

STRAFRECHT**STRAF(PROCES)RECHT**

AAK20198889

Prof.mr. J.H. Crijns en mr.dr. M.J. Dubelaar

Wetgeving*Kamerstukken*

34904 – *Wetsvoorstel strafbaarstelling seksuele intimidatie*
Mede naar aanleiding van de #metoo-beweging is een initiatiefwetsvoorstel ingediend dat seksuele intimidatie in het openbaar strafbaar moet stellen. Met het oog daarop wordt een nieuwe strafbepaling in het Wetboek van Strafrecht geïntroduceerd. Het voorgestelde artikel 429ter Sr ziet er als volgt uit:

'Hij die op een plaats voor het openbaar verkeer bestemd, opmerkingen, gebaren of bewegingen met een seksuele connotatie maakt waardoor een persoon in een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende situatie wordt gebracht wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste drie maanden of een geldboete van de derde categorie.'

Het betreft een overtreding waarbij de openbare orde het primair beschermde rechtsgoed is en dus niet zozeer het grievende karakter van de uitlatingen of de gemaakte inbreuk op iemands waardigheid dan wel persoonlijke integriteit. Volgens de initiatiefnemers wordt dat reeds voldoende beschermd door de bestaande uitings- en zeden-delicten. Het is de initiatiefnemers te doen om de onvrijheid die vooral vrouwen kunnen ervaren in de openbare ruimte door seksueel getinte opmerkingen en gebaren (*Kamerstukken II 2018/19, 34904, 6, p. 7, gewijzigde MvT*).

De Raad van State heeft zich uiterst kritisch opgesteld ten opzichte van het ingediende voorstel. Weliswaar zijn naar aanleiding van deze kritiek de formulering van de bepaling en de toelichting op het voorstel aangepast, de vraag is of de kritiek daarmee geheel is ondervangen. Het voornaamste punt is dat onvoldoende duidelijk is welke gedragingen nu onder de reikwijdte van de bepaling komen te vallen. De Raad van State wijst erop dat de grens tussen normale toenadering en intimidatie niet altijd scherp te trekken valt. Om tot een bewezenverklaring te komen moet naast een gedraging (in de vorm van een opmerking, gebaar of beweging) met seksuele connotatie, ook sprake zijn van een gevolg: 'de seksuele uitingen dienen iemand in een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende situatie te brengen'. Daarbij lijkt het volgens de Raad van State 'van de ontvanger van de uiting af te hangen of die de uiting als zodanig ervaart en dus of sprake is van strafbaar gedrag'. Dat doet afbreuk aan de voorzienbaarheid van de bepaling. 'Waar experimenteer- of flirtgedrag overgaat in seksuele intimidatie, is voor een ieder anders en is bovendien sterk context gebonden', aldus de Raad van State (*Kamerstukken II 2018/19, 34904, 4, p. 4*).

De gewijzigde Memorie van Toelichting geeft een nadere toelichting op het type gedragingen waar de nieuwe strafbaarstelling zich op richt. Als voorbeelden worden genoemd:

'het doen van seksueel getinte verzoeken, het maken van seksuele toespelingen of het maken van opmerkingen over seksuele lichaamsdelen, schelden, naropen en sissen, zoals iemand uitmaken voor "hoer" of "geil wijf" of agressief vragen "wil je seks?" of andere expliciete seksualiserende opmerkingen maken zoals "hee, waar ga je heen met dat lekkere kontje?", of iemand confronteren met gebaren of bewegingen met een seksuele lading zoals het imiteren van masturbatie-, lik-, pijp- of penetratiebewegingen' (*Kamerstukken II 2018/19, 34904, 6, p. 8*).

De initiatiefnemers stellen vervolgens dat het nastaren of nafluiten van een ander nog geen opmerkingen of gebaren met een seksuele connotatie als bedoeld in dit voorstel opleveren. Daar ligt dus klaarblijkelijk de grens.

De vraag is natuurlijk of het een goed idee is om dit type onbehoorlijk gedrag op straat met behulp van het strafrecht te gaan aanpakken. De Raad van State vreest dan ook dat dit verbod niet te handhaven valt en stelt dat het voorstel naar 'alle waarschijnlijkheid verwachtingen wekt die het niet kan waarmaken' (*Kamerstukken II 2018/19, 34904, 4, p. 3*).

