

de toepassing van de arbeidsvoorwaarden. De korpsleiding dient het vertrouwen te hebben van de korpsbeheerder en de hoofdofficier van Justitie. De korpsbeheerder doet dan ook de aanbeveling ten behoeve van de korpsleiding aan de ministers. De betrokkenheid van de korpsbeheerder alsook die van de Minister van Justitie en het openbaar ministerie bij de benoeming, ontslag en het toekennen van bijzondere beloningen van de leden van de korpsleiding wijzigt niet ten opzichte van de huidige situatie.

T. Blom

20 Rechtspraak EHRM

Artikel 6 EVRM

EHRM 21 oktober 2008, Poppe tegen Nederland (ontvankelijkheidsbeslissing)

In het licht van het zgn. 'Liquidatieproces' (a.k.a. het 'Passageproces') is deze ontvankelijkheidsbeslissing interessant. In dat Passageproces wraakte de raadsman van één van de verdachten de voorzitter van de kamer die het megaproces zal behandelen omdat deze eerder al één van de medeverdachten had veroordeeld. Het verzoek werd afgewezen (zie onder meer 'Wrakingsverzoek loopt stuk', *Het Parool* 11 februari 2008, p. 9).

Een vergelijkbaar geval deed zich voor in de zaak die nu aan het EHRM is voorgelegd: Poppe is door de rechtbank veroordeeld wegens

o.m. medeplegen van overtreding van de Opiumwet en het deelnemen aan een criminele organisatie. Twee leden van de kamer die hem veroordeelde hadden in een andere kamer eerder al twee medeverdachten veroordeeld. In de betreffende vonnissen werd Poppe genoemd als betrokkene en mededader. Volgens de Hoge Raad (HR 18 mei 2004, *NJ* 2004, 498) leverde dit echter geen schijn van partijdigheid van de betrokken rechters op, nu op geen enkele wijze uit de behandeling van de zaak bij de rechtbank was gebleken dat zij zich gebonden achtte aan het oordeel zoals dat in de twee eerder uitgesproken vonnissen was uitgesproken.

De op dit vlak bestendige jurisprudentie van de Hoge Raad (zie aant. 5c van Kuijer bij artikel 512 Sv in Melai/Groenhuijsen) wordt nu ter toetsing aan het EVRM voorgelegd, waarbij (net als in cassatie) nadrukkelijk een beroep is gedaan op *Ferrantelli en Santangelo tegen Italië* (EHRM 7 augustus 1996, *NJ* 1998, 185 m.nt. Knigge onder *NJ* 1998, 187), waarin door het EHRM was geoordeeld dat er inderdaad sprake was van schijn van partijdigheid nadat één van de veroordelende rechters al eerder een medeverdachte had veroordeeld. Op het eerste gezicht lag het er in die zaak een stuk dikker bovenop (er werd daar in het veroordelende vonnis ook nadrukkelijk gewezen op de eerdere uitspraak tegen de medeverdachte), maar wij vinden het feit dat de klacht niet direct is afgeserveerd in de ontvankelijkheidsfase al het vermelden waard. Zó vanzelfsprekend is het allemaal kennelijk niet. Wordt

vervolgd dus, alleen binnen welke termijn?...

JL

EHRM 27 november 2008, Salduz tegen Turkije en EHRM 11 december 2008, Panovits tegen Cyprus

Feiten: De zaken *Salduz tegen Turkije* en *Panovits tegen Cyprus* hebben veel stof doen opwaaien in Nederland. Gelukkig maar, want het vormt goede stof tot nadenken. (zie onder meer allereerst T. Spronken in *NRC* d.d. 4 december 2008 en daarna de artikelen van M. Borgers en T. Spronken in *NJB* 2009, p. 88-100 ('de dageraad' en 'de zon') en A. Beijer in *Proces* 2009-1. Beide zaken betreffen in zoverre vergelijkbare situaties – in het kort omdat de feiten hoogstwaarschijnlijk welbekend zijn – dat minderjarigen niet voorafgaand aan en niet ten tijde van het politieverhoor werden bijgestaan door een raadsman. Nu is het wel zo dat in het nationale recht van beide landen is opgenomen dat een verdachte op het moment van arrestatie het recht heeft om van de diensten van een raadsman naar keuze gebruik te maken (*Panovits*, par. 38) of op het moment van politiebewaring om rechtsbijstand te krijgen, waarbij juridische bijstand voor minderjarigen verplicht is (*Salduz*, par. 27).

