

Kroniek van het straf(proces)recht

Joost Nan¹

In deze kroniekperiode vooral veel aandacht voor rechtspraak van de Grote Kamer van het EHRM. In het kielzog daarvan ook aandacht voor de uitleg van de Hoge Raad over het ondervragingsrecht en compensatie in geval van een politieverklaring van een niet-ondervraagde getuige die weliswaar niet beslissend was voor de strafrechter om tot een bewezenverklaring te komen, maar waaraan wel 'significant weight' toekomt. Maar we beginnen met een overzicht van verschenen wetenschappelijk onderzoek en enige wetgeving. De kroniek is overwegend procesrechtelijk van aard.

1. Onderzoek naar de (moderne) strafrechtspraktijk

Recidive na tbs, ISD en overige forensische zorg

Gelet op de maatschappelijke onrust die ontstond naar aanleiding van de zaak van Anne Faber, is het niet ongrijpelijk dat het WODC een rapport heeft gepubliceerd met recidivecijfers na uitstroom uit de forensische zorg.² Het rapport onderscheidt zich van vorige rapporten over recidive, aangezien het WODC voor het eerst recidivecijfers in kaart brengt van *de gehele* forensische zorg. Naast recidive bij uitstroom van ISD en tbs, welke cijfers reeds bekend waren,³ heeft het WODC tevens onderzocht in hoeverre veroordeelden recidiveren na uitstroom uit de *overige* forensische zorg. Er wordt in het rapport gesproken van 'uitstroom naar vrijheid', waarbij onder vrijheid wordt verstaan het einde van een strafrechtelijk kader, ongeacht of de forensische zorg in een beveiligde setting of ambulantly plaatsvond.

Thans is meer dan 90% van de uitstroom uit de forensische zorg in kaart gebracht. Het recidivepercentage is het hoogst bij de groep met forensische zorg in het kader van een ISD-maatregel. Van deze groep pleegt bijna 80% minimaal één recidivedelict binnen twee jaar en ongeveer 20% pleegt een zeer ernstig delict binnen twee jaar. Onder de tbs'ers recidiveert een verhoudingsgewijs laag percentage; 23% recidiveert binnen twee jaar na tbs met voorwaarden en ongeveer 19% na tbs met dwangverpleging, waarvan 4% recidiveert met zeer ernstige delicten. Forensische zorg kan daarnaast worden verleend in het kader van respectievelijk een onvoorwaardelijke en voorwaardelijke vrijheidsstraf. Bijna 55% van de veroordeelden tot een onvoorwaardelijke vrijheidsstraf recidi-

veert binnen twee jaar met enig delict en ruim 10% met een zeer ernstig delict. In het geval waar forensische zorg als bijzondere voorwaarde is opgelegd, recidiveert gemiddeld 35% binnen twee jaar. Ingeval van een beleidssepet met voorwaarden recidiveert ruim 20% en bij de titel voorwaardelijke invrijheidstelling en schorsing voorlopige hechtenis met voorwaarden ligt het percentage rond de 45%. Minister Dekker heeft aangegeven verheugd te zijn met de resultaten, maar stipt tevens aan dat de recidivecijfers na ISD en forensische zorg in het kader van een vrijheidsstraf verontrustend zijn.⁴

Eerste editie Langetermijnmonitor 'Raadsman bij verhoor'

Na de terughoudendheid van Nederland over het wel of niet aannemen van het recht op bijstand door een advocaat tijdens het verhoor, hebben verdachten volgens de Hoge Raad het recht op verhoorbijstand en kunnen zij hierop vanaf 22 december 2015 een beroep doen.⁵ De Hoge Raad nam aan dat men vanaf 1 maart 2016 hieraan toepassing zou geven. Vóór dat moment was het recht op bijstand

Auteur

1. Mr. dr. J.S. Nan is universitair hoofddocent straf(proces)recht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en (cassatie)-advocaat bij Wladimiroff Advocaten te Den Haag. Bijzondere dank gaat uit naar student-assistente Laura Hollander, die voor veel onderwerpen het nodige (voor)werk deed. De kroniekperiode liep tot ongeveer 1 maart 2019.

Noten

2. WODC-Cahier 2018-22.
3. WODC-Cahier 2015-3.
4. Kamerstukken II 2018/19, 33628, 42.
5. HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3608, NJ 2016/52, m.nt. A.H. Klip en HR 6 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2019.

van een raadsman tijdens het verhoor voorbehouden aan aangehouden minderjarige verdachten.⁶ In afwachting van de definitieve implementatiewetgeving zijn er tijdelijke beleidsregels van het Openbaar Ministerie en van de Raad voor Rechtsbijstand opgesteld,⁷ waarna op 1 maart 2017 de betreffende wetgeving in werking is getreden.⁸

Het WODC heeft met de eerste editie van 'Langetermijnmonitor Raadsman bij verhoor' de organisatie en de toepassing van het nieuwe recht op verhoorbijstand in het eerste jaar, dus vanaf 1 maart 2016 t/m februari 2017, in kaart gebracht.⁹ Het doel van het onderzoek was om te bezien of er door de versnelde invoering van het recht op rechtsbijstand zich in de praktijk knelpunten zouden voordoen die de uitoefening van dit recht in de weg zou staan. Volgens het onderzoek is in 62% van de verhoren consultatiebijstand verleend, terwijl dit vóór 1 maart 2015 52% van de verhoren betrof. Het zorg dragen van raadslieden bij verhoren verloopt volgens politierespondenten redelijk. Een knelpunt voor de opsporing bleek het wachten op de advocaat met als gevolg dat verdachten vaker in verzekering worden gesteld. Naast het wachten kostte het informeren van verdachten en communicatie met advocaten extra werklust. Als een raadsman bij een of meer verhoren aanwezig was, duurde het verhoor per zaak per verdachte gemiddeld 24 minuten langer. In drie kwart van de afstandsgevallen gaven verdachten aan verhoorbijstand niet nodig te vinden of niet te willen. Indien een advocaat wel aanwezig is bij het verhoor, stelt hij zich terughoudend op blijkens het proces-verbaal. Binnen de genomen acties, kwamen vragen om een onderbreking voor bijvoorbeeld overleg met de verdachte relatief het meest voor. Vooral het bieden van steun aan verdachten en het vormen van een controle op het verhoor of gedrag van verbalisanten worden als toegevoegde waarde genoemd. Daarnaast blijkt er uit de processen-verbaal geen eenduidig verband vast te kunnen worden gesteld tussen de aanwezigheid van de advocaat bij het verhoor en het zwijgen van de verdachte. De politieagenten die als respondenten optraden hadden wel sterk het gevoel dat er een verband bestond tussen verhoorbijstand en 'zwijgedrag'. Als verbeterpunten worden naast initiatieven ter versteviging van het vertrouwen tussen opsporing en advocatuur (geopperd worden een gesprek voorafgaand aan het verhoor en investeringen in (verhoor)training van politiemensen), ook tastbare punten genoemd: grotere verhooruimtes en mogelijkheden voor

Aan de hand van het huidige recht komen de onderzoekers tot de conclusie dat het juridisch kader van de verdediging veel 'vraagt', maar daartoe niet noodzakelijk voldoende 'geeft'

rechtsbijstand via een video-verbinding. Zie voor het onderwerp rechtsbijstand door een raadsman ook de jurisprudentie in deze kroniek.

Mind the gap. Modernisering Wetboek van Strafvordering: consequenties voor de verdediging

De aanleiding van het onderzoek *Mind the gap* is de contradictoire insteek van het vooronderzoek zoals die in het concept van Boek 1 Wetboek van Strafvordering is neergelegd.¹⁰ Centraal stond wat het beoogde nieuwe wetboek van de verdediging verwacht, wat de verdediging aan *tools* wordt geboden om aan die verwachting te voldoen en in welke mate het voorgestelde strafprocesuele model voor het bereiken van een juiste toepassing van het materiële strafrecht afhankelijk is van de wijze waarop de verdediging inhoud geeft aan haar contradictoire rol. Het onderzoek richtte zich niet op alle voorgestelde wijzigingen, maar op die welke de verdediging fundamenteel zullen raken. Het onderzoek werd nader beperkt tot vier thema's, te weten het verhoor van de verdachte, het recht op inzage in en afschrift van de processtukken, het horen van getuigen en deskundigen en de inschakeling van deskundigen, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep. Aan de hand van het huidige recht komen de onderzoekers tot de conclusie dat het juridisch kader van de verdediging veel 'vraagt', maar daartoe niet noodzakelijk voldoende 'geeft'. De onderzoekers signaleren dat van de verdediging in het nieuwe wetboek meer zal worden gevergd. Zij dient medeverantwoordelijkheid te nemen voor het verloop van het strafproces en moet in een vroeg stadium van de zaak (pro)actief mee procederen (tijdig onderzoekshandelingen opgeven etc.). Het is maar de vraag of dat allemaal uit de verf komt. Daarvoor zullen namelijk voldoende informatie en (proces)middelen voor de verdachte beschikbaar moeten zijn. Belangrijk zijn aldus een tijdige toegang tot het dossier en de bijstand van een goede raadsman. Zonder de door de onderzoekers geschetste randvoorwaarden kan het zijn dat de te verwachten tegenspraak van de zijde van de verdachte onvolkomen blijft, zodat door de strafrechter mogelijk inhoudelijk de verkeerde beslissingen worden genomen. Kwetsbaar is nog het functioneren van de raadsman. Dat is het geval als deze kwalitatief niet in staat is de benodigde bijstand te leveren (aan de hand van de kernwaarden van de advocatuur) of hem dat door externe factoren onmogelijk wordt gemaakt. Bij dit laatste kan worden gedacht aan een gebrekkig stelsel van gefinancierde rechtsbijstand. Maar laten we het in deze kroniek een keer niet over geld hebben.

