

VOORWOORD

VOORWOORD

Voor u ligt de tweede druk van Elementair formeel strafrecht (EFS).

In dit werk worden de belangrijkste formele leerstukken op het gebied van het strafrecht op een kernachtige en heldere wijze besproken.

Elk leerstuk wordt op een inzichtelijke en gestructureerde wijze belicht aan de hand van aan de praktijk ontleende voorbeelden en richtinggevende jurisprudentie van de Hoge Raad, waardoor het werk zeer geschikt is voor zowel de universitaire als de hbo-student die voor het eerst kennismaakt met het strafrecht.

De auteurs realiseren zich dat, ondanks het feit dat het boek primair voor de student is geschreven, sommige onderwerpen desalniettemin als complex kunnen worden ervaren. Getracht is dit zoveel mogelijk te ondervangen door de theorie af te wisselen met verhelderende aan de rechtspraak ontleende voorbeeldcasussen.

In elk leerstuk wordt de meest recente en relevante jurisprudentie besproken en worden vele andere uitspraken in noten vermeld. Dit maakt dat ook de gevorderde strafjurist zijn toevlucht kan nemen tot dit werk.

Deze versie van EFS is bijgewerkt tot mei 2018. Voor een volgende druk houden wij ons aanbevolen voor opmerkingen en suggesties.

Zwolle, mei 2018

Rob ter Haar
Gerlof Meijer

INHOUDSOPGAVE

VOORWOORD / V

HOOFDSTUK 1

Ons strafvorderlijk stelsel: kenmerken en beginselen / 1

- 1.1 Inleiding / 1
- 1.2 Karakter Nederlandse strafproces / 1
- 1.3 Opportuniteitsbeginsel / 3
- 1.4 Beroepsrechters in plaats van juryrechtspraak/lekenrechtspraak / 6
- 1.5 Nemo tenetur en zwijgrecht / 7
- 1.6 Rechterlijke onpartijdigheid en onafhankelijkheid / 9
- 1.7 (Strafvorderlijk) legaliteitsbeginsel / 11
- 1.8 Geen procedure zonder verdenking / 13
- 1.9 Onschuldpresumptie / 14
- 1.10 Recht op rechtsbijstand / 16
- 1.11 Recht op vertaling / 19
- 1.12 Recht op processtukken / 21
- 1.13 Onmiddellijkheidsbeginsel en openbaarheid / 23
- 1.14 Ne bis in idem / 24
- 1.15 Beginselen van behoorlijke strafrechtspleging / 26

HOOFDSTUK 2

Verdachte en verdenking / 29

- 2.1 Wanneer kan iemand als verdachte worden aangemerkt? / 29
- 2.2 Strafbaar feit / 29
- 2.3 Het redelijke van het vermoeden / 30
- 2.4 Anonieme informatie als basis voor een redelijke verdenking / 33
- 2.5 Dwangmiddelen tegen de verdachte / 35
- 2.6 Rechten van de verdachte / 36
- 2.7 Verdachte in de vervolgingsfase / 38

HOOFDSTUK 3

Buitenrechtelijke afdoeningsmodaliteiten / 39

- 3.1 Algemeen / 39
- 3.2 Ad-informandumafdoening / 40
- 3.3 Sepot / 41
- 3.4 Transactie / 43
- 3.5 De strafbeschikking / 44

HOOFDSTUK 4

Vrijheidsbenemende dwangmiddelen / 47

- 4.1 Algemeen / 47
- 4.2 Staandehouding (art. 52 Sv) / 48
- 4.3 Aanhouden (art. 53-55a Sv) / 50
- 4.4 Ophouden voor onderzoek / 53
- 4.5 De inverzekeringstelling / 55
- 4.6 De voorlopige hechtenis / 57
 - 4.6.1 Verdenking strafbaar feit als bedoeld in artikel 67 Sv / 58
 - 4.6.2 Ernstige bezwaren / 58
 - 4.6.3 Gronden / 58
 - 4.6.4 Het anticipatiegebod / 61
 - 4.6.5 Schorsing van de voorlopige hechtenis / 62
 - 4.6.6 De procedure / 63
 - 4.6.7 Rechtsmiddelen / 64

HOOFDSTUK 5

De dagvaarding / 67

- 5.1 Inleiding / 67
- 5.2 De oproepende functie van de dagvaarding / 69
- 5.3 De informerende functie van de dagvaarding / 70
- 5.4 De beschuldigende functie van de dagvaarding / 71
- 5.5 Gevolgen van een onduidelijke tenlastelegging / 74
- 5.6 Samengestelde tenlasteleggingen / 75
 - 5.6.1 Cumulatieve tenlastelegging / 75
 - 5.6.2 Primair-subsidiaire tenlastelegging / 75
 - 5.6.3 Alternatieve tenlasteleggingen / 76
- 5.7 Wijziging en aanvulling van de tenlastelegging / 76
 - 5.7.1 Mondelinge aanvulling tenlastelegging (art. 312 Sv) / 76
 - 5.7.2 Wijziging tenlastelegging (art. 313 Sv) / 77
 - 5.7.3 Vordering aanpassing omschrijving tenlastelegging (art. 314a Sv) / 78
- 5.8 Betekening van de dagvaarding / 79