Oordeel EHRM: Spronken stelde al na het wijzen van *Salduz* de vraag of het EHRM de aanwezigheid van de raadsman bij het Nederlandse politieverhoor zou vergen ter waarborging van een eerlijk strafproces,

maar zeker *Panovits* geeft aanleiding tot deze vraag. Waar het EHRM eerder namelijk nog de noodzaak van rechtsbijstand tijdens de eerste fasen van het politieverhoor afwoog tegen de mogelijkheid van de nationale feitenrechter om gewicht toe te kennen aan de proceshouding van de verdachte tijdens die verhoren, lijkt het EVRM in *Panovits* voorop te stellen dat de verdachte in de regel rechtsbijstand tijdens het politieverhoor moet krijgen (eerder: *John Murray* tegen VK, EHRM 8 februari 1996, *NJ* 1996, 725; par. 63-66), *Averill* (EHRM 6 juni 2000, *DD* 2000, p. 1081 e.v; par. 66) en *Salduz* (par. 51-55). Uitblijven van juridische bijstand aan de verdachte tijdens de eerste fasen van het politieverhoor zou een dusdanige beperking van verdachtes verdedigingsrechten opleveren dat daarmee de totale procedurele eerlijkheid (fairness) van het strafproces in het geding kan komen (*Panovits*, par. 66, letterlijk: 'legal assistance during an applicant's interrogation').

Commentaar: Nu lijkt de discussie in Nederland zich veelal te richten op de vraag of de raadsman of raadsvrouw tijdens het politieverhoor aanwezig moet zijn. In deze *Delikt en Delinkwent* wordt aan deze discussie bijgedragen door deze kwestie te waarderen in het licht van de garanties voor de verdachte op een eerlijk strafproces. In dat licht bezien, zijn vijf kwesties van belang. Allereerst moet de aanwezigheid van de raadsman tijdens het politieverhoor in verband worden gebracht met de vraag hoe de verdachte goed geïnformeerd een verhoor kan ingaan. Ten tweede moeten wij ons

afvragen of de raadsman tijdens het verhoor nog moet kunnen bijsturen als de verdachte – eventueel ondanks goede raad – alsnog een uitspraak wil gaan doen waarvan hij de eventuele (juridische) gevolgen niet kan overzien.

Hier wordt bedoeld op de mensenrechtelijke term ‘informed consent’; is de verdachte voldoende geïnformeerd over de gevolgen zodat hij, beschikkende over die kennis, beslissingen kan nemen over de te beantwoorden verhoorvragen? Hier gaat het dus om de mogelijkheid die de verdachte wordt geboden om zichzelf niet te belasten, daar waar hij als ‘houder van verdedigingsrechten’ moet kunnen beslissen hoe hij zijn verdedigingsrechten wil effectueren.

Zo wordt eveneens voorkomen dat de verdachte ongewenst bijdraagt aan wat de taak van de overheid zou moeten zijn; de staat heeft immers de bewijslast. Nu wijst de cautie de verdachte natuurlijk op zijn zwijgrecht, maar deze cautie kan moeilijk worden verstaan als juridische bijstand aan de verdachte. Rechtsbijstand door een raadsman zou immers wel het geven van advies omtrent de te voorziene (juridische) consequenties van verdachtes verklaring kunnen behelzen.

De vraag of een raadsman aanwezig behoort te zijn tijdens het politieverhoor hangt nog met twee andere aspecten samen. Allereerst kan de tegenwoordigheid van de raadsman bij het politieverhoor ertoe dienen dat de zekerheid bestaat dat het verhoor behoorlijk verloopt. De aanwezigheid van de raadsman kan ervoor zorg dragen dat de verhoerende politieambtenaar de verdach-

te op gepaste wijze ondervraagt. Om die reden geeft bijvoorbeeld de *European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading punishment* (CPT) al drie landenrapporten achtereenvolgend de boodschap aan Nederland dat het de raadsman tot het verhoor moet toelaten (Par. 41 van CPT/Inf (93) 15, par. 34 van CPT/Inf (98) 15 en par. 24 van CPT/Inf (2002) 30, verkrijgbaar op www.cpt.coe.int). Audio- of audiovisuele registratie kan tot op zekere hoogte ook deze garantie bieden; ook dergelijke banden laten controle toe. Deze check kan nochtans enkel achteraf plaatsvinden; een raadsman zou ter plekke kunnen voorkomen dat een politieagent zich onbehoorlijk gaat gedragen. Ten tweede kan worden voorondersteld dat een behoorlijk verhoor kan bijdragen aan de verkrijging van relevant, betrouwbaar en geldig bewijs. Wanneer men denkt te kunnen menen dat de bewijswaarde van een verdachtenverklaring aan kracht wint wanneer deze niet onder ‘inquisitoriaal pressie’ wordt verkregen dan levert een behoorlijk verlopen verhoor daadwerkelijk het nodige en gewenste bewijs op.

