

## Werkcollege 10 – 10 mei 2011 – mr. S. Meijer

### Sanctionering van vormverzuimen en onrechtmatig verkregen bewijs.

NB. Wanneer je het boek leest over dit onderwerp wordt aangeraden de sheets ernaast te houden, om zo meer structuur te scheppen.

Er is sprake van vormverzuim wanneer er geen cautie wordt gegeven of wanneer er een doorzoeking plaats vindt zonder de vereiste machtiging. De vormverzuimen kunnen heel ver uit elkaar liggen. De eerste keer dat de Hoge Raad het vormverzuim erkende was in 1962 in het ‘tweede bloedproefarrest’. Hierbij werd bloed afgenomen, maar dat was onrechtmatig. De sanctie was in dat geval bewijsuitsluiting.

Art 359a Sv is eigenlijk een codificering van de jurisprudentie. Het kader rondom dit artikel wordt duidelijk weergegeven in het afvoerpip arrest.

Bij dit onderwerp is het van belang dat je onderscheid maakt tussen onrechtmatig bewijs en het onrechtmatig verkrijgen van bewijs.

De achtergrond van vormverzuim is gelegen in de rechtstaatgedachte. Ook de overheid moet zich aan de regels houden. Waarom moet dat dan gesanctioneerd worden?

In het boek worden voors en tegens gegeven voor bewijsuitsluiting in het boek:

Pro:

- Reparatie: Het vormverzuim kan op deze manier gerepareerd worden.
- Demonstratie: Op deze manier kan het publiek zien dat de overheid ook gebonden is aan regels.
- Effectief: Politie en justitie worden zo gestimuleerd om zich aan de wet te houden, omdat ze anders hun bewijs kwijt zijn.

Contra:

- Materiële waarheidvinding. Anders loopt de verdachte alsnog vrij rond.
- Ongewenst profijt van de verdachte.
- De rechter neemt kennis van het onrechtmatig bewijs. De rechter heeft het dan toch al gezien, maar dan mag hij het niet gebruiken.

In het afvoerpiparrest was alleen een machtiging tot binnentreden. Door het weghalen van een afvoerpip werd drugs gevonden. Dat valt onder doorzoeking en die bevoegdheid had de opsporingsambtenaar niet gekregen. Er was dus sprake van vormverzuim.

In r.o. 3.4.2 zet de rechter uiteen op welke situaties art. 359a Sv van toepassing is:

1. Er moet sprake zijn van een voorbereidend onderzoek tegen de verdachte. Het onderzoek moet dus vooraf aan het onderzoek ter terechtzitting gaan. Wat tijdens het ott gebeurt valt dus niet onder art. 359a Sv. Daarnaast moet het onderzoek rechtstreeks tegen de verdachte zijn en niet tegen een ander. Het moet ook om een specifiek ten laste gelegd feit gaan en niet om een ander feit.
2. Als het gaat om vrijheidbenemende dwangmiddelen kan daarover alleen geklaagd worden bij de r-c. Dus als iemand bijvoorbeeld te lang wordt vastgehouden tijdens de voorlopige hechtenis valt dat niet onder 359a Sv.
3. Het moet onherstelbaar zijn. Daar is bijvoorbeeld sprake van bij een doorzoeking zonder machtiging.

Wanneer bovenstaande punten allemaal van toepassing zijn spreken we van een vormverzuim als in art. 359a Sv.

De vraag is nu of de rechter ook consequenties gaat binden aan het vormverzuim. Hij heeft namelijk wel de bevoegdheid om dat te doen, maar niet de plicht, zie r.o. 3.5.

Daarbij spelen de factoren uit art. 359a lid 2 Sv een rol:

1. Belang van het geschonden voorschrift. Bij een onrechtmatige doorzoeking kan dat bijvoorbeeld huisrecht of privacy zijn.
2. De ernst van het verzuim. Vernietigen van bewijsmateriaal is bijvoorbeeld zeer ernstig. Terwijl 10 minuten eerder doorzoeken dan de machtiging toe staat een stuk minder ernstig is.
3. Het veroorzaakte nadeel. Wat was er bijvoorbeeld gebeurd als wel de cautie was gegeven?

Naast deze factoren spelen nog 2 factoren een rol:

1. De schutznorm. Is daadwerkelijk de verdachte geschonden in zijn belang? Wanneer er bijvoorbeeld wordt doorzocht bij de buurman om een feit tegen de verdachte te bewijzen wordt de verdachte niet geschaad in zijn belang. De buurman wordt dan geschaad in zijn recht op privacy.
2. Er moet sprake zijn van een rechtstreeks causaal verband tussen het vormverzuim en het verkregen bewijsmateriaal/ verkregen nadeel van de verdachte.  
Als aan deze twee factoren niet wordt voldaan zal de rechter geen gevolg verbinden aan het vormverzuim.

