J. Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 828.

³⁶ HR 4 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM6673, NJ 2012, 145, m.nt. Borgers.

³⁷ G.K. Schoep, 'Commentaar op artikel 359a Sv', in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Strafvordering*, Deventer: Kluwer 2015, aant. 3 onder c (ook online; laatst bijgewerkt op 1 juli 2015).

³⁸ G.K. Schoep, 'Commentaar op artikel 359a Sv', in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Strafvordering*, Deventer: Kluwer 2015, aant. 4 onder b (ook online; laatst bijgewerkt op 1 juli 2015).

³⁹ HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004, 376, m.nt. Y. Buruma (Afvoerpijparrest).

⁴⁰ G.K. Schoep, 'Commentaar op artikel 359a Sv', in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Strafvordering*, Deventer: Kluwer 2015, aant. 7 (ook online; laatst bijgewerkt op 1 juli 2015).

⁴¹ P.A.M. Mevis, *Capita Strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013, p. 642.

⁴² HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004, 376, m.nt. Y. Buruma (Afvoerpijparrest).

Deze sanctie komt volgens de Hoge Raad slechts in aanmerking, indien aan vier criteria is voldaan: de verdachte heeft daadwerkelijk nadeel ondervonden, dit nadeel is veroorzaakt door het verzuim, het nadeel is geschikt voor compensatie door middel van strafvermindering en strafvermindering is ook in het licht van het belang van het geschonden voorschrift en de ernst van het verzuim gerechtvaardigd.⁴³ Het eerste criterium en het laatste criterium zijn al aan bod gekomen bij de bespreking van de algemene gezichtspunten in §2.3.2. Volgens Keulen en Knigge blijkt niet duidelijk uit de jurisprudentie wanneer aan het laatste criterium is voldaan.⁴⁴ Het tweede criterium ziet toe op het causale verband. Bij het derde criterium wordt gesproken over compensatie. De gevolgen die door het vormverzuim zijn veroorzaakt, worden door strafvermindering niet weggenomen. De vormverzuimen worden alleen maar gecompenseerd door middel van strafvermindering. Strafvermindering is dan ook denkbaar bij 'lichte' vormverzuimen. Een voorbeeld hiervan is een onrechtmatige doorzoeking, waarbij echter wel aan de belangrijkste vereisten is voldaan.⁴⁵ Ook het overschrijden van een redelijke termijn wordt met strafvermindering gecompenseerd. Ook komt strafvermindering in beeld wanneer het vormverzuim niet heeft geleid tot het verkrijgen van bewijs. Vanzelfsprekend is bewijsuitsluiting dan niet mogelijk.

Indien het vormverzuim niet zeer ernstig is, en niet-ontvankelijkheid van het OM dan ook niet in de reden ligt, zal strafvermindering een passende sanctie zijn. Een voorbeeld hiervan is een rechtmatige aanhouding die echter gepaard is gegaan met disproportioneel geweld.⁴⁶

§2.3.3.2 Bewijsuitsluiting

De sanctie bewijsuitsluiting is in artikel 359a lid 1 onder b Sv opgenomen. Volgens Corstens zijn een drietal argumenten te noemen die vóór toepassing van de sanctie bewijsuitsluiting zijn.⁴⁷

Allereerst kan het reparatieargument worden genoemd; het voordeel van het onrechtmatig handelen van de overheid wordt enigszins weggenomen door het onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal uit te sluiten.

Daarnaast kan ook het demonstratieargument een rol spelen; aan de burgers wordt gedemonstreerd dat de overheid zich aan de regels dient te houden. Indien de overheid dit niet doet, kan dit leiden tot een rechtsgevolg. De strafrechter laat door middel van het gekozen rechtsgevolg zien hoe ernstig het handelen van de overheid was.

Ook het effectiviteitsargument kan worden benoemd; het sanctioneren van onrechtmatig handelen dient ervoor te zorgen dat de overheid zich in de toekomst onthoudt van dergelijk onrechtmatig optreden.

Er zijn echter ook argumenten te noemen die tegen de toepassing van bewijsuitsluiting zijn. Ook Corstens geeft dit aan. Naast de verdachte en de overheid, spelen ook de slachtoffers en het publiek een rol in het proces. Voor slachtoffers en publiek kan het moeilijk te verkroppen zijn als door onrechtmatig optreden van de overheid de verdachte vrijuit zal gaan. Dit kan ertoe leiden dat burgers in het vervolg het heft in eigen hand nemen. De voordelen van het toepassen van bewijsuitsluiting zal dan ook moeten worden afgewogen tegen de negatieve effecten.

Net zoals bij het toepassen van de sanctie strafvermindering dient ook bij bewijsuitsluiting aan een aantal voorwaarden te zijn voldaan. Volgens het Afvoerpijparrest komt bewijsuitsluiting slechts aan de orde indien de strafrechter van oordeel is dat door het onrechtmatig verkregen bewijs een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden.

⁴³ HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004, 376, m.nt. Y. Buruma (Afvoerpijparrest).

⁴⁴ B.F. Keulen & G. Knigge, 'Strafprocesrecht', Deventer: Kluwer 2010, p. 550.

⁴⁵ Vgl. HR 2 juli 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AE1738, NJ 2002, 624.

⁴⁶ HR 21 december 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AR5092, NJ 2005, 172, m.nt. J.M. Reijntjes.

⁴⁷ G.J.M. Corstens & M.J. Borgers, 'Het Nederlands strafprocesrecht', Deventer: Kluwer 2014, p. 817-818.

Bij een belangrijk strafvorderlijk voorschrift moet men denken aan de rechten die zijn vastgelegd in het EVRM, zoals het recht op een eerlijk proces ingevolge artikel 6 EVRM.⁴⁸ Een voorbeeld van een schending van artikel 6 EVRM is het niet naleven van de voorschriften die toezien op de verklaringsvrijheid van de verdachte. Deze schending zal in beginsel leiden tot bewijsuitsluiting.⁴⁹

Met betrekking tot het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer ingevolge artikel 8 EVRM is het, gezien de recente rechtspraak, maar de vraag of dit recht onder een 'belangrijk voorschrift' valt. In de recente rechtspraak is namelijk bepaald dat een schending van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer ingevolge artikel 8 EVRM niet zonder meer hoeft te leiden tot een inbreuk op het recht op een eerlijk proces op grond van artikel 6 EVRM.⁵⁰ Vormverzuimen, die artikel 8 EVRM schenden, leiden niet altijd tot bewijsuitsluiting. Volgens Borgers is de categorie 'belangrijke voorschriften' dan ook beperkt. Het speelveld voor bewijsuitsluiting is nauw begrensd en bewijsuitsluiting lijkt alleen van toepassing te zijn indien het vormverzuim een schending van artikel 6 EVRM behelst.⁵¹

Indien is vastgesteld dat een belangrijk voorschrift is geschonden, dient te worden bekeken of dit voorschrift in aanzienlijke mate is geschonden. Met aanzienlijke mate wordt bedoeld dat het moet gaan om een betrekkelijk ernstig verzuim en dat er ook aantoonbaar nadeel is geleden.⁵² Bij minder ernstige schendingen zal bewijsuitsluiting niet worden toegepast. Dit komt omdat artikel 359a Sv een alternatief biedt, namelijk strafvermindering (besproken in §2.3.3.1). Strafvermindering heeft in de jurisprudentie een ruimer toepassingsbereik gekregen.

Naast het vereiste dat een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate moet zijn geschonden, dient ook sprake te zijn van voldoende causaliteit tussen het verkregen bewijs en het onrechtmatig handelen. In artikel 359a lid 1 onder b Sv is dit causale verband neergelegd. Vaak is het causale verband duidelijk vast te stellen. Een voorbeeld hiervan is het in §2.2 genoemde Bloedproef II-arrest. Voor het afnemen van het bloed bestond geen wettelijke grondslag. De resultaten, die uit de bloedafname voortvloeiden, werden door het onrechtmatig handelen verkregen. In sommige gevallen is het causale verband echter niet duidelijk vast te stellen. Dit kan het geval zijn wanneer het onrechtmatig handelen verder verwijderd is van het verkregen bewijs. Het belang dat het geschonden voorschrift beoogt te beschermen kan, bij onduidelijkheid van het causale verband, meewegen.

De toepassing van bewijsuitsluiting is zeer beperkt. Niet alleen het bovenstaande is van belang om te bekijken of bewijsuitsluiting in een specifiek geval aan de orde is. De strafrechter dient ook rekening te houden met de factoren, genoemd in artikel 359a lid 2 Sv en de omstandigheden van het geval.

§2.3.3.3 Niet-ontvankelijkheid OM

Het rechtsgevolg niet-ontvankelijkheid van het OM, neergelegd in artikel 359a lid 1 onder c Sv, is de zwaarste sanctie die kan volgen op een vormverzuim. Deze zware sanctie wordt slechts in uitzonderlijke gevallen toegepast. Deze sanctie wordt door de strafrechter namelijk alleen toegepast, indien sprake is van ernstige inbreuken 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 tekort gedaan.⁵³ Dit wordt ook wel aangeduid met het Zwolsmancriterium.

⁴⁸ M.J. Borgers, 'De toekomst van artikel 359a Sv', *DD* 2012/25 (afl. 4, p. 257-273).

⁴⁹ HR 30 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3079, *NJ* 2009, 349, m.nt. T.M. Schalken.

⁵⁰ HR 7 juli 2009, *LJN* BH8889, *NJ* 2009, 399. In dit arrest wordt verwezen naar EHRM 12 mei 2000, 35394/97, *NJ* 2002, 180, m.nt. T.M. Schalken (*Khan*).

⁵¹ M.J. Borgers, 'De toekomst van artikel 359a Sv', *DD* 2012/25 (afl. 4, p. 257-273).

⁵² G.J.M. Corstens & M.J. Borgers, 'Het Nederlands strafprocesrecht', Deventer: Kluwer 2014, p. 830.

⁵³ HR 19 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0328, *NJ* 1996, 249, m.nt. T.M. Schalken.

Een voorbeeld waar niet-ontvankelijkheid door de strafrechter werd aangenomen, was in HR 4 februari 1997, *NJ* 1997, 308. In deze zaak werd de Delta-methode (het doorlaten van drugs door burger informanten/infiltranten) toegepast. De opsporingsambtenaren hadden als getuigen onder ede verklaard dat zij deze methode echter niet hadden toegepast. Doordat de opsporingsambtenaren dit hebben ontkend, had de verdediging niet de mogelijkheid om de rechtmatigheid van deze methode ter beoordeling aan de strafrechter voor te leggen. Daarnaast had het OM, dat op de hoogte was van de gebruikte methode, niet ingegrepen ter voorkoming van misleiding van de strafrechter. Gezien deze omstandigheden werd door het Hof geoordeeld dat sprake was van een zodanig ernstige schending (namelijk het frustreren van de toetsing door de strafrechter van de gebruikte methode) dat de zwaarste sanctie diende te worden toegepast.⁵⁴ De Hoge Raad ging hier in mee.

Het is ook mogelijk dat door een inbreuk op de beginselen van een behoorlijke procesorde niet de verdachte in zijn belangen is geschaad, maar wel het wettelijk systeem in de kern is geraakt (het zogeheten Karman-criterium).⁵⁵ Ook in deze situatie kan niet-ontvankelijkheid van het OM plaatsvinden. Dit is echter een uitzonderlijke situatie en enkel aangenomen in de situatie waarin door het OM in strijd met de wet aan een kroongetuige werd toegezegd dat hij niet van zijn vrijheid zou worden beroofd, indien hij een verklaring zou afleggen.⁵⁶

§2.4 Tussenconclusie

Artikel 359a Sv neemt een belangrijke positie in als het gaat om het verbinden van rechtsgevolgen aan een vormverzuim. Indien aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 359a Sv is voldaan, kan de strafrechter een rechtsgevolg verbinden aan een vormverzuim. Hierbij moet rekening worden gehouden met de factoren, die genoemd zijn in het tweede lid van artikel 359a Sv. Deze factoren zijn niet alleen belangrijk voor de strafrechter bij de motivering van de gekozen sanctie. Ook de verdediging dient bij de inrichting van het verweer rekening te houden met deze factoren. Indien dit wordt nagelaten, hoeft de strafrechter niet op het verweer te reageren.

De rechtsgevolgen die staan beschreven in artikel 359a Sv zijn: niet-ontvankelijkheid van het OM, bewijsuitsluiting of strafvermindering. Deze rechtsgevolgen zijn verder uitgewerkt in het Afvoerpijparrest. Dit arrest kan worden gezien als een standaardarrest.

Niet-ontvankelijkheid van het OM is de zwaarste sanctie die kan volgen op een vormverzuim en wordt slechts in uitzonderlijke gevallen toegepast.

Bewijsuitsluiting is volgens het Afvoerpijparrest slechts aan de orde indien een belangrijk strafvorderlijk voorschrift in aanzienlijke mate is geschonden. De categorie 'belangrijk strafvorderlijk voorschrift' heeft de Hoge Raad echter beperkt door te stellen dat aan een schending van het recht op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer geen rechtsgevolg hoeft te worden verbonden, zolang sprake is van een eerlijk proces.

Daarnaast moet zijn voldaan aan het causale verband. Verder dient men rekening te houden met de omstandigheden van het geval. Met inachtneming van het vorenstaande kan worden gesteld dat de Hoge Raad heeft laten doorklinken dat bewijsuitsluiting met terughoudendheid dient te worden toegepast.

Strafvermindering is de minst zware sanctie die kan volgen op een vormverzuim en heeft een ruim toepassingsbereik gekregen in de rechtspraak. Ook bij dit rechtsgevolg dient te zijn voldaan aan een aantal voorwaarden, die zijn uitgewerkt in het Afvoerpijparrest.

Tot slot is het mogelijk dat de strafrechter volstaat met de enkele constatering dat een vormverzuim is begaan, zonder hieraan een rechtsgevolg te verbinden.

⁵⁴ HR 4 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0632, *NJ* 1997, 308, m.nt. T.M. Schalken.

⁵⁵ G.J.M. Corstens & M.J. Borgers, *'Het Nederlands strafprocesrecht'*, Deventer: Kluwer 2014, p. 829.

⁵⁶ HR 1 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1143, *NJ* 1999, 567, m.nt. T.M. Schalken.

Hoofdstuk 3 Het Examen-arrest

In dit hoofdstuk staat het Examen-arrest centraal. Dit arrest is voor het onderzoek van belang, omdat de Hoge Raad in dit arrest aanvullende condities heeft geformuleerd omtrent de toepassing van bewijsuitsluiting. Allereerst zal in dit hoofdstuk de essentie van dit arrest worden besproken. Daarna zal worden ingegaan op de aanvullende condities. Verder zal worden ingegaan op de gevolgen, die dit arrest teweeg heeft gebracht. Ook zal worden gekeken naar jurisprudentie, die na dit arrest is ontwikkeld.