De vraag over de eventuele noodzaak om een raadsman toe te laten tijdens het politieverhoor kent ten slotte nog een ander facet wanneer men deze beziet in het kader van de gehele strafvorderlijke inrichting; hoe wordt een eerlijk proces voor de verdachte vanaf het eerste, vaak ook veelbepalende, procesmoment gegarandeerd? Een dergelijke vraag houdt verband met de invulling die wordt gegeven aan het gehele strafproces en in het bijzonder aan de concrete uitwerking van de verdedi-

gingsrechten daarin. Welke mogelijkheden heeft een verdachte om diens verdediging te voeren naast de situatie waarin hij als onderzoeksobject wordt onderworpen aan een ondervraging? Ook relevant is dan de vraag in hoeverre de verdediging wordt gehouden aan de gekozen processtrategie; als de verdachte in het eerste verhoor al incriminerende verklaringen heeft afgelegd, heeft hij dan geen 'recht' meer om eventueel later nog iets anders aan te voeren, mogelijk zelfs afwijkend van of tegenstrijdig met het eerder verklaarde? Welke andere afdwingbare rechten heeft de verdachte nog om tegenbewijs te leveren of op andere wijze eventueel een ander licht op de zaak te werpen dan de bewijsvoering door de openbaar aanklager? Of gechargeerd, kan de kous al af zijn bij de eerste zichzelf beschuldigende verklaring van de verdachte? Met deze laatste vragen wordt overigens niet bedoeld op de idee dat het gebruik van belastende verklaringen die de verdachte heeft afgelegd in strijd is met artikel 6 EVRM indien de verdachte later op zijn schreden terugkeert (zie Taru Spronken in het *Advocatenblad* 2009, p. 17-18). Het EHRM geeft juist aan dat de nationale feitenrechter het bewijs moet beoordelen en wegen. Het EHRM evalueert het strafproces in zijn totaliteit op procedurele eerlijkheid. Een categorische afwijzing van bewijsmiddelen lijkt daarin niet snel te passen. De rechterlijke selectie- en waarderingsvrijheid ten aanzien van het bewijs wordt vooropgesteld. Dit zijn de vragen die in deze *D&D*, geïnspireerd door *Salduz en Pano-vits*, nog aan het licht worden ge-

bracht, ter aanvulling op het reeds aangevangen debat dat gelukkig wordt gevoerd in strafrechtelijk Nederland. Dit debat is op 17 februari 2009 een nieuwe ronde ingegaan met de conclusies van A-G Knigge bij een drietal aan de Hoge Raad voorgelegde zaken (*LJN* BH3079, BH3081 en BH3084). Deze conclusies zijn overigens alleen op *Salduz* gebaseerd. Uit het ter zake door het parket bij de Hoge Raad uitgebrachte persbericht citeren wij: 'De advocaat-generaal stelt zich op het standpunt dat in het arrest van het Europese Hof niet gelezen kan worden dat de raadsman het politieverhoor moet kunnen bijwonen. Het arrest heeft op die kwestie geen betrekking. Wel volgt uit dat arrest dat de verdachte de gelegenheid moet worden geboden om voorafgaand aan de eerste ondervraging door de politie met een raadsman te overleggen. De invoering van een dergelijk consultatierecht betekent een ingrijpende verandering van de tegenwoordige verhoorpraktijk. De wettelijke regeling voorziet daarin op dit moment niet.

In zijn conclusie formuleert de advocaat-generaal een aantal eisen waaraan de politie zich voortaan bij het verhoren van verdachten zou moeten houden. Dit om te voorkomen dat de afgelegde verklaringen door de rechter worden uitgesloten van het bewijs.'

De Hoge Raad is nu dus aan zet.

De arresten zijn geannoteerd door T. Spronken in *EHRC* 2009, 7 en *EHRC* 2009, 9.

