

J.M.W. Lindeman*

31 Het dossier**

31.1 Hof 's-Gravenhage 8 november 2005, LJN AU5752

‘Ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in het hoger beroep
(...)

III. De schending van het inzagerecht van de verdediging

De verdediging heeft op 26 mei 2004 betoogd dat schending heeft plaatsgevonden van het inzagerecht op grond van artikel 34, tweede lid van het Wetboek van Strafvordering van de verdediging, c.q. dat aan de verdediging stukken zijn onthouden.
(...)

Naar het oordeel van het hof heeft artikel 34, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering betrekking op processtukken, dat wil zeggen stukken die zich in het procesdossier bevinden (zie ook HR 7 mei 1996, NJ 1996/687, in het bijzonder overweging 5.9). Het enkele feit dat de verdediging door de officier van justitie in de gelegenheid is gesteld om, in zijn aanwezigheid, ordners in te zien die zich bevonden bij de FIOD en daaruit een selectie te maken van stukken die naar het oordeel van de verdediging aan het strafdossier zouden moeten worden toegevoegd, maakt die stukken nog niet tot processtukken in de zin van de wet.

Eerst – en zo nodig ten laatste na een uitdrukkelijke beslissing daarover van de zittingsrechter – door toevoeging daarvan aan het strafdossier wordt die status bereikt; een en ander staat los van de vraag waar de stukken zich fysiek bevinden.
(...)

Nummers 3, 5, (etc. -JL)

Deze stukken worden als memo’s en mail-berichten omschreven. Het hof begrijpt hieruit dat dit stukken van intern beraad zijn en dat het niet de bedoeling is geweest dat deze stukken het kantoor van de FIOD, of de Belastingdienst of het Parket zouden verlaten. Deze stukken kunnen niet als redengevend voor de inzet van opsporingsbevoegdheden c.q. dwangmiddelen of tot het creëren van een redelijk vermoeden van schuld gelden. De inzet van opsporingsbevoegdheden c.q. dwangmiddelen en het redelijk vermoeden van schuld worden verantwoord door de in het dossier liggende processen-verbaal. De noodzaak voor het toevoegen van deze stukken aan het dossier is het hof niet gebleken.

* *UD Straf(proces)recht Universiteit van Utrecht*

** Citeerwijze: J.W.M. Lindeman, ‘Het dossier’, *DD* april 2006, 31. De opgenomen jurisprudentie kan met eigen nummer worden aangehaald.

Ten overvloede merkt het hof nog op dat de verdediging de gelegenheid heeft gehad en deze in de meeste gevallen ook heeft benut om de stellers of ontvangers van deze stukken als getuige te ondervragen bij de rechter-commissaris of ter terechtzitting in eerste aanleg.

(...)

De verdediging heeft ten aanzien van het door het hof gebezigde noodzaaks criterium bij de beoordeling van het al dan niet toevoegen van stukken op 25 mei 2005 voorts nog bezwaar gemaakt. Naar het oordeel van de verdediging dient een relevantietoets plaats te vinden.

Het hof is van oordeel dat met betrekking tot de vraag welk criterium moet worden toegepast als het gaat om de toevoeging van stukken artikel 315 juncto 415 van het Wetboek van Strafvordering van toepassing is. Het hof voegt hieraan toe dat toetsing aan het 'relevantiecriterium' niet tot een andere uitkomst leidt.'

31.2 *Hof 's-Gravenhage 9 februari 2006, LJN AV1263*

'De bundel processen-verbaal en de tapverslagen met geheimhouders.

Naar het oordeel van het hof zijn de processen-verbaal en de tapverslagen nog geen processtukken.

Het enkele feit dat de verdediging, de advocaat-generaal en het gerechtshof in de gelegenheid zijn gesteld om bedoelde stukken in te zien, maakt die stukken nog niet tot processtukken in de zin van de wet. Eerst door toevoeging daarvan aan het strafdossier wordt die status bereikt (zie ook HR 7 mei 1996, *NJ* 1996/687, meer in het bijzonder r.o. 5.9).

Het hof heeft onder ogen gezien dat deze stukken in het verdere verloop nog steeds een rol kunnen spelen. Zij dienen echter, teneinde recht te doen aan de belangen van de verdediging, niet aan het strafdossier te worden toegevoegd. Het is hierom dat het gerechtshof de stukken die het hof heeft ontvangen bij de uitspraak in handen van de advocaat-generaal zal stellen en hem zal verzoeken de stukken, alle mogelijke zorgvuldigheid in acht nemend, te bewaren totdat in de hoofdzaak onherroepelijk is beslist.'

31.3 *Hof 's-Gravenhage 10 februari 2006, LJN AV1866*

'De verdachte is gedurende het onderzoek in 1993 wel in beeld geweest, maar het natrekken van de toen voorhanden zijnde gegevens heeft destijds niet geleid tot het aanmerken van hem als verdachte in de zin van artikel 27, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering.

(...) Dat er bewust stukken buiten het dossier zijn gehouden waardoor de verdediging in enig rechtsens te respecteren belang is geschaad, acht het hof niet aannemelijk geworden. In hoger beroep is in dit verband slechts naar voren gekomen dat een proces-verbaal houdende een verklaring van een op 19 februari 1993 gehoorde anonieme getuige en een bijbehorend proces-verbaal van fotoconfrontatie tot op dat moment geen deel van het dossier uitmaakten. De kern van die verklaring en het resultaat van die fotoconfrontatie waren evenwel reeds in het tot het dossier behorende politiejournaal uit 1993 terug te vinden, terwijl het openbaar ministerie, gezien de inhoud van die verklaring en het voorhanden zijnde overige onderzoeksmateriaal,

naar het oordeel van het hof in redelijkheid tot de beslissing heeft kunnen komen beide vorenbedoelde stukken aanvankelijk niet aan het dossier toe te voegen. De stelling van de raadsman, inhoudende dat de mate van waarschijnlijkheid groot is dat belangrijk ontlastend materiaal zich thans niet in het dossier bevindt, kan het hof dan ook geenszins onderschrijven.’

