

Aan de slag



# Aan de slag

*Liber amicorum Gerard Hamer*

*Onder redactie van:*

P.P.J. van der Meij  
S.L.J. Janssen  
R. Malewicz  
A.M. Timorason

*Met bijdragen van:*

F.F. Aarts	R. Malewicz
E.E.M. Bezem	P.P.J. van der Meij
C.J.M. den Blanken	M. van Meurs
M. Bouwman	B.E.P. Myjer
S. Burmeister	M. Nieuwendijk
A.C. Diesfeldt	S. Pijl
J.G.L. Dorrestein	B.J. Polman
A.A. Franken	I. Raterman
C. Grijsen	Th.A. de Roos
N. Groen	S. Röttscheid
B.A.M. Hampsink	M.P.K. Ruperti
S.M. Hof	M.M.R. Slaghekke
S.L.J. Janssen	A.J. Sprey
D.N. de Jonge	S. Thelosen
M.J. Jongste	A.M. Timorason
W.R. Jonk	P.T. Verweijen
G.J.M. Kruizinga	M. van der Weide
R. van Leusden	

Sdu

2018

Sdu, Den Haag  
Omslagontwerp: Villa Y, Den Haag  
Vormgeving: Imago Mediabuilders, Amersfoort  
ISBN: 978 901240 3221

© Sdu Uitgevers bv, Den Haag, 2018

Sdu Uitgevers  
Postbus 20025, 2500 EA Den Haag, tel. (070) 378 99 11

Nadere informatie over de uitgaven van Sdu Uitgevers vindt u op [www.sdu.nl](http://www.sdu.nl).

Alle rechten voorbehouden. Alle auteursrechten en databankrechten ten aanzien van deze uitgave worden uitdrukkelijk voorbehouden. Deze rechten berusten bij Sdu Uitgevers bv.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden veeleenvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische veeleenvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16 h Auteurswet, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet) dient men zich te wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.stichting-pro.nl](http://www.stichting-pro.nl)). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich te wenden tot de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid voor de gevolgen van eventueel voorkomende fouten en onvolledigheden. Vanwege de aard van de uitgave, gaat Sdu uit van een zakelijke overeenkomst; deze overeenkomst valt onder het algemene verbintenissenrecht.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the publisher's prior consent.

While every effort has been made to ensure the reliability of the information presented in this publication, Sdu Uitgevers neither guarantees the accuracy of the data contained herein nor accepts responsibility for errors or omissions or their consequences.

# Voorwoord

Op 29 december van dit jaar is het precies tien jaar geleden dat Gerard Hamer, onderweg naar huis, midden in Amsterdam, van zijn brakke racefiets viel en vrijwel direct overleed aan een hartstilstand. Zijn dood ging als een schok door de stad en sloeg op het kantoor dat zijn naam droeg en nog altijd draagt in als een bom. Na het vertrek van Huub Cleerdin naar de rechterlijke macht was Gerard niet alleen de enige overgebleven naamgever, maar hij was vooral de drijvende kracht achter ons kantoor, al liet hij op organisatorisch vlak de meeste werkzaamheden (gelukkig) al enige jaren over aan andere maten, in het bijzonder aan Roger Jansen. Voor de strafsectie was hij echter onverminderd de man aan het roer: hij was degene die naam had gemaakt en een grote hoeveelheid zaken aantrok, hij was degene die onvermoeibaar wilde vechten voor verdachten die hij zelfs in de meest heftige strafzaken bleef beschouwen als de ‘underdog’, hij was degene die bleef hameren op kwaliteitsverbetering en verdieping bij zijn advocaten met als doel en resultaat een strafsectie die tot de top van de Nederlandse strafadvocatuur mag worden gerekend. Toen hij zo plotseling kwam te overlijden werd dan ook, zowel extern als intern, getwijfeld of het kantoor die klap te boven zou komen.

Tien jaar later kunnen we constateren dat die twijfels al geruime tijd zijn weggenomen. Met vestigingen in Amsterdam, Alkmaar, Almere en Rotterdam leeft de naam van Gerard voort en wordt de wijze waarop hij vond dat advocaten rechtsbijstand dienen te leveren in zijn nagedachtenis voortgezet. De strafsectie is nog altijd één van de grootste van Nederland en levert bevlogen bijstand aan zowel verdachten in de allerkleinste zaken als in grote spraakmakende strafprocessen. Daarnaast wordt op andere rechtsgebieden zoals het personen- en familierecht, het arbeidsrecht, het ondernemingsrecht, het bestuursrecht en het vreemdelingenrecht elke dag weer geprobeerd de individuele cliënt de best mogelijke ondersteuning te geven in een voor die cliënt zonder uitzondering moeilijke en soms zelfs bijna ondragelijke situatie. De verdieping staat nog altijd hoog in het vaandel: er worden vaak bijdragen geschreven in wetenschappelijke vakbladen en in de reguliere media, advocaten mengen zich in het publieke en politieke debat en een aantal van hen is gepromoveerd aan Nederlandse universiteiten. Met het naar hem vernoemde onderwijsinstituut beschikt het kantoor bovendien over een goed aangeschreven onderwijsinstelling die vele advocaten van binnen en buiten kantoor op haar cursussen mag verwelkomen en waar veel van de advocaten van kantoor zelf als docent optreden. Gerard zou apetrots zijn.

De meeste bijdragen in dit Liber zijn geschreven door de advocaten die anno 2018 op ons kantoor werkzaam zijn bij de diverse secties. Een aantal oudgedienden heeft Gerard in persoon gekend, de jongere generatie kent vooral de kleurrijke verhalen over Gerard. Alle advocaten van ons kantoor die aan de bundel hebben bijgedragen, hebben daarmee in elk geval laten zien dat de erfenis van Gerard in goede handen is: de inhoud staat voorop. Uiteraard hebben we ook oud-kantoorgenoten en vakgenoten van Gerard benaderd om een bijdrage te leveren, maar de termijn waarop de bijdragen dienden te worden gerealiseerd en de drukte op het werk boden voor hen niet altijd genoeg ruimte. We zijn daarom zeer verheugd dat Stijn Franken, Egbert Myjer, Theo de Roos en Michael Ruperti bereid en in staat zijn geweest te helpen met de herinnering aan Gerard levend te houden. Wij danken alle auteurs voor de waardevolle bijdragen en de mooie bundel.

Net als alle andere advocatenkantoren die zich hoofdzakelijk bezighouden met de sociale advocatuur gaan de politieke ontwikkelingen die zich in diezelfde tien jaren hebben afgespeeld bepaald niet ongemerkt aan ons kantoor voorbij. De toenemende mate waarin de overheid de rechtsbescherming van haar burgers onder druk heeft gezet terwijl diezelfde overheid door veranderingen in wetgeving en de inzet van diens bijna onbeperkte middelen de samenleving in toenemende mate heeft gejuridiseerd, raakt aan wat Gerard als de kern van de advocatuur zag: het beschermen van die burger tegen die overheid en het beteugelen van de overheidsmacht die kan en uiteindelijk ook altijd wordt ingezet. De bezuinigingen op de gefinancierde rechtsbijstand en het uitkleden van de rechtsbescherming van burgers in het algemeen zou hem grote zorgen hebben gebaard en zonder enige twijfel tot menige woede-uitbarsting hebben gebracht.

Wij delen die zorgen en koesteren die gecontroleerde en professionele woede door zowel in de rechtszaal als daarbuiten te blijven strijden voor evenwicht tussen de procespartijen, op elk rechtsterrein, zonder welke geen adequate rechtsbescherming en uiteindelijk geen rechtsstaat kan bestaan. Aan de slag, zoals hij bij wijze van aansporing maar toch vooral ter beëindiging van een wat hem betreft te lang durend gesprek altijd zei.

Dit Liber staat in het teken van dat voornemen, maar vooral in het teken van Gerard Hamer, die met al zijn creativiteit, vechtlust, empathie en onhebbelijkheden zo'n verpletterende indruk heeft weten te maken op zo ongelofelijk veel mensen. Een boek met wetenschappelijke bijdragen in zijn naam: hij zou er wat schamper over doen, maar wat zou hij het mooi vinden.

De redactie

Patrick van der Meij  
Sander Janssen  
Robert Malewicz  
Aimée Timorason

# Inhoud

Voorwoord / 5

Het venijn zit hem in de staart: wel een Generaal Pardon, maar geen Nederlandse nationaliteit / 9

*E.E.M. Bezem*

“Vraag dat maar aan uw client!” over het recht op informatie over de verdenking / 19

*C.J.M. den Blanken*

Het huidige schikkingsklimaat: houdbaar of niet? / 27

*M. Bouwman & S. Pijl*

‘Een praktische kijk op de nieuwe gedragsregels’ / 33

*S. Burmeister & A.M. Timorason*

Knelpunten rondom de vordering van de benadeelde partij in het strafproces / 39

*A.C. Diesfeldt & A.J. Sprey*

Twaalf ambachten, dertien ongelukken: werkgeversaansprakelijkheid bij arbeidsongevallen / 55

*J.G.L. Dorrestein, B.A.M. Hampsink & M.J. Jongste*

Over de niet onwaarschijnlijke mogelijkheid die als een aanmerkelijke kans wordt aangemerkt / 69

*A.A. Franken*

Gerards rariteitenkabinet: een verzameling van buitenwettelijke verschijnselen in de strafrechtelijke cassatieprocedure / 77

*C. Grijsen*

Juridisch meerouderschap: vier handen op één buik of is twee genoeg? / 93

*N. Groen*

‘Een getuige is ook echt maar één getuige’ / 101

*S.M. Hof*

‘Let’s get the bastards’: Gerard Hamer vs. Nederland / 111

*S.L.J. Janssen*

Verdedigen in tijden van digitale bewijsvoering / 125

*D.N. de Jonge*

De (on)zin van de gelijkschakeling tussen het ‘in vereniging’ plegen van geweld en medeplegen / 155

*G.J.M. Kruizinga*

De verklaring van horen zeggen / 163  
*R. van Leusden & B.J. Polman*

De ijdelheid van wraken en het wraken van ijdelheid / 171  
*P.P.J. van der Meij*

Partneralimentatie, levensverzekering of toch niet? / 185  
*M. van Meurs & M. Nieuwendijk*

Straatsburgse Myj/meringen: afscheid en iets nieuws / 197  
*B.E.P. Myjer*

Barrières voor de opgeëiste persoon binnen de strafrechtelijke Europese rechtsruimte / 209  
*B.J. Polman, R. Malewicz & W.R. Jonk*

‘Nee heb je, ja kun je krijgen’ / 219  
*I. Raterman & M.M.R. Slaghekke*

Gerard, Marx en de houtdiefstallen in het Rijnland / 235  
*Th.A. de Roos*

Ontslag om wat strafrechtelijk niet mag / 239  
*S. Röttscheid*

Het militair (straf)recht in een notendop en de bijzondere en kwetsbare positie van een militaire verdachte / 249  
*M.P.K. Ruperti & F.F. Aarts*

Vreemdelingenbewaring onder de loep / 255  
*S. Thelosen*

Het strafproces als rouwbijeenkomst: is de weegschaal van Vrouwe Justitia nog wel in balans? / 265  
*P.T. Verweijen*

Cd van jou, cd van mij... of onder het nieuwe huwelijksvermogensrecht toch nog van ons allebei? / 277  
*M. van der Weide*



# Het venijn zit hem in de staart: wel een Generaal Pardon, maar geen Nederlandse nationaliteit

E.E.M. BEZEM<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Hoewel de politiek het wel eens lijkt te negeren, is het al eeuwen een gegeven dat migratie eigen is aan de mens. Toch is de Vreemdelingenwet in zijn huidige vorm in Nederland nog niet zo oud: de datum van inwerkingtreding van de Vreemdelingenwet 2000 is 1 april 2001.

In deze bijdrage focus ik mij op een bijzondere groep, die als gevolg van de invoering van deze Vreemdelingenwet vielen onder het, uit 2007, in de volksmond genoemde ‘Generaal Pardon’. Deze groep wordt ook wel de ‘pardonners’ genoemd, dat wil zeggen: elke vreemdeling die een verblijfsvergunning heeft gekregen onder het Generaal Pardon omdat hij vóór de inwerkingtreding van de Vreemdelingenwet asiel had aangevraagd.

De afgelopen jaren is steeds meer commotie ontstaan rondom de naturalisatie, namelijk het verkrijgen van de Nederlandse nationaliteit van deze specifieke groep ‘pardonners’. Ik zal in dit artikel de achtergrond van het Generaal Pardon uiteenzetten, uitleggen wat precies de pijnpunten zijn en aanbevelingen doen voor een redelijker, humaner beleid.

## 2. Achtergrond Ranov

Begin jaren 2000 bleek er een probleem te zijn met de invoering van de Vreemdelingenwet 2000. Er was een groep asielzoekers in procedure die de asielaanvraag vóór 1 april 2001 hadden ingediend en waarvan de verwachting was dat het nog jaren kon duren vooraleer hun procedures werden afgerond.

Deze omstandigheden hebben in het begin van de jaren 2000 geleid tot veel politieke commotie. Dat had onder andere te maken met de Schipholbrand en het concept vreemdelingenbewaring, zoals het in die tijd bestond: dus de aanpak om asielzoekers op te sluiten onder één dak met criminelen. Door de Schipholbrand werd ineens voor heel Nederland bekend hoe de overheid omging met asielzoekers en illegalen. Omdat de asielprocedures zoveel tijd in beslag namen verbleven zij soms maanden in cellen die niet geschikt waren om mensen lang vast te houden.

Uiteindelijk heeft de Tweede Kamer ingestemd met een door het vierde kabinet-Balkenende voorgestelde Generaal Pardon, namelijk de Regeling Afwikkeling Nalatenschap Oude Vreemdelingenwet (hierna: Ranov). Deze regeling was bestemd voor de groep asielzoekers die nog in de asielprocedure zaten van vóór de invoering van de Vreemdelingenwet 2000. Het ging vooral om mensen die al langere tijd in Nederland verbleven, vaak met kinderen. Het idee was om weer met een schone lei te beginnen door deze groep allemaal een verblijfstatus te geven.

---

<sup>1</sup> Eva Bezem is vreemdelingenrecht- en nationaliteitsrecht advocaat bij Cleerdin & Hamer Advocaten.

Op 15 juni 2007 heeft de Immigratie- en Naturalisatiedienst (hierna: IND) besloten om aan een groep van ongeveer 27.000 asielzoekers ambtshalve een reguliere verblijfsvergunning toe te kennen.

### 3. **Verschil regulier en asiel**

Een reguliere verblijfsvergunning is geen asielvergunning. Regulier vreemdelingenrecht is namelijk alles in het vreemdelingenrecht dat niet met asiel heeft te maken. Dat heet in het jargon de ‘waterscheiding’.

De IND heeft dus nooit erkend dat deze groep een asielstatus zou moeten krijgen. Sterker nog, zij hebben allen hun lopende asielprocedures in moeten trekken om de pardonvergunning te bemachtigen. Dat is van belang omdat voor vreemdelingen met een asielvergunning er andere regels gelden dan voor vreemdelingen met een reguliere verblijfsvergunning. Van asielgerechtigden, dat wil zeggen asielzoekers met een verblijfsvergunning, kunnen sommige dingen niet verwacht worden door de Nederlandse overheid.

Voor asielzoekers zal het bijvoorbeeld meestal moeilijk zijn om een paspoort van hun land van herkomst te laten zien aan de autoriteiten. Soms is het niet eens duidelijk welke nationaliteit zij hebben, of heeft de mensenhandelaar die hen naar Nederland heeft gebracht hen gedwongen om het paspoort te vernietigen. Simpelweg een nieuw paspoort aanvragen is vaak geen mogelijkheid: als er asielmotieven zijn dan zal de ambassade van het land waarvan de asielzoeker is gevlucht niet bereid zijn mee te helpen. Denk bijvoorbeeld aan een Iraniër die zich in de jaren '80 actief tegen Khomeini heeft uitgesproken en daarom heeft moeten vluchten. De kans is ongeveer nihil dat hij bij de Iraanse ambassade in Den Haag even zijn identiteitsdocumenten heeft kunnen regelen.

Een deel van de groep asielzoekers die een Generaal Pardon heeft gekregen was en is niet in het bezit van documenten die de identiteit en nationaliteit aantonen. Voor het verkrijgen van de pardonvergunning was dat geen hindernis: men hoefde dan slechts een eigen verklaring over de identiteit en nationaliteit in te dienen en dat was voldoende.

### 4. **Aanscherping voorwaarden naturalisatie na Generaal Pardon**

Hoewel de flexibele houding ten aanzien van het bewijs van identiteit en nationaliteit ten tijde van het Generaal Pardon juist in het voordeel van de vreemdeling leek te zijn, blijkt dat nu in het kader van een naturalisatieverzoek toch anders uit te werken. De pardonners hebben namelijk een reguliere verblijfsvergunning en daarom worden zij in principe niet ontheven van de verplichting om hun identiteit en nationaliteit aan de hand van een geboorteakte en paspoort aan te tonen.<sup>2</sup> De verplichting tot identiteitscontrole blijkt overigens niet uitdrukkelijk uit de vereisten van de artikelen 8 en 9 Rijkswet op het Nederlanderschap (RWN), maar uit de onderliggende regelgeving.

Per 1 mei 2009, slechts twee jaar na het Generaal Pardon, is de procedure voor naturalisatie aangescherpt middels het Tussentijds Bericht Nationaliteiten (TBN 2009/1). Ineens moest ook de vreemdeling die bij verkrijging van zijn verblijfsvergunning was vrijgesteld van het overleggen van een geldig paspoort van zijn land van herkomst, wel een paspoort en ge-

---

<sup>2</sup> Artikel 7 paragraaf 3.5.5 Handleiding op de Rijkswet voor het Nederlanderschap (HRWN).

boorteakte laten zien bij indiening van het naturalisatieverzoek.<sup>3</sup> Ik citeer uit de toelichting op het beleid:

*“De Nederlandse Staat heeft er alle belang bij dat de informatie op basis waarvan het Nederlandschap wordt verkregen – informatie die door de afwezigheid van verdere procedures niet meer zal worden geverifieerd – kloppend en eenduidig is. Bij de verkrijging van het Nederlandschap moet zoveel mogelijk zekerheid bestaan over de identiteit en nationaliteit van een betrokkene. Tussen het moment van verkrijging van de reguliere verblijfsvergunning waarbij vrijstelling van het paspoortvereiste gold en het verzoek om naturalisatie of optie kan een geruime periode bestaan waardoor het verlangen van een (geldig) paspoort en een (gelegaliseerde/van apostille voorziene) geboorteakte in de rede ligt.”*

De Minister van Justitie geeft dus als reden, voor de aanscherping, op dat de Nederlandse staat er alle belang bij heeft dat de informatie op basis waarvan het Nederlandschap wordt toegekend ‘kloppend en eenduidig’ is. Een logische vervolgvraag is dan waarom de minister een ander toetsingskader voor een verblijfsaanvraag zou toepassen dan voor een naturalisatieverzoek.

De minister beantwoordt deze vraag met de stelling dat gezien de ‘ruime periode’, (vijf jaar) tussen de verkrijging van een verblijfsvergunning en het verzoek om naturalisatie het redelijk is om een geboorteakte en paspoort te verlangen van de naturalisandus. Deze uitleg is weinig bevredigend: het loutere tijdsverloop maakt immers nog niet dat een pardonner ineens uit zijn geboorteland identificerende documenten kan toveren. Vaak is het land van herkomst nog in oorlog, of is in ieder geval de situatie onveranderd wat betreft de toegang van de naturalisandus tot de registers van de burgerlijke stand.

Hierbij is van cruciaal belang dat, hoewel nooit een asielstatus is toegekend aan de pardonner, deze in veel gevallen wel is gevlucht uit zijn land van herkomst om asielgerelateerde motieven. Ook hier vormt weer de Iraniër die zich tegen Khomeini heeft uitgesproken een mooi voorbeeld: nog steeds is Iran een islamitische republiek met Khamenei als religieuze leider en opvolger van Khomeini. De Iraniër zou in principe dus nog steeds een risico op schending van artikel 3 EVRM lopen indien hij terug zou keren naar Iran om daar de registers van de burgerlijke stand na te gaan. Het tijdsverloop doet niet ter zake.

Verder is het opmerkelijk dat de minister een dusdanige waarde toedient aan het aantonen van de nationaliteit van de naturalisandus middels een paspoort. Immers is een voorwaarde voor verkrijging van de Nederlandse nationaliteit nu juist dat de genaturaliseerde na verkrijging van het Nederlandschap afstand doet van zijn oorspronkelijke nationaliteit. Met andere woorden: de oorspronkelijke nationaliteit zal hij sowieso verliezen. Het doel van de RWN lijkt zoek in deze redenering. Al hangt het af van de oorspronkelijke nationaliteit of de genaturaliseerde er überhaupt afstand van kan doen. Zo is het bijvoorbeeld naar Marokkaans recht vrijwel onmogelijk om de Marokkaanse nationaliteit op te geven.

## 5. **Bewijsnood in theorie**

Vanaf juni 2012, vijf jaar na verkrijging van de status onder het Generaal Pardon, kon de groep pardonners een naturalisatieverzoek indienen. Zij stuitten echter op het probleem dat

---

<sup>3</sup> Tenzij de naturalisandus als ‘staatloos’ is opgenomen in de gemeentelijke basisadministratie, maar dit komt zelden voor.

zij geen identificerende documenten konden overleggen wegens de aanscherping van 2009. In totaal is slechts een derde van de pardonners de afgelopen jaren genaturaliseerd. Uit een rapport van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) blijkt dat de wens om te naturaliseren erg hoog is bij pardonners, maar dat een groot deel nog geen verzoek heeft ingediend, omdat zij belemmeringen ervaren bij het verzamelen van de juiste documenten uit het land van herkomst.<sup>4</sup>

Onder de huidige Handleiding Rijkswet op het Nederlanderschap 2003 (HRWN) worden alleen asielgerechtigden vrijgesteld van het overleggen van identiteitsdocumenten (artikel 7, paragraaf 3.5.1 HRWN). De reden daarvoor is dat de asielgerechtigden in principe niet naar de overheid van hun land van herkomst verwezen mogen worden voor het overleggen van bewijsstukken ter onderbouwing van de identiteit of nationaliteit. Overigens is het niet per definitie zo dat een asielzoeker geen paspoort heeft, maar het komt wel vaak voor.

In theorie bestaat onder de HRWN de mogelijkheid om af te wijken van de hoofdregel dat de naturalisandus verplicht is om bij het indienen van het verzoek hun identiteit en nationaliteit aan te tonen. Er kan worden afgeweken indien sprake is van bewijsnood of indien in het individuele geval het onevenredig zou zijn om niet af te wijken van de hoofdregel op grond van artikel 4:84 Awb.

Bewijsnood houdt in dat de naturalisandus overtuigend kan aantonen dat hij niet in het bezit gesteld kan worden van een geldig paspoort of een geboorteakte. Dat kan met een verklaring van de autoriteiten van zijn land van herkomst waarin gemotiveerd wordt aangegeven waarom (in dit individuele geval) de naturalisandus niet aan de vereiste documenten kan komen. Als een dergelijke verklaring niet mogelijk is, dient de naturalisandus via andere bewijsstukken aan te tonen dat hij alles heeft gedaan om aan die documenten te komen.

Daarnaast wordt bewijsnood automatisch aangenomen bij een beperkt aantal bijzondere groepen zoals staatlozen, nationaliteiten waarvan bekend is dat geen geboorteakte in het land van herkomst wordt opgemaakt, of als het bijvoorbeeld duidelijk blijkt uit het ambtsbericht van het Ministerie van Buitenlandse Zaken dat de naturalisandus evident niet aan de documenten kan komen (artikel 7, paragraaf 3.5.5 HRWN).

## 6. **Bewijsnood in de praktijk**

In de praktijk blijkt het echter vaak quasi onmogelijk voor de pardonners om hun identiteit en nationaliteit aan te tonen. Vluchtelingenwerk kaartte dit probleem in 2014 al aan.<sup>5</sup> Later hebben ook andere instanties, zoals het WODC en de Nationale Ombudsman, deze problematiek aangehaald.<sup>6</sup>

De grootste problemen zijn: de ambassades in Nederland of de EU, die niet bereid zijn medewerking te verlenen, de (terechte) angst om überhaupt in contact te treden met de autoriteiten van het land van herkomst, praktische belemmeringen om zelf af te reizen naar het

4 WODC Rapport, Cahiers 2015/08: 'Niet-naturalisatie onder Ranov-vergunninghouders. Een onderzoek naar achtergrondkenmerken, motivatie en ervaren belemmeringen'; [https://www.wodc.nl/binaries/cahier-2015-8-volledige-tekst\\_tcm28-74146.pdf](https://www.wodc.nl/binaries/cahier-2015-8-volledige-tekst_tcm28-74146.pdf).

5 *Ik voel me Nederlander. Belemmeringen bij naturalisatie voor volwassenen en kinderen met een pardonvergunning*, Vluchtelingenwerk Nederland, Amsterdam 2014.

6 In noot is reeds verwezen naar het WODC-rapport; Nationale Ombudsman Rapport 2017/077 van 11 juli 2017: [https://www.nationaleombudsman.nl/system/files/onderzoek/Rapport%20Geen%20thuis%20zonder%20Nederlands%20paspoort\\_0.pdf](https://www.nationaleombudsman.nl/system/files/onderzoek/Rapport%20Geen%20thuis%20zonder%20Nederlands%20paspoort_0.pdf)

land van herkomst om de documenten aldaar op te halen omdat het niet realistisch is aan uitreisdocumenten te komen, de hindernissen om een betrouwbaar iemand in het land van herkomst aan te stellen die gemachtigd kan worden om namens de naturalisandus documenten op te vragen, het legaliseren van de documenten, de hoge kosten die gemoeid zijn met het gehele proces, misverstanden (vaak door vertaalfouten) uit het asielrelaas die door de IND tegen de naturalisandus worden gebruikt, onwaarheden die de naturalisandus ten tijde van het asielrelaas heeft verteld aan de IND uit angst voor het regime waarvoor hij is gevlucht<sup>7</sup>, etc.

Wat betreft de medewerking van de ambassades geldt dat het in het bijzonder problematisch is voor staatlozen of pardonners die in land A zijn geboren met de nationaliteit van land B. Een goed voorbeeld van deze laatste groep vormt de etnisch Armeens-Azerbeidzjanen. Voor deze groep bestaat sinds 3 december 2015 bijzonder beleid waarin de Minister van Veiligheid en Justitie een vrijstelling voor het overleggen van een geboorteakte uit Azerbeidzjan alsook van een Azerbeidzjaans paspoort.<sup>8</sup>

De redenering van de minister is dat etnisch Armenen uit Azerbeidzjan op gegronde redenen niet het (juridische) bezit van de Azerbeidzjaanse nationaliteit aan kunnen tonen omdat zij door de Azerbeidzjaanse autoriteiten niet worden erkend als zijnde etnisch Armeense Azerbeidzjanen. Het ironische aan dit beleid is echter dat het voor deze groep vreemdelingen vaak weer niet mogelijk is om aan te tonen dat zij etnisch Armeens Azerbeidzjaans zijn. Zo komen ze in de praktijk alsnog geen stap verder en lijkt het beleid een wassen neus.

Ook in het algemeen is het zo dat ambassades geen verklaringen op willen stellen die de IND voldoende zou achten om bewijsnood aan te nemen. Ook het verkrijgen van andere documenten blijkt vrijwel onuitvoerbaar. De vreemdeling dient dan toch stukken te verzamelen van de autoriteiten ter plekke, die opnieuw niet bereid zijn om mee te werken.

Teruggaan naar het land van herkomst is om logische redenen dus niet vanzelfsprekend. Het moge zo zijn dat de pardonners geen asielstatus hebben, maar dat neemt nog niet weg dat zij asielgerelateerde motieven hebben om weg te blijven uit hun land van herkomst. Simpelweg, de veiligheid van henzelf en hun familie staat op het spel. Vaak zijn er geen familie of vrienden meer die kunnen helpen, omdat deze allen zijn gevlucht, vermoord of verdwenen. Dan blijft alleen de optie van een machtiging over. In mijn praktijk blijkt dit ook een lastige: op afstand, na jaren verblijf in Nederland, is het moeilijk om een betrouwenswaardig persoon te vinden. Soms is het ook zo dat het land van herkomst weigert om de pardonner alsnog toe te staan: bijvoorbeeld in China is het onmogelijk om toegang tot het land te verkrijgen indien de vreemdeling ooit zonder geldig uitreisvisum het land heeft verlaten. Verder kunnen ook problemen spelen zoals de onvervulde dienstplicht in het land van herkomst.

Een ander probleem is dat indien de naturalisandus niet zijn identiteit of nationaliteit kan onderbouwen met objectieve documenten, de IND ook vraagtekens zal zetten bij de stelling

---

7 Het komt voor dat pardonners destijds tijdens het asielrelaas hebben gelogen over hun identiteit, dus bijvoorbeeld dat zij met opzet een verkeerde geboortedatum hebben doorgegeven, omdat zij bang waren dat de autoriteiten van hun land van herkomst hen anders alsnog op zouden kunnen sporen. IND Werkinstructie 2012/5 geeft de mogelijkheid tot identiteitsherstel in sommige gevallen, maar alleen als de pardonner nooit eerder een uitnodiging heeft gekregen om zijn identiteit te herstellen. De IND was dus al bekend met deze praktijken ten tijde van het generaal pardon.

8 WBN 2015/8; *Kamerstukken II* 2015-2016, 19637, nr. 2072.

dat de vreemdeling überhaupt wel uit dit land afkomstig is. Hoe toon je dan vervolgens aan dat je de nationaliteit hebt van een land, als het land niet bereid is om op enige wijze hiervan bewijs te overleggen? Een voorbeeld kan zijn een Eritreeër die in Ethiopië is opgegroeid. Hij stelt dat hij de Eritrese nationaliteit heeft via het actief nationaliteitsbeginsel, maar uit een taalanalyse blijkt dat hij het Tigrinya niet machtig is en het Amhaars wel. Moet hij zich dan ook tot de Ethiopische autoriteiten wenden, ook al heeft hij alleen de Eritrese nationaliteit?

De IND zal uitsluitend in zeer uitzonderlijke gevallen bewijsnood aannemen. Als aangenomen kan worden dat de registers van de burgerlijke stand niet bestaan of onvolledig zijn of als het land van herkomst zich evident in oorlog bevindt, zoals in Syrië, dan wordt bewijsnood aangenomen. In alle andere gevallen blijkt het haast niet mogelijk te zijn.

Uit dossieronderzoek van de Nationale Ombudsman blijkt dat in de meeste gevallen de pardonner wel aantoonbaar pogingen heeft gedaan om te naturaliseren, maar dat deze pogingen telkens onvoldoende bleken voor de IND.<sup>9</sup> Argumenten die worden aangehaald ten aanzien van de angst om zich te wenden tot de autoriteiten van het land van herkomst of terug te keren naar het land van herkomst, worden vaak niet gehonoreerd omdat geen sprake is van een asielvegunning.<sup>10</sup>

## 7. Jurisprudentielijn van de Afdeling

Inmiddels is er een lange, bestendige lijn van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) waarin telkens werd bevestigd dat de IND zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat geen sprake is van bewijsnood. De meest voorkomende nationaliteiten zijn allen wel een keer uitgeprocedeerd: China, Afghanistan, Irak, Sierra Leone, Guinee, Iran, Ethiopië, et cetera. Telkens werd de vreemdeling het ontbreken van de identiteitsdocumenten tegengeworpen.

Hoewel ik mij in dit artikel op het standpunt stel dat de toets van de IND ten aanzien van het aannemen van bewijsnood te strikt is, zie ik tegelijkertijd in de jurisprudentielijn dat de vreemdelingen regelmatig bepaalde stappen in de bestuurlijke voorfase laten liggen.

Zo heeft de Afdeling in een uitspraak van 31 mei 2017 zich op het standpunt gesteld dat het zonder resultaat bezoeken en aanschrijven van de Chinese ambassade en het hulp vragen aan familie in China onvoldoende is om bewijsnood aan te nemen.<sup>11</sup> In alle redelijkheid kan ik in dit geval de redenering van de Afdeling volgen: appellante had documenten overgelegd die ouder zijn dan de vereiste zes maanden en een verklaring van een kennis is uiteraard niet voldoende. Het had eerder op de weg van appellante gelegen om een professionele gemachtigde aan te stellen, bijvoorbeeld een advocaat, om op die manier de bewijsnood te onderbouwen. Er is overigens vast een goede verklaring te noemen in dit individuele geval om het niet te doen, bijvoorbeeld uit kostenoverwegingen, maar dit terzijde.

Uit een uitspraak van de Afdeling van 2 november 2016 blijkt dat appellante zich weliswaar heeft ingespannen om via een derde een geboorteakte op te vragen, maar zij heeft geen bewijzen overgelegd in de bestuurlijke voorfase van het aanschrijven van Iraakse advocaten

---

<sup>9</sup> P. 16 van het rapport de Nationale Ombudsman uit 2017, zoals genoemd in noot 6.

<sup>10</sup> *Idem*.

<sup>11</sup> RVS 31 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1421.

of de lokale autoriteiten.<sup>12</sup> Ook haar pogingen om derden te vinden die voor haar een geboorteakte kunnen verkrijgen heeft zij niet met documenten onderbouwd. Daarmee wil ik overigens niet miskennen hoe ingewikkeld het is om deze handelingen met documenten te onderbouwen. Een simpele verklaring is daarvoor niet voldoende. De verklaring moet gedetailleerd zijn op een manier dat een advocaat niet van zijn gemiddelde cliënt kan verwachten.

Toch zal in het ideale geval waarin de vreemdeling alle documenten overlegt die redelijkerwijs verwacht kunnen worden, maar niet de geboorteakte en het paspoort, regelmatig nog steeds geen bewijsnood aangenomen worden. Zoals een uitspraak van 8 oktober 2014 waarin de Afdeling heeft overwogen dat ondanks het feit dat appelland een geboorteakte heeft overgelegd en een verklaring van de ambassade dat hij een burger van Sierra Leone is, de Staatssecretaris zich toch op het standpunt mocht stellen dat hij van appelland mocht verlangen een paspoort te overleggen.<sup>13</sup> Dat appelland een geboorteakte heeft kunnen overleggen, is al bijzonder te noemen. Toch doet zowel de Staatssecretaris als de Afdeling daar niets mee.

Uit de vaste jurisprudentielijn van de Afdeling blijkt dat de reden voor deze strenge leer gelegen is in de ingrijpende rechtsgevolgen van het besluit, namelijk het toekennen van de nationaliteit van de Nederlandse staat. Daar mogen flinke eisen aan de bewijslast tegenover staan. De vrijstellingen onder de Ranov-regeling worden daarin niet als overweging genoemd. Dit roept vragen op over de bewijslast.

## 8. De bewijslast en het begrip ‘redelijkerwijs’

In beginsel ligt de bewijslast bij de aanvragen, conform artikel 4:2 lid 2 Awb, bij degene die het verzoek indient. De aanvrager moet de benodigde gegevens verstrekken waarover hij redelijkerwijs de beschikking kan krijgen. In artikel 31 van het Besluit Verkrijging en Verlies Nederlanderschap is deze algemene bepaling nader geconcretiseerd in combinatie met artikel 7, paragraaf 3.5 HRWN. In een noot bij de uitspraak van de Afdeling van 8 oktober 2014 stelt hoogleraar bestuursrecht Y.E. Schuurmans zich op het standpunt dat de factor bewijsnood op zichzelf geen invloed heeft op de bewijslastverdeling tussen de vreemdeling en de Staatssecretaris, al keert de bewijsnood wel terug in de uitleg van het begrip ‘redelijkerwijs’ uit artikel 4:2 lid 2 Awb.<sup>14</sup> Een belangrijke overweging is volgens Schuurmans: voor wie is het makkelijker om de ontbrekende documenten of informatie te verkrijgen?

Als de aanvrager concrete aanknopingspunten kan bieden dat vervolgonderzoek zinvol zou zijn, dan komt er een onderzoeksplicht bij de Staatssecretaris te liggen.<sup>15</sup> Indien het vervolgens ook voor het bestuursorgaan onmogelijk blijkt om de benodigde gegevens te verkrijgen, dan zou het op de weg van het bestuursorgaan liggen om de bewijslast te verlagen. Het is niet onredelijk om te stellen dat het ook voor de IND onmogelijk is om aan identiteitsdocumenten te komen uit de landen waar de meeste pardonners vandaan komen. Als gevolg daarvan zouden de bewijseisen moeten worden verlaagd.

Schuurmans benoemt in haar noot dat dit eerder een politieke dan een juridische afweging is. Wat dat betreft zal de vreemdeling in het huidige politieke klimaat vaak aan het kortste

---

12 RVS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2890.

13 RVS 8 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3639.

14 ABRvS 8 oktober 2014, 201401282/1/V6, *JV* 2015/4, m.nt. Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen*, Deventer: Kluwer 2005, p. 201-207.

15 Schuurmans verwijst in haar noot bijvoorbeeld naar CRvB 27 mei 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1900, *JWWB* 2014/181, *RSV* 2014/170 m.nt. Bruggeman & Van Hoof, «USZ» 2014/228.

eind trekken, nu het vreemdelingenrecht een continu politiek gevoelig gebied blijft. De angst dat bijvoorbeeld terroristen ook op deze manier met een onjuiste identiteit Nederlander zouden kunnen worden, is groot onder onze bevolking. Dat is bekend in politiek Den Haag. Het probleem met de bewijslast om bewijsnood aan te tonen is dat er in het beleid geen rekening wordt gehouden met de feitelijke toegankelijkheid van de vereiste documenten, bijvoorbeeld de verklaring van de ambassade.

Uit het rapport van de Nationale Ombudsman blijkt dat ook de gemeenten die het naturalisatieverzoek innemen het zinvol zouden vinden om meer nationaliteiten vrij te stellen van de verplichting om het paspoort en de geboorteakte te overleggen. Zij zien helder dat het in bepaalde landen zeer moeilijk tot onmogelijk is om de juiste documenten te verkrijgen: bijvoorbeeld de voormalige Sovjetrepublieken, Afghanistan en China.<sup>16</sup>

### 9. **De positie van minderjarigen en jongeren**

Naar aanleiding van het artikel van Marine, een negentienjarige Armeense die officier van justitie wilde worden, is de discussie begin dit jaar opnieuw opgelaaid.<sup>17</sup> Marine kan geen officier van justitie worden omdat daarvoor het hebben van de Nederlandse nationaliteit een vereiste is. Voor een volledig geïntegreerde, ambitieuze jonge vrouw is dit heel zuur. Zij mag niet stemmen, is beperkt in haar carrièrekeuze en altijd verplicht om visa en reisdocumenten aan te vragen voor alle buitenlandse reizen. Wat mij betreft vormt haar verhaal een goed voorbeeld van de pardonners die ik ook tegenkom in mijn praktijk bij Cleerdin & Hamer: het zijn vaak jonge, slimme mensen, die hebben gestudeerd en geen belasting vormen voor de openbare kas. Het zijn voorbeeldburgers die geen andere maatschappij kennen dan de Nederlandse.

De Nationale Ombudsman noemt ook specifiek in zijn rapport deze groep kinderen en jongvolwassenen en vraagt de Staatssecretaris om in het bijzonder aandacht te hebben voor deze groep.<sup>18</sup> Ingevolge artikel 3 Verdrag inzake de Rechten van het Kind zou de Staatssecretaris de belangen van het kind zelfstandig moeten wegen bij het naturalisatieverzoek. Van belang is het recht op onderwijs, ontwikkeling, participatie en het hebben van een identiteit en nationaliteit.<sup>19</sup> Tot dusver zijn deze overwegingen niet of onvoldoende terug te zien in de procedures. Wel is het beleid dat minderjarigen die in Nederland geboren zijn niet meer een paspoort uit het land van herkomst hoeven te overleggen mits zij tegelijkertijd met (een van de) ouders naturaliseren.

### 10. **Aanbevelingen**

Het beleid in zijn huidige vorm leidt er in de praktijk toe dat een te grote groep pardonners, die hun steentje bijdragen aan de Nederlandse maatschappij, worden buitengesloten van het verkrijgen van de Nederlandse nationaliteit. Ondanks de kritische rapporten van onder andere de Nationale Ombudsman, blijft het beleid te strikt voor deze groep. Dat leidt tot het überhaupt niet indienen van een naturalisatieverzoek, of, bij een kleiner deel van de groep, tot eindeloos procederen zonder het gewenste resultaat.

Rekeninghoudende met het feit dat het ook voor de Nederlandse overheid quasi onmogelijk zal zijn om de vereiste documenten te verkrijgen uit het land van herkomst, ligt het op de

---

<sup>16</sup> Rapport Nationale Ombudsman uit 2017 zoals genoemd in noot 5, p. 13.

<sup>17</sup> Trouw heeft een artikel over haar gepubliceerd: <https://www.trouw.nl/home/marine-19-wil-officier-van-justitie-worden-maar-waar-blijft-haar-paspoort~a2b6263d/>

<sup>18</sup> Rapport van de Nationale Ombudsman, zoals genoemd in noot 5, p. 21-22.

<sup>19</sup> *Ibid.*



weg van de overheid om de bewijseisen, met inachtneming van de redelijkheid conform artikel 4:2 Awb, te verlagen naar een haalbaar niveau voor de groep pardonners waar geen vrijstellingsgronden voor gelden. Daarnaast dient het beleid vooral verduidelijkt te worden: uit de HRWN, artikel 7 paragraaf 3.5.5.7-alg, blijkt niet meer dan een aantal vrijstellingsgronden voor zeer specifieke groepen. Nergens is uitgewerkt wat er precies wordt verwacht om bewijsnood aan te tonen anders dan dat het met ‘andere, objectieve en verifieerbare documenten’ moet worden aangetoond.

De Nationale Ombudsman heeft een voorzet gegeven: het rapport uit 2017 heeft in ieder geval losgemaakt dat de IND in een aantal zaken individueel onderzoek heeft gedaan en meer concreet heeft aangegeven welke informatie precies overgelegd dient te worden om bewijsnood aan te tonen. Wat ik heb waargenomen in mijn praktijk is dat het helpt als er in ieder geval of een geboorteakte of een paspoort beschikbaar is.

Ik zou de lijn doortrekken door in alle dossiers waarin de kwestie bewijsnood en pardonners speelt, van de IND te vereisen dat zij, na overleg met de naturalisandus (en eventueel zijn gemachtigde), een duidelijk kader scheppen van de stappen die van de naturalisandus binnen het redelijke worden verwacht om bewijsnood aan te tonen. Om het concreet te maken: indien de IND verwacht dat de naturalisandus een verklaring van de ambassade overlegt dan worden er ook duidelijke kaders geschept over wat de inhoud van deze brief precies zou moeten bevatten.

Ook op deze wijze zal het vaak nog steeds moeilijk, misschien zelfs wel onmogelijk, zijn om aan de vereiste documenten te komen, maar in ieder geval is het voor de naturalisandus duidelijk wat van hem verwacht wordt. Gezien de hoge kosten van het naturalisatieverzoek is het van belang dat de pardonner die overweegt te naturaliseren weet wat hem boven het hoofd hangt.

Kamerlid Jasper van Dijk van de SP heeft op 22 februari 2018 Kamervragen ingediend bij de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid over het tienjarig bestaan van het Generaal Pardon.<sup>20</sup> In vraag 9 stelt Van Dijk de vraag op welke manier mensen worden ondersteund om bewijsnood ten aanzien van de nationaliteit aan te tonen en of de Staatssecretaris bereid is deze ondersteuning uit te breiden. De Staatssecretaris reageert met de mededeling dat de gemeente dient te kijken met de verzoeker naar de verwachte haalbaarheid van het verzoek en of, en zo ja, welke documenten eerst verzameld dienen te worden alvorens het verzoek in te dienen.

Vreemd is wel dat uit het rapport van de Nationale Ombudsman van slechts iets meer dan een half jaar oud nu juist blijkt dat de gemeenten het moeilijk vinden om een juist advies te geven over de kans van slagen van een beroep op bewijsnood, ook als zij met de IND erover kunnen overleggen. Het is daarbij ook de vraag in hoeverre men van een loketambtenaar bij de gemeente Baarle-Nassau kan verwachten of deze een inschatting kan maken of de verklaringen uit het asielaanvraag van een etnisch Armeense Azerbeidzjaan destijds geloofwaardig waren en deze om die reden in aanmerking komt voor een vrijstelling van het vereiste van het paspoort en geboorteakte.

---

<sup>20</sup> Kamervragen aan de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid over tien jaar Generaal Pardon, *Vergaderjaar* 2017/18, Aanhangsel van de Handelingen, 1662.

Daarnaast dringen de Nationale Ombudsman en de Kinderombudsman er terecht op aan dat er meer moet worden gekeken naar de bijzondere positie van kinderen en jongvolwassenen die een verblijfsvergunning onder het Generaal Pardon hebben gekregen. Bijna een derde van de groep pardonners was op het moment van de verlening van de vergunning jonger dan twintig jaar. Een gedeelte van hen was tevens in Nederland geboren. Kinderen die geboren werden na de vergunningverlening kregen tot 1 januari 2009 eveneens een Ranov-vergunning.<sup>21</sup>

Het ziet er niet naar uit dat de Staatssecretaris iets zal doen met deze aanbeveling van de Ombudsman. Op de Kamervraag van Van Dijk over de moeilijkheden die jongeren onder vinden wiens ouders een Ranov-vergunning hebben en het concrete voorbeeld van Marine die officier van justitie wil worden, reageerde de Staatssecretaris met de mededeling dat vreemdelingen die langdurig in Nederland wonen sowieso veel rechten hebben en dat het aantal wettelijk gereguleerde beroepen waarin alleen personen met de Nederlandse nationaliteit worden benoemd, is afgenomen.<sup>22</sup> De Staatssecretaris miskent zo compleet dat het voor deze groep jongeren niet alleen zwaar is dat zij als tweederangsburgers worden weggezet, maar ook dat de Nederlandse staat verdragsrechtelijke verplichtingen heeft na te leven op grond van het IVRK.

## 11. Conclusie

Pardonners en naturalisatie zal een politiek hot topic blijven. Toch is er na alle commotie rondom de rapporten van instanties, zoals de Nationale Ombudsman, nog geen reden om optimistisch te zijn. De regelgeving en het beleid blijven ongewijzigd strikt. Pardonners blijven zo niet in staat om aan de strikte regels van bewijsnood te voldoen. In het bijzonder zijn minderjarigen en jongeren hiervan de dupe.

Er spelen grote belangen aan de zijde van de groep pardonners, maar tegelijkertijd is de positie van de Staatssecretaris ook niet onbegrijpelijk. Het andere uiterste zou immers zijn dat eenieder die zijn identiteit of nationaliteit niet aan kan tonen en dus niet op zijn achtergrond gecontroleerd kan worden, de Nederlandse nationaliteit kan verkrijgen. Gezien de bijzondere positie die de Nederlandse nationaliteit geeft aan de vreemdeling is het begrijpelijk dat de Staatssecretaris zoveel mogelijk duidelijkheid wil hebben over de identiteit en nationaliteit van de naturalisandus.

Tegelijkertijd heeft de Staatssecretaris voor deze groep al toegestaan dat zij zonder identiteitsdocumenten een Nederlandse verblijfsvergunning mogen bemachtigen. Het gaat vaak om mensen die hier al jarenlang zijn en die gezinnen hebben met kinderen die nog nooit in een ander land dan Nederland hebben gewoond. Het blijven handhaven van het strikte beleid, ondanks de aanbevelingen van de Nationale Ombudsman, leidt tot een situatie waarin de overheid vaak goed geïntegreerde pardonners degradeert tot tweederangsburgers.

Om die reden beveel ik de Staatssecretaris aan om bij elk individueel naturalisatieverzoek na te gaan wat redelijkerwijs kan worden verwacht van de naturalisandus, qua documenten, om zijn identiteit en nationaliteit aan te tonen. Daarbij benadruk ik het belang van het woord 'redelijkerwijs'. In het bijzonder dient de Staatssecretaris te erkennen dat kinderen en jongeren die onder de Ranov vallen belangen hebben die zwaar dienen mee te wegen. De belangen van het kind dienen een eerste overweging te zijn.

---

<sup>21</sup> Het WOCD-rapport genoemd in noot 4.

<sup>22</sup> Kamervragen genoemd in noot 20.

# “Vraag dat maar aan uw cliënt!”

*over het recht op informatie over de verdenking*

C.J.M. DEN BLANKEN<sup>1</sup>

## 1. **Het eerste etmaal**

Iedere jurist zal beamen: het eerste etmaal na aanhouding is een cruciale fase in het strafproces. De mogelijkheden om als verdachte in de eerste uren rechtsbijstand te ontvangen zijn de afgelopen jaren sterk toegenomen. Sinds Salduz heeft de verdachte recht op consultatie voorafgaand aan het eerste verhoor, ook de verhoorsbijstand door een advocaat is inmiddels ingeburgerd.

Om in de eerste uren een verdediging op te tuigen hebben de verdachte en zijn advocaat informatie nodig over de zaak. Daarvoor zijn doorgaans twee bronnen beschikbaar: de verdachte zelf, en de politie. Bij het eerste overleg tussen raadsman en cliënt kunnen zij met de beschikbare informatie samen beslissen of het bijvoorbeeld verstandig is om een verklaring af te leggen. Aan dit gesprek gaat nog een vraag vooraf: wat is de verdenking? Een verdenking van winkeldiefstal vraagt om een andere benadering dan een complexe zedenzaak. Zonder zicht op de verdenking kan de verdediging onmogelijk een procespositie bepalen.<sup>2</sup> Die informatie wordt in de praktijk via de piketmelding gedeeld.

## 2. **Verdenkings- en onderzoeksinformatie**

Voor dieper op die praktijk in te gaan wil ik eerst een onderscheid aanbrengen tussen informatie over de *verdenking* en informatie over het *onderzoek*. Met ‘verdenkingsinformatie’ wordt bedoeld bij welk concreet feitencomplex de verdachte een rol wordt toegedicht, met inbegrip van de juridische kwalificatie die de politie daaraan geeft. ‘Onderzoeksinformatie’ is informatie op basis waarvan de verdenking tot stand is gekomen, de voorlopige onderzoeksresultaten van de politie. Deze twee informatiesoorten worden nogal eens met elkaar verward.

Artikel 30 Sv geeft de verdachte het recht op kennisneming van processtukken (onderzoeksinformatie), in ieder geval vanaf het eerste verhoor na aanhouding. In de praktijk worden deze processtukken pas bij de voorgeleiding bij de rechter-commissaris verstrekt – hetgeen in strijd lijkt met de wet. Een interessant onderwerp waar regelmatig over wordt gepubliceerd. In deze bijdrage wil ik me echter concentreren op de praktijk rond het recht op verdenkingsinformatie. Een onderwerp waar – mijns inziens onterecht – veel minder aandacht voor bestaat, want ook deze praktijk lijkt in strijd met de wet en is voor verbetering vatbaar. Niet alleen vanuit een rechtstatelijk perspectief maar ook voor de effectiviteit van de opsporing is een aanpassing wenselijk, en bovendien betrekkelijk eenvoudig te bereiken.

---

1 Max den Blanken is strafrechtadvocaat bij Cleerdin & Hamer Advocaten.

2 Het niet-vermelden van de reden van de aanhouding is met recht kafkaësk te noemen. In de openingsscène van de roman *Het proces* van Franz Kafka wordt hoofdpersoon Josef K. kennelijk zonder aanleiding gearresteerd. Wanneer K. informeert naar de reden van zijn aanhouding wordt hem gezegd: “Wij hebben niet de opdracht u dat te vertellen. [...] De procedure is nu eenmaal begonnen en u zult alles te bestemder tijd te horen krijgen.”

### 3. **Recht op informatie over de verdenking**

Met de inwerkingtreding van artikel 27c Sv op 1 januari 2015 heeft het recht op informatie over de verdenking een plek gekregen in het Wetboek van Strafvordering. Het eerste lid luidt:

“1. Aan de verdachte wordt bij zijn staandehouding of aanhouding medegedeeld ter zake van welk strafbaar feit hij als verdachte is aangemerkt. Buiten gevallen van staandehouding of aanhouding wordt de verdachte deze mededeling uiterlijk voorafgaand aan het eerste verhoor gedaan.”

De introductie van artikel 27c Sv is een codificatie van de bestaande praktijk. Implementatie van de Europese richtlijn ‘Recht op Informatie in Strafprocedures’ (hierna: de Europese richtlijn) is de reden dat er toch een apart wetsartikel voor gecreëerd is.<sup>3</sup> In de memorie van toelichting bij artikel 27c Sv wordt expliciet verwezen naar uitspraken van het Europees Hof voor Rechten van de Mens (hierna: EHRM) waaruit volgt dat het verkrijgen van informatie over de verdenking onderdeel uitmaakt van het recht op een eerlijk proces ex artikel 6 EVRM,<sup>4</sup> onder meer naar de EHRM-uitspraak *Mattioica tegen Italië*<sup>5</sup>. Ook wordt gewezen op het in artikel 5 lid 2 EVRM neergelegde recht dat personen die zijn aangehouden moet worden meegedeeld waarom zij van hun vrijheid zijn beroofd, en de EHRM-uitspraken in de zaken *Fox, Cambell en Hartley* tegen het Verenigd Koninkrijk op dat punt<sup>6</sup>.

Hamvraag is of de (gecodificeerde) Nederlandse praktijk van het verstrekken van verdenkingsinformatie voldoet aan de eisen, gesteld in de Europese richtlijn en EHRM-jurisprudentie. Het antwoord is: onvoldoende. Om dat antwoord goed te kunnen onderbouwen eerst een zijstap naar de praktijk.

### 4. **De piketmelding: het verstrekken van verdenkingsinformatie in Nederland**

Artikel 27c lid 1 Sv schrijft voor dat de verdachte verteld (‘medegedeeld’) moet worden waarvan hij wordt verdacht. Hoe gedetailleerd deze mededeling moet zijn blijkt niet uit de wet, de politie hoeft ook niet te verbaliseren wat er precies is medegedeeld. Om dit onderwerp niet nodeloos ingewikkeld te maken beperk ik me tot de aangehouden verdachte die om een advocaat verzoekt. De advocaat heeft als vertegenwoordiger van zijn cliënt ook recht op deze verdenkingsinformatie. De gedachte is dat als onderdeel van een eerlijk proces een advocaat de verdenking met zijn cliënt moet kunnen bespreken om een procespositie te bepalen.<sup>7</sup> De advocaat wordt geïnformeerd door middel van een piketmelding.

De piketmelding is een door de politie ingevuld standaardformulier waarop (altijd) dezelfde vragen worden beantwoord. Via de Raad voor Rechtsbijstand wordt dit formulier aan de advocaat toegestuurd. Onderdeel van de piketmelding is het kopje ‘strafbaar feit’; waarin altijd een juridische kwalificatie van de verdenking wordt gegeven, eventueel aangevuld met een minieme feitelijke omschrijving.

3 Richtlijn nr. 2012/13/EU van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2012 betreffende het recht op informatie in strafprocedures (PbEU L 142).

4 Tweede Kamer, *Vergaderjaar 2013–2014*, 33 871, nr. 3.

5 EHRM 25 juli 2000, nr. 23969/94 (*Mattoccia/Italië*).

6 EHRM 30 augustus 1990, nrs. 12244/86, 12245/86 en 12383/86 (*Fox, Campbell en Hartley/Het Verenigd Koninkrijk*).

7 Zou de politie nog niet direct bij de aanhouding aan de verdachte hebben medegedeeld waarvan hij verdacht wordt – of zou de verdachte het niet goed hebben begrepen – dan kan de advocaat de verdachte bij het eerste bezoek daarover informeren.

Een willekeurige greep uit recente piketmeldingen, onder het kopje ‘strafbaar feit’:

- ‘Artikel 47/171 Wetboek van Strafrecht, artikel 282/1 Wetboek van Strafrecht. Artikel 45, 302 poging zware mishandeling, artikel 285 (bedreiging)’
- ‘Vernieling overige objecten, artikel 350/1 Wetboek van Strafrecht’
- ‘Zakkenrollerij/tassenrollerij, artikel 310 Wetboek van Strafrecht’
- ‘Gekwal. diefstal in/uit woning, strafbaar gesteld artikel 310 Wetboek van Strafrecht juncto artikel 311/1/5 Wetboek van Strafrecht’
- ‘Art. 2/1/c jo. 10/3 Opw.’

Bij een verdenking van het voorhanden hebben van harddrugs – het laatste voorbeeld – is het niet inzichtelijk of het om vijf XTC-pillen gaat of om dertig kilo cocaïne. Er wordt geen concrete omschrijving van het feitencomplex gegeven. Ook een pleegplaats en -datum worden niet vermeld, dit levert met name problemen op bij aanhoudingen buiten heterdaad.

Als de advocaat meer informatie over de verdenking wil hebben dan rest hem niets anders dan de politie te bellen. Mijn persoonlijke ervaring is dat het bij ongeveer veertig procent van de pogingen lukt om de gewenste, concrete verdenkingsinformatie van de politie te verkrijgen. Bij de overige pogingen zijn de meest gehoorde antwoorden:

- “Over het onderzoek doen we geen mededelingen.”
- “Dat hoort u wel bij het verhoor.”

Hier lijken verdenkings- en opsporingsinformatie met elkaar te worden verward.

- “Vraag dat maar aan uw cliënt!”

Een klassiek voorbeeld van ‘presumption of guilt’; de verdachte is de dader, dus hij weet precies waarvan de politie hem verdenkt.

- “Ik ben pas net in dienst, mijn collega belt u straks terug.”
- “Hoe weet ik dat u advocaat bent?”

De laatste antwoorden illustreren praktische problemen: de telefoonlijn is niet het juiste communicatiemiddel om gevoelige informatie te verstrekken en een inhoudelijk ingelezen verbalisant is niet altijd beschikbaar. Daar valt veel voor te zeggen, juist daarom is de piketmelding bij uitstek geschikt om verdenkingsinformatie te delen.

In de praktijk wordt als verdenkingsinformatie in de piketmelding altijd een juridische kwalificatie gegeven, soms met een minieme feitelijke aanvulling. Pleegdatum of -plaats worden nooit vermeld. Telefonisch wordt regelmatig meer concrete informatie over het feitencomplex gedeeld, dit is echter aan willekeur onderhevig.

## 5. **De Nederlandse praktijk in het licht van de Europese richtlijn en EHRM-jurisprudentie**

Het Nederlandse artikel 27c lid 1 Sv is gebaseerd op artikel 6 van de Europese richtlijn. Dit artikel luidt:

“1. De lidstaten zien erop toe dat verdachten of beklaagden informatie ontvangen over het strafbare feit waarvan zij worden verdacht of beschuldigd. Deze informatie wordt onverwijld verstrekt en is zo gedetailleerd als noodzakelijk is om het eerlijke verloop van de procedure en de daadwerkelijke uitoefening van de rechten van de verdediging te waarborgen.

2. De lidstaten zien erop toe dat verdachten of beklaagden die zijn aangehouden of gedetineerd, in kennis worden gesteld van de redenen voor hun aanhouding of detentie, met inbegrip van het strafbare feit waarvan zij worden verdacht of beschuldigd.”

Opvallend is dat het eerste lid uitdrukkelijk benoemt dat de verdenkingsinformatie zo gedetailleerd als noodzakelijk voor een eerlijk verloop van de procedure moet zijn. Een open norm. De memorie van toelichting (bij artikel 27c Sv) wijst ter verduidelijking naar overweging 28 van de preambule van de Europese richtlijn. Daarin staat:

“[...] Met het oog op een eerlijk verloop van de procedure en op de daadwerkelijke uitoefening van de rechten van de verdediging dient de omschrijving van het strafbare feit waarvan de persoon wordt verdacht of beschuldigd, met inbegrip van, indien bekend, tijd en plaats en de mogelijke wettelijke kwalificatie van het vermeende strafbare feit, te worden verstrekt in voldoende detail, rekening houdend met de fase waarin de strafprocedure zich bevindt.”

Kortgezegd volgt uit de Europese richtlijn dus dat een verdachte moet worden geïnformeerd over het concrete feitencomplex waarvan hij wordt verdacht, de juridische kwalificatie die daar op dat moment aan gegeven wordt en, indien bekend, tijd en plaats.

