



## Sava strafrechtmetmate verbakel

Casus en Vaardigheden 3 (Maastricht University)



Scan to open on Studeersnel

## **Strafrecht met mate**

**N. Jörg & C. Kelk, (Uitgeverij Kluwer B.V., 2001)**

**Samenvatting door A.M.I. Verbakel**

### **Hoofdstuk 1. Karakter en plaats van het strafrecht.**

#### **1. Mensen straffen elkaar.**

**Materieel strafrecht:** het geheel van rechtsvoorschriften dat aangeeft voor welke gedragingen welke straf moet worden toegepast en waaruit die straf dient te bestaan.

**Formeel strafrecht** (strafprocesrecht): het geheel van voorschriften dat aangeeft hoe het strafrecht op de concrete feiten moet worden toegepast.

#### **2. Huidige opvattingen over strafrecht in Nederland.**

##### **2.1. Benaderingen van systeem en individu.**

Strafrecht en de problemen van een veranderende moraal. Neutrale, open termen staan vaak in de wet waarbij de gerechtelijke autoriteiten dan de reikwijdte van zo'n tekst bepalen door een waardeoordeel te vellen.

Tevens vragen over de fundering van strafrecht en het karakter van straf (reparatief, restitutief, punitief).

Kern van het strafrecht: richt zich op de gedragingen van individuen en is op een ingrijpende en negatieve wijze betrokken op het spanningsveld dat wordt gevormd door de eisen van individuele vrijheid, maatschappelijke orde en recht. Ten aanzien van de betekenis van het strafrecht in dit spanningsveld, moet er een onderscheid gemaakt worden in de volgende benaderingswijzen:

- **van de kant van het strafrechtelijk systeem als zodanig: de misdaadbestrijdende functie.**

- **van de kant van het individu: de individu beschermende functie.**

Strafrecht en de praktijk van strafrechtspleging zijn niet los te denken van maatschappelijke verhoudingen, zorg van burgers onderling en politieke structuren. De verschillende invalshoeken in het strafrechtelijk denken:

1. de relatie recht - maatschappij staat voorop.
2. de relatie individu - recht staat voorop
3. de relatie maatschappij - individu staat voorop.

##### **2.2. Het primaat van de wet.**

**Legistische zienswijze:** de rechter dient de wet zo strikt mogelijk naar de letter te interpreteren. Waar hem beleidsvrijheid is toegestaan dient hij zich zoveel mogelijk te informeren over de maatschappelijke, psychologische etc. effecten van zijn beslissingen om verantwoord en doelmatig te kunnen beslissen. Het individu moet aan de wet gehoorzamen, veranderingen zijn pas toegestaan na wetswijzigingen. Het strafrecht oefent een ordenende functie uit. Systeembenadering.

##### **2.3. De individuele rechtspositie centraal gesteld.**

Het strafrecht heeft een individubeschermdende functie. Omdat de overheid machtig is, moet het individu optimaal gerespecteerd worden in zijn hoedanigheid als rechtssubject. Het recht dient ter versterking van de rechtspositie van het individu. Het strafrecht geeft aan hoe oplossingen gezocht moeten worden maar geeft zelf niet

de oplossing. Specifiek juridische taak: het bewaken van op tegenspraak ingestelde procedures (contradictoire procedures) opdat alle relevante feiten en argumenten in een werkelijke discussie gehoord kunnen worden (dus niet alleen maar hoor en wederhoor). Deze benadering is verbonden met de hoogleraar A.A.G. Peters en de Utrechtse School die aandacht vroeg voor de mens achter de delinquent.

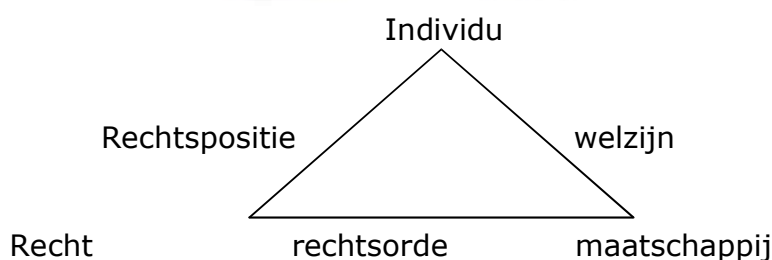
#### 2.4. Algemeen en individueel welzijn.

De zienswijze waarbij de relatie maatschappij – individu centraal staat kent elementen van de systeembenadering en de individu-benadering. Doeleinden: conflictoplossing en gedragsbeïnvloeding. Conflictbeheersing moet primair worden overgelaten aan maatschappelijke instellingen en welzijnsorganen. Waar dit niet mogelijk is, moet er een oplossing gezocht worden in een zo vroeg mogelijke fase van de strafrechtspleging. Bij een eventuele veroordeling moet gekozen worden voor de minst schadelijke sanctie voor het individu (zo min mogelijk vrijheidsstraffen). Er is hier sprake van een **maatschappelijke stroomlijning van het strafrechtelijk apparaat**:

1. Het wordt zo min mogelijk toegepast waar andere wegen zinvoller geacht worden.
2. De schade die voortvloeit uit toepassing wordt geminimaliseerd in het belang van het individueel welzijn.
3. De positieve effecten ervan worden gemaximaliseerd: gedragsbeïnvloeding, conflictoplossing en andersoortige sancties.

Ook het **decriminaliseren** van de maatschappij behoort tot de wetgevende arbeid, vooral bij normen die niet meer of minder sterk leven zoals bordeelbezoek of hasjgebruik. **Depenalisering**: strafrechtelijke handhaving van bepaalde normen door civiele of bestuursrechtelijke handhaving. Hierbij is de bestuurskracht van het lokale bestuur echter vaak een punt van zorg (zie vuurwerkramp Enschede, brand in café in Volendam).

#### 2.5. Schematische samenvatting.



Samengevat: de 1<sup>e</sup> visie betreft het strafrecht van de autoriteiten (gehoorzaamheid van autoriteiten aan de wet en van de burger aan autoriteiten), de 2<sup>e</sup> visie betreft het strafrecht van de advocatuur (juridische argumentatie tbv het individu) en in de 3<sup>e</sup> visie gaat het om het strafrecht van de gedragskundige en de hulpverlener (conflictoplossing en gedragsbeïnvloeding).

#### 2.6. De optiek van dit boek.

Een aantal gedachten van de schrijvers waarop zij dit boek baseerden (4).

1. Tot op zekere hoogte moet er strafrecht zijn; het moet echter niet statisch zijn en

er moet ruimte zijn voor ontwikkelingen.

2. Schrijvers hebben hun bedenkingen bij een aantal vernieuwingen in de strafrechtspleging (decriminalisering en depenalisering), vanwege de effectiviteit daarvan maar ook omdat bijv. de rechtspositie van de veroordeelde daar niet altijd door verbetert (patiënten in een psychiatrisch ziekenhuis). Bovendien is de controle op hulpverleners niet altijd eenvoudig.

3. Auteurs zetten hun vraagtekens bij instrumentele wetgeving (het dragen van een helm). Ook stellen zij dat in het groeiend orderingsstrafrecht vaak de hand wordt gelicht met verschillende strafrechtelijke beginselen. Dit omwille van de functionaliteit en doelmatigheid. Zij signaleren een toename van het bestuurs(straf)recht in gevallen waar geen vrijheidsbenemende sanctie in het geding is.

4. Om de rechtskwaliteit van de strafrechtspleging te waarborgen, dient er in het strafrecht zelf een normerende en remmende functie te liggen tav de uitoefening van overheidsbevoegdheden. In dit boek zal de antithese tussen criminaliteitsbestrijdende en individubescherpende functies meerdere malen aan de orde komen.

### **3. De rol van overheid en individu bij de strafrechtspleging.**

#### **3.1. Strafrecht = publiekrecht.**

Een aantal maatstaven waaruit dit zonder meer blijkt:

1. de aard van het belang. Het strikte onderscheid tussen belangen van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke aard gaat echter niet op qua strafrecht.
2. De maatstaf van wijze van handhaving; de overheid houdt toezicht.
3. De maatstaf van de gezagsrelatie; overheidsorgaan staat tegenover de burger.
4. De maatstaf van de onderschikking (publiekrecht) dan wel nevenschikking (privaatrecht) van onderdanen c.q. burgers.

#### **3.2. Wie bij de strafrechtspleging een rol spelen (8).**

Strafrecht concretiseert zich in de strafrechtspleging via de fasen opsporing, vervolging en berechting van strafbare feiten. Hierbij zijn de volgende personen/organen betrokken:

1. **Opsporingsambtenaren:** politie en hulpofficieren van justitie. Hebben een justitiële taak = het opsporen van strafbare feiten en een preventieve politietaak = de zorg voor orde, rust en veiligheid (onder gezag van burgemeester, CdK en minister van BiZa). Qua justitiële politietaak staan zij onder supervisie van:

2. **Leden van het Openbaar Ministerie:** Officieren van Justitie (openbare aanklagers) die geaccrediteerd zijn bij gerechten in feitelijke aanleg. OM wordt bestuurd door College van Procureurs Generaal en ressorteert onder de minister van Justitie. Rechter = lid van de zittende magistratuur. OM = staande magistratuur.

##### **Organisatie OM:**

Bij kantongerecht en arrondissementsrechtbank: officieren en substituut officieren van Justitie.

Bij het gerechtshof: advocaten-generaal van wie er 1 als hoofdadvoaat-generaal de leiding van het ressortsparket heeft.

**Taak OM:** strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, o.a. door strafbare feiten te vervolgen. Vervolging begint met dagvaarden, vorderen van gerechtelijk vooronderzoek en vorderen van voorlopige hechtenis.

OM heeft geen vervolgingsplicht: in NL heerst het **opportuiniteitsprincipe**, de OvJ is

dominus litus, heer en meester. Vervolgingsplicht bestaat in landen die het **legaliteitsprincipe** hebben. Ook de rechter kan beslissen tot niet-vervolgen. In dat geval wordt de OvJ niet-ontvankelijk verklaard door rechter.

3. **Raadsman**: komt op voor de juridische belangen van de verdachte in een zo vroeg mogelijk stadium, nl. reeds in de opsporingsfase en niet alleen in de vervolgingsfase.

4. **De reclasseringsfunctionaris**: wordt ingeschakeld vanaf de inverzekeringstelling tot ver na de veroordeling.

5. **De rechter**; lid van de onafhankelijke rechterlijke macht. Rechter-commissaris, raadkamer (1-3 rechters), enkelvoudige en meervoudige kamer. Kantongerechten, 19 arrondissementsrechtbanken, 5 gerechtshoven en de Hoge Raad der Nederlanden in den Haag. De eerste drie worden **feitenrechters** genoemd, de HR beoordeelt of recht goed op feiten is toegepast. Het Parket = onafhankelijk gedeelte van de HR, is belast met de wetenschappelijke advisering van de HR. De rechter is onafhankelijk, wordt voor het leven benoemd door de Kroon (Wet RO), rechtspositie is geregeld bij de wet (art. 117 GW = grondwet). Er bestaat geen hiërarchische verhouding tussen verschillende rechters/colleges maar lagere rechters zijn geneigd zich naar hogere te richten.

In ons systeem staan rechter en OM dicht bij elkaar. Ieder strafprocesstelsel is te plaatsen op een lijn tussen 2 verschillende procestypen:

a. **accusatoir**: rechter is lijdelijk, gaat niet zelf op zoek naar de materiele waarheid, oordeel uitsluitend over de hem voorgelegde feiten.

b. **inquisitoir**: rechter is actief op zoek naar materiële waarheid.

NL is gematigd inquisitoir in het vooronderzoek en gematigd accusatoir in het eindonderzoek.

6. **De griffier**: tekent al wat voorvalt en besproken wordt op in een proces-verbaal.

7. **Particulier**: kan aangifte doen van een begaan strafbaar feit. Bij klachtdelicten kan slachtoffer of diens vertegenwoordiger ook een klacht indienen. Particulieren kunnen ook optreden als getuige of getuige-deskundige.

8. **Het Ministerie van Justitie**: tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen, houdt gedeelte van het apparaat van rechtspleging in stand zoals reclassering, gevangenis, rechterlijke macht en klinieken voor TBS. Beheer over politie ligt bij BiZa.

#### **4. Ontwikkelingen in strafrecht en criminologie, p. 25-45, zeer kort samengevat!**

##### **4.1. Voorgeschiedenis.**

18<sup>e</sup> eeuw: behoefte aan rechtszekerheid en rechtseenheid, moest gestalte krijgen via codificatie. Na het natuurrecht komt nu de menselijke rede op als bron van het recht.

##### **4.2. De klassieke school.**

Codificatie en strafrechtsvernieuwing in het teken van Vrijheid, Gelijkheid en Broederschap. De ideologie van de Verlichting.

Vrijheid: belangrijke waarborg voor de bescherming van de burger tegen de overheid

werd gezien in het **legaliteitsprincipe**. Nullum delictum, nulla poena.

Legaliteitsprincipe past in de leer van de scheiding der machten van Montesquieu. In ons recht zijn er een aantal artikelen die aan dit vrijheidsstreven beantwoorden, nl. art. 45 WvS (strafbare poging kan niet alleen bestaan uit een verkeerde gezindheid van de dader, er moet daadwerkelijk een begin gemaakt zijn met de uitvoering van een delict) en art. 68 WvS (iemand kan niet 2 keer vervolgd worden voor hetzelfde delict).

Gelijkheid: weg met het standsverschil. Mensen moet gestraft worden op basis van hun daden, niet om wie ze zijn. Uitwendige omstandigheden versus innerlijke gesteldheid des daders.

Broederschap: humaniteit staat voorop, grondrechten voor burgers.

#### 4.3. De nieuwe richting.

19<sup>e</sup> eeuw. Aandacht voor de persoon van de delinquent en de oorzaken van criminaliteit, opkomst van de criminologie. De antropologische school en de leer van de geboren misdadiger waarbij er een duidelijke link is tussen fysieke kenmerken en psychische processen (Lombroso e.d.). Hier kwam weer kritiek op, o.a. Manouvrier en Lacassagne beweren dat criminaliteit ontstaat door imitatie en dat dus het sociaal milieu van belang is.

Overblijfselen: Kinderwetten, Psychopatenwetten, Voorwaardelijke Invrijheidsstelling.

#### 4.4. De autoritaire richting.

20<sup>e</sup> eeuw. Gemeenschapsbelang domineert; criminaliteit moet verminderd worden door repressie en afschrikking. Restanten: de Wet op de bewaring van Beroeps – en Gewoontemisdadigers (maakt het mogelijk om criminelen na afloop van detentie nog 5-10 jaar gevangen te kunnen houden).

#### 4.5. Implicaties van de nullum delictum, nulla poena regel.

Belangrijkste dictaten van het legaliteitsbeginsel die ons hedendaags strafrecht beheersen zijn de volgende:

1. **De legaliteitseis** schakelt de gewoonte uit als directe bron van strafbare feiten.
2. **Lex certa**: de formulering van strafbare feiten moet duidelijk zijn zodat de afgrenzing van de strafbaarheid helder is. Dit ter wille van de rechtszekerheid.
3. **Verbod van analogie**: indien de wetgever een bepaald onderdeel niet heeft geregeld, mag er uit een wetsartikel dat van toepassing is op een vergelijkbaar geval, geen algemene grondregel worden afgeleid die toegepast kan worden op betreffend geval. *Extensieve interpretatie* – dat hetzelfde gevolg heeft – mag echter wel. Hierbij gaat de rechter er vanuit dat de wetgever iets wel geregeld heeft, ook al is dit uit de bewoordingen der wet niet meteen op te maken. Genoemde interpretatiemethoden kunnen zowel een extensieve als een restrictieve werking hebben t.a.v. de strafbaarheid, p. 35.
4. Strafbepalingen mogen **geen terugwerkende kracht** hebben. Uitzondering art. 1 lid 2 WvS: bij verandering in de wetgeving na het tijdstip waarop het feit begaan is, worden de voor de verdachte gunstigste bepalingen toegepast. In de jurisprudentie wordt hierbij een onderscheid gemaakt tussen wetsveranderingen die het gevolg zijn van een *gewijzigde rechtsverhouding* en wetswijzigingen waaraan *veranderde feitelijke omstandigheden* ten grondslag liggen.



#### 4.6. Het criminologisch onderzoek in NL.

Bonger, Clara Wichmann en de Utrechtse School. Buikhuisen en Jongman. Criminaliteit en sociologie; de invloed van de sociaal-economische klasse. Opkomst van de sociologie. Etiketteren en stigmatiseren met als gevolg de self fulfilling prophecy. Sociale rechtvaardigheid en machtsposities. P. 38 – 44.

### 5. De strafwet; normen en sancties.

#### 5.1. De tweeledigheid der strafbepalingen.

Misdrijven (rechtsdelicten) versus overtredingen (wetsdelicten).

**Rechtsdelicten:** ongewenst gedrag = gedrag dat afwijkt van een materiele norm, van een algemene opvatting omtrent wenselijk gedrag. Wordt ook wederrechtelijk gedrag genoemd. De norm komt in principe uit de samenleving zelf en wordt vervolgens door de strafwetgever bevestigd: diefstal, art. 310 WvS als uitvloeisel van de bijbelse norm "gij zult niet stelen".

Wetsdelicten: met een overtreding wordt gedrag dat niet in het geheel van maatschappelijke spelregels pas, strafbaar gesteld (verkeersregels bijv.). Tussen het onderscheid tussen misdrijf en overtreding vinden steeds verschuivingen plaats.

Van al het wederrechtelijk gedrag is slechts een klein gedeelte strafbaar; er zijn ook andere negatieve sancties mogelijk om ongewenst gedrag aan te pakken; schadevergoeding, bestuursdwang, dwangsom bijv. **De sanctienorm**, de maatstaf voor rechterlijke straftoemeting, wordt in iedere strafbepaling als nieuw aangetroffen. Norm bestaat altijd uit een maximum - ..ten hoogste 4 jaar gevangenisstraf.... (voorbeeld). Wetboek kent bijzondere maxima en algemene minima.

En strafbepaling bestaat altijd uit:

1. Een **delictomschrijving** (schending van een materiele norm). Voorbeeld: art. 287 WvS; hij die een ander opzettelijk van het leven berooft.
2. Een **sanctienorm**: voorbeeld: ....wordt gestraft met..

Strafrecht wordt vaak sanctierecht ipv normenrecht genoemd omdat de strafbepalingen zeggen in welke mate een sanctie opgelegd mag worden bij een gegeven normschending.

#### 5.2. Tuchtrect.

Twee typen van tuchtrect:

1. Betreft categorieën mensen die elkaars gelijken zijn, een gemeenschappelijk doel nastreven en die een duidelijke morele, ethische en vakinhoudelijke beroepsopvatting hebben (medisch tuchtrect, tuchtrect voor advocaten). Zaken kunnen ook worden geïnitieerd door personen buiten de beroepsgroep (klachtrect).
2. Betreft categorieën mensen die onvrijwillig in een dwanginstelling of dwangsituatie verblijven (gedetineerden, dienstplichtigen). Tuchtorganen beslissen.

## **Hoofdstuk 2. Enige indelingen van strafbare feiten.**

### **1. Juridisch technische indelingen.**

#### **1.1. Wetten in formele en materiele zin.**

Wetten in materiele zin: algemene de burgers bindende regels, afkomstig van een bevoegd orgaan. Algemene maatregelen van Bestuur, provinciale verordeningen, gemeentelijke verordeningen, keuren.

Wetten in formele zin: zijn tevens wetten in materiele zin. Wetboek van Strafrecht, WvS, Wetboek van Militair Strafrecht.

#### **1.2. Misdrijven – overtredingen.**

Een kwalitatief onderscheid is moeilijk aan te geven, kwantitatief onderscheid is wel mogelijk; is een rechtsbelang van veel of geringe importantie, is rechtsbelang ernstig of licht geschonden.

De nationale wetgever kan zowel misdrijven als overtredingen scheppen, lagere wetgevers alleen overtredingen. In het WvS staan in het 2<sup>e</sup> boek alleen maar misdrijven en in het 3<sup>e</sup> boek alleen overtredingen. In andere wetten geldt andere systematiek; wetten kunnen direct of indirect aanwijzen of iets een misdrijf of een overtreding is.

#### **1.3. Algemeen deel van het WvS.**

P. 55 geeft de indeling van het WvS. Het algemeen gedeelte is echter niet zomaar een praktische oplossing van wetgevingstechniek: het is een uitvloeisel van het legaliteitsbeginsel en moet voorkomen dat de bestraffing van delicten willekeurig geschiedt. Het geeft aan waar strafbaarheid begint en eindigt.

#### **1.4. Competentie.**

Kantonrechter: overtredingen, m.u.v. economische overtredingen.

Rechtbank: misdrijven.

Absolute competentie: welk gerecht is bevoegd tav welk strafbaar feit.

Relatieve bevoegdheid: territoriaal vraagstuk, waar.

In artikelen 2 en 3 Sv wordt limitatief opgesomd welke rechtbanken en kantongerechten bevoegd zijn.

#### **1.5. Opzet - Dolus.**

Opzet; een willens en wetens handelen of nalaten. De gedraging komt voort uit een wilsbesluit. Bij ongewild of ongeweten handelen kan geen opzet verweten worden. Wel kan men het de dader soms aanrekenen dat hij iets had moeten weten. Dan is er sprake van **culpa** = schuld. Een onderscheid valt niet altijd gemakkelijk te maken. Om dit te ondervangen gaat men daarom uit van een normatief opzetbegrip: de werkelijke intenties van de dader worden gedeeltelijk buiten beschouwing gelaten en vervangen door de intenties van de gedraging zelf ( met een auto op volle snelheid inrijden op een agent die een stopteken geeft).

#### **1.6. Doleuze/culpoze delicten.**

In overtredingen wordt zelden opzet of schuld in de omschrijving aangetroffen (behalve bij aanhitsing, art. 425 lid 1 WvS bijv.). Misdrijven uit het WvS bevatten echter altijd of opzet of schuld in de omschrijving; soms aangegeven door de woorden



zelf, soms af te leiden uit de gebruikte werkwoorden. Tegen doleuze misdrijven wordt nooit hechtenisstraf bedreigd. Culpoze misdrijven kunnen als strafbedreiging hechtenisstraf, gevangenisstraf en geldboete.

