

I. Bewijslast voor onschuld bij vrijgesproken verdachte in onrechtmatige daad-procedure: geen strijd met onschuldpresumptie

EHRM 18 januari 2011, Bok t. Nederland

Feiten

In de zaak *Bok tegen Nederland* staat de onschuldpresumptie met betrekking tot schadevergoeding na een vrijspraak centraal. 'Alweer?', zult u misschien denken. In dit geval gaat het echter niet om een 89 of 591a Sv-procedure (daarover zijn door het EHRM al vaker arresten gewezen, zie de verwijzingen daarnaar verderop), maar om een onrechtmatige overheidsdaad-procedure. De zaak is het vervolg op HR 16 juni 2006, *LJN AV6967*. Bok heeft na zijn vrijspraak de strafvorderlijke schadevergoedingsprocedure doorlopen en heeft daarin op basis van artikel 591a Sv NLG 100.000 (€ 45378) schadevergoeding gekregen. Hij vordert vervolgens nog NLG 1,5 miljoen immateriële schade en circa NLG 500.000 materiële schade. Zijn dochter, aan wiens huis tijdens een doorzoeking schade is veroorzaakt, vordert bijna NLG 10.000 schadevergoeding. Alleen de claim van de dochter wordt door de rechtbank deels gehonoreerd. De rest wordt afgewezen op grond van de bestendige jurisprudentie dat niet is gehandeld in strijd met de wet dan wel met veronachtzaming van fundamentele vereisten en/of dat de verdenking ten onrech-

te heeft bestaan. Uit het vrijsprekende vonnis noch uit het zaaksdossier komt naar voren dat Bok de feiten waarvan hij werd verdacht *niet* heeft begaan. Dientengevolge is van een onrechtmatige overheidsdaad geen sprake geweest en is Bok dus aangewezen op het stelsel van artikelen 89, 90, 591 en 591a Sv. Het Hof 's-Gravenhage oordeelt in hoger beroep hetzelfde en voegt hier nog aan toe dat de beslissingen in het opsporingsonderzoek tegen Bok waar nodig zijn getoetst door de rechter-commissaris en dat daartegen geen beroep openstond. Het zou het gesloten stelsel van rechtsmiddelen doorkruisen als daar indirect in een civielrechtelijke procedure nog tegen zou kunnen worden opgekomen. Verder heeft Bok hier zijn 'gebleken onschuld' naar de eisen van het civiele bewijsrecht niet genoegzaam onderbouwd. De HR doet de zaak in cassatie met een artikel 81 RO-motivering af (HR 16 juni 2006, *LJN AV6967*), na een uitgebreide conclusie van AG Langemeijer (die het cassatieberoep ook ongegrond achtte). Opmerking verdient dat de HR niet lang daarna zijn jurisprudentie over de onrechtmatige overheidsdaad met betrekking tot strafvorderlijk optreden nog eens nadrukkelijk op een rij heeft gezet (HR 13 oktober 2006, *NJ 2007, 432*, met uitgebreide noot van J.B.M. Vranken).

Oordeel EHRM

Het EHRM heeft in het verleden een aantal uitspraken tegen onder andere Nederland gedaan, waarin schending van artikel 6 EVRM werd aangenomen nadat schadevergoeding op basis van de strafvorderlijke

procedures deels was geweigerd, omdat het feit dat de verdachte niet was veroordeeld niet wilde zeggen dat hij onschuldig was (*Baars t. Nederland*, EHRM 28 oktober 2010, EHRC 2003, 97; *NJ* 2004, 261 en *Del Latte t. Nederland* EHRM 9 november 2004, EHRC 2005, 1). Het EHRM haalt in zijn uitspraak deze (en andere) jurisprudentie aan, maar oordeelt dat het in het onderhavige geval om iets anders gaat: de gevolgde strafvorderlijke schadevergoedingsprocedures zijn gevoerd zonder dat sprake is geweest van schending van de onschuldpresumptie en Bok heeft toen ook schadevergoeding gekregen. Daarna heeft Bok ervoor gekozen nog een onrechtmatige overheidsdaad-procedure te starten. In civielrechtelijke procedures is het volgens het EHRM normaal dat de bewijslast bij de eisende partij komt te liggen. Bok heeft aan zijn eisen ten grondslag gelegd dat elk vermoeden dat hij betrokken zou zijn geweest bij een strafbaar feit ongegrond was; het is niet onredelijk om van hem te verlangen dat hij dat dan bewijst. De woordkeuze van het Hof 's-Gravenhage (dat de 'onschuld' niet vast stond en dat 'ontlastend materiaal' niet voorhanden was) acht het EHRM ongelukkig, maar in de context van de rest van het arrest levert dit geen schending van de onschuldpresumptie op.