31.4 *Rechtbank 's-Gravenhage 5 december 2005, LJN AU7403 (uitspraak in kort geding)*

‘3.2. Eiseres is voornemens (opnieuw) een herzieningsverzoek in te dienen. (...) Eiseres legt aan haar vordering (mede) ten grondslag dat er sprake is van nieuwe gegevens die niet eerder aan een strafrechter zijn voorgelegd, en dat haar in dat licht bezien de kans geboden moet worden nader onderzoek te (laten) verrichten naar het voorhanden zijnde materiaal.

3.3. Gedaagde heeft betoogd dat het onverenigbaar is met het gesloten stelstel van rechtsmiddelen in strafzaken dat een verdachte of veroordeelde de gelegenheid zou hebben langs de weg van een vordering tegen gedaagde op grond van onrechtmatige daad de juistheid van een beslissing van een strafrechter, dan wel de aanvaardbaarheid van de procesgang die tot die beslissing heeft geleid, tot onderwerp van een nieuw geding te maken en door de burgerlijke rechter te laten toetsen. Dit is in zijn algemeenheid weliswaar juist, doch geoordeeld wordt dat de onderhavige vordering niet strijdig geacht kan worden met voornoemd uitgangspunt. De herzieningsprocedure biedt een veroordeelde immers de mogelijkheid een onherroepelijke veroordelende einduitspraak, ingeval er sprake is van een belangrijke nieuwe omstandigheid, te laten corrigeren. Niet valt in te zien dat een veroordeelde zich niet, op grond van onrechtmatig handelen, tot de civiele (kort geding) rechter zou mogen wenden ter verkrijging van nieuw bewijsmateriaal teneinde dit herzieningsverzoek van een deugdelijke onderbouwing te kunnen voorzien. (...)

3.4. (...) Eiseres heeft echter wel voldoende aannemelijk gemaakt dat zij een rechs- tens te respecteren belang heeft bij de verkrijging van (in ieder geval) een deel van de door haar gevraagde gegevens, teneinde nader onderzoek mogelijk te maken. Hier- tegenover heeft gedaagde, ter zitting daarnaar gevraagd, aangevoerd dat zijn belang om de betreffende stukken niet aan eiseres te verstrekken, voornamelijk daarin is gelegen dat geenszins valt te verwachten dat dit tot het door eiseres gewenste resul- taat zal leiden. Hierover valt in deze procedure echter, zoals daaromtrent hiervoor reeds is overwogen, geen inschatting te maken. (...)

3.5. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de vordering ten aanzien van het ter beschikking stellen van de gevorderde stukken voor toewijzing in aanmerking komt. Dit geldt echter niet voor de inmiddels vernietigde stukken, te weten de tactische en technische journaals, de nagels van het slachtoffer, het mantelpakje en het hoofdhaar van het slachtoffer. Dit deel van de vordering zal, als niet mogelijk, worden afge- wezen.’

31.5 *HR 10 mei 2005, NJ 2005, 424 m.nt. PMe*

‘3.5. Het Hof heeft bij de afwijzing van de verzoeken de juiste maatstaven aangelegd. In de aan die afwijzing ten grondslag gelegde overwegingen heeft het Hof als zijn

oordeel tot uitdrukking gebracht dat de stukken van het geding onvoldoende aanknopingspunten bevatten voor een met het oog op enige te nemen beslissing te verrichten onderzoek naar de door de verdediging veronderstelde herkomst van de startinformatie en dat de verdediging zodanige aanknopingspunten ook niet heeft aangereikt.

Dat oordeel is ook zonder nadere motivering niet onbegrijpelijk, mede in aanmerking genomen dat door de verdediging ter onderbouwing van die verzoeken onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 24 oktober 2000, *NJ* 2001, 33, enkel is aangevoerd dat volgens haar de startinformatie afkomstig is uit een persoonsregister in de zin van de Wet persoonsregistraties, waaraan de raadsman desgevraagd heeft toegevoegd dat hij niet weet uit welk persoonsregister deze startinformatie afkomstig zou kunnen zijn.'

31.6 *HR 7 juni 2005, NJ 2005, 426 m.nt. JR*

'3.2.4. Het Hof heeft (...) in het bestreden arrest als volgt overwogen en beslist: "Ter terechtzitting in hoger beroep heeft de raadsman ten verweer betoogd – zakelijk weergegeven – dat het beroepen vonnis dient te worden vernietigd en dat de zaak dient te worden terugverwezen naar de eerste rechter, aangezien het recht op een eerlijk proces ("fair trial"-beginsel) in eerste aanleg is geschonden. Ter adstructie daarvan is gesteld dat deze schending hierin bestaat dat de verdachte het dossier van de onderhavige strafzaak – bestaande uit onder meer negen ordners – pas drie dagen vóór de terechtzitting in eerste aanleg heeft ontvangen, waardoor aan de verdachte de mogelijkheid op een passende voorbereiding is onthouden.

Het hof overweegt dienaangaande als volgt.

Het hof is met de raadsman van oordeel dat het recht van verdachte op fair trial als bedoeld in artikel 6 EVRM, waarvan een richtige voorbereiding deel uitmaakt, in eerste aanleg onvoldoende is nageleefd. Het hof verbindt hieraan echter niet de conclusie die de verdediging voorstaat.

Artikel 6 van het EVRM, waarin onder meer het recht op een "fair trial" wordt beschermd, noopt niet zonder meer tot terugverwijzing, nu de behandeling ter terechtzitting in hoger beroep mede strekt tot herstel van in eerste aanleg begane fouten en verzuimen.

