

arrest

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Leeuwarden

Afdeling strafrecht

Parketnummer: 21-006079-14

Uitspraak d.d.: 22 april 2015

Tegenspraak

Promis

Verkort arrest van de meervoudige kamer voor strafzaken, gewezen op het hoger beroep, ingesteld tegen het vonnis van de rechtbank Midden-Nederland te Lelystad van 9 oktober 2014 met het parketnummer 16-660201-13 in de strafzaak van

████████████████████
geboren te ██████████ op ██████████,
wonende te ██████████.

Het hoger beroep

De verdachte heeft tegen het hiervoor genoemde vonnis hoger beroep ingesteld.

Onderzoek van de zaak

Dit arrest is gewezen naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting van het hof van 8 april 2015 en, overeenkomstig het bepaalde bij artikel 422 van het Wetboek van Strafvordering, het onderzoek op de terechtzitting in eerste aanleg.

Het hof heeft kennisgenomen van de vordering van de advocaat-generaal, inhoudende dat het hof het vonnis van de rechtbank zal bevestigen. De advocaat-generaal heeft deze vordering na voorlezing aan het hof overgelegd.

Het hof heeft voorts kennis genomen van hetgeen door de verdachte en zijn raadvrouw, mr. M.J.M. van Beckhoven, ter terechtzitting in hoger beroep is aangevoerd.

Het vonnis waartegen het hoger beroep is gericht

Het hof zal het vonnis waartegen het hoger beroep is gericht vernietigen omdat het hof komt tot een andere bewezenverklaring dan de rechtbank. Het hof zal daarom opnieuw rechtdoen.

De tenlastelegging

Aan de verdachte is ten laste gelegd dat:

primair

hij op of omstreeks 10 mei 2013 te Lelystad met een ander of anderen, op of aan de openbare weg, de Kreek, in elk geval op of aan een openbare weg, openlijk in vereniging geweld heeft gepleegd tegen ██████████, welk geweld bestond uit het duwen en/of trekken en/of schoppen en/of stompen, althans slaan en/of een knietje geven tegen het lichaam van die ██████████, waarbij hij, verdachte, (met kracht) (meermalen) heeft geschopt en/of (meermalen) gestompt, althans geslagen, tegen het lichaam van die ██████████, en welk door hem gepleegd geweld enig lichamelijk letsel (wervelfractuur en/of bloeding(en)) voor die ██████████ ten gevolge heeft gehad;

subsidiar

hij op of omstreeks 10 mei 2013 te Lelystad, althans in het arrondissement Midden-Nederland, opzettelijk mishandelend ██████████ (met kracht) tegen het lichaam heeft geschopt en/of gestompt, althans geslagen en/of geduwd waardoor voornoemde ██████████ letsel heeft bekomen en/of pijn heeft ondervonden.

Verweer van de verdediging

Standpunt van de verdediging.

De verdediging heeft ter terechtzitting van het hof aangevoerd dat het door de politie verrichte onderzoek aan de telefoon van de verdachte onrechtmatig is wegens strijd met artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM). Dit levert op een vormverzuim in het voorbereidend onderzoek als bedoeld in artikel 359a van het Wetboek van Strafvordering (hierna: Sv.), hetgeen dient te leiden tot bewijsuitsluiting dan wel strafvermindering, aldus de verdediging.

Hiertoe is door de verdediging gesteld dat door de politie onder de verdachte een iPhone, zijnde een smartphone, in beslag is genomen in het kader van de waarheidsvinding, waarna de inhoud van deze smartphone door een agente is onderzocht en gegevens (een whatsapp gesprek) uit deze smartphone zijn gelicht en geprint en toegevoegd aan het strafdossier.

Voorts heeft de verdediging aangevoerd dat deze werkwijze weliswaar is toegestaan op basis van de huidige Nederlandse wetgeving op het gebied van inbeslagneming, maar dat deze regelgeving thans niet (meer) is toegesneden op de feitelijke situatie waarin mensen vandaag de dag in de maatschappij functioneren, en waarbij, zoals hier het geval is, een smartphone een bron van opslag is van het hele privé-leven van de gebruiker van de smartphone.

De handelingen die de politie heeft verricht met betrekking tot de smartphone van de verdachte vormen aldus een inbreuk op de eerbiediging van het privé-leven en de correspondentie van de verdachte.