De klachten onder artikel 6 lid 1 EVRM worden gezien het hiervoor vermelde oordeel niet behandeld (deze klachten hadden betrekking op een onredelijke bewijslastverdeling en op het feit dat er geen eerlijk proces was geweest, omdat de nationale rechter ten onrechte niet was

meegegaan in de stelling dat er nooit een grondslag was geweest voor de verdenking).

De stemverhouding was 6 tegen 1. Er zitten twee concurring opinions en een dissenting opinion bij het arrest.

2. Achterhouden processtukken niet in strijd met artikel 6 EVRM

EHRM 11 januari 2011, *McKeown t. Verenigd Koninkrijk*

Het arrest *McKeown t. Verenigd Koninkrijk* is een nieuwe loot aan de stam met uitspraken over *non-disclosure* van opsporingsgegevens in het kader van *public interest immunity* in het Verenigd Koninkrijk. De uitspraak is voor Nederland relevant omdat momenteel wetgeving aanhangig is waarin het achterhouden van materiaal uit het dossier wordt geregeld ('Herziening regels betreffende processtukken in strafzaken', *Kamerstukken II* 2009/10, 32468). Eerdere EHRM-jurisprudentie tegen het VK over dit onderwerp was niet altijd goed te vertalen naar de Nederlandse situatie. In die uitspraken werd vaak de rol van de zittingsrechter van doorslaggevend belang geacht. De positie van de zittingsrechter in een juryproces is echter wezenlijk anders dan die van de Nederlandse zittingsrechter, die in tegenstelling tot de rechter in juryzaken ook over de bewijsvraag moet beslissen.

In de onderhavige uitspraak ligt het anders: in dit geval is het proces in Noord-Ierland gevoerd voor een zogenaamd 'Diplock court': een alleenzittende rechter die het onderzoek ter terechtzitting leidt, maar ook de einduitspraak doet (en die,

zo blijkt uit deze casus, fikse vrijheidsstraffen kan opleggen; McKeown is veroordeeld tot 12 jaar gevangenisstraf). In dergelijke zaken moeten vragen omtrent *disclosure* worden beoordeeld door een zogenaamde *disclosure judge*. Dat heeft in hoofdlijnen dus alles weg van de in het wetsvoorstel voorgestelde procedure, waarin het de rechter-commissaris is die moet beslissen over het achterhouden van materiaal. Reden genoeg om in deze rubriek uitgebreid in te gaan op het arrest.

Feiten

McKeown wordt door de politie gezien in een Renault 11, met een tweede persoon (M.) als bijrijder. De politie volgt de auto en ziet dat er voorwerpen uit het raam worden gegooid. Deze voorwerpen blijken vuurwapens te zijn. De auto wordt staande gehouden en doorzocht. Twee zwarte balaclava's, donkeren wollen handschoenen en munitie worden in de auto gevonden. McKeown verklaart dat hij M. een lift heeft gegeven en dat hij niets wist over de spullen die M. bij zich had. Hij had aanvankelijk M. geen lift willen geven omdat hij er van overtuigd was dat de politie hem op de huid zat, maar hij had uiteindelijk toegegeven aan de wens van M. Deze zou een tas bij zich hebben gehad, waar de wapens in zouden hebben gezeten. Kennelijk heeft M. die uit de auto gegooid, nadat de politie hen had klemgereden. McKeown stelt dat hij in de val is gelopen; M. zou naar zijn huis zijn gekomen met de wapens en het zou geen toeval zijn geweest dat zij door de politie werden staande gehouden. Er zou

dus sprake zijn van uitlokking, hetgeen in strijd zou zijn met artikel 6 EVRM. Een en ander wordt namens McKeown in een zogenaamd *defence statement* verwoord.

De 'disclosure judge'

De vervolgende partij stelt McKeown in kennis van het feit dat zij om een bevel tot afscherming van materiaal zal vragen. De *disclosure judge* besluit op 18 februari 2002 dat bepaald materiaal mag worden afgeschermd. Hij verwijst naar de arresten *Rowe and Davis t. VK* (EHRM 16 februari 2000, BNB 2000, 259) en *Jasper t. VK* (EHRM 16 februari 2000), waarin is aangegeven dat er redenen kunnen zijn om het belang van de strafvordering zwaarder te laten wegen dan het belang dat de verdediging heeft bij het kennisnemen van onderzoeksmateriaal. Hij stelt verder ook dat hij een zogenaamde *ex parte*-procedure heeft toegestaan omdat het algemeen belang (op basis waarvan de afscherming wordt gevraagd) zich ook verzet tegen de aanwezigheid van de verdediging bij de beoordeling van de informatie die zou moeten worden afgeschermd. Hoewel in de genoemde EHRM-arresten belang werd gehecht aan de omstandigheid dat de zittingsrechter kennisnam van het af te schermen materiaal, ligt dat volgens de *disclosure judge* anders in procedures die niet voor een jury worden gevoerd: het zou onwenselijk zijn dat een feitenrechter voor de verdachte belastend materiaal zou zien. Er is geen procedure die erin voorziet dat de waarde van het afgeschermd materiaal voor de verdachte door een ander dan de vervolgende partij of de rechter