Terugverwijzing naar de eerste aanleg op grond van schending van het 'fair trial'-beginsel als bedoeld in artikel 6 EVRM, vindt slechts plaats indien de behandeling van de zaak niet heeft plaatsgevonden door een onpartijdige rechterlijke instantie, dan wel wanneer de rechter niet aan de behandeling had mogen toekomen omdat één van de personen die een kernrol vervullen niet is verschenen en niet op de juiste wijze van de zitting op de hoogte is gebracht. Hiervan is in casu geen sprake.

Bij de beoordeling of er sprake is van een eerlijk proces, dient de strafprocedure in zijn geheel te worden bezien. De verdachte – in hoger beroep bijgestaan door een rechtsgeleerd raadsman – heeft in hoger beroep alle gelegenheid gehad zich voor te bereiden op de strafzitting en zich te verdedigen tegen de hem verweten gedragingen. Het verzuim in eerste aanleg is daarmee genoegzaam gerepareerd. De totale procedure voldoet daarmee aan de vereisten die artikel 6 EVRM aan een eerlijk proces stelt.

Het hof verwerpt bijgevolg het verweer."

3.3. Aan het middel ligt de opvatting ten grondslag dat, nu het Hof heeft geoordeeld dat de verdachte in eerste aanleg onvoldoende voorbereidingstijd heeft gehad en dat daarom geen sprake is geweest van een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM, het Hof de zaak op de voet van artikel 423, eerste lid, Sv naar de Rechtbank had dienen te verwijzen. Die opvatting is evenwel onjuist (vgl. HR 7 mei 1996, *NJ* 1996, 557). Daarom faalt het middel.'

31.7 *HR 9 november 2004, NbSr 2005, 474, LJN AR 3016*

'3.2. Ter terechtzitting van het Hof heeft de raadsman blijkens de pleitnotities, die aan het van die terechtzitting opgemaakte proces-verbaal zijn gehecht, voorzover voor de beoordeling van het middel van belang, het volgende aangevoerd:

“1. Niet-ontvankelijkheid OM

De officier van justitie is ten aanzien van elk der ten laste gelegde feiten niet-ontvankelijk.

(...)

b. kennisname geluidsbanden getapte telefoongesprekken:

In eerste aanleg is aangevoerd dat ten onrechte aan [verdachte], althans aan zijn raadsman de mogelijkheid onthouden is de geluidsbanden van de getapte telefoongesprekken te beluisteren, althans door een deskundige in stemherkenning te laten onderzoeken. De Rechtbank heeft dit verweer verworpen met de stelling dat deze geluidsbanden geen deel uitmaken van het procesdossier in deze zaak. De Rechtbank gaat er dan echter ten onrechte aan voorbij dat deze geluidsbanden wel hadden moeten worden opgenomen in dit dossier. Uitgaande van het criterium van de Hoge Raad in *NJ* 1996/687 dat in het dossier moeten worden opgenomen die stukken die redelijkerwijs van belang kunnen zijn hetzij in een voor de verdachte belastende, hetzij in voor hem ontlastende zin, hadden deze geluidsbanden in het onderhavige dossier moeten worden opgenomen. Daarbij komt dat in datzelfde arrest de Hoge Raad bepaalde dat ook de kennisname van zich niet in het dossier bevindende stukken aan de verdediging in beginsel niet mag worden onthouden, indien de betrouwbaarheid of rechtmatigheid van de verkrijging van enig bewijsmiddel wordt aangevochten. En dat is hier aan de orde. De stelling van [verdachte] is namelijk dat hij zijn telefoon vaak uitleent en de Sinti-taal, waarin een aantal van de getapte gesprekken wordt gevoerd, helemaal niet machtig is.

(...)

Namens de verdachte is bij schrijven van 20 juli 1999 uitdrukkelijk gevraagd om van alle stukken in het dossier te mogen kennisnemen. En ook tijdens de regiezitting is namens [verdachte] nogmaals aan het OM gevraagd om de ontbrekende stukken te doen toekomen. Overigens dient naar de mening van [verdachte] uit hoofde van een eerlijke proces-voering het OM gewoon spontaan alle voor de beoordeling van de zaak verzamelde gegevens ter beschikking te stellen, ongeacht of daar nu specifiek om gevraagd wordt. Een verdachte weet immers niet altijd welke relevante gegevens er verzameld zijn en kan daar dan ook niet specifiek om vragen.'

3.3. Het Hof heeft in de bestreden uitspraak het verweer als volgt samengevat en verworpen:

“(...) De banden van de van verdachte opgenomen telefoongesprekken zijn niet aan het dossier toegevoegd.

(...)

Evenmin vindt steun in het recht de opvatting van de raadsman dat het openbaar ministerie uit eigen beweging alle voor de beoordeling van de zaak verzamelde gegevens aan de verdediging ter beschikking dient te stellen. Ook overigens is niet gebleken dat het openbaar ministerie met miskenning van de rechten van de verdachte relevante gegevens aan het dossier zou hebben onthouden.

Het verweer van de raadsman wordt mitsdien verworpen.”

3.4. Voorzover in het middel de stelling wordt betrokken dat in hoger beroep, evenals in eerste aanleg door de verdediging is verzocht om geluidsbanden van afgeluisterde telefoongesprekken aan de stukken toe te voegen mist het feitelijke grondslag nu uit de processen-verbaal van de desbetreffende terechtzittingen niet blijkt dat een dergelijk verzoek is gedaan.

3.5. Voorzover het middel berust op de veronderstelling dat het Hof heeft geoordeeld dat de verdediging geen aanspraak heeft op kennisneming van de geluidsbanden van afgeluisterde telefoongesprekken waaraan de verdachte zou hebben deelgenomen, berust het op een onjuiste lezing van de bestreden uitspraak. Ter terechtzitting van het Hof is namens de verdachte aangevoerd dat het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk moet worden verklaard in de strafvervolgning omdat het niet eigener beweging de geluidsbanden aan het dossier heeft toegevoegd. Het Hof heeft in de in het middel aangevallen overweging tot uitdrukking gebracht dat het Openbaar Ministerie tot zodanige toevoeging aan het dossier niet uit eigen beweging was gehouden. Dat oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, terwijl het in het licht van hetgeen in het verweer omtrent de relevantie van de geluidsbanden voor enige in deze zaak te nemen beslissing is aangevoerd ook zonder nadere motivering niet onbegrijpelijk is. Het Hof heeft, gelet op de inkleding van het verweer, kennelijk en niet onbegrijpelijk geoordeeld dat het geen betrekking had op de inhoud van de door het Hof voor het bewijs gebezigde – onmiskenbaar niet in de Sintitaal – gevoerde telefoongesprekken. Het Hof behoefde daarom geen aanleiding te vinden om ambtshalve de toevoeging aan het dossier te gelasten van “de geluidsbanden”.