JCVV

EHRM 14 oktober 2008, Timergaliyev tegen Rusland

Onze studenten gaan (gelukkig) regelmatig naar de rechtbank. Een vaak gehoorde constatering (naast de vermeende partijdigheid van rechters die het oordeel al klaar lijken te hebben omdat ze aan de hand van het tevoren bestudeerde dossier de verdachte met kritische en/of retorische vragen bestoken) is dat ze het idee hebben dat de verdachte de zaak niet kan volgen. Rechters die in steenkolenengels met een verdachte die nóg beroerder Engels spreekt proberen te communiceren, verdachten die beweren het allemaal prima te kunnen volgen, maar als puntje bij paaltje komt volstrekt geen idee hebben van wat er wordt gevraagd, microfoons die niet aan staan of veel te zacht; het komt (althans, volgens de studenten) veel voor. Zelf staat mij een zitting van het Bossche hof bij, waar halverwege bleek dat één van de verdachten (die een gehoorbepanking had) het toch allemaal niet zo goed kon volgen. Tot mijn verbazing wekte dit alles zelfs bij zijn advocaat (een toch zeer vermaard strafpleiter) slechts irritatie op; de oplossing (een doven-tolk of iets dergelijks) sprak kennelijk niemand tot de verbeelding. Toch blijkt uit het arrest *Timergaliyev tegen Rusland* dat een verdachte waarvan duidelijk is dat hij een gehoorbepanking heeft, van de nodige hulpmiddelen moet worden voorzien om het proces goed te kunnen volgen. In deze zaak lijkt doorslaggevend dat de verdachte in hoger beroep zonder bijstand van een advocaat (die door een fout de zitting mist), zijn eigen verdediging

voert en zowel op juridische als op feitelijke aspecten van de zaak moet ingaan. Het vermogen om de procedure goed te kunnen volgen is dan een absolute voorwaarde. In de gegeven omstandigheden (er lag een verklaring in het dossier waaruit bleek dat de verdachte een gehoorbepanking had) had de rechter, die – zo bevestigt het EHRM andermaal – toch de ultieme hoeder is van het eerlijk proces, de verdachte moeten voorzien van een gehoorapparaat of iets dergelijks. Nu hij dat niet gedaan heeft, is artikel 6 EVRM geschonden.

Het arrest is ook gepubliceerd in *EHRC* 2008, 142

JL

EHRM 20 januari 2009, Al-Khawaja and Tahery tegen Verenigd Koninkrijk

Feiten: Twee volstrekt los van elkaar staande zaken, die gezamenlijk door het EHRM worden behandeld. Centraal staat de ‘afwezige getuige’. In de zaak van *Al-Khawaja* is het slachtoffer/de getuige van het eerste van twee ten laste gelegde zedendelicten overleden (doodsoorzaak niet aan het delict gerelateerd). De verklaring wordt na discussie door de zittingsrechter toegelaten als bewijs (die daarvoor had gezegd: ‘geen verklaring; geen zaak 1’) en wordt ter zitting aan de jury voorgelezen; de verdediging wordt in de gelegenheid gesteld om de verklaring tegen te spreken door middel van onder-vraging van andere getuigen en door zelf inconsistenties in de verklaring naar voren te brengen.

In de zaak van *Tahery* is de enige getuige die daadwerkelijk heeft gezien dat Tahery met een mes op slachtoffer S. instak, zo bang om ter terechtzitting te getuigen (vanwege de dreiging vanuit de Iraanse gemeenschap, waartoe zowel de verdachte als het slachtoffer en de getuige behoren) dat goed wordt gevonden dat zijn getuigenverklaring, die buiten tegenwoordigheid van de jury en de procespartijen is afgelegd ten overstaan van de zittingsrechter, ter terechtzitting wordt voorgelezen. In beide zaken wordt de jury door de zittingsrechter geïnstrueerd over de betekenis van deze gang van zaken. Beide verdachten worden door de jury schuldig bevonden en dientengevolge veroordeeld.

Zij klagen over schending van artikel 6 EVRM.

Oordeel EHRM: Het EHRM legt uit dat in dit soort zaken de afwezige en de anonieme getuige kunnen worden onderscheiden, waarbij een getuige soms afwezig én anoniem kan zijn. Het onderscheid is overigens niet erg belangrijk; het oordeel of er een schending is van artikel 6 lid 1 en lid 3, onder d, EVRM hangt af van het feit of de veroordeling 'is based solely or to a decisive degree on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or to have examined, whether during the investigation or at the trial'. Als daarvan sprake is zijn de verdedigingsrechten dusdanig geschonden dat er geen overeenstemming meer is met de waarborgen van artikel 6 EVRM (*Lucà tegen Italië*, EHRM

27 februari 2001, *NJ* 2002, 101 m.nt. Schalken).

