

VU Research Portal

Case note: Hoge Raad

Borgers, M.J.

2008

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Borgers, M. J., (2008). *Case note: Hoge Raad*, No. 116, Nov 13, 2007. (Nederlandse jurisprudentie; Vol. 2008).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

HR 13 november 2007; geen melding aan piketadvocaat
NJ 2008, 166, zaaknummer: 02236/06, LJN:BA7667

Noot van M.J. Borgers

1

De vraag of een rechtsgevolg moet worden verbonden aan het schenden van de tweede volzin van art. 40 lid 2 Sv, door het niet of te laat inlichten van de piketadvocaat omtrent de in verzekeringstelling, is reeds eerder aan de Hoge Raad voorgelegd. Zie HR 29 mei 1990, NJ 1990, 754 en HR 13 juni 2006, NJ 2006, 369. In die zaken werd niet aannemelijk dat het ontbreken van rechtsbijstand door een piketadvocaat invloed had uitgeoefend op de inhoud van de door de verdachte afgelegde verklaringen. Reeds om die reden kon niet worden aangenomen dat de verdachte in zijn belangen was geschaad en werd geen rechtsgevolg verbonden aan het gestelde verzuim. Vgl. ook HR 8 mei 2001, NJ 2001, 481. In de onderhavige zaak lijken de feiten enigszins anders te liggen. Voorafgaand aan de in verzekeringstelling legt de verdachte ontkennende verklaringen af. Tijdens de in verzekeringstelling gaat aanvankelijk het inlichten van de piketcentrale verkeerd, waarschijnlijk door het onjuist in de fax plaatsen van het meldingsformulier. Ondertussen legt de verdachte dezelfde en de volgende dag twee belastende verklaringen af. Nadat de piketcentrale alsnog op de juiste wijze wordt geïnformeerd en er overleg plaatsvindt tussen de verdachte en de raadvrouw, beroept de verdachte zich op haar zwijgrecht. Daarmee is in ieder geval een temporeel verband gegeven tussen de schending van de tweede volzin van art. 40 lid 2 Sv en het afleggen van de belastende verklaringen. Maar levert dat ook een causaal verband op?

2

Het gerechtshof gebruikt de eerste belastende verklaring voor het bewijs en noemt daarbij verschillende redenen waarom de (te) late melding aan de piketcentrale weliswaar een schending van een belangrijk vormvoorschrift oplevert, maar er toch kan worden volstaan met strafvermindering. Een deel van die redenen raakt het causaal verband. Het gerechtshof stelt allereerst vast dat gelet op de termijnen voor de afwikkeling van meldingen door de piketcentrale (maximaal twee uur) en voor het bezoek door de piketadvocaat (maximaal vier uur) – termijnen die zijn opgenomen in praktijkvoorschriften van de Raad voor Rechtsbijstand – het even goed had kunnen gebeuren dat de verdachte pas na afloop van het verhoor waarin de eerste belastende verklaring is afgelegd, met de raadvrouw had kunnen spreken. Daarnaast overweegt het gerechtshof dat het niet aannemelijk is dat de verdachte zonder het verzuim zou zijn blijven zwijgen. Het laatste argument is vanwege de gegeven onderbouwing dermate onbegrijpelijk (terwijl daarbij bovendien wordt gerefereerd aan hetgeen de verdachte aan de reclassering heeft verteld, hetgeen op gespannen voet staat met HR 18 september 2007, LJN BA3610) dat de Hoge Raad de desbetreffende passage wijselijk aanduidt als een overweging ten overvloede. Het eerste argument houdt echter stand in cassatie. Het draait daarbij feitelijk om de vraag wat er zou zijn gebeurd indien de melding wel op correcte wijze was gedaan. Was de piketadvocaat dan verschenen voorafgaand aan het verhoor? Zou de verdachte een andere opstelling hebben gekozen? A-G Bleichrodt