HOOFDSTUK 6

De actoren in het strafproces en het onderzoek ter terechtzitting / 83

- 6.1 Inleiding / 83
- 6.2 De actoren in het strafproces / 84
 - 6.2.1 De strafrechter / 84
 - 6.2.2 De officier van justitie / 86
 - 6.2.3 De raadsman / 86
 - 6.2.4 De griffier / 89
 - 6.2.5 De tolk / 89
 - 6.2.6 De deskundige / 91
 - 6.2.7 De civiele partij / 93
- 6.3 Het verloop van het onderzoek ter terechtzitting / 97
 - 6.3.1 Aanvang zitting / 97
 - 6.3.2 De kern van de zitting / 99
 - 6.3.3 Het einde van de zitting / 101

HOOFDSTUK 7

Strafvorderlijk bewijs / 103

- 7.1 Algemeen / 103
- 7.2 Reikwijdte bewijsrecht / 104
- 7.3 De actieve rechter / 104
- 7.4 De rechterlijke overtuiging / 105
- 7.5 Het onmiddellijkheidsbeginsel / 106
- 7.6 De wettige bewijsmiddelen / 106
 - 7.6.1 De eigen waarneming van de rechter / 107
 - 7.6.2 Verklaringen van de verdachte / 108
 - 7.6.3 Verklaringen van een getuige / 109
 - 7.6.4 Verklaringen van deskundigen / 110
 - 7.6.5 Schriftelijke bescheiden / 112
 - 7.6.6 De verklaring van een persoon wiens identiteit niet blijkt / 113
- 7.7 Feiten en omstandigheden van algemene bekendheid / 116
- 7.8 Bewijsminimumvoorschriften / 118
- 7.9 Vrije selectie en waardering / 120
- 7.10 De kennelijk leugenachtige verklaring / 120
- 7.11 De zwijgende verdachte en bewijs / 122
- 7.12 Schakelbewijs / 122
- 7.13 Bewijsbeslissing met redenen omkleed / 123

HOOFDSTUK 8

Het strafvonnis / 125

- 8.1 Inleiding / 125
- 8.2 De kop van het vonnis / 126
- 8.3 De tenlastelegging / 126
- 8.4 De voorvragen / 127
 - 8.4.1 De geldigheid van de dagvaarding / 127
 - 8.4.2 De bevoegdheid van de rechter / 128
 - 8.4.3 De ontvankelijkheid van het OM / 129
 - 8.4.4 De schorsing van de vervolging / 130
- 8.5 De hoofdvragen / 130
 - 8.5.1 De bewijsvraag / 131
 - 8.5.2 Kwalificatie / 132
 - 8.5.3 Is de dader strafbaar? / 132
 - 8.5.4 De strafoplegging / 133
- 8.6 Overige vereisten / 136
- 8.7 Vermelding van artikelen en dictum / 138

HOOFDSTUK 9

Rechtsmiddelen / 149

- 9.1 Algemeen / 149
- 9.2 Gewone rechtsmiddelen / 150
 - 9.2.1 Verzet tegen strafbeschikking / 150
 - 9.2.2 Hoger beroep / 151
 - 9.2.3 Het beroep in cassatie / 159
- 9.3 Buitengewone rechtsmiddelen / 160
 - 9.3.1 Algemeen / 160
 - 9.3.2 Herziening / 160
 - 9.3.3 Cassatie in het belang der wet / 162

Trefwoordenregister / 165

HOOFDSTUK 1

Ons strafvorderlijk stelsel: kenmerken en beginselen

1.1 Inleiding

Het Nederlandse strafprocesrecht kent vanzelfsprekend bepaalde uitgangspunten en beginselen. Vele daarvan zijn niet enkel kenmerkend voor het Nederlandse stelsel, maar zijn fundamenteel zodat zij voor vele rechtsstelsels gelden. Het zwijgrecht en het recht van een verdachte zichzelf niet te belasten zijn hiervan sprekende voorbeelden. De invloed van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (verder te noemen: EVRM) hierop is onmiskenbaar. Een wat meer Nederlands beginsel is het opportuniteitsbeginsel dat is neergelegd in artikel 167 en 242 Wetboek van Strafvordering (Sv) en inhoudt dat het Openbaar Ministerie (OM) kan afzien van vervolging op gronden aan het algemene belang ontleend. Duitsland bijvoorbeeld kent dit beginsel niet; daar vindt vervolging plaats aan de hand van het legaliteitsbeginsel, hetgeen kort gezegd inhoudt dat, behoudens uitzonderingen, daar alle geconstateerde strafbare feiten dienen te worden vervolgd.

In dit hoofdstuk zal eerst worden ingegaan op het algemene karakter van ons strafproces. Vervolgens worden de beginselen en uitgangspunten van ons strafproces behandeld. Zaken als de onschuldpresumptie, het recht op rechtsbijstand, hoor en wederhoor en de motiveringsplicht van rechterlijke uitspraken komen daarbij aan de orde. Vervolgens zal nog worden ingezoomd op de zogenaamde 'beginselen van behoorlijk strafprocesrecht', dat wil zeggen de beginselen die een rol spelen bij de invulling door de strafvorderlijke autoriteit van een hem toekomende discretionaire bevoegdheid. Voorbeelden daarvan zijn het vertrouwensbeginsel en het verbod van willekeur.