§3.1 Essentie Examen-arrest

Het Examen-arrest dateert van 19 februari 2013. In dit arrest werd door opsporingsambtenaren een woning van de verdachte betreden zonder dat de verdachte hiervoor toestemming had gegeven. Deze opsporingsambtenaren hadden wel een machtiging op grond van artikel 2 van de Algemene wet op het binnentreden, maar deze machtiging was verleend door een onbevoegde hulpofficier. Nadat de opsporingsambtenaren de woning binnen waren getreden, troffen zij een wietkwekerij aan. De verdediging stelde zich primair op het standpunt dat het OM niet-ontvankelijk moest worden verklaard, omdat de machtiging was afgegeven door een onbevoegde hulpofficier. Indien de strafrechter dit rechtsgevolg niet aan het verzuim zou verbinden, werd subsidiair door de verdediging aangevoerd dat het verkregen bewijs diende te worden uitgesloten. Volgens de verdediging is het bewijs verkregen door het onrechtmatig binnentreden van de woning van verdachte. Het OM gaf aan dat de woning van verdachte inderdaad werd betreden door een machtiging die door een niet bevoegde hulpofficier was afgegeven. Het OM stelde zich echter op het standpunt dat de machtiging om de woning van de verdachte binnen te treden ook zou zijn verleend door een bevoegde hulpofficier. Daarnaast kon volgens het OM niet de conclusie worden getrokken dat de doorzoeking, die werd gedaan na het binnentreden van de woning, ook onrechtmatig is geweest. Volgens het OM kon in deze zaak enkel worden volstaan met de constatering dat een vormverzuim heeft plaatsgevonden.

Het Hof heeft vastgesteld dat de hulpofficier niet bevoegd was om de machtiging af te geven, aangezien de hulpofficier op dat moment niet over een hiervoor vereist certificaat beschikte. De hulpofficier was namelijk voor het examen inzake verlenging van het certificaat gezakt. Gezien deze feiten oordeelde het Hof dat sprake was van een onherstelbaar vormverzuim, begaan tijdens het voorbereidend onderzoek. Het Hof is niet overgegaan tot toepassing van de sanctie niet-ontvankelijkheid van het OM, omdat niet doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak tekort is gedaan. Nadat het Hof zich had uitgelaten over het (primaire) standpunt van de verdediging dat het rechtsgevolg niet-ontvankelijkheid van het OM moest worden verbonden aan het verzuim, is het Hof ingegaan op het rechtsgevolg bewijsuitsluiting. Volgens het Hof stond vast dat de hulpofficier, door het niet halen van het examen, niet over de kennis beschikte die is vereist om als hulpofficier te kunnen fungeren. Het Hof oordeelde dat de vraag of een bevoegde hulpofficier eveneens een machtiging zou hebben afgegeven achterwege kon worden gelaten. Het Hof was van mening dat wanneer hier rekening mee zou worden gehouden, het belang van een certificaat en het belang dat een machtiging alleen door een bevoegde hulpofficier kan geschieden haar zin zou verliezen. Om deze reden werd de machtiging die werd afgegeven door een onbevoegde hulpofficier gelijk gesteld met het in zijn geheel ontbreken van een machtiging. Het feit dat opsporingsambtenaren alleen een woning mogen betreden met de toestemming van verdachte, dan wel de toestemming van zijn huisgenoten, of een verleende machtiging, moet worden gezien als een belangrijk strafvorderlijk voorschrift. Het voorschrift dient namelijk het huisrecht te beschermen en het strekt tevens ertoe om de rechten van de verdachte te beschermen.

De opsporingsambtenaren hadden in casu geen toestemming van de verdachte of huisgenoten en hadden ook geen machtiging tot binnentreden van een bevoegde hulpofficier. Naar aanleiding van het vorenstaande oordeelde het Hof dat een strafvorderlijk voorschrift in aanzienlijke mate is geschonden en dat dit ook verwijtbaar is. Het bewijs dat na het onrechtmatig betreden van de woning is gevonden, dient dan ook van het bewijs te worden uitgesloten, aldus het Hof. De verdachte werd door gebrek aan bewijs vrijgesproken van de tenlastegelegde feiten (namelijk het aanwezig hebben van hennep(planten) en diefstal van elektriciteit).

De Advocaat-Generaal (hierna A-G) heeft daarop een middel van cassatie voorgesteld. Het middel klaagt dat het Hof het vormverzuim in casu gelijk heeft gesteld met een vormverzuim waarvan sprake zou zijn indien een machtiging geheel zou hebben ontbroken. Door het Hof is nagelaten om te onderzoeken of het aannemelijk was geweest dat een machtiging ook zou zijn verleend door een bevoegde hulpofficier. Om deze reden wordt in het middel betoogd dat het Hof zijn beslissing om de sanctie bewijsuitsluiting toe te passen, ontoereikend is gemotiveerd, in het bijzonder met betrekking tot de afwegingen omtrent de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor is veroorzaakt.⁵⁷

De Hoge Raad gaf aan dat het Hof niet voldoende aandacht heeft besteed aan het nadeel dat door het verzuim is veroorzaakt. Het is niet duidelijk geworden of de verdachte daadwerkelijk in zijn belangen is geschaad. Bij de beoordeling van de ernst van het vormverzuim heeft het Hof het verzuim in casu gelijkgesteld aan een verzuim waarvan sprake zou zijn geweest indien geen machtiging is afgegeven. De Hoge Raad begreep dit oordeel van het Hof niet, aangezien het in zijn geheel niet afgeven van een machtiging een ernstiger verzuim is. Bij de ernst van het vormverzuim kan van belang zijn of een bevoegde hulpofficier eveneens een machtiging zou hebben verleend. De beslissing van het Hof dat de sanctie bewijsuitsluiting dient te worden toegepast, is niet voldoende gemotiveerd, aldus de Hoge Raad.⁵⁸

§3.1.1 Aanvullende condities

In het Examen-arrest heeft de Hoge Raad de sanctie bewijsuitsluiting gekoppeld aan de doelstelling ervan. De aanvullende condities, die hieronder zullen worden beschreven, zijn namelijk gebonden aan de doel-middel benadering. Het was in dit arrest voor het eerst dat de Hoge Raad zich hierover uitsprak.⁵⁹ Bij de doel-middel benadering gaat het om de vraag welk doel de strafrechter met de opgelegde sanctie beoogt te bereiken en of die sanctie daartoe het effectieve middel is ten opzichte van het beoogde doel.⁶⁰ De Hoge Raad gaf in het Examen-arrest, naast het in de wet omschreven en in de rechtspraak uitgewerkte beoordelingskader, aan dat de strafrechter om verschillende redenen bewijsuitsluiting kan toepassen.

Schending van het recht op een eerlijk proces ex artikel 6 EVRM (categorie 1)

Volgens de Hoge Raad kan bewijsuitsluiting worden toegepast om het recht op een eerlijk proces van de verdachte inzake artikel 6 EVRM te garanderen. Dit onderschrijft het vermoeden van Borgers (zie hoofdstuk 2, §2.3.3.2) dat bewijsuitsluiting slechts in beeld komt in de situatie waarin het vormverzuim een schending van artikel 6 EVRM inhoudt. De Hoge Raad gaf hier twee voorbeelden van. Allereerst wordt gewezen op de rechtspraak omtrent de schending van het recht op rechtsbijstand bij het politieverhoor.⁶¹

⁵⁷ HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321 en het identieke arrest HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5322 (r.o. 2.6).

⁵⁸ HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321 en het identieke arrest HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5322.

⁵⁹ T. Schalken, 'Een renaissance van vormverzuimen in het strafrecht?', *NJB* 2013/1301.

⁶⁰ 'Hoge Raad omarmt 'doelmiddelbenadering' bij sanctionering vormfouten', *Recht.nl* 27 oktober 2014, *Recht.nl* (zoek op Misdaad & Straf).

⁶¹ HR 30 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3079.

Daarnaast wordt de rechtspraak omtrent de afgelegde verklaringen van verdachte tegenover een undercoveragent die zich voordeed als medegedetineerde genoemd.⁶² In dergelijke gevallen is de ruimte om af te zien van het toepassen van bewijsuitsluiting zeer beperkt.⁶³ Dit werd ook al beschreven in de rechtspraak inzake de schending van het recht op rechtsbijstand bij het politieverhoor.

Aanzienlijke schending van een belangrijk strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel (categorie 2)

Indien het recht op een eerlijk proces niet aan de orde is, maar wel sprake is van een ander belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel, dat in aanzienlijke mate is geschonden kan de toepassing van bewijsuitsluiting noodzakelijk zijn als middel om toekomstige vergelijkbare vormverzuimen, die ook hebben geleid tot onrechtmatig verkregen bewijs te voorkomen.⁶⁴ In het Afvoerpijparrest is het vereiste van een aanzienlijke schending van een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel al aan bod gekomen (zie §2.3.3.2). De Hoge Raad heeft echter in het Examen-arrest een nadere inkleuring gegeven aan bewijsuitsluiting in de gevallen waarin dit rechtsgevolg op grond van het Afvoerpijparrest aan de orde kan zijn.⁶⁵ Zoals uit §2.3.3.2 blijkt, zijn een drietal argumenten te noemen die vóór de toepassing van bewijsuitsluiting zijn. De gekozen formulering van de Hoge Raad in het Examen-arrest, namelijk dat bewijsuitsluiting noodzakelijk kan zijn als middel om toekomstige vergelijkbare vormverzuimen te voorkomen, geeft weer dat alleen het effectiviteitsargument nog een reden is voor het toepassen van bewijsuitsluiting in de gevallen die in het Afvoerpijparrest omschreven worden.⁶⁶ Deze keuze wordt door de Hoge Raad niet gemotiveerd. De Hoge Raad geeft wel aan dat bewijsuitsluiting bij een zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht van de verdachte niet alleen een rechtsstatelijke waarborg is, maar ook een middel om met de opsporing en vervolging belaste ambtenaren te weerhouden van onrechtmatig optreden.⁶⁷ Een voorbeeld van een ingrijpende inbreuk betreft een lijfsvisitatie (onderzoek aan dan wel in het lichaam) waar een wettelijke grondslag ontbrak.⁶⁸ De factoren, genoemd in artikel 359a lid 2 Sv, en de omstandigheden van het geval dient de strafrechter bij de vraag of een ingrijpende inbreuk op een grondrecht van de verdachte tot toepassing van bewijsuitsluiting noodzaakt, te betrekken. De omstandigheden van het geval zijn tevens in het Afvoerpijparrest (zie §2.3.3.2) naar voren gekomen. Alleen worden de omstandigheden in het Examen-arrest verder vormgegeven. De strafrechter kan namelijk bij de omstandigheden van het geval betrekken of de toepassing van bewijsuitsluiting opweegt tegen de te verwachten negatieve effecten.

Schending van structurele aard (categorie 3)

Als laatste geeft de Hoge Raad in het arrest aan dat wanneer het recht op een eerlijk proces niet wordt geschonden en evenmin sprake is van een schending van een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel toch bewijsuitsluiting kan worden toegepast. Dit is mogelijk wanneer het vormverzuim een structureel karakter heeft en de verantwoordelijke partijen zich onvoldoende hebben ingespannen om dit verzuim te voorkomen. Dit is echter een zeer uitzonderlijke situatie. De Hoge Raad geeft echter geen voorbeelden.

⁶² HR 28 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU5471.

⁶³ HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321 en het identieke arrest HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5322 (r.o. 2.4.4).

⁶⁴ HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321 en het identieke arrest HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5322 (r.o. 2.4.5).

⁶⁵ HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, NJ 2013, 308, m.nt. B.F. Keulen.

⁶⁶ HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, NJ 2013, 308, m.nt. B.F. Keulen.

⁶⁷ HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, NJ 2013, 308, m.nt. B.F. Keulen.

⁶⁸ HR 29 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8795.

Het is aan de verdediging om aan te voeren dat het gaat om een structureel vormverzuim aan de hand van de voor de verdediging reeds bekende gegevens.⁶⁹ Vervolgens is het aan het OM om aan te tonen dat de verantwoordelijke partijen maatregelen hebben getroffen om het verzuim (zoveel mogelijk) te voorkomen. Bewijsuitsluiting komt bij deze situatie slechts in aanmerking indien aannemelijk is geworden dat de toepassing van bewijsuitsluiting een normerende werking zal hebben op de praktijk van opsporing en vervolging, waarbij van belang kan zijn wat de oorzaak van het verzuim is en wat de autoriteiten hebben ondernomen om dit verzuim (zoveel mogelijk) te voorkomen.⁷⁰ Net zoals bij de tweede categorie staat ook hier het effectiviteitsargument centraal. De strafrechter dient bij deze situatie tevens te bekijken of de toepassing van bewijsuitsluiting opweegt tegen de te verwachten negatieve effecten. De negatieve effecten die te verwachten zijn bij de toepassing van bewijsuitsluiting zijn al aangehaald in §2.3.3.2. Wanneer de strafrechter zal overgaan tot toepassing van bewijsuitsluiting dient hij in zijn uitspraak nadere uitleg te geven hoe hij de negatieve effecten heeft meegewogen. Opgemerkt dient te worden dat deze categorie tot rechtsongelijkheid zou kunnen leiden. Hiervoor heeft ook Keulen in zijn annotatie behorende bij het Examen-arrest gewaarschuwd.⁷¹ Het is bijvoorbeeld mogelijk dat een strafrechter het aannemelijk vindt dat de toepassing van bewijsuitsluiting een normerende werking zal hebben, terwijl een andere strafrechter hier anders tegenaan kijkt. De rechtsongelijkheid wordt echter enigszins verkleind, doordat strafrechters verplicht zijn om te bekijken of bewijsuitsluiting opweegt tegen de te verwachten negatieve effecten.

§3.2 De gevolgen

Volgens Brinkhoff ontstond door het Examen-arrest bij velen het gevoel dat de Hoge Raad het sanctioneren van vormverzuimen door de strafrechter beoogt te minimaliseren.⁷² Dit gegeven lijkt overigens terecht, omdat de Hoge Raad onder meer met zoveel woorden overweegt dat aan een schending van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (artikel 8 EVRM) geen rechtsgevolg hoeft te worden verbonden, zolang maar sprake is van een eerlijk proces ingevolge artikel 6 EVRM.⁷³

Strafrechters

De Hoge Raad heeft in het Examen-arrest de lat voor bewijsuitsluiting erg hoog gelegd.⁷⁴ Dit heeft allereerst gevolgen voor de strafrechters. Door het hanteren van de doel-middel benadering in het Examen-arrest worden de eisen die worden gesteld aan de motiveringsplicht van de strafrechter steeds zwaarder. Wanneer de strafrechter namelijk van mening is dat bewijsuitsluiting dient te worden toegepast in de gevallen wanneer sprake is van een schending van een belangrijk voorschrift dan wel sprake is van een structureel vormverzuim, is deze sanctie alleen aangewezen indien door het sanctioneren het verzuim in de toekomst kan worden voorkomen. Vervolgens dient de strafrechter te bekijken of bewijsuitsluiting opweegt tegen de te verwachten negatieve effecten. De strafrechter dient deze factoren in de belangenafweging te onderbouwen en aannemelijk te maken.⁷⁵

⁶⁹ Advocaat R. Malewicz riep in het Advocatenblad (januari 2015, nr. 1) advocaten op om ervaringen te delen, zodat in kaart kan worden gebracht welke voorschriften structureel worden geschonden.