Slachtofferadvocatuur. De rol van de advocatuur in de bijstand van slachtoffers van ernstige gewelds- en zedenmisdriven

Hoe anders is de positie van het slachtoffer en diens raadsman en de aandacht die daarnaar uitgaat dan die van de verdachte en de raadsman!¹¹ Het slachtoffer heeft zich van passieve toeschouwer tot wezenlijke procesdeelnemer ontpopt.¹² In dit kader is de rol van de slachtofferadvocaat ook groter geworden. In het rapport *Slachtofferadvocatuur. De rol van de advocatuur in de bijstand van slachtoffers van ernstige gewelds- en zedenmisdriven* wordt deze rol onderzocht aan de hand van vijf slachtofferrechten, te weten 1. het recht op algemene en zaakgebonden informatie, 2. het recht op kennisneming van het dossier, 3. het recht op

Het is de vraag of de Tweede Kamer en de Eerste Kamer in staat zullen zijn het uiteindelijke wetsvoorstel te doorgronden en op waarde te schatten

toevoegen van stukken aan het dossier, 4. het spreekrecht en 5. het recht op het indienen van een vordering tot schadevergoeding. Met betrekking tot het recht op informatie geven aan het slachtoffer over het traject na het misdrijf, ervaren de advocaten als knelpunten dat ze niet altijd tijdig op de hoogte worden gebracht van de aanvang, uitstel of voortgang van een zitting.¹³ De meeste complicaties liggen echter rondom het recht op kennisgeving van het dossier. Volgens artikel 51b Sv heeft het slachtoffer recht op inzage, maar in de praktijk bestaat nog veel discussie over de wijze waarop dit het beste kan worden vormgegeven.¹⁴ Een ander knelpunt is dat de stukken die worden ingebracht van de kant van het slachtoffer niet altijd in het dossier terecht komen, al blijkt dat niet vaak van die mogelijkheid gebruik wordt gemaakt. Aangaande het spreekrecht worden geen problemen ervaren, behalve dat het soms onduidelijk is op welk moment, hoe vaak en hoe lang er gesproken mag worden.¹⁵ Tot slot wordt als knelpunt ervaren dat de vordering tot schadevergoeding niet altijd door het Openbaar Ministerie op tijd naar alle partijen wordt verspreid. Dit terwijl rechters juist het probleem zien dat slachtofferadvocaten de vordering niet op tijd indienen. Ook is onderzoek gedaan naar de mate waarin slachtofferadvocaten in staat worden gesteld om hun taken uit te voeren, waarbij een onderscheid is gemaakt naar doorverwijzing via Slachtofferhulp Nederland, de

opleiding en de vergoeding op basis van de toevoeging van de Raad voor Rechtsbijstand.

2. Wetgeving

Modernisering Wetboek van Strafvordering

Bij brief van 10 oktober 2018 brachten de Minister van Justitie en Veiligheid en de Minister voor Rechtsbescherming (van wie eigenlijk?) hun vierde voortgangsrapportage Modernisering Wetboek van Strafvordering uit.¹⁶ Zoals uit het vorige tekstblok al bleek, wordt er volop onderzoek gedaan naar de mogelijkheden en de consequenties van het nieuwe wetboek voor de praktijk. Na voormelde brief verscheen het boek *Rechtsvergelijkende inzichten voor de modernisering van het Wetboek van Strafvordering*, naar aanleiding van de internationale werkconferentie *Comparative insights for the modernization of the Dutch Code of Criminal Procedure*, georganiseerd door het Ministerie van Justitie en Veiligheid en de Erasmus Universiteit Rotterdam.¹⁷ Voorts komt onderzoek naar de praktijk van de strafrechtspleging in het Verenigd Koninkrijk en Duitsland er medio 2019 aan. Gemeld wordt dat het concept van het wetboek gereed is (Boeken 1 t/m 6 dan, want de toekomstige Boeken 7 en 8 zijn al klaar en treden eerder in werking).¹⁸ Het concept zou begin dit jaar in zijn geheel worden voorgelegd aan de Raad van State voor advies.

6. In een drietal arresten van de HR 30 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3079, NJ 2009/349-351, m.nt. T.M. Schalken. Hierin wordt ook verwezen naar EHRM 11 december 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1211JUD000426804, NJ 2009/215, m.nt. J.M. Reijntjes (Panovits/Cyrus).

7. De beleidsbrief Openbaar Ministerie raadsman bij politieverhoor per 1 maart 2016 is te raadplegen via www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2016/02/10/beleidsbrief-openbaar-ministerie-raadsman-bij-politieverhoor-per-1-maart-2016. De beleidsregel van de Raad voor Rechtsbijstand tot verstrekking van subsidie aan advocaten is te raadplegen via www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/rapporten/2016/02/11/tk-beleidsregel-vergoeding-verhoorbijstand-1-maart-2016/tk-beleidsregel-vergoeding-verhoorbijstand-1-maart-2016.pdf.

8. Wet van 17 november 2016, houdende implementatie van Richtlijn 2013/48/EU van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2013 betreffende het recht op

toegang tot een advocaat in strafprocedures en in procedures ter uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel en het recht om een derde op de hoogte te laten brengen vanaf de vrijheidsbeneming en om met derden en consulaire autoriteiten te communiceren tijdens de vrijheidsbeneming (PbEU 2013, L 294), Stb. 2016, 475 en Wet van 17 november 2016, houdende wijziging van het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten in verband met aanvulling van bepalingen over de verdachte, de raadsman en enkele dwangmiddelen, Stb. 2016, 476.

9. WODC-Cahier 2018-16. Ten onrechte wordt hierin uitgegaan van een recht op verhoorbijstand vanaf 1 maart 2016. In HR 6 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2019 heeft de Hoge Raad immers bepaald dat dit recht bestaat per 22 december 2015, de datum van het wijzen van het arrest HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3608, NJ 2016/52, m.nt. A.H. Klip. De Hoge Raad heeft in dat arrest wel bepaald dat hij ervan uitgaat dat per 1 maart 2016 het recht zal worden toegepast.

10. Zie de concept-memorie van toelichting van Boek 1 Sv, te raadplegen via www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2017/02/07/memorie-van-toelichting-vaststellingswet-boek-1-van-het-nieuwe-wetboek-van-strafvordering-strafvordering-in-het-algemeen.

11. Zie het korte overzicht van Europese ontwikkelingen van S. van der Aa, 'Even geen nieuwe slachtofferrechten? Over secundaire victimisatie, Captain Hindsight en rust aan het front', *Strafblad* 2018/52, die voor een rustpauze is inzake slachtofferrechten (net als eerder Marc Groenhuijsen).

12. In de concept-regelingen van het Wetboek van Strafvordering worden steeds meer rechten toegekend aan het slachtoffer. Zie met name art. 1.1.1.4 dat stelt dat strafvordering geschiedt op een wijze die recht doet aan de belangen van het slachtoffer. Een dergelijke erkenning zagen we niet eerder in het wetboek.

13. Dat is van belang voor het indienen van een vordering tot schadevergoeding. Voeging als benadeelde partij kan ter terechtzitting tot het requisitoir. Zie daarover nog

HR 12 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:896, NJ 2019/104, m.nt. P.A.M. Mevis.

14. In cassatie in belang der wet oordeelde de Hoge Raad nog dat het slachtoffer van een strafbaar feit, bij het uitblijven van vervolging, op grond van art. 51b lid 1 Sv geen recht heeft om met het oog op het doen van beklag als bedoeld in art. 12 Sv kennis te nemen van stukken die betrekking hebben op het onderzoek naar aanleiding van dat strafbaar feit. HR 18 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2334, NJ 2019/27. Hierover ook het redactioneel van M. de Meijer, *NbSr* 2019/54.

15. Zie hierover de handreiking van J. Janssen & J. de Lange, 'Spreekrecht. Een zelfsprekend recht van spreken?', *NJB* 2018/1425, afl. 28, p. 2053-2059.

16. *Kamerstukken II* 2018/19, 29279, 459.

17. P.A.M. Verrest & P.A.M. Mevis (red.), *Rechtsvergelijkende inzichten voor de modernisering van het Wetboek van Strafvordering*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2019.

18. Bekendmakingsbesluit Stb. 207, 246 en inwerkingtredingsbesluit Stb. 2017, 492.

Is een beledigende, vernederende of kwetsende situatie waarin iemand komt te verkeren niet gewoon een synoniem voor de aanranding van haar/zijn eer en goede naam?

Inmiddels is duidelijk dat dit in weerwil van de oorspronkelijke planning nog niet is gebeurd. De Raad van State heeft wel al extra denkkraft 'ingekocht' voor de immense klus die hem te wachten staat. Het is de vraag of de Tweede Kamer en de Eerste Kamer in staat zullen zijn het uiteindelijke wetsvoorstel te doorgronden en op waarde te schatten. Daar maak ik me sowieso toch wel wat zorgen om. Zeker nu beide Kamers meer en meer fora voor democratie dreigen te worden.

Wetsvoorstel Strafbaar stellen seksuele intimidatie

Uit de koker van Kamerleden Asscher en Van Toorenburg kwam vorig parlementair jaar het initiatiefwetsvoorstel om seksuele intimidatie strafbaar te stellen.¹⁹ Het idee was om vooral vrouwen op straat meer bescherming te bieden tegen hinderlijk gedrag. Strafbaar zou moeten worden hij die 'zich in het openbaar, mondeling of door gebaren, op seksuele wijze uit jegens een persoon en hierdoor die persoon in een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende situatie brengt'. De Raad van State heeft in zijn recente advies stevige kritiek geuit op dit wetsvoorstel.²⁰ Weliswaar is seksuele intimidatie (op straat of waar ook) ongewenst, maar hij vraagt zich af of deze strafbaarstelling hiervoor een oplossing biedt. De haalbaarheid ligt laag en dat kan tot gevolg hebben dat de strafbepaling haar normerende werking niet waar kan maken. Dat is op zichzelf juist, maar dat ligt voor veel andere, ook soortgelijke delicten niet anders. Een (mondelijke) belediging of bedreiging is ook niet altijd makkelijk op te sporen en te vervolgen. Het adviesorgaan ziet ook problemen met de voorzienbaarheid van de reikwijdte van de strafbaarstelling. Waar ligt de grens tussen 'experimenter- of flirtgedrag' en ongewenste intimidatie? Dat zou onduidelijk zijn, omdat dit lijkt af te hangen van de ontvanger van de uiting. Men kan de delictsomschrijving ook anders lezen. Een ander in een bedreigende etc. situatie brengen kan ook objectief worden gezien. Zo is voor belediging (artikel 261 Sr) vereist dat de uitlating 'de strekking heeft een ander bij het publiek in een ongunstig daglicht te stellen en hem aan te randen in zijn eer en goede naam'. Het oordeel dat daarvan sprake is, zal bij woorden waarvan het gebruik op zichzelf in het algemeen niet beledigend is, afhangen van de context waarin de uitlating is gedaan.²¹ De beledigende aard van de uitlating wordt sterk objectief gezien. Datzelfde geldt voor bedreiging (artikel 285 Sr). Daarvoor is vereist dat 'de bedreiging van dien aard is en onder zodanige omstandigheden is geschied dat bij de bedreigde de redelijke vrees kon ontstaan (...)'.²² Dat hoeft voor een uiting inzake de voorgestelde redactie van seksuele intimidatie niet anders te zijn. Beoordeeld zou kunnen worden of daardoor een ander redelijkerwijs in een bedreigende situatie etc. is gebracht. De perceptie van het slachtoffer is zo gezien dan niet doorslaggevend en de voorzienbaarheid van de reikwijdte van de strafbepaling

groter. Nog los van het gegeven dat de benodigde graad van duidelijkheid ook tot stand kan komen aan de hand van de uitleg van de wetgever, rechter en/of een adviseur. Duidelijk wordt uit de wetsgeschiedenis al dat sissen en dergelijke onder de strafbepaling zal vallen. En de Hoge Raad doet niet moeilijk over het *lex certa*-beginsel. Zo was ooit het 'zich op andere wijze onbehoorlijk gedragen' niet onvoldoende helder.²³ De voorgestelde delictsomschrijving kan zich dus in de praktijk zetten, zodat de reikwijdte daarvan voldoende voorzienbaar is.