Ook het EHRM laat zich in meerdere uitspraken uit over het recht op verdenkingsinformatie. Onder meer in het arrest *Mattioica/Italië*, waar ook de memorie van toelichting naar verwijst. Bij een toets aan het recht op een eerlijk proces (artikel 6 EVRM) stelt het Europees Hof:

“59. Paragraph 3 (a) of Article 6 points to the need for special attention to be paid to the notification of the “accusation” to the defendant; particulars of the offence play a crucial role in the criminal process, in that it is from the moment of their service that the suspect is formally put on notice of the factual and legal basis of the charges against him [...] The accused must be made aware “promptly” and “in detail” of the cause of the accusation, that is, the material facts alleged against him which are at the basis of the accusation, and of the nature of the accusation, namely, the legal qualification of these material facts. The Court considers that in criminal matters the provision of full, detailed information concerning the charges against a defendant is an essential prerequisite for ensuring that the proceedings are fair.”<sup>8</sup>

Een verdachte moet tijdig en gedetailleerd op de hoogte worden gesteld van de ‘cause’ en ‘nature’ van het verwijt dat hem wordt gemaakt. ‘Cause’ is het materiële feitencomplex dat hem wordt verweten en ‘nature’ is de juridische kwalificatie. Een zeer algemene omschrijving is onvoldoende, want juist de bijzonderheden (‘particulars’) van het feit spelen een

---

<sup>8</sup> EHRM 25 juli 2000, *Mattioica/Italië*, nr. 23969/94. Zie ook EHRM 7 januari 2010, *Penev/Bulgarije*, nr. 20494/04, § 33 en 42.

cruciale rol in het strafproces. Het EHRM benadrukt het grote belang van het verstrekken van volledige en gedetailleerde informatie ter waarborging van een eerlijk proces.<sup>9</sup>

Het eerder aangestipte recht (ex artikel 5 lid 2 EVRM) dat personen die zijn aangehouden moet worden meegedeeld waarom zij van hun vrijheid zijn beroofd, komt terug in artikel 6 lid 2 van de Europese richtlijn. In de Nederlandse wet wordt dit recht op informatie ook onder artikel 27c lid 1 Sv geschaard.<sup>10</sup> Over artikel 5 lid 2 EVRM overweegt het Europees Hof in het arrest *Khlaifia e.a./Italië*:

“115. Paragraph 2 of Article 5 lays down an elementary safeguard: any person who has been arrested should know why he is being deprived of his liberty. This provision is an integral part of the scheme of protection afforded by Article 5: any person who has been arrested must be told, in simple, non-technical language that he can understand, the essential legal and factual grounds for his deprivation of liberty, so as to be able to apply to a court to challenge its lawfulness [...]”<sup>11</sup>

Ook in de sleutel van artikel 5 EVRM stelt het Europees Hof de eis dat de aangehouden verdachte informatie ontvangt over de feitelijke en juridische gronden voor zijn vrijheidsbeneming. Daarbij is van belang dat dit in begrijpelijke en niet-technische termen gebeurt zodat de verdachte de rechtmatigheid van zijn vrijheidsbeneming kan aanvechten bij een rechter.<sup>12</sup>

Hier steekt de Nederlandse praktijk schril tegen af. Vaak weet een verdachte niet waarvan hij wordt verdacht tot het moment waarop hij door de rechercheurs bij het eerste verhoor met de onderzoeksresultaten wordt geconfronteerd. Het recht op verdenkingsinformatie gaat verder dan het enkel vermelden van een juridische kwalificatie op een piketformulier, of het bij aanhouding mededelen van deze kwalificatie. Concrete informatie over het feitencomplex en pleegdatum en -plaats wordt alleen ad hoc telefonisch gedeeld, meer als uitzondering dan als regel. Een aanpassing is nodig om te voldoen aan de Europese standaard. Dat is ook in het belang van de politie, omdat het de efficiëntie van het onderzoek ten goede zal komen.

## 6. Verdenkingsinformatie als voorwaarde voor een effectief politieverhoor

Vanuit het opsporingsperspectief is goed voor te stellen dat de politie terughoudend is met verstrekken van informatie aan de verdachte. Juist de mogelijkheid om de verdachte met onderzoeksresultaten te confronteren en hem daarover te bevragen maakt het politieverhoor tot een belangrijk opsporingsmiddel. Vaak wordt de effectiviteit van het politieverhoor ech-

9 Het EHRM spreekt over ‘charges against a defendant’; een begrip dat niet alleen verdenkingsinformatie maar ook de tenlastelegging omvat. Zoals expliciet uit overweging 28 van de preambule bij de Europese richtlijn blijkt moet rekening gehouden worden met de fase waarin het strafproces zich bevindt. Aan een tenlastelegging mogen hogere eisen worden gesteld dan aan verdenkingsinformatie die bij de aanhouding moet worden verstrekt.

10 Blijkens de memorie van toelichting.

11 EHRM 15 december 2016, nr. 16483/12 (*Khlaifia e.a./Italië*). Deze zaak bouwt voort op expliciete overwegingen uit de EHRM-uitspraken inzake Fox, Cambell en Hartley waar in de memorie van toelichting naar verwezen wordt, zie voetnoot 6.

12 Ook in het kader van artikel 6 EVRM spreekt het EHRM zich uit over de verplichting tot het verstrekken van voor de verdachte begrijpelijke informatie. Het Europees hof overweegt in de zaak Vaudelle: “In the case of a person with mental difficulties, the authorities are required to take additional steps to enable the person to be informed in detail of the nature and cause of the accusation against him” (Vaudelle v. France, § 65).

ter tenietgedaan doordat de verdachte bij gebrek aan verdenkingsinformatie zijn strategie niet kan bepalen.<sup>13</sup> Een praktijkvoorbeeld:

Verdachte X wordt buiten heterdaad aangehouden op verdenking van poging tot zware mishandeling of mishandeling. Zijn advocaat ontvangt een piketmelding met daarin de kwalificatie ‘art. 302 jo. 45 WvSr, art. 300 WvSr’, belt de politie en vraagt om wat voor incident het gaat. Na veel getwijfel zegt de rechercheur mysterieus: “een vechtpartij in 2017, dan weet uw cliënt het dondersgoed, verder doe ik geen mededelingen.” De recherche heeft haarscherpe beelden van hoe X bij een ruzie een glas op iemand zijn hoofd kapotslaat, dat kan de verdachte nooit vergeten zijn.

De advocaat spreekt zijn cliënt op het bureau en vraagt hem of hij weet waarom hij is aangehouden. De verdachte vertelt dat hij in 2017 in circa vijftien vechtpartijen is beland. X is alcoholverslaafd en heeft een kwade dronk. De advocaat en de verdachte hebben dus geen idee over welk feitencomplex het verhoor zal gaan en kunnen de risico’s, mogelijkheden en valkuilen niet inschatten. In overleg besluiten ze daarom dat de verdachte zich op zijn zwijgrecht zal beroepen, eerst maar eens horen over welk incident het gaat. Gedurende het verhoor wordt het de verdachte duidelijk waarvan hij wordt verdacht: die ruzie met zijn buurman in café Ruis in december. Dat was zelfverdediging, maar X heeft met zijn advocaat afgesproken om zich op zijn zwijgrecht te beroepen. Na afloop van het verhoor vraagt de verdachte of hij nog even met zijn advocaat mag overleggen. Daar vertelt hij zijn verhaal: X kwam zijn buurman tegen in de kroeg. De buurman was dronken en begon hem te slaan en te schoppen. Omdat hij geen kant uit kon heeft X uit zelfverdediging een bierglas op het hoofd van zijn buurman kapotgeslagen. X wil zijn verhaal graag aan de recherche vertellen. De advocaat vindt dit een goed idee: er lijkt sprake van een noodweersituatie. De recherche is onaangenaam verrast. Er moet een nieuw verhoor worden ingepland, allemaal dubbel werk. Waarom heeft X dat niet meteen verteld als hij onschuldig is?

Wat het voorbeeld illustreert is dat ook een dader soms niet weet waarom hij is aangehouden. Of hij weet het wel, maar wil het niet met zijn advocaat delen, omdat de advocaat dat als een schuldbekenenis zou kunnen opvatten. Een advocaat die niet weet waarover zijn cliënt gehoord gaat worden zal hem doorgaans adviseren zich op zijn zwijgrecht te beroepen.<sup>14</sup> Het eerste verhoor wordt dan gebruikt om alsnog de gewenste verdenkingsinformatie te verkrijgen: mond dicht, oren open. Het onthouden van verdenkingsinformatie heeft in de praktijk dus tot gevolg dat meer verdachten zich op hun zwijgrecht beroepen. Voor de recherche is er geen strategisch voordeel: de verdenkingsinformatie (en vaak ook onderzoeksinformatie) wordt in de vraagstelling alsnog prijsgegeven. Pas daarna kan de verdediging een goede afweging maken of het verstandig is om te verklaren. Dat kan efficiënter.

## 7. **Verdenkingsinformatie: theorie, praktijk en de voor de hand liggende oplossing**

Alles overziend volgt uit de Europese richtlijn en uit EHRM-jurisprudentie dat het recht op informatie over de verdenking in ieder geval inhoudt: (a) concrete informatie over het materiële feitencomplex (‘cause’), (b) de voorlopige juridische kwalificatie (‘nature’), en indien

<sup>13</sup> Kennelijk omdat de politie geen scherp onderscheid maakt tussen verdenkings- en opsporingsinformatie.

<sup>14</sup> Aan het afleggen van een verklaring zijn immers risico’s verbonden.



bekend, (c) tijd en plaats. Hoe gedetailleerd die informatie moet zijn hangt samen met: (i) de fase waarin het proces zich bevindt, (ii) het eerlijke verloop van de procedure en (iii) de mogelijkheid voor de verdachte om rechten uit te kunnen oefenen. Hier moet een balans gevonden worden tussen verdedigingsrechten en opsporingsbelangen. Van de politie hoeft niet verwacht te worden dat informatie wordt gedeeld die het onderzoek schaadt of dat in een vroeg stadium het feitencomplex tot in detail wordt beschreven, als ware het een tenlastelegging.<sup>15</sup> Anderzijds wijst het Europees Hof erop dat juist details van bijzonder belang kunnen zijn in een strafzaak. Vertaald naar het Nederlandse strafproces moet de aangehouden verdachte concreet kunnen begrijpen van welk feit hij verdacht wordt, zodat hij dit voorafgaand aan het eerste verhoor met zijn advocaat kan bespreken en samen met zijn advocaat een procespositie kan bepalen.

De huidige praktijk is anders. De verdachte en zijn advocaat krijgen alleen de juridische kwalificatie van de verdenking te horen. De verdachte weet vaak niet waarvan hij wordt verdacht en kan daardoor geen verdedigingsstrategie bepalen. Het eerste politieverhoor wordt dan als bijzonder inefficiënte methode gebruikt om alsnog de gewenste verdenkingsinformatie te verkrijgen, met vertraging tot gevolg. Vanuit het opsporingsperspectief biedt het onthouden van verdenkingsinformatie geen voordelen.<sup>16</sup> Een aanpassing van deze praktijk is dus niet alleen van belang om in de pas te lopen met Europese wet- en regelgeving, maar ook om het politieverhoor beter te kunnen benutten.

De oplossing ligt voor de hand. Vertel de verdachte bij zijn aanhouding: (a) van welk concreet feitencomplex hij wordt verdacht, (b) hoe dat juridisch vertaald wordt, en (c) indien bekend, waar en wanneer dit feit heeft plaatsgevonden. Vermeld deze informatie ook op het piketformulier. De mate van detail zal per zaak verschillen, uitgangspunt moet zijn dat de verdachte begrijpt wat de verdenking is. Het mededelen en vermelden van deze informatie behoeft slechts een kleine aanpassing van de werkprocessen van de politie, levert rechtstatafelijk karmapunten op en verbetert de efficiëntie van het opsporingsonderzoek. Een win-win situatie.

---

15 Opsporingsinformatie valt dus niet onder dit recht. In de eerdergenoemde overweging 28 van de preambule bij de Europese richtlijn staat: “De informatie aan verdachten of beklaagden over het strafbare feit waarvan ze worden verdacht of beschuldigd, dient onverwijld, doch zonder lopende onderzoeken te schaden, te worden verstrekt [...]” Ook het EHRM leest opsporingsinformatie hier niet in: “The information need not necessarily mention the evidence on which the charge is based” (*X./Belgium*, Commission decision; *Collozza and Rubinat/Italy*, Commission report).

16 Anders dan misschien het onthouden van onderzoeksinformatie, waarvoor overigens de wettelijke regeling van artikel 30 lid 2 Sv bestaat. Voor het onthouden van verdenkingsinformatie bestaat geen wettelijke regeling.



# Het huidige schikkingsklimaat: houdbaar of niet?

M. BOUWMAN & S. PIJL<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Het openbaar ministerie kondigde begin dit jaar in een persbericht aan dat het afpakresultaat van 2017 op een totaalbedrag van € 221.259.200 uit is gekomen. Het is daarmee voor het eerst sinds 2011 dat het afpakresultaat, ten opzichte van 2016, niet is gestegen. Op het eerste oog lijkt dat een tegenvallend resultaat, ware het niet dat het openbaar ministerie in 2016 voor een recordbedrag een schikking trof met Vimpelcom van circa € 268 miljoen. Nog nooit is er door een onderneming zo'n hoog bedrag betaald om vervolging te voorkomen. Door het aangaan van dergelijke schikkingen lijkt het publieke debat de laatste tijd door te slaan naar een klimaat waarin hoge schikkingen tussen ondernemingen en het openbaar ministerie niet meer moeten mogen.

Schikken heeft naar ons oordeel wel degelijk voordelen. Niet alleen voor de onderneming die de schikking aangaat, maar ook voor de samenleving. In deze bijdrage zullen wij de vraag naar de houdbaarheid van de transactie in de huidige vorm bespreken. Daarbij beperken wij ons tot schikkingen die worden aangegaan door ondernemingen waar kort gezegd sprake is van het betalen van een geldbedrag van € 50.000 of meer.<sup>2</sup> Achtereenvolgend bespreken wij het karakter van de transactie (paragraaf 2) waarna de praktijk van transigeren (paragraaf 3) aan bod zal komen. Vervolgens bespreken we de genoemde bezwaren tegen het aangaan van een transactie (paragraaf 4), ten slotte geven we aan hoe wij de toekomst van de transactiepraktijk voor ons zien.

## 2. Karakter transactie

Het openbaar ministerie heeft op basis van het opportuniteitsbeginsel de vrijheid uit het aanbod van strafzaken een selectie te maken van zaken die zich lenen voor vervolging. Zij heeft de exclusieve bevoegdheid om strafzaken voor te leggen aan een rechter. Om opportuniteitsredenen kan het OM beslissen in een strafzaak niet te dagvaarden maar de verdachte in plaats daarvan een transactie aan te bieden. De bevoegdheid van het openbaar ministerie om een strafbaar feit te transigeren vindt zijn wettelijke grondslag in artikel 74 Sr. Vooropgesteld zij dat de transactie aanvankelijk was bedoeld voor de afdoening van geringe delicten. Artikel 74 Sr zoals dat luidde bij de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafrecht in 1886 maakte een transactie alleen mogelijk voor overtredingen waarop geen andere straf dan een geldboete was gesteld.<sup>3</sup> In de loop der tijd is het toepassingsgebied van transacties uitgebreid van overtredingen tot misdrijven, waardoor het merendeel van de strafzaken in aanmerking kwam voor een buitengerechtelijke afdoening. Momenteel is het openbaar ministerie bevoegd te transigeren voor overtredingen en misdrijven waarop geen hogere gevangenisstraf staat dan zes jaar.

---

1 Maïke Bouwman en Sabine Pijl zijn beiden strafrechtadvocaten bij Cleerdin & Hamer Advocaten.

2 Aansluiting wordt gezocht bij het begrip 'hoge transactie' zoals genoemd in de Aanwijzing hoge transacties en bijzondere transacties (2008A02).

3 Zie *Stb.* 1881, 35.

Op grond van artikel 74 Sr kan de verdachte voorkomen dat het openbaar ministerie gebruikmaakt van zijn bevoegdheid om tot vervolgen over te gaan, door zich aan bepaalde voorwaarden te verbinden. Door het aangaan van een transactie vervalt het recht van het openbaar ministerie om tot vervolging over te gaan en is volgens artikel 74 lid 1 Sr de zaak tot een einde gekomen.

De transactie is in vergelijking met de meeste andere vormen van buitengerechtelijke afdoening in theorie betrekkelijk strak gereguleerd.<sup>4</sup> Naast het feit dat de mogelijke voorwaarden limitatief door de wet worden opgesomd, bestaan er vele richtlijnen en aanwijzingen die het gebruik van de transactie normeren. Ten behoeve van deze bijdrage is met name de Aanwijzing hoge transacties en bijzondere transacties van belang. Deze aanwijzing voorziet in een aantal bijzondere procedurevoorschriften voor de gevallen waarin het openbaar ministerie een hoge of bijzondere transactie overweegt aan te bieden. Deze voorschriften houden met name een uitgebreid toetsingstraject van de voorgenomen transactie in, waarbij vooral van belang is dat de voorgenomen transactie integraal wordt getoetst door het Collega van procureurs-generaal en de Minister van Justitie. De aanwijzing schrijft bovendien voor dat een dergelijke transactie in beginsel wordt vergezeld van een persbericht en wordt geregistreerd bij het College van procureurs-generaal met het oog op verantwoording van dergelijke transacties in het jaarverslag van het openbaar ministerie.

Alhoewel de te stellen voorwaarden van een transactie limitatief zijn omschreven in artikel 74 Sr, is de praktijk ‘creatief’. Dikwijls worden andere voorwaarden opgenomen dan de wet toelaat.<sup>5</sup> Regelmatig komt het openbaar ministerie in het kader van een transactie een pakket aan specifieke ‘tailormade’ maatregelen met de onderneming overeen, met name ter voorkoming van onregelmatigheden in de toekomst. Te denken valt aan het versterken van het compliance-programma en het verbeteren van bedrijfsprocessen en integriteitsprocedures. De vraag is natuurlijk hoe deze voorwaarden zich verhouden tot de limitatieve opsomming in de wet. In de praktijk werkt het openbaar ministerie met side letters bij een transactie, die de niet wettelijk verankerde voorwaarden vastleggen. Deze bijkomende voorwaarden hebben evenwel een andere status dan de wettelijke: bij schending hiervan herleeft het vervolgingsrecht niet.<sup>6</sup>

### 3. **Bezwaren transactie**

Het publieke debat over schikkingen is de laatste tijd weer flink aangewakkerd. Zo werd in een uitzending van Zembla van 27 februari jl. de suggestie gewekt dat ondernemingen er met een schikking maar makkelijk vanaf komen door hun vervolging af te kopen. Veelgehoord kritiekpunt is dat zaken die worden geschikt niet in de openbaarheid plaatsvinden en dat er dus geen publieke verantwoording wordt afgelegd door de onderneming in kwestie.<sup>7</sup> Bij schikkingen is het immers zo dat het openbaar ministerie zelf een belangenafweging maakt en zelf een transactie aangaat die zij passend vindt. De Raad voor de Rechtspraak, de koepelorganisatie van de rechterlijke macht, kwam onlangs zelfs met een waarschuwing: de rechter wordt te vaak gemeden. “De grenzen zijn bereikt”, schrijft voorzitter Frits Bakker in het jaarverslag.<sup>8</sup>

4 J.H. Crijns, ‘De strafrechtelijke overeenkomst: de rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie op het grensvlak van publiek- en privaatrecht’, Doctoral thesis, Leiden University, p. 37.

5 F. Haijer & mr. dr. E. Sikkema, ‘Amerikanisering van corruptiebestrijding. Buitengerechtelijke afdoening en andere tendensen in de handhaving van anticorruptiewetgeving’, *TBS&H* 2018, p. 72.

6 T. van Roomen & A. Verbruggen, ‘Corruptie: status quo en de toekomst’, *TBS&H* 2015, p. 230.

7 [https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Raad-voor-de-rechtspraak/Nieuws/Paginas/Rechter-moet-megaschikkingen-kunnen-toetsen.aspx?pk\\_campaign=rssfeed&pk\\_medium=rssfeed&pk\\_key-word=Nieuws-van-de-Raad-voor-de-rechtspraak](https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Raad-voor-de-rechtspraak/Nieuws/Paginas/Rechter-moet-megaschikkingen-kunnen-toetsen.aspx?pk_campaign=rssfeed&pk_medium=rssfeed&pk_key-word=Nieuws-van-de-Raad-voor-de-rechtspraak).

8 <https://jaarverslagrechtspraak.nl/pagina/jaarbericht>.

Daarnaast zou het voor de maatschappij niet inzichtelijk zijn hoe dergelijke zaken worden afgedaan, hetgeen het vertrouwen in de rechtsstaat zou schenden. Willekeur zou op de loer liggen. Illustratief in dit verband zijn drie zaken tegen accountants van KPMG die het openbaar ministerie aanbracht bij de rechter.<sup>9</sup> De Rechtbank Midden-Nederland verklaarde het openbaar ministerie niet-ontvankelijk in de vervolging vanwege het gebrek aan een redelijke belangenafweging: het openbaar ministerie had een schikking getroffen met Ballast Nedam en kort daarna werden de strafzaken tegen een aantal bestuursleden, dat betrokken was bij de vermeende omkoppingen, geseponeerd. Het valt volgens de rechtbank niet te begrijpen dat zij niet werden vervolgd, maar de accountants die de jaarrekening hebben goedgekeurd wel. Daarnaast heeft de rechtbank meegewogen dat in eerste instantie aan de accountants een schikkingsvoorstel is gedaan. Het openbaar ministerie heeft de indruk gewekt dat ze de zaak met een transactie wilde afdoen. Enkele dagen na betaling van het transactiebedrag hoorden de verdachten dat er geen toestemming was voor een schikking. De reden hiervan is pas veel later aan de accountants toegelicht. De rechtbank vond dat het openbaar ministerie onbehoorlijk heeft gehandeld gelet op de gang van zaken tijdens dit schikkingstraject.

Het beeld van willekeur aan de zijde van het openbaar ministerie wordt doorgaans veroorzaakt door het niet inzichtelijk maken van de beslissing om al dan niet te vervolgen. Een goed voorbeeld daarvan is de transactie die het openbaar ministerie met de onderneming PON is aangegaan wegens ambtelijke omkoping. Ook de werknemers van PON kregen een transactie aangeboden, in tegenstelling tot de betrokken ambtenaren die werden vervolgd en uiteindelijk zijn veroordeeld door de rechter. Hier is in het publieke debat veel kritiek op geuit; er zou sprake zijn van klassenjustitie nu PON en zijn werknemers hun vervolging hebben kunnen afkopen. In het persbericht dat is opgemaakt over de transactie heeft het openbaar ministerie geen woord gewijd aan de belangenafweging in deze. Als zij dat wel hadden gedaan en hun afweging inzichtelijk hadden gemaakt, was er wellicht minder onvrede ontstaan over deze keuze.

#### 4. **Voordelen transactie**

Met de genoemde bezwaren tegen de huidige transactiepraktijk rijst de vraag hoe houdbaar deze praktijk nog is. Moeten we dan weer terug naar waar de transactie aanvankelijk voor bedoeld was; de afdoening van geringe delicten?

Wat ons betreft niet. Er zijn aanzienlijke voordelen verbonden aan de hoge transactie die in het huidige debat onderbelicht blijven. De voordelen voor de onderneming zijn evident. Een langdurig proces met allerlei mogelijke nadelige gevolgen voor het bedrijf – zoals negatieve publiciteit, reputatieschade of interne onrust – wordt met een schikking voorkomen.

Zoals gezegd wordt er creatief omgegaan met het stellen van voorwaarden aan een hoge transactie. Een rechter heeft die mogelijkheid niet. Een compliance-programma, het verbeteren van bedrijfsprocessen en integriteitsprocedures behoort daarom bij een veroordelend vonnis niet tot de mogelijkheden. De rechter kan aan een onderneming doorgaans slechts een geldboete opleggen. Uitzondering daarop zijn de zaken waarbij de onderneming verdacht wordt van een delict dat valt onder de Wet op de economische delicten ('Wed'), waar een aantal bijkomende straffen en maatregelen is benoemd dat aan een onderneming kan

---

<sup>9</sup> Rb. Midden-Nederland 19 april 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1616, Rb. Midden-Nederland 19 april 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1617 en Rb. Midden-Nederland 19 april 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1618.

worden opgelegd. Bijvoorbeeld de stillegging van het bedrijf voor maximaal een jaar. Dit kan een passende bijkomende straf worden geacht bij bijvoorbeeld grove milieudelicten.<sup>10</sup>

Juist de aanvullende maatregelen die als voorwaarde worden gesteld bij een transactie hebben een preventieve werking. Een onderneming wordt gedwongen verbeteringen door te voeren die tot gevolg hebben dat herhaling van vergelijkbare incidenten in de toekomst wordt voorkomen. Dit zal effectiever zijn dan de afschrikwekkende werking van een behandeling door de rechter en een geldboete.

Het andere en wat ons betreft voornaamste voordeel van een transactie is dat het voor alle betrokken partijen tijd en geld bespaart. De dossiers die ten grondslag liggen aan de zaken waarin met ondernemingen een hoge transactie is getroffen zijn doorgaans erg omvangrijk. Zou een dergelijke zaak op zitting door een rechter worden behandeld, zal enkel de voorbereiding van die zaak al een groot beslag leggen op de capaciteit van de officier van justitie, de drie rechters die de zaak behandelen en hun ondersteunend personeel. De zitting zelf zal meerdere zittingsdagen in beslag nemen en tot slot zal door de rechters het vonnis moeten worden geschreven. Ter illustratie; in de PON-zaak waren 15 zittingsdagen gepland voor de behandeling van de zaak.

Dit heeft tot gevolg dat er minder manuren en zittingscapaciteit beschikbaar is voor de behandeling van andere zaken, die misschien wel meer impact hebben op de maatschappij en het dagelijks leven. Daarbij kan worden gedacht aan diefstal, overvallen, geweld en georganiseerde criminaliteit. Indachtig het beperkte resultaat bij de veroordeling van een rechtspersoon, is het begrijpelijk dat bij het inzetten van (zittings)capaciteit ervoor wordt gekozen dit te besteden aan dergelijk overlast gevende criminaliteit.

Tot slot is een hoge transactie een erg efficiënte afdoening. De doorlooptijd van een zaak die door het functionele parket wordt behandeld en waarbij de verdachte is gedagvaard is doorgaans acht jaar.<sup>11</sup> Door een transactie kunnen zaken die zich daarvoor lenen relatief snel worden afgedaan.

Er zitten dus niet alleen voor de verdachte onderneming voordelen aan een transactie. Ook de samenleving als geheel is daarbij gebaat. Voor de samenleving betekent een transactie met een onderneming doorgaans meer zekerheid dat herhaling wordt voorkomen. Bovendien blijft er meer tijd en capaciteit over voor overlast gevende criminaliteit.

## 5. Toekomst transactie

Naar ons oordeel wegen de genoemde bezwaren bij een hoge transactie niet op tegen de voordelen. Bovendien kunnen de genoemde bezwaren door het verbeteren van de huidige transactiepraktijk ondervangen worden.

Het openbaar ministerie lijkt dit te hebben willen doen door bij hoge transacties schulderkenning door de verdachte onderneming als voorwaarde te stellen. Deze voorwaarde lijkt te zijn geïntroduceerd naar aanleiding van de geuite kritiek in onder meer de uitzending van Zembla. Het is de vraag of daarmee de geuite kritiek op de hoge transacties wordt ondervangen. Be-

---

<sup>10</sup> De praktijk van de hoge transacties welke nu onderwerp is van het publieke debat heeft met name betrekking op zaken waarbij de onderneming wordt verdacht van bijvoorbeeld omkoping en valsheid in geschrifte. In deze zaken zijn de maatregelen uit de Wed simpelweg niet van toepassing.

<sup>11</sup> "Transacties hebben meerwaarde naast zittingen. In landen om ons heen worden ze ingevoerd." [www.om.nl](http://www.om.nl).

langrijkste is dat met die eis niet meer openbaarheid wordt gecreëerd. Daarnaast is de vraag op welke wijze in de praktijk invulling aan die eis wordt gegeven. Een onderneming zal doorgaans bereid zijn te erkennen dat fouten zijn gemaakt en die fouten feitelijk benoemen. Schuld erkennen aan een (opzet)delict zal bij veel ondernemingen op weerstand stuiten. Dit kan negatieve gevolgen hebben bij bijvoorbeeld een financieringstraject, vergunningaanvraag of aanbestedingsprocedure. Het is goed denkbaar dat een onderneming onder die omstandigheden de voorkeur geeft aan een behandeling door de rechter waarbij alle verweren in volle omvang kunnen worden gevoerd en getoetst worden door een onafhankelijke instantie. Door schuldenkenning aan een (opzet)delict als voorwaarde te stellen gooit het openbaar ministerie mogelijk haar eigen glazen in, want ook zij heeft baat bij de genoemde voordelen van een transactie. Het is daarom de vraag of de soep zo heet wordt gegeten als zij wordt opgediend.

Zowel vanuit de advocatuur als vanuit de rechterlijke macht is een rechterlijke toets van hoge transacties geopperd. Dit leidt tot meer transparantie en kan willekeur tegengaan, maar ook dit legt beslag op de capaciteit van de rechterlijke macht en zal de efficiëntie van de transactie tenietdoen. Bovendien is de vraag wat dan precies moet worden getoetst; de keuze om een transactie aan te bieden? Die mogelijkheid bestaat al op grond van artikel 12 Sv. Belanghebbers kunnen over de transactie hun beklag doen bij het gerechtshof en daarmee alsnog een vervolging afdwingen. Als (ook) de inhoud van de transactie door de rechter moet worden getoetst, zal de rechter kennis moeten nemen van het dossier. De rechter zal toetsen of er voldoende bewijs aanwezig is, of de verdachte onderneming strafbaar is en of de straf en maatregelen die onderdeel uitmaken van de transactie passend zijn. Dit zijn de vragen die de rechter ook in een inhoudelijk vonnis moet beantwoorden. De rechterlijke toets komt dan neer op een inhoudelijke behandeling van de zaak in een ander jasje, mogelijk zonder de wettelijke waarborgen voor de verdachte onderneming.

Het behouden van de transactie in de huidige vorm is dan ook, gezien de genoemde voordelen, van belang. Om de genoemde bezwaren te ondervangen dient meer aandacht te worden besteed aan de openbaarheid. Dit kan worden gedaan door een uitgebreider persbericht op te stellen. Daarin moet in ieder geval duidelijk worden uitgelegd waarom in die zaak de transactie als passende afdoening wordt aangemerkt. Verder moeten de feiten die aan de zaak ten grondslag liggen uitgebreider worden beschreven. Daarmee wordt meer transparantie bereikt en de voordelen van een openbare zitting en een vonnis van de rechter ten opzichte van een transactie geminimaliseerd.

Daarnaast kan in de wet de mogelijkheid om aanvullende voorwaarden te stellen bij het aanbieden van een transactie worden vastgelegd. Dit brengt met zich dat de voorwaarden die bij hoge transacties in de praktijk al worden gesteld, een juridisch kader krijgen. Daarmee worden transacties ook afdwingbaar en kan het vervolgingsrecht bij niet nakoming herleven.

De transactiepraktijk is aan vernieuwing toe, maar moet vooral worden behouden!





# ‘Een praktische kijk op de nieuwe gedragsregels’

S. BURMEISTER & A.M. TIMORASON<sup>1</sup>

## 1. Inleiding<sup>2</sup>

Gerard was vanaf 1994 mijn grote voorbeeld en ook patroon. Hij was verantwoordelijk voor het hogere plan bij Cleerdin & Hamer Advocaten. Uit alles wat er over hem geschreven wordt blijkt dat hij kleurrijk, briljant en onnavolgbaar was. Best lastig dus... zo'n voorbeeld.

In de persoon Gerard zat een tegenstrijdigheid. Hij was behoorlijk dwars en altijd tegen, maar ook gek op aandacht en waardering. Hij was als veel generatiegenoten antiautoritair ingesteld, maar hij hield zich vervolgens wel aan alle regels en normen die golden voor advocaten. Vandaar mijn onderwerp voor deze bijdrage: de nieuwe gedragsregels. Gerard zou er van alles op aan te merken hebben, maar hij zou uiteindelijk de regels wel hebben geaccepteerd. Gerard had geen talent voor ondergeschiktheid, maar wel voor rechtvaardigheid.

Langs deze lijnen denkend heb ik met de vorige Amsterdamse Deken, Pieter van Regteren Altena, de totstandkoming van de nieuwe gedragsregels besproken en deze aan een kritische blik onderworpen.

## 2. Gedragsregels 2018

Op grond van artikel 46 Advocatenwet is iedere advocaat gehouden tot een behoorlijke beroepsuitoefening in het belang van een goede rechtsbedeling. Dit is een open norm die in de loop der jaren is ingevuld in opeenvolgende sets gedragsregels en de tuchtrechtspraak. Gedragsregels worden vastgesteld door de Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten en zijn bedoeld als richtlijn voor advocaten. Zij verwoorden de heersende opvattingen over de normen die alle advocaten moeten hanteren bij de uitoefening van hun vak.

De codificatie van de kernwaarden voor de advocatuur in artikel 10a lid 1 Advocatenwet – onafhankelijkheid, partijdigheid, deskundigheid, integriteit en vertrouwelijkheid –, de per 1 januari 2015 van kracht geworden nieuwe Verordening op de advocatuur (hierna: *voda*) en de sinds het van kracht worden van de Gedragsregels 1992 (hierna: *oude gedragsregels*) gewijzigde opvattingen binnen de beroepsgroep zijn voor de Algemene Raad reden geweest om een commissie in te stellen met als opdracht de gedragsregels te herijken. Deze Commissie herijking gedragsregels, in de praktijk meestal aangeduid met de naam van de voorzitter, de oud-deken van de Nederlandse Orde Loorbach, had als opdracht de bestaande gedragsregels te herijken, vereenvoudigen en verbeteren.

---

1 Simeon Burmeister is strafrechtadvocaat bij Cleerdin & Hamer Advocaten, sinds 2010 lid van de Raad van de Orde (portefeuillehouder strafrecht) en sinds mei 2018 waarnemend Deken bij de Orde van Advocaten in Amsterdam. Aimée Timorason is strafrechtadvocaat bij Cleerdin & Hamer Advocaten.

2 Door Simeon Burmeister.

Medio 2017 was het concept van de nieuwe regels met toelichting voltooid, waarna deze aan een groot aantal partijen ter consultatie is aangeboden. De daarop ontvangen reacties zijn verwerkt waarna de nieuwe gedragsregels (hierna: de gedragsregels), op 14 februari 2018 in werking zijn getreden. De 39 regels in de oude gedragsregels bestond uit 39 regels, het aantal is teruggebracht tot 29. Dat lijkt een stevige reductie maar een gedeelte wordt verklaard doordat een aantal van de oude gedragsregels inmiddels in de vofa was opgenomen. De inleiding van de gedragsregels en ook de toelichting zijn wel ingrijpend vernieuwd.

### 3. **De gedragsregels in zijn algemeenheid**

De oude gedragsregels, en de naleving daarvan, leverde in het kader van het toezicht op de advocatuur in de praktijk niet veel problemen op. De advocatuur, de lokale dekens en de tuchtrechter konden er goed mee werken, ook omdat deze in de tuchtrecht jurisprudentie waren uitgekristalliseerd. Daardoor waren de oude gedragsregels niet goed toegankelijk, zeker niet voor derden, waaronder klagers die ontevreden waren over een advocaat. In de nieuwe gedragsregels is dan ook een uitgebreide en actuele toelichting opgenomen. Een voorbeeld is regel 5, die evenals de oude regel 3 bepaalt dat de advocaat zich voor ogen dient te houden dat een regeling in der minne vaak de voorkeur verdient boven een proces. Wederpartijen baseerden regelmatig een klacht op deze bepaling. In de toelichting op regel 5 wordt nu benadrukt dat het oplossen van een geschil door middel van een schikking in het oog gehouden dient te worden, maar dat de advocaat geen absolute verplichting daartoe heeft.

Het algemene karakter van de gedragsregels is gehandhaafd. Dat is ook wel logisch nu het om een herijking van de bestaande regels ging. Er is dus ook vanaf gezien regels te introduceren die alleen gelden voor aparte rechtsgebieden, zoals de strafadvocatuur. Dat is een te-rechte keus. Een advocaat is een advocaat ongeacht op welk rechtsgebied hij of zij werkzaam is. Een onderscheid tussen een advocaat die alleen zou procederen en een advocaat die dat niet doet is niet te maken. Bovendien verschieten veel zaken van kleur. Het gedragsrecht moet ook niet ingewikkelder gemaakt worden dan noodzakelijk.

### 4. **Een aantal gedragsregels uitgelicht**

Een aantal gedragsregels, waaronder regels die voor de strafrechtpraktijk in het bijzonder van belang zijn, is inhoudelijk wel gewijzigd.

#### 4.1. **Regel 3 / Vertrouwelijkheid**

De advocaat is op grond van artikel 10a Advocatenwet verplicht tot geheimhouding. Dit is uitgewerkt in regel 3. De advocaat dient te zwijgen over de persoon van zijn cliënt, de inhoud van door hem behandelde zaken en de aard en omvang van de belangen van de cliënt. Schending van de geheimhoudingsverplichting door een advocaat is strafbaar gesteld in artikel 272 Sr.

Aan iedere geheimhouder komt in beginsel een verschoningsrecht toe. De laatste tijd ligt het verschoningsrecht van de advocatuur onder een vergrootglas. In het bijzonder bij de Belastingdienst en het openbaar ministerie uiten zich minder positief over de advocaat als geheimhouder. Vooral advocaten in 'de' adviespraktijk en advocaten in 'de' fiscale praktijk zouden misbruik maken van hun verschoningsrecht. Dat is een zware beschuldiging waar de Nederlandse Orde zich fel tegen verzet. Ook de strafadvocatuur moet zich tegen deze beschuldigingen blijven verzetten. Het zal zo zijn en blijven dat de Belastingdienst en het openbaar ministerie de drempel om dwangmiddelen tegen advocaten toe te passen te hoog vinden, maar wanneer door een advocaat problemen worden ondervonden rond het beroep op het

verschoningsrecht kan de tussenkomst van de deken worden gevraagd. De rechter heeft dan uiteindelijk het laatste woord. Zo hoort dat in een rechtsstaat.

In de contacten tussen advocaat en media is snel sprake van spanning tussen de geheimhoudingsplicht en het geven van informatie over een cliënt en/of over een zaak. Het gaat dan niet alleen om 'trial by media' maar ook om het in de openbaarheid treden van advocaten in zaken die in een onderzoeksfase of onder de rechter zijn. Wanneer media-aandacht in het belang is van de cliënt, dit is besproken met de cliënt en door hem wordt ondersteund dan is daar geen bezwaar tegen. Nogal wat strafadvocaten zijn echter regelmatig zichtbaar in media zonder dat dat cliëntenbelang evident meespeelt en ook zonder dat de strafadvocaat voortdurend voldoende bewust is van dit spanningsveld.

Vertrouwelijkheid en deskundigheid spelen een belangrijke rol in de advocaat-cliënt relatie, ook ten aanzien van eventueel optreden van de advocaat in de media. In de oude regel 10 lid 2 was een expliciet verbod opgenomen om afschrift van processtukken aan de media te verstrekken. Daarnaast diende de advocaat terughoudend te zijn met het geven van inzage van stukken aan de media. De ratio achter deze regel was dat een proces in en niet buiten de rechtszaal dient te worden gevoerd. Maar ook dat met informatie in processtukken veel meer belangen aan de orde kunnen zijn dan alleen het belang van de cliënt. Een strafdossier met processen-verbaal van verhoren van meerdere personen, onderzoeksverslagen, etc. is een evident voorbeeld.

De oude regel 10 lid 2 is in Gedragsregels 2018 geschrapt. Deze regel is vervangen door regel 3 lid 6. In deze regel staat dat bij het verstrekken van informatie aan derden over een zaak de advocaat, behalve de belangen van de eigen cliënt, tevens andere gerechtvaardigde belangen in acht dient te nemen. Van een verbod naar een open norm. Juist omdat hier andere belangen, dan die van de eigen cliënt, aan de orde kunnen zijn is het de vraag of deze aanpassing een verbetering is. De praktijk moet het uitwijzen.

Als deken heeft Van Regteren Altena zich regelmatig afgevraagd welk cliëntenbelang aan de orde kon zijn bij het optreden van een advocaat in de media. Zeker wanneer zo'n optreden zag op een lopende procedure of strafzaak kan zo'n optreden in de media doorgaans aan de zaak zelf niet toe of afdoen en ontstaat de indruk dat advocaten uit een zekere zelfgenoegzaamheid toch aanschuiven. Dit geldt ook voor talkshows waarvan bekend is dat die zich eerder op sensatie dan op het delen van genuanceerde informatie richten. Wat in dit verband eveneens opvalt is dat sommige advocaten in de media als een soort 'onafhankelijk experts' vragen beantwoorden over zaken waarin zij zelf niet of niet langer als advocaat betrokken zijn. Tegen het verschaffen van algemene informatie over de gang van zaken in een procedure in de media door een advocaat die met die zaak geen bemoeienis heeft bestaat geen bezwaar. In zaken waarin men advocaat is moet een advocaat zich voortdurend bewust zijn van zijn bijzondere positie. Wanneer de rol van een advocaat in een zaak is uitgespeeld dient betreffende advocaat, in de visie van Regteren Altena, ook in de media geen enkele rol meer te hebben. Hij dient immers geen cliëntenbelang in die zaak meer terwijl de geheimhoudingsplicht omtrent informatie die door het behandelen van de zaak verkregen is onverkort van kracht blijft. Meer specifiek doelen wij in dit kader op oud-advocaten die zich in de media uitlaten over zaken van voormalig cliënten. Een voorbeeld van zo een zaak is de zaak Holleeder. Welk cliëntenbelang wordt door deze oud-advocaten gediend? Dit is een terechte vraag nu de huidige advocaten er juist nadrukkelijk voor kiezen om niet uitgebreid in de media te treden.

#### 4.2. *Regel 26 / Vertrouwelijke mededelingen*

Voor de nieuwe regels over het delen van confraternele communicatie is aansluiting gezocht bij de Europese gedragscode (hierna: CCBE). Wat daardoor nieuw is, is dat vertrouwelijkheid omtrent confraternele communicatie door de betrokken advocaten expliciet vooraf moet worden afgesproken terwijl dat in de oude regels 12 en 13 als uitgangspunt gold. Deze aanpassing is ingegeven doordat de commissie de vertrouwelijkheid als uitgangspunt niet meer van deze tijd vond. Anders dan in de CCBE is in regel 26, evenals in de oude regel 12, bepaald dat de tussen de advocaten gemaakte afspraak over vertrouwelijke communicatie kan worden doorbroken wanneer het belang van de cliënt dit bepaaldelijk vordert. Dit brengt mee dat een advocaat die met een andere advocaat gemaakte afspraak omtrent vertrouwelijkheid niet als uitgangspunt heeft te laten gelden hetgeen op gespannen voet staat met de goede verhoudingen binnen de advocatuur die in regel 24 nog wel als nastrevenswaardig wordt genoemd. Het maakt de advisering door de deken in gevallen waarin een advocaat zich toch op vertrouwelijke communicatie wil beroepen niet alleen niet overbodig maar ook een stuk lastiger dan onder het regime van de oude regels 12 en 13.

#### 4.3. *Regel 18 / Gefinancierde rechtsbijstand*

In regel 18 lid 2 staat dat indien de advocaat is toegevoegd voor zijn werkzaamheden dat hij (daarnaast) geen vergoeding voor zijn werkzaamheden in ontvangst kan nemen. Er moet dus een keuze worden gemaakt: op basis van toevoeging of betalend. In de strafpraktijk komt het voor dat er een beslissing van een rechter of officier nodig is voordat een zaak toevoegingswaardig is. Een voorbeeld van zo'n situatie in de strafpraktijk is verhoorsbijstand bij de niet aangehouden verdachte. Mogen de werkzaamheden in deze periode wel aan de cliënt in rekening worden gebracht wanneer later een toevoeging wordt afgegeven? Mag een advocaat iemand op betalende basis bijstaan en overgaan op gefinancierde bijstand wanneer de cliënt niet langer kan of wil betalen? Hier kunnen veel potentiële problemen worden voorkomen wanneer daarover tijdig duidelijke afspraken worden gemaakt en vastgelegd. Voor de uitvoering van de gefinancierde rechtsbijstand is de Raad voor Rechtsbijstand verantwoordelijk, die zich laat leiden door regelgeving en beleid. Wanneer de Raad akkoord is met de wijze waarop deze afspraken door de advocaat met de cliënt zijn vastgelegd dan mag de advocaat dat als uitgangspunt nemen.

### 5. **Een aantal knelpunten uit de praktijk en de daaraan verbonden of te verbinden consequenties**

#### 5.1. *Meldplicht voor advocaten*

In de nieuwe gedragsregels is niet opgenomen dat de advocaat het bij de deken als toezichthouder moet melden indien hij zelf een ernstige beroepsfout heeft gemaakt of als de advocaat zelf als verdachte is aangemerkt (of zelfs is veroordeeld). In de praktijk brengt dit mee dat de toezichthouder informatie die uiterst relevant kan zijn voor de beoordeling van de praktijkuitoefening door de advocaat verborgen blijft. In andere beroepsgroepen waarin sprake is van toezicht, bijvoorbeeld de zorg en de financiële dienstverlening, is wel sprake van een informatieplicht. De terughoudendheid in dit opzicht voor de advocatuur is, zeker nu in de advocatuur meer en meer sprake is van risico- gestuurd toezicht niet meer in overeenstemming met hetgeen als juist wordt ervaren. Dat is ook bij de commissie aan de orde gesteld maar omdat sprake was van een herijking en er geen wettelijke grondslag voor aanpassing was is er in dit opzicht niks veranderd.

Dit betekent dat de deken als toezichhouder in dit opzicht voorlopig aangewezen blijft op signalen van de hoofdofficier van justitie, de president van de rechtbank en andere ketenpartners ten behoeve van het toezicht op advocaten die mogelijk niet voldoen aan de aan hen te stellen eisen. Dat hoeft niet steeds tot problemen met of voor de cliënt te leiden en sommige dingen zijn ook al opgelost voordat het tuchtrechtelijk relevant wordt, maar dat doet er niet aan af dat het wel van belang is om over dit soort informatie te beschikken.

### 5.2. *Declaratiegeschillen*

De begrotingsprocedure waarbij betwiste declaraties van een advocaat op verzoek van de advocaat door de Raad van de Orde werden beoordeeld is op 1 januari 2015 afgeschaft. Dat is enerzijds een begrijpelijke ontwikkeling omdat de beoordeling in zo'n procedure door andere advocaten en niet door een onafhankelijke geschilbeslechter plaats vond. Maar anderzijds had de procedure wel als voordeel dat de beoordeling plaatsvond op basis van het hele dossier en door advocaten die ook de redelijkheid van de voor de verrichte werkzaamheden in rekening gebrachte bedragen kunnen beoordelen. Indien een declaratiegeschil niet door de klachtenfunctionaris van een advocaat of de Geschillencommissie voor de advocatuur kan worden opgelost rest de weg naar de gewone rechter, in veel gevallen voor een bedrag onder de competentiegrens van de sector kanton. Die kan in lastige zaken dan wel weer een deskundige benoemen maar omslachtig is dat wel, zowel voor de cliënt als voor de advocaat.

In de praktijk wordt – afgezet tegen het aantal advocatendeclaraties – verhoudingsgewijs maar weinig geklaagd over 'excessief declareren'. Gelukkig worden deze geschillen veelal tussen advocaat en cliënt onderling opgelost omdat het cliëntenbelang ook dan geldt en de advocaat zelf ook een commercieel belang heeft om dit soort problemen op te lossen.

### 5.3. *Belangenverstrengeling*

Regel 15 van de gedragsregels is inhoudelijk niet veranderd. De reden dat deze regel hier toch wordt uitgelicht is dat deze in de strafpraktijk aan de orde is bij advocaten die meerdere verdachten in één strafzaak bijstaan. Dat is niet steeds verantwoord of wenselijk omdat nu eenmaal moeilijk te voorspellen is of een belangenverstrengeling zal (kunnen) ontstaan doordat een of meer verdachten op een later moment belastend kunnen verklaren over een medeverdachte.

Een ander aspect aan het bijstaan van meerdere verdachten in één zaak is dat de advocaat van een leidinggevende in een criminele organisatie vaak ook – na overname – de advocaat is van een of meer (kwetsbare) medeverdachten. Dit komt onder andere in drugszaken voor waarbij een extra complicatie is dat de advocaat voor de behandeling van alle zaken door de organisatie wordt betaald. Deze situatie is onwenselijk omdat de belangen van een kwetsbare medeverdachte dan ondergeschikt kunnen worden gemaakt aan die van de hogergeplaatste in de organisatie. Belangenverstrengeling dus. Toezicht van de Orde op dit punt is afhankelijk van het openbaar ministerie en de rechtbank als het gaat om het signaleren van deze situaties. Zodra sprake is van de schijn van belangenverstrengeling moet de advocaat zich terugtrekken uit de zaak. De consequentie daarvan is meestal dat de betreffende advocaat zich volledig uit de zaken terugtrekt en alle verdachten kwijtraakt, zoals uit regel 15 lid 2 van de gedragsregels volgt. Dat is niet bevorderlijk voor de efficiënte afhandeling van de zaak en vraagt dus ook daarom om voortdurende alertheid van de advocaat.

6. **Nawoord**

Resumerend kan worden gezegd dat de gedragsregels die per 14 februari 2018 in werking zijn getreden niet veel zijn veranderd. De gehandhaafde regels zijn wel van een aangepaste en veelal uitgebreide toelichting voorzien die aansluiten op het karakter van de gedragsregels en de huidige tijdsgeest en de praktijk.

# Knelpunten rondom de vordering van de benadeelde partij in het strafproces

A.C. DIESFELDT & A.J. SPREY<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

De positie van het slachtoffer in het strafproces is de afgelopen decennia enorm versterkt en het valt te verwachten dat die positie in de toekomst nog sterker wordt. Zo heeft een spreekgerechtigde op dit moment een onbeperkt spreekrecht (artikel 51e Sv). Bij de Minister van Rechtsbescherming, Sander Dekker leeft het idee om de verdachte te dwingen de spreekrechtverklaring van het slachtoffer aan te horen. Daarnaast speelt hij met de gedachte om de kring van spreekgerechtigden uit te breiden met stieffamilie en het slachtoffer spreekrecht te geven bij zittingen die zien op de verlenging van de terbeschikkingstelling (hierna: TBS) van de veroordeelde.<sup>2</sup> Een recht waar de aandacht minder op is gevestigd, maar waar het slachtoffer veelvuldig gebruik van maakt, is het recht om als benadeelde partij een vordering tot schadevergoeding in te dienen (artikel 51f Sv). In deze bijdrage richten wij ons dan ook op de positie van het slachtoffer die zich in het strafproces voegt als benadeelde partij en bespreken wij twee knelpunten die wij in de rechtspraktijk signaleren rondom deze vorderingen.

Het eerste door ons in de strafrechtspraktijk gesignaleerde knelpunt dat in deze bijdrage aan de orde komt, betreft het feit dat de benadeelde zich tot kort voor de zitting en zelfs nog op de zitting in het strafproces kan voegen. De verdachte en zijn verdediging worden als gevolg daarvan niet zelden op een laat moment geconfronteerd met een vordering die omvangrijk en ingewikkeld is (paragraaf 2). Nadat het juridische kader op dit punt is uiteengezet (paragraaf 2.1), onderzoeken wij op welke wijze rechters in de praktijk omgaan met de situatie dat een vordering en/of de aanvulling en/of onderbouwing daarvan op een laat moment in het geding wordt ingebracht (paragraaf 2.2). Vervolgens onderzoeken wij of ten aanzien van het op een laat moment voegen een probleem bestaat, en zo ja, of daarvoor een oplossing kan worden aangedragen (paragraaf 2.3).

Het tweede knelpunt dat in de strafrechtspraktijk bestaat en wij onder de loep nemen, is het feit dat rechters aan vorderingen tot immateriële schadevergoeding in gelijke gevallen verschillende eisen stellen (paragraaf 3). Allereerst zetten we het juridisch kader uiteen waarbinnen vorderingen tot immateriële schadevergoeding moeten worden beoordeeld (paragraaf 3.1). Daarna zullen wij de aandacht richten op jurisprudentie rondom twee type delicten, waarbij het gezien de aard en ernst van het delict twijfelachtig is of de benadeelde recht heeft op immateriële schadevergoeding: zaken die gaan over diefstal uit een woning (paragraaf 3.2.1) en zaken over een bedreiging (paragraaf 3.2.2). We onderzoeken op welke wijze strafrechters bij deze delicten de vorderingen tot immateriële schadevergoeding beoordelen en in hoeverre hierin verschillen bestaan. Vervolgens reflecteren wij op de bestaande rechtspraktijk op dit punt (paragraaf 3.3).

Tot slot sluiten wij deze bijdrage af met een conclusie (paragraaf 4).

1 Annick Diesfeldt is plaatsvervangend officier van justitie bij het parket CVOM en Aram Sprey is strafrechtadvocaat bij Cleerdin & Hamer Advocaten.

2 <http://www.advocatenblad.nl/2018/02/22/dekker-verschijningsplicht-verdachten/>

## 2. **Het eerste knelpunt: de termijn waarbinnen de vordering kan worden ingediend**

### 2.1. ***Het wettelijk kader voor het indienen van een vordering van de benadeelde partij***

Artikel 51g, lid 1, Sv bepaalt dat indien de officier van justitie het slachtoffer op de hoogte stelt van de vervolging van de verdachte, hij het slachtoffer een voegingsformulier toezendt. Dit betreft het zogenoemde ‘Schadeopgaveformulier Misdrijven’ waarop de benadeelde de geleden materiële en/of immateriële schade kan invullen.<sup>3</sup> Het openbaar ministerie verzoekt de benadeelde om het toegezonden formulier binnen veertien dagen ingevuld en ondertekend terug te zenden. De praktijk wijst echter uit dat benadeelde partijen dat zelden doen. Zij brengen het voegingsformulier vrijwel altijd pas op een later moment in het geding. Artikel 51g, lid 3, Sv bepaalt dat de benadeelde dit in eerste aanleg kan doen totdat de officier van justitie zijn requisitoir (een voordracht tijdens een strafrechtelijk proces) is aangevraagd. Hoewel zmet het bepalen van deze termijn ervoor wordt gezorgd dat zowel de officier van justitie als de advocaat zich in zijn requisitoir, respectievelijk pleidooi kan uitlaten over de ingediende vordering, ligt deze termijn niet voor de hand. Uit de wetsgeschiedenis volgt namelijk dat de wetgever het gewent vindt dat de verdachte tijdig kennis kan nemen van de vordering.<sup>4</sup> Hetzelfde geldt dan ook voor de officier van justitie en de rechtbank. Wanneer een vordering pas kort voor aanvang van het requisitoir wordt ingediend, voldoet dat naar onze mening niet aan het begrip ‘tijdig’, zoals de wetgever voor ogen stond.

Na de aanvang van het requisitoir kan de benadeelde zich dus niet meer voegen, maar volgens artikel 334 lid 3 Sv kan zij dan nog wel haar vordering toelichten. Ook kan zij de opgevoerde schadeposten nog wijzigen, zij het dat de Hoge Raad heeft bepaald dat de beginselen van een behoorlijke procesorde meebrengen dat als de aard en de omvang van de wijziging daartoe aanleiding geeft, de procespartijen de mogelijkheid wordt geboden om zich daaromtrent te beraden en een standpunt te bepalen.<sup>5</sup> Evenals de wetgever acht ook de Hoge Raad het dus van belang dat de verdachte voldoende tijd heeft om zich tegen de vordering te vereren.

Voor de fase van het hoger beroep geldt dat voor het gedeelte van de vordering dat door de rechtbank is toegewezen, de voeging van de benadeelde in eerste aanleg, van rechtswege voortduurt (artikel 421 lid 2 Sv). Voor het gedeelte van de vordering dat in eerste aanleg niet is toegewezen, geldt dat de benadeelde aan het hof kenbaar moet maken dat zij de vordering wenst te handhaven. Hoewel noch het bepaalde in artikel 421 lid 3 Sv noch de wetsgeschiedenis duidelijkheid verschaft op dit punt, ligt het voor de hand dat de termijn voor deze bevoegdheid – overeenkomstig de procedure in eerste aanleg – eindigt als de advocaat-generaal met zijn requisitoir is gestart. Met uitzondering van gemaakte kosten voor rechtsbijstand, kunnen geen nieuwe schadeposten worden opgevoerd en kan het schadevergoedingsbedrag niet meer worden verhoogd.<sup>6</sup> Er mogen wel (nieuwe) stukken ter onderbouwing van de vordering worden ingediend.

3 Dit formulier is te vinden op de website van Slachtofferhulp Nederland.

4 *Kamerstukken II* 1989/90, 21345, nr. 3, p. 16.

5 HR 16 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:885, r.o. 3.4.

6 Zie o.a. HR 26 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1279.



## 2.2. *Het oordeel van de rechter over het late moment van indienen van de vordering*

Het Wetboek van Strafvordering biedt de benadeelde aldus de mogelijkheid om zich tot een laat moment te voegen in het strafproces. In de praktijk komt het niet zelden voor dat de vordering benadeelde partij één dag voor de zitting of zelfs pas ter terechtzitting aan de verschillende procesdeelnemers wordt verstrekt. Hoewel hier naar de letter van de wet niets op valt aan te merken – de voeging door de benadeelde is immers binnen de wettelijke termijn geschied – vinden wij deze praktijk voor alle procesdeelnemers onwenselijk. De verdachte wordt namelijk overrompeld door de voeging (of de ingediende stukken ter nadere onderbouwing van de verschillende schadeposten) en heeft vervolgens weinig of geen tijd om de vordering met zijn advocaat te bespreken. De advocaat van de verdachte wordt vervolgens door het tijdsgebrek beperkt in zijn mogelijkheden om de vordering te doorgronden en daar op adequate wijze verweer tegen te voeren, terwijl de officier van justitie evenmin voldoende gelegenheid heeft om een onderbouwd standpunt in te nemen over de vordering. Dit doet wat ons betreft uiteindelijk ook afbreuk aan het rechterlijk oordeel over de vordering, nu dit oordeel juist waarde krijgt doordat het tot stand komt nadat de vordering vanuit verschillende invalshoeken kritisch is belicht.

Bij ons leeft de vraag of de rechter het op een laat moment indienen van de (onderbouwing van de) vordering ook afkeurt, en zo ja, of zij bereid is daar consequenties aan te verbinden. Deze vraag gaan wij onderzoeken door jurisprudentie op dit punt te analyseren. Hierbij dient te worden opgemerkt dat helaas weinig uitspraken zijn gepubliceerd die op dit precieze onderwerp zien.

### 2.2.1. *Met succes voegen na het verstrijken van de termijn van artikel 51g, lid 3, Sv*

Uit onze analyse van de feitenrechtspraak volgt allereerst dat de rechter bereid is om in uitzonderlijke gevallen de benadeelde de mogelijkheid te bieden om zelfs ná het requisitoir van de officier van justitie zich als benadeelde in het strafproces te voegen. Zo heeft de Rechtbank Rotterdam het onderzoek ter terechtzitting heropend en voor onbepaalde tijd geschorst om de benadeelde partij alsnog de mogelijkheid te bieden om zich in het strafproces te voegen.<sup>7</sup> De rechtbank ontving na het sluiten van het onderzoek ter terechtzitting namelijk het bericht dat de benadeelde partij en haar raadsman niet op de hoogte waren gesteld van de zittingsdatum, terwijl zij een vordering had willen indienen. De reden dat zij niet op de hoogte waren, lag erin dat de post naar het oude kantooradres van de advocaat was gestuurd.