In r.o. 3.6.2 kan je zien wat het gevolg is wanneer aan al de bovenstaande factoren wordt voldaan. Er zijn 3 sancties:

1. Niet ontvankelijkheid van het OM, zie r.o. 3.6.5. Dit is alleen het geval in uitzonderlijke gevallen en alleen bij hele ernstige vormverzuimen. Denk hierbij bijvoorbeeld aan het frustreren van het tegenonderzoek door het vernietigen van bewijsmateriaal. De rechtsoverweging is strenger dan de wet. Het moet tevens doelbewust zijn en er moet sprake zijn van grove veronachtzaming.
2. Bewijsuitsluiting, zie r.o. 3.6.4. Uit de woorden 'door het verzuim verkregen' blijkt het causaal verband. Daarnaast moet het gaan om een 'belangrijk' voorschrift en deze moet 'aanzienlijk geschonden' zijn. Maar wanneer is dat nu het geval? Dat hangt af van de jurisprudentie. Het 10 minuten te vroeg doorzoeken van een woning is bijvoorbeeld niet aanzienlijk. Maar drugscontroles op Schiphol waarbij er alleen een bevoegdheid bestaat tot onderzoek aan het lichaam en er wordt onderzoek in het lichaam gedaan is wel belangrijk en aanzienlijk.
3. Strafvermindering, zie r.o. 3.6.3 en art. 359a lid 1 sub a Sv. Hierbij spelen weer een aantal factoren een rol. Zie het arrest: Indien aannemelijk is dat
  - a. de verdachte daadwerkelijk nadeel heeft ondervonden.
  - b. dit nadeel is veroorzaakt door het verzuim.
  - c. het nadeel geschikt is voor compensatie door middel van strafvermindering.
  - d. strafvermindering ook in het licht van het belang van het geschonden voorschrift en de ernst van het verzuim gerechtvaardigd is.

Het redelijk termijn heeft een bijzondere positie in de leer van het vormverzuim. Het valt namelijk niet onder art. 359a Sv voor zover de schending doorloopt na het einde van het vooronderzoek. Zie hiervoor het standaard arrest redelijk termijn.

Aan de verdediging worden ook nog bepaalde eisen gesteld wanneer ze een vormverzuim aan willen voeren. Zie r.o. 3.7 van het afvoerpijp arrest. De verdediging heeft een stelplicht en een motiveringsplicht met betrekking tot het vormverzuim. Pas wanneer zij hieraan hebben voldaan hoeft de rechter in te gaan op het verweer.

De eindconclusie van de Hoge Raad in het afvoerpip arrest is dat er sprake is van een vormverzuim. Maar dat de schutznorm ervoor zorgt dat hier geen gevolg aan wordt verbonden. De verdachte was namelijk geen bewoner van de kelder waar het vormverzuim werd gepleegd. Daarom wordt er geen gevolg aan verbonden.

### Vraag 1

**Leg op basis van wet en jurisprudentie uit of de rechter gevolgen kan verbinden aan de onrechtmatigheid van beide doorzoekingen en zo ja, welke?** We moeten eerst onderscheid maken tussen twee vormverzuimen, namelijk de doorzoeking zonder machtiging bij de buurman en de doorzoeking zonder machtiging bij de verdachte. Het cautie vormverzuim laten we buiten beschouwing.

Stap 1: Onze bronnen zijn art. 359a Sv en het afvoerpip arrest. Allereerst gaan we kijken of er wel sprake is van een vormverzuim:

In r.o. 3.4.2 zet de rechter uiteen op welke situaties art. 359a Sv van toepassing is:

1. Er moet sprake zijn van een voorbereidend onderzoek tegen de verdachte.
2. Als het gaat om vrijheidbenemende dwangmiddelen kan daarover alleen geklaagd worden bij de r-c.
3. Het moet onherstelbaar zijn.

Bij zowel de verdachte als bij de buurman is aan al deze vereisten voldaan. Er is dus in beide gevallen sprake van een vormverzuim die onder art. 359a Sv valt.

Stap 2:

1. De schutznorm. Is daadwerkelijk de verdachte geschonden in zijn belang?

Bij het doorzoeken bij de verdachte is de verdachte geschonden in zijn eigen belang, namelijk zijn privacy of huisrecht. Bij de doorzoeking bij de buurman is de verdachte niet geschonden in zijn eigen belang. Het is de buurman die is geschonden in zijn recht op privacy of huisrecht. Wanneer het dus gaat om het vormverzuim van doorzoeken bij de buurman loopt het stuk op de schutznorm. We gaan voor dat geval dan ook niet meer verder vanaf hier, want de rechter zal er dus geen gevolg aan verbinden.

2. Er moet sprake zijn van een rechtstreeks causaal verband tussen het vormverzuim en het verkregen bewijsmateriaal/ verkregen nadeel van de verdachte.

Bij de doorzoeking bij de verdachte thuis is hier inderdaad sprake van. Als ze het vormverzuim niet hadden gepleegd dan zouden ze het bewijs nooit gevonden hebben.

Stap 3: Doorloop de 3 factoren van art. 359a Sv:

1. Belang van het geschonden voorschrift. Ik ben van mening dat doorzoeken zonder machtiging een belangrijk voorschrift is wat hier wordt geschonden.
2. De ernst van het verzuim. Ik ben van mening dat de ernst hier vrij groot is. Zo ben je nergens meer met je recht op privacy.
3. Het veroorzaakte nadeel lijkt mij groot. Wanneer er geen vormverzuim was gepleegd waren de wapens nooit gevonden.

Stap 4: Aan alle bovenstaande factoren is voldaan voor de situatie dat bij de verdachte thuis wordt doorzocht zonder machtiging. De rechter heeft nu 3 mogelijkheden om er gevolg aan te verbinden:

- Niet ontvankelijk verklaren van het OM

Dat zal hier niet gebeuren want daarvoor is het niet ernstig genoeg. Het moet dan doelbewust zijn of er

moet sprake zijn van grove veronachtzaming en dat lijkt me hier niet het geval.