wordt beoordeeld. De figuur van *special counsel* (zie hierna) is daar niet voor bedoeld. De zittingsrechter zal moeten vertrouwen op het oordeel en de integriteit van de vervolgende partij, die erop zal moeten toezien of voortdurend van de afscherming noodzakelijk blijft in het belang van justitie. De disclosure judge oordeelt vervolgens dat (1) al het relevante materiaal vrijgegeven moet worden voor zover het algemeen belang dat toelaat; (2) al het afgeschermd materiaal dat niet belastend is voor de verdachte aan de zittingsrechter moet worden gegeven en (3) de vervolgende partij moet toezien op de voortdurend van de afscherming van potentieel belastend materiaal. Met betrekking tot de zaak besluit hij dat, in het licht van het *defence statement*, niets van het voorliggende (afgeschermd) materiaal van zodanige aard is dat het redelijkerwijze de strafzaak zou kunnen ondermijnen dan wel de zaak van de verdediging zou kunnen ondersteunen. Op grond van het voorliggende bewijs schat hij niet in dat er omstandigheden zouden zijn die het materiaal van waarde zouden kunnen maken voor de verdachte. Hij acht het in het algemeen belang toelaatbaar dat het materiaal afgeschermd blijft. Hij stelt een verklaring van zijn bevindingen op die enkel aan de vervolgende partij en de zittingsrechter is gegeven.

De zittingsrechter

De zittingsrechter geeft op zijn beurt echter aan dat hij die verklaring niet heeft gekregen en ook niet van plan is om kennis te nemen van materiaal dat niet ook aan de verdediging is gegeven. Dit koppelt hij terug met

de disclosure judge, die aangeeft dat hij het geen probleem vindt dat de zittingsrechter geen kennis neemt van het materiaal en dat hij dat ook niet noodzakelijk vindt. De zittingsrechter overweegt om toch special counsel te benoemen. In de hoorzitting die daar vervolgens over plaatsvindt, geeft de zittingsrechter aan dat hij (vanwege een verandering van inzicht) inmiddels wél de verklaring van de disclosure judge heeft gelezen, maar dat hij het afgeschermd materiaal zelf niet had gezien. Hij oordeelt daarbij dat het feit dat hij dit stuk (dat de verdediging nog steeds niet had gezien) heeft kunnen bekijken nog niet betekent dat het proces oneerlijk is, omdat hij vindt dat de inhoud van het stuk op geen enkele manier relevant is in dat kader. Hij vindt dat de disclosure judge moet uitmaken of special counsel nodig is.

Wederom de 'disclosure judge'

Laatstgenoemde oordeelt special counsel onnodig; hij kan niet voorzien dat er sprake zal zijn van enige omstandigheid dat de verdediging baat zou hebben bij het afgeschermd materiaal. Het zou naar zijn mening wel kunnen zijn dat de verdediging een onderzoekswens heeft of een kwestie opwerpt die het (ofschon onwaarschijnlijk) mogelijk maakt dat het materiaal enige relevantie zou krijgen. In dat geval zou de 'Kroon' (dat is dus de vervolgende partij) dit kenbaar moeten maken aan de zittingsrechter, die de zaak dan weer zou moeten terugwijzen naar de disclosure judge. Hij stelt dat er twee soorten afgeschermd materiaal zijn: materiaal dat juist belastend zou kunnen zijn

voor de verdachte en materiaal met betrekking tot politieprocedures dat algemeen van aard is en dat geen directe betrekking had op McKeown.

De veroordeling

Tijdens het onderzoek ter terechtzitting tracht de verdediging aannemelijk te maken dat de politie over meer informatie heeft beschikt dan zij in het onderzoek naar voren heeft gebracht. De rechter is hiervan echter niet overtuigd en weigert de zaak om die reden niet-ontvankelijk te verklaren. Hij veroordeelt McKeown uiteindelijk op 12 november 2002 tot 12 jaar gevangenisstraf wegens het voorhanden hebben van vuurwapens en munitie en tot 2 jaar gevangenisstraf wegens het voorhanden hebben van voorwerpen bestemd tot het begaan van terroristische daden.