### **1.7. Straffeloosheid van poging, voorbereiding en medeplichtigheid bij overtredingen.**

Zie bovenstaand. Dit vanwege de geringe betekenis van deze delicten in poging, voorbereiding en medeplichtigheidsvorm.

## **2. Indeling naar criminaliteitsvorm: enkele groepen strafbare feiten.** **In het WvS: 1 t/m 5.**

1. **Politieke delicten:** delicten waarbij de formele organisatie van de staat of de personen die de staat vertegenwoordigen wordt aangetast of in gevaar gebracht. Ook een 'gewoon' strafbaar feit kan worden gebruikt als instrument voor politieke doeleinden (gijzeling). Relatief politieke delicten: commune delicten die onder omstandigheden politiek van aard zijn (van belang bij de evt. uitlevering van (politieke) delinquenten. Politieke delinquenten worden niet uitgeleverd vanwege de neutraliteit van de staat t.o.v. conflicten in het buitenland, het recht van verzet en de overweging dat politieke tegenstanders in hun eigen land minder kans hebben op een eerlijk proces. Ontwikkeling in Uitleveringsverdragen: weigeringsgrond voor politiek delict wordt steeds verder ingesnoerd, vertrouwend op het respecteren van de mensenrechten in andere landen.

2. **Zedendelicten:** in de seksuele delicten komt de veranderende moraal en cultuur van de maatschappij goed tot uitdrukking. Bijv. verkrachting binnen het huwelijk.

3. **Levens- en geweldsdelicten:** titels 19, 20 en 21 WvS. Misdrijven tegen lijf en leven. Kernartikel van titel 19 is art. 287, doodslag. Alle andere artikelen zijn variaties op hetzelfde thema. Kernartikel van titel 20: mishandeling. Titel 21 stelt strafbaar wat niet in de twee voorgaande titels werd ondervangen omdat niet opzettelijk maar (grof) onachtzaam is gehandeld. Geweldsdelicten zijn vaak vermengd met andere delicten (vermogensdelicten bijv, bij gewapende bankroof).

4. **Vermogensdelicten.** Grondvormen: diefstal, afpersing, verduistering en oplichting. Voor de vraag diefstal of verduistering is houderschap bepalend. Diefstal: uit iemands macht iets wegnemen. Verduistering: zich toe-eigenen wat men reeds in bezit had.

5. **Ambtsdelicten:** titel 28 WvS. De hoedanigheid van een bepaalde ambtenaar is strafbepalend. De hoedanigheid van een ambtenaar kan strafverhogend zijn indien hij bij het begaan van een strafbaar feit misbruik van zijn positie heeft gemaakt. De straf die normaal op het strafbare feit staat, wordt dan verhoogd met 1/3.

### **Buiten het WvS.**

6. **Economische delicten:** valt onder de Wet op Economische Delicten (WED). Dient ter ordening van de economische markten en de bestrijding van oneerlijke concurrentie. WED fungeert als algemeen gedeelte voor talloze wetten op het gebied

van economie, verkeer en milieu. Belang van WED: dwangmiddelen die door opsporingsambtenaren mogen worden toegepast en bevoegdheden die worden verleend voor controle op het economisch handelen van de deelnemers op de markt.

7. **Verkeersdelicten:** in de WVV, RVV en WVR. Centraal punt WVV: het verbod gevaar op de weg te veroorzaken of verkeer op de weg te hinderen, art. 5. Het gaat erom dat gevaar KAN worden veroorzaakt; dit staat in principe op gespannen voet met het legaliteitsprincipe.

### **3. Indeling naar herkomst; lagere wetgeving.**

#### **De algemene plaatselijke verordening.**

Strafbepalingen van lagere wetgevers worden geregeerd door WvS en mogen niet in de materie van hogere wetgevers treden. Gemeentebesturen zijn bevoegd tot regeling en bestuur inzake de huishouding van de gemeente, art. 108, maar niet alle verordeningen zijn toegestaan; kan strijdig zijn met hogere wetgeving, buiten kader van art. 108 vallen of een materie regelen waarin al voorzien is door hogere wetgeving. Bepalingen die betwistbaar zijn worden tegenwoordig gesplitst in een verbindend gedeelte en een gedeelte dat buiten toepassing wordt gelaten. Lagere wetgever moet er in principe voor zorgen dat strafbepalingen in orde zijn.

#### **De handhaving van de APV.**

Als een gemeente kiest voor de APV om een bepaalde ordening te bereiken in de gemeente, haalt ze daarmee de handhaving uit de bestuurlijke sfeer van die gemeente. Daarmee loopt de gemeente een bepaald risico; het is immers de vraag of OM bereid is strafvorderlijke tijd van politie en justitie te bestemmen voor de handhaving van APV-bepalingen.

### **Hoofdstuk 3. De constructie van het strafbare feit: consequenties voor samenloop en ne bis in idem.**

#### **1. De elementen der delictsomschrijving.**

Bij bepaalde strafbare feiten moet de wetgever strafbepalingen construeren bestaande uit een delictsomschrijving en een sanctienorm. Wat zijn de strafbepalende omstandigheden van het desbetreffende strafbare feit?

**1.1. De gedraging.** In de strafomschrijving zit altijd een vorm van menselijk gedrag opgenomen. Het gaat hier uitsluitend om menselijk gedrag:

- a. het gedrag van een mens, niet van een dier.
  - b. gedrag van een mens, niet uitsluitend diens gedachten en gemoedstoestand.
- Afhankelijk van het geval wordt menselijk gedrag omschreven als een doen of een niet-doen.

**Commissiedelict:** een vorm van doen, een handelen waar onthouding gewenst was. De verbiedende norm wordt geschonden (hij die opzettelijk een ander van het leven berooft wordt gestraft met...). Commissiedelict kan verdeeld worden in:

- a. **materieel omschreven delict:** commissiedelict dat is geformuleerd naar het *gevolg van een niet nader geconcretiseerde handeling*. Voorbeeld: hij die opzettelijk en ander van het leven berooft. Er kunnen veel manieren zijn waarop iemand van het leven wordt beroofd maar het resultaat is hetzelfde.
- b. **formeel omschreven delict:** 1 uitgesproken, scherp getypeerde handeling wordt strafbaar gesteld. Voorbeeld, art. 310 WvS, diefstal. De term 'wegnemen' duidt hier 1 bepaalde handeling aan en niets meer.

**Omissiedelict:** een niet-doen, een nalaten dat strafbaar is. De gebiedende norm wordt geschonden. Omissiedelicten zijn altijd formeel omschreven delicten; een onrechtmatig niet-handelen is altijd het spiegelbeeld van de plicht om wel te handelen.

**Oneigenlijk omissiedelict**, commissio per omissionem: een nalaten met een positief gevolg waarop een bepaald materieel omschreven delict is gebaseerd. Voorbeeld: nalaten een klein kind te voeden met de dood van het kind als gevolg daarvan. Art. 287 verbindt aan het gevolg de strafbaarstelling, ongeacht op welke wijze deze is ingetreden. Het maakt hier dus niet uit of de wetgever zich in principe alleen een positieve handeling had voorgesteld toen zij dit artikel opstelde.

#### **1.2. De omstandigheden van de gedraging.**

De meeste delictsomschrijvingen bevatten naast een vorm van menselijk gedrag een aantal omstandigheden waaronder het gedrag dient te hebben plaatsgevonden alvorens strafbaar te kunnen zijn. Deze gedragingen kunnen **persoonlijk** (hebben betrekking op degene die de daad heeft verricht) of **onpersoonlijk** (hebben betrekking op gedraging of slachtoffer) zijn.

#### **Persoonlijke omstandigheden zijn te splitsen in:**

**1. Omstandigheden die een bepaalde psychische gesteldheid van de dader tav zijn daad + de eventuele gevolgen aangeven;** opzet of onachtzaamheid.

Inwendige persoonlijke omstandigheden. Lichtelijk kunstmatige omschrijving omdat intentie en gedrag vaak met elkaar versmolten zijn. De dader kan strafbaar zijn ook als hij zich niet bewust was van het strafbare karakter van zijn gedrag. In NL hebben wij het beginsel van de **kleurloze opzet**: voor strafbaarheid van de dader is diens bewustzijn van het strafbaar gesteld zijn van zijn onduldbare gedraging irrelevant. Tegenovergestelde: een **putatief delict** waarbij men meent een strafbaar feit te begaan, of dat zelfs wil, terwijl dat niet het geval is.

**2. Omstandigheden die een hoedanigheid, een kwaliteit van de dader inhouden:** een ambtenaar bij een ambtsdelict.

### **Onpersoonlijke omstandigheden:**

**1. begeleidende omstandigheden van de gedraging:** bij diefstal is bijv. vereist dat er sprake is van *wederrechtelijk* wegnemen.

**2. gevolgen van de gedraging: gekwalificeerde** (delicten die aan zwaardere strafbedreiging onderhevig zijn dan de grondvorm, bijv. mishandeling die zwaar lichamelijk letsel/dood tot gevolg heeft) en **geprivilegieerde delicten** (het spiegelbeeld daarvan, delicten die een lichtere strafbedreiging hebben dan de grondvorm, bijv. art. 314 WvS is een geprivilegieerde diefstal).

Komt er in de delictomschrijving ook nog een **schuldvorm** voor (opzettelijk bijv.) dan moet deze schuldvorm zich niet alleen uitstrekken over de gedraging waarop zij betrekking heeft maar ook over alle onpersoonlijke omstandigheden uit de delictomschrijving waarop de schuldvorm van toepassing is. Een complicatie daarbij wordt gevormd door de zgn. geobjectiveerde elementen; elementen die losgemaakt zijn van de schuldvorm, p.75. Voorbeeld bij het aanvallen van een ambtenaar in functie, maakt het niet uit of dader op de hoogte was van het feit dat de ambtenaar in functie was.

### **1.3. De omstandigheden niet van de gedraging.**

In sommige delictomschrijvingen is nog een bijkomende voorwaarde van strafbaarheid opgenomen: een omstandigheid die nog niet aanwezig is op het moment van de gedraging maar die pas naderhand intreedt en dan pas het gebeurde in de strafrechtelijke sfeer trekt. Hulp bij zelfmoord is pas strafbaar als de zelfmoord ook volgt = de bijkomende voorwaarde van strafbaarheid. Een bijkomende voorwaarde maakt een op zich niet strafbaar feit tot een delict. Verschil met gekwalificeerd delict: een gekwalificeerd delict verhoogt de strafbaarheid van een bestaand delict.

#### **Voorwaarden:**

- a. bij een bijkomende voorwaarde hoeft er **geen causaal verband** te zijn tussen de gedraging en de voorwaarde.
- b. als de bijkomende voorwaarde niet intreedt is er **geen strafbaar feit** en geen poging tot een strafbaar feit.
- c. de bijkomende voorwaarde van strafbaarheid is **geobjectiveerd**: noch opzet noch onachtzaamheid van de dader hoeft hierop gericht te zijn.

### **2. De verwerkelijking in het strafproces, art. 350 Sv.**

Acht de OvJ vervolging gewenst dan maakt hij de zaak aanhangig ter terechtzitting dmv een dagvaarding; een oproep aan de verdachte om op een bep. dag te verschijnen voor een bep. rechter om terecht te staan voor een in de dagvaarding

omschreven feit, de tenlastelegging. Door deze tenlastelegging wordt de feitelijke werkelijkheid aan de rechter voorgelegd om getoetst te worden aan de theoretische delictsomschrijving.

**De rechter moet beslissen over de volgende vragen:**

**1. Is er bewezen dat de verdachte het feit heeft begaan?** De tenlastelegging heeft een zgn. tirannieke werking. Van belang zijn:

**a. de inhoud van de tenlastelegging:** alle bestanddelen van het strafbare feit moeten opgenomen zijn in de tenlastelegging door de OvJ. Ook: tijd en plaats waarop feiten plaatsvonden en wettelijke voorschriften waarbij feiten strafbaar gesteld zijn.

**b. het bewijs van de tenlastelegging:** de bestanddelen moeten wettig en overtuigend bewezen zijn.

**2. Zo ja, welk strafbaar feit levert het bewezenverklaarde op, is het feit strafbaar?** Welke strafbepalingen worden gedekt door de bewezen feiten. Indien feit niet strafbaar volgt ontslag van rechtsvervolging. Dit is het geval wanneer in de tenlastelegging 1 of meer bestanddelen ontbreken, of wanneer dat wat bewezen is niet gedekt wordt door de wettelijke term of bij bepaalde **strafuitsluitingsgronden** -rechtvaardigingsgronden of schulditsluitingsgronden. Rechtvaardigingsgronden ontnemen het wederrechtelijk karakter aan de gedraging, schulditsluitingsgronden heffen schuldverwijt aan de kant van de dader op.

**3. Zo ja, is de verdachte dan strafbaar?** Schulditsluitingsgronden kunnen ontslag van rechtsvervolging tot gevolg hebben wegens niet strafbaarheid van de dader.

**4. Zo ja, welke straf dient er dan opgelegd te worden?** Zie hoofdstuk 8.

Tijdens de zitting kunnen allerlei feiten en omstandigheden boven water komen die tot van de dagvaarding nog niet bekend waren. Er is daarom een zekere speling mogelijk mits binnen de grondslag van de tenlastelegging gebleven wordt. Zo mag iemand die moord ten laste gelegd is veroordeeld worden voor de grondslag doodslag. Tijdens zitting mag OvJ ook kleine fouten herstellen zoals aangegeven plaats of tijd. Ook mogen omstandigheden worden aangevuld. De tenlastelegging mag echter niet uit geheel nieuwe feiten gaan bestaan.

**3. Het bewijs van opzet en onachtzaamheid, verschillende schuldgradaties.**

**Dolus:**

**a. Willens en wetens.**

**b. Noodzakelijkheidsbewustzijn of zekerheidsbewustzijn:** het primair niet gewilde gevolg staat onvermijdelijk vast.

**c. Voorwaardelijke opzet:** het primair niet gewilde gevolg wordt alsnog voor lief genomen. **Hoornse Taart Arrest**, p.85, **Cicero Arrest**, p.86. Voorwaardelijke opzet betekent bewust de aanmerkelijke kans aanvaarden en voor lief nemen. De nadruk ligt hierbij niet alleen op de subjectieve gedachtegang van de verdachte maar ook op de gedraging op zich. Het gaat erom of iemand heeft geweten of had moeten weten, de psychische opzet. Dit valt natuurlijk moeilijk aan te tonen. Daarom wordt de opzet vaak sterk geobjectiveerd: het kan niet anders of verdachte moet hebben geweten dat..

Er bestaat ook nog een **mogelijkheidsbewustzijn** waarbij slechts de mogelijkheid van een gevolg aanwezig is. Dit kan op 2 manieren ingevuld zijn. Bijvoorbeeld bij het



inhalen van een auto terwijl de tegenligger al in zicht is: of áls het mis gaat dan neem ik de gevolgen voor lief, of meer optimistisch: dan gaat vast wel goed. De eerste manier hoort bij **voorwaardelijk opzet**, de tweede **bij bewuste schuld** in de zin van nonchalance, onoplettendheid = culpa.

### **Culpa:**

**d. Bewuste schuld:** het primair niet gewilde gevolg wordt op lichtvaardige wijze onwaarschijnlijk geacht.

**e. Onbewuste schuld:** men denkt niet waar men wel had moeten denken.

Bewijs van culpa is vaak nog moeilijker te leveren dan bewijzen van voorwaardelijke opzet; zeker in open delictsomschrijvingen zoals bij 307 WvS, dood door schuld. Daarom wordt er vaak teruggegrepen op een abstract mensbeeld: hoe zou de gemiddelde mens in een soortgelijke kwaliteit hebben gehandeld? Voor een beroepsverpleger gelden dan bijvoorbeeld zwaardere eisen dan voor een leek. Bij culpa gaat het echter ook om iemands handelen in het algemeen. Voor culpa geldt sinds 1970 (door een aantal arresten van de HR) dat niet alleen het uitwendig gedrag moet worden bekeken maar ook moeten persoonlijk, individuele achtergronden van de verdachte bij een oordeel betrokken worden. Zie ook **Verpleegstersarrest** (persoonlijke omstandigheden als schulduitsluitingsgrond) en **Meer-en-Vaart Arrest**, p.93 3n 94.

## **4. De samenloop.**

### **4.1. De eendaadse samenloop.**

**Concursus idealis:** op een feitelijk gebeuren dat bewezen is verklaard zijn 2 of meer strafbepalingen van toepassing. In zo'n geval wordt gekozen voor die bepaling waarbij de zwaarste hoofdstraf is gesteld, art. 55 lid 1 WvS, (**absorptiestelsel**; de minder zware bepaling wordt geabsorbeerd door de zwaardere).

### **4.2. Specialiteit.**

Op artikel 55 lid 1 wordt meteen in lid 2 al een uitzondering gemaakt: indien er voor een feit dat in een algemene strafbepaling valt, een bijzondere strafbepaling bestaat, dan komt alleen de bijzondere strafbepaling in aanmerking. Lex specialis gaat boven lex generalis.

**Lex specialis:** een bepaalde delictsomschrijving bevat alle elementen van een andere delictsomschrijving (gronddelict) met nog 1 of meer elementen daaraan toegevoegd. Dit is het geval met gekwalificeerde en geprivilegieerde delicten. Mishandeling die de dood tot gevolg heeft gaat dus voor eenvoudige mishandeling, kinderdoodslag heeft voorrang boven doodslag.

### **4.3. De meerdaadse samenloop.**

Een dader heeft meer feiten gepleegd die elk op zichzelf een delict opleveren. Het kan hier om steeds verschillende feiten gaan maar ook om steeds dezelfde: concursus realis.

**Concursus realis:** samenloop van meer gepleegde feiten n.a.v. 1 gepleegd feit.

Meerdaadse samenloop is niet hetzelfde als recidive = opnieuw een delict plegen na veroordeling voor een bepaald delict. Bij meerdaadse samenloop volgt een

**cumulatieve tenlastelegging**. Bij het determineren van een strafmaximum richt de rechter zich meestal op artikel 57 WvS waarin een **bepikt cumulatiestelsel** t.a.v.



vrijheidsstraffen is neergelegd: de maximumstraf is het verenigd bedrag van de hoogste straffen maar niet meer dan 1/3 boven het zwaarste maximum (art. 18 WvS geeft een cumulatie voor overtredingen). Dit geldt ook wanneer na veroordeling blijkt dat er voor deze veroordeling nog 1 of meer andere strafbare feiten zijn begaan; bij de 2<sup>e</sup> veroordeling wordt de 1<sup>e</sup> veroordeling dan verdisconteerd omdat er anders sprake zou zijn van absurd hoge straffen. Dit is bijv. het geval in de VS waar ze een onbeperkt cumulatiestelsel kennen.

#### **4.4. Voortgezette handeling.**

Art. 56WvS kent een strafbeperkende voorziening voor het geval dat er verschillende strafbare feiten in een concrete situatie uit 1 en hetzelfde wilsbesluit voortgekomen zijn: bijv. het invoeren en verder vervoeren van heroïne.

#### **4.5. De betekenis van het begrip 'feit'.**

Voor 1932 werd om strafbare feiten vast te stellen simpelweg de vraag gesteld wat verdachte deed toen hij zich in verschillende opzichten misdroeg. Bij fietsen zonder licht en bel ligt de nadruk op de materiele handeling 'rijden'. Na 1932 – **Kijk in 't Jatstraat Arrest**, p.100 – werd de vraag gesteld 'Hoeveel uit strafrechtelijk oogpunt verschillende gedragingen zijn er?' Fietsen zonder licht en bel zijn nu 2 verschillende feiten, meerdaadse samenloop. De scheidslijn tussen eendaadse en meerdaadse samenloop is vaak moeilijk te trekken.

#### **5. De regel ne bis in idem, art. 68 WvS.**

Niemand kan 2 keer vervolgd worden voor hetzelfde feit. D.w.z. een verdachte mag alleen dan niet voor de 2<sup>e</sup> keer door OvJ lastig gevallen worden als zijn zaak de 1<sup>e</sup> keer reeds inhoudelijk aan de orde is geweest, daarover onherroepelijk beslist is en als die uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan (dus niet meer vatbaar is voor wijziging in hoger beroep). De HR heeft hieraan toegevoegd dat vervolging voor een feit waarvoor een verdachte al heeft terecht gestaan maar waarover nog niet onherroepelijk is beslist evenmin toegestaan is wegens strijd met de beginselen van een behoorlijke procesorde.

OvJ kan zich in geval van eendaadse samenloop vrijwaren tegen art. 68 dmv de subsidiaire tenlastelegging waarin hij behalve een primair bijzonder delict, subsidiair een algemeen delict opneemt.

Bij meerdaadse samenloop wordt art. 68 al beperkt door de regels van meerdaadse samenloop. Door verschillende jurisprudentie zorgt de OvJ er voor de veiligheid wel voor dat hij alle hem bekende feiten cumulatief ten laste legt om niet het risico te lopen dat hij daarvoor later niet meer in de gelegenheid wordt gesteld. Na het **Joyriding Arrest** in 19633, p.103-104, is de HR de toepasselijkheid van art. 68 niet meer zozeer aan feitelijke omstandigheden gaan relateren maar aan juridische omstandigheden; alleen gelijksoortigheid van wetbepalingen en gelijksoortigheid van verwijt staat een 2<sup>e</sup> vervolging in de weg.

**Art. 68, hetzelfde feit.** Wanneer toepassen? Zie ook schema p.106.

**1. Eendaadse samenloop?** Zo ja, dan altijd sprake van art. 68. Voorbeeld: openlijke geweldpleging/baldadigheid.

**2. Meerdaadse samenloop,** is weer te verdelen in

**a. gelijksoortige wetbepaling:** bij **gelijksoortig schuldverwijt** (ongeluk

veroorzaken met 2 doden, brandstichting met gevaar voor goederen en personen) wel art. 68, bij **ongelijksoortig schuldverwijt** (20 verschillende autokraken) geen art. 68.

**b. ongelijksoortige wetsbepaling:** nooit art. 68 (gisteren dronken rijden en vandaag nog een keer, dronken rijden en doorrijden na een aanrijding).

## **6. Slotsom.**

Enkele gedachten over de ontwikkelingen in de rechtspraak en het ne bis in idem beginsel, p.106-109.



## **Hoofdstuk 4. De strafbaarheid; voorwaarden en uitzonderingen.**

De vier voorwaarde voor strafbaarheid: gedraging, delictomschrijving, wederrechtelijkheid en schuld.

