

Vormverzuimen in het strafrecht: hoe zat het ook alweer?

Uit recente rechtspraak blijkt dat rechters, advocaten en OM nog steeds worstelen met toepassing van art. 359a Sv.

Jop Spijkerman
Advocaat in Den Haag¹

Half november wees de Hoge Raad arrest in een zaak waarin een verweer strekkende tot bewijsuitsluiting was gevoerd.² Kort gezegd had de politie tijdens een insluitingsfouillering bij de verdachte verdovende middelen aangetroffen. Probleem was dat deze fouillering volgde op een aanhouding naar aanleiding van een onterechte signalering. De verdachte had niet mogen worden aangehouden.

Het bewijsverweer (de vondst van de verdovende middelen was onrechtmatig en daarmee mocht men de vruchten van die onrechtmatige vondst niet tot het bewijs bezigen, aldus de raadsman in appel) verwierp het hof, overwegend dat het ging om een kennelijke vergissing van de politie. Weliswaar was daardoor inbreuk gemaakt op de belangen van de verdachte, maar die was niet zodanig dat doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak tekort was gedaan. Bewijsuitsluiting bleef uit; in de straftoemeting werd gecompenseerd. De HR casseerde. Het hof had het verkeerde criterium gebruikt. Kenners zal direct opvallen dat het gehanteerde criterium past bij de vraag of het OM (bij ernstige vormverzuimen) niet-ontvankelijk moet worden verklaard.³ Opmerkelijk hierbij is dat de A-G geen probleem ziet in het gebruik van de onjuiste maatstaf. Hij betreft de mate van verwijtbaarheid (het per ongeluk onterecht aanhouden) bij de vraag welk rechtsgevolg het verzuim dient te hebben. Hij concludeert dat het hof terecht niet tot bewijsuitsluiting is overge-

gaan. Wellicht begrijpelijk kiest de A-G de praktische weg.

Maar hoe zat het ook alweer met vormverzuimen en de gevolgen die, ex art. 359a Sv, daaraan verbonden kunnen worden? Kort gezegd kan volgens voornoemd artikel de rechter bij vormverzuimen overgaan tot strafvermindering, bewijsuitsluiting of niet-ontvankelijkheid van het OM. Bij arrest van 30 maart 2004 heeft de HR algemene regels geformuleerd voor toepassing van dit artikel.⁴ Kort gezegd moet het gaan om vormverzuimen die onherstelbaar zijn⁵; ontstaan in het voorbereidend onderzoek naar de strafbare feiten waarvoor de verdachte terecht staat⁶; en geen gevolg kennen dat reeds in de wet is opgenomen.

Bij de vraag welke 'buitengewettelijke' rechtsgevolgen aan een dergelijk vormverzuim dienen te worden verbonden, spelen het belang dat het geschonden voorschrift dient⁷, de ernst van het verzuim (waaronder dus de mate van verwijtbaarheid⁸) en het nadeel dat door het vormverzuim wordt veroorzaakt een rol.⁹ De rechtsgevolgen zijn vierledig: geen rechtsgevolg (art. 359a Sv formuleert een bevoegdheid, geen plicht)¹⁰; strafvermindering¹¹; bewijsuitsluiting (slechts aan de orde indien het bewijsmateriaal door het verzuim is verkregen en komt in aanmerking indien door de onrechtmatige bewijsgaring een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden)¹²; en niet-ont-

vankelijkheid (slechts in uitzonderlijke gevallen).¹³

Zo omschreven lijkt het simpel, maar schijn bedriegt. De volgende voorbeelden maken duidelijk dat het toepassen van de juiste maatstaf en het daaraan te verbinden rechtsgevolg niet altijd even logisch is. Zo oordeelde het hof dat bij schending van de Salduz-norm (consultatie van raadsman voorafgaande aan politieverhoor) een vaststelling van vormverzuim afdoende was. Het hof betrok daarbij, volgens de regels, het eventuele nadeel dat het vormverzuim had veroorzaakt. De HR casseerde. Schending van deze norm dient immers tot bewijsuitsluiting te leiden, (uitzonderingen daargelaten).¹⁴ In HR NJ 2011, 441 ging het over de bewijsuitsluiting van stukken, verkregen middels een inbreuk op het in art. 8 EVRM neergelegde recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. De HR casseerde omdat een schending van art. 8 EVRM niet zonder meer een inbreuk op de in art. 6 EVRM vervatte waarborgen opleverde. Volgens de HR zegt dat namelijk niets over de vraag of een belangrijk strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden met het vormverzuim.

Tot slot een opmerking over het arrest van 27 september 2011.¹⁵ In die zaak was sprake van een vormverzuim vanwege het onrechtmatig af luisteren van een verdachte in een penitentiaire inrichting. De HR oordeelde dat van bewijsuitsluiting (of niet-ontvankelijkheid) geen sprake kon zijn, nu het af luisteren van deze gesprekken niet was geschied in 'het voorbereidend onderzoek.' Vermoedelijk is het laatste woord hierover nog niet gezegd.

1 Wladimiroff Advocaten.

2 Zie HR 15 november 2011, LJN: BT2522.

3 Het bekende Zwolsman-criterium (NJ 1996, 249).

4 HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376.

5 Zie bijvoorbeeld HR NJ 2003, 695.

6 Zie o.a. NJ 2004, 169; NJ 2006, 193; NJ 2006, 483; NJ 2009, 440 en NJ 2011, 412.

7 Zie o.a. NJ 2004, 263; HR NJ 2009, 349 en NJ 2011, 375 (derdenwerking Salduz).

8 Zie o.a. NJ 2001, 574 en NJ 2006, 355.

9 Zie o.a. NJ 2006, 369; HR LJN: BM6673.

10 Zie HR 15 november 2011, LJN: BT2522, par. 3.6.1 en o.a. NJ 2006, 136 en NJ 2007, 253.

11 Zie HR 15 november 2011, LJN: BT2522, par. 3.6.4 en o.a. HR LJN: BM6673.

12 Zie o.a. NJ 2006, 495 en NJ 2008, 374.

13 Zie o.a. NJ 2010, 440.

14 HR LJN: BQ98907.

15 HR LJN: BQ3765.