31.8 EHRM 12 mei 2005, EHRC 2005, 61 (*Öcalan vs. Turkije*)

‘140. When examining these issues the Court will have regard to the effect that under the principle of equality of arms, as one of the features of the wider concept of a fair trial, each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a disadvantage vis-à-vis his or her opponent. In this context, importance is attached to appearances as well as to the increased sensitivity to the fair administration of justice (see, among other authorities, *Bulut v. Austria*, judgment of 22 February 1996, Reports 1996-II, pp. 380-381, § 47). The Court further considers that respect for the rights of the defence requires that limitations on access by an accused or his or her lawyer to the court file must not prevent the evidence being made available to the accused before the trial and the accused’s being given an opportunity to comment on it through his lawyer in oral submissions (see, *mutatis mutandis*, *Kremzow*, cited above, p. 44, § 63).

141. As regards the relevant facts in the present case, the Grand Chamber agrees with the following findings of the Chamber:

“... in the instant case the applicant was not permitted to inspect the evidence produced by the prosecution personally before the hearings. When the applicant’s lawyers made their comments on that evidence, they had yet to obtain the applicant’s

observations following a direct inspection of the documentation. The fact that the applicant was given permission on 2 June 1999 to consult the case file under the supervision of two registrars did little to remedy that situation, in view of the considerable volume of documents concerned and the short time available to the applicant.”(...)

146. The principle of equality of arms is only one feature of the wider concept of a fair trial, which also includes the fundamental right that criminal proceedings should be adversarial. The right to an adversarial trial means, in a criminal case, that both prosecution and defence must be given the opportunity to have knowledge of and comment on the observations filed and the evidence adduced by the other party. Various ways are conceivable in which national law may secure that this requirement is met. However, whatever method is chosen, it should ensure that the other party will be aware that observations have been filed and will get a real opportunity to comment thereon (see *Brandstetter v. Austria*, judgment of 28 August 1991, Series A no. 211, p. 27, §§ 66-67).(...)

148. Accordingly, the applicant’s trial was unfair for the following reasons. He had no assistance from his lawyers during questioning in police custody; he was unable to communicate with his lawyers out of the hearing of third parties; he was unable to gain direct access to the case file until a very late stage in the proceedings; restrictions were imposed on the number and length of his lawyers’ visits; lastly, his lawyers were not given proper access to the case file until late in the day. The Court finds that the overall effect of these difficulties taken as a whole so restricted the rights of the defence that the principle of a fair trial, as set out in Article 6, was contravened. There has therefore been a violation of Article 6 § 1, taken together with Article 6 § 3 (b) and (c).’

1. Gesteggel over de samenstelling van het zittingsdossier is aan de orde van de dag in de Nederlandse rechtszaal. In een vonnis of arrest vinden we niet vaak iets terug van de discussies die zich tijdens of voorafgaand aan het onderzoek ter terechtzitting hebben voorgedaan met betrekking tot deze problematiek. Uitzondering is de situatie waarin de verdediging haar verzoeken zodanig presenteert dat de rechter er in de einduitspraak op moet reageren (niet zelden betreft het dan een ontvankelijkheidsverweer). Uiteraard kunnen we in de processen-verbaal van het onderzoek ter terechtzitting meer terugvinden over de wijze waarop de rechter omgaat met verzoeken van de verdediging aangaande aanvullingen op het dossier. Dergelijke stukken zijn echter zeer beperkt toegankelijk voor buitenstaanders. Bovenstaande selectie van recente rechtspraak over de samenstelling van het dossier ter terechtzitting is in die zin dus enigszins gemankeerd.

2. De reden voor de talrijke discussies over de samenstelling van het dossier is niet in de laatste plaats gelegen in het feit dat ‘dossier’ als zodanig niet een in de wet geregeld fenomeen is. Verspreid over het Wetboek van Strafvordering zijn enkele bepalingen te vinden die van belang zijn. De wetgever gebruikt echter nergens de term dossier. In andere wetgeving

komen we de term wel sporadisch tegen (zie bijvoorbeeld artikel 23 lid 2 van de Uitleveringswet), maar ook daar zonder duidelijke definitie. Wel vinden we in het Wetboek van Strafvordering ‘processtukken’, ‘bescheiden’, ‘stukken van overtuiging’, en ‘stukken van het geding’. Nergens is echter toegelicht wat onder al die begrippen zou moeten worden verstaan.¹ Vast staat, dat het dossier in veel strafzaken niet veel meer is dan een verzameling processen-verbaal van de politie. Er kunnen echter allerlei andere geschriften en zelfs voorwerpen deel uitmaken van het dossier. Tijdens het opsporingsonderzoek worden er (al dan niet op instigatie van de verdediging) steeds stukken aan het dossier toegevoegd. Ook voorafgaand aan of tijdens het onderzoek ter terechtzitting kunnen nog toevoegingen aan het dossier worden gedaan. Het dossier is dan ook een veranderlijk geheel. Tijdens het voorbereidend onderzoek zal het dossier van politie en justitie er anders uitzien dan het dossier dat de verdediging tot haar beschikking heeft. Tijdens de zitting zal het zo moeten zijn dat het dossier van de rechter en de verdediging hetzelfde is. Eén en ander wordt uiteraard beheerst door het beginsel van de interne openbaarheid.