De Engelse regering beriep zich op nationale jurisprudentie waaruit blijkt dat 'counterbalancing factors' in bijzondere gevallen het gebrek van de verdediging kunnen repareren. In die zaak (*R. v. Sellick and Sellick*) mochten de getuigenverklaringen worden voorgelezen omdat was vastgesteld dat de getuigen niet durfden te verklaren op zitting omdat ze door de verdachten werden geïntimideerd. Het EHRM stelt dat die bijzondere omstandigheden nu niet spelen en dat het in casu betwijfelt of een vorm van reparatie mogelijk is die zou rechtvaardigen dat een 'untested statement' gebruikt zou worden als enig of doorslaggevend bewijsmiddel ten behoeve van de veroordeling van de klagers. Het EHRM geeft daarbij aan dat het in zaken als *Doorson tegen Nederland* (EHRM 26 maart, *NJ* 1996, 741 m.nt. Knigge) weliswaar ook reparatie van het geconstateerde tekort op het gebied van het ondervragingsrecht heeft toegestaan, maar dat het daar getuigen betrof die anoniem waren (en een getuige die zich op het laatst had teruggetrokken), waarbij de anonieme getuigen in hoger beroep nog zijn ondervraagd in bijzijn van de advocaat van de verdachte. Bovendien benadrukt het EHRM dat ook in dat arrest werd benadrukt dat de veroordeling niet volledig of in doorslaggevende mate mag berusten op anonieme getuigenverklaringen.

Ook het beroep van de Britse regering op *S.N. tegen Zweden* (EHRM 2 juli 2002, *NJ* 2003, 671 m.nt. Schalken onder *NJ* 2003, 672) faalt; onderhavige zaak is wezenlijk verschil-

lend van de situatie van een 10-jarig slachtoffer van een zedendelict, dat tweemaal door de politie is gehoord, welke verhoren zijn opgenomen op video (eerste) en op band (tweede) en waarbij het tweede verhoor plaatsvond op verzoek van de advocaat en onder omstandigheden die ook door de advocaat waren goedgekeurd. Door die speciale omstandigheden kan die zaak nooit als algemene jurisprudentie worden aangehaald om het standpunt te onderbouwen dat 'untested statements' kunnen worden gebruikt als enig of doorslaggevend bewijsmiddel in een strafzaak.

Het EHRM stelt vervolgens dat in beide zaken door de zittingsrechters nadrukkelijk is vastgesteld dat de gewraakte getuigenverklaringen zeer belangrijk waren in de bewijsvoering en dat eventueel ander bewijs lang zo sterk niet was als de Britse regering wilde doen voorkomen. Het argument dat in een systeem van juryrechtspraak nu eenmaal onmogelijk is vast te stellen welk(e) bewijsmiddel(en) nu doorslaggevend waren wordt gelaten voor wat het is: het EHRM stelt, gezien de nadrukkelijke vaststellingen van de zittingsrechters, vast dat in beide zaken de getuigenverklaringen de enige of in ieder geval de doorslaggevende bewijsmiddelen waren. De stelling dat de zorgvuldige beoordeling van de zittingsrechters en van het Court of Appeal gezien konden worden als 'counterbalancing measures' wordt terzijde geschoven: de essentie van wat de rechter behoort te doen is immers, door toepassing van de EHRM-jurisprudentie, het vaststellen of de rechten van artikel 6 voldoende ge-

eerbiedigd zijn, wat juist de vraag is die nu bij het EHRM voorligt.

In de zaak *Al-Khawaja* stelt het EHRM vervolgens vast dat er onvoldoende 'counterbalancing factors' aanwezig zijn geweest: als de verklaring van het slachtoffer niet was toegelaten als bewijs, was *Al-Khawaja* waarschijnlijk alleen voor het tweede zedendelict was berecht. De inconsistenties in de verklaring van de getuige waren minimaal, dus ook aan de hand daarvan kon de verdediging niet echt een punt maken. Verder was de betrouwbaarheid van de getuige ook moeilijk aan te vechten omdat er veel overeenkomsten waren tussen haar verklaring en die van het slachtoffer van het tweede ten laste gelegde delict, terwijl door de zittingsrechter was vastgesteld dat er geen risico was dat de getuigen elkaar in het verleden zouden hebben beïnvloed. Er was dus in feite geen enkel punt waarop *Al-Khawaja* de verklaring van de overleden getuige effectief kon aanvechten. Door de verklaring dan toch te gebruiken is er volgens het EHRM schending van artikel 6 EVRM, de duidelijke instructies aan de jury ten spijt.

