



Samenvatting - Strafprocesrecht

Formeel strafrecht civiel effect (Universiteit Leiden)



Scan to open on Studeersnel

Inhoudsopgave

| | |
|--|-----------|
| H1: Inleiding..... | 5 |
| <i>Aard en doel van het strafproces.....</i> | <i>5</i> |
| Aard en doel het strafproces..... | 5 |
| Strafproces en waarheidsvinding..... | 5 |
| Strafproces en rechtsbescherming..... | 6 |
| <i>Bronnen van het strafprocesrecht.....</i> | <i>6</i> |
| Wetgeving..... | 6 |
| Beleidsregels..... | 6 |
| Internationaal recht..... | 6 |
| Jurisprudentierecht..... | 6 |
| Beginselen..... | 7 |
| <i>Legaliteitsbeginsel.....</i> | <i>7</i> |
| H2: Karakter en gang van het Nederlandse strafproces..... | 8 |
| <i>Het inquisitoir en accusatoir procesmodel.....</i> | <i>8</i> |
| <i>De inquisitoire wortels van het Nederlandse strafproces.....</i> | <i>8</i> |
| <i>Hoofdrospelers.....</i> | <i>9</i> |
| <i>Verschillen in afdoening.....</i> | <i>10</i> |
| <i>Strafproces in fasen.....</i> | <i>10</i> |
| H3: Het EVRM..... | 12 |
| <i>Doel en karakter van het verdrag.....</i> | <i>12</i> |
| <i>Algemene kenmerken jurisprudentie EHRM.....</i> | <i>12</i> |
| <i>Gemeenschappelijke begrippen.....</i> | <i>13</i> |
| Law..... | 13 |
| Afstand van het recht..... | 13 |
| <i>Positieve en negatieve verplichtingen.....</i> | <i>13</i> |
| H5: De toegang tot de rechter..... | 14 |
| <i>Organisatie en bevoegdheid.....</i> | <i>14</i> |
| Organisatie van de rechterlijke macht..... | 14 |
| Absolute en relatieve competentie..... | 14 |
| Interne competentie..... | 14 |
| Raadkamerprocedures..... | 15 |
| <i>Art. 6 EVRM.....</i> | <i>15</i> |
| Onafhankelijkheid en onpartijdigheid..... | 16 |
| Onverenigbare betrekkingen..... | 16 |
| Functiecumulatie..... | 17 |
| Eerdere veroordeling medeverdachte..... | 17 |
| H6: Het OM en de vervolging..... | 18 |
| <i>De organisatie van het OM.....</i> | <i>18</i> |
| <i>Take van het OM.....</i> | <i>18</i> |
| <i>Klagen over niet (verder) vervolgen.....</i> | <i>19</i> |
| <i>Het recht van de verdachte op een beslissing inzake vervolging.....</i> | <i>19</i> |

| | |
|---|-----------|
| <i>Bezwaarschrift tegen de dagvaarding.....</i> | <i>20</i> |
| <i>Beginselen van behoorlijke procesorde en de vervolgingsbeslissing.....</i> | <i>20</i> |
| H7: Verdachte en zijn raadsman..... | 21 |
| <i>Verdachte en verdenking.....</i> | <i>21</i> |
| Twee begrippen verdachte..... | 21 |
| Redelijk vermoeden van schuld..... | 21 |
| Functie van het formele begrip verdachte..... | 21 |
| Vergelijking met art. 6 EVRM..... | 21 |
| <i>Zwijgrecht en verhoor.....</i> | <i>22</i> |
| <i>Recht op rechtsbijstand.....</i> | <i>22</i> |
| <i>Taak en positie raadsman.....</i> | <i>22</i> |
| <i>Recht op vrij verkeer met de raadsman.....</i> | <i>23</i> |
| <i>Rechtsbijstand en politieverhoor.....</i> | <i>23</i> |
| <i>Recht op kennisneming van stukken.....</i> | <i>23</i> |
| H8: Het slachtoffer..... | 25 |
| <i>Positieve verplichtingen voortvloeiend uit het EHRM.....</i> | <i>25</i> |
| <i>Richtlijn slachtofferzorg.....</i> | <i>25</i> |
| <i>Rechtspositie van het slachtoffer in Nederland.....</i> | <i>25</i> |
| <i>Schadevergoeding.....</i> | <i>27</i> |
| Voeging als benadeelde partij..... | 27 |
| Schadevergoedingsmaatregel..... | 28 |
| H9: Vooronderzoek..... | 29 |
| <i>Opsporing: taken en verantwoordelijkheden.....</i> | <i>29</i> |
| Wettelijke taakbedeling..... | 29 |
| Personen met opsporing belast..... | 29 |
| Leiding en verantwoordelijk..... | 29 |
| Inschakeling van burgers..... | 29 |
| <i>Afbakening van de opsporingstaak.....</i> | <i>30</i> |
| Historische ontwikkeling van het begrip opsporing..... | 30 |
| Vooronderzoek..... | 30 |
| Vijf typen opsporingsonderzoek..... | 31 |
| <i>Normering van de opsporingstaak.....</i> | <i>31</i> |
| Verbaliseringsplicht..... | 31 |
| Aangiften en klachten..... | 31 |
| <i>Niet wettelijk geregelde opsporingsmethoden.....</i> | <i>32</i> |
| Overschrijden bevoegdheid..... | 32 |
| <i>Rol van de RC.....</i> | <i>33</i> |
| Het onderzoek door de RC..... | 33 |
| Overdachte en bevoegdheden van de rechter-commissaris..... | 33 |
| H10: Dwangmiddelen..... | 34 |
| <i>Algemeen.....</i> | <i>34</i> |
| Dwangmiddelen en grondrechten..... | 34 |
| Dwangmiddelen en vrijwilligheid..... | 34 |
| Structuurkenmerken..... | 34 |

| | |
|---|-----------|
| Steunbevoegdheden en connexe bevoegdheden..... | 34 |
| Voortgezette toepassing en oneigenlijk gebruik..... | 34 |
| <i>Aanhouden en staande houden</i> | 35 |
| Staan de houden..... | 35 |
| Aanhouden..... | 35 |
| Verhouding tot stopbevel..... | 35 |
| Aanverwante bevoegdheden..... | 36 |
| <i>Inverzekeringstelling</i> | 36 |
| <i>Inbewaringstelling</i> | 37 |
| H12: Dagvaarding en tenlastelegging..... | 38 |
| Invloed art. 6 EVRM..... | 38 |
| Aanwezigheidsrecht..... | 38 |
| Dagvaardingstermijn..... | 40 |
| De tenlastelegging..... | 40 |
| Taal en opbouw van de tenlastelegging..... | 40 |
| Eisen aan de tenlastelegging..... | 40 |
| Wijzigen van de tenlastelegging..... | 41 |
| Op grondslag van de tenlastelegging..... | 41 |
| Rechtspraak EVRM..... | 41 |
| Grondslag leer..... | 41 |
| H13: Het onderzoek ter terechtzitting..... | 43 |
| Ogenscheinlijk verloop onderzoek ter terechtzitting..... | 43 |
| De rechter en de terechtzitting..... | 44 |
| Openbaarheid..... | 44 |
| Identiteit, cautie, ordeverstoring..... | 45 |
| Verdachte en zijn raadsman..... | 45 |
| Recht op wegblijven..... | 45 |
| Bevoegdheden tijdens onderzoek ter terechtzitting..... | 45 |
| Horen van de verdachte..... | 46 |
| De tolk..... | 46 |
| Selectie van getuigen..... | 46 |
| Horen van getuigen en deskundigen..... | 47 |
| Voorlezen van processtukken..... | 47 |
| Slachtoffer en benadeelde partij..... | 47 |
| Onderbreking en schorsing..... | 47 |
| Requisitoir, pleidooi, laatste woord, sluiting en heropening..... | 48 |
| Griffier en het proces-verbaal..... | 48 |
| H14: Het bewijs..... | 49 |
| Het wettelijk bewijsstelsel op hoofdlijnen..... | 49 |
| Art. 6 EVRM & bewijs..... | 49 |
| Wettige bewijsmiddelen..... | 50 |
| Bewijsmiddel versus bewijsgrond..... | 50 |
| Selectie en waardering..... | 51 |

| | |
|--|-----------|
| Bewijsmotivering..... | 51 |
| <i>Afscheid van onmiddellijke bewijsvoering.....</i> | <i>52</i> |
| De audit en fair hearing..... | 52 |
| <i>Wettigheid van bewijsmiddelen.....</i> | <i>53</i> |
| Redenen van wetenschap..... | 53 |
| Eigen waarneming of ondervinding..... | 54 |
| <i>Bewijsminima en andere bewijsvoorschriften.....</i> | <i>54</i> |
| <i>Bewijsconstructie.....</i> | <i>56</i> |
| Feiten van algemene bekendheid..... | 56 |
| Toereikend bewijs..... | 56 |
| Leugenachtig bewijs en beroep op zwijgrecht..... | 56 |
| H15: Sanctivering van onregelmatigheden in het strafproces..... | 58 |
| <i>Onregelmatigheid in het strafproces.....</i> | <i>58</i> |
| <i>Opkomst vormverzuimen.....</i> | <i>58</i> |
| Jurisprudentie omtrent vormverzuimen..... | 58 |
| Commissie Moons..... | 58 |
| <i>Reikwijdte art. 359a Sv (volgt uit Loze Hashpijp).....</i> | <i>59</i> |
| Alleen vooronderzoek..... | 59 |
| Causaal verband en schending voorschrift..... | 59 |
| Relativiteit..... | 60 |
| <i>Bewijsuitsluiting.....</i> | <i>60</i> |
| Eisen aan verweer..... | 60 |
| Rechtspraak EHRM..... | 61 |
| <i>Criteria toepassing bewijsuitsluiting.....</i> | <i>61</i> |
| <i>Arresten 1 dec 2020.....</i> | <i>61</i> |
| <i>Niet-ontvankelijkheid van het OM.....</i> | <i>62</i> |
| Zwolsman..... | 62 |
| Karman..... | 62 |
| Mogelijke grond voor niet-ontvankelijkheid: uitlokking..... | 62 |
| <i>Arresten 1 dec 2020.....</i> | <i>63</i> |
| <i>Strafvermindering.....</i> | <i>63</i> |
| Berechting binnen een redelijke termijn..... | 63 |
| Andere gevallen van strafvermindering..... | 64 |
| H16: Het vonnis..... | 65 |
| <i>Beslissen en motiveren.....</i> | <i>65</i> |
| Beslissen..... | 65 |
| Motiveren..... | 65 |
| <i>Motiveringscategorieën.....</i> | <i>66</i> |

H1: Inleiding

Aard en doel van het strafproces

Aard en doel het strafproces

Hoofddoel: Verzekeren juiste toepassing materiaal strafrecht. Dit hoofddoel is tweeledig: (1) bestrafing schuldige en tegelijkertijd (2) voorkomen bestraffing onschuldige (**black stone ratio**: beter 10 schuldigen vrijgesproken dan 1 onschuldige veroordeeld).

Wij hanteren het **in dubio pro reo**-beginsel: de verdachte krijgt het voordeel van de twijfel. De laatste doelstelling weegt daarmee zwaarder, zo volgt ook uit **art. 338 Sv** (rechter moet uit wettige bewijsmiddelen de overtuiging bekomen dat het feit door de verdachte is begaan).

Nog steeds discussie over welk niveau van twijfel aanvaardbaar is om iemand te veroordelen (bijv. bij aanmerkelijke kans: wat houdt dit precies in?). **De rechter is niet onfeilbaar, daarom de mogelijkheid tot herziening van een vonnis** (zie **art. 457 Sv e.v.**). De waarborgen bij zware en lichte delicten verschillen.

Nevendoelen:

- **Eerbiediging rechten en vrijheden verdachte.** Moet voorkomen worden dat de strafrechtelijke vervolging een **disproportionele inbreuk** maakt op de vrijheden van de betrokken burger. Waarborgen:
 - o Zwijgrecht en cautie, d.w.z. wijzen op zwijgrecht (art. 29 Sv).
 - o Limitering voorarrest.
- **Eerbiediging rechten en vrijheden anderen.** Ook voor hen moet voorkomen worden dat hun vrijheden **niet disproportioneel worden geschaad**. Risico op **secundaire victimisatie**: wordt weer een slachtoffer doordat het feit opnieuw doorgemaakt moet worden, bijv. door een ondervraging. Waarborgen:
 - o Beperking getuigplichten.
 - o Slachtoffer invoegen als benadeelde partij.
 - o Verschoningsrecht.
- **Procedurale rechtvaardigheid.** Waarborgen dat onschuldigen niet worden bestraft en er is alles aan gedaan om iedereen zijn belangen te waarborgen. Een eerlijk proces maakt het makkelijker om een vonnis te accepteren en legitimeert het vonnis. Waarborgen:
 - o Recht op laatste woord.
 - o Spreekrecht slachtoffer.
- **Demonstratiefunctie.** Transparantie, men kan rechtvaardigheid waarnemen. Daarnaast publieke controle mogelijk wat willekeurige bestraffing voorkomt. Leidt tot generale preventie en versterkt vertrouwen in strafrechtspleging.

Rol van het slachtoffer is van steeds grotere betekenis.

Strafproces en waarheidsvinding

Waarheidsvinding vormt een afgeleide van het hoofddoel: bestraffen van de schuldige en voorkomen van bestraffing onschuldige; moet hiervoor immers een deugdelijk onderzoek naar de waarheid worden gedaan. **Het gaat er uiteindelijk om of de beslissing om te veroordelen kan worden verantwoord; niet om de vraag of de waarheid is gevonden.**

Strafproces en rechtsbescherming

In een rechtsstaat worden de verhoudingen tussen de overheid en de burger beheerst door de **rule of law**. Machtsuitoefening door de overheid mag alleen plaatsvinden o.b.v. een door het recht toegekende bevoegdheid en binnen door het recht getrokken grenzen. De burger wordt zo beschermd tegen willekeur van autoriteiten. Het doel van het strafprocesrecht is de rechtsbescherming van de burger tegen de straffende overheid.

Uitgangspunten:

- Strafrechtspleging kost geld en financiële middelen zijn niet onbeperkt. Er moet daarom een afweging worden gemaakt tussen doelen en middelen.
- Hoe meer er voor een verdachte op het spel staat, hoe groter de waarborgen moeten zijn waarmee de berechting is omringd.
- Hoe ernstiger het vermoedelijk gepleegde strafbare feit is en hoe groter daarom het belang dat aan opheldering van het misdrijf toekomt, hoe ingrijpender de onderzoeksbevoegdheden kunnen zijn die aan politie en justitie worden toegekend.
- De verschillende doelen moeten allemaal worden gerealiseerd; de afweging van middelen moet vanuit het gezichtspunt van alle doelen aanvaardbaar zijn.

Bronnen van het strafprocesrecht

Wetgeving

- Het Wetboek van Strafvordering. Algemeen wetboek in de zin dat het geldt voor het hele land en van toepassing op de vervolging en berechting van in beginsel alle strafbare feiten.
- Bijzondere wetten. Wetten die raken aan het strafprocesrecht (bijvoorbeeld Wet RO), wetten die onderwerpen regelen die het strafprocesrecht raken (bijvoorbeeld wetten op het terrein van de executie van vrijheidsbenemende sancties) en wetten voor bepaalde soorten delicten (bijv. Wet wapens en munitie).
- Algemene maatregelen van bestuur: ministeriële beschikkingen.

Beleidsregels

Beleidsregels met betrekking op hoe van een bepaalde bevoegdheid gebruik dient te worden gemaakt, bijvoorbeeld aanwijzingen binnen het OM. Als deze op behoorlijke wijze zijn gepubliceerd, zijn ze recht in art. 79 Wet RO.

Internationaal recht

- Verdragsrecht. Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten spelen een belangrijke rol. Aan het EVRM is een individueel klachtrecht gekoppeld bij het EHRM en de wetgever en rechter nemen het EVRM mee bij hun werkzaamheden.
- Supranationaal recht, EU-recht. Europees recht verplicht lidstaten tot het behalen van bepaalde resultaten of invoeren van wetgeving.

Jurisprudentierecht

In de Nederlandse jurisprudentie (1) worden abstracte wetstermen uitgelegd en ingevuld, met name door de Hoge Raad, (2) worden nieuwe leerstukken ontwikkeld, zoals die van het onrechtmatig verkregen bewijs en (3) wordt recht geschept.

Beginnelsen

Hoge Raad is justitiële organen gaan toetsen aan de beginselen van een goede procesorde zodat de justitiële autoriteiten niet naar willekeur handelen. Relevante beginselen zijn het vertrouwensbeginsel, gelijkheidsbeginsel, verbod van détournement de pouvoir, fair trial-beginsel, onschuldpresumptie, gelijkheidsbeginsel en rechtszekerheidsbeginsel.

Legaliteitsbeginsel

Het **legaliteitsbeginsel** is het recht van de burger tegen willekeurige vervolging en bestraffing; vervolging moet o.g.v. gebaseerd zijn op een bestaand wettelijk voorschrift. Het houdt ook in dat de door de wet voorgeschreven procedurevoorschriften moeten worden nageleefd en dat de verdedigingsrechten van de verdachte moeten worden geëerbiedigd.

Het is neergelegd in **art. 1 Sv**: alles moet volgens de wet geschieden. Strikt genomen was die bepaling niet nodig geweest; dit staat ook vastgelegd in de Grondwet en het EVRM; het algemene publiekrecht normeert al.

De lezing van het artikel kan impliceren dat **voor elk strafvorderlijk optreden vereist is dat dit met zoveel woorden is voorgeschreven of toegelaten door de wet; er bestaat geen strafprocesrecht buiten de wet**. Dit tweede is niet waar, zie het overzicht van de rechtsbronnen. Ook het eerste is niet waar, er zijn nogal wat opsporingsactiviteiten niet expliciet in de wet neergelegd. De waarde van art. 1 Sv ligt 'm in de waarborgfunctie, maar een aantal uitgangspunten die met art. 1 Sv worden geassocieerd zijn ook van toepassing als dit artikel niet zou gelden.

Niet alles is expliciet geregeld. Het strikt naleven van wettelijke voorschriften maakt het namelijk niet mogelijk om zaken per situatie af te wegen en anders in te vullen. Dit leidt niet tot willekeur; er zijn een aantal **waarborgen: openbaarheid van de zitting wat controle mogelijk maakt, mogelijkheid tot appel en cassatie, toevoeging van een raadsman**.

Daarnaast **werken de beginselen in dit kader beperkend**: doelbinding/verbod détournement de pouvoir (je mag een bevoegdheid niet voor iets anders gebruiken dan waarvoor ie bedoeld is) en proportionaliteit en subsidiariteit.

H2: Karakter en gang van het Nederlandse strafproces

Het inquisitoir en accusatoir procesmodel

Kenmerken van het **inquisitoir** strafprocesmodel:

- Rechters hebben een actieve rol bij het onderzoeken van de zaak.
- Zij oordelen op basis van de materiële waarheid.
- Er is geen sprake van een partijenproces; de gerechtelijke autoriteiten die de zaak onderzoeken zijn rechter en aanklager tegelijkertijd.
- De verdachte is geen procespartij met eigen rechten en bevoegdheden maar voorwerp van het onderzoek.

Kenmerken van het **accusatoir** strafprocesmodel:

- Rechter heeft een passieve, lijdelijke rol.
- Beslist niet o.b.v. een eigen onderzoek maar o.b.v. datgene wat partijen aandragen.
- Aanklager en aangeklaagde zijn beiden gelijkwaardige procespartijen.
- Aangeklaagde kan zich verdedigen en kan kiezen uit procesopstellingen (zwijgen, afleggen van een bekentenis, kiezen voor een veroordeling).

Het voordeel van het accusatoir model is dat de verdedigingsrechten van verdachte worden gewaarborgd en vaak de hele waarheid boven water komt terwijl bij het inquisitoir model de rechter de zaak alleen vanuit diens oogpunt bekijkt. Het nadeel van het accusatoir model is dat partijen feitelijk vaak niet gelijk zijn: aanklager heeft een justitieel apparaat en aangeklaagde misschien niet eens genoeg geld voor een advocaat. De afzijdige rol van de rechter kan dan nadelig uitpakken voor de verdachte. Bij het inquisitoir model moet men onderzoek doen naar de zaak met het oog voor de belangen van de verdachte; er moet ook gezocht worden naar bewijsmateriaal dat ontlastend is voor verdachte. De actieve rol van de rechter kan gebreken aan de verdediging compenseren.

De conclusie die daarom kan worden getrokken is dat gemengde stelsels, waarin de pluspunten van beide stelsels gecombineerd kunnen worden, de voorkeur verdienen.

De inquisitoire wortels van het Nederlandse strafproces

Het Nederlandse stelsel van strafvordering heeft sterk inquisitoire trekken. Met het accusatoir proces heeft het stelsel gemeen dat de verdachte als volwaardige procespartij wordt erkend: hij heeft het recht zich te verdedigen en zich tegenover de overheid stellen. Dit contradictoire element is versterkt door art. 6 EVRM.

In Nederland staat de **materiële waarheid** centraal. Illustratie:

- **Actieve rol van de rechter.**
 - o Bijvoorbeeld bij verhoren, rechter neemt hierbij het voortouw.
 - o Actieve rechter past in inquisitoir strafproces, hoewel wij wel wat meer contradictoir zijn geworden door de jurisprudentie van het EHRM (van verdediging mag meer worden verwacht als verdediging het belangrijk vindt voor de waarheidsvinding, je kan bijv. niet bij HR klagen als je hierover niet eerder bij het Hof of de Rechtbank hebt geklaagd, zelfs als je een punt hebt).
- **Magistratelijke rol van het OM.** OM komt uit een inquisitoir stelsel; gefungeerde oorspronkelijk als verlengstuk rechter. Nu is dit anders: het OM is de leider van de

opsporing en dominus litis. De taakopvatting is nog altijd magistratelijk. Het OM moet het nastreven om o.g.v. de materiële waarheid te beslissen en moet hierbij oog houden voor de gerechtvaardigde belangen van verdachte. OM moet alle belangen in acht nemen, hierom bijv. opportuniteitsbeginsel.

- **Regeling van rechtsmiddelen.**

- Hoger beroep is een nieuwe behandeling. Dit is van groot belang in het kader van de materiële waarheid.
- In cassatie in beginsel art. 79 RO, maar nu ook het belang centraal (art. 80a RO) en daarmee de materiële waarheid.
- Rechter heeft de mogelijkheid tot herziening ten voordele (art. 457 Sv) en ten nadele (art. 482a Sv) wanneer een vonnis in gezag van gewijsde is gegaan maar een grove fout blijkt gemaakt. Dit is mogelijk om de materiële waarheid recht te kunnen doen.
 - Herziening ten voordele.
 - **Dronken broer**: Doorrijden na ongeval en alcomobilisme. Achteraf bleek dat het niet ging om de verdachte maar om diens broer. Ze hadden onderling afgesproken dat dronken verdachte de schuld op zich zou nemen omdat hij wel een rijbewijs had in tegenstelling tot zijn broer. De executie van de straf werd ongedaan gemaakt. De broer kon niet meer ter verantwoording worden geroepen want feit was al verjaard en kon ook niet meer worden onderzocht.
 - Herziening ten nadele. Afweging materiële waarheid en de rechten van verdachte (ne bis in idem).

Hoofdrolspeleers

- **Rechter.** **Onafhankelijk** (daarom benoeming voor het leven en geen verantwoording verschuldigd voor uitspraken) en **onpartijdig** (mogelijkheid tot verschoning en wraking). **Rechter heeft een actieve rol, moet op zoek naar de materiële waarheid en hij is voor zijn oordeel niet aan standpunten van partijen gebonden** (kan bijv. niet-ontvankelijkheid OM uitspreken, zelfs als dat niet is gevorderd).
- **Officier van Justitie.** Is **niet onafhankelijk** maar verantwoording verschuldigd aan superieuren en uiteindelijk Minister van Veiligheid en Justitie. Is **partijdig** omdat hij het vervolgingsbelang (het algemene belang dat strafbare feiten worden vervolgd) vertegenwoordigd, maar moet ook belangen van verdachte in acht nemen. Is belast met de vervolging van strafbare feiten. Kan van vervolging afzien (opportuniteitsbeginsel, art. 167 lid 2 Sv). **OvJ is dominus litis**; hij bepaalt welke feiten aan de rechter worden voorgelegd.
- **Verdachte.** Zijn positie wordt gemarkeerd door de onschuldpresumptie en het **nemo tenetur-beginsel**, wat ten grondslag ligt aan het recht op een fair hearing. Verdachte hoeft niet mee te werken aan eigen veroordeling en niet te bewijzen dat ie onschuldig is; uitsluitend zijn eigen particuliere belang mag bepalend zijn voor zijn procesopstelling. Mag eigen verdediging kiezen en belangrijkste hiervoor is zijn het zwijgrecht. De vrijheid van verdachte is niet onbegrensd; bij sommige feiten moet verdachte zich van verdediging onthouden of meewerken aan onderzoek.

- **Raadsman.** Verdachte heeft recht op rechtsbijstand. Is onafhankelijk van de overheid maar wel gebonden aan gedragsregels van de Orde van de Advocaten en onderworpen aan tuchtrechtelijk toezicht.
- **Slachtoffer.** Speelde in eerste instantie geen rol; misdrijf was geen daad tegen het slachtoffer maar tegen de maatschappij en daarmee was sprake van een verticale rol van het strafproces. De rol van het slachtoffer wordt steeds belangrijker en tegenwoordig is zij een hoofdrolspeler in het strafproces. Daarnaast worden de rechten van slachtoffers gewaarborgd (art. 161 Sv (aangifte), art. 12 Sv (beklag over sepot), voegen in proces voor schadevergoeding (art. 51f Sv)).

Verschillen in afdoening

- Kleine misdrijven kunnen worden afgedaan door de politierechter (art. 367 e.v. Sv).
- Afkopen van vervolging d.m.v. een geldsom, de transactie (art. 74 e.v. Sr).
- Strafbeschikking door het OM (art. 257a e.v. Sv). Hierdoor is de transactie, een vorm van buitengerechtelijke afdoening, minder relevant geworden.
- Andere vormen van buitengerechtelijke afdoening:
 - o Bestuurlijke boete.
 - o Transactie (art. 74 Sr).
 - **Deweert/België:** In principe mag aan de verdachte een transactie aangeboden worden die in de plaats komt voor een gerechtelijke procedure. Echter: de verdachte behoudt het recht op een eerlijk proces voor een rechter van art. 6 EVRM. Als hij dus, door de transactie te weigeren, zo'n schade lijdt dat hij in werkelijkheid eigenlijk geen keuze heeft en moet kiezen voor de transactie, wordt hem de gang naar de rechter ontnomen en is er sprake van schending van art. 6 EVRM.
 - o Voorwaardelijk sepot (art. 167/242 Sv).

Er is **differentiatie** nodig: gevoelige en zware misdrijven verdienen meer aandacht.

Strafproces in fasen

1. Opsporing.

- a. De kern van het vooronderzoek bestaat (art. 132 Sv) in alle gevallen uit het opsporingsonderzoek, wat onder het gezag staat van de OvJ (art. 132a Sv). De R-C speelt de rol van onpartijdige en onafhankelijke 'rechter'; hij zorgt voor de checks and balances.
- b. Er kan van **opsporing** worden gesproken vanaf het moment dat het **vermoeden bestaat dat een strafbaar feit is begaan** (aangifte, ontdekking door OM, heterdaad).
- c. **Art. 141/142 Sv** geven een opsomming van de personen die met de opsporing zijn belast. Ingevolge **art. 127 Sv** zijn alle personen die met opsporing zijn belast opsporingsambtenaren.
- d. Bevoegdheden (onder andere):
 - i. Bevoegdheid tot arrestatie van verdachten (art. 53 en 54 Sv).
 - ii. Ophouden van verdachte voor onderzoek (art. 61 Sv).
 - iii. Inverzekeringstelling (art. 57 Sv).
 - iv. Inbeslagname voorwerpen en daartoe plaatsen betreden (art. 95 Sv).
 - v. Stelselmatige observatie (art. 126g/126o Sv).
 - vi. Afluisteren telefoon (art. 126m/126t Sv).

De meest vergaande bevoegdheden zijn door de wetgever onder voorafgaand rechterlijk toezicht gesteld, bijv. door tussenkomst van de OvJ. De hulp-OvJ (art. 154 Sv) is een gekwalificeerde ambtenaar van de politie en heeft een aanvullende rol bij de bewaking van het opsporingsonderzoek.

2. Vervolging.

- a. Drie typen vervolgingsbeslissing: (1) rechtstreekse dagvaarding, (2) vordering tot bewaring en (3) vordering gerechtelijk vooronderzoek.
- b. Het is niet altijd duidelijk wanneer sprake is van vervolging, maar duidelijk is wel dat de wet meer waarborgen biedt voor mensen die wel worden vervolgd.
- c. Het vervolgen van strafbare feiten is de uitsluitende bevoegdheid van het OM, het **vervolgingsmonopolie**. Zij kan ook besluiten om een strafbaar feit niet te vervolgen (art. 167 lid 2 en art. 242 lid 2 Sv). De OvJ kan deze beslissing mandateren aan een binnen het parket werkzame ambtenaar (art. 126 RO).