In een andere zaak was de benadeelde partij in het geheel niet opgeroepen voor de zitting. De Rechtbank Rotterdam heeft toen in overleg met de officier van justitie en de verdediging afgesproken dat de zaak inhoudelijk zou worden behandeld en dat als de rechtbank tot een veroordeling zou komen, de vordering benadeelde partij alsnog op een volgende zitting zou worden behandeld. De rechtbank kwam vervolgens tot een veroordeling en heeft om die reden de zaak heropend.<sup>8</sup>

Ook de Rechtbank Gelderland heeft in een soortgelijke casus besloten om het onderzoek ter terechtzitting te heropenen en de zaak aan te houden.<sup>9</sup> Na de sluiting van het onderzoek ter terechtzitting vernam de rechtbank dat de benadeelde in het geheel niet op de hoogte was

7 Rb. Rotterdam 20 oktober 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO2921.

8 Rb. Rotterdam 4 augustus 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6083.

9 Rb. Gelderland 24 juli 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:4142.

gesteld van de zittingsdatum. Het verzuim om de vordering tijdig in te dienen, was dus door de overheid in de hand gewerkt. Voordat de tweede zitting plaatsvond, is de vordering aan de verdediging toegezonden. Omdat de verdediging zich tegen de vordering heeft kunnen verweren en niet is overvallen door indiening op het laatste moment, heeft de rechtbank de vordering in behandeling genomen. Behalve dat de rechtbank bereid is soepel met de gestelde termijn van artikel 51g, lid 3, Sv om te gaan, volgt uit voornoemde uitspraak ook dat de rechter het belangrijk vindt dat de verdediging niet door de vordering wordt overvallen doordat deze op het laatste moment wordt ingediend. De Rechtbank Gelderland houdt bij de beslissing om een vordering benadeelde partij al dan niet in behandeling te nemen dus rekening met zowel de belangen van het slachtoffer, als die van de verdachte.

Uit bovenstaande uitspraken zou voorzichtig kunnen worden afgeleid dat de rechter bereid is om soepel met de in artikel 51g, lid 3, Sv gestelde termijn om te gaan, als de reden voor het te laat voegen in het strafproces door de benadeelde ligt in omstandigheden die buiten de macht van de benadeelde lagen.

De benadeelde heeft volgens de wet geen mogelijkheid meer om zich te voegen, maar de rechter staat dit toch toe. Hoewel dit op het eerste gezicht niet meer dan redelijk lijkt, zou hier tegenin kunnen worden gebracht dat de vordering benadeelde partij een accessoir karakter heeft en dat daarmee niet strookt dat de strafzaak vanwege de vordering benadeelde partij wordt aangehouden. Het accent dient te liggen bij de behandeling van de verdenking binnen de kaders van het strafproces.

### 2.2.2. *Niet-ontvankelijkheid als gevolg van het op een laat moment indienen van de vordering*

Wij kunnen ons voorstellen dat de rechter die soepelheid hanteert als op een laat moment een vordering wordt ingediend die niet omvangrijk en niet ingewikkeld is. Te denken valt dan bijvoorbeeld aan de belediging van een verbalisant die een standaardbedrag aan immateriële schadevergoeding vordert of enkele overzichtelijke en goed onderbouwde materiële schadeposten die het gevolg zijn van een simpele vernieling.<sup>10</sup> In de rechtspraak werkt het over het algemeen zo dat de procespartijen niet veel tijd nodig hebben om de inhoud van dergelijke vorderingen te duiden. Vaak heeft de verdediging de verdachte voor de zitting ook wel voorbereid op een dergelijke vordering.

Wij vinden die soepelheid echter minder goed voorstelbaar indien het een complexe vordering betreft en de benadeelde wél op de hoogte is van de zittingsdatum, maar ervoor kiest om de vordering op een laat moment in te dienen. De procespartijen hebben dan immers geen, tot weinig tijd om zich degelijk voor te bereiden op het standpunt dat zij ter zitting willen innemen ten aanzien van de vordering. Het is de vraag hoe rechters daar tegenaan kijken.

Artikel 361 lid 3 Sv bepaalt dat indien de behandeling van de vordering van de benadeelde partij een onevenredige belasting van het strafgeding oplevert, de rechtbank de vordering niet-ontvankelijk kan verklaren. De Hoge Raad heeft in 2006 al geoordeeld dat deze bepa-

---

<sup>10</sup> Waar wij dan bijvoorbeeld niet aan denken is een omvangrijke vordering die bestaat uit zowel materiële als immateriële schadeposten als gevolg van een poging tot doodslag. Hoewel de rechtbank Noord-Holland van oordeel was dat de omvangrijke vordering laat is ingediend (te weten een week voor de zitting) en als gevolg daarvan de rechtbank en de verdediging bemoeilijkt is in een behoorlijke voorbereiding op de vordering, heeft zij de benadeelde wel ontvankelijk verklaard in haar vordering en ook het grootste gedeelte van de vordering toegewezen. Zie: Rb. Noord-Holland 30 mei 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:7911.

ling in het licht van artikel 6 lid 1 EVRM (het recht op een eerlijk proces) zo moet worden uitgelegd dat zij de strafrechter tot niet-ontvankelijkverklaring verplicht wanneer hij er niet zeker van is dat partijen in voldoende mate in de gelegenheid zijn geweest om hun standpunt met betrekking tot de ingediende vordering naar voren te brengen.<sup>11</sup>

In ons jurisprudentieonderzoek zijn wij enkele uitspraken van feitenrechters tegengekomen waarin zij dit oordeel van de Hoge Raad hebben gevolgd in soortelijke zaken waarover zij moesten oordelen. Zo wijst advocaat-generaal Vegter in punt 5 van zijn conclusie op de beslissing van een politierechter met betrekking tot een op een laat moment ingediende vordering van de benadeelde partij.<sup>12</sup> Die beslissing houdt in dat de vordering niet eenvoudig is, bovendien deels in de Duitse taal en deels in de Engelse taal is opgesteld, dat de vordering op een laat moment is ingebracht en dat de verdediging de stukken onvoldoende tijdig heeft ontvangen om voor vertaling te kunnen zorgen. Gelet op al deze omstandigheden heeft de politierechter de benadeelde partij niet-ontvankelijk verklaard in haar vordering.

De Rechtbank Zutphen heeft de benadeelde partij niet-ontvankelijk verklaard in haar vordering omdat een omvangrijke (toelichting op de) vordering pas de dag voor de inhoudelijke behandeling door de officier van justitie, de verdediging en de rechtbank was ontvangen.<sup>13</sup> De benadeelde partij was slachtoffer geworden van poging tot doodslag en de vordering bestond uit materiële schade (o.a. ziekenhuiskosten en beveiligingsmaatregelen in de woning) ter hoogte van ruim € 10.000 en immateriële schade ter hoogte van € 35.000. Hoewel de raadvrouw van de verdachte – volgens de rechtbank niet onbegrijpelijk – had verzocht om aanhouding van de zaak voor bijvoorbeeld een schriftelijke ronde, was de rechtbank van oordeel dat het voor de beoordeling van de vordering verdere noodzakelijke onderzoek een onevenredige belasting van het strafgeding oplevert. Om die reden is de benadeelde niet-ontvankelijk verklaard in haar vordering.

Ook de Rechtbank Gelderland heeft het late indienen van de vordering gesanctioneerd met niet-ontvankelijkheid.<sup>14</sup> Twee slachtoffers van openlijke geweldpleging hadden schade geleden en daarvoor uitvoerige en complexe vorderingen ingediend ter hoogte van ruim € 55.000 respectievelijk € 20.000. De vorderingen bestonden uit zowel materiële als immateriële schade, maar uit het vonnis kan niet worden afgeleid waar de schadeposten precies uit bestonden. In deze zaak waren de vorderingen in de loop van de laatste werkdag voor de terechtzitting ter kennis van de rechtbank en de verdediging gebracht. Hoewel de rechtbank erkent dat het Wetboek van Strafvordering op zich toestaat dat een vordering in een laat stadium wordt ingediend, vindt de rechtbank het kwalijk om op zo'n laat moment twee omvangrijke en complexe vorderingen in te dienen. Hiermee heeft de advocaat van de benadeelden het de verdediging namelijk onmogelijk gemaakt om zich daarop behoorlijk voor te bereiden. De advocaat van de verdachte had alleen nog het weekend voorafgaand aan de zitting om de vorderingen met zijn cliënt te bespreken, die overigens geen Nederlands spreekt. De rechtbank vindt het begrijpelijk dat dat niet is gelukt. Zij voelt er vervolgens niets voor om het onderzoek ter terechtzitting te heropenen en vervolgens te schorsen. Mede gelet op het feit dat het een strafzaak betreft tegen een minderjarige buitenlandse

11 HR 15 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV2654, r.o. 3.3.2.

12 Zie de conclusie van 15 september 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BK2707. Een directe vindplaats van de uitspraak van de politierechter wordt daarin niet gegeven.

13 Rb. Zutphen 16 februari 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BP4817.

14 Rb. Gelderland 6 februari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:663.

verdachte die (nog) geen uitsluitel heeft over zijn verblijfstatus, zou dat namelijk een onevenredige belasting van het strafgeding opleveren.

Tot slot een uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland.<sup>15</sup> De verdachte in deze zaak is veroordeeld voor doodslag. Hij heeft het slachtoffer vijftien keer met een mes gestoken, als gevolg waarvan hij is overleden. Onder andere de weduwe heeft een vordering tot schadevergoeding ingediend, bestaande uit materiële en immateriële schade. De immateriële schadepost bestond uit twee posten: gederfd inkomen/levensonderhoud en affectieschade. De rechtbank heeft de vordering voor wat betreft het gederfd inkomen niet-ontvankelijk verklaard. Daarvoor bestonden twee redenen. De eerste reden is dat de rechtbank van oordeel was dat de post zodanig ingewikkeld was, dat de beoordeling daarvan een onevenredige belasting van het strafgeding oplevert. De tweede reden houdt in dat de vordering op een laat moment is ingediend en de verdediging als gevolg daarvan niet voldoende inhoudelijk op de vordering heeft kunnen reageren. Er is dus geen sprake geweest van voldoende hoor en wederhoor.

Uit de in deze paragraaf geanalyseerde jurisprudentie volgt dat indien een volgens de rechter complexe vordering op een laat moment wordt ingediend, de rechter bereid is om daar gevolgen aan te verbinden door de benadeelde partij niet-ontvankelijk in de vordering te verklaren. Deze tendens zien wij overigens ook in onze eigen praktijk. Vanwege het feit dat het late moment van indienen telkens expliciet in de overwegingen wordt meegenomen, gaan wij ervan uit dat niet alleen de complexiteit van de vordering, maar zeker ook het late moment van indienen van de vordering een omstandigheid is die maakt dat de rechter tot niet-ontvankelijkverklaring beslist. Hoewel de benadeelde volgens het Wetboek van Strafvordering aldus nog de mogelijkheid had om zich in het strafproces te voegen, zijn er rechters die haar die mogelijkheid in de praktijk dan niet meer bieden.

### 2.3. *Een oplossing voor een probleem?*

De vraag die nu rijst, is of deze praktijk problematisch is. Wij menen van wel. Dat rechters de strafzaak aanhouden om de benadeelde de mogelijkheid te geven zich alsnog te voegen, kan namelijk in het nadeel van de verdachte zijn. Als de zaak eenmaal ter zitting is gepland voor een inhoudelijke behandeling wil de verdachte over het algemeen weten waar hij aan toe is en dus dat de strafrechter uitspraak in zijn zaak doet. De niet-ontvankelijkverklaring als gevolg van het laat indienen van de vordering, is in het nadeel van de benadeelde. Hoewel het aan de ene kant wringt dat de rechter de benadeelde beperkt in haar mogelijkheid tot voegen, terwijl de benadeelde die mogelijkheid volgens de wet nog wel heeft, is het op een laat moment (vaak kort voor de inhoudelijke behandeling) geconfronteerd worden met een complexe vordering voor de verdachte en zijn advocaat problematisch. De verdediging heeft dan immers onvoldoende tijd om zich gedegen tegen de vordering te verweren, terwijl er ook geen tijd is om de verdachte de fitnesses van de vordering uit te leggen. Ook de officier van justitie en de rechter hebben in zo'n geval slechts beperkte tijd om de vordering te bestuderen.

Wij hebben ten slotte gekeken naar mogelijke aanpassingen van het systeem waardoor dit probleem zou kunnen worden ondervangen. Een optie is om aansluiting te zoeken bij de regels die in het civiele recht van toepassing zijn, al bestaat de oplossing er wat ons betreft

---

<sup>15</sup> Rb. Noord-Holland 26 september 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:7889.

niet uit dat het procesreglement uit het civiele recht<sup>16</sup> volledig van toepassing wordt verklaard op de vordering benadeelde partij in het strafproces. In het civiele recht werkt het namelijk zo dat als de benadeelde partij schade wil vorderen van de verdachte (of veroordeelde), zij hem dient te dagvaarden. De verdachte heeft dan als verweerder zes weken de tijd voor een conclusie van antwoord.<sup>17</sup> Anders dan in het strafrecht (zie artikel 334 lid 1 Sv), kunnen de partijen ook getuigen of deskundigen aanbrengen. In de praktijk vindt vaak veel later in de tijd een comparitie van partijen plaats. Uiterlijk tot twee weken vóór de zitting kunnen dan nog stukken worden ingediend.<sup>18</sup> Na dat moment kan dat niet meer. Indien de benadeelde partij de vordering tot schadevergoeding aan de burgerlijke rechter voorlegt, bestaan aldus voor zowel de benadeelde als de verdachte of veroordeelde lange periodes waarin en/of waarna op elkaars standpunt kan worden gereageerd. Wij erkennen dat voor deze civiele praktijk van uitvoerige hoor en wederhoor in het strafproces geen plaats is. De wettelijke regeling die het mogelijk heeft gemaakt dat de benadeelde zich in het strafproces kan voegen, is namelijk in het leven geroepen zodat de benadeelde, die een niet al te complexe vordering tot schadevergoeding heeft, de weg naar de civiele rechter wordt bespaard en via het strafproces relatief snel een oordeel van de rechter over de gevorderde schade krijgt. Daarbij past het niet dat de strafprocedure dezelfde waarborgen biedt als de civiele procedure.<sup>19</sup>

Wij zijn van mening dat een kleine aanpassing van het Wetboek van Strafvordering het hiervoor geschetste knelpunt kan wegnemen. Ons voorstel houdt in dat artikel 51g, lid 3, Sv wordt geschrapt en aan artikel 51g, lid 1, Sv wordt toegevoegd dat voeging slechts schriftelijk kan plaatsvinden en wel tot uiterlijk twee weken voor de inhoudelijke behandeling van de strafzaak waarbij ook de vordering benadeelde partij aan de orde zal komen.<sup>20</sup> Voor zogenaamde snelrechtzittingen zou daarnaast een kortere termijn kunnen worden vastgesteld. Onzes inziens zou eveneens moeten worden bepaald dat de rechter verplicht is de benadeelde partij niet-ontvankelijk te verklaren indien de voeging niet vóór die wettelijke termijn is geschied en dat aanhouden van de zaak in dat geval niet langer tot de mogelijkheden behoort. Voor de benadeelde partij zal de strikte termijn een stimulans vormen om de vordering tijdig in te dienen. Al met al is ons voorstel in het belang van zowel de verdachte, als de benadeelde partij: de verdachte kan zijn verweer ten aanzien van de vordering gedegen voorbereiden en de benadeelde partij – die in de praktijk vaak hoge verwachtingen heeft van de strafrechter – loopt minder snel het risico om vanwege het late moment van indienen niet-ontvankelijk te worden verklaard. Ook de officier van justitie en de rechter kunnen op deze manier de vordering tijdig bestuderen, waarna ter zitting door de benadeelde partij eventuele onduidelijkheden kunnen worden toegelicht en vragen kunnen worden beantwoord.

Ondanks het door ons geschetste voorstel dat naar onze mening het in deze paragraaf besproken knelpunt kan oplossen, verwachten wij niet dat op deze manier alle vorderingen

16 Het 'Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken'. Dit procesreglement is te vinden op de website van De Rechtspraak: <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/landelijk-procesreglement-voor-civiele-dagvaardingszaken-bij-de-rechtbanken2.pdf>.

17 Punt 3.9 van het in noot 16 genoemde procesreglement.

18 Punt 2.9 van het in noot 16 genoemde procesreglement.

19 HR 15 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV2654, r.o. 3.3.2.

20 Een respondent die in een rapport van de Universiteit Utrecht (in opdracht van het WODC) wordt genoemd en een rechter betreft, stelt net als wij ook een termijn ruim vóór het onderzoek ter terechtzitting voor en sluit aan bij de dagvaardingstermijn van artikel 265 Sv en de termijn voor het opgeven van getuigen ex artikel 263 Sv. Zie R.S.B. Kool e.a., *Civiel schadeverhaal via het strafproces. Een verkenning van de rechtspraktijk en regelgeving betreffende de voeging benadeelde partij*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 142.

van benadeelde partijen binnen het strafproces kunnen worden afgedaan. Het kan natuurlijk zijn dat ondanks dat de vordering ruim op tijd is ingediend en alle procespartijen de vordering uitvoering hebben kunnen bestuderen, de conclusie is dat de vordering een onevenredige belasting van het strafgeding oplevert. Het is echter wel zo dat ook in deze gevallen de benadeelde dan wel een eerlijke kans heeft gehad om via het strafproces haar schade vergoed te krijgen en heeft de verdachte een eerlijke kans gehad om zich gedegen tegen de vordering te verweren.

Ook dát is winst ten opzichte van hoe in sommige gevallen tegenwoordig met de vordering benadeelde partij wordt omgesprongen in het strafproces.

### 3. **Het tweede knelpunt: immateriële schadevergoeding wegens aantasting in de persoon**

Het tweede aspect van de vordering benadeelde partij waar wij in deze bijdrage onze aandacht op vestigen, is kort gezegd de manier waarop strafrechters vorderingen tot immateriële schadevergoeding beoordelen wanneer op grond van artikel 6:106 lid 1 sub b, BW schadevergoeding wordt gevorderd omdat de benadeelde ‘op andere wijze in zijn persoon is aangetast’. Waar in deze bijdrage zal worden gesproken over ‘persoonsaantasting’, wordt gedoeld op deze in artikel 6:106 lid 1 sub b, BW neergelegde grond voor immateriële schadevergoeding. Wij vestigen de aandacht op strafzaken die draaien om twee specifieke delicten, te weten diefstal uit een woning (al dan niet met braak en al dan niet voltooid) en bedreiging. In de praktijk zien wij dat met name bij deze twee delicten ter discussie staat of de benadeelde partij recht heeft op immateriële schadevergoeding en dat rechters hier verschillend over oordelen. Wij zullen aan de hand van jurisprudentie onderzoeken of ons beeld, dat verschil bestaat in hoe strafrechters deze vordering toetsen, correct is.

Voordat we echter toekomen aan het in kaart brengen van de jurisprudentie, bespreken we de civiele grondslag voor het vorderen van immateriële schadevergoeding en zetten we uiteen welke eisen op grond van de wet en jurisprudentie aan het toewijzen van dergelijke vorderingen worden gesteld. Dit doen wij om scherp te krijgen aan welke eisen moet worden voldaan, wil een vordering tot immateriële schadevergoeding wegens persoonsaantasting toewijsbaar zijn.

#### 3.1. ***Civielrechtelijke grondslag***

Op grond van artikel 6:95 BW is het mogelijk om als benadeelde partij, naast het vorderen van schadevergoeding voor vermogensschade, ook schadevergoeding te vorderen ‘voor ander nadeel, voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft’. Artikel 6:95 BW vormt daarmee de grondslag voor het vorderen van immateriële schadevergoeding in het strafproces. Het betreft de vergoeding van ‘ander nadeel’. Artikel 6:106 BW geeft vervolgens inhoud aan het begrip ‘ander nadeel’. Recht op immateriële schadevergoeding bestaat om te beginnen indien de aansprakelijke persoon het oogmerk had om immateriële schade toe te brengen (sub a) en wanneer de nagedachtenis van een overleden is aangetast (sub c). Een vordering tot immateriële schadevergoeding wordt echter in de meeste gevallen gebaseerd op een van de drie in artikel 6:106 lid 1 sub b, BW genoemde gronden, te weten:

- i. wanneer de benadeelde lichamelijk letsel heeft opgelopen,
- ii. in zijn eer of goede naam is geschaad, of
- iii. op andere wijze in zijn persoon is aangetast.

Op de inhoud van deze drie begrippen zullen wij hierna eerst kort ingaan.

### 3.1.1. *Schadevergoeding voor lichamenlijk letsel*

De eerste in artikel 6:106 lid 1 sub b, BW genoemde grond voor immateriële schadevergoeding, is schadevergoeding voor (door de verdachte) toegebracht lichamenlijk letsel. Het gaat dan bijvoorbeeld om vergoeding voor gederfde levensvreugde of pijn. Wanneer op basis van het strafdossier kan worden vastgesteld dat de verdachte lichamenlijk letsel heeft toegebracht aan de benadeelde, dan kan de strafrechter immateriële schadevergoeding toekennen voor het leed dat de benadeelde heeft geleden. Voor de hoogte van deze vergoeding wordt doorgaans verwezen naar uitspraken uit de Smartengeldgids, waar per type letsel een overzicht wordt gegeven van de in de rechtspraak voor dat letsel toegewezen bedragen. Omdat het strafdossier doorgaans bewijsmateriaal bevat waaruit kan worden afgeleid dat de verdachte de benadeelde partij lichamenlijk letsel heeft toegebracht, zal het voor de benadeelde partij relatief eenvoudig zijn om dit onderdeel van de vordering te onderbouwen. Hij kan immers putten uit het strafdossier en vervolgens de hoogte van de schadevergoeding baseren op de rechtspraak uit de Smartengeldgids.

### 3.1.2. *Schadevergoeding voor aantasting in de eer of goede naam*

De tweede in artikel 6:106 lid 1 sub b, BW genoemde grond voor immateriële schadevergoeding, is schadevergoeding voor een aantasting in de eer of goede naam. Voor toekenning van schadevergoeding op deze grond volstaat dat kan worden vastgesteld dat sprake is van een aantasting in de eer of goede naam. Ook voor deze grond is het voor de benadeelde partij doorgaans relatief eenvoudig om de vordering te onderbouwen. Wanneer de verdachte in de strafzaak bijvoorbeeld wordt verdacht van belediging, dan zal het strafrechtelijk onderzoek zich richten op de vraag of de verdachte de benadeelde partij heeft aangetast in de eer of goede naam. Blijkt vervolgens uit het dossier dat dit het geval is, dan kan dit bewijs tevens ten grondslag worden gelegd aan de vordering van de benadeelde partij. Zo komt het met enige regelmaat voor dat de verdachte terechtstaat voor belediging van een ambtenaar in functie, waarna de betreffende ambtenaar zich als benadeelde partij voegt in het strafproces. De enkele krenking van de eer of goede naam van de verbalisant – bijvoorbeeld als gevolg van kwetsende uitlatingen of doordat de verdachte de verbalisant heeft bespuugd – is dan een reden om immateriële schadevergoeding toe te kennen. Aan toekenning van schadevergoeding op deze grond worden, anders dan nog wel eens wordt betoogd,<sup>21</sup> géén nadere eisen gesteld. De verbalisant hoeft dus geen psychisch letsel te hebben om immateriële schadevergoeding te kunnen krijgen. De immateriële schade zit hem in het gekrenkt zijn.<sup>22</sup>

### 3.1.3. *Schadevergoeding voor aantasting in de persoon op andere wijze*

De laatste – en tevens meest complexe – grond voor immateriële schadevergoeding die wordt genoemd in artikel 6:106 lid 1 sub b, BW, is schadevergoeding omdat de benadeelde op andere wijze in zijn persoon is aangetast. In tegenstelling tot bij de in de paragrafen 3.1.1. en 3.1.2. genoemde gronden voor schadevergoeding, stelt de Hoge Raad aan het toekennen van schadevergoeding wegens persoonsaantasting nadere eisen. De benadeelde partij moet namelijk voldoende concrete gegevens aanvoeren waaruit blijkt dat sprake is van een psychische beschadiging als gevolg van het handelen van de verdachte, waarvoor nodig is dat naar objectieve maatstaven het bestaan van geestelijk letsel kan worden vastgesteld.<sup>23</sup> Immateriële

21 Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 3 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3404.

22 Hof Den Haag 3 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3404.

23 HR 9 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4606, r.o. 5.2.3.

le schadevergoeding wegens persoonsaantasting kan slechts worden toegekend wanneer sprake is van dusdanig geestelijk letsel dat dit kan worden aangemerkt als een aantasting van de persoon. Hiervan is slechts sprake indien het geestelijk letsel een voldoende ernstig karakter heeft.<sup>24</sup> Gevoelens van angst, schrik, onzekerheid en nervositeit vallen niet onder het bereik van artikel 6:106 lid 1 sub b, BW.<sup>25</sup>

Op het moment dat de benadeelde partij shockschade vordert, geldt bovendien (aanvullend) de eis dat sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld.<sup>26</sup> Shockschade is geestelijk letsel dat ontstaat uit een hevige emotionele schok als gevolg van het directe waarnemen van een ongeval, dan wel als gevolg van een directe confrontatie met de ernstige gevolgen ervan. Dit zal in het algemeen slechts het geval zijn indien sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld. Voor de vaststelling daarvan is nader feitelijk onderzoek noodzakelijk, bijvoorbeeld door een psychiater of psycholoog.<sup>27</sup> Buiten het geval waarin de benadeelde partij schadevergoeding vordert voor shockschade, hoeft voor het toekennen van immateriële schadevergoeding vanwege persoonsaantasting dus geen sprake te zijn van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld, maar is (slechts) vereist dat sprake is van voldoende ernstig geestelijk letsel dat naar objectieve maatstaven kan worden vastgesteld.

In een enkel geval wordt echter een uitzondering aanvaard op de eis dat sprake moet zijn van objectief vast te stellen en voldoende ernstig geestelijk letsel. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat niet in alle gevallen is uitgesloten dat een uitzondering op dit uitgangspunt (dat geestelijk letsel is vereist), wordt aanvaard in verband met de bijzondere ernst van de normschending en de gevolgen daarvan voor het slachtoffer.<sup>28</sup> Dit laat zien dat toekenning van immateriële schadevergoeding buiten gevallen van lichamenlijk letsel, schending van de eer en goede naam en geestelijk letsel (enkel) in uitzonderingsgevallen toch aan de orde kan zijn. Deze uitzondering bestaat bijvoorbeeld wanneer een fundamenteel recht ernstig wordt geschonden, zoals het recht op zelfbeschikking over de eigen voortplanting<sup>29</sup> of wanneer een ernstige inbreuk wordt gemaakt op de lichamelijke integriteit. Dit is veelal het geval bij zeer ernstige feiten, zoals verkrachtingszaken en levensdelicten. In deze categorie zaken rechtvaardigt de ernst van de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer of fysieke integriteit dat het slachtoffer immateriële schadevergoeding krijgt.

Ter illustratie wijzen we op een recent vonnis van de Rechtbank Amsterdam waarin deze uitzondering aan de orde was.<sup>30</sup> In dat vonnis oordeelt de rechtbank dat het slachtoffer van verkrachting recht heeft op een naar billijkheid vast te stellen vergoeding van de immateriële schade, aangezien er een ernstige inbreuk is gepleegd op haar persoonlijke levenssfeer en op haar lichamenlijk integriteit. De rechtbank kent deze schadevergoeding dus niet toe vanwege het toegebrachte lichamenlijke letsel (de eerste grondslag van artikel 6:106 lid 1 sub b, BW), maar dit dient ter vergoeding van de immateriële schade die het gevolg is van de persoonsaantasting. Dat de rechtbank geen geestelijk letsel bij het de benadeelde partij heeft vastgesteld, staat niet aan toekenning van de schadevergoeding in de weg. De ernst van de normschending en de gevolgen daarvan voor het slachtoffer rechtvaardigen – in lijn

---

24 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 21 februari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1068.

25 Rb. Limburg 23 januari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:813.

26 HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356.

27 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam, 24 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1865.

28 HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, r.p. 3.5.

29 Zie het overzicht uit de Smartengeldgids 2018, 23e druk, p. 7.

30 Rb. Amsterdam 23 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2624.



met bovengenoemd arrest van de Hoge Raad – afwijking van het uitgangspunt dat geestelijk letsel is vereist.

### 3.2. *Immateriële schadevergoeding wegens persoonsaantasting*

Zoals gezegd levert de vraag of sprake is van een persoonsaantasting in de zin van artikel 6:106 lid 1 sub b, BW in de zwaarste categorie zaken weinig discussie op. Waar wij ons hierna dan ook op richten, zijn zaken waarin de benadeelde partij een vordering tot immateriële schadevergoeding indient en waarin discutabel is of de benadeelde partij daarvoor in aanmerking komt. Meer specifiek zetten we uiteen in hoeverre strafrechters – voor toewijzing van vorderingen tot immateriële schadevergoeding wegens persoonsaantasting – toepassing geven aan het vereiste dat sprake is van geestelijk letsel in zaken waarin de verdachte terechtstaat voor diefstal uit een woning, dan wel verdacht wordt van bedreiging. Voorts brengen we in beeld welke beslissing wordt genomen wanneer geen sprake is van – naar objectieve maatstaven vast te stellen – geestelijk letsel.

#### 3.2.1. *Immateriële schadevergoeding na diefstal uit woning*

Zoals gezegd beginnen we met een uiteenzetting van jurisprudentie met betrekking tot zaken waarin de verdachte wordt verdacht van diefstal uit een woning (al dan niet door middel van braak) en waarbij de benadeelde partij een vordering tot immateriële schadevergoeding heeft ingediend wegens persoonsaantasting, zoals bedoeld in artikel 6:106 lid 1 sub b, BW. We richten ons dus uitdrukkelijk niet op uitspraken waarin de benadeelde partij (ook) lichamelijk letsel heeft opgelopen, nu dit op grond van artikel 6:106 lid 1 sub b, BW een afzonderlijke grond oplevert voor toekenning van immateriële schadevergoeding. We bespreken eerst een aantal uitspraken waarin de vordering tot immateriële schadevergoeding niet wordt toegewezen, gevolgd door een aantal uitspraken waarin de vordering wel wordt toegewezen.

##### 3.2.1.1. *Afwijzing vordering vanwege het ontbreken van geestelijk letsel*

De eerste uitspraak die we bespreken, is van de Rechtbank Amsterdam.<sup>31</sup> De benadeelde partij dient een vordering tot immateriële schadevergoeding in met als toelichting dat hij, in verband met zijn werk als taxichauffeur, zijn gezin 's nachts veelal alleen moet laten, terwijl zijn gezin sinds de inbraak in angst leeft. De rechtbank wijst de vordering af, nu onvoldoende onderbouwd is dat er psychische schade is ontstaan als gevolg van de inbraak en enkel psychisch onbehagen geen reden vormt voor toekenning van schadevergoeding op grond van artikel 6:106 lid 1 BW. In dezelfde lijn oordeelde het Hof Amsterdam recentelijk in een andere zaak. Het hof oordeelde namelijk dat voor de toewijsbaarheid van een vordering die is gericht op de vergoeding van het op andere wijze in zijn persoon zijn aangetast, het uitgangspunt is dat de benadeelde geestelijk letsel heeft opgelopen. Nu het bestaan van geestelijk letsel door de benadeelde partij niet was gesteld, heeft het hof de vordering in zoverre afgewezen.<sup>32</sup>

Ook de Rechtbank Limburg hanteert het door de Hoge Raad geformuleerde criterium dat – voor toewijzing van een vordering gebaseerd op persoonsaantasting – sprake moet zijn van geestelijk letsel. Zij oordeelde namelijk dat ongeacht hoe voorstelbaar deze gevoelens ook mogen zijn, gevoelens van angst, schrik, onzekerheid en nervositeit niet onder het bereik van de wet vallen.<sup>33</sup> Het restrictieve stelsel dat geldt voor toekenning van vergoeding

<sup>31</sup> Rb. Amsterdam 15 februari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:10347.

<sup>32</sup> Hof Amsterdam 24 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:815.

<sup>33</sup> Rb. Limburg 23 januari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:813.

van ander nadeel dan vermogensschade, leidt er eveneens toe dat de aantasting in het woon-  
genot door de verdachte onvoldoende grond vormt voor het aannemen van een verplichting  
tot het betalen van immateriële schadevergoeding, aldus de Rechtbank Den Haag.<sup>34</sup> Even-  
min vormt het hebben van nare gevoelens een grond voor toekenning van immateriële scha-  
devergoeding.<sup>35</sup> In beide zaken werd de vordering tot immateriële schadevergoeding dan  
ook afgewezen.

Het Hof Arnhem-Leeuwarden voegt daaraan toe dat ook het gedurende langere tijd onder-  
vinden van de gevolgen van het delict, geen reden vormt voor toekenning van immateriële  
schadevergoeding.<sup>36</sup>

### 3.2.1.2. *Niet-ontvankelijkheid van de vordering vanwege het ontbreken van geestelijk letsel*

In de hierboven genoemde zaken ging het – voor zover we uit de uitspraak konden afleiden  
– telkens om feiten waarbij geen confrontatie heeft plaatsgevonden tussen de daders en de  
slachtoffers. Wanneer die confrontatie er wél is geweest, zo volgt uit ons jurisprudentieon-  
derzoek, is de strafrechter geneigd om de vordering niet af te wijzen, maar de benadeelde  
partij niet-ontvankelijk in de vordering te verklaren, zodat de weg naar de civiele rechter  
voor haar nog open staat. Zo verklaarde de Rechtbank Amsterdam de benadeelde partij  
niet-ontvankelijk in haar vordering, omdat geestelijk letsel niet is gesteld en daarvan ook niet  
is gebleken uit ingebrachte psychische rapportages. Ondanks dat een confrontatie had plaats-  
gevonden tussen de benadeelde en de daders, waren de als gevolg daarvan ontstane angst- en  
schrikgevoelens onvoldoende om aanspraak te kunnen maken op immateriële schade.<sup>37</sup> Voor  
een slachtoffer van een woninginbraak in Limburg bleef het niet bij een enkele confrontatie,  
maar richtte een van de indringers zich vervolgens ook tot haar. Ze kreeg pepperspray op  
haar gespoten, waarna ze de woning is ontvlucht. Echter ook in dit geval blijkt op basis van  
de vordering niet van ernstigere psychische schade dan angst, schrik, onzekerheid en nervo-  
siteit, zodat de benadeelde partij geen aanspraak kan maken op immateriële schadevergoe-  
ding op grond van artikel 6:106 lid 1 sub b, BW. De Rechtbank Limburg verklaarde net als  
de Rechtbank Amsterdam de vordering (voor dat gedeelte) niet-ontvankelijk.<sup>38</sup>

Niet alleen in zaken waarin confrontatie heeft plaatsgevonden tussen de dader(s) en het  
slachtoffer, ook in andere willekeurige zaken zien we dat de vordering tot immateriële scha-  
devergoeding niet-ontvankelijk wordt verklaard. De reden daarvan is dan vaak dat de aan-  
tasting in de persoon of de psychische schade niet is gesteld en/of niet is onderbouwd.<sup>39</sup>

In de onder 3.2.1.1. besproken uitspraken werd de vordering benadeelde partij dus telkens  
afgewezen, terwijl in de hiervoor in deze paragraaf genoemde uitspraken de benadeelde  
partij niet-ontvankelijk werd verklaard in de vordering, terwijl het argument om de vorde-  
ring niet toe te wijzen soms in hetzelfde is gelegen. De benadeelde partijen die niet-ontvan-  
kelijk zijn verklaard, kunnen alsnog een civiele procedure starten om hun schade (proberen)  
te verhalen, terwijl deze mogelijkheid er voor de andere benadeelde partijen na afwijzing

34 Rb. Den Haag 25 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11340.

35 Rb. Noord-Nederland 7 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2524.

36 Hof Arnhem-Leeuwarden 17 november 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:10064.

37 Rb. Amsterdam 21 februari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1068.

38 Rb. Limburg 4 juli 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:5718.

39 Zie o.a. Rb. Noord-Nederland 16 februari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:530 en Hof Amsterdam 9 maart 2017,  
ECLI:NL:GHAMS:2017:1923.

van hun vordering niet meer is. Wij zien voor deze verschillende beslissingen – de vordering afwijzen dan wel niet-ontvankelijk verklaren – geen inhoudelijke rechtvaardiging.

### 3.2.1.3 *Toewijzing vordering ondanks ontbreken geestelijk letsel*

Gemeenschappelijke deler in de tot dusver besproken uitspraken is dat de vordering niet werd toegewezen vanwege het ontbreken van (ernstig) geestelijk letsel. De gestelde angsten onveiligheidsgevoelens waren onvoldoende voor toekenning van immateriële schadevergoeding, óók in twee zaken waarin het slachtoffer rechtstreeks werd geconfronteerd met de indringers. Het beeld dat op basis van de bespreking tot zover beklijft, is dat de Nederlandse strafrechter kritisch is op vorderingen tot immateriële schadevergoeding en dat daadwerkelijk sprake moet zijn van naar objectieve maatstaven vast te stellen geestelijk letsel, wil een vordering tot immateriële schadevergoeding wegens aantasting in de persoon op andere wijze toewijsbaar zijn. De hierna te bespreken uitspraken tonen echter aan dat het vereiste van geestelijk letsel niet in alle gevallen onverkort wordt gesteld.

De eerste uitspraak die we in dit verband bespreken, is een arrest van het Hof Amsterdam dat wordt gewezen naar aanleiding van een diefstal uit een woning waarin een weduwe woonachtig is.<sup>40</sup> Uit het arrest kan worden afgeleid dat de advocaat-generaal heeft geconcludeerd tot niet-ontvankelijkheid van de vordering nu deze onvoldoende onderbouwd is. Ook uit de beslissing van het hof lijkt te kunnen worden afgeleid dat een (schriftelijke) onderbouwing van de aanwezigheid van geestelijk letsel ontbreekt. Desondanks wijst het hof de vordering tot immateriële schadevergoeding toe, zonder dat in het arrest aanknopingspunten te vinden zijn dat sprake was van ernstige psychische schade.

Tot een soortgelijke beslissing komt het Hof Amsterdam in een recentere zaak waarin overdag een woninginbraak is gepleegd, buiten aanwezigheid van de bewoners.<sup>41</sup> In de strafmotivering overweegt het hof dat uit de toelichting op de vordering benadeelde partij is gebleken dat de bewoners, en met name de kinderen, zich sinds de inbraak uitermate onveilig voelen in de woning. Uit niets bleek dat naast deze angstgevoelens sprake was van (ander) geestelijk letsel, maar desalniettemin kende het hof immateriële schadevergoeding toe. Het heeft er alle schijn van dat het hof deze schadevergoeding toekent ter compensatie van de onveiligheidsgevoelens, waarover in de eerdergenoemde zaken nog werd geoordeeld dat dergelijke gevoelens niet voor toekenning van schadevergoeding op grond van artikel 6:106 lid 1 sub b, BW in aanmerking komen.

Niet alleen het Hof Amsterdam kent, ondanks het ontbreken van (ernstig) geestelijk letsel, immateriële schadevergoeding toe. Zo wijzen we op een vonnis van de Rechtbank Gelderland waarin de verdachte terecht stond voor inbraken bij oudere mensen.<sup>42</sup> Ook deze benadeelde partij kreeg immateriële schadevergoeding zonder dat ernstig psychisch letsel was vastgesteld. Ten slotte noemen we een vonnis van de Rechtbank Noord-Nederland.<sup>43</sup> Opmerkelijk is dat de rechtbank in haar vonnis uiteenzet welke eisen worden gesteld aan toekenning van immateriële schadevergoeding op grond van artikel 6:106 lid 1 BW, om vervolgens tot de vaststelling te komen dat ernstige psychische schade door de benadeelde partij niet is aangevoerd. Gelet op het ongemak in verband met de puinhoop in huis wees de rechtbank billijkheidshalve echter wel een bedrag van € 150 aan immateriële schade toe.

40 Hof Amsterdam 9 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5680.

41 Hof Amsterdam 6 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2181.

42 Rb. Gelderland 9 februari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1022.

43 Rb. Noord-Nederland 14 december 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4887.

De rechtbank kent dus immateriële schadevergoeding toe, ondanks dat het expliciet overweegt dat aan de vereisten voor toekenning van immateriële schadevergoeding op grond van artikel 6:106 lid 1 BW niet is voldaan.

### 3.2.2. *Immateriële schadevergoeding na bedreiging*

In het voorgaande hebben we enkel jurisprudentie onderzocht met betrekking tot diefstal uit woningen en hebben we geconstateerd dat in deze zaken vorderingen tot immateriële schadevergoeding wegens persoonsaantasting verschillend worden beoordeeld door strafrechters. Gebleken is dat de soep, voor wat betreft het vereiste van geestelijk letsel, niet in alle gevallen even heet wordt gegeten. Om het beeld van de jurisprudentie op dit punt niet eenzijdig te laten zijn, onderzoeken wij hierna nog een aantal zaken waarin de verdachte terechtstaat voor (onder meer) bedreiging en waarin de benadeelde partij op grond van artikel 6:106 lid 1 sub b, BW een vordering tot immateriële schadevergoeding wegens persoonsaantasting indient.

#### 3.2.2.1. *Afwijzing dan wel niet-ontvankelijkheid vordering vanwege het ontbreken van geestelijk letsel*

Niet als bij diefstal uit woningen, oordeelt het Hof Amsterdam dat immateriële schadevergoeding die naar aanleiding van een bedreiging wordt gevorderd, dient te worden afgewezen indien niet is komen vast te staan dat de benadeelde partij zodanig geestelijk letsel heeft opgelopen, dat de vordering op grond van artikel 6:106 BW voor toewijzing vatbaar is.<sup>44</sup>

In andere zaken oordelen strafrechters eveneens dat de vordering tot immateriële schadevergoeding niet toewijsbaar is, maar wordt de vordering niet afgewezen, maar de benadeelde partij ‘niet-ontvankelijk verklaard in de vordering’. Om te beginnen zien we dat de strafrechter in verschillende uitspraken strikt de hand houdt aan het vereiste dat sprake moet zijn van geestelijk letsel en dat de partij die zich op aantasting in zijn persoon beroept, voldoende concrete gegevens zal moeten aanvoeren waaruit kan volgen dat in verband met de omstandigheden van het geval een psychische beschadiging is ontstaan.<sup>45</sup> Zo overweegt de Rechtbank Amsterdam in een strafzaak waarin (onder meer) met een vuurwapen gelijkend object was bedreigd dat het gestelde geestelijk letsel bij de benadeelde partijen onvoldoende aannemelijk is geworden.<sup>46</sup> Hoewel de rechtbank een diepe impact dus aannemelijk acht, verklaart zij de vordering niet-ontvankelijk omdat geen stukken voorhanden zijn waaruit blijkt dat sprake is van geestelijk letsel.<sup>47</sup>

Het Hof Amsterdam is in een andere zaak eveneens kritisch op de vraag of sprake is van geestelijk letsel. Hoewel het aannemelijk was dat de benadeelde partij zich bedreigd heeft gevoeld en daarvan last en hinder heeft ondervonden in de vorm van gevoelens van onveiligheid en slaapproblemen, brengt dat naar het oordeel van het hof niet zonder meer met zich dat sprake is van aantasting in de persoon zoals bedoeld in artikel 6:106 BW. Daarvoor is volgens het hof immers nodig dat sprake is van geestelijk letsel, dan wel van een zeer ernstige inbreuk op de integriteit van zijn persoon.<sup>48</sup> Het hof concludeert vervolgens dat behandeling van de vordering een onevenredige belasting van het strafgeding oplevert en verklaart de vordering op grond van artikel 361 lid 3 Sv niet-ontvankelijk. Het hof hanteert

<sup>44</sup> Hof Amsterdam 23 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4260 en Gerechtshof Amsterdam 29 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:899.

<sup>45</sup> HR 9 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4606.

<sup>46</sup> Rb. Amsterdam 12 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8388.

<sup>47</sup> Zie in dezelfde lijn Hof Amsterdam 14 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:573.

<sup>48</sup> Hof Amsterdam 14 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3697.

daarmee een soortgelijke redenering als in de hiervoor aangehaalde zaak betreffende een woninginbraak.<sup>49</sup>

Net als bij diefstal uit een woning, toont de strafrechter zich dus ook in zaken die zien op bedreiging kritisch op de vordering benadeelde partij. De vraag dringt zich evenwel ook hier op waarom de rechter de vordering in de ene zaak afwijst en in de andere zaak niet-ontvankelijk verklaart.

Ons komt het juist voor dat een vordering niet-ontvankelijk wordt verklaard indien niet is voldaan aan de eisen van artikel 361 lid 2 Sv, indien de vordering op grond van artikel 361 lid 3 Sv een onevenredige belasting van het strafgeding oplevert of indien de vordering om een andere civielrechtelijke reden (bijvoorbeeld verjaring) niet meer kan worden toegewezen. De civiele vordering zou daarentegen wat ons betreft moeten worden afgewezen wanneer de benadeelde partij het bestaan van de schade onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt of wanneer het causaal verband tussen het delict en de schade ontbreekt. Dat dit beslismodel de voorkeur geniet, is ook met zoveel woorden opgenomen in de (niet-bindende) aanbevelingen die gelden binnen de rechtspraak.<sup>50</sup> Daarin staat (onder meer) expliciet vermeld dat ingeval de benadeelde partij het bestaan van de schade onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt, dit tot afwijzing dient te leiden. Ondanks deze duidelijke aanbeveling hebben we in verschillende aangehaalde uitspraken gezien dat de strafrechter de vordering toch niet-ontvankelijk verklaarde.

### 3.2.2.2. *Toewijzing vordering ondanks ontbreken geestelijk letsel*

In tegenstelling tot in de paragraaf 3.2.2.1. genoemde uitspraken, treffen we ook in bedreigingszaken uitspraken aan waarin minder strikt wordt omgegaan met het vereiste van geestelijk letsel. Zo wijst de Rechtbank Gelderland immateriële schadevergoeding toe aan een benadeelde partij die door haar ex-partner met de dood was bedreigd in het bijzijn van hun gezamenlijke jonge dochter, waardoor hij hen behoorlijke angst en gevoelens van onveiligheid had aangejaagd.<sup>51</sup> Tot een soortgelijk oordeel komt de Rechtbank Midden-Nederland, eveneens in een zaak die draait om bedreiging van de toenmalige vriendin van de verdachte.<sup>52</sup> Zonder onderbouwing kent de rechtbank € 250 aan immateriële schadevergoeding toe.

### 3.3. *Streven naar rechtsgelijkheid*

Op basis van een kleine greep uit de jurisprudentie lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat de vorderingen tot immateriële schadevergoeding niet in alle gevallen aan dezelfde criteria worden getoetst. We hebben gezien hoe de vorderingen in een aantal zaken niet toewijsbaar werden bevonden vanwege het ontbreken van (ernstig) geestelijk letsel, terwijl we eveneens in verschillende uitspraken hebben gezien dat wel immateriële schadevergoeding werd toegekend, zonder dat sprake was van geestelijk letsel. De jurisprudentie laat op dit punt een wisselend beeld zien en van enige rechtsongelijkheid is sprake, waarbij het van het rechtscollege en/of de precieze samenstelling afhankelijk kan zijn hoe hoog de lat wordt gelegd voor wat betreft de aanwezigheid van (ernstig) psychisch letsel. Daarnaast hebben we vastgesteld dat de vorderingen zowel worden afgewezen, als niet-ontvankelijk worden verklaard, zonder dat wij daarvoor een inhoudelijke rechtvaardiging vinden.

49 Hof Amsterdam 9 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1923.

50 Zie de LOVS 'Aanbevelingen civiele vordering en schadevergoedingsmaatregel', 2011.

51 Rb. Gelderland 31 januari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:595.

52 Rb. Midden-Nederland 20 januari 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5689.

Naast het in deze bijdrage eerste uiteengezette knelpunt – de termijn waarbinnen de benadeelde partij zich in het strafproces kan voegen – menen wij dat de wisselende beoordeling van immateriële schadevergoedingen door strafrechters als een tweede knelpunt kan worden aangemerkt. Wij vinden dat dit aspect meer aandacht verdient dan thans het geval is en dat binnen de rechtspraak (nog) meer gestreefd zou moeten worden naar rechtsgelijkheid. Dit om willekeur te voorkomen zowel waar het de aan te leggen maatstaf betreft, als wanneer het gaat om de vraag of de strafrechter in een bepaalde situatie tot afwijzing van de vordering of juist niet-ontvankelijkverklaring dient over te gaan. Het creëren van een vaste lijn op dit punt is naar onze overtuiging zowel in het belang van de verdachte als van de benadeelde partij. Niet alleen zal de bestaande ongelijkheid als oneerlijk aanvoelen voor de betrokken partijen, ook kunnen de partijen hun strategie hierop aanpassen en zijn zij minder van het toeval afhankelijk.

#### 4. Conclusie

In deze bijdrage hebben wij uitvoerig stilgestaan bij twee knelpunten die bestaan rondom de vordering benadeelde partij. Het eerste knelpunt houdt in dat de benadeelde zich tot kort voor de zitting en zelfs nog op de zitting in het strafproces kan voegen. Wij hebben geconstateerd dat rechters enerzijds bereid zijn om een strafzaak aan te houden om de benadeelde partij de mogelijkheid te geven zich te voegen in het strafproces, ondanks dat de wet dat niet meer toelaat. Anderzijds zijn er rechters die een vordering niet-ontvankelijk verklaren vanwege het late tijdstip van indiening, ondanks dat de benadeelde volgens de wet nog wél de mogelijkheid had om zich te voegen. Wij hebben betoogd dat het knelpunt kan worden weggenomen door in de wet op te nemen dat voeging slechts schriftelijk kan plaatsvinden en wel tot uiterlijk twee weken voor de inhoudelijke behandeling van de strafzaak.

Het tweede knelpunt dat in deze bijdrage aan de orde is geweest, betreft de uiteenlopende eisen die strafrechters stellen aan dezelfde vorderingen tot immateriële schadevergoeding. De rechtspraak is een ratjetoe, zowel bij diefstallen uit de woning als bedreigingen. In het ene geval wordt strikt de hand gehouden aan het vereiste dat sprake moet zijn van objectief bepaalbaar geestelijk letsel, in het andere (soortgelijke) geval wordt een vordering toegewezen zonder dat het geestelijk letsel vast is komen te staan. Gevoelens van onveiligheid of angst worden dan bijvoorbeeld als voldoende beschouwd. Daarnaast hebben we vastgesteld dat de vorderingen zowel worden afgewezen als niet-ontvankelijk worden verklaard, zonder dat wij voor dat verschil een inhoudelijke rechtvaardiging vinden. De aanbeveling die binnen de rechtspraak bestaat en voorschrijft in welk geval een vordering dient te worden afgewezen, is niet afdoende om uiteenlopende beslissingen te voorkomen. De rechtspraak is dus aan zet om te zorgen voor rechtsgelijkheid in de wijze waarop op vorderingen tot immateriële schadevergoeding wordt beslist.

# Twaalf ambachten, dertien ongelukken: werkgeversaansprakelijkheid bij arbeidsongevallen

J.G.L. DORRESTEIN, B.A.M. HAMPSINK & M.J. JONGSTE<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Jaarlijks vinden in Nederland gemiddeld meer dan 2.000 arbeidsongevallen plaats. In 2017 kwamen 50 werknemers om als gevolg van een arbeidsongeval. Met name in de bouwsector komen arbeidsongevallen met dodelijke afloop relatief vaak voor. Nederland scoort weliswaar iets beter dan het Europees gemiddelde, maar het aantal ernstige arbeidsongevallen in Nederlands is in de laatste jaren – na een jarenlange daling – weer toegenomen.<sup>2</sup> De meest voorkomende risico's op arbeidsongevallen zijn vallen, aanrijdingen en contact met een bewegend object en/of bewegende delen van een machine. Van ernstige(re) bedrijfsongelukken weten we dat deze zich opvallend vaak in het najaar voordoen. Verder doen veruit de meeste arbeidsongevallen zich ofwel 's ochtends tussen 9.00 en 11.00 uur, ofwel 's middags tussen 15.00 en 16.00 uur voor.<sup>3</sup> Ook buiten reguliere werktijden doen zich echter regelmatig arbeidsongevallen voor.

In dit artikel gaan we – in vogelvlucht – uiteen zetten hoe het bij arbeidsongevallen met de aansprakelijkheid van werkgevers gesteld is.

## 2. Wettelijk verplichting werkgevers

Indien een werknemer aannemelijk kan maken dat hij schade heeft opgelopen in de uitvoering van de werkzaamheden en de werkgever niet kan aantonen dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan óf dat er sprake was van bewuste roekeloosheid van de werknemer, is de werkgever op basis van artikel 7:658 BW aansprakelijk voor de schade van deze werknemer. Deze vergaande zorgplicht hebben werkgevers niet alleen jegens hun werknemers, maar evengoed ten aanzien van niet-werknemers, zoals ingehuurde freelancers en uitzendkrachten.

Op werkgevers rust de wettelijke verplichting om zorg te dragen voor de veiligheid van hun werknemers. Zodoende is een werkgever gehouden om werklocaties, apparaten en materieel veilig in te richten en te onderhouden. Ook dient een werkgever adequate maatregelen en voorzieningen te treffen voor het verrichten van de werkzaamheden én aanwijzingen/instructies te geven aan werknemer. Dit alles om zoveel mogelijk te voorkomen dat een werknemer schade lijdt tijdens zijn/haar werk. Deze zorgplicht (van artikel 7:658 BW) ziet op letsel en schade die een werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden kan oplopen.

---

1 Leonie Dorrestein, Bianca Hampsink en Marijke Jongste zijn allen advocaten die o.a. gespecialiseerd zijn in arbeidsrecht bij Cleerdin & Hamer Advocaten.

2 Rapport Staat van arbeidsveiligheid 2018 van Inspectie SZW, 17 april 2018.

3 Klachten en ongevallen; een analyse van meldingen van klachten en arbeidsongevallen over de jaren 2011-2014, SZW.

Een werkgever schendt deze zorgplicht indien wettelijke veiligheidsnormen, zoals die van de Arbeidsomstandighedenwet, niet of niet voldoende in acht blijken te zijn genomen. Zo is een werkgever gehouden om voor werkzaamheden waarbij sprake is van valgevaar een veilige stelling, een bordes of een werkvloer aan te brengen, dan wel dit gevaar tegen te gaan door doelmatige hekwerken, leuningën of andere op veiligheid gerichte voorzieningen aan te brengen.<sup>4</sup> In het geval van een werkgever die een werknemer een halfgelaatsmasker in plaats van een volgelaatsmasker had verstrekt, terwijl dit laatste voorgeschreven was in de voor de desbetreffende werkzaamheden met gevaarlijke stoffen verstrekte vergunning, is daarom in de jurisprudentie uitgemaakt dat er sprake was van schending van de zorgplicht en dat de werkgever jegens de werknemer aansprakelijk was voor diens (letsel)schade.<sup>5</sup>

### 2.1. *Kelderluik-criteria*

Als voor een bepaalde (werk)situatie geen geschreven normen voorhanden zijn, dient de vraag of de werkgever zijn zorgplicht al dan niet heeft nageleefd beoordeeld te worden op basis van de specifieke omstandigheden van het geval. Dit aan de hand van de sinds 1965 door de Hoge Raad gegeven zogenaamde Kelderluik-criteria: de aard van de werkzaamheden, de kans dat een ongeval zich zal voordoen, de ernst van de gevolgen die een ongeval kan hebben en de mate waarin door de werkgever te nemen maatregelen bezwaarlijk zijn.<sup>6</sup>

De zorgplicht van een werkgever heeft als doel de werknemer te beschermen. Daarbij dient rekening te worden gehouden met het feit dat een werknemer, die dagelijks in mogelijk gevaarlijke situaties werkt, zich dan niet meer continue bewust is van de risico's. Juist de dagelijkse ervaring leidt tot vermindering van de voorzichtigheid die een werknemer betracht.<sup>7</sup> Deze vergaande verplichting rust op werkgevers; zowel voor wat betreft de veiligheidsvoorzieningen en instructies op het eigen terrein van de werkgever, als op andere/externe werklocaties.<sup>8</sup> Het ter beschikking stellen van veiligheidsmiddelen aan werknemers alleen volstaat niet; een werkgever dient erop toe te zien dat een veiligheidsmiddel daadwerkelijk en op de juiste manier wordt gebruikt. Dit geldt ook bij zeer ervaren werknemers, omdat een werkgever altijd rekening dient te houden met het gegeven dat ook de meest ervaren werknemers weleens nalaten de voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongelukken geraden is.<sup>9</sup>

Omdat tegenwoordig steeds flexibeler gewerkt wordt, zowel qua werktijden als werklocaties, zal als zich een ongeval heeft voorgedaan, steeds eerst moeten worden vastgesteld of dit dan plaatsvond tijdens werktijd c.q. de uitoefening van werkzaamheden, of dat dat moment als privétijd van deze werknemer moet worden beschouwd.

### 3. **Huis-, tuin- en keukenongevallen op de werkvloer**

Op de werkvloer vinden met enige regelmaat ongevallen plaats die zich ook in de huiselijke sfeer voordoen. Een val van een trap, een uitglij-incident of een opgelopen verwonding door het werken met – al dan niet scherpe – (huishoud)artikelen. De gevolgen van dergelijke ongelukken kunnen soms dermate ernstig zijn dat het slachtoffer voor behandeling naar het ziekenhuis moet en voor lange(re) tijd arbeidsongeschikt raakt.

---

4 Artikel 3.16 Arbeidsomstandighedenwet.

5 Rb. Oost-Brabant 27 november 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6235.

6 HR 5 november 1965, NJ 1966/136 (Kelderluik-arrest).

7 HR 20 september 1996, NJ 1997/198 (Pollemans/Hoondert).

8 HR 5 december 2014, «JAR» 2015/14 (Pelowski/Vernooy en BTS).

9 HR 7 december 2012, «JAR» 2013/16 (*werknemer/Daltra Antilles N.V.*) en Hof 's-Hertogenbosch 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4431.



Als een dergelijk ongeval zich thuis voordoet, is het maar de vraag of het slachtoffer een derde hiervoor aansprakelijk kan stellen en zijn schade vergoed kan krijgen. Mogelijk ligt de oorzaak van het ongeval echter aan een gebrekkig product of heeft een familielid onbedoeld de schade veroorzaakt. In dat geval kunnen derden mogelijk worden aangesproken voor de opgelopen schade.

In het geval het ongeluk zich op de werkvloer heeft voorgedaan, is de werkgever het eerste aanspreekpunt. Er zijn door de jaren heen met enige regelmaat uitspraken geweest waarin de huis-, tuin- en keukenongeval-problematiek op de werkvloer aan de orde kwam. Werknemers stelden zich op het standpunt dat de werkgever niet voor een veilige werkomgeving had gezorgd, terwijl werkgevers meenden dat zij wel degelijk alles hadden gedaan om een veilige werkomgeving te creëren dan wel dat de werknemer beter had moeten opletten en dat sprake was van eigen schuld/opzet/bewuste roekeloosheid van de werknemer.

In paragrafen 3.1. t/m 3.4. bespreken we een aantal huis-, tuin- en keukenongeval-uitspraken plaatsen we de werkgeversaansprakelijkheid bij dergelijke ongelukken in een juridisch kader.

### 3.1. *Nieuw ‘vlijmscherp’ keukenmes (Laudy / Fair Play)<sup>10</sup>*

In 2002 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen in de zaak van een werknemster die haar werkgever aansprakelijk stelde omdat zij zich bij het snijden van broodjes met een ‘vlijmscherp’ mes had verwond.

De werknemster, mevrouw Laudy, werkte als beheerder bij Fair Play Casino te Maastricht. Zij verrichtte kassawerkzaamheden, hield toezicht in de speelhal en voerde daarnaast keukenwerkzaamheden uit. Op 9 december 1996 begon Laudy met keukenwerkzaamheden, waaronder het snijden en smeren van zachte puntbroodjes. Zij sneed zich bij het doorsnijden van het eerste broodje met een broodmes in de wijsvinger van haar linkerhand en raakte hierbij een zenuw in de radiaire zijde van de desbetreffende vinger. Laudy werd dezelfde dag nog in het ziekenhuis geopereerd. Het broodmes was nieuw (of geslepen) en Laudy was hiervan niet op de hoogte.

Laudy is hierop een procedure gestart waarbij zij heeft gevorderd voor recht te verklaren dat de werkgever aansprakelijk is voor (de gevolgen van) het bedrijfsongeval. De kantonrechter heeft de vordering toegewezen. De rechtbank heeft de vordering in appel afgewezen op de grond dat de werkgever, door haar werknemers niet erop te wijzen dat het broodmes nieuw (of geslepen) was, niet is tekortgeschoten in haar zorgplicht als bedoeld in artikel 7:658 lid 1 BW.