- Bewijsuitsluiting

Het moet gaan om een 'belangrijk' voorschrift en deze moet 'aanzienlijk geschonden' zijn. Ik denk dat dat hier wel het geval is. Bewijsuitsluiting zou dus mogelijk kunnen zijn.

- Strafvermindering

Daarvoor moet aan de volgende factoren worden voldaan:

a. de verdachte daadwerkelijk nadeel heeft ondervonden. +

b. dit nadeel is veroorzaakt door het verzuim. +

c. het nadeel geschikt is voor compensatie door middel van strafvermindering. +

d. strafvermindering ook in het licht van het belang van het geschonden voorschrift en de ernst van het verzuim gerechtvaardigd is.+

Het gaat om het vinden van verboden wapens. Ik denk dat ook strafvermindering hier wel geschikt voor is.

## **Vraag 2**

**Stel dat de rechter slechts strafvermindering toepast, is hij dan verplicht uitdrukkelijk te motiveren waarom hij gelet op de vormverzuimen niet tot een vrijspraak komt, zoals door de raadsman is bepleit?**

Zie het afvoerpijp arrest in r.o. 3.7. De verdediging heeft een stelplicht en een plicht tot motivering aan de hand van de factoren van art. 359a lid 2 Sv. Wanneer aan die plichten is voldaan moet de rechter, wanneer hij het verweer verwerpt die verwerping ook motiveren.

In dit geval is niet voldaan aan de plichten. Ten eerste heeft de advocaat zijn stelling van vrijspraak te weinig gemotiveerd. Ten tweede is ook niet voldaan aan de stelplicht want vrijspraak kan geen gevolg zijn van vormverzuim.

## **Vraag 3**

**Heeft het verzoek van de raadsman op basis van de rechtspraak van de Hoge Raad hieromtrent kans van slagen?**

Zie het redelijk termijn arrest.

Indien het redelijk termijn is overschreden leidt dit niet tot niet-ontvankelijkheid van het OM. Ook niet in uitzonderlijke gevallen. De regel is dat overschrijding van de redelijke termijn wordt gecompenseerd door vermindering van de straf.

## **Werkcollege 11 – 12 mei 2011 – mr. S. Meijer**

### **Bewijsmotivering en beslissen op verweren.**

Met de bewijsmotivering worden 3 doelen gediend. Allereerst de inzichtelijkheid van het rechterlijk oordeel voor partijen in de samenleving. Dat is de explicatie functie. Op deze manier wordt uitleg gegeven aan de verdachte en de samenleving. De inzichtelijkheid wordt bevorderd en daardoor wordt het ook duidelijker. Ten tweede de zelfcontrole door de rechter. Als de rechter zijn motivering opschrijft wordt hij gedwongen om er zelf goed over na te denken. Het wordt voor hem een stuk inzichtelijker als hij zelf per grond duidelijk moet motiveren. Ten derde de controle door de hogere rechter. De hogere rechter toetst of het recht goed is toegepast en of de motivering voldoende is. Dit kan de hogere rechter alleen doen als de motivering op schrift is gesteld. Dat maakt de controle mogelijk.

De eerste vraag van art. 350 Sv houdt in dat de rechtbank beraadslaagt op de grondslag van de tenlastelgging over de vraag of bewezen is dat het feit door de verdachte is begaan. De selectie van het bewijs gaat aan de motivering vooraf. Het is aan de feitenrechter voorbehouden om van het beschikbare materiaal datgene tot bewijs te bezigen wat deze daartoe dienstig voorkomt. De selectie en waardering van het bewijsmateriaal behoeft in principe geen motivering, dat geldt in wanneer vrijspraak wordt gegeven. Bij de selectie waardeert de rechter als het ware het bewijs. Wat hij geloofwaardig acht selecteert hij eerder voor de motivering. De rechter is daarnaast gebonden aan een aantal minimumbewijsregels, maar binnen dat kader is hij vrij om te selecteren.

In art. 359 lid 2 Sv eerste volzin staat dat de vrijspraak en de bewezenverklaring 'met redenen omkleed' moet worden. Dat houdt dus in dat er gemotiveerd moet worden. Maar wat moet er precies gemotiveerd worden?

- art. 349 lid 1 Sv. De geldigheid van de dagvaarding, de ontvankelijkheid van het OM enz.

- art. 358 lid 2 Sv. De materiële vragen in art. 350 Sv moeten beantwoord en gemotiveerd worden.

- art. 358 lid 3 Sv. De beslissingen op een aantal uitdrukkelijk voorgedragen verweren moeten expliciet gemotiveerd worden. Bijvoorbeeld wanneer de raadsman beweert dat het OM niet ontvankelijk is. De rechter moet dan expliciet motiveren waarom hij het daar niet mee eens is. Een ander voorbeeld zijn de kwalificatieverweren. Dan wordt gesteld dat het bewezen verklaarde geen strafbaar feit oplevert, dat ziet op de tweede vraag uit art. 350 Sv. Daarnaast moet de rechter motiveren wanneer er een schulditsluitingsgrond wordt aangevoerd maar hij daar niet in mee gaat.

Bij vrijspraak volstaat de frase dat er geen of onvoldoende wettig en overtuigend bewijs voorhanden is.

Kortom: zowel een vrijspraak als een bewezenverklaring moet door de rechter op grond van art. 359 lid 2 Sv motiveren.