3. Berechting in eerste aanleg. Het rechtsgeding is aanhangig door de dagvaarding (art. 258 Sv).

- We onderscheiden verschillende subfasen:
- a. De zaak is wel ter terechtzitting aanhangig gemaakt maar het openbare onderzoek ter terechtzitting is nog niet begonnen.
 - b. Uitroepen van de zaak leidt tot behandeling van de zaak door de rechtbank.
 - i. Onderzoek op de terechtzitting. Verdachte heeft recht op laatste woord (art. 311 lid 4 Sv). Eindigt wanneer de voorzitter dit gesloten verklaart (art. 345 Sv). Verdachte heeft geen verschijningsplicht en rechter moet stukken vooraf bestuderen.
 - ii. Beraadslaging. Is niet openbaar maar vindt plaats in de raadkamer. Voorschriften in art. 7 RO, waaronder het geheim van de raadkamer (lid 3). Dit sluit de mogelijkheid van een "dissenting opinion" uit.
 - iii. Uitspraak. Moet in een openbare zitting worden gedaan (art. 362 lid 1 Sv en art. 5 lid 1 RO).

4. Rechtsmiddelen.

- a. Hoger beroep en cassatie (gewone rechtsmiddelen) en rechtsmiddelen tegen vonnissen die in kracht van gewijsde zijn gegaan/waartegen geen hoger beroep of cassatie openstaat (buitengewone rechtsmiddelen, art. 456 Sv).
- b. Verdachte die is vrijgesproken kan niet in appel (art. 404 lid 1 Sv).
- c. Hof, i.t.t. HR, fungeert als tweede feitelijke instantie en beoordeelt de zaak in zijn volle omvang. HR kijkt alleen of Hof zich aan het recht heeft gehouden (art. 79 RO) en dus niet opnieuw naar de feiten.

Er kunnen ook nog opsporingsactiviteiten plaatsvinden als de berechting al is begonnen. Het opsporingsonderzoek is dus strikt genomen niet de eerste fase naar een strafvorderlijke activiteit die vooral in de eerste stadia van het strafproces plaatsvindt. Hetzelfde geldt voor de vervolging; dit gaat ook nog door gedurende hogere beroep en cassatie.

H3: Het EVRM

Doel en karakter van het verdrag

Rechten in het EVRM zijn niet absoluut. Van een verdragsschending is pas sprake als een inbreuk op het verdragsrecht niet is gerechtvaardigd en niet kan worden gelegitimeerd door het verdrag. Het doel van het verdrag is het beschermen van de daarin beschermde rechten en voorkomen van willekeur.

De rechten uit het EVRM hebben directe werking in Nederland (art. 93 GW). Daarnaast staat het verdrag boven de wet (art. 94 GW). Autoriteiten moeten daarom de wet buiten toepassing laten indien dit een schending van het EVRM oplevert. Dit wordt meestal voorkomen door een verdragsconforme interpretatie van de wet.

De grote invloed van het EVRM vloeit onder meer voort uit het individuele klachtrecht (art. 34 EVRM). Het EHRM toetst dan of er een willekeurige inbreuk is gemaakt en dit oordeel is bindend voor de staat (art. 46 EVRM). Daarnaast worden de abstracte rechten van het EVRM in de rechtspraak uitgelegd.

Algemene kenmerken jurisprudentie EHRM

Het gaat altijd om een staat tegenover een individuele burger. De vraag die altijd centraal staat is of de staat in gebreke is gebleven bij het waarborgen van de rechten die door het EVRM worden gewaarborgd (art. 1 EVRM). Kenmerken rechtspraak:

- **Veroordeling van de staat:** De staat wordt veroordeeld en niet een bepaald orgaan.
- **In de methode zijn staten vrij:** verdragsluitende partijen hebben zich verplicht de naleving van de rechten te verzekeren. In de wijze waarop zij dat doen, zijn zij vrij. Alleen het resultaat telt.
- **Margin of appreciation:** Staten komt beoordelingsvrijheid toe bij de vraag hoever de geboden bescherming precies dient te gaan. Ook als het gaat om het eindresultaat zit er dus rek in. EHRM dwingt dus niet tot uniformering van het strafrecht.
- **Procedurale toetsing van feitelijke oordelen:** EHRM gaat niet op de stoel van de nationale rechter zitten en kijkt dus niet naar de feiten, maar ze kijken met name naar de manier waarop men tot het feitelijke oordeel is gekomen; is het proces verantwoord en verantwoordelijk te noemen en is er geen sprake van willekeur.
- **Geen toetsing van wettelijke regelingen:** Het gaat altijd om een verdragsschending in een concreet geval (art. 34 EVRM), je kan niet klagen over wettelijke regelingen. Wettelijke regelingen an sich worden dus ook niet getoetst door het EHRM.
- **Casusgebonden toetsing:** Het Hof geeft altijd een oordeel over een specifieke casus. Nadeel van deze casusgebonden toetsing is dat het niet makkelijk is om te zeggen of een uitspraak ook bredere gelding heeft want het oordeel wordt sterk gekleurd door de bijzonderheden van het geval.
- **Uitleg gericht op daadwerkelijke rechtsbescherming:** De interpretatie van het verdrag wordt sterk gekleurd door diens "object and purpose": rechtsbescherming. Gevolgen:
 - o Hof maakt gebruik van extensieve interpretatie als dit benodigd voor effectieve rechtsbescherming. Het verdrag moet daarom ook dynamisch (d.w.z. met de tijd en maatschappelijke ontwikkelingen meegaand) worden geïnterpreteerd.
 - o Het verdrag moet bij voorkeur zo worden geïnterpreteerd dat de individuele burger rechtsbescherming wordt geboden.

- Autonome begripsvorming, zie hieronder.
- **Autonome begripsvorming:** EHRM trekt de uitleg van begrippen uit het EVRM naar zich toe. De uitleg hiervan geldt alleen voor het verdrag en niet voor het nationale recht.
 - **Ozturk/Duitsland:** O botste tegen geparkeerde auto. Boete van 60 DM. O stelde verzet in, werd gehoord in bijzijn tolk en trok daarna zijn verzet in. Verdachte moet kosten tolk bij openbare behandeling betalen. Was dit verenigbaar met art. 6 EVRM? Duitsland stelde dat er geen sprake was van een criminal charge in de zin van art. 6 EVRM. O.g.v. art. 6 EVRM moest een tolk namelijk gratis worden aangeboden. EHRM: **Staten mogen onderscheid maken tussen soorten strafbare feiten, maar als lidstaten door een feit anders te benoemen toepassing van art. 6 EVRM konden uitsluiten, zou dat tot resultaten leiden die onverenigbaar zijn met de object and purpose van het verdrag.** Autonome uitleg van criminal charge: (1) behoort feit tot nationaal strafrecht, (2) wat is het karakter van de overtreding, (3) aard en zwaarte van de straf? Criterium 2 gaf hier doorslag, daarom sprake van criminal charge. Duitse staat werd veroordeeld. Consequentie:
 - Wetgever kan dus niet door vormgeving van regels aan het EHRM ontsnappen.
 - OM en rechter moeten binnen de rechtspraak rekening houden met de eisen die het EVRM stelt. Bij toepassing van het Nederlandse strafrecht moet hier steeds rekening mee worden gehouden.

Gemeenschappelijke begrippen

Law

EHRM heeft verschillende kwaliteiteisen gesteld aan het recht: **forseeability en accesibility en voorzienbaarheid van overheidsoptreden.** De burger hoeft niet zelf de rechtsgevolgen van zijn handelen te kunnen voorzien; afdoende is als een (rechtsgeleerd) adviseur de consequenties tot op zekere hoogte kan voorzien. Deze kwaliteitseisen vloeien voort uit het vereiste van de rule of law: de overheid moet ook aan de wet worden gehouden om willekeurig overheidsoptreden te voorkomen.

- **Kruslin & Huvig/Frankrijk:** Eisen die aan het recht worden gesteld, hangen af van de ernst van de inbreuk op privacy. Hoe ernstiger die inbreuk, hoe preciezer de regeling moet zijn. EHRM eiste daarom hoge kwaliteit van wetgeving omtrent afluisteren. Voorbeeld van kwaliteitseis die door het EHRM wordt gesteld.

Afstand van het recht

Niet van alle verdragsrechten kan afstand worden gedaan. **De 'waiver' moet gedaan worden door een uitdrukkelijke verklaring. Naast voldoende kenbaar moet zij ook vrijwillig zijn.** De gedaagde moet daarom een reële keuze zijn gelaten.

Positieve en negatieve verplichtingen

Het EVRM bevat uitdrukkelijke **negatieve** (verbod op bepaald handelen door de staat) en **positieve verplichtingen** (verplichting tot bepaald handelen door de staat, bijvoorbeeld strafbaar stellen van bepaalde delicten en actief opsporen van sommige delicten, als er evident te weinig is gedaan kan dit een schending met het EVRM opleveren). Een relatief nieuw leerstuk is dat van de **impliciete positieve verplichtingen**: worden plichten ingelezen die niet expliciet in het EVRM zijn vastgelegd.

H5: De toegang tot de rechter

Organisatie en bevoegdheid

Organisatie van de rechterlijke macht

De berechting van strafbare feiten is opgedragen aan de rechterlijke macht (art. 113 lid 1 GW). Tot de rechterlijke macht worden gerekend de rechtbanken, hoven en de Hoge Raad (art. 2 Wet RO); **alleen zij mogen over strafbare feiten oordelen**. Het rechtsgebied van een hof wordt een ressort genoemd; dat van een rechtbank arrondissement.

Dit wordt bemoeilijkt door **deconcentratie** (art. 21b Wet RO, rechtbanken en hoven mogen op verschillende plaatsen zitting houden) en **functionele differentiatie** (art. 6 lid 1 Wet RO, interne werkverdeling die is gebaseerd op de aard van de te behandelen zaken, d.w.z. onderscheid in civiel, bestuurs- en strafrecht en enkelvoudige en meervoudige kamers, bevordert efficiëntie en specialisatie). **Hoofregel is dat strafzaken worden beslecht door meervoudige kamers behoudens in de wet gemaakte uitzonderingen** (bijv. politierechter (art. 368 Sv), kanton (art. 382 Sv), kinderrechtzaken (art. 495 Sv)).

Absolute en relatieve competentie

De **absolute competentie** ziet op de vraag wel soort gerecht bevoegd is (hof, rechtbank of HR) en de **relatieve competentie** ziet op de vraag waar dit gerecht gelegen is. De absolute competentie is dat de rechtbanken in eerste aanleg berechten (art. 45 lid 1 Wet RO), m.u.v. ambtsdelicten begaan door parlementariërs en bewindslieden, dan is de HR bevoegd (art. 76 Wet RO), de gerechtshoven in hoger beroep (art. 60 lid 1 Wet RO) en de HR in cassatie (art. 78 Wet RO).

De relatieve bevoegdheid van de rechtbanken is geregeld in art. 2 Sv. Er zijn een aantal rechtbanken gelijkelijk bevoegd (lid 1) en indien er meerdere rechtbanken bevoegd zijn voor hetzelfde feit, moet de laagste zich onbevoegd verklaren (lid 2). De relatieve bevoegdheid van de gerechtshoven is dat zij in hoger beroep oordelen over de vonnissen van de rechtbanken in hun ressort (art. 60 lid 1 Wet RO). **Het moment dat de vervolging aanvangt is beslissend voor de bevoegdheid**.

De rechtbank die bevoegd is m.b.t. één verdachte, is ook bevoegd m.b.t. diens medeverdachten (art. 6 lid 1 Sv). Alle verdachten moeten bij hetzelfde gerecht worden vervolgd (lid 2).

Interne competentie

Economische kamer

Economische delicten worden beslist door de economische kamer (art. 38 WED). Andere gerechten mogen dus geen kennisnemen van economische delicten. Wanneer dit niet het geval is, dient de rechtbank zich onbevoegd te verklaren in het kader van art. 348 Sv.

Politierechter

Geen bevoegdheidsvraag in de zin van art. 348 Sv omdat deze rechter er met name is om de efficiëntie te bevorderen; er is dan ook geen sprake van een scherp afgebakende bevoegdheid. Als de politierechter vindt dat de zaak bij een meervoudige kamer thuishoort, kan zij deze verwijzen (art. 369 lid 2 Sv).

Kinderrechter

Beslissend voor de bevoegdheid is de leeftijd van de verdachte op het moment waarop hij het feit beging: was hij jonger dan 18 jaar, dan moet het feit door de kinderrechter worden vervolgd (art. 495 lid 1 jo. 488 lid 2 Sv). Een verwijzingsbevoegdheid door het OM naar de kinderrechter ontbreekt; de kinderrechter kan zaken wel naar de meervoudige kamer verwijzen.

Kantonrechter

Overtredingen worden in beginsel voor de kantonrechter vervolgd (art. 382 Sv). Als er een feit voor de kantonrechter wordt gebracht waarvoor zij niet bevoegd is, verklaart zij zich onbevoegd. Is een kantonzaak echter bij een rechtbank aangebracht, kan zij hierover oordelen maar deze ook verwijzen naar de kantonrechter (art. 349 lid 2 Sv).

Niet door de wet voorgeschreven kamers

Er zijn bepaalde kamers, zoals de fraudekamer, die kunnen worden gevormd. Dit is een vorm van interne specialisatie en hierop kan de verdachte geen beroep doen. De wet voorziet dan ook niet in een mogelijkheid tot verwijzing.

Raadkamerprocedures

Art. 21 Sv bepaalt dat de behandeling in alle gevallen waarin niet de beslissing door het rechterlijk college op de terechtzitting is voorgeschreven of aldaar ambtshalve wordt genomen, door de raadkamer geschiedt: de raadkamerprocedures. Dit gaat bijvoorbeeld om art. 12 Sv. De beslissingen die hierbij vallen heten beschikkingen. De behandeling door de raadkamer vindt niet openbaar plaats tenzij anders is voorgeschreven (art. 22 lid 1 Sv).

Art. 6 EVRM

Op het moment dat er sprake is van een 'criminal charge', heeft iedereen recht op een '(1) fair and public hearing within a reasonable time, (2) by an independent and impartial tribunal (3) established by law'

- Established by law:
 - o **Jorgic/Duitsland**: 'Reflect the principle of the rule of law, which is inherent in the system of protection established by the Convention'.
 - Legaliteit is inherent aan het systeem. Er moet regelgeving zijn en dit moet worden nageleefd.
 - o **Richert/Polen**: 'Is to ensure that the judicial organization in a democratic society does not depend on the discretion of the executive, but that it is regulated by law emanating from parliament'.
 - Weerspiegelt dat het **primaat ligt bij de democratische controle**. Dit om zeker te stellen dat de rechterlijke beslissing niet neerkomt op beleidsvrijheid van het bestuur.
- Entitled to hearing by a tribunal. Tribunal houdt in met een 'judicial function'. Het moet onafhankelijk zijn, specifiek van het bestuur. De bestuurlijke context kan dus in beginsel niet voldoen aan de eisen van art. 6 EVRM.
 - o **Öztürk/Duitsland**: Veel verkeersovertredingen worden juist door het bestuur afgehandeld. EHRM erkent dat het overdragen van het afdoen van deze overtredingen aan het bestuur in overeenstemming is met art. 6 EVRM, mits

er sprake is van de mogelijkheid om de beslissing aan te vechten bij een autoriteit die in overeenstemming is met art. 6 EVRM.

- **Schmautzer/Oostenrijk**: Eén van die eisen is dat het 'judicial body has full jurisdiction'. 'These include the power to quash in all respects, on questions of fact and law, the decision of the body below'.

EHRM blijft weg van een oordeel over wat voor systeem landen zouden moeten hebben.

Onafhankelijkheid en onpartijdigheid

Bij de **onafhankelijkheid** van de rechter gaat het om zijn autonomie, bij zijn **onpartijdigheid** gaat het om de afwezigheid van vooringenomenheid. Het EHRM vereist dit ook: art. 6 EVRM vereist een 'independent and impartial tribunal'. Dit betekent: onafhankelijk van andere, externe staatsmachten en van partijen, maar, het EHRM eist niet één type staatsbestel.

De door het EHRM gestelde eisen aan 'independent' zijn als volgt:

- **The manner of appointment of its members**. Het is prima wanneer het niet door het parlement plaatsvindt maar door het bestuur, maar dan moet oneigenlijke druk niet mogelijk zijn (met name wanneer ze eenmaal zijn gekozen).
- **Duration of their term of office**.
- **The existence of guarantees against outside pressures**. Outside als in buiten de zaak.
- **Whether the body represents an appearance of independence**.

De door het EHRM gestelde eisen aan 'impartial' zijn als volgt:

- **Subjectief**: **Was rechter daadwerkelijk persoonlijk bevooroordeeld**? De bewijslast is hierbij hoog; het EHRM gaat ervan uit dat een rechter onafhankelijk is totdat het tegendeel wordt bewezen.
- **Objectief**: **Had rechter schijn van partijdigheid**? Het EHRM abstraheert hier van de persoonlijke attitude van de rechter en beoordeelt of de door de klager aangedragen feiten objectief gezien twijfel konden oproepen over de onpartijdigheid van de rechter.

De uitwerking in Nederland is als volgt:

- **Onafhankelijkheid**: **Er bestaat geen externe controle op de rechtspraak**. Rechters worden benoemd door het bestuur maar dit levert geen probleem op omdat ze voor het leven worden benoemd (art. 117 lid 1 GW). De rechter is niet onbegrensd en hiervoor zijn waarborgen ingebouwd (bijv. motiveringsplicht) maar dit levert geen strijd met de onafhankelijkheid op.
- **Onpartijdigheid**: **Veel waarborgen voor onafhankelijkheid**. Rechters kunnen gewraakt worden en zich verschonen (art. 512 e.v. Sv). Daarnaast bestaan er gedragscodes om onpartijdigheid te waarborgen. Bovendien mag de rechter zich niet inlaten met partijen of advocaten (art. 12 Wet RO) en mag de rechter ook geen blijk geven van enige overtuiging omtrent de schuld of onschuld van de verdachte (art. 271 Sv, waarborgt ook de onschuldpresumptie).

Onverenigbare betrekkingen

Het aanvaarden van een ambt dat of een betrekking die volgens de wet onverenigbaar is met het rechterschap is grond voor ontslag; er zijn echter weinig ambten en betrekkingen onverenigbaar met het rechterschap; onverenigbaar is ieder geval het verlenen van

rechtskundige bijstand tenzij men opereert als rechter-plaatsvervanger (art. 44 lid 5 lid 1 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren). Art. 44 lid 5 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren verplicht de rechter om opgave te doen van de betrekkingen die hij naast zijn rechtersambt vervult.

Funciecumulatie

Soms wettelijk geregeld (**art. 268 lid 2 Sv**: rechter die als RC enig onderzoek in de zaak heeft verricht (**enig onderzoek** = o.a. bevel tot bewaring en toetsen rechtmatigheid in verzekeringstelling), mag niet deelnemen aan het onderzoek ter terechtzitting op straffe van nietigheid tenzij uitzondering van art. 316 lid 2 Sv). Dit gaat verder dan het EHRM vereist
↓

- **Hauschildt/Denemarken**: Door 'pretrial decisions' ben je als rechter niet noodzakelijk bevooroordeeld behoudens 'special circumstances'. In het geval de rechter zich heeft uitgelaten over de hoge graad van verdenking is er in ieder geval sprake van special circumstances.
- HR: Als rechter in het vooronderzoek heeft **besloten over voorlopige hechtenis** van de verdachte is dat **geen probleem**. De graad van verdenking die hiervoor vereist is (ernstige bezwaren) staat namelijk voldoende ver af van het schuldoordeel dat later van de zittingsrechter wordt verwacht.
- HR: Een rechter die een **bezwaarschrift voor buitenvervolgstelling** (art. 262 lid 5 Sv) **ongegrond acht** omdat hij de stelling dat er onvoldoende aanwijzing is voor schuld afwezig acht, kan ook **aan het onderzoek t.t.z. deelnemen**.
- **Funciecumulatie van de Rh-C en voorzitter Hof**: Funciecumulatie in hoger beroep van raadsheer-commissaris. HR: Gelet op de wetsgeschiedenis heeft de wetgever niet bedoeld dat art. 268 lid 2 Sv van toepassing is op hoger beroep. Maar, deelnemen van een raadsheer die als Rh-C in de zaak enig onderzoek heeft verricht, aan het onderzoek ter terechtzitting in hoger beroep kan onder bijzondere omstandigheden met zich meebrengen dat de behandeling van de zaak niet heeft plaatsgevonden door een onpartijdige rechterlijke instantie.
- HR:2000:AA7956: Twee rechters eerdere medeverdachte veroordeeld, in beroep ok.
- HR:2020:359: OvJ was eerder raadsman van de verdachte. Uiteindelijk vond de HR dit onder deze omstandigheden geen probleem omdat hij zich bij het nemen van de beslissing waartegen bezwaar werd gemaakt dit nog niet had gerealiseerd.

Eerdere veroordeling medeverdachte

Het is de taak van de rechter om uitsluitend te oordelen op grondslag van hetgeen aan de verdachte ten laste is gelegd en naar aanleiding van het daarop gerichte onderzoek t.t.z. naar voren is gekomen. De rechter is daarbij professioneel genoeg om de tegenstrijdige beslissingen die daarvan het gevolg kunnen zijn te accepteren. **Daarom levert het enkele feit dat dezelfde rechter eerder de medeverdachte veroordeelde geen reden op om aan zijn onpartijdigheid te twijfelen.**

H6: Het OM en de vervolging

De organisatie van het OM

Het OM bestaat uit zes parketten (art. 134 Wet RO):

1. Het **parket-generaal**. Hier zijn procureurs-generaal werkzaam die het College vormen (art. 135 Wet RO). Dit College staat aan het hoofd van het OM (art. 130 Wet RO).
2. De **arrondissementsparketten**. Er is in elk arrondissement een parket. Hier werken een (plaatsvervangend) hoofd-OvJ, (plaatsvervangende) OvJ's, (plaatsvervangende) officieren enkelvoudige zittingen en andere ambtenaren (art. 135 lid 1 Sv). Aan deze ambtenaren, parketsecretarissen, wordt d.m.v. mandatering taken gegeven, waarbij het is uitgesloten dat zij kunnen optreden t.t.z. en dwangmiddelen kunnen toepassing (art. 126 lid 3 Wet RO). Deze mandatering is een uitzondering op de regel dat strafvorderlijke bevoegdheden aan nader omschreven, gekwalificeerde leden van het OM worden opgedragen.
3. Het **landelijk parket**. Hoofd-OvJ en plaatsvervangend hoofd-OvJ. **OvJ is belast met de vervolging van strafbare feiten die bij AMvB zijn bepaald: misdrijven voor de vervolging waarvan vanwege hun ernst een hoge mate van gespecialiseerde deskundigheid noodzakelijk is, en misdrijven die in (inter)nationaal verband worden gepleegd en vervolging door het landelijke parket in aanmerking komt.**
4. Het **functioneel parket**. Hoofd-OvJ en plaatsvervangend hoofd-OvJ. Belast met vervolging van feiten die ingevolge **art. 3 Wet op de bijzondere opsporingsdiensten** tot de taken van de bijzondere opsporingsdienst behoort (art. 9 lid 3 en art. 148b Sv).
5. Het **parket centrale verwerking OM** (CVOM). Hoofd-OvJ en plaatsvervangend hoofd-OvJ. Opgezet als landelijke serviceorganisatie ter ondersteuning van de arrondissementsparketten bij de verwerking van standaardzaken.
6. **Ressortsparket**. Landelijke hoofdadvocaat-generaal en vier hoofdadvocaten-generaal voor elk hof één.

De minister van Veiligheid en Justitie overziet het OM en kan aanwijzingen geven (art. 127 Wet RO). Dit is hoogst uitzonderlijk; er vindt al veel overleg plaats tussen de minister en het OM waarin hij aansturing kan geven.

Take van het OM

- **Tenuitvoerlegging:** De **tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen geschiedt op last van het OM** dan wel op voordracht door de Minister (art. 553 Sv). Deze bevoegdheid is steeds meer bij de Minister van Veiligheid en Justitie komen te liggen.
- **Vervolging:** Vervolging begint met een handeling waardoor vanwege een met de vervolging belaste ambtenaar een vordering bij de rechter wordt gedaan of op enige andere wijze de zaak aan diens kennisneming wordt onderworpen. Hieronder vallen o.a. dagvaarden waardoor de zaak t.t.z. aanhangig wordt gemaakt (art. 258 Sv), het verrichten van onderzoekshandelingen (art. 181 Sv) en het geven van een bevel tot bewaring (art. 63 Sv).
 - o Vervolging door **strafbeschikking** (art. 257a e.v. Sv): Buitengerechtelijke afdoening. Vervolging is daarmee niet meer noodzakelijk gekoppeld aan het inschakelen van de rechter.
 - o De beslissing tot vervolging: **Als het OM o.b.v. het opsporingsonderzoek van oordeel is dat vervolging plaats moet hebben, gaat zij hier zo spoedig mogelijk toe over** (art. 167 lid 1 Sv); indien zij door het voorbereidend onderzoek van

mening is dat verdere vervolging plaats moet hebben, gaat zij ook hiertoe zo spoedig mogelijk over (art. 242 lid 1 Sv).

- Het **vervolgingsmonopolie**: Is niet meer bestaand door het introduceren van de strafbeschikking; nu kunnen ook niet-leden van het OM een straf uitvaardigen. Is daarom meer een dagvaardingsmonopolie over.
- Relevante aspecten: **Haalbaarheidsaspecten** (zal het tot een veroordeling leiden) en **opportuïteitsaspecten** (is vervolging wenselijk o.g.v. het algemeen belang).
 - Negatieve interpretatie opportuïteitsbeginsel: OM vervolgt ieder strafbaar feit tenzij het algemeen belang een sterke contra-indicatie geeft.
 - Positieve interpretatie opportuïteitsbeginsel: Algemeen belang moet vervolging noodzakelijk maken wil het OM daartoe overgaan.

Klagen over niet (verder) vervolgen

Art. 12 e.v. Sv biedt slachtoffers en andere rechtstreeks belanghebbenden de mogelijkheid om de beslissing een zaak niet (verder) te vervolgen of te vervolgen door het uitvaardigen van een strafbeschikking zelfstandig aan de rechter voor te leggen. Hof is gebonden aan opportuïteits- en andere beginselen die de vervolgingsbeslissing normeren; zij is echter niet gebonden aan aanwijzingen die tot een sepot hebben geleid waardoor de belanghebbende hierover kan klagen.

Beklag moet worden gedaan bij het hof binnen het rechtsgebied waarvan de beslissing tot niet vervolging of niet verdere vervolging is genomen, dan wel de strafbeschikking is uitgevaardigd. Als het hof bevoegd is tot kennisneming, bekijkt het of de klager ontvankelijk is (art. 12i Sv). De klager moet een rechtstreeks belanghebbende zijn - dit kan niet de verdachte zijn - en het moet gaan om een zaak waarin niet vervolgd wordt. Het hof onderzoekt vervolgens of het beklag gegrond is en kan anders eiser/beklag niet-ontvankelijk verklaren (art. 12c Sv). Als het hof van mening is dat verdere vervolging had moeten plaatshebben, beveelt het dat dit wordt ingesteld en kan het hiertoe nadere aanwijzingen geven (art. 12i Sv).

Het spook van de Vrouwenpolder: Belanghebbenden kunnen klagen bij het Hof en zorgen dat er alsnog ter zake van doodslag vervolgd wordt. Uit de strekking en bewoording van artikel 12 en 12i Sv volgt dat een belanghebbende zich ook op artikel 12 Sv kan beroepen als hij het niet eens is met de inhoud van de dagvaarding.

Het recht van de verdachte op een beslissing inzake vervolging

Als de OvJ afziet van vervolging moet hij de verdachte daarvan onverwijld schriftelijk mededeling doen (art. 243 lid 1 Sv). De verdachte kan ter zake van het feit niet opnieuw worden vervolgd (art. 255 lid 1 Sv) tenzij nieuwe bezwaren, d.w.z. bewijs, bekend worden of er een opdracht tot vervolging wordt gegeven n.a.v. een klacht; dan kan op een sepot o.b.v. gebrek aan bewijs worden teruggekomen. De verdachte kan de rechter vragen om de OvJ een termijn te stellen waarbinnen wordt overgegaan tot vervolging of sepot (art. 267 lid 1 Sv) of om te verklaren dat de zaak is geëindigd (art. 36 lid 1 Sv).

In de periode waarin de vervolging nog niet loopt biedt **art. 6 EVRM** rechtsbescherming tegen dralen door justitie en politie: **als de 'determination of a criminal charge' onredelijk lang duurt, levert dat een schending van art. 6 EVRM op**. Het beginpunt van de op zijn redelijkheid te beoordelen termijn kan ook met een opsporingshandeling samenvallen. Bij een onredelijke vertraging wordt strafvermindering toegepast.