⁷⁰ HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321 en het identieke arrest HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5322 (r.o. 2.4.6).

⁷¹ HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, NJ 2013, 308, m.nt. B.F. Keulen.

⁷² S. Brinkhoff, 'De toepassing van artikel 359a Sv anno 2016. Een pleidooi voor herstel van balans en de terugkeer naar echte rechterlijke vrijheid', DD 2016/8.

⁷³ S. Brinkhoff, 'De toepassing van artikel 359a Sv anno 2016. Een pleidooi voor herstel van balans en de terugkeer naar echte rechterlijke vrijheid', DD 2016/8.

⁷⁴ HR 21 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:144, NJ 2014, 106, m.nt. M.J. Borgers.

⁷⁵ HR 9 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2650, NJ 2014, 420, m.nt. T.M. Schalken.

Advocatuur

Het gegeven dat het arrest gevolgen heeft als het aankomt op de motiveringsplicht van de strafrechters, heeft op zijn beurt weer consequenties voor de verdediging. Van de verdediging wordt namelijk veel verwacht als het gaat om de wijze waarop een verweer dient te worden ingericht. Een verweer dient namelijk tot in de puntjes te zijn toegesneden op de criteria die in het kader van artikel 359a Sv door de Hoge Raad zijn geformuleerd, wil het verzoek tot bewijsuitsluiting worden toegewezen.⁷⁶ Een voorbeeld van het vorenstaande, betreft het arrest van de Hoge Raad d.d. 6 januari 2015.⁷⁷ In dit arrest werd een machtiging afgegeven tot binnentreden van de woning om de verdachte aan te houden (artikel 55 Sv). De betrokken verbalisanten hebben na binnenkomst, zonder dat de verdachte werd aangetroffen, de woning van de verdachte doorzocht zonder een voorafgaande vereiste machtiging van de R-C dan wel toestemming van de verdachte. Tijdens de doorzoeking is de mobiele telefoon van verdachte gevonden en in beslag genomen. De raadsman gaf in zijn verweer aan dat de uitgelezen berichten uit de in beslag genomen mobiele telefoon tot bewijsuitsluiting dienden te leiden. Het belang dat het geschonden voorschrift in casu dient, is de bescherming van de huisvrede en het privéleven van de bewoner. De verdachte is getroffen in die belangen en het gaat hier om belangrijke rechtsbeginselen, aldus de raadsman. Het Hof komt tot de conclusie dat de verdachte onvoldoende nadeel heeft geleden, aangezien de verdachte achteraf, nadat de doorzoeking had plaatsgevonden, toestemming had verleend tot doorzoeking van de woning. Om deze reden kan worden volstaan met de constatering dat een vormverzuim heeft plaatsgevonden. Door de raadsman werd cassatie ingesteld, omdat naar zijn mening het Hof de ernst van het verzuim niet in zijn oordeel had betrokken. Tevens is het volgens de raadsman in strijd met het recht op een fair trial om achteraf toestemming te vragen om een woning te doorzoeken. De Hoge Raad liet het oordeel van het Hof in stand en oordeelde dat de onrechtmatige doorzoeking niet een zodanig ernstig vormverzuim oplevert dat dit tot bewijsuitsluiting moet leiden. Het gevoerde verweer omtrent de ernst van het verzuim en het daardoor veroorzaakte nadeel hield niet meer in dan dat sprake is van een ernstige schending van een strafvorderlijke waarborg, aldus de Hoge Raad. Kennelijk probeert de Hoge Raad te zeggen dat de verdediging in feitelijke aanleg nauwkeuriger had moeten aangeven welke gegevens, zoals de verleende toestemming, bij de belangenafweging tot een bepaalde uitkomst hadden moeten leiden.⁷⁸ Ook Brinkhoff gaf aan dat de Hoge Raad leek aan te geven dat door de verdediging onvoldoende is onderbouwd waarom de sanctie van bewijsuitsluiting dient te worden toegepast.

In het arrest van de Hoge Raad d.d. 21 januari 2014⁷⁹ stond, net zoals in bovenstaand besproken arrest, het binnentreden van een woning centraal. Ook in dit arrest werd cassatie ingesteld door de verdediging. Volgens de verdediging had het Hof onvoldoende gemotiveerd aangenomen dat de verdachte toestemming tot binnentreden heeft gegeven nu de politieambtenaren 'voorafgaande aan het binnentreden het doel tot binnentreden niet hebben gemeld'. Op grond van artikel 1 lid 1 Algemene wet op het binnentreden (hierna Awbi) dienen verbalisanten het doel van het binnentreden mede te delen. In casu was het de vraag of de verbalisanten voorafgaand aan het binnentreden mededeling hebben gedaan van het doel van het binnentreden. In het arrest van de Hoge Raad d.d. 22 november 2011, NJ 2011, 561 is bepaald dat deze plicht ook geldt indien de bewoner toestemming heeft gegeven aan de verbalisanten om de woning te betreden. De Hoge Raad constateerde dat het Hof heeft vastgesteld dat de verdachte vóór het binnentreden van de woning toestemming heeft gegeven aan de verbalisanten om de woning binnen te gaan. Volgens de Hoge Raad is het Hof echter niet voldoende ingegaan op het verweer van de verdediging dat deze mededeling te laat is gedaan.

⁷⁶ HR 21 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:144, NJ 2014, 106, m.nt. M.J. Borgers.

⁷⁷ HR 6 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:4, NJ 2015, 109, m.nt. T.M. Schalken.

⁷⁸ HR 6 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:4, NJ 2015, 109, m.nt. T.M. Schalken.

⁷⁹ HR 21 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:144, NJ 2014, 106, m.nt. M.J. Borgers.

De Hoge Raad oordeelde echter dat cassatie niet hoefde plaats te vinden, omdat door de verdediging enkel is aangevoerd dat bewijsuitsluiting moet worden toegepast. Volgens de Hoge Raad had minimaal door de verdediging moeten zijn gesteld dat wanneer de verbalisanten tijdig het doel van binnentreden hadden medegedeeld, de toestemming door de verdachte niet zou zijn verleend. Voorts had moeten worden beargumenteerd waarom het vormverzuim in casu tot bewijsuitsluiting zou moeten leiden. Dat laatste zou niet makkelijk zijn geweest voor de verdediging, aangezien in de rechtspraak is overwogen dat het schenden van de persoonlijke levenssfeer (waar in casu sprake van is) niet zonder meer hoeft te leiden tot een schending van artikel 6 EVRM.

De Hoge Raad heeft een grote verantwoordelijkheid neergelegd bij de advocatuur. Dit is ook te zien in de bovenstaande arresten. Op de verdediging rust de taak niet te volstaan met het enkel signaleren van een vormverzuim, maar duidelijk, gedetailleerd en gemotiveerd aan de hand van de criteria aan te geven tot welk rechtsgevolg de strafrechter zou moeten besluiten.⁸⁰ De Hoge Raad verwacht, kort gezegd, een deugdelijk verweer van de verdediging. Indien een verweer niet voldoet aan alle criteria of niet goed is onderbouwd naar aanleiding van de vereiste criteria die door de Hoge Raad zijn geformuleerd, is het negatieve effect dat de strafrechter niet door het verweer 'heen kijkt'. Hiermee wordt bedoeld dat de strafrechter niet naar het vormverzuim kijkt waar het allemaal om draait. Dit is ook te zien in het hierboven besproken arrest d.d. 6 januari 2015 waarin de Hoge Raad de zaak afdoet met de vermelding dat het verweer niet meer inhield dan dat sprake is van een ernstige schending van een strafvorderlijk voorschrift. In deze zaak bleef een rechterlijke sanctie uit. Hierdoor liep de verdachte de rechtsbescherming mis ingevolge artikel 359a Sv. Tevens wordt door het uitblijven van een sanctie geen signaal afgegeven naar de politie en justitie dat dergelijk optreden niet wordt getolereerd. Daarnaast worden op deze manier de politie en justitie niet gestimuleerd om in het vervolg wel een machtiging van de R-C te verkrijgen. Ook in het arrest d.d. 21 januari 2014 werd geen rechtsgevolg verbonden aan het vormverzuim, omdat de verdediging het verweer onvoldoende had onderbouwd.

De Hoge Raad wil strafrechtadvocaten attent maken op het feit dat een verweer steeds aan alle criteria moet voldoen. Tevens geeft de Hoge Raad het signaal af dat een verweer voeren alleen zinvol is wanneer het beoogde rechtsgevolg met de in het verweer ontvouwde argumentatie kan worden bereikt.⁸¹ De Hoge Raad lijkt hiermee te willen zeggen dat het in sommige gevallen beter is om een dergelijk verweer achterwege te laten dan wel minder hoog in te zetten, aangezien verschillende rechtsgevolgen kunnen worden verbonden aan een vormverzuim.

§3.3 Tussenconclusie

Dat bewijsuitsluiting met terughoudendheid dient te worden toegepast, bleek al uit het tweede hoofdstuk. In het Examen-arrest heeft de Hoge Raad uiteengezet dat slechts in uitzonderlijke gevallen bewijsuitsluiting kan worden toegepast. Dit is enkel mogelijk in de gevallen wanneer door het vormverzuim niet langer sprake is van een eerlijk proces ingevolge artikel 6 EVRM, bij een aanzienlijke schending van een ander belangrijk strafvorderlijk voorschrift of wanneer sprake is van een structureel vormverzuim. Voor de laatste twee situaties lijkt echter geen grote rol weggelegd te zijn, aangezien de Hoge Raad de strafrechter opdraagt om bij deze situaties rekening te houden met de negatieve effecten van bewijsuitsluiting. Tevens geeft de Hoge Raad aan dat een structureel vormverzuim zich slechts bij hoge uitzondering voordoet. De toepassing van bewijsuitsluiting is dus nauw begrensd. Dit heeft onder meer gevolgen voor de advocatuur. Zoals uit recente rechtspraak blijkt, is een grote verantwoordelijkheid neergelegd bij de advocatuur.

⁸⁰ G.J.M. Corstens & M.J. Borgers, *'Het Nederlands strafprocesrecht'*, Deventer: Kluwer 2014, p. 836.

⁸¹ HR 21 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:144, NJ 2014,106, m.nt. M.J. Borgers.

Van de verdediging wordt namelijk een deugdelijk verweer verwacht. Immers is het aan de verdediging om onderbouwend aan te geven waarom bewijsuitsluiting dient te worden toegepast. Wanneer het verweer niet aan alle criteria voldoet, is het negatief gevolg hiervan dat de strafrechter niet meer naar het vormverzuim kijkt waar het daadwerkelijk om draait. Het is dus van belang dat een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting is onderbouwd aan de hand van de genoemde criteria. Een verweer voeren is volgens de Hoge Raad alleen zinvol wanneer het beoogde rechtsgevolg kan worden bereikt. In sommige gevallen is het volgens de Hoge Raad beter om een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting achterwege te laten en het verweer toe te spitsen op het rechtsgevolg strafvermindering.

Hoofdstuk 4 Het dossieronderzoek

In dit hoofdstuk zullen drie dossiers van het advocatenkantoor Loevendie Neijndorff Advocaten worden besproken. Door middel van het dossieronderzoek kan in beeld worden gebracht hoe bewijsverweren met een verzoek tot bewijsuitsluiting op dit moment worden voorbereid en behandeld binnen het advocatenkantoor Loevendie Neijndorff Advocaten en welke mogelijkheden er zijn om hierin verbetering te brengen. De verbetermogelijkheden zullen in hoofdstuk zes worden besproken.

In de drie geanalyseerde dossiers heeft zich, volgens de verdediging, een vormverzuim voorgedaan en is om deze reden door de verdediging een (bewijs)verweer gevoerd met het verzoek om een sanctie te verbinden aan het vormverzuim. Bij het zoeken naar geschikte dossiers is gebleken dat het in de praktijk niet vaak voorkomt dat een vormverzuim wordt geconstateerd. Daarnaast waren sommige zaken voorgekomen bij de politierechter, waardoor een schriftelijk vonnis ontbrak. Hierdoor kon niet worden bekeken hoe de politierechter is omgegaan met het bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting. Deze dossiers zijn dan ook niet meegenomen in dit onderzoek. Om bovenstaande redenen konden niet meer dan drie dossiers worden geanalyseerd. Per dossier zullen de feiten van de zaak, het verweer van de verdediging en het oordeel van de strafrechter worden besproken. Om privacyredenen zijn de namen van de cliënten niet volledig weergegeven.

§4.1 De heer L.

De heer L. (hierna verdachte) werd verdacht van twee strafbare feiten. Aan de verdachte is onder feit één tenlastegelegd: het aanwezig hebben van drugs (i.c. cocaïne). Onder feit twee is aan verdachte tenlastegelegd: het voorhanden hebben van een vuurwapen met demper en patronen. Hieronder zal enkel het eerste feit worden besproken, omdat de verdediging ten aanzien van dat feit heeft verzocht om bewijsuitsluiting.

De feiten

De wijkagent had van omwonenden (waaronder de heer D.) van de betreffende woning informatie ontvangen. De omwonenden hadden aangegeven dat de ramen van de woning waren afgeplakt en de lamellen altijd dicht zaten. Ook gaven ze aan dat in de nachtelijke uren veel activiteiten plaatsvonden. Daarnaast werden ook volle vuilniszakken in busjes geladen. Verder gaven de omwonenden aan dat het veiligheidsgevoel weg was. Tevens denken de omwonenden aan een hennepkwekerij dan wel aan een drugslaboratorium. Naar aanleiding van deze informatie heeft de wijkagent een onderzoek ingesteld.

Het verweer van de verdediging

De raadsman is van mening dat de rechtbank niet tot een bewezenverklaring van het eerste feit kan komen. De raadsman heeft daarbij gewezen op de verklaring van de verdachte en van de getuige D., waaruit blijkt dat er meer mensen in de woning kwamen. Daarnaast heeft de getuige D. geen strafbare feiten waargenomen. Naar mening van de raadsman was er, ondanks de verklaring van D. dat hij denkt dat er een kwekerij of een drugslaboratorium in de woning aanwezig zou zijn, geen sprake van een redelijke verdenking, terwijl die wel nodig was voor een machtiging tot binnentreden van de woning. De verdachte heeft ontkend dat hij de politie vrijwillig heeft binnengelaten. Volgens de raadsman is onrechtmatig binnengetroten en is sprake van onrechtmatig verkregen bewijs. Hierdoor moeten de bevindingen naar aanleiding van het binnentreden van het bewijs worden uitgesloten, aldus de raadsman. Er is volgens de raadsman dan onvoldoende wettig en overtuigend bewijs aanwezig, zodat de verdachte moet worden vrijgesproken.

Beslissing rechtbank

Naar het oordeel van de rechtbank was er geen sprake van onrechtmatig binnentreden nu uit het proces-verbaal is gebleken dat de verdachte de verbalisanten vrijwillig heeft binnengelaten. Daarbij overweegt de strafrechter ten overvloede dat er, gezien de verklaringen van de buurtbewoners en het onderzoek door de wijkagent, een ernstig vermoeden bestond dat in de woning een hennepkwekerij of een drugslaboratorium aanwezig zou zijn. Het binnentreden van de woning op grond van de machtiging tot binnentreden zou daarom naar het oordeel van de rechtbank ook niet onrechtmatig zijn geweest. Gelet op het bovenstaande wordt het verweer inzake de bewijsuitsluiting verworpen.