Bij een bewezenverklaring valt de motiveringsplicht samen met het vereiste van art. 359 lid 3 Sv. De bewezenverklaring moet steunen op de inhoud van in het vonnis opgenomen bewijsmiddelen, houdende daartoe redengevende feiten en omstandigheden. Redengevend wil zeggen dat het relevant moet zijn voor de bewijsbeslissing. Een ontkenning van een verdachte kan bijvoorbeeld niet als bewijsmiddel voor de motivering worden gebruikt van de bewezenverklaring van de rechter, want dat is daarvoor niet relevant. Daarnaast zegt art. 359 lid 3 nog dat bij bekentenis met een opgave van de bewijsmiddelen kan worden volstaan, tenzij nadien anders wordt verklaard of vrijspraak wordt bepleit. De bekentenis moet dus duidelijk en ondubbelzinnig zijn. Dit geldt ook voor een partiële bekentenis. Bijvoorbeeld wanneer de verdachte een bepaald feit bekend, maar de rest niet. Dan hoeven de bewijsmiddelen met betrekking tot dat feit niet te worden uitgewerkt.

Op pagina 197 van de syllabus in een van de steunbewijs arresten is duidelijk te zien hoe de rechter het bewijs heeft geselecteerd. Hier wordt ook duidelijk aangegeven welke bewijsmiddelen de rechter redengevend acht.

Op de motivering is een uitzondering: ingeval van een verkort vonnis als in art. 365a lid e Sv worden er geen bewijsmiddelen opgesomd. Zelfs de opgave van het bewijs ontbreekt dan. Pas wanneer hoger beroep ingesteld wordt moet dit alsnog gemotiveerd worden. De reden hiervan is efficiëntie. Als de verdachte namelijk met het vonnis instemt is het veel makkelijker en minder werk om niet alle bewijsmiddelen toe te voegen.

In 2004 is het promis-project begonnen. Promis staat voor project motiveringsverbetering in strafproces. De Promis-werkwijze is steeds meer gangbaar. De bewezenverklaring wordt gemotiveerd

door redengevende feiten en omstandigheden zakelijk samen te vatten en te verwijzen naar bewijsmiddelen waar zij aan zijn ontleend, zie ook het arrest LJN BN0314. Dit moet gebeuren ongeacht of er hoger beroep is/wordt ingesteld.

Door een promiss-vonnis te wijzen geeft de rechter eigenlijk geen gehoor meer aan art. 359 lid 3 Sv. Immers, de redengevende feiten, omstandigheden en bewijsmiddelen worden niet meer geheel uitgewerkt, maar slechts samengevat. Toch heeft de Hoge Raad besloten dat de promiss-vonnissen niet in strijd zijn met de wet. Een zogenaamde promiss-motivering voldoet volgens de Hoge Raad aan de wettelijke eisen, mits er een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen feiten en gevolgtrekkingen en mits er duidelijke verwijzingen naar de wettige bewijsmiddelen worden gemaakt.

De rechter dient de verwerping van 'uitdrukkelijk voorgedragen verweren' betreffende formele vragen (art. 348 Sv) en strafbaarheid van feit en dader (art. 350 Sv) nadrukkelijk te motiveren, zie art. 358 lid 3 Sv. De verweren moeten dan wel uitdrukkelijk zijn voorgedragen en mondeling aangevoerd zijn. Een schriftelijk verweer tijdens het onderzoek ter terechtzitting aanvoeren is niet voldoende.

De rechter dient in het algemeen de verwerping van 'uitdrukkelijk onderbouwde standpunten' van de verdediging of de OvJ nadrukkelijk te motiveren, zie art. 359 lid 2 Sv. Op bewijsverweren hoeft de rechter niet te reageren volgens de wet, maar soms moet het volgens de jurisprudentie wel.

De toegevoegde waarde van art. 359 lid 2 Sv tweede volzin is dat ook gemotiveerd moet worden bij verwerping van bewijsverweren en straftoematingsverweren. Er is door deze zin meer onderbouwing vereist dan art. 358 lid 3 Sv in eerste instantie stelde. In de jurisprudentie zijn een aantal bewijsverweren ontwikkeld waarop je normaal gesproken niet hoeft te reageren, maar de Hoge Raad heeft bij meer-en-vaart-verweren en dak-dekkers-verweren besloten dat de rechter hierbij expliciet moet motiveren.

Bij een meer en vaart verweer betwist de verdediging de bewijsmiddelen niet, maar wel de conclusie die daaraan wordt verbonden. Er wordt dan een alternatief scenario geschetst die niet in strijd is met het bewijs, maar wel met de conclusie die daar aan wordt verbonden.

Dakdekkers-verweren zijn verweren tegen de uitleg van een in de tenlastelegging gelegen feit. Dit komt al bij de eerste vraag van art. 350 SV naar voren. Bijvoorbeeld: Er wordt ergens gejaagd waar dat niet mag. De jager stelt dan dat wat hij deed niet onder 'jagen' valt. Dan betwist hij dus de wettelijke term. Dat is een kwalificatie verweer. Nog een voorbeeld: In een gebied waar geen bomen mogen worden gekapt wordt toch een boom gekapt. De boomkapper stelt dat hij geen boom heeft gekapt maar een heester. Een heester is een struik en geen boom.

Het arrest van de HR van 11 april 2006 geeft een nadere invulling aan de tweede volzin van art. 359 lid 2 Sv. Wat wordt verstaan onder een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt? Zie r.o.3.7.1.: 'een standpunt dat duidelijk, door argumenten geschraagd en voorzien van een ondubbelzinnige conclusie ten overstaan van de feitenrechter naar voren is gebracht'.