Art. 180 Sv biedt ook enige waarborg tegen dralen door justitie en politie: de RC waakt voor nodeloze vertraging van het opsporingsonderzoek. Daarnaast kan hij op verzoek van de verdachte of diens raadsman opsporingshandelingen verrichten (art. 181-183 Sv).

Bezwaarschrift tegen de dagvaarding

De verdachte kan een bezwaarschrift tegen de dagvaarding indienen binnen acht dagen na betekening. **Hierop moet onherroepelijk zijn beslist voordat de rechtbank met het onderzoek t.t.z. begint (art. 262 lid 1 en lid 2 Sv)**. Alleen het OM kan hoger beroep instellen (art. 262a lid 1 Sv). Als het beroep gegrond wordt verklaard, kan de verdachten na diens buitenvervolginstelling niet voor hetzelfde feit opnieuw worden vervolgd tenzij nieuwe bezwaren bekend zijn geworden (art. 255 lid 1 Sv).

Beginnelen van behoorlijke procesorde en de vervolgingsbeslissing

Alleen als er wat bijzonders aan de hand is mag de rechter zich bemoeien met de vervolgingsbeslissing. In dit kader zijn vooral van belang het vertrouwensbeginsel (**Sepotmelding en vertrouwensbeginse**): door het OM gedane of het OM aan te rekenen uitlating of daarmee gelijk te stellen gedragingen waardoor het **gerechtvaardigde vertrouwen** is gewekt dat het OM niet zou vervolgen; **Menten**: hoeft niet te worden gehonoreerd als andere belangen zwaarder wegen) en het gelijkheidsbeginsel/verbod van willekeur (**Willekeur**: geen **redelijk handelend** lid van het OM zou kunnen oordelen dat met vervolging enig strafrechtelijk belang gediend zou zijn).

Rol slachtoffer m.b.t. vervolging

- Aangifte (art. 161/163 Sv).
- Klacht bij klachtdelicten (art. 64 en 164 Sv). OM kan dan alleen vervolgen als jij toestemming geeft.
- Horen bij hoordelicten (art. 165a en 167a Sv). Bij sommige delicten moet je worden gehoord alvorens wordt overgegaan tot vervolging.
- Slachtoffergesprekken.
- Klacht over niet vervolgen (art. 12 Sv).
- Spreekrecht. Kan reliëf geven aan de redelijkheid van de vervolgingsbeslissing.

H7: Verdachte en zijn raadsman

Verdachte en verdenking

Twee begrippen verdachte

Art. 27 Sv onderscheidt twee verschillende definities van verdachte. Voordat de vervolging is aangevangen geldt lid 1: degene te wiens aanzien uit feiten en omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit voortvloeit, het **redelijk vermoeden van schuld**. Als de vervolging is aangevangen, geldt lid 2: verdachte is degene die wordt vervolgd, ongeacht of de vervolging op goede gronden is ingesteld of niet.

Redelijk vermoeden van schuld

De verdenkingsvoorwaarde van art. 27 lid 1 Sv beschermt de burger tegen ongewenste justitiële bemoeienis. Redelijk vermoeden van schuld omvat drie elementen:

- Schuld **aan een strafbaar feit**. Vereist daarmee daderschap, d.w.z. vermoedelijk vervuld hebben van een delictsomschrijving. Schulduitsluitingsgronden spelen hierbij geen rol (dus je bent nog steeds verdachte).
- Vermoeden dat **redelijk** is. Louter subjectieve vermoedens is niet afdoende; het moet ook objectief gerechtvaardigd zijn.
- Vermoeden moet **voortvloeien uit feiten en omstandigheden**. Gaat daarbij om feiten en omstandigheden die zich op het moment van het justitiële optreden voordoen.
 1. **Hollende Kleurling**: Verdachte holde vanuit de richting van een café waar regelmatig verdovende middelen werden verhandeld met zijn hand in zijn zak en hield ook constant zijn hand in zijn zak. Een **redelijk vermoeden van schuld kon niet worden afgeleid alleen op basis van het feit dat hij uit de richting van het café kwam hollen**. Daarom geen verdachte in de zin van art. 27 Sv en geen rechtmatige staandeholding. Bewijs was daarmee onrechtmatig verkregen.
 - o **Rennende reputatie**: Het feit dat iemand wegrende niet genoeg voor redelijk vermoeden van schuld (net als in Hollende Kleurling). Maar **door bijkomende factoren (wegrennen medeverdachte, bekendheid bij politie) ontstond wel redelijk vermoeden van schuld**. Daarmee rechtmatige aanhouding.

NB! Sprake van wederspanning? Als er geen sprake meer is van een redelijk vermoeden van schuld en daarmee niet van een verdachte, geen rechtmatige uitoefening van bevoegdheid en dan geen wederspanning (art. 180 Sr).

Functie van het formele begrip verdachte

Na aanvang van de vervolging geldt het formele verdachte-begrip: degene tegen wie de vervolging zich richt. **De rechtspositie van deze persoon moet namelijk worden geregeld ongeacht of er een redelijk vermoeden van schuld bestaat**. Dit formele begrip draait om de toekenning van rechter terwijl het materiële begrip van lid 1 gaat om waarborgen.

Vergelijking met art. 6 EVRM

Art. 6 EVRM kent rechten toe aan iedereen 'charged with a criminal offence'. T.a.v. een persoon **is sprake van een criminal charge wanneer tegen diegene een handeling is verricht waaraan deze in redelijkheid de verwachting kan ontleenen dat tegen hem ter zake van een bepaald strafbaar feit door het OM strafvervolging zal worden ingesteld**. Een redelijke verdenking is dus niet vereist.

Er is eerder sprake van een vervolgte in de zin van art. 6 EVRM dan sprake van een verdachte in de zin van art. 27 Sv; daarom is er vaak voor aanvang van de vervolging ook al sprake van een vervolgte. De regeling van zijn rechtspositie zal in dat geval in overeenstemming moeten zijn met art. 6 EVRM.

Zwijgrecht en verhoor

Verdachte mag niet onder druk worden gezet (**pressieverbod**, waarbij dit alleen geldt voor ongeoorloofde pressie, sommige vormen zijn dus wel toegestaan wat wordt bepaald a.d.h.v. een belangenafweging) en verdachte is niet tot antwoorden verplicht (**cautie**, moet worden opgenomen in p-v (art. 29 lid 2 Sv)); verdachte kan zich beroepen op zijn zwijgrecht (**nemo tenetur-beginsel**).

- **Saunders/Groot Britannië**: Werd niet-strafrechtelijk onderzoek gedaan naar belastingfraude en Saunders was gedurende het verhoor verplicht te antwoorden. Deze verklaringen werden vervolgens gebruikt bij zijn strafrechtelijke vervolging waarbij hij werd veroordeeld. EHRM: Het feit dat hij was verplicht om te getuigen was niet in strijd met art. 6 EVRM aangezien het onderzoek niet strafrechtelijk van aard was. Het later gebruiken van de verklaringen in het strafproces was wel in strijd met art. 6 EVRM. Dus: verklaringen die getuigen gedwongen zijn af Maar, het zwijgrecht wat ligt vastgelegd in art. 6 EVRM **strekt niet tot bewijsmiddelen die door middel van dwangmiddelen kunnen worden verkregen en die bestaan onafhankelijk van de wil van de verdachte** (bijv. huiszoeking naar documentatie). Voor deze bewijsmiddelen geldt het verbod om de verdachte te laten meewerken aan zijn eigen bewijsmiddelen niet. te leggen mogen niet tegen hen worden gebruikt.
- **O'Halloran en Francis/Groot Britannië**: Dit geldt niet voor alle informatie die verplicht moet worden verstrekt.

Art. 29 Sv is niet beperkt tot een 'plaats van verhoor'; de HR heeft een ruime uitleg aan dit artikel gegeven waarbij ook de vragen die een aangehouden verdachte worden gesteld voordat hij op het politiebureau (de plaats van verhoor) is gearriveerd, gelden als verhoor van de verdachte (bijv. op straat bij staandehouding). **Als verhoor worden daarom aangemerkt 'alle vragen aan een door een opsporingsambtenaar als verdachte aangemerkt persoon betreffende diens betrokkenheid bij een geconstateerd strafbaar feit'**. Hiervan is geen sprake indien de verdachte om toestemming wordt gevraagd om te fouilleren of als wordt gevraagd naar de personalia. Het artikel is wel alleen van toepassing op iemand die als verdachte wordt gehoord.

Recht op rechtsbijstand

Art. 6 lid 3 sub c EVRM geeft de verdachte het recht om zichzelf hoogstpersoonlijk te verdedigen. Daarnaast heeft de verdachte recht op rechtsbijstand. Dit is ook vastgelegd in art. 28 lid 1 en 2 Sv. De verdachte kan afstand doen van zijn recht op rechtsbijstand (art. 28a lid 1 Sv).

Taak en positie raadsman

Uitgangspunten voor het werk van een raadsman:

- **Onafhankelijkheid**: De raadsman is in zijn optreden onafhankelijk van de vervolgende overheid. Dit vloeit voort uit de autonome partijpositie van de verdachte.

- **Onzelfstandigheid:** De raadsman adviseert maar de verdachte beslist.
- **Geen vereenzelviging:** De raadsman treedt op namens de verdachte maar is deze niet. Het standpunt wat hij verkondigt hoeft dus niet van hem/haar te zijn.
- **Gelijke processuele bevoegdheden:** Om namens de verdachte te kunnen optreden, beschikt de raadsman over dezelfde bevoegdheden als verdachte (art. 331 Sv).
- **Vertrouwelijkheid:** De raadsman heeft een geheimhoudingsplicht wat wordt ondersteund door het verschoningsrecht (art. 218 Sv).
- **Eenheid in optreden naar buiten:** De raadsman brengt eventuele verschillen van inzicht met de verdachte niet naar buiten.
- **Gebondenheid aan (tucht)recht:** De advocaat is gebonden door strengere beperkingen dan de verdachte; namelijk aan het tuchtrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten. Rechter mag zich niet bemoeien met de raadsman, waardoor diens fouten voor rekening van de verdachte komen. De staat is in beginsel niet verantwoordelijk voor tekortkomingen van de raadsman.

Recht op vrij verkeer met de raadsman

Verdachte moet zoveel mogelijk in de gelegenheid worden gesteld om zich in verbinding te stellen met zijn raadsman (art. 28 lid 4 Sv); is dus **geen absoluut recht**. Dit recht geldt voor zowel gedetineerde als niet-gedetineerde verdachten. Hen wordt ook het recht op een vrije toegang en geheime briefwisseling geboden (art. 45 Sv).

Rechtsbijstand en politieverhoor

De verdachte heeft gedurende het gehele strafproces recht op rechtsbijstand. O.g.v. art 28 lid 1 Sv heeft de verdachte **nu ook recht op consultatiebijstand** (advies voor het verhoor, wordt ingelezen).

De niet-aangehouden verdachte moet op zijn recht op rechtsbijstand worden gewezen (art. 27c lid 2 Sv). Van dit recht kan vrijwillig en ondubbelzinnig afstand worden gedaan als de verdachte op de gevolgen hiervan is gewezen.

Voor de aangehouden verdachte geldt **art. 27c lid 3 Sv**. Hierin is de verplichting opgenomen om de verdachte te wijzen op zijn recht op rechtsbijstand. Hierbij worden drie categorieën onderscheiden in **art. 28b Sv**.

- **Kwetsbare verdachten en verdachten van een misdrijf waarop 12 jaar of meer is gesteld** (art. 28b lid 1 Sv). Onder kwetsbare verdachten vallen jeugdige verdachten en verdachten met een psychische stoornis of een verstandelijke beperking. Hen wordt een raadsman aangewezen (art. 39 Sv). Kunnen hier geen afstand van doen (art. 488c Sv).
- **Verdachten van een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten**. Voor hen wordt alleen een raadsman aangewezen als zij de wens daartoe te kennen geven. Ze kunnen afstand doen van hun recht op consultatiebijstand.
- **Verdachten van een delict waarvoor geen voorlopige hechtenis is toegelaten** (art. 28b lid 3 Sv). Zij kunnen ook afstand doen van hun recht op consultatiebijstand.

Na twee uur wachten mag het verhoor begonnen worden mits de verdachte daarmee instemt (art. 28b lid 4 Sv).

Het **recht op verhoorbijstand** is geregeld in **art. 28d Sv**. De verdachte moet hierom verzoeken. Het verzoek kan niet worden afgewezen tenzij zich een uitzondering uit art. 28^e lid 2 Sv voordoet. De raadsman mag ook deelnemen aan het verhoor.

Recht op kennisneming van stukken

Vanaf het moment dat de dagvaarding is betekend of de strafbeschikking is uitgevaardigd mag de verdachte van alle processtukken kennisnemen (art. 33 Sv). Dit recht komt de raadsman ook toe (art. 48/51 Sv). De OvJ is belast met het samenstellen van het dossier (art. 149a lid 1 Sv) en hij beslist dus welke documenten hierin worden opgenomen. Hij kan stukken toevoegen (art. 315 Sv). Verdachte kan hiertoe een verzoek indienen (**art. 34 lid 1 Sv**). OvJ kan dit weigeren als het geen processtuk is i.d.z.v. **art. 149a lid 2 Sv** of als een grond van art. 187d lid 1 Sv zich voordoet.

Tot de processtukken behoren in beginsel alle stukken die voor door de zittingsrechter te nemen beslissingen redelijkerwijs van belang kunnen zijn (art. 149a lid 2 Sv). Dit betekent dat alle stukken die relevant zijn voor de oordeelsvorming van de rechter dienen uit te maken van het dossier. Uitzondering in art. 149b Sv.

- **Dev Sol:**
 - o Als processtukken moeten worden aangemerkt alle stukken die redelijkerwijze van belang kunnen zijn hetzij in voor de verdachte belastende hetzij in voor hem ontlastende zin.
 - o **Wanneer de verdediging de betrouwbaarheid of de rechtmatige verkrijging van enig bewijsmiddel aanvecht, mag haar de kennisneming van daarop betrekking hebbende - niet tot de processtukken behorende - bescheiden in beginsel niet worden onthouden.** Hier is dus plaats voor een belangenafweging: onderzoeksbelang tegenover het verdedigingsbelang.
 - o HR: Onderzoek naar verkrijging van het bewijs betekent niet zonder meer dat de raadsman aanspraak heeft op een afschrift of kennisneming van het bewijs. In casu heeft het Hof **terecht geoordeeld dat het belang van de opsporingsautoriteiten in toekomstige opsporing van Dev Sol en het gerechtvaardigde belang van de in de fotoboeken afgebeelde personen zwaarder wegen dan het belang van de verdediging.**

Ook voor de dagvaarding of strafbeschikking heeft de verdachte recht op kennisneming van de processtukken. Deze kennisneming wordt in ieder geval toegestaan vanaf het eerste verhoor na de aanhouding (art. 30 lid 1 Sv). **Hierbij moet met name worden gedacht aan situaties waarin sprake is van een criminal charge.** Dit recht op kennisneming is beperkt (art. 30 lid 3 Sv).

H8: Het slachtoffer

Positieve verplichtingen voortvloeiend uit het EHRM

Op verdragsluitende partijen rust niet enkel de (negatieve) verplichting om geen inbreuk te maken op de in het EVRM omschreven rechten, op hen rusten soms ook (positieve) verplichtingen om iets te doen in verband met deze rechten.

- **Art. 1 EVRM**: Staten moeten de rechten die verbonden zijn aan de eerste titel van het EVRM naleven en tegen schending daarvan beschermen. De staat zelf moet zich onthouden van inbreuken, maar er wordt ook een **impliciete positieve verplichting** ingelezen: dat de staat in actie moet komen, het strafrecht op orde moet hebben en mensen moet vervolgen daar waar dat kan.
- **Art. 2 EVRM**: Recht op leven.
 - o **Osman/Vk**: Het is ook de plicht 'to safeguard the lives of those within its jurisdiction'. Niet alleen beschermen tegen de staat, maar ook tegen geweld gepleegd door andere burger. Moet ook **preventief gehandeld worden**. Hiertoe een effectief mechanisme van preventie, onderdrukking en sanctionering van enige schending van dit soort bepalingen.
- **Art. 4 EVRM**: Verbod op slavernij.
 - o **Ransev/Cyprus & Rusland**: **Verplichting om te onderzoeken** wanneer er een vermoeden bestaat dat er in strijd met een EVRM-plicht wordt gehandeld. Dit onderzoek mag niet afhankelijk zijn van een aangifte. Het slachtoffer en diens nabestaanden moeten ook betrokken zijn bij de procedure; moet deel uit kunnen maken van het strafproces om hun rechten en belangen te bewaken.

Deze impliciete positieve verplichting heeft ook een keerzijde. Heeft repressieve werking:

- **G/UK**: Dader van 15 had consensuele seks gehad met een meisje van 12. Meisje had gelogen over haar leeftijd. Beneden de leeftijd van 13 jaar is er per definitie sprake van verkrachting. Er waren andere bepalingen waarvoor deze jongen had kunnen worden vervolgd maar hiervoor werd niet gekozen. Het argument hiervoor was dat uit de rechtspraak van het EHRM volgde dat men hiervan werk moest maken.
- **I.C./Roemenië**: Als je twee tegenstrijdige verklaringen hebt, dan vraagt dat om een contextintensief onderzoek naar de geloofwaardigheid van de verklaring. Hiervoor moet je mensen ondervragen over de betrouwbaarheid van de verklaring. Als slachtoffer kan het zijn dat je dit helemaal niet wil, maar deze verplichting wordt dus alsnog opgelegd vanuit EHRM.

Richtlijn slachtofferzorg

Centraal bij deze richtlijn staat het bevorderen van de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken. De minimumnormen zien in de eerste plaats op het verstrekken van informatie en ondersteuning. Daarnaast omvat het een aantal minimumnormen over deelname aan de strafprocedure, maar de invulling van deze normen is in sterke mate overgelaten aan het nationale recht. Als laatste worden in de richtlijn minimumnormen geformuleerd ter bescherming van het slachtoffer.

Rechtspositie van het slachtoffer in Nederland

Waar de belangen van verdachte en slachtoffer botsen, mag het behartigen van de belangen van slachtoffers er nooit toe leiden dat de rechtsbescherming van de verdachte onder het in art. 6 EVRM vereiste niveau zakt.

We zien een hernieuwde aandacht voor de positie van het slachtoffer. We zien een groeiend aantal internationale afspraken en nationale wijzigingen. Dit blijft een soms ietwat problematisch: het hoofddoel van het strafrecht is het juist toepassen van het strafrecht; de verdachte staat dus centraal en niet het slachtoffer. Aantal discussies:

- Moet de verdachte worden aangemerkt als procespartij? In Nederland is dit op het moment nog niet het geval; alleen verdachte en OvJ zijn procespartij. Wel is de verdachte procesdeelnemer. Hierbij past ook de keuze om het slachtoffer geen vervolgingsrecht toe te kennen.
- Sinds 2016 is het spreekrecht onbeperkt, dus kan nu ook wat zeggen over bijv. het bewijs of de straf. Het is betrekkelijk ongeregeld, bijv. het moment waarop het slachtoffer mag spreken en voor hoelang.
- Als een verdachte in Nederland wordt opgeroepen, heeft hij een spreekplicht en moet hij de waarheid vertellen.
- Zero-sum game? In hoeverre kan de toename van de rechten van het slachtoffer worden gerealiseerd zonder afbreuk aan de rechten van de verdachte? Bij een zero-sum game betekent een toename van de slachtofferrechten gepaard moet gaan met een afname van de rechten van de verdediging. Bijv. inkorten van de verjaring of het introduceren van de verschijningsplicht.

Posities die het slachtoffer kan innemen:

1. Slachtoffer kan aangifte doen (art. 161/163 Sv). Voor bepaalde misdrijven geldt een aangifteplicht (art. 160 Sv), tenzij je hierdoor zelf gevaar zou gaan lopen (lid 2). Daarnaast is het nalaten te melden van een kennis van voornemen strafbaar (art. 136 Sr). Voor overige delicten geldt de bevoegdheid tot aangifte (art. 161 Sv).
2. Bestaan klacht(delicten) waarbij het slachtoffer naast aangifte een verzoek doet tot vervolging (art. 64 Sr/164 Sv). Voor sommige delicten is zo'n verzoek nodig voor vervolging omdat de delicten dermate erg ingrijpen in het privéleven van het slachtoffer. Absolute klachtdelicten worden geknoopt aan de daad, terwijl relatieve klachtdelicten zijn verbonden aan de relatie tussen de dader en het slachtoffer (dus indien de relatie spanning oplevert, is er sprake van een klachtdelict, anders niet).

⇒ Bij zedendelicten is het klachtvereiste geschrapt. In plaats daarvan moet het OM een minderjarige jegens wie een dergelijk misdrijf is gepleegd in de gelegenheid stellen om diens mening te geven over het gepleegde feit (art. 167a Sv).

⇒ Valse aangifte is een misdrijf (art. 188 Sr).

3. In sommige gevallen heeft de verdachte hoorrecht (art. 165a/167a Sv).
4. Beklag indien verdachte het oneens is met achterwege laten vervolging (art. 12 Sv).
5. In het strafproces: getuige, benadeelde partij (art. 51f e.v./332 e.v. Sv), slachtoffer (art. 51a e.v. Sv), spreekgerechtigde (art. 51e/302 Sv).

Rechten van het slachtoffer:

- OvJ moet zorgdragen voor een correcte bejegening (art. 51aa Sv). Hieruit vloeit voort dat verdachte op de hoogte moet worden gehouden (art. 51ac Sv). In gevallen van art. 51e lid 1 Sv doet de OvJ aan het slachtoffer ook een mededeling van de invrijheidstelling van de verdachte.
- Daarnaast heeft het slachtoffer recht op inzage in processtukken die voor hem van belang zijn. OvJ kan dit weigeren als hij de stukken geen processtukken acht, als dit te belastend is voor een getuige of als hiermee een zwaarwegend opsporingsbelang

wordt geschaad; hiertoe is een machtiging van de RC vereist (art. 51b lid 3 en 4 Sv).

Dit gaat verder dan het Kaderbesluit en de Richtlijn slachtofferzorg vereist, maar hieruit volgt ook niet dat het slachtoffer toegang heeft tot alle informatie uit het kaderbesluit ("alle voor zijn belangen relevante informatie"). Het hoeft ook niet uit de wet te volgen; lidstaat mag dit bewerkstelligen met middelen die hij daartoe geschikt acht.

- Recht op bijstand, bijvoorbeeld door een advocaat (art. 51c lid 1 Sv). Daarnaast kan verdachte zich laten bijstaan door een tolk (art. 51c Sv).
- Spreekrecht (art. 51e Sv). We kennen sinds 2005 het uitdrukkelijke spreekrecht, maar geldt niet voor alle feiten, zie art. 51e Sv. Sinds 2016 mag over alles verklaard worden, niet alleen meer over de gevolgen van het feit. De personen die spreekrecht hebben is de afgelopen jaren ook veel discussie over geweest; hoe nauw moet je band zijn met het slachtoffer om dit te hebben? Als nabestaanden worden tot nu aangemerkt de echtgenoot of geregistreerd partner dan wel een andere levensgezel en alle bloedverwanten in rechte lijn en die in de zijlijn tot de vierde graad. Steeds vaker komt het voor dat mensen het spreekrecht wilden uitoefenen die dit niet hadden.

Schadevergoeding

Voeging als benadeelde partij

Art. 51f Sv geeft degene die rechtstreeks schade heeft geleden de mogelijkheid om zich als benadeelde partij te voegen in het strafproces. Wat is dan **rechtstreekse schade**? Als iemand is getroffen in een belang dat door de overtreden strafbepaling wordt beschermd. Hiervoor moet worden gekeken naar het feit dat ten laste is gelegd, waarbij ad informandum gevoegde feiten ook meetellen.

- **Gevallen fiets**: Rekkelijk genomen schade. Meisje zat op de fiets en zag iemand aankomen van wie zij zag dat hij niets goeds in de zin had. Ze gooide de fiets op de grond en zette het 'm op een lopen. Werd uiteindelijk mishandeld. Tenlastelegging was mishandeling. Viel schade van de fiets hier ook onder? Want zij was toen nog niet mishandeld. HR vond dat er sprake was van een voldoende rechtstreeks verband; de mishandeling moest breder worden gezien en de aanstaande dreiging kon ook als begin van het feit worden gezien.
- **Geforceerde deur**: Rekkelijk genomen schade. Woninginbraak en leek erop dat de daders zich nog in de woning bevonden. Politie heeft toen paneeldeur geforceerd. Slachtoffer kon ook deze schade vorderen.
- **Indirecte slachtoffers**: Bepert genomen schade. Mensen om het slachtoffer heen. Slachtoffer werd beschoten en schoonmoeder liep hierdoor gehoorschade op. Werd afgewezen; stond niet in voldoende rechtstreeks verband met de mishandeling.

Affectieschade komt nu ook in aanmerking als ook de verplaatste schade (mensen maken kosten t.b.v. het slachtoffer). Rechtsopvolgers en derde-belanghebbende kunnen zich niet als benadeelde partij voegen.

De rechtbank bekijkt of eiser ontvankelijk is en daarna of de vordering gegrond is. Als de partij niet-ontvankelijk wordt verklaard, kan hij zijn vordering nog wel bij de burgerlijk rechter aanbrengen (art. 361 lid 3 Sv); dit is niet het geval als de vordering ongegrond is (art. 236 lid 1 Rv).

Schadevergoedingsmaatregel

Rechter kan een schadevergoedingsmaatregel opleggen voor zover de verdachte jegens het slachtoffer naar burgerlijk recht aansprakelijk is voor de schade die door het strafbare feit is toegebracht (art. 36f lid 1 en 2 Sr). Als het slachtoffer schadevergoeding toegewezen krijgt staat hij op zichzelf om de vergoeding op te eisen en moet hiervoor kostbare stappen ondernemen. Rechter kan daarom maatregel opleggen. Veroordeelde moet dan het bedrag betalen aan de staat en de staat sluist dit bedrag door naar het slachtoffer. Het grote voordeel is dat als ook deze verplichting niet wordt nagekomen, kan de staatsmacht worden ingezet om nakoming te bewerkstelligen.

H9: Vooronderzoek

Opsporing: taken en verantwoordelijkheden

Wettelijke taakbedeling

Opsporing door de overheid is belastend voor burgers: (1) methoden grijpen in de rechten van burgers, (2) registreren van persoonsgegevens is een privacygevoelige aangelegenheid, en (3) het doel de strafrechtelijke sanctionering van wetsovertredingen. Opsporing door de overheid moet daarom berusten op een wet informele zin.

Personen met opsporing belast

We onderscheiden gewone opsporingsambtenaren (art. 141 Sv) en buitengewone opsporingsambtenaren (art. 142 Sv). De opsporingstaak van GOA is algemeen en niet beperkt tot bepaalde categorieën strafbare feiten; dit is wel het geval voor de BOA. De lijst is voornoemde artikelen is limitatief.

Art. 127 Sv definieert opsporingsambtenaren als alle personen met de opsporing van het strafbare feit belast. Hieronder vallen dus zowel buitengewone opsporingsambtenaren als gewone opsporingsambtenaren.

Leiding en verantwoordelijk

Opsporingsonderzoek is onderzoek dat onder leiding van de OvJ wordt verricht (art. 132a Sv) en zijn opsporingstaak is nader omschreven in art. 148 Sv. De OvJ is belast met het beheren van het onderzoek (1) vanwege zijn juridische kennis, (2) omdat het opsporingsbeleid moet worden afgestemd op het vervolgingsbeleid, en (3) ter bewaking van de rechtsstatelijkheid en rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek. Om die laatste reden is voor een aantal opsporingsmethoden tussenkomst van de OvJ voorgeschreven.

De politie is ook ondergeschikt aan de OvJ. Diens bevoegdheid is in art. 2/3 Politiewet neergelegd: de politie heeft tot taak in ondergeschiktheid aan het bevoegd gezag en in overeenstemming met de geldende rechtsregels (1) te zorgen voor de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde en (2) het verlenen van hulp aan hen die deze behoeven.

Handhaving van de rechtsorde is tweeledig (art. 11 jo. 12 Politiewet):

- Juridisch: Ter strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, dan wel taken verricht ten dienste van justitie, staat zij onder het gezag van de OvJ (zie ook art. 148 Sv).
- Niet-juridisch: Ter handhaving van de openbare orde en ter uitvoering van de hulpverleningstaak, staat zij onder gezag van de burgemeester.