Het beroep

Het beroep van McKeown wordt door het Hof van Beroep op 28 oktober 2004 afgewezen. Het Hof van Beroep heeft geen kennis genomen van het achtergehouden materiaal. Het Hof van Beroep betreft in zijn oordeel de uitspraak van *R. v. H. and C* ([2004] A.C. 134) en tevens de uitspraken *Rowe and Davis* en *Jasper* (zie hierboven) alsmede *Fitt t. VK* (EHRM 16 februari 2000, EHRC 2000, 32 en BNB 2000, 260), *Edwards and Lewis t. VK* (EHRM 22 juli 2003, EHRC 2003, 81; EHRM [GC] 27 oktober 2004, EHRC 2004, 110) en *Dowsett t. VK* (EHRM 24 juni 2003, EHRC 2003, 67).

Met betrekking tot *Edwards and Lewis* (waarin schending van artikel 6 EVRM werd aangenomen) merkt

het Hof van Beroep op dat de zittingsrechter in die zaak rechtstreeks moest beslissen op een uitlokkingsverweer en dat het afgeschermd, door de zittingsrechter bekeken materiaal daar ook betrekking op had. Maar dat materiaal was tevens ook belastend voor de verdachte. Het nadeel voor de verdediging was hier dus dat zij niets kon aanvoeren met betrekking tot het belastende materiaal waar de rechter wel kennis van had genomen. Het Hof van Beroep formuleert als uitgangspunt dat bij uitzondering kan worden afgeweken van het beginsel van *full disclosure*. De rechter die zich uitlaat over de afscherming moet voortdurend alle aspecten van het lopende proces in de gaten houden en in het bijzonder moet hij acht slaan op de koers van de verdediging. Special counsel is alleen aangewezen in exceptionele gevallen.

Toegepast op de zaak van McKeown oordeelt het Hof van Beroep dat het duidelijk was dat de verdediging een verweer voerde met betrekking tot uitlokking. Verder waren er geen andere verweren die relevant waren in verband met de afscherming. Het oordeel van de disclosure judge staat voor het Hof van Beroep niet ter discussie. Ook zijn oordeel dat special counsel niet nodig was wordt door het Hof van Beroep bevestigd. Het was ook niet nodig geweest dat de disclosure judge een van dag-tot-dag bijgehouden verslag van het onderzoek ter terechtzitting zou hebben bestudeerd; tijdens het onderzoek ter terechtzitting is door de verdediging immers geen nieuwe verdedigingslijn ingezet die zou maken dat de disclosure judge zijn standpunt inza-

ke de afscherming had moeten heroverwegen. Het gegeven dat de zittingsrechter eerst niet en later wel de verklaring van de disclosure judge had bestudeerd maakt de veroordeling volgens het Hof van Beroep niet 'unsafe'.

Het EHRM: eerdere jurisprudentie
McKeown klaagt bij het EHRM dat bovenstaande rechterlijke oordelen hebben geresulteerd in een proces in strijd zijn met artikel 6 EVRM.

Het EHRM citeert zijn eigen jurisprudentie (hierboven al aangehaald), die erop neer komt dat het uit de 'equality of arms' voortvloeiende beginsel dat al het relevante materiaal dat voor verdachte in belastende of ontlastende zin kan zijn, onder bijzondere omstandigheden gerelativeerd kan worden. Er zal dan wel sprake moeten zijn van voldoende compensatie voor de verdediging (zie bijvoorbeeld *Rowe and Davis*, § 60-63). Het EHRM staat nadrukkelijk stil bij de taak van de zittingsrechter én die van de appelrechter; de *gehele* procedure moet immers *fair* zijn geweest.

Zo achtte het EHRM het oordeel van het Hof van Beroep in *Rowe and Davis* (dat er informatie mocht worden afgeschermd die de geloofwaardigheid van een door de zittingsrechter gehoorde getuige zou kunnen aantasten) in strijd met artikel 6 EVRM: de zittingsrechter had wel de getuigen gehoord, maar beschikte niet over de afgeschermd informatie om hun geloofwaardigheid te beoordelen, terwijl de appelrechter de getuigen juist niet had gehoord en ook niet voldoende op de hoogte was van de relevantie van

hun verklaringen voor het bewijs in de strafzaak. In *Atlan t. VK* (EHRM 19 juni 2001, EHRC 2001, 53) werd ook een schending aangenomen: nadat in eerste aanleg door de vervolgende partij was volgehouden dat er geen bewijs was voor het feit dat een bij het proces betrokken man een informant zou zijn, gaf de aanklager voor het Hof van Beroep toe dat er wel enig bewijs was. Deze informatie diende naar zijn mening echter afgeschermd te blijven. Het Hof van Beroep was het daar mee eens. Wederom had het, volgens het EHRM, de zittingsrechter moeten zijn die hierover had beslist: hij had de waarde van het materiaal voor de verdachte kunnen beoordelen en ook zorgvuldiger de jury kunnen instrueren. Een vergelijkbaar oordeel werd in *Dowsett* geveld.