Conclusie

De rechtbank kon in deze zaak korte metten maken met het verweer van de verdediging waarin een verzoek werd gedaan om bewijsuitsluiting, omdat de rechtbank oordeelde dat de verdachte de verbalisanten vrijwillig heeft binnengelaten. Wanneer opsporingsambtenaren toestemming hebben van een bewoner dan wel een machtiging van een bevoegde autoriteit hebben, mogen zij een woning betreden.⁸² Hierdoor was volgens de rechtbank geen sprake van onrechtmatig binnentreden. De rechtbank heeft hierbij meer waarde gehecht aan het proces-verbaal van de verbalisanten waaruit bleek dat de verdachte toestemming had gegeven dan aan de verklaring van de verdachte. Hierdoor kon het verweer inzake bewijsuitsluiting worden verworpen.

Wat opvalt aan het verweer van de verdediging is dat eerst de feiten worden besproken, waaronder het aanvoeren dat sprake is van onrechtmatig binnentreden. Tot slot wordt in het verweer aangegeven dat het bewijs hierdoor onrechtmatig verkregen is en dit dus tot bewijsuitsluiting en vrijspraak dient te leiden. Echter, dat volgens de verdediging bewijsuitsluiting dient te worden toegepast, wordt blijkens de pleitnota niet aan de hand van bepaalde factoren (zie artikel 359a lid 2 Sv) aangegeven. De verdediging heeft bijvoorbeeld niet aangevoerd in welk concreet belang de verdachte is geschaad en welk nadeel -anders dan de ontdekking van het strafbare feit – de verdachte door het verzuim heeft ondervonden. Zoals in §2.3.2 al is beschreven, is alleen op zo'n verweer de strafrechter gehouden een met redenen omklede beslissing te geven. In tegenstelling tot het vorenstaande heeft de rechtbank een met redenen omklede beslissing gegeven ook al is door de verdediging niet aan de hand van de factoren gemotiveerd waarom i.c. bewijsuitsluiting dient te volgen. In de praktijk wordt hier blijkbaar niet te zwaar aan getild. Daarnaast wordt in het verweer niet één van de categorieën genoemd, die de Hoge Raad in het Examen-arrest heeft geformuleerd. Dit komt doordat bovenstaande zaak zich heeft voorgedaan vóór het gewezen arrest.

§4.2 De heer C.

De heer C. (hierna verdachte) stond terecht voor het verrichten van voorbereidingshandelingen met betrekking tot het bereiden van een materiaal bevattende amfetamine en MDMA door onder meer meerdere flessen methylamine op te slaan in zijn loods en af te leveren aan derden.

De feiten

Door een Roemeense firma was bij een Duits bedrijf een groot aantal flessen methylamine besteld met het verzoek deze flessen verzend klaar te zetten bij een filiaal in Duitsland, alwaar de flessen met eigen vervoer zouden worden opgehaald. Door de Duitse autoriteiten werd een onderzoek gestart op grond waarvan het vermoeden is ontstaan dat J. de Duitse tussenpersoon was tussen de Roemeense besteller van de flessen en afnemers in Nederland, waarbij methylamine gebruikt zou worden voor het vervaardigen van drugs.

⁸² Hof 's-Hertogenbosch 27 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ2587.

Door de Duitse autoriteiten werd doorgegeven dat de flessen in vier transporten vanuit het filiaal naar de garagebox van de verdachte werden gebracht. Naar aanleiding hiervan is een strafrechtelijk onderzoek gestart waarbij verschillende observaties hebben plaatsgevonden en waarbij verschillende taps zijn uitgevoerd.

Het verweer van de verdediging

De flessen werden opgeslagen in de loods van de verdachte. Gebleken is dat een aantal leveringen van gasflessen door het OM waren doorgelaten. Voor het doorlaten van de flessen is ontheffing nodig van het College van procureurs-generaal. Daarnaast dient de minister van Veiligheid en Justitie op de hoogte te worden gebracht. I.c. ontbrak de ontheffing. Dit is een zeer ernstige schending van artikel 126ff Sv en artikel 140a Sv, aldus de raadsman. Er zijn in totaal 14 leveringen doorgelaten zonder toestemming. Dit is volgens de raadsman zeer kwalijk en dient te leiden tot niet-ontvankelijkheid van het OM dan wel tot bewijsuitsluiting. De raadsman pleit dan ook voor een vrijspraak in deze zaak.

Beslissing rechtbank

De rechtbank oordeelde als volgt: "Met de officier van justitie is de rechtbank van oordeel dat de flessen methylamine geen goederen betreffen die voldoen aan de criteria gesteld krachtens artikel 126ff Sv juncto 140a Sv in de zin van direct schadelijk zijn voor de volksgezondheid dan wel een gevaar vormen voor de veiligheid van de samenleving. Hierdoor is voor het laten voortduren van de handel in flessen methylamine geen ontheffing vereist. Volgens de rechtbank kon niet gesteld worden dat sprake is van een vormverzuim in de zin van artikel 359a Sv, welk verzuim tot niet-ontvankelijkheid zou kunnen leiden."

De rechtbank achtte het wettig en overtuigend bewezen dat de verdachte (samen met anderen) het ten laste gelegde feit heeft gepleegd. Volgens de rechtbank speelde de verdachte een cruciale rol door onder meer flessen methylamine op te slaan.

Conclusie

Het verweer van de verdediging is primair gericht op de niet-ontvankelijkheid van het OM en subsidiair gericht op bewijsuitsluiting. In de pleitnota wordt allereerst een opsomming gegeven van de feiten. Daarna is door de verdediging gesteld dat sprake is van een vormverzuim. Tot slot is aangegeven dat aan dit vormverzuim een consequentie dient te worden verbonden. Zoals in §2.3.3.3 al is beschreven, is de niet-ontvankelijkheid van het OM de zwaarste sanctie die kan volgen op een vormverzuim en dit wordt slechts in uitzonderlijke gevallen toegepast. In bovenstaande zaak is het bewijsverweer niet gehonoreerd. Doordat de flessen methylamine niet onder artikel 126ff Sv juncto 140a Sv vielen, was ook geen sprake van een vormverzuim, aldus de rechtbank. Hierdoor kon zowel het verweer inzake de niet-ontvankelijkheid van het OM als het bewijsuitsluitingsverweer niet slagen.

Wat opvalt aan het verweer is dat het Zwolsmancriterium (zie voor nadere uitleg van dit criterium §2.3.3.3) bij de niet-ontvankelijkheid van het OM niet door de verdediging is genoemd. Het is van belang om dit criterium in het verweer te betrekken, aangezien de niet-ontvankelijkheid van het OM alleen zal worden aangenomen wanneer blijkt dat voldaan is aan de eisen die staan vermeld in het Zwolsmancriterium.

Indien de rechtbank van oordeel zou zijn geweest dat de flessen methylamine wel onder artikel 126ff Sv juncto 140a Sv vielen, was het maar de vraag of het verweer zou slagen. Het zal voor de verdediging niet makkelijk zijn geweest om aan te tonen dat is voldaan aan het Zwolsmancriterium. Het OM zal hoogstwaarschijnlijk niet doelbewust de belangen van de verdachte hebben geschaad, waardoor het niet makkelijk zou zijn geweest om te voldoen aan dit criterium.

§4.3 De heer Z.

In deze zaak stond de heer Z. (hierna verdachte) terecht voor een aantal strafbare feiten. Enkel het tweede, het derde en het vierde feit zullen worden besproken, aangezien ten aanzien van deze feiten door de verdediging is verzocht om een sanctie te verbinden aan een vormverzuim dat is geconstateerd. Alle drie de feiten hebben – kort gezegd – betrekking op een poging tot moord dan wel doodslag dan wel zware mishandeling.

De feiten

De verdachte heeft zich binnen een periode van een aantal maanden schuldig gemaakt aan meerdere strafbare feiten. Het tweede feit, dat hieronder zal worden besproken, heeft betrekking op het schieten met een vuurwapen op een auto waarin zich drie personen bevonden. Het derde en het vierde feit dat zal worden besproken richt zich op het schieten met een vuurwapen op een persoon, genaamd de heer P. De heer P. heeft hiervan aangifte gedaan en is tevens als getuige gehoord.

Het verweer van de verdediging

Ten aanzien van feit twee is de verdediging van mening dat het OM niet-ontvankelijk moet worden verklaard in haar vervolging. De verdediging draagt daartoe ernstige inbreuken op de beginselen van een behoorlijke procesorde aan, waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling in zijn zaak is tekort gedaan (het Zwolsmancriterium). De officier van justitie had namelijk aan de raadsman van een van de benadeelde partijen het strafdossier verstrekt. Daarnaast bleken ook getuigen de beschikking te hebben gehad over (delen van) het dossier. Volgens de raadsman zijn de getuigen teveel gevoed met informatie afkomstig uit dit strafdossier en konden zij niet meer onderscheiden wat zij zelf hadden gezien en wat zij in het dossier hebben gelezen. Dit heeft geleid tot ernstige onherstelbare schade van de verdedigingsbelangen. Met grove veronachtzaming zijn de belangen van verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling in zijn zaak tekort gedaan. Dit is in strijd met het beginsel van fair trial (artikel 6 EVRM). Door het optreden van het OM is verdachte concreet in zijn belangen geschaad, aldus de raadsman. Tijdens het voorbereidend onderzoek zijn vormverzuimen begaan die niet meer kunnen worden hersteld. De raadsman verzoekt de rechtbank dan ook om het OM niet-ontvankelijk te verklaren. Indien de rechtbank anders van oordeel is, verzoekt de raadsman de verdachte op een andere wijze compensatie te geven voor voornoemde vormverzuimen. Ook ten aanzien van feit drie en feit vier is de verdediging van mening dat het OM niet-ontvankelijk dient te worden verklaard. Volgens de raadsman is bij het verbaliseren van de verhoren van de heer P. ernstig en onherstelbaar inbreuk gemaakt op de beginselen van een behoorlijke procesorde, waardoor met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte tekort is gedaan aan zijn recht op een eerlijk proces (Zwolsmancriterium). Onder meer zijn de resultaten van de verhoren door de officier van justitie achtergehouden en niet aan het dossier toegevoegd. Daarnaast zijn bij het opstellen van de processen-verbaal van de verhoren onderdelen van de eerdere verhoren door middel van knippen en plakken overgenomen met als doel te veinzen dat P. consistent heeft verklaard. Volgens de verdediging is in strijd gehandeld met de artikelen 152 en 153 lid 2 Sv waarin is bepaald op welke wijze een proces-verbaal dient te worden opgemaakt en aan welke vereisten het dient te voldoen. Doordat er vormverzuimen zijn begaan tijdens het voorbereidend onderzoek dient het OM niet-ontvankelijk te worden verklaard. Indien de rechtbank niet over zal gaan tot de niet-ontvankelijkheid van het OM, is subsidiair bepleit om de verklaring van P. uit te sluiten van het bewijs.

Beslissing rechtbank

Volgens de rechtbank is het uitgangspunt dat processtukken in principe aan (raadslieden van) een benadeelde partij worden verstrekt (artikel 51d lid 1 Sv (oud)), tenzij zich een uitzondering voordoet (artikel 51d lid 2 Sv (oud)).

De rechtbank oordeelde dat het aan de officier van justitie was om te beoordelen of zich een uitzondering voordeed op het moment van verstrekking van het strafdossier. De officier van justitie heeft ter terechtzitting aangegeven geen aanleiding te hebben gezien om een van die uitzonderingsbepalingen in te roepen. De rechtbank kwam tot het oordeel dat de officier van justitie bij die afweging niet doelbewust of met grove veronachtzaming tekort heeft gedaan aan de belangen van de verdachte. De verstrekking van het dossier levert volgens de rechtbank dan ook geen vormverzuim op in de zin van artikel 359a Sv. Voor een niet-ontvankelijkheid van het OM of voor enige andere compensatie wegens vormfouten is dan ook geen aanleiding, aldus de rechtbank.

Ten aanzien van feit drie en feit vier oordeelt de rechtbank onder meer dat in zijn algemeenheid niet kan worden gezegd dat het knip- en plakwerk van de verbalisanten ontoelaatbaar is. Er dient echter wel zorgvuldig te werk te worden gegaan bij het opmaken van processen-verbaal. Volgens de rechtbank zijn er "geen aanwijzingen dat in dit geval het "knippen en plakken" bij het opmaken van de processen-verbaal gebeurde met de bedoeling de belangen van de verdachte te schaden. Van enige feitelijke benadeling van de verdachte is niet gebleken". De rechtbank kwam tot de conclusie dat van ernstige vormfouten, zoals door de raadsman gesteld wordt, geen sprake is. Hierdoor werd het verweer inzake de niet-ontvankelijkheid van het OM verworpen. Ook was er volgens de rechtbank geen aanleiding de verklaring van P. van het bewijs uit te sluiten, zoals subsidiair door de raadsman werd bepleit.

Tegen bovenstaande uitspraak van de meervoudige kamer is hoger beroep ingesteld door het OM, gezien de vrijspraak voor een van de tenlastegelegde feiten. Dit gold logischerwijs niet voor een van de feiten waarin het verweer inzake de niet-ontvankelijkheid van het OM dan wel bewijsuitsluiting werd verworpen. De raadsman heeft om deze reden in hoger beroep nogmaals de niet-ontvankelijkheid en bewijsuitsluiting bepleit ten aanzien van de andere feiten. Echter, het Hof zag geen redenen om de andere feiten nader te bespreken. Hierdoor heeft het Hof het vonnis van de rechtbank met betrekking tot de bewezenverklaring van deze feiten bevestigd en hoefden de verweren van de verdediging ter zake van deze feiten niet te worden besproken.⁸³

Conclusie

Bovenstaande zaak vertoont veel gelijkenis met de zaak van de heer C. In beide zaken werd de niet-ontvankelijkheid van het OM bepleit door de raadsman en subsidiair bewijsuitsluiting. Dit verweer werd zowel in bovenstaande zaak als in de zaak van de heer C. verworpen, omdat de rechtbank oordeelde dat geen sprake was van een vormverzuim dan wel dat het vormverzuim niet ernstig genoeg was om hieraan een consequentie te verbinden.

Wanneer naar het verweer van de raadsman wordt gekeken, is in tegenstelling tot de zaak van de heer C. in bovenstaande zaak wel het Zwolsmancriterium benoemd en uitgewerkt. Echter, zoals hierboven al is beschreven, werd het verweer alsnog verworpen.