Ook in het geval van *Tahery* wordt schending aangenomen. Het feit dat door de rechter tevergeefs is geprobeerd om op andere manieren het ondervragingsrecht te doen uitoefenen, wil niet zeggen dat er sprake is van een 'counterbalancing measure'. Wederom is de mogelijkheid om aan de hand van andere getuigenverklaringen de verklaring van de getuige te bestrijden illusoir: er waren geen andere getuigen die 'able or willing' waren om te vertellen wat ze hadden gezien. Ook de stelling

dat het recht van de verdachte om in een proces zelf met bewijs te komen kan gelden als tegenwicht voor het verlies van het ondervragingsrecht van de enige ooggetuige á charge wordt verworpen. Ten slotte kunnen ook de waarschuwing aan de jury dat zeer omzichtig gebruik gemaakt moest worden van de getuigenverklaring en de opmerking dat het niet aan de verdachte te wijten was dat de getuige niet op zitting durfde te verklaren niet gelden als ‘counterbalancing measure’.

Beoordeling: Wie door de bomen het bos nog kan zien mag het zeggen. De stoet van arresten waarin vanuit weer een ander standpunt naar deze problematiek wordt gekeken lijkt niet op te houden. De nadrukkelijke constatering van het Hof dat uitspraken als *S.N. tegen Zweden* toch zeer specifieke situaties betreffen, zodat de daar toegelaten uitzonderingen niet veralgemeenseerd kunnen worden, geeft aan dat het EHRM zelf ook wat piketpalen wil uitslaan op dit gebied.

De les die uit het geval *Al-Khawaja* kan worden getrokken is volgens ons dat strafzaken waarin de enige getuige niet meer leeft, terwijl de verdediging de getuige niet meer heeft kunnen (doen) ondervragen, tamelijk kansloos zijn.

Het geval van *Tahery* is vanuit onze procescultuur wat lastig te beoordelen: immers zal aan een getuige zoals daar bedoeld de status van anonieme bedreigde getuige kunnen worden gegeven en hoewel ook onze wet in artikel 344a lid 1 Sv stelt dat ‘het bewijs dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan [...] door de rechter niet uitsluitend of in

beslissende mate [kan] worden gegrond op schriftelijke bescheiden houdende verklaringen van personen wier identiteit niet blijkt’, komt het ons voor dat de mogelijkheden om de bedoelde getuige te doen ondervragen dusdanig zouden kunnen zijn dat daarmee wel sprake is van voldoende ‘counterbalancing measures’.

Overigens is het in het arrest met betrekking tot *Al-Khawaja* wat merkwaardig dat het juist de ongebruikbaarheid van het bewijs lijkt te zijn die maakt dat het vrijwel onmogelijk is dat ‘counterbalancing measures’ genomen zouden kunnen worden. Moeten we hieruit afleiden dat als de verklaring evident onbetrouwbaar was geweest en de verdediging er dus makkelijk gaten in had kunnen schieten, er geen schending van artikel 6 EVRM was geweest? Maar dan had de jury misschien ook een ander oordeel geveld. Op die manier dreigt het een cirkelredenering te worden en doet de constructie van ‘counterbalancing measures’ gewrongen aan. Misschien dat het EHRM dan toch gewoon beter onomwonden als uitgangspunt kan nemen dat in het geval dat het bewijs alleen of voornamelijk bestaat uit de verklaring van een overleden of verdwenen getuige die alleen ten overstaan van de politie heeft verklaard, compensatie van de verdedigingshandicap in beginsel niet mogelijk is.

JL

Artikel 8

Hoge Raad 10 februari 2009, LJN BH2413, Van Vondel

Dit is volgens ons pas het tweede arrest van de Hoge Raad naar aanleiding van een herzieningsverzoek na een geconstateerde schending van het EVRM (artikel 457, eerste lid, aanhef en onder 3, Sv; het eerste was het arrest in de *M.M.*-zaak; zie hieronder).