Daar tegenover stelt het EHRM de uitspraken *Jasper* en *Fitt*, waarin geen schending werd aangenomen omdat hier de zittingsrechter er juist goed op had toegezien of het afgeschermd materiaal niet relevantie zou kunnen krijgen voor de strafzaak.

Als de zittingsrechter het materiaal niet heeft kunnen zien, kan dit in hoger beroep gerepareerd worden: als door een appelrechter die op alle fronten is ingelicht en ook de verdediging aan het woord heeft gelaten, wordt geoordeeld dat het afgeschermd materiaal alsnog geopend moet worden, kan dit de procedure uiteindelijk in overeenstemming brengen met artikel 6 EVRM, zoals bijvoorbeeld in *Edwards t. VK* (EHRM 16 december 1992, 13071/87) en *I.J.L. and others t. VK* (EHRM 19 september 2000, EHRC 2000, 81). Ook in de

zaak *Botmeh and Alami t. VK* (EHRM 7 september 2007, 15187/03) was door het Hof van Beroep het afgeschermd materiaal beoordeeld. Daarna was een samenvatting van het materiaal aan de verdediging gegeven, die naar aanleiding daarvan commentaar had mogen geven. Het Hof van Beroep oordeelde toen dat er geen significante informatie voorlag die niet ook al bekend was aan de zittingsrechter en dat het afgeschermd materiaal geen impact had op de 'safety' van de veroordeling van de verdachten.

Maar zelfs als de zittingsrechter de beslissing heeft genomen over het afschermen van materiaal, kan er een probleem rijzen met betrekking tot artikel 6 EVRM, zoals in de hierboven al aangehaalde zaak *Edwards and Lewis* het geval was: de zittingsrechter besliste daar op een verweer dat tot niet-ontvankelijkheid had kunnen leiden, maar beschikte daarbij over (voor de verdachte vermoedelijk belastende) informatie die door de verdachte niet weersproken had kunnen worden.

EHRM: oordeel in casu

In het licht van al deze jurisprudentie oordeelt het EHRM dat het systeem van de 'Diplock courts' en het daaraan verbonden instituut van de disclosure judge, waar middels hoger beroep toezicht op mogelijk is, op zich te rijmen is met artikel 6 EVRM. De kracht van de disclosure judge zit erin dat wordt voorkomen dat de zittingsrechter door het afgeschermd materiaal wordt bevooroordeeld, terwijl de verantwoordelijkheid voor de afscherming ook niet uitsluitend ligt bij de vervolgende partij. Problemen als in *Edwards*

and *Lewis* worden daarmee voorkomen.

Concreet onderzoekt het EHRM of the waarborgen van de gevolgde disclosure procedure zijn toegepast op een manier die zich verdraagt met artikel 6 EVRM.

Het EHRM stelt voorop dat het niet helemaal duidelijk is waarom de zittingsrechter is teruggekomen op zijn aanvankelijke oordeel dat hij het verslag van de disclosure judge niet wilde lezen. Het EHRM accepteert echter de uitleg dat het de zittingsrechter passend was om het verslag te lezen alvorens er werd besloten of special counsel moest worden ingesteld dan wel de zaak moest worden teruggewezen naar de disclosure judge. In het verslag van de disclosure judge werd immers ook niet ingegaan op de *inhoud* van het afgeschermd materiaal. De zittingsrechter heeft volgens het EHRM steeds ervoor gewaakt dat hij geen voor de verdediging belastend materiaal zou zien.

De klacht van McKeown ziet er volgens het EHRM vooral op dat er niet voortdurend toezicht is gehouden op de vraag of het blijvend afschermen van het materiaal niet in strijd met het recht op een *fair trial* was. De zittingsrechter kon dat toezicht niet houden omdat hij de inhoud van het materiaal niet kende. De disclosure judge kon dat toezicht niet houden, omdat hij niet continu op de hoogte was van de voortgang van het proces. Enkel de vervolgende partij kon dit toezicht effectief houden, wat volgens McKeown een onvoldoende waarborg was.

Het EHRM vindt dit echter geen overtuigend argument. De vervolgende partij had al het materiaal dat

afgeschermd moest blijven aan de disclosure judge gegeven. De verdediging was hiervan op de hoogte en heeft tijdens de hoorzitting gedetailleerd kunnen verklaren over de punten waarop verweer gevoerd zou gaan worden (voornamelijk dat McKeown zou zijn uitgelokt tot het strafbare feit). De disclosure judge heeft zich toen duidelijk uitgelaten over de kwestie. Later heeft hij, toen de vraag voorlag of er special counsel moest komen, nog eens geoordeeld. Hij heeft toen aangegeven dat – in het onwaarschijnlijke geval dat er *toch* een kwestie zou worden opgeworpen die een ander licht op de zaak zou werpen – de vervolgende partij dit bij de zittingsrechter zou kunnen aanklaarten. Er is het EHRM niet gebleken dat McKeown door het afschermen van het materiaal op enige wijze is gehinderd in het uitoefenen van zijn recht om politiemedewerkers te horen met betrekking tot het verweer dat hij uitgelokt zou zijn.