De Hoge Raad overweegt eveneens dat Fair Play niet tekortgeschoten is in haar zorgplicht door haar werknemers niet te waarschuwen voor het nieuwe (of geslepen) broodmes. Het is een feit van algemene bekendheid dat een mes dat geschikt is om zachte puntbroodjes mee te snijden zo scherp is dat de gebruiker daarvan gevaar loopt zich bij dat werk te snijden.

Hierbij is in aanmerking genomen dat de keuken, waar het ongeval plaatsvond, voldoende ruimte bood, dat Laudy alleen aanwezig was, dat zij niet werd afgeleid en dat de werkzaamheden niet onder een grote werkdruk plaatsvonden, alsmede dat Laudy een ervaren kracht was, bekend met de betreffende werkzaamheden (het smeren van broodjes, althans het han-

<sup>10</sup> HR 4 oktober 2002, LJN AE4090, NJ 2004/175; «JAR» 2002/259.

teren van een broodmes), die niet afwijken van in de thuissituatie regelmatig voorkomende werkzaamheden, waarvoor – buiten de normaal in acht te nemen voorzichtigheid – geen bijzondere aandacht, concentratie en/of kennis vereist is. Tevens is hierbij van belang dat er geen richtlijnen (ARBO-richtlijnen, instructienormen en dergelijke) zijn, die aparte instructies voor deze soort van werkzaamheden voorschrijven.

Fair Play had dus niet hoeven waarschuwen voor het scherpe mes. De Hoge Raad lijkt derhalve de mening te zijn toegedaan dat niet gewaarschuwd hoeft te worden voor gevaren die van algemene bekendheid zijn. In 2004 heeft de Hoge Raad in de zaak *Oost/Brands* geoordeeld dat dit niet alleen geldt voor werkzaamheden die in de huiselijke sfeer worden verricht.

### 3.2. *Glijpartij vrachtwagenchauffeur (Oost/Brands11)*

De Hoge Raad boog zich in 2004 over de vraag of een werkgever aansprakelijk was voor een valpartij op een werklocatie.

De heer Oost is vrachtwagenchauffeur bij Brands. Zijn functie omvatte het vervoeren van allerlei bouwmaterialen, het laden en lossen hiervan en het laden en lossen van containers met puin. Op 19 november 1999 is Oost uitgegleden over een ‘meer dan normale hoeveelheid puin’, onder andere bestaande uit geglazuurde tegels, waarbij hij ernstig enkelletsel heeft opgelopen. Oost vordert op grond van artikel 7:658 BW schadevergoeding van Brands in verband met de door hem geleden schade als gevolg van het bedrijfsongeval.

De Hoge Raad oordeelde dat de werkgever niet aansprakelijk was voor de valpartij. Hierbij is – onder meer – in aanmerking genomen dat Brands voor en na het ongeval van Oost werkplekinstructies heeft uitgevoerd en dat de werkplek daarbij telkens in orde is gevonden. De zorgplicht van Brands strekt niet zover dat hij gehouden is om werkplekken dagelijks te controleren op aanwezige hoeveelheden puin.

Oost stelde zich nog op het standpunt dat – in tegenstelling tot de zaak *Laudy/Fair Play* – het in het onderhavige geval niet ging om werkzaamheden die ook in de huiselijke sfeer worden verricht. Als gevolg hiervan dienden hogere eisen te worden gesteld aan de zorgplicht van de werkgever, aldus Oost. De Hoge Raad gaat hierin niet mee en oordeelt dat deze omstandigheid op zichzelf niet meebrengt dat aan de zorgplicht van de werkgever hogere eisen moeten worden gesteld dan waaraan hij blijkens hetgeen hiervoor is overwogen, heeft voldaan.

### 3.3. *Verwijderen van een koffievlek (Peters/Hofkens)*

De Hoge Raad heeft in het arrest *Peters/Hofkens*<sup>12</sup> eveneens geoordeeld dat de werkgever niet aansprakelijk was voor een bedrijfsongeval die is ontstaan tijdens het verwijderen van een koffievlek.

Peters was als schoonmaakster in dienst van Hofkens en heeft tijdens haar werkzaamheden letsel opgelopen bij het schoonmaken van een koffievlek. Zij verzette een plant, boog zich over een tafeltje heen om de koffievlek schoon te kunnen maken en verloor vervolgens haar evenwicht. Peters verwondde haar wijsvinger en nadien trad posttraumatische dystrofie op.

---

11 HR 9 juli 2004, «JAR» 2004/190.

12 HR 12 september 2003, «JAR» 2003/242.

De Hoge Raad stelde opnieuw voorop dat met artikel 7:658 lid 1 BW niet is beoogd een absolute waarborg te scheppen voor de bescherming van de werknemer tegen het gevaar van arbeidsongevallen. Deze bepaling heeft tot strekking een zorgplicht in het leven te roepen en verplicht de werkgever voor het verrichten van arbeid zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te geven als redelijkerwijs nodig om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.<sup>13</sup>

Hofkens, aldus de Hoge Raad, is niet tekortgeschoten in de op haar rustende zorgplicht door geen instructies te geven, maatregelen te treffen of toezicht te houden. Niet valt af te leiden uit de door Peters gestelde toedracht van het ongeval dat zij voor een gevaarlijke wijze van uitvoering van de werkzaamheden heeft gekozen. Ook is niet af te leiden uit de door Peters gestelde toedracht dat zij bijvoorbeeld als gevolg van onvoldoende of ondeugdelijke instructies, de koffievlek ten onrechte heeft verwijderd.

Kort gezegd: de heersende leer blijft dat de werkgever zijn zorgplicht niet schendt indien hij niet waarschuwt voor algemeen bekende gevaren, welke gevaren noodzakelijk aan het verrichten van de werkzaamheden zijn verbonden. Dit geldt bijvoorbeeld ook ingeval van een glad tegelpad na een regenbui in de tuin van een hotel in Aruba<sup>14</sup> en een valpartij van een trap bij nat weer door een medewerker van KLM Catering Services.<sup>15</sup>

#### 3.4. *Werkgever wel aansprakelijk*

Er zijn uiteraard uitzonderingsgevallen, ook in geval van huis-, tuin en keukenongevallen op de werkvloer. Zo heeft de Hoge Raad in 2007 geoordeeld dat de werkgever zijn zorgplicht – in beginsel – wel schendt indien hij de verwezenlijking van het algemeen bekende gevaar bij de uitoefening van de werkzaamheden eenvoudig kan wegnemen, maar nalaat dit te doen.

In de zaak *Kalai/Antoine Petit*<sup>16</sup> werd Kalai gevraagd – samen met drie anderen – te helpen met het tillen van een zware oven (van circa 200 kg) die in het restaurant Antoine Petit werd geïnstalleerd. Enige tijd later krijgt Kalai rugklachten. De Hoge Raad oordeelt onder meer dat ook naar de in 1998 gangbare normen en inzichten een werkgever in een geval als het onderhavige de verplichting had ervoor te zorgen dat een werknemer die in het kader van zijn werk een zware last (omstreeks 50 kg) te tillen krijgt, ter voorkoming van het ontstaan van letsel, de beschikking heeft over mechanische hulpmiddelen of persoonlijke beschermingsmiddelen. Het is immers van algemene bekendheid te achten dat het met de hand tillen van een zodanig gewicht door iemand tot wiens normale werkzaamheden dit niet behoort, een serieus te nemen gevaar oplevert voor het ontstaan van rugletsel.

Recent heeft de kantonrechter Alkmaar<sup>17</sup> geoordeeld dat een werkgever aansprakelijk is voor de schade van een werknemer in geval van een val van de trap. In deze zaak viel de werkneemster van de trap terwijl zij een bureaustoel naar boven sjouwde. Zij raakte hierdoor volledig arbeidsongeschikt. De werkgever, Zonvaart Reizen, stelde zich onder meer op het standpunt dat zij in het onderhavige geval voldoende instructies had gegeven aan de werkneemster over hoe te handelen met de oude bureaustoelen. Daarnaast stelde zij ook dat hier om een huis-tuin-en-keukenongeval gaat, waarbij door een werkgever nauwelijks in-

13 HR 10 juni 1983, nr. 12.038, *NJ* 1984, 20; HR 4 oktober 2002, nr. C01/304, «JAR» 2002./259.

14 HR 2 maart 2007, LJN AZ5834, *NJ* 2007/143, «JAR» 2007/91 (*Perez*).

15 Kantonrechter Haarlem 02-08-2017, AR-Updates.nl 2017-1100.

16 HR 27 april 2007, LJN AZ6717, *NJ* 2008/462; «JAR» 2007/128 (*Kalai/Antoine Petit*).

17 Kantonrechter Alkmaar 07-03-2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:1759.

structies zijn te geven. De werknemster had zich moeten realiseren dat je niet een zware bureaustoel van 30 kg de trap op moet sjouwen, aldus Zonvaart Reizen.

De kantonrechter gaat hierin niet mee en acht Zonvaart Reizen aansprakelijk op grond van 7:658 BW. Werknemster heeft schade geleden in de uitoefening van haar functie en geoordeeld moet worden dat Zonvaart Reizen verantwoordelijk moet worden gehouden voor de – op zichzelf onverstandige – actie van de werknemster om de stoel(en) in haar eentje via de trap naar boven te tillen. Dat de werknemster zelf filiaalchef was doet hier niet aan af. De stelling dat sprake zou zijn van een huis-tuin-en-keukenongeval, wordt verworpen nu de situatie zich in de winkel afspeelde en niet was gecreëerd door de werknemster (de nieuwe stoelen waren door de werkgever in die ruimte gezet), terwijl de werknemster vanuit haar verantwoordelijkheid als manager van het reisbureau handelend moest optreden. De stoelen stonden namelijk in de weg. Verder sjouwt men over het algemeen thuis geen bureaustoelen, aldus de kantonrechter.

Deze uitspraak lijkt niet in lijn te zijn met de huis-tuin-keukenongevallen-arresten van de Hoge Raad, maar hieruit blijkt maar weer dat het antwoord op de vraag of een werkgever al dan niet aansprakelijk is, altijd afhankelijk is van alle omstandigheden van het geval. Voorstelbaar is overigens dat een eventueel hoger beroep weer anders uit zal pakken.

#### 4. **Ongevallen tijdens bedrijfsuitje**

Veel werkgevers organiseren wel eens een bedrijfsuitje, vaak met het doel om de onderlinge band te versterken. Het ondernemen van (risicovolle) activiteiten zoals een ballonvaart, een sportdag, of raften is populair. Tijdens dergelijke activiteiten kunnen echter ongelukken gebeuren die ernstige gevolgen hebben voor de werknemer.

Afhankelijk van de omstandigheden is de werkgever op grond van artikel 7:658 BW dan wel artikel 7:611 BW aansprakelijk voor de door de werknemer geleden schade.

Er is met name lagere rechtspraak over de aansprakelijkheid van de werkgever voor schade als gevolg van een bedrijfsuitje. De Hoge Raad heeft zich hierover slechts één keer uitgelaten, in het *Rollerskate*-arrest. Uit dit arrest en tevens ook lagere rechtspraak, de rechtspraak volgt dat relevante vragen in dit verband kunnen zijn of (1) de werkgever een instructiebevoegdheid heeft, of (2) er sprake is van een nauw verband tussen de werkzaamheden en het bedrijfsuitje, of (3) het bedrijfsuitje een verplicht karakter heeft, of (4) de werknemer een voorbeeldfunctie heeft, of (5) de activiteit is uitbesteed aan een professioneel evenementenbureau en of (6) de werkgever een ongevallenverzekering heeft afgesloten.

Hierna bespreken we eerst uitspraken waarin is geoordeeld dat de werkgever aansprakelijk is voor de door de werknemer geleden schade, waarna we een aantal uitspraken bespreken waarin juist afwijzend is geoordeeld.

##### 4.1. ***Rit Landrover***

In 1997 heeft de Rechtbank Utrecht in hoger beroep geoordeeld over de aansprakelijkheid van een werkgever voor letsel na een rit in een Landrover.<sup>18</sup>

Een directeur human-resources heeft in 1991 deelgenomen aan een autorit met een Landrover over de hei, die deel uitmaakte van een tweedaags programma. Bij het rijden door een kuil is

---

18 Rb. Utrecht 3 september 1997, «JAR» 2000/13.

werkneemster gewond geraakt. Er waren geen veiligheidsgordels in de auto. De autorit vond plaats na een meeting waarbij de bedrijfsresultaten waren besproken, gevolgd door een diner en een overnachting. De volgende dag stonden toespraken van leidinggevend op het programma. De organisatie van de autorit was uitbesteed aan een derde.

De rechtbank oordeelde dat een redelijke uitleg van de zorgplicht van de werkgever met zich meebrengt dat deze zich ook uitstrekt tot door de werkgever georganiseerde ontspannende activiteiten, indien er tussen deze activiteiten en de door de werknemer te verrichten werkzaamheden een voldoende nauw verband bestaat. Belang wordt gehecht aan het feit dat de autorit plaatsvond tussen twee zakelijke bijeenkomsten (bekendmaking bedrijfsresultaten en toespraak door directie) in, waaraan niet afdoet dat de deelname aan de autorit facultatief was. In overweging wordt genomen dat de werkneemster zich gezien haar voorbeeldfunctie als directeur human-resources moeilijk aan het evenement kon onttrekken. Door het huren van een auto, die niet was voorzien van veiligheidsriemen, heeft de werkgever niet voldaan aan de zorgplicht. Het is niet relevant dat een derde het evenement verzorgde, omdat werkgeefster aansprakelijk is voor gedragingen van door haar ingeschakelde hulpverleners.

#### 4.2. *Ballonvaart*

Tijdens een ballonvaart, die in het kader van het jaarlijkse bedrijfsuitje in 1996 plaatsvond, is het mandje van de ballon tegen een flatgebouw aan gebotst.<sup>19</sup> Een werkneemster die zich in het mandje bevond, heeft letsel opgelopen. De Rechtbank Amsterdam oordeelde in 2004 dat toepassing van artikel 7:658 BW mist omdat de werkgever geen zeggenschap had over het uitje en geen bevoegdheid had om instructies te geven.

Volgens de rechtbank is echter wel sprake van aansprakelijkheid op grond van artikel 7:611 BW. In dit verband is relevant dat het ongeval heeft plaatsgevonden tijdens een door de werkgever georganiseerd kantooruitje, dat werknemers in de regel worden geacht deel te nemen aan door de werkgever georganiseerde kantooruitjes, dat de werkgever zonder medeweten van de werknemers, voor wie de inhoud van het uitje geheim was, heeft gekozen voor een ballonvaart, die volgens beide partijen met risico's gepaard gaat, en dat de werkgever kennelijk verzekerd is voor de financiële gevolgen van het ongeval.

#### 4.3. *Rollerskateles*

De enige uitspraak van de Hoge Raad (2009) over werkgeversaansprakelijkheid bij bedrijfsuitjes, ziet op een werkneemster die in 2002 een nare val heeft gemaakt bij een rollerskateles.<sup>20</sup>

De werkgever organiseerde één keer per kwartaal een ontspanningsactiviteit waarvoor de werknemers zich konden aanmelden. Niet alle werknemers namen deel. De rollerskateles vond plaats in de marmeren kantoorhal van werkgever. De werkneemster kwam na enkele meters al ten val en brak daarbij haar pols.

Volgens de Hoge Raad ontbreekt een voldoende nauw verband tussen de uitoefening van de door de werknemer te verrichten werkzaamheden en de activiteit. Daarom heeft als uitgangspunt te gelden dat het ongeval niet kan uitmonden in aansprakelijkheid van de werkgeefster op de voet van artikel 7:658 BW. Aansprakelijkheid op grond van artikel 7:611 BW

---

<sup>19</sup> Rb. Amsterdam 7 april 2004, «JAR» 2004/108.

<sup>20</sup> HR 17 april 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BH1996.

is evenwel mogelijk indien de schade (mede) is ontstaan doordat de werkgever, beoordeeld naar de bijzondere omstandigheden van het geval, zich niet heeft gedragen als een goed werkgever. Er bestaat voldoende samenhang tussen de activiteit en de arbeidsovereenkomst, zodat ten aanzien van die activiteit voor de werkgever een op eisen van goed werkgeverschap gebaseerde zorg- en preventieplicht bestond die zij niet is nagekomen (niet voldoende gewaarschuwd tegen de gevaren) zodat schending van die plicht tot haar aansprakelijkheid leidt voor de schadelijke gevolgen van het ongeval op de voet van artikel 7:611 BW in verbinding met artikel 6:74 BW.

#### 4.4. *Speedboottocht*

In 2012 heeft de Rechtbank Utrecht geoordeeld dat een werkgever op grond van artikel 7:658 BW aansprakelijk was voor door een werknemer geleden schade als gevolg van een ongeluk met een speedboot.

In het kader van een jaarlijks bedrijfsuitje heeft in 2008 een tocht met een speedboot over de Maas plaatsgevonden.<sup>21</sup> De feitelijk organisatie is uitbesteed aan een professioneel organisatiebureau. De speedboottocht wordt door het organisatiebureau als ‘Extreme Power Event’ aan de werkgever aangeboden. Met de speedboot worden heftige manoeuvres (draaien van 180 graden, zijdelings langs elkaar varen) gemaakt, en er worden snelheden van 100 km per uur bereikt. Meerdere werknemers raken gewond doordat de boot met een grote klap in of tegen een golf tot stilstand komt. De werknemster is door de botsing enige seconden buiten bewustzijn geraak en ervaart sinds het ongeluk pijnklachten.

Het personeelsuitje had tot doel de teamspirit te versterken en daarmee is het bedrijfsbelang gediend. Volgens de rechtbank is voldoende aannemelijk geworden dat, evenals de omstandigheid dat deelname door de werknemers in ieder geval als een sociale verplichting zal zijn ervaren, deelname door werkgever als zeer wenselijk werd gezien. Blijkens de uitnodiging werd de werknemster ‘verwacht’ en was haar bijdrage ‘onmisbaar’.

Nu ook het begrip ‘arbeidsplaats’ in artikel 7:658 lid 1 BW ruim kan worden omschreven, doet de locatie van het bedrijfsuitje niet af aan de toepasselijkheid van artikel 7:658 lid 1 BW. De vraag is voorts of de werkgever wel heeft voldaan aan de zorgplicht. De rechtbank oordeelt van niet. De werkgever heeft bewust gekozen voor evident risicovolle activiteit. Enige specifieke instructie van de zijde van de werkgever is gesteld noch gebleken. De werkgever had moeten afzien van het (doen) organiseren van de speedboottocht of had erop moeten toezien dat dit niet op zodanige manier gestalte zou krijgen als in onderhavig geval, bijvoorbeeld door het evenementenbureau het plannen van bepaalde activiteiten te verbieden. De werkgever is derhalve aansprakelijk voor het letsel van de werknemster op grond van artikel 7:658 BW.

#### 4.5. *Val in zee*

Het Hof 's-Hertogenbosch heeft in 2004 de aansprakelijkheid van de werkgever afgewezen voor schade als gevolg van een whiplash na een val in zee.<sup>22</sup>

Een manager heeft in 1998 deelgenomen aan een vijfdaagse ‘technical meeting’ in Ivoorkust. Het doel van het bedrijfsuitje was om personeel op managementniveau werkzaam in Nederland en in (in gelieerde bedrijven van de werkgever) Ivoorkust, met elkaar te laten

<sup>21</sup> Rb. Utrecht 23 augustus 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY1855.

<sup>22</sup> Hof 's-Hertogenbosch 22 juni 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AR2568.

kennismaken. Op de tweede dag van de meeting is een tochtje gemaakt naar het strand in Assinië. De werknemer stond met het water op kniehoogte te praten met een collega, toen een krachtige golf hem omversloeg, als gevolg waarvan de werknemer een whiplash heeft opgelopen.

Het hof oordeelde in hoger beroep, in tegenstelling tot de kantonrechter in eerste aanleg, dat artikel 7:658 BW van toepassing is, omdat het uitstapje naar het strand ('programme social') niet vrijblijvend was, zeker gezien de functie van de manager.<sup>23</sup> Pas na 20:00 uur stond de desbetreffende dag op het programma vermeld als zijnde 'libre'.

Evenwel was van tekortschieten in de zorgplicht door de werkgever geen sprake. Een bezoek aan een strand bracht geen bijzondere gevaren met zich, anders dan het van algemene bekendheid zijnde feit dat in de zee, en zeker in de Atlantische Oceaan, onderstromen voorkomen. Meer in het bijzonder hoefde van de werkgever niet te worden gevergd dat hij een volwassen 49-jarige werknemer met een verantwoordelijke internationale managementfunctie waarschuwde voor alle denkbare gevaren van pootje baden in de branding van de Atlantische Oceaan. De werkgever is ook niet aansprakelijk op grond van artikel 7:611 BW.

Volgens het hof is het ongeval het gevolg van een ongelukkige samenloop van omstandigheden, waarvan de gevolgen niet voor risico van de werkgever komen, temeer niet nu hij de noodzakelijke zorgvuldigheid heeft betracht door voor zijn werknemers een ongevallenverzekering af te sluiten.

#### 4.6. *Sportdag*

Een werkgever heeft een sportdag voor haar werknemers georganiseerd die in 1999 heeft plaatsgevonden. Het Hof 's-Hertogenbosch heeft in 2004 alle vorderingen van de werknemer afgewezen.

De werknemer, een managementtrainee, heeft evenals 27 van de in totaal 76 vaste medewerkers (en in totaal vijf van de zes managers) deelgenomen aan de sportdag. De werknemer heeft letsel opgelopen op een zeephellingsbaan waarop hij buikglijdend met het hoofd oranje pionnen moest omstoten. Dit is niet gegaan zoals de bedoeling was en als gevolg hiervan is hij arbeidsongeschikt geraakt. Het sportevenement was georganiseerd door een professioneel evenementenbureau.

Volgens het hof is er geen sprake van zeggenschap en bevoegdheid in de zin van artikel 7:658 BW en het hof overweegt in dit verband dat het om een buiten de normale werktijd (zaterdag) en buiten het kantoor georganiseerde recreatieve activiteit voor de medewerkers van Spaar Select en hun gezinnen gaat, de deelname daaraan facultatief was en een groot aantal werknemers niet aan deze bedrijfssportdag heeft deelgenomen. Het feit dat de werknemer zich vanwege zijn functie verplicht voelde aan deze sportdag deel te nemen brengt nog niet mee dat de werkgever die het organiseren van de sportdag had uitbesteed aan een professioneel evenementenbureau, is tekortgeschoten in de zorgplicht van artikel 7:658 BW, aldus het hof.

Van een aansprakelijkheid van de werkgever op grond van goed werkgeverschap ingevolge artikel 7:611 BW is volgens het hof evenmin sprake omdat deelname niet verplicht was (er

---

<sup>23</sup> De kantonrechter was van oordeel dat de deelname aan het sociaal programma niet aan te merken viel als het uitoefenen van werkzaamheden.

deden slechts 27 van de 76 medewerkers mee) en aan niet deelname geen sanctie was verbonden. En hoewel het begrijpelijk is, aldus het gerechtshof, dat de werknemer zich moreel verplicht voelde – evenals blijkbaar de andere managementleden – om deel te nemen, is dit niet voldoende is voor het aannemen van aansprakelijkheid van de werkgever. Ook is het organiseren uitbesteed aan een professioneel evenementenbureau. Het hof overweegt tevens dat werknemer niet verplicht was om aan alle onderdelen mee te doen en had kunnen afzien van het buikglijden nu de zeephellingsbaan er volgens zeggen van de werknemer primitief uitzag.

## 5. Verkeersongevallen

Verkeersongevallen tijdens werktijd vallen onder voornoemde werkgeversaansprakelijkheid wanneer de werkzaamheden van een werknemer bestaan uit het deelnemen aan het verkeer, zoals bij beroepschauffeurs altijd het geval is. Dan rust op de werkgever een zorgplicht met betrekking tot de veiligheid van het vervoersmiddel van de werknemer, wat tijdig en goed onderhoud hieraan noodzakelijk maakt, maar onder deze zorgplicht valt dan ook het erop toezien dat rusttijden door een werknemer in acht (kunnen) worden genomen.

### 5.1. *Werk-/werkverkeer*

Een verkeersongeval van een taxichauffeuse onderweg naar huis tussen twee opdrachten door is op één lijn te stellen met vervoer dat plaatsvindt krachtens de verplichtingen uit haar arbeidsovereenkomst, zo oordeelde het Hof 's-Hertogenbosch.<sup>24</sup> Indien beroepsmatige verkeersdeelname niet aan de orde is, maar een werknemer zich tijdens het werk tussen verschillende (werk)locaties dient te verplaatsen, op klantenbezoek gaat of een pakketje voor zijn werkgever ergens aflevert, is dit te kwalificeren als vervoer dat plaatsvindt in het kader van de werkzaamheden van een werknemer. Dit wordt als werktijd beschouwd en daarmee is een werkgever in beginsel voor schade die c.q. letsel dat het gevolg is van verkeersdeelname tijdens werktijd aansprakelijk, tenzij sprake is geweest van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.

### 5.2. *Woon-/werkverkeer*

Woon-/werkverkeer wordt niet gezien als werktijd, maar als privé-tijd en dat maakt dat een werkgever daar in principe niet met succes aansprakelijk voor kan worden gesteld. Aansprakelijkheid van een werkgever is wel weer aan de orde als er tijdens een autorit van of naar het werk een klant bezocht wordt, onderweg naar huis een pakketje voor het werk afgeleverd wordt en/of de werkpost onderweg naar huis wordt bezorgd bij het postkantoor. Dit omdat dit dan toch (ook) als werktijd dient te worden beschouwd.

Dergelijke verkeersongevallen vallen weliswaar niet onder de zorgplicht van artikel 7:658 BW, omdat een werkgever juist bij dit type ongevallen in de praktijk zeer beperkte mogelijkheden heeft om maatregelen te treffen en aanwijzingen te geven om de bijzondere gevaren die aan deelname aan het verkeer verbonden zijn te verminderen. Daar staat echter tegenover dat deze bijzondere risico's in het verkeer goed en tegen betaalbare premies te verzekeren zijn.

De Hoge Raad heeft op basis hiervan bepaald dat de eisen van goed werkgeverschap met zich meebrengen dat een werkgever gehouden is zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering van de werknemers voor wie geldt dat zij in de uitvoering van hun werkzaamheden betrokken kunnen raken bij een verkeersongeval. Hiermee heeft de Hoge Raad feitelijk een

---

<sup>24</sup> Hof 's-Hertogenbosch 5 november 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:5200.



verzekeringsplicht voor werkgevers in het leven geroepen waarin de wetgeving niet voorziet.<sup>25</sup> Deze verzekeringsplicht is vrij beperkt en ziet alleen op de volgende drie situaties:

1. als de werknemer als bestuurder van een motorvoertuig schade heeft geleden als gevolg van een ongeval,
2. als de werknemer als fietser/voetganger schade heeft geleden door een ongeval en waarbij dan minstens één voertuig betrokken is geweest, óf
3. deze werknemer schade heeft geleden als gevolg van een eenzijdig fietsongeval.

Alleen dan is de werkgever aansprakelijk tot vergoeding van tot het bedrag dat een behoorlijke verzekering hiervoor zou hebben gedekt. Eenzijdige verkeersongevallen te voet vallen aldus niet onder de ‘verzekeringsplicht’ van werkgevers.<sup>26</sup>

### 5.3. *Verzekeringsplicht?*

De daaropvolgende vraag, wat van een behoorlijke verzekering moet worden geacht, laat zich niet altijd makkelijk beantwoorden. Dit blijkt wel uit het feit dat hierover door een werknemer ruim 14 jaar is geprocedeerd. Na terugverwijzing door de Hoge Raad naar het Hof, kwam aan deze procedure op 9 mei 2017 een einde.

Het ging in deze zaak om een ambulancechauffeur die in 1998 onderweg met de ambulance op weg naar huis bij een verkeersongeval betrokken raakte. De Hoge Raad heeft in 2008 geoordeeld dat hoewel er op het moment van het ongeluk geen sprake was van een noodoproep, het gebruik van de ambulance op één lijn moet worden gesteld met vervoer dat plaatsvindt in het kader van de uit te voeren werkzaamheden. Dit omdat het bij deze werkgever al lange tijd een vaste gewoonte van een aantal werknemers was om de ambulance na afloop van hun werkzaamheden mee naar huis te nemen om zo tijd te kunnen besparen als er nog een noodoproep mocht volgen. De werkgever in kwestie had tegen deze gewoonte in de loop der jaren nooit enig bezwaar gemaakt en werd mede hierdoor aansprakelijk bevonden.<sup>27</sup> Vervolgens rees de vraag of de werkgever de gehele schade van de werknemer diende te vergoeden of alleen de schade die voortvloeide uit het niet-afsluiten van een adequate verzekering. Het hof heeft geoordeeld dat dit laatste het geval is<sup>28</sup> en heeft een deskundige benoemd om te bepalen wat dan anno 1998 een adequate verzekering zou zijn geweest en heeft op basis daarvan vorig jaar uiteindelijk eind-arrest gewezen.<sup>29</sup>

## 6. **Bewuste roekeloosheid**

De zorgplicht van een werkgever eindigt waar de verantwoordelijkheid van een werknemer begint. Een werkgever is niet aansprakelijk wanneer er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer én dit de schade in belangrijke mate heeft veroorzaakt. Van bewuste roekeloosheid is echter pas sprake als de werknemer zich direct voordat het ongeval zich heeft voorgedaan bewust was van zijn roekeloze gedraging. Dit laatste komt in de praktijk zelden vast te staan.

Zo erkende een werknemer, die op de rand van een kookketel was gaan staan om bij een technische installatie te kunnen en daarin was gevallen, weliswaar zelf achteraf dat dit een ‘stomme actie’ was geweest, desalniettemin leidde dit niet tot bewuste roekeloosheid omdat binnen het

25 HR 11 november 2011, «JAR» 2011/315 (*De Rooyse Wissel*).

26 HR 11 november 2011, «JAR» 2011/316 (*TNT Post*).

27 HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG7775 (*Autoster/Hendriks*).

28 Hof 's-Hertogenbosch 10 februari 2005, ECLI:NL:GHSHE:2015:428.

29 Hof 's-Hertogenbosch 9 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:2028.

bedrijf regelmatig op de kookeenheden werd geklommen en de werknemer dit makkelijk had kunnen voorkomen door bijvoorbeeld een hangslot op het luik van de ketel te plaatsen (zodat de losse afdekplaat niet meer verplaatst kon worden door de medewerkers) of door de kookeenheden verder uit de buurt van de technische installatie te plaatsen.<sup>30</sup> Ook de onervaren elektromonteur die in strijd met de algemene instructie verzuimde een spanningsmeting uit te voeren alvorens te gaan werken aan een elektronische klok en door een stroomschok van de ladder viel, handelde daarmee nonchalant, maar niet opzettelijk of bewust roekeloos.<sup>31</sup>

Bij een werknemer die werkzaamheden op een zes meter hoog dak aan het verrichten was en door een rukwind van dit dak was gevallen, ontkwam zijn werkgever niet aan aansprakelijkheid, ook al had deze hiervoor een valharnas ter beschikking gesteld. Door de Hoge Raad is geoordeeld dat alleen het ter beschikking stellen van veiligheidsmiddelen aan werknemers niet voldoende is. De werkgever dient er ook op toe te zien dat veiligheidsmiddelen daadwerkelijk, en op de juiste manier gebruikt worden door de werknemer(s). Dat deze werknemer zeer ervaren was, maakt deze zorgplicht van een werkgever niet anders. Ook voor deze categorie werknemers geldt dat een werkgever verantwoordelijk is voor de veiligheid en dat daarbij dan ook rekening dient te worden gehouden met het gegeven dat ook die ervaren werknemers weleens nalaten de voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongelukken geraden is.<sup>32</sup>

Bewuste roekeloosheid van een werknemer wordt in de praktijk, zoals gezegd, zelden aangenomen. Zo was de werknemer die zonder geleider was gaan zagen en vervolgens letsel opliep niet bewust roekeloos geweest, omdat zijn werkgever ervoor had moeten zorgen dat alle machines waren voorzien van de vereiste beschermingsmiddelen én het personeel had dienen te verbieden de machines zonder die beschermingsmiddelen te gebruiken.<sup>33</sup> Ook een werknemer die tijdens het werk vijf meter naar beneden was gevallen en de dag/avond ervoor alcohol en softdrugs bleek te hebben genuttigd, werd niet bewust roekeloos bevonden. Zijn werkgever werd aansprakelijk bevonden vanwege het feit dat tijdens de werkzaamheden geen valbeschermende voorzieningen aanwezig waren geweest en dit een schending van de zorgplicht opleverde.<sup>34</sup>

In gevallen waarin het gaat om veiligheidsvoorzieningen die een werknemer zelf dient toe te passen, zoals veiligheidsgordels, is de werkgever niet aansprakelijk mits hij aantoont dat er voldoende veiligheidsmaatregelen zijn genomen en ook de veiligheidsinstructies heeft gegeven die van hem konden worden gevergd. Een werknemer die geen gordels of vallijnen droeg, tijdens zijn werkzaamheden door het dak zakte en daarbij letsel opliep omdat hij acht meter naar beneden was gevallen, stelde dat zijn werkgever aansprakelijk was omdat hij niet bewust roekeloos had gehandeld. Dat niet bewust roekeloos was gehandeld werd aangenomen, maar dat de werkgever daardoor aansprakelijk was niet. Dit omdat deze werkgever met het ter beschikking stellen van de juiste veiligheidsmiddelen wel degelijk aan zijn zorgplicht had voldaan.

---

30 Hof 's-Hertogenbosch 3 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1634.

31 Hof 's-Hertogenbosch 26 juli, 2016 ECLI:NL:GHSHE:2016:3167

32 HR 7 december 2012, AR-2012-1056 (*Dalra Airlines*), zie ook Hof 's-Hertogenbosch 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4431.

33 Hof 's-Gravenhage 19 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2030.

34 Hof 's-Gravenhage 2 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2023.

Als voldaan is aan de zorgplicht, is een werkgever niet aansprakelijk, ook niet als bewuste roekeloosheid van de werknemer ontbreekt, aldus de Hoge Raad.<sup>35</sup>

Toch heeft een werknemer wel degelijk ook zelf de verantwoordelijkheid om gegeven veiligheidsinstructies daadwerkelijk op te volgen. Wanneer het gaat om veiligheidsmaatregelen die een werknemer zelf dient toe te passen, zoals het dragen van veiligheidsgordels of vallijnen, is een werkgever niet aansprakelijk indien deze aantoonbaar dat veiligheidsmaatregelen zijn getroffen én dat de veiligheidsinstructies aan de werknemer zijn gegeven die van de werkgever konden worden gevergd.<sup>36</sup> Niet aansprakelijk was dan ook de werkgever van een werknemer die tegen de expliciete instructie van zijn leidinggevende in een donkere kelder inging en daarbij ten val kwam, aangezien hier niet van een schending van de zorgplicht van deze werkgever kon worden gesproken.<sup>37</sup>

#### 7. **Eigen verantwoordelijkheid c.q. schuld vs. aansprakelijkheid**

Op het moment dat een werkgever op basis van goed werkgeverschap (artikel 7:611 BW) aansprakelijk is, zoals bij verkeersongevallen van werknemers vaak het geval is, zal de (hoogte van de te vergoeden) schade op grond van titel 10 Boek 6 BW dienen te worden vastgesteld en daarbij komt het dan regelmatig voor dat (gedeeltelijke) eigen schuld van een werknemer wordt aangenomen. De hoogte van de door een werkgever te vergoeden schade zal dan ingeval van een mate van eigen schuld aan de zijde van werknemer worden gematigd. Dit was vrij recent nog het geval bij een werknemer die tijdens een werkbezoek in het buitenland door een hond was gebeten, daardoor met rabiës besmet raakte en uiteindelijk hieraan overleed. De rechtbank oordeelde weliswaar dat de werkgever aansprakelijk was, maar dat hier deels sprake was van eigen schuld van de werknemer, omdat deze zich niet binnen 48 uur na de beet, en daarmee niet tijdig (genoeg), had laten behandelen.<sup>38</sup>

Samenvattend dienen werkgevers aan werknemers adequate veiligheidsmiddelen ter beschikking te stellen, werknemers voldoende te instrueren én waarschuwen waar nodig, maar wordt deze vergaande zorgplicht begrensd door wat van ieder weldenkend mens kan worden gevergd. Anders gesteld, van een werknemer mag wel degelijk een bepaalde mate van voorzichtigheid en verantwoordelijkheid worden verwacht.

---

35 HR 24 juni 2011, «JAR» 2011/192.

36 HR 14 juni 2011, (*Drombrowski/Hulsing-Huppermans*), «JAR» 2011/192.

37 Rb. Noord-Holland 28 september 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:8409.

38 Rb. Amsterdam 10 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2223.



# Over de niet onwaarschijnlijke mogelijkheid die als een aanmerkelijke kans wordt aangemerkt

A.A. FRANKEN<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Gerard sloeg het bekertje koffie bijna uit mijn handen toen hij tijdens een korte onderbreking van een zitting met nogal wilde armgebaren een anekdote vertelde over een zaak uit een inmiddels grijs verleden. Hij had het, denk ik, amper in de gaten. Het verhaal was belangrijker. Gerard Hamer kon beeldend vertellen. Dat was een van zijn talenten. Vlak voordat we de zittingszaal weer betraden, klopte hij me welhaast vaderlijk op mijn rug en maakte hij een compliment – intussen tevergeefs trachtend zijn bef weer enigszins in het gareel te krijgen. Dat was een andere kwaliteit van Gerard. Hij kon op een ontwapende wijze, als een kwajongen op leeftijd, met een vriendelijk woord een ander geruststellen of aanmoedigen. Voor een jonge advocaat, die ik toen was, betekent zo'n warm gebaar veel.

In latere jaren liet Gerard herhaaldelijk blijken trots te zijn op zijn kantoor en op zijn kantoorgenoten. Hij zou ook nu ongetwijfeld trots zijn op de deskundige en gewetensvolle wijze waarop rechtsbijstand wordt verleend door advocaten van het kantoor waaraan zijn naam nog steeds is verbonden. De erfenis van Gerard is bij hen in goede handen. Een van hen, mr. Desiree de Jonge, heeft mij onlangs tijdens een zitting op het spoor gezet van het onderwerp van dit opstel: wat wil de Hoge Raad met het voorwaardelijk opzet, gelet op de beschouwingen die hij daaraan heeft gewijd in een arrest van 29 mei 2018? Die vraag had ik graag met Gerard besproken. Hij legde zich de laatste jaren van zijn leven immers in toenemende mate toe op de rechtsbijstand in de cassatiefase en hij beleefde, gedreven als hij was, professioneel plezier aan bespiegelingen over de precieze betekenis van door de Hoge Raad gebruikte formuleringen en over de achterliggende bedoelingen van de cassatierechter. Die meestal hilarische gesprekken mis ik. Niet alleen was met Gerard de lach nooit ver weg, maar ik heb van die gesprekken ook veel geleerd.

## 2. Voorwaardelijk opzet: een vogelvlucht door de rechtspraak

Voorwaardelijk opzet vormt de ondergrens van opzet. In 1954 sprak de Hoge Raad in dit verband over het zich willens en wetens blootstellen aan de geenszins als denkbeeldig te verwaarlozen kans.<sup>2</sup> Pompe verzette zich in zijn annotatie krachtig tegen deze formulering. Volgens hem zou het bewustzijn van een mogelijkheid hooguit bewuste onachtzaamheid – en dus *culpa* – kunnen opleveren. Bovendien zou de aanduiding van die mogelijkheid als een geenszins als denkbeeldig te verwaarlozen kans naar zijn oordeel geen nadere begrenzing vormen, omdat het zich willens en wetens blootstellen aan een wel als denkbeeldig te verwaarlozen kans niet eens onachtzaamheid oplevert.

De principiële kritiek van Pompe vond in de rechtspraak geen weerklank. Wel is in de loop der tijd de formulering aangepast: in plaats van een geenszins als denkbeeldig te verwaar-

<sup>1</sup> Stijn Franken is advocaat in Amsterdam en hoogleraar Straf(proces)recht aan de Universiteit Utrecht.

<sup>2</sup> HR 9 november 1954, *NJ* 1955/55, m.nt. Pompe

lozen kans wordt nu gesproken over een aanmerkelijke kans. De bewuste aanvaarding daarvan levert voorwaardelijk opzet op. De Hullu heeft erop gewezen dat de abstracte formule van het voorwaardelijk opzet het risico kent tot een sjabloonachtige toepassing te leiden die te weinig op het individuele geval is toegespitst.<sup>3</sup>

Dat risico kan enigszins worden beteugeld door bewijsoverwegingen over voorwaardelijk opzet nauwkeurig te toetsen en door aan de verschillende aspecten van het voorwaardelijk opzet een invulling te geven die recht doet aan het besef dat met deze rechtsfiguur een ondergrens wordt bereikt. Hoewel de jurisprudentie van de Hoge Raad over voorwaardelijk opzet zich niet eenduidig laat typeren,<sup>4</sup> lijkt hij in enkele bekende en minder bekende arresten een dam te hebben opgeworpen tegen een al te gemakkelijke hantering van de voorwaardelijk opzet geldende maatstaf. In het Porsche-arrest overwoog hij bijvoorbeeld dat de bewezenverklaring, voor zover daarbij is aangenomen dat het opzet van de verdachte was gericht op de dood van de slachtoffers, ontoereikend was gemotiveerd, (mede) omdat de rechter in zijn oordeel dient te betrekken dat het naar ervaringsregels niet waarschijnlijk is dat de verdachte de aanmerkelijke kans dat een frontale botsing met een tegemoetkomende auto zal plaatsvinden en hij als gevolg van zijn gedraging zelf het leven zal verliezen eveneens op de koop toeneemt.<sup>5</sup>

Restrictief zijn ook de zogenoemde HIV-arresten, waarin de Hoge Raad onder meer overwoog dat geen grond bestaat de inhoud van het begrip “aanmerkelijke kans” afhankelijk te stellen van de aard van het gevolg. Het moet in alle gevallen gaan om een kans die naar algemene ervaringsregels als aanmerkelijk heeft te gelden.<sup>6</sup> In dat verband keurde hij de overweging van het gerechtshof af dat sprake was van voorwaardelijk opzet op het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel:

“Dat het aangaan van onbeschermd seksuele contacten door iemand die met het HIV-virus is besmet gevaarzettend is, brengt op zichzelf nog niet mee dat door de desbetreffende seksuele gedragingen een zodanige kans op besmetting met het HIV-virus – en dus op het oplopen van zwaar lichamelijk letsel – in het leven wordt geroepen dat deze bij de beantwoording van de vraag of van voorwaardelijk opzet sprake is, naar algemene ervaringsregels als aanmerkelijk kan worden beschouwd. Onder bijzondere, risicoverhogende, omstandigheden kan dat anders zijn, doch daaromtrent heeft het Hof niet vastgesteld, noch in de bewijsmiddelen, noch in de nadere bewijsoverwegingen.”

Er zijn meer arresten waaruit kan worden opgemaakt dat niet elke kans als een aanmerkelijke kans kan worden beschouwd. Het niet of onvoldoende voeren van een administratie levert volgens de Hoge Raad niet zonder meer de aanmerkelijke kans op verkorting van de rechten van schuldeisers op bij faillissement van een stichting, die – naar de verdachte wist – in financiële problemen verkeerde.<sup>7</sup> Het voorwaardelijk opzet op de dood was naar het oordeel van de Hoge Raad ontoereikend gemotiveerd in een zaak, waarin de verdachte

3 J. de Hullu, *Materieel strafrecht* (7e druk), Deventer: Wolters Kluwer 2018, in het bijzonder p. 253.

4 Zie voor een uitgebreider overzicht De Hullu 2018, p. 237-253 en zie ook de hierna in de hoofdtekst te bespreken conclusie van advocaat-generaal Keulen voor het arrest van de Hoge Raad van 29 mei 2018. De bespreking van de jurisprudentie in de hoofdtekst is mede op het handboek van De Hullu en de conclusie van Keulen gebaseerd.

5 HR 15 oktober 1996, *NJ* 1997/199, m.n.t. 't Hart. Zie voor een recent voorbeeld waarin de voorwaardelijk opzet benodigde bewustheid naar het oordeel van de Hoge Raad niet voldoende uit de verfkwam in de bewijsconstructie van het gerechtshof HR 24 april 2018, *NJ* 2018/234.

6 Zie onder meer HR 25 maart 2003, *NJ* 2003/552, m.nt. Buruma en HR 18 januari 2005, *NJ* 2005/154, m.nt. De Jong. Het in de hoofdtekst opgenomen citaat is uit het arrest van 2005.

7 HR 14 januari 2014, *NJ* 2014/80.

tot tweemaal toe zijn auto naar rechts had gestuurd om een naast hem rijdende politieauto te raken en hij daarin eenmaal slaagde waardoor die politieauto uiteindelijk in de berm belandde: het gerechtshof had in zijn nadere bewijsoverweging niets vastgesteld waaruit kan volgen “dat en in welke mate een ongeval met dodelijke afloop waarschijnlijk was”.<sup>8</sup> Van een aanmerkelijke kans was naar het oordeel van de Hoge Raad evenmin zonder meer sprake in de zaak waarin door de verdachte enkele malen op de voordeur van een woning was geschoten, omdat het beoogde slachtoffer zich op dat moment in de slaapkamer van de woning bevond en die slaapkamer niet in het verlengde van de voordeur was gelegen.<sup>9</sup> Het oordeel van het gerechtshof dat de bejaarde verdachte die in zijn woning werd geconfronteerd met twee potige schuldeisers van zijn zoon – die goedschiks of kwaadschiks het geld wilden ontvangen waarop zij dachten aanspraak te kunnen maken – voorwaardelijk opzet op de dood had toen hij, als ongeoeffend schutter, van dichtbij op een van zijn belagers schoot, was naar het oordeel van de Hoge Raad niet zonder meer begrijpelijk omdat de veronderstelling dat de aanmerkelijke kans bestond dat vitale lichaamsdelen zouden worden geraakt niet paste bij de vaststelling van het gerechtshof dat de verdachte gericht laag heeft geschoten.<sup>10</sup>

Uit dit korte overzicht kan evenwel niet worden afgeleid dat aan het bewijs van voorwaardelijk opzet steeds hoge eisen worden gesteld. Dat is namelijk niet het geval. Enerzijds is de rechter die over de feiten oordeelt een hulpmiddel in de vorm van een redenering aangebracht, die het mogelijk maakt vrij eenvoudig tot dat bewijs te komen: bepaalde gedragingen kunnen naar het oordeel van de Hoge Raad zozeer zijn gericht op een bepaald gevolg dat het, behoudens contra-indicaties, niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op dat gevolg heeft aanvaard.<sup>11</sup> Deze mogelijkheid tot objectivering van voorwaardelijk opzet pleegt frequent te worden benut, (mede) in reactie op gevoerde verweren.<sup>12</sup>

Bovendien wekken andere arresten van de Hoge Raad niet de indruk dat hij in elke zaak een kritisch oordeel velt over bewijsoverwegingen die de grenzen van de constructie van het voorwaardelijk opzet lijken op te zoeken. Van degene die een ruimte verhuurde aan een hem onbekende derde, die de huurpenningen elke maand contant ontving in een enveloppe die in de brievenbus werd gedeponneerd en die wist dat een tweede kabel voor de elektriciteit vanuit die ruimte liep naar de meterkast van zijn sportschool, kon volgens de Hoge Raad bijvoorbeeld worden gesteld dat hij opzettelijk behulpzaam is geweest bij de hennepteelt in de door hem verhuurde ruimte.<sup>13</sup> Meer in het algemeen wordt in Opiumwetzaken nogal gemakkelijk, via allerlei veronderstelde ervaringsregels, omgesprongen met voorwaardelijk opzet.<sup>14</sup> Ook in andere zaken gaat de Hoge Raad soms gemakkelijk om met het voorwaardelijk opzet. Een harde duw tegen de borstkas waardoor het slachtoffer achterover op straat valt, kan bijvoorbeeld voorwaardelijk opzet op letsel en pijn opleveren.<sup>15</sup>

Aldus ontstaat – in de woorden van De Hullu – een diffuus beeld, waarin bij sommige delictscategorieën een ruime, objectiverende benadering van voorwaardelijk opzet voorop-

---

8 HR 13 september 2016, *NJ* 2016/423.

9 HR 20 april 2010, *NJ* 2010/250.

10 HR 30 mei 2017, *NJ* 2017/250.

11 HR 25 maart 2003, *NJ* 2003/552, m.nt. Buruma.

12 Daarbij moet de rechter die over de feiten oordeelt wel precisie betrachten. Die nauwkeurigheid ontbrak in HR 19 april 2016, *NJ* 2016/258, m.nt. Keijzer.

13 HR 19 april 2016, *NJ* 2017/66, m.nt. Mevis.

14 Zie daarover De Hullu 2018, p. 245-248, met verwijzing naar de nodige jurisprudentie.

15 HR 14 november 2017, *NJ* 2018/133, m.nt. Wolswijk.

staat, terwijl in andere gevallen een striktere, meer psychisch ingekleurde invulling aan het voorwaardelijk opzet wordt gegeven.<sup>16</sup> Belangrijk lijkt mij ook zijn observatie te zijn dat de aanvaarding van een aanmerkelijke kans regelmatig in samenhang wordt vastgesteld: in een enkele overweging kan uit de gedraging zowel de aanmerkelijke kans op een gevolg als de aanvaarding van die kans worden beredeneerd.<sup>17</sup>

### 3. **Het arrest van 29 mei 2018**

Hunter was een hazewindhond die op 25 februari 2015 werd aangevallen door drie honden van het ras Amerikaanse staffordshireterriër. De vele bijtonden die Hunter daardoor opliep, waren dermate ernstig dat werd besloten hem in te laten slapen. De drie honden die Hunter aanvielen, waren een jaar eerder ook al bij een bijtincident betrokken. Dat leidde destijds tot een onderzoek van een deskundige, waarbij een risico-inschatting werd gemaakt van de honden. Volgens de van dat onderzoek opgemaakte rapporten was de kans op nieuwe bijtincidenten “reëel, maar klein”. Aanbevolen werd onder meer om niet meer dan twee honden tegelijkertijd uit te laten en om ook in zogenoemde losloopegebieden de honden aangelijnd te houden.

De zoon van de eigenaar liet op 25 februari 2015 de drie honden uit. In een daarvoor bestemde uitlaatplaats, omgeven door hekken, liet hij de honden los. Hij werd vervolgd voor het opzettelijk en wederrechtelijk beschadigen van Hunter. Het concrete verwijt was dat hij de honden van zijn vader los had laten lopen, waardoor onvoldoende controle op die honden mogelijk was. Volgens de voor het bewijs gebruikte verklaringen van de verdachte had zijn vader hem verteld dat de honden niet in de buurt van andere honden mochten worden losgelaten en dat de honden niet tegelijkertijd mochten worden uitgelaten. Uit de bewijsmiddelen volgt bovendien dat een van de honden eensklaps over de omheining sprong, daarna gevolgd door de twee andere honden en dat de verdachte tevergeefs heeft geprobeerd die honden weg te halen van Hunter.

In een bewijsoverweging legde het gerechtshof zijn oordeel uit dat sprake was van voorwaardelijk opzet, mede in reactie op het daarover door de verdediging ingenomen standpunt: door het niet opvolgen van de aanbevelingen van de naar aanleiding van een eerder bijtincident ingeschakelde deskundige heeft de verdachte door de drie honden tegelijkertijd en niet aangelijnd uit te laten, bewust de aanmerkelijke kans aanvaard dat de drie honden een andere hond zouden bijten en daardoor beschadigen.

In cassatie werd onder meer over dat oordeel van het gerechtshof geklaagd. In een fraaie conclusie heeft advocaat-generaal Keulen – met verwijzing naar de nodige literatuur en rechtspraak – naar aanleiding van dat cassatiemiddel onder meer de belangrijke vragen gesteld hoe groot de kans moet zijn om als aanmerkelijk te worden betiteld en met welke factoren in dat verband rekening moet worden gehouden. Volgens Keulen zou de aanvaarding van een reële kans voortaan voldoende moeten zijn om tot een bewezenverklaring van voorwaardelijk opzet te kunnen komen. Hij stelt dat het dogmatisch moeilijk te begrijpen is dat de aanvaarding van een reële maar niet aanmerkelijke kans geen voorwaardelijk opzet maar “slechts” bewuste schuld kan opleveren. Ter beantwoording van de tweede vraag is in de conclusie als uitgangspunt verwoord dat rekening moet worden gehouden met omstandigheden die binnen de invloedssfeer van de verdachte liggen en die hij dus (mede) in de hand heeft gehad.

---

<sup>16</sup> De Hullu 2018, p. 254.

<sup>17</sup> De Hullu 2018, p. 243.



Over het cassatiemiddel oordeelde de advocaat-generaal dat uit de vaststellingen van het gerechtshof niet volgt dat, geredeneerd vanuit het perspectief van de verdachte, naar algemene ervaringsregels een aanmerkelijke kans bestond dat de drie honden op 25 februari 2015 een andere hond zouden aanvallen:

“Het risico-assessment is op 4 juli 2014 opgemaakt naar aanleiding van een incident dat zich op 25 januari 2014, dus meer dan een jaar voor het ten laste gelegde feit, had voorgedaan. Uit de bewijsmiddelen blijkt niets over andere incidenten die zich na 25 januari 2014 zouden hebben voorgedaan. Uit de bewijsmiddelen blijkt ook niets over het aantal keren dat de verdachte de honden na 25 januari 2014 heeft uitgelaten en de wijze waarop hij de honden bij die gelegenheden heeft uitgelaten (aangelijnd of niet). Uit de bewijsmiddelen volgt wel dat de verdachte de honden op 25 februari 2015 op een omheind hondenuitlaatgebied heeft losgelaten. De drie honden zijn over de omheining gesprongen en hebben de andere hond aangevallen (bewijsmiddel 1). De bewijsmiddelen bevatten geen informatie over de hoogte van de omheining; daarmee blijft onduidelijk of vooraf rekening moest worden gehouden met het scenario dat de drie honden daar overheen zouden springen. De bewijsmiddelen maken ten slotte ook niet duidelijk hoe groot de kans was dat een andere hondenbezitter daar op dat moment (rond 18.30 uur, bewijsmiddel 1) een hond uit zou laten.”

Volgens Keulen was er wel een reële of geenszins als denkbeeldig te verwaarlozen kans – maar waren de vaststellingen van het gerechtshof niet voldoende om te kunnen spreken van een aanmerkelijke kans. Ook over het oordeel van het gerechtshof dat de verdachte een dergelijke kans heeft aanvaard, is hij kritisch. Uit de bewijsmiddelen volgt naar zijn oordeel bepaald niet dat de verdachte onverschillig stond ten opzichte van het ingetreden gevolg en kan hem hooguit worden verweten dat de verdachte onvoorzichtig is geweest, mede gelet op de ontoereikende hoogte van het hek van de uitlaatplaats.

De Hoge Raad oordeelde anders dan zijn advocaat-generaal. Aan de beoordeling van het cassatiemiddel heeft hij enkele algemene beschouwingen vooraf laten gaan. Allereerst zijn uit de HIV-jurisprudentie bekende overwegingen weergegeven: voorwaardelijk opzet op een bepaald gevolg is aanwezig, indien de verdachte bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat dit gevolg zal intreden. De beantwoording van de vraag of sprake is van een dergelijke kans, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij betekenis toekomt aan de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder deze is verricht. Er is geen grond, aldus nog steeds de Hoge Raad, de inhoud van het begrip “aanmerkelijke kans” afhankelijk te stellen van de aard van het gevolg: het moet gaan om een kans die naar algemene ervaringsregels aanmerkelijk is te achten.

Aan deze overwegingen heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 29 mei 2018 het navolgende toegevoegd:

“In de conclusie van de Advocaat-Generaal wordt de vraag opgeworpen of nadere algemene aanknopingspunten kunnen worden gegeven om te bepalen onder welke omstandigheden sprake is van een aanmerkelijke kans als hiervoor bedoeld. Daarom trekt de Hoge Raad het volgende op. Onder ‘de naar algemene ervaringsregels aanmerkelijke kans’ dient te worden verstaan de in de gegeven omstandigheden reële, niet onwaarschijnlijke kans. Met de thans gebruikte formulering van de maatstaf van de aanmerkelijke kans is geen wezenlijk andere of grotere mate van waarschijnlijkheid tot

uitdrukking gebracht dan met de in oudere rechtspraak, zoals in HR 9 november 1954, *NJ* 1955/55, gebruikte formulering ‘de geenszins als denkbeeldig te verwaarlozen kans’.

De Hoge Raad kan geen algemene regels geven over de exacte grootte van de kans die in het algemeen of voor een bepaald type delict minimaal vereist zou zijn, laat staan deze kans in een percentage uitdrukken.”

Vervolgens heeft de Hoge Raad aandacht besteed aan het onderscheid tussen voorwaardelijk opzet en bewuste schuld: of sprake is van het een of het ander, hangt af van de feitelijke omstandigheden van het geval, waarbij – opnieuw – de aard van de gedragingen en de omstandigheden waaronder deze zijn verricht van belang zijn. Daarbij geldt de reeds bekende regel dat bepaalde gedragingen naar hun uiterlijke verschijningsvorm kunnen worden aangemerkt als zozeer gericht op een bepaald gevolg dat het, behoudens contra-indicaties, niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op het gevolg bewust heeft aanvaard.

Het namens de verdachte ingediende cassatiemiddel kon volgens de Hoge Raad niet slagen. Het oordeel van het gerechtshof getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk, omdat het gerechtshof heeft vastgesteld dat de verdachte wist dat de honden bij een eerder bijtincident betrokken waren en dat de kans op bijtincidenten bij deze honden reëel was, dat de verdachte wist dat hij de drie honden niet samen moest uitlaten en ook in losloopgebieden aangeliend moest houden wanneer andere honden in de buurt waren. Aan die feitelijke vaststellingen heeft het gerechtshof volgens de Hoge Raad de niet onbegrijpelijke gevolgtrekking verbonden dat de reële, niet onwaarschijnlijke mogelijkheid bestond dat de honden een andere hond zouden bijten, welk risico zich heeft verwezenlijkt, en dat de verdachte bewust deze aanmerkelijke kans heeft aanvaard.

#### 4. De betekenis van het arrest

De woordkeuze van de Hoge Raad in zijn arrest van 29 mei 2018 komt niet helemaal uit de lucht vallen. Inspiratie lijkt te zijn geput uit het door zijn raadsheer De Hullu geschreven handboek over materieel strafrecht, waarin is opgemerkt dat de aanmerkelijke kans in de constructie van het voorwaardelijk opzet feitelijk neerkomt op een reële, niet onwaarschijnlijke mogelijkheid.<sup>18</sup> Aan de aanduiding “aanmerkelijk” moet in dit verband volgens De Hullu niet te zwaar worden getild, omdat zij

“blijkens de rechtspraak niet duidt op waarschijnlijke kans of iets dergelijks, maar meer op een reële kans.”

Toch lijkt een zekere verschuiving in de begripsvorming waarneembaar. In een vorige druk van hetzelfde handboek schreef De Hullu nog over de aanmerkelijke kans:<sup>19</sup>

“Het moet, feitelijk gezien, om een reële mogelijkheid met een zekere waarschijnlijkheid gaan.”

Het verschil tussen een reële mogelijkheid met een zekere waarschijnlijkheid en een reële, niet onwaarschijnlijke mogelijkheid is subtiel. Iets minder subtiel is het verschil tussen een

<sup>18</sup> De Hullu 2018, p. 242. Het hiernavolgende citaat in de hoofdtekst staat op p. 244.

<sup>19</sup> J. de Hullu, *Materieel strafrecht* (3e druk), Deventer: Kluwer 2006, p. 224.

kans die naar algemene ervaringsregels als aanmerkelijk kan worden beschouwd en een reële, niet onwaarschijnlijke kans. Volgens de Hoge Raad zou met de maatstaf van de aanmerkelijke kans zelfs geen andere – lees: grotere – mate van waarschijnlijkheid worden bedoeld dan met de eertijds gebruikte formulering van de geenszins als denkbeeldig te verwaarlozen kans. De omvang van de kans in de constructie van het voorwaardelijk opzet zou dus al die jaren in feite op hetzelfde niveau hebben gelegen.