Inschakeling van burgers

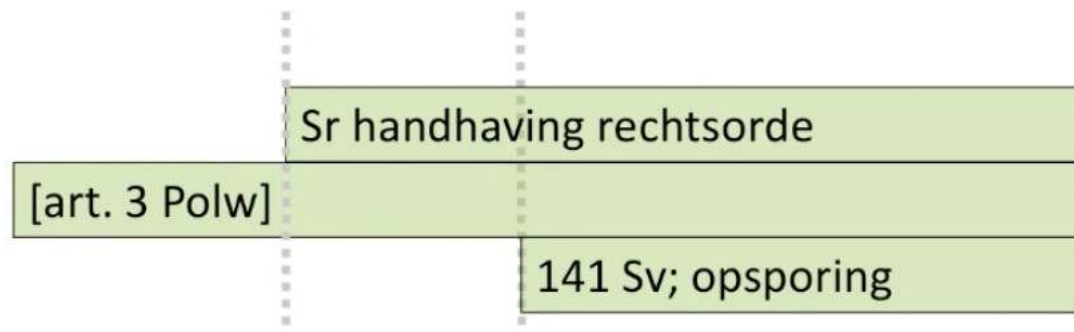
Burgers mogen worden ingeschakeld bij opsporing, alleen moet hiervoor een wettelijke basis bestaan. Anders zou de politie middels het inschakelen van burgers aan allerlei wettelijke regels kunnen ontsnappen.

Afbakening van de opsporingstaak

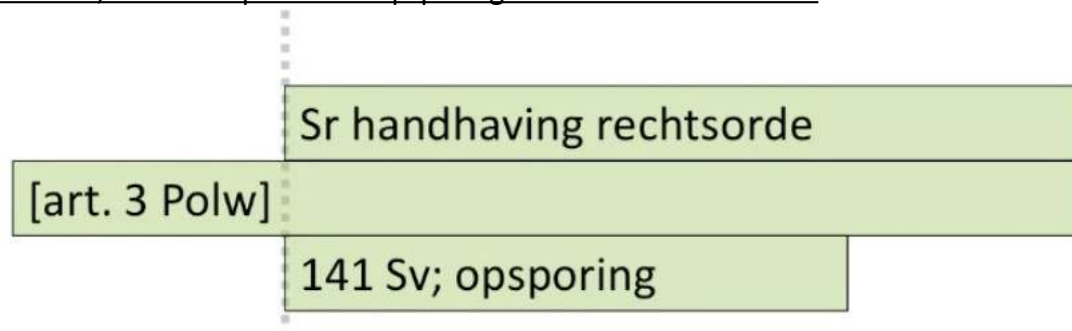
Historische ontwikkeling van het begrip opsporing

Vroeger hadden we een nauwe definitie van opsporing. **Schaduw arresten**: Mensen werden gevolgd en HR stelde dat er geen sprake was van opsporing. Daardoor was art. P niet van toepassing en dus ook niet de verbaliseringsplicht waardoor er weinig controle was.

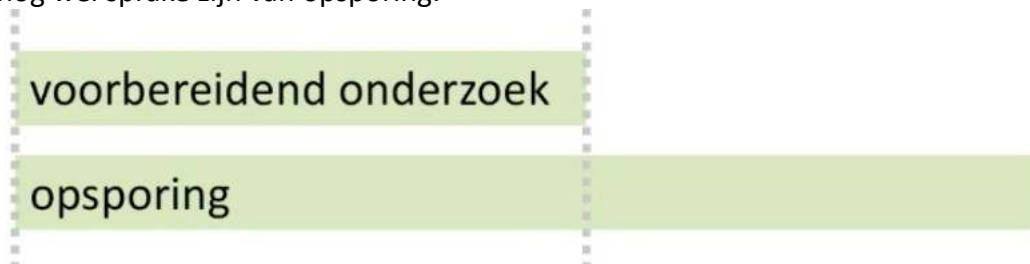
consequentie toen



Nu hebben we een ruime definitie van opsporing: **is het doel strafrechtelijke ingrijpen? Zo ja, dan is er sprake van opsporing.** Als er nu dus sprake is van strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, is er ook sprake van opsporing in de zin van art. 141 Sv.



Als het voorbereidend onderzoek eindigt en het onderzoek ter terechtzitting voorbij is, kan er nog wel sprake zijn van opsporing.



Vooronderzoek

Onderzoek dat aan de behandeling van het onderzoek ter terechtzitting voorafgaat (het eindonderzoek, art. 132 Sv). Hiermee wordt het onderzoek (1) in verband met strafbare feiten (2) onder het gezag van de OvJ (3) met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen (art. 132a Sv, opsporing).

Als uitgangspunt kennen wij nog steeds het **onmiddellijkheidsbeginsel**: bewijs moet direct ter zitting worden geproduceerd. Inmiddels is de ontwikkeling zo dat het overgrote deel van de bewijsgaring en presentatie hiervan plaatsvindt in het vooronderzoek. Het wordt niet meer ter terechtzitting geproduceerd maar in een proces-verbaal gepresenteerd.

Vijf typen opsporingsonderzoek

- **Klassieke opsporing**. Onderzoek dat plaatsvindt na een strafbaar feit en dat poogt dit strafbare feit op te helderen.
- **Repressieve controle**. Gericht op het speuren naar mogelijke gepleegde strafbare feiten. Gericht op strafrechtelijke handhaving van de wet.
- **Proactieve opsporing**. Hierbij gaat het om de opsporing van toekomstige feiten, om feiten die nog gepleegd moeten worden. In tegenstelling tot klassieke opsporing is het dus niet gericht op het verklaren van reeds gepleegde feiten.
- **Inlichtingenwerk**. Hierbij draait het niet om het vergaren van informatie maar om het opbouwen van een informatiepositie.
- **Verkennend onderzoek**. Verkrijgen van een beeld van een bepaalde sector.

Normering van de opsporingstaak

Verbaliseringsplicht

Art. 152 lid 1 Sv verplicht opsporingsambtenaren ten spoedigste een pv op te maken van het door hen opgespoorde strafbare feit of van hetgeen door hen tot opsporing is verricht en bevonden, de **verbaliseringsplicht**. Dit pv moet aan de OvJ worden toegezonden (art. 156 Sv). In de praktijk worden pv's tussendoor niet gestuurd maar aan het einde van het onderzoek. Het pv fungeert daarentegen nog wel als bewijsmiddel en als verantwoording voor het onderzoek.

De pv moet, om als bewijsmiddel te kunnen dienen, in de wettelijke vorm worden opgemaakt (art. 334 lid 1 sub 2e Sv). Deze eisen staan in **art. 153 Sv**. Hieronder valt niet de eis dat het ten spoedigste is opgemaakt (want dit staat in art. 152 Sv). Als hieraan niet is voldaan, raakt dit niet de wettigheid van het pv als bewijsmiddel.

- **Zwolsman**: De opsporingsambtenaar hoeft feiten die niet relevant zijn voor de eindbeslissing van de rechter niet op te nemen in pv. Er moet wel enige vastlegging zijn zodat hierover later nog vragen gesteld kunnen worden.
- **Edwards/Verenigd Koninkrijk**: Wel moet het bewijs zowel voor als tegen de verdachte omvatten.

Aangiften en klachten

Men kan een klacht indienen, welke bestaat uit een aangifte met verzoek tot vervolging, voor een klachtdelict (art. 164 lid 1 Sv). De klacht moet worden gedaan door de klachtgerechtigde (**art. 64/65 Sr**). **Zonder geldige klacht is het OM niet ontvankelijk**.

Middels een aangifte kan men aangeven kennis te hebben genomen van een strafbaar feit (art. 161 Sv). Als hiervan geen werk wordt gemaakt, kan een belanghebbende hierover beklag doen bij het hof (art. 12 Sv). **Wanneer een aangifte niet voldoet aan de vormvereisten (art. 163 Sv) maakt dit het opsporingsonderzoek niet onrechtmatig en hieruit volgt dan ook niet de niet-ontvankelijkheid van het OM.**

Niet wettelijk geregelde opsporingsmethoden

In beginsel houdt een taakstelling ook een bevoegdheid in, maar we moeten hierbij ook de legaliteit in acht nemen. Dus: hoe indringender de bevoegdheid, hoe noodzakelijker een specificatie in de wet (bijv. volgens EVRM alleen 'in accordance with the law' als de law 'particularly precise' is). Dit betekent dat art. 141/142 en art. 3 Politiewet lang niet altijd genoeg zijn voor bepaalde bevoegdheden. Bevoegdheden zijn vaak maar ten dele expliciet geregeld, dus dit is een belangrijke kwestie. De vraag is vaak of art. 141/142 en art. 3 Politiewet genoeg grond bieden voor bepaalde (nieuwe) bevoegdheden.

- **Zwolsman**: Ook bij een **beperkte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer** biedt (thans) art. 3 Politiewet daarvoor een toereikende wettelijke grondslag.
- **Warmtebeeldkijker**: De opvatting dat elk gebruik van een warmtebeeldkijker waarbij (van buiten) de zich in de woning van een verdachte bevindende warmtebron wordt gemeten - en waardoor in casu het vermoeden van hennepplantage in de woning van verdachte werd bevestigd - zo'n inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer dat art. 3 Politiewet daarvoor geen grondslag kan bieden is onjuist.
- **Pseudoverkoop**: HR: Aan Wetboek van Strafvordering ligt de gedachte ten grondslag dat opsporingsmethoden die zeer risicovol zijn voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing, dan wel die een inbreuk maken op de grondrechten en vrijheden van burgers, een voldoende specifieke wettelijke basis behoeven in de wet. Gelet hierop moet voor een niet specifiek in de wet geregelde wijze van opsporing als in deze zaak aan de orde, worden aangenomen dat de opsporingsautoriteiten alleen bevoegd zijn haar in te zetten indien zij (1) **geen disproportionele inbreuk maakt op de grondrechten van burgers** en (2) **deze niet zeer risicovol is voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing**. Tweede punt is een toevoeging op het criterium uit *Zwolsman* en het eerste criterium is veranderd van inbreuk op persoonlijke levenssfeer naar disproportionele inbreuk.
- **HIT-surveillance**: Observaties buiten art. 126g Sv (stelselmatige observatie) om kunnen onrechtmatig zijn als die observaties geschikt zijn om een **min of meer compleet beeld te verkrijgen van bepaalde aspecten van het persoonlijk leven van de betrokkene**. Niet een min of meer compleet beeld? Dan is de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer in de regel zo beperkt dat art. 3 Politiewet en art. 141 Sv een toereikende grondslag bieden. Voor zo'n beperkte observatie is geen verdenking in de zin van art. 27 lid 1 Sv vereist.

Er mag **geen sprake zijn van een inbreuk op een grondrecht**; hiervoor is een voldoende specifieke wettelijke grond vereist. Ook voor inbreuken op EVRM-verdragsrechten wordt vereist dat er sprake is van een nationale regeling die 'particularly precise' is.

Overschrijden bevoegdheid

- Wederspanningheid (art. 180 Sr) vereist dat de ambtenaar werkzaam was in de rechtmatige uitoefening van zijn beoefening. **Is er geen sprake van een rechtmatige uitoefening van zijn beoefening, kan ook wederspanningheid niet bewezen worden.**
- Niet voldoen aan ambtelijk bevel (art. 184 lid 1 Sr).

- Hij die **opzettelijk niet voldoet aan een bevel of een vordering, krachtens wettelijk voorschrift gedaan door een ambtenaar (...)**
- alsmede hij die **opzettelijk enige handeling**, door een van die ambtenaren ondernomen **ter uitvoering van enig wettelijk voorschrift, belet, belemmert of verijdt**,
- wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste drie maanden of geldboete van de tweede categorie.

1^e deel: wel bevoegdheid bevelen, maar 3 Polw niet voldoende!

2^e deel: bevoegdheid én 3 Polw voldoende

... verklaring: principieel verschil? Evt:

- Plicht tot meewerken (meer specifieke bepaling nodig)
- Plicht om niet tegen te werken



- Identificatieplicht (art. 447e Sr). Politie moet een duidelijke reden hebben om ernaar te vragen; ze mogen er niet naar vragen om te kijken of je 'm bij je hebt (verschil met een draagplicht). Bevoegdheid tot vorderen bestaat dus niet zomaar.
- Vormverzuimen in het vooronderzoek (art. 359a Sv). Wel beperking tot voorbereidend onderzoek.

Rol van de RC

De RC is verantwoordelijk voor toezicht op het opsporingsonderzoek (art. 170 lid 2 Sv). Er worden in dit kader drie taken onderscheiden:

1. Toezicht op de rechtmatigheid van de toepassing van opsporingsbevoegdheden.
Bemoeienis van de RC met toepassing van bepaalde ingrijpende dwangmiddelen.
 - a. Directe betrokkenheid waarbij de beslissing tot toepassing van het dwangmiddel in handen is gelegd van de RC (bijv. voorlopige hechtenis).
 - b. Voorafgaande rechterlijke machtiging.
 - c. Controle achteraf.
2. Toezicht op de voortgang van het opsporingsonderzoek (art. 180 Sv).
3. Toezicht op de evenwichtigheid en volledigheid van het onderzoek. Het gaat hierbij om de rol die de RC in het vooronderzoek vervult als onafhankelijk en onpartijdig onderzoeker. M.n. door het verrichten van onderzoekshandelingen.

De RC kan alleen optreden middels de hem toebedeelde taken.

Het onderzoek door de RC

De RC mag alleen op verzoek van de OvJ of verdachte onderzoekshandelingen verrichten (art. 181/182 Sv) waarbij zij moeten opschrijven om welke handelingen het gaat (art. 181 lid 1/182 lid 3 Sv). Er mag alleen ambtshalve worden opgetreden t.a.v. feiten waarvoor voorlopige hechtenis is bevolen en waarvoor de verdachte in voorlopige hechtenis is gesteld (art. 182 lid 7 Sv). De verdachte kan alleen de hulp van de RC inroepen indien hij is verhoord of wordt vervolgd (art. 182 lid 1 Sv). De RC is niet verplicht om gevolg te geven aan de vordering van de OvJ van de verdachte.

Overige taken en bevoegdheden van de rechter-commissaris

1. Onderzoek in opdracht van zittingsrechter (art. 316 lid 1 Sv).
2. Onderzoek op verzoek van slachtoffer (art. 177b Sv).
3. Voorarrestrechter bij oordeel rechtmatigheid in verzekeringstelling (art. 69a Sv).
4. Machtigingsrechter bij onderzoeksmethoden.
5. Onderzoeksbevoegdhedenrechter buiten titel II van boek III.
6. Procesbewaker (art. 180 lid 2 Sv).

H10: Dwangmiddelen

Algemeen

Dwangmiddelen en grondrechten

Kenmerkend aan dwangmiddelen is dat zij een inbreuk maken op (grond)rechten van burgers. **Hiervoor is niet noodzakelijk dat er sprake is van een verdachte** (bijv. bij doorzoeking van een woning, inbeslagname of af luisteren telefoon). Wel is er een specifieke wettelijke bepaling benodigd indien er sprake is van een inbreuk op een grondrecht. Dit om willekeurige toepassing van dwangmiddelen te voorkomen.

Dwangmiddelen en vrijwilligheid

Er wordt betrekkelijk snel aangenomen dat er sprake is van vrijwillige meewerking. Informed consent is hiervoor niet vereist; de verdachte hoeft niet eerst ingelicht te worden over zijn rechtspositie en over de consequenties die het geven van toestemming kan hebben.

De inbeslagname van voorwerpen is in het wetboek niet gedefinieerd als een inbreuk op een recht. Dwangmiddelen vormen per definitie een inbreuk op een grondrecht omdat zij de vrijheid benemen. Een verdachte kan dus niet o.g.v. diens toestemming in voorlopige hechtenis worden genomen.

Structuurkenmerken

Twee kenmerken: (1) de voorwaarden voor toepassing van het een dwangmiddel zijn stringenter naarmate de inbreuk die het dwangmiddel maakt op de rechten van de burger groter is, en (2) aan het dwangmiddel moet een steeds hogere autoriteit te pas komen naarmate het dwangmiddel ingrijpender is.

Steunbevoegdheden en connexe bevoegdheden

Art. 55 Sv (bevoegdheid om plaatsen te betreden) is een **steunbevoegdheid** in die zin dat het de arrestatie van een verdachte (art. 53/54 Sv) makkelijker moet maken. Deze bevoegdheid kan dan ook alleen worden toegepast als er een aanhoudingsbevoegdheid is.

Connexe bevoegdheden zijn bevoegdheden die zijn gekoppeld aan de uitoefening van een andere bevoegdheid. Art. 56 Sv maakt het bijvoorbeeld mogelijk om een verdachte die is aangehouden te fouilleren.

Voortgezette toepassing en oneigenlijk gebruik

Bij voortgezette toepassing leidt de rechtmatige toepassing van een wettelijke bevoegdheid ertoe dat aan de voorwaarden voor de toepassing van een andere bevoegdheid is voldaan, **waardoor deze andere bevoegdheid ook mag worden uitgeoefend.** Dit is niet problematisch bij toevallige vondsten. Als de opsporingsambtenaar speculeert en zijn bevoegdheid daarom gebruikt is dit ook niet problematisch indien het doel mede is gericht op de handhaving van de eerste norm.

Aanhouden en staande houden

Staande houden

Art. 52 Sv geeft iedere opsporingsambtenaar de bevoegdheid om de identiteit van de verdachte vast te stellen en hem daartoe **staande te houden**. Als **enige voorwaarde is gesteld dat er sprake is van een verdachte in de zin van art. 27 Sv**. De identiteitsvaststelling moet geschieden op de wijze voorzien in de eerste volzin in art. 27a lid 1 Sv. Het onderzoek beperkt zich tot het stellen van vragen; voor verdergaand identiteitsonderzoek mag de bevoegdheid niet worden gebruikt. De verdachte moet worden medegedeeld waarvoor hij staande wordt gehouden (art. 27c lid 1 Sv).

De verdachte moet de staandehouding dulden, anders maakt hij zich schuldig aan art. 180 Sr. De verdachte mag wel een verzoek of bevel om stil te staan negeren; art. 52 Sv geeft de opsporingsambtenaar namelijk niet de bevoegdheid om te vorderen dat de verdachte stil staat.

De verdachte is niet verplicht tot antwoorden. Het opgeven van een valse naam of adres is wel strafbaar (art. 435 sub 4e Sr). **Vragen naar de personalia van de verdachte wordt niet gerekend tot het verhoor en daarom hoeft de cautie niet worden gegeven.**

Aanhouden

Vijf elementen of aanhouding buiten heterdaad rechtmatig is (art. 54 Sv):

1. Verdachte in de zin van art. 27 Sv, d.w.z. redelijk vermoeden van schuld.
2. Opsporingsambtenaar, zie art. 127 jo. 141 Sv,
3. Misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten (art. 67 Sv),
4. Spoedige voorgeleiding,
5. Bevel van de OvJ tenzij sprake is van een spoedeisend belang (lid 4). Spoedeisend belang is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Hierbij gelden uiteraard ook de algemene beginsel van **subsidiariteit** en **proportionaliteit**.
 - **Weigerachtige zwartrijder**: Verdachte had antwoord gegeven op de vragen van de agenten. Zijns inziens was de staandehouding op dat moment afgelopen. Hij is daarom toen weggelopen. Wederspanningheid kon volgens hem daarom niet worden bewezen. HR: Verwerpt het beroep. **Het enkele feit dat hij de vragen had beantwoord, betekende niet dat de aanhouding was geëindigd.**

Verhouding tot stopbevel

Art. 160 lid 1 WVV geeft opsporingsambtenaren de bevoegdheid om bestuurders een stopbevel te geven. Niet volgen levert een strafbaar feit op (art. 177 lid 1 WVV). Niet vereist is dat de bestuurder van een strafbaar feit wordt verdacht, maar het mag wel gebruikt worden als er sprake is van een redelijke verdenking. De verdachte is dan dus verplicht om te stoppen, i.t.t. de staandehouding.

Een tweede punt van moeilijkheid is dat het voor de verdachte lastig is om in te schatten of hij moet stoppen o.g.v. art. 160 WVV (dan moet ie stoppen) of o.g.v. art. 52/53/54 Sv (dan hoeft ie niet te stoppen). Dit doet twijfel reizen over de vrijwilligheid van de verdachte om te stoppen.

Aanverwante bevoegdheden

Art. 55 lid 1 Sv geeft de bevoegdheid om ter plaatse te treden om een verdachte aan te houden, m.u.v. kerken en woningen. Opsporingsambtenaren mogen wel tegen de wil van de verdachte de woning betreden, mits zij daarvoor een machtiging hebben (lid 2). Daarnaast hebben opsporingsambtenaren een onderzoekingsbevoegdheid (art. 55a Sv). Voor het vaststellen van identiteit kunnen zij verdachte fouilleren (art. 55b Sv), zie ook art. 55c Sv.

Inverzekeringstelling

Inverzekeringstelling (art. 57 e.v. Sv) kan zowel door OvJ als hulp-OvJ in het belang van het onderzoek én moet gaan om een geval waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten (art. 58 lid 1 Sv). Geldt in eerste instantie een termijn van drie dagen; als het gaat om vervolg kan verlenging worden verzocht door de OvJ en niet de hulp-OvJ (art. 58 lid 2 Sv).

Toetsing rechtmatigheid bij voorgeleiding voor R-C (art. 59a Sv) aan volgende punten:

1. Sprake van een **redelijke verdenking**. Redelijke verdenking ziet op het moment van inverzekeringstelling; is er dan een redelijke verdenking? Of er sprake is van een verdachte (art. 27 Sv, vormvoorschriften) ziet op het moment van aanhouden: is er dan sprake van een redelijk vermoeden van schuld?
2. Geval waarvoor **voorlopige hechtenis is toegelaten** (art. 58 lid 1 jo. 67 Sv).
3. **Onderzoeksbelang** is aanwezig:
 - a. **Belang van het onderzoek**: Onder belang van het onderzoek moet niet alleen worden begrepen het onderzoek naar het mogelijk gepleegde strafbare feit, maar ook het onderzoek, zowel door de OvJ als de rechter, naar de mogelijkheid en wenselijkheid een bevel tot voorlopige hechtenis te vorderen dan wel te geven. Het Hof heeft geoordeeld dat dit belang na aanvang van het onderzoek ter terechtzitting niet meer aanwezig kan worden geacht waardoor een wettelijk grondslag voor inverzekeringstelling vereist is, maar dat oordeel is onjuist. Je kan in het belang van het onderzoek iemand horen maar ook deze periode gebruiken om te bekijken of je een persoon in voorlopige hechtenis wil nemen.
4. **Vormvoorschriften van de aanhouding**. Nalopen binnen/buiten heterdaad.
5. Is er op andere gronden sprake van onrechtmatigheid. Met name kijken naar subsidiariteit of proportionaliteit.

Als de inverzekeringstelling onrechtmatig wordt bevonden, betekent dit niet dat er geen inbewaringstelling meer mogelijk is.

- **Brogan/VK**:
 - Het feit dat de verdachten niet zijn verdacht noch voor een hof zijn gebracht, betekent niet noodzakelijk dat het doel van hun inverzekeringstelling in strijd is met art. 5 lid 1 sub c EVRM. Het doel van de aanhouding moet los worden gezien van het resultaat. Bovendien vereist art. 5 lid 1 sub c EVRM niet dat de agenten bewijs moeten aanleveren voor het aanbrengen van een aanklacht op het moment van arrest of inverzekeringstelling; zulk bewijs kan er namelijk nog niet zijn.
 - Maar, als een persoon niet “promptly” in de zin van art. 5 lid 3 EVRM wordt vrijgelaten, moet hij “prompt” voor een rechter worden gebracht. Deze “promptness” komt voort uit het doel van art. 5 EVRM: het beschermen van het fundamentele recht op bescherming van het individu.

- EHRM: Sprake van een schending van art. 5 lid 3 EVRM, want zelfs de kortste termijn die één van de verdachten heeft gezeten, was te lang en voldeed niet aan “promptness”

Inbewaringstelling

Inbewaringstelling (art. 63 Sv) kan door R-C worden gevorderd. Als we spreken over bewaring, spreken we over voorlopige hechtenis (art. 133 Sv). Mag maximaal 14 dagen.

Vier punten voor toetsing:

1. **Geval voor voorlopige hechtenis** (art. 67 Sv).
 2. **Ernstige bezwaren**, ziet op graad van verdenking (art. 67 lid 3 Sv). Redelijk vermoeden is niet afdoende.
 3. **Grond voor voorlopige hechtenis** (art. 67a Sv).
 4. **Anticipatieverbod** (art. 67a lid 3 Sv).
- **Buzadji/Moldavië:**
 - Alleen verdenking is niet afdoende om een verdachte in hechtenis te nemen; zeker na verloop van tijd is “reasonable suspicion” niet afdoende. Het gerechtshof moet dan vaststellen (1) of de gronden voor detentie deze nog steeds rechtvaardigen en (2) in het geval dat zulke gronden relevant en afdoende zijn, of de autoriteiten gebruik hebben gemaakt van “special diligence” gedurende de aanhouding.
 - Het moet gaan om concrete feiten en omstandigheden die voorlopige hechtenis rechtvaardigen. **De ernst van een feit op zichzelf is onvoldoende.**
 - Goede redenen voor voorlopige hechtenis zijn **redenen die relevant en afdoende zijn**, bijvoorbeeld “the danger of absconding, the risk of pressure being brought to bear on witnesses or of evidence being tampered with, the risk of collusion, the risk of reoffending, the risk of causing public disorder and the need to protect the detainee”.
 - EHRM: Komt tot het oordeel dat er geen relevante of afdoende gronden waren voor het verlengen van de gevangenhouding van de verdachte; er werden telkens andere, onvoldoende onderbouwde gronden aangevoerd. Daarom is er sprake van een schending van art. 5 lid 3 EVRM.

H12: Dagvaarding en tenlastelegging

Invloed art. 6 EVRM

Iedereen heeft recht op minimumrechten, o.a. geïnformeerd worden over de 'nature' (het juridisch verwijt) en 'cause' (de feiten die tot de beschuldiging hebben geleid) van het feit (lid 1), het recht op genoeg tijd en faciliteiten om je verdediging voor te bereiden (lid 2) en het recht om jezelf te verdedigen (hierin wordt een aanwezigheidsrecht gelezen, lid 3).

Uitwerking lid 3 in het Nederlandse strafrecht:

- In de dagvaarding moet de beschuldiging staan (art. 261 Sv). De tenlastelegging moet onderdeel zijn van de dagvaarding.
- Dit speelt een belangrijke rol bij het beantwoorden van de formele en materiële vragen (art. 348/350 Sv).
- Je moet weten dat een geding dient en daarom kennen we regels omtrent de betekening (art. 258 en 36a e.v. Sv). Is de dagvaarding niet goed betekend, is deze ook niet geldig. Dit i.v.m. verdedigingsbelang. Eerste formele vraag bestaat daarmee uit een dubbele toets: wordt getoetst aan art. 261 Sv maar ook o.g.v. betekening.
- Termijnen (art. 265 Sv).

Aanwezigheidsrecht

- **Colozza/Italië**: Aangifte vanwege fraude jegens C. C wordt onvindbaar verklaard. Wordt bij verstek veroordeeld. C wordt gearresteerd en tekent beroep aan: hij is ten onrechte onvindbaar verklaard want zijn adres was bij de (lokale) politie bekend. EHRM: Art. 6 EVRM omvat een aanwezigheidsrecht want je kan jezelf niet verdedigen als je niet aanwezig bent. Deze eisen gelden ook in appel voor zover een appelzaak is te vergelijken met een zaak in eerste aanleg (bij ons zo want volledig nieuwe zaak, rechter kijkt zonder beperking naar zowel recht als feiten, art. 415 lid 1 Sv). Heeft C door zijn adreswijziging niet door te geven afstand gedaan van zijn aanwezigheidsrecht? EHRM: Als er geen twijfel over mogelijk is dat iemand wist dat een zaak diende en dat hij 'knowingly and intelligently' aanwezigheid heeft afgeslagen is er sprake van een waiver; waiver moet ondubbelzinnig en vrijwillig zijn. Hier was echter sprake van de vooronderstelling van een waiver. Je mag niet impliciet, o.b.v. het niet hebben van een adres, dat er sprake is van een waiver. Als er sprake is van gerechtskundige bijstand en men is niet aanwezig, is de stap sneller gemaakt dat er sprake is van een waiver. Vereist art. 6 lid 3 EVRM dat er altijd sprake is van een aanwezigheidsrecht, d.w.z. laat art. 6 lid 3 EVRM veroordeling bij verstek toe? EHRM: Ja, mits het mogelijk is om een 'fresh determination' te krijgen van je zaak op het moment dat je bekend bent geworden met de vervolging en rechtszaak.

Wanneer is er sprake van een waiver? Verdachte moet in ieder geval bekend zijn met de dag van de terechtzitting en op ondubbelzinnige wijze afstand hebben gedaan (dit laatste hoeft niet expliciet, kan ook impliciet door het gedrag van verdachte maar moet dan wel blijken dat de verdachte op de hoogte is van de consequentie van zijn gedrag). Er werd niet gesproken van een waiver in:

- **Jones/UK**: Bekend met datum berechting maar koos ervoor niet te komen maar kon consequenties niet redelijkerwijs voorzien want hij ging ervan uit dat hij bij verstek

zou worden behandeld (dacht dat de zaak vertraagd zou worden). Dit mocht hij in de context ook veronderstellen; geen sprake van een waiver.