### **1. De gedraging.**

Zie hoofdstuk 3, m.n. onderscheid tussen handelen en nalaten. Strafrechtelijke gedraging veronderstelt een element van willen.

### **2. De delictomschrijving.**

Zie ook voorgaande hoofdstukken. Daar waar een schuldvorm letterlijk of impliciet in de wet voorkomt, is er sprake van een bestanddeel van het strafbare feit dat door het OM gesteld moet worden en waarvan het bewijs op de zitting tot stand moet komen. Ditzelfde geldt voor de wederrechtelijkheid die impliciet of woordelijk in de wet kan voorkomen. Het woord wederrechtelijk moet voorkomen in de tenlastelegging en het bewijs daarvan moet op de zitting geleverd worden.

**Facet-wederrechtelijkheid:** wederrechtelijkheid in de specifieke context van een bepaalde passage in de delictomschrijving. Voorbeeld: kantoorbenodigdheden mee naar huis nemen is pas wederrechtelijk wanneer het de bedoeling is ze thuis te gebruiken voor privé-doeleinden. Facet wederrechtelijkheid is bestanddeel van het strafbaar feit en is dus niet hetzelfde als wederrechtelijkheid als voorwaarde voor strafbaarheid.

### **3. De wederrechtelijkheid.**

Dat aan wederrechtelijkheid als voorwaarde voor een strafbaar feit is voldaan is niet primair de zorg van het OM; het is aan de verdachte om zich te beroepen op afwezigheid van wederrechtelijkheid. In sprekende gevallen betreft de rechter ambtshalve de vraag of er van wederrechtelijkheid sprake is in zijn onderzoek.

*Voorgescreven werkwijze indien er verweer wordt gevoerd:*

- a. rechter onderzoekt of feiten ter ondersteuning van het verweer aannemelijk zijn
- b. of de aannemelijk geworden feiten de criteria waaraan het verweer moet voldoen vervullen en zo ja
- c. welke processuele gevolgen dit heeft.

### **Element van het strafbare feit of rechtvaardigingsgrond?**

Wordt n.a.v. een delictomschrijving een rechtvaardigingsgrond geformuleerd dan is het aan de verdachte om argumenten voor de aannemelijkheid daarvan aan te voeren. Dit wordt de **uitzonderingsmethode** genoemd; de omstandigheid staat in een volgend artikel.

Wordt in een delictomschrijving bepaald gedrag strafbaar gesteld – indien het zonder verloop van de rechthebbende/zonder vergunning van de bevoegde autoriteiten geschiedt (concretisering van het vagere woord wederrechtelijk) – dan moet de afwezigheid van de toestemming in de tenlastelegging gesteld en ter zitting bewezen worden. Deze is dan bestanddeel van het strafbare feit. Dit wordt de **aanwijzingsmethode** genoemd; de omstandigheid staat in de delictomschrijving zelf.

In het strafrecht kan men niet veroordeeld worden wegens een onrechtmatige

handeling die niet tevens een onwettelijke, in een strafwet strafbaar gestelde gedraging is. Feiten zijn niet strafbaar zonder een wettelijke basis.

De rechter mag rekening houden met omstandigheden die naar zijn mening het gedrag van de verdachte rechtvaardigen maar die niet in de wet voorkomen, vooropgesteld dat hij niet zo ver gaat particulier opvattingen weer te geven omtrent de overtreden strafbepaling. Naast de wettelijke rechtvaardigingsgronden kunnen ook **buiten-wettelijke rechtvaardigingsgronden** bestaan waardoor aan strafbaar feit de wederrechtelijkheid komt te ontbreken. Zie ook **Veearts Arrest**, p. 116.

Een beroep op zo'n rechtvaardigingsgrond komt bijv, voor bij hulpverlening aan weggelopen minderjarigen en bij euthanasie, p.117. Voor zover dergelijke zaken in hoger beroep niet tot bestraffing hebben geleid was de basis daarvoor **een creatieve grammaticale interpretatie** (bij de hulpverlening aan weggelopen jongeren) dan wel toepasselijkheid van de schulduitsluitingsgrond noodtoestand ( bij de euthanasie); **Materiele wederrechtelijkheid ontbreekt dan**. Dicht tegen deze theorie van materiele wederrechtelijkheid ligt de theorie van de **sociale adequatie**; sociaal adequaat gedrag valt buiten de termen van de strafwet (Welzel). Sociaal adequaat gedrag is gedrag dat zich afspeelt binnen de historisch gegroeide sociale ordening van het leven, zonder gunstige of ongunstige bijbetekenis. Een chirurg noch een bokser mishandelen.

**Samengevat zijn er dus 3 manieren om, buiten de wettelijke rechtvaardigingsgronden, het ontbreken van wederrechtelijkheid te verdisconteren in een rechterlijke uitspraak:**

- 1. creatief-grammaticale interpretatie.**
- 2. sociaal adequate interpretatie.**
- 3. het ontbreken van materiele wederrechtelijkheid.**

Het is van belang om te weten of in een concreet geval het feit niet strafbaar is – wegens het ontbreken van wederrechtelijkheid – of dat de verdachte niet strafbaar is – wegens het ontbreken van schuld.

### **3.1. Hoever mag de rechter gaan?**

Enkele gedachten over analogische interpretatie, materiele wederrechtelijkheid enz. De wet naleven juist door haar te overtreden, analogische interpretatie van strafbaarstellingen is verboden maar van strafuitsluitingsgronden vervolgingsuitsluitingsgronden enz. niet, p. 118-121.

### **3.2 . Wettelijke rechtvaardigheidsgronden: noodweer, wettelijk voorschrift, ambtelijk gegeven bevel, overmacht.**

**1. Noodweer**, art. 41 lid 1 WvS. Eigenrichting die toelaatbaar is in zeer dringende omstandigheden wanneer overheid en haar organen niet op dat moment de noodzakelijke bescherming kunnen geven. De Nederlandse wet vereist voor noodweer dat er sprake is van een aanranding die plaatsvindt of onmiddellijk dreigt en die wederrechtelijk is. Alleen voor menselijke beheersing stoffelijke objecten mogen worden verdedigd, geen rechten dus. De noodweerstandeling zelf moet voldoen aan de eis van **subsidiariteit** (was er niet een minder schadelijke uitweg mogelijk) en van **proportionaliteit** (het middel moet gepast zijn). Probleem: **geanticipeerde noodweer** (220 op de schutting zetten). Zie **ook Palingfuijen Arrest/** het Drama

van Nieuwkoop, p.122.

Hoe moet de verdedigingshandeling worden beoordeeld qua subsidiariteit en proportionaliteit: puur subjectief oordeel van de verdediger (de persoon die zich verdedigt tegen de aanrander dus) of het oordeel van een abstract redelijk mens die zo'n aanranding te verduren krijgt. Zie **Hofman en ook Bijlmer Arrest**, p. 123. Indien er sprake is van een wanverhouding ten nadele van de aanrander, kan er sprake zijn van de schulditsluitingsgrond **noodweerexces**, art. 41 lid 2 WvS. Wordt verder in het boek behandeld.

In de praktijk wordt een beroep op noodweer niet snel geaccepteerd; iedere redelijke mogelijkheid om aan een aanval te ontsnappen moet eerst benut worden.

**2. Wettelijk voorschrift**, art. 42 WvS. Het gaat hier vooral om overheidsdienaren. Niet strafbaar is hij die een feit begaat ter uitvoering van een wettelijk voorschrift. Bijv. een deurwaarder die wettelijk aangewezen is om woningen te ontruimen en daarbij meubilair op straat plaatst (iets dat bij APV verboden is). Tussen doel en middelen moet ook hierbij een bepaalde evenredigheid bestaan vooral ook omdat bij onevenredigheid (een politieman schiet op een dief die wegvlucht met een autoradio) geen beroep op een disculpatiegrond analoog aan noodweerexces bestaat. Bekend arrest: **Sabel Arrest**, p. 126.

**3. Ambtelijk bevel**, art. 43 lid 1 WvS. Niet strafbaar is hij die een feit begaat ter uitvoering van een ambtelijk bevel, gegeven door het daartoe bevoegde gezag. Beheerders van databanken moeten inlichtingen geven over cliënten op bevel van OvJ.

**4. Overmacht**, art. 40 WvS. Niet strafbaar is hij die een feit begaat waartoe hij door overmacht is gedwongen. Overmacht is een van buiten komende oorzaak van ontoerekenbaarheid; een kracht/drang/dwang waaraan men geen weerstand kan bieden. Verschillende soorten:

**a. Absolute overmacht**; er is geen sprake van **een vrije wilsbepaling**. Voorbeeld: iemand wordt door een ruit geduwd door iemand anders. Het ontbreken van een vrije wilsbepaling is niet altijd vereist voor absolute overmacht. Voorbeeld: de gedraging die strafbaar wordt door nalaten van een ander (een overheid die een vergunning niet op tijd afgeeft waardoor een bep. commerciële activiteit nu illegaal wordt).

Gevallen van absolute overmacht worden meestal geseponeerd.

**b. Rechtvaardigende overmacht/noodtoestand**: een plichtenconflict waarbij slechts het verzaken van 1 van die plichten strafrechtelijke repercussies heeft en de andere plicht betrekking heeft op een maatschappelijke norm van behoren. **Opticien Arrest**, p.128, opticien helpt hulpbehoevende na sluitingstijd aan bril. Opticien voldeed hiermee aan een maatschappelijke plicht die van hogere waarde is dan het naleven van de wet. Probleem: de hiërarchie van plichten; welke is belangrijker? Een rechtvaardigingsgrond lijkt aan de orde te zijn indien de verdachte al dan niet gelijkwaardigheid beoordeelde of moest beoordelen. En daarna hangt het dan uiteraard van zijn oordeel af.

#### **4. De schuld.**

Schuld als

- wettelijk schuldbegrip: het begaan hebben van of in de betekenis van



onachtzaamheid of als schuldvorm.

- theoretisch schuldbegrip met schuld in de betekenis van verwijtbaarheid. Wordt ook fundamenteel schuldbegrip genoemd.

#### 4.1. Fait materiel.

Bij de vraag naar de strafbaarheid van de verdachte in geval van overtredingen biedt de wet alleen (bij overtredingen geen rechtvaardigingsgronden) mogelijkheden om straffeloos te blijven via de schulduitsluitingsgronden. Wettelijke schulduitsluitingsgronden: ontoerekenbaar wegens gebrekkelijke ontwikkeling/ziekelijke storing der geestvermogens, overmacht, noodweerexces en onbevoegd gegeven ambtelijk bevel. Bij overtredingen hoeft opzet of onachtzaamheid niet bewezen te worden; er zijn alleen de schulduitsluitingsgronden. **De leer van het fait materiel: bij overtredingen wordt niet gedifferentieerd binnen opzet en onachtzaamheid.** Dit kan echter tot onbillijke resultaten leiden in die gevallen waarin geen adequate wettelijke schulduitsluitingsgronden voorhanden zijn. Om die reden heeft de jurisprudentie hier een uitweg gevonden door te stellen dat in ons strafrecht de regel geldt: geen straf zonder schuld (als in verwijtbaarheid). Dit betekent dat er naast de wettelijke schulduitsluitingsgrond ook een **ongeschreven schulduitsluitingsgrond** bestaat, nl. de afwezigheid van schuld = **avas**.

#### 4.2. Avas.

Zie ook **Melkventer, of Melk en Water Arrest**, p.133-134. Als een dader geen wetenschap heeft van een verboden feit (geen opzet), die wetenschap ook niet hoefde te bezitten (geen onachtzaamheid) en hem overigens niets valt te verwijten, dan blijft hij straffeloos op grond van het beginsel 'geen straf zonder schuld'. Zie ook **Motorpapieren Arrest**, p. 134, dat een correctie betekent op 'iedereen behoort de wet te kennen'. Indien een verdachte is afgegaan op het oordeel van een instantie waaraan een zodanig gezag valt toe te kennen dat hij in redelijkheid op de deugdelijkheid van dat oordeel kon vertrouwen, is er eveneens sprake van avas (afwezigheid van schuld).

#### 4.3. Wettelijke schulduitsluitingsgronden.

**Overmacht: psychische overmacht, de drang waaraan men geen weerstand kan bieden en de drang waaraan men redelijkerwijs geen weerstand hoeft te bieden.** Ook hier gelden de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit. Hierbij kan wel meer rekening gehouden worden met de subjectieve inzichten van de verdachte. Ook gedrag voorafgaand aan strafbaar feit speelt echter een rol; wanneer het gedrag het bijv. onaannemelijk maakt dat zich een onweerstaanbare psychische drang voordeed of dat een dergelijke drang zich door eigen gedrag is geriskeerd. Noodweer = verdediging van recht tegen onrecht. Overmacht = mensen/belangen die onschuldig zijn worden geschaad, recht tegen recht. Ook bij gewetensbezwaren wordt een beroep gedaan op de excuserende kant van overmacht; wordt echter zelden gehonoreerd, zeker niet als betreffende wet zelf een alternatieve regeling kent.



**Ontoerekenbaarheid**, art. 39 WvS. Gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis.

**Artikel stelt 3 eisen:**

1. Er bestaat een **gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis** van de geestvermogens.
2. Er is sprake van een **causaal verband** tussen psychische toestand en daad. Deze eis wordt ook gesteld bij de maatregel van plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis.
3. **De psychische toestand staat toerekening van de daad aan de dader in de weg.**

Over wat nu precies ontoerekenbaarheid is lopen de meningen uiteen; ligt de nadruk op een wilstekort, een cognitief tekort, moeten we uitgaan van de toerekenbaarheid? Opzet en ontoerekenbaarheid hoeven elkaar niet uit te sluiten; handelingen kunnen intentioneel zijn verricht door mensen die de gevolgen van hun daden niet kunnen overzien als gevolg van een geestelijke afwijking. Opzet is niet aanwezig bij onvrijwillige bewusteloosheid.

Ontoerekenbaarheid leidt tot ontslag van rechtsvervolging.

**Verminderde toerekenbaarheid:** kunnen de maatregel van TBS opgelegd krijgen.

**Noodweerexces**, art. 41 WvS. De overschrijding van de grenzen van de noodzakelijke verdediging is niet strafbaar indien zij het onmiddellijk gevolg is van een hevige gemoedsbeweging die door de aanranding veroorzaakt is. Dubbele causaliteit (gemoedsbeweging als gevolg van de aanranding). Overschrijding van de proportionaliteit bij noodweer.

**Intensief noodweerexces: Bijlmer Arrest.** Gemoedsbeweging tijdens noodweersituatie door aanranding.

**Extensief noodweerexces:** de noodweersituatie is geëindigd maar de hevige gemoedsbeweging is veroorzaakt door de aanranding die daaraan vooraf ging. Wraaklust levert echter geen noodweerexces op.

**Onbevoegd gegeven ambtelijk bevel**, art. 43 lid 2 WvS, een onbevoegd gegeven bevel heft de strafbaarheid niet op tenzij het door de ondergeschikte te goeder trouw als bevoegd gegeven werd beschouwd en de nakoming daarvan binnen de kring van zijn ondergeschiktheid was gelegen. Goede trouw dekt niet 'vrome kritiekloosheid' (Befehl ist Befehl). Wel kan in zo'n geval weer de mogelijkheid bestaan van ontslag van rechtsvervolging wegens psychische overmacht (veroorzaakt door de angst om zelf geëxecuteerd te worden bij weigering van een bevel). Het bekleden van een functie is op zich nog niet genoeg om te voldoen aan de eis van nakoming binnen de kring van geschiktheid; hiervoor moeten positie, individuele capaciteiten en feitelijke omstandigheden objectie geëvalueerd worden.

Tot slot: er moet een duidelijk **verschil gemaakt worden tussen de voorwaarden voor strafbaarheid en voorwaarden voor vervolgbaarheid en uitvoerbaarheid.**

In het verloop van het strafproces bestaat er de volgende volgorde van de 3 categorieën voorwaarden:

1. voorwaarden voor vervolgbaarheid
2. voorwaarden voor strafbaarheid
3. voorwaarden voor uitvoerbaarheid.

## **Hoofdstuk 5. De uitbreiding van de strafbaarheid; poging voorbereiding en deelneming.**

Uitbreiding van strafbaarheid betekent dat er soms toch sprake kan zijn van strafbaarheid ondanks het feit dat niet alle elementen van de delictsomschrijving vervuld zijn, art. 45-46b WvS en art. 47 ev.

### **1. Poging.**

Poging tot misdrijf is strafbaar wanneer het voornemen (waarbij voornemen en opzet vaak gelijkgesteld worden) van de dader zich door een begin van uitvoering (niet de voorbereidingshandelingen maar het begin van de uitvoeringshandelingen) heeft geopenbaard, art. 45 WvS.

**Subjectieve leer:** de gevaarlijk gezindheid van de *dader* is het uitgangspunt. Begin van uitvoering wordt geïnterpreteerd als begin van uitvoering van *voornemen*.

**Objectieve leer:** interpreteert begin van uitvoering meer als begin van uitvoering van *misdrijf*, neem dus de gevaarlijkheid van de *daad* als uitgangspunt. De objectieve leer leidt tot een restrictieve interpretatie waarbij het gaat om een nauwe samenhang tussen woord van de wet en een concrete gedraging.

P. 146-148 gaan nader in op de verschillen tussen de beide stromingen. Cruciaal: het **Eindhovense Brandstichting arrest** uit 1934, p.148. HR oordeelde hier dat er geen sprake was van strafbaarheid omdat er nog geen begin van uitvoering was gemaakt in de zin van art. 45 WvS. In 1951 werd daar met het **Gasslang Arrest**, p.150, anders over gedacht. Ook omdat er een groot verschil zat in de eerste fase van beide zaken: activiteiten op zich niet strafbaar bij de ene zaak (brandbaar klaar maken van huis) en juist wel bij de andere (man bewusteloos slaan met hamer).

**Criterium van de uiterlijke verschijningsvorm:** enige gedraging die naar haar uiterlijke verschijningsvorm moet worden beschouwd als te zijn gericht op de voltooiing van de voorgenomen misdrijf (HR **in Cito Arrest**, p.151).

In de praktijk richt de HR zich meestal naar de objectieve leer maar heeft wel formuleringen gehanteerd die aangepast zijn aan de concrete omstandigheden.

### **1.2. Geen poging bij vrijwillige terugtred.**

Art. 46b: voorbereiding noch poging bestaat indien het misdrijf niet voltooid is t.g.v. omstandigheden die afhankelijk zijn van de wil van de dader (geldt niet voor voorbereidingshandelingen die strafbaar gesteld zijn in de Opiumwet). Niet strafbaarheid geldt wanneer dader in feite wel verder kan gaan met voorgenomen misdrijf maar er desalniettemin duidelijk vanaf ziet. De dader staakt zijn poging op grond van een nieuwe afweging onder dezelfde omstandigheden (dus niet door een nieuwe afweging op grond van nieuwe omstandigheden).

### **1.3. De ondeugdelijke poging.**

**Ondeugdelijke poging:** een poging die, hoe ver gevorderd ook, nooit tot voltooiing van het misdrijf zal leiden omdat of het middel dat de dader gekozen heeft, of het voorwerp waarop hij zijn gedraging richt, ondeugdelijk is.

**Absoluut ondeugdelijk:** die middelen of objecten waarmee onder geen enkele omstandigheid het beoogde doel (het misdrijf) bereikt kan worden.

**a. absoluut ondeugdelijk middel:** een poging tot vergiftiging met koperen centen.

**b. absoluut ondeugdelijk object:** poging tot abortus op niet-zwangere vrouw.

**Relatief ondeugdelijk:** het doel kan met gekozen middelen wel bereikt worden maar dit zal in de gegeven omstandigheden niet het geval zijn.

**a. relatief ondeugdelijk middel:** vergiftigen met arsenicum maar in een te kleine dosis.

**b. relatief ondeugdelijk object:** poging tot stelen uit een bij nader inzien lege kassa.

In de subjectieve leer is geen enkele vorm van ondeugdelijke poging strafbaar, in de objectieve leer is alleen de absoluut ondeugdelijke poging niet strafbaar. Zie ook **Koperen Cent Arrest**, p.156.

#### **1.4. Strafbare voorbereiding.**

Sinds 1994 is art. 46 WvS in werking getreden: de voorbereiding van een misdrijf is strafbaar als de dader opzettelijk voorwerpen, stoffen, gelden of andere betaalmiddelen, informatiedragers, vervoermiddelen of ruimten die bestemd zijn voor het in vereniging begaan van een misdrijf, verwerft, vervaardigt, invoert, doorvoert of voorhanden heeft. Dit artikel betekent een duidelijk breuk met de traditie van de objectieve pogingsleer. Door dit artikel kan de politie nu gebruik maken van strafvorderlijke dwangmiddelen zoals bijv. afluisteren. Het moet voor toepassing van dit artikel wel gaan om misdrijven die in vereniging gepleegd gaan worden en waarop minstens 8 jaar gevangenisstraf staat. De strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen onder de Opiumwet hebben echter een zelfstandig karakter.

#### **2. Deelneming.**

**Van deelneming is sprake als:**

- a. behalve de pleger van een strafbaar feit is er nog iemand in het spel die op een intensieve manier bij de totstandkoming van een strafbaar feit betrokken is geweest en een dermate belangrijke plaats heeft ingenomen dat ook hij als dader moet worden gestraft hoewel hij slechts een deel van de delictsomschrijving heeft gerealiseerd.
- b. verschillende personen zijn in wisselwerking met elkaar tot de vervulling van 1 volledige delictsomschrijving gekomen terwijl ieder van hen daarvan slechts een gedeelte voor zijn rekening heeft genomen.

##### **2.1. Daderschap en medeplichtigheid.**

Art. 47 WvS: daders:

1. zij die het feit plegen.
2. zij die het feit doen plegen.
3. zij die het feit medeplegen.
4. zij die het feit uitlokken.

Art. 48 WvS: medeplichtige:

1. hij die opzettelijk behulpzaam is bij het plegen van een misdrijf (gelijktijdigheid).
2. hij die opzettelijk gelegenheid, middelen of inlichtingen verschaft tot het plegen van een misdrijf (handelen van medeplichtige gaat vooraf aan dat van dader).

Wat onderscheidt nu een medeplichtige van de overige deelnemers: het initiatief tot het misdrijf moet al bestaan bij de pleger op het moment dat de medeplichtige

ingeschakeld wordt. Hulp en steun van een medeplichtige kunnen op verzoek van pleger geschieden maar ook uit eigen beweging van medeplichtige of door nalaten van medeplichtige (bewaker die niet oplet en dief goederen laat stelen).