Dat is een toch wel verrassende wending in het debat over de precieze betekenis van het voorwaardelijk opzet en de invulling die aan de verschillende elementen van deze rechtsfiguur moet worden gegeven. In zijn conclusie merkte Keulen immers – niet zonder reden en in navolging van anderen – op dat er nog wel wat ruimte zit tussen enerzijds een aanmerkelijke kans en anderzijds een reële kans. Die vaststelling was voor hem aanleiding in zijn conclusie voor te stellen dat voortaan genoeg wordt genomen met de lagere graad van waarschijnlijkheid die in de aanduiding “reële kans” besloten ligt. Naar nu blijkt, heeft die door Keulen en anderen gesignaleerde ruimte volgens de Hoge Raad nimmer bestaan. Een aanmerkelijke kans is hetzelfde als een reële kans. Een reële kans is gelijk te stellen aan een niet onwaarschijnlijke kans. Een niet onwaarschijnlijke kans is een kans die als geenszins denkbeeldig is te verwaarlozen. Met al die uitdrukkingen wordt kennelijk hetzelfde bedoeld. Daarmee is de juridische invulling van de aanduiding “aanmerkelijk” wel erg ver afgedwaald van hetgeen in het dagelijks spraakgebruik als aanmerkelijk wordt betiteld.

Het verbaast daarentegen niet dat de Hoge Raad tot uitdrukking heeft gebracht dat hij geen algemene regels kan geven over de exacte grootte van die kans, in het algemeen of voor een bepaalde delictscategorie. Een dergelijke weg is volgens mij inderdaad niet begaanbaar. Daaruit is wel afgeleid dat het oordeel van de rechter over de aanmerkelijke kans in feite niet meer is dan nattevingerwerk.<sup>20</sup> Als daarmee wordt bedoeld dat geen nauwkeurig beschreven grenzen kunnen worden bepaald die de scheidslijn markeren tussen een kans die (net) wel voldoende is voor (het bewijs van) voorwaardelijk opzet en een kans die niet aan de geldende maatstaf voldoet, dan is die typering niet slecht gekozen. Tegelijkertijd moet worden vastgesteld dat de Hoge Raad met name in zijn HIV-jurisprudentie wel enige aanknopingspunten heeft verschaft voor een nadere omlijning van het begrip “aanmerkelijke kans”: het risico moet zodanig zijn dat sprake is van een kans die naar algemene ervaringsregels als aanmerkelijk kan worden gekwalificeerd en bijzondere omstandigheden kunnen tot een verhoging van dat risico – en daarmee tot de vaststelling van een aanmerkelijke kans – aanleiding geven. Het gevaar dat het slachtoffer door de bewezen verklaarde gedragingen met het HIV-virus besmet zou raken, welk risico voldoende uit de gebruikte bewijsmiddelen bleek, was voor de bewezenverklaring van voorwaardelijk opzet in elk geval niet voldoende. Die vingerwijzing leek een maat van waarschijnlijkheid te impliceren die weliswaar niet in een percentage kan worden gevat, maar die wel uitsteeg boven de enkele, niet onwaarschijnlijke mogelijkheid dat het gevolg zou kunnen intreden. In die zin was de rechter die over de feiten oordeelt niet geheel stuurloos.

De vraag is of de Hoge Raad met zijn arrest van 29 mei 2018 als het ware terugkomt op deze rechtspraak. Als ik zijn overwegingen goed begrijp, dan is dat zonder meer niet het geval. Volgens de Hoge Raad passen zijn overwegingen namelijk in een bestendige lijn die al in 1954 is ingezet. Helemaal zeker ben ik daar evenwel niet over. Juist in de HIV-zaken was immers sprake van een reëel gevaar van besmetting. Dat risico was weliswaar klein, maar niet onwaarschijnlijk. Dat zou thans dus zomaar voldoende kunnen zijn voor de vaststelling

---

20 G. Knigge & H.D. Wolswijk, *Het materiële strafrecht* (15e druk), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 121.

van een aanmerkelijke kans. Als het arrest van 29 mei 2018 inderdaad zo moet worden begrepen, dan heeft het een belangrijke signaalfunctie: de Hoge Raad tilt voortaan niet al te zwaar meer aan de grootte van de kans die aanwezig moet zijn om tot voorwaardelijk opzet te kunnen komen. Elke kans die enigszins reëel is en in elk geval niet als onwaarschijnlijk kan worden betiteld, kan in beginsel voldoende zijn.

Dat zou neerkomen op een verlaging van de bewijsdrempel voor voorwaardelijk opzet – en op een groter risico op sjabloonachtige overwegingen. Zeker bij voltooide delicten kan dan bovendien al snel de gedachte postvatten dat voldoende onderbouwing voor de aanwezigheid van een reële, niet onwaarschijnlijke en dus aanmerkelijke kans op een gevolg kan worden gevonden in de vaststelling dat dit gevolg zich daadwerkelijk heeft gemanifesteerd. Het gevaar van de drogredenering ligt, kortom, op de loer. Dat is geen denkbeeldig gevaar. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 29 mei 2018 namelijk in zijn beschouwingen over het oordeel van het gerechtshof overwogen dat de reële, niet onwaarschijnlijke mogelijkheid bestond dat de drie honden Hunter zouden bijten en dat dit risico zich heeft verwezenlijkt.

In deze interpretatie zal de ondergrens van opzettelijk handelen in de toekomst vooral worden bepaald door het antwoord op de vraag of de verdachte dat risico (bewust) heeft aanvaard. Hoe dan ook verdient, indachtig de hiervoor weergegeven observatie van De Hullu, de samenhang tussen de aanmerkelijke kans op een bepaald gevolg en de aanvaarding van die kans bijzondere aandacht. Als in het arrest van de Hoge Raad wordt gelezen dat de drempel voor een aanmerkelijke kans lager is komen te liggen dan tot voor kort werd aangenomen, zou – als ware sprake van communicerende vaten – een striktere toetsing van het aanvaardingscriterium per saldo niet behoeven te leiden tot een verruiming van het bereik van het voorwaardelijk opzet. Dan zijn de componenten van het voorwaardelijk opzet wel opnieuw gerangschikt, maar heeft het nieuwe evenwicht niet meteen tot gevolg dat sneller en gemakkelijker tot een bewezenverklaring van voorwaardelijk opzet kan worden gekomen.

Een dergelijk nieuw evenwicht is echter niet in het arrest van 29 mei 2018 te vinden. Misschien stelt het in dat opzicht nog wel het meeste teleur. In weerwil van de conclusie van zijn advocaat-generaal, die met kracht van argumenten had betoogd dat de verdachte hooguit onvoorzichtig was geweest en dat uit de bewijsmiddelen in elk geval niet kon worden afgeleid dat de verdachte onverschillig stond ten opzichte van het gevolg, leidde de Hoge Raad met een enkele pennenstreek (ook) de aanvaarding van de kans af uit de enkele omstandigheid dat de verdachte de honden tegelijkertijd en niet aangelijnd uit had gelaten. Als de aanmerkelijke kans niet meer dan een niet onwaarschijnlijke kans behoeft te zijn en indien de aanvaarding van die kans vervolgens geen zelfstandig onderwerp van beoordeling is maar uit exact dezelfde gedraging kan worden afgeleid als die waarop de vaststelling van de kans is gebaseerd, dan verwordt de constructie van het voorwaardelijk opzet tot de ouderwetse smeerolie aan de hand waarvan lastige bewijsproblemen als sneeuw voor de zon plagen te verdwijnen. Dat is wel zo gemakkelijk. Maar of onder die omstandigheden de verdachte steeds met recht kan worden verweten opzettelijk te hebben gehandeld, waag ik te betwijfelen.

# Gerards rariteitenkabinet: een verzameling van buitenwettelijke verschijnselen in de strafrechtelijke cassatieprocedure

C. GRIJSEN<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

In 2005 trad ik voor het eerst in dienst bij Cleerdin & Hamer Advocaten, als juridisch secretaresse tijdens mijn rechtenstudie. Nadat ik een aantal keren had ingevallen voor de vaste secretaresse van Gerard riep hij me op een dag op zijn kamer. Enigszins angstig liep ik zijn kantoor binnen, want ik had werkelijk geen idee welke kant het gesprek op zou gaan. Hij stelde me voor een Duaal-leertraject<sup>2</sup> bij kantoor te volgen. Dat is een kans die ik – vanzelfsprekend – met beide handen heb aangegrepen. In een periode van een half jaar heb ik samen met Gerard aan een aantal publicaties mogen werken.<sup>3</sup> Het schrijfproces begon steeds met een van de vele ideeën van Gerard. Hij had een oog voor wat nieuw en bijzonder was en zijn gedachten bij die ontwikkelingen binnen het straf(proces)recht op papier zetten was zijn tweede natuur. Gerard moedigde ook zijn kantoorgenoten aan om op de hoogte te zijn van de actualiteiten, daarover te publiceren en om contacten met de wetenschappelijke wereld te onderhouden. Het is onmiskenbaar het nalatenschap van Gerard dat die zaaksoverstijgende activiteiten nog steeds plaatsvinden. Zij zijn als het ware deel uit gaan maken van het kantoor-DNA van Cleerdin & Hamer Advocaten.

Het zal rond januari 2007 zijn geweest dat Gerard plotseling mijn kamer in kwam lopen met een idee voor het volgende artikel dat wij samen konden schrijven. Het was hem opgevallen dat de Hoge Raad in de voorliggende jaren een aantal herstel- en tussenarresten had gewezen, maar naar een wettelijke basis voor deze uitspraken had hij in het Wetboek van Strafvordering tevergeefs gezocht. Uit zijn hoofd somde Gerard een aantal – toen nog – LJN-nummers op en hij had het over een kritische noot van De Hullu over het fenomeen herstelarresten. Ik pende driftig mee en nog voor ik opkeek van mijn aantekeningen was Gerard weer vertrokken. Enigszins overdonderd bleef ik achter, maar ging op onderzoek uit naar de arresten die Gerard noemde en vertrouwde mijn eerste bevindingen toe aan het papier. Mijn eerste opzet voor het artikel in wording vond ik, op zoek naar inspiratie voor een bijdrage in dit *Liber Amicorum*, meer dan 10 jaar later terug in zijn digitale archief. Ik was vergeten dat het bestond. Samen met wat Kamerstukken en arresten was de opzet geplaatst

1 Chana Grijzen is strafrechtadvocaat bij Cleerdin & Hamer Advocaten.

2 Onder de noemer Duaal-leertraject, ook wel aangeduid als LWWL (*Lerend Werken Werkend Leren*) traject, huisvestte Cleerdin & Hamer Advocaten ieder half jaar een rechtenstudent. In samenwerking met en onder begeleiding van een van de advocaten van kantoor voltooiden deze studenten in die periode een onderzoeksproject. Aan het einde van de rit werden de bevindingen tijdens een presentatie met kantoor gedeeld. Gerard was groot voorstander van het Duaal-leertraject en heeft een aanzienlijk deel van deze studenten, waaronder ook ik, zelf begeleid.

3 G.P. Hamer & C. Grijzen, 'Spiegeltje spiegeltje aan de wand, wie is de knapste van het land?', *NJB* 2006, nr. 42, p. 2415-2418; G.P. Hamer & C. Grijzen, 'Nederland een vernederland?', *NJCM-bulletin* 2007, nr. 4, p. 430-441 en G.P. Hamer & C. Grijzen, 'Het onzichtbare laatste woord: de 'Borgers-brief'', *RM Themis* 2007, nr. 5, p. 190-196.

in een Word map met het opschrift 'Rariteiten cassatie'. De titel van deze bijdrage verwijst naar het label dat Gerard plakte op de ontwikkelingen die hij waarnam in de cassatieprocedure. Voor onze gezamenlijke publicaties was het ook altijd Gerard die de veelal prikkelende titels bedacht.

Sinds het overlijden van Gerard heeft de tijd zeker niet stilgestaan. Met de komst van artikel 80a RO heeft de cassatieprocedure een ingrijpende verandering doorgemaakt. Hoewel niet meer in de oorspronkelijke vorm te herkennen, vormt de gedachte die aan (de opzet voor) ons gezamenlijke artikel ten grondslag ligt, de rode draad in deze bijdrage en is die nog onverminderd actueel. In de kern beschouwd signaleerde Gerard enkele in de rechtspraak geboren en door de Hoge Raad gehanteerde rechtsfiguren die geen grondslag kennen in de wet- en regelgeving. Voor de strafrechtelijke cassatieprocedure zijn dergelijke verschillen tussen wet en rechtspraak bepaald geen unicum, zo zal uit deze bijdrage blijken.

Om de door Gerard gesignaleerde ontwikkelingen in perspectief te kunnen plaatsen, begin ik met een blik terug in de tijd. De geschiedenis leert dat de Hoge Raad de wetgever meer dan eens voor is geweest in het doorvoeren van wijzigingen in de strafrechtelijke cassatieprocedure (paragraaf 1). Daarna zal ik de strafrechtelijke cassatieprocedure, zoals die op dit moment in het Wetboek van Strafvordering is te vinden kort uiteenzetten (paragraaf 2). In paragraaf 3 zal ik stilstaan bij drie (actuele) ontwikkelingen in de rechtspraak die in mijn optiek niet direct naar de tekst van de wet te herleiden zijn: de huidige werkwijze van de strafkamer en het parket bij de Hoge Raad als het gaat om 80a-afdoeningen zonder voorafgaande schriftelijke stellingname door de procureur-generaal en de tussen- en herstelarresten, waarop Gerard zijn oog had laten vallen. Ik sluit af met het samenbrengen of bundelen van de beschreven buitenwettelijke fenomenen (paragraaf 4).

## 2. **Het verleden**

Rond de millenniumwisseling volgden de wijzigingen in de strafrechtelijke cassatieprocedure elkaar snel op. 1 juni 1999 trad een wet in werking die de procedure bij ons hoogste rechtscollege op papier sterk zou wijzigen. In de praktijk viel het met de veranderingen wel mee. De hele wijzigingsoperatie had nu juist tot doel de procedure in cassatie in overeenstemming te brengen met de in de praktijk ontstane werkwijze.<sup>4</sup> De destijds in 1921 ingevoerde cassatieprocedure ging uit van een mondelinge behandeling ter terechtzitting van de Hoge Raad. Toen vanaf de jaren '80 steeds vaker door verdachten beroep in cassatie werd ingesteld zag de Hoge Raad de werklast toenemen. In reactie op de forse stijging had de wetgever wel wat maatregelen getroffen, maar die sorteerden onvoldoende effect.<sup>5</sup> Om de instroom van zaken het hoofd te kunnen bieden was bij de behandeling van cassatieklachten door de Hoge Raad de nadruk steeds meer komen te liggen op de schriftelijke afhandeling van de zaak. Het uitwisselen van standpunten en het nemen en verwoorden van beslissingen vond allemaal plaats voorafgaand aan de zitting, die alleen nog als administratieve afhandeling diende. De al zo'n twintig jaar in de praktijk gevolgde werkwijze heeft de wetgever uiteindelijk in nauwe samenwerking met de strafkamer en het parket van de Hoge Raad gecodificeerd.

---

4 *Kamerstukken II 1996/97, 25240, nr. 3, p. 1.*

5 Onder andere de mogelijkheid om zaken door drie in plaats van vijf raadsheren af te doen en de invoering van artikel 101a RO, op grond waarvan cassatieklachten zonder nadere motivering konden worden afgedaan wanneer die niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of rechtsontwikkeling.

Amper een jaar later, op 1 oktober 2000, trad nogmaals een wijziging van de cassatieprocedure in werking die de instroom van zaken bij de Hoge Raad moest beperken. Sindsdien is de verdachte verplicht zich in cassatie te laten bijstaan door een advocaat en moet binnen een termijn van 60 dagen na de betekening van de aanzegging een cassatieschriftuur zijn ingediend. De verwachting was dat de Hoge Raad door de verplichte rechtsbijstand zich meer zou kunnen concentreren op vragen die een beantwoording in cassatie verdienen. Van een advocaat mag worden verwacht dat hij de kennis en vaardigheden bezit die voor het formuleren van cassatieklachten noodzakelijk zijn, zo was de redenering.<sup>6</sup> Een paar jaar later alweer, in 2007, werd de Commissie Hammerstein aangesteld met de opdracht te komen tot voorstellen ter versterking van de normstellende rol van de Hoge Raad. De beperking van de werklast bij de Hoge Raad vormde wederom een (van de) reden(en) voor wijziging van de cassatieprocedure.

De commissie presenteerde begin 2008 de bevindingen in het Rapport *Versterking van de cassatierechtspraak*.<sup>7</sup> Daarin wordt voorgesteld een krachtiger selectiemechanisme dan het al bestaande artikel 81 RO in te voeren dat het mogelijk maakt al vroeg in de procedure de voor cassatierechtspraak ongeschikte zaken in zijn geheel buiten behandeling te stellen.<sup>8</sup> De Hoge Raad zou zo weer in staat worden gesteld zich op zijn kerntaken te concentreren. Dit voorstel van de Commissie Hammerstein is uiteindelijk door de wetgever ook overgenomen. Een van de argumenten in de wetsgeschiedenis genoemd voor invoering van een selectiemechanisme aan de cassatiepoort, is de toename in het aantal kansloze of voor cassatie ongeschikte zaken. Er zou zelfs sprake zijn van een trend.<sup>9</sup> De sinds 2000 verplichte rechtsbijstand in cassatiezaken had kennelijk niet het gewenste effect.

Op 1 juli 2012 werd artikel 80a RO van kracht dat de Hoge Raad de mogelijkheid biedt het beroep niet-ontvankelijk te verklaren als de aangevoerde klachten geen behandeling in cassatie rechtvaardigen. De bepaling bevat twee gronden waarop een cassatieberoep niet-ontvankelijk kan worden verklaard: als er klaarblijkelijk onvoldoende belang is bij het cassatieberoep (na een op zichzelf juiste klacht tegen de uitspraak) of omdat de klachten klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden (de kansloze middelen). Het oordeel van de Hoge Raad dat een zaak zich voor vereenvoudigde afdoening leent omdat de in de cassatieschriftuur geformuleerde klachten<sup>10</sup> er niet toe doen of geen behandeling in cassatie verdienen, behoeft geen nadere motivering.<sup>11</sup> In zijn geheel beschouwd vertoont de in artikel 80a RO opgenomen mogelijkheid het cassatieberoep kort na binnenkomst niet-ontvankelijk te verklaren de trekken van een verlofstelsel. Zaken die afgaand op de inhoud van de cassatieschriftuur ongeschikt lijken, kunnen immers zonder nadere bestudering en motivering van verdere behandeling worden geweerd. De focus bij de selectie of filtering van cassatiezaken ligt daarbij in de eerste plaats op rechtsvorming en rechtsontwikkeling. De traditionele rol van de Hoge Raad in het kader van de rechtsbescherming is daarmee wat op het tweede plan geraakt.<sup>12</sup>

6 *Kamerstukken II 1997/98, 26027*, nr. 3, p. 11-12. Zie in dat verband ook: J.J. Guijt & C.H.M. Royakkers, 'Nieuwe cassatieregels in strafzaken', *Advocatenblad* 2001, p. 480-481.

7 Commissie Hammerstein, 'Versterking van de cassatierechtspraak. Rapport van de commissie normstellende rol van de Hoge Raad', Den Haag: 2008, p. 6, te raadplegen via: <https://www.recht.nl/nieuws/staatsrecht/archief/31820/rapport-versterking-van-de-cassatierechtspraak/>

8 *Supra* noot 6, p. 41-47.

9 *Kamerstukken II 2010/11, 32576*, nr. 3, p. 2.

10 Op grond van art. 80a, tweede lid, sub b RO, kan de Hoge Raad zich bij die beslissing enkel baseren op de cassatieschriftuur.

11 Art. 80a, lid 4, RO.

12 A.J.A. van Dorst, 'Artikel 80a RO', in: *Handboek Strafzaken*, 45.4.3.3 (maart 2015).

De strafrechtelijke cassatieprocedure heeft beslist geen rustig bestaan gekend. Zeker rond de eeuwwisseling volgden de wetswijziging elkaar vlot op. Vrijwel zonder uitzondering moesten die zorgen voor een afname in werkdruk bij de Hoge Raad. Bij een aantal ingrijpende wijzigingen in de procedure, zoals wijzigingen in de termijn voor indiening van de cassatieschriftuur, verplichte rechtsbijstand in de cassatieprocedure en de mogelijkheid om een cassatieberoep aan de poort niet-ontvankelijk te verklaren, was de wetgever eerst aan zet. De geschiedenis laat echter ook zien dat de praktijk op enig moment zo ver van de wettelijke regeling af was komen te staan dat de wetgever een wijziging van het Wetboek van Strafvordering om die enkele reden noodzakelijk achtte. Daar was het onmiskenbaar de Hoge Raad die vooropliep in de ontwikkelingen.

### 3. **Het heden: de strafrechtelijke cassatieprocedure in wet- en regelgeving**

De cassatieprocedure, zoals opgenomen in het Wetboek van Strafvordering en voor de rechtspraak nader uitgewerkt in het Procesreglement Hoge Raad der Nederlanden<sup>13</sup> (hierna: het Procesreglement), laat weinig aan de verbeelding over. De procedure vangt logischerwijs aan met het instellen van beroep in cassatie door de verdachte of het openbaar ministerie, waarna de benadeelde partij – indien aanwezig – daarvan op de hoogte wordt gesteld. Heeft het openbaar ministerie het cassatieberoep geïnitieerd dan wordt dat de verdachte aangezegd, die vervolgens 14 dagen de tijd heeft om nog cassatie in te stellen.<sup>14</sup> Daarna breekt een periode van wachten aan tot het hof de stukken heeft verzameld en uitgewerkt en naar de Hoge Raad stuurt. De verdediging ontvangt vervolgens een kopie van de kernstukken, ten minste als zich een raadsman heeft gesteld. Ook de verdachte ontvangt afzonderlijk het bericht dat de stukken van zijn zaak bij de Hoge Raad zijn binnengekomen. Dit gebeurt met de betekening van een zogeheten aanzegging, waarmee ook direct een termijn van twee maanden (ofwel 60 dagen) gaat lopen waarbinnen door een raadsman een cassatieschriftuur kan worden ingediend.<sup>15</sup>

Op grond van de cassatieschriftuur en de relevante gedingstukken wordt volgens het Procesreglement “onderzocht (...) of de betrokken zaak niet in aanmerking komt voor toepassing van artikel 80a RO”.<sup>16</sup> In deze negatieve formulering klinkt de veronderstelling door dat maar een beperkt deel van de zaken de toets op voldoende relevantie voor en belang bij een verdere behandeling in cassatie kan doorstaan. De procureur-generaal krijgt van de rolraadsheer ten minste een termijn van twee weken om een *standpunt* te bepalen over de toepassing van artikel 80a RO. Leent een zaak zich volgens de procureur-generaal daadwerkelijk voor een ‘80a-afdoening’ dan wordt afgezien van het innemen van een *standpunt* en verwijst de rolraadsheer de zaak naar de meervoudige strafkamer voor een beslissing over de toepassing van artikel 80a RO.<sup>17</sup> Zo bezien lijkt aan het woord ‘standpunt’ een dubbele betekenis toe te komen. Enerzijds wordt een standpunt bepaald over de toepassing van artikel 80a RO, terwijl de procureur-generaal anderzijds geen standpunt zou innemen als het cassatieberoep wat hem of haar betreft niet verder inhoudelijk hoeft te worden beoordeeld. Dat is op zijn zachtst gezegd een tegenstrijdige voorstelling van zaken. Bij de nadere duiding van de wijze waarop cassatieberoepen in de praktijk met toepassing van 80a RO niet-ontvankelijk worden verklaard, kom ik hier nog op terug.

---

13 Het procesreglement van de Hoge Raad is te raadplegen via <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Hoge-Raad-der-Nederlanden/Reglementen/Documents/Procesreglement%20HRdN.pdf>

14 Artikel 433 Sv.

15 Artikelen 434 t/m 437 Sv. In het procesreglement van de Hoge Raad onder 4.5 zijn verder de eisen opgenomen die worden gesteld aan de inhoud van de cassatieschriftuur.

16 Zie 4.10 Procesreglement.

17 Zie 4.10.1 en 4.10.2 Procesreglement.



Na deze eerste beoordeling worden de zaken op een rolzitting ingepland,<sup>18</sup> tenzij zich het hoogst uitzonderlijke geval voordoet dat de raadsman van de verdachte of de benadeelde partij de cassatiemiddelen mondeling wil toelichten<sup>19</sup> en de rolraadsheer in de onderbouwing van diens verzoek daarvoor voldoende aanleiding ziet.<sup>20</sup> In de praktijk komt het maar sporadisch voor dat een cassatieschriftuur mondeling bij de meervoudige strafkamer wordt toegelicht in een pleidooi van maximaal 20 minuten.<sup>21</sup> Voor de zaken waarin de Hoge Raad met het parket van oordeel is dat artikel 80a RO moet worden toegepast, wordt die beslissing op de eerste rolzitting mondeling gegeven. Ook voor de zaken waarin geen cassatiemiddelen zijn ingediend valt dan het doek. Voor het deel van de zaken waarin het parket voldoende relevantie en/of belang ziet voor verdere inhoudelijke behandeling, wordt een datum bepaald waarop de conclusie van de procureur-generaal wordt genomen. De conclusie wordt op die (nadere) rolzitting schriftelijk aan de Hoge Raad voorgelegd. Het tweede lid van artikel 439 Sv vermeldt expliciet dat de procureur-generaal kan afzien van het nemen van een conclusie als namens de verdachte geen cassatiemiddelen zijn ingediend. In alle overige gevallen zou dan wel een conclusie moeten worden genomen, zo lijkt de wettekst te impliceren. De verdediging kan op de conclusie – desgewenst – nog binnen twee weken reageren in een zogenaamde borgersbrief.<sup>22</sup>

Als alle standpunten zijn uitgewisseld en de verdachte het schriftelijke laatste woord is geboden, is de zaak rijp voor een inhoudelijke beoordeling door de meervoudige strafkamer van de Hoge Raad. Het cassatieberoep kan op grond van artikel 440 lid 1 Sv niet-ontvankelijk worden verklaard, worden verworpen of het vonnis kan geheel of gedeeltelijk worden vernietigd op de aangevoerde gronden of ambtshalve. De formulering van de wettekst doet vermoeden dat het hier om een limitatieve opsomming van (eind)uitspraken gaat. Bekend is echter dat in het verleden ook beslissingen met een andere basis dan het eerste lid van artikel 440 Sv door de Hoge Raad zijn genomen, bijvoorbeeld het onbevoegd verklaren om van het cassatieberoep kennis te nemen op grond van artikel 78 RO.<sup>23</sup> Slaagt een van de klachten en wordt de in cassatie bestreden uitspraak door de Hoge Raad vernietigd dan schept het tweede lid de bevoegdheid om de zaak zelf af te doen, voor zover dat mogelijk is zonder hernieuwd onderzoek naar de feiten.<sup>24</sup> Daarnaast kan hij de zaak terugwijzen naar de rechter die bestreden uitspraak heeft gewezen of naar een ander gerechtshof. Enkel wanneer niet tijdig een cassatieschriftuur is ingediend kan door de enkelvoudige kamer arrest worden gewezen. In alle andere gevallen moet dat door de meervoudige kamer gebeuren, dus ook wanneer het cassatieberoep op grond van artikel 80a RO niet-ontvankelijk wordt verklaard.

---

18 Ook wel zitting van de enkelvoudige kamer genoemd.

19 Artikel 438 Sv.

20 Zaken die zijn voorgesorteerd om met toepassing van artikel 80a RO te worden afgedaan zullen daar, zo neem ik aan, niet aan voldoen.

21 Zie 4.11.5 van het procesreglement.

22 Artikel 439 lid 5 Sv.

23 Zie A.L. Melai, M.S. Groenhuijsen e.a., in: *Wetboek van Strafvordering*, artikel 440 Sv, aant. 3.2. voor deze en andere beslissingen met een andere basis dan art. 440 lid 1.

Inmiddels worden de in artikel 78 RO genoemde gevallen ook met toepassing van artikel 80a RO als een klacht op die klaarblijkelijk niet cassatie kan leiden. Zie r.o. 2.3.1 van het overzichtsarrest 80a RO II, HR 7 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1005.

24 Artikel 441 Sv bepaalt verder nog afzonderlijk dat de Hoge Raad in gevallen waarin het vonnis of arrest waarop strafoplegging berust de wetsartikelen niet vermeldt, er mee kan volstaan alleen voor dat deel te (partieel) te vernietigen en te doen wat de rechter had behoren te doen.

#### 4. **Het heden: enkele bijzondere, buitenwettelijke verschijnselen in de cassatierechtspraak**

Hiervoor is de strafrechtelijke cassatieprocedure beschreven zoals die in het Wetboek van Strafvordering en het Procesreglement is te vinden. De praktijk wijkt echter op verschillende punten van die regeling af. In deze paragraaf worden enkele bijzondere verschijnselen of fenomenen uitgelicht, of onder verwijzing naar de titel van deze bijdrage ‘tentoongespreid’, die in de wet- en regelgeving geheel niet voorkomen of een (ogenschijnlijk) andere hoedanigheid hebben aangenomen. Het eigenaarschap van de verzameling in dit spreekwoordelijke rariteitenkabinet kan en wil ik niet claimen. Het was Gerard die zijn oog op door de Hoge Raad gewezen tussen- en herstellerresten had laten vallen. Ik heb de verzameling alleen afgestoft en mij de vrijheid geoorloofd om ter completering een verschijnsel toe te voegen waarvan ik mij vaak heb afgevraagd wat Gerard daarvan zou vinden. Ik doel dan natuurlijk op de in de praktijk gehanteerde werkwijze om zonder voorafgaande schriftelijke conclusie een cassatieberoep op de eerst dienende rechtsdag direct met toepassing van artikel 80a RO niet-ontvankelijk te verklaren. Een onbevredigender einde van een vaak jarenlange strafrechtelijke procedure is vooral voor de verdachte, maar ook voor diens cassatieadvocaat, niet te bedenken. Voor de volgorde van bespreken zal ik het verloop van de cassatieprocedure aanhouden. Eerst komt artikel 80a RO aan bod, vervolgens het tussenarrest en tot slot het herstellerarrest.

##### 4.1. *Een enkeltje 80a RO*

Een paar dagen nadat artikel 80a RO van kracht werd namen de A-G’s Machielse, Knigge en Vellinga afzonderlijk van elkaar een conclusie in waarin zij vragen en discussiepunten bij de nieuwe bepaling opwierpen en uitwerkten.<sup>25</sup> De Hoge Raad wees vervolgens op 11 september 2012 de eerste (gelijkluidende) arresten waarin onder andere de in artikel 80a RO genoemde categorieën zaken inhoudelijk verder worden ingevuld.<sup>26</sup> Van zowel de gevallen waarin de partij die het cassatieberoep instelde *klaarblijkelijk onvoldoende belang* heeft bij het cassatieberoep als die waarin de cassatieschriftuur klachten bevat die *klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden*, is in het arrest een rijtje voorbeelden opgenomen. Tegelijkertijd kondigt de Hoge Raad wel aan dat “(...) valt te verwachten dat de met voormelde wet geïntroduceerde ‘selectie aan de poort’ zich zal ontwikkelen (...)”.<sup>27</sup> Zo’n vier jaar later, op 6 juni 2016, is nog een tweede overzichtsarrest geweest.<sup>28</sup> Met name de categorie zaken waarin de feitenrechter weliswaar een fout heeft gemaakt, maar de verdachte onvoldoende belang heeft bij een klacht daarover in cassatie is in de tussenliggende jaren fors uitgebreid.<sup>29</sup>

In de arresten van september 2012 is een aparte paragraaf gewijd aan “de gevolgen [van 80a RO] voor de inhoud van de cassatieschriftuur en voor de zogenoemde Borgersbrief”.<sup>30</sup> De Hoge Raad stelt voorop dat van een raadsman mag worden verwacht dat hij cassatieschriften indient die kwalitatief deugdelijk zijn, waarin – zo nodig – wordt toegelicht wat het belang is bij de vernietiging van de bestreden uitspraak en een nieuwe feitelijke behandeling van de zaak. Aan de hoorplicht van de procureur-generaal voordat de Hoge Raad een zaak op grond van artikel 80a RO niet-ontvankelijk verklaard, zo wordt aangenomen, zal

25 Parket bij de Hoge Raad 3 juli 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BX0129 (*Machielse*); ECLI:NL:PHR:2012:BX0132 (*Vellinga*) en ECLI:NL:PHR:2012:BX0146 (*Knigge*).

26 HR 11 september 2012, *NJ* 2013, 241-245, m.nt. Bleichrodt.

27 r.o. 2.1.3 in bovengenoemde arresten.

28 HR 7 juni 2016, *NJ* 2016, 430, m.nt. Van Kempen.

29 Zie r.o. 2.3.2 t/m 2.6.

30 HR 11 september 2012, *NJ* 2013, 241, r.o. 2.6.1 t/m 2.6.3.

uitvoering worden gegeven in een schriftelijke conclusie. Op het advies van de procureur-generaal om de zaak met 80a RO af te doen, kan door de raadsman vervolgens nog binnen twee weken met een borgersbrief worden gereageerd. Het tweede lid van artikel 439 Sv gaat er in mijn optiek ook vanuit dat het standpunt van de advocaat-generaal over toepassing van artikel 80a RO op schrift wordt gesteld en de verdediging daar weer op kan reageren, voordat de knoop definitief door de Hoge Raad wordt doorgeslagen.

Het parket heeft ook enige tijd in alle zaken waarin het oordeelde dat artikel 80a RO moest worden toegepast een daartoe strekkende schriftelijke conclusie ingenomen. Fokkens vraagt zich in zijn conclusie voor het arrest van 3 februari 2015 openlijk af of die werkwijze (nog) noodzakelijk is. Al lijkt de keuze om gefaseerd toe te werken naar het afzien van een (schriftelijk) standpunt dan al lang en breed door het parket te zijn genomen.<sup>31</sup> Onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis stelt hij dat niet is vereist dat het standpunt van de procureur-generaal schriftelijk wordt ingenomen. Sterker nog, er kan in het geheel worden afgezien van het innemen van een standpunt als de procureur-generaal door de Hoge Raad daartoe maar in de gelegenheid is gesteld. Ook stelt Fokkens dat de criteria voor toepassing van artikel 80a RO voor de rechtspraak inmiddels bekend zijn en het om de ‘niet moeilijke vraag’ gaat of de aangevoerde middelen kans van slagen hebben en of er ook voldoende belang bij vernietiging is. Hij concludeert dat het niet langer nodig lijkt te zijn dat het parket een standpunt over artikel 80a RO inneemt. De voorgestane werkwijze zou ook voor de verdachte en diens raadsman de nodige consequenties moeten gaan hebben, zo blijkt uit het volgende citaat:

*“Ik wil hier wel benadrukken dat het afzien van een schriftelijk standpunt geen verkapt advies ten aanzien van een zaak impliceert. Dat betekent naar mijn mening ook dat in geval van het afzien van een schriftelijk standpunt de zogeheten borgersbrief, waarin de raadsman kan reageren op de conclusie van de procureur-generaal, niet meer tot de mogelijkheden zal behoren. Er is immers geen standpunt waarop gereageerd kan worden. Ook hetgeen de Hoge Raad in zijn eerste overzichtsarresten hierover heeft overwogen (...) impliceert dat een borgersbrief niet aan de orde is als er geen standpunt tot toepassing van art. 80a RO is gegeven.”*

De Hoge Raad geeft in zijn arrest het akkoord voor de door het parket voorgestelde werkwijze. Hij overweegt:

*“Tekst noch strekking van art. 80a RO verzet zich ertegen dat het Parket afziet van het innemen van een standpunt over toepassing van deze bepaling. Het voorschrift van art. 439, eerste lid, Sv dat de Procureur-Generaal een op schrift gestelde conclusie neemt, staat daaraan niet in de weg, aangezien deze bepaling het oog heeft op andere gevallen dan de in art. 80a RO bedoelde.”<sup>32</sup>*

Ziet de procureur-generaal af van het innemen van een standpunt of wordt op de rechtsdag mondeling het standpunt ingenomen dat artikel 80a RO kan worden toegepast, dan is voor schriftelijk commentaar van de zijde van de verdediging bovendien geen plaats.<sup>33</sup>

---

31 Zie de conclusie van Fokkens voor HR 3 februari 2015, *NJ* 2015, 140, m.nt. Van Kempen, onder de punten 12 en 13; in de conclusie wordt een tijdspad uiteengezet waarin men gefaseerd gaat toewerken naar het helemaal afzien van een standpunt, welk punt wordt verwacht te zijn bereikt rond de zomer 2015.

32 HR 3 februari 2015, *NJ* 2015, 140, r.o. 2.2.

33 Zie r.o. 2.3.2.

De vraag of de wet het toelaat af te zien van een (schriftelijk) standpunt beantwoordt Van Kempen in zijn noot bij het arrest (voorzichtig) positief. Hoewel hij signaleert dat artikel 439 Sv naar de letter van de wet een conclusieplicht bevat voor alle zaken waarin een cassatieschriftuur is ingediend, geeft voor Van Kempen uiteindelijk de doorslag dat de ratio van artikel 80a RO een uitzondering daarop rechtvaardigt.<sup>34</sup> Wel zou de wetgever de reikwijdte van de conclusieplicht nog eens meer in het algemeen moeten bezien en in een heldere regeling moeten uiteenzetten, meent hij. Ook volgens Bektesevic maakt de wetsgeschiedenis duidelijk dat men de deur heeft willen openen voor het toepassen van artikel 80a RO zonder voorafgaande conclusie van de procureur-generaal.<sup>35</sup>

Nan komt tot een enigszins andere conclusie. Hij merkt op dat uit de wetsgeschiedenis weliswaar aanwijzingen kunnen worden geput voor de stelling dat bij toepassing van artikel 80a RO is bedoeld een uitzondering te maken op de concludeerplicht. Tot codificatie heeft dat echter niet geleid. Artikel 439 Sv schrijft immers dwingend voor dat de procureur-generaal een schriftelijke conclusie aan de Hoge Raad voorlegt en het tweede lid bevat slechts een uitzondering voor de gevallen waarin niet tijdig of in het geheel geen cassatieschriftuur is ingediend. De praktijk dat de procureur-generaal geen conclusie of standpunt hoeft in te nemen als hij van oordeel is dat artikel 80a RO kan worden toegepast, staat wat Nan betreft op 'een te gespannen voet met de tekst van de relevante wettelijke, procedurele bepalingen zelf'.<sup>36</sup> Ook hij meent dat de wetgever er goed aan doet om zijn bedoeling on-dubbelzinnig in de wet te verankeren.

Vastgesteld moet worden dat als aan de wettekst strikt de hand wordt gehouden, het Wetboek van Strafvordering niet de mogelijkheid biedt om af te zien van het nemen van een conclusie of standpunt bij toepassing van artikel 80a RO in strafzaken. Onder verwijzing naar een beperkt aantal citaten uit de wetsgeschiedenis<sup>37</sup> kan echter worden betoogd dat de wetgever dat wel degelijk voor ogen heeft gehad. Dat zou verder ook passen bij de bedoelde vereenvoudigde afdoening van kansloze zaken in een zo vroeg mogelijk stadium. Wet en praktijk lopen op dit punt in ieder geval uiteen. Als erg problematisch wordt dat sinds een initiële discussie in 2015 niet echt gezien.

De tijd heeft sindsdien niet stil gestaan. Inmiddels is gebleken dat het met de toepassing van artikel 80a RO een hoge vlucht is genomen. Iets meer dan een derde van de strafzaken waarin cassatie is ingesteld (38%) komt tegenwoordig voor verdere inhoudelijke bespreking en behandeling van de klacht in aanmerking.<sup>38</sup> Juist gelet op de hoge aantallen zaken waarin het cassatieberoep, veelal zonder voorafgaande schriftelijke stellingname door de procureur-generaal, met artikel 80a RO worden afgedaan is het in mijn ogen tijd om die werkwijze opnieuw onder de loep te nemen. Een recente publicatie van Bektesevic die een uniek kijkje in de keuken van de Hoge Raad geeft, hebben mijn gedachten op dat punt aangescherpt. Hij signaleert onder andere dat leden van de specialisatievereniging voor cassatieadvocaten in strafzaken (VCAS) significant minder vaak tegen een niet-ontvankelijkver-

34 Zie de punten 2-4 van de noot van Van Kempen bij HR 3 februari 2015, *NJ* 2015, 140.

35 D. Bektesevic, 'Kijken in de keuken van de Hoge Raad. De toepassing van artikel 80a RO in strafzaken', *NJB* 2018/301.

36 J.S. Nan, 'De procureur-generaal bij de Hoge Raad en artikel 80a RO in strafzaken', *NJB* 2015/148.

37 Het gaat dan om *Kamerstukken II* 2010/11, 32576, nr. 3, p. 20 en *Kamerstukken I* 2011/12, 32576, C, p. 5.

38 Dit percentage is een optelsom; 57,8 % wordt met toepassing van 80a RO afgedaan en de overige 4,2% betreffen andere afdoeningen die aan een inhoudelijke bespreking in de weg staan. Zie het Jaarverslag van de Hoge Raad over 2017, te raadplegen via: <https://jaarverslaghogeraad.nl/>.

klaring aan de poort aanlopen dan niet-leden.<sup>39</sup> Zo bezien is het de vraag of de prominente rol die artikel 80a RO in de praktijk in strafzaken is gaan innemen geen symptoombestrijding is van een onderliggend probleem; dat er nog altijd geen gesloten cassatiebalie is voor advocaten die zich hebben gespecialiseerd in de strafrechtelijke cassatieprocedure. In dat verband is ook opmerkelijk dat de civiele kamer van de Hoge Raad, waar die gesloten cassatiebalie er wel is, veel minder zaken met artikel 80a RO worden afgedaan.<sup>40</sup>

De verdachte is ondertussen het kind van de rekening. In mijn optiek is het bezwaarlijk dat de kansen in cassatie zo zeer afhankelijk zijn geworden van de mate waarin zijn of haar advocaat ervaring heeft met de strafrechtelijke cassatieprocedure. De verdachte kan het ook moeilijk worden aangerekend dat hij zich tot een advocaat heeft gewend die gewoon bevoegd is om cassatiezaken te behandelen, maar er wellicht goed aan zou doen dat door een gebrek aan specialisatie achterwege te laten. Door de functie die artikel 80a RO is gaan innemen in de praktijk wordt de kern van het probleem wat strafzaken betreft in stand gelaten. Nu er veelal ook geen schriftelijke conclusie is waaruit de verdachte de redenen voor toepassing van artikel 80a RO kan putten, blijft deze ontgoocheld achter. Vanuit de praktijk weet ik hoe lastig het soms is om uit te leggen aan je cliënt waarom de advocaat-generaal en de Hoge Raad ervoor hebben gekozen om de geformuleerde klachten niet inhoudelijk te bespreken en hoeveel onbegrip dat teweegbrengt.

Hoewel Fokkens in februari 2015 meende dat de vraag of en waarom artikel 80a RO moet worden toegepast niet moeilijk te beantwoorden is met de overzichtsarresten van de Hoge Raad in de hand, zie ik dat anders. Vanaf de invoering van de bepaling in juli 2012 zijn er in de rechtspraak onophoudelijk ontwikkelingen gaande geweest en is met name de categorie zaken waarin door lagere rechters wel degelijk fouten zijn gemaakt maar het cassatieberoep bij een gebrek aan belang in een niet-ontvankelijkverklaring strandt, fors uitgebreid.<sup>41</sup> Het valt om die reden ook voor een gespecialiseerde cassatieadvocaat vaak niet mee te begrijpen waarom een klacht zich niet voor inhoudelijke bespreking leent. Laat staan dat het dan mogelijk is die boodschap aan de verdachte over te brengen.

Het voorgaande laat zien dat de in de praktijk gegroeide werkwijze om strafrechtelijke cassatiezaken zonder voorafgaande schriftelijke stellingname door de procureur-generaal, niet zonder problemen is. Ten eerste loopt de praktijk op dat punt uit de pas met de cassatieprocedure, zoals die in het Wetboek van Strafvordering is opgenomen. Onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis wordt wel betoogd dat deze praktijk in overeenstemming is met de bedoeling van de wetgever, maar klip en klaar is dat wat mij betreft niet. Ten tweede wordt door deze werkwijze de kern van het probleem omzeild en is het de verdacht die in veel gevallen een deceptie rijker is en met lege handen achterblijft. Dat het de justitiabele is die de negatieve consequenties draagt van deze praktijk is op zijn zachtst gezegd onwenselijk. Juist nu het gros van de zaken met artikel 80a RO wordt afgedaan moeten we naar mijn mening terug naar de situatie dat (meer) schriftelijk wordt geconcludeerd in strafzaken en het voor de verdachte, maar ook de wetgever, inzichtelijk wordt wat nu echt is waarop veel cassatiezaken stuklopen; een gebrek aan specialisatie van advocaten. Op die manier kan

39 D. Bektesevic, 'Kijken in de keuken van de Hoge Raad. De toepassing van artikel 80a RO in strafzaken', *NJB* 2018/301, onder punt 4.

40 Arnoldus beschrijft in een blog met de titel *Jaarverslag van de Hoge Raad over 2017* dat over dat jaar slechts twee zaken met artikel 80a RO zijn afgedaan en koppelt de afname die zij op dat punt signaleert rechtstreeks aan het feit dat in cassatiezaken rechtsbijstand door een cassatieadvocaat verplicht is. De blog is te raadplegen via: <https://cassatieblog.nl/hoge-raad-algemeen/jaarverslag-van-de-hoge-raad-over-2017/>

41 Van Kempen wees daar al op in zijn noot bij HR 3 februari 2015, *NJ* 2015, 140.

duidelijk worden gemaakt dat het nu weer de wetgever is die aan zet is om structureel het hoofd te bieden aan de instroom van strafzaken bij de Hoge Raad.

#### 4.2. *Tussenarresten*

Aangezien artikel 440 Sv een beperkt aantal beslissingen weergeeft die de Hoge Raad kan wijzen, vormen de tussenarresten en herstelarresten die met enige regelmaat opduiken op zijn minst genomen een vreemde eend in de bijt. Ik zal eerst dieper ingaan op het fenomeen tussenarresten. In welke gevallen die worden gewezen, of er met het verloop van de jaren veranderingen te bespeuren is en of dit verschijnsel past binnen het systeem van de wet.

In paragraaf 3 hebben we gezien dat het Wetboek van Strafvordering uitgaat van de situatie waarin – de 80a-afdoeningen daargelaten – op het indienen van een cassatieschriftuur, de conclusie van de advocaat-generaal volgt en een eventuele borgersbrief, waarna de Hoge Raad een eindoordeel velt. In verreweg het grootste deel van de zaken wordt deze volgorde ook aangehouden. Wanneer de Hoge Raad een tussenarrest wijst, neemt de advocaat-generaal vervolgens wederom een conclusie in, waarop de verdediging wederom kan reageren alvorens een eindoordeel volgt. De in het Wetboek van Strafvordering beschreven volgorde van de strafrechtelijke cassatieprocedure wordt dus enigszins doorkruist op het moment dat een tussenarrest wordt gewezen. Kennelijk acht de Hoge Raad zich dan niet voldoende geïnformeerd om een eindoordeel te vellen en worden het parket en de verdediging in de gelegenheid gesteld om wederom standpunt te bepalen.

In welke gevallen vindt de Hoge Raad het nu noodzakelijk dat een nieuwe uitwisseling van schriftelijke standpunten plaatsvindt? Er zijn grofweg drie categorieën tussenarresten te ontwaren.

Ten eerste zijn er de gevallen waarin de advocaat-generaal in zijn of haar conclusie een richting heeft gekozen waarbij een of meer middelen onbesproken zijn gelaten en de Hoge Raad in een tussenarrest uitlegt waarom hij dat anders ziet. In het tussenarrest van 13 april 2010 bijvoorbeeld wijst de Hoge Raad erop dat een brief van de administratie van de Hoge Raad aan de raadsman een verkeerde, latere datum van de betekening van de aanzegging vermeldt. Rekening moet dan worden gehouden met de mogelijkheid dat de raadsman is uitgegaan van die latere datum van betekening, zodat de termijn voor het indienen nog niet was verstreken op het moment van binnenkomst van de schriftuur. De advocaat-generaal die had geconcludeerd tot niet-ontvankelijkverklaring van het beroep en zich niet over de voorgestelde middelen had uitgelaten is daartoe alsnog gelegenheid geboden.<sup>42</sup> Een vergelijkbare situatie deed zich voor in de zaak waarin de Hoge Raad op 14 november 2000 tussenarrest heeft gewezen.<sup>43</sup>

Onder deze eerste categorie schaar ik ook de zaken waarin de advocaat-generaal concludeert dat een van de ingediende middelen slaagt, dit tot vernietiging moet leiden en de overige middelen niet bespreekt. De Hoge Raad pleegt dan in een tussenarrest uiteen te zetten waarom hij dat oordeel niet deelt en stelt de advocaat-generaal vervolgens in de gelegenheid de overige middelen te bespreken in een nadere conclusie. Deze situatie doet zich met enige regelmaat voor.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> HR 13 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL3221.

<sup>43</sup> HR 14 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8296. In deze zaak had de AG in eerste instantie de stelling ingenomen dat door de verdediging te laat een tweede middel was ingediend. De Hoge Raad was het met die conclusie oneens en gaf de A-G gelegenheid het middel alsnog te bespreken.

<sup>44</sup> Zie o.a. HR 9 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB3288, HR 17 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY8884, HR 16 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3286 en HR 22 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:1021.

Wonderlijk aan dit type tussenarresten is dat die intuïtief neerkomt op een terechtwijzing van de advocaat-generaal. Deze zal immers niet lichtvaardig tot het standpunt zijn gekomen dat ofwel de verdachte in het cassatieberoep niet-ontvankelijk moet worden verklaard ofwel dat een middel slaagt en tot vernietiging van de bestreden uitspraak moet leiden. Nu het in de praktijk ook vaker voorkomt dat in de conclusie zekerheidshalve alle middelen door de advocaat-generaal worden besproken heeft het er alle schijn van dat het afzien daarvan op een bewuste keuze berust. De vraag is dan of door het wijzen van een tussenarrest die keuze door de Hoge Raad als het ware wordt ondermijnd.

Deze werkwijze laat zich verder zo vertalen dat de Hoge Raad de in artikel 439 lid 1 Sv opgenomen conclusieplicht als een zaak eenmaal de cassatiepoort is gepasseerd juist wel strikt interpreteert. Niet alleen moet dan een conclusie zijn genomen, maar daarin moeten alle middelen inhoudelijk zijn besproken waarover de Hoge Raad een oordeel velst. In mijn optiek heeft de conclusie van de advocaat-generaal in dat opzicht de afgelopen jaren in de praktijk aan belang gewonnen. In ieder geval is een contrast zichtbaar met hoe de conclusie van de procureur-generaal van oudsher in de literatuur wordt getypeerd, als een onpartijdig advies aan de Hoge Raad, van grote waarde bij de voorbereiding van de beslissing en voor de wetenschap omdat vaak lastige rechtsvragen beredeneerd worden beantwoord,<sup>45</sup> die wel wenselijk, maar niet onmisbaar is.<sup>46</sup>

De tweede categorie tussenarresten heeft tot doel de verdediging in staat te stellen kennis te nemen van en te reageren op een stuk dat de advocaat-generaal na het indienen van de cassatieschriftuur door inlichtingen bij de feitenrechter heeft verkregen. Zo werd in de zaak die leidde tot het tussenarrest van 17 december 2013 in cassatie door de verdediging geklaagd over het ontbreken van een handtekening van de griffier op een proces-verbaal, wat nietigheid van het arrest tot gevolg zou moeten hebben.<sup>47</sup> Uit een voetnoot bij de conclusie van de advocaat-generaal blijkt dat inlichtingen zijn ingewonnen bij het hof. De betreffende griffier had daarbij te kennen gegeven dat deze het volledig eens was met de inhoud van het proces-verbaal, maar was vergeten te ondertekenen. Een kopie van het alleen door de voorzitter ondertekende exemplaar heeft de griffier toen alsnog voor akkoord getekend en aan de advocaat-generaal toegezonden.<sup>48</sup> In het tussenarrest wijst de Hoge Raad er fijntjes op dat het bij deze gang van zaken noodzakelijk is dat de verdediging van zo een aanvullend stuk kan kennismaken en zich daarover kan uitlaten. De Hoge Raad houdt vervolgens iedere verdere beslissing aan en stelt een termijn van twee weken aan de verdediging om op het aanvullende stuk te reageren. Aan het tussenarrest van 21 januari 2014 ligt een vergelijkbare gang van zaken ten grondslag.<sup>49</sup>

In deze gevallen dient het wijzen van een tussenarrest om de balans tussen procespartijen te herstellen, ofwel de ‘equality of arms’. Wanneer in een laat stadium van de procedure nog nieuwe stukken aan het cassatiedossier zijn toegevoegd, wordt de verdediging immers op achterstand gezet. Vooral wanneer een processtuk nog is opgemaakt nadat inlichtingen zijn ingewonnen door het parket bij de feitenrechter en zo de – op zichzelf terechte – grond onder het cassatiemiddel is komen te ontvallen. De twee reeds vermelde tussenarresten in deze categorie laten zien dat het voor de Hoge Raad niet uitmaakt of door de verdediging in

45 A.J.A. van Dorst, *Cassatie in strafzaken*, Deventer: Kluwer 2004, p. 100-102.

46 J. de Hullu, *Over rechtsmiddelen in strafzaken*, Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 240.

47 HR 17 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2015

48 Zie voetnoot 1, PHR 12 december 2013, ECLI:NL:PHR:2013:1965.

49 Zie HR 21 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:124 en voor de conclusie van de A-G PHR 17 december 2013, ECLI:NL:PHR:2013:2398.

reactie op de conclusie al een borgersbrief is ingediend.<sup>50</sup> Met het oog op de belangen van de verdachte kan deze categorie tussenarresten moeilijk als bezwaarlijk worden gezien.

De derde en laatste categorie tussenarresten die ik in de rechtspraak van de Hoge Raad meen te ontwaren is relatief recent. Misschien is het nog te vroeg om al te veel conclusies te trekken, maar toch meen ik het tussenarrest dat de Hoge Raad op 5 juli 2016 wees omtrent de oplegging en tenuitvoerlegging van de levenslange gevangenisstraf hier niet onbesproken te kunnen laten.<sup>51</sup> Naar mijn weten is dit – vooralsnog – de enige in zijn soort. Hier gebruikt de Hoge Raad het tussenarrest als middel om de wetgever in beweging te krijgen of in ieder geval om het wetgevingsapparaat sneller te laten draaien. Veel anders kan ik het niet duiden. In zijn tussenarrest komt de Hoge Raad tot de conclusie dat in het Nederlands recht (vooralsnog) een specifieke, op de levenslange gevangenisstraf toegesneden mogelijkheid van herbeoordeling ontbreekt en de bestaande feitelijke mogelijkheden tot bekorting van een levenslange gevangenisstraf – of liever gezegd het gebrek daaraan – geen tegemoetkoming kunnen bieden. Kortom, de op dat moment bestaande tenuitvoerleggingspraktijk is in strijd met artikel 3 EVRM.<sup>52</sup>

Daarmee is de kous nog niet af. De Hoge Raad vervolgt dat de strijdigheid met artikel 3 EVRM komt te vervallen wanneer alsnog wordt voorzien in een op de levenslange gevangenisstraf toegesneden herbeoordelingsinstrument. In een brief van de Staatssecretaris van – destijds nog – Veiligheid en Justitie, waarin voorgenomen wijzigingen in de tenuitvoerleggingspraktijk van de levenslange gevangenisstraf worden aangekondigd ziet de Hoge Raad uiteindelijk aanleiding om een inhoudelijke beslissing ruim een jaar voor zich uit te schuiven. Waarschuwend lijkt te worden opgemerkt dat toch mag worden aangenomen dat naar aanleiding van die brief van de Staatssecretaris verdere politieke besluitvorming zal plaatsvinden. In het tussenarrest laat de Hoge Raad er geen misverstand over bestaan hoe het oordeel zal luiden als niet rap in nieuwe wetgeving wordt voorzien. Tegelijkertijd roept het de vraag op waaraan de Hoge Raad, met de trias politica in het achterhoofd, de bevoegdheid ontleent om de politieke agenda op deze manier te beïnvloeden.

Nu vermoed ik dat deze ‘kunstgreep’ van de Hoge Raad ook zal zijn ingegeven door de gewichtige materie waarmee hij van doen had. Zou het oordeel anders hebben geluid en de werkwijze anders zijn geweest als het niet om de zwaarste straf ging die ons rechtsstelsel kent? Een definitief antwoord op die vraag durf ik (nog) niet te geven. Vooralsnog beschouw ik dit tussenarrest als een witte raaf, al ben ik daar niet helemaal gerust op. In een begeleidend schrijven bij het jaarverslag over 2017 benoemt de president van de Hoge Raad, Feteris, een recente ontwikkeling.<sup>53</sup> Nieuw in de jaarverslagen van de Hoge Raad zullen de zogenoemde ‘signalen aan de wetgever’ zijn. Waar geconstateerde juridisch-technische onvolkomenheden in wet- en regelgeving eerst binnenskamers werden gehouden is de Hoge Raad een nieuwe koers gaan varen en worden tekortkomingen van voldoende belang expliciet door rechtspraak en via het jaarverslag onder de aandacht van de wetgever gebracht. Ook het tussen- en eindarrest met betrekking tot de levenslange gevangenisstraf worden onder die categorie geschaard, zo blijkt uit het jaarverslag.

50 In de zaak die leidde tot het arrest van 17 december 2013 was geen borgersbrief ingediend, terwijl uit het tussenarrest van 21 januari 2014 blijkt dat dit wel het geval was.

51 HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1325, NJ 2016, 348, m.nt. Kooijmans.

52 Zie r.o. 3.4 van het arrest.

53 Te raadplegen op [https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Hoge-Raad-der-Nederlanden/Nieuws/Paginas/Hoge-Raad-en-parket-bij-de-Hoge-Raad-focus-op-rechtsontwikkeling.aspx?pk\\_campaign=rssfeed&pk\\_medium=rssfeed&pk\\_keyword=Nieuws-van-de-Hoge-Raad-der-Nederlanden](https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Hoge-Raad-der-Nederlanden/Nieuws/Paginas/Hoge-Raad-en-parket-bij-de-Hoge-Raad-focus-op-rechtsontwikkeling.aspx?pk_campaign=rssfeed&pk_medium=rssfeed&pk_keyword=Nieuws-van-de-Hoge-Raad-der-Nederlanden).



Ik merk op dat het één ding is om onvolkomenheden op te merken en in een (eind)arrest een appel op de wetgever te doen om te komen tot een oplossing. Dat zie ik niet als bezwaarlijk. Van heel andere orde is het als in een tussenarrest na een inhoudelijke beoordeling en het uiteenzetten van het juridisch kader al is geconstateerd dat de wet strijdig is met een verdragsbepaling, de wetgever reservetijd wordt gegund om hiaten te repareren. Hoewel Feteris stelt dat het uitdrukkelijk niet de bedoeling is van de Hoge Raad om met het uitzenden van signalen naar de wetgever politiek te bedrijven of maatschappelijke keuzes te beïnvloeden, laat de werkwijze ten aanzien van de levenslange gevangenisstraf in mijn ogen zien dat de grenzen van het toelaatbare worden opgezocht. In ieder geval is er een dunne scheidslijn waarbij een stap over de rand snel is gezet.