Niettemin hebben de initiatiefnemers de kritiek van de Raad van State ter harte genomen en de delictsomschrijving gewijzigd om een objectieve strafbaarstelling te krijgen.²⁴ Strafbaar dient nu te worden: 'Hij die op een plaats voor het openbaar verkeer bestemd, opmerkingen, gebaren of bewegingen met een seksuele connotatie maakt waardoor een persoon in een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende situatie wordt gebracht'. Is het verschil in redacties niet semantisch (een persoon in een bepaalde situatie brengen versus dat een persoon in die situatie wordt gebracht)? Zelfs als deze wijziging een verbetering is, dan is mijn eigen bezwaar tegen de voorgestelde strafbaarstelling dat de meerwaarde daarvan voor onze strafwet niet is aangetoond. De initiatiefnemers zien de openbare orde als te beschermen belang en dat zou bij andere (uitings- en zeden)delicten niet primair het geval zijn. Dat mag zo zijn, maar ik denk dat de bestaande strafbepalingen ook buitenshuis voldoende beschermen tegen het in woord of gebaar lastig worden gevallen. Zeker laster, smaad, belediging, bedreiging (*met feitelijke aanranding van de eerbaarheid*) en aanranding geven een ruime dekking wat dat betreft (ook in combinatie met de poging). Is in het bijzonder een beledigende, vernederende of kwetsende situatie waarin iemand komt te verkeren niet gewoon een synoniem voor de aanranding van haar/zijn eer en goede naam? Het (voorwaardelijke) opzet daarop kan ook uit de context worden gehaald.

Wetsvoorstel Strafbaarstelling verblijf terroristisch gebied

Door het wetsvoorstel Strafbaarstelling verblijf in een door een terroristische organisatie gecontroleerd gebied zou er een nieuw artikel in het Wetboek van Strafrecht moeten worden opgenomen.²⁵ Artikel 134b Sr luidt in het voorstel als volgt:

'Met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de derde categorie wordt gestraft de Nederlander die, anders dan in opdracht van de staat of een volkenrechtelijke organisatie, zonder toestemming van Onze Minister van Justitie en Veiligheid, opzettelijk verblijft in een gebied dat bij algemene maatregel van bestuur is aangewezen als een onder controle van een terroristische organisatie staand gebied.'

Nederland beoogt zo het uitreizen naar brandhaarden in het kader van de terroristische strijd tegen te gaan. Recent was er al hevige discussie over het lot van Syriëgangers en hun echtgenoten en eventuele kinderen. Nederland ziet deze personen liever niet terugkeren, ook al staan er nog behoorlijke gevangenisstraffen open. De overtuigingsdader laat zich enerzijds niet snel tegenhouden, maar zou het uiteindelijk anderzijds toch ook wel fijn vinden in Nederland weer huisje, boompje, beestje te hebben. Het Kalifaat is toch ook niet alles.

Wetsvoorstel Straffen en beschermen

Volgens de Minister voor Rechtsbescherming vormt de tenuitvoerlegging van straffen het sluitstuk van de strafrechtketen: na de opsporing, vervolging en berechting volgt de tenuitvoerlegging van de straf. Uitgangspunt is voor hem vanzelfsprekend dat opgelegde straffen ook feitelijk worden uitgevoerd. Die verplichting heeft de overheid naar slachtoffers en samenleving. Dit is de basis voor een geloofwaardig en legitiem strafrechtstelsel. Voor een succesvolle en effectieve tenuitvoerlegging is het van belang dat straffen zo snel mogelijk en volledig ten uitvoer worden gelegd. In het wetsvoorstel Straffen en beschermen worden de voorstellen die betrekking hebben op het stelsel van de detentiefasering, inclusief de voorwaardelijke invrijheidstelling, uitgewerkt.²⁶ Deze uitwerking ziet op een persoonsgerichte aanpak, geen voorwaardelijke invrijheidstelling meer van rechtswege,²⁷ wijzigingen aangaande het penitentiair programma en nazorg op de vijf basisvoorwaarden voor een geslaagde re-integratie (werk en inkomen, identiteitsbewijs, zorg, schuldhulpverlening en onderdak).

Wetsvoorstel Kinderen in de strafprocedure

De overheid gaat ook de Richtlijn 2016/800/EU betreffende procedurele waarborgen voor kinderen die verdachte of beklaagde zijn in een strafprocedure implementeren.²⁸ Nu kinderen kwetsbare verdachten zijn, worden maatregelen in de Nederlandse regeling van het jeugdstrafprocesrecht ingebed. Het gaat om procedurele rechten voor kinderen, te weten recht op informatie aan het kind (artikel 4 Richtlijn), recht op informatie voor de ouders of met ouderlijke verantwoordelijkheid belaste personen (artikel 4 en 5 Richtlijn), recht op bijstand van een raadsman (artikel 6 Richtlijn), recht op een individuele en medische beoordeling (artikel 7 en 8 Richtlijn), recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (artikel 14 Richtlijn) en recht op aanwezigheid bij het onderzoek ter terechtzitting voor het kind en diens ouders (artikel 15 Richtlijn).

19. Kamerstukken II 2017/18, 34904, 1-3.

20. Kamerstukken II 2017/18, 34904, 4.

21. HR 22 december 2009,

ECLI:NL:HR:2009:BJ9796, NJ 2010/671,

m.nt. Y. Buruma. Zie ook HR 30 oktober

2001, ECLI:NL:HR:2001:AB3143,

NJ 2002/129.

22. HR 7 juli 2005,

ECLI:NL:HR:2005:AT3659, NJ 2005/448.

23. HR 2 april 1985,

ECLI:NL:HR:1985:AB7967, NJ 1985/796.

En recent over sprekende gelijkenis in de

WWW, HR 20 november 2018,

ECLI:NL:HR:2018:2153.

24. Kamerstukken II 2017/18, 34904, 5 en

Kamerstukken II 2017/18, 34904, 6.

25. Kamerstukken II 2018/19, 35125, 1-4.

Zie ook NJB 2019/242, afl. 4, p. 302.

26. Kamerstukken II 2018/19, 35122, 1-4.

Zie ook NJB 2019/189, afl. 3, p. 232.

27. J. uit Beijerse e.a., *De praktijk van de voorwaardelijke invrijheidstelling in relatie*

3. Rechtspraak

Getuigen I; wanneer compensatie?

In HR 29 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:123 werd betoogd dat ook in compenserende maatregelen moet worden voorzien als een verklaring van een niet door de verdediging ondervraagde getuige, weliswaar niet de bewezenverklaring in beslissende mate onderbouwt, maar aan die verklaring in ieder geval wel 'significant weight' toekomt. Met de hoofdregel uit *Schatschaschwili/Duitsland* in het achterhoofd overweegt de Hoge Raad dat, anders dan het cassatiemiddel wil, de rechtspraak van het EHRM niet noopt 'tot een vergelijkbare, specifieke motiveringsverplichting met betrekking tot de genoemde compensatie in het geval dat de verklaring van een getuige niet in de hiervoor bedoelde zin "beslissend" is voor de bewezenverklaring, maar daaraan wel "significant weight" toekomt.'²⁹ Het komt er uiteindelijk op aan of de procedure in haar geheel overziende, eerlijk is geweest voor de verdachte. Dat overwoog de Hoge Raad ook reeds in zijn standaard-arresten. Hij voegt daar nu aan toe dat hierbij mede betekenis toekomt aan de wettelijke bewijsregels (denk aan de bewijsminima en de (aanvullende) bewijsmotiveringsvoorschriften) en aan 'de wettelijke en jurisprudentiële motiveringsregels met betrekking tot de beoordeling en beslissing van verweren die de bewijsvraag raken, waaronder begrepen de bewijswaardering'. De Nederlandse strafrechter doet er dus goed aan zijn oordeel behoorlijk te motiveren, zo lijkt de boodschap van ons hoogste rechtspreekende college.³⁰

Op zich heeft de Hoge Raad gelijk dat de vraag naar compensatie voor het niet kunnen ondervragen van een getuige, volgens het EHRM alleen aan de orde is als over de importantie van diens verklaring onduidelijkheid bestaat (niet duidelijk is of de verklaring voor de nationale rechter het enige of het doorslaggevende tegen de verdachte gebruikte bewijs is, of het oordeel dat dit niet het geval is, is onacceptabel of arbitrair). In latere zaken, zoals *Seton/Verenigd Koninkrijk* – waarnaar inmiddels door het EHRM zelf ook wordt verwezen –, verwijst het EHRM in de 'General principles' naar voormelde relevante, algemene overwegingen inzake *Schatschaschwili*. Compensatie moet worden geboden 'where it found it unclear whether the evidence in question was sole or decisive but nevertheless was satisfied that it carried significant weight and its admission might have handicapped the defence'.³¹ Maar in de toepassing werkt dat niet zelden heel anders uit. Dan blijkt het EHRM namelijk niet altijd zo strikt in de leer bij de toepassing van voormelde regels, als de Hoge

tot speciale preventie en re-integratie,

Den Haag: Boom Juridisch 2018.

28. Kamerstukken II 2018/19, 35116, 1-7.

Zie ook NJB 2019/192, afl. 3, p. 233.

29. Plaatsvervangend advocaat-generaal

D.J.M.W. Paridaens is in haar conclusie

even stellig in de uitleg van *Schatschaschwili/*

Duitsland, zie ECLI:NL:PHR:2018:1072.

30. Zo vat ook annotator J.C. Dekkers dit

arrest op, zie haar noot onder *NbSr* 2019/66.

31. EHRM 12 september 2016,

ECLI:CE:ECHR:2016:0331JUD005528710,

par. 59 (*Seton/Verenigd Koninkrijk*).

Daarnaar wordt vaak verwezen, zie

recent nog EHRM 6 december 2018,

ECLI:CE:ECHR:2018:0906JUD001407812,

par. 42 en 53 (*Dadayan/Armenië*) en

EHRM 10 februari 2017,

ECLI:CE:ECHR:2016:1110JUD001347911,

par. 49 (*Avetisyan/Armenie*).