Daarnaast acht het EHRM de pure speculatie dat het afgeschermd materiaal wél van belang zou zijn en dat daardoor special counsel had moeten worden ingeschakeld niet voldoende om, op basis van het niet instemmen met dit verzoek om special counsel, tot een schending van artikel 6 EVRM te komen.

Aangezien de gang van zaken in eerste aanleg volgens het EHRM niet in strijd is geweest met artikel 6 EVRM en er ook geen enkele aanleiding was voor het Hof van Beroep om daar anders over te denken, was het in casu niet noodzakelijk dat het Hof van Beroep zelf kennis zou nemen van het afgeschermd materiaal. McKeown heeft dus een eerlijk

proces gehad en artikel 6 is niet geschonden.

Commentaar

Als gezegd is deze zaak uitermate interessant in het licht van wetsvoorstel ‘Herziening regels betreffende processtukken in strafzaken’ (*Kamerstukken II* 2009/10, 32468). Het daarin voorgestelde artikel 149b Sv geeft de officier van justitie de bevoegdheid de voeging aan de processtukken van bepaalde stukken of gedeelten daarvan achterwege te laten in het licht van de in artikel 187d Sv vermelde belangen (beschermen getuige, opsporingsbelang, staatsveiligheid). De officier van justitie heeft daartoe een machtiging van de rechter-commissaris, die de belangenafweging moet maken. De officier van justitie moet vervolgens een (voor zover mogelijk met redenen omkleed) proces-verbaal aan het dossier toevoegen waarin hij vermeldt dat er materiaal is afgeschermd. Ook de beschikking van de rechter-commissaris dient aan het dossier te worden toegevoegd. De rechter-commissaris krijgt, aldus de MvT bij het wetsvoorstel (p. 29), volledige inzage in het betrokken materiaal en dient verder ook zo volledig mogelijk te worden geïnformeerd. Het wetsvoorstel voorziet echter *niet* in de mogelijkheid om de verdediging ter zake te horen. Wel kan de zittingsrechter desgewenst andermaal de rechter-commissaris vragen om zich over de zaak te buigen (MvT p. 30). De zittingsrechter kan te allen tijde beslissen dat stukken alsnog moeten worden gevoegd. Zoals Franken in zijn commentaar op het voorstel in dit tijdschrift (A.A. Franken, ‘Regels voor het

strafdossier', *DD* 2010, 24) al aangaf, is de enkele 'statische' controle door de rechter-commissaris voorafgaand aan het onderzoek ter terechtzitting wellicht onvoldoende. Uit het hier besproken arrest volgt evenwel dat een 'dynamische' toetsing (dus ook nog *tijdens* het onderzoek ter terechtzitting) niet per se noodzakelijk is. Er is echter wel een heel belangrijk aspect waarin de voorgestelde regelgeving niet voorziet: het EHRM lijkt er in het hier besproken arrest veel waarde aan te hechten dat de disclosure judge zijn beslissing heeft genomen nadat hij ook de verdediging heeft gehoord en kennis heeft genomen van de verweren die zij denken te gaan voeren in de strafzaak. Ook wordt waarde gehecht aan het gegeven dat gedurende de strafzaak er geen andere punten ter verdediging zijn opgeworpen in het licht waarvan de beslissing omtrent het achterhouden van informatie wellicht in een ander daglicht zou komen te staan. De vervolgende partij krijgt vervolgens van de disclosure judge de verantwoordelijkheid om in de gaten te houden of het achterhouden van materiaal verantwoord blijft. De rechter-commissaris zal zijn beslissing dus moeten nemen met inachtneming van de positie van de verdediging en er zal op de een of andere manier voor moeten worden gewaakt dat de verdediging in een later stadium alsnog benadeeld wordt. Het is op basis van het hier besproken arrest niet uitgesloten dat die taak mede bij de officier van justitie zou komen te liggen; van deze functionaris mag – zeker gezien diens grote verantwoordelijkheid over de samenstelling van het dossier – immers wor-

den verwacht dat hij ook de belangen van de verdediging in ogenschouw neemt. Het komt mij anderszijds ook enigszins gewrongen voor dat juist degene die aanvankelijk om afscherming vraagt er gedurende het proces op moet toezien of die afscherming niet in strijd met het belang van de verdediging komt.