#### 4.3. *Herstelarresten*

Voor zover ik heb kunnen nagaan heeft de Hoge Raad op 31 oktober 2001 voor het eerst twee herstelarristen geweest. Ongeveer een half jaar eerder was in die gevallen het cassatieberoep verworpen omdat namens de verdachte geen middelen waren ingediend. Toen de tijdig ingediende schrifturen alsnog boven water kwamen, stond men voor de vraag of en hoe de fout aan de zijde van de Hoge Raad nog kon worden gerepareerd. Machielse stelt zich in zijn conclusie op het standpunt dat het Wetboek van Strafvordering geen ruimte biedt voor een rigoureuze ingreep als het herstellen van eerder genomen beslissingen. In zijn ogen is dit bij uitstek materie waar de wetgever, en niet de Hoge Raad, een beslissing over moet nemen. Desondanks koos de Hoge Raad ervoor de eerder genomen arresten aan te vullen en de voorgestelde middelen alsnog te bespreken, waarna hij besloot de eerdere uitspraak te handhaven.<sup>54</sup> Dat de verdachten geen eerlijke behandeling (als bedoeld in artikel 6 EVRM) van hun strafzaak zouden hebben, de administratieve fout ernstige juridische gevolgen heeft en dat de Hoge Raad in laatste instantie uitspraak doet, vormden de doorslaggevende redenen bij het komen tot een uitspraak waarin het Wetboek van Strafvordering niet voorziet. In een kritische noot bij deze arresten plaatst De Hullu vraagtekens bij de argumenten van de Hoge Raad voor het herstellen van het eerdere arrest. Het gesloten systeem van rechtsmiddelen zou bovendien onder deze uitspraak te leiden hebben. De betekenis daarvan is niet alleen gelegen in het komen tot een betere en meer aanvaardbare beslissing. Ook het houvast biedend kader om een einde aan een strafzaak te kunnen maken is van groot belang. De Hullu is van mening dat de rechtszekerheid door de aanvullende arresten is verminderd en dat een te hoge prijs is voor de redelijkheid die met deze beslissingen is nagestreefd.

Hoewel deze praktijk dus kritisch is ontvangen, heeft de Hoge Raad nadien nog vaker herstelarristen geweest. Knigge deelt de door de Hoge Raad gewezen herstelbeslissingen in twee categorieën op. Ten eerste zijn er zaken waarin door een administratieve fout de cassatieschriftuur onopgemerkt is gebleven, zoals ook de hierboven beschreven zaken.<sup>55</sup> Ten tweede zijn er gevallen waarin (betrekkelijk) evidente misslagen worden hersteld.<sup>56</sup> Het rechtsgevolg dat aan de herstelbeslissing wordt verbonden is voor de twee categorieën een andere. Is sprake van een administratieve fout dan trekt de Hoge Raad de oorspronkelijke beslissing in en stelt hij een andere daarvoor in de plaats. Evidente misslagen daarentegen worden verbeterd gelezen, terwijl de oorspronkelijke beslissing verder in stand blijft. Denk bijvoorbeeld aan het terugwijzen van een zaak naar de verkeerde zittingslocatie van het Hof

<sup>54</sup> HR 31 oktober 2001, *NJ* 2002, 230 en HR 31 oktober 2001, *NJ* 2002, 231, m.nt. De Hullu.

<sup>55</sup> Zie o.a. HR 22 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO6754, HR 9 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1162, HR 12 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ3637 (ten nadele van verdachte) en HR 16 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG4182.

<sup>56</sup> Zie o.a. HR 3 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA8575, HR 18 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:1014 en HR 17 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3372.

Arnhem-Leeuwarden. In een herstelarrrest kan die eerdere fout dan door de Hoge Raad worden onderkend en verbeterd.

Een uniek geval waarin Knigge door zijn uitgebreide en kritische conclusie het wijzen van een herstelarrrest lijkt te hebben afgewend, wil ik hier niet onbesproken laten.<sup>57</sup> Bij arrest van 13 oktober 2015 vernietigde de Hoge Raad het arrest van het Hof Amsterdam vanwege het ontbreken van de pleitnota bij de processtukken en wees de zaak terug naar datzelfde hof. Bij de voorbereidingen voor de nieuwe behandeling van de zaak bij het hof kwam men erachter dat de pleitnota zich wel degelijk bevond bij de stukken zoals die naar de Hoge Raad waren gezonden, zij het met een enigszins misleidend voorblad. Het hof wendde zich met die informatie tot de vicepresident van de Hoge Raad, waarna het hof werd verzocht de gedingstukken naar de Hoge Raad terug te sturen. Na terugwijzing van de zaak naar het hof werd deze dus opnieuw door de Hoge Raad in behandeling genomen. De cassatieadvocaat ontving vervolgens een brief waarin een herstelarrrest wordt aangekondigd en hem de gelegenheid wordt geboden om ‘de eerder ingediende schriftuur te wijzigen, aan te vullen dan wel het middel in te trekken’. Ook de advocaat-generaal wordt nog in de gelegenheid gesteld aanvullend te concluderen.

Na de conclusie van Knigge is het – wederom voor zover ik kan nagaan – angstvallig stil gebleven van de kant van de Hoge Raad. In niet mis te verstane woorden maakt Knigge duidelijk zich niet met de gekozen gang van zaken te kunnen verenigen. Het wijzen van een herstelarrrest lijkt door de opstelling richting het hof en de mededelingen aan de raadsman al haast onafwendbaar. Toch meent hij te moeten concluderen tot handhaving van het eerder door de Hoge Raad gewezen arrest. Hoewel hij zelf nog somber opmerkt dat zijn conclusie veel weg heeft van mosterd na de maaltijd, lijkt die toch het gewenste effect te hebben gehad. Dat daadwerkelijk een herstelarrrest is gewezen door de Hoge Raad heb ik in ieder geval niet kunnen ontdekken. Zou in dit geval een herstelarrrest zijn gewezen dan zou een nieuwe categorie in het leven zijn geroepen. Waar herstelbeslissingen eerder onder verwijzing naar artikel 6 EVRM zijn gerechtvaardigd, zou dat voor deze zaak niet opgaan. De intrekking van het eerdere arrest zou zich immers richten tegen de verdachte omdat daarmee een vernietiging van het arrest van het hof ongedaan wordt gemaakt. Met het wijzen van een herstelarrrest zou ook een beslissing worden ingetrokken die niet een einde aan de zaak heeft gemaakt. De zaak was immers juist als gevolg van het oorspronkelijke arrest door het hof in behandeling genomen. Knigge stipt allerhande praktische en meer fundamentele bezwaren aan die kleven aan het wijzen van een herstelbeslissing in een geval als deze. Nu uiteindelijk geen herstelarrrest is gewezen, lijkt de Hoge Raad – terecht – te zijn teruggekomen van een beslissing die al in de lucht hing.

Dit laatste voorbeeld laat ondertussen wel zien dat aan een buitenwettelijk fenomeen als herstelarrresten grote risico's kleven. Wanneer de aanvankelijke bezwaren tegen een in de praktijk gegroeid verschijnsel enigszins zijn verstomd, bestaat het gevaar dat die in steeds meer situaties wordt toegepast. Ook in gevallen waarin dat niet direct voor de hand ligt of daaraan fundamentele en wetssystematische bezwaren kleven. Ik signaleer dat bij de herstelarrresten ook sprake lijkt te zijn van een uitdijend fenomeen. In navolging van de Hoge Raad zijn ook lagere rechters herstelbeslissingen gaan wijzen. De Hoge Raad heeft vervolgens in een aantal arresten een juridisch kader uiteengezet waarbinnen die herstelbeslissin-

---

<sup>57</sup> Zie PHR 26 april 2016, ECLI:NL:PHR:2016:492.

gen kunnen worden gewezen.<sup>58</sup> Daarin wordt benadrukt dat het gaat om een zelfstandige, niet in de wet verankerde en beperkte mogelijkheid voor de feitenrechter om in de uitspraak rekenfouten, schrijffouten of andere kennelijke fouten die zich voor eenvoudig herstel lenen te verbeteren. Voor de feitenrechter is het met andere woorden alleen toegestaan om herstellerarresten binnen de tweede categorie te wijzen. Het intrekken van een eerdere beslissing behoort niet tot de mogelijkheden, waar de Hoge Raad zichzelf die bevoegdheid wel toekent.

Het openzetten van deze deur voor feitenrechters, maakt dat het oorspronkelijke bezwaar van De Hullu tegen het fenomeen herstellerarresten alleen maar aan betekenis heeft gewonnen. Dat het gesloten stelsel van rechtsmiddelen onder druk kan komen te staan laten verschillende zaken waarin de Hoge Raad oordeelde dat het hof met het wijzen van een herstellerarrest de mist in is gegaan ook zien.<sup>59</sup> De daarop volgende worsteling van de Hoge Raad hoe het dictum moet luiden als aan een herstellerarrest van het hof gebreken kleven, is het gevolg van een zelf in het leven geroepen oorzaak.<sup>60</sup> Ik merk tot slot op dat de Hoge Raad inmiddels in een aantal gevallen als een rechtzoekende in cassatie bij hem aanklopt de ‘poort’ dicht houdt, of met andere woorden artikel 80a RO toepast, en met de vinger naar het hof wijst voor herstel van een gebrek.<sup>61</sup>

## 5. Afsluitende bespiegelingen

Zo komen de ontwikkeling van de buitenwettelijke verschijnselen die ik beschreef (deels) samen en niet op een goede manier. Het voorgaande laat zien dat het bepaald geen denkbeeldig scenario is dat een rechtzoekende op enig moment niet meer weet bij wie hij terecht kan (of liever gezegd: moet) met zijn bezwaren tegen een beslissing. Situaties waarin de Hoge Raad weigert in te grijpen omdat hij het herstellen van een fout van een feitenrechter niet tot zijn terrein rekent, komen de rechtszekerheid niet ten goede. Is dat niet juist de taak van het hoogste rechtscollege van ons land? Het zal niet lang duren voordat die vraag door een van onze cliënten wordt gesteld. Het is ondertussen aan de justitiabele ook niet meer uit te leggen dat het bewandelen van de route die het Wetboek van Strafvordering voorschrijft wordt doorkruist onder verwijzing naar een door de Hoge Raad gecreëerd fenomeen dat sindsdien ook naar de lagere rechtspraak is doorgesijpeld.

Hoe moet een rechtzoekende er bovendien achter komen dat hij voor de verkeerde poort staat? De Hoge Raad doet immers zonder verdere uitleg niet open en ook de procureur-generaal geeft niet thuis. De niet per se in cassatiezaken gespecialiseerde raadsman van de verdachte kan over de reden waarom de poort dicht blijft ook in het duister tasten, terwijl het uiteindelijk de dan onherroepelijk veroordeelde is die daardoor in de kou blijft staan. Al met al is dat met het oog op de rechtsbescherming van de verdachte geen rooskleurig beeld van de procedure in strafzaken bij ons hoogste rechtscollege. Dat de individuele rechtsbe-

58 Zie o.a. HR 10 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT8778, *NJ* 2012, 249 en HR 12 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1478, *NJ* 2012, 490.

59 Zie o.a. HR 6 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BJ7243; HR 10 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT8778, *NJ* 2012, 249 en HR 12 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1478, *NJ* 2012, 490.

60 Zo wordt in HR 6 juli 2010 het ontoelaatbaar geachte herstellerarrest buiten beschouwing gelaten en is uiteindelijk vanwege gebreken klevend aan het oorspronkelijke arrest van het hof gecasseerd, terwijl in HR 10 januari 2012 juist op grond van het ontoelaatbare herstellerarrest is gecasseerd en het oorspronkelijke arrest in zijn waarde is gelaten.

61 Zie het overzichtsarrest 80a RO II, HR 7 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1005, *NJ* 2016, 430, r.o. 2.2 onder c. Specifiek worden genoemd het verzuim om op grond van artikel 27 Sr de in voorarrest doorgebrachte tijd op de uiteindelijk opgelegde straf in mindering te brengen, evidente misslagen in de berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel, het verzuim in het dictum te vermelden dat de in artikel 14d lid 2 Sr bedoelde opdracht inzake reclasseringstoezicht en –begeleiding is gegeven en het toewijzen van de vordering van de benadeelde partij en schadevergoedingsmaatregel voor € 10 teveel.

scherming met de komst van artikel 80a RO op een lager plan is komen te staan daar ben ik mij van bewust, maar tegelijkertijd meen ik dat de bodem inmiddels wel is bereikt. Dat is ook precies waarom ik van mening ben dat het optreden van de Hoge Raad als pseudowetgever een (voorlopig) halt moeten worden toegevoerd. In elk geval is het tijd voor een pas op de plaats.

De signalerende functie die de Hoge Raad meent te moeten vervullen richting de wetgever zou soelaas kunnen bieden, maar is sterk afhankelijk van de specifieke invulling die daaraan wordt gegeven. Er is niets mis mee als de Hoge Raad de wetgever in zijn arresten wijst op onvolkomenheden in wet- en regelgeving. Meer dan een vingerwijzing zal dat echter in mijn ogen nooit kunnen en mogen zijn. Rechtspreken is het *toepassen* van regels in individuele gevallen en die toetsen aan de universele mensenrechten. Dat beschouw ik als de kerntaken van de Hoge Raad. Op het moment dat een doorlopende schending van een van de universele mensenrechten wordt geconstateerd, zoals in het tussenarrest over de levenslange gevangenisstraf, dan moet het geen optie meer kunnen zijn om de bal eerst naar de wetgever terug te kaatsen voordat een definitief standpunt wordt bepaald. Van toepassing van de bestaande wet in een individueel geval is dan immers geen sprake meer.

Natuurlijk komen de kerntaken van de Hoge Raad het beste tot hun recht als de werklast draagbaar is en er geen grote hoeveelheid zaken op de rol van de Hoge Raad terecht komt waarin voor de cassatieprocedure ongeschikte klachten zijn ingediend. Voor dit nog altijd bestaande probleem moet naar mijn mening worden gezocht naar een oplossing die het spreekwoordelijke onkruid bij de wortels kan uitroeien. Die oplossing is ook al lang en breed bedacht; het instellen van een cassatiebalie in strafzaken. Het ontbreekt de wetgever echter aan inzicht om tot een duurzaam en verantwoord plan te komen waarmee een strafrechtelijke cassatiebalie kan worden ingevoerd.

Door het beperkte aantal in cassatie gespecialiseerde strafrechtadvocaten, de grote hoeveelheid zaken die ieder jaar aan de Hoge Raad worden voorgelegd en niet in de laatste plaats de zwaar ondermaatse forfaitaire vergoedingen die in cassatiezaken worden toegekend door de Raad voor Rechtsbijstand, zou invoering van de cassatiebalie op dit moment ook de zekere ondergang betekenen. De kortzichtige reacties vanuit de politiek op de steeds luider wordende roep uit de achterhoede van de verdachte om extra financiële middelen ter beschikking te stellen zodat men het hoofd boven water kan houden, voorspelt wat dat betreft niet veel goeds. Onze volksvertegenwoordigers lijken zich niet te realiseren dat niet alleen de verdachte, maar ook de Hoge Raad daarmee een grote dienst wordt bewezen.

Gerard had de komst van een cassatiebalie van harte toegejuicht, dat weet ik zeker. Hij geloofde als geen ander in de kracht van specialisatie en was er trots op dat Cleerdin & Hamer ook uitsluitend uit gespecialiseerde advocaten bestaat. Die traditie hebben we, met Gerard in gedachten, levend gehouden.

# Juridisch meerouderschap: vier handen op één buik of is twee genoeg?

*Over de wenselijkheid van het meerouderschap en het gezin anno 2018.*

N. GROEN<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Dat het gezin in de huidige samenleving andere vormen aanneemt dan ten tijde van de oprichting van Cleerdin & Hamer Advocaten 40 jaar geleden, behoeft geen nadere toelichting. Het gezin anno 2018 bestaat niet altijd meer uit een gehuwde man en vrouw die allebei juridisch ouder zijn van hun kinderen. Hoewel nog altijd het grootste gedeelte van de kinderen wordt geboren in het ‘klassieke’ gezin, te weten uit een huwelijk tussen de man en de vrouw,<sup>2</sup> komt het met steeds grotere regelmaat voor dat kinderen worden geboren uit samenwonende paren, dat kinderen opgroeien bij een alleenstaande ouder of dat kinderen worden geboren binnen een huwelijk van ouders van het gelijke geslacht. De termen ‘bonusmoeder’, ‘donorvader’ en ‘duomoeder/-vader’ behoren in het familierecht inmiddels tot de standaard vocabulaire. Dat met deze nieuwe gezinsvormen ook de rechten van de participanten in het gezin veranderen, lijkt dan ook niet te voorkomen. Maar hoe ver willen we als samenleving gaan? Is het belang van het kind gebaat bij een uitbreiding van het juridisch ouderschap? Of is twee handen op één buik echt voldoende?

## 2. Ouderschap anno 2018

Alvorens in te gaan op de recente ontwikkelingen op het gebied van juridisch meerouderschap is het noodzakelijk om het ouderschap anno 2018 te bespreken. Er is de afgelopen jaren immers al veel veranderd. Het gaat deze bijdrage te buiten om bij alle wijzigingen stil te staan, maar voor een begrip van het huidige familierecht is een aantal wijzigingen van groot belang. Zo werd in 2001 het huwelijk voor paren van het gelijke geslacht ingevoerd, waarna het mogelijk werd voor paren van het gelijke geslacht om een kind te adopteren en op die manier juridisch ouder te worden. Op 1 april 2014 volgde de volgende stap vooruit met de invoering van de Wet lesbisch ouderschap<sup>3</sup>. Vanaf de invoering van deze wet kon de levensgezel van de moeder van het kind zonder gerechtelijke procedure juridisch ouder worden van het kind. Met de wet is beoogd om de positie van kinderen van lesbische paren zo veel mogelijk in overeenstemming te brengen met de positie van kinderen geboren binnen een traditioneel huwelijk.

### 2.1. *Afstammingsrecht: wie is de juridische ouder van het kind*

Sinds de invoering van voornoemde wet, ziet het afstammingsrecht in Nederland er als volgt uit. De moeder van een kind is, krachtens artikel 1:198 BW de vrouw:

(a) uit wie het kind is geboren;

---

1 Nickie Groen is advocaat gespecialiseerd in het personen- en familierecht bij Cleerdin & Hamer Advocaten.

2 Volgens het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) worden 4 op de 10 kinderen geboren buiten een huwelijk (cijfers 2014).

3 Wet van 25 november 2014, *Stb.* 2013, 480.

- (b) die op het tijdstip van de geboorte van het kind is gehuwd of door een geregistreerd partnerschap is verbonden met de vrouw uit wie het kind is geboren, indien het kind is verwekt door kunstmatige bevruchting als bedoeld in artikel 1, onder c, sub 1, van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting en een door de stichting, bedoeld in die wet, ter bevestiging hiervan afgegeven verklaring is overgelegd, waaruit blijkt dat de identiteit van de donor aan de vrouw bij wie de kunstmatige donorbevruchting heeft plaatsgevonden onbekend is, tenzij de laatste zin van dit onderdeel of de eerste zin van artikel 199, onder b, geldt. De verklaring dient bij de aangifte van de geboorte te worden overgelegd aan de ambtenaar van de burgerlijke stand en werkt terug tot aan de geboorte van het kind. Indien het huwelijk of geregistreerd partnerschap na de kunstmatige donorbevruchting en voor de geboorte van het kind is ontbonden door de dood van de echtgenote of geregistreerde partner van de vrouw uit wie het kind is geboren, is de overleden echtgenote of geregistreerde partner eveneens de moeder van het kind, zelfs indien de vrouw uit wie het kind is geboren was hertrouwd of een nieuw geregistreerd partnerschap had laten registreren;
- (c) die het kind heeft erkend;
- (d) wier ouderschap gerechtelijk is vastgesteld; of
- (e) die het kind heeft geadopteerd.

De vader van een kind is op grond van artikel 1:199 BW de man:

- (a) die op het tijdstip van de geboorte van het kind met de vrouw uit wie het kind is geboren, is gehuwd of een geregistreerd partnerschap is aangegaan, tenzij onderdeel b of de slotzin van artikel 1:198, eerste lid, onder b, geldt;
- (b) wiens huwelijk of geregistreerd partnerschap met de vrouw uit wie het kind is geboren, binnen 306 dagen voor de geboorte van het kind door zijn dood is ontbonden, zelfs indien de moeder was hertrouwd of een nieuw partnerschap had laten registreren; indien echter de vrouw sedert de 306de dag voor de geboorte was gescheiden van tafel en bed of zij en haar echtgenoot of geregistreerd partner sedert dat tijdstip gescheiden hebben geleefd, kan de vrouw binnen een jaar na de geboorte van het kind ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand verklaren dat haar overleden echtgenoot of geregistreerde partner niet de vader is van het kind, van welke verklaring een akte wordt opgemaakt; was de moeder op het tijdstip van de geboorte hertrouwd of had zij een nieuw partnerschap laten registreren dan is in dat geval de huidige echtgenoot of geregistreerde partner de vader of, in het geval, genoemd in artikel 1:198, eerste lid, onder b, de huidige echtgenote of geregistreerde partner van de moeder van het kind;
- (c) die het kind heeft erkend;
- (d) wiens vaderschap gerechtelijk is vastgesteld; of
- (e) die het kind heeft geadopteerd.

Uit voorgaande volgt dat er verschillende mogelijkheden zijn om een juridische afstamingsrelatie met het kind te krijgen: biologisch verwantschap, genetisch verwantschap en de mogelijkheid om een kind te erkennen of te adopteren. Een verschil in de positie van de man en de vrouw, is dat voor de man het biologisch vaderschap uiteindelijk leidend is. Voor het erkennen van een kind is de toestemming van de moeder vereist. In beginsel is verwantschap geen vereiste. Een wensvader kan een kind, na toestemming te hebben gekregen van de moeder, erkennen. Mocht de moeder, de vader of het kind deze erkenning echter na verloop van tijd ongedaan willen maken, dan kan dit op grond van het bepaalde in artikel 1:200 BW op verzoek van voornoemde personen worden gedaan als de man niet de biologische vader van het kind is.

Hoewel de huidige samengestelde gezinnen met stief-/bonusouders en nieuwe partners soms anders doet vermoeden, volgt uit de wet dat een kind maximaal twee juridisch ouders kan hebben. Zo kan een kind niet worden erkend als er (reeds) twee ouders zijn.<sup>4</sup> Een vader en een moeder, twee moeders of twee vaders. Meer smaken zijn er (nog) niet mogelijk, twee juridisch ouders is volgens de wetgever voldoende. Mochten twee paren van gelijk geslacht – vaak een lesbisch stel enerzijds en een homostel anderzijds – samen besluiten een kind te krijgen, dan kan hun kind niet meer dan twee juridisch ouders hebben. De duo-ouders zullen dus van tevoren moeten bedenken wie in juridische zin de ouders worden van het kind. De vrouw uit wie het kind is geboren met haar levensgezel, één van de vaders als donor en erkenner samen met de moeder of de beide wensvaders. Uit deze gezinsstructuur komt het spanningsveld tussen biologisch ouderschap en ‘aanvaard’ ouderschap goed naar voren. Alle vier wensouders willen een ouderrol, maar voor slechts twee wensouders is een juridische afstammingsrelatie te creëren.

Stel de wensouders komen hier gemakkelijk uit en er zijn twee juridisch ouders, wie beslist er dan over belangrijke zaken aangaande het kind, zoals medische behandeling of scholing? Moeten alle vier ouders dit beslissen?

### 2.1. *Ouderlijk gezag: wie heeft wat te zeggen?*

Slechts de juridisch ouder die ook het ouderlijk gezag heeft, heeft het recht en de plicht om zijn minderjarige kind op te voeden en te verzorgen.<sup>5</sup> Te denken valt aan beslissingen die ouders nemen in het kader van medische zorg, de keuze waar een kind zijn/haar hoofdverblijfplaats heeft na een scheiding, waar het kind naar school moet, of het kind met de ene ouder mee mag op reis, het inschrijven van een kind in een gemeente, enzovoorts. Een andere verplichting die het ouderlijk gezag met zich meebrengt is dat ouders bij uiteengaan een ouderschapsplan moeten opstellen waarin ze afspraken vastleggen aangaande het voorgezet ouderschap na uiteengaan.

Thans is het in de wet zo geregeld dat de moeder van het kind van rechtswege het ouderlijk gezag verkrijgt.<sup>6</sup> Is de moeder gehuwd, dan verkrijgt ook haar echtgeno(o)te automatisch het gezag over het kind.<sup>7</sup> Wordt een kind bijvoorbeeld geboren tijdens het huwelijk van twee moeders, dan krijgt het kind op grond van de wet twee juridisch ouders met gezag.<sup>8</sup> Heeft één van de ouders van rechtswege alleen het gezag, dan kan de tot het gezag bevoegde andere ouder de rechtbank verzoeken om de ouders gezamenlijk met het gezag te belasten.<sup>9</sup> Voor het verkrijgen van het gezag is dus het (laten) vastleggen van een afstammingsrelatie (erkennen, gerechtelijk laten vaststellen van ouderschap) niet voldoende. Om gezag te verkrijgen dient, buiten huwelijk, een extra handeling te worden verricht, waarbij de andere ouder toestemming moet geven. Ook bij gezag geldt op dit moment dat er maar twee gezaghebbende ouders kunnen zijn. Als het aan de Staatscommissie Herijking ouderschap ligt, komt daar echter op termijn verandering in.

---

4 Zie bijvoorbeeld artikelen 1:204 lid 1 sub e, BW of 1:207 lid 2 sub a, BW.

5 Art. 1:247 BW.

6 Art. 1:253b BW.

7 Art. 1:251 BW.

8 Volgt uit artikelen 1:198 lid 1 onder b, en 1:251 BW.

9 Art. 1:253c BW.

### 3. **Staatscommissie Herijking ouderschap**

Op 26 november 2017 heeft de Staatscommissie Herijking Ouderschap (hierna: commissie) het Rapport *Kind & ouders in de 21ste eeuw* gepubliceerd. De commissie heeft, zo blijkt uit het rapport op pagina 3:

“de opdracht gekregen om de regering te adviseren over de wenselijkheid van een wijziging van de bestaande regelingen over het ontstaan van juridisch ouderschap en de invoering van een wettelijke regeling voor meerouderschap en meeroudergezag en voor draagmoederschap.”

#### 3.1. **Afstamming in de toekomst**

De commissie adviseert allereerst om een wijziging aan te brengen in dat wat thans het uitgangspunt is van onze wetgeving: biologisch ouderschap. Ook de intentie tot ouderschap, de aanvaarding, moet een grondslag kunnen zijn om ouder te worden van een kind. De commissie stelt voor om, nu genetische afstamming thans ook niet het uitgangspunt van de wet is, de term ‘erkenning’ te vervangen door ‘aanvaarding van het ouderschap’.<sup>10</sup> De commissie is van mening dat het, gelet op de steeds complexer wordende gezinsvormen, mogelijk moet worden dat een kind drie, of maximaal vier juridisch ouders krijgt.

#### 3.2. **Meerouderschapsovereenkomst**

Ouders die de wens hebben dat hun kind meer dan twee ouders krijgt, moeten dit van tevoren, dus voordat de conceptie van het kind plaatsvindt, al met elkaar besproken hebben en hun wensen omtrent het ouderschap vastleggen in een overeenkomst. In de literatuur wordt al gesproken over het “gecontracteerd ouderschap”. De eisen die de commissie in rapport stelt aan het meerouderschap zijn de volgende:

- de aspirant-meerouders moeten het met elkaar eens zijn over het juridisch meerouderschap, de regeling is daarmee niet toegankelijk indien er geen gezamenlijk intentie bestaat over wie welke rol zal spelen in het leven van het kind,
- de aspirant-meerouders moeten vóór de conceptie van het kind nadenken en afspraken maken over het juridisch meerouderschap,
- de regeling is toegankelijk voor maximaal vier ouders, die maximaal twee huishoudens vormen,
- de meerouderschapregeling is toegankelijk voor de geboortemoeder, de genetische ouders en de levensgezellen van deze personen,
- de aspirant-meerouders stellen een meerouderschapsovereenkomst op, die door de rechter wordt getoetst; voor eventuele volgende kinderen zijn een nieuwe overeenkomst en toetsing hiervan door een rechter noodzakelijk;
- om de belangen van het toekomstig kind te verwoorden en te behartigen benoemt de rechter een bijzondere curator,
- nadat de rechter de meerouderschapsovereenkomst heeft goedgekeurd en een zwangerschap is ontstaan, wenden de aspirant-meerouders zich tot de ambtenaar van de burgerlijke stand om akten van aanvaarding van het ouderschap op te stellen,
- voor de geslachtsnaam van het kind aansluiten bij de huidige regelin betreffende de naamkeuze: de meerouders kiezen één van hun geslachtsnamen als geslachtsnaam voor het kind; eventueel volgende kinderen van dezelfde meerouders dragen dezelfde geslachtsnaam,
- de juridische vormgeving van het meerouderschap (dus meerouderschapsovereenkomst, de rechterlijke goedkeuring en akten van aanvaarding van het ouderschap) moet gereed

---

<sup>10</sup> Rapport Staatscommissie Herijking Ouderschap *Kind en ouders in de 21ste eeuw*, pag. 12.



zijn uiterlijk op het tijdstip van geboorte van het kind; na dat tijdstip kan het juridisch meerouderschap alleen nog via de weg van de eenvoudige adoptie met de daarbij behorende voorwaarden tot stand komen,

- voor op het tijdstip van de inwerkingtreding van de wetgeving reeds bestaande situaties dient een overgangsregeling te worden getroffen.

Uit het rapport blijkt verder dat de commissie wil dat er een register wordt opgericht waarin de identiteit van de genetische ouder(s) wordt geregistreerd om zoveel mogelijk te bevorderen dat de identiteit van de personen van wie een kind genetisch afstamt, voor het kind vanaf een bepaald tijdstip kenbaar kan zijn of worden.<sup>11</sup> Dit register wordt in het rapport het ‘register ontstaansgeschiedenis’ (hierna: ROG) genoemd. Het register moet inzichtelijk worden voor het kind dat op zoek is naar informatie over zijn ontstaansgeschiedenis, wanneer het kind tot een redelijke waardering van belangen in staat is. De commissie adviseert geen leeftijds grens op te nemen.

### 3.3. *Het gezag bij meerouderschap*

Naast aanbevelingen ten aanzien van het afstammingsrecht, heeft de commissie ook een aantal aanbevelingen opgesteld ten aanzien van het gezag bij meerouderschap.

Allereerst stelt de commissie dat het mogelijk moet worden om al vóór de geboorte van een kind kenbaar te maken dat de wens bestaat om het gezamenlijk gezag uit te oefenen. Net als bij het erkennen van een kind voor de geboorte, ontstaat het gezamenlijk gezag dan op het moment van de geboorte van een kind. Ontstaat het gezag niet al bij geboorte, dan kan dit tijdens de minderjarigheid van het kind worden aangevraagd. De commissie beveelt de wetgever aan om het kind dat de leeftijd van acht jaar heeft bereikt, schriftelijk toestemming te laten verlenen voor de registratie van het gezamenlijk gezag.

Daarnaast stelt de commissie voor om meerouder- of meerpersoonsgezag mogelijk te maken. Net als bij de aanbeveling ten aanzien van de aanvaarding van het ouderschap, kunnen maximaal vier personen het gezag gaan uitoefenen. De meerouders die voornemens zijn om gezamenlijk het gezag te gaan uitoefenen, zullen dit moeten vastleggen in hun meerouderschapsovereenkomst. Doen ze dit niet, dan kan ook op een later moment een verzoek worden gedaan. De rechter zal dit verzoek dan moeten beoordelen, waarbij wordt aangesloten bij de vereisten van het juridisch meerouderschap.<sup>12</sup> Leidend dient te zijn het belang van het kind.<sup>13</sup> Ook gedeeltelijke gezagsoverdracht aan stief- en/of pleegouders moet mogelijk worden. Stiefouders die het kind ten minste één jaar als behorende tot hun gezin verzorgen, verkrijgt een blokkaderecht wanneer een kind uit het gezin wordt weggehaald, net als pleegouders in jeugdbeschermingszaken thans hebben.

### 3.4. *De positie van de draagmoeder*

Naast het afstammings- en het gezagsrecht, bespreekt de commissie in het rapport ook de positie van de draagmoeder. De commissie is van oordeel dat er een wettelijke regeling voor draagmoederschap moet komen, die waarborgen biedt voor de positie van het kind, de draagmoeder en de wensouders. Ook in het geval van draagmoederschap stelt de commissie voor dat er wordt gecontracteerd vóór de conceptie. Wensouders en de draagmoeder zullen hun afspraken moeten vastleggen en moeten voorleggen aan een rechter. Ook in dit geval

---

<sup>11</sup> Idem, pag. 384.

<sup>12</sup> Idem, pag. 15.

<sup>13</sup> Idem pag. 16.

moet de overeenkomst worden vastgelegd in het ROG en moeten er akten van aanvaarding worden opgemaakt bij de burgerlijke stand. De commissie acht het wenselijk dat ten minste één, maar bij voorkeur twee wensouders genetische banden met het kind hebben. Slechts in uitzonderlijke gevallen, waarin zwaarwegende redenen bestaan, dient dit uitgangspunt terzijde te kunnen worden geschoven. Wensouders kunnen niet zomaar onder de draagmoederschapsovereenkomst uit, slechts in geval er sprake is van bedrog of dwaling.<sup>14</sup>

### 3.5. *Belang van het kind*

Met het voorgestelde meerouderschap hoopt de commissie aan te sluiten bij de huidige gezinsvormen. Ondanks dat er een heel hoofdstuk in het rapport is gewijd aan de belangen van het kind en de voorstellen die wellicht in een aantal gezinnen zeker goed zal gaan, gaat de commissie maar summier in op de gevolgen van het einde van de relatie tussen bijvoorbeeld vier ouders. Daar waar ouders uit elkaar gaan, wordt vaak geruzied. Niet alleen om geld of om spullen, maar vooral over de kinderen. Het baart politici al jarenlang zorgen en er wordt met ‘challenges’<sup>15</sup> aan gewerkt om oplossingen te vinden op ‘de vechtscheiding’. De commissie stelt dat onduidelijk is wat meergezag zal gaan inhouden, daar er nog maar weinig ervaring mee is opgedaan, maar dat het niet wetenschappelijk is vastgesteld dat meerouderschap leidt tot meer conflicten. Wat er met een kind gebeurt dat in een scheiding tussen vier ouders terecht komt is vooralsnog onduidelijk. Met de vele schrijvers voor mij<sup>16</sup> ben ik van mening dat het rapport op deze vragen geen antwoord geeft. Onduidelijk is wat de gevolgen zijn voor het kind bij een relatiebreuk tussen vier ouders. De kans dat een kind meer last heeft van een scheiding tussen meer ouders en dat een kind hierdoor eerder klem- of verloren kan geraken, lijkt niet te zijn onderzocht. Natuurlijk scheidt het ook voordelen. Het kind krijgt immers meerdere onderhoudsplichtigen, meer erfelers en er zijn meer mogelijke verzorgers en oppasouders. Maar wegen deze voordelen op tegen de mogelijke nadelen bij het uiteengaan van de ouders? Ik denk het niet.

### 3.6. *Uit de praktijk*

Een voorbeeldsituatie waar de voorstellen van de commissie mogelijk wel uitkomst hadden kunnen bieden, was te lezen in het artikel ‘Homostel moet baby afstaan’ in het *Algemeen Dagblad* van mei 2017.<sup>17</sup> In dit artikel vertellen twee mannen uit Twente hun verhaal. De mannen hadden een kinderwens en bekeken alle opties. Dat waren er drie: adoptie, pleegzorg of het draagmoederschap. De mannen kozen voor draagmoederschap. Via de website van de Stichting Meer dan Gewenst, die bemiddelt tussen donoren, draagmoeders en wensouders, vinden ze een draagmoeder. Zoals de mannen aangeven was er nog weinig wettelijk geregeld. Na de eerste afspraken met de draagmoeder, spreken partijen af dat ze met elkaar verder gaan en dat de draagmoeder zal worden geïnsemineerd. Afspraak was ook, dat de moeder in die periode veilig seks zou hebben met haar eigen partner, aldus het artikel. Op 8 mei 2017 wordt vervolgens baby Hayley geboren. Na twee dagen mag ze met de mannen mee naar huis, waar haar babykamer al was ingericht. Onverwacht vraagt de draagmoeder dan om een DNA-onderzoek naar de vraag wie de biologische ouders van Hayley zijn. Wat blijkt: baby Hayley was toch verwekt door de partner van de draagmoeder. Beide stellen willen de baby vervolgens bij zich houden. De rechter geeft hier uiteindelijk

---

14 Idem pag. 16 t/m 18.

15 Refererend aan de zogenaamde ‘Divorce Challenge’ gestart in 2016 door de toenmalige Minister Steur van het Ministerie van Veiligheid en Justitie.

16 Zie hierover onder andere prof. dr. I. Weijers in het *NRC Handelsblad* van 12 december 2016 en mr. P. Vlaardingbroek in *REP* 2017/8.

17 <https://www.ad.nl/binnenland/homostel-moet-baby-afstaan-ze-was-en-is-ons-kind~a4f3e28b/>

gelijk aan de biologische ouders en de wensvaders moeten baby Hayley, tot hun grote verdriet, afstaan.

De situatie omtrent baby Hayley zou op basis van de inhoud van het rapport van de commissie een andere uitkomst *kunnen* geven. Als partijen vooraf hadden gecontracteerd was het wellicht mogelijk geweest dat baby Hayley, ondanks het gegeven dat zij (achteraf) niet het kind van één van de wensvaders bleek, op uitzonderlijke gronden – daar geen van de beide wensvaders biologisch ouder van Hayley was – toch conform het contract bij de vaders kon blijven. Echter, ook in dit geval blijft onduidelijk of dit een zodanige uitzondering was dat baby Hayley bij de mannen had mogen blijven.

#### 4. **Conclusie**

Of ‘contracteren’ omtrent ouderschap in de toekomst werkelijk mogelijk wordt, zal de tijd gaan uitwijzen. De commissie heeft in elk geval in het uitgebreide rapport diverse voorstellen gedaan. Met de meeste schrijvers ben ik van mening dat er eerst meer onderzoek zal moeten worden gedaan naar de wenselijkheid van de voorstellen in de praktijk in het licht van het belang van het kind. Pas na gedegen onderzoek naar de gevolgen van meerouderschap en meeroudergezag kan mijns inziens de vraag worden beantwoord of vier handen op één buik wenselijk is, of dat twee genoeg is.



# ‘Eén getuige is ook echt maar één getuige’

S.M. HOF<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Tijdens de afscheidsspeech bij het vertrek van Benno de Boer van kantoor in 2017 sprak Robert Malewicz over de diversiteit aan advocaten en medewerkers binnen het kantoor. Hij gebruikte hiervoor de metafoer van de bijzondere dieren in het dierenbos, waarmee met de bijzondere dieren de verschillende advocaten/medewerkers werden bedoeld en met het dierenbos het kantoor. Het bestaan van 40 jaar Cleerdin & Hamer Advocaten heeft veel verschillende en bijzondere dieren bijeengebracht en zorgt tot op de dag van vandaag voor een groot en divers bos. Elke advocaat met zijn of haar eigen kenmerken, elk met hun eigen specialisatie en niche binnen het recht. Het bos had bij aanvang van het kantoor, maar ook nu nog zoveel jaren later, plaats voor allerlei verschillende soorten bijzondere dieren.

Het Wetboek van Strafrecht kent ook vele verschillende en bijzondere strafbepalingen. Sommigen al sinds jaar en dag in ons huidige Wetboek van Strafrecht, anderen komen (net als de bijzondere dieren in het bos van Cleerdin & Hamer Advocaten) pas net kijken. Zoals het kantoor blijft het wetboek steeds in ontwikkeling. Een bijzondere afdeling in het wetboek waarvoor dit zonder meer geldt, is die van de zeden. Sommige zedenartikelen bevinden zich in hun huidige vorm al tientallen jaren binnen deze afdeling, anderen zijn nog volop in ontwikkeling al dan niet in samenhang met de regels van het procesrecht, in het bijzonder het bewijsrecht, en de toegenomen forensische deskundigheid.

Zedenartikelen zijn ‘een vreemde eend in de bijt’, niet alleen in verband met het uiterst complexe spanningsveld tussen de onschuldpresumptie en het slachtofferschap,<sup>2</sup> maar ook omdat de kwalificatie niet zonder meer vaststaat. Zo staat bijvoorbeeld bij een diefstal doorgaans wel vast dat iets is weggenomen, waarmee de kwalificatie van diefstal feitelijk wel is gegeven. De belangrijkste vraag voor de rechter is dan of de persoon voor hem op het verdachtenbankje ook degene is geweest die de diefstal heeft gepleegd. Bij zedenzaken ligt dat anders, aangezien zich vaak de situatie voordoet dat slechts twee personen aanwezig waren bij de veronderstelde strafbare gedragingen in de vorm van seksuele handelingen, zo die al hebben plaatsgevonden: de veronderstelde dader en het veronderstelde slachtoffer. Bij zedenzaken moeten anders dan bij een diefstal, zoals hierboven beschreven, nog heel wat stappen worden gezet: naast de vraag wat is gebeurd en of dat te kwalificeren is als strafbaar feit, speelt vervolgens de vraag van welk strafbaar feit dan sprake is en of de dader ook strafbaar is.

Zelfs bij de inhoudelijke behandeling bij de rechter bestaat bij zedenzaken vaak onduidelijkheid over wát is gebeurd en of dit vervolgens valt te scharen onder één van de zedenartikelen die het Wetboek van Strafrecht kent. Immers, niet alles wat als ongewenst en ongewild wordt ervaren, is ook daadwerkelijk strafbaar tussen volwassenen.<sup>3</sup> Wanneer de

1 Sophie Hof is strafrechtadvocaat bij Cleerdin & Hamer Advocaten.

2 Zie N.M. Nierop en P. van den Eshof, ‘Beschuldigingen in zedenzaken: onschuldpresumptie en slachtofferpresumptie’, *DD* 2015/58.

3 N.M. Nierop en P. van den Eshof, a.w.

veronderstelde dader het seksuele contact niet ontkent maar de onvrijwilligheid daarvan betwist, leidt dat in veel gevallen ertoe dat slechts de verklaring van het veronderstelde slachtoffer als bewijs voor de dwang aanwezig is.<sup>4</sup> Bij zedenzaken wringt daar met name de schoen, hetgeen maakt dat (lang) niet alle aangiften leiden tot een beslissing de zaak voor te leggen aan een rechter, omdat uiteraard ook een officier van justitie in inschatting zal maken over de bewijsbaarheid van een zaak.

Het komt kortgezegd vaak neer op de volgende vragen: is naast de aangifte voldoende wet-  
tig én overtuigd bewijs voorhanden ter ondersteuning van die aangifte om te kunnen komen  
tot een bewezenverklaring? Of moet worden afgezien van een publiekelijk proces omdat  
geen ondersteuning aanwezig is?

Daarbij dient het openbaar ministerie te balanceren tussen de belangen van het slachtoffer  
en het krachtig willen reageren op zedendelicten en die van een verdachte waarbij – zeker  
bij zedenzaken – de onschuldpresumptie uit artikel 6 lid 2 EVRM zeer nauwgezet in de  
gaten dient te worden gehouden.<sup>5</sup> De maatschappelijke onrust bij zedenzaken is immers  
groot, nog daargelaten de enorme schade die een zedendelict fysiek en emotioneel kan  
aanrichten bij daadwerkelijke slachtoffers, maar de gevolgen voor onterecht beschuldigden  
evenzeer.

Niet zelden komt het voor dat een vrijgesproken zedenverdachte noodgedwongen huis en  
haard moet verlaten om elders een nieuw bestaan op te bouwen omdat de situatie in dorp X  
onhoudbaar blijkt en de pesterijen en ongewenste intimidatie niet stoppen.<sup>6</sup> Het is een stem-  
pel dat je niet snel ‘weggeboend’ krijgt, hoe hard je ook poetst en waar je ook naartoe ver-  
huist. Denk ook aan zeer voor de hand liggende negatieve gevolgen voor gewezen zedenver-  
dachten op het gebied van hun werk en hun privéleven (omgang met de kinderen, relatie met  
de partner). Dat is ook reden dat politie en openbaar ministerie zo zorgvuldig mogelijk met  
de belangen van een verdachte – in het kader van die onschuldpresumptie – om dienen te  
gaan.

Als advocaat adviseer je een cliënt die wordt verdacht van een zedendelict op vele vlakken.  
Adviseer je hem om een koffer met kleding mee te nemen omdat hij vermoedelijk in voor-  
lopige hechtenis zal worden genomen? Moet de kat tijdelijk naar de burens en wat vertelt hij  
zijn familie en werkgever? Dit zijn belangrijke adviezen voor de verdachte, maar het belang  
haalt het niet bij de complexe afwegingen die op het terrein van de inhoud dienen te worden  
gemaakt. De kern van de inhoudelijke adviezen die een advocaat aan zijn cliënt – die wordt  
verdacht van een zedendelict – geeft, richt zich uiteindelijk op de bewijsvraag. Om die re-  
den speelt het kunnen doorgronden van het Nederlands bewijsstelsel daarbij een belangrijke  
rol. Ik durf de stelling aan dat de zedennisdrijven de categorie misdrijven betreft waarin de  
vraag of genoeg bewijs bestaat en of de verdachte het risico loopt met zijn verklaring het  
bewijs rond te maken, het sterkst speelt. Hoewel het bewijsstelsel duidelijk is – één getuige  
is geen getuige, zoals het bewijsminimum van artikel 342 lid 2 Sv voorschrijft – worden de  
beperkingen van dit bewijsstelsel in de jurisprudentie van de Hoge Raad opgerekt, onder  
andere door het zoeken van bevestiging in steunbewijs dat zelfstandig een bewezenverkla-  
ring niet kan dragen, maar die ene verklaring van gewicht zou moeten voorzien.

---

4 HR 30 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:115.

5 N.M. Nierop en P. van den Eshof, a.w.

6 [http://www.omroepbrabant.nl/?news/2278971463/Man+\(39\)+vrijgesproken+van+ontucht+met+meis-  
je+\(10\)+in+Deurne,+%E2%80%98maar+zijn+leven+is+verwoest%E2%80%99.aspx](http://www.omroepbrabant.nl/?news/2278971463/Man+(39)+vrijgesproken+van+ontucht+met+meis-<br/>je+(10)+in+Deurne,+%E2%80%98maar+zijn+leven+is+verwoest%E2%80%99.aspx)

In deze bijdrage wordt stilgestaan bij het wettelijk bewijsstelsel, zoals we dat in Nederland kennen en zoals dat een rol speelt bij de bewezenverklaring van zedendelicten (paragraaf 2). Vervolgens onderzoek ik wat steunbewijs nu feitelijk inhoudt, op welke wijze verschillende soorten steunbewijzen een rol spelen, maar ook wat problematisch is aan het steunbewijs (paragraaf 3). Tot slot ga ik in op de rol van de advocaat in de advisering van zijn cliënt bij verdenkingen ten aanzien van zedendelicten.

## 2. Het Nederlands bewijsstelsel in een notendop

Het Nederlandse bewijsstelsel wordt als negatief-wettelijk gekenschetst.<sup>7</sup> Het Wetboek van Strafvordering stelt kwantitatieve en kwalitatieve eisen aan het materiaal dat door een rechter wordt gebruikt om de bewezenverklaring te kunnen onderbouwen, waarbij de rechter vrij is in de waardering van het bewijs.<sup>8</sup> De kwantitatieve eis houdt in dat de verklaring(en) van één getuige niet voldoende is om tot een bewezenverklaring te komen. Er zal dus een tweede bron aan te pas dienen te komen. De kwalitatieve eis ziet op de ondersteuning door een tweede bron van die ene verklaring.<sup>9</sup>

Het zijn eisen waarvan annotator Borgers in een noot bij een arrest van de Hoge Raad uit 2009<sup>10</sup> terecht van stelde dat dergelijke eisen geen harde garantie zijn voor een juist bewijsoordeel maar dat naar de opvatting van de wetgever het risico dat de rechter afgaat op slechts één verklaring die – vanwege leugenachtigheid, dwaling, geestelijke stoornis of welke reden dan ook – in strijd met de waarheid is afgelegd. Een eerlijk proces vergt bovendien ‘niet alleen dat zekere waarborgen bestaan ter zake van de juistheid van het rechterlijk oordeel, tevens dient ongeoorloofde pressie op de verdachte te worden voorkomen. De kans dat dergelijke pressie wordt uitgeoefend, lijkt groter te zijn indien de bewezenverklaring uitsluitend op grond van de verklaring van de verdachte zou mogen worden aangenomen’, aldus Borgers. De kwalitatieve en kwantitatieve eisen zien we onder meer terug in artikel 338 Sv.

De bewijsminimumregels beperken de vrije waarheidsvinding door de rechter en daarmee indirect ook die van de officier van justitie bij een beoordeling van een zaak. Hoewel het vervolgingsmonopolie bij het openbaar ministerie ligt, zal een officier van justitie niet elke zaak willen aanbrengen bij de rechtbank wegens het ontbreken van voldoende bewijs.

Tegelijkertijd is de rechter binnen dit negatief-wettelijk stelsel niet verplicht om tot een bewezenverklaring te komen indien wél sprake is van voldoende wettelijke bewijs, maar hij niet tot de overtuiging heeft kunnen komen dat de verdachte het feit heeft begaan, aldus artikel 338 Sv.<sup>11</sup> De rechter dient, naast de bewijsmiddelen die wijzen naar de verdachte, namelijk ook overtuigd zijn dat de verdachte degene is geweest die het strafbare feit heeft gepleegd om tot een veroordeling te kunnen (of beter: mogen) komen. Daarbij dient de rechter de volgorde goed in de gaten te houden: eerst de bewijsmiddelen, daarna de overtuiging op basis van die bewijsmiddelen.

7 Commentaar op Wetboek van Strafvordering artikel 338, Tekst en commentaar.

8 Aldus B. de Wilde, Bewijsminimumregels als waarborgen voor de waarheidsvinding in strafzaken?, in: J.H. Crijns e.a. (red.), *De waarde van waarheid*, Den Haag: Boom juridisch 2008, p. 269-294.

9 Zie mr. N van Gelder, ‘Een steeds helder wordende bewijsminimumregel’, *TPWS* 2018/63.

10 HR 30 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7746, m.nt. M.J. Borgers.

11 Artikel 338 Sv luidt: “Het bewijs dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan, kan door den rechter slechts worden aangenomen, indien hij daarvan uit het onderzoek op de terechtzitting door den inhoud van wettige bewijsmiddelen de overtuiging heeft bekomen.”

Voorafgaand aan een zitting is het dossier door alle procespartijen bestudeerd, met ieder zo zijn eigen gedachten over de mogelijke bewijsbaarheid van hetgeen ten laste is gelegd. De zitting zelf – vooral bij zedendelicten waar het bewijs veelal minimaal is – kan voor een rechter hét moment zijn dat zijn overtuiging wegvalt of juist wordt verstevigd. Dit kan bijvoorbeeld doordat een verdachte zelf overtuigend is (of juist niet), getuigen op zitting een andere lezing geven of de verdediging een alternatief scenario presenteert dat de rechter doet twijfelen.

De wijze waarop de rechter al deze invloeden, informatie en omstandigheden op zitting verwerkt in zijn overtuiging is niet wettelijk geregeld. Bij geval van twijfel dient een rechter de verdachte vrij te spreken, ‘in dubio pro reo’, bij twijfel geen veroordeling.<sup>12</sup> Na afloop van de zitting dient de rechter zich uit te laten over de vraag óf een verdachte het feit heeft begaan. Dit mag alleen aan de hand van wettelijke bewijsmiddelen die zijn genoemd in artikel 339 Sv.

In de contourennota voor het nieuwe Wetboek van Strafvordering geeft de Minister van Justitie en Veiligheid ook aan in de kern niets te willen wijzigen aan dit bewijsstelsel. “Voor dit stelsel bestaat nog steeds brede steun en ik wil dit ook behouden.”<sup>13</sup> De huidige regeling zou ruimte bieden om het gebruik van een bepaalde bewijsmiddel te kunnen normeren. “De reeds genoemde bewijsminima houden in dat het bewijs van het ten laste gelegde niet uitsluitend kan worden gebaseerd op één enkele getuigenverklaring (unus testis, nullus testis; artikel 342, tweede lid) of alleen op de verklaring van de verdachte (artikel 341, vierde lid). Deze minima genieten brede steun en dragen eraan bij dat de bewijsbeslissing op een deugdelijke grondslag wordt genomen. Welk steunbewijs in deze gevallen nodig is, hangt af van de concrete omstandigheden van het geval en laat zich niet goed in een wettelijke regeling vastleggen. Gelet hierop ben ik er voorstander van deze minima te behouden en de nadere invulling en begrenzing ervan aan de rechtspraak over te laten. Ik heb overwogen deze minima te vervangen door een algemeen bewijsminimum inhoudende dat een bewijsmiddel altijd dient te worden bevestigd door bewijsmateriaal dat is gebaseerd op een onafhankelijke bron («eis van dubbele bevestiging»), maar ik zie op dit moment geen meerwaarde ten opzichte van het huidige systeem, terwijl bedoeld criterium evenzeer zal noodzaken tot nadere afgrenzing en invulling binnen de rechtspraak.”<sup>14</sup>

**3. Onderdeel Nederlands bewijsstelsel: unus testis nullus testis (steunbewijs)**  
In het Wetboek van Strafrecht is het Latijnse adagium ‘unus testis nullus testis’ – oftewel ‘een getuige is geen getuige’ – opgenomen en wettelijk verankerd in artikel 342 lid 2 Sv. Volgens dit artikel kan het bewijs dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan, door de rechter niet uitsluitend worden aangenomen op de verklaring van één getuige en moet een bewijsmiddel<sup>15</sup> uit een andere bron aanwezig zijn.<sup>16</sup> Ook de enkele bekende verklaring van de verdachte kan niet zelfstandig de bewezenverklaring dekken.<sup>17</sup> Artikel 243 lid 2 Sv: “Het bewijs dat de verdachte het telastegelegde feit heeft begaan, kan door den rechter niet uitsluitend worden aangenomen op de verklaring van een getuige.” Kortom,

12 Aldus Prof. Mr. C.P.M. Cleiren, ‘De rechterlijke overtuiging. Een sprong met hindernissen’, *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2010-5/6, p. 263.

13 Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, nr. 278, p. 82.

14 Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, nr. 278, p. 83.

15 Het dient bovendien een van de in artikel 339 Sv genoemde bewijsmiddelen te zijn.

16 Tekst en commentaar bij artikel 342 lid 2 Sv, Twaalfde druk, p. 1490.

17 Mr. Dr. M.J. Dubelaar, ‘Typering van het wettelijk bewijsstelsel in Wetboek van Strafvordering’, *Betrouwbaar getuigenbewijs* 2014/7.2.



er dient ondersteuning in het dossier te zijn voor de verklaring van de getuige (aangever) uit artikel 243 lid 2 Sv: het steunbewijs. De bedoeling van de wetgever bij het opstellen van dit artikel was het inbouwen van een waarborg tegen het veroordelen van onschuldigen.<sup>18</sup> Al in 1920 oordeelde de Hoge Raad als volgt: “Nergens schrijft de wet voor dat ieder onderdeel der telastelegging slecht bewezen kan worden door meer dan de verklaring van een getuige.”<sup>19</sup>

Hoewel de Hoge Raad in zijn motivering bij de ‘*unus testis problematiek*’ dikwijls verwijst naar de bedoeling van de wetgever, blijkt uit de praktijk dat een zekere uitholling van het karakter van dit artikel heeft plaatsgevonden.<sup>20</sup> De Hoge Raad stelde, en doet dit mijns inziens overigens nog steeds, geen hoge eisen aan de invulling van artikel 243 lid 2 Sv en de wettelijke bewijsmiddelen worden zo ruim uitgelegd dat het meeste bewijsmateriaal bruikbaar lijkt te zijn.<sup>21</sup> Artikel 243 lid 2 Sv ziet namelijk volgens de Hoge Raad “op de tenlastelegging in haar geheel en niet een onderdeel daarvan”.<sup>22</sup> Niet alles hoeft daarmee door twee bewijsmiddelen te worden gedekt.

Deze tendens in de jurisprudentie zie ik zo mogelijk nog sterker bij zedenzaken. Het gaat bij zedenzaken veelal om zaken waarin de feiten zich in het verborgene afspelen en het daarbij in de kern gaat om het woord van aangever tegen dat van de verdachte, aldus A-G Bleichrodt.<sup>23</sup> A-G Hofstee stelt hieromtrent: “hier staat echter tegenover dat in zedenzaken een geringe mate van steunbewijs in combinatie met de verklaringen van het veronderstelde slachtoffer reeds voldoende wettig bewijs van het tenlastegelegde kan opleveren.”<sup>24</sup>

In de zaak waarin A-G concludeerde ging het om ontucht met minderjarigen waarbij een belastende verklaring van de vriendin van de dochter van de verdachte centraal stond. De vraag rees of de door de aangeefster gereleveerde feiten en omstandigheden voldoende steun vonden in de andere negen bewijsmiddelen die door het Hof Den Haag waren opgenomen. A-G concludeerde in deze zaak dat sprake was van voldoende steunbewijs, hetgeen diende te leiden tot verwerping van het beroep in cassatie. De Hoge Raad kon zich vinden in die redenering en verwierp het beroep.

In de zaak waarin Hofstee concludeerde ging het om een bewezenverklaring ten aanzien van het seksueel binnendringen van een meisje onder de 12 jaar. De vader van het meisje had aangifte gedaan nadat hij een brief van zijn dochter onder ogen had gekregen waarin onder meer stond dat zij getongzoend was door de verdachte. De moeder van het meisje had bij de politie een verklaring afgelegd over hetgeen het meisje aan haar in haar dagboek had geschreven. Dit ging over het vastpakken van de piemel van de verdachte, tongen en over haar vagina wrijven. In het studioverhoor verklaarde het meisje uitgebreid over seksuele handelingen die zouden hebben plaatsgevonden. Vervolgens was een onderzoek ingesteld naar de

---

18 Zie o.a. Naar een vervanging van de *unus-testis*regel van artikel 243 lid 2 Sv, p. 198.

19 Zie HR 18 oktober 1920, *NJ* 1920, p. 1177.

20 Zie ook conclusie van A-G Knigge: “Bij de bespreking van deze klacht stel ik voorop dat art. 342 lid 2 Sv door de wetgever is bedoeld als waarborg tegen gerechtelijke dwalingen. Dat waarborgkarakter heeft het artikellid als gevolg van de daaraan door de Hoge Raad in vaste jurisprudentie gegeven uitleg grotendeels verloren.” HR 26 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK2094.

21 *Kamerstukken II* 1917/18, 77, nr 1, p. 61. Zie ook: mr. Dr. M.J. Dubelaar, ‘Typering van het wettelijk bewijsstelsel in Wetboek van Strafvordering’, *Betrouwbaar getuigenbewijs* 2014/7.2.

22 Zie onder meer: HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2452 en HR 26 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK2094.

23 PHR 24 maart 2015, ECLI:NL:PHR:2015:926.

24 PHR 20 augustus 2013, ECLI:NL:PHR:2013:1160.

geloofwaardigheid en betrouwbaarheid van hetgeen het meisje tegenover de politie had verklaard in dat studioverhoor. De klinisch psycholoog concludeerde dat de hypothese dat het meisje de waarheid zou spreken steun vond in een aantal door hem gedane bevindingen, zoals spontane onthullingen. Voorts werd geconstateerd dat de afgelegde verklaring consistent, uitvoering en gedetailleerd was en dat zij bovendien desgevraagd het een en ander kon toelichten. Hofstee concludeerde dat het middel tevergeefs was voorgesteld nu voldoende steunbewijs aanwezig was. De Hoge Raad ging ook in deze zaak mee met de conclusie van Hofstee.

Tot 2009 was de Hoge Raad dan ook van oordeel dat de in artikel 243 lid 2 Sv neergelegde bewijsminimumregel slechts gold ten aanzien van de gehele tenlastelegging.<sup>25</sup> Niet elk bestanddeel hoefde te worden gedekt door twee bewijsmiddelen (bewijsgronden<sup>26</sup>). Het steunbewijs hoefde vervolgens niet de kern van het delict te betreffen of de verklaring van getuige te bevestigen, noch de betrokkenheid of gedraging van de verdachte.<sup>27</sup> A-G Vellinga stelt daaromtrent een conclusie bij een arrest van de Hoge Raad uit 2006: “Vaste rechtspraak leert dat aan dit voorschrift is voldaan als naast de getuigenverklaring een ander bewijsmiddel wordt gebruikt dat betrekking heeft op een onderdeel van de bewezenverklaring. Niet nodig is dat het een wezenlijk onderdeel van de bewezenverklaring betreft.”<sup>28</sup>

Kortom, een aangifte en een verklaring van een getuige dat de verdachte aanwezig was op de plek des onheils, was volgens vaste rechtspraak tot 2009 voldoende om tot een veroordeling te kunnen komen. In de literatuur is de ‘Unus testis regel’ dan ook destijds bij wijze van spreken ‘doodverklaard’ omdat de Hoge Raad vaste rechtspraak had ontwikkeld die artikel 243 lid 2 Sv nagenoeg passeerde en zaken met minimaal bewijs in stand liet.<sup>29</sup> De meest zwaarwegende bestanddelen (namelijk de dwang of bij verkrachting het binnendringen) hoefde bij een bewezenverklaring niet dubbel te worden gedekt met verschillende bewijsmiddelen uit een andere bron. Het was een begrijpelijke koers vanuit het oogpunt van de slachtoffers, doch maakte verdachten zeer kwetsbaar voor valse aangiften.