Wanneer in C's positie? Geen schending in:

- **Hennings**: Boete, niet op tijd verzet aangetekend want hij was de sleutel van zijn postbus kwijt. Hij was van alles op de hoogte en kon redelijkerwijs een dagvaarding verwachten. EHRM stelde dat de autoriteiten niet verantwoordelijk konden worden gehouden voor het feit dat hij zijn toegang tot het proces had geblokkeerd.
- **De Groot**: In eerste aanleg was hij er wel en gekend in het feit dat het OM in hoger beroep zou gaan; hij wist dat hij een dagvaarding zou krijgen. Dagvaarding betekend en hij werd bijgestaan door een raadsman. Justitiële autoriteiten hadden daarmee afdoende hun best gedaan. Berechting is daarmee niet direct gerechtvaardigd; Hof heeft ook nog bekeken naar de 'fairness of the proceedings'. Verdachte was bijgestaan door een raadsman die geen bezwaar had gemaakt tegen de afwezigheid. Dit alles bij elkaar leverde voor het EHRM een 'fair trial' (art. 6 EVRM) op.
- **Hokkeling/Nederland**: Rechtbank was aanwezig geweest bij eerste paar zittingen. Veroordeeld tot 4,5 jaar door rechtbank. Bleek dat hij gedetineerd zat in Noorwegen. Door het Hof veroordeeld tot 8 jaar. OM had veel inspanningen geleverd om de verdachte naar Nederland te krijgen. Hof koos uiteindelijk voor berechting buiten aanwezigheid van de verdachte ondanks verzoeken van de verdediging tot het aanhouden van de zaak. EHRM: Schending van art. 6 EVRM, met name vanwege sterke verhoging van de straf. Afwezigheidsrecht prevaleert dus over de vlotte afronding van de zaak.

Berechting in afwezigheid, d.w.z. verstek, is in drie soorten zaken toegestaan:

- Zaken waarin de verdachte recht heeft op een 'fresh determination'.
- Zaken waarin de autoriteiten zich voldoende hebben ingespannen en de onbekendheid/onmogelijkheid voor de rekening van de verdachte komt.
- Zaken waarin verdachte rechtsgeldig afstand heeft gedaan van het aanwezigheidsrecht (waiver). Hieronder wordt ook begrepen de onttrekking aan justitie.

Nederland en rechtsgeldige afstand:

- **Vermoeden van afstand van recht**: Indien dagvaarding van verdachte met GBA-adres rechtsgeldig is betekend en verdachte noch raadsman op de terechtzitting is verschenen, kan de rechter - behoudens duidelijke aanwijzingen tegendeel - uitgaan van het vermoeden dat de verdachte vrijwillig afstand heeft gedaan van zijn aanwezigheidsrecht. Indien (ander) adres is opgegeven moet daar ook een brief naar toe om afstand aan te kunnen nemen. HR casseert als uit latere gegevens blijkt dat er geen sprake was van afstand.
- **Overzichtsarrest aanhoudingsverzoek**: Een aanhoudingsverzoek (t.t.z. verzoekt de raadsman om de zaak aan te houden zodat de verdachte aanwezig kan zijn) moet onderbouwd zijn. Rechter mag/moet zo nodig een andere onderbouwing vragen.
 - o Aan verzoek ten grondslag gelegde omstandigheid niet aannemelijk? Dan afwijzing om die reden.
 - o **Voldoende aannemelijk**? Dan **afweging** maken tussen alle bij aanhouding betrokken belangen: belang aanwezigheidsrecht versus belang samenleving

bij een doeltreffende en spoedige berechting. Afweging moet worden opgenomen in de motivering van zijn beslissing. Niet te snel het geval.

Uitzondering: bij gestelde ziekte in beginsel aanhouden, tenzij het zwaarder zou wegen dat de strafvordering anders ernstig in gedrang zou komen.

Dagvaardingstermijn

Dagvaardingstermijn is relevant zodat men kan regelen dat zij op zitting kunnen zijn i.v.m. het aanwezigheidsrecht, en zodat zij tijd hebben om zich te kunnen voorbereiden op het proces. Voor dit laatste is het essentieel dat de verdachte volledige, gedetailleerde informatie ontvangt over de beschuldiging.

Art. 265 Sv schrijft voor dat er tussen de dag van betekening en de zittingsdag ten minste tien dagen moeten zitten. Als deze termijn niet wordt gehaald, kan deze alleen met toestemming van de verdachte worden ingekort. Bij de politierechter is de termijn drie dagen (art. 370 Sv) en als je wordt voorgeleid na aanhouding op heterdaad, kan je dezelfde dag nog worden gedagvaard om voor de politierechter te verschijnen (art. 375 Sv). Ook de kantonrechter kan op dezelfde dag berechten als dat de verdachte is aangehouden (art. 385 lid 5 Sv). Zolang de verdachte wordt bijgestaan door een raadsman die kan verzoeken om uitstel, is dit niet strijdig met art. 6 EVRM.

De tenlastelegging

Taal en opbouw van de tenlastelegging

De dagvaarding wordt in het Nederlands opgesteld. Dit is niet strijdig met art. 6 EVRM (*Kamansinki/Oostenijk*). Als de verdachte geen Nederlands spreekt moet ofwel een vertaling worden aangeboden ofwel schriftelijk mededeling worden gedaan van de belangrijkste gegevens. Gebeurt dit niet, is de dagvaarding niet nietig (art. 260 lid 5 Sv) maar zal de rechter de zaak aanhouden zodat de verdediging zich redelijk kan voorbereiden.

Eisen aan de tenlastelegging

Vloeien voort tot art. 261 Sv. Als hieraan niet wordt voldaan, wordt de dagvaarding door de rechter nietig verklaard. Tenlastelegging moet in dagvaarding staan omdat de formele en materiële vragen a.d.h.v. tll beantwoord moeten worden (art. 261 Sv). Dit vanwege de **grondslagfunctie** (beantwoording door rechter van art. 348/350 Sv) en **informatiefunctie** (informerende waar de verdediging zich op moet richten) van de tll. Wij hanteren in Nederland een vrij streng grondslagleer. Dit heeft als voordeel dat de verdediging vrij goed weet waartegen zij zich heeft te verdedigen. Eisen:

- Feit, tijd en plaats. Problemen hierbij leiden al snel tot nietigheid. Problemen:
 - o **Onvoldoende geconcretiseerde omstandigheden**. Vaak worden wetstermen gebruikt ter concretisering. Doorgaans is het onvoldoende als de wetsterm uiteenlopende handelingen omvat (bijv. mishandeling). Mee weegt:
 - Mogelijkheden OM ter concretisering? Handelingen die meestal in het verborgene plaatsvinden zijn moeilijker te specificeren.
 - Positie bestanddeel in delictsomschrijving? Behoort het tot de kern, dan zal sneller concretisering geëist worden.

Is de wetsterm de enige? > heeft deze voldoende feitelijke betekenis? Is de wetsterm aanvullend? > mede feitelijke betekenis? Bijv. bestanddeel seksuele handeling bij kinderpornografie moet verder uitgewerkt worden; een gewoonte

maken van als strafverzwarringsgrond hoeft dan weer niet verder onderbouwd te worden, heeft voldoende feitelijke betekenis.

De aanduiding van de tijd en plaats moet wel voldoende concreet zijn. Wat voldoende concreet is, hangt af van het soort delict dat ten laste is gelegd. Een tenlastelegging van door rood licht rijden moet aanzienlijk preciezer zijn dan een tenlastelegging van verduistering. Bij verduistering kan worden volstaan met een tenlastelegging waarin de periode staat genoemd die is verstreken tussen het onder zich nemen van het goed en de ontdekking van de verduistering. Ook de plaatsaanduiding zal ruim en vaag moeten blijven

- **Innerlijke tegenstrijdigheid.** Wordt er geen verweer tegen gemaakt en is het verweer gebaseerd op wat de tll lijkt te impliceren, hoeft dit niet tot nietigheid te leiden, d.w.z. wist verdachte waartegen hij zich moest verdedigen.
- **Onbegrijpelijk samenstel van woorden.**
- NB! Het is niet mogelijk om pas in cassatie te klagen over onduidelijkheid van de tenlastelegging als je hier eerder niet over geklaagd hebt.
- Omstandigheden en wetartikelen. Zelden, leidt in beginsel niet tot nietigheid.
 - Bestanddelen uit delictsomschrijving wijzen al sterk op een artikel.
 - Omstandigheden voor zover ze niet nodig zijn om de 'cause' aan te geven, hoeven ook niet te worden opgenomen; wordt dan alsnog aan art. 6 EVRM.

Wijzigen van de tenlastelegging

De OvJ kan vorderen dat de tenlastelegging wordt gewijzigd (art. 313/314 Sv), maar het moet nog gaan om hetzelfde feit in de zin van art. 68 Sr. Daarnaast is het mogelijk om de tenlastelegging aan te vullen (art. 312 Sv) waardoor omstandigheden die een wettelijke verzwarringsgrond opleveren alsnog in de tenlastelegging kunnen worden opgenomen.

Op grondslag van de tenlastelegging

Rechtspraak EVRM

In de dagvaarding moet staan 'nature' en 'cause' (art. 6 EVRM). De verdachte moet zijn verdediging o.g.v. het tenlastegelegd feit kunnen voorbereiden. Daarom dient de tenlastelegging gevolgd te worden bij de veroordeling.

- **De Salvador Torres/Spanje:** Bestuurder van openbaar ziekenhuis. Geld van het ziekenhuis kwam bij een bank op een rekening. De rente werd gestort op de rekening van DST. Rechtbank: Eenvoudige verduistering. HR: Eenvoudige verduistering door ambtenaar in functie (wettelijke strafverzwarringsgrond). Straf van 18 maanden naar 5 jaar. Deze strafverzwaring was nooit expliciet ten laste gelegd. EHRM: De strafverzwarringsgrond zat ingebakken en was voorzienbaar. Verdachte had de strafverzwaring daarom kunnen zien aankomen. Was daarom niet strijdig.
- **Pelissier en Sassi/Frankrijk:** Ten laste was gelegd bankbreuk maar veroordeeld werd voor medeplichtigheid aan bankbreuk. EHRM: Was niet ter sprake gebracht tijdens zitting. Kwalificatie was niet voorzienbaar. Het ging daarnaast niet om toepassing van een strafverzwarringsgrond. Verdediging moest kunnen vertrouwen op wat in het dossier ten laste was gelegd. Daarom sprake van strijd met art. 6 EVRM.
- **Mattocia/Italië:** OM wist van details van geval maar informeerde verdachte daar niet over. EHRM: Enkele beschikbaarheid van informatie is niet voldoende; het OM heeft een actieve rol. Tijdens proces veranderde beschuldiging nog vaker en verdachte

kreeg in 1^e aanleg geen reactietijd. EHRM: Dit ging te ver, verdachte heeft recht op tijd om zich voor te bereiden. Schending van art. 6 EVRM.

Het gaat erom of de informatie die de verdachte over de beschuldiging heeft gekregen hem in staat heeft gesteld zich te verdedigen tegen de feiten waar hij voor veroordeeld is.

Grondslag leer

De rechter is gebonden aan de tenlastelegging. Hij dient hierbij de tenlastelegging te interpreteren, waarbij de interpretatie van de rechter niet onverenigbaar mag zijn met de bewoording van de tenlastelegging. De HR toetst deze interpretatie marginaal, m.u.v. in de tenlastelegging opgenomen wetstermen. Voor niet-wetstermen geldt meer ruimte. Dit biedt de rechter de mogelijkheid om bijv. een kennelijke schrijffout te corrigeren zolang de verdachte hierdoor niet in zijn verdediging wordt geschaad.

De rechter heeft als ander hulpmiddelen om onderdelen van de tenlastelegging weg te strepen, maar dit mag er niet toe leiden dat de tenlastelegging geen strafrechtelijk verwijt meer inhoudt of een ander/zwaarder verwijt omvat; van niet essentiële specificaties mag dus worden vrijgesproken. Oftewel: de rechter mag niet substantieel afwijken van de feitelijke toedracht in de t.l.l. Bestanddelen in de tenlastelegging zijn dan ook essentieel. Maar wanneer het overblijvende gedeelte, na het wegstrepen, alleen een minder zwaar equivalent van het tenlastegelegde feit omvat, moet de rechter hierop terugvallen. De rechter mag niet door reductie tot een zwaarder feit komen dan aanvankelijk ten laste gelegd. Ook hierbij mag de verdachte niet door het wegstrepen in zijn verdediging worden geschaad.

- *Rotterdamse hennepkweker*:

- Was een andere plaats in de tenlastelegging en Hof had hiervoor vrijgesproken. HR: In aanmerking genomen (1) dat bij de verdachte geen verwarring bestond over waar het feit dat hem werd verweten had plaatsgevonden en (2) het vrijgesproken feit niet relevant was voor de beslissing krachtens art. 349 en 350 Sv, heeft de rechter geen ander feit bewezenverklaard dan was tenlastegelegd. De grondslag van de tenlastelegging is niet verlaten.
- De rechter mag niet meer geheel vrijspreken als er een fout zit in de tenlastelegging (1) waarover geen onduidelijkheid bestaat bij de verdachte (rechter moet dit ambtshalve onderzoeken), en (2) en dit vraagpunt moet niet relevant zijn voor de vragen van art. 348 en 350 Sv. In casu was plaatsbepaling verdachte niet onduidelijk en ook niet relevant; daarom geen vrijspraak.

Het feit dat de verdachte moet worden ontslagen van rechtsvervolging als niet alle bestanddelen in de tenlastelegging zijn verwerkt brengt niet mee dat de betreffende wetsterm ook in de tenlastelegging terug is te vinden; voldoende is dat het bestanddeel in de tenlastelegging besloten ligt. Bestanddelen die maken dat sprake is van een gekwalificeerde variant van het ten laste gelegde feit mogen in elk geval niet via de weg van interpretatie worden toegevoegd. Hierbij geldt ook dat wanneer de verdachte niet in zijn verdediging is geschaad, er geen reden is om aan dit inlezen consequenties te verbinden.

- *Amsterdams experiment*: Niet alle bestanddelen van het delict waren in de tenlastelegging tot uitdrukking gebracht. HR: De aan het middel ten grondslag liggende stelling dat de enkele omstandigheid dat in een tenlastelegging niet alle bestanddelen van een delictsomschrijving tot uitdrukking zijn gebracht, nietigheid van de dagvaarding meebrengt, is onjuist. Het staat een rechter niet vrij om een bestanddeel wat niet in de tenlastelegging omschreven staat als zodanig bestanddeel,

indien bewezen, in de bewezenverklaring op te nemen. Vernielen kon ook op andere manieren dan opzettelijk en wederrechtelijk geschieden. De grondslag van de tenlastelegging is verlaten.

Kortom, mogelijkheden voor de rechter zijn:

- Interpretatie, maar mag geen bestanddeel/gekwalificeerde variant door middel van interpretatie worden toegevoegd (*Amsterdams experiment*). Ook niet als middels het bewezen verklaren van een ander bestanddeel een lichtere variant van het delict bewezen verklaard kan worden. **Rechter mag geen bestanddelen toevoegen!** De rechter mag namelijk niet het strafrechtelijk verwijt uitbreiden. De HR bekijkt of de interpretatie **niet onverenigbaar is met de bewoording van de tenlastelegging**.
- Kennelijke schrijffout mag verbeterd worden mits de verdediging hierdoor niet in zijn verdedigingsbelang wordt geschaad.
 - Bijvoorbeeld: verdediging is ervan op de hoogte wat met het kennelijk verkeerd geschreven woord wel bedoeld wordt (bijv. plaatsnaam).
 - Bijvoorbeeld: het is voor de verdediging niet onduidelijk waarom het gaat.
- Wegstrepen van onderdelen van de tenlastelegging, maar mag geen ander feit/geen feit/zwaarder feit overblijven. Wel toegestaan om tot een lichtere variant van het feit te komen, niet tot een zwaardere. *Rotterdamse hennepkweker*.
 - Rechter mag niet substantieel afwijken van de feitelijke toedracht zoals weergegeven in de tenlastelegging (bijv. zilver i.p.v. gouden horloge bewezen verklaard mag, want bestrijkt niet een groter of ander terrein dan de omschrijving van de feitelijke toedracht in de tenlastelegging).
 - Rechter mag geen bestanddelen bewezen verklaren die niet ten laste zijn gelegd.

Benoemen: verdachte mag niet in zijn verdedigingsrecht zijn geschaad.

H13: Het onderzoek ter terechtzitting

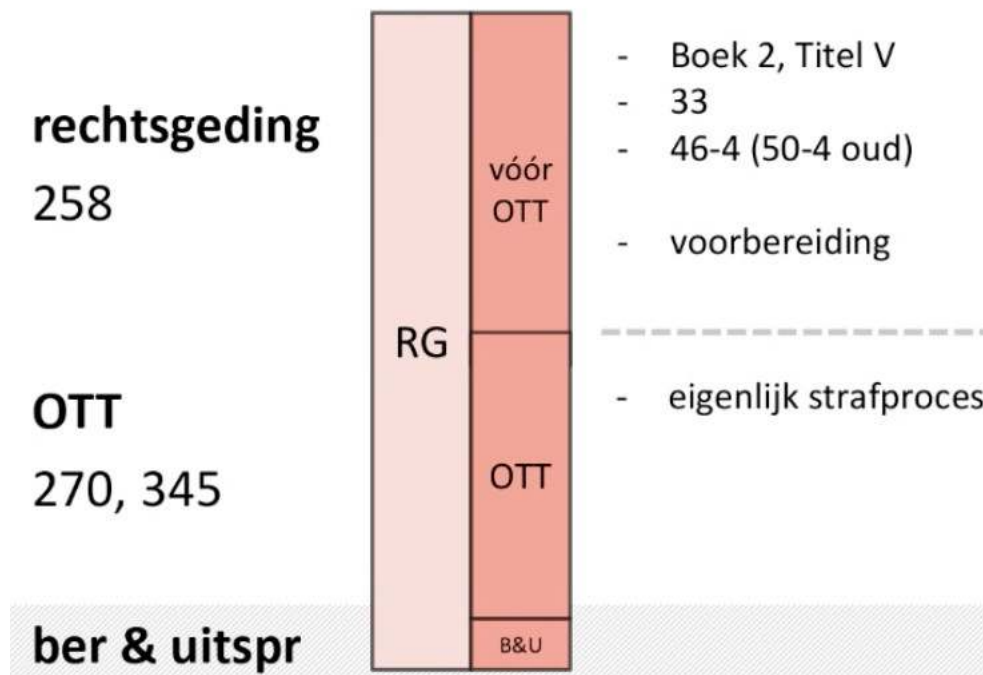
Ogenschijnlijk verloop onderzoek ter terechtzitting

- Voordragen OvJ (art. 284 Sv).
- Voorzitter ondervraagt verdachte (art. 286 Sv).
- Getuigen (art. 287 Sv).
- Voorhouden stukken (art. 301 Sv). Rechter mag alleen acht slaan op voorgehouden stukken (lid 4).
- Slachtoffer (art. 302 Sv).
- Requisitoir, pleidooi, republiek, dupliek, laatste woord (art. 311 Sv).
- Horen evt. nieuwe getuigen, nader onderzoek RC (art. 315 Sv).
- Proces-verbaal van de zitting (art. 326 Sv).
- Sluiting onderzoek t.t.z. (art. 345 Sv).

Fases:

- Onderzoek ter terechtzitting (art. 268 e.v. Sv).
- Beraadslaging (art. 345 e.v. Sv). Geheim (art. 7 lid 3 Wet RO/art. 272 Sr). Het draagvlak van een uitspraak komt het wel ten goede als het lijkt dat het een unanieme beslissing is geweest. Iedereen moet verplicht aan de beraadslaging deelnemen; is een wettelijke plicht.
- Uitspraak (art. 345 e.v. Sv).

Het rechtsgeding (art. 258 Sv) is iets uitgebreider dan het onderzoek t.t.z. Dit begint met het uitbrengen van de dagvaarding. De verantwoordelijkheid voor de zaak wordt dan overgedragen van het OM aan de rechter. Het onderzoek t.t.z. start door het uitroepen door de bode tot aan het sluiten van het onderzoek (art. 345 Sv).



In beginsel worden zaken beslecht door een meervoudige kamer, behoudens in de wet genoemde uitzonderingen (art. 268 lid 1 Sv). Politierechter en meervoudige kamer kunnen zaken naar elkaar verwijzen. OvJ moet apart zitten van rechter (lid 3); waarborgen van de scheiding van OvJ en rechterlijke macht.

De rechter en de terechtzitting

Strafzaken worden behandeld door de meervoudige kamer behoudens in de wet bepaalde uitzonderingen (art. 268 lid 1 Sv). De politierechter mag eenvoudige zaken met een maximale straf van 1 jaar afhandelen (art. 368 Sv). Hij kan de zaak verwijzen naar de meervoudige kamer (art. 369 lid 2 Sv) en andersom (art. 282a Sv).

Als de rechtbank van samenstelling wijzigt moet het onderzoek t.t.z. in beginsel opnieuw beginnen (art. 322 lid 3 Sv), tenzij verdachte en de OvJ ermee instemmen met hervatting in de stand waarin het onderzoek zich op het tijdstip van de schorsing bevond. Ook als zij hier niet mee instemmen, blijven sommige beslissingen in stand (art. 322 lid 4 Sv). Daarnaast hebben de rechters opnieuw alle bevoegdheden; ze mogen dus opnieuw dezelfde getuige horen of tot een formele einduitspraak komen terwijl een verweer eerder was afgewezen.

Openbaarheid

Het onderzoek t.t.z. geschiedt in beginsel in het openbaar (art. 269 lid 1 Sv). Een 'fair trial' in de zin van art. 6 EVRM vereist ook een public hearing. Soms mag men de toegang tot het onderzoek t.t.z. worden ontzegd (art. 269 Sv), zolang de uitspraak maar in het openbaar plaatsvindt (art. 362 Sv/art. 6 lid 1 EVRM). Deze gronden worden vrij strikt toegepast.

- **NJ 2000/633**: Onderzoek t.t.z. was onderbroken en tijdens deze schorsing was de raadvrouw met de AG de raadkamer binnengaan om te overleggen over het oproepen van getuigen. Het was daardoor niet meer openbaar en toch een stuk van het proces. Dit leidde daarom tot nietigheid van de uitspraak. Het paste immers ook niet binnen de gronden van art. 267 Sv.
- **NJ 2002/498**: De verdediging dacht er goed aan te doen om iets ter sprake te brengen over het geslachtsdeel van de verdachte. Advocaat wilde dit voorleggen aan de getuige. Getuige was psychisch kwetsbaar en uiteindelijk heeft verhoor achter gesloten deuren plaatsgevonden. Rechter had dit goedgekeurd zonder dit te motiveren, maar grondslag voor 1^e keer was ook afdoende voor 2^e en 3^e keer.
- **NJ 2015/312**: Het ging om de strafmaat en de advocaat wilde iets bespreken over de strafmaat, maar hierdoor zou de identiteit van de verdachte kunnen worden herleid, waardoor de verdachte zou moeten vrezen voor zijn leven en veiligheid. Hof wees dit af vanwege gebrek aan motivering. Het moest concreter maar dat was nogal lastig omdat dan alsnog die informatie prijs moest worden gegeven.
- **NJ 2016/362**: Getuige werd gehoord achter gesloten deuren waar raadsman en verdachte niet bij mochten zijn. Dit was niet oké.
- **Covid 19-uitspraken**: Niet iedere beperking van toegang tot de ruimte, d.w.z. de rechtszaal, neemt de openbaarheid weg. Er kan ook op een andere manier recht worden gedaan aan deze openbaarheid, bijv. d.m.v. publicatie. In deze had de zitting openbaar plaatsgevonden, pers was aanwezig. Maar, het was niet de bedoeling dat de zitting achter gesloten deuren werd behandeld want daarvoor moet het gaan om zaak-specifieke omstandigheden en Covid was algemeen.

Invloed van art. 6 EVRM?

- **Riepan/Oostenrijk**: Het is een fundamenteel principe dat het geding in het openbaar plaatsvindt. Het beschermt de verdachte tegen een geheime beoordeling, maakt controle mogelijk en het vergroot het vertrouwen in de rechtspraak.
- **Tierce e.a./San Marina**: 'The principle of the public nature of court proceedings entail two aspects: (1) the holding of public hearings and (2) the public delivery of judgements'. Elke uitspraak moet toegankelijk zijn maar dit kan ook op een andere manier dan toegang tot de zaal waarin uitspraak wordt gedaan; uitspraak mag dus wel achter gesloten deuren.

Identiteit, cautie, ordeverstoring

Art. 273 Sv: Vragen van de identiteit komt voor de cautie (lid 1 voor lid 2). Wijzing op cautie en oplettendheid (lid 2, achterwege blijven oplettendheid kan niet tot vernietiging leiden, niet geven van de cautie wel) en mogelijkheid om verdachte te verwijderen bij ordeverstoring na het geven van een waarschuwing (lid 3).

De wet verbindt niet uitdrukkelijk nietigheid aan het verzuim om de cautie te geven. Niettemin kan de strekking van het voorschrift nietigheid tot gevolg hebben, namelijk in het geval dat de verdachte door het begaan verzuim redelijkerwijs in zijn verdediging kan zijn geschaad. Zodanig geval doet zich voor als de verdachte niet werd bijgestaan door een verdachte en zijn verklaring tot het bewijs is gebezigd.

Verdachte en zijn raadsman

Recht op wegblijven

Art. 278 lid 2 Sv: Uitgangspunt is dat je niet hoeft te komen, tenzij er een bevel medebrenging wordt afgegeven (bijvoorbeeld als de rechtbank dit noodzakelijk acht voor het beoordelen van de materiële en formele vragen, dit is met name relevant als het gaat om aanzienlijke vrijheidsstraffen). Er zijn plannen om de verschijningsplicht uit te breiden: bij voorlopige hechtenis voor ernstige delicten verplicht.

Indien de verdachte afwezig is acht het EHRM het noodzakelijk dat de verdediging van de verdachte gevoerd wordt door diens raadsman. Dit is in de Nederlandse wetgeving dan ook aangepast (**art. 279 lid 1 Sv**); de advocaat moet hiervoor verklaren **uitdrukkelijk gemachtigd** te zijn.

- **Half gemachtigde raadsman**: De gemachtigd raadsman kan alle hem bij de wet toegekende rechten en bevoegdheden uitoefenen. Art. 279 Sv heeft blijkens de wetsgeschiedenis geen betrekking op een machtiging die beperkt is tot bepaalde onderdelen daarvan.

Als de verdachte niet is verschenen op een geldige dagvaarding, de rechtbank geen aanleiding ziet voor een bevel medebrenging en de verdediging niet wordt gevoerd door een uitdrukkelijk gemachtigde raadsman, verleent de rechtbank verstek (**art. 280 Sv**).

Bevoegdheden tijdens onderzoek ter terechtzitting

- Verzoeken rechtbank om een beslissing te nemen die zij op grond van de bepalingen over de behandeling van de zaak t.t.z. kan nemen.
- Voeren van een preliminair verweer (art. 283 Sv).

- Verzoeken rechtbank om te beletten dat aan een vraag die door de OvJ is gesteld gevolg wordt gegeven (art. 293 lid 1 Sv).
- Verzoeken voorzitter om een verklaring woordelijk in het proces-verbaal op te nemen (art. 362 Sv).

Weigering of verzuim heeft nietigheid van het onderzoek tot gevolg (art. 330 Sv).

Elke bevoegdheid die de verdachte in de titel over behandeling van de zaak is toegekend komt ook de raadsman toe die die de t.t.z. aanwezige verdachte bijstaat of die tot de verdediging van de afwezige verdachte is toegelaten (art. 331 lid 1 Sv). Hij kan deze bevoegdheden ook uitoefenen als de verdachte niet in de zittingszaal aanwezig is.

Horen van de verdachte

De verdachte hoeft niet mee te werken aan zijn eigen veroordeling (**nemo tenetur-beginsel**).

Dit wordt ingelezen in art. 6 EVRM. Daarom vermaning en cautie (art. 273 lid 2 Sv, anders nietigheid onderzoek t.t.z.) en de voorzitter zorgt ervoor dat hij geen verklaringen aflegt waarvan niet kan worden gezegd dat ze in vrijheid zijn afgelegd (**pressieverbod**, art. 271 lid 1 Sv). De voorzitter ondervraagt de verdachte eerst en daarna komen de overige rechters, OvJ, raadsman en medeverdachten aan de beurt (art. 286 lid 4 Sv). Bij de ondervraging wordt zoveel mogelijk onderzocht of de verklaring van de verdachte op zijn eigen wetenschap berust (art. 286 lid 6 Sv). Daarnaast de **onschuldpresumptie** (lid 2, rechter mag niet van enige overtuiging omtrent schuld of onschuld van verdachte blijk geven).