In een eerdere rubriek (*DD* 2008, 20) schreven we over de uitspraak *Van Vondel tegen Nederland* (EHRM 25 oktober 2007, *EHRC* 2007, 145, *NJ* 2008, 584), waarin schending van artikel 8 EVRM werd geconstateerd omdat de politie een getuige voorzien van opnameapparatuur op Van Vondel had afgestuurd, welke getuige ook daadwerkelijk gesprekken met Van Vondel had opgenomen. Een van die gesprekken was als bewijs gebruikt in de strafzaak tegen Van Vondel (hij werd veroordeeld wegens meened, gepleegd voor de commissie-Van Traa). Van Vondel heeft in het arrest van het EHRM redenen gezien om een aanvraag tot herziening bij de Hoge Raad te doen, welke 10 februari jl. uitspraak deed.

Een eerste interessant punt betreft de termijn die in acht moet worden genomen bij het indienen van dit soort herzieningsverzoeken; artikel 458 lid 2 eist dat de aanvraag wordt ingediend binnen drie maanden nadat zich een omstandigheid heeft voorgedaan waaruit voortvloeit dat de uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de veroordeelde bekend is. Het EHRM wees het arrest op 25 oktober 2007,

maar het arrest werd pas 'einduitspraak' in de zin van artikel 44 lid 2 EVRM op 25 januari 2008. Uit het arrest is af te leiden dat dan pas de termijn van drie maanden begint te lopen; het herzieningsverzoek werd op 14 februari 2008 ter griffie ontvangen en was daarmee ontvankelijk.

Inhoudelijk levert het arrest niet veel nieuws op ten opzichte van een eerder arrest inzake herziening na EVRM-schending; de (vergelijkbare) *M.M.*-zaak. In die zaak werd door de Hoge Raad geconstateerd dat wel een schending van artikel 8, maar geen schending van artikel 6 EVRM was aangenomen (het op de gewraakte wijze vergaarde materiaal werd niet als bewijs gebruikt), dat het alsnog uitspreken van de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie dientengevolge niet voor de hand lag en dat strafvermindering voldoende herstel zou bieden, hij deed de zaak daarna zelf af en verlaagde de onvoorwaardelijk opgelegde boete van f10.000 naar € 4000 (f 8814,86) (HR 27 september 2005, *NJ* 2007, 453).

In de *Van Vondel*-zaak werd (in tegenstelling tot de *M.M.*-zaak) een van de opgenomen gesprekken wel gebruikt in de bewijsconstructie. In de herzieningsaanvraag wordt nu het standpunt ingenomen dat na de geconstateerde schending de Hoge Raad de zaak zelf moet afdoen, dat bewijsuitsluiting moet volgen en dat Van Vondel moet worden vrijgesproken. In navolging van A-G Knigge oordeelt de Hoge Raad echter dat schending van artikel 8 EVRM niet zonder meer tot bewijsuitsluiting van de door middel van de schending verkregen bewijsmid-

delen hoeft te leiden. Daarbij komt dat het bewijsmiddel slechts van ondersgeschikte betekenis is in de bewijsconstructie. De slotsom is dat strafvermindering voldoende herstel zal bieden: de opgelegde voorwaardelijke gevangenisstraf van 3 maanden wordt verlaagd naar 2 maanden. En dat vinden wij (in vergelijking met de compensatie die doorgaans met toepassing van artikel 359a Sv wordt gegeven) dan weer een relatief forse strafvermindering. Ook M.M. moest het relatief gezien met aanzienlijk minder doen.

JL

EHRM 4 december 2008, S. en Marper tegen Verenigd Koninkrijk

Feiten: Enkele korte opmerkingen over dit lange arrest dat door de Grote Kamer werd gewezen. Het arrest is uitgebreid geannoteerd door Koops in *EHRC* 2009, 13 en de geïnteresseerde lezer wordt daarnaar verwezen. Ter discussie stond de vraag of in de DNA-databank van de Engelsen, waarin van iedereen die van een strafbaar feit wordt verdacht DNA-materiaal mag worden opgenomen terwijl het materiaal en het daarvan gemaakte profiel vrijwel oneindig mag worden bewaard, ook materiaal en profielen bewaard mogen worden van mensen die uiteindelijk niet zijn veroordeeld wegens een strafbaar feit. Dezelfde vraag stond met betrekking tot de vingerafdrukkendatabank ter discussie. In die zin is de zaak van weinig waarde als het gaat om de vergelijking met het Nederlandse recht, waarin de DNA-databank wordt

gevuld met materiaal en profielen van personen die zijn veroordeeld wegens een strafbaar feit.