## 2.2. Uitlokking.

**Uitlokkingsmiddelen: giften, beloften, misbruik van gezag, geweld, bedreiging, misleiding, gelegenheid, middelen of inlichtingen.** Worden ingezet door uitlokker om iemand anders aan te zetten tot het plegen van het misdrijf. Desondanks wordt misdrijf toegerekend aan uitlokker; ook wat betreft die elementen die een bepaalde kwaliteit uitdrukken. Voorbeeld: vrouw van ambtenaar zet deze tot diefstal aan.

Het toegerekend worden van elementen aan anderen dan degene die ze vervuld heeft wordt wel geformuleerd als het *verspreiden van die elementen* over verschillende daders. Is gebaseerd op een oordeel van de HR over artikel 50 WvS dat gaat over strafverminderende/verhogende/uitsluitende omstandigheden. HR was van mening dat uit dit artikel dus volgt dat bep. strafbepalende omstandigheden niet alleen in aanmerking komen t.a.v. de dader wie zij persoonlijk betreffen maar ook ten aanzien van hen die zij niet persoonlijk betreffen. Verspreiding van de elementen is expliciet verbonden aan de figuur van de deelneming. Uitzondering: de persoonlijke bestanddelen die inwendig zijn, die een innerlijke gesteldheid inhouden. Bij iedere deelnemer wordt een bepaalde psychische gesteldheid verondersteld zonder welke hij strafrechtelijk geen deelnemer kan zijn dus zowel bij uitlokker als dader. M.a.w. voor strafbare deelneming is **dubbele opzet** vereist, p.162.

Een uitlokker is ook strafbaar wanneer de uitgelokte bijv. andere zaken steelt dan de bedoeling van de uitlokker was.

## 2.3. Doen plegen.

De doen-pleger hanteert een ander als willoos werktuig. De willoosheid kan voortvloeien uit ontoerekenbaarheid of uit de omstandigheid dat bij uitvoerder de vereiste opzet ontbreekt. Zie **Terp Arrest en Reispas Arrest**, p.164.

Verschil tussen doen-plegen en uitlokken ligt in:

- de strafbaarheid van de uitvoerder zoals vereist bij uitlokking. Bij uitlokking moet het gaan om een strafbare uitvoerder, bij doen-plegen is er sprake van een straffeloze uitvoerder.
- in het ten aanzien van doen-plegen ontbrekende vereiste van bepaalde middelen die voor uitlokking limitatief zijn opgesomd.

## 2.4. Medeplegen.

Art. 47. Voor medeplegen moet er sprake zijn van een bewuste samenwerking en een gezamenlijke uitvoering. Verschil met medeplichtigheid is niet altijd duidelijk vooral als de mate van participatie en initiatief niet gemakkelijk vast te stellen is.

Gemeenschappelijk element: de gelijktijdigheid. Verschil ligt in het initiatief en het feitelijk aandeel hebben in de uitvoering.

Medeplichtigheid bij, medeplegen: **simultane vormen van deelneming.**

Uitlokking, doen plegen en medeplichtigheid tot: **consecutieve deelnemingsvormen.**

Drie vormen:

1. medeplegen en medeplegen
2. medeplegen naast een volledig plegen van iemand anders.
3. volledig plegen naast volledig plegen.

Zie ook **Wormerveerse Brandstichting Arrest**, p.167. Er kan van medeplegen sprake zijn ook al is de medepleger niet lijfelijk aanwezig bij de uitvoering van het delict (is vaak het geval bij het invoeren van harddrugs). Andersom kan ook: iemand is wel aanwezig bij het delict maar heeft geen aandeel in de uitvoering van dat strafbare feit.

### **2.5. Medeplichtigheid.**

HR oordeelde dat hulp NA een misdrijf op 1 lijn gesteld kan worden als hulp BIJ een misdrijf (p.169). Ook is medeplichtigheid mogelijk door nalaten (niet ingrijpen bij de mishandeling van je kind). Hiervoor moet er wel een rechtsplicht aanwezig zijn.

### **3. Deelneming aan deelneming.**

A lokt B uit om C tot moord uit te lokken. Zie **Examen Arrest**, p. 170, waar HR docent schuldig achtte aan medeplichtigheid aan uitlokking. Andere vormen: medeplichtigheid aan medeplichtigheid, medeplichtigheid aan medeplegen.

### **4. Poging tot deelneming.**

Art. 46aWvS; poging om een ander te bewegen om een misdrijf te begaan is strafbaar. Het misdrijf moet dus uiteindelijk niet begaan zijn, noch mag genoemd ander een poging gedaan hebben om dit misdrijf te begaan. Betreft het feit waartoe tevergeefs een poging tot uitlokking gedaan is een klachtdelict, dan is voor vervolgbaarheid van de poger vereist dat er inderdaad een klacht wordt ingediend door bijna-slachtoffer. Poging van aspirant is niet strafbaar als hij zelf vrijwillig terugtreedt of bijdraagt aan het uitblijven van resultaat.



## **Hoofdstuk 6. Strafrechtelijke aansprakelijkheid (causaliteit en daderschap) en de toepasselijkheid van de Nederlandse Strafwet.**

Vragen van causaliteit en daderschap en vragen rond de toepasselijkheid van het Nederlands strafrecht.

### **1. Causaliteit.**

Met name bij materieel omschreven delicten (geformuleerd naar het gevolg) en bij delicten met strafverzwarende gevolgen, kan zich de causaliteitsvraag voordoen: **welke factor moet nu als DE oorzaak van een delict of het strafverzwarende gevolg gezien worden?**

**Conditio sine qua non theorie** van Von Buri: Elke factor die niet weggedacht kan worden uit de reeks van schakels die naar het delict leidde vormt een voorwaarde voor dat delict en moet dus gezien worden als oorzaak van dat delict. Probleem: de oorzaak kan enorm ver verwijderd liggen van het uiteindelijke delict.

**De leer van de adequate veroorzaking:** alleen die bepaalde gedraging wordt als oorzaak aangemerkt die ook de strekking heeft om een bepaald gevolg in het leven te roepen en die de kans op intreden van dat gevolg aanzienlijk verhoogt. Over deze theorie bestaan weer een aantal uiteenlopende meningen. Subjectieve theorie (Kries): het gevolg van die gedraging moet voorzienbaar zijn geweest voor de dader. Objectief criterium voor gedraging (Rümelin): oorzaak ligt alleen in die gedraging die ook werkelijk geschikt is om gevolg in leven te roepen, ook al leek dat op het moment van die gedraging niet waarschijnlijk. Zie ook **Pantoffel- eierschedel Arrest**, p. 176. Volgens Träger gaat het echter niet om wat de 'normale' mens kan verwachten maar om wat de verstandigste mens had kunnen voorzien. Van Eck vindt dat in het strafrecht de leer van oorzaak en gevolg onbruikbaar is en vindt dat de vraag van maatschappelijke aansprakelijkheid voor strafrechtelijk relevante gevolgen centraal moet staan; **de leer van de redelijke toerekening**. Zie ook **Longembolie Arrest**, p.177. Hierbij gaat het er in wezen om, om die gebeurtenis op te speuren waarvan het optreden niet meer redelijkerwijs op de rekening van de verdachte geschreven kan worden.

### **2. Daderschap.**

Hierbij gaat het om het plegen in de zin van art. 147 WvS. Verschillende gevallen kunnen zich dan voordoen (4):

**a. Omissiedelict:** er wordt een bepaalde handeling geboden zonder dat er vermeld wordt wie daarvoor aansprakelijk is (de normadressaat). HR heeft in dit geval 2 criteria voor daderschap aangelegd:

- de dader is degene die het in zijn macht heeft om een einde te maken aan de onrechtmatige toestand en
- deze onrechtmatige toestand desondanks laat voortduren.

**b. Een verboden toestand** is strafbaar gesteld; de dader is degene die de toestand in het leven heeft geroepen. Zie ook **Vier schepen Arrest**, p.179. Uitzondering: wanneer het voor meerderen mensen gemakkelijk zou zijn om een einde te maken aan verboden toestand – dus niet alleen voor degene die de toestand creëert – dan zijn ook zij dader.



**c. Functioneel daderschap:** een ander dan degene die fysiek handelt geldt als dader op grond van zijn maatschappelijke functie, met name in het economisch verkeer (de werkgever, de ondernemer). Het gaat hier dus om een overgang van fysiek naar sociaal daderschap. Hiervoor moet de functie van de dader opgenomen zijn in de tenlastelegging, ook omdat het functioneel interpreteren van de delictsomschrijving gemakkelijk in conflict kan komen met de individualiserend, beschermend schuldbeginsel. Zie ook **IJzerdraad Arrest**, p.181. Dit arrest stelt dat eigenaars van een bedrijf niet automatisch aansprakelijk kunnen worden gesteld voor handelingen van ondergeschikten (met een volmacht of gedelegeerde bevoegdheden) die niet hadden kunnen worden voorzien of die onmogelijk verhinderd hadden kunnen worden. Geldt ook voor verhoudingen tussen bijv. huurder en verhuurder.

**d. De strafbaarheid van de corporatie** (in het strafrecht een breder begrip dan in het civiel recht) :ook rechtspersonen kunnen strafbare feiten begaan.

**Een vervolging kan worden ingesteld tegen:**

**1. de corporatie zelf.**

**2 hen die opdracht tot/leiding aan het verboden feit hebben gegeven**

(degenen die feitelijk leiding geven). Het kan hier gaan om actief leiding geven maar ook om nalaten van maatregelen die gericht zijn op het beëindigen van verboden gedragingen binnen de rechtspersoon. Hiervoor moet de leidinggever uiteraard wel op de hoogte zijn van een en ander. Voor feitelijk leidinggeven heeft de HR een aantal criteria ontwikkeld:

**Aanvaardingscriterium:** bewust de aanmerkelijke kans aanvaarden dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen. Hiervan is sprake een leidinggevende op de hoogte is van malversaties in bedrijf en de tenlastegelegde feiten rechtstreeks verband houden met die malversaties.

**Machtscriterium:** indien de desbetreffende functionaris- hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden – maatregelen ter voorkoming van deze gedragingen achterwege laat. Een directeur kan dus niet vervolgd worden alleen omdat hij directeur is. Een directeur kan wel vervolgd worden onafhankelijk van het feit of de corporatie zelf vervolgd wordt.

**3 tegen de corporatie en de natuurlijke personen samen.**

Zie ook **Kabeljauwarrest:** in hoeverre kan een reder als rechtspersoon dader zijn van het 'uitoefenen van visserij' in de zin van overtreden van vangstbeperkingsbeschikking, p. 183. Een rechtspersoon kan ook opzet of schuld hebben, **Papa Blanca Arrest**, p.183. Deze vraag wordt uiteraard mede bepaald door aanwezige dolus of culpa bij relevante functionarissen van rechtspersoon en de interne organisatie van die rechtspersoon. Opzet aanwezig bij hoge functionaris leidt tot het aannemen van opzet bij de rechtspersoon.

Qua **publiekrechtelijke rechtspersonen** heeft de HR een onderscheid gemaakt in *gedragingen van de desbetreffende overheid die de uitvoering van een overheidstaak als zodanig betreffen* (niet de mogelijkheid tot strafbaarheid) en die *gedragingen van de overheid die primair de betekenis hebben van deelneming aan het economisch marktverkeer* (wel de mogelijkheid tot strafbaarheid).

HR maakt tevens onderscheid in *publiekrechtelijke rechtspersonen die een openbaar lichaam zijn* in de zin van hoofdstuk 7 GW, t.w. provincies, gemeenten, waterschappen ed waarbij strafrechtelijke vervolging niet steeds mogelijk is, en *publiekrechtelijke rechtspersonen die dit niet zijn* (strafrechtelijke vervolging steeds mogelijk). De Staat is geheel boven het strafrecht verheven.

Een eventuele niet-vervolgbaarheid van de rechtspersoon (omdat deze reeds ontbonden is of omdat op delict alleen een vrijheidsstraf staat) staat niet aan de vervolgbaarheid van de feitelijke leidinggever in de weg. Wanneer een leidinggevende van een publiekrechtelijke rechtspersoon in het geding is (bij het vervullen van een bestuursstaak) ligt dit anders; als publiekrechtelijke rechtspersoon niet vervolgbaar is, dan leidinggevende ook niet. Zie **Eerste Pikmeer Arrest**, p. 188-187. Door het **Tweede Pikmeer Arrest** is de immuniteit van hoofdstuk 7 rechtspersonen echter ingeperkt en dit heeft zijn weerslag op de vervolgbaarheid van feitelijk leidinggevend.

### **3. Toepasselijkheid van de Nederlandse Strafwet.**

De Nederlandse strafwet is toepasselijk op iedereen die zich in NL aan enig strafbaar feit schuldig maakt, art. 2 WvS. Een dergelijk artikel is van toepassing in een eenheidsstaat als NL en geldt niet altijd onverkort in bijv. een bondsstaat; wetten hebben een beperkte territoriale werking. In principe is de wet op iedereen van toepassing maar daarop zijn allerlei uitzonderingen van toepassing krachtens volkenrecht en verdragen.

Het **territorialiteitsbeginsel** is in ieder geval een van de aanknopingspunten voor de toepasselijkheid van de Nederlandse Strafwet. Het is echter niet altijd eenvoudig om te bepalen in welk land een misdrijf heeft plaatsgevonden, waar de locus delicti zich bevindt. Zie ook **Azewijn Arrest** en **Singapore Arrest**, p.188-189. Recente jurisprudentie heeft bepaald dat er meer dan 1 locus delicti aanwezig kan zijn:

**a. de plaats van de gedraging**: plaats waar slachtoffer de messteken kreeg waar hij elders aan overleed. Indien de gedraging uit handelen bestaat zijn er minder moeilijkheden dan wanneer de gedraging uit nalaten bestaat. Wordt omissiedelict nl. begaan op de plaats waar men verblijft of waar men had moeten handelen?

Strafbare feiten die begaan worden aan boord van buitenlandse schepen die in een Nederlandse haven liggen vallen onder de werking van de Nederlandse strafwet.

Verlengstuk van het territorialiteitsbeginsel is het **vlagbeginsel**: strafbare feiten begaan aan boord van een Nederlands (lucht)vaartuig waar ook ter wereld, leiden tot Nederlandse jurisdictie.

**b. de plaats waar het instrument zijn werking heeft.**

**c. de plaats waar de gevolgen intreden**: Sandoz affaire, p.189.

Een tweede aanknopingspunt voor Nederlandse jurisdictie wordt gevormd door het **personaliteitsbeginsel, ook wel het actief nationaliteitsbeginsel**: de Nederlandse strafwet volgt de Nederlander. Art. 5 WvS bevat 2 categorieën van gevallen waarin het personaliteitsbeginsel van toepassing is:

- bepaalde enumeratief opgesomde groepen strafbare feiten die typisch Nederlandse belangen raken zoals de veiligheid van de staat.
- alle gevallen van in het buitenland begane feiten die daar een strafbaar feit zijn en naar Nederlands recht een misdrijf; *de eis van dubbele strafbaarheid*.

Rechtvaardiging: de internationale solidariteit en het oude verbod eigen onderdanen

uit te leveren aan de staat waar het delict werd begaan.

Er geldt maar 1 verhinderende omstandigheid om tot vervolging over te gaan van delicten uit deze laatste categorie: het feit is in het buitenland niet alleen strafbaar gesteld (in abstracto) maar er geldt ook geen rechtvaardigingsgrond en is dus in concreto strafbaar.

Een derde aanknopingspunt: het **beschermingsbeginsel**. De bescherming van Nederlandse belangen tegen schending van wie dan ook, in het buitenland begaan, zie art. 4 sub 1, 2 en 4. Sporadisch verdedigd wordt het *passief nationaliteitsbeginsel*; mbt de belangen van het individuele, Nederlandse slachtoffer, omdat dit beginsel al snel de soevereiniteit van vreemde staten schendt.

Vierde aanknopingspunt: **universaliteitsbeginsel**. Beschermt internationaal algemeen erkende belangen door wie dan ook en waar dan ook geschonden, art. 4 sub 3, 5, 6 en 7. Vliegtuigkapingen, valsemunterij. Komt voort uit internationale verdragen. Universele jurisdictie is echter niet verplicht. Universaliteitsbeginsel kan het gevolg hebben dat staten elkaar onderling de les gaan lezen maar kan uiteraard ook bescherming bieden tegen uitwassen staatsterreur (genocide).

Art. 4a WvS biedt tenslotte nog de mogelijkheid om de Nederlandse strafwet toe te passen waar dit anders niet mogelijk zou zijn; bijv. een Nederlander begaat in het buitenland een strafbaar feit dat daar een misdrijf maar hier een overtreding is (een dergelijke overname in strafvervolging moet natuurlijk wel toelaatbaar zijn volgens internationale verdragen).

## **Hoofdstuk 7. Strafprocesrecht.**

### **1. Inleiding.**

Definitie: het geheel van voorschriften dat aangeeft hoe op de concrete feiten het materiele strafrecht toegepast moet worden. Doel van het strafproces is het achterhalen van de materiele waarheid door justitie. Maximale waarheidsvinding waarbij het beter is dan 10 schuldigen vrij te laten dan 1 onschuldige op te sluiten. Een rechtmatig overheidsoptreden is dus vereist.

Het openbare strafproces dient er ook toe om het standpunt van het OM naar voren te brengen. **De publieke functie** van het strafproces is ook dat er informatie verschaft moet worden over aan de orde zijnde maatschappelijke ontwikkelingen die daarbij aan de orde zijn. Ook wordt tijdens processen vastgesteld wat nu eigenlijk recht is; concrete inhoud van wetten wordt vastgesteld, wetgeving wordt getoetst. Tot slot heeft de *openbaarheid van het strafproces een belangrijke controlefunctie*.

### **Historische ontwikkeling, p. 194-196.**

Voor 1200 nauwelijks sprake van vervolging door de overheid zoals nu. Na 1200 komt overheidsgezag sterk op. Franse Revolutie betekent een keerpunt in het tot bloei komen van het inquisitoire procestype.

Huidig vooronderzoek is gematigd inquisitoir, eindonderzoek gematigd accusatoir. Zwaartepunt van onderzoek ligt nu in het eindonderzoek, o.a. doordat de getuigenis van 'horen zeggen' nu door HR geaccepteerd is. Positie van verdachte is echter niet alleen maar verslechterd; mini-instructie uit het art. 36a-36<sup>e</sup> dat stelt dat verdachte die vervolgd gaat worden of daadwerkelijk vervolgd wordt, de rechter-commissaris kan verzoeken om onderzoekshandelingen te verrichten. Ook: het leerstuk van onrechtmatig verkregen bewijs: in strijd met de wet verkregen bewijs en de 'besmette vruchten' daarvan worden uitgesloten van de bewijsvoering. OvJ en rechter-commissaris hebben bovendien dusdanige informatieplichten jegens de verdediging dat schending daarvan tot niet ontvankelijkheid van de OvJ en de vervolging leidt (equality of arms).

Niettemin draagt eindonderzoek door dossiervorming altijd sporen van vooronderzoek. Eindonderzoek dient er toe om de behoorlijkheid en afdoendheid van het vooronderzoek ter discussie te stellen. O.i.v. Europese jurisprudentie gaat **onmiddellijkheidsbeginsel** een belangrijkere rol spelen; de bewijsvoering moet ten overstaan van de rechter plaatsvinden op de zitting.

Drie karakteristieken:

1. naarmate een individuele strafzaak vordert, wordt het doorgaans meer belastend voor de verdachte; van voorwerp van politieonderzoek, via arrestatie naar vervolgd worden, terechtstaan en bestraft worden.
2. naarmate het proces vordert verandert de rol van de staat; belang van de benadeelde burger neemt af, dat van de staat neemt toe.
3. Naarmate het proces vordert verandert de aard van de rol van de staat; deskundigen wijzigen zich (van speurders naar juristen) en daarmee wijzigt ook de aandacht; van feiten naar normen en doctrines.

**De strafprocedure bestaat uit:**

1. opsporing
2. vervolging
3. openbare terechtzitting en uitspraak
4. rechtsmiddelen
5. tenuitvoerlegging.

Het 1<sup>e</sup> artikel in het WvS meldt dat strafvordering alleen plaatsheeft op de wijze die door de (formele) wet voorzien is; dit artikel vormt een complement op het legaliteitsbeginsel uit art. 1. Daadwerkelijke rechtsbescherming ligt ook in de procedure; van bescherming zou weinig terecht komen als procedure geheim was of overgelaten werd aan willekeurige veranderingen van materiele (lokale) wetgevers. Zie **Muilkorf Arrest** en **APV Groningen Arrest**, p.199.

**2. Opsporing.**

Art. 132a, opsporing behelst:

- a. het onderzoek
- b. o.l.v. de OvJ
- c. naar aanleiding van een redelijk vermoeden
- d. dat een strafbaar feit is begaan of dat in georganiseerd verband nader omschreven misdrijven worden beraamd of gepleegd
- e. met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen.

Het opsporingsonderzoek dient ertoe om de toedracht van strafbare feiten die gepleegd zijn, gepleegd worden of gepleegd gaan worden op te helderen en aan de rechter voor te leggen. Opsporing geschiedt door opsporingsambtenaren van regionale politiekorpsen en korps landelijke politiediensten. Daarnaast: OvJ, (onder)officieren van de Koninklijke Marechaussee, bijzondere ambtenaren van politie en buitengewone opsporingsambtenaren (van AID, ECD en FIOD). Niet alle ambtenaren van genoemde korpsen hebben opsporingsbevoegdheid (administratieve krachten) of algemene opsporingsbevoegdheid (spoorwegpolitie, postale recherche). Qua opsporingstaak staan alle functionarissen onder het gezag van de Officier van Justitie. Ook anderen dan verdachten kunnen voorwerp van opsporingsactiviteiten zijn (getuigen, infiltranten, slachtoffers).

**Hoe komt de politie aan informatie over strafbare feiten:**

**1. Aangifte van een strafbaar feit:** iedereen kan aangifte doen van een strafbaar feit die daarvan kennis draagt, art. 161 WvS. T.a.v. sommige strafbare feiten is iedereen zelfs verplicht om aangifte te doen, art. 160 WvS. Aangifte is geen voorwaarde voor het mogen instellen van een opsporingsonderzoek maar het uitblijven van een aangifte kan het onderzoek wel bemoeilijken. Bijzondere vorm van aangifte: de klacht, nl. met verzoek tot vervolging, art. 164 WvS. Alleen terzake van klachtdelicten.