kan de argumentatie van het gerechtshof in zoverre billijken dat ook naar zijn mening 'zoveel onzekerheden' bestaan dat een causaal verband tussen het verzuim en het afleggen van de belastende verklaringen niet kan worden aangenomen. Deze benadering, die ook steun geeft aan de beslissing van de Hoge Raad, stuit naar mijn mening op bezwaren. Een andere gang van zaken lijkt immers niet onwaarschijnlijker dan het scenario waar het gerechtshof van uitgaat. Het verhoor vond geruime tijd – vier uur en 45 minuten – na het moment van inverzekeringstelling plaats, dat komt een heel eind in de buurt van de gebezigde maximumtermijn van zes uur. Het is, mede afhankelijk van de eerder gekozen opstelling van de verdachte, geenszins ongebruikelijk dat piketadvocaten het advies geven om van het zwijgrecht gebruik te maken. Een dergelijk advies kan er heel wel toe leiden dat de verdachte vervolgens geen verklaring aflegt. Los daarvan geldt als bezwaar dat het hanteren van een redenering die wordt gebaseerd op een veronderstelde rechtmatige gang van zaken – in casu dus ervan uitgaande dat wel tijdig en correct een melding aan de piketcentrale zou zijn gedaan – per definitie problematisch is wanneer deze in verband wordt gebracht met de inhoud van een door de verdachte afgelegde verklaring. Want dan heeft men met nog een andere onzekere factor van doen, te weten de wil van de verdachte. Het valt niet met een redelijke mate van zekerheid te zeggen wat de verdachte zou hebben verklaard indien het anders was gelopen en de verdachte dus in andere omstandigheden had verkeerd. Een redenering die is gebaseerd op een hypothetische gang van zaken teneinde het ontbreken van causaal verband aan te nemen, is alleen – en dan nog onder strikte randvoorwaarden – bruikbaar ten aanzien van wilsonafhankelijk bewijsmateriaal. Zie onder andere Lensing, DD 1985, p. 27-30, en Embregts, Uitsluiting over bewijsuitsluiting, Deventer: Kluwer 2003, p. 139-146. De consequentie hiervan is dat in een geval als het onderhavige het vaststellen van de aan- of afwezigheid van causaal verband eigenlijk niet goed mogelijk is. De vraag die dan resteert, luidt of het in het voor- of nadeel van de verdachte moet werken dat het causaal verband niet kan worden vastgesteld. Ik zou de benadering willen voorstaan dat op grond van het temporele verband tussen de schending van de tweede volzin van art. 40 lid 2 Sv en het afleggen van de belastende verklaringen het vermoeden wordt aangenomen dat ook van een causaal verband sprake is. Zo lang geen feitelijke gronden aannemelijk worden die het vermoeden ontzenuwen, moet een oorzakelijk verband verondersteld worden aanwezig te zijn.

3

De discussie over het causale verband komt echter in een ander daglicht te staan, wanneer men op juridische gronden kan vaststellen dat het voor de bruikbaarheid van de afgelegde verklaringen irrelevant is of de verdachte wel of niet met de piketadvocaat heeft kunnen spreken. A-G Bleichrodt wijst erop – en daarmee komt hij tot de kern – dat er geen rechtsregel bestaat dat de verdachte pas mag worden verhoord nadat deze met een advocaat heeft kunnen spreken. Ook is de verdachte in deze zaak telkens de cautie verleend. Zij had dus – al dan niet in afwachting van het moment van overleg met de piketadvocaat – kunnen blijven zwijgen. Van onrechtmatige bewijsvergaring is volgens Bleichrodt dan ook geen sprake. Het gaat aldus niet zozeer om de causaliteit, maar veeleer om de relativiteit. De vraag wordt immers vooropgesteld welk belang het voorschrift van art. 40 lid 2, tweede volzin, Sv beoogt te beschermen. Het antwoord op die vraag kan dan luiden dat het genoemde voorschrift wel beoogt de verdachte te faciliteren bij onder andere het bepalen van zijn strategie – verklaren of zwijgen –, maar niet waarborgt dat de verdachte niet (nader) zal worden gehoord zonder dat voorafgaand met een