Op 30 juni 2009 leek sprake te zijn van een wederopstanding voor de ‘unus testis’ bepaling uit artikel 243 lid 2 Sv. Het was de dag waarop de Hoge Raad twee arresten publiceerde die erop leken te wijzen dat hij de touwen strakker wilde aantrekken op dat punt. In een van die twee arresten ging het om een aangifte (van 10 jaar na dato!) van een verkrachting van een vrouw door haar toenmalige partner.<sup>30</sup> Zij lag destijds in het ziekenhuis in verband met de bevalling van haar dochter. Volgens aangeefster kwam verdachte na de bevalling bij haar op bezoek en had hij tegen haar wil seks met haar, waartegen zij zich niet kon verzetten.

De bewezenverklaring van het Hof Arnhem was gebaseerd op diverse verklaringen van aangeefster en een verklaring van een medewerker van het ziekenhuis waaruit bleek op welke kamer aangeefster destijds had gelegen. Ondersteuning leek het hof te zien in de

25 Zie L. van Dorst, *Cassatie in strafzaken*, Deventer: Kluwer, 5e druk, p. 195-197.

26 B. de Wilde scheidt de bewijsgrond van een bewijsmiddel. Een bewijsgrond is te beschouwen als een bewijskrachtige inhoud van het bewijsmateriaal, terwijl het bewijsmiddel de vorm is waarin de bewijsgrond ter kennis van de rechter komt. Aldus B. de Wilde, Bewijsminimumregels als waarborgen voor de waarheidsvinding in strafzaken?, in: J.H. Crijns e.a. (red.), *De waarde van waarheid*, Den Haag: Boom juridisch 2008, p. 269-294.

27 Naar een vervanging van de unus-testisregel van artikel 243 lid 2 Sv, p. 198.

28 PHR 9 mei 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AV0316 en daaropvolgend arrest HR 9 mei 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0316.

29 Zie J.S. Nan, ‘Naar een vervanging van de unus-testisregel van artikel van artikel 243 lid 2 Sv’, *Proces* 2014-3, p. 196-210.

30 HR 30 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7746.

verklaringen van verdachte dat hij een dwangmatige behoefte had aan seks. De Hoge Raad oordeelde dat het overige bewijs ‘onvoldoende steun gaf’ aan de aangifte. Daarmee leek de Hoge Raad te suggereren dat er wel degelijk een inhoudelijk verband moest zijn tussen de verklaring van de getuige en het overige bewijsmateriaal.<sup>31</sup> Oftewel, het leek te betekenen dat de Hoge Raad niet langer volstond met een tweede bewijsmiddel dat slechts zag op een onderschikt onderdeel van de bewezenverklaring.<sup>32</sup>

Het tweede arrest zag op een bedreiging in Gouda waarbij de verdachte dreigend zou hebben gezegd: “Pas op, maak het af waarmee je bent begonnen met mijn oom, anders maak ik je dood. Dan ben je al gestorven”. De twee bewijsmiddelen bestonden uit de aangifte en de verklaring van de verdachte die op zitting had gezegd dat hij die dag bij zijn oom langs was geweest. De verklaring van de verdachte hield dan wel in dat hij in Gouda was geweest, maar niet dat hij met aangever had gesproken die dag. De tot het bewijs gebezigde verklaring van aangever hield in dat verband niet meer in dan dat het feit waarvan aangifte werd gedaan in Gouda zou zijn gepleegd. Nu de bewezenverklaring slechts kon volgen uit de verklaring van de aangeefster, terwijl de verklaring van de verdachte over de aanwezigheid in Gouda daaraan onvoldoende steun gaf, was de bewezenverklaring, gelet op artikel 342 lid 2 Sv niet naar de eis der wet met redenen omkleed volgens de Hoge Raad.<sup>33</sup> A-G concludeerde hier overigens tot een verwerping van het beroep omdat het Hof Den Haag zijns inziens bij vergissing een gedeelte van de verklaring van aangever niet had opgenomen dat inhield dat op een bepaalde moment de verdachte samen met aangever en de oom in de woning in Gouda aanwezig was.

Uit bovengenoemde arresten kon echter niet worden opgemaakt wanneer de Hoge Raad wél voldoende steun aanwezig achtte. In hoeverre het tijdsverloop tussen de gestelde verkrachting en de aangifte heeft meegespeeld bij het oordeel van de Hoge Raad in het eerstgenoemde arrest laat zich alleen raden. Bij arresten van 26 januari 2010 en 15 juni 2010 gaf de Hoge Raad voor het eerst een voorzichtige nadere invulling van artikel 243 lid 2 Sv.<sup>34</sup> Namelijk dat deze bepaling strekte ter waarborging van de deugdelijkheid van de bewijsbeslissing, in die zin dat zij de rechter verbood tot een bewezenverklaring te komen ingeval de door één getuige (aangever) gerelateerde feiten en omstandigheden op zichzelf stonden en onvoldoende steun vonden in ander bewijsmateriaal.

In de zaak van 26 januari 2010 draaide het ook om een bedreiging waarbij de verdachte een mes zou hebben getoond en daarbij dreigend de woorden “I kill you” zou hebben toegevoegd. De bewezenverklaring van het Hof Leeuwarden was gebaseerd op de aangifte, een verklaring van de politie die ter plaatse was gekomen en de hevig geëmotioneerde aangever had aangetroffen en het bij de verdachte aangetroffen mes. Daarnaast was gebruikgemaakt van de verklaring van verdachte waaruit bleek dat hij een mes op zak had en die dag ter plaatse was. De Hoge Raad verwierp het beroep met die nadere invulling van artikel 243 lid 2 Sv en merkte nog op dat de situatie in onderhavige zaak anders was dan bovengenoemde zaken uit 2009 nu geen sprake was van een te ver verwijderd verband tussen die ene getuigenverklaring en het overige gebezigde bewijsmateriaal. Per 26 januari 2010 gebruikte de Hoge Raad bij zijn arresten waar het ging om ‘unus testis’ problematiek ook een nieuwe standaardoverweging: “De vraag of aan het bewijsminimum van art. 342, tweede lid, Sv

31 W.H.B. Dreissen. ‘Een getuige is geen getuige’, *DD* 2009, 57.

32 Zie M.J. Borgers, ‘De Toepassing van de bewijsminimumregel’, *DD* 2012, 10, p. 873.

33 HR 30 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3704.

34 HR 26 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK2094 en HD 15 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2440.

is voldaan, laat zich niet in algemene zin beantwoorden, maar vergt een beoordeling van het concrete geval.”

In de zaak waar de Hoge Raad zich op 15 juni 2010 over uitspraak ging het over een bewindvoerder die ontucht had gepleegd bij zijn cliënte tijdens een huisbezoek. Het Hof Amsterdam was tot een bewezenverklaring gekomen op basis van de aangifte, een beschikking waaruit bleek dat de verdachte als bewindvoerder was aangesteld, de verklaring van de verdachte dat hij de bewindvoerder van aangever was en een huisbezoek had afgelegd en een getuigenverklaring. Tot slot was als bewijsmiddel opgenomen een verklaring van een getuige die van de aangever had gehoord dat zij over haar rug was gestreken en richting de borsten van aangever zou zijn gegaan. De Hoge Raad verwees de zaak terug naar het Hof Amsterdam nu de bewezenverklaring niet naar de eis der wet met redenen was omkleed.

De standaardrenering was vanaf 2010 vrijwel steeds hetzelfde: “Volgens het tweede lid van art. 342 Sv kan het bewijs dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan door de rechter niet uitsluitend worden aangenomen op de verklaring van één getuige. Deze bepaling heeft betrekking op de bewezenverklaring als geheel en vereist niet dat elk aspect van de bewezenverklaring door meer dan één bewijsmiddel wordt ondersteund. Voorts strekt de bepaling ter waarborging van de deugdelijkheid van de bewijsbeslissing, in die zin dat zij de rechter verbiedt tot een bewezenverklaring te komen indien de door één getuige genoemde feiten en omstandigheden op zichzelf staan en onvoldoende steun vinden in ander bewijsmateriaal. De vraag of aan het bewijsminimum van art. 342, tweede lid, Sv is voldaan, laat zich niet in algemene zin beantwoorden, maar vergt een beoordeling van het concrete geval. Bij de in cassatie aan te leggen toets of aan het bewijsminimum van art. 342, tweede lid, Sv is voldaan, kan van belang zijn of de feitenrechter zijn oordeel dat dat het geval is, nader heeft gemotiveerd.”<sup>35</sup>

Kortom, volgens de Hoge Raad moest het overige bewijsmateriaal voldoende steun geven aan de verklaringen van de aangever. Daarbij mocht het overige bewijsmateriaal niet in een al te ver verwijderd verband staan tot de verklaring van de aangever. Met andere woorden: zoals Schalken in zijn annotatie onder HR 6 maart 2012 schreef: “er moet een tweede bewijsgrond zijn die onafhankelijk van de verklaring van de unus betekenis heeft maar als surplus op de verklaring op een of meer onderdelen ondersteunt op een relevante manier, dus meer inhoudelijk, meer specifiek, meer nauwkeurig, meer redengevend en, ja zeker, meer betrokken op de betrokkenheid van de verdachte.”<sup>36</sup> Nijboer spreekt in dit verband van pluraliteit van informanten die vereist is voor een bewezenverklaring.<sup>37</sup> Tot slot was de vraag of aan het bewijsminimum zou zijn voldaan, afhankelijk van het concrete geval. Een voorzichtige hint voor de feitenrechter zat hem in de laatste zin van de standaardoverweging

---

35 Vgl. onder meer: HR 9 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3549, HR 9 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2685, HR 10 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1354, *NJ* 2014/329, m.nt. Rozemond, HR 22 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:957, *NJ* 2014/328, m.nt. Rozemond, HR 12 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1158, rov. 3.3, HR 2 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:150, *NJ* 2013/515 m.nt. Reijntjes, rov. 3.2, HR 12 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1890, *NJ* 2013/279 m.nt. Reijntjes, rov. 3.4, HR 6 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ6144, *NJ* 2012/252 m.nt. Schalken, rov. 3.2, HR 6 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BS7910, *NJ* 2012/251, rov. 2.4, HR 6 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6458, *NJ* 2012/250, rov. 3.2, HR 25 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO6753, *NJ* 2011/64, rov. 2.3, HR 5 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN1728, *NJ* 2010/612 m.nt. Borgers, rov. 2.4 en HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2452, *NJ* 2010/515 m.nt. Borgers, rov. 2.4.

36 Schalken onder HR 6 maart 2012, LJV BQ6144.

37 J.F. Nijboer, *Strafrechtelijke bewijsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 84.

waarin de Hoge Raad eigenlijk de feitelijke instanties verzocht om vooral goed te motiveren.

Op 6 maart 2012 wees de Hoge Raad nogmaals drie arresten op dit punt waarbij hij – tegen de verwachtingen van de advocaat-generaals in – weer geen reden zag om een schending van artikel 342 lid 2 Sv aan te nemen. In de eerste zaak ging het om het medeplegen aan een diefstal van een scooter waarbij de raadsman vrijspraak had bepleit nu onvoldoende bewijs voorhanden was. Bewijs werd door het Hof Den Haag gevonden in de aangifte, de inbeslaggenomen scooter die op de vlucht was achtergelaten en de verklaring van de medeverdachte die de verdachte eveneens aanwees als zijn partner in crime. De Hoge Raad oordeelde dat geen sprake was van een schending ex artikel 342 lid 2 Sv.<sup>38</sup>

De tweede zaak zag op een verkrachting van een kleindochter onder de 12 jaar. Het Hof 's-Hertogenbosch veroordeelde de verdachte tot een gevangenisstraf voor de duur van vijf jaren. In cassatie werd geklaagd over het feit dat de bewezenverklaring alleen steunde op de verklaring van een getuige, te weten die van de kleindochter. Dit verwierp de Hoge Raad.<sup>39</sup>

De laatste zaak waar de Hoge Raad zich die dag op dit punt over uitsprak ging over een wederrechtelijke vrijheidsberoving. Hoewel de advocaat-generaal bij het Hof Arnhem had gerekwireerd tot een vrijspraak, kwam het Hof Arnhem tot een bewezenverklaring nu voldoende steun werd gevonden in andere (betrouwbare) bewijsmiddelen. De Hoge Raad verwierp ook dit beroep nu het Hof Arnhem gemotiveerd uiteen had gezet waarom de verklaringen van aangever voldoende steun vonden in het gebezigde bewijsmateriaal.

#### 4. **Uitleiding: één advies is geen advies?**

Was het een koerswijziging in 2009? Of heeft de Hoge Raad slechts andere bewoordingen gebruikt zonder dat de bakens zijn verplaatst zoals A-G Borgers zo mooi heeft gesteld.<sup>40</sup> Wat in het concrete geval voldoende is, is geen vraag die de Hoge Raad zal beantwoorden, juist omdat dit een feitelijk oordeel vergt. Feit is dat, ondanks handvatten die zijn geboden door de Hoge Raad, de uitkomsten zich bij feitelijke instanties in zedenzaken moeilijk laten voorspellen. Wat voor de ene rechtbank heeft te gelden als voldoende steunbewijs, is voor de ander reden om vrij te spreken. Dat maakt tijdige en volledige advisering van cruciaal belang. En gezien ons Nederlandse bewijsstelsel niet alleen op de inhoud maar ook op andere factoren zoals de presentatie van een cliënt, in verband met de overtuiging.

De kennis die aan de hand van de unus testis-jurisprudentie bestaat, maakt namelijk dat de advocaat geneigd zal zijn, zijn cliënt volledig te prepareren in het geval die besluit zijn verklaring af te leggen, juist met het oog op de risico's van het afleggen van een verklaring voor de bewijsbaarheid van het feit en daarmee het creëren van het gewenste steunbewijs. En een goede voorbereiding kan nog volledig in het water vallen door de ongeschiktheid van de cliënt, terwijl het oorspronkelijk echt neerkomt op een valse aangifte en dat daadwerkelijk van een zedendelict geen sprake was. Zo bezien is de nadruk op het bestaan van steunbewijs en de interpretatie daarvan een heikele aangelegenheid.

---

38 HR 6 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ6144.

39 HR 6 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BS7910.

40 M.J. Borgers, 'De toepassing van de bewijsminimumregel', *DD* 2012, 82, p. 1.



# ‘Let’s get the bastards’: Gerard Hamer vs. Nederland

S.L.J. JANSSEN<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

In de laatste jaren van zijn werk als advocaat trok Gerard zich meer en meer terug uit de commune strafpraktijk waarin hij vele jaren in toonaangevende strafzaken had opgetreden. Het rennen en vliegen dat met die praktijk samenhang begon hem steeds meer tegen te staan, maar ook de lange zittingsdagen met vaak grote hoeveelheden andere advocaten waren hem een gruwel. Hij zag als een berg op tegen de aanvang van de inhoudelijke behandeling van het liquidatieproces Passage, dat enkele weken na zijn vroegtijdig overlijden losbarste en dat vervolgens ruim 8 jaar heeft voortgesleept. Ik durf te stellen dat hij het in ieder geval niet erg zou hebben gevonden dat hem dat bespaard is gebleven.

Het voorgaande wil niet zeggen dat hij minder actief was in het strafrecht. Integendeel, met het afbouwen (dan wel aan zijn uitdijende strafsectie uitbesteden) van de feitelijke praktijk richtte hij zich met dezelfde tomeloze energie op de zaken waar hij – verlost van alle poeha en ijdelheid die rond grote strafzaken hangt – zijn hart en ziel in kwijt kon: cassatiezaken bij de Hoge Raad en zaken bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM of het Europees Hof) in Straatsburg. Hoewel hij in die cassatiezaken bijzonder succesvol was, beschouwde hij het Europees Hof als het belangrijkste en meest eervolle podium om als advocaat op te kunnen acteren. Ook daar heeft hij meermalen succes gehad, zowel bij klachten die zagen op het recht op een eerlijk proces (artikel 6 EVRM), het recht op privacy (artikel 8 EVRM) als het recht op leven (artikel 2 EVRM). In die laatste categorie zaken, het bijstaan van nabestaanden van mensen die als gevolg van het actieve handelen of passieve nalaten van de overheid om het leven waren gekomen, heeft hij het meest van allemaal zijn ziel en zaligheid gelegd en kwam alles dat hem tot zo’n uitzonderlijke advocaat én tot zo’n bijzonder mens maakte samen: zijn licht anarchistische inslag, zijn weezin voor de onaantastbaarheid van de macht en het arrogante niet thuisgeven van de machthebbers, zijn oprechte empathie voor ouders die hun kinderen waren verloren en tegen een muur van onwil opliepen, zijn liefde voor het juridisch vertoog en de creativiteit die hij daarin kwijt kon, zijn bijna natuurlijke neiging altijd de kant van de underdog te kiezen. Juist op dit bijzondere terrein heeft hij in de loop der jaren een opmerkelijk aantal successen geboekt, die daadwerkelijk hebben geleid tot aanpassingen in de Nederlandse wet- en regelgeving.

In deze bijdrage zal ik mij richten op die zaken, waarbij het zowel gaat om gevallen waarin een burger door actief handelen (vrijwel altijd: het door de politie schieten met een vuurwapen) om het leven was gekomen als gevallen waarin een in detentie verblijvende burger was komen te overlijden. Ik zou dit hele Liber moeiteloos kunnen vullen met de enorme hoeveelheid correspondentie, processtukken, pleidooien, en overwegingen die hij in deze zaken heeft geschreven en waarin hij op zijn volstrekt eigen wijze de strijd aanging met het machtige overheidsapparaat, een strijd waar hij tot zijn grote vreugde meerdere malen als overwinnaar uit kwam, maar dat zou ten koste gaan van alle andere voor hem geschreven bijdragen (of resulteren in een heel erg dik boek). Wel zal ik aan de hand van zijn eerste en laatste

---

<sup>1</sup> Sander Janssen is strafrechtadvocaat bij Cleerdin & Hamer Advocaten.

zaak de ontwikkelingen bespreken die er op het gebied van de toepassing van artikel 2 EVRM in Nederland als gevolg van Gerards niet-aflatende inzet zijn geweest en die nog altijd de toepassing van dit zwaarwegende grondrecht bepalen, althans dat zouden moeten doen.

Hoewel zijn erfenis op dit terrein voortleeft moet immers geconstateerd worden dat het 10 of bijna 20 jaar na dato nog met enige regelmaat voorkomt dat de regels die mede als gevolg van die inzet tot stand zijn gekomen niet worden nageleefd. Dat politie, openbaar ministerie en Ministerie van Justitie nog regelmatig op onbegrijpelijk onhandige of zelfs aanmatigende wijze de nabestaanden van politiegeweld of anderszins onder verantwoordelijkheid van de staat overleden personen tegemoet treden, en sprake is van een afstandelijkheid, onwelwillendheid of zelfs het ogenschijnlijk schaamteloos aanleggen van verschillende maatstaven die bij Gerard het stoom uit zijn oren zou hebben laten komen. Dat maakt dit onderwerp niet alleen geschikt als eerbetoon aan Gerard als advocaat en als mens, maar ook actueel: recent nog zijn er zowel in Nederland als in Straatsburg diverse uitspraken geweest waaruit keer op keer blijkt dat een gedragsconforme naleving van dit belangrijkste grondrecht door de nationale overheden nog altijd geen gegeven is, maar iets waar door advocaten in Gerards voetsporen voor moet worden gestreden.

## 2. De zaak Ramsahai

### 2.1. Feiten van de zaak

De zaak waarmee het voor Gerard voor wat betreft zijn bijzondere interesse in artikel 2 EVRM mee begonnen is betreft meteen de voor Nederland belangrijkste en ook bekendste zaak op dat terrein, de zaak Ramsahai. Een unieke zaak, niet alleen voor Gerard die deze samen met kantoorgenote Mariska van Deft mocht bepleiten in de Grote Kamer van het Europees Hof in Straatsburg, maar ook nu Nederland in die zaak veroordeeld werd wegens schending van artikel 2 EVRM, een (treurig) unicum in het Nederlandse recht dat zich daarvoor nog nooit en daarna nog slechts éénmaal heeft voorgedaan.<sup>2</sup>

Op 19 juli 1998, tijdens het Amsterdamse Kwaku festival, berooft een zekere Moravia Ramsahai, 18 jaar oud, een ander van zijn scooter en rijdt ermee weg. Al snel wordt de achtervolging ingezet, onder andere door twee surveillerende agenten. Zij zien Ramsahai de scooter tot stilstand brengen bij de flat Huigenbos in de Bijlmer en de agenten proberen hem aan te houden. Eén van de beide agenten probeert hem vast te grijpen, maar hij verzet zich en weet los te komen. Hij trekt vervolgens een pistool, waarna beide agenten hetzelfde doen. Wanneer Ramsahai zich met zijn pistool in de richting van één van hen draait vuurt deze agent één enkel schot af waarmee hij Ramsahai in zijn nek raakt. Hij overlijdt enkele minuten later, nog voordat de ambulance ter plaatse is gekomen.

Een cruciaal en uiteindelijk doorslaggevend gegeven is dat het onderzoek in eerste instantie ruim 15 uur door de politie Amsterdam-Amstelland zelf wordt gedaan, hetzelfde korps waar de politieagenten toe behoren, en zelfs voor een deel door hun directe collega's van bureau Flierbosdreef. Daarbij ging het niet alleen om technisch onderzoek op de plek van de schietpartij, maar ook het deur-aan-deur wijkonderzoek en het horen van de relevante getuigen waaronder diverse andere politiefunctionarissen. De commissaris van het bureau liet vervolgens in *de Telegraaf* optekenen dat wat hem betreft afhankelijk onderzoek niet op medewerking hoefde te rekenen ("Wat voor een onderzoekscommissie er daarnaast

---

2 EHRM 20 november 2014, applicatienummer 47708/08 (*Jaloud/Nederland*).



ook wordt ingesteld, ze komen er bij mij niet in”) en de politieagenten in kwestie waren enkele dagen later – gewapend en wel – alweer aan het werk in de wijk.

Het was met name deze houding van de politie die kwaad bloed zette bij de nabestaanden en zeker ook bij Gerard. Dat er sprake was van een voor de agenten bedreigende situatie waarin zij hoogstwaarschijnlijk gerechtigd waren hun dienstwapen te trekken en te gebruiken, werd al snel een min of meer geaccepteerd gegeven (al heeft Gerard uiteraard tot het einde volgehouden dat dit niet zo was) maar de manier waarop er vervolgens door de politie en later het openbaar ministerie werd gehandeld en gecommuniceerd maakte dat Gerard zich in toenemende mate ging opwinden en in de loop der jaren een barrage aan brieven en verzoeken en klachten en overdenkingen aan het openbaar ministerie en aan allerhande andere functionarissen deed toekomen. Met zijn kenmerkende onderkoelde bijtende stijl trachtte hij – overigens zonder succes – een rijke schakering aan magistraten en functionarissen in beweging te laten komen om verantwoording af te leggen en de in zijn optiek volkomen terechte klachten van de nabestaanden te adresseren.<sup>3</sup> Nog voordat het onderzoek van de rijksrecherche was afgerond berichtte de officier van justitie de ouders van Ramsahai al dat geen vervolging jegens de agent zou worden ingesteld omdat er sprake zou zijn geweest van noodweer. Een kleine drie weken later diende Gerard een klacht ex artikel 12 Sv in bij het Hof Amsterdam, waarin gevraagd werd om alsnog tot vervolging van die agent over te gaan.<sup>4</sup> In maart 1999 werd de klacht door het Hof Amsterdam behandeld en op 26 april 1999 werd deze afgewezen, waarna een klacht werd ingediend bij het EHRM.

Behalve dat volgens die klacht geen sprake was geweest van absolute noodzakelijkheid (voor de inzet van dodelijk geweld), zoals genoemd in artikel 2 EVRM, richtte deze zich er met name op dat het onderzoek om een groot aantal redenen had tekortgeschoten. Daarbij werd onder andere gewezen op gebrek aan onafhankelijkheid nu een belangrijk deel was uitgevoerd door hetzelfde team als waar de agenten die hadden geschoten toe behoorden, zij zelf pas enkele dagen later werden gehoord nadat zij uitgebreid contact over de gebeurtenis-

---

3 Ik weersta de al aangestipte neiging om daar eindeloos veel voorbeelden van aan te halen en zal mij beperken tot een klein deel van de fax die hij aan de toenmalig Hoofdofficier van Justitie deed toekomen op een moment dat de irritatie al behoorlijk begon op te lopen (maar er achteraf nog een hele, hele lange weg te gaan was): “Ik moet erkennen dat ik het inmiddels allemaal meer dan erg vind. Bijna 7 weken geleden is iemand ten gevolge van een politiekogel overleden. De kogel heeft hem getroffen in zijn hals. Bij een eerste gedachte kan men zich niet aan de indruk onttrekken dat er hier sprake moet zijn van een uiterst gericht schot. Normaliter worden mensen dan gelijk aangehouden en voorgeleid. Hier is de desbetreffende schutter echter niet aangehouden. Integendeel zelfs: een week na de doodslag is hij dienst gaan doen op straat, zo heeft de familie vernomen van de politie. Het hierop volgend onderzoek duurt maar en duurt maar en lijkt maar niet af te komen. Een tijdsperiode van meer dan 6 weken lijkt mij buitensporig lang en lijkt niet te getuigen van een zeer grote mate van voortvarendheid. Hierbij komt dan nog dat als het waar is dat het onderzoek reeds op 27 augustus jl. bij u is ingeleverd, het toch op zijn minst enige motivering verdient (eufemistisch gesteld) waarom ik, namens de familie, daar niet al de afgelopen 10 dagen al lang een afschrift van heb gekregen, meer in het bijzonder waarom de resultaten van dit onderzoek nog niet verspreid zijn. Enige tijd geleden deelde de loco-burgemeester, de heer Groen, mede dat hij het wel een goed idee vond dat er in deze zaak een onafhankelijk onderzoek kwam. Uw mededeelnemer aan het driehoeksoverleg, de hoofdcommissaris, heeft toen gelijk in de pers gereageerd dat er geen onafhankelijk onderzoek zou mogen komen. Waarom is mij een raadsel. Openheid is kennelijk geen groot goed bij ‘politie-doden’.”

4 Opvallend aan die klacht is dat deze nog vrijwel uitsluitend feitelijk van aard is waarmee deze scherp contrasteert met de zeer uitgebreide juridische beschouwingen die in latere stukken zouden volgen. Het is duidelijk dat Gerard op de drempel van zijn nieuwe favoriete rechtsgebied stond.

sen hadden gehad met elkaar en met andere politieagenten,<sup>5</sup> en het onderzoek onder leiding stond van een Amsterdamse officier van justitie die tevens verantwoordelijk was voor het korps waarin de politieagenten dienden én terwijl diezelfde officier van justitie ook de vervolgingsbeslissing had genomen. Dit alles resulteerde volgens Gerard in een schending van artikel 2 EVRM.

## 2.2. *Artikel 2 EVRM: eerdere jurisprudentie*

De klacht inzake Ramsahai werd ingediend in een periode dat er duidelijk ontwikkeling zat in de benadering van de aan artikel 2 EVRM in te stellen vereisten.<sup>6</sup> Bij die vereisten wordt traditioneel onderscheid gemaakt tussen een materiële component (of de levensberoving gezien de omstandigheden absoluut noodzakelijk en dus gerechtvaardigd kan worden geacht, ook de wel de ‘negative obligation’ genoemd) en een formele of procedurele component (of de overheid zich voldoende inspanningen heeft getroost om dit te onderzoeken, de ‘positive obligation’). Nadat het Europees Hof zich eerder in de zaak *McCann* en anderen tegen het Verenigd Koninkrijk nog enigszins op de vlakte had gehouden over die formele vereisten,<sup>7</sup> werd op 4 mei 2001 arrest gewezen in de zaak *Hugh Jordan* tegen wederom het Verenigd Koninkrijk waarin met verwijzing naar de grondslagen uit *McCann* de nieuwe standaard voor de aan artikel 2 EVRM te stellen eisen werd neergelegd.<sup>8</sup>

In dit baanbrekende arrest herhaalt het EHRM allereerst de aanscherping van de term ‘absoluut noodzakelijk’ in artikel 2 EVRM, die volgens het hof impliceert dat een striktere noodzakelijkheidstoets moet worden uitgevoerd dan de in andere bepalingen opgenomen frase ‘noodzakelijk in een democratische samenleving’: de inzet van geweld moet strikt proportioneel zijn aan het bereiken van het toegestane doel (*the force used must be strictly proportionate to the achievement of the permitted aims*). Dat was in de zaak *McCann* ook al vastgesteld, maar anders dan in die zaak voelt het hof zich nu ook geroepen een nadere

---

5 Zie in dat verband in een veel later arrest nog advocaat-generaal Knigge die over de beoordeling van de verklaring van een bij een schietincident betrokken opsporingsambtenaar schrijft: “Ik merk daarbij op dat in gevallen als het onderhavige, waarin sprake is van een schietincident waarbij een opsporingsambtenaar is betrokken, de getuigenverklaring van die opsporingsambtenaar met meer dan de gebruikelijke behoedzaamheid moet worden tegemoet getreden. Een onpartijdige waarnemer is de opsporingsambtenaar in dit geval niet. Het feit dat hij zich voor het gebruik van zijn dienstwapen zal moeten verantwoorden, kan maken dat, om het voorzichtig te zeggen, zijn herinnering aan het gebeuren vertekend raakt.” Conclusie van advocaat-generaal mr. Knigge PHR 8 oktober 2013, ECLI:NL:PHR:2013:1548.

6 Artikel 2 EVRM:

1. Het recht van een ieder op leven wordt beschermd door de wet. Niemand mag opzettelijk van het leven worden beroofd, behoudens voor de tenuitvoerlegging van een gerechtelijk vonnis wegens een misdrijf waarvoor de wet in de doodstraf voorziet (Het tweede deel van de laatste zin is niet meer van toepassing als gevolg van het Zesde Protocol waarin de doodstraf wordt afgeschaft, SJ).
2. De beroving van het leven wordt niet geacht in strijd met dit artikel te zijn geschied ingeval zij het gevolg is van het gebruik van geweld, dat absoluut noodzakelijk is:
  - a. ter verdediging van wie dan ook tegen onrechtmatig
  - b. teneinde een rechtmatige arrestatie te bewerkstelligen of het ontsnappen van iemand die op rechtmatige wijze is gedetineerd, te voorkomen;
  - c. teneinde in overeenstemming met de wet een oproer of opstand te onderdrukken.

7 Het hof overwoog in deze spraakmakende zaak, waarin een drietal vermeende terroristen op militaire stijl in het openbaar werd geliquideerd in Gibraltar, dat er weliswaar sprake moet zijn van enige vorm van effectief officieel onderzoek wanneer individuen om het leven zijn gekomen als gevolg van overheidsop treden, maar dat het in die zaak niet aan het Hof was om te beslissen welke vorm zo een onderzoek zou moeten hebben en onder welke omstandigheden het zou moeten worden uitgevoerd. Dat er een omvangrijk gerechtelijk onderzoek had plaatsgehad waarin het bewijsmateriaal was gewogen en in het bijzonder een grote hoeveelheid getuigen was gehoord speelde daarbij een belangrijke rol. Uiteindelijk kwam het Hof met de kleinst mogelijke meerderheid (10 versus 9 stemmen) wél tot de conclusie dat artikel 2 EVRM materiëel was geschonden. *McCann* en anderen versus het Verenigd Koninkrijk, 27 september 1995, applicatienummer 18984/91, paragraaf 161 en 162.

8 EHRM 4 mei 2001, applicatienummer 24746/94 (*Hugh Jordan/Verenigd Koninkrijk*).

toelichting te geven op de procedurele component, het vereiste van een effectief officieel onderzoek. Weliswaar is de vorm van zo een onderzoek afhankelijk van verschillende omstandigheden, maar lokale autoriteiten mogen het volgens het hof niet overlaten aan nabestaanden, maar dienen op eigen initiatief te handelen wanneer zij zich bewust worden van een door overheidsfunctionarissen mogelijk gepleegde schending van artikel 2 EVRM. Bovendien wordt invulling gegeven aan de betekenis van de term *effectief*: in het algemeen zal noodzakelijk zijn dat diegenen die het onderzoek uitvoeren onafhankelijk zijn van degenen die bij de gebeurtenis zijn betrokken, waarmee niet alleen geen hiërarchische of institutionele connectie wordt bedoeld, maar ook de praktische onafhankelijkheid van het onderzoek moet zo ingericht zijn dat op grond daarvan een beslissing kan worden genomen of het ingezette geweld gerechtvaardigd was of niet. Verder wordt overwogen dat de autoriteiten voortvarend moeten handelen en er niet meer tijd dan noodzakelijk mag zitten tussen de inzet van het dodelijk geweld en de start van het onderzoek, en zal er een voldoende element van publieke controle op dat onderzoek moeten kunnen plaatshebben waar de nabestaanden in moeten worden gekend.<sup>9</sup> Er wordt uitdrukkelijk overwogen dat een onderzoek dat is uitgevoerd door dezelfde dienst als waartoe degene die het dodelijke geweld heeft aangewend behoort al snel niet zal voldoen aan de eisen die het Europees Hof stelt: het feit dat het onderzoek naar de dood van Jordan was uitgevoerd door collega's van de schutter was voor het hof onder andere reden een schending van de formele vereisten van artikel 2 EVRM aan te nemen. Dat het onderzoek onder supervisie van een onafhankelijke geachte onderzoekersdienst stond werd als onvoldoende waarborg beschouwd. Het maakte samen met een gebrek aan publieke controle, gebrekkige informatievervalsing aan de familie van het slachtoffer en onvoldoende toelichting op de beslissing de agent in kwestie niet te vervolgen, dat het hof concludeerde tot schending van artikel 2 EVRM.<sup>10</sup> In de jaren na Jordan werd deze lijn meermalen bevestigd en op een enkel punt zelfs aangescherpt. Zie bijvoorbeeld de beslissing in de zaak *Nachova* en anderen tegen Bulgarije, waarin ten aanzien van het vereiste van onafhankelijk onderzoek werd benadrukt dat slechts aan de effectiviteitseis kon worden voldaan wanneer zowel degenen die verantwoordelijk waren voor dat onderzoek als degenen die het uitvoerden, onafhankelijk en onpartijdig moesten zijn, zowel juridisch als de facto.<sup>11</sup>

### 2.3. *Ramsahai: Kleine en Grote Kamer*

Het kon dan ook nauwelijks als een grote verrassing komen dat het Europees Hof ook in de zaak *Ramsahai* op 10 november 2005 oordeelde dat het onderzoek in die zaak niet voldeed aan de gestelde eisen: dat het onderzoek voor een belangrijk deel onder aansturing stond en was uitgevoerd door collega's van de agenten die hadden geschoten was met verwijzing naar de eerdere jurisprudentie voldoende om schending van artikel 2 EVRM aan te nemen.<sup>12</sup> Desalniettemin sloeg het arrest van het Europees Hof in Nederland in als een bom. Er werden Kamervragen gesteld aan de Minister van Justitie, de oude Ambtsinstructie werd vervangen door een nieuwe Aanwijzing (zie ook hierna) en de Nederlandse regering ver-

9 Idem, paragraaf 105 tot en met 109. Dezelfde overwegingen staan te lezen in het op dezelfde dag gewezen EHRM 4 mei 2001, applicatienummer 28883/95 (*McKerr/Verenigd Koninkrijk*).

10 Idem, paragraaf 118-121.

11 EHRM 6 juli 2005, applicatienummer 43577/98\* *Nachova e.a./Bulgarije*.

12 EHRM 10 november 2005, applicatienummer 5239/99 (*Ramsahai/Nederland (Kleine Kamer)*) paragraaf 407: "The Court has had occasion to find a violation of Article 2 in its procedural aspect in that an investigation into a death in circumstances engaging the responsibility of a public authority was carried out by direct colleagues of the persons allegedly involved (...). Supervision by another authority, however independent, has been found not to be a sufficient safeguard for the independence of the investigation."

zocht op grond van artikel 43 EVRM de zaak te verwijzen naar de Grote Kamer van het Europees Hof.

Niet alleen bood die verwijzing Gerard de gelegenheid te kunnen pleiten in de Grote Kamer in Straatsburg, een eer die maar weinig advocaten ten deel valt, bovendien bleek tot zijn immense vreugde dat het hof de eerdere beslissing niet alleen bekrachtigde maar nog een tandje bijzette in de veroordeling van de Nederlandse handelwijze.<sup>13</sup> Na de gebruikelijke verwijzing naar de op dat moment geldende jurisprudentie ten aanzien van de aan artikel 2 EVRM te stellen procedurele vereisten vult het hof deze allereerst aan met de verduidelijking dat de verplichting aan de zijde van de staat om direct volgend op de toepassing van dodelijk geweld een effectief onderzoek te starten, niet afhangt van de vraag of er uiteindelijk kan worden vastgesteld dat er materieel gezien een schending van artikel 2 EVRM is geweest. Het procedurele vereiste van een effectief onderzoek werd daarmee dus geheel verzelfstandigd en losgemaakt van de vraag of het ingezette geweld onder de omstandigheden rechtmatig was. Vervolgens wordt overwogen dat het hof het nodig acht de reikwijdte en inhoud van het begrip 'effectief' verder te verduidelijken en doet dat door deze in twee vereisten op te splitsen. Ten eerste wordt overwogen dat een onderzoek slechts effectief kan zijn wanneer het *adequaat* is, in die zin dat het de identificatie en bestraffing van verantwoordelijken mogelijk maakt. Daarbij gaat het niet om het resultaat maar om de inzet, oftewel de autoriteiten dienen alle stappen te zetten die redelijkerwijs ter beschikking staan om bewijsmateriaal veilig te stellen. Ten tweede wordt ten opzichte van de uitspraak van de Kleine Kamer herhaald dat het noodzakelijk is dat sprake is van een *onafhankelijk* onderzoek, waarbij het hof nadrukkelijk aantekent dat niets minder op het spel staat dan publiek vertrouwen in het geweldsmonopolie van de staat.

Anders dan de Kleine Kamer eerder deed is de Grote Kamer van oordeel dat de tekortkomingen in het onderzoek naar de dood van Ramsahai zodanig zijn dat dit raakt aan de adequaatheid van het onderzoek. Dat er geen schiethanden-onderzoek is gedaan bij de twee politieagenten, dat hun wapens niet zijn onderzocht, dat er geen adequate foto's zijn gemaakt van het letsel van Ramsahai, en dat de twee betrokken politieagenten niet na het incident gescheiden zijn en pas drie dagen later zijn gehoord, brengt het hof tot het harde oordeel dat het onderzoek naar de omstandigheden rondom de dood van Ramsahai inadequaat was. Daarnaast sluit het hof zich aan bij de eerdere vaststelling van de Kleine Kamer dat het onderzoek bovendien niet voldoende onafhankelijk was nu essentiële delen van het onderzoek werden uitgevoerd door korpsgenoten van de politieagenten in kwestie. Daarbij wordt aangetekend dat in een andere zaak is vastgesteld dat de rijksrecherche binnen vieren-eenhalf uur ter plaatse was gekomen en dat de Minister van Justitie in het debat in de Tweede Kamer (zie hieronder) had aangegeven dat in het algemeen slechts anderhalf uur verstrijkt tussen het incident en de aankomst van de rijksrecherche. In dat licht beoordeelt het hof een vertraging van vijftien en een half uur als onacceptabel. Dat de rijksrecherche de verantwoordelijkheid van het onderzoek heeft overgenomen van de Amsterdamse politie wordt onvoldoende geacht om het eerdere gebrek aan onafhankelijkheid te compenseren. Ook aan de vereiste onafhankelijkheid is dus niet voldaan en ook daarom constateert het hof een schending van artikel 2 EVRM. Nederland wordt veroordeeld voor die schending en dient behalve de kosten van de rechtsbijstand een schadevergoeding van € 20.000 uit te keren aan de nabestaanden.

---

13 EHRM 15 mei 2007, applicatienummer 52391/99 (*Ramsahai/Nederland (Grote Kamer)*).

#### 2.4. *Driss Arbib*

Gedurende de lange looptijd van de procedure bij het Europese Hof had Gerard de smaak te pakken gekregen en bepaald niet stil gezeten. Toen op 6 augustus 2003 Driss Arbib door een politieagent werd doodgeschoten in een eethuisje aan het Mercatorplein was hij er dan ook als de kippen bij om te bezien of de Nederlandse overheid en in het bijzonder de Amsterdamse politie iets geleerd hadden van de gang van zaken in Ramsahai. Dat bleek tot zijn grote verbolgenheid nauwelijks het geval te zijn. Ook in deze zaak stond niet zo zeer ter discussie of er sprake was geweest van een dreigende situatie waarin de agent een wapen had getrokken en Arbib had neergeschoten. Arbib liep in het kleine Surinaamse eethuisje waar eerder al een dreigende situatie was ontstaan met een mes in versnelde pas richting de agent, die riep dat hij dat mes moest laten vallen. Arbib deed dat niet en liep door, en was hem vervolgens al zo dicht genaderd dat de agent naar eigen zeggen geen andere mogelijkheid zag dan zijn wapen te trekken en te schieten. Arbib werd dodelijk getroffen en overleed kort daarna.

De zaak leidde tot grote ophef in Amsterdam en zelfs tot rellen op het Mercatorplein en in andere delen van de Amsterdamse wijk de Baarsjes. Daarbij hielp het niet dat de korpschef – l’histoire se répète – binnen een week na het schietincident ten overstaan van journalisten onder meer had gezegd dat de agent in kwestie niets te verwijten viel en dat hij had gedaan wat hij moest doen. Ook bij Gerard schoot deze blijk van hardleersheid behoorlijk in het verkeerde keelgat en hij bestookte wederom politie, het openbaar ministerie en later het hof met een enorme hoeveelheid stukken en verzoeken, ditmaal gelardeerd met verwijzingen naar jurisprudentie van het Europese Hof waarin hij inmiddels als een expert had te gelden. In die stukken werd er onder andere op gewezen dat aansluitend op het incident niet minder dan dertien burgergetuigen gehoord werden door politiemensen die op één na allen werkzaam waren in hetzelfde politiedistrict als de agent die had geschoten, en dat ook hier het feit dat de rijksrecherche de verantwoordelijkheid voor het onderzoek vervolgens zou hebben overgenomen het manco van een niet-onafhankelijk onderzoek in de cruciale eerste fase niet kon wegnemen.

Het Hof Amsterdam sluit zich daar in een tussenbeschikking van 23 juni 2004 bij aan.<sup>14</sup> Het verwijst naar de jurisprudentie van het Europees Hof dat de overheid op eigen initiatief en zo snel mogelijk moet overgaan tot een effectief, objectief en voortvarend onderzoek naar de dood van het slachtoffer van overheidsgeweld, en wijst er verder op dat dit onder verantwoordelijkheid van functionarissen moet plaatshebben die onafhankelijk zijn van degenen die het overheidsgeweld heeft of hebben uitgeoefend. Onderzoek door de rijksrecherche onder leiding van een officier van justitie voldoet volgens het hof aan die maatstaven, maar nu het eerste onderzoek is uitgevoerd door korpsgenoten en nu objectieve gegevens als de omvang en inrichting van het eethuis, de plek waar de direct betrokkenen zich bevonden en de tijd die met het hele incident gemoeid is geweest onvoldoende in kaart zijn gebracht, oordeelt het hof dat nader onderzoek dient plaats te hebben. Dat zou onder verantwoordelijkheid van een rechter-commissaris moeten gebeuren, een bij uitstek onafhankelijke functionaris die door die interventie in enige mate compensatie kan bieden voor het gebrek waaronder het onderzoek in aanvang gebukt ging, aldus nog steeds het hof.

Zeker nu uit de tussenbeslissing van het hof blijkt dat deze op zichzelf niet zo zeer twijfelt aan de stelling van de politieagent dat er voor hem geen andere mogelijkheden waren dan te schieten, wil het hof hiermee kennelijk een in de richting van het openbaar ministerie en de

<sup>14</sup> Hof Amsterdam 23 juni 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AU7729.

politie duidelijk signaal afgeven dat de procedurele aspecten van artikel 2 EVRM als uiterst zwaarwegend worden beschouwd.<sup>15</sup> Het nadere onderzoek onder leiding van de rechter-commissaris heeft vervolgens plaats en bevestigt naar het oordeel van het Hof de eerdere indruk dat de agent daadwerkelijk in noodweer had gehandeld. De ingediende klacht wordt afgewezen.

Dat wil niet zeggen dat de kritiek van het Amsterdamse Hof in deze tweede zaak zonder gevolgen bleef. Zowel politiek als openbaar ministerie lijken zich na deze uitspraak en die in de zaak *Ramsahai* te realiseren dat er aanpassingen moeten komen in het Nederlandse beleid. In reactie op Kamervragen na veroordeling in de zaak *Ramsahai* antwoordt Minister Donner dat de piketregeling van de rijksrecherche naar aanleiding van de beslissing van het Amsterdamse Hof in de zaak *Arbib* al was aangescherpt zodat deze gemiddeld al binnen één tot anderhalf uur na de melding ter plaatse kon zijn.<sup>16</sup> Bovendien wordt aangekondigd dat er een nieuwe Aanwijzing van het College van Procureurs-Generaal zal komen ter vervanging van de op dat moment nog geldende Instructie positie politiefunctionarissen bij geweldaanwending, waarin de kritiek van het Hof Amsterdamse en het Europese Hof wordt verwerkt.<sup>17</sup> Die nieuwe Aanwijzing handelwijze geweldsaanwending (politie)ambtenaren wordt op 1 augustus 2006 van kracht en geldt tot op de dag van vandaag.<sup>18</sup>

Met die beleidswijziging en de unieke veroordeling van de Grote Kamer in de zaak *Ramsahai* die daar een jaar later nog op volgt was alles dat er te halen viel op het gebied van dodelijk politiegeweld wel behaald,<sup>19</sup> maar inmiddels had Gerard zijn aandacht al verlegd naar de tweede categorie schendingen van artikel 2 EVRM: gevallen waarin een burger die is aangehouden of in detentie verblijft komt te overlijden. Ook daar bleek sprake van de nodige hardleersheid aan de zijde van de overheid en ook daar werd die hardleersheid door Gerard gepareerd met een niet-aflatende inzet om de nabestaanden de antwoorden en aandacht te laten krijgen waar zij naar zijn diepgewortelde overtuiging recht op hadden.

### 3. De zaak *Ettaibi*

#### 3.1. *Allereerst: Marcel van der Felz*

Terwijl de procedure in de zaak *Ramsahai* bij het Europees Hof nog liep en voordat hij zijn laatste zaak op het gebied van artikel 2 EVRM, de zaak *Ettaibi*, zou innemen werd Gerard in 2003 benaderd door de nabestaanden van Marcel van der Felz. Hij was op 19 augustus 2003 omstreeks tien uur in de avond door de politie aangetroffen in de woning van zijn vader (die zelf de politie had gealarmeerd), liggend op de grond, angstig en agressief om zich heen slaand en schoppend. Nadat de door de verbalisanten gevraagde ambulance arriveerde werd gesteld dat de man een psychiatrisch beeld zou vertonen en dat er geen indicatie was om hem naar de spoedeisende eerste hulp van het ziekenhuis te brengen. De crisisdienst weigerde ter plaatse in de woning te komen en hetzelfde gold voor zijn huisarts. Ondanks een kalmerend middel bleef Van der Felz agressief om zich heen slaan en schoppen en hij

---

15 Uit de hierna te bespreken latere jurisprudentie in de tweede categorie van artikel 2-gevallen zal blijken dat die lijn is doorgezet.

16 Die geruststelling komt als gezien bij de overwegingen van de Grote Kamer inzake *Ramsahai* enigszins als een boemerang terug.

17 Vragen gesteld door de leden der Kamer, met de daarop door de regering gegeven antwoorden, *Handelingen II 2005/06*, 67, pag. 1209-1210.

18 Aanwijzing handelwijze geweldsaanwending (politie)ambtenaar, nr. 2006A007.

19 Overigens zal aan het eind van deze bijdrage in deel III blijken dat er behoorlijk wat ruimte zit tussen de aangescherpte theorie van de Aanwijzing de uitvoering daarvan in de praktijk.

werd vervolgens geboeid aan handen en voeten, liggend op zijn buik, in een ambulance gedragen en naar het politiebureau in Amstelveen gebracht. Daar werd hij nog steeds geboeid aan handen en voeten op zijn buik op een matras gelegd en werd wederom de crisisdienst gebeld, die te kennen gaf dat er spoedig iemand naar hem zou komen kijken. De betrokken politieambtenaren werden vervolgens weggeroepen naar een andere melding en Van der Felz werd achtergelaten in het arrestantenverblijf. Na enige tijd werd door weer een andere politieambtenaar geconstateerd dat hij korte stotende geluiden maakte en dat zijn ogen naar achteren waren gedraaid. Korte tijd daarna was sprake van stuiptrekkende bewegingen. Opnieuw werd de crisisdienst gebeld, die liet weten dat er iemand zou komen maar dat de politie, als men de situatie niet vertrouwde, een ambulance zou moeten bellen. Weer een half uur later, het is dan inmiddels omstreeks 00:30 uur, komen de eerder betrokken verbalisanten terug op het bureau. Zij gaan in het dagverblijf kijken en treffen Van der Felz roerloos aan. Terwijl wordt begonnen met het geven van hartmassage wordt een ambulance gebeld die kort daarna ter plaatse komt en tracht te reanimeren. Dat lukt niet en omstreeks 01:00 uur wordt geconstateerd dat Van der Felz is overleden. De patholoog constateert bij een later onderzoek intoxicatie met (onder andere) cocaïne en concludeert dat hoogstwaarschijnlijk sprake is geweest van een cocaïnedelict dat in combinatie met stress en opwinning heeft geleid tot het overlijden van Van der Felz.

Ook in deze zaak trekt Gerard alles uit de kast om zo volledig mogelijk onderzoek af te dwingen en om de verschillende betrokkenen die hij verweet ernstig tekort te hebben geschoten (politieagenten, ambulancedienstmedewerker, huisarts, medewerker crisisdienst) verantwoording te laten afleggen, maar dat is niet de belangrijkste reden deze zaak te noemen. Die reden is gelegen in het feit dat het Hof Amsterdam dat zich over de opnieuw ex artikel 12 Sv ingediende klacht boog de eerder in de zaak *Ramsahai* ingezette lijn doorzet, en een lijn neerlegt waar tot de dag van vandaag helaas niet of nauwelijks gehoor aan wordt gegeven. Het hof is van oordeel dat op zijn minst getwijfeld mag worden of er voldoende zorgvuldig is gehandeld en meent dat aanvullend onderzoek geïndiceerd is, temeer nu het hof – met verwijzing naar maar nog strenger dan de uitspraak van het EVRM in zaak *Ramsahai* – de omstandigheid dat een Amsterdamse officier van justitie leiding heeft gegeven aan het opsporingsonderzoek onwenselijk acht. Dat eventuele gebrek aan onafhankelijk onderzoek wordt tegemoetgekomen door de bij de onafhankelijke rechter ex artikel 12 Sv neergelegde klacht, maar het hof geeft het openbaar ministerie desalniettemin in overweging om een onderzoek naar het overlijden van een burger in overheidshanden in *alle* gevallen (dus niet alleen bij door de politie toegepast geweld of bij aanwijzingen van ernstig verwijtbaar overheidsoptreden) uit te laten voeren in het kader van een gerechtelijk vooronderzoek, onder verantwoordelijkheid van een rechter-commissaris en onder leiding van een officier van justitie van het landelijk parket.<sup>20</sup>

### 3.2. *Saïd Ettaibi: feitelijke gang van zaken en geldend recht*

Op het moment van deze tussenbeschikking had Gerard de laatste zaak ingenomen die hij op dit terrein zou doen. Op 4 mei 2006 overleed Saïd Ettaibi op de Forensische Observatie- en Behandel Afdeling (hierna: FOBA) van de penitentiaire inrichting Over-Amstel. Ettaibi leed aan een psychische stoornis en was in afwachting van uitzetting naar Marokko, een vooruitzicht dat hem met grote angst vervulde. Volgens de penitentiaire inrichting (PI) zou hij zich met een schoenveter hebben verhangen aan zijn celdeur, maar zijn vader had na het overlijden bloeduitstortingen op zijn gezicht en zijn rug gezien en was er niet van overtuigd dat zijn zoon was overleden als gevolg van zelfmoord. Er werd een uiterst summier onder-

<sup>20</sup> Hof Amsterdam 16 februari 2007, ECLI:NLGHAMS:2007:Z8826.

zoek uitgevoerd door de politie Amsterdam, dat bestond uit een kort gesprek met de chef de clinique over de suïcidale neigingen van Ettaïbi en de reden van het niet nemen van preventieve maatregelen, en een onderzoek ter plaatse waaruit bleek dat Ettaïbi op de grond lag met naast hem een veter die door het personeel van de inrichting van zijn hals zou zijn verwijderd. De schouwarts van de GGD vermeldde in het verslag dat hij zou zijn overleden door verstikking en dat geen sprake was van andere verwondingen of tekenen van drugsgebruik c.q. een overdosis.

Behalve of sprake was van een enigszins effectief onderzoek naar de gang van zaken rondom het overlijden van Ettaïbi richtte de door Gerard ingediende klacht zich op de vraag of door de inrichting voldoende voorzorgsmaatregelen waren genomen om een suïcide te voorkomen.<sup>21</sup> In een verslag van de Amsterdamse brigadier van politie die de gesprekken had gevoerd luidt hij de noodklok over het grote aantal suïcides in de FOBA en constateert dat deze allemaal gepleegd zijn middels verhangingsdoeken door personen van wie in alle gevallen bekend was dat zij suïcidale neigingen hadden. Dat zij desalniettemin konden beschikken over verschillende materialen in hun cel om die verhangingsdoeken te kunnen uitvoeren achtte de verbalisant dusdanig verwijtbaar dat het onderzoek naar de mening van nota bene die politieagent wel degelijk door de rijksrecherche had moeten worden uitgevoerd. Hij zou dat ook aan de officier van justitie kenbaar hebben gemaakt, maar die zou daarop geantwoord hebben dat de Amsterdamse politie het onderzoek zou afronden en op basis daarvan zou worden beslist of er vervolgonderzoek zou moeten gaan plaatsvinden. Dat laatste was niet gebeurd, en het rapport van de brigadier waarin hij zijn zorgen uitsprak bevond zich lange tijd niet bij de stukken van de zaak.

Uiteraard is hier sprake van een heel andere situatie dan wanneer een overheidsfunctionaris actief het leven van een burger beëindigt, maar dat wil niet zeggen dat onder omstandigheden als deze geen sprake kan zijn van schending van de verplichting van de bij het EVRM aangesloten staten om het recht op leven zo veel mogelijk te beschermen. Ook hier geldt weer dat de jurisprudentie die daaromtrent door het Europees Hof is ontwikkeld zijn aanvang vindt in een uitspraak tegen het Verenigd Koninkrijk uit dezelfde periode dat het arrest in de zaak *Jordan* werd gewezen. In deze zaak *Keenan* oordeelde het hof dat gevangenen zich in een kwetsbare positie bevinden en dat de autoriteiten niet alleen verplicht zijn hen zo veel mogelijk te beschermen, maar ook dat zij, wanneer door burgers in detentie verwondingen worden opgelopen en zeker wanneer iemand in detentie overlijdt, verantwoording moeten afleggen.<sup>22</sup>

Die lijn is in de jaren daarna regelmatig bevestigd, bijvoorbeeld in de zaak *Mizigarova/Slovakije* waarin de positieve gedragsverplichting van de staat op dit punt werd benadrukt.<sup>23</sup>

---

21 Ook hier verliep het allemaal weer uiterst moeizaam hetgeen Gerard ertoe bracht zijn zeer uitgebreide reactie (43 pagina's) op een in zijn ogen teleurstellend verslag van de advocaat-generaal aan te vangen met een zo mooi bij hem passende waarschuwing voor de lezer dat ik het niet kan laten ook deze weer te geven: "Wel moet mij van het hart dat ik misschien enigszins een bijtende toon aansla, doch ik dit niet persoonlijk bedoel en dit veroorzaakt wordt doordat ik moedeloos wordt van het inmiddels 'frapper toujours' tegen een compleet dichte deur van het Amsterdamse Openbaar Ministerie, indien er sprake is van zaken waarbij mensen te Amsterdam overlijden door politiegeweld dan wel indien zij in handen van de overheid verkeren."

22 EHRM 3 april 2001, applicatienummer 27229/95 (*Keenan/Verenigd Koninkrijk*), par. 91.

23 Moreover, in addition to the obligation on States to account for injuries or deaths in police custody, the Court recalls that the State is also under a positive obligation to take all reasonable measures to ensure that the health and well-being of persons in detention are adequately secured by, among other things, providing them with the requisite medical assistance (...) and taking reasonable measures to minimise a known suicide risk (...) EHRM 14 december 2010, applicatienummer 74832/01 (*Mizigarova/Slowakije*) (final 14 maart 2011)



Een arrest dat specifiek ziet op in detentie gepleegde suïcide door een psychiatrische patiënt is de zaak *Renolde/Frankrijk*.<sup>24</sup> Het Europees Hof legt de drempel daar vrij hoog door inleidend te stellen dat artikel 2 EVRM niet alleen aan de staat opdraagt af te zien van het opzettelijk en onrechtmatig ontnemen van het leven van een burger, maar ook dat deze al het nodige moet doen om de levens van mensen binnen hun jurisdictie te bewaken. Daaronder vallen ook het nemen van preventieve maatregelen om het ene individu te beschermen tegen het andere individu of, in bijzondere gevallen, tegen zichzelf. Hoewel enerzijds wordt erkend dat die verplichting zo geïnterpreteerd moet worden dat dit niet een onmogelijke of disproportionele last bij de autoriteiten legt, handhaaft het hof anderzijds het in de zaak *Keenan* genoemde uitgangspunt dat individuen in detentie zich in een kwetsbare positie bevinden en dus door de autoriteiten moeten worden, bijvoorbeeld door het nemen van algemene maatregelen om de mogelijkheden dat zij zichzelf iets aan doen worden verminderd. In het geval van psychisch zieke personen geldt dit gezien hun specifieke kwetsbaarheid eens te meer.<sup>25</sup> Het feit dat in de zaak van Renolde bekend was dat hij suïcidale neigingen had, er onvoldoende toezicht werd gehouden op zijn medicijngebruik en op zijn geestelijke gezondheid en hij bovendien enkele dagen na een eerdere suïcidepoging voor straf voor de maximale duur van 45 dagen in een isolatiecel werd geplaatst leidde tot de conclusie dat in zijn zaak sprake was van een (materiële) schending van artikel 2 EVRM.

Ook in de zaak *Ettaibi* was sprake van een eerdere suïcidepoging en had hij aangegeven nog steeds met die gedachte te spelen. Ook in zijn zaak was sprake van een verslechtering van zijn situatie als gevolg waarvan hij tot tweemaal toe in een isolatiecel werd geplaatst, overigens niet als strafmaatregel maar ter bescherming van hemzelf en waarvan eenmaal op zijn eigen verzoek. Verder was er het uitzicht op de dreigende uitzetting naar een land waar hij geen familie had, de taal niet sprak en behalve het paspoort waar hij geen afstand van kon doen geen enkele banden mee had, en tot slot – en niet in het minst – was er de ernstige psychische stoornis waaraan hij onverminderd leed en die hem als gevolg van de toegediende medicatie eerder kwetsbaarder maakte voor een suïcide dan minder kwetsbaar. In het licht van de zaak *Renolde/Frankrijk* kon een mogelijke materiële schending van artikel 2 EVRM dan ook zeker niet op voorhand worden uitgesloten.