Voor de rechtvaardiging van deze inbreuk kan weliswaar een basis worden gevonden in artikel 94 Sv., maar een nadere invulling van de bevoegdheid tot het verrichten van onderzoek aan het in beslag genomen voorwerp wordt niet geboden. Daarmee schiet de Nederlandse regelgeving tekort in het bieden van een redelijke begrenzing van de onderzoeksbevoegdheid van de politie, met name tot hetgeen noodzakelijk en proportioneel is. Aldus is hier feitelijk sprake van een onbegrensde onderzoeksbevoegdheid van de politie, hetgeen in strijd is met artikel 8 EVRM, aldus de verdediging.

Daarnaast is in het verlengde van bovenstaande sprake van strijd met artikel 8 EVRM omdat een voorafgaande rechterlijke machtiging of rechterlijk bevel tot onderzoek aan de smartphone ontbreekt en het door de politie verrichte onderzoek aan de smartphone niet noodzakelijk was, gelet op het voorhanden zijnde bewijsmateriaal, en evenmin proportioneel was, gelet op de aard van de verdenking en de concrete omstandigheden van het geval, aldus de verdediging.

Er is sprake van een onherstelbaar vormverzuim als bedoeld in artikel 359a Sv. De schendingen van artikel 8 EVRM leveren op een aanzienlijke mate van schending van een uiterst belangrijk strafvorderlijk voorschrift (8 EVRM). Er is sprake van een zeer ingrijpende inbreuk van het grondrecht op privacy. Dit dient te leiden tot bewijsuitsluiting, aldus de verdediging.

Beoordeling van het hof.

Het hof onderschrijft het standpunt van de verdediging in die zin dat verdachte ten aanzien van de inhoud van zijn smartphone een beroep op bescherming op artikel 8 EVRM (en artikel 10 Grondwet) toekomt. De inbeslagname, het onderzoek aan de smartphone en het lichten van gegevens van die smartphone door de politie op grond van artikel 94 Sv. vormen een inbreuk op de door artikel 8 EVRM verleende bescherming van de persoonlijke levenssfeer. De bevoegdheid van de politie tot het maken van een inbreuk op dit recht moet voldoende kenbaar en voorzienbaar in de wet zijn omschreven.

De technische ontwikkelingen anno 2015 brengen met zich dat er via een smartphone niet alleen toegang wordt verkregen tot verkeersgegevens, maar ook tot de inhoud van communicatie en privé-informatie van de gebruiker van de smartphone. En dat zonder enige vorm van voorafgaande beoordeling van de subsidiariteit en/of proportionaliteit van de bevoegdheid. Dat brengt het hof tot het oordeel dat sprake is van een zodanig ingrijpende bevoegdheid dat, mede gelet op artikel 1 Sv., de algemene bevoegdheidsomschrijving van artikel 94 Sv. heden ten dage niet meer kan worden aangemerkt als een wettelijk voorschrift dat als voldoende kenbaar en voorzienbaar kan worden aangemerkt bij de uitoefening van de verleende bevoegdheid. Het kan derhalve de toets van artikel 8 EVRM niet (meer) doorstaan.

Met de verdediging is het hof daarom van oordeel dat het onderzoek door de politie aan de smartphone van de verdachte oplevert een schending van zijn recht op privacy. De verdachte is hierdoor getroffen in een belang dat de overtreden norm beoogt te beschermen. De verdachte is ook concreet benadeeld in zijn (verdedigings)belang, nu gegevens (een whatsapp gesprek) uit de smartphone van de verdachte zijn gelicht en geprint en toegevoegd aan het strafdossier en de verdachte door de politie is verhoord en door de rechtbank is veroordeeld mede op basis van een onderdeel van het whatsapp gesprek.

Aldus is sprake van een onherstelbaar vormverzuim in het voorbereidend onderzoek in de zin van artikel 359a van het Wetboek van Strafvordering. De rechtsgevolgen hiervan blijken niet uit de wet. De vraag is of, en zo ja, welke rechtsgevolgen aan voormeld vormverzuim moeten worden verbonden. Bij de beoordeling hiervan dient het hof rekening te houden met de in artikel 359a, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering genoemde factoren, te weten het belang van het geschonden voorschrift, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt.

Verdachte zal van dit vormverzuim geen nadeel ondervinden nu het onderzoeksresultaat dat door middel van het vormverzuim is verkregen geen onderdeel vormt van de bewijsconstructie van het hof. Het hof zal daarom verder geen rechtsgevolgen verbinden aan het vormverzuim.