§4.4 Tussenconclusie

Een bewijsverweer wordt door het advocatenkantoor Loevendie Neijndorff Advocaten ingericht door te beginnen met een weergave van de feiten uit de betreffende zaak. Daarna wordt (vaak) aangegeven welk artikel uit Sv i.c. geschonden is en dat sprake is van een vormverzuim, dat zich heeft voorgedaan in het voorbereidend onderzoek en niet meer hersteld kan worden. Tot slot wordt een duidelijke conclusie gegeven, waaruit blijkt welke sanctie volgens de raadsman moet worden verbonden aan het vormverzuim. Indien de niet-ontvankelijkheid wordt bepleit, wordt vaak subsidiair bewijsuitsluiting bepleit. Bovenstaande dossiers hebben zich afgespeeld vóór het gewezen arrest van de Hoge Raad d.d. 19 februari 2013 (ook wel het Examen-arrest).

⁸³ Hof Den Haag 19 februari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:394.

Na dit arrest is het (met uitzondering van een paar zaken bij de politierechter) nog niet voorgekomen dat een vormverzuim is geconstateerd en dat om die reden een bewijsverweer is gevoerd. Hierdoor zijn de categorieën die de Hoge Raad in het Examen-arrest heeft geformuleerd nog niet in het verweer betrokken. Daarnaast is gebleken dat de factoren, genoemd in lid 2 van artikel 359a Sv niet worden benoemd. Van belang is om deze factoren te benoemen, omdat de strafrechter alleen dán gehouden is om op zo'n verweer te reageren. Echter, in de praktijk blijkt de strafrechter ook wel eens te reageren op een verweer indien dit niet is onderbouwd aan de hand van deze factoren. Verder is door het verrichte dossieronderzoek gebleken dat een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting (dan wel de niet-ontvankelijkheid van het OM) in de praktijk niet snel wordt gehonoreerd. Dit heeft verschillende oorzaken. In de zaak van de heer L. kon het verweer simpelweg worden verworpen, omdat er geen sprake was van onrechtmatig binnentreden. Ook kan een verweer in de praktijk worden verworpen, indien de rechtbank het vormverzuim niet ernstig genoeg vindt om hieraan een consequentie te verbinden. Daarnaast is het mogelijk dat de rechtbank tot het oordeel komt dat gewoonweg geen sprake is van een vormverzuim.

Hoofdstuk 5 Ervaringen uit de praktijk

In dit hoofdstuk staan de bevindingen centraal, die zijn gedaan door het afnemen van verschillende interviews. Allereerst zijn vijf strafrechtadvocaten geïnterviewd om op deze manier een beeld te kunnen schetsen hoe zij een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting inrichten. De bevindingen van deze interviews zullen hieronder worden besproken. De gehele interviews zijn opgenomen in de bijlagen. Naast het interviewen van strafrechtadvocaten zijn ook drie strafrechters geïnterviewd. Op deze manier kan worden gekeken hoe strafrechters omgaan met een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting. Ook voor de volledige uitwerking van deze interviews wordt verwezen naar de bijlagen.

§5.1 Strafrechtadvocaten

Zoals hierboven al is beschreven, zijn vijf strafrechtadvocaten geïnterviewd. De vraag die centraal stond tijdens deze interviews was: 'Hoe richten andere strafrechtadvocaten een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting in?'. Met behulp van vier hoofdvragen is getracht hier antwoord op te krijgen.

Constateren vormverzuim

Na het afnemen van de interviews is gebleken dat de meningen verdeeld zijn ten aanzien van de vraag of het regelmatig voorkomt dat een vormverzuim wordt geconstateerd in een strafzaak. Twee strafrechtadvocaten (namelijk mr. Jansen en mr. Smit) gaven aan dat dit nog wel regelmatig voorkomt.

"Die constateren we wel, maar het leidt de laatste jaren zelden meer überhaupt tot bewijsuitsluiting."
- Bijlage VIII Interview mr. Smit.

De overige drie strafrechtadvocaten gaven aan dat zij niet vaak een vormverzuim constateren in een strafzaak. Dit verklaart ook het geringe aantal dossiers dat kon worden bestudeerd in hoofdstuk vier.

Indien een vormverzuim voorkomt in een strafzaak, gaat het vaak om het binnentreden van een woning ter doorzoeking zonder dat daarvoor een machtiging is afgegeven, aldus mr. Bos. Ook mr. Smit gaf in het interview het voorbeeld van het onrechtmatig binnentreden.

Eisen bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting

"Ja, dat is met name artikel 359a Sv. Dat is eigenlijk ook steeds het artikel dat je er automatisch bij pakt."
- Bijlage IV Interview mr. Jansen.

Artikel 359a Sv is van belang als het gaat om de eisen die worden gesteld aan een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting. Met name lid 2 van dit artikel speelt een belangrijke rol bij de inrichting van een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting. Dit werd ook al aangegeven in §2.3.2. In elk interview werd aangegeven dat dit artikel wordt gebruikt bij de inrichting van een dergelijk verweer.

Niet alleen artikel 359a Sv is van belang bij de inrichting van een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting. Ook met het Examen-arrest dient rekening te worden gehouden wanneer men een bewijsverweer inricht. Zo dient er te zijn voldaan aan ten minste één van de drie categorieën die door de Hoge Raad zijn geformuleerd.

"Op 19 februari 2013 heeft de Hoge Raad gezegd: er worden drie aanvullende eisen gesteld. Er moet aan één van die eisen zijn voldaan." - Bijlage VIII Interview mr. Smit.

Ook mr. Jansen gaf aan dat hij het Examen-arrest er nog eens bij pakt als hij een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting opstelt. Tevens betreft hij in zijn verweer ook vaak de andere consequenties die kunnen worden verbonden aan een vormverzuim, zoals de niet-ontvankelijkheid van het OM. De niet-ontvankelijkheid van het OM hoeft men echter niet vaak te proberen volgens mr. Jansen. Dit komt doordat de Hoge Raad strenge eisen stelt aan deze consequentie.

“Vaak moet je in het verweer ook de andere mogelijkheden betrekken, zoals de niet-ontvankelijkheid van het OM. De niet-ontvankelijkheid van het OM hoef je eigenlijk bijna nooit te proberen.”
- Bijlage IV Interview mr. Jansen.

Gelet op het bovenstaande dient een verweer goed onderbouwd te zijn. Dit wordt ook bevestigd in het interview met mr. Bonis.

De gevolgen van het Examen-arrest

“Ik vind dat het Examen-arrest het OM en de politie minder redenen geeft om zelf te bewaken dat er geen vormverzuimen worden begaan. Ze weten dat het niet zo snel meer zal leiden tot bewijsuitsluiting.”
- Bijlage VI Interview mr. Bos.

Zoals uit het bovenstaande citaat blijkt, staat mr. Bos kritisch tegenover het Examen-arrest. Doordat de Hoge Raad zware eisen heeft geformuleerd in het Examen-arrest wordt bewijsuitsluiting niet snel meer aangenomen in de praktijk. Hierdoor valt de stimulans voor politie en justitie om zich aan de regels te houden weg, aangezien zij weten dat het overtreden van de wet niet snel meer zal leiden tot bewijsuitsluiting. Ook mr. Smit vond dat de Hoge Raad met het Examen-arrest net een stap te ver gaat.

“Persoonlijk vind ik dat de Hoge Raad net een stap te ver gaat. Neem dat huisrecht als voorbeeld. Er is uiteindelijk geen prikkel meer voor de politie om zich aan de regels te houden. Ze kunnen dus heel veel dingen doen en dat mag volgens de wet niet, maar dat leidt niet meer tot consequenties in de strafprocedure. Door zulke strenge eisen te stellen, krijg je dus nauwelijks meer bewijsuitsluiting. Dat is in mijn beleving een beetje een vrijbrief om je niet aan de regels te houden. Met name de aanvullende eisen in het Examen-arrest zijn zulke zware eisen. Daar voldoe je haast nooit meer aan. Er is ook nauwelijks meer jurisprudentie te vinden waarin bewijsuitsluiting wordt toegepast.”
- Bijlage VIII Interview mr. Smit.

Het realiseren van bewijsuitsluiting is ontzettend lastig geworden, omdat er hoge eisen worden gesteld aan artikel 359a Sv, aldus mr. Jansen. Dat bewijsuitsluiting zeer lastig is geworden, wordt ook bevestigd in het interview met mr. Bos en mr. Smit. Volgens mr. Jansen zijn er twee ontsnappingsroutes om bewijsuitsluiting alsnog te kunnen bewerkstelligen. Allereerst heeft het nog wel eens zin om een beroep te doen op een rechtsbeginsel. Hierbij kan men denken aan het beginsel *détournement de pouvoir* in het kader van de Wegenverkeerswet. Ook het aantonen dat een vormverzuim structureel plaatsvindt, heeft nog wel eens kans van slagen. Echter, mr. Jansen plaatste hierbij wel twee kanttekeningen. In zijn praktijk bleek namelijk dat hij dit vaak heeft aangevoerd, maar dat er met het verweer alsnog niet veel wordt gedaan. Tevens is het lastig om aan te kunnen tonen dat er sprake is van een structureel vormverzuim. “Bij wijze van spreken dien je een eigen database te hebben waaruit blijkt welke vormverzuimen structureel worden geschonden”, aldus mr. Jansen.

Naast het gevolg van het Examen-arrest dat bewijsuitsluiting niet snel meer wordt toegepast, dienen advocaten een verweer aanzienlijk beter te motiveren. Mr. Bos geeft in het interview aan dat een verweer met name beter dient te worden gemotiveerd als het aankomt op de schending van een belangrijk voorschrift en waarom dit voorschrift in jouw ogen zo belangrijk is.

In tegenstelling tot het bovenstaande waren er ook strafrechtadvocaten die aangaven dat de gevolgen van het Examen-arrest minder dan wel niet merkbaar zijn in de praktijk. Mr. Bonis gaf bijvoorbeeld aan dat er nog wel openingen in het Examen-arrest zitten. Hij geeft daarbij het voorbeeld van de categorie 'een belangrijk strafvorderlijk voorschrift' (nadere uitleg van deze categorie is terug te vinden in §3.1.1). Advocaten zullen volgens mr. Bonis geneigd zijn om uit te leggen dat het geschonden voorschrift een belangrijk voorschrift betreft.

“Er zitten nog wel openingen in, zoals bij de situatie dat een ander belangrijk voorschrift in aanzienlijke mate moet zijn geschonden. Daar zit toch wel een subjectief criterium in. Want ja, wat is belangrijk? Ik weet nou niet of ze het wel zo dicht timmeren. Het geeft in ieder geval denk ik voor rechters in de lagere echelons voldoende gelegenheid er omheen te redeneren. De Hoge Raad zegt dit en dat, maar in de lagere rechtspraak wordt de soep nooit zo heet gegeten.”
- Bijlage VII Interview mr. Bonis.

Ook mr. Boekhoud zag niet veel problemen als het aankwam op het Examen-arrest. Volgens hem heeft de Hoge Raad uitgelegd dat sprake moet zijn van een beginsel dat in aanzienlijke mate is geschonden, wil bewijsuitsluiting kunnen worden toegepast. Mr. Boekhoud gaf aan dat hieronder veel kan worden verstaan. Hij gaf het voorbeeld van een doorzoeking waarbij de privacy van iemand wordt geschonden. Volgens hem is er dan sprake van een aanzienlijke schending.

“Wat je ziet in het Examen-arrest is dat de Hoge Raad eigenlijk uitlegt dat er wel een serieus beginsel geschonden moet zijn, voordat je die zware sanctie eraan mag koppelen. Nou, dat kan heel veel zijn. In een geval van een doorzoeking is doorgaans de privacy van iemand in het geding.”
- Bijlage V Interview mr. Boekhoud.

Aanpassing opbouw bewijsverweer

De vraag is of het Examen-arrest een aanleiding is geweest om de inrichting van een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting aan te passen.

Mr. Smit gaf in het interview aan dat het Examen-arrest wel heeft geleid tot een aanpassing van de pleitnota's. Naast het benoemen van de factoren, genoemd in artikel 359a lid 2 Sv, dient nu ook in de pleitnota's te worden aangegeven dat één van de categorieën, geformuleerd in het Examen-arrest, i.c. van toepassing is.

“Absoluut. We konden niet anders. Wij hadden al pleitnota's op artikel 359a lid 2 Sv. We hebben daar nu wel hetgeen de Hoge Raad in het Examen-arrest heeft gezegd aan toegevoegd. Als je er niks over zegt, kun je een verweer net zo goed achterwege laten.”
- Bijlage VIII Interview mr. Smit.

Mr. Bos heeft door het Examen-arrest ook de inrichting van een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting aangepast. Een verweer dient naar zijn mening uitvoeriger te zijn. Volgens mr. Bos moet meer nadruk worden gelegd op de vraag waarom bewijsuitsluiting moet volgen. Naar aanleiding van dit arrest zijn advocaten hun verweer uitgebreider gaan motiveren, aldus mr. Boekhoud.

“Advocaten gingen toch meer beargumenteren waarom die sanctie moest worden toegepast. Er ligt bij de advocaat een behoorlijke onderbouwingsplicht. We moeten dat verweer wel echt handen en voeten geven. Je kan als advocaat niet zomaar wat roepen in de hoop dat het dan blijft hangen.”

- Bijlage V Interview mr. Boekhoud.

Voor mr. Bonis was dit arrest geen aanleiding om de inrichting van een bewijsverweer aan te passen. Na het arrest heeft mr. Bonis nog niet te maken gehad met zaken waarin een vormverzuim is geconstateerd. Tevens heeft hij aangegeven dat wanneer dit wel het geval zou zijn, hij niet stil zal staan bij dit arrest. Dit komt doordat mr. Bonis zijn verweer normaliter al uitgebreid motiveert.

“En ook al zou het voorgevallen zijn, dan zit ik niet echt met dat arrest in mijn hoofd.”

- Bijlage VII Interview mr. Bonis.

Tot slot is de vraag gesteld hoe strafrechters omgaan met een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting.

“Door het arrest van de Hoge Raad zijn ze een stuk terughoudender en passen ze sneller de strafmaat aan en laten het daarin terug komen.”

- Bijlage VI Interview mr. Bos.

Niet alleen mr. Bos kwam met het antwoord dat strafrechters terughoudend zijn. Ook mr. Bonis en mr. Smit gaven dit aan. Dat strafrechters terughoudend zijn, heeft volgens mr. Smit te maken met het gegeven dat strafrechters ook worstelen met het hele verhaal hoe ze een verzoek moeten verwerpen. Daarnaast vinden strafrechters het ook moeilijk om beargumenteerd te krijgen dat bewijsuitsluiting moet volgen. Als rechterplaatsvervanger ziet hij echter wel dat advocaten een verzoek tot bewijsuitsluiting soms heel slecht motiveren.

“Bij sommige advocaten krijg je de indruk van: heb je het Examen-arrest wel gelezen? Daar kan je dan als rechter heel snel korte metten mee maken, want dan is het onvoldoende gemotiveerd en dan hoef je er zelfs niet eens op in te gaan, want het moet een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt zijn.”

- Bijlage VIII Interview mr. Smit.

§5.2 Strafrechters

Naast het interviewen van vijf strafrechtadvocaten zijn ook drie strafrechters geïnterviewd. Dit was van belang, omdat op deze manier in kaart kon worden gebracht hoe zij omgaan met een bewijsverweer. De belangrijkste vraag die centraal stond tijdens de interviews was: Wanneer heeft een verzoek tot bewijsuitsluiting kans van slagen?