Het EHRM blijkt niet altijd zo strikt in de leer bij de toepassing van voormelde regels, als de Hoge Raad ons wil doen geloven

Raad ons wil doen geloven. Egbert Myer annoteerde al onder *Schatschaschwili/Duitsland* in de richting van een ruimere uitleg.³² In dat verband zijn inmiddels meerdere zaken te vinden waarin het EHRM eerst aangeeft dat voor hem wél duidelijk is dat de verklaring van de niet-ondervraagde getuige *niet* beslissend is geweest in de procedure voor de nationale rechter, maar dat hij niettemin moet bezien of dat bewijs van significant belang is geweest en of voldoende compensatie moest worden en is geboden. Een goed voorbeeld is de voormelde zaak *Seton/Verenigd Koninkrijk*. Het EHRM oordeelt in die zaak namelijk eerst dat het bewijs van een niet-ondervraagde getuige niet beslissend was, waarbij het opmerkt dat volgens de Engelse hoger beroepsrechter het overige bewijs onder meer 'overweldigend' was. Maar het bewijs was door de Engelse rechter in eerste aanleg wel als belangrijk gekarakteriseerd, alsmede door de hoger beroepsrechter bij het toestaan van het appel. De uitleg van de regel zoals geformuleerd in *Schatschaschwili/Duitsland* is dan vervolgens als volgt:

'Consequently, as was explained in *Schatschaswili v. Germany* (...), even though this absent-witness evidence was not the sole or decisive basis for the applicant's conviction, given the need under Article 6 to assess the fairness of the proceedings taken as a whole, the Court still needs to determine whether there existed sufficient factors counterbalancing any handicaps that the admission of that evidence might have entailed for the defence.'³³

Een soortgelijke toepassing kan onder meer ook worden gevonden in *Asani/FYROM*, waar het ging om een getuige die verklaarde over het motief.³⁴ Natuurlijk gaat het ook inzake dit leerstuk om een holistische beoordeling per geval.³⁵ In *Dimovic en anderen/Servië* maakte het onderscheid 'decisive' of niet, naar het zich laat aanzien 'gewoon' het grote verschil tussen een schending van het ondervragingsrecht voortvloeiende uit artikel 6 EVRM ten aanzien van de eerste twee klagers en niet ten aanzien van de derde klager.³⁶ En het is de vraag of de Grote Kamer van het EHRM dezelfde uitleg geeft aan zijn regel inzake *Schatschaschwili/Duitsland*, zoals dat onder andere in *Seton/Verenigd Koninkrijk* geschiedde. Bas de Wilde is daar in ieder geval geen voorstander van.³⁷ Maar een klacht hoeft dus in Straatsburg niet zonder meer af te stuiten op het gegeven dat duidelijk is dat de nationale rechter zich voor de bewezenverklaring niet in beslissende mate heeft verlaten op een verklaring van een getuige die door de verdediging niet behoorlijk is ondervraagd en dat oordeel niet

kwestieus is. Als die verklaring namelijk niettemin van voldoende importantie is geweest, kan het onder omstandigheden kennelijk toch zo zijn dat aan de verdediging compensatie moet worden geboden voor het feit dat zij van haar ondervragingsrecht geen gebruik heeft kunnen maken en daarvan hinder heeft kunnen ondervinden. De Straatsburgse praktijk is dus weerbarstig. Dat zal de Hoge Raad ongetwijfeld ook hebben gezien. Maar voorlopig kijkt hij de kat nog even uit de boom. Niets hoeft de Nederlandse feitenrechter overigens tegen te houden bij getuigenbewijs van 'significant weight', uit oogpunt van behoorlijkheid of zekerheid de verdediging toch tegemoet te komen. Dat kan door enige compensatie te bieden, waaronder een degelijke uitleg waarom hij mede op basis van dat bewijs tot een bewezenverklaring komt.

Getuigen II; ambtshalve oproepen?

Dat het recht op een eerlijk proces ex artikel 6 EVRM soms voorschrijft dat de rechter ambtshalve een getuige dient op te roepen voor de zitting, mag bij iedereen bekend worden verondersteld. De Hoge Raad heeft de contouren daarvoor vooral in het arrest *Grenzen getuigenbewijs* uiteengezet.³⁸ De verplichting in hoger beroep is door de Hoge Raad redelijk recent sterk genuanceerd.³⁹ Maar daarmee is nog niet alles gezegd. Een bijzondere situatie is namelijk het geval waarin een (deel)vrijspraak in eerste aanleg, in hoger beroep een veroordeling wordt omdat getuigenbewijs anders wordt gewaardeerd. Het EHRM verlangt dan in principe dat de appelrechter zelf die getuige(n) hoort en zich zo een oordeel vormt over de (on)betrouwbaarheid daarvan.⁴⁰ In HR 16 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1943, *NJB* 2018/2013, *NbSr* 2018/348, m.nt. D.G.J. Grimmelikhuijzen gaat de Hoge Raad niet verder dan de verplichting de deugdelijkheid van de bewijsbeslissing te waarborgen. Daarbij moet de hogere rechter in het bijzonder aangeven op welke gronden hij de desbetreffende verklaring betrouwbaar acht. 'Die gronden kunnen, maar behoeven niet te zijn ontleend aan een verhoor van de getuige in hoger beroep. In dit verband kan voorts van belang zijn de mate waarin de verklaring van de getuige steun vindt in andere bewijsmiddelen, alsook de door het Openbaar Ministerie tegen de vrijspraak aangevoerde bezwaren en de procesopstelling van de verdachte.'⁴¹

Het zal echter uiteindelijk van de omstandigheden van het geval afhangen of de hogere rechter bij een afwijkend oordeel de getuigen in kwestie zelf zal moeten horen. Dat hij hier in een bepaald geval van af ziet, levert niet zonder meer een schending van artikel 6 EVRM op.⁴² Wel is het maar de vraag of het EHRM in deze steeds met een uitvoerige motivering genoegen neemt. Dat betwijfel ik, zeker als de getuige ook in eerste aanleg niet ter zitting is gehoord en helemaal als de verdediging deze evenmin op enig moment in het voorbereidend onderzoek heeft kunnen ondervragen.

Getuigen III; de Vidgen-saga

Op 8 januari 2019 maakte het EHRM een definitief einde aan de langlopende zaak van Vidgen.⁴³ Vidgen heeft als verdachte en veroordeelde drie keer de Hoge Raad en tweemaal het EHRM gezien (cassatie, EHRM, herziening, cassatie en weer EHRM).⁴⁴ Bij het EHRM werd recent voor de tweede keer geklaagd over het gebrek aan een effectie-

ve mogelijkheid om de gewezen medeverdachte M. te ondervragen, nu omdat deze vijftien jaar na dato, verklaarde niets meer van de zaak te weten.⁴⁵ Het EHRM oordeelt echter dat 'it does not follow from the sole fact that a witness replies to questions that he cannot remember or alters or retracts his or her statement, when cross-examined, that the opportunity for cross-examination is inadequate or ineffective. Consequently a change of attitude on the part of a witness does not of itself give rise to a need for compensatory measures.' Mede gelet op het ondersteunende bewijs en het gegeven dat M. zijn eerdere belastende verklaringen heeft bevestigd noch ingetrokken, is van een oneerlijk proces geen sprake. Vidgens klacht is daarom 'manifestly ill-founded' en hij wordt niet ontvankelijk verklaard.

Getuigen IV; getuigen à décharge

In de Grote Kamer-zaak *Murtazaliyeva/Rusland* heeft het EHRM een week voor kerstmis zijn standpunt over de regels aangaande het beoordelen van getuigenverzoeken à décharge opnieuw vormgegeven:

'Where a request for the examination of a witness on behalf of the accused has been made in accordance with domestic law, the Court, having regard to the above considerations, formulates the following three-pronged test:

1. Whether the request to examine a witness was sufficiently reasoned and relevant to the subject matter of the accusation?
2. Whether the domestic courts considered the relevance of that testimony and provided sufficient

Het EHRM heeft een week voor kerstmis zijn standpunt over de regels aangaande het beoordelen van getuigenverzoeken à décharge opnieuw vormgegeven

reasons for their decision not to examine a witness at trial?

3. Whether the domestic courts' decision not to examine a witness undermined the overall fairness of the proceedings?⁴⁶

En hoewel het EHRM meent dat zijn eerdere jurisprudentie na *Perna/Italië*⁴⁷ op zich voldoende houvast biedt voor de praktische toepassing van deze regels, geeft hij zijn nieuwe stappenplan direct wat nadere duiding. Een van de punten is dat de motivering van de afwijzende beslissing door de strafrechter (zie stap 2), min of meer gelijke tred moet houden met de (indringendheid van de) redenen gegeven door de verdediging voor het verzoek (zie stap 1), zij het dat de strafrechter niet op elk detail hoeft in te gaan. En die afweging is geen wet van Meden en Perzen. Uiteindelijk zal het proces – ook zonder de getuige à décharge – eerlijk dienen te zijn. Stap 3 is wat dat betreft een correctiemechanisme. Ook de Hoge Raad gaat uit – en mag dus uitgaan – van de eis van een onderbouwd

32. EHRM 15 december 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1215JUD000915410, NJ 2017/294, m.nt. B.E.P. Myjer (*Schat-schaschwili/Duitsland*), onder 7 van de noot: 'Gelet op de noodzaak naar de "overall fairness" van een proces te kijken, is het niet alleen noodzakelijk dat er voldoende 'counterbalancing factors' zijn in de situatie dat de getuigenverklaring waarover de getuige niet kan worden ondervraagd het enige of beslissende bewijsmiddel is, maar ook als de rechter ervan overtuigd is dat een bewijsmiddel een "significant weight" heeft en de toelating/het gebruik van dat bewijsmiddel een handicap oplevert voor de verdediging. Naarmate de verklaring meer gewicht voor de bewijsvoering heeft, zullen de "counterbalancing factors" ook meer gewicht moeten hebben'.

33. EHRM 12 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0331JUD005528710, par. 63-64 (*Seton/Verenigd Koninkrijk*).

34. EHRM 1 mei 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0201JUD002796210, par. 47-48 (*Asani/De voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië*). Zie ook EHRM 12 april 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0112JUD005414609,

par. 50 (*Batek e.a./Tsjechië*); EHRM 3 december 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0726JUD005954912, par. 59 (*N.K./Duitsland*); en EHRM 12 april 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0112JUD003670512, par. 64-67 (*Stulir/Tsjechië*). In EHRM 14 december 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:1214JUD006507810 (*Gryb/Ukraine*) overwoog het EHRM (par. 56): 'In view of the above, the Court, therefore, does not find it necessary to make a definitive finding as to whether the evidence provided by I. was "decisive" as in any case it is satisfied that his statements carried significant weight and their admission as evidence may have handicapped the applicant's defence.'