Bewezenverklaring

Op grond van wettige bewijsmiddelen, waarin zijn vervat de redengevende feiten en omstandigheden waarop de bewezenverklaring steunt, acht het hof wettig en overtuigend bewezen dat de verdachte het primair aan hem ten laste gelegde heeft begaan, met dien verstande dat:

hij op 10 mei 2013 te Lelystad met anderen op of aan de openbare weg, de Kreek, openlijk in vereniging geweld heeft gepleegd tegen ██████████, welk geweld bestond uit het duwen en trekken en schoppen en stompen en een knietje geven tegen het lichaam van die ██████████, waarbij hij, verdachte, (met kracht) (meermalen) heeft geschopt en geslagen, tegen het lichaam van die ██████████, en welk door hem gepleegd geweld enig lichamelijk letsel (bloeduitstortingen) voor die ██████████ ten gevolge heeft gehad.

Het hof acht niet bewezen hetgeen aan de verdachte meer of anders is ten laste gelegd dan hierboven is bewezen verklaard, zodat hij daarvan behoort te worden vrijgesproken.

Strafbaarheid van het bewezen verklaarde

Het primair bewezen verklaarde levert op:
openlijk in vereniging geweld plegen tegen personen, terwijl het door de schuldige gepleegde geweld enig lichamelijk letsel ten gevolge heeft.

Strafbaarheid van de verdachte

De verdachte is strafbaar aangezien geen omstandigheid is gebleken of aannemelijk geworden die de verdachte niet strafbaar zou doen zijn.

Oplegging van straf

Allereerst dient te worden geoordeeld over het verzoek van de verdediging tot het toepassen van het adolescentenstrafrecht. De mogelijkheid dat het jeugdsanctiestrafrecht kan worden toegepast, is met ingang van 1 april 2014 verruimd, waardoor het adolescentenstrafrecht kan gelden voor jongvolwassenen die ten tijde van het begaan van het strafbare feit de leeftijd van 23 jaar nog niet hebben bereikt. De wetgever heeft weliswaar als overgangsrecht deze uitbreiding laten ingaan voor strafbare feiten gepleegd na 1 april 2014, maar het hof dient op grond van vaste jurisprudentie te toetsen of het adolescentenstrafrecht ook van toepassing kan zijn op feiten gepleegd door jongvolwassenen vóór 1 april 2014, indien de toepassing van het jeugdstrafrecht voor de verdachte als gunstiger strafregiem is aan te merken. Uitgangspunt blijft echter dat jongvolwassenen tussen de 18 en 23 jaar oud volgens het volwassenen strafrecht worden berecht.

Het hof vindt in het dossier noch in de over verdachte uitgebrachte rapportages overtuigende aanknopingspunten om tot toepassing van het jeugdsanctierecht over te gaan.

De hierna te melden strafoplegging is in overeenstemming met de aard en de ernst van het bewezen verklaarde delict en de omstandigheden waaronder dit delict is begaan, mede gelet op de persoon van de verdachte, zoals daarvan uit het onderzoek ter terechtzitting is gebleken. In dat kader heeft het hof in het bijzonder gelet op het volgende.

De verdachte heeft zich schuldig gemaakt aan het plegen van openlijk geweld in vereniging tegen de in de bewezenverklaring genoemde persoon. De verdachte en de mededaders hebben door hun gewelddadige optreden een inbreuk gemaakt op de lichamelijke integriteit van deze persoon getuige niet alleen de bloeduitstorting op zijn lichaam, maar ook de gebroken ruggenwervel die hij door de gewelddadigheden heeft opgelopen. Voorts hebben zij gevoelens van onveiligheid opgewekt bij het publiek dat hier ongewild getuige van is geweest. Daarnaast is dergelijk openlijk gewelddadig optreden in het algemeen - en in vereniging in het bijzonder - zeer bedreigend en versterkt het de gevoelens van angst en onveiligheid in de samenleving. De verdachte heeft door zijn handelen hieraan bijgedragen.

Het hof hanteert ter zake van het delict openlijke geweldpleging, enig lichamenlijk letsel ten gevolge hebbend, een landelijk oriëntatiepunt voor straftoemeting dat de oplegging van een onvoorwaardelijke vrijheidsbenemende straf voor de duur van drie maanden impliceert.

Het hof heeft bij het bepalen van de straf tevens rekening gehouden met het de verdachte betreffende uittreksel uit de justitiële documentatie van 4 maart 2015, waaruit blijkt dat de verdachte niet eerder onherroepelijk is veroordeeld.

Het hof heeft voorts gelet op hetgeen met betrekking tot de persoonlijke omstandigheden van de verdachte is gebleken uit het strafdossier, met name uit de rapporten van Reclassering Nederland van 22 september 2014 en 3 april 2015, en uit hetgeen de verdachte en zijn raadvrouw ter terechtzitting van het hof hebben aangevoerd.