Het dossier bestaat zoals gezegd meestal voor het leeuwendeel uit processen-verbaal van opsporingsambtenaren, die op grond van artikel 152 Sv e.v. ten spoedigste proces-verbaal op dienen te maken van het door hen opgespoorde strafbare feit of van hetgeen door hen tot opsporing is verricht of bevonden. Deze verbaliseringsplicht is ten aanzien van de bijzondere opsporingsmethoden nog nadrukkelijk geregeld in artikel 126aa Sv, waarin de verplichting is opgenomen om gegevens die zijn verkregen door uitoefening van bijzondere opsporingsmethoden bij de processtukken te voegen. Wat echter niet in de wet is geregeld, is welke processen-verbaal aan de verdediging (ter inzage) gegeven moeten worden (en dus deel uitmaken van het dossier) en welke niet. Eveneens is niet duidelijk geregeld wat er precies in een proces-verbaal moet staan.² Wat wel helder is, is dat kennisneming van de processtukken (en daarmee wordt dan toch het dossier bedoeld) niet meer aan verdachte en verdediging mag worden onthouden op het moment dat het opsporingsonderzoek en/of het gerechtelijk vooronderzoek is afgelopen en/of de verdachte ter terechtzitting is gedagvaard (artikel 33 jo. 51 Sv). De vraag wat er tenminste in een strafdossier zou moeten zitten is met de consternatie die is ontstaan rond de Schiedammer parkmoord weer zeer actueel geworden. Gebleken is immers dat, naar achteraf blijkt zeer belangrijke, bevindingen van onderzoekers van het NFI niet in de processtukken hebben gezeten. Op de wijze waarop wordt omgegaan met de vraag wat er in het dossier thuishoort wil ik in deze bijdrage ingaan.

- 1 *Bijzonder hoogleraar internationaal strafrecht Rijksuniversiteit Groningen.*
- 2 Hierover zijn wel enkele beleidsregels van het openbaar ministerie: Aanwijzing opsporingsbevoegdheden (*Str.* 2000, 25, laatstelijk gewijzigd bij *Str.* 2004, 227) en de Aanwijzing opmaken proces-verbaal tegen onbekende daders (*Str.* 2004, 247).

3. De door de Hoge Raad in het *Dev Sol*-arrest³ geformuleerde relevantieregel is, bij gebrek aan heldere regelgeving, de leidraad bij de beantwoording van de vraag welke stukken als processtukken moeten worden aangemerkt: die stukken die redelijkerwijze van belang kunnen zijn hetzij in voor de verdachte belastende hetzij in voor hem ontlastende zin, waarbij geanticipeerd moet worden op de vragen van 348 en 350 Sv.⁴ Zowel stukken die als bewijs als stukken die voor de toetsing van de rechtmatigheid van de opsporing van belang zijn moeten dus in het dossier gevoegd worden. De Hoge Raad volgde in het *Dev Sol*-arrest uiteindelijk het Amsterdamse hof in de redenering dat het voor de herkenning van de verdachte gebruikte fotoboek een opsporingsmiddel was en als zodanig niet aan de processtukken hoefde te worden toegevoegd. Hiermee werd bewerkstelligd dat de verdachte zich niet kon beroepen op artikel 33 Sv (onverkort kennismaken van de processtukken) om het fotoboek te kunnen inzien. Het openbaar ministerie wilde namelijk om tactische overwegingen niet dat hij de andere foto's zou zien. Het verdedigingsbelang was volgens het hof echter wel gediend bij het onderzoeken van het fotoboek. Ondanks het feit dat het fotoboek geen processtuk was, mocht de raadsvrouw van de verdachte, maar niet de verdachte zelf, het boek inzien (wat zij niet deed, maar daarover straks meer). Met andere woorden: de middelen die ter opsporing zijn gebruikt, hoeven niet aan het dossier te worden toegevoegd. Een proces-verbaal waarin verantwoord wordt hoe de middelen zijn gebruikt volstaat. Nader onderzoek naar de middelen kan nodig zijn, maar daarin kan de beperking worden aangebracht dat de verdachte niet bij dat onderzoek mag zijn.

4. Het Hof 's-Gravenhage verwijst in zijn arresten van 8 november 2005, *LJN AU5752* en 9 februari 2006, *LJN AV1263* nadrukkelijk naar het *Dev Sol*-arrest. Op twee punten acht ik de uitspraak van 8 november echter niet in lijn met de benadering van de Hoge Raad.

Het betreft hier de fraudezaak die tegen de voetbalclub Feyenoord is aangespannen en waarin onder meer het verweer is gevoerd dat het controleonderzoek van de belastingdienst op onaanvaardbare wijze is samengelopen met het opsporingsonderzoek van de FIOD. De verdediging heeft bepaalde interne stukken van de FIOD (waaronder correspondentie met het openbaar ministerie en de belastingdienst) in kunnen zien. Hier keert het hof de redenering van de Hoge Raad in het *Dev Sol*-arrest als het ware om: het feit dat bepaalde stukken ingezien mochten worden door de verdediging betekent volgens het hof, verwijzend naar het *Dev Sol*-arrest, nog niet dat de stukken aan het dossier dienen te worden toegevoegd. Let wel: de specifieke bijzonderheid van het *Dev Sol*-arrest dat de stukken als opsporingsmiddel werden betiteld, doet zich hier niet voor. Vervolgens bespreekt het hof een aantal van de stukken en beargumenteert waarom