Uit art. 359 lid 2 2<sup>e</sup> volzin blijkt dat op alle verweren moet worden gereageerd door de rechter, zolang ze maar uitdrukkelijk onderbouwd zijn.

Bij een verwerping is het volgende de Hoge Raad niet altijd verplicht om een extra motivering te geven, zie r.o.3.8.2. Er hoeft geen extra motivering gegeven te worden als:

- de motivering reeds besloten ligt in de bewijsmotivering.

- de weerlegging van het standpunt zonder nadere motivering niet onbegrijpelijk is gelet op het debat in de zitting.

- het ontbreken van de motivering van ondergeschikte betekenis is.

Overzicht:

Welke beslissingen moeten gemotiveerd worden? Zie:

- art. 359 lid 2 Sv
- art. 349 lid 1 Sv voor formele uitspraken
- art. 358 lid 2 Sv voor beslissingen op materiële vragen
- art. 358 lid 3 Sv voor beslissingen op uitdrukkelijk voorgedragen verweren, namelijk:
  - dat er een formele uitspraak moet volgen
  - kwalificatieverweren
  - strafvermindingsgronden
  - strafuitsluitingsgronden

Hieruit blijkt dat er dus geen motivering hoeft plaats te vinden bij bewijsverweren of straftoemingsverweren. Deze verweren moeten echter alsnog gemotiveerd worden op grond van art. 359 lid 2 2<sup>o</sup> volzin, zolang ze uitdrukkelijk onderbouwd zijn.

### **Vraag**

**Leg uit of de rechtbank de bewezenverklaring toereikend heeft gemotiveerd.**

NB. Er staat 'hof' maar er wordt rechtbank bedoeld.

Er is hier sprake van een meer en vaart verweer. Hij betwist het bewijs niet, maar hij betwist wel de conclusie die uit dat bewijs worden getrokken. Hij schets een alternatief scenario. Als dit alternatieve scenario klopt, dan zal hij moeten worden vrijgesproken. De rechtbank is verder niet op dit verweer ingegaan, dus dat brengt met zich mee dat de bewezenverklaring in dit geval niet voldoende is gemotiveerd.

In de jurisprudentie zijn een aantal bewijsverweren ontwikkeld waarop je normaal gesproken niet hoeft te reageren, maar de HR heeft bij meer-en-vaart-verweren en dak-dekkers-verweren besloten dat de rechter hierop expliciet moet motiveren.

Is hier tevens sprake van een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt in de zin van 359 lid 2 – 2<sup>o</sup> volzin?

Zie r.o.3.7.1.: 'een standpunt dat duidelijk, door argumenten geschraagd en voorzien van een ondubbelzinnige conclusie ten overstaan van de feitenrechter naar voren is gebracht'.

In dit geval is hier op zich wel sprake van (op zich, omdat de conclusie wel beter puur vrijspraak had kunnen luiden).

### **Vraag 1**

**Stel dat de rechter dit verweer van Hans niet aannemelijk acht. Dient hij dit verweer expliciet gemotiveerd te verwerpen?**

Er wordt in dit geval een beroep gedaan op een strafuitsluitingsgrond, namelijk een beroep op noodweer.

Zie art. 358 lid 3 Sv: Een rechter moet expliciet motiveren wanneer hij in strijd met een door de verdachte 'uitdrukkelijk voorgedragen verweer' aanneemt dat een bepaalde schuldsluitingsgrond niet aanwezig is.

Er moet dus worden nagegaan of er sprake is van een uitdrukkelijk voorgedragen verweer als in art. 358 lid 3 Sv. Je moet hiervoor kijken naar de inhoud en de strekking van het verweer.

Verdachte zegt niet expliciet dat hij een beroep op noodweer doet, maar voert wel feiten aan die een strekking hebben dat hij een beroep doet op noodweer. Het gaat bij de strekking om de vraag wat de bedoeling van de verdachte was bij het aanvoeren van de feiten, in dit geval was zijn bedoeling een beroep op noodweer.

Maakt het uit of hij wordt bijgestaan door een raadsman? Ja, als raadsman daar geen beroep op doet dan kan er makkelijk aan voorbij worden gegaan.

Inhoud is in dit geval voldoende duidelijk. Maar je loopt het risico dat omdat de raadsman het niet heeft benoemd als noodweer dat de rechter er aan voorbij gaat. Maar in dit geval zal de rechter waarschijnlijk wel expliciet moeten motiveren.

## **Vraag 2**

**Stel dat de rechtbank het verweer van de raadsman verwerpt. Dient de rechtbank deze verwerping expliciet te motiveren?**

Stap 1: Hier gaat het om een bewijsverweer.

Stap 2: In beginsel hoeft de rechter dat niet expliciet te motiveren.

Stap 3: Hierop is al een uitzondering gemaakt voor de meer-en-vaart verweren en de dakdekkers-verweren.

Stap 4: Ook art. 359 lid 2 2° volzin Sv is hierop een uitzondering.

Er moet namelijk op alle verweren expliciet gemotiveerd worden wanneer er sprake is van een 'uitdrukkelijk onderbouwd standpunt'.

Zie r.o.3.7.1.: 'een standpunt dat duidelijk, door argumenten geschraagd en voorzien van een ondubbelzinnige conclusie ten overstaan van de feitenrechter naar voren is gebracht'.

In dit geval gaat het om een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt, dus de rechter dient expliciet te motiveren.