Jurisprudentie

HR 12 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:336 – Dood door schuld door drugsverstrekking

De Hoge Raad deed op 12 maart jl. uitspraak in een zaak waarin de vriendin van de verdachte was overleden na het innemen van de harddrug GHB die door de verdachte aan haar was aangeboden. De feiten die de Hoge Raad als uitgangspunt neemt, zijn de volgende. Het slachtoffer is een volwassen vrouw die onbekend was met de werking van GHB en dit wel eens wilde proberen. De verdachte heeft vervolgens de GHB ingeschonken in een theeglas en gemengd met cola, waarna het slachtoffer die GHB zelf 'bewust en vrijwillig' heeft ingenomen. Er kan evenwel niet meer worden bepaald wat de exacte hoeveelheid GHB is geweest die de verdachte heeft ingeschonken (nu de GHB afkomstig was uit een flesje Spa Rood dat verdachte in een schoenendoos op haar slaapkamer bewaarde). De verdachte heeft verklaard dat zij eerder van dezelfde GHB vergelijkbare of grotere hoeveelheden heeft gebruikt en dat dit altijd goed is gegaan. De vraag die in cassatie centraal staat, is of het onder deze omstandigheden verstrekken van GHB schuld als bedoeld in artikel 307 Sr oplevert. Zowel de rechtbank als het hof hebben de vraag of het overlijden aan de schuld van de verdachte te wijten was, ontkennend beantwoord.

De Hoge Raad herhaalt dat onder schuld als bestanddeel een 'min of meer grove of aanmerkelijke schuld' wordt verstaan en verwijst vervolgens naar eerdere rechtspraak door te stellen dat de vaststelling of daarvan sprake is, wordt 'bepaald door de manier waarop die schuld in de tenlastelegging nader is geconcretiseerd, en voorts [...] afhankelijk [is] van het geheel van de gedragingen van de verdachte, de aard en de ernst daarvan en de overige

omstandigheden van het geval'. Naar we mogen aannemen rechtvaardigt het enkele verstrekken van een bepaalde hoeveelheid drugs als gevolg waarvan iemand komt te overlijden, op zichzelf nog niet de kwalificatie schuld indien de persoon die geheel vrijwillig drugs heeft ingenomen. Immers, de verstrekking van drugs is reeds elders strafbaar gesteld omwille van het gevaar dat dit voor de volksgezondheid oplevert (zie ook de annotatie van De Keijzer onder HR 14 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:952, NJ 2015/269). Er moet als het ware iets bijkomen. Het draait om de wijze waarop dat is gebeurd en de omstandigheden waaronder dat het geval is geweest. Hier was in de tenlastelegging opgenomen dat de verdachte haar vriendin 'een (te) grote hoeveelheid, althans meer dan een gemiddelde gebruikershoeveelheid' zou hebben verstrekt. Dat veronderstelt dat de verdachte onzorgvuldig heeft gehandeld en daarmee onaanvaardbare risico's heeft genomen. Het probleem was dat het hof nu juist dat niet had kunnen vaststellen. Het is immers niet duidelijk geworden hoeveel de verdachte had ingeschonken. Daarbij speelt ook het punt van de voorzienbaarheid, nu verdachte naar eigen zeggen eerder zelf zonder problemen vergelijkbare hoeveelheden had gebruikt.

De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep ingesteld door het Openbaar Ministerie en overweegt als volgt.

'In de overwegingen van het Hof ligt als zijn niet onbegrijpelijke oordeel besloten dat niet is komen vast te staan dat – anders dan is tenlastegelegd – de verdachte aan [betrokkene 1] een "(te) grote hoeveelheid, althans meer dan een gemiddelde gebruikershoeveelheid" heeft verstrekt. Het Hof heeft vervolgens geoordeeld dat GHB weliswaar is vermeld op de bij de Opiumwet behorende lijst I en door de wetgever wordt beschouwd als een drug waarvan het gebruik een onaanvaardbaar risico voor de (volks)gezondheid oplevert, maar dat gelet op de hiervoor onder 2.5.1 genoemde omstandigheden het verstrekken aan [betrokkene 1] van GHB niet een zodanig onaanvaardbaar gezondheidsrisico met zich bracht dat de dood van [betrokkene 1] aan haar schuld in de zin van art. 307 Sr is te wijten. Dat – met waarderings van feitelijke aard verweven – oordeel getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk.'

De Hoge Raad gaat dus mee in de overwegingen van het hof. Dat betekent evenwel niet dat culpa in dit type zaken alleen kan worden aangenomen als er meer dan een gemiddelde gebruikershoeveelheid is verstrekt. Er kunnen ook andere omstandigheden zijn die het oordeel rechtvaardigen dat sprake is van schuld in de zin van culpa; te denken valt in dit verband aan verstrekking van drugs aan een minderjarige onder aanmoediging om deze te gebruiken, zoals dat het geval was in het zogeheten *Speedbom*-arrest (HR 14 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:952, NJ 2015/269, m.nt. N. Keijzer).