Er speelt nog een belangrijk praktisch aspect: namelijk dat de rechter-commissaris, teneinde zich een volledig oordeel te vormen, wel daadwerkelijk in staat zal moeten zijn om het *gehele* dossier te bestuderen. Dit zou (gezien de beperkte capaciteit van de rechter-commissaris in Nederland) nog wel eens een behoorlijke uitdaging kunnen zijn – die overigens ook om andere redenen het hoofd geboden moet worden; de versterking van de positie van de rechter-commissaris zoals voorgesteld in *Kamerstukken II* 2009/10, 32177 zal sowieso vergen dat de rechter-commissaris goed op de hoogte is van het strafdossier.

Al met al komt het mij voor dat het voorstel dat nu voorligt onvoldoende tegemoet komt aan de eisen die het EHRM lijkt te stellen: de rechter-commissaris moet kennis kunnen nemen van de verdedigingstactiek van de verdediging en er zal op een of andere manier een voorziening moeten zijn die 'dynamisch' toezicht mogelijk maakt. Tijdens het onderzoek ter terechtzitting zal iemand met kennis van de afgeschermd stukken moeten beoordelen of de afscherming niet strijdig zal zijn met het recht op een eerlijk proces.

3. Raio's voldoende onafhankelijk?

EHRM 30 november 2010, *Henryk Urban and Ryszard Urban t. Polen*

In dit arrest oordeelt het EHRM dat Poolse 'juniorrechters' (vergelijkbaar met onze raio's) onvoldoende onafhankelijk waren in de zin van artikel 6 EVRM, aangezien de minister van Justitie ze uit hun functie kon ontheffen, zonder dat tegen dat besluit beroep op een rechter mogelijk was. Het Constitutionele Hof van Polen had al geoordeeld dat de wettelijke regeling in strijd was met de grondwet, welk oordeel door het EHRM niet in strijd met de strekking van artikel 6 EVRM is geacht. Ik heb me even afgevraagd of de Nederlandse wettelijke regeling dan wel door de beugel kan. Die voorziet erin dat raio's (die in strafzaken ook als rechter actief kunnen zijn) worden benoemd door de minister van Justitie en ook door deze weer kunnen worden ontslagen (artikel 35 Besluit rechtspositie rechterlijke ambtenaren *juncto* artikel 27 Besluit opleiding rechterlijke ambtenaren). Tegen dergelijke besluiten is op grond van artikel 47 van de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren echter beroep mogelijk bij de Centrale Raad van Beroep. Dat betekent dat, anders dan in Polen, wel rechterlijke controle mogelijk is. Ook de Poolse wet is inmiddels gewijzigd, zodat van schending van artikel 6 EVRM in de huidige situatie geen sprake meer is.

Het arrest biedt volgens mij een mooi voorbeeld van de objectieve test die moet worden aangelegd ten aanzien van de beoordeling van de onafhankelijkheid van rechters: al-

leen al de *mogelijkheid* dat de minister zijn bevoegdheid zal gebruiken is voldoende om schending van artikel 6 EVRM aan te nemen.

4. Juryrechtspraak België verenigbaar met EVRM, maar *in casu* een onvoldoende gemotiveerde veroordeling: schending artikel 6 EVRM

EHRM (Grand Chamber) 16 november 2010, *Taxquet t. België*

Het arrest van de Grote Kamer in deze zaak lijkt de bijl aan de wortel van de Belgische strafrechtspraak te zetten, maar dat valt uiteindelijk wel mee. Over het stelsel van juryrechtspraak als zodanig laat het EHRM zich uiteindelijk niet negatief uit, maar een verdachte moet wel kunnen begrijpen op welke gronden hij door de jury is veroordeeld. Die gronden kunnen ook volgen uit de vragen die door de rechter aan de jury worden voorgelegd en/of uit de wijze waarop de tenlastelegging is geformuleerd. In de zaak tegen Taxquet waren de vragen die aan de jury waren voorgelegd slechts zeer algemeen van aard terwijl ook uit de tenlastelegging onvoldoende duidelijk naar voren kwam waaruit de schuld van Taxquet aan het strafbare feit zou blijken. Omdat ook een nieuwe feitelijke behandeling in hoger beroep niet mogelijk was, was in dit geval niet duidelijk op basis van welke feiten en omstandigheden en op basis van welke bewijsmiddelen Taxquet was veroordeeld. Dit levert strijd op met artikel 6 EVRM.

Het is een zeer lezenswaardig arrest, met uitgebreide beschouwingen over de verschillende variaties op het gebied van strafrechtspleging onder de verdragsluitende partijen

van het EVRM. Het arrest van de Kamer dat vorig jaar was gewezen en waarin ook al schending van artikel 6 EVRM werd aangenomen was aanleiding voor de Belgen om een wetswijziging door te voeren die nadere motivering van een schuldigverklaring eist. De vraag is of die wijziging echt nodig is geweest. Vermoedelijk niet, aldus De Roos die het arrest uitgebreid heeft geannoteerd in *EHRC* 2011, 19.