Oordeel EHRM: Het Verenigd Koninkrijk krijgt er ferm van langs van het EHRM. Het Hof stelt (niet verrassend) vast dat het bewaren van DNA-materiaal (waarvan we nog niet eens weten wat er in de toekomst uit te halen is) een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer vormt. Dat hetzelfde geldt voor de uit dat DNA-materiaal af te leiden profielen (die voor een snelle vergelijking veel beter geschikt zijn) is ook niet verbazingwekkend. Dat ook het bewaren van vingerafdrukken als een inbreuk wordt gezien doet misschien wel wat wenkbrauwen fronsen. Maar er is dus sprake van schending van artikel 8.

Is deze schending gelegitimeerd? Nee. Het EHRM staat versteld van het algemene en willekeurige karakter van de bevoegdheid om de gegevens op te slaan. Dit onbepaalde karakter is zodanig, dat het EHRM niet zozeer onder de noemer van de 'quality of the law' het gebrek in de legitimatie vindt (zoals het in bijvoorbeeld *Kruslin en Huvig tegen Frankrijk* deed; EHRM 24 april 1990, *NJ* 1991, 523 m.nt. EJD), maar in de vraag of een dergelijk ingerichte regeling noodzakelijk is in een democratische samenleving. Kortom: het gaat allemaal veel te ver, terwijl het EHRM bepaald 'underwhelmed' is door de argumenten die door de regering worden aangevoerd. De noodzaak van de databank in deze vorm is niet aannemelijk, terwijl de argumenten dat het land met deze geavanceerde technieken voorop loopt in de technolo-

gische ontwikkelingen als het gaat om adequate criminaliteitsbestrijding slechts de sneer oplevert dat wie voorop wil lopen ook de verantwoordelijkheid heeft om de juiste balans tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming te vinden. Adel verplicht.

Commentaar: Met Koops zijn wij van mening dat er één aspect in de zaak zit waar wij ons in Nederland iets van aan zouden kunnen trekken. Het EHRM signaleert dat voor niet-veroordeelden een risico van stigmatisering bestaat als zij toch voorkomen in de databank en dat uiteindelijk de onschuldpresumptie hierdoor in het geding kan komen. Ook benadrukt het EHRM dat het opslaan van de gegevens in het geval van jongeren bijzonder bezwarend kan zijn, gezien hun bijzondere situatie en het belang van hun ontwikkeling en integratie in de samenleving. Daarbij wordt ook artikel 40 van het VN-kinderrechtenverdrag aangehaald. Het EHRM stelt dat er bijzondere aandacht geschonken moet worden aan de bescherming van jeugdigen tegen enig nadeel dat zou kunnen ontstaan door het opslaan van de gegevens in een databank nadat ze zijn vrijgesproken van een strafbaar feit. In deze specifieke overwegingen kan misschien ook iets gelezen worden over het afnemen en opslaan van DNA van een jeugdige veroordeelde. In Nederland is onlangs door de Hoge Raad (in een cassatie in belang der wetprocedure) vastgesteld dat de wetgever (die nadrukkelijk geen uitzondering heeft willen maken voor jeugdige verdachten; ook hun gegevens worden na veroordeling zonder

meer opgenomen in de DNA-databank) op dit punt klare wijn heeft geschonken, terwijl van strijd met het genoemde VN-verdrag geen sprake is (HR 13 mei 2008, *NJ* 2008, 628 m.nt. Sch). Uit de (zeer kritische) noot van Schalken bij dit arrest blijkt dat men in Nederland behoorlijk verdeeld is over de vraag of er voor jeugdigen niet een omgekeerd stelsel zou moeten zijn (niet opnemen, tenzij), dit alles vanuit de alleszins aansprekende gedachten dat de menselijke maat binnen het strafrecht toch een constante waarde moet blijven.

JL

J. Coster van Voorhout en J. Lindeman

21 Behandelen en straffen

a. Vrijheidsstraf

A. KAMERSTUKKEN

Kamerstukken II, 31 110, nr. 8

Brief van de staatssecretaris aan de Tweede Kamer inhoudende een toelichting omtrent de uitgangspunten en maatregelen inzake het drugsbeleid in penitentiaire inrichtingen.

In haar brief van 24 oktober 2008 informeert de staatssecretaris de Tweede Kamer over de uitgangspunten en maatregelen met betrekking tot het drugsbeleid in detentie.