3 HR 7 mei 1996, *NJ* 1996, 687 (m.nt. Sch).

4 HR 4 januari 2000, *NJ* 2000, 537 (m.nt. Sch).

het niet noodzakelijk is de stukken aan het dossier toe te voegen. Uit de bewoordingen van het hof leid ik echter af dat het de inhoud van de stukken niet kent, maar alleen een omschrijving heeft gezien van de inhoud. Het hof stelt dat de inzet van opsporingsmiddelen/dwangmiddelen en het redelijk vermoeden van schuld worden verantwoord door de in het dossier liggende processen-verbaal en dat daarom toevoeging van de andere, nu gevraagde, stukken niet noodzakelijk is. Die stukken kunnen verder, aldus het hof, niet gelden als verantwoording omdat het interne stukken zijn die helemaal niet bestemd waren voor de ogen van buitenstaanders. Dit zijn mijns inziens oneigenlijke argumenten: het feit dat er al een proces-verbaal is, wil niet zeggen dat andere stukken geen ander licht op dat proces-verbaal kunnen werpen. Dat het stukken zijn die niet voor buitenstaanders waren bedoeld lijkt ook geen steekhoudend argument. De gevraagde stukken, die gezien de omschrijving ervan inzicht hadden kunnen geven in de wijze waarop de verschillende instanties over deze strafzaak hebben overlegd, hadden wellicht bepaalde stellingen van de verdediging kunnen onderbouwen.

Mijn tweede punt van kritiek heeft betrekking op het feit dat het hof de verzoeken om toevoeging aan het dossier beoordeelt aan de hand van het noodzaakcriterium. Ook deze wijze van toetsing sluit niet aan op de wijze waarop de Hoge Raad het in zijn jurisprudentie verwoordt: het moet immers gaan om stukken die *redelijkerwijze* van belang kunnen zijn, die uiteindelijk *de rechter* op verzoek nog aan het dossier kan toevoegen. Het hof merkt overigens terloops op dat ook toetsing aan de relevantieregel tot eenzelfde uitkomst had geleid, evenwel zonder dit te motiveren. De vraag of een stuk als processtuk gezien moet worden is volgens mij een wezenlijk andere dan de vraag of op bepaalde verzoeken van de verdediging moeten worden ingewilligd of niet. Al met al een benadering die vragen oproept (hoewel de verdachte uiteindelijk is vrijgesproken): net als in het *Dev Sol*-arrest krijgt de verdediging wél inzicht in de stukken, maar ze kan er uiteindelijk niets mee omdat de rechter niet toestaat dat de stukken worden ingebracht. Er is cassatie aangetekend door het openbaar ministerie,⁵ maar dat beroep zal zich wel niet richten tegen de door mij weergegeven overwegingen van het hof.

5. Overigens is het uitgangspunt van het Hof 's-Gravenhage dat niet alle stukken die de procespartijen onder ogen krijgen automatisch deel uitmaken van het dossier op zich niet onlogisch, zoals ook zijn uitspraak van 9 februari 2006, *LJN AV1263* laat zien. Hier is echter wel iets opmerkelijks aan de hand. Het gaat om processen-verbaal met weergaven van getapte gesprekken tussen verdachte en zijn raadsman. Deze processen-verbaal hebben een tijdlang deel uitgemaakt van het dossier (althans: hebben tussen de stukken in het dossier gezeten), hetgeen voor de rechtbank aanlei-

5 *De Volkskrant* 22 november 2005, p. 19.

ding is geweest om het openbaar ministerie niet ontvankelijk te verklaren.⁶ Het was noodzakelijk, aldus de rechtbank, de stukken *uit* het dossier te halen. De vertrouwensband tussen verdachte en raadsman laat immers niet toe dat weergaven van hun gesprekken deel uitmaken van het dossier. Door de hiaten die aldus in het dossier ontstonden achtte de rechtbank het niet meer mogelijk om te toetsen in hoeverre de gesprekken richting hadden gegeven aan het opsporingsonderzoek. Lees ik het goed, dan stelt het hof zich nu op het standpunt dat de stukken nooit deel hebben uitgemaakt van het dossier. Ongeacht deze definitiekwestie ‘acht het hof niet aannemelijk geworden dat de informatie, ware deze al volledig uitgewerkt en ter beschikking gesteld, op enig moment in het opsporingsonderzoek een rol heeft gespeeld bij de nader te ondernemen stappen in dat opsporingsonderzoek. Met andere woorden: voor sturing heeft het gerechtshof geen enkel aanknopingspunt kunnen vinden.’

Wat er van die vaststelling mag zijn: het belang van één van de partijen kan er dus ook in gelegen zijn dat bepaalde stukken juist *niet* in het dossier zitten. In casu betrof dit het belang van de verdachte, vaak zal juist het openbaar ministerie zich beroepen op het onderzoeksbelang of de veiligheid van getuigen of politiemedewerkers. Het afwegen van het opsporingsbelang of het belang van derden versus het verdedigingsbelang ligt evenwel niet besloten in de vraag of stukken relevant zijn voor het dossier of niet. Strikt genomen laat de Nederlandse strafwet deze belangenafweging niet toe: artikel 33 Sv biedt geen ruimte tot het stellen van restricties aan het inzagerecht.⁷ Vandaar ook de kunstgreep in het *Dev Sol*-arrest, waarin een fotoboek werd betiteld als een opsporingsmiddel, zodat het geen processtuk kon zijn en de verdachte van kennisneming ervan kon worden uitgesloten. In de EHRM-jurisprudentie wordt een dergelijke belangenafweging wel toegestaan. Daarover hieronder meer.