**2. Politie-surveillance of gerichte controles, tijdens onderzoek naar de toedracht van een ander strafbaar feit:** politie kan onbedoeld stuiten op andere strafbare feiten dan waarnaar zij op zoek waren = voortgezette toepassing van bevoegdheden. Voor opsporingshandelingen geldt echter wel het vereiste van zuiverheid van oogmerk: een opsporingsbevoegdheid uit 1 wet bewust toepassen om



tot resultaat in een andere wet te komen, zonder dat deze wet een dergelijke bevoegdheid geeft is een *détournement de pouvoir*. Self fulfilling prophecy: extra aandacht op bepaalde groepen richten met als resultaat meer geconstateerde feiten waardoor het bestaande beeld dat die groep meer delicten pleegt bevestigd wordt (kan schending van het gelijkheidsbeginsel betekenen). Is toegestaan afhankelijk van de ernst en de frequentie van het verboden gedrag.

**3. Tips:** gevraagd en ongevraagd, afkomstig uit burgerij of onderwereld. Indien de tip de basis vormt voor het uitoefenen van een dwangmiddel moet hij **intersubjectieve geldigheid** hebben; specifiek, verifieerbaar en betrouwbaar.

Een tip kan een redelijk vermoeden van schuld opleveren = **de tip wordt operationeel** gebruikt. Hiervan moet onderscheiden worden het gebruik van **de tip als bewijsmiddel** die aan bepaalde eisen moet voldoen. Voor anonieme verklaringen geldt wat dat betreft een apart regime.

4. Opsporing gericht op georganiseerde criminaliteit: infiltratie, pseudo-koop en gericht afluisteren; de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden (BOB) regelt politie-optreden en intensificeert het toezicht daarop door de OvJ.

## 2.1. Opsporing versus controle.

WvS was traditioneel gericht op de verdediging van rechten en bevoegdheden van politie/justitie/verdachte nadat een strafbaar feit was begaan. Optreden was **repressief** gericht: vaststellen van schuld en opleggen van sanctie. Intussen is wetgeving aangepast/ontwikkeld die ook **preventief** optreden mogelijk maakt. Vraag is of verdachte in die fase gedwongen kan worden om mee te werken aan onderzoek. HR is van mening dat bepaalde vormen van medewerking kunnen worden verlangd (gegevens voor fiscus, inzage kentekenbewijs). Er is wat dat betreft geen verschil van plichten voor een niet-verdachte en een wel-verdachte. Preventieve controlebevoegdheden mogen worden gebruikt in een situatie waarin materieel sprake is van een verdachte die formeel echter nog niet zo behandeld wordt. Waarborgen voor verdachte moeten daarbij in acht worden genomen (zwijgrecht bijv.). Controlebevoegdheden mogen ook worden toegepast wanneer er aanwijzingen van wetsovertreding zijn maar er nog geen geïndividualiseerde verdenking is. Met bepaalde controlehandelingen (alcoholgehalte meten, zuiverheid van grondstoffen bepalen) wordt het bewijs van een latere tenlastelegging in essentie vaak al geleverd tenzij contra-expertise anders uitwijst of er op het onderzoek iets aan te merken viel.

## 2.2. De verdachte.

Art. 27 Sv; degene te wiens aanzien uit feiten en omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit voortvloeit.

### Drie eisen:

**1. Voorafgaande feiten/omstandigheden:** pure intuïtie wordt dus uitgesloten. Politie-ervaring en bekendheid met bepaalde arrestanten spelen wel een rol.

**2. Een redelijk vermoeden.** Bestaande uit:

**a. objectiviteitsvereiste:** de conclusie uit de feiten en de omstandigheden moet redelijk zijn, niet onlogisch of absurd voor de objectieve buitenstaander.

**b. waarschijnlijkheidsvereiste:** de kans dat verdachte de dader is wordt groter geacht dan de kans dat hij het niet is.

Een enkele mogelijkheid dat verdachte bijv. verdovende middelen bij zich zou kunnen hebben, levert geen redelijk vermoeden van overtreding van de Opiumwet op.



**3. Een strafbaar feit.** Er moet sprake zijn van een bepaald strafbaar feit, niet een willekeurig strafbaar feit.

Dus uitleg verdachte-begrip: er moet een objectief afleidbaar vermoeden zijn uit voorafgaande feiten of omstandigheden, dit moet een waarschijnlijkheid van daderschap uitdrukken en betrekking hebben op een bepaald strafbaar feit.

**Tweede uitgangspunt: het staat de verdachte vrij om zijn eigen houding te bepalen tot het strafproces.** M.a.w. hij is niet verplicht tot antwoorden, verklaringen onder fysieke of geestelijke dwang zijn verboden (wijzen op de mogelijkheid dat verdachte na bekentenis naar huis kan valt daar niet onder, 6 dagen van in verzekeringstelling evenmin).

**Derde uitgangspunt** (afkomstig uit Europees Verdrag): tijdens de strafprocedure moet verdachte als onschuldig behandeld worden, niet als iemand wiens schuld bij voorbaat vast staat (**praesumptio innocentiae**).

Uitgangspunt 2 en 3 bevinden zich in het spanningsveld tussen de belangen van criminaliteitsbestrijding enerzijds en rechtsbescherming van het individu anderzijds. Uitgangspunten verlenen inhoud aan art. 14 lid 3 sub 9 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten: **het verbod van zelfincriminatie**. Zie ook **Funke versus Frankrijk**, p. 208. Het zwijgen van de verdachte levert geen bewijsmiddel op maar kan de rechter wel sterken in zijn overtuiging dat bepaald bewijsmiddel geloofwaardig is, m.n. als het om een punt gaat dat om een verklaring van een verdachte vraagt. Ook het inroepen van een strafuitsluitingsgrond vraagt om spreken. Liegen kan wel een bewijsmiddel opleveren.

Art. 29 Sv verplicht verhoorders om de verdachte mee te delen dat hij niet tot antwoorden verplicht is (**cautie**). Het niet naleven van dit voorschrift betekent een **substantiële nietigheid** indien de verdachte daardoor in zijn verdediging geschaad kan zijn. Dit is het geval indien de verdachte geen raadsman had en zijn verklaring voor het bewijs is gebruikt. Art. 29 is menigmaal de inzet van rechtsstrijd. Stelt de politie in een te vroeg stadium vragen - dus zonder dat iemand verdachte is en zonder cautie) dan telt dat als verhoor en is eventueel verkregen bewijs niet toegelaten. Zet de politie echter te snel dwangmiddelen in – zonder redelijk vermoeden – dan mag het daaruit voortgekomen bewijs evenmin toegelaten worden. HR heeft hier de spelingsruimte van de **informatieve voorfase** toegestaan.

Onder dwang of bedrog afgelegde verklaringen kunnen niet worden gebruikt als bewijsmateriaal evenmin als de eerder genoemde vruchten van de giftige boom.

### **2.3. Rechtshulp.**

Fundamentele eis van equality of arms: het waarborgen van adequate rechtsbijstand van een advocaat naar keuze. Twee hoofdtaken van de advocaat:

**1. Hulpverlening aan de verdachte:** juridische hulp. Informeren en adviseren van verdachte, voeren van overleg met politie en justitie, schadevergoedingen aanbieden enz. Hulp is niet louter juridisch, advocaat heeft de positie van vertrouwenspersoon die verplicht is tot geheimhouding. Raadsman moet mogelijkheid tot vrij verkeer met verdachte hebben; ongecontroleerde gesprekken, ongecensureerde briefwisseling.

**2. Procesbewaking:** ziet toe op de juiste inachtneming van wettelijke voorschriften

mbt de behandeling van de zaak tegen de verdachte zoals op vormen en termijnen. Raadsman heeft het recht op zich te laten horen op belangrijke momenten: tijdens de invezekeringstelling van verdachte, tijdens de behandeling van de voorlopige hechtenis, tijdens verhoren door de rechter-commissaris, tijdens gerechtelijke vooronderzoek en op de terechtzitting. Advocaat is wel bevoegd om cliënt tijdens politieverhoren bij te staan maar niet gerechtigd. Onder omstandigheden kan echter het weigeren van vroegtijdige bijstand van raadsman in strijd zijn met het fair trial beginsel uit de EHRM.

Een advocaat kan toegevoegd (betaald door de staat) of gekozen zijn (betaald door de verdachte).

## 2.4. Heterdaad.

Art. 128 Sv; wanneer het strafbare feit ontdekt wordt terwijl het begaan is of terstond nadat het begaan is. Bepaalde exceptionele bevoegdheden kunnen toegepast worden bij een heterdaad indien het om een feit gaat waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk is (o.a. aanhouding, doorzoeken ter inbeslagneming, vorderen van inlichtingen over telecommunicatieverkeer enz).

Voor een heterdaad moeten de sporen vers zijn en de politie moet wegens dit strafbare feit onafgebroken bezig zijn met de opsporing en het dwangmiddel toepassen (dus niet toevallig enige tijd na het begaan van het strafbare feit op bewijsmiddel stuiten). Bijzonderheden van het geval zijn beslissend.

## 2.5. Dwangmiddelen en onderzoek.

Drie soorten dwangmiddelen: tegen personen, mbt zaken en mbt plaatsen.

### Belangrijkste dwangmiddelen:

**1. Staande houden:** art. 52Sv. Doel: de verdachte naar zijn personalia vragen. Is alleen toegestaan voor opsporingsambtenaren. Verdachte mag straffeloos vluchten.

**2. Aanhouden (wordt in de volksmond arresteren genoemd):** art. 53, 54 Sv. Bij heterdaad mag ook de gewone burger tot aanhouding overgaan, daarbuiten eerst de OvJ. Kan zijn komst niet afgewacht worden, dan de hulpofficier, kan zijn komst niet afgewacht worden dan elke opsporingsambtenaar = afdruipe bevoegdheden. Doel: voorgeleiding voor een OvJ en verhoor. Voorgeleiding moet zo snel mogelijk, ophouden van verdachte voor verhoor mag niet langer dan 6 uur duren, tijd tussen 24.00 en 9.00 niet meegerekend. Bij heterdaad is aanhouden voor misdrijven en overtredingen mogelijk daarbuiten alleen voor misdrijven waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk is (en nog voor sommige bepaalde overtredingen, p.215).

**3. Fouilleren:** art. 56 Sv. Opsporingsambtenaren mogen fouilleren aan kleding, onderzoek aan lichaam alleen bij ernstige bezwaren op bevel van RC. Inwendig alleen op bevel van OvJ of RC door arts. Voor ernstige bezwaren is meer nodig dan alleen een redelijk vermoeden van schuld en bovendien moet de fouillering gerechtvaardigd zijn. Is verdachte onterecht gefouilleerd dan telt verkregen bewijsmateriaal niet. Uitzondering; krachtens Opiumwet mag een verdachte wel worden gefouilleerd zonder aangehouden te zijn.

**4. Binnentreden:** art. 55 lid 2 Sv. Ter aanhouding van de verdachte van een misdrijf kan iedere plaats betreden worden door opsporingsambtenaren. Voor binnentreden in een woning zonder iemands toestemming moet aan verschillende eisen worden voldaan:

a. voorafgaande

b. schriftelijke machtiging

c van een justitiële functionaris (A-G, OvJ of hulp-OvJ).

Een dergelijke machtiging wordt alleen in een bepaalde zaak, voor een bepaald doel en een bepaalde woning afgegeven.

**Subsidiariteitsvereiste:** doel van binnentreden vereist dat dit zonder de toestemming geschiedt van de bewoner.

**Proportionaliteitsvereiste:** inbreuk op recht van huisvrede mag niet groter zijn dan door de omstandigheden wordt gerechtvaardigd.

**5. Schouw:** hier gaat het boek niet nader op in, p. 219.

**6. Doorzoeken:** term is in plaats gekomen van huiszoeking. Van doorzoeken is sprake bij gericht en stelselmatig zoeken. Doorzoeken is geen vrijbrief voor het veroorzaken van schade en overlast (let weer op proportionaliteit/evenredigheid). In welke gevallen mag worden doorzocht?

a. Ter aanhouding van de verdachte. Art. 55a Sv.

b. Ter inbeslagneming van voorwerpen in voertuigen, art. 96b.

c. Ter inbeslagneming door officier. Art. 96cSv.

d. Ter inbeslagneming door RC. Art. 110 en 97 Sv.

e. In het kader van een strafrechtelijk financieel onderzoek naar wederrechtelijk verkregen voordeel, OvJ, art. 126c Sv.

RC geeft leiding aan doorzoeking (betekent niet dat hij ook aanwezig moet zijn).

Worden achteraf de vereiste machtigingen (zie de wetsartikelen!) niet verleend dan zorgt de OvJ ervoor dat de gevolgen van de doorzoeking zoveel mogelijk ongedaan gemaakt worden. Komen tijdens doorzoekingen andere illegale voorwerpen

tevoorschijn dan mogen deze in beslag genomen worden (uitkijken voor misbruik van bevoegdheden). Doorzoeking bij geheimhouders alleen mogelijk indien dit het beroepsgeheim niet schendt.

**7. In beslag nemen:** art. 94 Sv.

- Voorwerpen die kunnen dienen om de waarheid aan de dag te brengen.

- Voorwerpen waarvan de verbeurdverklaring of de onttrekking aan het verkeer kan worden bevolen.

- Voorwerpen die kunnen dienen om wederrechtelijk verkregen voordeel aan te tonen.

Wie er in beslag mogen nemen hangt af van de omstandigheden, zie art. 95 en 96 Sv.

Naarmate de bevoegdheid om tot inbeslagneming te kunnen komen ingrijpender is, is de betrokkenheid van hogere autoriteiten dan opsporingsambtenaren vereist. Een bewoner kan inbeslagneming voorkomen – en dus de daaraan voorafgaande doorzoeking – door het voorwerp vrijwillig af te staan. Heeft de inbeslagneming onrechtmatig plaatsgevonden dan wordt de bewijswaarde nihil.

Zodra het belang van strafvordering zich er niet meer tegen verzet zal de OvJ het voorwerp teruggeven aan degene bij wie het in beslag genomen is, art. 116 Sv lid 1.

**8. Het computeronderzoek:** art. 125i-125n Sv, tamelijk jong dwangmiddel, biedt mogelijkheden om in databases en computerbestanden rond te neuzen en om deze te laten overbrengen naar de griffie. Doel: waarheidsvinding.

**9. Het strafrechtelijk financieel onderzoek:** art. 126-126f Sv, biedt het kader voor specifiek op de opsporing en vaststelling van de omvang van wederrechtelijk verkregen voordeel gerichte dwangmiddelen. Machtiging van RC is nodig voor instellen sfo. Een met het sfo belaste opsporingsambtenaar heeft verschillende bevoegdheden tegenover derden, art. 126a, b en c Sv. Het sfo wordt door de OvJ discretionair (indien voltooid of verder zinloos) of verplicht (er vindt geen veroordeling plaats of er

is een transactie tussen verdachte en OvJ gesloten of de verdachte komt met een schikking waarbij hij afstand doet van wederrechtelijk verkregen voordeel) afgesloten. Art. 126 Sv, 74 WvS, 511 Sv.

**10. Deskundigenonderzoek:** omtrent de persoonlijkheid van de verdachte (psychiatrisch/psychologisch) of technisch onderzoek (sporen, DNA).

**11. Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheid:** p. 225 geeft de indeling weer van de wet BOB. Met deze wet is een ruime definitie van opsporingsonderzoek ingevoerd in het wetboek van Strafrecht. De titels IVa en V- gevallen waarin bijzondere bevoegdheden mogen worden toegepast verschillen van elkaar. IVa behandelt gevallen van concrete verdenking, bij V gaat het om georganiseerde criminaliteit. Onderscheid ligt vooral in gevallen waarin bijzondere bevoegdheden gebruikt mogen worden de voorwaarden die daaraan verbonden zijn. De toenemende ernst van de mogelijke inbreuk in grondrechten gaat gepaard met een toenemende categoriale inperking van gevallen waarin de bijzonder bevoegdheden uitgeoefend mogen worden. Ook wordt de justitiële autoriteit die toestemming moet geven steeds zwaarder.

In verschillende gevallen is er **burgerassistentie** mogelijk:

a. stelselmatig **informatie laten inwinnen** door een burger vereist verdenking van een misdrijf in georganiseerd verband, art. 126v WvS.

b. **burgerinfiltratie** kan alleen plaatsvinden wanneer politieke infiltratie in abstracto toegelaten maar in concreto onmogelijk is, art. 126x WvS.

c. voor pseudo-koop/dienstverlening geldt hetzelfde als bij b, art. 126z WvS.

Opsporingsambtenaren mogen geen strafbare feiten uitlokken. Art. 126h,i,p,q,w,x,y en z WvS geven het **Tallon criterium**: een reeds bestaande opzet mag door strafvorderlijk optreden slechts zichtbaar gemaakt worden. Op p. 228-230 worden nog wat specifieke zaken aan de orde gesteld zoals afluisteren, afluisteren bij geheimhouders, kennisgeving aan betrokkenen, opsporing en drugs en grootschalig bevolkingsonderzoek (DNA). Zie daarvoor ook de betreffende wetsartikelen.

**12. Inverzekeringstelling:** op bevel van de OvJ, kan 3 dagen duren en 1x verlengd worden voor dezelfde tijd door de OvJ, art. 57 en 58 Sv. Kan alleen op verdenking van feiten waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk is met als grond dat de verdachte in het belang van het onderzoek ter beschikking moet blijven. Verlenging alleen op grond van dringende noodzakelijkheid. Verdachte moet uiterlijk binnen 3 dagen en 15 uur voorgeleid worden aan rechter (**EHRM inzake Brogan versus UK**).

### **3. Vervolg.**

De voorlopige hechtenis begint met **bewaring**, duur is maximaal 10 dagen. Bewaring en andere vormen van voorlopige hechtenis zijn beperkt tot de volgende gevallen waarin en gronden waarop zij kunnen worden bevolen:

**a. er moeten ernstige bezwaren tegen de verdachte bestaan**, art. 67 lid 3 Sv.

**b. het moet om 1 van de gevallen gaan uit** art. 67 lid 1 sub a, b en c of 67 lid 2 Sv.

**c. er moet een grond zijn voor voorlopige hechtenis**, t.w.

- ernstig gevaar voor vlucht, art. 67a lid 1 sub a Sv.

- gewichtige reden van maatschappelijke veiligheid volgens art. 67a lid 2, 1<sup>e</sup>, 2<sup>e</sup>, 3<sup>e</sup>, 4<sup>e</sup> Sv: rechtsorde ernstig geschokt, veiligheid van de staat, vermogensmisdrijven + recidive daarvan, gevaar voor collusie (het belemmeren van het onderzoek door het wegmaken van bewijsmateriaal).

Rechtsmiddel tegen voorlopige hechtenis: verzoek tot opheffing bij de rechtbank, art.



69 Sv. Bewaring kan ook worden geschorst. Na de bewaring is er voortgezette vrijheidsberoving mogelijk in het kader van gevangenhouding.

**Gevangenhouding.** Op bevel van de rechtbank, op vordering van de OvJ. Duur is maximaal 30 dagen met een mogelijke verlenging van 2x 30 dagen door de raadkamer. Rechtsmiddel: hoger beroep bij het gerechtshof (mag maar 1 keer). De rechter moet er voor zorgen dat er geen gevangenhouding wordt toegepast als er geen vrijheidsstraf te verwachten valt en de duur van het voorarrest die van de te verwachten strafmaten niet zal overtreffen.

Een eenmaal aangenomen grond blijft niet automatisch zijn kracht behouden gedurende de hele duur van het voorarrest (**Letellier, EHRM. P. 232**). Er moeten redelijke gronden voor voorarrest bestaan en blijven bestaan en bovendien moeten deze gronden met feiten worden onderbouwd.

**Gevangenneming:** indien de verdachte zich tijdens onderzoek ter terechtzitting op vrije voeten bevindt of nog in verzekeringstelling kan gevangenneming worden bevolen. Bij het opleggen van een vrijheidsstraf moet de tijd die in voorarrest is doorgebracht in mindering worden gebracht op de straf. Heeft een verdachte wel in voorarrest gezeten maar is er geen vrijheidsstraf opgelegd, dan kan de in voorarrest doorgebrachte tijd worden vergoed op gronden van onbillijkheid, art. 90 Sv. Maakt niet uit of de detentie onrechtmatig/rechtmatig maar ten onrechte toegepast is. Naast strafrechtelijke regeling is ook acte uit onrechtmatige daad bij de civiele rechter mogelijk; indien uit strafrechtelijke procedure is gebleken dat verdachte onschuldig is of dat dwangmiddel in strijd met het recht is toegepast (onzorgvuldig) kan bij civiele rechter schadevergoeding gevorderd worden.

### **3.1. Het gerechtelijk vooronderzoek.**

Vorbereidend onderzoek (gaat vooraf aan openbare terechtzitting) bestaat uit gerechtelijk onderzoek en opsporingsonderzoek. Deze kunnen onafhankelijk van elkaar plaatsvinden = **parallele opsporing**. Leiding ligt bij de RC. Iedere rechtbank heeft 1 of meer RC's in strafzaken, art. 170 WvS. Vaste taak van een RC; verhoren en voorgeleiden en verlenen van machtigingen tot de uitoefening van bijzondere opsporingsbevoegdheden. RC kan in de praktijk lijdelijk of actief zijn.

Art. 36a Sv: de mini-instructie. Een verdachte kan om een onderzoek door een RC vragen indien hij redelijkerwijs kan verwachten dat hij in NL zal worden vervolgd ter zake van een strafbaar feit. Deze verwachting moet voorkomen uit een handeling die de Stat jegens hem verricht heeft.

Voor het mogen uitoefenen van ingrijpende dwangmiddelen of opsporingsbevoegdheden is een gvo (gerechtelijk vooronderzoek) niet meer nodig (dankzij taken van de RC). De RC zorgt ervoor dat rechters op de zitting een zo compleet mogelijk beeld van de verdachte hebben qua feiten en persoon van de verdachte.

In een gvo is verdachte voorwerp van onderzoek en tevens bezitter van rechten; hier mag hij zich tijdens de verhoren laten bijstaan door zijn advocaat (is niet het geval tijdens politieverhoren).