HR 23 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:600 – Passage-proces en de inzet van kroongetuigen

Op 23 april jl. heeft de Hoge Raad uitspraak gedaan in de zaken die gezamenlijk beter bekend staan als het Passage-proces. Bijna twee jaar geleden veroordeelde het Hof Amsterdam in totaal tien verdachten wegens betrokkenheid bij verschillende liquidaties en pogingen tot liquidaties in het Amsterdamse criminele milieu. Vier van hen werden veroordeeld tot een levenslange gevangenisstraf (zie o.a. ECLI:NL:GHAMS:2017:2496; en voor een uitgebreide

bespreking van deze arresten *KwartaalSignaal* 144). Bij deze veroordelingen maakte het Hof Amsterdam onder meer gebruik van de verklaringen van twee kroongetuigen – Peter La Serpe en Fred Ros. De inzet van deze kroongetuigen was in beide feitelijke instanties een heet hangijzer (waarbij moet worden aangetekend dat de tweede kroongetuige, Fred Ros, pas in de fase van hoger beroep als zodanig optrad). Ook in cassatie stond de rechtmatigheid van de wijze waarop de kroongetuigen in dit proces zijn ingezet, centraal. Daarnaast werd – in die zaken waarin dit aan de orde was – geklaagd over de rechtmatigheid van de levenslange gevangenisstraf in het licht van de relevante EHRM-jurisprudentie en de naar aanleiding daarvan recent in het leven geroepen herbeoordelingsprocedure. Onder verwijzing naar zijn eerdere overwegingen ter zake in HR 19 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3185 wijst de Hoge Raad deze klachten echter af. In het navolgende concentreren we ons op de rechtsvragen met betrekking tot de inzet van de kroongetuige.

Grosso modo waren in cassatie in relatie tot de inzet van de kroongetuige – of in termen van de wet: toezeggingen aan getuigen – drie thema's aan de orde: 1) de vraag of toezeggingen aan een kroongetuige ook betrekking mogen hebben op een ontnemingsvordering; 2) de vraag of toezeggingen met betrekking tot getuigenbescherming (art. 226l Sv) onderdeel uitmaken van de verklaringsovereenkomst in de zin van artikel 226g lid 1 Sv; en 3) de toetsing van de toezeggingen door de opvolgende betrokken rechters (rechter-commissaris en zittingsrechter) en het gebruik van de verklaringen van de kroongetuige voor het bewijs. De Hoge Raad wijdt eerst enkele algemene beschouwingen aan de wettelijke regeling van de kroongetuige en deze drie thema's meer in het bijzonder alvorens wordt ingegaan op bespreking van de verschillende middelen.

De eerste kwestie – de vraag of toezeggingen aan getuigen ook betrekking mogen hebben op de ontnemingsvordering – kent een lange voorgeschiedenis en raakt aan de fundamentele vraag of de wettelijke regeling van toezeggingen aan getuigen in artikel 226g Sv als een open dan wel een gesloten stelsel voor het doen van toezeggingen moet worden opgevat (zie over deze vraag onder meer de conclusie van A-G Harteveld, ECLI:NL:PHR:2018:1389, en de aldaar genoemde vindplaatsen). Het laatste zou betekenen dat geen andere toezeggingen kunnen worden gedaan dan die expliciet in de wet worden genoemd, te weten strafvermindering van maximaal de helft (art. 226g lid 1 Sv jo. art. 44a Sr) en/of zogenoemd gunstbetoon in de zin van artikel 226g lid 4 Sv (te verstaan als toezeggingen van relatief geringe aard die de officier van justitie eigenhandig kan verwezenlijken). Het eerste – een open stelsel – zou daarentegen betekenen dat de wettelijke regeling niet exclusief is, in die zin dat ook andersoortige toezeggingen dan strafvermindering en gunstbetoon denkbaar zouden zijn, in aanvulling op de genoemde toezeggingen zoals expliciet benoemd in artikel 226g Sv. In dat verband zou bijvoorbeeld kunnen worden gedacht aan toezeggingen strekkende tot het verminderen of zelfs geheel afzien van het indienen van een ontnemingsvordering. Deze princi-