6. De uitspraak van het Haagse hof van 10 februari 2006, *LJN AV1866* bevat een verweer dat vermoedelijk vaker wordt gevoerd in zaken die door ‘cold-cases’-teams en dergelijke worden opgepakt en jaren nadat het aanvankelijke opsporingsonderzoek heeft gelopen toch nog tot het vervolgen van een verdachte leiden. De verdachte die nu terecht stond, was reeds in 1993 in beeld. Er is toen een getuigenverklaring afgelegd en er heeft een fotoconfrontatie plaatsgevonden, die allebei in de nu voorliggende strafzaak relevant zijn. Het bestaan van processen-verbaal terzake is bij toeval door de advocaat ontdekt: een korte weergave ervan in het politiejournaal (dat wel bij het dossier zat) zette hem op het spoor. De advocaat vraagt zich nu af of er niet nog veel meer relevante processen-verbaal zijn die thans niet bij het dossier zitten. Bovendien stelt hij dat door de (in mijn woor-

6 Rechtbank 's-Gravenhage 15 november 2004, *NJ* 2004, 698.

7 A.A. Franken, ‘Kennisneming van stukken: naar Straatsburg en weer terug’, in: A.H. Klip, A.L. Smeulers en M.W. Wolleswinkel (red.), *KriTies* (Prakkenbundel), Deventer: Kluwer 2004, p. 22.

den:) tunnelvisie van het destijds rechercherende team de belangen van zijn cliënt zijn veronachtzaamd: belangrijk onderzoek wat nu niet meer plaats kan vinden is daardoor toen niet gedaan! Het hof maakt korte metten met de theorie van de raadsman. De uitspraak leert wel dat voorzichtigheid is geboden bij zaken uit de oude doos. Politie en openbaar ministerie doen er verstandig aan om al het materiaal dat er is opnieuw langs de ‘relevantielat’ te leggen; de verdediging moet er op bedacht zijn dat een nieuwe invalshoek in een oud onderzoek kan betekenen dat steeds genegeerde stukken ineens een vooraanstaande plek kunnen innemen in een dossier.

7. De opvatting dat jaren na dato processtukken toch nog (of weer) belangrijk kunnen worden is ook Ina Post toegedaan. Zij is een onherroepelijk veroordeelde en heeft geen recht meer op inzage in het zich nog onder het openbaar ministerie bevindende materiaal uit het dossier dat tot die veroordeling leidde. Mocht zij toch nog onderzoek willen doen met betrekking tot of naar aanleiding van delen van het dossier, dan is dat eigenlijk niet mogelijk. Om het onderzoek te laten heropenen en aldus weer toegang tot het dossier te krijgen is immers een positieve beslissing op een herzieningsaanvraag nodig, die pas gegeven wordt nadat van een novum kan worden gesproken.⁸ Post verwacht dat novum aan te kunnen tonen aan de hand van materiaal uit het dossier, maar kan daar dus de hand niet op leggen. De Rechtbank 's-Gravenhage (5 december 2005, *LJN AU7403*) oordeelt in kort geding dat hier inderdaad sprake is van een patstelling en willigt het verzoek om nader onderzoek te verrichten met betrekking tot een aantal stukken uit het dossier in. Daarmee is een nieuw chapter geopend in de aanpak van dit soort zaken en erg onlogisch vind ik dat niet. Daarmee is niet gezegd dat de zaak weer wordt heropend en aan een rechterlijk oordeel moet worden onderworpen, dat zou in het licht van het gesloten stelsel onwenselijk zijn. De mogelijkheid om (delen van) het dossier opnieuw aan onderzoek te onderwerpen behoeft echter niet uitgesloten te zijn. Zo is ook het onderzoek in de Deventer moordzaak weer ‘geopend’ om te kijken of bepaalde informatie als novum zou kunnen dienen. Gezien de recente ontwikkelingen op het gebied van de gerechtelijke dwalingen kunnen we nog een boel van dit soort zaken tegemoet zien, verwacht ik.

8. Verweren in de categorie ‘er moeten stukken aan het dossier worden toegevoegd’ worden maar al te vaak weggezet als zogenaamde fishing expeditions. De rechter bedient zich dan niet zelden van een door veel advocaten als zeer frustrerend ervaren cirkelredenering, zoals ook te zien is in HR 10 mei 2005, *NJ 2005*, 424 m.nt. P.M.e. De verdediging vraagt hier om startinformatie, teneinde te kunnen aantonen dat in strijd met de regelgeving uit een persoonsdossier door de belastingdienst informatie over

8 In HR 17 februari 2004, *NJ 2004*, 333 werd de herzieningsaanvraag van Ina Post afgewezen.

de verdachte is verstrekt. Het verzoek wordt afgewezen omdat de advocaat niet kan aangeven uit welk persoonsdossier de informatie afkomstig geweest zou kunnen zijn. Om dat te achterhalen wilde de advocaat echter juist de gevraagde informatie hebben. Opvallend is dat het verzoek om toevoeging van stukken door het Hof ook hier met toepassing van het noodzaakcriterium is afgewezen, waarbij dus voorbij wordt gegaan aan de vraag of de gevraagde stukken volgens het relevantiecriterium als processtukken zouden moeten worden gezien. De Hoge Raad stelt evenwel dat de juiste maatstaf is aangelegd. Ik blijf mij afvragen hoe dat te rijmen is met de wijze waarop in het *Dev Sol*-arrest de relevantieregel is uitgelegd.

9. Hoe lang vantevoren moet de verdachte het dossier krijgen? En: is het te laat krijgen van het dossier in hoger beroep te repareren? Deze vragen (met name de laatste) staan centraal in HR 7 juni 2005, *NJ* 2005, 426 m.nt. JR. A-G Jörg maakt zich sterk voor de opvatting dat een behandeling in eerste aanleg van een strafzaak waarin de verdachte zichzelf moest verdedigen en het dossier (maar liefst 9 ordners dik) pas drie dagen vóór de zitting aan hem was overhandigd, op zijn verzoek had moeten worden aangehouden. Nu dit niet is gebeurd is volgens Jörg geen sprake geweest van een *fair trial* en had het hof (dat ook vond dat door de gang van zaken bij de rechtbank artikel 6 EVRM was geschonden) de zaak op grond van artikel 423 Sv moeten terugwijzen. De Hoge Raad deelt die opvatting niet. Hierbij speelt de discussie een rol of de omstandigheid dat in eerste aanleg bepaalde aspecten geleid hebben tot een behandeling in strijd met het recht op een *fair trial*, betekent dat die feitelijke instantie opnieuw benut moet kunnen worden. Ik laat die discussie verder rusten en benadruk hier de vaststelling dat artikel 6 EVRM, zoals hierna nog zal blijken, het openbaar ministerie verplicht om de verdachte en diens raadsman tijdig inzage in het dossier te verschaffen. Ook daarover is in de Nederlandse wet niets 'hard' geregeld.