Hierboven werd al gewezen op de grote invloed van het EVRM op tal van strafvorderlijke beginselen en uitgangspunten. Er zal dan ook enige aandacht worden besteed aan de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (verder te noemen: EHRM) in het navolgende.

1.2 Karakter Nederlandse strafproces

In het deel EMS (*Elementair materieel strafrecht*) wordt het materiële strafrecht behandeld. Het materiële strafrecht regelt welk gedrag onder welke omstandigheden strafbaar is en tot welke sancties dat gedrag kan leiden. Het strafprocesrecht daarentegen geeft aan welke procedure moet worden gevolgd wanneer iemand ervan wordt

verdacht een strafbaar feit te hebben gepleegd. Het wordt ook wel omschreven als het onderdeel van het strafrecht dat bepaalt hoe en door wie wordt onderzocht of een strafbaar feit is begaan en door wie en naar welke maatstaven daarover en over de daaraan te verbinden strafrechtelijke sancties wordt beslist. Simpel gezegd: het geeft de spelregels voor de afdoening van een strafzaak.

Ons strafproces kan worden gekarakteriseerd als gematigd inquisitoir, of, zo men dat wil, als gematigd accusatoir. Belangrijkste kenmerk van een inquisitoire procesvorm is dat er een ambtshalve onderzoek plaatsvindt dat is gericht op het vaststellen van de waarheid en waarin de verdachte voorwerp van het onderzoek is. Hij is geen gelijkwaardige procespartij. In het inquisitoire proces heeft de verdachte niet dezelfde rechten als het OM. De verdachte heeft geen zelfstandige rechten en bevoegdheden. In dit inquisitoire proces staat de waarheidsvinding centraal. De strafrechter is actief en ondervraagt zelf getuigen en doet zelf onderzoek.

Het uitgangspunt van de accusatoire procesvorm is dat het proces is geconstrueerd als een procedure tussen twee – in theorie – gelijkwaardige partijen. De partijen zijn verantwoordelijk voor het aanbrengen van bewijsmateriaal in het belang van hun positie. De waarheidsvinding wordt daarom ook in belangrijke mate bepaald door het uitgangspunt van tegenspraak tussen de partijen. De rechter bewaakt daarbij de regels van het proces. De officier van justitie en de verdediging staan op gelijke voet en vechten met ‘gelijke wapens’ (*equality of arms*). De partijen hebben het proces volledig in handen, bepalen welke onderzoekshandelingen zullen plaatsvinden en op welke wijze. Het onderzoek wordt verricht op basis van tegenspraak, dus in aanwezigheid van procespartijen. Kenmerkend hierbij is de primaire rol van de rechter, wiens rol er in hoofdzaak uit bestaat erop toe te zien dat de procedure ‘fair’ verloopt. Het accusatoir proces (lees: de zitting) is volledig openbaar, zowel ten aanzien van de partijen als ten aanzien van het publiek. Daarop is een beperkt aantal uitzonderingen. Zo zijn zaken tegen minderjarige verdachten in beginsel besloten.

Omdat er in het Nederlandse strafproces kenmerken van beide procesvormen aanwezig zijn, is een onderscheid moeilijk te maken. Het zijn slechts theoretische modellen die uitersten weergeven. Ons Wetboek van Strafvordering is een compromis tussen tegenstrijdige denkbeelden. Reijntjes verwoordt het in zijn bewerking van Minkenhofs *De Nederlandse Strafvordering* als volgt:

“Of het wetboek in de uiteindelijke vorm gematigd accusatoir of gematigd inquisitoir moet heten, is moeilijk uit te maken en eigenlijk ook niet meer dan een kwestie van woorden. Onmiskenbaar wilde men noch een zuiver inquisitoir, noch een zuiver accusatoir stelsel. Velen hadden een voorkeur voor het laatste, maar ze wilden geen afstand doen van methoden waarbij de verdachte medewerking moet verlenen aan het onderzoek, bijv. door zijn vingerafdrukken te laten nemen of door, ten behoeve van een confrontatie met getuigen, bepaalde kledingstukken aan te trekken. De verdachte bleef zo niet alleen in zekere mate voorwerp van onderzoek, maar werd een enkele keer zelfs tot actieve medewerking genoopt. Kortom: het wetboek was niet de uitwerking van een beginsel, maar een compromis tussen

tegenstrijdige denkbeelden. Wie zoekt naar 'de geest' van het wetboek, zal niet meer vinden dan een eerlijk streven naar de vereniging van de in concreto vaak botsende belangen van burger en overheid, van (vermeende) dader en slachtoffer. Terecht had men liever een regeling die streeft naar de bevrediging van verschillende als rechtmatig erkende verlangens, dan een, waarin zij worden opgeofferd om een mooi beginsel door dik en dun te kunnen volgen."