Afdelingen 2 t/m 5 van titel III, boek 2 Sv geven regels voor verhoor.

T.a.v getuigen geldt dat niemand wordt uitgesloten van het geven van getuigenis



tenzij hij daarvoor kiest op grond van verschoning, art. 217-219a Sv. Verschil tussen weigeren getuigenis af te leggen en het weigeren van bepaalde vragen. Door beëdiging van een getuige in het gvo (waar in NL het zwaartepunt van het strafproces ligt) krijgt diens verklaring, art. 298 Sv, de waarde van een beëdigde getuigenverklaring ter zitting. Voor de bewijskracht maakt het niet uit of een getuige beëdigd wordt; proces-verbaal van verhoor opgemaakt door de RC is een wettig bewijsmiddel en het is aan de rechter om te oordelen over de inhoud daarvan (geldt ook voor politie-pv). Deze betekenis voor het bewijs van het proces verbaal heeft de ontwikkeling mogelijk gemaakt dat de **anonieme getuige** is opgedoken in het strafproces en wel in die mate dat iemand puur op grond van een anonieme verklaring kon worden veroordeeld. Zie ook **Kostovski/EHRM (anonieme burgergetuigen)** en **van Mechelen versus NL Arrest (anoniem arrestatieteam)**, p.237. Dit laatste arrest maakt het onzeker of de Wet Getuigenbescherming wel helemaal aan de Europese standaard voldoet, m.n. art. 22d, lid 1 Sv. Art. 226a e.v. bepaalt onder welke omstandigheden de RC een getuige zonder vermelding van personalia mag horen (de bedreigde getuige). RC moet tijdens verhoor de betrouwbaarheid van de bedreigde getuige onderzoeken, art. 226<sup>e</sup>. Voor verklaringen van anonieme en bedreigde getuigen gelden speciale bewijsregels, art. 344, lid 5, 344a, 360 Sv en paragraaf 4.4.2 ad 1).

RC heeft eveneens de bevoegdheid om binnen zekere grenzen onderzoek aan lichaam en kleding te bevelen; resultaat moet medegedeeld worden, mogelijkheid tot contra-expertise moet aanwezig zijn, DNA profielen moeten bewaard worden. Verdachte kan gedwongen worden tot medewerking (**Saunders Arrest EHRM**, p. 239 waar verwijzing staat naar p. 208).

GVO wordt gesloten door RC maar kan ook eindigen door mededeling OvJ dat van verdere vervolging wordt afgezien of door het uitbrengen van een dagvaarding tegen de verdachte die zich in voorlopige hechtenis bevindt (het *wegdagvaarden*). Voor de aanvang van het eindonderzoek (op de zitting dus) kunnen nog onderzoekshandelingen verricht worden door RC; op vordering van OvJ of op verzoek van de verdachte. Dit beperkte onderzoek geldt ook als gvo en moet niet verward worden met de mini-instructie van art. 36a Sv e.v.

### 3.2. Verder vervolgen.

OvJ moet beslissen over succes van eventuele vervolging (het **opportuiniteitsbeginsel**), art. 242 Sv e.v. Aantal mogelijkheden (4):

**1. De kennisgeving van niet verdere vervolging:** sepot. Technisch sepot of sepot op beleidsgronden.

**2. De kennisgeving van voorwaardelijke niet verder vervolging:** aan een sepot kunnen voorwaarden gesteld worden (straatverboden, zich onder behandeling laten stellen, schadevergoeding aan slachtoffer enz.). Voorwaarden kunnen positieve uitwerking op de verdachte hebben (dat is de bedoeling) maar ook repressief of punitief zijn.

**3. De kennisgeving van verdere vervolging**

**4. De dagvaarding.**

### 3.3. Tweemaal lastig gevallen worden.

Geldt ne bis in idem ook in die fase van de procedure waarin nog geen uitspraak over het feit is gedaan? Behalve in art. 68 WvS bestaat er ook art. 255 Sv dat ook werkt in de fase van vervolging voor het onderzoek op de terechtzitting. Art. 255 betreft 4 **gevallen waarin voor de OvJ processueel de kous af is:**

**1. Na de buiten vervolging stelling van de verdachte op een bezwaarschrift tegen de dagvaarding.**

**2. Na kennisgeving van niet verdere vervolging.**

**3. Na de verklaring van de rechtbank waarmee de zaak beëindigd wordt.**

**4. Na termijnverzuim.**

De bescherming van artikel 255 Sv gaat echter minder ver dan art. 68 WvS: zijn er nieuwe feiten bekend geworden of komen er niet onderzocht verklaringen en stukken boven water, dan is hervatting van de vervolging mogelijk. Dit is terzake van hetzelfde feit bij vrijspraak niet mogelijk.

### 3.4. Vervolgingsbeleid.

Wel of niet vervolgen hangt af van de discretionaire bevoegdheid van de OvJ. Er is echter een impuls aan uniforme beleidsontwikkeling gegeven door de instelling van het college van Procureurs-Generaal. Rondom de instelling van dit college zijn enige strubbelingen geweest, p. 242-243. PG's hebben enige regels vastgesteld en gepubliceerd omtrent de uitoefening van het beleid van de OvJ; geen algemeen bindende voorschriften maar binden OM toch op grond van de beginselen van behoorlijke procesorde. Binden de rechter niet maar toch ontkomt deze niet aan het uitspreken van niet ontvankelijkheid van het OM wanneer dit in strijd met een richtlijn vervolgt.

Rechterlijke controle op de vervolgingsbeslissing van de OvJ vindt met mate plaats. Er bestaat de mogelijkheid om een bezwaarschrift tegen de dagvaarding in te dienen. Belanghebbenden kunnen zich echter bezwaard voelen over het feit dat er tegen hen juist geen vervolging ingesteld wordt, art. 12 Sv biedt dan de mogelijkheid om een klacht in te dienen. Dagvaarding en klacht leiden echter niet tot *integrale* toetsing van het recht (alleen maar juridische argumenten). Beleidsvrijheid van het OM wordt gerespecteerd door de rechterlijke macht. Rechter kan echter wel eigen afweging maken van opportuniteit en haalbaarheid van de vervolging. Hiervoor moet er wel sprake zijn van enerzijds een publiek belang en anderzijds een individuele verwijtbaarheid.

### 3.5. De dagvaarding.

#### Drie functies:

**1. Het oproepen van de verdachte.** Tussen dag van uitreiking en zitting moet minstens 10 dagen liggen. Betekening (art. 588 Sv) geschiedt in persoon waarbij het adres in het GBA beschouwd wordt als dagvaardingsadres.

**2. Het informatie verschaffen** aan verdachte over processuele rechten (ter voorbereiding van zijn verdediging).

**3. De tenlastelegging** van het feit waarvoor de verdachte ter verantwoording wordt geroepen: feit, tijdstip en plaats (verplicht). Verdere omstandigheden kunnen opgenomen zijn.

Dagvaarding kan ingetrokken worden tot het moment waarop de zaak ter zitting wordt uitgeroepen.

Er zijn tevens nog veranderingen mogelijk in de dagvaarding. Vier typen:

1. **Aanpassing** van de tenlastelegging, art. 314a Sv. Het gaat hier om een summiere tenlastelegging die enigszins aangepast worden: moet wel verband houden met de oorspronkelijke tenlastelegging.

2. Bij het geding voor de politierechter is het mogelijk om de aangehouden en voorgeleide verdachte voor dezelfde dag/eerstkomende zitting te dagvaarden met een korte aanduiding van het feit dat vervolgens op de zitting wordt **aangevuld** met een nadere opgave van dat feit, art. 376 Sv. Gebeurt bij snelrecht.

3. De tenlastelegging kan **uitgebreid** worden met strafverzwarende omstandigheden die op de zitting zijn gebleken en niet zijn tenlastegelegd.

4. De tenlastelegging kan **gewijzigd** worden (fouten, onjuistheden, onvolledigheden kunnen hersteld worden, verkeerd vermelde tijd of plaats kan verbeterd worden). Tenlastelegging moet wel hetzelfde feit van art. 68 WvS blijven bevatten Zie voorbeeld **illegale schol en Tjoelker**, p.247). Wijziging van de tenlastelegging kan de verdediging aantasten; daarom zijn er ook een aantal waarborgen ontwikkeld.

- vordering van OvJ moet schriftelijk worden overlegd aan de rechtbank die toestemming tot wijziging moet geven
- verdachte of raadsman kan het woord krijgen
- afschrift van toegestane wijziging wordt aan verdachte gegeven
- onderzoek wordt zonodig geschorst om de verdediging de kans te geven tot voorbereiding.

Wijziging van de tenlastelegging is ook nog mogelijk na het requisitoir en zelfs nog in hoger beroep – ook nadat OM in appel tot vrijspraak heeft gerequireerd.

Vervolgens schetst het boek nog een aantal problemen met de dagvaarding door verkeerde woordkeuze of gebrekkige omschrijvingen in de dagvaarding, p.248-250.

### **Cumulatieve, subsidiaire en alternatieve tenlasteleggingen.**

**Cumulatieve tenlastelegging:** meerdaadse samenloop van misdrijven, misdrijven/overtredingen of van verschillende overtredingen.

**Subsidiaire tenlastelegging:** er worden meer strafbare feiten tenlastegelegd die hetzelfde grondpatroon hebben waarbij het ene strafbare feit een species van het andere (genus) strafbare feit. Bijv. dronkenschap (species) en gevaarlijk rijden (genus). Valt het ene feit niet te bewijzen dan blijft het andere over.

**Alternatieve tenlastelegging:** lijkt qua vorm op subsidiair maar qua inhoud sluiten de delicten elkaar uit. Voorbeeld: diefstal en verduistering.

### **3.6. Bezwaarschrift tegen de dagvaarding.**

Toetsinggronden: onbevoegdheid van de rechtbank, niet-ontvankelijkheid van OvJ, niet-strafbaarheid van feit of verdachte en onvoldoende aanwijzing van schuld, art. 250 Sv. Wordt het bezwaarschrift gegrond verklaard dan wordt de verdachte buiten vervolging gesteld, behalve als de rechtbank onbevoegd is. Toetsing is marginaal.

### **4. Openbare terechtzitting en uitspraak.**

RC mag niet deelnemen aan het eindonderzoek van dezelfde zaak waarin hij

onderzoek heeft verricht, art. 268 lid 1 Sv. Andere waarborgen voor onpartijdige rechtspraak: rechter kan zich verschonen en gewraakt worden vanwege veronderstelde vooringenomenheid of persoonlijke relatie met verdachte. Gaat hier ook om de *schijn* van partijdigheid (dus niet alleen maar objectieve partijdigheid). Klachten van partijen dienaangaande worden behandeld door de vierde kamer van de Hoge Raad (ombudskamer).

#### 4.1. Vormverzuimen.

Het niet in acht nemen van bepaalde voorschriften leidt tot nietigheid; **formele nietigheden** (tussen de regels schrijven in een proces-verbaal). Daarnaast bestaan ook **substantiële nietigheden** die ertoe leiden dat de rechter op eigen initiatief de nietigheid uitspreekt. Voorbeeld: niet aan de verdachte mededelen dat hij niet hoeft te antwoorden.

Vormverzuimen in het vooronderzoek kunnen worden hersteld door RC of raadkamer. In 1196 werd de Wet vormverzuimen ingevoerd. Art 359a Sv bepaalt ook welke sanctie een rechter kan verbinden in een verzuim van vormen in het voorbereidende onderzoek die niet meer kunnen worden hersteld:

1. **strafvermindering.**
2. **bewijsuitsluiting.**
3. **niet-ontvankelijkverklaring van OM.**

Een rechter hoeft geen sanctie aan een vormverzuim te verbinden indien de verdachte geen belang bij geschonden vorm heeft, niet in zijn belangen geschaad is of er heeft elders al compensatie plaatsgevonden.

#### 4.2. Gang van zaken ter terechtzitting.

**1. Het uitroepen der zaak door deurwaarder of bode**, art. 270 Sv. Verdachte wordt geroepen. Indien deze niet verschenen is wordt er gekeken of de dagvaarding wel op de juiste wijze betekend is. Zo nee, dan nietigheid van dagvaarding, zo ja dan verstek (zaak wordt buiten de aanwezigheid van de verdachte behandeld) tenzij aanwezigheid gewenst is. Is advocaat wel aanwezig dan geldt een behandeling van de zaak niet als verstek.

**2. Onderzoek naar de identiteit van de verdachte.** Voorzitter vertelt verdachte dat hij niet verplicht is tot antwoorden en maant hem op te letten.

**3. Preliminaire verweren** door verdachte of diens advocaat (eventueel): nietigheid der dagvaarding, onbevoegdheid rechtbank, niet-ontvankelijkheid OvJ.

**4. Het voordragen der zaak door de OvJ:** tenlastelegging wordt voorgelezen, rechter kijkt of de getuigen verschenen zijn. In speciale gevallen kunnen de deuren gesloten worden.

**5. Getuigenverhoor.**

**6. Deskundigenverhoor.**

**7. Voorlezing van de stukken:** proces-verbaal van opsporingsambtenaar, reclasseringsrapport, verslag van een deskundige etc. Meestal alleen die stukken die van cruciaal belang zijn.

**8. Ondervraging van verdachte.** Valt uiteen in:

- a. **het deel over de tenlastegelegde feiten.**
- b. **het deel over ad informandum toegevoegde zaken.**
- c. **het deel omtrent de persoon van de verdachte.**

*Rechter kan getuigen, deskundigen en verdachte in willekeurige volgorde*

*ondervragen en hen ook meerdere malen terugroepen.*

Eventueel verplichte aanwezigheid van een tolk.

**9. Requisitoir:** OvJ voert het woord en

**a. kiest daarbij uit subsidiair of alternatief tenlastegelegde feiten.**

**b. geeft de bewijsconstructie aan.**

**c. motiveert.**

**d. geeft aan in welke mate er gestraft moet worden; de vordering.**

OvJ kan ook vrijspraak of ontslag van rechtsvervolgning vorderen.

**10. Pleidooi van verdachte of raadsman.**

**11. Replik van de OvJ.**

**12. Dupliek van verdachte of raadsman.**

**13. Laatste woord van verdachte of raadsman** (op straffe van nietigheid van onderzoek op de terechtzitting, art 311 lid 4 Sv).

#### **4.3. Enkele toelichtingen.**

Het getuigenverhoor: OvJ kan een gvo vorderen om getuigen te laten ondervragen door de RC. Ook de advocaat kan om getuigen vragen in bijv. de mini-instructie of door namen op te geven aan de OvJ om getuigen te laten oproepen op de openbare terechtzitting. OvJ kan dit echter weigeren op verschillende gronden, art. 264Sv.

Advocaat kan ook vragen aan de rechtbank om de verschijning van getuigen te bevelen die opgeroepen zijn maar niet verschenen zijn. Ook dit kan de rechtbank weigeren op grond van dezelfde redenen, art. 288 lid 1 a-c Sv. Getuigen worden vervolgens verhoord. Er mag geëist worden dat verdediging aangeeft wat de

relevantie is van het verhoor van een getuige. Recht van de verdediging moet gerespecteerd worden en fair trial moet plaatsvinden. OvJ mag de oproeping van een bedreigde getuige weigeren, art. 264 lid 2 Sv.

Ook tijdens proces kan de behoefte opkomen om een bepaalde getuige te horen. Mist de noodzaak wordt aangetoond kan deze opgeroepen worden.

Criterium voor de bruikbaarheid van een getuigenverklaring van een getuige die nooit door de verdediging ondervraagd is kunnen worden: wordt de verklaring bevestigd door ander bewijsmateriaal.

Een getuige is verplicht om te antwoorden op de hem gestelde vragen, bepaalde getuigen kunnen zich echter **verschon**en op grond van:

**a. bloed- of aanverwantschap.**

**b. huwelijksband.**

**c. geheimhoudingsplicht.**

**d. wegens gevaar van vervolging van henzelf of bloed- en aanverwanten.**

Verhoor van een getuige kan plaatsvinden buiten de aanwezigheid van de verdachte, m.n. in zedenzaken komt dit veel voor. Kroongetuigen getuigen juist wel in de aanwezigheid van de verdachte. **Kroongetuigen** zijn cruciale getuigen die een doorslaggevende rol spelen in de bewezenverklaring van feiten die aan de verdachte tenlastegelegd zijn en daarvoor vaak beloond worden met strafvermindering of sepot in hun eigen strafzaak. Bij de aanvaardbaarheid van een dergelijke deal spelen criteria als subsidiariteit, proportionaliteit, zorgvuldigheid en toetsbaarheid een essentiële rol. Getuige legt eed of belofte af om de waarheid te spreken. Valse verklaring levert meened op (maar pas het proces-verbaal van meened getekend is). Een kennelijk leugenachtige verklaring mag niet gebruikt worden. Een de-auditu verklaring is toegestaan (van horen zeggen), meningen, gissingen of conclusies van getuige niet.



### **Het verhoor van de verdachte.**

Verdachte hoeft geen eed af te leggen om de waarheid te spreken. Het eventueel zwijgen van een verdachte mag niet als bewijsmiddel gebruikt worden.

Jeugdstrafzaken vinden plaats achter gesloten deuren in aanwezigheid van de ouders.

**Benadeelde partij:** het slachtoffer kan zich voegen in het strafgeding met zijn vordering tot schadevergoeding. Voeging kan voor (middels inhoud van vordering bij OvJ) of tijdens de terechtzitting. Voor toewijzing moet de vordering aan 3 eisen voldoen:

1. aan de verdachte wordt een straf of maatregel opgelegd of art. 9a WvS wordt toegepast.
2. de schade is rechtstreeks aan de benadeelde door het bewezen feit toegebracht (dus geen voeging door derden of gesubrogeerde verzekeringsmaatschappijen). Vervolgschade is wel verhaalbaar evenals kosten die gemaakt zijn om de vordering buiten de rechter om te verhalen.
3. de vordering is van eenvoudige aard.

Persoonlijke verschijning van slachtoffer op de zitting is niet nodig tenzij rechter anders oordeelt, art. 332 Sv. Schade moet met bewijsmateriaal gestaafd worden (geen getuigen of deskundigen mogen daartoe meegebracht worden; deze mogen echter wel ondervraagd worden door benadeelde). Immateriële schade kan vergoed worden bij strafrechter maar is vaak al snel niet meer eenvoudig.

**Schorsing:** de zitting wordt in principe zonder onderbrekingen voortgezet. Schorsing voor bepaalde of onbepaalde tijd (nieuwe oproeping vereist) kan echter voorkomen indien dagvaardingstermijn niet in acht is genomen, er nader onderzoek door de RC verricht moet worden of voor observatie.

### **4.4. Uitspraak.**

Rechtbank trekt zich in de raadkamer terug om na te gaan of en welke feiten overtuigend en wettig bewezen zijn. Indien geen discussie over formele vragen (zie verder in deze samenvatting) of over strafbaarheid van feiten en daden nodig is, gaan rechters door met de discussie over de strafmaat. Dit alles mondt uit in een schriftelijk vonnis. Kantonrechter, kinderrechters, politierechters raadkameren niet maar komen meteen tot een mondelinge uitspraak.

Art. 348 en 350 Sv eisen dat er eerst aan 4 formele voorwaarden wordt voldaan voordat aan de materiele vragen van bewijs, strafbaarheid en straf kan worden toegekomen. Betreffen de volgende kwesties;

#### **De formele vragen van art. 348 Sv:**

##### **1. De geldigheid van de dagvaarding.**

**2. De bevoegdheid van de rechter:** absolute en relatieve competentie. Art. 349 geeft in lid 2 een nadere regeling wat er in bepaalde gevallen van onbevoegdheid van de rechtbank moet gebeuren.

**3. De ontvankelijkheid van de OvJ:** aan de wettelijk gronden voor niet-ontvankelijkheid heeft de **rechtspraak** er in de loop van de tijd enkele gronden toegevoegd:

- ne bis in idem.
- overdracht van strafvervolgning aan een andere staat.
- dood van een verdachte,

- verjaring
- transactie
- jeugdige leeftijd.
- ontbreken van klacht.

En nog een aantal andere gronden, vermeld op p. 264.

**Buitenwettelijke gronden voor niet-ontvankelijkheid** kunnen samengevat worden onder de noemer 'strijd met de beginselen van een goede procesorde'. Worden als volgt gerubriceerd:

- Betreft het gelaakt optreden de **ethiek van de opsporing**: schending van beroepsgeheim bijv. of andere ernstige zaken waardoor de belangen van de verdachte geschaad zijn.

- **Of de ethiek van de vervolging**: ernstige inbreuk van de beginselen van een behoorlijke strafvervolgung., ook als de belangen van de verdachte niet geschaad zijn.

- Of de **ethiek jegens de verdediging**: belemmeren van de mogelijkheid van een adequate verdediging. Getuigentraining is daarbij al een grensgeval.

- Of **ethiek jegens de rechter**: OM grijpt niet in terwijl ze weten dat er een politieagent staat te liegen.

**4. Schorsing van vervolging**: komt sporadisch voor en is, t.b.v. het vertalen van de dagvaarding, erkend als buitenwettelijke grond.

Nietigheid van dagvaarding, onbevoegdheid van rechter of schorsing van vervolging staat een nieuwe of hervatte vervolging niet in de weg!

**De materiële vragen van art. 350 Sv (4):**

- 1. Is bewezen dat het tenlastegelegde door de verdachte is begaan.**
- 2. Welk strafbaar feit levert dit volgens de wet op**
- 3. Is verdachte strafbaar wanneer 1 en 2 vaststaan.**
- 4. Kan of moet er een straf opgelegd worden en zo ja, welke?**

**Ad 1. Is bewezen dat het tenlastegelegde door de verdachte is begaan:** het gaat hier om het bewijsrecht. In het bewijsrecht worden normen aangelegd waaraan de opheldering van strafbare feiten moet voldoen. De strafvorderingswetgever heeft gekozen voor een **negatief-wettelijk bewijsstelsel** mbt de eerste vraag van art. 350 Sv en bevat 2 eisen waaraan cumulatief voldaan moet worden. Wettelijk: omdat de wet de bewijsmiddelen limitatief opsomt en negatief omdat de rechter alleen tot bewezenverklaring mag overgaan wanneer hij ervan overtuigd is – op inhoud van de bewijsmiddelen – dat de verdachte schuldig is, art. 338 Sv.