Gelet op het bovenstaande en op het markante individuele aandeel van de verdachte (als initiatiefnemer en als hoofddader) in de bewezen verklaarde openlijke geweldpleging, is uit een oogpunt van normhandhaving en ter vergelding van het door de verdachte begane strafbare feit de oplegging van een taakstraf voor de duur van tweehonderdveertig uren, indien niet naar behoren verricht te vervangen door honderdtwintig dagen hechtenis, waarvan zestig uren, indien niet naar behoren verricht te vervangen door dertig dagen hechtenis, voorwaardelijk, met een proeftijd van twee jaren, passend en geboden.

De verdediging heeft het hof in een strafmaatverweer verzocht het onvoorwaardelijke strafdeel van de taakstraf te beperken tot de duur van negenendertig uren. Dit opdat de verdachte zijn kans op werk bij het Ministerie van Defensie kan behouden. In het geval dat aan de verdachte een onvoorwaardelijke taakstraf voor de duur van veertig uren of meer zal worden opgelegd, dreigt weigering of intrekking van de verklaring van geen bezwaar die de verdachte nodig heeft voor zijn werk bij Defensie, aldus de verdediging.

Het hof acht in dit strafmaatverweer geen zodanig bijzondere of relevante feiten of omstandigheden aangevoerd dat het hof oplegging van een andere strafduur aangewezen acht. Met name de ernst van het bewezen verklaarde delict en de initiërende en dominante rol die de verdachte heeft gespeeld in de openlijke geweldpleging, maakt dat hier niet kan worden volstaan met een taakstraf van de door de verdediging bepleite duur.

Vordering van de benadeelde partij [REDACTED]

De benadeelde partij heeft zich in eerste aanleg in het strafproces gevoegd met een vordering tot schadevergoeding van € 815,79, waarvan € 750,- ter zake van immateriële schade. Daarnaast is wettelijke rente gevorderd. De vordering is bij het vonnis waartegen het hoger beroep is gericht toegewezen. Derhalve duurt de voeging ter zake van de in eerste aanleg gedane vordering tot schadevergoeding voort in de strafzaak in hoger beroep.

Uit het onderzoek ter terechtzitting is voldoende gebleken dat de benadeelde partij als gevolg van het primair bewezen verklaarde handelen van de verdachte rechtstreeks schade heeft geleden. De vordering is niet bestreden. De verdachte is tot vergoeding van de schade gehouden zodat de vordering zal worden toegewezen.

Gelet hierop dient de verdachte, als de in het ongelijk gestelde partij, te worden veroordeeld in de kosten van het geding door de hierboven genoemde benadeelde partij gemaakt, tot aan deze uitspraak begroot op nihil en in de kosten ten behoeve van de tenuitvoerlegging nog te maken.

De verdachte is jegens de benadeelde partij niet tot vergoeding van dit bedrag gehouden, voor zover zijn mededader(s) het bedrag reeds heeft/hebben voldaan.

Om te bevorderen dat de schade door verdachte wordt vergoed, zal het hof de maatregel van artikel 36f van het Wetboek van Strafrecht opleggen op de hierna te noemen wijze.

Toepasselijke wettelijke voorschriften

Het hof heeft gelet op de artikelen 14a, 14b, 14c, 22c, 22d, 36f en 141 van het Wetboek van Strafrecht. Deze wettelijke voorschriften zijn toegepast zoals deze golden ten tijde van het bewezen verklaarde.

BESLISSING

Het hof:

Vernietigt het vonnis waarvan beroep en doet opnieuw recht:

Verklaart zoals hiervoor overwogen bewezen dat de verdachte het primair ten laste gelegde heeft begaan.

Verklaart niet bewezen hetgeen de verdachte meer of anders is ten laste gelegd dan hierboven is bewezen verklaard en spreekt de verdachte daarvan vrij.

Verklaart het primair bewezen verklaarde strafbaar, kwalificeert dit als hiervoor vermeld en verklaart de verdachte strafbaar.

Veroordeelt de verdachte tot een **werkstraf** voor de duur van **240 (tweehonderdveertig) uren**, indien niet naar behoren verricht te vervangen door **120 (honderdtwintig) dagen hechtenis**.