Wel is het zo dat ons Nederlandse stelsel de laatste decennia – niet in de laatste plaats onder invloed van het EVRM – steeds sterker accusatoire trekken is gaan vertonen, zeker als het gaat om het onderzoek ter terechtzitting. Het vooronderzoek, waarin de verdachte voorwerp van onderzoek is en de overheid bevoegd is dwangmiddelen toe te passen, heeft meer inquisitoire trekken. Thans kan echter de verdachte ook in het vooronderzoek de nodige rechten uitoefenen ter verdediging. Denk bijvoorbeeld aan de kennisneming van processtukken (art. 30 Sv)¹ en het in een vroeg stadium benaderen van de rechter-commissaris met het verzoek bepaalde onderzoekshandelingen te verrichten (art. 182 Sv). Meer algemeen gezegd is het zo dat van de verdediging een actievere rol wordt verwacht als deze een rechterlijke beslissing over een bepaalde kwestie wil uitlokken of een gemotiveerd oordeel over een bepaald punt wil.

Belangrijk in dit verband is dat het EHRM steevast wijst op het belang van *adversarial proceedings*, hetgeen wil zeggen dat de verdediging in het strafproces de gelegenheid moet hebben zelf (ontlastend) bewijs in te brengen maar ook kennis moet kunnen nemen van en commentaar moet kunnen leveren op al dat materiaal dat van invloed kan zijn op de beslissing van de rechter.²

1.3 Opportuniteitsbeginsel

Het OM is in ons land *dominus litis*. Dit houdt in dat zij de grenzen van het geschil bepaalt. Het OM heeft een vervolgingsmonopolie. Zij bepaalt of tot vervolging van een strafbaar feit over wordt gegaan. Dit wordt ook wel het opportuniteitsbeginsel genoemd, zoals dit is vervat in artikel 167 Sv – en in het geval er al een rechter in de procedure is betrokken – artikel 242 Sv.

Het opportuniteitsbeginsel heeft tot doel het legaliteitsbeginsel zijn scherpte te ontnemen. Het legaliteitsbeginsel houdt namelijk in dat de overheid elke overtreding van een bepaling die zij belangrijk genoeg heeft gevonden om strafbaar te stellen dient te vervolgen. De rechtsgemeenschap mag op vervolging rekenen: regels zijn regels. Het opportuniteitsbeginsel daarentegen maakt dat het mogelijk is per geval een billijke beslissing te nemen. Niet in elk geval is vervolging immers de beste 'oplossing'. In zijn boek *Geen blad voor de mond* geeft voormalig hoogleraar en huidig lid van de Hoge Raad Ybo Buruma weer waarom het opportuniteitsbeginsel de voorkeur verdient boven het legaliteitsbeginsel:

1 Bijv. HR 4 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:487, NJ 2014/374 met annotatie door B.F. Keulen.

2 EHRM 26 juli 2011, nr. 58222/09 (*Juricic/Kroatië*).

“Het maakt het mogelijk per geval een billijke beslissing te kiezen. Uiteraard mag er alleen worden vervolgd als de wet is overtreden, maar niet in elk geval dat het mogelijk is hoeft gebruik te worden gemaakt van die bevoegdheid. Het meest fundamentele argument werd al in 1885 door W. Boot geformuleerd. Hij zei dat het Openbaar Ministerie is ingesteld om vervolging uit particuliere wraakzucht te voorkomen. Daarmee is onverenigbaar dat het OM – zoals bij aanvaarding van het legaliteitsbeginsel gedwongen zou zijn “op alle klachten eene vervolging in te stellen, zelfs op de onbeduidendste, op die welke niet onmiddellijk de algemene rechtsorde raken en die vaak geen ander doel hebben dan om particuliere hartstocht of wraakzucht te voldoen.”

Het opportuniteitsbeginsel vindt, zoals gezegd, zijn weerslag in artikel 167 en 242 Sv. Daarin is aan het OM de bevoegdheid toegekend zelfstandig te beslissen of naar aanleiding van een ingesteld opsporings (of voorbereidend) onderzoek (verdere) vervolging moet plaatsvinden. De beslissing van het OM om tot (verdere) vervolging over te gaan leent zich slechts in zeer beperkte mate voor een inhoudelijke rechterlijke toetsing, in die zin dat slechts in uitzonderlijke gevallen plaats is voor een niet-ontvankelijkverklaring van het OM (dat wil zeggen dat het OM de zaak niet behandeld krijgt door de rechter) in de vervolging op de grond dat het instellen of voortzetten van die vervolging onverenigbaar is met beginselen van een goede procesorde. Een uitzonderlijk geval als zojuist bedoeld, doet zich voor wanneer de vervolging wordt ingesteld of voortgezet terwijl geen redelijk handelend lid van het OM heeft kunnen oordelen dat met (voortzetting van) de vervolging enig door strafrechtelijke handhaving beschermd belang gediend kan zijn. Indien een rechter tot het oordeel komt dat sprake is van een geval waarin het OM niet-ontvankelijk moet worden verklaard in de vervolging, gelden voor deze beslissing zware motiveringseisen.

De afgelopen jaren is het nodige te doen geweest rond het vervolgen van ‘flutfeiten’. Dit begrip is afkomstig van Buruma, die van oordeel is dat rechters steeds zwaarder worden belast en politie en justitie niet genoeg capaciteit hebben voor opsporing en vervolging van ‘onbenullige feiten’. Een maatregel die alle drie werk zou schelen, is het weren van die ‘kleine zaken’. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad kan echter volgen dat het OM betichten van willekeur een zwaar verwijt is waarvoor zeer zware motiveringseisen gelden. Het moet gaan om een uitzonderlijk geval. Het slechts vervolgen van een ‘simpel feitje’ is daarvoor niet voldoende. Wil de rechter toch een dergelijk uitzonderlijk geval aannemen, dan moet met name aandacht worden besteed aan het belang van het OM om toch te vervolgen.