10. HR 9 november 2004, *NbSr* 2004, 474, *LJN* AR 3016 laat zien dat de raadsman nadrukkelijk moet verzoeken om toevoeging van de stukken aan het dossier. Het voeren van een ontvankelijkheidsverweer omdat bepaalde stukken niet aan het dossier zijn toegevoegd leidt hier schipbreuk, omdat volgens de HR terecht geoordeeld is dat het openbaar ministerie niet uit eigen beweging de stukken aan het dossier hoefde toe te voegen. In eerste aanleg is daar kennelijk om gevraagd, maar is het verzoek afgewezen. In tweede aanleg is die gang van zaken onderwerp van een ontvankelijkheidsverweer, maar is niet andermaal gevraagd om toevoeging van de stukken aan het dossier. De cassatieklachten zagen op het oordeel dat de stukken niet konden worden ingezien/gesprekken niet konden worden onderzocht. Dat oordeel heeft het hof evenwel niet geveld, aldus de Hoge Raad. Tussen de regels door lezen we wel dat het hof ook niet vond dat op grond van de relevantieregel de stukken aan het dossier moesten worden toegevoegd,

maar daar heb je in cassatie niet veel aan. Als men om redenen van betrouwbaarheidsonderzoek stukken aan het dossier toegevoegd wil hebben, moet men daar dus steeds nadrukkelijk om vragen.

11. Die toetsing van de betrouwbaarheid van de opsporing is overigens een belangrijke reden om toevoeging van bepaalde stukken aan het dossier te vragen.

Daar is het in de *Dev Sol*-zaak ook allemaal om begonnen. De rechter stond toevoeging niet toe, maar achtte het wel denkbaar dat de raadvrouw van de verdachte het fotoboek zou inzien. Zelf had hij het boek ook ingekeken. Het belang van de opsporing verzette zich volgens de rechter tegen kennisneming door de verdachte van de inhoud van het fotoboek. Zoals gezegd verzette artikel 33 Sv zich weer tegen toevoeging aan het dossier van het fotoboek, aangezien dan de verdachte het onverkorte recht zou hebben het fotoboek te bekijken. De raadvrouw van de verdachte stelde zich toen op het standpunt dat ook zij het fotoboek niet wilde zien, omdat zij vond dat het een beknotting van de rechten van de verdediging inhield als de verdachte niet ook het boek mocht inzien. Zij kreeg voor dit standpunt uiteindelijk ook in Straatsburg niet de handen op elkaar: het opsporingsbelang verzette zich ertegen en dat had de Nederlandse rechter goed gemotiveerd.⁹ Wat rest is dus een namenspelletje waar het EHRM zich niet veel aan gelegen laat: of het nou processtukken in de zin van artikel 33 Sv zijn of niet: ze mogen aan de verdediging worden onthouden.

Het EHRM acht het dus, anders dan in de Nederlandse wet is geregeld, denkbaar dat kennisname van processtukken aan de verdachte wordt onthouden in het belang van het onderzoek.¹⁰ In het Nederlandse systeem zorgt dit voor moeilijkheden. Uitgangspunt is de positie van de zittingsrechter; alle gegevens waarop hij ter ondersteuning of bevestiging van zijn oordeel een beroep doet, moeten zijn gebleken ter terechtzitting en moeten toegankelijk zijn voor de verdachte en diens raadsman. Uitgaand van de positie van de oordelende rechter strekt de interne openbaarheid daarmee tot de garantie van een goede procespositie voor partijen. Het zou volgens de Hoge Raad¹¹ slecht in dat systeem passen als bijvoorbeeld de rechter relevante informatie wél heeft en de verdachte of de officier van justitie niet. Toch zijn in andere landen dergelijke systemen denkbaar. Zo hecht het EHRM in de zaak *Fitt tegen Verenigd Koninkrijk*¹² juist grote waarde aan de omstandigheid dat de zittingsrechter, die een beroep op *public interest immunity* had gehonoreerd, gedurende de voortgang van het proces in het oog bleef houden of de achtergehouden informatie niet toch zodanig relevant werd voor de verdediging dat deze alsnog moest worden geopenbaard (r.o. 49).

9 ECRM 9 september 1998, 35138/97.

10 Franken 2004, p. 22.

11 Zie bijvoorbeeld HR 6 november 2001, NJ 2002, 186 m.nt. YB.

12 EHRM 16 februari 2000, 29777/96.

Het is de vraag of er voor Nederland niet een vergelijkbare oplossing te bedenken is, waarbij er een vastomlijnde procedure is ten aanzien van het achterhouden van processtukken. Daarmee kan worden voorkomen dat politie en openbaar ministerie stukken per definitie onder de pet houden waardoor de verdediging onmogelijk haar controlerende taak kan uitoefenen. Ook kan worden voorkomen dat (zoals ook nog wel eens gebeurt) het openbaar ministerie niet-ontvankelijk wordt verklaard omdat het om tactische redenen niet het achterste van haar tong wil laten zien.¹³

Dat hierbij de zittingsrechter een bepaalde rol krijgt toebedeeld is niet ondenkbaar, maar ook de rechter-commissaris zou een rol kunnen spelen. De invulling die aan de interne openbaarheid wordt gegeven wordt dan wel anders, dat moeten we er wellicht voor over hebben.¹⁴ Intussen is in de uitspraak Öcalan tegen Turkije (EHRM 12 mei 2005) door de Grand Chamber van het Europese Hof nog eens benadrukt (in navolging van de Chamber d.d. 12 maart 2003) dat voorop staat dat ook de verdachte zelf het dossier tijdig ter inzage moet krijgen. Het boek kan niet altijd gesloten blijven.

¹³ Zie bijvoorbeeld HR 13 januari 2004, *NJ* 2005, 53.

¹⁴ Franken 2004, p. 26.