advocaat is gesproken. De schending van een dergelijke norm leidt niet tot onrechtmatigheid van het verkregen bewijs (vgl. Embregts 2003, p. 128-131). Voor de hier gegeven uitleg van art. 40 lid 2, tweede volzin, Sv valt het nodige te zeggen. Tot de taak van de piketadvocaat behoort het geven van informatie en advies over de proceshouding. (Vgl. o.a. Prakken in: Melai/Groenhuijsen e.a., Het Wetboek van Strafvordering, aant. 10 op art. 40.) Het is evenwel aan de verdachte om de beslissing te nemen of hij een verklaring aflegt, en zo ja: wat hij verklaart. Tegen die achtergrond wordt de verdachte voorafgaand aan het verhoor de cautie wordt verleend. De wetgever heeft niet voor een dusdanige regeling gekozen dat een in verzekering gestelde verdachte altijd voorafgaand aan zijn verhoor de gelegenheid wordt geboden om te overleggen met de piketadvocaat. Ook zonder voorlichting en advies – hoe wenselijk ook – wordt de verklaringvrijheid van de verdachte voldoende gewaarborgd. Ter volledigheid: art. 28 lid 2 Sv en art. 50 lid 1 Sv geven eveneens niet de garantie dat de verdachte voorafgaand aan het verhoor overleg heeft met de piketadvocaat, al mag de mogelijkheid van overleg uiteraard niet onnodig worden geblokkeerd. (Zie HR 6 juli 1999, NbSr 1999, 139, en kritisch Spronken, Verdediging, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 235, 364-367, 481-482, 487-488). Art. 6 EVRM biedt in het algemeen ook niet die garantie. (Vgl. reeds HR 8 september 1998, NJ 1999, 63, en voorts de noot van Knigge onder EHRM 8 februari 1996, NJ 1996, 725 (John Murray) en de conclusie van A-G Machielse voor HR 13 juni 2006, NJ 2006, 369.) Bijzondere omstandigheden kunnen tot een ander oordeel nopen (vgl. Spronken 2001, p. 454-458), maar dat lijkt in de onderhavige zaak niet aan de orde te zijn.

4

Het gerechtshof betreft in zijn overwegingen dat voor de politie geen plicht bestaat om de komst van de piketadvocaat af te wachten (alvorens tot verhoor over te gaan) en dat aan de verdachte in deze zaak bij elk verhoor de cautie is verleend. Dat stuit bij de Hoge Raad niet op bezwaren. Het gerechtshof rept in dit verband niet van relativiteit, maar de desbetreffende overwegingen sluiten goed aan bij de geschetste strekking van art. 40 lid 2, tweede volzin, Sv. Op zichzelf gaat het om een belangrijk processueel voorschrift, maar gelet op de strekking van art. 40 lid 2, tweede volzin, Sv is van door het vormverzuim veroorzaakte schade of nadeel voor de verdachte geen sprake. Voor bewijsuitsluiting is reeds daarom geen plaats. In plaats daarvan kiest het gerechtshof voor strafvermindering. Die keuze is in het licht van de criteria van de Hoge Raad voor strafvermindering – zie rov. 3.5 in fine en 3.6.3 in HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376 m.nt. YB – niet geheel vanzelfsprekend. Bij gebreke van schade of nadeel en gelet op de geconstateerde geringe verwijtbaarheid van het vormverzuim had het gerechtshof kunnen volstaan met de enkele vaststelling van de schending van art. 40 lid 2, tweede volzin, Sv. Onduidelijk is waarom het gerechtshof toch voor strafvermindering kiest. Wellicht heeft het gerechtshof de behoefte gevoeld om zo te onderstrepen dat een belangrijk strafvorderlijk voorschrift in het geding is en dat het niet in acht nemen daarvan niet zonder gevolgen mag blijven, ook al is ten gevolge van die schending geen bewijsmateriaal verkregen. Voor een dergelijke benadering is steun te vinden in wat oudere rechtspraak van de Hoge Raad (vgl. HR 22 september 1998, NJ 1999, 104 m.nt. JdH, en HR 6 april 1999, NJ 1999, 565 m.nt. Sch). In de recente rechtspraak lijkt evenwel meer waarde te worden gehecht aan het daadwerkelijk bestaan van schade of nadeel (zie HR 17 april 2007, NJ 2007, 253), terwijl het daarnaast de vraag is of de veronderstelde redenering van het gerechtshof passend is indien tegelijkertijd de geringe verwijtbaarheid van het verzuim wordt aangenomen. Opmerkelijk is voorts dat