Voorbeeld

Het OM vervolgt in 2017 de eigenaar, de rechtspersoon en enkele medewerkers van een coffeeshop. Deze coffeeshop werd sinds 2014 gedoogd op grond van een bestuursrechtelijke beslissing die jarenlang onderwerp van gesprek is geweest in het lokale driehoeksoverleg (overleg tussen burgemeester, OM en politie waarin afspraken worden gemaakt over criminaliteitsbeheersing). Op enig moment is door het OM besloten toch strafvervolging in te stellen wegens overtreding van de gedoogvoorwaarden. De rechtbank verklaart het OM echter niet-ontvankelijk in de vervolging op grond van het schenden van het vertrouwensbeginsel en schending van het beginsel van redelijke en billijke

belangenafweging. Het vertrouwensbeginsel zou zijn geschonden omdat het plaatselijke gezag bekend was met het stelselmatige overtreden van de in de gedoogvergunning gestelde voorwaarden en de coffeeshop aan het uitblijven van bestuursrechtelijke en strafvorderlijke maatregelen ter beëindiging van die overtredingen het vertrouwen heeft kunnen ontlenen dat hij ter zake van de in strijd met de gedoogvoorwaarden begane misdrijven tegen de Opiumwet niet zou worden vervolgd. Het beginsel van de redelijke en billijke afweging van belangen zou zijn geschonden omdat de officier van justitie niet heeft kunnen verantwoorden dat het belang van de verdachte bij het ontgaan van straf en/of strafrechtelijke vervolging minder zwaar moet wegen dan het belang van strafrechtelijke rechtshandhaving.

Is het OM terecht niet-ontvankelijk verklaard in de vervolging door de rechtbank?

Nee. Ten aanzien van het vertrouwensbeginsel heeft de rechtbank miskend dat het uitblijven van handhavend optreden niet op één lijn kan worden gesteld met een door het OM-gedane, of aan het OM toe te rekenen, uitlating. Immers, enkel in het uitzonderlijke geval wanneer de vervolging wordt ingesteld of voortgezet nadat door het OM-gedane, of aan het OM toe te rekenen, uitlatingen (of daarmee gelijk te stellen gedragingen) bij de verdachte het gerechtvaardigde vertrouwen hebben gewekt dat hij niet (verder) zal worden vervolgd, kan het vertrouwensbeginsel geschonden worden geacht. Aan uitlatingen of gedragingen van functionarissen aan wie geen bevoegdheden in verband met de vervolgingsbeslissing zijn toegekend, kan zulk gerechtvaardigd vertrouwen dat (verdere) vervolging achterwege zal blijven, niet worden ontleend. Dit wordt niet anders door de enkele omstandigheid dat bij het zogenoemde driehoeks-overleg, waarin het plaatselijke coffeeshopbeleid en de gang van zaken bij de coffeeshop werden besproken, ook het OM was vertegenwoordigd.

Met betrekking tot de redelijke en billijke belangenafweging geldt dat slechts wanneer de vervolging wordt ingesteld of voortgezet terwijl geen redelijk handelend lid van het OM heeft kunnen oordelen dat met (voortzetting van) de vervolging enig door strafrechtelijke handhaving beschermd belang gediend kan zijn, sprake kan zijn van een zodanige, aperte onevenredigheid van de vervolgingsbeslissing dat de (verdere) vervolging onverenigbaar moet worden geacht met het verbod van willekeur (dat in de strafrechtspraak in dit verband ook wel wordt omschreven als het beginsel van een redelijke en billijke belangenafweging). De rechtbank heeft dus miskend dat het de strafrechter niet vrijstaat om de aan de officier van justitie voorbehouden vervolgingsbeslissing op die wijze ten volle te toetsen. In verband met de ontvankelijkheid van de officier van justitie in een strafvervolging dient de strafrechter dus uitsluitend te onderzoeken of zich de situatie voordoet dat geen redelijk oordelend lid van het OM tot het instellen of voortzetten van die vervolging

had kunnen besluiten.³ Anders (en eenvoudig) gezegd: alleen wanneer vervolging volkomen onbebrijpelijk is en niet valt te ontdekken welk maatschappelijk belang het OM ziet bij vervolging, kan worden gesteld dat wordt vervolgd terwijl geen redelijke en billijke belangenafweging is gemaakt.