35. Zie ook nog EHRM (Grote Kamer) 18 december 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1218JUD003665805 (*Murtazaliyeva/Rusland*).

36. EHRM 11 december 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1211JUD000720312, par. 59 en 64 (*Dimovic e.a./Servië*).

37. Zie al B. de Wilde, 'Het recht getuigen in strafzaken te ondervragen anno 2017', AA 2017, afl. 10, p. 788.

38. HR 1 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:AB7528, NJ 1994/427, m.nt. G.J.M. Corstens. Zie ook HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1015, r.o. 3.9, NJ 2017/440, m.nt. T. Kooijmans.

39. Zie HR 23 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2753, NJ 2014/488, m.nt. M.J. Borgers, *NbSr* 2014/249, m.nt. J.S. Nan. Eerder wilde de Hoge Raad hieraan nog niet geloven, zie HR 6 juli 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV4834, NJ 2006/333.

40. Zie met name EHRM 28 mei 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0228JUD005687511 (*Manoli/Moldavië*), EHRM 15 december 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0915JUD001690312 (*Moinescu/Roemenië*) en EHRM 29 september 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0629JUD006344613 (*Lorefice/Italië*). Daarover bijvoorbeeld de advocaten-generaal T.N.B.M. Spronken

(ECLI:NL:PHR:2015:2470), A.J. Machiels (ECLI:NL:PHR:2018:273 en ECLI:NL:PHR:2018:713) en W.H. Vellinga (ECLI:NL:PHR:2018:717).

41. Zie eerder al een voorloper van deze aanpak HR 3 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1055, *NbSr* 2018/290,

m.nt. D.G.J. Grimmelhuijzen.

42. Zie bijv. EHRM 26 juli 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0426JUD002257408 (*Kashlev/Estland*), in welke zaak geen schending werd aangenomen. Bijzonder was onder andere dat in die zaak de verdachte in appel bewust niet participeerde en 'that the Court of Appeal followed the requirement of domestic law to provide particularly thorough reasoning for departing from the assessment given to the evidence by the first-instance court, including the indication of mistakes made by it'.

43. EHRM 8 januari 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0108DEC006832817 (*Vidgen/Nederland*) (niet-ontvankelijkheidsbeslissing).

44. Zie voor het verloop nader de noot van C. van Oort, *NbSr* 2019/55.

45. Zie een eerdere Kroniek, *NJB* 2017/1907, afl. 35, p. 2544.

46. EHRM 18 december 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1218JUD003665805, par. 158 (*Murtazaliyeva/Rusland*).

47. EHRM 6 mei 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0506JUD004889899 (*Perna/Italië*).

verzoek.⁴⁸ Van de verdediging mag nog steeds worden verwacht dat zij uitlegt waarom een voor haar gunstige getuige moet worden gehoord. Hoe indringender dat verzoek is voorgelegd, des te meer zal de rechter hiermee moeten. En van het EHRM mag de rechter zich er niet te gemakkelijk van af maken.⁴⁹

Gedwongen ontgrendeling smartphone

In een uitspraak van 28 februari 2019 heeft de Rechtbank Noord-Holland bepaald dat het opsporingsambtenaren was toegestaan de duim van een verdachte ter ontgrendeling op diens iPhone te plaatsen.⁵⁰ De verdachte wilde de toegangscode namelijk niet geven, ook niet nadat werd aangegeven dat hij anders zou worden geboeid en zijn vingerafdruk zou worden gebruikt, desnoods met gepast geweld. Aldus geschiedde, zij het dat geen geweld is toegepast. Op die wijze werden relevante gegevens verkregen voor een onderzoek naar diverse vermogensdelicten (zoals 'phishing' en oplichting) en deelname aan een criminele organisatie. De rechtbank overwoog dat, anders dan door de verdediging betoogd, deze handelwijze niet in strijd was met het nemo tenetur-beginsel. De verdachte heeft niets hoeven verklaren of actief ergens aan moeten meewerken, maar heeft slechts de onderzoekshandeling moeten dulden. Hierbij is een zeer geringe mate van dwang toegepast. Dat hierdoor mogelijk wilsafhankelijk en voor de verdachte belastende gegevens zouden worden verkregen, maakte haar oordeel volgens de rechtbank niet anders. Ook de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit waren volgens de rechtbank niet geschonden. Voor haar was met name van belang dat via toegang tot de telefoon de opsporing kon verwachten relevante gegevens te vergaren, de telefoon nieuw en (nog) niet te kraken was, het ging om een verdenking van ernstige strafbare feiten en slechts in beperkte mate inbreuk is gemaakt op de lichamelijke integriteit van de verdachte.

Een andere mening dan de rechtbank was voorafgaand aan deze uitspraak Alexander Bood toegegaan.⁵¹ Hij meende – kort gezegd – dat gedwongen ontgrendeling van een smartphone in principe wel in strijd komt met het nemo tenetur-beginsel als met op de verdachte uitgeoefende dwang wilsafhankelijk materiaal wordt verkregen. Mede na een bespreking van Nederlandse jurisprudentie ziet hij informatie op de telefoon die van de verdachte afkomstig is, nog steeds als wilsafhankelijk en dus onbruikbaar na een gedwongen ontgrendeling. In daaropvolgende reacties werd dat standpunt krachtig bestreden door Lonneke Stevens, Martijn Egberts en Ward Ferdinandusse en Dave van Toor.⁵² Bood hield vervolgens in een naschrift aan zijn standpunt vast.⁵³

Deze uitspraak lijkt mij juist. Het recht op een eerlijk proces en dan in het bijzonder het daarin besloten liggende nemo tenetur-beginsel,⁵⁴ staat niet eraan in de weg om een verdachte te dwingen zijn telefoon te ontgrendelen door middel van zijn vingerafdruk (voor ontgrendeling door bijvoorbeeld gezichtsherkenning zou hetzelfde gelden). Het is inmiddels vaste jurisprudentie van het EHRM, zoals nog maar eens uiteengezet in de Grote Kameruitspraak *Ibrahim en anderen/Verenigd Koninkrijk*,⁵⁵ dat het recht van de verdachte om zichzelf niet te hoeven belasten hoofdzakelijk inhoudt 'respecting the will of an accused person to remain silent and presuppo-

ses that the prosecution in a criminal case seek to prove their case without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused'. De rechtbank verwijst hiernaar terecht, wat mij betreft. De gedachte achter dit recht is dat het, samen met het recht om te zwijgen, de verdachte beschermt tegen 'improper compulsion', zodat 'miscarriages of justice' kunnen worden voorkomen. Beide rechten zijn voor het EHRM zeer belangrijk. Zij garanderen dat de verdachte zelf kan bepalen of hij iets wil verklaren en zo ja, wat dan. Daarom is het zo belangrijk dat de verdachte tijdig van deze rechten op de hoogte geraakt, doordat hij in een vroeg stadium toegang heeft tot een raadsman die hem hierover inlicht (of door notificatie door de autoriteiten).⁵⁶ Het EHRM bekijkt ten aanzien van het recht van de verdachte om zichzelf niet te belasten of dat in essentie is gewaarborgd in het concrete geval ('whether a procedure has extinguished the very essence of the privilege against self-incrimination'), waarbij in het bijzonder als factoren gelden 'the nature and degree of the compulsion, the existence of any relevant safeguards in the procedures and the use to which any material so obtained is put'.

Het nemo tenetur-beginsel verzet zich in eerste instantie dus alleen ertegen dat de verdachte *tegen zijn wil in* gedwongen wordt een verklaring alsnog mondeling te geven of schriftelijk op te stellen of aan gegevens een nadere duiding te geven. Daarnaast heeft degene die op wettelijke basis en onder druk van een behoorlijke sanctie gedwongen wordt een verklaring op te stellen en vervolgens aan de autoriteiten te overhandigen, een sterke positie als hij voor het in gebreke blijven gestraft wordt of een wel gegeven verklaring ter bestraffing tegen hem worden gebruikt. Dan is immers, in de woorden van de Hoge Raad, de verklaring niet in vrijheid afgelegd en wordt het nemo tenetur-beginsel van zijn betekenis ontdaan (of in de woorden van het EHRM: 'the procedure has extinguished the very essence of the privilege against self-incrimination').⁵⁷ Voorts kan ook de wijze van verkrijging door de overheid van reeds bestaande, eventueel door ontgrendeling te ontsluiten, wilsafhankelijke informatie maken dat toch problemen met het beginsel ontstaan. Maar ook dat is hier allemaal niet aan de orde.

Per saldo geldt het volgende. De informatie die via de telefoon is verkregen is al vrijwillig uit het brein van de verdachte ontsproten en bruikbaar tegen de verdachte, ook als hij aan de (fysieke of digitale) verkrijging daarvan onder enige dwang (passief) moet meewerken. De verklaaringsvrijheid van de verdachte is niet in het geding. De verklaring 'bestaat', zoals gezegd, al.⁵⁸ In casu is conform de geldende regels en op een nette manier door middel van fysieke kenmerken nader bewijs vergaard zonder dat de wijze van verkrijging onacceptabel genoemd kan worden, zodat het nemo tenetur-beginsel, anders dan Bood meent, niet in het geding is.⁵⁹ De verdachte produceert geen bewijs tegen zichzelf.

Recht op rechtsbijstand in het voorbereidend onderzoek

Met de zaak *Salduz/Turkije* kwam de discussie en jurisprudentie over het recht op een raadsman voorafgaand aan en eventueel tijdens het verhoor goed op gang.⁶⁰ De richtlijn over het recht op toegang tot een raadsman in strafprocedures⁶¹ heeft ertoe geleid dat de Hoge Raad op een

De informatie die via de telefoon is verkregen is al vrijwillig uit het brein van de verdachte ontsproten en bruikbaar tegen de verdachte

gegeven moment niet langer dwars lag en elke verdachte per 22 december 2015 ook onomwonden het recht gaf zich tijdens een politieverhoor door een advocaat te laten bijstaan en dat dit per 1 maart 2016 ook zou worden toegepast.⁶² Het rechtsgevolg van een schending van deze *Salduz*-rechten was in beginsel bewijsuitsluiting van de door de verdachte dan afgelegde verklaring(en), via de band van artikel 359a Sv, maar zonder een nadere afweging van de factoren van het tweede lid en de omstandigheden van het geval. Die regel sloot goed aan bij de strenge insteek van het EHRM: 'the rights of the defence would "in principle" be irretrievably prejudiced when incriminating statements made during police interrogation without access to a lawyer were used for a conviction'. Later bleek vooral uit de zaak *Ibrahim en anderen/Verenigd Koninkrijk* dat bewijsuitsluiting niet zo strikt voorgeschreven was als wel werd gedacht.⁶³ Het EHRM haalde uit *Salduz* een tweetrapsraket. Eerst moet worden gekeken of er 'compelling reasons' waren om de verdachte deze rechten te onthouden (denk aan een tikkende bom-situatie).⁶⁴ Daarna evalueerde het EHRM 'the prejudice caused to the rights of the defence by the restriction in the case in question. In other words, the Court must examine the impact of the restriction on the overall fairness of the proceedings and decide whether the proceedings as a whole were fair'. Een strafproces kon ook met een goede reden om de verdachte

een raadsman te ontzeggen oneerlijk zijn. Zonder een goede reden hadden lidstaten sowieso de zware taak het EHRM ervan te overtuigen dat de verdachte niettemin een eerlijk proces heeft gehad (waarvan volgens het EHRM niet snel sprake zal zijn). Het uiteindelijke oordeel van het EHRM wordt geveld aan de hand van een niet-uitputtende lijst van factoren, waaronder de kwetsbaarheid van de verdachte, diens verdere proceshouding, het gebruik van het aldus (onrechtmatig) verkregen bewijs en het belang daarvan voor de veroordeling en het belang van de criminaliteitsbestrijding (bij een strafzaak aangaande de diefstal van een pakje boter is de (ongoorloofde) afwezigheid van een raadsman bijvoorbeeld minder problematisch dan in geval van een moordzaak).