“Wil een bewijsverweer kans van slagen hebben, dan moet het vormverzuim vast komen te staan en daar moet wel het een en ander voor gesteld worden natuurlijk.”

- Bijlage IX Interview mr. Putters.

Indien een vormverzuim vast komt te staan, wordt vervolgens gekeken of dit vormverzuim zo ernstig is dat het een consequentie moet hebben. Hierbij dient rekening te worden gehouden met de factoren die in lid 2 van artikel 359a Sv staan genoemd, aldus mr. Putters. Wanneer in strijd met de vereisten wordt doorzocht of er is binnengetrepen zonder bevoegdheid lost dit zich alleen maar op in bewijsuitsluiting of wordt rekening gehouden met de strafmaat.

Ook wanneer duidelijk is geworden dat sprake is van een vormverzuim en door het verzuim zoveel bewijs is verkregen dat het doorslaggevend gaat worden voor de vraag of iemand wel of niet veroordeeld gaat worden, moet je bijna wel aan bewijsuitsluiting gaan denken. Soms zit er echter zoveel bewijs in het dossier dat je het niet nodig hebt.

Mr. Wouters geeft aan dat een verweer onderbouwd moet zijn, wil het een kans van slagen hebben.

“Het moet op een juridische grondslag berusten en het moet ook feitelijk juist zijn. In de praktijk merk ik toch wel heel vaak dat een verweer niet gehonoreerd wordt, omdat het niet onderbouwd is dan wel onvoldoende onderbouwd.” - Bijlage X Interview mr. Wouters.

Volgens mr. Veenstra dient een verweer aan de hand van de criteria van artikel 359a lid 2 Sv te worden gevoerd. Echter, dit wordt volgens mr. Veenstra vaak niet of in ieder geval niet volledig gedaan. Indien duidelijk wordt benoemd welke norm volgens de verdediging is geschonden en welk rechtsgevolg daaraan verbonden dient te worden, heeft het alsnog een kans van slagen, aldus mr. Veenstra.

“In beginsel zal een verweer aan de hand van de criteria van artikel 359a lid 2 Sv gevoerd moeten worden, dus aan de hand van de drie daarin genoemde criteria. In veel gevallen wordt dit niet, of in ieder geval niet volledig gedaan. Als echter duidelijk wordt benoemd welke norm volgens de verdediging is geschonden en welk rechtsgevolg daaraan verbonden dient te worden (waarbij dus niet alle factoren van het tweede lid zijn genoemd), zal ik er wel inhoudelijk op ingaan en heeft het dus wel kans van slagen.”
- Bijlage XI Interview mr. Veenstra.

De gevolgen van het Examen-arrest

De vraag, die tevens aan de orde is gekomen tijdens de interviews, is of het Examen-arrest gevolgen heeft gehad als het gaat om het toewijzen dan wel het verwerpen van een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting.

“Als je naar de letter van de Hoge Raad kijkt, kom je bijna nooit meer aan bewijsuitsluiting toe. Je ziet een lijn in de jurisprudentie van de Hoge Raad van de afgelopen jaren dat aan formaliteiten minder zwaar wordt getild, terwijl in het materiële strafrecht de rechter veel meer moet motiveren, want het is vaak ook gewoon een kwestie van motiveren. Dit betekent dat je in een aantal gevallen waar je vroeger wel kwam tot bewijs, er nu niet meer komt.”
- Bijlage X Interview mr. Wouters.

Uit §5.1 bleek dat bewijsuitsluiting nauwelijks meer wordt toegepast. Dit wordt ook bevestigd door de strafrechters. Mr. Wouters plaatst vraagtekens bij de toepassing van het Examen-arrest. Volgens hem konden namelijk al veel bewijsverweren worden verworpen zonder toepassing van het arrest.

“De vraag is of dat is gebaseerd op het Examen-arrest of dat het gebaseerd is op wat we vroeger ook al deden, namelijk dat heel veel verweren konden worden weggeschreven los van het Examen-arrest. Dat deden we al best vaak. Dan moest het wel heel erg zijn, wil je tot bewijsuitsluiting overgaan.”
- Bijlage X Interview mr. Wouters.

Ook mr. Putters vraagt zich af of het niet honoreren van bewijsuitsluiting te maken heeft met het Examen-arrest. Dat bewijsverweren vaak niet slagen, komt volgens mr. Putters doordat het verzuim niet ernstig genoeg is. Mr. Wouters geeft hier een voorbeeld van;

“Wanneer jouw privacy wordt geschonden, betekent dat niet dat je daardoor geen eerlijk proces meer hebt. Als de politie dus bij jou binnenvalt en de last van binnentreden is niet in orde, hoeft dat niet meer fataal te zijn, tenzij de politie er misbruik van maakt. Dat wordt ook wel het stelselmatig karakter genoemd.” - Bijlage X Interview mr. Wouters.

Naast het voorbeeld dat een bewijsverweer vaak niet slaagt, omdat het verzuim niet ernstig genoeg is, geeft mr. Putters nog een reden. Indien het onrechtmatig verkregen bewijs niet voor het bewijs zal worden gebruikt, omdat er bijvoorbeeld genoeg andere bewijsmiddelen zijn, wordt een dergelijk bewijsverweer onbesproken gelaten. Daarnaast staan strafrechters in het algemeen ook niet te springen om tot bewijsuitsluiting over te gaan als er iets mis is gegaan, aldus mr. Putters.

Mr. Wouters geeft aan dat het kijken naar een belangenafweging vaak een manier is om een verweer weg te schrijven. Indien de verdachte namelijk niet in zijn belangen is geschaad, hoeft er ook geen sanctie te worden verbonden aan een vormverzuim.

Zoals mr. Wouters al aangaf, dient een verweer onderbouwd te zijn. Naar aanleiding van het Examen-arrest is het voor de verdediging van belang om één van de categorieën te betrekken die de Hoge Raad in het Examen-arrest heeft geschetst.

“Ze moeten wel duidelijk aangeven om welke situatie het gaat en waarom dat in deze zaak aan de orde is. Ook moeten ze aangeven waarom dat tot bewijsuitsluiting moet leiden. Je kunt niet alleen maar roepen als verdediging. Je moet het ook goed onderbouwen en je moet er ook een duidelijke conclusie aan verbinden.”

- Bijlage X Interview mr. Wouters.

Ook mr. Veenstra gaf aan dat in het verweer goed onderbouwd moet worden waarom sprake is van een situatie genoemd in het Examen-arrest. Mr. Veenstra merkte op dat hij in de praktijk de situaties waarin sprake is van een schending van artikel 6 EVRM of het structurele karakter van een vormverzuim nog niet heeft meegemaakt.

Tot slot gaf mr. Putters aan dat strafrechters gecharmeerd zijn van advocaten die enigszins realistisch pleiten.

“Wat ook wel gebeurt is het volgende: heel reële advocaten beginnen met te zeggen dat sprake is van een ernstig vormverzuim, maar realiseren zich dat het verzuim niet tot niet-ontvankelijkheid van het OM kan leiden en ook aangeven dat het een te ver gaande consequentie zou zijn. Vervolgens geven ze aan dat het in ieder geval tot bewijsuitsluiting moet leiden. Dat bekt ook beter. Wij zijn altijd wel gecharmeerd van advocaten die enigszins realistisch pleiten.”

- Bijlage IX Interview mr. Putters.

§5.3 Tussenconclusie

Uit de interviews met de strafrechtadvocaten is gebleken dat bij de inrichting van een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting rekening wordt gehouden met de factoren die zijn genoemd in artikel 359a lid 2 Sv. Daarnaast houdt een aantal strafrechtadvocaten rekening met het Examen-arrest. Tevens is het van belang dat een bewijsverweer onderbouwd dient te zijn. Door de strafrechtadvocaten wordt ook aangegeven dat bewijsuitsluiting in de praktijk nauwelijks meer wordt aangenomen. Volgens de meeste strafrechtadvocaten komt dit doordat de Hoge Raad strenge eisen heeft gesteld in het Examen-arrest. Een aantal strafrechtadvocaten gaf ook aan dat dit arrest een aanleiding is geweest om de inrichting van een bewijsverweer aan te passen. Met name dienen de strafrechtadvocaten een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting aanzienlijk beter te motiveren. Tot slot is gebleken dat strafrechters zich terughoudend opstellen naar aanleiding van het Examen-arrest.

Ook de strafrechters gaven aan dat een verweer vaak niet wordt gehonoreerd. De strafrechters vragen zich wel af of dat het gevolg is van het Examen-arrest. Veel verweren kunnen namelijk worden verworpen zonder toepassing van het Examen-arrest. Dat verweren vaak verworpen kunnen worden in de praktijk heeft volgens de strafrechters te maken met het feit dat een dergelijk verweer onvoldoende wordt onderbouwd. Strafrechters kijken voornamelijk of het verzuim ernstig genoeg is om hieraan een sanctie te verbinden. Tevens wordt bekeken in hoeverre de verdachte door het verzuim in zijn belangen is geschaad.

Hoofdstuk 6 De knelpunten en verbetermogelijkheden

Naar aanleiding van het onderzoek naar het recht en naar de praktijk is een aantal knelpunten ontdekt als het aankomt op (de inrichting van) een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting. Deze knelpunten, alsmede de verbeteringen die eventueel gerealiseerd zouden kunnen worden in de praktijk, zullen in dit hoofdstuk worden besproken.

§6.1 Knelpunten als gevolg van het Examen-arrest

In deze paragraaf zullen de knelpunten worden besproken die zijn ontstaan door het gewezen arrest van de Hoge Raad d.d. 19 februari 2013 (Examen-arrest). Teven zullen de oplossingen/verbetermogelijkheden worden geschetst. Door middel van interviews zijn deze knelpunten naar voren gekomen. De dossiers die zijn onderzocht in hoofdstuk vier hebben zich afgespeeld voor het Examen-arrest, waardoor geen knelpunten konden worden geschetst met betrekking tot het Examen-arrest. De onderstaande knelpunten kunnen zich ook voordoen binnen het advocatenkantoor Loevendie Neijndorff Advocaten naar aanleiding van het Examen-arrest.

§6.1.1 Voldoen aan (te) strenge eisen

In het Examen-arrest heeft de Hoge Raad de lat voor bewijsuitsluiting erg hoog gelegd door strenge eisen te stellen aan de toepassing van bewijsuitsluiting. Slechts in uitzonderlijke gevallen kan bewijsuitsluiting nog worden toegepast. Enkel wanneer door het verzuim geen sprake meer is van een eerlijk proces ingevolge artikel 6 EVRM, een ander belangrijk strafvorderlijk voorschrift in aanzienlijke mate wordt geschonden of wanneer sprake is van een structureel vormverzuim kan worden overgegaan tot bewijsuitsluiting. Door zulke strenge eisen te stellen, is de ruimte voor de verdediging om bewijsuitsluiting te realiseren niet groot meer. Voor de verdediging is het daardoor een lastige opgave om te voldoen aan de aanvullende eisen van de Hoge Raad. Hierdoor wordt bewijsuitsluiting in de praktijk nauwelijks meer aangenomen.⁸⁴

§6.1.1.1 Verbetermogelijkheden

Het is niet eenvoudig om een oplossing te geven als het aankomt op de strenge eisen die door de Hoge Raad zijn geformuleerd. De Hoge Raad heeft nu eenmaal een grote verantwoordelijkheid neergelegd bij de advocatuur. De verdediging dient rekening te houden met de (strenge) eisen, wil een verzoek tot bewijsuitsluiting kans van slagen hebben. Alleen de Hoge Raad kan ten aanzien van dit knelpunt uitkomst bieden door in de toekomst terug te komen op dit leerstuk, waarbij de Hoge Raad bijvoorbeeld aangeeft dat de eisen soepeler gehanteerd dienen te worden. Op deze manier krijgt de advocatuur meer ruimte inzake de inrichting van een bewijsverweer en is het mogelijk dat een bewijsverweer in de praktijk vaker zal worden gehonoreerd. Tot op heden is de Hoge Raad echter nog niet teruggekomen op het Examen-arrest en dient de advocatuur rekening te houden met onder meer de strenge eisen in het Examen-arrest. Ten aanzien van de (strenge) eisen die worden gesteld aan een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting kunnen dan ook geen verbetermogelijkheden worden gegeven.

§6.1.2 Aantonen structureel karakter

Zoals hierboven en in §3.1.1 al is aangegeven, heeft de Hoge Raad drie aanvullende condities geformuleerd. De verdediging dient in het verweer aan te geven van welke situatie i.c. sprake is. De Hoge Raad geeft echter van de laatste situatie, namelijk het structurele karakter van een vormverzuim, geen voorbeelden. Het is aan de verdediging om aan te tonen dat hiervan sprake is.

⁸⁴ Zie bijlage IV: Interview mr. Jansen, bijlage VI: Interview mr. Bos & bijlage VIII: Interview mr. Smit.

Tijdens de interviews⁸⁵ is naar voren gekomen dat het aantonen van het structurele karakter een knelpunt is, omdat het voor de verdediging lastig is om aannemelijk te kunnen maken dat structureel dezelfde vormvoorschriften worden geschonden.⁸⁶ Een verweer in het kader van het structurele karakter van een vormverzuim is in de praktijk voor zover bekend ook nog niet aangenomen.

§6.1.2.1 Verbetermogelijkheden

Een oplossing voor het probleem dat de situatie inzake het structurele karakter lastig is om aan te tonen, is het aanleggen van een database. In een dergelijke databank kunnen alle vormverzuimen die door de strafrechter zijn geconstateerd worden opgenomen. Hierdoor kan inzicht worden verkregen ten aanzien van vormverzuimen die structureel worden geschonden. Het nadeel van deze oplossing is dat het bundelen van al deze vormverzuimen wel de nodige tijd in beslag zal nemen. Mr. Malewicz is met een andere oplossing gekomen. Hij heeft namelijk in het Advocatenblad advocaten opgeroepen om ervaringen te delen, zodat in beeld kan worden gebracht welke vormverzuimen structureel worden geschonden. Dit kan zeker worden gezien als een goede oplossing, omdat op deze manier kan worden bekeken welke vormverzuimen structureel worden geschonden, waardoor het mogelijk wordt voor de advocatuur om deze laatste categorie te gebruiken bij de inrichting van een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting. Hierdoor kan de verdediging, naast de situatie dat sprake is van een schending van artikel 6 EVRM dan wel sprake is van een ander strafvorderlijk voorschrift dat in aanzienlijke mate wordt geschonden, ook kiezen (indien de zaak zich er voor leent) om het structurele karakter op te nemen in het verweer. Echter, de resultaten van welke vormverzuimen structureel worden geschonden, zijn nog niet gepubliceerd.