## **Vraag 3**

**Stel dat de rechter tot een bewezenverklaring komt. Dient hij in het vonnis expliciet te vermelden dat de officier van justitie ontvankelijk is?**

De rechtbank doet in dit geval geen formele einduitspraak. Dat was bijvoorbeeld wel het geval geweest wanneer hij het OM niet-ontvankelijk had verklaard. Er waren verder geen problemen met formele vragen uit art. 348 Sv. De rechtbank hoeft dus niet expliciet op te nemen dat de OvJ ontvankelijk is. Dat volgt immers al uit het feit dat de rechter tot een bewezenverklaring komt. Dan is hij immers al aan art. 348 Sv voorbij gegaan en al toegekomen aan de materiële vragen van art. 350 SV.

## **Vraag 4**

**Stel dat de rechter tot een bewezenverklaring komt van alle ten laste gelegde feiten, dient hij zijn oordeel expliciet te motiveren?**

De bewezenverklaring moet steunen op de inhoud van in het vonnis opgenomen bewijsmiddelen, houdende daartoe redengevende feiten en omstandigheden. Redengevend wil zeggen dat het relevant moet zijn voor de bewijsbeslissing. Daarnaast zegt art. 359 lid 3 nog dat bij bekentenis met een opgave van de bewijsmiddelen kan worden volstaan, tenzij nadien anders wordt verklaard of vrijspraak wordt bepleit. De bekentenis moet dus duidelijk en ondubbelzinnig zijn. Dit geldt ook voor een partiële bekentenis.

In dit geval is er sprake van een partiële bekentenis. Hans bekennt wel dat hij hennep heeft geteeld, maar niet dat hij wapenbezit had. Wat betreft de hennepcultuur is een opgave van bewijsmiddelen dus voldoende (dit is de partiële bekentenis). Wat betreft het wapenbezit zal een expliciete motivering van de rechter nodig zijn.

**Werkcollege 12 – 17 mei 2011 – mr. S. Meijer**  
**Oefentamen werkcollege 7 - 11.**

*NB. Het tentamen zal bestaan uit 20 meerkeuzevragen en 2 open vragen bestaande uit een a en een b vraag.*

**Wc 7**

**Casus 1**

**a. Noem een gebrek dat aan deze tenlastelegging kleeft.**

Zie art. 261 Sv voor de vereisten aan een tenlastelegging. In dit geval is niet voldaan aan het vereiste dat het wettelijke voorschrift moet worden vermeld.

**b. Wat houdt de in Nederland geldende grondslag leer in? Tot welk gevolg kan deze grondslag leer, gelet op bovenstaande tenlastelegging leiden?**

De grondslag leer is de wettelijke eis dat de rechter beraadslaagt en besluit op de grondslag van de tenlastelegging. De rechter is met andere woorden gebonden aan de tenlastelegging.

Wanneer de feiten, de plaats of de tijd niet zijn vermeld in de tenlastelegging leidt dit tot nietigheid. De andere twee vereisten uit art. 261 Sv leiden niet tot nietigheid.

In dit geval wordt de wederrechtelijkheid niet genoemd in de tenlastelegging. Omdat dat niet genoemd wordt kan het feit wel bewezen worden, maar is het niet strafbaar omdat de wederrechtelijkheid dus niet is genoemd. Het gaat dan dus fout bij de tweede vraag van art. 350 Sv.

**c. Heeft de officier van justitie een mogelijkheid om dit gebrek te herstellen?**

Ja, zie art. 313 Sv. De wijzigingen moeten schriftelijk worden overlegd aan de rechtbank met daarin de vordering dat de wijzigingen zullen worden toegelaten.

**d. Tot welk moment kan hij dat nog doen?**

Zie art. 266 jo 270 Sv. Dat kan zolang het onderzoek ter terechtzitting nog niet is aangevangen door middel van een schriftelijke mededeling aan de verdachte en de benadeelde partij. Het onderzoek ter terechtzitting is begonnen wanneer de voorzitter de zaak tegen de verdachte doet uitroepen.

**Casus 2**

**Kan de schade worden verhaald, en zo ja, kan dat op deze manier?**

Om de schadevergoeding te krijgen moet het slachtoffer zich voegen op grond van art. 51f Sv als benadeelde partij. Dit kan door middel van een formulier voor voeging wat wordt toegezonden door de OvJ, zie art. 51g Sv. Het kan ook nog ter terechtzitting, zie lid 3. 'Ter terechtzitting geschiedt de voeging door de opgave, bedoeld in het eerste lid, eerste volzin, bij de rechter uiterlijk voordat de officier van justitie in de gelegenheid is gesteld overeenkomstig artikel 311 het woord te voeren. Deze opgave kan ook mondeling worden gedaan.' Het kan dus uiterlijk tot het requisitoir.

**Casus 3**

**Moet de rechter de raadsman toestaan het woord te voeren ter verdediging?**

Zie het arrest raadsman bij verstek r.o. 4.6 t/m 4.9. Wanneer de raadsman niet uitdrukkelijk gemachtigd is mag de raadsman 2 dingen:

- Het voeren van het woord ter toelichting van de afwezigheid van de verdachte.
- Het verzoeken om aanhouding van de behandeling van de zaak met het oog op de effectuering van het aanwezigheidsrecht van de verdachte of ten behoeve van het alsnog verkrijgen van een machtiging als hiervoor bedoeld. Zie r.o. 4.8.

In r.o. 4.9 wordt nog gezegd dat in uitzonderlijke gevallen mogelijk anders kan worden geoordeeld.