1.4 Beroepsrechters in plaats van juryrechtspraak/lekenrechtspraak

Het Nederlandse strafrechtstelsel kent een zeer sterke professionele cultuur en, daarmee samenhangend, een relatief grote afstand tussen burger en rechtspraak. Dit komt tot uitdrukking in het feit dat we in Nederland enkel beroepsrechters kennen. Burgers worden hier – anders dan bijvoorbeeld in Duitsland en andere landen – niet bij de rechtspraak betrokken. Ook kennen we – in afwijking van bijvoorbeeld het Amerikaanse systeem – geen juryrechtspraak. Wel is enkele jaren terug op initiatief van een Kamerlid een belangrijk onderzoek verricht door een hoogleraar naar de vraag of Nederland zou moeten overgaan tot enige vorm van lekenrechtspraak. De conclusie luidde dat de invoering van lekenrechtspraak noch die van juryrechtspraak een garantie biedt voor het vergroten van het vertrouwen in de rechtspraak of het verkleinen van de kans op gerechtelijke dwalingen. Anders gezegd: een dringende noodzaak tot een stelselwijziging is in Nederland niet aanwezig. Het vermelden waard is hier de volgende conclusie van de onderzoeker:

“Het professionele karakter van de Nederlandse strafrechtspraak werkt geslotenheid, ontoegankelijkheid en onbegrip bij de burger in de hand. Dit probleem wordt gelukkig inmiddels allerwegen onderkend, en de winst van de discussie over de lekenrechtspraak is in ieder geval, dat de alertheid op dit punt wordt vergroot. Er worden reeds initiatieven genomen met tal van maatregelen (bijvoorbeeld het Project Motiveringsverbetering in Strafvonnissen) verbeteringen aan te brengen. Daarmee moet met kracht worden doorgedaan.”

Hierbij dient nog te worden opgemerkt dat uit peilingen blijkt dat het vertrouwen van de burger in de strafrechtspraak niet lager is dan in voorgaande decennia. In ieder geval is het hoger dan het vertrouwen in publieke instellingen als bijvoorbeeld de regering of de Tweede Kamer. Dat toch de strafrechter in de media onder vuur ligt heeft voornamelijk te maken met het feit dat door opiniemakers en politici wordt gedacht dat het vertrouwen sterk is afgenomen. Feitelijk is dat dus niet het geval. Deze ‘misvatting’ houdt deels verband met het feit dat incidenten altijd worden gegeneraliseerd. Ze worden onderdeel gemaakt van een trend of van beleid. Een strafrechter daarentegen denkt niet in trends of beleid, maar kijkt enkel naar de afzonderlijke zaak. Strafrechter en politici/opiniemakers spreken dus niet altijd dezelfde taal. Dat geen enkel systeem geheel vrij is van kritiek, blijkt wel uit de kritiek die met enige regelmaat wordt geuit op het Amerikaanse jurysysteem. De juryrechtspraak is tijdrovend waardoor een groot deel van de zaken door middel van *plea bargaining* (een soort overeenkomst tussen de verdachte en de officier van justitie) wordt afgedaan. Een onderdeel van de kritiek hierop is dat (te)veel druk op de verdachten wordt uitgeoefend om te bekennen en akkoord te gaan met het voorstel.

³ HR 2 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:7.

1.5 Nemo tenetur en zwijgrecht

Misschien wel het meest verankerde beginsel dat ons strafrechtelijk stelsel kent is het zogeheten nemo-teneturbeginsel (volledig: *nemo tenetur se ipsum accusare*), hetgeen inhoudt dat niemand actief behoeft mee te werken aan zijn eigen veroordeling, noch daartoe verplicht dan wel gedwongen kan worden en dat hij tot die veroordeling voor onschuldig (ten aanzien van de verdenking) wordt gehouden. Bij het grote publiek zal dit bekend zijn als 'the right to remain silent'.

Aan voormeld beginsel ligt een drietal zaken ten grondslag: Het pressieverbod (art. 29 Sv), de procesautonomie van de verdachte en de betrouwbaarheid van het bewijs. Dit beginsel kan dus wringen met het gemeenschappelijk belang bij de materiele waarheidsvinding. Aan de ene kant mag niemand gedwongen worden mee te werken aan zijn eigen veroordeling, anderzijds is het zo dat het nemo-teneturbeginsel geen absolute werking heeft. Maar waar loopt nu precies die grens? In navolging van rechtspraak van het EHRM⁴ heeft de Hoge Raad geoordeeld dat in het Nederlands recht niet een onvoorwaardelijk recht of beginsel is verankerd dat een verdachte op generlei wijze verplicht tot het verlenen van medewerking aan het verkrijgen van voor hem mogelijk bezwarend bewijsmateriaal, voor zover dit van de wil van de verdachte onafhankelijk is.⁵

Maar wat is nu 'bewijsmateriaal dat onafhankelijk van de wil van verdachte is verkregen'? Hoe zit het bijvoorbeeld met het meewerken aan een ademanalyse dan wel een bloedproef bij vermeend drankgebruik in het verkeer (art. 163 WvW 1994) en het verplicht meewerken aan een DNA-test (art. 151b Sv)? Voorts zijn er regelingen waarin verdachten worden verplicht mee te werken aan dactyonderzoeken en het maken van foto's (zie bijvoorbeeld art. 61a Sv), onderzoeken die zich bevinden op het grensvlak van actief meewerken en het dulden van onderzoek.

Sinds de jaren '90 is de rechtspraak van het EHRM inzake het nemo-teneturbeginsel leidend.⁶ 'The right not to incriminate oneself' is niet beperkt tot spreken, maar kan ook het uitleveren van documenten omvatten. Hoewel het niet gaat om een absoluut recht, is wel duidelijk dat uitzonderingen beperkt zullen zijn en vragen om een specifieke rechtvaardiging.