In EHRM 9 november 2018, 71409/10 (*Beuze/België*), heeft de Grote Kamer nader licht laten schijnen over deze materie. Het bevestigt het belang van rechtsbijstand vanaf de eerste fase van de strafzaak en vertelt ons aan de hand van zijn eerdere uitspraken dat de fysieke aanwezigheid van de raadsman bij verhoren van de verdachte cruciaal is om praktische en effectieve bijstand te verlenen. Voor dergelijke hulpverlening is ook nodig dat de raadsman in een zo vroeg mogelijk stadium toegang tot het dossier heeft en kan participeren in onderzoekshandelingen als een confrontatie of reconstructie.⁶⁵ Tot de taken van de advocaat rekent het EHRM in ieder geval het bespreken

48. HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1015, NJ 2017/440, m.nt. T. Kooijmans

49. Zie bijv. recentelijk EHRM 7 juni 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0607JUD001771608 (*Kartvelishvili/Georgië*).

50. Rb. Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568.

51. A. Bood, 'Geef ze een vinger... Gedwongen ontgrendeling van een smartphone en het nemo tenetur-beginsel', *NJB* 2018/1880, afl. 36, p. 2744-2748.

52. Respectievelijk L. Stevens, 'Gedwongen biometrische toegangsverschaffing is niet in strijd met nemo tenetur', *NJB* 2019/315, afl. 6, p. 400-403, M. Egberts & W. Ferdinandusse, 'Reactie op Alex Bood', *NJB* 2019/316, afl. 6, p. 404 en D. van Toor, 'Het gedwongen ontgrendelen van een smartphone in het licht van het nemo tenetur-beginsel. Reactie op Boods 'Geef ze een vinger ...'', *NJB* 2019/317, afl. 6, p. 405-407. Zie ook S.L.T.J. Ligthart, 'Het recht tegen zelfincriminatie ex artikel 6 EVRM. Doorwerking van het nemo tenetur-beginsel in enkele gedachte-experimenten volgens de benadering van het EHRM en

van de Hoge Raad', *DD* 2019/16.

53. A. Bood, 'Naschrift', *NJB* 2019/318, afl. 6, p. 408-409.

54. Zie naast art. 6 EVRM ook nog art. 7 Richtlijn 2016/343/EU, betreffende de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden van onschuld.

55. EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108, par. 266-269 (*Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk*). Zie eerder al EHRM (Grote Kamer) 10 maart 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000437802, par. 88-93 (*Bykov/Rusland*); EHRM (Grote Kamer) 29 juni 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0629JUD001580902, par. 53-63 (*O'Halloran en Francis/Verenigd Koninkrijk*); en EHRM (Grote Kamer) 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000, par. 94-102 (*Jalloh/Duitsland*).

56. Zie ook nog EHRM 11 maart 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0311JUD000910660 (*Rodionov/Rusland*).

57. Zie respectievelijk HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0666,

NJ 2011/425, m.nt. J.M. Reijntjes;

HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6144, *NJB* 2011/1489; EHRM (Grote Kamer) 11 juli 2006,

ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000, par. 97 (*Jalloh/Duitsland*); en EHRM (Grote Kamer) 10 maart 2009,

ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000437802, par. 92 (*Bykov/Rusland*).

58. Zie ook S.L.T.J. Ligthart, 'Het recht tegen zelfincriminatie ex artikel 6 EVRM. Doorwerking van het nemo tenetur-beginsel in enkele gedachte-experimenten volgens de benadering van het EHRM en van de Hoge Raad', *DD* 2019/16, par. 3 en 4 onder Ad 3) Maartens smartphone.

59. Zie ook nog HR 14 juni 2016, ECLI:NL:HR:NL:2016:1200, *NJ* 2016/364, m.nt. T. Kooijmans. Daarin herhaalde de Hoge Raad dat de bevoegdheid om een voorwerp in beslag te nemen, ook de bevoegdheid omvat tot het desnoods tegen de wil van de betrokkene en met proportioneel geweld openen van diens vuist.

60. EHRM 27 november 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1127JUD003639102,

NJ 2009/214 (*Salduz/Turkië*).

61. Richtlijn 2013/48/EU van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2013 betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures en in procedures ter uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel en het recht om een derde op de hoogte te laten brengen vanaf de vrijheidsbeneming en om met derden en consulaire autoriteiten te communiceren tijdens de vrijheidsbeneming (*PbEU* 2013, L 294).

62. HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3608, *NJB* 2016/52, m.nt. A.H. Klip.

63. EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108, par. 255 e.v. (m.nt. par. 260) (*Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk*) en ook EHRM (Grote Kamer) 22 oktober 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1020JUD002570311, par. 80 en 82 (*Dvorski/Kroatië*).

64. Zie ook Richtlijn 2013/48/EU, art. 3 lid 6.

65. Zie ook Richtlijn 2013/48/EU, art. 3 lid 3 onder c.

Het EHRM grijpt de zaak aan om in het algemeen vast te stellen dat een goede reden om de verdachte geen raadsman toe te wijzen, niet gelegen is in wetgeving die dat uitsluit

van de zaak met de verdachte, het op poten zetten van diens verdediging, het verzamelen van ontlastend bewijs, het voorbereiden van de verdachte op een verhoor, het steunen van de verdachte in moeilijke omstandigheden (waar zijn anders die brede schouders voor?) en het controleren van de detentieomstandigheden.⁶⁶ Bij voorkeur worden deze diensten geleverd door de advocaat die de verdachte zelf heeft gekozen.⁶⁷

Het EHRM houdt vast aan de twee stappen die moeten worden doorlopen en de invulling daarvan, inclusief de in *Ibrahim en anderen/Verenigd Koninkrijk* opgesomde factoren. Het bekijkt het proces ook aangaande dit deelrecht als geheel. Het EHRM grijpt de zaak aan om in het algemeen vast te stellen dat een goede reden om de verdachte geen raadsman toe te wijzen, niet gelegen is in wetgeving die dat uitsluit. Het weghouden van een raadsman bij de verdachte kan alleen in uitzonderlijke situaties, moet tijdelijk van aard zijn en worden gebaseerd op de omstandigheden van het concrete geval. Levensgevaar voor anderen is zo'n geval (zie *Ibrahim en anderen/Verenigd Koninkrijk*). Met betrekking tot de zaak tegen Beuze zelf wordt overwogen dat ook de afwezigheid van regels die voorzien in rechtsbijstand evenmin een goede reden oplevert (zoals in België toentertijd – eind 2007/begin 2008 – het geval was). Het EHRM herhaalt vervolgens dat de verdachte ook zonder adequate rechtsbijstand een eerlijk proces kan hebben gehad, maar dat is uitzonderlijk en het is echt aan de overheid om dat aan de hand van de bijzondere omstandigheden van het geval overtuigend aan te tonen. Bij gebrek aan regelgeving bleef Beuze, onder andere verdacht van moord, in eerste instantie verstoken van juridische hulp na zijn overlevering van Frankrijk aan België. Vervolgens had hij wel contact met een raadsman, maar was deze niet aanwezig bij zijn verdere verhoren en niet bij andere onderzoekshandelingen in het voorbereidend onderzoek, waaronder die door de rechter-commissaris werden verricht. Beuze kon zich zo niet goed voorbereiden op zijn verhoren en had in die verhoren onder andere zijn aanwezigheid op de plek van de moord erkend, wisselend over de gang van zaken verklaard en over andere door hem begane strafbare feiten gesproken. Die verklaringen kwamen in het Assisenproces zonder enig voorbehoud aan de orde en werden uiteindelijk ook gebruikt. Het lukte België in de onderhavige zaak niet deze gebreken nog goed te maken, ook al was Beuze geen kwetsbare verdachte en was er alle reden hem voor de ernstige feiten te vervolgen.

De verwachting kan zijn dat de zaak *Beuze/België*, net als eerder *Ibrahim en anderen/Verenigd Koninkrijk*, niets zal veranderen aan de huidige opvatting van de Hoge Raad over invulling van het recht van de aangehouden verdachte om voorafgaand aan zijn verhoor een raadsman te consulteren en het recht van elke verdachte op bijstand tijdens het verhoor. Die rechten staan inmid-

dels ook in onze wet, net als de daarmee corresponderende informatieplicht van de zijde van de overheid. Samen met Richtlijn 2013/48/EU heeft de *Salduz*-jurisprudentie uiteindelijk breed effect gehad. Recent heeft de Hoge Raad overigens nog wel eens aangegeven dat aan de richtlijn geen terugwerkende kracht toekomt, ook niet nu de implementatietermijn is verstreken.⁶⁸ En procureur-generaal Silvis heeft in een conclusie na *Ibrahim en anderen/Verenigd Koninkrijk* geschreven dat hij uit de jurisprudentie van de Hoge Raad niet afleidt dat een schending van het recht op verhoorbijstand na 1 maart 2016, zonder meer tot bewijsuitsluiting van die verklaring van de verdachte moet leiden.⁶⁹ Ik verwacht dat thans aan bewijsuitsluiting voor een schending van het recht op verhoorbijstand, bij een verweer ter zake in ieder geval niet snel valt te ontkomen. De wetgever leek daarvan bij de implementatie van de richtlijn ook uit te gaan. Hij verwachtte dat de Hoge Raad ten aanzien van de volwassen verdachte zou aansluiten bij de rechtspraak over bewijsuitsluiting aangaande jeugdige verdachten.⁷⁰ Nederland zal in ieder geval in Straatsburg steeds van goede huize moeten komen om uit te leggen waarom in weerwil van de ongeoorloofde afwezigheid van de raadsman bij het verhoor, de verdachte toch een eerlijk proces heeft gehad als zijn dan afgelegde verklaring tegen hem wordt gebruikt en daarover tijdig wordt geklaagd.