§6.1.3 Terughoudendheid strafrechters

In het Examen-arrest heeft de Hoge Raad strenge eisen gesteld aan de motivering van de strafrechter. Indien de strafrechter van mening is dat bewijsuitsluiting dient te worden toegepast, is deze sanctie bij een schending van een belangrijk strafvorderlijk voorschrift dan wel een structureel karakter van een vormverzuim alleen aangewezen met als doel het verzuim in de toekomst te voorkomen. Doordat de Hoge Raad strenge eisen heeft gesteld aan de motiveringsplicht, stellen strafrechters zich terughoudend(er) op als het aankomt op het toepassen van bewijsuitsluiting.⁸⁷ De terughoudendheid van strafrechters wordt in de praktijk gezien als een knelpunt, aangezien door deze terughoudendheid strafrechters vaak niet eens ingaan op een gevoerd bewijsverweer van de verdediging.⁸⁸

§6.1.3.1 Verbetermogelijkheden

Het gegeven dat strafrechters zich terughoudend opstellen, is voornamelijk ontstaan door het Examen-arrest. De Hoge Raad zou dit knelpunt kunnen verhelpen door de strafrechters meer ruimte te bieden bij de beslissing of bewijsuitsluiting dient te worden toegepast. Op dit moment is de rechterlijke vrijheid zeer beperkt, nu de Hoge Raad een heel stappenplan heeft gegeven waar de strafrechters rekening mee moeten houden (waaronder het meewegen van de negatieve effecten van bewijsuitsluiting). Indien strafrechters meer vrijheid hebben om te beoordelen of bewijsuitsluiting dient te worden toegepast, zullen zij zich wellicht ook minder terughoudend opstellen. Het knelpunt dat strafrechters niet ingaan op een bewijsverweer kan zijn oorzaak vinden in het feit dat het verweer van de verdediging geen uitdrukkelijk onderbouwd standpunt betreft. De strafrechter hoeft dan namelijk niet te reageren op het verweer. Het is voor de advocatuur van belang dat een verweer onderbouwd is, want alleen op zo'n verweer dient de strafrechter te reageren.

⁸⁵ Zie bijlage IV: Interview mr. Jansen & bijlage VIII: Interview mr. Smit.

⁸⁶ Zie bijlage IV: Interview mr. Jansen & bijlage VIII: Interview mr. Smit.

⁸⁷ Zie bijlage VI: Interview mr. Bos, bijlage VII: Interview mr. Bonis & bijlage VIII: Interview mr. Smit.

⁸⁸ Zie bijlage IV: Interview mr. Jansen.

Echter, het is ook mogelijk dat er genoeg andere bewijsmiddelen aanwezig zijn in het dossier, waardoor het verweer simpelweg niet besproken hoeft te worden. Een verbeterpunt voor de verdediging ten aanzien van dit punt is om te bekijken of door het verzuim zoveel bewijs is verkregen dat dit doorslaggevend zal zijn of een verdachte zal worden veroordeeld. Indien dit namelijk het geval is, zal een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting wellicht eerder worden aangenomen door de strafrechter.⁸⁹ Het is voor de verdediging wel van belang, ook al zijn strafrechters terughoudend(er), om verwerpen inzake bewijsuitsluiting te blijven voeren indien een vormverzuim wordt geconstateerd en dit volgens de verdediging zou moeten leiden tot bewijsuitsluiting. Er zijn namelijk nog diverse zaken die zich hebben afgespeeld na het Examen-arrest waarin een bewijsuitsluitingsverweer door de strafrechter wel is gehonoreerd.⁹⁰

§6.1.4 Onvoldoende kennis

Ook de onvoldoende kennis van sommige strafrechters en strafrechtadvocaten kan worden gezien als een knelpunt. Doordat sommige strafrechtadvocaten weinig kennis hebben inzake het Examen-arrest kan het in de praktijk voorkomen dat een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting niet wordt ingericht aan de hand van de gestelde criteria die in het Examen-arrest zijn geformuleerd.

In §6.1.3 is aangegeven dat strafrechters zich terughoudend opstellen. Dit kan zijn oorzaak vinden in het gegeven dat strafrechters niet precies weten hoe zij een bewijsverweer moeten verwerpen dan wel honoreren.⁹¹

§6.1.4.1 Verbetermogelijkheden

Het bovenstaande knelpunt kan worden opgelost door het geven van cursussen. Hierdoor kunnen strafrechtadvocaten en strafrechters worden ingelicht over het Examen-arrest. Wanneer de strafrechtadvocaten voldoende kennis over het arrest hebben, kunnen verwerpen beter worden ingericht. Hierdoor kan voorkomen worden dat bewijsverwerpen worden verworpen, omdat het verweer niet voldoende onderbouwd is. Daarnaast weten strafrechters, indien zij het Examen-arrest kennen, hoe zij met bewijsverwerpen dienen om te gaan. Hierdoor kan wellicht ook de terughoudendheid gedeeltelijk worden teruggedrongen. Strafrechters zullen zich toch enigszins terughoudend op blijven stellen, aangezien de rechterlijke vrijheid in het Examen-arrest is beperkt zoals ook beschreven in §6.1.3.

§6.2 Overige knelpunten

Naast de knelpunten die zijn ontstaan als gevolg van het gewezen Examen-arrest zijn los van dit arrest ook knelpunten ontstaan ten aanzien van een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting.

§6.2.1 Verwerpen bewijsverweer

Niet alleen na het Examen-arrest werden bewijsverwerpen met regelmaat verworpen. Tijdens het dossieronderzoek (zie hiervoor hoofdstuk vier) is namelijk gebleken dat ook voor het arrest bewijsverwerpen door de strafrechter werden verworpen. Dit kwam onder meer doordat de strafrechter het vormverzuim niet ernstig genoeg vond. Dit kan worden gezien als knelpunt, aangezien hierdoor geen sanctie werd verbonden aan het verzuim. Het gevolg hiervan kan zijn dat politie en justitie verzuimen op de koop toe nemen, aangezien de kans bestaat dat in de strafprocedure toch geen sanctie wordt verbonden aan een verzuim.

⁸⁹ Zie bijlage IX: Interview mr. Putters.

⁹⁰ Zie bijvoorbeeld de uitspraken: Hof 's-Hertogenbosch 27 februari 2013, ECLI:GHSHE:2013:BZ2587, Rb. Limburg 4 september 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:5109, Rb. Den Haag 22 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:16091.

⁹¹ Zie bijlage VIII: Interview mr. Smit.

Ook hebben sommige strafrechtadvocaten moeite met het gegeven dat de Hoge Raad heeft bepaald dat het belang van de verdachte dat een strafbaar feit niet wordt ontdekt, niet een rechtens te beschermen belang is. Echter, vaak wordt door het verzuim een strafbaar feit ontdekt, maar dit is, zoals hierboven aangegeven, volgens de Hoge Raad geen nadeel voor de verdachte. Hier kan een bewijsverweer vaak al op stuk lopen, aangezien door het verzuim nadeel moet zijn veroorzaakt.⁹²

§6.2.1.1 Verbetermogelijkheden

Om een geslaagd verweer te kunnen bewerkstelligen, is het noodzakelijk om de ernst van het vormverzuim aan te tonen. Dit is ook een van de factoren, die genoemd is in artikel 359a lid 2 Sv. Het is dan ook van belang om bij de inrichting van een bewijsverweer rekening te houden met deze factoren. Aan de hand van deze factoren kan men namelijk aantonen hoe ernstig het vormverzuim was. Daarnaast is het voor de advocatuur alleen zinvol om een bewijsverweer te voeren bij (zeer) ernstige vormverzuimen en realistisch te pleiten. Een ernstig vormverzuim is bijvoorbeeld een doorzoeking zonder verleende machtiging.⁹³ Het is zonde van de tijd om bewijsverweren met een verzoek tot bewijsuitsluiting te voeren bij lichte vormverzuimen. De kans dat strafrechters de sanctie bewijsuitsluiting toepassen is in die gevallen zeer klein.

Tot slot het punt dat het belang van de verdachte dat een strafbaar feit niet wordt ontdekt, niet kan worden aangemerkt als een rechtens te beschermen belang. Indien de factoren, genoemd in artikel 359a lid 2 Sv worden uitgewerkt, kan voorkomen worden dat een bewijsverweer op dit punt stuk loopt. Eén van de factoren luidt namelijk: 'nadeel dat door het geschonden voorschrift wordt veroorzaakt'. Hierdoor kan men al nadenken over wat daadwerkelijk het nadeel is geweest van het vormverzuim. Indien dit het ontdekken van het strafbare feit is geweest, kan het voeren van een bewijsverweer achterwege worden gelaten.

§6.3 Tussenconclusie

Naar aanleiding van het Examen-arrest is de toepassing van bewijsuitsluiting nauw begrensd. Als gevolg hiervan is in de praktijk een aantal knelpunten ontstaan. Allereerst is het knelpunt ontstaan dat bewijsuitsluiting in de praktijk niet snel meer wordt aangenomen. Echter, niet alleen na het Examen-arrest konden bewijsverweren met regelmaat worden verworpen. Ook voor dit arrest konden verweren worden verworpen, omdat bijvoorbeeld het vormverzuim niet ernstig genoeg was. Verder blijkt het in de praktijk niet gemakkelijk te zijn om het structurele karakter aan te kunnen tonen. Daarnaast stellen strafrechters zich terughoudend op en hebben sommige strafrechters en strafrechtadvocaten onvoldoende kennis inzake het Examen-arrest. Tot slot is gebleken dat sommige strafrechtadvocaten moeite hebben met het gegeven dat de Hoge Raad heeft bepaald dat het belang van de verdachte dat een strafbaar feit niet wordt ontdekt, niet een rechtens te beschermen belang is.

Gebleken is dat het niet eenvoudig is om alle knelpunten weg te nemen, omdat de meeste knelpunten zijn ontstaan door het gewezen Examen-arrest. De Hoge Raad heeft aangegeven waar een verweer aan moet voldoen. Hierdoor is het niet gemakkelijk om verbetermogelijkheden te realiseren voor de advocatuur, aangezien de speelruimte die de rechter (in dit geval de Hoge Raad) biedt, zeer beperkt is. Ten aanzien van de geformuleerde situaties door de Hoge Raad kan wel een verbetermogelijkheid worden gerealiseerd. Door het voeren van een database is het voor de advocatuur gemakkelijker om het structurele karakter aan te tonen, waardoor deze situatie in de praktijk kan worden ingeroepen. Verder kan door het aanbieden van cursussen voorkomen worden dat strafrechtadvocaten een verweer niet inrichten aan de hand van de gestelde criteria. Daarnaast weten strafrechters, indien zij het Examen-arrest kennen, hoe zij met bewijsverweren dienen om te gaan.

⁹² Zie bijlage IV: Interview mr. Jansen & bijlage VIII: Interview mr. Smit.

⁹³ Zie bijlage IX: Interview mr. Putters.

Hierdoor zullen zij zich wellicht minder terughoudend opstellen. Daarnaast is het noodzakelijk om de factoren, genoemd in artikel 359a lid 2 Sv bij de inrichting van een bewijsverweer te betrekken. Aan de hand van de factoren kan de ernst van het verzuim worden uitgedrukt. Enkel wanneer sprake is van een ernstig verzuim kan de sanctie bewijsuitsluiting worden toegepast. Tevens is de factor 'nadeel dat door het verzuim wordt veroorzaakt' van belang om bij de inrichting van het verweer te betrekken. Hierdoor kan men van tevoren aangeven wat het nadeel is geweest van het verzuim. Indien dit de ontdekking is van het strafbare feit, kan het bewijsverweer achterwege worden gelaten, aangezien dit niet kan worden gezien als enig nadeel. Tot slot is het, ondanks de strenge eisen, voor de advocatuur wel van belang om bewijsverweren met een verzoek tot bewijsuitsluiting te blijven voeren, indien een zaak zich daarvoor leent. In de lagere rechtspraak worden dit soort verweren namelijk nog wel eens gehonoreerd.

Hoofdstuk 7 Conclusies en aanbevelingen

In dit hoofdstuk zullen allereerst conclusies worden getrokken. Aan de hand van deze conclusies kan een antwoord worden gegeven op de vraag die in dit onderzoek centraal staat, namelijk: 'Op welke onderdelen kan de inrichting van een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting, gelet op de aangescherpte vereisten, na constatering van een vormverzuim, worden verbeterd dan wel aangepast, zodat de kans van slagen van een dergelijk verweer groter zal zijn?'. Tot slot zullen aanbevelingen worden gedaan aan het advocatenkantoor Loevendie Neijndorff Advocaten.

§7.1 Conclusies

Artikel 359a Sv, dat op 2 november 1996 als onderdeel van de Wet Vormverzuim in werking trad, neemt een belangrijke positie in ten aanzien van dit onderzoek. In dit artikel staan de sancties vermeld die kunnen worden verbonden aan een vormverzuim. Dit zijn de volgende sancties: strafvermindering, bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkheid van het OM. In lid 2 van artikel 359a Sv staan de factoren genoemd waar de strafrechter rekening mee moet houden bij het bepalen van de sanctie. Naast de strafrechter dient ook de verdediging rekening te houden met deze factoren. Wanneer de verdediging namelijk een beroep doet op een vormverzuim, moet gemotiveerd worden aangegeven, aan de hand van de factoren, welke sanctie i.c. zou moeten worden toegepast. Enkel indien er sprake is van een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt is de strafrechter gehouden om hierop een met redenen omklede reactie te geven. Naast artikel 359a Sv speelt ook het Afvoerpijparrest een belangrijke rol. In dit arrest zijn de sancties verder uitgewerkt. Volgens het Afvoerpijparrest is bewijsuitsluiting slechts aan de orde indien een belangrijk strafvorderlijk voorschrift in aanzienlijke mate is geschonden. Hierbij kan men denken aan rechten die zijn vastgelegd in het EVRM, zoals het recht op een eerlijk proces ingevolge artikel 6 EVRM. Ten aanzien van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer ingevolge artikel 8 EVRM is het de vraag of dit recht onder een belangrijk strafvorderlijk voorschrift valt. De Hoge Raad heeft namelijk aangegeven dat aan een schending van artikel 8 EVRM geen rechtsgevolgen hoeven te worden verbonden, zolang sprake is van een eerlijk proces ingevolge artikel 6 EVRM. Daarnaast moet zijn voldaan aan het causale verband en dient rekening te worden gehouden met de omstandigheden van het geval. Naar aanleiding van het schetsen van het juridisch kader kan worden geconcludeerd dat bewijsuitsluiting met een zekere terughoudendheid dient te worden toegepast en lijkt bewijsuitsluiting alleen van toepassing te zijn indien het vormverzuim een schending van artikel 6 EVRM behelst.

In aanvulling op het bovenstaande wees de Hoge Raad op 19 februari 2013 het Examen-arrest. Dit arrest kan in samenhang met het Afvoerpijparrest worden gezien als een standaardarrest. De Hoge Raad heeft de lat voor bewijsuitsluiting in dit arrest erg hoog gelegd door aan te geven dat bewijsuitsluiting slechts in uitzonderlijke gevallen nog kan worden toegepast. Bewijsuitsluiting kan slechts worden toegepast, indien door het verzuim artikel 6 EVRM wordt geschonden, een ander belangrijk strafvorderlijk voorschrift in aanzienlijke mate wordt geschonden of indien uit objectieve gegevens blijkt dat het vormverzuim een structureel karakter heeft. De toepassing van bewijsuitsluiting is dus nauw begrensd.