Wat is nu het bereik van 'the right not to incriminate oneself'? Dit is – gelet op de rechtspraak van het EHRM – een lastige vraag. De Hoge Raad legt de (complexe) rechtspraak van het EHRM als volgt uit. Het aan artikel 29 Sv ten grondslag liggende beginsel brengt mee dat een verdachte niet kan worden verplicht tot het afleggen van een verklaring waarvan niet kan worden gezegd dat zij in vrijheid is afgelegd. Voorts ligt in artikel 6 EVRM besloten dat, indien ten aanzien van een verdachte sprake is van een 'criminal charge' (vervolging) in de zin van die bepaling, deze het

4 Zie bijv. EHRM 3 mei 2003, nr. 31827/96 (*J.B./Zwitserland*).

5 HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0666, NJ 2011/425, m.nt. Reijntjes.

6 O.m. EHRM 16 maart 2006, NJ 2007/226.

recht heeft 'to remain silent' en 'not to incriminate oneself'.⁷ Artikel 6 eerste lid EVRM verzet zich niet tegen het gebruik voor het bewijs in een strafzaak van onder dwang door de verdachte afgegeven materiaal dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat.⁸ Het recht van de verdachte om zichzelf niet te belasten is immers 'primarily concerned with respecting the will of an accused person to remain silent'.⁹ Deze laatste zin is dus cruciaal: beschermd zijn alle uitingen die betrekking hebben op bijvoorbeeld de positie die de betrokkene in een proces inneemt of in een eventueel proces zou kunnen innemen, zoals een erkenning of vaststelling van schuld aan een bepaald gebeuren.

Voorbeeld

Bij een chemisch bedrijf vindt een gevaarlijk incident plaats (een emissie van titaantetrachloride). Naar aanleiding van dit incident is een strafrechtelijk onderzoek tegen het bedrijf aangevangen. Het OM verdenkt het bedrijf er namelijk van schuld te hebben gehad aan het incident. Dit zou een strafbaar feit opleveren. De Wet milieubeheer bevat een verplichting om (schriftelijk) inlichtingen te verschaffen over een dergelijk incident binnen een bedrijf. Het chemische bedrijf heeft naar aanleiding van het bewuste incident een intern onderzoek ingesteld, naar aanleiding waarvan een rapport is opgemaakt met daarin 'conclusies en aanbevelingen'. Het OM wil dit rapport (begrijpelijkerwijs) graag hebben en vordert de uitlevering ervan. Het bedrijf weigert dit en stelt zich op het standpunt dat uitlevering in strijd is met het nemo-teneturbeginsel; de vordering uitlevering van deze documenten tot inbeslagneming is in strijd met artikel 6 EVRM, in het bijzonder met het recht niet te kunnen worden verplicht zichzelf te incrimineren en het zwijgrecht. Het OM is het hier niet mee eens. Het zou slechts gaan om documenten die onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaan.

De beklagrechter moet er uiteindelijk aan te pas komen (procedure gebaseerd op art. 552a Sv) om het geschil te beslechten. Hoe dient hij te beslissen?

Dit hangt af van de inhoud van het rapport. Zowel de Hoge Raad als het EHRM leggen dus een sterke koppeling tussen het nemo-teneturbeginsel en het zwijgrecht. Beslissend voor de vraag of het nemo-teneturbeginsel is geschonden, is immers of het gebruik tot het bewijs van een al dan niet in een document vervatte verklaring van de verdachte in een strafzaak zijn recht om te zwijgen en daarmee zijn recht om zichzelf niet te belasten van zijn betekenis zou ontdoen. Het antwoord op deze vraag hangt af van de aard van de in het document vervatte verklaring, waarbij de omstandigheid dat de verdachte de verklaring zelf heeft vervaardigd, niet beslissend is. De rechtbank moet dus zoals gezegd kennis kunnen nemen van de inhoud van de documenten om te kunnen bezien of de verdachte daarin dingen 'verklaart' die van belang kunnen

7 Vgl. HR 19 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1141, NJ 2007/39.

8 HR 21 oktober 1997, ECLI:NL:HR:ZD0834, NJ 1998/173 en EHRM 17 december 1996, NJ 1997/699 (Saunders).

9 EHRM 29 juni 2007, NJ 2008/25 (O'Halloran en Francis).

zijn voor de schuldvraag (bijvoorbeeld dat er fouten zijn gemaakt of dat het anders had moeten). Is dat het geval dan zou gezegd kunnen worden dat het *niet* gaat om gebruik voor het bewijs in een strafzaak van onder dwang door de verdachte afgegeven materiaal dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat.¹⁰ Het komt er dus op neer dat de opgeëiste documenten behoorden te worden uitgeleverd, voor zover zij kale gegevens weergaven en omstandigheden beschreven, maar documenten die opinies bevatten over mogelijke oorzaken en gemaakte fouten moeten buiten schot blijven.