Let erop dat ook zonder dat de verdachte een verklaring aflegt, zijn recht op een eerlijk proces kan worden geschonden als rechtsbijstand in het begin van de strafzaak ten onrechte uitblijft (consultatie- en verhoorbijstand). De taak van de raadsman is immers breder dan het enkel waarborgen dat de verdachte niet uit vrije wil een (belastende) verklaring aflegt. Zo kan het onmogelijk blijken in een later stadium ontlastend bewijs te vergaren (of belastend materiaal effectief te betwisten) of anderszins behoorlijk de verdediging te voeren. Een verdachte kan zich op zijn zwijgrecht beroepen als hem onterecht een advocaat wordt onthouden, bij gebrek aan wetenschap van zijn rechten en de opportuniteit van een verklaring, terwijl openheid van zaken hem juist had kunnen baten. Te denken valt aan het zo snel mogelijk verklaren over de omstandigheden inzake een strafuitsluitingsgrond, zoals noodweer. De aannemelijkheid van de feitelijke grondslag voor een recht op zelfverdediging hangt in de praktijk veelal mede af van het tijdstip waarop de verdachte hiermee komt.⁷¹

Een interessante zaak is nog *Ömer Güner/Turkije*.⁷² Daarin meende het EHRM dat geen sprake was van een eerlijk proces door het gebruik van zijn verklaring en die van een medeverdachte (Desde), afgelegd zonder rechtsbijstand van een raadsman. Ömer Güner werd veroordeeld voor bijstand aan de in Turkije verboden PKK. Desde beweerde (seksueel) te zijn mishandeld, maar een schending van artikel 3 EVRM kon het EHRM in zijn zaak niet vaststellen.⁷³ Een punt was voor het EHRM wel dat de Turkse rechters de

toelaatbaarheid van het bewijs niet of nauwelijks hadden onderzocht. Turkije is niet het braafste jongetje van de klas, zeker niet als het op de omgang met de PKK aankomt. Ik denk dat het EHRM daarom (extra) kritisch was. Ik begrijp dat vanuit de verdediging een beroep op de uitspraak *Ömer Güner/Turkije* wordt gedaan om 'derdenwerking' van de Salduz-regels te betogen (kortom: bewijsuitsluiting van de verklaring van een medeverdachte die niet op de juiste wijze consultatie- en/of verhoorbijstand heeft gehad). De Hoge Raad heeft eerder echter al uitgemaakt dat aan de *Salduz*-jurisprudentie geen derdenwerking toekomt, maar dat 'indien door vormverzuimen bij de totstandkoming van de verklaring van een medeverdachte de betrouwbaarheid van die verklaring wezenlijk is beïnvloed, de rechter om die reden een dergelijke verklaring buiten beschouwing zal laten'.⁷⁴ Ik denk dat dit goed aansluit bij *Ömer Güner/Turkije*, vanwege de bijzondere omstandigheden van die zaak. De Schutznorm wordt door die uitspraak niet doorbroken. De advocatuur moet dus primair niet klagen via de band van een (formalistische) schending van de rechten van de medeverdachte, maar via de band van de onbetrouwbaarheid van die verklaring door het uitblijven van rechtsbijstand en dat daarom de verdachte door het gebruik van zo'n verklaring geen eerlijke kans kan krijgen.

Wraking

Het wraken van rechters, al of niet op goede gronden, blijft de gemoeders bezig houden. De diverse wrakingsincidenten in de twee strafzaken tegen Tweede Kamerlid Geert 'mag het een onse minder, minder, minder' Wilders hebben volgens mij hun sporen wel nagelaten. Daarnaast wordt soms een oneigenlijk gebruik of zelfs regelrecht misbruik gemaakt van het instrument wraking. Hoewel het aantal wrakingsverzoeken beperkt is gelet op het grote aantal zaken dat jaarlijks wordt behandeld en het aantal geslaagde verzoeken nog eens (veel) lager is, gaat naar dit onderwerp veel aandacht uit.⁷⁵ Op 25 september 2018 heeft de Hoge Raad zich in belang der wet met deze kwestie bemoeid door twee richtinggevende arresten te wijzen, op vordering van respectievelijk procureur-generaal Silvis en advocaat-generaal Aben (met veel achtergronden inzake wraking in strafzaken). In de eerste zaak, HR 25 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1413, *SR-Updates.nl* 2018-0346, m.nt. H. de Doelder,⁷⁶ zet de Hoge Raad nog eens

In een hogere instantie kan worden teruggekomen op het punt dat de eerdere rechter niet onpartijdig was of in ieder geval niet onpartijdig leek

uiteen dat een rechter uit hoofde van zijn aanstelling wordt vermoed onpartijdig te zijn. Niet uitgesloten is echter dat de strafrechter wél jegens een procespartij een vooringenomenheid koestert, althans dat de vrees bij een procespartij dienaangaande objectief gerechtvaardigd is. Maar dat kan alleen in uitzonderlijke gevallen, vanwege een zwaarwegende aanwijzing, worden aangenomen. De betrokken procespartij kan dat gedurende de zaak aan de orde stellen, zodat de rechter in kwestie zich onttrekt. Ook kan in een hogere instantie worden teruggekomen op het punt dat de eerdere rechter niet onpartijdig was of in ieder geval niet onpartijdig leek, hetgeen tot een terugwijziging kan leiden. De procespartij verliest anders een feitelijke instantie. De andere mogelijkheid is om een rechter te wraken via de wrakingsprocedure van artikel 512-515 Sv.⁷⁷ Vervolgens benadrukt de Hoge Raad dat op grond van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen een rechterlijke (tussen)beslissing 'nimmer' de reden voor wraking kan zijn, omdat wraking nu eenmaal geen verkapt rechtsmiddel is. Ook de motivering, of een gebrek daaraan, kan niet tot wraking leiden volgens de Hoge Raad, daartoe al aangespoord door Silvis. Dat is alleen anders 'indien de motivering van de (tussen)beslissing in het licht van alle omstandigheden van het geval en naar objectieve maatstaven gemeten – bijvoorbeeld door de in de motivering gebezigde bewoordingen – niet anders kan worden verstaan dan als blijk van vooringenomenheid van de rechter die haar heeft gegeven'. Ook het EHRM vindt, begrijpelijkerwijs, dat een rechter gedurende de procedure allerlei beslissingen moet kunnen nemen. Het wordt alleen problematisch als de rechter zich daarbij al uitlaat over de schuld van de verdachte.⁷⁸ Ik neem aan dat die opvatting

66. Zie ook EHRM 27 februari 2019, ECLI:CE:ECHR:2018:1127JUD005783709, par. 43-47 (*Soytemiz/Turkije*).

67. EHRM (Grote Kamer) 22 oktober 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1020JUD002570311, par. 78-79 (*Dvorski/Kroatië*).

68. HR 12 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:341.

69. Conclusie A-G J. Silvis, ECLI:NL:PHR:2017:594, punt 80, bij HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1233, *NbSr* 2017/298, m.nt. G.P.C. Janssen.

70. Zie de wetsgeschiedenis van art. 28d Sv, *Kamerstukken II* 2014/15, 34157, 3, p. 43-44.

71. Zie Rb. Roermond 22 juni 2012,

ECLI:NL:RBROE:2012:BW9307: 'De rechtbank vindt het opvallend dat verdachte bij de politie pas in een laat stadium verklaart dat hij zich heeft moeten verdedigen.' Zie ook bijv. Rb. Noord-Holland 27 februari 2018, ECLI:NL:RBNO:2018:1560: 'Zoals uit het voorgaande blijkt wordt de verklaring van verdachte, inhoudende dat aangever een vuurwapen trok, op essentiële onderdelen door andere bewijsmiddelen in het dossier ondersteund. Verdachte heeft daarnaast van meet af aan consistent en gelijkkluidend over het conflict verklaard [mijn cursivering, JSN].'

72. EHRM 4 september 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0904JUD002833807

(*Ömer Güner/Turkije*).

73. EHRM 1 mei 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0201JUD002390903 (*Desde/Turkije*).

74. HR 7 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2740, *NJ* 2011/375, m.nt. T.M. Schalken, onder verwijzing naar HR 30 maart 2004,

ECLI:NL:HR:2004:AM2533, *NJ* 2004/376, m.nt. Y. Buruma.

75. Zie in het kader van Modernisering Wetboek van Strafvordering het Discussiestuk 'Wraking en verschoning van rechters'. Veel wordt in het algemeen verwezen naar twee onderzoeken, te weten I. Giesen e.a., *De wrakingsprocedure. Een rechtsvergelij-*

kend onderzoek naar de mogelijkheden tot herziening van de Nederlandse wrakingsprocedure, Den Haag: Sdu 2012 en W. van Rossum, J. Tigchelaar & P. Ippel, 'Wraking bottom-up. Een empirisch onderzoek', Raad voor de rechtspraak *Research Memoranda* 2012/6, afl. 8. Zie ook V. Boelhouwers & J.S. Nan, 'Wraking 2.0', *NJB* 2016/685.

76. Met conclusie P-G J. Silvis, ECLI:NL:PHR:2018:736.

77. Zie voor verschoning art. 517-518 Sv.

78. Zie bijv. EHRM 22 oktober 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0722JUD002136904, par. 60-72 (*Gomez de Liano y Botella/ Spanje*).

In schoonheid stierf het verzoek van advocaat Willem Jebbink om de gehele strafkamer van de Hoge Raad te wraken

van de Hoge Raad niet alleen geldt voor een officieel wrakingsverzoek, maar ook als hierop anderszins een beroep wordt gedaan zoals hiervoor vermeld.