Door het wijzen van dit arrest werd tevens een grote verantwoordelijkheid neergelegd bij de advocatuur. De advocatuur dient duidelijk, gedetailleerd en gemotiveerd aan de hand van de criteria aan te geven tot welk rechtsgevolg de strafrechter zou moeten besluiten. Indien een verweer niet voldoet aan alle criteria of niet goed is onderbouwd naar aanleiding van de vereiste criteria die door de Hoge Raad zijn geformuleerd, dan is het negatieve effect dat de strafrechter niet door het verweer 'heen kijkt'. Hiermee wordt bedoeld dat de strafrechter niet naar het vormverzuim kijkt waar het allemaal om draait. Een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting moet dus steeds worden ingericht naar aanleiding van de bovenstaande criteria.

Tijdens het dossieronderzoek is gebleken dat een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting binnen het advocatenkantoor Loevendie Neijndorff wordt ingericht door eerst een weergave te geven van de feiten. Ook wordt vaak aangegeven welk artikel uit Sv i.c. is geschonden en dat sprake is van een onherstelbaar vormverzuim in de zin van artikel 359a Sv. Tot slot wordt in het verweer aangegeven welke sanctie moet worden verbonden aan het verzuim. In alle drie de onderzochte dossiers werden de bewijsverweren verworpen. Dit had onder meer te maken met het feit dat de strafrechter het verzuim niet ernstig genoeg vond of dat simpelweg geen sprake was van een vormverzuim. Tijdens het dossieronderzoek viel het op dat de factoren, genoemd in artikel 359a lid 2 Sv, niet in het verweer werden betrokken, terwijl deze factoren wel relevant zijn om te benoemen. Daarnaast is gebleken dat de situaties die in het Examen-arrest zijn geschetst ook niet in het verweer terugkomen. Dit had ermee te maken dat de zaken zich hadden afgespeeld voordat het Examen-arrest werd gewezen. Gelet op het vorenstaande kan dus geconcludeerd worden dat een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting voor het Examen-arrest met enige regelmaat werd verworpen. Tevens voldeed een bewijsverweer binnen het advocatenkantoor Loevendie Neijndorff Advocaten niet aan alle gestelde criteria.

Door het afnemen van interviews met strafrechtadvocaten kon worden bekeken hoe zij een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting inrichten. Gebleken is dat de strafrechtadvocaten wel de factoren, genoemd in artikel 359a lid 2 Sv in het verweer betrekken en tevens ingaan op één van de situaties die in het Examen-arrest zijn geformuleerd. De strafrechtadvocaten gaven aan dat het erg lastig is om te voldoen aan de eisen die de Hoge Raad in het Examen-arrest heeft gesteld. Een bewijsverweer slaagt in de praktijk nauwelijks meer, aldus de strafrechtadvocaten. Echter, sommige strafrechtadvocaten gaven aan dat de leer van de Hoge Raad in de praktijk niet zo strikt wordt toegepast. Door strafrechters te interviewen kon worden bekeken wanneer een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting in de praktijk kans van slagen heeft. Een verweer heeft kans van slagen indien het vormverzuim dusdanig ernstig is. Hierbij kan men denken aan een doorzoeking zonder een vereiste machtiging. Daarnaast dient een verweer onderbouwd te zijn aan de hand van de factoren. Tevens dienen advocaten aan te geven van welke situatie, geschetst in het Examen-arrest, i.c. sprake is. Volgens strafrechters worden bewijsverweren in de praktijk vaak verworpen, maar is het de vraag of dat te maken heeft met het Examen-arrest. In de praktijk konden bewijsverweren ook los van het Examen-arrest worden verworpen, omdat verweren niet voldoende waren onderbouwd of het vormverzuim niet ernstig genoeg was om daar een sanctie aan te verbinden.

Naar aanleiding van het onderzoek naar het recht en naar de praktijk is een aantal knelpunten ontdekt. Gebleken is dat de meeste strafrechtadvocaten, als gevolg van het Examen-arrest, nauwelijks kunnen voldoen aan de strenge eisen van de Hoge Raad, waardoor bewijsverweren in de praktijk vaak worden verworpen. Daarnaast is het voor strafrechtadvocaten ook geen sinecure om het structurele karakter aan te tonen, omdat aannemelijk dient te worden gemaakt dat structureel dezelfde fouten door de politie dan wel justitie worden gemaakt. Daarnaast blijken strafrechters zich terughoudend op te stellen naar aanleiding van het Examen-arrest. Tevens bleek dat sommige strafrechtadvocaten dan wel strafrechters niet voldoende op de hoogte zijn van dit arrest, terwijl (zoals hierboven al is aangegeven) het Examen-arrest wordt gezien als een standaardarrest.

Indien de knelpunten worden opgelost, zullen bewijsverweren in de toekomst wellicht vaker slagen. Echter, het is niet eenvoudig om verbetermogelijkheden te schetsen ten aanzien van bovenstaande knelpunten, aangezien de knelpunten zijn ontstaan als gevolg van het Examen-arrest. De Hoge Raad heeft de speelruimte voor toepassing van bewijsuitsluiting zeer begrensd, waardoor de beweegruimte voor de advocaten ten aanzien van de inrichting van een bewijsverweer gering is.

De centrale vraag van deze scriptie luidde: 'Op welke onderdelen kan de inrichting van een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting, gelet op de aangescherpte vereisten, na constatering van een vormverzuim, worden verbeterd dan wel aangepast, zodat de kans van slagen van een dergelijk verweer groter zal zijn?'. Naar aanleiding van de getrokken conclusies kan worden gezegd dat een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting binnen het advocatenkantoor Loevendie Neijndorff Advocaten strikt genomen niet aan alle criteria voldoet. De kans van slagen van een verweer zal groter zijn indien de factoren genoemd in artikel 359a lid 2 Sv en één van de situaties uit het Examen-arrest in het verweer worden betrokken. Het verweer dient als gevolg van het Examen-arrest voldoende onderbouwd te zijn. Deze onderdelen dienen dan ook aan het verweer te worden toegevoegd. Tot slot is het van belang om enkel een bewijsverweer te voeren indien sprake is van een ernstig vormverzuim. Hierbij kan men bijvoorbeeld denken aan doorzoekingen zonder een verleende machtiging. Wanneer het vormverzuim niet ernstig genoeg is, zal het verweer namelijk worden verworpen.

§7.2 Aanbevelingen

In deze paragraaf zullen aanbevelingen worden gedaan aan het advocatenkantoor Loevendie Neijndorff Advocaten. Zoals in §7.1 al is besproken, is als gevolg van het Examen-arrest een aantal knelpunten ontstaan. Daarnaast is door middel van het dossieronderzoek gebleken dat het bewijsverweer niet aan alle criteria voldeed. Door het doen van deze aanbevelingen zal de kans van slagen van een verweer wellicht groter zijn.

De factoren (artikel 359a lid 2 Sv)

Allereerst kan het advocatenkantoor worden aanbevolen om de factoren, genoemd in artikel 359a lid 2 Sv, te betrekken bij de inrichting van het verweer. Eén van de factoren betreft namelijk de ernst van het verzuim. Zoals in §7.1 al is aangegeven, kan een verweer in de praktijk vaak worden verworpen, omdat een vormverzuim niet ernstig genoeg blijkt te zijn. Indien in het verweer wordt aangegeven waarom het verzuim dusdanig ernstig is dat hierdoor de sanctie bewijsuitsluiting moet worden toegepast, zal het verweer wellicht eerder kunnen worden gehonoreerd. Uiteindelijk is het de strafrechter die zal oordelen of het vormverzuim ernstig genoeg is. Hierdoor is het moeilijk te zeggen dat wanneer wordt aangegeven dat het vormverzuim ernstig genoeg is, het verweer wel zal slagen. De kans dát het verweer zal slagen is dan echter wel groter te achten.

De aanvullende condities in het Examen-arrest

Daarnaast is het aan te bevelen om het Examen-arrest te gebruiken bij de inrichting van het verweer, in die zin dat in het verweer aangegeven dient te worden van welke situatie i.c. sprake is. Een bewijsverweer voeren is dus zinvol indien i.c. sprake is van ofwel een schending van artikel 6 EVRM, een aanzienlijke schending van een ander belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of indien uit objectieve gegevens blijkt dat het vormverzuim een structureel karakter heeft. Ten aanzien van de laatste situatie, het structurele karakter, is het aan te bevelen om een database aan te leggen, zodat in beeld kan worden gebracht welke vormverzuimen structureel door politie en justitie worden geschonden. Het aanleggen van een database kost echter wel veel tijd. Mr. Malewicz heeft in het Advocatenblad advocaten opgeroepen om op deze manier in kaart te brengen welke vormverzuimen structureel worden geschonden. Hierdoor kan men, in plaats van het aanleggen van een database, ook ervoor kiezen om te wachten op de resultaten van mr. Malewicz. De resultaten zijn tot op heden nog niet gepubliceerd. Het Advocatenblad dient dan wel goed in de gaten gehouden te worden voor de resultaten.

Wanneer bovenstaande punten in het verweer worden betrokken, is sprake van een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt. De strafrechter is dan gehouden om op het verweer te reageren. De kans van slagen van een verweer is nihil als een strafrechter niet hoeft in te gaan op een verweer, omdat het niet voldoende is onderbouwd. Het is dus van belang dat deze onderdelen in het verweer worden opgenomen. De kans van slagen van een verweer wordt hierdoor groter.

Tot slot kunnen nog twee praktische aanbevelingen worden gedaan.

Aanvoeren bewijsverweer

De ruimte voor de advocatuur om bewijsuitsluiting te realiseren is niet groot meer. Desalniettemin is het aan te bevelen om een bewijsverweer met een verzoek tot bewijsuitsluiting nog wel te blijven voeren. In de lagere rechtspraak hebben zich namelijk na het Examen-arrest nog een aantal uitspraken voorgedaan die nog wel hebben geleid tot bewijsuitsluiting. Strafrechtadvocaten dienen dus niet een verweer achterwege te laten, omdat een verweer in de praktijk vaak wordt verworpen. Gelet op het bovenstaande komt het in de praktijk zeker nog wel eens voor dat een verweer slaagt. Daarnaast kan aanbevolen worden om door te blijven procederen tot aan de Hoge Raad, zodat het probleem inzake bewijsuitsluiting ook de Hoge Raad bereikt. De Hoge Raad kan namelijk een aantal knelpunten wegnemen door middel van het wijzen van een arrest waarin de eisen worden bijgesteld en meer ruimte wordt gegeven aan strafrechtadvocaten als het aankomt op de inrichting van een bewijsverweer. Het doorprocederen is uiteraard alleen mogelijk indien de zaak zich ervoor leent. Wanneer bijvoorbeeld bij de rechtbank duidelijk is geworden dat geen sprake is van een vormverzuim, dan zal het verweer ook geen kans van slagen hebben bij de Hoge Raad.

Het geven van cursussen

Gebleken is dat sommige strafrechtadvocaten en strafrechters onvoldoende kennis hebben inzake het Examen-arrest. Hierdoor worden bewijsverweren niet ingericht volgens de criteria die worden gesteld in het Examen-arrest. Daarnaast blijken strafrechters zich terughoudend op te stellen, omdat zij niet altijd weten hoe zij een bewijsverweer moeten toewijzen dan wel verwerpen. Door het geven van cursussen kan dit knelpunt worden opgelost. Wanneer advocaten voldoende kennis hebben inzake het Examen-arrest, kunnen verweren beter worden ingericht. Daarnaast zullen strafrechters, indien zij voldoende kennis hebben van de recente rechtspraak, zich wellicht minder terughoudend opstellen wanneer zij weten hoe ze met dit soort verweren dienen om te gaan.

Bronnenlijst

Boeken

Corstens & Borgers 2014

G.J.M. Corstens & M.J. Borgers, *'Het Nederlands strafprocesrecht'*, Deventer: Kluwer 2014.

Keulen & Knigge 2010

B.F. Keulen & G. Knigge, *'Strafprocesrecht'*, Deventer: Kluwer 2010.

Mevis 2013

P.A.M. Mevis, *'Capita Strafrecht'*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013.

Schoep

G.K. Schoep, 'Commentaar op artikel 359a Sv', in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Strafvordering*, Deventer: Kluwer 2015 (ook online).

Artikelen in tijdschriften

Borgers 2012

M.J. Borgers, 'De toekomst van artikel 359a Sv', *DD* 2012/25 (afl. 4, p. 257-273).

Brinkhoff 2016

S. Brinkhoff, 'De toepassing van artikel 359a Sv anno 2016. Een pleidooi voor herstel van balans en de terugkeer naar echte rechterlijke vrijheid', *DD* 2016/8.

Fokkens 1993

J.W. Fokkens, 'Recht in vorm?', *DD* 1993, p. 907.

Malewicz 2015

R. Malewicz, 'Strafpleiters opgelet', *Adv.bl.* 2015-1, p. 3.

Schalken 2013

T. Schalken, 'Een renaissance van vormverzuimen in het strafrecht?', *NJB* 2013/1301.

Parlementaire stukken

Kamerstukken II 1993/94, 23 705, 3.

Jurisprudentie

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 12 mei 2000, 35394/97, *NJ* 2002, 180, m.nt. T.M. Schalken (*Khan*).

Hoge Raad

HR 26 juni 1962, *NJ* 1962, 470.

HR 18 april 1978, *NJ* 1978, 365, m.nt. Th. W. van Veen (*Erwtenpistool*).

HR 19 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0328, *NJ* 1996, 249, m.nt. T.M. Schalken.

HR 4 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0632, *NJ* 1997, 308, m.nt. T.M. Schalken.

HR 1 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1143, *NJ* 1999, 567, m.nt. T.M. Schalken.

HR 2 juli 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AE1738, *NJ* 2002, 624.

HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, *NJ* 2004, 376, m.nt. Y. Buruma (*Afvoerpijparrest*).
HR 21 december 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AR5092, *NJ* 2005, 172, m.nt. J.M. Reijntjes.
HR 28 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU5471.
HR 29 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8795.
HR 7 juli 2009, *LJN* BH8889, *NJ* 2009, 399.
HR 30 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3079, *NJ* 2009, 349, m.nt. T.M. Schalken.
HR 4 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM6673, *NJ* 2012, 145, m.nt. Borgers.
HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, *NJ* 2013, 308, m.nt. B.F. Keulen.
HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321 (*Examen-arrest*).
HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5322 (*Examen-arrest*).
HR 16 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5706.
HR 21 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:144, *NJ* 2014, 106, m.nt. M.J. Borgers.
HR 9 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2650, *NJ* 2014, 420, m.nt. T.M. Schalken.
HR 6 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:4, *NJ* 2015, 109, m.nt. T.M. Schalken.

Gerechtshof

Hof 's-Hertogenbosch 27 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ2587.
Hof Den Haag 19 februari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:394.

Elektronische bronnen

< www.dekoningvergouwen.nl >

< www.ln-advocaten.nl >

< www.recht.nl >