de overwegingen van het gerechtshof alleen betrekking hebben op de eerste belastende verklaring. De tweede belastende verklaring, die ruim 23 uur na de inverzekeringstelling is afgelegd, heeft het gerechtshof immers niet voor het bewijs gebezigd. Zou dat ermee te maken hebben dat indien de piketcentrale wel tijdig zou zijn ingelicht, de verdachte voorafgaand aan dit tweede verhoor vrijwel zeker met de raadvrouw had kunnen spreken? Indien dit de achterliggende gedachte is, wordt feitelijk de mogelijkheid opgehouden dat schending van art. 40 lid 2, tweede volzin, Sv toch tot bewijsuitsluiting leidt, mits er maar geen discussie bestaat over het causaal verband. (In zijn conclusie voor HR 29 mei 1990, NJ 1990, 754, houdt ook (toen nog) A-G Fokkens die mogelijkheid open.) Maar dat zou impliceren dat het gerechtshof anders aankijkt tegen het relativiteitsargument. Het arrest van het gerechtshof mist op de hier besproken punten scherpte. In dat opzicht had de Hoge Raad de overwegingen van het gerechtshof preciezer kunnen duiden en beoordelen. Dat zou niet tot een andere uitkomst hebben hoeven te leiden, maar het had wel een meer richtinggevende uitspraak kunnen opleveren.

5

De einduitslag van deze zaak zal vermoedelijk niet iedereen kunnen bekoren. Een technisch-juridisch correcte redenering hoeft niet altijd te leiden tot een wenselijk resultaat. Dat raakt vooral de geschetste strekking van art. 40 lid 2, tweede volzin, Sv. Het is naar mijn mening onbevredigend dat de wet aan de ene kant wil voorzien in adequate rechtsbijstand voor de verdachte die zich in voorarrest bevindt, maar aan de andere kant niet erg duidelijk regelt hoe die rechtsbijstand wordt verwezenlijkt. Het valt op dat in de literatuur vooral aandacht bestaat voor de rol van de raadsman tijdens het politieverhoor en veel minder voor zijn positie voorafgaand aan het verhoor. Het zou goed zijn wanneer in de periferie van het thans weer gaande debat over de aanwezigheid van de raadsman bij het politieverhoor ook wordt gekeken of een duidelijker regeling van (de reikwijdte en de praktische invulling van) het recht op consultatie van de raadsman voorafgaand aan politieverhoren mogelijk is. Zie voor een aanzet daartoe Lensing, *Justitiële Verkenningen* 1998, nr. 4, p. 39-40, en Groenhuijsen & Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 60, 753. Bij het ontwerpen van een dergelijke regeling moet men zich niet op voorhand laten weerhouden door de vrees dat voorafgaande consultatie een verminderde verklaringsbereidheid van verdachten teweegbrengt. Het is een te eenvoudige voorstelling van zaken dat een piketadvocaat de verdachte in alle gevallen zal adviseren om te zwijgen. Het uitstippelen van de processtrategie van de verdediging steekt complexer dan dat in elkaar (vgl. Franken & Röttgering, in: *Handboek Verdediging*, Kluwer: Deventer 2003, p. 236-237).