De tweede zaak, HR 25 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1770, *NJB* 2018/1832,⁷⁹ zag op de vraag in hoeverre een andere rechter betrokken moet worden bij het afhandelen van een wrakingsverzoek. Moet altijd een wrakingskamer bijeengeroepen worden? Aben vroeg zich onder meer af of ook de wrakingskamer kon worden gewraakt en of zij een eerste tegen haar gericht wrakingsverzoek buiten behandeling mag laten in geval van misbruik. De Hoge Raad geeft na een bespreking van EHRM-rechtspraak, aan wat valt onder het behandelen van een zaak als bedoeld in artikel 512 Sv. Dat is elke rechterlijke bemoeienis met een zaak, van welke aard en omvang dan ook. Daaronder is volgens hem begrepen de behandeling door de wrakingskamer van een wrakingsverzoek, zodat enerzijds 'ook de leden van een wrakingskamer kunnen worden gewraakt'. De wrakingsrechter behoort in beginsel niet zijn eigen wrakingsverzoek te beoordelen, zie immers ook artikel 515 lid 1 Sv. Toch wil de Hoge Raad anderzijds paal en perk stellen aan een keten van elkaar opvolgende wrakingen en de bijbehorende vertraging ('ongerechtvaardigd oponthoud'), in geval van evident misbruik. Daarom mag de wrakingskamer een niet gemotiveerd verzoek, zonder zitting buiten behandeling laten van de Hoge Raad, omdat zonder de wettelijk verplichte motivering (zie artikel 513 lid 2 Sv), geen sprake is van een wrakingsverzoek ex artikel 512 Sv. Datzelfde geldt als duidelijk is dat een verzoek tot wraking wordt gebruikt voor de verkeerde redenen (*detournement de pouvoir*), ook als het gaat om een eerste wrakingsverzoek. Bij evident misbruik kan het verzoek dus ook verkort worden afgedaan door de wrakingskamer, door het buiten behandeling te laten. Betreft het apert ongefundeerde verzoek de wrakingskamer zelf, dan mag zij op haar beurt wél beslissen dat geen andere wrakingskamer hoeft te worden ingesteld. Ik heb daar begrip voor. Anders kan de querulant tot in lengte van dagen blijven wraken, met alle aanhoudingen van de zaak van dien. En de Hoge Raad biedt een oplossing voor de situatie dat een behandeling van een wrakingsverzoek ten onrechte achterwege is gebleven. In hogere instantie kan de beweerdelijke vooringenomenheid immers, zo blijkt ook uit de eerste zaak, opnieuw aan de orde worden gesteld en mogelijkere wijs leiden tot terugwijzing. Wordt dus te snel overgegaan tot het oordeel misbruik, dan is dat door het aanwenden van een rechtsmiddel nog reparabel. Het EHRM meent ook dat het gebrek aan (gepercipieerde) onpartijdigheid eventueel zo kan worden hersteld.⁸⁰

Tot slot: in schoonheid stierf het verzoek van advocaat Willem Jebbink om de gehele strafkamer van de Hoge Raad te wraken.⁸¹ Hij had er namens zijn cliënte bezwaar tegen dat de zogeheten 'reservisten' zouden deelnemen aan de beraadslaging in de zaak van zijn cliënte. Reservisten zijn de raadsheren van de strafkamer van de Hoge

Raad die niet het arrest wijzen (dus niet in de zetel zitten), maar vanwege de rechtseenheid wel (kunnen) meepraten in de raadkamer. Eerder had Ulli Jessurun d'Oliveira hiermee ook al problemen en deed zelfs – tevergeefs – aangifte wegens schending van de geheimhoudingsplicht.⁸² De wrakingskamer van de Hoge Raad meende dat ook in het licht van artikel 6 EVRM er geen probleem is om de overige raadsheren te laten meepraten over zaken. Nu in concreto ook geen feiten of omstandigheden naar voren waren gebracht inzake de vooringenomenheid van alle betrokken raadsheren, werd het wrakingsverzoek afgewezen. De Hoge Raad verwierp inmiddels ook het cassatieberoep zelf.⁸³

Aanhoudingsverzoeken

In strafzaken wordt aan de lopende band en om allerlei redenen om aanhouding van de zaak verzocht. Dienaangaande heeft de rechtspraak een protocol opgesteld, maar dat is niet zaligmakend gebleken. Bij de Hoge Raad gaan geregeld zaken terug naar het hof, omdat hetzij niet (ter zitting) op het verzoek is beslist of omdat de veelal voorgescreven belangenafweging niet of niet begrijpelijk wordt gemaakt. Op 16 oktober 2018 heeft de Hoge Raad een overzichtsarrest gewezen over aanhoudingsverzoeken.⁸⁴ De Hoge Raad schrijft voor dat de feitenrechter zich eerst een oordeel vormt over de reden die aan het aanhoudingsverzoek ten grondslag ligt en de onderbouwing hiervan in het licht van de omstandigheden van het geval. Zo nodig geeft hij de verdediging de mogelijkheid het verzoek met (nadere) stukken te onderbouwen. Vervolgens kan het twee kanten opgaan.⁸⁵ Als de omstandigheid waarop het verzoek is gebaseerd, volgens de feitenrechter niet aannemelijk is (al of niet omdat de onderbouwing hem gebrekkig voorkomt), dan kan hij het verzoek op die grond afwijzen.⁸⁶ Wordt overigens in het geheel geen reden opgegeven voor aanhouding, dan kan dat reden zijn het verzoek af te wijzen, zo heeft de Hoge Raad hierna nog aangegeven.⁸⁷ Meent de feitenrechter dat de reden die voor het aanhoudingsverzoek wordt opgegeven klopt – dus wél aannemelijk is – (of gaat hij daarvan veronderstellenderwijs c.q. gemakshalve uit), dan is de al bekende belangenafweging van HR 26 januari 1999, *NJ* 1999/294 voorgeschreven. De feitenrechter komt dan toe aan een beoordeling van de daadwerkelijke verhindering van de verdachte en dient:

'een afweging te maken tussen alle bij aanhouding van het onderzoek ter terechtzitting betrokken belangen. Het gaat daarbij om het belang van de verdachte bij het kunnen uitoefenen van zijn in art. 6, derde lid onder c, EVRM gewaarborgde aanwezigheidsrecht – waaronder het recht om zich in zijn afwezigheid ter terechtzitting door een daartoe uitdrukkelijk gemachtigde raadsman te doen verdedigen – en, kort gezegd, het belang dat niet alleen de verdachte maar ook de samenleving heeft bij een doeltreffende en spoedige berechting.'

Daarbij geldt dat de opgegeven reden voor verhindering zichtbaar in de afweging moet worden betrokken, wil de rechter tot een afwijzing van het verzoek kunnen komen. Die afweging kan de Hoge Raad slechts op begrijpelijkheid beoordelen. Hij kan immers niet bepalen of het verzoek terecht is afgewezen. Opgemerkt moet worden dat verhindering wegens ziekte voor de Hoge Raad een bijzonder geval is. In beginsel dient de rechter de zaak dan aan te houden om de verdachte in de gelegenheid te stellen van zijn aanwezigheidsrecht gebruik te maken. Maar het belang van een behoorlijke strafvordering – inclusief een berechting binnen een redelijke termijn – kan niettemin maken dat de zaak alsnog behandeld wordt in afwezigheid van de verdachte. Ook verhindering van de (voorkeurs)raadsman kan een goede reden zijn de zaak aan te houden, merk ik met annotator Van Oort nog maar eens op. De verdachte kan, uitzonderingen daargelaten, immers aanspraak maken op bijstand door de raadsman van zijn keuze.⁸⁸ De tijd zal het leren of met name de hoven hun leven beteren op dit punt. Oudere zaken sneuvelen namelijk nog altijd met enige regelmaat.⁸⁹ Dodelijk is het in ieder geval als de feitenrechter in het geheel geen beslissing op het verzoek heeft genomen.⁹⁰

4. Slot

Met name uit de rubriek rechtspraak komt naar voren dat naar een eerlijk proces holistisch moet worden gekeken. Heeft de verdachte, alles overziende, een eerlijke kans gehad, ondanks het gegeven dat hij bijvoorbeeld een bepaalde (belastende) getuige niet ten overstaande

Naar een eerlijk proces moet holistisch worden gekeken

van de (zittings)rechter heeft kunnen ondervragen of zijn eigen verklaring tegen hem wordt gebruikt, terwijl hij bij het afleggen daarvan – al of niet met een goede reden – niet werd bijgestaan door een raadsman? Het mag duidelijk zijn dat met een insteek, waarbij het gehele proces in ogenschouw wordt genomen, de beoordeling achteraf allesomvattend te noemen is. Maar voor de praktijk wordt het er zo niet makkelijker op. Lopende het voorbereidend onderzoek, het onderzoek ter terechtzitting en bij het aanwenden van en beslissen op rechtsmiddelen wil een totaaloverzicht nog wel eens ontbreken. Een vooruitziende blik lijkt soms nodig om in te schatten welke bescherming en ruimte in concreto aan de verdachte moeten worden geboden. En vooral Straatsburg kan in het ene geval net weer op andere aspecten de nadruk leggen dan in het andere, soms zelfs in weerwil van de standaarduitspraken van de Grote Kamer. Duidelijk is in ieder geval wel dat een uitgebreide motivering door de rechter van zijn handelingen en beslissingen al een hoop zal schelen om (eerst) de Hoge Raad en (daarna) het EHRM ervan te overtuigen dat de verdediging tot haar recht is gekomen. Maar iedereen in toga doet er in dit verband goed aan een glazen bol te bemachtigen. ●

79. Met conclusie A-G D.J.C. Aben, ECLI:NL:PHR:2018:512 en 783 (over wrakingsjurisprudentie van 's lands hoogste bestuursrechtshouders).

80. Vlg. EHRM 15 december 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:1215JUD007379701, par. 134 (*Kyprianou/Cyprus*).

81. HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2397. Zie eerder 'Advocaat vraakt alle strafrechtshouders van de Hoge Raad. Invloed van niet aangewezen "reserverechtshouders" schaadt onpartijdigheid

hoogste rechter en het recht van wederhoor', *NJB* 2018/1805, afl. 33, p. 2507

82. Zie uitgebreid over de regelgeving en over het standpunt van Jessurun d'Oliveira, procureur-generaal J. Silvis in diens conclusie voor de zaak, ECLI:NL:PHR:2018:1269.

83. HR 8 januari 2019,

ECLI:NL:HR:2019:16.

84. HR 16 oktober 2018,

ECLI:NL:HR:2018:1934, *NbSr* 2018/382, m.nt. C. van Oort.

85. Zie hierover ook de conclusie van

advocaat-generaal E.J. Hofstee, ECLI:NL:PHR:2019:206, onder verwijzing naar de conclusies van G. Knigge (ECLI:NL:PHR:2018:1313) en P.C. Vegter (ECLI:NL:PHR:2018:1465).

86. Zie ook HR 29 januari 2019,

ECLI:NL:HR:2019:131.

87. HR 22 januari 2019,

ECLI:NL:HR:2019:90, *NJ* 2019/66.

88. Zie art. 6 lid 3 onder c EVRM en EHRM (Grote Kamer) 22 oktober 2015, ECLI:CE:CHR:2015:1020JUD002570311, par. 78

e.v. (*Dvorski/Kroatië*).

89. HR 30 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:2020; HR 13 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2099; en HR 4 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2229, *NJ* 2019/9.

90. Zie recent nog HR 16 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1955; HR 16 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1956; en HR 16 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1957.