De tolk

Art. 6 lid 3 onder e EVRM geeft de verdachte recht op kosteloze bijstand door een tolk indien hij de taal die ter terechtzitting wordt gebedigd niet verstaat of spreekt. De tolk mag niet in een andere kwaliteit al aan het onderzoek deelnemen (art. 276 lid 2 Sv). De verdachte heeft geen recht op bijstand door een tolk in zijn moedertaal maar op een tolk die een taal spreekt die hij voldoende beheerst. De rechter mag geen acht slaan op stukken die niet zijn vertolkt (art. 275 lid 2/304 lid 4 Sv).

Selectie van getuigen

Nadat de verdachte is ondervraagd stelt de voorzitter vast welke personen als getuige t.t.z. zijn verschenen (art. 287 lid 1 Sv). Getuigen moeten in beginsel tien dagen voor de t.t.z. worden opgegeven tenzij de dagvaarding minder dan veertien dagen voor t.t.z. aan de verdachte is betekend (art. 263 lid 2 Sv). De voorzitter is voor het laten oproepen van getuigen niet gebonden aan de tien dagen-termijn (art. 263 lid 4 Sv). De OvJ kan de oproeping van verdachten weigeren (art. 264 lid 1 en 2 Sv). De rechtbank kan dan alsnog de oproeping bevelen (art. 287 lid 3 Sv) tenzij weigering o.g.v. art. 288 lid 1 Sv).

Voor getuigen die zijn opgeroepen maar niet zijn verschenen geldt dat zij opnieuw moeten worden opgeroepen (art. 287 lid 3 Sv), behoudens uitzonderingen o.g.v. art. 288 lid 1 Sv of als verdachte/OvJ met niet-verhoren instemmen (art. 288 lid 3 Sv).

Getuigen kunnen ook alleen door de RC worden gehoord (art. 316 lid 2 Sv); dit kan ook zonder uitdrukkelijke instemming van de OvJ en verdachte. Bedreigde en afgeschermd anonieme getuigen kunnen alleen door de RC worden gehoord (art. 226a e.v. Sv).

De rechtbank kan, indien de noodzakelijkheid van het verhoor van op de terechtzitting nog niet gehoorde getuigen blijkt, de dagvaarding of schriftelijke oproeping van getuigen bevelen (art. 315 Sv). De verdachte/raadsman kan hierom verzoeken (art. 328 en 331 Sv), maar dit wordt wel strenger getoetst dan een opgave van getuigen die tijdig voor de terechtzitting wordt gedaan; de rechtbank hoeft alleen in te willigen als zij dit noodzakelijk vindt (ook bij oproepen van een deskundige). Een eerlijke procesvoering is hierbij ook relevant.

Horen van getuigen en deskundigen

De voorzitter bepaalt in welke volgorde getuigen worden gehoord (art. 288a Sv). Voor het horen moet de getuige een eed afleggen (art. 290 lid 4 Sv) anders levert dit nietigheid op. De getuigen wordt naar zijn personalia gevraagd, maar één of meer van deze vragen kan achterwege blijven. De getuige is, behoudends de gevallen waarin de voorzitter dit belet of zij zich kunnen verschonen (art. 290 lid 5 jo. 217 Sv), verplicht om op een gestelde vraag te antwoorden. Weigert de verdachte, kan hij in gijzeling worden gesteld (art. 294 lid 1 Sv). Na het verhoor blijft de verdachte in beginsel in de rechtszaal, maar de rechtbank kan hem vergunnen zich te verwijderen als zijn aanwezigheid niet meer nodig is; hiermee moeten de verdachte en OvJ wel instemmen (art. 296 lid 1 Sv). Al deze bepalingen zijn in beginsel ook van toepassing op deskundigen.

Voorlezen van processtukken

De enige eis die de wet feitelijk aan het gebruik van processtukken door de rechter stelt is dat dit materiaal ter terechtzitting aan de orde moet zijn geweest. Het voorlezen kan worden vervangen door het geven van een korte mededeling van de inhoud door de voorzitter tenzij de verdachte of OvJ zich daartegen verzetten (art. 301 lid 3 Sv). Geen acht mag worden geslagen op stukken die niet zijn voorgelezen of waarvan de inhoud niet is medegedeeld (lid 4 Sv). Handelen in strijd hiermee leidt tot nietigheid, behoudens in het geval blijkt dat de verdachte het stuk kende.

Slachtoffer en benadeelde partij

Het slachtoffer heeft spreekrecht (art. 302 Sv) en de benadeelde partij kan een vordering tot schadevergoeding indienen (art. 51f Sv). De vordering kan alleen worden ingediend voor schade dat een rechtstreeks gevolg is van een strafbaar feit. Deze vordering is bijzaak (zonder nader onderzoek kan niet-ontvankelijkheid uitgesproken worden (art. 333 Sv), geen mogelijkheid oproepen getuigen (art. 334 lid 1 Sv), geen plicht voor OvJ om tolk te regelen (art. 51c lid 3 Sv).

Onderbreking en schorsing

Een onderzoek t.t.z. geschiedt in beginsel onafgebroken, maar de rechtbank kan een onderbreking gelasten (art. 227 Sv). Bij een onderbreking wordt de partijen het moment van hervatting bekend gemaakt (art. 319 lid 1 Sv).

De rechtbank kan de zitting ook schorsen in het belang van het onderzoek (art. 281 Sv). Bij schorsing moeten, i.t.t. onderbreking, de partijen die voor de onderbreking niet aanwezig waren na de schorsing opnieuw worden opgeroepen (art. 319 lid 2 Sv). Daarnaast moet bij schorsing een proces-verbaal worden opgemaakt met daarin de redenen voor de schorsing (art. 281 lid 3 en 4 Sv).

In principe wordt de zitting hervat in de stand waarin het zich op het tijdstip van de schorsing bevond (art. 322 lid 1 Sv), tenzij de verdachte alsnog verschijnt of zich alsnog door een uitdrukkelijk daartoe gemachtigde raadsman laat verdedigen; dan wordt het onderzoek opnieuw aangevangen m.u.v. bepaalde onderzoekshandelingen als de rechtbank dat bepaalt (art. 280 lid 3 Sv).

Requisitoir, pleidooi, laatste woord, sluiting en heropening

Na het onderzoek t.t.z. begint het uitwisselen van standpunten, waarbij de OvJ zijn requisitoir begint. Daarna mag de verdachte reageren (art. 311 lid 2 Sv). De OvJ kan hierna repliek voeren en eventueel zijn vordering aanpassen. Daarna wordt de verdachte op straffe van nietigheid het recht gegeven om als laatste te spreken, de dupliek (lid 4). Indien bij het requisitoir nieuwe informatie aan het licht komt, kunnen hierover vragen worden gesteld (lid 5). Hierna sluit de voorzitter het onderzoek (art. 345 Sv).

Uiterlijk veertien dagen na het sluiten van het onderzoek doen de rechters uitspraak. Het is mogelijk om een verkort vonnis uit te spreken waarin geen bewijsmiddelen worden opgenomen (art. 138b Sv). Als tijdens de beraadslaging blijkt dat het onderzoek onvolledig is, kan dit worden hervat (art. 346 Sv).

Griffier en het proces-verbaal

De griffier houdt het proces-verbaal van de terechtzitting bij (art. 326 lid 1 Sv). De voorzitter kan opdragen dat een bepaalde omstandigheid, verklaring of opgave in het proces-verbaal wordt aangetekend (art. 326 lid 3 Sv). De hoofdregel is dat eerst een verkort proces-verbaal wordt opgemaakt (art. 327a Sv). Als hiertegen een rechtsmiddel wordt aangewend, kan het vonnis worden aangevuld zodat het alsnog voldoet aan de eisen van art. 326 Sv.

H14: Het bewijs

Het wettelijk bewijsstelsel op hoofdlijnen

Je hebt landen die een **vrij stelsel** (laat de rechter vrij in zijn oordeelsvorming) en landen die een **wettelijke bewijsstelsels** (landen die opsommen wat bewijsmiddelen kunnen zijn en wanneer een feit bewezen moet worden geacht) hebben. Binnen het vrij stelsel wordt een onderscheid gemaakt tussen de **bloot gemoedelijke overtuiging** (voldoende is als de rechter in gemoede is overtuigd van de schuld van de verdachte, geen motivering nodig) en de **beredeneerde overtuiging** (wel motiveren of je bent overtuigd a.d.h.v. recente wetenschap, je moet het uitleggen op schrift zodat dit kan worden gecontroleerd). Binnen het wettelijk stelsel maken we onderscheid tussen een **positief** (als je een bepaalde bewijsdrempel voorbij bent moet je veroordelen, ook al ben je niet overtuigd van de schuld) en een **negatief** (onder een bepaalde drempel kan je overtuigd zijn maar moet je vrijspreken, boven die drempel mag je veroordelen maar ben je niet verplicht) **wettelijk bewijsstelsel**.

In Nederland vereisen wij (1) een **overtuiging** (2) die is **gegrond op wettige bewijsmiddelen** (art. 339 Sv), (3) die **voortkomt uit het onderzoek ter terechtzitting** (4) waarbij het **bewijsminimum** wordt gehaald (bijv. geen unus testis) (5) met betrekking tot de vraag **of de verdachte het feit heeft begaan** (dus 1^e materiële vraag), zie **art. 338 Sv**.

Art. 6 EVRM & bewijs

Lid 1 = fair trial. Lid 2 = onschuldpresumptie (everyone charged with a criminal offence shall (1) be presumed innocent (2) until proved guilty (3) according to law).

- **Funke/Frankrijk**: Verdachte werd gevraagd om documenten aan te leveren maar hij weigerde. Na een huiszoeking vermoedde men dat er nog meer documenten waren die bruikbaar konden zijn voor de vervolging. Daarom werd hem gedwongen deze te overleggen middels een dwangsom. EHRM: **Dit was in strijd met het zwijgrecht en breder met het punt dat je niet hoeft mee te werken aan je eigen veroordeling; het nemo tenetur-beginsel** (codificatie nemo tenetur). Het is dus aan de overheid om te bewijzen volgens het nationaal bewijsrecht. Met name een schending in deze omdat het niet zeker was of de documenten bestonden.
- **Sekanina/Oostenrijk**: Vordering tot schadevergoeding i.v.m. voorlopige hechtenis. Deze beslissing was zodanig nauw verbonden met de beslissing over de strafzaak zelf, dat de verdachte hieromtrent ook zich op art. 6 lid 2 EVRM kon beroepen. **De rechter bekeek voor het vaststellen van de schadevergoeding naar of verdachte o.b.v. het dossier schuldig was, terwijl Sekanina al was vrijgesproken in zijn strafzaak. Daarom was sprake van strijd met de onschuldpresumptie.**
- **Salabiaku/Frankrijk**: Ging om het smokkelen van verdovende middelen. Smokkelen werd afgeleid uit het enkele bezit. **Het EHRM maakt hier geen probleem van zolang alles maar proportioneel blijft (bewijslast moet in verhouding staan tot belangen van verdachten).** Maar, als je zegt dat er een bewijsvermoeden is van opzet of schuld en je laat de verdachte tijdens het proces geen enkele kans om het tegendeel bewezen (dan een onweerlegbaar vermoeden), dan is dit wel onacceptabel volgens het EHRM.

Het EHRM schrijft geen bewijsstelsels als zodanig voor, ook niet m.b.t. de toelaatbaarheid van bewijs, maar de vraag is altijd of het **'process as a whole was fair'**. Dit omvat een analyse van de schending an sich en waar het artikel staat in het EVRM dat is geschonden.

- **Jalloh/Duitsland**: Hij werd vastgehouden en met geweld en duidelijke dwang ertoe gebracht om een bepaald braakmiddel te nemen zodat hij de bolletjes cocaïne die hij had doorgeslikt zou opspugen. Daarmee zou men het bewijs tegen hem hebben. Dit was een schending van art 3 EVRM en nemo tenetur. Het was dus niet langer zo dat bewijs wat onafhankelijk was van de wil van de verdachte met dwang mocht worden verkregen.
- **Gäfgen/Duitsland**: Een schending van art. 3 EVRM levert niet per se een schending van art. 6 EVRM op. Er was geen afwijking van art. 3 EVRM toegestaan, zelfs niet als het gaat om de nationale veiligheid; daarom strijd met art. 3 EVRM. Maar, geen strijd met art. 6 EVRM. Nadat hij wist dat het bewijs werd uitgesloten had hij alsnog bekend, en daarmee was voor het Hof het causale verband met het eerdere bewijs doorgeknipt waardoor er louter sprake was van 'zuiver' bewijs.

Wettige bewijsmiddelen

We kennen een limitatieve opsomming van bewijsmiddelen in art. 339 Sv en verdere definities in art. 340 e.v. Sv. Wat daar niet onder valt mag in beginsel niet worden gebruikt, maar theoretisch wordt bijna niets uitgesloten; de categorieën worden zeer rekkelijk genomen. Als het aan deze eisen voldoet, mag dan alles? Nee, er zijn een aantal bewijsmiddelen uitgesloten:

- **Geen verklaringen van de raadsman ter terechtzitting**. Voorkomen dat wat jij zegt, tegen je cliënt kan worden gebruikt. Daarnaast zijn dit veelal geen eigen waarnemingen; hiervoor zal de verdachte moeten worden ondervraagd.
- **Geen spreekrechtverklaringen** van slachtoffers, wel schriftelijke verklaringen (art. 51b lid 2 Sv).
 - o **Spreekrecht en bewijsrecht**: Noch de ter zitting afgelegde mondelinge slachtofferverklaring, noch een aan de rechter overgelegd afschrift daarvan, kan voor het bewijs worden gebruikt. Een schriftelijke slachtofferverklaring die in een schriftelijk bescheid is vastgelegd, kan wel voor het bewijs gebruikt worden als overig geschrift.
- **Geen reclasseringsrapporten**. Het doel is namelijk niet dat ze als bewijs kunnen worden gebruikt, anders zou verdachte ook niet vrijuit kunnen spreken.
- **Geen waarnemingen rechter buiten onderzoek t.t.z.**, maar hierop zijn uitzonderingen denkbaar (waarneming in raadkamer maar wel een die aangekondigd was t.t.z. en partijen maakten hier geen probleem van).
 - o **Hupje in de loop**: Dader zou een bijzondere vorm van lopen hebben. Nadat het onderzoek t.t.z. was afgesloten, viel het de rechters op dat de rechter een hupje in de loop had. Dit element hadden zij in de bewijsconstructie van hun uitspraak gebruikt. Zo'n waarneming ter zitting zou kunnen, maar hier was het onderzoek t.t.z. al afgelopen, dus mocht het loopje niet tot het bewijs worden gebezigd (verdediging kon er nu ook niet op reageren).

Bewijsmiddel versus bewijsgrond

Voorheen werden de inhoud van het bewijs en de vorm van het bewijsmiddel los van elkaar gezien. Tegenwoordig wordt deze tweedeling niet meer gemaakt; deze loskoppeling is geforceerd. Daarom is dit beide relevant voor de vraag of bewijs bruikbaar is voor de bewijsbaar. Bruikbaarheid wordt mede bepaald door:

- Bewijs moet redengevend en relevant zijn.

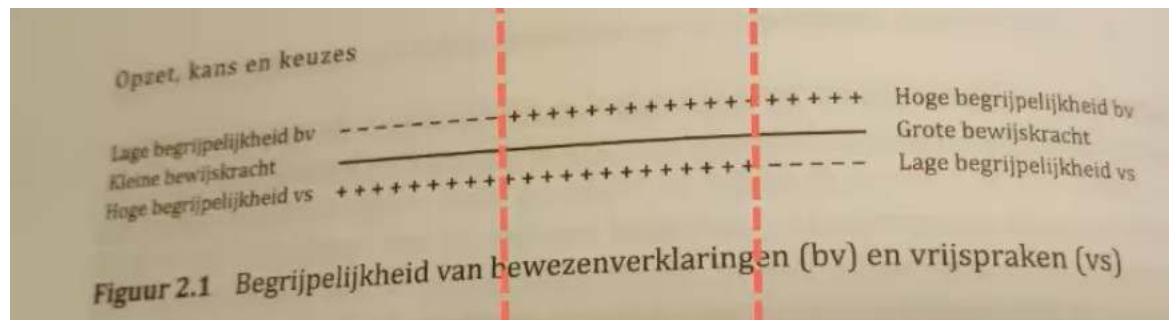
- Betrouwbaarheid.
- Vormverzuimen zittingsvoorschriften? Onwettigheid van een bewijsmiddel leidt alleen tot nietigheid als het bewijsmiddel voor het bewijs is gebezigd.
- Vormverzuimen vooronderzoek? Schending van bewijsgaringsregels in het vooronderzoek kan niet tot nietigheid van het onderzoek t.t.z. leiden (art. 256 lid 2 Sv); wel kan het tot uitsluiting van het bewijsmateriaal leiden (art. 359a Sv).

Selectie en waardering

De wet laat de rechter hierin vrij (lijkt op vrij betwiststelsel), maar de rechter dient steeds meer te verantwoorden en e.e.a. is begrensd door het EVRM/EHRM; in zoverre past het beter bij een wettelijk bewijsstelsel. Dit hadden we al, motiveringsplicht was al heel sterk, maar ook voor keuze is dit relevant.

- **NJ 2004/480**: De rechter mag bezigen wat uit het oogpunt van betrouwbaarheid dienstig voorkomt en moet terzijde stellen wat hij voor het bewijs van geen waarde acht. Behoeft behoudens bijzondere gevallen geen motivering. Hetzelfde geldt voor vrijspraak: een vrijspraak is niet onbegrijpelijk o.g.v. de omstandigheden dat het beschikbare bewijsmateriaal - al dan niet op grond van een andere uitleg van gegevens van feitelijke aard - een andere (bewijs)beslissing toelaat.

Tussen rode stippellijntje is de cassatievrije zone: rechter kan zelf kiezen welk gevolg hij verbindt aan het bewijsmateriaal: zowel veroordeling als vrijspraak hadden in stand gebleven.



Deze selectie en waardering betekent ook dat de rechter soms verklaringen splitst in een bruikbaar/wettig en onbruikbaar/onwettig gedeelte. Hierbij is de maatstaf dat de verklaring niet uit zijn verband mag worden getrokken, d.w.z. **gedenatureerd**. Het gesplitst gedeelte mag niet een andere betekenis krijgen dan in verband met de gehele verklaring.

- **HR 2013:BZ4277**: Bewezenverklaard: 'U houdt mij voor waar ik van verdacht word. Het komt in grote lijnen wel met elkaar overeen. Die schop kan kloppen, is een reflex geweest van mij'. In het proces-verbaal in eerste aanleg had de verdachte echter nog aanvullend verklaard 'Ik weet niets meer van de trap die ik in het busje zou hebben gegeven. Dat klopt niet'. De eerste opmerking kan daarom niet het tenlastegelegde feit bewijzen. Dit leverde cassatie op.

Bewijsmotivering

De HR bekijkt of de vermelde bewijsmiddelen voldoen aan de volgende eisen:

1. Of die bewijsmiddelen **wettig** zijn.
2. Of de bewijsmiddelen **ter zitting zijn geproduceerd** (art. 301 lid 4 Sv).
3. Of de **bewijsminima** in acht zijn genomen.

4. Of de feiten en omstandigheden die in de bewijsmiddelen zijn vermeld **redengevend** zijn voor de bewezenverklaring.
5. Of de vermelde bewijsmiddelen **toereikend** zijn, d.w.z., of uit die bewijsmiddelen inderdaad kan blijken dat de verdachte het feit heeft begaan.

De rechter is niet gehouden de selectie en waardering van bewijsmiddelen te verantwoorden en te motiveren.

Afscheid van onmiddellijke bewijsvoering

Het uitgangspunt is dat bewijs op zitting aan de orde moet zijn geweest. De vaststellingen van de formele en materiële vragen moet namelijk zo betrouwbaar mogelijk geschieden.

- Formeel: alles moet op grond van de tenlastelegging en naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting worden besloten. Alles wat niet is besproken op zitting, mag niet tot het bewijs worden gerekend. Formeel voldoen we hier perfect aan.
- Materieel: bewijs wordt vaak al voor de zitting geproduceerd en op schrift in een stuk ingediend. Het is dus niet onmiddellijk maar middellijk bewijs. Is dit wel in overeenstemming met het concept van “best evidence”: je moet die wijze van bewijsproductie kiezen die het beste bewijs oplevert.

Het is toegestaan om verklaringen te gebruiken die gebaseerd zijn op horen-zeggen:

- **De auditu**: Klacht was dat de verklaring onbruikbaar was want het was van horen zeggen. HR: Geen strijd met bewijsrecht aangezien verklaring ‘den gehoorsindruk van de getuige weergeeft’, dus door die getuige zelf waargenomen feit. Daarmee is het een wettig bewijsmiddel (art. 342 Sv). Mag ook gebruikt worden voor bewijs; het bepalen van de bewijskracht is aan de rechter.
- **HR 1957/202**: Dit mag niet gebruikt worden als bewijs voor gissingen, vermoeden, conclusies e.d., tenzij dit afdoende wordt ondersteund.

Dit maakte het ook mogelijk dat een politieagent wat hij gehoord heeft van een verdachte als verklaring ook kan gebruiken als bewijs. Dit maakt de weg vrij naar andere processuele praktijk: accent komt te liggen op het vooronderzoek en schriftelijke bescheiden vormen het overgrote deel van de bewijsmiddelen.

Tegenstanders van de verlating van het onmiddellijkheidsbeginsel stellen dat:

- Vervorming, nuances en details gaan eventueel verloren.
- Mogelijkheid om door te vragen ontbreekt.
- Oordeel betrouwbaarheid niet (goed) mogelijk omdat rechter verdachte niet ziet.

Deze kritiek kan echter enigszins gerelativeerd worden:

- Betrouwbaarheid herinneringen neemt af door tijdsverloop.
- Beoordeling betrouwbaarheid is niet altijd haalbaar; het is voor de rechter niet altijd makkelijk in te schatten of een verdachte liegt.

De auditu en fair hearing

In het vooronderzoek afgelegde verklaringen mogen gebruikt worden op de voorwaarde dat de rechten van de verdediging zijn gerespecteerd. Dit is in ieder geval zo wanneer de verdachte afstand heeft gedaan van zijn recht de getuige te ondervragen, wanneer de verdediging in de gelegenheid is gesteld de getuige op enig moment te ondervragen, of wanneer er geen mogelijkheid tot ondervraging is geweest maar dit valt niet te wijten aan justitiële autoriteiten.

- **Al-Khawaja en Tahery/VK**: Voor het niet kunnen verhoren van een belastende getuige (**art. 6 lid 3 onder d EVRM**) en het desalniettemin gebruiken van diens verklaring volgt het EHRM volgt de volgende beslisboom:
 1. Was er een **goede reden voor het niet ondervragen van de getuige**? Bijv. door bedreiging, overlijden of het feit dat de getuige onvindbaar is.
 2. Als er een goede reden was, gaat het HERM na of de **veroordeling uitsluitend of in beslissende mate berust op de verklaring van de betreffende getuige**. Het komt er daarbij op aan of de getuigenverklaring zo belangrijk is dat zij waarschijnlijk bepalend is geweest voor de uitkomst van de zaak.
 3. Indien de verklaring beslissend is, onderzoek het EHRM of er **voldoende compensatie is geboden** voor het ontbreken van een behoorlijke en effectieve ondervraging waardoor het proces als geheel eerlijk is. Bijvoorbeeld is er beeld of geluid.
- **Schatschaschwili/Duitsland**: In de eerste plaats hoeven deze vragen niet in deze volgorde te worden besproken. Als één van de vragen ontkennend moet worden beantwoord, is art. 6 lid 3 sub d EVRM niet direct geschonden; je moet naar het geheel van factoren kijken; gaat om de 'overall fairness'.

Het EHRM past dit schema ook toe als de niet-ondervraagde getuige anoniem is.

- **Saïdi/Frankrijk**: Geen ander bewijsmateriaal hebben gebruikt dan verklaringen die voor de terechtzitting waren afgelegd. Klager is noch gedurende het voorbereidend onderzoek, noch ter terechtzitting in staat geweest de betreffende getuigen te ondervragen of te laten ondervragen. Schending van art. 6 EVRM wordt aangenomen.
- **Uitoefening ondervragingsrecht**:
 - Ingeval de op verzoek van de verdediging opgeroepen en ter terechtzitting verschenen getuige heeft **geweigerd** antwoord te geven op de hem gestelde vragen, heeft de verdachte **niet het bij art. 6 lid 3 onder d EVRM voorziene recht kunnen uitoefenen die getuige te (doen) horen** over diens niet ter terechtzitting afgelegde, de verdachte belastende verklaring. De verdediging heeft dan niet in enig stadium van het geding, hetzij op de terechtzitting hetzij daarvoor, de gelegenheid gehad om een dergelijke verklaring op haar betrouwbaarheid te toetsen en aan te vechten door de persoon die de verklaring heeft afgelegd als getuige te (doen) ondervragen.
 - Nu de betrokkenheid van verdachte in de onderhavige zaak in voldoende mate steun vindt in andere bewijsmiddelen en dit steunbewijs betrekking heeft op die onderdelen van de verklaring van de getuige die door de verdachte zijn betwist, kon de verklaring die de getuige bij de politie had afgelegd voor het bewijs worden gebezigd.
 - Dat de verdachte niet het bij art. 6 lid 3 onder d EVRM voorziene recht heeft kunnen uitoefenen om een op verzoek van de verdediging opgeroepen en ter terechtzitting verschenen getuige te (doen) horen omtrent diens niet ter terechtzitting afgelegde, de verdachte belastende, verklaring omdat die getuige weigert antwoord te geven op de hem gestelde vragen, staat niet in de weg aan het gebruik van die verklaring voor het bewijs indien aan de verdachte een **behoorlijke en effectieve compensatie** is geboden voor het ontbreken van de mogelijkheid tot daadwerkelijke ondervraging van de getuige. De wijze waarop een zodanige compensatie zal kunnen worden geëffectueerd hangt af van de omstandigheden van het geval.

- Als een getuige weigert antwoord te geven op de hem gestelde vragen en op grond van objectieve gegevens in rechte komt vast te staan dat deze weigering het gevolg is van een ernstige bedreiging door of van de zijde van de verdachte, heeft de verdachte het recht om deze getuige (nader) te (doen) horen prijsgeven.

Getuigenverzoeken in Nederland worden beoordeeld o.g.v. twee factoren:

- **Verdedigingsbelang:** Getuigenverzoek in een vrij vroeg stadium: Oproeping kan worden geweigerd op onder meer de grond dat de verdachte daardoor redelijkerwijs niet in zijn verdediging wordt geschaad.
- **Noodzaakcriterium:** Op zitting geldt een strenger criterium: Oproeping kan worden geweigerd in geval de rechter het niet noodzakelijk vindt i.v.m. de waarheidsvinding. Hij kan dan dus sneller afwijzen.
- **Horen getuigen:** O.a. het opleggen van een motiveringsplicht voor de verdediging is niet i.s.m. het EVRM. Je moet dus goed motiveren waarom je een bepaalde getuige wil horen. HR maakt geen echt onderscheid tussen belastende en ontlastende getuigen.
- **Keskin/Nederland:**
 - Dit klopt niet helemaal. Als het aankomt op belastende getuigen is de verdediging niet verplicht om te verdedigen waarom hij deze wil horen. We moeten dan veronderstellen dat dit noodzakelijk is. De beslissing van de verdachte om gebruik te maken van zijn zwijgrecht mag geen invloed hebben op de toe- of afwijzing van getuigenverzoeken.
 - EHRM: Komt tot de conclusie dat art. 6 lid 3 sub d van het EVRM is geschonden. Er was geen goede reden waarom de getuigen afwezig waren op het proces, de verklaringen waren van beslissende invloed op het bewijs en er waren niet afdoende "counterbalancing factors".

Implicaties voor de rechter:

- Vraag: betreft het verzoek het horen van een belastende getuige? Zo ja: dan is er in feite steeds sprake van een verdedigingsbelang.
- Vraag: al gelegenheid geweest voor effectieve verdediging? Zo nee: getuige van (vermoedelijke) betekenis voor 'guilty verdict'? Zo ja: dan verzoek toewijzen.

Wettigheid van bewijsmiddelen

Redenen van wetenschap

Voor verklaringen die worden gegeven moeten **redenen van wetenschap** te zijn: is het wel zelf waargenomen of ondervonden? HR toetst of de verklaring vatbaar is voor waarneming: kan het door de verdachte zijn waargenomen (dus niet: is het door de verdachte gezien).

De redenen van wetenschap hoeven niet inf het vonnis te worden vermeld maar doorgaans worden de belangrijkste redenen van wetenschap in het vonnis vermeld. Het mag echter niet verzwegen worden wanneer informatie, vervat in bijvoorbeeld een proces-verbaal van de politie, berust op door anderen gedane mededelingen.

- **NJ 1973/334:** Rijden onder invloed. Stond in proces-verbaal dat verdachte zeker vijf of zes jenever had genuttigd. Dat was een te grote stap. Hoe kan de rechter controleren of degene die dit verklaard heeft kunnen waarnemen: je moet uitleggen wat je

redenen van wetenschap zijn voor het kunnen zeggen daarvan. Het proces-verbaal moest dus veel uitgebreider: hoe is men tot die waarneming gekomen?