Bepaalt dat een gedeelte van de werkstraf, groot **60 (zestig) uren**, indien niet naar behoren verricht te vervangen door **30 (dertig) dagen hechtenis**, niet ten uitvoer zal worden gelegd, tenzij de rechter anders mocht gelasten omdat de verdachte zich voor het einde van de proeftijd van **2 (twee) jaren** aan een strafbaar feit heeft schuldig gemaakt.

Beveelt dat de tijd die door de verdachte vóór de tenuitvoerlegging van deze uitspraak in enige in artikel 27 van het Wetboek van Strafrecht bedoelde vorm van voorarrest is doorgebracht, bij de uitvoering van de opgelegde taakstraf in mindering zal worden gebracht, volgens de maatstaf van twee uren taakstraf per in voorarrest doorgebrachte dag, voor zover die tijd niet reeds op een andere straf in mindering is gebracht.

Vordering van de benadeelde partij [REDACTED]

Wijst toe de vordering tot schadevergoeding van de benadeelde partij [REDACTED] ter zake van het primair bewezen verklaarde tot het bedrag van **€ 815,79 (achthonderdvijftien euro en negenenzeventig cent) bestaande uit € 750,00 (zevenhonderdvijftig euro) materiële schade en € 65,79 (vijfenzestig euro en negenenzeventig cent) immateriële schade** en veroordeelt de verdachte die, evenals zijn mededaders, hoofdelijk voor het gehele bedrag aansprakelijk is, met dien verstande dat indien en voor zover de een aan zijn betalingsverplichting heeft voldaan, de een of meer anderen daarvan in zoverre zullen zijn bevrijd, om dit bedrag tegen een behoorlijk bewijs van kwijting te betalen aan de benadeelde partij.

Bepaalt dat voormeld toegewezen bedrag aan materiële schadevergoeding vermeerderd wordt met de wettelijke rente vanaf 10 mei 2013 tot aan de dag der algehele voldoening.

Bepaalt dat voormeld toegewezen bedrag aan immateriële schadevergoeding vermeerderd wordt met de wettelijke rente vanaf 10 mei 2013 tot aan de dag der algehele voldoening.

Verwijst de verdachte in de door de benadeelde partij gemaakte en ten behoeve van de tenuitvoerlegging nog te maken kosten, tot aan de datum van deze uitspraak begroot op nihil.

Legt aan de verdachte de verplichting op om aan de Staat, ten behoeve van het slachtoffer, genaamd ████████, ter zake van het primair bewezen verklaarde een bedrag te betalen van **€ 815,79 (achthonderdvijftien euro en negenenzeventig cent) bestaande uit € 750,00 (zevenhonderdvijftig euro) materiële schade en € 65,79 (vijfenzestig euro en negenenzeventig cent) immateriële schade**, bij gebreke van betaling en verhaal te vervangen door **16 (zestien) dagen hechtenis**, met dien verstande dat de toepassing van die hechtenis de verplichting tot schadevergoeding aan de Staat ten behoeve van het slachtoffer niet opheft.

Bepaalt dat de verplichting tot betaling van schadevergoeding aan de Staat ten behoeve van het slachtoffer voor de verdachte komt te vervallen indien en voor zover mededaders hebben voldaan aan de verplichting tot betaling aan de Staat ten behoeve van het slachtoffer.

Bepaalt dat voormelde betalingsverplichting ter zake van de materiële schade vermeerderd wordt met de wettelijke rente vanaf 10 mei 2013 tot aan de dag der algehele voldoening.

Bepaalt dat voormelde betalingsverplichting ter zake van de immateriële schade vermeerderd wordt met de wettelijke rente vanaf 10 mei 2013 tot aan de dag der algehele voldoening.

Bepaalt dat, indien de verdachte heeft voldaan aan zijn verplichting tot betaling aan de Staat daarmee zijn verplichting tot betaling aan de benadeelde partij in zoverre komt te vervallen en andersom dat, indien de verdachte heeft voldaan aan zijn verplichting tot betaling aan de benadeelde partij daarmee zijn verplichting tot betaling aan de Staat in zoverre komt te vervallen.

Bepaalt dat indien en voor zover de mededaders van de verdachte voormeld bedrag hebben betaald, verdachte in zoverre is bevrijd van voornoemde verplichtingen tot betaling aan de benadeelde partij of aan de Staat.

Aldus gewezen door
mr. L.J. Hofstra, voorzitter,
mr. T.M.L. Wolters en mr. T.H. Bosma, raadsheren,
in tegenwoordigheid van H. Kingma, griffier,
en op 22 april 2015 ter openbare terechtzitting uitgesproken.

Voor Fotocopie Conform
De Griffier van het Gerechtshof
Arnhem-Leeuwarden