**De 5 wettelijke bewijsmiddelen:**

- a. eigen waarneming van de rechter.
- b. verklaringen van de verdachte.
- c. verklaringen van een getuige.
- d. verklaringen van een deskundige.
- e. schriftelijke bescheiden.

Om bewijskracht te krijgen moeten sommige bewijsmiddelen aan bepaalde eisen voldoen. Kwesties van bewijskracht: het bewijs dat een verdachte schuldig is mag niet alleen berusten op zijn bekentenis, noch alleen op verklaringen van bedreigde of anonieme getuigen. Verklaringen van een verdachte gelden alleen tegen hemzelf.

Unus testis nullus testis, met als uitzondering het proces-verbaal van de opsporingsambtenaar waarvan 1 genoeg is, art. 344 lid 2 Sv. Door ontwikkelingen in de jurisprudentie is voor de rechter vrije ruimte ingeperkt om uit het aanwezige bewijsmateriaal datgene te kiezen wat hem voor de bewijsvoering dienstig lijkt.

**Jurisprudentiële ontwikkelingen** hebben tevens gezorgd voor **het vrije bewijsstelsel**:

**a. Het de-audit arrest.** Wetgever had 'van horen zeggen' in beperkte vorm toelaatbaar geacht maar de interpretatie van de HR heeft een ontwikkeling in gang gezet die de waarde van het onderzoek op de zitting sterk heeft gereduceerd. Het wordt nu enkel aan de behoedzaamheid van de rechter overgelaten welke waarde er gehecht moet worden aan een schriftelijke de-audit verklaring (getuigen die dus niet ondervraagd zijn door de verdediging).

**b. De unus testis nullus testis regel** is door de HR zo uitgelegd dat het bewijs voor de gehele tenlastelegging niet op de verklaring van 1 enkele getuige mag berusten maar dat het bewijs van 1 onderdeel van de tenlastelegging wel op de verklaring van 1 enkele getuige mag steunen.

**c. Verklaringen van een verdachte mogen in principe alleen voor zichzelf gelden en op de verklaring die een ander belast mag geen acht geslagen worden.** In het arrest van de gebroeders van D werd echter anders beslist. HR legde bepaling van art. 341 lid 3 Sv zo uit dat deze alleen betrekking heeft op verdachten die in dezelfde gevoegde zaak op dezelfde beschuldiging voor dezelfde rechter terechtstaan. Door de zaak dus te splitsen maar wel tegelijkertijd te behandelen wordt nu de ene verdachte getuige in de zaak van de andere verdachte en vice versa.

**d. Onrechtmatig bewijs. Bloedproef arrest** waarin de resultaten van een onvrijwillig afgenomen bloedproef werden afgewezen want inbreuk op de onschendbaarheid van het lichaam. Als vuistregel telt dat wederrechtelijk verkregen bewijsmateriaal niet mag meewerken aan het bewijs. Zie ook de leer van de verboden vruchten.

Hiervoor moet er sprake zijn (de Schutznorm) van:

- onrechtmatig optreden
- causaal verband
- exclusiviteit
- . de relativiteit mag niet tussen beide komen; een verdachte mag zich niet tot eigen voordeel op de schending van de rechten van anderen beroepen.

*Aannemelijk worden van de onrechtmatige verkrijging van bewijsmateriaal:* rechter hoeft niet steeds ambtshalve te onderzoeken of bewijs rechtmatig verkregen is, hij kan afwachten of de verdediging ergens mee komt. Rechter moet ambtshalve een onderzoek instellen indien uit het proces-verbaal het rechtstreeks een ernstig vermoeden voortvloeit dat de bevoegdheid om een dwangmiddel toe te passen is overschreden.

*De uitsluitingsregel: doel of waarde georiënteerd:* enige rechtsfilosofische overwegingen aangaande het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs, 273-275.

*Controle op opsporingshandelingen in het algemeen:* onafhankelijke controlemechanismen kunnen niet worden gemist. Ander vraagstuk:

opsporingsmethoden waarvan de bevoegdheid om ze toe te passen buiten kijf staat maar die niet betrouwbaar zijn. Voorbeeld: Oslo confrontaties, sorteeroproeven, monsterneming, p.276.

*Onmiddellijkheidsbeginsel*: materiaal waarop de rechter de bewezenverklaring moet steunen, moet op de zitting aan de orde komen. Het openbare eindonderzoek moet niet nog meer plaats gaan afstaan aan het niet-openbare vooronderzoek waardoor eindonderzoek het karakter van een verificatievergadering krijgt.

Uiteindelijk moet de rechter overtuigd zijn door de inhoud van de wettige bewijsmiddelen, art. 388Sv. Zo niet, dan vrijspraak. Indien een OvJ meer elementen ten laste legt dan de wet vereist (culpa ten laste leggen waar de wet dit niet vraagt) leidt onbewezen zijn van dit niet-vereiste maar veelzeggende gedeelte niettemin tot vrijspraak van de gehele tenlastelegging. Dit gaat niet op voor elementen die geen extra dimensie aan de tenlastelegging toevoegen.

**Ad 2. Welk strafbaar feit levert dit volgens de wet op:** leidt rechtstreeks naar art. 1 WvS, het legaliteitsbeginsel moet geëffectueerd worden. Het bewezen verklaarde feit moet:

- a. ergens in de wetgeving strafbaar gesteld zijn
- b. voordat het feit werd begaan
- c. niet inmiddels straffeloos zijn geworden
- d. de strafbepaling moet verbinden zijn (afgekondigd, niet in strijd met een hogere regeling).

Acht de rechter het tenlastegelegde een bewezen feit geen strafbaar feit, dan dient ontslag van rechtsvervolgung te volgen.

**Ad 3. Is verdachte strafbaar wanneer 1 en 2 vaststaan.** Het gaat hier om eventuele **schulduitsluitingsgronden**.

**Ad 4. Kan of moet er een straf opgelegd worden en zo ja, welke?**

Straftoemeting. Hierbij is de persoon van e verdachte ook van belang. Feiten uit het zogenaamde dossier ad informandum waarvan

- a. aannemelijk is dat verdachte ze heeft begaan en waarvan
- b. de OvJ toezegt niet tot afzonderlijke vervolging over te zullen gaan
- c. en waarvan tijdig aan de verdachte is bericht dat zij bij de zitting ter sprake zullen worden gebracht, mogen ook een rol spelen. De rechter mag de wettelijke strafgrens niet overschrijden maar binnen dat maximum mogen andere omstandigheden verdisconteerd worden. Ook met de herhaling van strafbare feiten mag rekening gehouden worden in de strafmaat.

**Motiveringsplichten, p.280-284, summier samengevat:** beantwoording van de vragen van art. 348 en 350 moet worden gemotiveerd. Zie ook art. 358 Sv en 359 Sv. Qua bewijsmotivering wordt de selectie en waardering van het beschikbare bewijsmateriaal overgelaten aan de rechter die over de feiten oordeelt zonder dat deze die keuze hoeft te verantwoorden. Een gat in de bewijsvoering mag met een bewijsoverweging worden gedicht. Toetsing door HR van bewijsconstructie is marginaal en niet integraal. Strafmotivering is grotendeels overgelaten aan de feitenrechter waarbij een aangeklede standaardformulering meestal voldoende is behalve bij het **verbazingscriterium** (een zware straf die niet kan worden verklaard uit de geringe ernst der feiten). Verdediging krijgt een antwoord van de rechter op door haar naar voren gebrachte bezwaren, wanneer stilzwijgen van de rechter verbazing zou wekken. Strafverzwaring in hoger beroep vereist vaak meer dan de

standaardmotivering.

## **5. Rechtsmiddelen.**

Rechtsmiddelen zorgen ervoor dat beslissingen kunnen worden heroverwogen en dragen bij aan zorgvuldig genomen beslissingen door het toezicht van een hoger echelon op een lager echelon. Rechtsmiddelen dragen ook bij aan een eenheid van rechtstoepassing. In NL is er een gesloten stelsel van rechtsmiddelen tegen uitspraken van de strafrechter. Het instellen van rechtsmiddelen is gebonden aan termijnen (meestal binnen 14 dagen na uitspraak).

### **5.1. Gewone rechtsmiddelen.**

Gewone rechtsmiddelen:

#### **1. Bezwaarschrift.**

#### **2. Verzet.**

**3. Hoger beroep;** van kantongerechtvonnis naar rechtbankvonnis, van rechtbank naar gerechtshof.

**4. Cassatie:** het vernietigen van beslissingen die met het recht strijdig zijn of tot stand gekomen zijn op een manier die strijdig is met de wet. Doel: bevorderen van eenheid in de rechtspraak. Nieuw onderzoek naar de feiten vindt niet plaats.

Onzuivere vrijspraken: zowel bij verzet als bij hoger beroep geldt dat deze rechtsmiddelen niet kunnen worden ingesteld door verdachte als verdachte is vrijgesproken van de gehele tenlastelegging. Bij cassatie geldt dit ook voor het OM. De vraag kan echter gesteld worden of een vrijspraak wel zuiver was; werkelijk een vrijspraak van het tenlastegelegde en niet bijv. een ontslag van rechtsvervolging, zie Arrest p.287. De HR kijkt dus niet naar de naam maar naar de aard van de beslissing. Als vrijspraak niet zuiver is, staat cassatieberoep wel open. Uitzondering: als vrijspraak onzuiver is omdat bewijsrecht verkeerd is toegepast. Art. 399, 404, 430 Sv.

### **5.2. Buitengewone rechtsmiddelen.**

**1. Cassatie in het belang der wet:** de Procureur-Generaal bij de HR is de enige functionaris die dit rechtsmiddel kan instellen mits gewone rechtsmiddelen niet meer open staan. Nuttig bij tegenstrijdige wetsinterpretaties van verschillende rechtelijke colleges. Arresten kunnen bovendien geen nadeel toebrengen aan rechten die partijen in lagere instanties verkregen hebben.

**2. Herziening:** middel tot herstel van rechtelijke dwaling. Leidt tot nieuw feitenonderzoek. Gebeurt bijv. wanneer er in 2 uitspraken bewezenverklaringen voorkomen die niet met elkaar te rijmen zijn of nieuw gegeven is boven water gekomen dat, indien het tt van het proces bekend was geweest bij feitenrechter, vermoedelijk tot vrijspraak geleid zou hebben/ontslag van rechtsvervolging wegens niet strafbaarheid van de dader, tot minder zware strafbepaling of tot niet ontvankelijkheid van de OvJ. Veel aangevoerde grond: persoonverwisseling. Alleen een onherroepelijke einduitspraak kan worden herzien.

## **6. Tenuitvoerlegging, art. 553 Sv e.v.**

Voorwaarden voor uitvoerbaarheid van vonnissen en arresten:

1. Er moet geen gewoon rechtsmiddel meer openstaan.



2. Verdachte moet in leven zijn en niet inmiddels krankzinnig geworden zijn.
3. In een beperkt aantal gevallen moet beslist zijn op een eventueel gratieverzoek.
4. Tenuitvoerlegging moet binnen de strafverjaringstermijn geschieden.

### **6.1. Justitiële documentatie.**

1. Algemeen documentatieregister: vermeldt de binnengekomen processen-verbaal, de wijze van afdoening en de tenuitvoerlegging. Wordt niet gezuiverd en staat ten dienste van de justitiële autoriteiten. Inlichtingen kunnen verstrekt worden aan een reeks van instanties; de binnenlandse veiligheidsdienst bijv.
2. Strafregister: bevat de strafbladen betreffende onherroepelijke veroordelingen in misdrijven en overtredingen waarbij vrijheidsstraf is opgelegd. Afhankelijk van de opgelegde straf vindt hier wel zuivering plaats. Strafregister is de basis voor de afgifte van de verklaringen omtrent het gedrag. Inlichtingen worden verstrekt instanties die genoemd worden in Besluit inlichtingen Justitiële documentatie en o.a. aan bijv. PTT, NS, KLM.

Ook de politieregisters zijn thans in de wet geregeld.

Doel van de justitiële documentatie: uniforme registratie van justitiële gegevens tbv de strafrechtspleging en het opmaken van verklaringen omtrent gedrag. Tevens beschouwt de overheid het als haar taak om werkgevers te beschermen tegen de risico's van het in dienst nemen van strafrechtelijk veroordeelden. Vier kanttekeningen:

1. Alleen een sluitend systeem kan voor gelijke rechtsbedeling zorgen. Dit is niet altijd het geval.
2. Door flexibilisering van arbeid neemt de gedragsverklaring in betekenis af.
3. Moet er over een gedragsverklaring worden geadviseerd dan neemt dit tijd in beslag, dit kan de argwaan wekken van een potentiële werkgever.
4. Door gedragsverklaring kan werkgever op de hoogte raken van strafrechtelijk verleden van werknemer maar dat hoeft niet parallel te lopen met zijn werkelijke criminele verleden.

## **Hoofdstuk 8. De strafrechtelijke sancties.**

### **Afdeling 1: waarom zo straffen?**

#### **1. Theoretische verklaringen voor verschillen in strafsoort.**

Enkele straftheoretische benaderingen, ideeën over mens en maatschappij van sociologische aard, straffen in de vorm van vrijheidsberoving en nieuwe aandacht voor het slachtoffer, p. 291-300

#### **2. Het punitief gehalte van sancties; het oprukkend bestuurs-strafrecht.**

O.i.v. de jurisprudentie van het EHRM is het strafkarakter van sommige bestuurssancties onderkend en van consequenties voorzien, zie ook **Ozturk Arrest**, p. 302, waarbij Ozturk in een civiel proces veroordeeld werd tot het betalen van de kosten van de procedure.

In 1989 werd hier de Wet Mulder aangenomen ook bekend als de Wet administratiefrechtelijke handelingen verkeersvoorschriften; behelst een vereenvoudigde afwikkeling van gedragingen die in strijd zijn met de wegenrechtswetgeving waarbij geen sprake is van schade of letsel. Overtreders die zich beklagen over opgelegde boete en niet tevreden zijn met de volgende beslissing van de OvJ in administratief beroep, belanden uiteindelijk bij de kantonrechter waar de beslissing wordt getoetst op billijkheid. Art. 11 WAHV stelt echter dat het beroepsschrift niet in behandeling genomen zal worden als overtreder niet eerst zekerheid heeft gesteld voor het betalen van de sanctie door storting op de rekening van het Centraal Justitieel Incassobureau te Leeuwarden. Bij niet betalen heeft het CJB een verruimde mogelijkheid tot verhaal op goederen en gelden van de betrokkene. Het OM beschikt bovendien nog over 3 dwangmiddelen: gijzeling voor 1 week, buiten gebruik stellen van de auto of innemen van het rijbewijs.

Als gevolg van de Europese Wetgeving heeft de HR ook de fiscale boete als straf opgevat.

Inmiddels zijn er ontwikkelingen gaande die ertoe strekken op grote schaal bestuursboetes in te voeren; dit als nuttige aanvulling op bestaande handhavingsmogelijkheden. Hier is echter veel kritiek op, p. 304-305.

#### **3. Rechtvaardigingstheorieën.**

Door de eeuwen heen is naar rechtvaardiging gezocht voor het leed dat anderen dmv opgelegde straffen aangedaan werd/wordt. Vier typen van rechtvaardigingstheorieën :

**a. Natuurrechtelijke wils-en verdragstheorieën;** de straf als natuurlijk gevolg van een delict. Grondslag is het contrat social: burgers sluiten onderling contract waarbij de mogelijkheid bij verdragsschending is ingecalculeerd waardoor bestraffing gerechtvaardigd is.

**b. Absolute theorieën:** louter omdat er misdaan is moet er straf volgen. De rechtsgrond (waarom mag er gestraft worden) is **vergelding**, het rechtsdoel (wat wordt met straf beoogd) eveneens.

**c. Relatieve theorieën** (doeltheorieën): het nastreven van **preventieve** doeleinde rechtvaardigt bestraffing. Straffen en dreigen met straf om mensen ertoe te bewegen rechtmatig te handelen volgens geldende normen. Straf als speciale preventie (ter verbetering van de crimineel) en generale preventie (als afschrikwekkend middel voor iedereen).

**d. Verenigingstheorieën**, ook wel gemengde theorieën genaamd: verenigen elementen van verschillende theorieën.

Rechtsgrond van de straf is vergelding met preventie als doel. Zwaarte van de straf mag rechtsgrondniet te boven gaan maar wordt daar beneden bepaald door wat doelmatig is. Ons WvS is in deze geest samengesteld en deze leer wordt nog steeds gehanteerd. Binnen de leer zijn weer verschillende differentiaties mogelijk, p. 308-310.

## **Afdeling 2. Het penitentiare recht.**

Het rechtsgebied dat zich bezighoudt met de regeling van het sanctiestelsel wordt het penitentiare recht genoemd. Dit omvat de regeling van de straftoemeting en de regeling van de executie van de strafrechtelijke sanctie. Bij de sanctievorming hebben wetgever (penitentiarechtelijke regels), de rechter (straftoemeting) en de administratie (strafexecutie) ieder een taak.

### **1. De rechtelijke straftoemeting.**

Er zijn een aantal **motiveringsvoorschriften** van kracht, art. 359 lid 5 Sv. Daarnaast ook nog:

- het vonnis moet in het bijzonder de redenen opgeven voor de toepassing van een **rechterlijk pardon**, art. 9a WvS.
- vonnis moet aangeven waarom voor een **vrijheidsbenemende sanctiesoort** is gekozen, art. 359 lid 6 Sv.
- indien een **zwaardere/langere straf opgelegd wordt dan de OvJ heeft geëist** moet het vonnis hiervoor bijzondere redenen bevatten, art. 359 lid 7 Sv.
- de maatregel **TBS met verpleging** behoeft ook een bijzondere motivering, art. 359 lid 8 Sv.

Deze motiveringseisen zijn voorgeschreven op straffe van nietigheid, art. 359 lid 10 Sv, ter bescherming van de verdachte. In de praktijk is de motivering vaak echter nogal mager.

Ook in hoger beroep ken de verdachte tot op zekere hoogte enige bescherming; zo is een eenparigheid van stemmen vereist voor de veroordeling van een hogere straf dan in eerste aanleg werd geëist indien alleen de verdachte in hoger beroep is gekomen.

Ook eist de HR een nadere strafmotivering indien de straf daar beduidend hoger uitvalt dan in eerste aanleg. Zie ook eerder vermelde verbazingscriterium.

In beginsel beschikt de rechter echter over een grote mate van vrijheid binnen ons huidige systeem van het compromis. Dit systeem bevat 3 aspecten: de strafsoort, de strafmaat en de strafvorm. Binnen dit raamwerk is het niet eenvoudig om aan te geven hoe de straftoemeting nu precies in zijn werk gaat; er bestaan geen vaste regels voor. Bij verschillende rechtbanken worden op dit moment een soort 'tarievenlijsten' gehanteerd, terwijl er voor het OM terzake van een aantal strafbare feiten requireer-lijnen bestaan die eveneens een uniformerende werking hebben. Tegen de standaardisering van de straftoemeting zijn ook een aantal argumenten: elk geval verschilt, de positie van de verdachte zou door categorisering in gevaar komen en de rechter is minder verplicht tot het werkelijk beoordelen van elke zaak. Voor standaardisering: het vermindert de verschillen in straftoemeting tussen de onderlinge rechtbanken. Verdere standaardisering blijkt uit het ontwikkelen van

databanken waar door rechtbanken casusbeschrijvingen worden opgenomen en de polaris-richtlijnen waarin sprake is van een aantal delictsomschrijvingen aan de hand van een aantal aspecten, op grond waarvan punten moeten worden toegekend die een bepaalde strafmaat indiceren.

### **1.1. De strafsoort (eig. sanctiesoort).**

**Hoofdstraffen: gevangenisstraf (voor misdrijf), hechtenis (voor overtreding), taakstraf en geldboete.** Vroeger bestond er een cumulatieverbod: er mocht slechts 1 hoofdstraf tegelijk worden opgelegd. Tegenwoordig is naast een vrijheidsstraf in verschillende gevallen ook nog een geldboete mogelijk.

**De taakstraf** is een relatief nieuwe straf, in 2001 werd de nieuwe wet Taakstraffen in werking gesteld. Taakstraf kan worden opgelegd in geval van ieder misdrijf waartegen een vrijheidsstraf/geldboete en iedere overtreding waartegen een geldboete is opgelegd. Kan ook naast geldboete worden opgelegd. Taakstraffen omvatten werkstraffen, leerstraffen of een combinatie van beide. Aantal opgelegde taakstraffen is sterk gestegen. Voor minderjarigen zijn er zeer uiteenlopende leerprojecten ontwikkeld: Preventie Sexueel geweld, Brandweercursus, project autorijschool bijv. Ter wille van de rechterlijke overzichtelijkheid is er een Nationale Menukaart Leerstraffen vervaardigd waarop alle leerstraffen die aan bepaalde kwaliteitseisen voldoen staan.

**Bijkomende straffen: ontzetting uit bepaalde rechten** (kiesrecht, uit beroep, niet mogen deelnemen aan verkeer, duur is gekoppeld aan de zwaarte van de opgelegde hoofdstraf, art. 31 WvS), **verbeurdverklaring** (bij causaal verband tussen gepleegd delict en bepaalde goederen die of uit delict verkregen zijn of waarmee delict gepleegd is) **en openbaarmaking van de rechterlijke uitspraak** (ter waarschuwing van derden, schandpaal effect). Kunnen samen met hoofdstraffen maar ook afzonderlijk worden opgelegd.

**Strafrechterlijke maatregelen:** ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel (art. 36<sup>e</sup> WvS, geldboete en vervangende hechtenis), onttrekking aan het verkeer, terbeschikkingstelling, schadevergoedingsmaatregel. Op de p. 321-325 wordt nader op deze maatregelen ingegaan.

### **1.2. De strafmaat.**

Per strafsoort geeft de wet een algemeen minimum en per speciaal delict 1 bijzonder maximum. Algemene minima: 1 dag gevangenisstraf/hechtenis en 5 gulden geldboete.

De **gevangenisstraf** is tijdelijk (hoogstens 15 jaar, ingeval van strafverzwarende omstandigheden 20) of levenslang (alleen voor de ernstigste delicten zoals moord).