Eigen waarneming of ondervinding

Handelingen van getuigen vormen geen verklaring. Daarnaast moet het gaan om de eigen waarneming, dus geen gissingen, meningen, conclusies. Hiervoor geldt geen scherpe grens; dit is mede afhankelijk van:

- **Deskundigheid van de waarnemer.** Met name aan politieagenten wordt een bovengemiddeld waarnemingsvermogen toegedacht.
- Mate waarin **conclusie volgt uit de waargenomen feiten.**
- Mate waarin **conclusie verweven is met feiten.**
- De **rol die verklaring** in het geheel van de bewijsconstructie vervult.

Niet alle delen van een bewijsmiddel zijn cruciaal. Mochten deze toch meningen, gissingen of conclusies omvatten, merkt de HR dit aan als niet meer dan een inleiding op de daaropvolgende mededeling van feiten en omstandigheden, of stelt zij dat de rechter deze conclusie blijkbaar de zijne heeft gemaakt of interpreteert de HR deze passage zo dat deze geen conclusie, mening of gissing meer omvat.

Bewijsminima en andere bewijsvoorschriften

De regel van art. 341 lid 4 en 342 lid 2 Sv (een getuige = geen getuige, **unus testis**) geldt alleen voor de gehele tenlastelegging; het bewijs van een essentieel onderdeel van de tenlastelegging mag wel op één enkele getuigenverklaring berusten. Daarnaast is er niet sprake van één getuigenverklaring indien deze op **voldoende steunbewijs** rust. Leidend is

- Dat de door de getuige weergegeven feiten **niet op zichzelf mogen staan.**
- Dat een getuigenverklaring **niet in een te ver verwijderd verband mag staan van het steunbewijs.** Waarnemingen van andere getuigen zijn hierbij van belang: soms genoeg (buurmand had huilend slachtoffer bij hem aan de deur), soms niet (alles van horen zeggen van slachtoffer).

Art. 341 lid 3 Sv bepaalt dat opgaven van de verdachte alleen te zijnen aanzien kunnen gelden. Dit betekent dat verklaringen van medeverdachten niet voor het bewijs mogen worden gebruikt. Dit artikel staat er niet aan in de weg de verklaring van een vermoedelijk mededader tegenover de politie te gebruiken als die mededader afzonderlijk wordt berecht; de HR interpreteert het begrip medeverdachte heel formeel want medeverdachte is alleen diegene wiens zaak gevoegd met die van de verdachte wordt behandeld. Daarnaast mag de verklaring wel worden gebruikt indien de medeverdachte bij het doen van zijn verklaring er niet op was berekend dat zij ter kennis van justitie zou komen.

- **Unus testis:** Verklaring van medeverdachte was volgens raadsman onbetrouwbaar en anders sprake van unus testis. HR: Art. 342 lid 2 Sv betreft tenlastelegging in haar geheel en niet een onderdeel daarvan. De vraag of aan art. 342 lid 2 Sv is voldaan, laat zich niet in algemene zin beantwoorden maar vergt een beoordeling van het concrete geval. Bij cassatietoets art. 342 lid 2 Sv kan van belang zijn of de feitenrechter zijn oordeel dat voldaan is aan het bewijsminimum nader heeft gemotiveerd. In casu kon niet worden gezegd dat de tot het bewijs gebezigde verklaring van de medeverdachte onvoldoende steun vindt in het overige bewijsmateriaal in aanmerking genomen dat dit overige bewijsmateriaal inhoudt dat

- De scooter die de medeverdachte na de confrontatie met de politie had achtergelaten en waarover hij in zijn verklaring spreekt, bij navraag bij de Rijksdienst voor het wegverkeer op naam bleek te zijn gesteld van degene die aangifte had gedaan van de diefstal van haar scooter, en
- Dat zij deze scooter ook als hare heeft herkend.
- **NJ 2012/251**: Tenlastelegging was seksueel misbruik van minderjarig meisje door opa. Moeder vond opgevouwen briefje tussen rommel op kamer dochter: gedateerd briefje waarin over misbruik wordt geschreven tijdens logeerpartij bij opa. Meisje verklaart later in studieverhoor over het misbruik. Verdachte ontkent ten stelligste. Verschillende bronnen, waaronder verdachte, bevestigen logeerpartij op/rond datum van het briefje. Bestaan van seksvideo-hoezen, waarover meisje verklaarde, wordt bevestigd. Voldoende steunbewijs? Hof: **Voldoende steun. Dagboekantekening is niet door slachtoffer zelf naar voren gebracht (betrouwbaarheid) en verklaringen van slachtoffer omtrent plaatsvinden logeerpartij worden in belangrijke mate ondersteund door verklaringen van moeder en verdachte.** HR: Middel faalt. In het onderhavige geval kan niet worden gezegd dat de tot het bewijs gebezigde verklaringen onvoldoende steun vinden in het overige gebezigde bewijsmateriaal.
- **NJ 2010/515**: Seksueel misbruik minderjarig meisje door vriend van de moeder. Verklaringen meisje aan politie en moeder. Verklaringen moeder en leerkracht over houding t.t.v. en na misbruik en na afleggen verklaring bij politie. Verklaring verdachte dat hij t.t.v. het feit met moeder en meisje samenwoonde. Hof: **Bewezenverklaring met motivering m.b.t. betrouwbaarheid verklaringen meisje.** HR: Kennelijk oordeel van Hof dat er voldoende steun is zonder nadere motivering n.b. Want: **nadere motivering van het Hof heeft alleen betrekking op de betrouwbaarheid van de verklaring en niet waarom er voldoende steunbewijs is.**
- **Ambtshalve oproeping**: Hoewel zich hier niet het geval voordoet dat de tegenover de politie afgelegde verklaring van X het enige bewijsmiddel is waaruit de verdachte zijn betrokkenheid bij het tenlastegelegde feit kan volgen, moet dit geval niettemin met zodanig geval op een lijn worden gesteld. **De verklaring van Y omtrent de betrokkenheid van verdachte bij het feit is immers uitsluitend gebaseerd op hetgeen X haar heeft meegedeeld,** terwijl X kort daarop bij de politie haar — nadien ingetrokken — verklaring omtrent die betrokkenheid heeft afgelegd. Dat brengt mee dat het Hof, nu het niet ambtshalve de dagvaarding van X heeft bevolen, het pv van politie houdende de verklaringen van X niet tot het bewijs had mogen bezigen.

Het oproepen van een getuige kan bijdragen aan het vaststellen van de betrouwbaarheid van de verklaring (wat weer kan bijdragen aan voldoende steun), en aan het belang van de verdediging (hoe zwaarder belaste getuigenverklaring vermoedelijk zal zijn, hoe eerder de verdediging getuige zal willen ondervragen op betwiste punten).

In het geval van anonieme getuigen (**art. 344a Sv**) is de verdachte vaak niet in staat om hen vragen te stellen. Rechter mag feit niet uitsluitend of in belangrijke mate bewezen verklaren o.b.v. een dergelijke verklaring (**lid 1**). **Het gebruik van dergelijke verklaringen is alleen toegestaan indien de bewezenverklaring in belangrijke mate steun vindt in andersoortig bewijsmateriaal, en de verdachte niet de wens te kennen moet hebben gegeven de persoon in kwestie te ondervragen (lid 3),** d.w.z., de verdachte moet geacht kunnen worden afstand te hebben gedaan van zijn ondervragingsrecht. NB! Agenten die onder codenummer verklaren in een pv vallen niet onder 'een persoon wiens identiteit niet blijkt'.

Bewijsconstructie

Feiten van algemene bekendheid

Feiten of omstandigheden van algemene bekendheid behoeven geen bewijs (art. 339 lid 2 Sv). Feiten van algemene bekendheid hoeven daarom in de bewezenverklaring, wanneer zij bestanddelen van de tenlastelegging bewijzen, geen steun te vinden in de bewijsmiddelen en mogen ook door de rechter gebruikt worden ter sluiting van de bewijsmotivering als zij niet d.m.v. wettige bewijsmiddelen bekend zijn geworden.

- **Diefstal met geweld tegen bejaarde**: Slachtoffer was uiteindelijk door de schrik vanwege het geweld komen te overlijden. Was er sprake van voldoende causaal verband? Werd een feit van algemene bekendheid gebruikt: hevige emoties bij bejaarden kunnen dikwijls fatale gevolgen hebben. Daarom was toerekening redelijk.
- **A.C.A.B.**: Rechter mag gebruik maken van het internet, maar bij feiten van algemene bekendheid mag het aantal treffers niet leidend zijn. Als het niet zonder meer duidelijk is of het gaat om een feit van algemene bekendheid, moet de rechter dit feit behandelen. Zodoende wordt voorkomen dat de rechter iets voor feit aanneemt waarvan de bij het geding betrokken partijen geen kennis hebben en zich ook niet over hebben kunnen uitlaten

Bij feiten van algemene bekendheid gaat het niet alleen om feiten die aan ieder ontwikkeld mens bekend zijn maar ook om feiten waarvan men zich door het raadplegen van algemeen toegankelijke bronnen op eenvoudige wijze op de hoogte kan stellen. Vereist is dat er in redelijkheid geen discussie over is. Een plaats kan ook een feit van algemene bekendheid zijn. Bij twijfel bij rechter moet dit dus op zitting ter sprake worden gebracht, kan een verweer en responsieplicht met zich meebrengen.

- **Mensenbeet**: Een persoon heeft een ander gebeten. Tenlastegelegd poging tot zware mishandeling. RB: Feit van algemene bekendheid dat mensenbeten de aanmerkelijke kans zwaar lichamelijk letsel meebrengen volgens algemeen toegankelijke bronnen. Met bijten had verdachte aanmerkelijke kans aanvaard en dus opzet.
- **Opzetheling scooter**: Verdachte werd gesnapt terwijl hij op een scooter reed die was gestolen. Contactslot was namelijk compleet afwezig maar kap zat er wel op. Kennelijk had het Hof geoordeeld dat het een feit van algemene bekendheid is dat het ontbreken van het contactslot waarbij de kap er wel weer op zat moest betekenen dat de scooter gestolen was, volgens Youtube. Leidde tot cassatie.

Toereikend bewijs

De vraag is wanneer gezegd kan worden dat het bewijs toereikend is, d.w.z. wanneer gezegd kan worden dat het bewezen verklaarde uit de inhoud van de in het vonnis vermelde bewijsmiddelen kan volgen. Regel is dat het bewezen verklaarde met een grote mate van waarschijnlijkheid uit de bewijsmiddelen volgt.

- **Meer en Vaart**: Beroep op een met de bewezenverklaring onverenigbare mogelijkheid die niet in strijd is met de gebezigde bewijsmiddelen, d.w.z. andere uitleg van het handelen die overeenkomt met bewijsmiddelen. Hierbij gaat het niet om suggesties maar om de stelling door de verdediging dat dit de werkelijke gang van zaken is geweest.

Leugenachtig bewijs en beroep op zwijgrecht

Een leugenachtige verklaring mag voor het bewijs worden gebezigd. Hierbij is het vereist dat de leugenachtigheid in rechte vaststaat: uit het bewijs moet blijken dat de verdachte heeft gelogen. Leugenachtige verklaringen van getuigen zijn niet redengevend; alleen die van de verdachte mogen worden tegengeworpen.

- **Niet om een leugentje verlegen:** Een leugen kan worden gebruikt als bewijs, maar dit kan niet altijd; het is namelijk vereist dat de onwaarheid van de verklaring voldoende vevat is in andere bewijsmiddelen, in casu was het een getuigenverklaring.

Het is niet toegestaan om de keuze van de verdachte om te zwijgen als bewijs te gebruiken; dit zou immers in strijd zijn met de onschuldpresumptie en het nemo tenetur-beginsel. Dit betekent niet dat de rechter hier geen gevolgen aan kan verbinden; de rechter kan dit gebruiken bij de beoordeling van bewijsmiddelen of verweren.

H15: Sanctionering van onregelmatigheden in het strafproces

Onregelmatigheid in het strafproces

Bijv. disproportioneel gewelddadige arrestatie, niet toegestaan dat aangehouden verdachte raadsman consulteert, binnentreden woning zonder machtiging etc. Onrechtmatige daad heeft beperkte invloed op strafproces (NJ 99/99: onrechtmatige daad-procedure gaat deels langs strafproces heen). Sanctionering heeft eerst in jurisprudentie vorm gekregen en is later gecodificeerd in art. 359a Sv.

Opkomst vormverzuimen

Jurisprudentie omtrent vormverzuimen

Opkomst bemoeienis HR met vormverzuimen:

- **Tweede bloedproefarrest**: Wet verplichtte niet tot medewerking, zonder toestemming bloed afgenomen, dus onrechtmatig. Hof had het bewijs uitgesloten maar hiervoor bestond nog geen wettelijke grond. HR: Doen meewerken aan bewijs zonder toestemming terwijl wet toestemming vereist is onverenigbaar met strekking van Strafvordering, in het bijzonder daarin aan verdachte toegekende waarborgen. HR erkende hiermee dat bewijsuitsluiting mogelijk was terwijl dit niet terug te lezen was in de wet.
- **Erwtenspistool**: Huiszoeking zonder last of toestemming. HR: Hof had niet onderkend dat dit bewijsuitsluiting kon meebrengen.
- **Music Store**: Als er een bevoegdheid is tot binnentreden, betekent dat nog niet dat je ramen mag forceren als er een minder vergaande manier was om de woning binnen te komen. Eisen van proportionaliteit en subsidiariteit moeten bij de bevoegdheid in acht worden genomen. Zijn deze beginselen geschonden, zal dit in de regel moeten leiden tot bewijsuitsluiting.
- **Menten**: Ook op andere terreinen buitenwettelijke sancties op onrechtmatig handelen. Minister had toegezegd dat Menten niet vervolgd zou worden. HR: Erkent dat dit tot niet-ontvankelijkheid van het OM kan leiden, maar in deze bijzondere feiten om dit niet te honoreren. Beginselen behoorlijke procesorde normeren de vervolging en kunnen niet-ontvankelijkheid meebrengen.
- **NJ 81/116**: Bij schending verdragseis berechting binnen redelijke termijn vervolging zozeer i.s.m. beginsel. OM daarom niet-ontvankelijk.
- **NJ 87/587**: Strafverlaging in beginsel passende sanctie op schending redelijke termijn. Niet-ontvankelijkheid is hiervoor uitgesloten.

Daarmee eind jaren '80 processuele sancties buiten de wet om. Voor HR ook ongemakkelijk dat ze steeds meer op de stoel van de wetgever moest gaan zitten. Dit heeft uiteindelijk dus geleid tot codificatie in art. 359a Sv.

Commissie Moons

Heeft art. 359a Sv voorbereid. Met de redactie van art. 359a Sv heeft de commissie alleen naar codificatie van de sancties nagestreefd; de rechter krijgt nauwelijks een richtsnoer. Men heeft dus alleen een wettelijke grondslag gecreëerd, maar hoe dit in de praktijk werd toegepast verschilde heel erg per rechter met als gevolg rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid.

Wetgever heeft vormverzuimen begaan bij o.t.t. uitgesloten in art. 359a Sv uitgesloten; **ziet alleen op het vooronderzoek**. Daarnaast is de plek in de wet nu wat merkwaardig tussen art. 359 en art. 360 Sv (motivering). We kunnen art. 359a Sv daarom ook zien als een motiveringsartikel: het motiveren van bepaalde gevolgen.

Reikwijdte art. 359a Sv (volgt uit *Loze Hashpijp*)

Alleen vooronderzoek

Centraal stond in *Loze Hashpijp* het beperken van de reikwijdte van art. 359a Sv. Gesteld werd dat **alleen vormverzuimen (1) in het vooronderzoek tegen verdachte (2) ter zake van het aan hem ten laste gelegde feit** waarover de rechter over vormverzuimen bedoeld in art. 359a Sv heeft te oordelen.

- *NJ 2006/193*: Vormverzuim was in het kader van de aanhouding voor de executie van de straf. In de strafzaak ging het echter om de bedreiging die na de aanhouding had plaatsgevonden. Dus art. 359a Sv niet van toepassing.
- *Opsporing en sfeercumulatie*: Hof komt tot het oordeel dat de controle van het voertuig waarin verdachte reed niet heeft plaatsgevonden in het kader van het voorbereidend onderzoek van het in deze zaak tenlastegelegde en bewezenverklaarde misdrijf, zodat reeds op die grond geen sprake is van een vormverzuim waaraan o.g.v. art. 359a lid 1 sub Sv het rechtsgevolg van bewijsuitsluiting kan worden verbonden. HR: In de overwegingen van het Hof ligt echter ook besloten dat de controle van het voertuig heeft plaatsgevonden i.v.m. recente woninginbraken en kennelijk in zoverre onderzoek i.v.m. strafbare feiten betrof, waaronder de tenlastegelegde inbraak die plaatsvond enkele dagen voor de controle. Het oordeel van het Hof rijmt niet en is daarom ontoereikend gemotiveerd. We spreken dus heel snel van opsporing.
- *1 dec 2020*: Buiten vooronderzoek? Een rechtsgevolg kan op zijn plaats zijn indien het vormverzuim of onrechtmatige handeling van bepalende invloed is geweest voor het verloop van het opsporingsonderzoek en de vervolging van de verdachte t.a.v. het tenlastegelegde feit. Hierbij kan aansluiting worden gezocht bij de maatstaven die de HR heeft ontwikkeld m.b.t. art. 359a Sv.

Als art. 359a Sv niet van toepassing is, betekent dit niet dat de onregelmatigheid nooit rechtsgevolgen kan hebben; art. 359a Sv dekt maar deels relevant vormverzuimen.

Art. 359a Sv is **ook niet van toepassing bij vormverzuimen die betrekking hebben op bevelen inzake toepassing van vrijheidsbenemende dwangmiddelen welke kunnen worden voorgelegd aan de RC die aan dergelijke verzuimen gevolgen kan verbinden t.a.v. de voortzetting van de vrijheidsbeneming.**

Relativiteit

Bij de beoordeling van de **ernst van het verzuim** (beoordelingsfactor in art. 359a lid 2 Sv) zijn **van belang de omstandigheden waaronder het verzuim is begaan**. Daarbij kan ook de mate van verwijtbaarheid van het verzuim een rol spelen. Bij de beoordeling van het **nadeel** (beoordelingsfactor in art. 359a lid 2 Sv) hoeft geen rechtsgevolg te worden verbonden aan het verzuim indien (1) het niet de verdachte is die door de niet-naleving van het voorschrift is getroffen (2) in het belang dat de overtreden norm beoogt te beschermen (**Schutznorm**, ook wel relativiteit), volgt uit *Loze Hashpijp*. Twee uitzonderingen:

1. Inbreuken op het pressieverbod (art. 29 lid 1 Sv): De verklaring van een getuige die door de politie op ontoelaatbare wijze onder druk is gezet, mag nooit voor het bewijs worden gebruikt, ook niet als het gaat om een medeverdachte.
2. Inbreuken op het verschoningsrecht van professionele geheimhouders: Dit ziet op de geheimhouding van een advocaat. Gesprekken tussen een advocaat en iemand anders mogen nooit tot het bewijs worden gebezigd, ook als het niet gaat om een gesprek tussen cliënt en raadsman.

Eisen aan verweer

De HR stelt in *Loze Hashpijp* eisen aan verweer van de verdediging als zij een art. 359a lid 2 Sv verweer (bewijsuitsluiting) voeren. Van de verdediging mag worden verlangd dat duidelijk en gemotiveerd a.d.h.v. de factoren uit art. 359a lid 2 Sv wordt aangegeven tot welk rechtsgevolg het verzuim dient te leiden. Alleen op een dergelijk verweer is de rechter gehouden een met redenen omklede beslissing te geven. Rechter kan het onderzoek naar de feitelijke juistheid van het verweer achterwege laten indien wat is aangevoerd niet tot zo'n rechtsgevolg kan leiden. Indien materiaal niet tot bewijs is gebezigd, heeft de verdachte geen belang bij bespreking van het tot bewijsuitsluiting strekkende verweer. Art. 359a Sv biedt daarmee een derde motiveringsplicht naast art. 358 lid 3 en art. 359 lid 2 Sv. Rechter kan sanctionering ambtshalve toepassen maar moet dit wel motiveren.

Bewijsuitsluiting

Loze Hashpijp

Bewijsuitsluiting kan uitsluitend aan de orde komen indien (1) bewijsmateriaal door het verzuim is verkregen (**voldoende rechtstreeks verband** tussen rechtsschending en verkregen bewijsmateriaal, d.w.z., **causaal verband**) en (2) komt alleen in aanmerking indien door onrechtmatige bewijsgaring een **belangrijk strafvorderlijk voorschrift** of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden (*Loze Hashpijp*).

Een causaal verband staat centraal, maar ook het karakter van het geschonden voorschrift speelt een rol: bij een verklaring tijdens onrechtmatige vrijheidsbeneming niet gauw op die grond bewijsuitsluiting omdat het geschonden voorschrift ziet op de vrijheidsbeneming en niet op het verhoor, terwijl als verdachte onder druk wordt gezet of niet met zijn raadsman heeft kunnen overleggen, worden wel bepalingen geschonden die betrekking hebben op het verhoor. NB! Bewijs onbetrouwbaar? Dan sowieso al niet om die reden gebruiken en niet laten aankomen op een art. 359a Sv verweer.

Rechtspraak EHRM

Schending van mensenrechten zoals art. 8 EVRM levert niet zonder meer een inbreuk op een eerlijk proces op in de zin van art. 6 EVRM. Aan een niet gerechtvaardigde inbreuk op bijv. art. 8 EVRM in het strafproces worden geen gevolgen gegeven mits een eerlijk proces i.d.z.v. art 6 EVRM is gewaarborgd, d.w.z. de verdedigingsrechten zijn niet geschonden.

- **Khan/VK**: Khan wordt verhoord en bekent niet. Na vrijlating op bezoek bij iemand die wordt afgeluisterd. Daar bekent hij. Verweer Khan: tapmateriaal onrechtmatig verkregen. EHRM: Afluisteren was in strijd met art. 8 EVRM, maar dit levert niet direct strijd met art. 6 EVRM op; daarbij relevant of proces 'fair' was. En dit was het geval, daarom was het toelaatbaar.

- **Allan/UK**: Informant wordt bij verdachte op cel geplaatst. Informant stelt: verdachte geeft in mijn aanwezigheid de moord toe. Dat bezorgt H vervroegde invrijheidstelling, Allan krijgt levenslang. EHRM: Afluisteren vormt een schending van art. 8 EVRM, het gebruikt tapmateriaal is niet in strijd met art. 6 EVRM. Maar, over informant en diens verklaring denkt EHRM anders: **zwijgrecht ziet op vrijheid om wel of niet te spreken bij ondervraging door de politie. Die keuzevrijheid is nu ondermijnd. Gebruik verklaring was i.s.m. right to silence and privilege against self-incrimination; daarom schending van art. 6 EVRM.**

Doorslaggevend is niet of het materiaal onrechtmatig is verkregen, maar of het gebruik van het materiaal in strijd komt met verdedigingsrechten en of het proces als geheel fair is.

Criteria toepassing bewijsuitsluiting

HR zet verschillende categorieën uiteen om te beoordelen of er ruimte is voor uitsluiting:

1. **Kan noodzakelijk zijn ter verzekering van het recht op een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM.** Bijv. recht op bijstand bij politieverhoor, door verdachte tegen medegedetineerde afgelegde verklaringen. **Hierbij geen ruimte voor een belangenafweging omdat het eerlijk proces zo belangrijk wordt gevonden.**
2. Als een ander belangrijk voorschrift in aanzienlijke mate is geschonden kan bewijsuitsluiting noodzakelijk geacht worden om **toekomstige vergelijkbare vormverzuimen die onrechtmatige bewijsgaring tot gevolg hebben te voorkomen en om een krachtige stimulans te laten bestaan tot handelen in overeenstemming met voorgeschreven norm.** Bijv. zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht of bescherming van het professionele verschoningsrecht.
Rechter zal daarbij kunnen betrekken of bewijsuitsluiting opweegt tegen de te verwachten negatieve effecten en of niet op onaanvaardbare wijze afbreuk wordt gedaan aan zwaarwegende belangen als waarheidsvinding en bestraffing dader van - mogelijk zeer ernstig - strafbaar feit, alsmede in voorkomend geval aan rechten van slachtoffers en/of nabestaanden, mede gelet op de uit het EVRM voortvloeiende positieve verplichtingen tot effectieve bestraffing.
3. Bewijsuitsluiting is niet uitgesloten als sprake is van een situatie waarin **vormverzuim naar uit objectieve gegevens blijkt zozeer bij herhaling voorkomt dat het structurele karakter vaststaat en verantwoordelijke autoriteiten zich vanaf het moment waarop het structurele verzuim hun bekend moet zijn geweest onvoldoende inspanningen hebben geleverd om overtredingen van desbetreffend voorschrift te voorkomen.** Ook hier is een afweging met de nadelen vereist.

Arresten 1 dec 2020

T.a.v. 2^e en 3^e categorie wordt erkend dat hun toepassing moeilijk was te onderscheiden.

Daarom maakt zij een nieuwe 2^e categorie (2^e + 3^e oud):

- Eerlijk proces art. 6 EVRM niet rechtstreeks aan de orde (categorie 1) maar gaat om een **schending van een ander strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel**, dan is het uitgangspunt: in beginsel meewerken aan bewijs.
- Kan tot bewijsuitsluiting leiden als er sprake is van een **ernstige schending** en als uitsluiting noodzakelijk is als **rechtsstatelijke waarborg en ter preventie in de toekomst**. Wanneer noodzakelijk? Beoordelen d.m.v. de factoren van lid 2 en de subsidiariteit. Weer afwegen tegen nadelen uitsluiting/waarom geen strafvermindering.

Bewijsuitsluiting kan achterwege blijven als daardoor op onaanvaardbare wijze afbreuk wordt gedaan aan zwaarwegende belangen zoals de waarheidsvinding en de bestraffing van de dader van een strafbaar feit, alsmede in voorkomend geval aan de rechten van slachtoffers en hun nabestaanden.

Dus, nu:

1. Categorie I-verweren: dat zijn verweren betreffende een (directe) schending van art. 6 EVRM. De Hoge Raad geeft de feitenrechter minder ruimte om voorbij te gaan aan zo'n verweer; in beginsel levert zo'n vormverzuim bewijsuitsluiting op. De rechter moet hierop reageren, ook al is het verweer mager onderbouwd.
2. Categorie II-verweren: dat zijn verweren betreffende schendingen van andere zeer belangrijke strafvorderlijke voorschriften, niet zijnde directe art. 6 EVRM-schendingen. Daarvoor geldt nog r.o. 3.7 uit Loze hashpijp (zie ook in het arrest van dec. 2020). Dat betekent dat van de verdediging mag worden verlangd dat duidelijk en gemotiveerd aan de hand van de factoren ex art. 359a lid 2 Sv wordt aangegeven tot welk rechtsgevolg het vormverzuim dient te leiden. Alleen op een dergelijk (goed onderbouwd) verweer moet de rechter responderen.
 - **HR:2017:3198**: Geen cautie gegeven voorafgaand aan het verhoor. Hof had hierover geen beslissing gegeven omdat het niet afdoende was gemotiveerd. HR: Geen cautie geven levert een vormverzuim op als bedoeld in art. 359a Sv, dat, na een daartoe strekkend verweer, in de regel dient te leiden tot uitsluiting van het bewijs. Door een andere toelichting te eisen, had het Hof dit miskend. Dit betekent dus als er een verweer tot bewijsuitsluiting wordt gevoerd omdat de cautie niet is gegeven, hoeft dit niet nader gemotiveerd te worden en verdient altijd een beslissing.
 - **HR:2017:1233**: Hetzelfde geldt voor een verweer m.b.t. een schending van het consultatierecht wat tot bewijsuitsluiting zou moeten leiden.
 - **Rechtsbijstand en mededelingsplicht**: Verdachte is niet medegedeeld dat hij recht heeft op bijstand door een raadsman. Dit levert een vormverzuim op in de zin van art. 359a Sv. Om een eerlijk proces te waarborgen in de zin van art. 6 EVRM dient bewijsuitsluiting te volgen van de tijdens het verhoor afgelegde verklaring, tenzij verdacht door het achterwege blijven hiervan niet in zijn verdediging wordt geschaad. Hof had onvoldoende gemotiveerd waarom het niet leidde tot bewijsuitsluiting.

Niet-ontvankelijkheid van het OM

De rechter kan het OM niet-ontvankelijk verklaren als door het verzuim geen sprake kan zijn van een behandeling die aan de beginselen van een behoorlijke procesorde voldoet. In de praktijk zal hierbij gedacht moeten worden aan onbehoorlijk handelen waarbij voldoende rechterlijk toezicht heeft ontbroken.