piële vraag of de wettelijke regeling van artikel 226g e.v. Sv als een open dan wel een gesloten stelsel voor het doen van toezeggingen aan getuigen moet worden beschouwd, beantwoordt de Hoge Raad echter niet met zoveel woorden, nu 'op grond van de wetsgeschiedenis geen eenduidige beantwoording mogelijk is' en 'de bewoordingen en het systeem van de wet [...] slechts tot op zekere hoogte houvast [geven] bij de interpretatie van de wet' (r.o. 3.6). Dat neemt niet weg dat de Hoge Raad wel degelijk antwoord geeft op de vraag of toezeggingen met betrekking tot de ontnemingsvordering al dan niet tot de mogelijkheden behoren. Volgens de Hoge Raad is dit wel degelijk het geval, nu artikel 511c Sv met zoveel woorden in een schikkingsbevoegdheid in relatie tot de ontnemingsvordering voorziet en niets erop wijst dat deze bepaling niet voor kroongetuigen zou gelden. Van een toezegging in de zin van artikel 226g lid 1 Sv jo. artikel 44a Sr is dan echter geen sprake, nu daarin enkel wordt gesproken van toezeggingen strekkende tot strafvermindering. Daaraan voegt de Hoge Raad echter toe dat in geval met een (aanstaande) kroongetuige tevens een ontnemingsschikking in de zin van artikel 511c Sv is of zal worden aangegaan, redelijke wetstoepassing meebrengt dat de rechter-commissaris van deze (voorgenomen) schikking op de hoogte wordt gebracht, opdat voor de rechter-commissaris alsmede de verdachte te wiens laste de kroongetuige zal verklaren kenbaar is dat een dergelijke ontnemingsschikking is aangegaan (r.o. 3.10). Voor de beoordeling van de onderhavige zaak is deze door de Hoge Raad uitgestippelde koers echter niet van wezenlijk belang, nu het hof – volgens de Hoge Raad niet onbegrijpelijk – heeft vastgesteld dat het Openbaar Ministerie in casu weliswaar heeft afgezien van het instellen van ontnemingsvorderingen jegens de kroongetuigen, maar dat dit – gelet op de beweegredenen van het Openbaar Ministerie hiervoor – niet kan worden gezien als toezeggingen jegens hen. Naar het oordeel van het hof betrof het hier eenzijdige beslissingen van het Openbaar Ministerie die los moeten worden gezien van de verklaringsbereidheid van de getuigen (r.o. 6.3 en 6.4).

Ook met betrekking tot de verhouding tussen enerzijds de verklaringsovereenkomst in de zin van artikel 226g Sv en anderzijds de afspraken die op basis van artikel 226l Sv met de getuige worden gemaakt over diens feitelijke bescherming, zit de Hoge Raad volledig op dezelfde lijn als het hof (en eerder de rechtbank): deze beide overeenkomsten dienen volledig los van elkaar te worden gezien. Toezeggingen met betrekking tot getuigenbescherming zijn dan ook geen toezeggingen in de zin van artikel 226g lid 1 Sv noch een gunstbetoon in de zin van artikel 226g lid 4 Sv. Dit betekent ook dat de officier van justitie geenszins is gehouden processen-verbaal of andere stukken met betrekking tot de afspraken over getuigenbescherming aan het procesdossier toe te voegen en/of deze ter toetsing voor te leggen aan de rechter-commissaris (r.o. 3.11 en 8.3). Onder de thans geldende wettelijke regeling strekt de toetsende rol van de rechter-commissaris zich dus ook alleen uit tot de verklaringsovereenkomst, niet tot afspraken gemaakt in het kader van de bescherming van de getuige.