In dit geval moet de rechter de raadsman dus niet toestaan het woord te voeren.

#### **Casus 4**

##### **Kan hij dit doen?**

Ja dat kan, zie het spreekrecht van het slachtoffer art. 51e Sv. Hij moet dan voor de aanvang van de terechtzitting schriftelijk kennis geven aan de OvJ. Bovendien is het artikel van toepassing omdat er sprake is van een misdrijf wat afzonderlijk wordt genoemd in het artikel, namelijk 285b Sr.

#### **Wc 8**

##### **Casus 1**

##### **a. Onder welk wettelijk bewijsmiddel valt de aangifte van Peter? Leg uit waarom de betreffende wettelijke bepaling van toepassing is.**

Zie art. 339 jo 344 lid 1 sub 2 Sv. Het gaat om een schriftelijk bescheid en wel om een proces verbaal. Het valt niet onder art. 341 Sv omdat de verklaring van de verdachte niet op het onderzoek ter terechtzitting is gedaan maar bij de politie.

Door middel van de de-auditu leer valt het proces verbaal onder de wettelijke bewijsmiddelen. Zie hiervoor het de-auditu arrest. De politie ziet het slachtoffer zijn verklaring doen. De HR heeft het proces verbaal daarom ook als wettelijk bewijsmiddel bestempeld.

Art. 344 lid 2 is een uitzondering op de regel een getuige is geen getuige. Het gaat daarbij om wat de opsporingsambtenaar zelf heeft waargenomen, dus geen de-auditu verklaring.

##### **b. Kan de omstandigheid dat Karel zich op zijn zwijgrecht beroept bij de bewijsvoering worden betrokken?**

Het zwijgrecht staat in art. 29 Sv. Zwijgen is geen bewijs op zich, maar kan wel onderdeel uitmaken van de bewijsconstructie. Dit is bijvoorbeeld het geval als de verdachte wel verweer voert maar vervolgens niet wilt antwoorden op vragen van de rechter over dat verweer.

#### **Casus 2**

##### **Welke stelling is juist met betrekking tot het bewijsrecht?**

Antwoord A is onjuist, het bewijsrecht ziet alleen op de eerste vraag van art. 350 Sv.

Antwoord B is onjuist, de slachtofferverklaring mag niet aan het bewijs bijdragen.

Antwoord C is juist, zie art. 339 Sv.

Antwoord D is onjuist, zie het arrest eigen waarneming van de rechter.

#### **Casus 3**

##### **a. Benoem de voorhanden zijnde wettige bewijsmiddelen.**

- Er zijn twee proces verbalen van de medewerker van de AH. Ten eerste de verklaring wat hij heeft gezien en ten tweede de confrontatie met de verdachte. Dit bewijsmiddel valt onder art. 344 lid 2 Sv.
- Er is een proces verbaal van de verdachte Jan. Ook dit valt onder art. 344 lid 2 Sv. Dit bewijsmiddel

kan echter niet geheel worden gebruikt bij de bewijsconstructie. De bewijzen moeten namelijk redengevend zijn. Het deel dat Jan een fles wijn bij de Edah had gehaald is niet redengevend voor het feit dat Jan de diefstal zou hebben gepleegd en moet daarom uit het bewijs worden gelaten. Het feit dat Jan aanwezig was in Lutjebroek is wel redengevend.

- Jan legt dezelfde verklaring af ter terechtzitting. Dit valt onder art. 341 Sv.

**b. Kan de strafrechter op basis van de beschikbare bewijsmiddelen tot een bewezenverklaring komen?**

Hier spelen de steunbewijs arresten een rol. Enkel de twee proces verbalen van de AH medewerker zijn onvoldoende, omdat deze uit dezelfde bron komen. Zie art. 342 lid 2 Sv: één getuige is geen getuige. Is de verklaring van de verdachte dat hij zich in Lutjebroek bevond voldoende als steunbewijs? Kijk hiervoor in de steunbewijs arresten en haal de belangrijkste aan. In dit geval kunnen het beste steunbewijs 3 en 4 aangehaald worden. In steunbewijs 3 was het onvoldoende bewijs dat de persoon aanwezig was, omdat dat min of meer logisch was. In steunbewijs 4 was het wel voldoende, omdat het een hele specifieke plaats was.

In dit geval zou ik zeggen dat de aanwezigheid in Lutjebroek te algemeen is en daarom onvoldoende steunbewijs biedt.

De strafrechter kan op basis van de beschikbare bewijsmiddelen dus niet tot een bewezenverklaring komen.

**WC 9**

**Op welke wijze heeft een verzoek van de verdediging een getuige ter terechtzitting te horen meer kans van slagen: een schriftelijke opgave aan de officier van justitie voorafgaand aan de terechtzitting of een verzoek aan de rechter tijdens de terechtzitting? Motiveer uw antwoord aan de hand van de relevante wetsartikelen.**

Stap 1: In art. 263 lid 5 staat de hoofdregel. De OvJ moet de getuigen oproepen. In art. 264 wordt hierop een uitzondering gemaakt. Daarbij is met name het criterium van het verdedigingsbelang van belang (lid 1 sub c). De verdachte mag niet redelijkerwijs in zijn verdediging worden geschaad.

Stap 2: Als bovenstaande verzoek wordt afgewezen dan komt art. 287 en m.n. lid 3 aan de orde. Dit artikel ziet op niet verschenen getuigen: getuigen die wel zijn opgeroepen maar niet zijn gekomen of getuigen die niet zijn opgeroepen. De rechtbank kan dan een hernieuwde oproeping bevelen of dit weigeren op grond van art. 288 Sv. Hierin staan dezelfde weigeringsgronden als in art. 264 Sv.