Zwolsman

Niet-ontvankelijkheid kan slechts volgen indien (1) met de opsporing of vervolging belaste ambtenaren (2) een ernstige inbreuk hebben gemaakt op beginselen van een behoorlijke procesorde (3) waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte (4) aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak tekort is gedaan (Zwolsman-criterium), d.w.z. is het recht op een eerlijke behandeling tekortgedaan. Niet-ontvankelijkheid komt alleen in uitzonderlijke gevallen in aanmerking (Loze Hashpijp).

Karman

Karman had door een toezegging van het OM dat bij een veroordeling de straf niet ten uitvoer zou worden gelegd niks te vrezen van zijn zaak. Het ging echter om een normschending die niet was begaan in het voorbereidend onderzoek van het feit waarvoor Karman zelf vervolgd werd. Art. 359a Sv was niet van toepassing, maar het OM werd niet-ontvankelijk verklaard. Hieruit blijkt wederom dat **de begrenzing van art. 359a Sv geen begrenzing vormt voor de daarin opgenomen sancties**.

Mogelijke grond voor niet-ontvankelijkheid: uitlokking

- **Texeira de Castro**: Twee agenten in burger zeiden heroïne willen kopen. Verkoper bracht hen in contact met Teixeira de Castro. De Castro ging ook weer op zoek naar een leverancier. Vond deze en gaf drugs af aan politie. De Castro werd gearresteerd. Maar: operatie stond niet onder controle van een rechter, bestond vooraf geen verdenking t.o.v. de Castro, de Castro kwam alleen in actie n.a.v. vraag agenten en er waren geen aanwijzingen dat hij meer had. Deze factoren in acht genomen nam het EHRM aan dat de **undercoveragenten de misdaad hadden uitgelokt en niet konden aantonen dat deze zonder deze uitlokking ook was gepleegd**, waardoor niet langer kon worden gesproken van een "fair trial".
- **Ramanauskas**: OvJ door politieagent uitgelokt tot corruptie door omkoping voor vrijspraak. EHRM: Geen sprake van een eerlijk proces. Undercover-operaties brengen op zich niet mee dat er geen sprake is van een eerlijk proces, maar er moeten duidelijke grenzen en waarborgen zijn en als er ter terechtzitting een serieus verweer wordt gevoerd, moet de nationale rechter kijken of er nog sprake is van een "fair trial as a whole". **Onder uitlokking moet worden verstaan dat er dermate invloed wordt uitgeoefend op de verdachte dat een misdaad wordt uitgelokt die hij anders niet had gepleegd**; dus men heeft zich niet beperkt tot een "essentially passive manner". Hof vereist minimaal bewijsuitsluiting.
 - o Niet-ontvankelijkheid is volgens het EHRM niet noodzakelijk. In ieder geval geen veroordeling o.g.v. verzameld bewijs, dus ten minste bewijsuitsluiting. Het verschil is echter klein: soms zoveel bewijsuitsluiting dat een vervolgingsrecht afwezig is, wat dus de facto leidt tot niet-ontvankelijkheid.
- **NJ 2010/440**: Infiltrant vroeg Turkse man meerdere malen om vals geld. Uiteindelijk zocht de man contact met aanbieders van vals geld en vond deze. Hof: Sprake van niet-ontvankelijkheid, want geen eerlijk proces en schending van het publieke belang, en vanwege (1) gebrekkige controle door politie op infiltrant, (2) daardoor later pas duidelijk werd dat er sprake was van uitlokking, en (3) verdachte was niet zo spoedig mogelijk op de hoogte gebracht van verklaringen van infiltrant. **Indien de verdachte door een opsporingsambtenaar of door een persoon voor wiens handelen de politie of het OM verantwoordelijk is, is gebracht tot het begaan van het strafbare feit waarvoor hij wordt vervolgd, terwijl zijn opzet tevoren niet reeds daarop was gericht**, is voldaan aan het criterium voor niet-ontvankelijkheid van het OM (**Tallon-criterium**). Maar hoe verhoudt zich dat tot de verwijtbaarheid/opzet die is opgenomen in het Zwolsman-criterium?

Een andere mogelijke grond is dat de **waarheidsvinding** door de rechter onmogelijk wordt gemaakt.

Arresten 1 dec 2020

Het nieuwe criterium heeft de HR uiteengezet in 1 dec. 2020: er moet sprake zijn van een **zodanige inbreuk op het recht op een eerlijke behandeling** dat er **geen sprake meer kan zijn van een eerlijk proces**. Dit omvat, meer specifiek:

- Onherstelbare inbreuk op het recht op een eerlijk proces die **niet op een aan de eisen van een behoorlijke en effectieve verdediging beantwoordende wijze kan worden gecompenseerd** (dus onherstelbaar en onvoldoende compensatie).
- Conclusie moet zijn: het proces in zijn geheel was “not fair”.

Dus, nog steeds in zeer uitzonderlijke gevallen (nog steeds bijv. uitlokking of onmogelijk maken van waarheidsvinding door de rechter), maar niet meer aanvullend steeds vaststellen dat de inbreuk op een eerlijk proces doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte heeft plaatsgevonden.

Strafvermindering

Berechting binnen een redelijke termijn

- **Redelijke termijnen in Nederland**: De **redelijke termijn** vangt aan op het moment dat vanwege de Nederlandse staat jegens de betrokkene een **handeling is verricht waaraan deze in redelijkheid de verwachting kan ontlenen** dat tegen hem ter zake van een bepaald strafbaar feit door het OM een strafvervolging zal worden ingesteld. Als uitgangspunt geldt dat de zaak in eerste aanleg ter terechtzitting moet zijn afgerond binnen twee jaar nadat de op zijn redelijkheid te beoordelen termijn is aangevangen. Als de verdachte in voorlopige hechtenis zit of het strafrecht voor jeugdigen wordt toegepast, geldt een termijn van 16 maanden.

De rechter moet zelf onderzoeken of inbreuk is gemaakt op het recht op berechting binnen een redelijke termijn, maar hij hoeft van dat onderzoek alleen te doen blijken als ter zake door de verdachte verweer is gevoerd. Als sanctie kan strafvermindering worden opgelegd of de enkele constatering worden gedaan en in **geen enkel geval niet-ontvankelijkheid** (*Redelijke termijnen in Nederland*); het EHRM schrijft niets dwingend voor.

- **1 dec. 2020-arrest**: Sprake van vormverzuimen i.d.z.v. art. 359a Sv in de vorm van onvolledige, onjuiste, tegenstrijdige en te late informatieverstrekking door het OM. Hierdoor vertraging ontstaan in uitoefening verdedigingsrechten. Maar, doordat de informatie door de inspanning van de verdediging alsnog beschikbaar is gekomen, is het vormverzuim hersteld en het proces ‘fair’. Hierom geen grond voor niet-ontvankelijkheid maar wel reden om de straf te matigen.

Berechting binnen de redelijke termijn kan binnen art. 359a Sv vallen, maar de vertraging in het proces kan ook plaatsvinden buiten het kader van het vooronderzoek en daarom buiten de reikwijdte van art. 359a Sv. In beide gevallen is strafvermindering een mogelijkheid. Buiten het kader van art. 359a Sv is de rechter gebonden aan jurisprudentie van de HR.

Andere gevallen van strafvermindering

Strafvermindering wordt steeds vaker gebruikt als **alternatief voor bewijsuitsluiting**, bijv. als **bewijsuitsluiting niet mogelijk is omdat het bewijs niet middels schending van het voorschrift is verkregen**. Voor strafvermindering kan dus ook reden zijn als de normschending de bewijsgaring niet heeft beïnvloed en voor de verdere positie van de verdachte in het strafproces geen gevolgen heeft gehad.

Strafvermindering komt o.g.v. art. 359a Sv alleen in aanmerking (1) als de verdachte daadwerkelijk nadeel heeft ondervonden, (2) dit nadeel is veroorzaakt door het verzuim, (3) het nadeel geschikt is voor compensatie door middel van strafvermindering, en (4) de strafvermindering ook in het licht van het belang van het geschonden voorschrift en de ernst van het verzuim gerechtvaardigd is (Loze Hashpijp).

- **Twee pistolen:**

- Op het moment dat het pistool, behorende bij de patroonhouder welke bij betrokkene 1 tijdens diens fouillering bij de auto werd aangetroffen, tevoorschijn was gekomen bij het onderzoek aan zijn kleding, was er geen enkele reden meer om ook nog eens een onderzoek aan de kleding van verdachte uit te voeren. Het pistool wat men zocht was terecht en daarom bestonden er geen ernstig bezwaren meer op grond waarvan een onderzoek aan de kleding gerechtvaardigd was.
- HR: Alleen de sanctie van strafvermindering hieraan verbinden is niet onbegrijpelijk. Bij zijn oordeel heeft het Hof acht geslagen op het belang van het geschonden voorschrift, de ernst van het verzuim en het daardoor jegens de verdachte veroorzaakte nadeel. Dit is in overeenstemming met art. 359a lid 2 Sv. Het Hof heeft verder bij zijn oordeel de ernst van het feit betrokken. Uit de geschiedenis van art. 359a Sv volgt dat dit mocht.

H16: Het vonnis

Beslissen en motiveren

De functie van het motiveren is de **explicatiefunctie** (uitleggen aan de betrokken partijen en het volk), de **controlefunctie** (de hogere rechter krijgt ook een handvat om wat van het vonnis te vinden waardoor het hoofddoel van het materiële strafrecht, de juiste toepassing van het materiële strafrecht gegarandeerd wordt) en de **inscherpingsfunctie** (omdat je moet motiveren word je ook bewust van je eigen beslissing).

Beslissen

Het vonnis omvat een beslissing op dan wel een formele vraag (art. 349 Sv) dan wel de beslissingen o.g.v. de materiële vragen (art. 350 Sv) ingevolge **art. 358 lid 1 en 2 Sv**. Als sprake is van een uitdrukkelijk voorgedragen verweer o.g.v. een formele vraag of M2/M3 moet hieromtrent ook een beslissing worden opgenomen (**art. 358 lid 3 Sv**).

- We zien alleen een beslissing omtrent een formele vraag als de rechter hier strandt of als ter zake hiervan een verweer is gevoerd. We zien echter vaak dat de formele einduitspraken in veroordelende uitspraken wel worden opgenomen.
- We zien alle beslissingen omtrent materiële vragen terug voor zover de rechter hieraan toe is gekomen.

Motiveren

Ambtshalve moet de rechter motiveren:

- Art. 359 lid 2 1^e zin Sv: Algemene motiveringsplicht bij een bewezenverklaring.
- Art. 359 lid 3 Sv: Bewezenverklaring moet ook de bewijsmiddelen bevatten.
- Art. 359 lid 4-7 Sv: De sanctie moet ook extra gemotiveerd worden.
- Art. 358 lid 4 Sv: De sanctie moet ook extra gemotiveerd worden.

De rechter moet heeft soms ook een responsieplicht:

- Art. 358 lid 3 Sv: **uitdrukkelijk voorgedragen verweer** door verdachte. Verwerpen? Motiveren o.g.v. art. 359 lid 2 1^e zin Sv.
- Art. 359 lid 2 Sv: **uitdrukkelijk onderbouwd standpunt** door verdachte of OvJ. Verwerpen? Motiveren o.g.v. art. 359 lid 2 2^e zin Sv.

| | |
|-------------------------|---------------------|
| 1. Dagvaarding geldig? | 1. TII bewezen? |
| 2. Rechter bevoegd? | 2. Feit strafbaar? |
| 3. OM ontvankelijk? | 3. Dader strafbaar? |
| 4. Reden tot schorsing? | 4. Sanctie? |

Het UVV gaat voor op het UOS. Daarmee is de UOS voor de verdachte eigenlijk alleen relevant voor de 1^e en 4^e materiële vraag. Voor het OM is echter alles nieuw; het UVV is niet voor het OM en met de UOS kan het OM nu een verweer te voeren. NB! De rechter heeft ook een motiveringsplicht t.a.v. art. 359a Sv, maar die staat hier los van.

Motiveringscategorieën

- Formele en OVAR-vragen (art. 358 lid 3 Sv gebied).
 - Hoe verhoudt dit zich tot art. 358 lid 3 Sv? **NJ 2007/146**: Inwerkingtreding art. 359 lid 2 2^e zin Sv heeft geen verandering gebracht in de motiveringseisen die reeds o.g.v. art. 358 lid 3 Sv bestonden.
 - **De stelplicht voor een UVV is lichter dan voor een UOS**; de drempel is lichter om aan te nemen dat zo'n verweer wordt gevoerd. Rechter hoeft daarom minder snel aan te nemen dat sprake is van een UOS.
 - Art. 358 lid 3 Sv verweren (uitdrukkelijk voorgedragen verweer):
 - Afkomstig van aanwezige verdachte of zijn raadsman, gemachtigde raadsman bij afwezige verdachte (art. 279 Sv) of vertegenwoordiger in kantonzaken (art. 398 lid 2 Sv).
 - Ze moeten uitdrukkelijk zijn voorgedragen, d.w.z. **ter zitting voorgedragen**. **Dus niet louter schriftelijk, alleen genoemd in appelmemoirie etc.** De kernbron is het proces-verbaal van de zitting.
 - Wanneer is er materieel sprake van een art. 358 lid 3 Sv? Voor HR doorslaggevend: **is naar inhoud** (genoemde feiten en argumenten) en **strekking** (wat wordt beoogd met het gepresenteerd) **bezwaarlijk om anders te verstaan?**
 - Is de raadsman aanwezig? Dan wordt een relaas van de verdachte minder snel gezien als een verweer als de raadsman er niet zelf mee komt. Aan een verweer van de raadsman worden hogere eisen gesteld en daarom moet het verweer afdoende onderbouwd zijn.
 - **NJ 06/85**: Raadsman vraagt Hof rekening te houden met omstandigheden van het geval. Verdachte leek in zijn verklaring een beroep te doen op noodweer. Hof niet gerespondeerd op een noodweer verweer. HR: **Kennelijk niet opgevat als een verweer, niet onbegrijpelijk aangezien bijgestaan door raadsman die daarop geen beroep deed.**
 - **HR 07/146**: Verdachte leek een verweer aan te voeren maar niet expliciet aangedragen door raadsman. Niet op gerespondeerd door rechters. HR: **Kennelijk niet opgevat als een verweer, niet onbegrijpelijk aangezien bijgestaan door raadsman die daarop geen beroep deed.**
 - **NJ 07/135**: Verdachte gaf aan dat door pistool gedwongen was om iemand te verkrachten. Raadsman stelde tevens dat hij gedwongen was. HR: **Het is bezwaarlijk om anders te verstaan dan psychische overmacht. Had op gerespondeerd moeten worden.**
 - **Er hoeft alleen op een verweer gereageerd te worden als in strijd met het gevoerde verweer wordt beslist.**
 - Wijze van verwerpen. Het kan gaan om een:

- i. **Feitelijke verwerping:** Aangevoerde feiten en omstandigheden zijn niet aannemelijk geworden. HR toetst alleen op de begrijpelijkheid (de door de rechter vastgestelde feiten ondersteunen de verwerping en is toereikend) en houdbaarheid.
- ii. **Juridische verwerping:** Feiten en omstandigheden kunnen niet leiden tot het aangegeven juridisch gevolg. Wordt vol getoetst door de HR omdat het gaat om de rechtsopvatting van het Hof.
 ⇒ Dit is logisch want HR is in principe geen feitenrechter; kijkt alleen naar de juridische juistheid van een oordeel.

NK 1972/32: Een gemengde verwerping is mogelijk, maar je moet dan nog goed aangeven wat je feitelijk en wat je juridisch verwerpt.

- Eindspraken: Wat voor bewijsgraad wordt vereist? Hierbij kijken we naar (1) de aannemelijkheid van het bewijs (2) wat ter zitting aan de orde is geweest. De rechter moet in zijn vonnis de feiten en omstandigheden vermelden waarop hij zijn beslissing baseert. Of dit toereikend is, hangt af van het recht of de rechtsopvatting. Die opvatting kan gebrekkig zijn of gebrekkig ogen. Beter is dus om de toepasselijke criteria volledig te vermelden.
- Art. 359 lid 2 2^e volzin Sv verweren (uitdrukkelijk onderbouwd standpunt).
 - Art. 358 lid 3 Sv geldt niet voor het OM; met art. 359 lid 2 2^e zin Sv daarom nu mogelijkheid voor het OM om verweer te voeren.
 - **Onderbouwd standpunt en responsieplicht:** Vereist is dat het standpunt (1) duidelijk, (2) door argumenten geschraagd, (3) en voorzien van een ondubbelzinnige conclusie (4) ten overstaan van een feitenrechter naar voren is gebracht.
 - **Pakezel:** Het uitdrukkelijk gemotiveerde verweer dat de verdachte is gebruikt als pakezel om de drugs te smokkelen en daarom in aanmerking komt voor een lagere straf is een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt waarop het hof ten onrechte niet heeft gerepondeerd.
2. Bewijsvraag. Beslissing dat het feit door de verdachte is begaan moet steunen op de inhoud van de in het vonnis opgenomen bewijsmiddelen, houdende daartoe redengevende feiten en omstandigheden (art. 359 lid 3 Sv). Gebezigde bewijsmiddelen refereert of de vraag naar kwaliteit bewijsmiddelen: wettig, redengevend, bewijsminima en of het toereikend is.
 - a. Werkbesparingswijzen:
 - i. **Verkort vonnis** waarin geen bewijsmiddelen of opgave daarvan zijn opgenomen (art. 138b Sv). Bij hoger beroep opgave van motivering (art. 365a Sv). Maakt het wel moeilijker om de mogelijkheid tot hoger beroep te bepalen.
 1. **Zoon/Nederland:** EHRM: Verkort vonnis in de vorm van een kop-staart vonnis (ontbreken bewijsmiddelen) is niet i.s.m. art. 6 EVRM. Bewijs zat in procesdossier en was op zitting aan de orde geweest. Daarnaast kreeg eiser in hoger beroep een nieuwe behandeling. Hij was daarom afdoende in staat geweest om zijn kansen in hoger beroep in te schatten.

2. Mogen alleen al aangevoerde bewijsmiddelen in staan en niet nieuwe. Rechter mag wel reageren op verweren (*Onderbouwd standpunt en responsieplicht*).
- ii. Volstaan met **opgave van de bewijsmiddelen** bij een bekende verdachte, tenzij de verdachte later anders heeft verklaard/verklaring heeft ingetrokken of de raadsman vrijspraak bepleit (art. 359 lid 3 2^e zin Sv). Niet alleen betekenissen ter zitting maar ook in het voorbereidend onderzoek. Van een bekentenis is sprake als de verdachte het feit **duidelijk en ondubbelzinnig heeft bekend**.
 - iii. **Mondelinge vonnissen** (art. 378/395 Sv). Vonnis wordt dan in beginsel in het proces verbaal aangetekend. Voor de inhoud van het bewijs kan verwezen worden naar het proces-verbaal van de terechtzitting en andere processtukken.
- b. De rechter is vrij in de selectie van bewijsmiddelen. Deze selectie hoeft niet te worden onderbouwd, m.u.v. de gevallen in art. 360 Sv.
 - c. Bewijsverweren:
 - i. **Meer & Vaart**: Niet in strijd met bewijsmiddelen, maar wel in strijd met bewezenverklaring (**andere uitleg geven aan bewijsmiddelen**). Gaat om de vraag of er sprake is van toereikend bewijs. Hoe plausibeler de tweede uitleg, hoe hoger de eisen die aan de weerlegging worden gesteld. Valt nu onder art. 359 lid 2 2^e zin Sv maar de **stelplicht-zwaarte** (dus lichter) van art. 358 lid 3 Sv is gebleven.
 1. **Straatroof of geintje**: Uitleg die verdachte gaf aan feiten (wilden hem alleen bang maken en niet overvallen) was niet strijdig met de bewijsmiddelen. HR: Uit de verklaringen van verdachten blijkt dat zij niet het oogmerk hadden om het slachtoffer te beroven maar louter om hem bang te maken. Het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening kan daarmee niet bewezen worden.
 - ii. **Dakdekker**: Gaat om de uitleg van een begrip in/besloten in de **tenlastelegging**, dus eigenlijk een kwalificatieverweer. Valt onder art. 359 lid 2 2^e zin Sv maar **stelplicht zwaarte** (dus lichter) van art. 358 lid 3 Sv is gebleven.
 1. **Jagen**: Bij de rechtbank is het verweer gevoerd dat het feit dat de verdachte aan het jagen was met een loslopende jachthond welke een levende eend rapporteerde, niet als jagen in de zin van de Jachtwet kan worden gezien. HR: De rechtbank had op het verweer moeten reageren omdat het niet louter van feitelijke aard is maar ziet op de kwalificatie van het feit als een delict in de zin van de Jachtwet. Daarmee is sprake van een art. 359 lid 2 Sv verweer en nu de verwerping hiervan niet nader is gemotiveerd geldt een schending van de daaraan verbonden motiveringsplicht.
 2. Deze lagere motiveringsplicht komt voort uit het feit dat art. 359 lid 2 2^e zin Sv voor 2005 niet bestond. De HR stopte bewijs- en sanctieverweren onder de algemene motiveringsplicht van de rechter en dan moest worden voldaan aan de eisen van art.

358 lid 3 Sv. Deze lijn heeft ze voor de Meer & Vaart en Dakdekkersverweren doorgezet.

- iii. Onrechtmatig verkregen bewijs: Nuanceert de vrije selectie en waardering bewijsmiddelen. Dit is gebaseerd op art. 359a Sv (Loze Hashpijp). Lijkt op een UOS, maar moet worden beoordeeld a.d.h.v. de eisen van art. 359a Sv.
- iv. Betrouwbaarheidsverweren. Dit valt na 2005 onder de algemene motiveringsplicht mits sprake is van een UOS. Over het algemeen is sprake van een UOS.

3. Sanctievraag.

a. Straftheorieën:

- i. **Absolute theorieën:** Vergelding voor een strafbaar feit. Proportionaliteit staat centraal (oog om oog, maar ook niet meer of minder dan dat). Het loopt nogal uiteen wat de rol van schuld zou zijn.
- ii. **Relatieve theorieën:** Kijkt naar het nut van de straf; generale en speciale preventie. Niet straffen omdat er onrecht is gepleegd maar omdat er geen onrecht meer wordt gepleegd. Ook hier is het onduidelijk wat de rol van schuld zou moeten zijn. Proportionaliteit speelt amper een rol.
- iii. **Verengingstheorieën:** Absolute en relatieve theorieën worden samengevoegd.

⇒ In Nederland wordt niet één van de theorieën aangehangen.

BESLISSEN

358 lid 1 (formele EU)
358 lid 2 (mat. punten)
358 lid 3 (358-3 verweer)

strafmotivering →

MOTIVEREN

358 lid 4 (sanctie; wetsartt.)

359 lid 2 (1. alg. + 2. UOS)

359 lid 3 (bewijs)

359 lid 4 (sanctie; 9a/44a Sr)

359 lid 5 (sanctie; alg.)

359 lid 6 (sanctie; vrijheid)

359 lid 7 (sanctie; TBS)

- Art. 358 lid 4 Sv: Opnoemen wettelijke voorschriften voor zover deze een onmiddellijke grondslag vormen voor de veroordeling. Verzuim? HR kan zelf herstellen (art. 441 Sv). Niet aan inhoudelijke voorwaarden voldaan? Dit is een art. 359 lid 2 1^e zin Sv kwestie.
- Art. 359 lid 2 1^e zin Sv: Algemene motiveringsplicht voor alle beslissingen, dus ook de straftoemeting.
- Art. 359 lid (2 en) 5 Sv: Algemene sanctiemotiveringsplicht. Over het algemeen: 'na te noemen straf is in overeenstemming met feiten, omstandigheden, verdachte etc.'
 - **Goldflake:** Motivering van de straf (zoals hiervoor) was niet in evenwicht met de zwaarte van de straf. HR gebruikt verbazingscriterium: vereist motivering uitleg? Dan niet afdoende.

- NB! Bij de strafmotivering mag geen acht worden geslagen op stukken die ter zitting niet aan de orde zijn geweest (**art. 301 lid 4 Sv**); de rechter mag dit dan ook niet meenemen.
- b. **Huidige strafmotivering:** De rechter heeft veel vrijheid m.b.t. de motivering van diens straf. Dat is alleen anders indien de motivering verbazing opwekt of als ter zake van de strafmaat door de verdediging uitgebreid verweer is gevoerd.
 - i. De HR toetst enerzijds of de feitenrechter is **uitgegaan van de juiste rechtsopvatting**. De rechtsopvatting is dat de feitenrechter grote vrijheid heeft en daarom niet te snel uitgaan van een fout.
 - 1. T.a.v. de **normatieve uitgangspunten** die zijn geformuleerd. Voor gebruik van deze uitgangspunten geen uitleg nodig. Deze gebruiken of hiervan afwijken is niet problematisch; ze worden ook niet gezien als recht in de zin van art. 79 RO. Feitenrechter hoeft dit ook niet nader toe te lichten.
 - 2. T.a.v. de **wegingsfactoren**. Rechter mag door de grondslagleer niet afwijken van de tenlastelegging, dus bijv. niet bij tenlastegelegde doodslag hogere straf dan het maximum opleggen omdat hij moord bewezen acht. Hij mag wel rekening houden met de factoren die ter zitting aan de orde komen en binnen dit maximum zwaarder straffen. Rechter mag rekening houden met een strafverzwarende omstandigheden indien dit ter zitting aan de orde is geweest en als hij zich houdt aan het strafmaximum van het tenlastegelegde feit.
 - a. **EBI**: Rechter had rekening gehouden met een strafverzwarende omstandigheid bij hetzelfde feit die niet ten laste was gelegd. HR: Hier mag de rechter rekening mee houden als het **ter terechtzitting aan de orde is geweest** en als ie zich **houdt aan het ten laste gelegde en bewezenverklarde feit**.
 - ii. Anderzijds wordt getoetst of het vonnis **begrijpelijk** is:
 - 1. Rechter mag de redelijke verwachting dat de verdachte in de toekomst strafbare feiten zal plegen meewegen, maar dit oordeel moet **worden ondersteund door vastgestelde feiten**, d.w.z. dit moet ter zitting aan de orde zijn geweest.
 - a. **NJ 1988/320**: Weigerende militair. Onvoorwaardelijke straf opgelegd vanwege toekomstverwachting dat hij zal blijven weigeren. HR: Was redelijkerwijze te verwachten want t.t.z. aan de orde geweest.
 - b. **NJ 2007/630**: Hof had o.a. gestraft omdat zij recidive niet onwaarschijnlijk achtte. Was echter niet ter sprake gekomen noch volgde zo'n vermoeden uit de bewijsmiddelen. Daarom niet ok.
 - c. **Vrijheid feitenrechter**: Enerzijds staat geen rechtsregel eraan in de weg dat de rechter bij de strafoplegging rekening houdt met de wijze van ten uitvoer leggen, anderzijds is er ook geen rechtsregel die dat

voorschrijft. Keuze van de feiten die voor strafoplegging van belang zijn, is voorbehouden aan de feitenrechter terwijl die keus geen motivering behoeft.

2. Het moet **'redelijkerwijze te verwachten zijn'** dat de verdachte **in de toekomst strafbare feiten zal plegen**; de rechter mag rekening houden met redelijke verwachtingen over de verdachte maar deze omstandigheden moeten ter terechtzitting ter sprake zijn gebracht (zie bijv. ook art. 301 lid 4 Sv). De begrijpelijkheid is eventueel afhankelijk van de gevoerde verweren.
- iii. Er zijn wel grenzen aan de vrijheid van de feitenrechter:
 1. Als een eerdere veroordeling niet onherroepelijk is, mag deze niet worden meegewogen.
 2. Bij ad-informandum feiten mag de verdachte erop vertrouwen dat hij hier later niet weer mee wordt geconfronteerd.
 - a. *Ad informandum*: Mag gevoegd worden als:
 - i. Verdachte verschijnt, bekend t.t.z., is daarmee aannemelijk dat ie het heeft gedaan en aannemelijk dat OM niet gaat vervolgen.
 - ii. Verdachte is niet verschenen, heeft eerder bekend, kennisgeving gegeven, aannemelijk dat ie het heeft gedaan, aannemelijk dat OM later niet gaat vervolgen.
- c. Ambtshalve motiveringsplicht vrijheidsbenemende maatregelen (art. 359 lid 6 Sv). De standaard riedel volstaat in de regel (maar niet die van lid 2 en 5, wel koppeling maken met vrijheidsbenemende maatregel).
 - i. Soms meer ambtshalve motivering (art. 359 lid 6 Sv) nodig o.g.v. omstandigheden, bijv. n.a.v. verweer of hogere strafoplegging in hoger beroep (**Blind in gevangenis**: Verweer gevoerd t.a.v. feit dat verdachte blind was, hoe moest dit in de gevangenis? Genegeerd door de rechter. HR: Nadere motivering nodig).
 - ii. Soms niet in strijd met art. 359 lid 6 Sv maar in strijd met art. 359 lid 2 2^e zin Sv vanwege UOS.

NB! Gegevens waarop in de strafmotivering een beroep wordt gedaan, dienen ter terechtzitting ter sprake zijn gebracht (art. 350 jo. 301 lid 4 Sv).