Tot slot volgt de Hoge Raad het hof ook met betrekking tot de derde kwestie, de verantwoordelijkheden van de opvolgende betrokken rechters in relatie tot de verklaringsovereenkomst en de op basis daarvan afgelegde verklaringen. Op grond van artikel 226h Sv toetst de rechter-commissaris de rechtmatigheid van de voorgenomen afspraak en dient hij zich tevens een oordeel te vormen over de betrouwbaarheid van de kroongetuige en diens verklaringen. Met betrekking tot de rol van de zittingsrechter oordeelt de Hoge Raad dat het aan de zittingsrechter is om de betrouwbaarheid van de afgelegde verklaringen te beoordelen en dat ten aanzien van de beslissing om (delen van) de verklaringen van de kroongetuige voor het bewijs te bezigen, geen andere voorschriften gelden dan die genoemd in artikel 344a lid 4 Sv (een bijzonder bewijsminimum voor kroongetuigen) en in artikel 360 Sv (een nader motiveringsvoorschrift voor het gebruik van kroongetuigeverklaringen). Meer concreet betekent dit dat de zittingsrechter niet is gehouden expliciet in te gaan op de rechtmatigheid van de overeenkomst met de getuige. Volgens de Hoge Raad ligt in het gebruik van de verklaring van de kroongetuige reeds besloten 'dat de rechter niet tot een andersluidend oordeel ter zake van de rechtmatigheid is gekomen dan in de beschikking van de rechter-commissaris [...] is vervat' (r.o. 3.15, met verwijzing naar HR 23 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:64). Dit is slechts anders indien door de verdediging op grond van artikel 359a Sv verweer is gevoerd met betrekking tot de rechtmatigheid van de gemaakte afspraken. In een dergelijk geval zal de rechter zich wel met zoveel woorden moeten uitlaten over de rechtmatigheid. Weliswaar mag worden aangenomen dat in het type zaken waarin kroongetuigen worden ingezet dergelijke verweren doorgaans wel zullen worden gevoerd, met als gevolg dat de zittingsrechter zich expliciet zal moeten uitlaten over de rechtmatigheid van de gemaakte afspraken, niettemin is het opvallend dat met dit oordeel de primaire verantwoordelijkheid voor de beoordeling van de rechtmatigheid van de gemaakte afspraken bij de rechter-commissaris lijkt te worden gelegd.

Een ding is zeker: niet alleen vormt onderhavige reeks arresten het slotakkoord van het Passage-proces, ook vormen deze arresten een belangrijk ijkpunt in de geschiedenis van het instrument van de kroongetuige. Sinds de inwerkingtreding van de Wet toezeggingen aan getuigen in strafzaken in 2006 was dit zonder meer het belangrijkste proces waarin kroongetuigen een rol speelden. Het zal het Openbaar Ministerie dan ook verheugen dat de Hoge Raad de veroordelingen door het hof in stand heeft gelaten en dat de kroongetuigen in deze zaken in die zin de eindstreep hebben gehaald. Dat neemt niet weg dat ook na dit oordeel van de Hoge Raad nog wel de nodige (rechtspolitieke) vragen in relatie tot de inzet van kroongetuigen openliggen, die deels door de wetgever zullen moeten worden beantwoord (zie hierover nader J.H. Crijns, M.J. Dubelaar & K.M. Pitcher, 'Overgeleverd aan de wolven? De toekomst van de kroongetuige in het Nederlands strafproces', *NJB* 2018/1099 en de aldaar

aangehaalde literatuur). Aldus is ook na deze arresten van de Hoge Raad het laatste woord over de rol van de kroongetuike in het Nederlandse strafproces nog lang niet gezegd.

Literatuur

- W. Borst, *De verdachte in de ketens. Informatie delen in ketens en netwerken*, Den Haag: Boom bestuurskunde 2019;
- D. Giannouloupoulos, *Improperly Obtained Evidence in Anglo-American and Continental Law*, Oxford: Hart Publishing 2019;
- K. Goethals, G. Meynen & A. Popma (red.), *Leerboek forensische psychiatrie*, Utrecht: De Tijdstroom 2019;
- L. van Lent, M. Boone & K. van den Bos, *Klachten tegen niet-vervolg (artikel 12 Sv-procedure). Doorlooptijden, instroom, verwachtingen van klagers en het belang van procedurele rechtvaardigheid*, Den Haag: Boom juridisch 2019;
- L. Mancano, *The European Union and Deprivation of Liberty. A Legislative and Judicial Analysis from the Perspective of the Individual*, Oxford: Hart Publishing 2019;
- N. Naffine, *Criminal Law and the Man Problem*, Oxford: Hart Publishing 2019;
- J.W. Ouwerkerk e.a. (red.), *The Future of EU Criminal Justice Policy and Practice. Legal and Criminological Perspectives*, Leiden: Brill Nijhoff 2019;
- H.J.B. Sackers & P.H.P.H.M.C. van Kempen (red.), *Kroniek van het strafrecht 2018*, Deventer: Wolters Kluwer 2019;
- W.M. Warnaars, *Witwassen van bitcoins. De omgekeerde bewijslast bij het witwassen van bitcoins in het licht van de onschuldpresumptie*, Weert: Celsus juridische uitgeverij 2019;
- A.W. van Wijk, *Eendaadse samenloop en voortgezette handeling. Een analyse van het wettelijk kader en de (feiten)rechtspraak*, Weert: Celsus juridische uitgeverij 2019.