**Strafverzwarende omstandigheden die de maximumstraf met 1/3 kunnen verhogen:** meerdaadse samenloop, recidive en de hoedanigheid van ambtenaar

wanneer deze een bepaalde ambtsplicht schendt of zijn hoedanigheid misbruikt tot het begaan van een strafbaar feit. Drie soorten strafverzwarende omstandigheden:

**1. Algemene strafverzwarende omstandigheden;** gelden voor alle strafbepalingen (meerdaadse samenloop, ambtelijke hoedanigheid) of voor bepaalde groepen strafbepalingen (recidive).

**2. Bijzondere strafverzwarende omstandigheden** die telkens t.a.v 1 bepaald delict gelden: te vondeling leggen van een kind waarvan jij de vader/moeder bent.

**3. Gekwalificeerde delicten**; zijn op zichzelfstaand geformuleerd maar zijn een variant van een bepaald gronddelict en zijn vergeleken daarmee onderhevig aan een zwaardere strafbedreiging (zie ook hoofdstuk 3).

De **geldboetes** zijn in bepaalde boetecategorieën ondergebracht, art. 23 WvS. Art. 24 WvS stelt dat de rechter bij de vaststelling van de geldboete rekening moet houden met de draagkracht van de verdachte zodat hij een passende bestraffing krijgt zonder dat verdachte onevenredig wordt getroffen. Termijnboetes. Bij niet-betalen: vervangende hechtenis. Op het terrein van de geldboete ligt ook de mogelijkheid tot een **transactie**.

### **Bepaalde strafverminderende omstandigheden (buitenwettelijk):**

- verworpen beroep op strafuitsluitingsgrond die juridisch niet haalbaar is maar waar desondanks toch veel voor valt te zeggen (euthanasie door arts die niet helemaal aan de zorgvuldigheidseisen voldaan heeft).
- onbekendheid van dader met strafbaar karakter van zijn gedrag.
- veroordeling wegens schending van een norm die nog steeds strafbaar is maar waarvan het laakbare karakter in grote kringen van de bevolking wordt betwist.
- een grote mate van negatieve publiciteit.
- een zeer langdurig procesverloop.
- andere vormen van door de veroordeelde ondervonden leed (ernstige ziekte, faillissement).

### **1.3. De strafvorm.**

Voorwaardelijke veroordeling en gevangenisstraf. Art. 14 WvS. Aan voorwaardelijke veroordeling kunnen uit oogpunt van preventie bijzondere voorwaarden gekoppeld zijn. **Vier specifieke bijzondere voorwaarden die de rechter kan toepassen:**

1. gehele of gedeeltelijke schadevergoeding.
2. opneming in een inrichting ter verpleging gedurende ten hoogste de proeftijd (= 3 jaar).
3. storting van een door de rechter te bepalen waarborgsom.
4. storting van een bepaalde som in het schadefonds geweldsmisdrijven of een ander fonds voor slachtoffers.

Alle bijzondere voorwaarden vinden hun begrenzing de grondrechten en de voorwaarde mag niet een soort nieuwe straf vormen. Een bijzondere voorwaarde betreffende het gedrag van de veroordeelde moet betrekking hebben op 'zijn handel en wandel, thuis en in de samenleving of op zijn wijze van leven'. De voorwaarde moet strekken ter bevordering van het maatschappelijk betamelijk gedrag. OM is belast met het toezicht op de naleving der voorwaarden; worden deze binnen de proeftijd overtreden dan kan alsnog de tenuitvoerlegging van de voorwaardelijk niet tenuitvoergelegde straf gevorderd worden.

### **1.4. De reclassering.**

Stichting Reclassering Nederland, gevestigd in Utrecht, overkoepelende stichting.

#### **Kerntaken:**

1. Het uitbrengen van voorlichtingsrapporten aan of het geven van mondelinge



informatie over justitiabelen aan OvJ of rechter.

2. Het verlenen van hulp en steun gericht op het in staat stellen van de justitiabele om op een voor hem en de samenleving aanvaardbare manier te gaan functioneren.
3. Voorbereiden en begeleiden van de uitvoering van taakstraffen.
4. Het werven van werkprojecten en het onderhouden van contacten daarmee (in het kader van taakstraffen).

Er zijn veel contacten met Leger des Heils en Consultatiebureau's voor Alcohol en Drugs. Reclassering wordt geadviseerd door Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming die bestaat uit deskundigen op het gebied van gevangeniswezen, tbs, reclassering en jeugdbescherming.

### 1.5. De terbeschikkingstelling, tbs.

Kan toegepast worden in 2 gevallen:

1. indien iemand een misdrijf heeft begaan dat hem op grond van een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis niet kan worden toegerekend = **algehele ontoerekenbaarheid**. Op grond van art. 39 WvS is er sprake van een schulduitsluitingsgrond, dus een strafuitsluitingsgrond met als gevolg ontslag van rechtsvervolgung. We kan er tbs of plaatsing in een psychiatrische kliniek worden opgelegd als beveiligingsmaatregel ter bescherming van de maatschappij.

#### Voorwaarden:

- er moet sprake zijn van een misdrijf waarvoor uitsluitend een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten.
- de oplegging van de maatregel wordt geëist door de veiligheid van anderen of de algemene veiligheid van personen of goederen.

Opname in een psychiatrische inrichting kan ook geëist worden indien de verdachten een gevaar voor zichzelf betekent, art. 37 lid 1 WvS.

In geval van algehele ontoerekenbaarheid beschikt de rechter over 3 mogelijkheden:

1. ontslag van rechtsvervolgung zonder meer.
2. ontslag van rechtsvervolgung met plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis
3. ontslag van rechtsvervolgung met oplegging van tbs.

2. Indien iemand een misdrijf heeft begaan tt waarvan hij lijdende was aan een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis en dat hem uit dien hoofde slechts verminderd kan worden toegerekend = **verminderde ontoerekenbaarheid**.

Verschillende mogelijkheden:

1. De rechter straft naar de mate van lichtere schuld.
2. De rechter legt uitsluitend tbs op want mag afzien van straf, art. 37 lid 2 WvS.
3. De rechter legt, ondanks de verminderde toerekenbaarheid, een lange straf op waarna er nog een tbs kan volgen. Eerst de straf dan de maatregel (daar is enige discussie over geweest).

Bij verminderde toerekenbaarheid wordt geen causaal verband geëist tussen psychische afwijking en daad als de verdachte op het moment van berechting maar lijdt aan de stoornis/gebrekkige ontwikkeling. Dat de afwijking de daad beïnvloed heeft wordt verondersteld.

Tbs'ers worden in speciale tbs inrichting geplaatst (er zijn er 9 met een voortdurend

plaatsentekort) waar de nadruk ligt op dagelijkse leefsituatie en therapeutische hantering daarvan, de sociotherapie. TBS duurt 2 jaar en kan verlengd worden met nog eens 2 jaar. De totale duur van de tbs kan de 4 jaar alleen te boven gaan als de tbs is opgelegd voor een misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van 1 of meer personen. In dat geval kan de tbs steeds verlengd worden = onbeperkte tbs. Verlenging vindt plaats in de raadkamer van de rechtbank die de tbs heeft opgelegd, beslissingen worden gemotiveerd en in het openbaar uitgesproken. Verdere details over tbs, p. 338-342.

Tbs kan ook opgelegd worden zonder een bevel tot verpleging. Voorwaardelijke tbs kan gepaard gaan met een gevangenisstraf van hoogstens 3 jaar. OM houdt toezicht op naleven van eventuele voorwaarden. Duur van een tbs onder voorwaarden is maximaal 2 jaar met een eenmalige verlenging van 1 of 2 jaar.

## **1.6. Ontbreekt, geen verplichte examenstof.**

### **1.7. Het jeugdstrafrecht art. 77a-g WvS.**

In het jeugdrecht staat het belang van het kind voorop. Van toepassing op minderjarigen tussen de 12 9onder de 12 niet strafrechtelijk vervolgbaar) en de 18 jaar maar kan door rechter ook nog toegepast worden op 19 en 20 jarigen in geval van kinderlijkheid (ook mogelijk; onder 18 toch het volwassenenstrafrecht toepassen). Iedere afwijking moet gemotiveerd worden door rechter. Jeugdstrafrecht omvat: hoofdstraffen bijkomende straffen en maatregelen.

**Hoofdstraffen: jeugddetentie (in speciale jeugdinrichting), taakstraf of geldboete bij misdrijf en taakstraf of geldboete bij overtreding.**

Taakstraf bestaat uit:

- een werkstraf
- een leerstraf
- een combinatie van werkstraf of leerstraf.

Geldboete is minimaal 5 gulden of 5000 gulden.

Taakstraffen kunnen door verschillende functionarissen worden opgelegd, zelfs de politie heeft enige bevoegdheden dienaangaande (HALT project). Verder: OM (heeft ook hier een transactiebevoegdheid) en rechter. Raad voor Kinderbescherming moet de tenuitvoerlegging van de taakstraffen voorbereiden en ondersteunen.

**Bijkomende straffen: verbeurdverklaring, ontzegging van de rijbevoegdheid motorrijtuigen.**

**Maatregelen: plaatsing in een inrichting voor jeugdigen** (voorwaarde: misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegestaan en veiligheid van anderen in het geding), **onttrekking aan het verkeer, ontneming van wederrechtelijk voordeel en schadevergoeding.**

Voorwaardelijke veroordeling is mogelijk. Jeugdsancties in geval van poging tot voorbereiding, deelneming en medeplichtigheid zijn dezelfde als van het voltooide misdrijf (afwijken van volwassenenstrafrecht). Verjaringstermijn is voor misdrijven de helft van die in het volwassenenstrafrecht.

Ook de **procedure** wijkt af: jeugdigen komen voor de **kinderrechter** (hangt af van de leeftijd op het moment van daad) maar kan ook door meervoudige kamer behandeld worden indien OvJ meent dat dat noodzakelijk is gezien de aard van de zaak. Verdachte moet verplicht op zitting verschijnen; ouders of voogd worden ook opgeroepen om ter verdediging het woord te voeren. Bevoegdheden van kinderrechter zijn ruimer dan die van de volwassenenrechter; kinderrechter fungeert als RC inzake de toepassing van de voorlopige hechtenis. Kinderrechter heeft ook invloed op de plaats en wijze van de tenuitvoerlegging, bij beëindiging van sancties en bij de voorwaardelijke invrijheidstelling bij opgelegde jeugddetentie.

**Raad voor Kinderbescherming** wordt op de hoogte gesteld van elke in verzekeringstelling, art. 491 Sv, geeft autoriteiten inlichtingen over persoonlijkheid en achtgronden van de verdachte, geeft hen advies en bereidt de tenuitvoerlegging van de taakstraffen voor. Heeft tevens de regie van de jeugdreclassering.

## **2. De strafexecutie.**

### **2.1. Nulla poena en de individualisering van de straf.**

De executievorm is een wezenlijk onderdeel van de strafvorming. Qua uitvoering van de geldboete en de schadevergoedingsmaatregel heeft de OvJ de vrijheid om de veroordeelde uitstel van betaling te verlenen of gunstigere regelingen toe te staan. Het streven is om vervangende hechtenis zoveel mogelijk te vermijden.

Ook de uitvoering van de vrijheidsstraf is variabel. In 1999 is de Beginselenwet gevangeniswezen vervangen door de **Penitentiaire Beginselenwet** en de daarop steunende penitentiaire maatregel, een AMvB waarin een aantal thema's uit de PBW nader zijn uitgelegd. Wetgeving geldt voor gevangenen en huizen van bewaring.

#### **Voornaamste beginselen:**

- 1. Gevangenen (of bepaalde afdelingen van gevangenen) zijn gedifferentieerd** naar bepaalde criteria en bestemd voor bepaalde categorieën veroordeelden (afh. van geslacht, mate van beveiliging van inrichting).
- 2. De veroordeelden moeten naar deze differentiatiecriteria worden geselecteerd** om in de voorhen meest geschikte gevangenis te worden geplaatst.
- 3. Art. 2 lid 2 PBW** geeft het **resocialisatiebeginsel** weer; de terugkeer van de betrokkene in de maatschappij als leidend beginsel.
- 4. Minimale beperkingen**, art. 2 lid 4 PBW; veroordeelden worden alleen aan die beperkingen onderworpen die overeenkomstig het doel van de vrijheidsberoving zijn of noodzakelijk voor de veiligheid/het handhaven van orde. Heeft slechts een marginale betekenis.
- 5. De tenuitvoerlegging moet zo snel mogelijk volgen na de strafoplegging** of het nemen van maatregelen.

Belangrijkste gemeenschappelijke noemer: de individualisering van de straf naar de persoon van de veroordeelde teneinde hem maatschappelijk te heropvoeden. Recidivecijfers (graadmeter van succes) zijn niet hoopvol.

### **2.2. t/m 2.4. ontbreken want geen verplichte examenstof, p. 354-372.**

## 2.5. De rechtspositie van gedetineerden.

### Toezicht, klachten en verschillende rechtswegen.

Niet specifiek penitentiar:

De gedetineerde met klachten zich ongecensureerd wenden tot **de Commissie van Toezicht, CVT**. Leden hiervan worden door de minister van Justitie benoemd en moeten een afspiegeling van de maatschappij vormen. Leden houden toezicht op de behandeling van gedetineerden, onderhouden daartoe contacten met hen, doen suggesties aan de directeur en geven advies aan de Minister van Justitie. Per maand is er een lid maandcommissaris; deze neemt klachten in ontvangst, probeert te bemiddelen en brengt verslag uit aan de voltallige CVT.

Gedetineerden kunnen zich ook wenden tot de **minister van Justitie** die hiërarchisch kan ingrijpen. Ook: **parlement en Nationale Ombudsman**. Alle genoemde instanties kunnen ongecensureerd benaderd worden.

Een kort geding tegen de staat of een klacht indienen kan bij het **Europees Hof voor de Rechten van de mens** in Straatsburg (betreft uitsluitend schending van de in het EVRM genoemde rechten). Ook kan er een **strafzaak** tegen een gevangenisfunctionaris worden ingezet.

### Enkele specifiek penitentiaire rechtswegen:

**Bezwaar maken tegen plaatsing of overplaatsing** naar een bepaalde penitentiaire inrichting via een bezwaarschrift bij de selectiefunctionaris, art. 15 PBW.

- Het **formele beklagrecht** bij de beklagcommissie van de CVT met het recht van beroep op de beroepscommissie van de RSJ. Is dus niet dezelfde weg als hierboven bij de CVT staat aangegeven.

- Kort geding

<b>Specifiek penitentiaire wegen</b>		<b>Niet-specifiek penitentiaire wegen</b>	
<b>Vrijblijvend</b>	<b>Niet-vrijblijvend</b>	<b>Vrijblijvend</b>	<b>Niet-vrijblijvend</b>
CVT	CVT beklagcommissie	Parlement	Kort geding
Minister van justitie	RSJ beroepscommissie beklagrecht	Nationale Ombudsman	Europese commissie
	Selectiefunctionaris; bezwaarschrift tegen overplaatsing		Strafklacht
	RSJ beroepscommissie overplaatsing		

Er is een Europees Comité ingesteld dat toezicht houdt op detentie en dat hiertoe inspecties verricht op alle door haar gekozen plaatsen.

### Het beklagrecht voor gedetineerden.

Gedetineerden hebben een individueel beklagrecht tegen uitsluitend directiebeslissingen, bij de beklagcommissie van de CVT via een klaagschrift, art. 60-71 PBW. Moet binnen 7 dagen na gewraakte beslissing worden ingediend, commissie moet binnen 4 weken antwoorden. Commissie toetst of directeur de in de inrichting

geldende wettelijke voorschriften heeft geschonden dan wel of hij bij afweging van alle in aanmerking komende belangen een onredelijke of onbillijke beslissing heeft genomen.

Er staat altijd beklag open tegen een **disciplinaire straf**:

1. opsluiting in een strafcel.
2. ontzegging van bezoek.
3. uitsluiting van deelname aan bepaalde activiteiten.
4. weigering, intrekking of beperking, van het eerstvolgende verlof.
5. geldboete van hoogstens 2x het weekloon dat in inrichting geldt.

Beklagcommissie overlegt met directeur, stelt gedetineerde in de gelegenheid het klaagschrift mondeling toe te lichten en kan andere personen horen. Gedetineerde kan zich laten bijstaan door raadsman (niet perse een advocaat). Uitspraak van commissie is gemotiveerd, zowel gedetineerde als directeur kunnen in beroep gaan bij de beroepscommissie van de sectie Gevangeniswezen van de RSJ. Gedetineerde kan zich ook informeel bij de CVT beklagen.

Gedetineerden hebben een aantal **standaardrechten**: minimaal 1 uur per weekbezoek, minimaal 10 minuten per week corresponderen en telefoneren, minimaal 1 uur per dag frisse lucht, dagelijkse voeding, medische verzorging, maatschappelijke en geestelijke bijstand en deelname aan arbeid (verplicht voor veroordeelden).

De directeur heeft onder bepaalde omstandigheden **verstrekende bevoegdheden** om inbreuk te maken op de grondrechten (onschendbaarheid van het lichaam en inbreuk op privacy) van gedetineerden, vnl. uit beveiligingsoverwegingen: visitatie, fouilleren, urinetesten, onderzoeken in lichaam en het verplichten van een medische behandeling. Deze bevoegdheden dienen uiteraard zorgvuldig gehanteerd te worden.

Er is ook een speciale medische klachtregeling; bemiddeling door Medisch Adviseur van Ministerie van Justitie tussen gedetineerde en betreffende medische dienst. Beroep bij beroepscommissie van de RSJ in den Haag.

### **De rechtspositie van jeugdigen, tbs'ers en psychiatrische patiënten.**

Staat in de Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen. Heeft veel overeenkomsten met de regeling van rechtspositie van gedetineerden: ook CVT, RSJ.

Ook de regeling voor allen die in een TBS inrichting worden verpleegd vertoont overeenkomsten met de regeling van rechtspositie van gedetineerden: de Beginselenwet Verpleging TBS gestelden. Hier kunnen ook aan de directeur disciplinaire straffen worden opgelegd.

Voor psychiatrische patiënten is er de patiëntenvertrouwenspersoon, PVP in elk ziekenhuis; klachtenbemiddeling, informatieverstrekking en het aan de orde stellen van structurele tekortkomingen. PVP is volkomen partijdig en staat aan de kant van de patiënt.

### **2.6. Vervroegde invrijheidstelling, v.i..**

V.i. is een aspect van de externe rechtspositie van de gedetineerde. Is in de praktijk uitgegroeid tot een recht dat geldend gemaakt kan worden tenzij daar ernstige bezwaren tegen bestaan. Sinds 1987 is dat zelfs in een wet omgezet en heet nu vervroegde invrijheidstelling i.p.v. voorwaardelijke invrijheidstelling. Bij



vrijheidsbeneming die langer dan 6 maanden duurt en waar boven de 6 maanden meer dan 1/3 van de tenuitvoergelegde straf is uitgezeten.

**V.i. vindt niet plaats bij:**

1. TBS.
2. Onherroepelijk veroordeling wegens een misdrijf dat begaan is na de tenuitvoerlegging van de straf voor een ander misdrijf.
3. ernstige misdraging na aanvang van de straf.
4. Zich onttrekken aan de straf of een poging daartoe doen (vluchten of poging daartoe).

Hof Arnhem beslist in openbare procedure. Veroordeelde kan zich laten bijstaan, getuigen en deskundigen kunnen worden gehoord.

**2.7. Gratie.**

Valt onder de ministeriele verantwoordelijkheid en kan bestaan uit: vermindering, kwijtschelding of wijziging van een opgelegd of gedeeltelijk tenuitvoergelegde straf. Zowel hoofdstraffen als bijkomende straffen komen in aanmerking voor gratie evenals maatregelen onttrekking aan het verkeer en ontneming wederrechtelijk verkregen voordeel. Nieuwe wet heeft 2 gratiegronden:

1. de aanwezigheid van voor de rechter nieuwe omstandigheden die als hij ze gekend had op het moment van zijn beslissing, tot een andere beslissing zou hebben geleid.
2. de waarschijnlijkheid dat met de verdere tenuitvoerlegging van de rechterlijke beslissing geen redelijk doel meer gediend wordt. Minister van Justitie moet bij eventuele gratie advies vragen aan rechter die straf heeft opgelegd.

Gratiebeschikkingen zijn ongemotiveerd en kunnen niet worden getoetst.

**2.8. De tenuitvoerlegging van buitenlandse strafvonnissen.**

Sinds 1988 is het mogelijk op grond van de Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen (WOTS) mogelijk voor in het buitenland tot detentie veroordeelde Nederlanders een gedeelte van hun straf in NL uitzitten. Strafrestant moet niet minder dan 6 maanden zijn en gepleegd feit moet in beide landen strafbaar zijn. Initiatief tot overdracht gaat uit van veroordelende staat. Geldt ook voor buitenlanders die in NL zijn veroordeeld.

Minister van Justitie – indien hij van mening is dat verzoek tot overdracht gehonoreerd moet worden – draagt zaak over aan OvJ die van rechtbank vordert dat deze verlof verleent tot tenuitvoerlegging van het buitenlandse strafvonnis. Indien alles goed gaat kan omzetting plaatsvinden in NLse straf = exequaturprocedure. HR is van mening dat de buitenlandse sanctie vervangen moet worden door een sanctie die naar NLse maatstaven beantwoordt aan de ernst van het feit, de omstandigheden en de persoon van de dader waarbij niet voorbij gegaan mag worden aan de opvattingen zoals deze in de staat van veroordeling leven.

**3. Strafrechter en strafexecutie.**

**De administratie beslist in welke gevangenis het strafvonnis tenuitvoergelegd moet worden. OM is belast met het doen uitvoeren van alle strafvonnissen, art. 553 Sv.** OM doet voordracht tot tenuitvoerlegging aan de administratie die dan vervolgens de inrichting bepaalt. OM tekent daarbij per vonnis een executie-indicator aan mbt de in te nemen veiligheidsmaatregelen. Ook bij de tenuitvoerlegging van vermogenssancties vervult de administratie een

sleutelfunctie; worden landelijk geïnd door Centraal Justitieel Incassobureau.

Veroordeelde kan met OM wel betalingsafpraak maken.

HR heeft zich meerdere malen uit moeten laten over de relatie tussen straftoemeting en executie, zie arrest. p. 391. Strafrechter heeft echter geen beslissingsmacht mbt de executie (kinderrechter wel). Toch laat rechter soms executieperspectieven prevaleren boven een beginsel van materieel strafrecht, **zie Zwarte Ruiter Arrest**, p. 392.