5. Wederom *Salduz*: bagatelliseren verdenking lijdt uiteindelijk tot strijd met artikel 6 EVRM

EHRM 28 oktober 2010, *Lazarenko t. Oekraïne*

In de zaak *Lazarenko t. Oekraïne* staat wederom de *Salduz*-problematiek centraal. In Oekraïne staat in het wetboek van strafvordering dat gedurende ‘the inquiry, the pre-trial investigation and the trial before the first-instance court’ juridische bijstand verplicht is indien (onder andere) mogelijk een levenslange gevangenisstraf wordt opgelegd. Een *inquiry* behelst ‘operationele en onderzoekende activiteiten gericht op het vaststellen van de feiten met betrekking tot een gepleegd strafbaar feit en de verdachten van dat feit.’ Er kan afstand gedaan worden van de bijstand, maar bij feiten waarop een levenslange gevangenisstraf staat, moet door een opsporingsambtenaar, een *investigator* of een rechter worden beoordeeld of de afstand op goede gronden is gedaan. Het EHRM stelt *in casu* vast dat Lazarenko in eerste instantie ten onrechte ‘slechts’ is aangemerkt als verdachte van een eenvoudige moord (waarop geen levenslang

staat), terwijl er op het moment dat hij als verdachte in beeld kwam al voldoende bewijsmateriaal was om hem als verdachte van gekwalificeerde moord (wel levenslange gevangenisstraf) aan te merken. Hij heeft bij de eerste politieverhoren dus ten onrechte geen bijstand van een advocaat gehad, terwijl hij tijdens die verhoren wel een bekende verklaring heeft afgelegd. Hij heeft wel afstand gedaan van zijn recht op bijstand, maar dat is niet getoetst. Het lijkt erop dat de verdenking tegen hem kunstmatig is afgezwakt om zo de verplichte bijstand van een advocaat te omzeilen. Naar Oekraïens recht, waarin de term *inquiry* breed is geformuleerd, had Lazarenko volgens het EHRM dus bijstand van een advocaat moeten hebben. Ook de afstand die Lazarenko van de rechtsbijstand heeft gedaan was, gezien het feit dat hij *de facto* werd verdacht van een feit waarvoor hij levenslang kon krijgen, niet conform het Oekraïense recht getoetst door een van de genoemde functionarissen.

Commentaar

De uitspraak biedt op zich niets schokkends, maar laat duidelijk zien dat het EHRM de lidstaten ook vastpint op het eigen recht. De Nederlandse ‘Aanwijzing rechtsbijstand politieverhoor’ regelt dat een ‘aangehouden verdachte’ recht heeft op consultatiebijstand. In de praktijk betekent dit dat een verdachte die wordt uitgenodigd voor verhoor niet hoeft te worden gewezen op het recht op consultatiebijstand (zie ook HR 9 november 2010, *NJ* 2010, 615). Over deze interpretatie van de jurisprudentie van het EHRM is discuss-

sie mogelijk maar daarover gaat het me nu niet. Het komt voor dat personen worden uitgenodigd om als getuige op het bureau een verklaring af te leggen en vervolgens bij aanvang van dat verhoor te horen krijgen dat ze toch ook als verdachte worden aangemerkt. Ik waag te betwijfelen of in die situaties consequent de aanwijzing wordt nageleefd, die stelt dat in de brief waarin iemand wordt uitgenodigd op het bureau ook op het recht op consultatiebijstand moet worden gewezen indien de persoon als verdachte zal gaan worden gehoord. Het begint al bij de vraag of zo'n uitnodiging altijd per brief geschiedt.

De aanwijzing kent een onderverdeling in A-, B- of C-zaken, waarbij de invulling van het recht op consultatiebijstand bij A-zaken het breedst is opgetuigd. In A-zaken is afstand van het recht op consultatiebijstand bij-

voorbeeld helemaal niet mogelijk. Ook hier kan het kunstmatig 'afwaarderen' van een verdenking dus tot problemen in Straatsburg leiden. Zo is een 'voorlopige hechtenis-feit' in beginsel een B-feit (wat onder meer betekent dat de verdachte afstand van het recht kan doen), tenzij het als A-feit is benoemd. Dat is onder meer het geval als redelijkerwijs valt aan te nemen dat de zaak zal voldoen aan het begrip 'gevoelige zaak' (een begrip dat volgens de aanwijzing overigens niet te omschrijven is in een operationeel bruikbare definitie). Het is op zich denkbaar dat dergelijke zaken in eerste instantie niet als zodanig worden onderkend en het de verdachte ten onrechte wordt toegestaan afstand te doen van het recht op consultatiebijstand.

J. Lindeman