Stap 3: Tijdens de terechtzitting kan de rechter het alsnog noodzakelijk achten dat een bepaalde getuige wordt opgeroepen. Zie art. 315 SV. Hiervoor is het noodzakelijkheidscriterium van toepassing. De verdachte kan dit aan de rechter verzoeken ogv art. 328 jo 315 Sv en de raadsman kan dit verzoeken ogv 331 jo 328 jo 315 Sv.

Het noodzakelijkheidscriterium is strenger dan het verdedigingsbelang criterium. Dat blijkt uit het arrest noodzakelijkheidscriterium. Zie r.o. 3.3.1 en 3.4.2. Dit verschil wordt in sommige situaties gerelativeerd.

Het verzoek heeft dus meer kans van slagen dmv een schriftelijke opgave bij de OvJ. Ten eerste omdat het verdedigingsbelang criterium minder streng is dan het noodzakelijkheidscriterium en ten tweede omdat je als dat niet lukt nog twee mogelijkheden hebt om de getuigen op te roepen.

**WC 10**

**Hoe zou u als advocaat dit verweer onderbouwen? Betrek in uw antwoord ook de vraag of art.**

### **359a Sv hier van toepassing is.**

Zie het afvoerpijparrest r.o. 3.4.2 e.v. De schending is hier het benemen van de vrijheid.

Stap 1: Is er sprake van vormverzuim als in art. 359a Sv?

- Gaat het om het voorbereidend onderzoek tegen de verdachte? Ja
  - Is het onherstelbaar? Ja
  - Gaat het niet om vrijheidsbenemende dwangmiddelen? Deze norm is opgesteld om zo een verkapt rechtsmiddel te voorkomen. De verdachte kan anders en klagen bij de r-c en bij de rechter. Echter het enige wat de r-c kan doen is vrijheid geven, maar daar is de verdachte hier niet mee geholpen. In het tentamen kan ervan uit worden gegaan dat deze voorwaarde alleen van toepassing is als het gaat om een termijnoverschrijding.
- Er is dus sprake van een vormverzuim.

Stap 2: Moet hier ook gevolg aan worden verbonden?

- Schutznorm: Is het belang getroffen wat de norm beoogde te beschermen en is het de verdachte geweest die in dat belang is geschonden? Ja.
- Rechtstreeks causaal verband: Is er rechtstreeks causaal verband tussen de normschending en het belang? Ja.

Stap 3: De vereisten van art. 359a lid 2 Sv aflopen:

- Het belang dat het geschonden voorschrift dient. ++
- De ernst van het verzuim. ++
- Het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt. ++

(Je bent de advocaat van de verdachte dus je bent het sowieso overal mee eens..)

Stap 4: Welk gevolg moet hieraan worden verbonden?

- Niet ontvankelijkheid van het OM? Nee, alleen in zeer uitzonderlijke gevallen.
- Bewijsuitsluiting? Gaat het om een belangrijk strafvorderlijk voorschrift dat in aanzienlijke mate is geschonden? Het gaat wel om een belangrijk voorschrift, maar betoogt kan worden dat het niet in aanzienlijke mate is geschonden.
- Strafvermindering? Het is aannemelijk dat:
  - de verdachte daadwerkelijk nadeel heeft ondervonden? Ja
  - dit nadeel is veroorzaakt door het verzuim? Ja
  - Het nadeel geschikt is voor compensatie door middel van strafvermindering? Ja
  - Strafvermindering ook in het licht van het belang van het geschonden voorschrift en de ernst van het verzuim gerechtvaardigd is? Ja

Strafvermindering ligt hier het meeste voor de hand. Let op! Het is geen reden om geen bewijsuitsluiting toe te passen omdat er geen bewijs is. Dat is geen reden om dan maar strafvermindering te geven.

### **WC 11**

#### **Welk type verweer heeft de raadsman gevoerd? En indien de rechter dit verweer niet aanvaardt, moet hij dit dan gemotiveerd verwerpen?**

Het gaat hier om een bewijsverweer.

In beginsel hoeft de rechter een bewijsverweer niet expliciet te motiveren. Het bewijsverweer valt namelijk niet onder art. 358 lid 3 of onder de uitzonderingen dak-dekkers verweer, meer-en-vaart verweer of onrechtmatig verkregen bewijs.

Daarnaast is er nog een uitzondering op de hoofdregel, namelijk art. 359 lid 2 2° volzin. Wanneer er sprake is van een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt moet de rechter het wel expliciet motiveren.

Voor de definitie van een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt, zie r.o. 3.7.1.:

- duidelijk
- door argumenten geschraagd
- ondubbelzinnige conclusie
- ten overstaan van een feitenrechter

Dat is hier het geval, dus de rechter moet inderdaad gemotiveerd verwerpen.

Het verschil tussen een uitdrukkelijk voorgedragen verweer (358 lid 3) en een uitdrukkelijk onderbouwd verweer (359a lid 2) is dat het uitdrukkelijk voorgedragen verweer minder strenge eisen kent, maar dat er ook maar een limitatief aantal van zijn. Zie art. 358 lid 3 en de uitzonderingen hierboven genoemd. Het uitdrukkelijk onderbouwd verweer kent weliswaar een strengere toetsing, maar hieronder kunnen alle verweren vallen.