Een andere belangrijke kwestie die verband houdt met het nemo-teneturbeginsel is het feit dat aan het zwijgen van een verdachte onder omstandigheden (voor hem) nadelige gevolgen mogen worden verbonden. Dit is vooral een bewijsrechtelijke kwestie waarop in hoofdstuk 7 nog nader in zal worden gegaan. Op basis van jurisprudentie van het EHRM heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de omstandigheid dat een verdachte weigert een verklaring af te leggen of een bepaalde vraag te beantwoorden op zichzelf, mede gelet op het bepaalde in artikel 29 eerste lid Sv, niet tot het bewijs kan bijdragen. Dat brengt echter niet mee dat de rechter, indien een verdachte voor een omstandigheid die op zichzelf of in samenhang met de verdere inhoud van de bewijsmiddelen beschouwd redengevend moet worden geacht voor het bewijs van het aan hem ten laste gelegde feit, geen redelijke, die redengevendheid ontzenuwende, verklaring heeft gegeven, zulks niet in zijn overwegingen omtrent het gezegde bewijsmateriaal zou mogen betrekken.¹¹ Dit komt erop neer dat wanneer een bepaalde omstandigheid de verdachte op het eerste gezicht zeer belast (bijvoorbeeld wanneer hij korte tijd na een inbraak met een bij die inbraak gestolen Rolex wordt aangetroffen), van hem mag worden verwacht dat hij daarvoor een uitleg verschaft. Dat zou hij immers vrij eenvoudig kunnen doen als er een onschuldige verklaring is. Blijft die uitleg echter uit, dan mag de rechter dit meenemen in zijn bewijsoverwegingen (“Een uur na de inbraak loopt u met de bij die inbraak buitgemaakte Rolex over straat en u wilt niet uitleggen hoe u aan die Rolex bent gekomen, dan ga ik mee in het scenario van het OM dat het niet anders kan zijn dan dat u ook bij de inbraak betrokken bent geweest”).

1.6 Rechterlijke onpartijdigheid en onafhankelijkheid

Onafhankelijkheid, onpartijdigheid, integriteit en professionaliteit vormen de essentiële voorwaarden voor een eerlijke en deskundige beslechting van geschillen en berechting van strafbare feiten. Ook de schijn dat niet aan deze voorwaarden is voldaan moet worden vermeden.

De druk op de rechter neemt toe door een kritischer opstelling van de burger en eveneens door toenemende aandacht van de media en politiek voor rechtszaken. Burgers mogen verwachten dat de rechter werkelijk boven de partijen staat en zich niet door de druk laat meeslepen. Onafhankelijkheid en onpartijdigheid vragen

¹⁰ HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0666, NJ 2011/425, m.nt. Reijntjes.

¹¹ Bijv. HR 5 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW7372, NJ 2012/369.

daarom meer aandacht. De rechter in Nederland is verplicht zijn werk volgens de *Leidraad onpartijdigheid van de rechter*¹² te verrichten. De *Leidraad* is in 2004 vastgesteld door de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en door de presidenten van de rechtbanken en de gerechtshoven. In de *Leidraad* staan aanbevelingen om de onpartijdigheid van rechters te bevorderen. Het zijn geen harde regels voor alle denkbare situaties. Het stuk heeft vooral tot doel dat rechters, rechtbanken en gerechtshoven zich voortdurend bewust zijn van situaties waarin de onpartijdigheid van de rechter op de tocht kan komen te staan.

Het gaat overigens niet alleen om de vraag of de rechterlijke instantie van zichzelf meent niet onpartijdig te zijn geweest op enigerlei moment, maar ook om de schijn van partijdigheid ten opzichte van de verdachte en de maatschappij, namens wie immers rechtgesproken wordt. Vanuit hen geredeneerd mag op geen enkel moment in het strafproces – dus niet in eerste, tweede en niet in laatste instantie – het risico bestaan dat een grond voor het aannemen van die partijdigheid gevonden kan worden. Er is dan ook niet aan het vereiste van berechting door een *impartial tribunal* voldaan indien de verdachte redelijkerwijze onder de gegeven omstandigheden reden kan hebben te vrezen dat één van de aan het onderzoek ter terechtzitting deelnemende rechters de vereiste onpartijdigheid mist.

Een rechter moet uit hoofde van zijn aanstelling worden vermoed onpartijdig te zijn, tenzij zich uitzonderlijke omstandigheden voordoen die zwaarwegende aanwijzingen opleveren voor het oordeel dat hij jegens de verdachte een vooringenomenheid ('zijn oordeel al klaar hebben') koestert, althans de bij de verdachte dienaangaande bestaande vrees objectief gerechtvaardigd is. Het gevolg hiervan zou kunnen zijn dat een rechter dan gewraakt wordt. Dit houdt in dat de 'onpartijdige rechter' wordt vervangen door een andere rechter.¹³

Voorbeeld

De verdediging voert het verweer dat de rechter partijdig is. Wat was er aan de hand?

De strafzaak en de ontnemingszaak (art. 36e Sr, procedure tot het 'plukken' van de criminele winst die een veroordeelde heeft behaald) werden tegelijk behandeld. Volgens het proces-verbaal van de terechtzitting heeft de verdachte, nadat de rechter de korte inhoud van de door de politie opgemaakte proces-verbaal had medegedeeld, verklaard dat hij bij de politie ten dele een onjuiste verklaring heeft afgelegd omdat hij niet opgewassen was tegen het verblijf in de cel en de verhoren. Met name geeft hij een andere lezing van de periode gedurende welke met de hennepkwekerij zou zijn begonnen. Dat

12 Te raadplegen op www.rechtspraak.nl. De *Leidraad* is in 2014 aangepast en samengevoegd met de *Leidraad nevenfuncties*.

13 Zie hierover bijv. Rb. Overijssel 11 maart 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:1667.