### 3.3. *Hof Amsterdam: opnieuw kritisch (aanvankelijk)*

Ook in deze zaak ging het in eerste instantie echter weer met name over het tekortschietend onderzoek dat had plaatsgehad. Het leidt ertoe, dat net als in de zaak *Van der Felz* het hof een tussenbeschikking wijst waarin uitvoerig uiteen wordt gezet dat, waarom en hoe er nader onderzoek dient plaats te hebben.<sup>26</sup> Het hof verwijst (opnieuw) naar de uitspraak in de zaak *Ramsahai*, naar de aangepaste Aanwijzing van het College van Procureurs-Generaal en naar de eerdere beslissing in de zaak *Van der Felz* en overweegt opnieuw dat onderzoek naar het overlijden van een burger in overheidshanden in alle gevallen zou moeten worden uitgevoerd in een gerechtelijk vooronderzoek onder verantwoordelijkheid van een rechter-commissaris en onder leiding van een officier van justitie van het landelijk parket. Het enkele feit dat een burger in handen en binnen de fysieke macht van de overheid op niet reguliere wijze overlijdt rechtvaardigt een officieel, adequaat, effectief en onafhankelijk onderzoek, aldus het hof. In de zaak *Ettaibi* is daar geen sprake van geweest (geen onderzoek door de rijksrecherche, zeer summier onderzoek door één enkele politiefunctie-onaris binnen dezelfde politieregio, geen leiding aan het onderzoek door een officier van

<sup>24</sup> EHRM 16 oktober 2008, applicatienummer 5608/05 (*Renolde/Frankrijk*).

<sup>25</sup> Idem, paragraaf 80 t/m 84.

<sup>26</sup> Hof Amsterdam 29 oktober 2008, ECLI:GHAMS:2008:BG3792.

justitie buiten het arrondissement, terwijl diezelfde officier bovendien de vervolgingsbeslissing nam) en dus oordeelt het hof wederom dat nader onderzoek noodzakelijk is. De officier van justitie wordt gelast bij de rechter-commissaris een vordering te doen tot instelling van een gerechtelijk vooronderzoek tegen een of meer onbekende (NN-)verdachten, de zaak na sluiting van het gerechtelijk vooronderzoek opnieuw te beoordelen en het hof in kennis te stellen of er gronden voor dagvaarding ter terechtzitting van enige verdachten zijn gevonden. Het is een kraakheldere lijn die wordt neergelegd.

Het is ook de laatste overwinning die Gerard op dit terrein heeft geboekt. Twee maanden later valt hij midden in Amsterdam van zijn brakke racefiets en overlijdt, ondanks de inzet van een motoragent die achter hem rijdt en hem direct probeert te reanimeren,<sup>27</sup> aan een hartstilstand.

Of het nu door dat overlijden komt of dat de eerder gememoreerde hardleersheid aan de zijde van het openbaar ministerie opspeelt is niet helemaal duidelijk, maar de zaak sleept zich vervolgens nog vele jaren voort. Pas in mei 2011 wordt deze opnieuw op zitting gebracht, nadat het openbaar ministerie in een brief van 20 december 2010 heeft laten weten de beslissing van 29 oktober 2008 naast zich neer te leggen.<sup>28</sup> Daarbij bedient het openbaar ministerie zich van een onnavolgbare redenering die hier niet verder zal worden uitgediept maar die er kort gezegd op neer komt dat men het niet eens is met de door het hof neergelegde lijn en deze met een onjuiste verwijzing naar de in Wetboek van Strafvordering neergelegde bepalingen betreffende het gerechtelijk vooronderzoek weigert uit te voeren. Het hof accepteert dit (terecht) niet en beveelt wederom het eerder uitgezette nadere onderzoek uit te voeren. Dat doet het openbaar ministerie vervolgens maar half, als gevolg waarvan er in oktober 2012 opnieuw een zitting is waarin opnieuw wordt bepaald dat er nader onderzoek moet plaatshebben. Uiteindelijk vindt in juli 2014 de laatste zitting plaats, meer dan acht jaar na het overlijden van Said Ettaibi, waarna een volledig anders samengestelde kamer van het hof de ingediende klacht zonder noemenswaardige motivatie afwijst. Er wordt een klacht ingediend bij het Europees Hof waarin (noodgedwongen) de hele totstandkoming van de beslissing van het hof wordt geschetst, waarna die klacht niet in behandeling wordt genomen aangezien deze te uitgebreid zou zijn beschreven.<sup>29</sup>

Met die teleurstellende afloop van deze laatste door Gerard aangezwengelde zaak moet de balans worden opgemaakt. Wat is de stand van zaken op het gebied van artikel 2 EVRM en is er voor advocaten en anderen bij de strafrechtspleging betrokkenen nog werk te doen?

#### 4. **De balans: (wat) heeft Nederland ervan geleerd?**

Het zal niemand verbazen dat het antwoord op de vraag of er voor advocaten en anderen bij de strafrechtspleging betrokkenen nog werk te doen is, zonder enige twijfel bevestigend luidt. De politieke ontwikkelingen op het wereldtoneel gaan het bestek van deze bijdrage ver te buiten, maar de stelling dat de grondrechten, zoals die door het EVRM worden gegarandeerd wereldwijd maar ook binnen Europa in toenemende mate onder druk staan durf ik wel aan. Uit recente jurisprudentie van het Europese Hof blijkt dat de bescherming die artikel 2 EVRM aan burgers biedt nog onverminderd actueel is. Zo veroordeelde het hof op 24 oktober 2017 Slovenië voor schending van dit artikel nadat de aanhouding van een ern-

<sup>27</sup> Het lukt me niet goed geen symboliek te zien in het bijzonder adequate optreden waarmee dit lid van de Amsterdamse politie – waar Gerard in deze zaken zo mee overhoop heeft gelegen – geprobeerd heeft zijn leven te redden, al is moeilijk aan te geven welke.

<sup>28</sup> Laat u alleen dat tijdsverloop even op u inwerken.

<sup>29</sup> Zie hierover de bijdrage van Egbert Myer op p. 197 van dit Liber.

stig psychisch gestoorde man resulteerde in diens dood en geen sprake was van het vereiste effectieve onderzoek, en overkwam Portugal op 19 december 2017 hetzelfde nadat het onderzoek naar het overlijden van een burger in het ziekenhuis zodanig lang duurde en onvolledig was dat een schending van het procedurele aspect van artikel 2 EVRM werd aangenomen.<sup>30</sup> De lijst met veroordelingen van landen als Turkije en Rusland mag inmiddels lang worden genoemd.<sup>31</sup>

Zoals gezien heeft het openbaar ministerie in reactie op de uitspraken van het Hof Amsterdamse en het Europees Hof een nieuwe Aanwijzing doen uitgaan waarin de vereisten voor het onderzoek volgend op geweldsaanwending door politiefunctionarissen of anderen ambtenaren is neergelegd. Naar het toenmalige oordeel van het Hof Amsterdam was die Aanwijzing niet voldoende, nu deze niet ziet op de in hoofdstuk 2 beschreven gevallen dat burgers niet als direct gevolg van geweld door overheidsfunctionarissen maar wél onder verantwoordelijkheid van de overheid komen te overlijden. Een onderzoek naar de vraag in hoeverre in dat soort zaken de lijn van het Hof Amsterdam consequent wordt toegepast gaat het bestek van deze bijdrage eveneens te buiten, maar dat dit in de regel niet het geval is durf ik desalniettemin wel te stellen. De reden dat ik dat durf is met name gelegen in hetgeen in de praktijk kan worden vastgesteld over de nauwgezetheid waarmee de in de Aanwijzing neergelegde regels worden toegepast in gevallen waarin wél sprake is van actieve geweldsaanwending. Weliswaar is sprake van een serieuze verbetering waar het de in het algemeen directe en volledige betrokkenheid van de rijksrecherche betreft, maar daar is het helaas dan ook wel mee gezegd. Het onderzoek staat vrijwel per definitie onder leiding van een lokale officier van justitie en niet, zoals het hof suggereerde, onder leiding van het landelijk parket, maar ook de in overweging gegeven zorgvuldigheidseisen van een gerechtelijk vooronderzoek onder controle van de rechter-commissaris wordt voor zover mij bekend nooit toegepast. En dat niet alleen, ook de in de Aanwijzing neergelegde zorgvuldigheidseisen en verplichtingen worden regelmatig buiten toepassing gelaten.

Ik noem bij wijze van voorbeeld een schietpartij in Rotterdam-Zuid op 7 april 2013, waarbij de 29-jarige Mike Stok in de binnentuin van het huizenblok waar hij woonachtig was in zijn rug werd geschoten en overleed. Direct volgend op het schietincident werden zes getuigen gehoord door de politie Rotterdam, oftewel door collega's van de agenten die geschoten hadden. Het onderzoek stond onder leiding van een Rotterdamse officier van justitie die blijkens een schrijven van haar hand ook de vervolgingsbeslissing nam. Nadat door de verdediging werd gewezen op het in de Aanwijzing neergelegde voorschrift dat die beslissing genomen dient te worden door de hoofdofficier van justitie werd gesteld dat dit ook het geval was geweest, maar dat de brief om 'praktische redenen' zou zijn ondertekend door de officier van justitie. Van enige betrokkenheid van die hoofdofficier van justitie kon echter niets blijken, en bovendien bleek de brief helemaal niet ondertekend te zijn door de officier van justitie maar door een vervanger. De brief van de officier van justitie, waarin de vervolgingsbeslissing stond opgetekend en uitgelegd, was volledig in de eerste persoon enkelvoud geschreven (naar *mijn* oordeel, *mijns* inziens, heb *ik* besloten de betrokken politieambtenaren niet te vervolgen, et cetera). Van het voorleggen van de zaak aan de Adviescommissie politieel vuurwapengebruik, zoals eveneens door de Aanwijzing dwingend wordt voorgeschreven (artikel 5.4), kon niets blijken.

30 Respectievelijk *FRANČIŠKA ŠTEFANČIČ/Slovenië* (58349/09) en *LOPES DE SOUSA FERNANDES/Portugal* (56080/13).

31 Een zoekslag in Hudoc levert op 1 juni 2018 respectievelijk 249 en 290 veroordelende arresten op, tegen bijvoorbeeld 3 voor Nederland (waarvan 2 maal Ramsahai), 8 voor Frankrijk, 18 voor het Verenigd Koninkrijk en 0 voor Duitsland.

Daarnaast speelde ook hier weer de onverkwikkelijke wijze waarop de nabestaanden vanuit de politie en het openbaar ministerie tegemoet werden getreden. Van meet af aan werd vooral uitgedragen dat er geen enkele twijfel kon bestaan dat de politieagenten juist hadden gehandeld, werd structureel een onjuiste weergave van de feitelijke gebeurtenissen gegeven en werd de dreiging die van Mike Stok zou zijn uitgegaan – daarmee implicerend dat hij zijn dood aan zichzelf te wijten had – op de voorgrond gesteld. In zijn algemeenheid leek men vooral gericht op het voorkomen van enige aansprakelijkheid die in de beleving van justitie kennelijk zou kunnen ontstaan wanneer zelfs maar zou worden erkend dat de gang van zaken ongelukkig was geweest. Dat leidde ook hier weer tot groot onbegrip bij nabestaanden en tot onrust in de buurt. Het blijft onbegrijpelijk dat het telkens op deze manier gaat. Waarom wordt het door politie en openbaar ministerie toch zo moeilijk gevonden om uit te spreken dat er mogelijk dingen niet goed zijn gegaan? Iedereen begrijpt dat politiemensen in dreigende en gevaarlijke situaties terecht kunnen komen en soms in een ‘split second’ de situatie moeten inschatten en moeten handelen. Dat zij niet, zoals gewone burgers, zich uit voeten kunnen maken maar de confrontatie moeten aangaan. Natuurlijk is het dan mogelijk dat er een verkeerde inschatting wordt gemaakt of dat een bepaalde handelingswijze (helemaal) anders uitpakt dan de bedoeling was. Door dat te erkennen, door begrip uit te spreken voor het leed van de nabestaanden en niet als in een Pavlov-reactie direct te roepen dat sprake is van handelen conform de Ambtsinstructie of van noodweer om daar vervolgens tot het einde toe en tegen de klippen op aan vast te houden, zelfs wanneer dat een onhoudbare lezing van strafrechtelijke leerstukken vergt, zou in veel van deze gevallen de angel er al direct worden uitgehaald en zou een lange en voor alle betrokkenen emotioneel zware procedure kunnen worden voorkomen. Zeker met het oog op de sterk toegenomen rol die slachtoffers en nabestaanden kunnen en willen spelen in strafzaken zou er met duidelijke, directe en eerlijke communicatie richting die nabestaanden al een wereld te winnen zijn. Het zou kunnen voorkomen dat die nabestaanden, daarin bijgestaan door hun advocaten, pontificaal tegenover de overheid – zowel in de vorm van de betrokken politiefunctionarissen als het openbaar ministerie – komen te staan.

Met de *Henriquez*-zaak hebben we recent wederom een voorbeeld gezien van hoe het niet zou moeten. Aangejaagd door de grote mate van media-aandacht was ook hier sprake van polarisatie binnen het strafproces en leidde de voor velen, binnen en buiten het strafbedrijf, onbegrijpelijke opstelling van politie en openbaar ministerie alleen maar tot meer afstand tussen de overheid en diens burgers. Het is juist die afstand die zoveel wederzijds onbegrip en kwaad bloed veroorzaakt en juist in het vacuüm dat daar ontstaat dat Gerard al die jaren zo hard gestreden heeft voor erkenning en compassie van de zijde van de overheid. Het mooiste eerbetoon dat aan hem en aan die strijd zou kunnen worden geleverd zou de inspanning zijn van alle betrokkenen – politie, advocatuur, magistratuur – die ruimte weer zo klein mogelijk te maken: door een normconforme uitvoering van de geldende wet- en regelgeving, door eerlijke en empathische communicatie vanuit de overheid naar de nabestaanden, en door advocaten die hun rol met respect naar andere procespartijen vervullen maar die staan voor hun klanten, de underdogs, en voor de rechten die zij in de loop der vele jaren hebben gekregen. Uiteindelijk ging het Gerard niet om het strijden om de strijd (al genoot hij daar ontegenzeggelijk ook van) maar om een diepgewortelde overtuiging dat de Staat gedwongen moet worden op een zorgvuldige en integere wijze met zijn onderdanen om te gaan, dat die onderdanen tegen de staat moeten worden beschermd, zéker wanneer het geweldsmonopolie van die staat aan de orde is, en dat de staat altijd ondergeschikt moet zijn aan het recht. Het is in die lijn dat wij, als zijn kantoorgenoten en collega's, ons werk zouden moeten uitoefenen.

# Verdedigen in tijden van digitale bewijsvoering

*Een onderzoek naar de mogelijkheden van toegang tot niet van het procesdossier uitmakende, maar mogelijk wel relevante, (digitale/technische) gegevens*

D.N. DE JONGE<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Een volledig gedigitaliseerde rechtspraak, daar zijn we nog (lang) niet. Het digitaliseringsproject Kwaliteit en Innovatie (KEI) werd recent in de huidige vorm stopgezet, nadat de begroting met ruim € 200 miljoen reeds was overschreden. Voornamelijk in de strafrechtspraak echter is de afgelopen jaren een ontwikkeling gaande geweest die je ook ‘digitalisering’ zou kunnen noemen. Niet zo zeer in de wijze waarop een strafproces wordt gevoerd, maar in de opsporing, dossiervorming en bewijsvoering. Denk aan telefoontaps (ooit nieuw, nu niet meer), beslag op computergegevens en digitale administraties, het onderzoek aan de smartphone. En denk recent aan het spraakmakende beslag op de Canadese server van het bedrijf Ennetcom, welk beslag het openbaar ministerie 7 terabyte aan data opleverde. Bewijsrechtelijk relevante data; versleutelde ‘Pretty Good Privacy’ (‘PGP’)-berichten, notities en contactenlijsten bleken opgeslagen, te ontcijferen en inzicht te geven in de voorbereiding en uitvoering van zware misdrijven en de mogelijke betrokkenen daarbij.

De opsporing is echter van dergelijke data – die inhoudelijke informatie bevatten – niet afhankelijk. Er is al langer is een tendens gaande waarbij onderzoeken naar voornamelijk zware, georganiseerde misdaad grotendeels worden gebaseerd op opgevraagde technische gegevens; historische (zendmast)gegevens van telefoonnummers, kentekenherkenningen, etc. Het zijn voornamelijk de analyses van dergelijke data die in processen-verbaal worden gepresenteerd als wijzend naar een bepaalde verdachte en als belastend voor diens betrokkenheid bij ernstige feiten, of die dienen ter ‘falsificatie’ van de ontkenkende verklaring van de verdachte. De focus van het openbaar ministerie ligt op de digitale opsporing, op data. In de bewijspositie van het openbaar ministerie zijn getuigenverklaringen meer en meer naar de achtergrond verdwenen. Dit terwijl in de jurisprudentie van de Hoge Raad en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) nu juist de afgelopen jaren een zo belangrijk onderdeel van het recht op een eerlijk proces – het ondervragingsrecht – aan terrein won.<sup>2</sup> Dat is fijn voor de verdachte die door getuigen wordt belast, maar hoe zit het met de verdachte die digitaal bewijs tegen zich ziet opstapelen? Staat diens verdediging in de huidige vorm van het strafproces met lege handen?

Die vragen hangen geheel samen met de vraag naar de toegankelijkheid van dat digitale materiaal voor de verdediging en diens mogelijkheden de dossiervorming te beïnvloeden.

---

<sup>1</sup> Desiree de Jonge is strafrechtadvocaat bij Cleerdin & Hamer Advocaten.

<sup>2</sup> Genoemd kunnen onder andere worden de uitspraken van het EHRM 15 december 2011, 26766/05 (*Al-Khawaja & Tahery/Het Verenigd Koninkrijk*) en 22228/06, EHRM 10 juli 2012, 29353/06 (*Vidgen/Nederland*), EHRM 15 december 2015, 9154/10 (*Vidgen/Nederland*), alsmede het overzichtsarrest van de HR 4 juli 2017, NJ 2017, 441.

Probleem daarbij is dat op dit moment in de strafrechtpleging achter de feiten wordt aangelopen als het aankomt op toegang tot – en verstrekken van – (mogelijk) relevante data. Het volledig uitwerken van alle technische gegevens door opsporingsinstanties stuit op capaciteitsproblemen. In verregaande mate is hierbij dus al sprake van een schifting van informatie en een nadruk op voor justitie relevante data. De verdediging beschikt niet over dezelfde technische faciliteiten om (onderliggende, ruwe) data te raadplegen en te ontrafelen als de opsporing. En dit zijn dan nog de problemen bij een welwillende opstelling aan de kant van het openbaar ministerie en de rechtspraak, in die zin dat de verdediging de volledige beschikking over alle data zou krijgen. Vaker wordt door de wens tot toegang tot (mogelijk) relevant materiaal al een juridische streep gezet,<sup>3</sup> met een beroep op een wettelijk en jurisprudentieel kader dat simpelweg niet beantwoordt aan de huidige wijze van dossiervorming en bewijsvoering. In dat kader wordt immers getoetst of bepaald materiaal redelijkerwijs van belang kan zijn voor de ter terechtzitting door de rechter te nemen beslissingen (artikel 149a, lid 2, Sv). Indien de verdediging de beschikking wenst te krijgen over dat materiaal, dan zal dus aannemelijk gemaakt moeten worden dat het materiaal voldoet aan dit relevantiecriteria. Zonder de mogelijkheid van inzage in dat materiaal, is dat een nagenoeg onmogelijke opdracht aan de verdediging. Dit terwijl het materiaal wel degelijk relevant kan zijn voor de verdachte om zich effectief te kunnen verdedigen tegen onderzoeksmateriaal dat zich wel in het dossier bevindt.

De eerste verdachten die inmiddels (mede) op basis van de eerdergenoemde ‘PGP-berichten’ werden veroordeeld, kregen forse straffen. Er lopen nog veel méér strafzaken die voor een groot deel zijn gebaseerd op dergelijke gegevens. Een geslaagd stukje digitalisering, zou je vanuit maatschappelijk oogpunt kunnen zeggen. Een maatschappelijk belang is echter ook dat verdachten een proces krijgen waarin de verdedigingsrechten volledig tot hun recht kunnen komen. Juist het daadwerkelijk kunnen tegenspreken van het door het openbaar ministerie aangeleverde dossier stelt de rechter in staat dat dossier kritisch te beoordelen en komt de waarheidsvinding en legitimatie van de bewijsbeslissing ten goede. Dat geldt te meer ten aanzien van digitale en technische gegevens waarvan niet evident is wat deze gegevens precies zeggen over de feiten die zich (vermeend) hebben voorgedaan of de mogelijke betrokkenheid van de verdachte, zoals dat bijvoorbeeld ten aanzien van getuigenverklaringen of forensisch bewijs veelal wel het geval is. In zaken die grotendeels zijn gebaseerd op technische gegevens, is de ruimte om daadwerkelijk effectief de verdediging te voeren te beperkt. Als het aankomt op toegang tot verkregen opsporingsinformatie moeten de praktijk, definities en de aan verzoeken te stellen eisen, op de schop om een ‘fair trial’-conforme verdediging te kunnen voeren. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens gaf daartoe met de uitspraak *Matanovic* tegen Kroatië vorig jaar een mooi signaal af. De Nederlandse wet, jurisprudentie en praktijk met betrekking tot toegang tot onderzoeksmateriaal en de mogelijkheden van de verdediging, afgezet tegen de Europeesrechtelijke uitgangspunten staan in deze bijdrage centraal. Deze bijdrage wordt afgesloten met een conclusie waarin tevens wordt beschreven wat er naar mijn mening verbeterd zou kunnen (en moeten) worden.

## 2. **Digitale gegevens, waar hebben we het over?**

Alvorens nader in te gaan op de Nederlandse en Europeesrechtelijke regelgeving en jurisprudentie is het wellicht goed wat nader uit te leggen waar het nu precies om gaat in dit stuk.

---

<sup>3</sup> Waarbij ik mij soms niet aan de indruk kan onttrekken dat mogelijke problemen bij de praktische uitvoerbaarheid van het geven van toegang tot technisch/digitaal materiaal en het oponthoud dat dit met zich meebrengt, een rol spelen bij de afwijzing van verzoeken op juridische gronden.

Het gaat in het bijzonder om gegevens die niet vanzelf hun weg naar het bij de rechtbank aangeleverde dossier vinden, althans niet in volledige omvang. Een aantal voorbeelden van wat ik schaar onder ‘digitale gegevens’ – het zijn in ieder geval primair digitaal verkregen gegevens – passeerden in de inleiding al even de revue. Bij het lezen hiervan zou de gedachte kunnen opkomen: zo nieuw is dit toch allemaal niet? En dat klopt, natuurlijk wordt er in de opsporing – en in navolging daarvan in de berechting – al jarenlang gebruik gemaakt van de mogelijkheden onderzoek te doen naar (digitaal) verkregen gegevens. De telefoontap wordt bijvoorbeeld al decennia lang ingezet en de schriftelijke uitwerking van tapgesprekken<sup>4</sup> die dat oplevert is niet meer weg te denken uit het gemiddelde strafdossier. Dit betreft echter een door een officier van justitie specifiek op een bepaald telefoonnummer ingezet opsporingsmiddel, aan tappen is dus meestal al het nodige onderzoek voorafgegaan om te weten welke telefoonnummers relevant zijn. Er zijn echter tal van andere gegevens die kunnen worden verkregen door justitie. Gegevens die van invloed zijn op de dossiervorming en bewijspositie. Omdat de mogelijkheden van het verkrijgen van informatie inmiddels zeer omvangrijk zijn, zal in dit hoofdstuk slechts een impressie worden gegeven van de gegevens waarop een strafdossier anno 2018 kan zijn gebaseerd.

### 2.1. *Opgeslagen en op te vragen objectieve gegevens*

Zoals gezegd, de telefoontap of het op welke andere manier dan ook opvragen en verwerken van digitale gegevens is niet nieuw. De plaats die deze gegevens in de opsporing innemen en het belang daarvan in de bewijspositie van het openbaar ministerie is echter de afgelopen jaren enorm toegenomen. Bij eenvoudiger op te sporen, vaker voorkomende en niet-georganiseerde criminaliteit zal dat allemaal nog wel meevallen. Voornamelijk in de opsporing van zwaardere, (meer) georganiseerde criminaliteit – laten we zeggen in het criminele milieu waarin niet wordt gesproken met de politie<sup>5</sup> – is een ontwikkeling te zien in de richting van strafdossiers die vrijwel geheel zijn opgebouwd uit data.<sup>6</sup> In ieder geval voor zover het de vermeende betrokkenheid van specifieke verdachten betreft, juist daar lijkt het analyseren en combineren van technische gegevens voor justitie uitkomst te bieden. Waar justitie voorheen voor de opsporing afhankelijk was van getuigen en bijvoorbeeld DNA-sporen of vingerafdrukken op de plaats delict, vermindert het belang van dergelijk bewijs thans ten opzichte van objectieve gegevens en de analyse daarvan. Gaandeweg zijn uiteraard de technische mogelijkheden tot het doen van onderzoek meer en meer toegenomen. Maar dat niet alleen, ook het registreren en opslaan van gegevens door allerlei instanties en partijen is gaandeweg toegenomen. Publieke en particuliere camerabeveiligingssystemen brengen nogal wat (al dan niet strafbare) gedragingen in beeld en opnames kunnen worden opgevraagd en uitgekeken. Automatische nummerplaatherkenning wordt door de politie (door middel van zogenaamde ‘ANPR-camera’s’) gebruikt om kentekens en de houders daarvan te vergelijken met de politiestructuren, om zo bijvoorbeeld openstaande boetes te incasseren. Om enigszins aan te geven vanaf wanneer het gebruik van dergelijke herkenningen voor de opsporing een

---

4 In het dossier is aldus een schriftelijke uitwerking, in een proces-verbaal of schriftelijk bescheid, terug te vinden, deze uitwerking kan echter alleen worden gemaakt door het beluisteren van digitaal materiaal, de opgenomen en opgeslagen gesprekken an sich.

5 En het wel praten met de politie je niet in dank wordt afgenomen, zie de recente moord op de broer van de kort daarvoor door justitie naar buiten gebrachte kroongetuige Nabil B.

6 Inmiddels stond ik de afgelopen jaren, al dan niet met – en in ieder geval dankzij – kantoorgenoot Sander Janssen, meerdere cliënten bij in dergelijke zaken, waarbij in die zaken ook ten opzichte van elkaar een ontwikkeling kon worden gesignaleerd richting dossiers die in steeds verdergaande mate zijn gebaseerd op data (en steeds minder op ander bewijs zoals getuigenverklaringen). Dit dwong mij ertoe na te denken over de mogelijkheden van de verdediging in dergelijke zaken, dit stuk is mede het resultaat van mijn pogingen (onderzoeks)mogelijkheden te creëren door toegang te vragen tot onderliggende, niet van het dossier uitmakende, gegevens en de door mij daarbij ervaren praktische en juridische obstakels.

vlucht nam, kan gewezen worden op het feit dat in 2011 een onderzoeksrapport verscheen waarin specifiek de meerwaarde van ANPR-camera's voor de opsporing werd beschreven.<sup>7</sup> Dergelijke registraties komen sindsdien meer en meer terug in strafdossiers. Eenzelfde soort herkenningen leveren de registraties van bijvoorbeeld Vialis<sup>8</sup> op, een bedrijf dat verkeersstromen observeert en analyseert om files te bestrijden en verkeerslichten af te stellen. Registraties die niet per se zijn gericht op opsporing van ernstige delicten dus, maar in dat kader wel erg handig zijn voor justitie.

Deze registraties geven inzicht in de reisbewegingen van een auto met een bepaald kenteken<sup>9</sup> en zijn op die manier vaak van belang om de aanwezigheid van (in ieder geval) de auto op een bepaald moment op een bepaalde plaats vast te stellen, bijvoorbeeld in de omgeving van de plaats delict. Kan de opsporingsinstantie vervolgens aannemelijk maken dat een bepaalde verdachte deze auto gebruikte, dan is het plaatje van de verdachte op de plaats delict al snel rond. Dat is echter nog niet het enige. Deze registraties kunnen ook dienen om weer andere relevante informatie op te leveren of data op relevantie te filteren. Zo worden deze registraties vergeleken met andere plaatsbepalingen zoals zendmastgegevens van telefoonnummers<sup>10</sup> om aannemelijk te kunnen maken van welk telefoonnummer de bestuurder of inzittende van deze auto gebruik maakt. Een grote hoeveelheid irrelevante data (alle telefoonnummers die een bepaalde zendmast op een bepaald moment hebben aangestraald) kan zo worden gescheiden van relevante data (het telefoonnummer dat telkens een qua locatie met de kentekenregistratie corresponderende zendmast aanstraalt). Door deze zendmastgegevens kan vervolgens ook worden geprobeerd vast te stellen wie de gebruiker van het telefoonnummer is. Een analyse van historische gegevens van het telefoonnummer levert vaak op welke zendmast het meest (en vaak in de nachtelijke uren) wordt aangestraald, deze zogenaamde 'thuismast' zal dan zeer waarschijnlijk in de directe omgeving van de woning van de gebruiker van het telefoonnummer staan. De kring van mogelijke gebruikers van dit telefoonnummer wordt aldus beperkt.

## 2.2. *Verschillende wijzen van verkrijging van inhoudelijke communicatie*

De ontwikkeling van de mogelijkheden qua opsporing op technisch gebied is voorts min of meer gelijk opgegaan met technische ontwikkelingen zelf. Onze levens spelen zich – hoe anders dan grofweg 25 jaar geleden – voor een heel groot deel digitaal af en er blijven in ieder geval veel digitale sporen van de invulling van onze levens achter. De hoeveelheid communicatiemiddelen is enorm toegenomen, nagenoeg onafgebroken wordt (persoonlijke) informatie via die communicatiemiddelen gedeeld. Zeker bij inbeslagname van een telefoon of andere gegevensdrager, levert doorzoeking door de politie veel relevante informatie op. Niet dat daarbij altijd direct bewijs wordt gevonden voor de betrokkenheid van de gebruiker van de telefoon of gegevensdrager bij een strafbaar feit, veel vaker zal de verkregen informatie van belang zijn om bijvoorbeeld de identiteit van de gebruiker vast te stellen (waarbij dan andere gegevens zoals de historische gegevens duiden op betrokkenheid) of om bepaalde contactmomenten tussen verdachten inzichtelijk te maken. Dergelijke contactmomenten kunnen bijvoorbeeld van belang zijn voor het in beeld krijgen van criminele samenwerkingsverbanden. Ook meer direct op betrokkenheid duidende data worden natuur-

7 'Hits en Hints, de mogelijke meerwaarde van ANPR voor de opsporing', te raadplegen via: [https://www.wodc.nl/binaries/volledige-tekst\\_tcm28-71420.pdf](https://www.wodc.nl/binaries/volledige-tekst_tcm28-71420.pdf)

8 Ook ARS Traffic & Transport Technology BV kan daarbij genoemd worden.

9 Hetzelfde geldt overigens voor Track & Trace gegevens van de ingebouwde GPS-systemen van auto's.

10 Het gaat daarbij veelal om telefoonnummers zonder abonnement, de gebruiker ervan kan niet bij een telecommunicatieaanbieder worden opgevraagd waardoor andere manieren moeten worden gevonden om tot identificatie van de gebruiker te komen.



lijk wel gevonden op telefoons, denk aan gemaakte, ontvangen of verstuurd foto's van een partij harddrugs of wapens. Maar denk ook aan zoektermen die zijn ingevoerd in een zoekmachine of browser op een smartphone en aan opgeslagen Google Maps locaties met tijds-aanduiding, welke gegevens bij het uitlezen van die telefoon teruggevonden kunnen worden. De historische gegevens van een bepaald telefoonnummer leveren voorts veel informatie op. Niet alleen de momenten waarop is gebeld, maar ook wanneer er internetverbinding is gemaakt via een mobiel netwerk, in welk toestel of welke toestellen (IMEI-nummer) het telefoonnummer is gebruikt en – ik noemde het al – van welke zendmast gebruik is gemaakt. Aangezien zendmasten een dekkingsgebied met een bepaalde straal hebben, kan het gebruik van een zendmast iets zeggen over de omgeving waar de verdachte zich bevindt. Ik zeg kán, want die dekkingsgebieden zijn vrij ruim, maar los daarvan is vaak niet inzichtelijk hoe waarschijnlijk het is dat vanaf een bepaalde plek specifiek deze zendmast wordt aangestraald. Hoewel het hierbij dus gaat om objectieve, vaststaande gegevens, is de interpretatie ervan kwetsbaar.

De ontwikkeling waarbij meer en meer informatie wordt gedeeld via communicatiemiddelen heeft er voorts toe geleid dat meer en meer inhoudelijke communicatie tussen verdachten kan worden onderzocht. Bij de al genoemde inbeslagname van een telefoon kan dat bijvoorbeeld opleveren dat berichtenwisselingen (Whatsapp, etc.) inzichtelijk zijn en deze in het dossier worden gevoegd. Zo veroordeelde de Rechtbank Amsterdam rapper Jason 'Jayjay' L. tot 14 jaar cel wegens het – kortgezegd – via Snapchat lokken van het beoogde slachtoffer naar de plaats waar hij later werd geliquideerd.<sup>11</sup> Van het tappen van telefoons wordt nog veelvuldig gebruikt gemaakt en zeker ook de vanuit detentie gevoerde gesprekken kunnen worden opgenomen, welke opnames kunnen worden opgevraagd. Daarnaast kan ook communicatie die niet via communicatiemiddelen loopt in een dossier terecht komen, bijvoorbeeld door het opnemen van vertrouwelijke communicatie. Simpel gezegd wordt daarbij af luisterapparatuur geplaatst in bijvoorbeeld een koffiehuis dat als vaste ontmoetingsplek van een vermeend criminele organisatie wordt gezien, of in de auto waar een verdachte op dat moment gebruik van maakt. Door de inzet van verschillende opsporingsbevoegdheden kan aldus een behoorlijk volledig beeld worden verkregen van het reilen en zeilen van verdachte personen, althans van hetgeen zij daarover tegen elkaar vertellen. Hetgeen ook hier de interpretatie van dergelijke gegevens weer kwetsbaar maakt; wat mensen telefonisch, in een pand of auto met elkaar bespreken hoeft uiteraard niet op waarheid gebaseerd te zijn of een correcte afspiegeling te zijn van de verrichte (strafbare) gedragingen van die persoon.

Het belang van het verkrijgen van dergelijke inhoudelijke communicatie hangt voorts samen met een andere maatschappelijke ontwikkeling, namelijk die van de wens steeds eerder te willen ingrijpen en dus de strafbaarstelling van onvoltooide delicten uit te breiden. Naast de strafbare poging werd in 1994 voorbereiding van misdrijven strafbaar gesteld (artikel 46 Sr<sup>12</sup>), recenter kan de invoering van artikel 11a Opiumwet worden genoemd: het voorbereiden of vergemakkelijken van professionele hennepcultuur en andere strafbare gedragingen met betrekking tot grote hoeveelheden hennep.<sup>13</sup> Bij dit soort delicten kan inhoudelijke

---

11 Rb. Amsterdam 23 november 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:8566. In deze uitspraak is de besproken combinatie van gegevens goed terug te zien. De bewijsconstructie, zoals die in het gepubliceerde vonnis van de rechtbank is verwoord, volgt in doorslaggevende mate uit de combinatie van gegevens verkregen door onderzoek aan een telefoon en camerabeelden.

12 Dit artikel werd an sich ook nog uitgebreid door het schrappen van het delictsbestanddeel 'in vereniging' en het laten vervallen van het 'kennelijke' van de bestemming van de voorbereidingsmiddelen.

13 Inwerking getreden op 1 maart 2015, *Stb.* 2014, 444.

communicatie nodig zijn om te bewijzen dat bijvoorbeeld bepaalde voorwerpen inderdaad *ter voorbereiding* van een specifiek delict zijn verworven.<sup>14</sup> Het delict heeft immers niet plaatsgevonden, het daadwerkelijke gevolg is dus niet bekend. Daarnaast levert die inhoudelijke communicatie op zichzelf soms zelfs het strafbare feit op, bijvoorbeeld bij delictsoomschrijvingen waarin het ‘zich of een ander verschaffen van inlichtingen’ strafbaar is gesteld. Gewezen kan daarbij bijvoorbeeld worden op artikel 134a Sr en artikel 10a Opiumwet. De in de delictsoomschrijving gebruikte term ‘inlichtingen’ klinkt nog vrij specifiek, maar onderling geklets over bijvoorbeeld de verschillende mogelijkheden waarop een partij drugs zou kunnen worden vervoerd is daarvoor al snel voldoende. Ook voor de vaststelling van de onderlinge verhoudingen en taakverdelingen tussen verdachten, die van belang zijn in het kader van de verschillende deelnemingsvormen die kunnen worden tenlastegelegd, levert opgenomen of verkregen inhoudelijke communicatie veel relevante informatie op.

Qua inhoudelijke communicatie kwam de recent bekend geworden ‘Ennetcom-data’ in de inleiding al even ter sprake. Het gaat hierbij om berichtenwisselingen tussen gebruikers van Blackberry’s met zogenaamde ‘PGB’-software, waarmee berichten versleuteld worden verzonden en ontvangen. Naar nu blijkt ging dit buiten het zicht van justitie uitwisselen van berichten jarenlang ‘pretty good’, totdat het openbaar ministerie in april 2016 beslag wist te leggen op de server van het bedrijf dat dergelijke Blackberry’s verkocht: Ennetcom. Het leverde een enorme hoeveelheid opgeslagen berichten op, gestuurd en ontvangen door verschillende accounts. Het openbaar ministerie hoefde vervolgens alleen nog de accounts te koppelen aan specifieke verdachten. Dat ging zowel op klassieke wijze, door getuigenverklaringen waarin werd verklaard dat een bepaalde persoon een bepaalde bijnaam (gekoppeld aan het account) had, als ook weer door het combineren van tal van digitale gegevens. Bijvoorbeeld door zendmastgegevens van de in het Blackberry-toestel gebruikte simkaart. In het onderzoek naar de betrokkenheid van Naoufal ‘Noffel’ F. bij de poging tot moord op Peter ‘Pjotr’ R. oordeelde de Rechtbank Amsterdam inmiddels dat op deze wijze verkregen gegevens in beginsel kunnen worden gebruikt. Naoufal F. werd mede op basis van inhoudelijke PGP-berichten veroordeeld, waarbij moet worden opgemerkt dat de door de rechtbank gebruikte berichten op andere wijze waren verkregen, namelijk doordat enkele fysiek in beslag genomen Blackberry’s konden worden gekraakt en daar inhoudelijke communicatie uit kon worden gehaald.<sup>15</sup> Ok het Hof Amsterdam gebruikte dergelijke, door het kraken van Blackberry’s verkregen, PGP-berichten recent als bewijs in de zaak waarin een veroordeling volgde voor betrokkenheid bij de voorbereide moord op Samir Z. en de gepoogde moord op Chahid Yakhlaf.<sup>16</sup> In deze zaak werd echter wel ook de specifiek door het beslag op de server van Ennetcom verkregen data als bewijs gebruikt. Wederom vond aldus een nieuw type gegevens – met de bijbehorende technische aspecten – zijn weg naar strafdosiers.

### 2.3. *Wijze van verkrijgen en verhouding tot bewijsmiddelen*

Hoewel ik de beschreven gegevens allemaal onder de noemer ‘digitale gegevens’ schaar, is duidelijk dat het om veel verschillende typen gegevens gaat. Ze worden ook op verschillen-

---

14 Zie daarover recent kritisch het Hof Amsterdam 27 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5436 in welke zaak dergelijke inhoudelijke communicatie juist ontbrak en het Hof vrijsprak van het voorbereiden van een liquidatie aangezien andere delicten, die met het samenstel van goederen waarmee de verdachten werden aangetroffen konden worden gepleegd, niet uitgesloten konden worden.

15 Rb. Amsterdam, 19 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2504 (*Tandem II*), nog niet onherroepelijk.

16 Hof Amsterdam 4 mei 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1550 (*Rooibos/Mango*), nog niet onherroepelijk.

de wijzen verkregen.<sup>17</sup> Het is van belang daar een blik op te werpen omdat de wijze waarop onderzoeksresultaten zijn verkregen door justitie van belang kan zijn voor de mogelijkheden van de verdediging daar toegang toe te krijgen. Die regels zullen vervolgens in de volgende paragraaf nog aan de orde komen. Daarnaast is van belang hoe die gegevens vervolgens als bewijsmiddel zouden kunnen worden gebruikt. Grofweg kunnen drie wijzen van verkrijging worden onderscheiden: door onderzoek te doen aan inbeslaggenomen voorwerpen, door de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden en anderszins.

In artikel 125i e.v. Sv is een regeling getroffen voor het doorzoeken van een plaats ter vastlegging van gegevens, ten aanzien van telefoons of andere gegevensdragers (tablets, laptops, etc.) zal het echter vaak gaan om inbeslaggenomen voorwerpen waar onderzoek naar wordt verricht. De bevoegdheden tot inbeslagneming van dergelijke voorwerpen zijn neergelegd in artikelen 95 Sv en 96 Sv, waaronder tevens wordt verstaan het onder zich nemen of gaan houden van een voorwerp ten behoeve van de strafvordering (artikel 134 Sv). Het is op basis van rechtspraak van de Hoge Raad dat opsporingsambtenaren in geval van inbeslagneming met het oog op de waarheidsvinding onderzoek mogen doen aan in beslag genomen voorwerpen (waaronder gegevensdragers) teneinde gegevens voor het strafrechtelijk onderzoek ter beschikking te krijgen.<sup>18</sup> Een volgende vraag is hoe de door dit onderzoek verkregen informatie in het dossier terecht komt. Meestal zal het gaan om opgemaakte processen-verbaal waarin wordt beschreven wat tijdens/door het onderzoek aan het voorwerp is ondervonden. Voor zover handmatig onderzoek wordt gedaan kunnen van de bevindingen ook foto's worden gemaakt, al dan niet ter onderbouwing van beschreven bevindingen. In een zaak die ik zelf behandelde werden bijvoorbeeld Blackberry's met PGP-encryptie in beslag genomen en werd toegang verkregen tot deze telefoons. Van de berichten die handmatig nog konden worden geraadpleegd in de telefoon werden foto's gemaakt. Deze foto's maakten overigens geen onderdeel uit van het dossier, aan de hand van die foto's werden processen-verbaal opgesteld waarin werd beschreven welke berichten de opsporingsambtenaren hadden waargenomen. Dat werd in het proces-verbaal vormgegeven als een lopende berichtenwisseling tussen personen, waarbij bovendien boven de berichten al de namen van de verdachten werden gezet (hoewel zij ontkenden van de PGP-accounts gebruik te hebben gemaakt). Vaak zal bij onderzoek aan een telefoon of een andere gegevensdrager gebruik worden gemaakt van technische hulpmiddelen, waardoor bijvoorbeeld het geheugen van de telefoon kan worden uitgelezen. De data die dat oplevert kan als schriftelijk bescheid aan het dossier worden toegevoegd, of daaromtrent kan wederom proces-verbaal worden opgemaakt. Ingewikkelder wordt het wanneer er audio- of videomateriaal wordt verkregen door dit onderzoek. De vraag hoe dergelijke gegevens in het dossier terecht komen zal gezamenlijk worden beantwoord bij dezelfde vraag omtrent afgeluisterde en opgenomen gesprekken.

Daarbij is echter eerst van belang te bezien hoe dergelijke gesprekken worden verkregen. Het opnemen van telefoongesprekken of gesprekken in een ruimte of vervoermiddel gebeurt via de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden (BOB-middelen). Dat geldt ook voor het opvragen van technische gegevens, zoals de eerder al besproken historische gegevens van een telefoonnummer of kentekenregistraties. Bijzondere opsporingsbevoegdheden

---

<sup>17</sup> Zie hierover ook de Contourennota en begeleidende brief van de minister van Veiligheid en Justitie d.d. 30 september 2015 (*Kamerstukken II* 2015/16, 29 279, 278, p. 63).

<sup>18</sup> HR 29 maart 1994, ECLI:NL:HR:1994:AD2076, *NJ* 1994/577. In HR 4 juli 2017, *NJ* 2017/229 oordeelde de Hoge Raad inmiddels dat de algemene bevoegdheden ten aanzien van in beslag genomen voorwerpen niet altijd een voldoende legitimatie vormen voor het doen van dergelijk onderzoek, hoewel interessant zal dit aspect verder in dit artikel niet worden uitgediept.

zijn er in veel soorten en maten, zowel het opnemen van vertrouwelijke communicatie door middel van een technisch hulpmiddel, het onderzoek van communicatie door middel van geautomatiseerde werken als het vorderen van gegevens worden geregeld in titel IVa van het Eerste Boek van het Wetboek van Strafvordering. Voor het onderzoek naar ernstige misdrijven in georganiseerd verband gelden nog specifiek de in titel V genoemde bijzondere opsporingsbevoegdheden. Ook hier geldt weer dat de verkregen gegevens veelal verwerkt in een proces-verbaal van bevindingen in het dossier terecht zullen komen. Hoewel verkregen informatie zoals de historische gegevens of kentekenregistraties *an sich* aan het dossier zouden kunnen worden toegevoegd en uiteindelijk als schriftelijke bescheiden als bewijsmiddel zouden kunnen worden gebruikt (artikel 344 lid 1 sub 5 Sv), vinden ook deze gegevens bijna zonder uitzondering hun weg naar het dossier via het proces-verbaal van bevindingen van een opsporingsambtenaar. Dergelijke processen-verbaal lopen qua inhoud uiteen van sec een opsomming van voor het onderzoek relevante gegevens die uit de onderliggende gegevens zijn overgenomen (min of meer om het kaf van het koren te scheiden), tot processen-verbaal waarin in verregaande mate uit onderliggende gegevens wordt geselecteerd, deze data worden gecombineerd en waarin een analyse wordt gepresenteerd waarmee opsporingsambtenaren zich in ieder geval begeven op de grens van het doen van mededelingen van feiten en omstandigheden die zij zelf hebben waargenomen of ondervonden en het trekken van aan de rechter voorbehouden conclusies.

Van verkregen beeld- en geluidmateriaal is de praktijk dat ook deze ‘op papier’ in het dossier terecht komen. Van tagesprekken worden schriftelijke uitwerkingen gemaakt, waaruit dan weer wordt geput in beschrijvende processen-verbaal. Van beeldmateriaal wordt eveneens door een opsporingsambtenaar in een proces-verbaal beschreven wat daarop (volgens hem/haar) waarneembaar is, met dien verstande dat daarbij afbeeldingen (‘stills’) kunnen worden gevoegd om de waarnemingen te ondersteunen. Het bekijken of beluisteren en uitwerken van dergelijk onderliggend materiaal kost uiteraard (veel) tijd, waardoor het uitwerken zich in meer of mindere mate zal beperken tot onderdelen die naar het oordeel van de opsporingsambtenaar en officier van justitie relevant worden geacht. Zo blijft het bij de procespartijen aangeleverde procesdossier ook enigszins behapbaar. Het is echter wel van belang dat partijen zich van deze schifting bewust zijn en blijven, van geheel niet-uitgewerkt en dus niet-kenbaar materiaal is immers de relevantie niet meer te bepalen. Juist gelet op de verstreckende gevolgen voor de opsporingscapaciteit die het door de rechter geven van een opdracht aan de officier van justitie om alsnog ruw opsporingsmateriaal te laten uitwerken met zich meebrengen, zal van de verdediging die denkt dat niet-uitgewerkt materiaal relevant kan zijn, veel worden verwacht om dat aannemelijk te maken. Soms wordt daartoe beeld- of geluidmateriaal wel aan de verdediging verstrekt zonder dat deze gegevens nog onderdeel gaan uitmaken van het procesdossier, maar als dat niet gebeurt dan wordt het voor de verdediging lastig.

Er zijn natuurlijk tal van mogelijkheden het beeld- of geluidmateriaal digitaal aan de procespartijen te verstrekken, maar de huidige praktijk laat zich – naast de capaciteitsproblemen – ook wel begrijpen in het licht van de wettig toegestane bewijsmiddelen. Die bewijsmiddelen zijn namelijk limitatief opgesomd (art. 339 Sv) en de wetgever heeft daarbij geen rekening gehouden met digitale mogelijkheden van opsporing en bewijsvoering. Beelden en audio-opnamen zijn niet als wettige bewijsmiddelen erkend. Dergelijke informatie zal dan ook ofwel via de eigen waarneming van de rechter als bewijsmiddel gebruikt moeten worden, ofwel als schriftelijk bescheid (proces-verbaal van bevindingen). Die laatste weg lijkt de voorkeur te hebben, al is het maar omdat bij het gebruiken van het bewijsmiddel van

de eigen waarneming van de rechter een ander capaciteitsprobleem om de hoek komt kijken: de zittingscapaciteit. Het ter terechtzitting bekijken van beelden of beluisteren van opnames kost simpelweg veel te veel tijd, terwijl de eigen waarneming van de rechter wel ter terechtzitting zal moeten worden gedaan. Omdat de waarnemingen van beeld- en geluid en de interpretatie daarvan uiteen kunnen lopen is er veel voor te zeggen dat beeld- en geluidopnamen op zitting worden afgespeeld en zo nodig daarover discussie plaatsvindt. Niet alleen kan er soms verschillend worden gedacht over wat er letterlijk wordt gezegd of te zien is, juist bij beeld- en geluidmateriaal is ook de indruk daarvan van belang. Is er een bepaalde emotie te zien of te horen, wordt serieus gemeend wat er wordt gezegd of zou er sprake kunnen zijn van grootspraak? Dergelijke indrukken gaan in schriftelijke uitwerkingen verloren en dat komt de waarheidsvinding niet altijd ten goede. In de jurisprudentie is echter een ontwikkeling zichtbaar waarin in bepaalde gevallen er geen belang bestaat bij de constatering dat een eigen waarneming van de rechter niet ter terechtzitting is gedaan.<sup>19</sup> De wetgever heeft juist recent benadrukt dat meer waarde moet worden gehecht aan het onmiddellijkheidsbeginsel en heeft voorgesteld dat beeld- of geluidsmateriaal dat verschillend kan worden geïnterpreteerd door de rechter voor debat vatbaar moeten worden gemaakt. Ten bezware van de verdachte zou geen acht mogen worden geslagen op opnamen van beeld of geluid die niet op de terechtzitting zijn vertoond of ten gehore gebracht, waarmee de wetgever onderkent dat er qua belang van het papieren dossier ten opzichte van beeld- en geluidmateriaal een accentverschuiving heeft plaatsgevonden en er dus des te meer aanleiding kan zijn voor het ter terechtzitting bespreken van bewijsmiddelen die geen (proces) stukken zijn.<sup>20</sup>

Als laatste wijze van verkrijging bespreek ik nog kort de bijzonderheden die zich hebben voorgedaan ten aanzien van de Ennetcomdata. De Nederlandse autoriteiten hebben door middel van een rechtshulpverzoek aan Canada gevraagd te assisteren bij een strafrechtelijk onderzoek tegen het bedrijf Ennetcom en bij een drietal andere lopende onderzoeken door data forensisch veilig te stellen en aan Nederland te verstrekken. Om de rechten van derden te beschermen, bepaalde de Canadese rechter dat voor toegang tot de Ennetcom-data in andere dan de vier onderzoeken een Nederlandse rechter van te voren een machtiging moest afgeven. In een dergelijke machtiging voorziet het Nederlandse Wetboek van Strafvordering echter niet. Door officieren van justitie in verschillende onderzoeken is inmiddels aan de rechter-commissaris toestemming verzocht toegang te verlenen tot de Ennetcom-data. Gezocht is naar een constructie die recht zou doen aan het machtigingsvereiste van de Canadese rechter en deze constructie is gevonden in de mogelijkheid van het zelf door de rechter-commissaris verrichten van opsporingshandelingen (art. 181 Sv) en het delegeren daarvan aan opsporingsambtenaren (art. 177 Sv). Voor een uitgebreide beschrijving van de op deze wijze verkregen informatie kan ik verwijzen naar de overwegingen van de Rechtbank Amsterdam in de zaak tegen Naoufel ‘Noffel’ F.<sup>21</sup>

#### 2.4. *Wat zijn zoal de problemen ten aanzien van deze gegevens?*

De problemen ten aanzien van de beschreven data die zich (kunnen) voordoen zijn tweemaal en houden verband met elkaar: Aan de ene kant kan zich het inhoudelijke probleem voor-

<sup>19</sup> HR 17 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2639 en zie ook Rb. Oost-Brabant 9 juni 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:3494 over de ‘pilot camerabeelden’.

<sup>20</sup> Memorie van Toelichting: Vaststellingswet Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: Berechting, te raadplegen via <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/modernisering-wetboek-van-strafvordering/documenten/kamerstukken/2017/12/05/memorie-van-toelichting-vaststellingswet-boek-4-van-het-nieuwe-wetboek-van-strafvordering-berechting>.

<sup>21</sup> Rb. Amsterdam 19 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2504.

doen van een te (belastend) analyserende wijze van presenteren van geselecteerde data, waarbij een identificerend en/of belastend beeld nauwelijks meer bij te stellen is. Aan de andere kant is er het probleem dat de verdediging niet (altijd) voldoende toegang heeft tot de volledige onderliggende gegevens en het praktische probleem dat de verdediging niet dezelfde mogelijkheden heeft tot het raadplegen van en doen van onderzoek naar deze gegevens. Die laatste problemen brengen mee dat er te weinig ruimte bestaat voor een gedegen onderzoek naar de mogelijkheden van het betwisten van aannames, interpretaties en conclusies die voor de verdenking en het bewijs wel van belang zijn.

Het eerste, inhoudelijke probleem speelt voornamelijk in de zaken waarin verdachten op basis van digitale gegevens worden geïdentificeerd. In meerdere zaken werd ik ten tijde van de voorgeleiding bij de rechter-commissaris geconfronteerd met de resultaten van onderzoek gegevens dat de maanden daarvoor had plaatsgevonden, welk onderzoek had geresulteerd in een proces-verbaal van identificatie van mijn cliënt als verdachte van een zeer ernstig feit en in zijn aanhouding. Daarbij was de combinatie van data doorslaggevend, bijvoorbeeld de combinatie van zendmastgegevens met kentekenregistraties en de op basis daarvan in kaart gebrachte ‘reisbewegingen’ van cliënt en zijn medeverdachte(n). Letterlijk in kaart gebracht, in dergelijke dossiers zitten nagenoeg altijd meerdere kaarten met daarop ingetekend de relevante data om inzichtelijk te maken dat bepaalde telefoonnummers en kentekens zich grotendeels op dezelfde wijze verplaatsen, ‘gelijk op gaan’ en dus wel verband met elkaar moeten houden. Het feit dat hierdoor identificatie plaatsvindt, betekent dat deze proces-verbaal vanaf dag één in een dossier zitten en dus vanaf dag één onderbouwen waarom deze verdachte in verband wordt gebracht met het plegen van een ernstig feit. Zeker wanneer een dergelijke onderbouwing gepaard gaat met beeldmateriaal – de kaarten met routes, hier en daar ‘stills’ van camerabeelden – dan zal dat belastende beeld bekijken en leidend worden in ieder geval de beslissingen ten aanzien van de voorlopige hechtenis, maar meer en meer ook in de bewijsbeslissing. Op vergelijkbare wijze kan bijvoorbeeld sprake zijn van een proces-verbaal identificatie van de verdachte als deelnemer aan bepaalde belastende tapgesprekken. De verdachte zal vervolgens de bijzonder moeilijke taak hebben om het beeld dat hij een bepaalde telefoon en/of auto gebruikte of bepaalde gesprekken voerde, bij te stellen. Dat beeld is soms ook niet bij te stellen, simpelweg omdat het kan voorkomen dat deze analyse van gegevens leidt tot identificatie van de juiste verdachte. Of in ieder geval een verdachte waarvan het redelijkerwijs is uitgesloten dat hij niet de dader is. Desondanks ben ik van mening dat vaak op basis van aannames te verre gaande conclusies worden getrokken op grond waarvan dan vervolgens geselecteerde data worden gecombineerd en geanalyseerd. Gedacht kan dan bijvoorbeeld worden aan de vaststelling dat een verdachte in een bepaalde periode een bepaald telefoonnummer gebruikte, op basis waarvan dan wordt aangenomen dat hij *altijd* (en dus ook in de voor de zaak relevante periode) dat nummer gebruikte. Stel dat die vaststelling is gebaseerd op het feit dat de verdachte op een bepaald moment een toestel in bezit had waarin het telefoonnummer is gebruikt, dan is een eventuele vaststelling dat het nummer in een andere periode in een ander toestel werd gebruikt mijns inziens relevant (want wie had toen dat toestel met dit nummer?). Dergelijke gegevens (IMEI-nummer) kunnen uit de volledige historische gegevens van een telefoonnummer blijken. Daarnaast zou op basis van de historische gegevens natuurlijk ook kunnen worden gekeken of er gegevens zijn die het beeld dat bepaalde telefoonnummers ‘gelijk op gaan’ doorbreken of minder aannemelijk maken. Eerder wees ik ook al op de kwetsbaarheden ten aanzien van uitgewerkte opgenomen gesprekken. Klopt de schriftelijke uitwerking, is de te horen emotie of intonatie van belang bij de interpretatie van de gesprekken, zijn er meer gesprekken geweest die de geselecteerde en aan het dossier gevoegde gesprekken in een bepaalde context plaatsen? Ook

als daarvan later in een procedure blijkt, is het bijzonder moeilijk het reeds bestaande belastende beeld dat het procesdossier tot dan toe opriep bij te stellen.<sup>22</sup> Daarbij realiseer ik mij dat ook als die mogelijkheden wel bestaan, dit niet steeds zal betekenen dat rechters niet toch tot een bewezenverklaring zullen komen. Bij verdenkingen die grotendeels zijn gebaseerd op een interpretatie van gegevens meen ik echter dat er een daadwerkelijke mogelijkheid moet zijn die interpretaties te betwisten, eventuele zwakheden in de keten van belastend gepresenteerde gegevens bloot te leggen of zelfs te komen met een alternatieve interpretatie die eveneens kan worden ondersteund door technische data. En die mogelijkheden bestaan alleen indien aan onderliggende gegevens – die niet, althans niet volledig, tot de processtukken worden gerekend – onderzoek kan worden gedaan en inspraak bestaat in de samenstelling van de stukken waarop de rechter zal rechtspreken. Daarbij wijs ik er ook op dat wetgever in het thans lopende moderniseringstraject van het Wetboek van Strafvordering een dergelijk belang wel onder ogen heeft gezien ten aanzien van audiovisuele reconstructies. Die zouden zeer verhelderend zijn en de overtuiging kunnen beïnvloeden, maar een kritische beoordeling vergen omdat ze het risico in zich dragen een bepaald scenario eenzijdig te belichten. In de Contourennota wordt daarom een wettelijke regeling voorgesteld waarin het presenteren van een dergelijke reconstructie op zitting – én inspraak daarin van de andere procespartij – wordt geregeld.<sup>23</sup> Ik zie processen-verbaal voorbijkomen die qua ‘verhelderendheid’ en het in beeld brengen van een bepaald scenario niet heel veel onderdoen voor een dergelijke reconstructie. Het ligt ten aanzien daarvan niet minder voor de hand echt inspraak van de verdediging mogelijk te maken.

Dat brengt mij op het meer praktische probleem: tot die onderliggende gegevens wordt niet zonder meer toegang gegeven. De wettelijke mogelijkheden om de verdediging geen kennis te laten nemen van gegevens die de officier van justitie zelf ook wel relevant acht, laat ik hier – hoewel interessant – verder buiten beschouwing. Zoals we al hebben gezien kan ook niet altijd volledig inzage in de onderliggende gegevens worden geboden omdat in de verwerking daarvan ten behoeve van het opsporingsonderzoek al een zekere selectie tussen relevante en niet-relevante gegevens plaatsvindt en volledige uitwerking van niet-relevant geachte gegevens uitblijft.<sup>24</sup> Dat is een probleem, dergelijke gegevens kunnen zonder alsnog de inzet van opsporingscapaciteit niet meer makkelijk inzichtelijk worden gemaakt terwijl de verdediging ook niet zonder meer een selectie kan geven van de uitwerking van welke gegevens nog relevant kan zijn voor de zaak. Verzoeken daartoe worden dan al snel een ‘fishing expedition’ en bovendien is het vissen in een vijver waarin mogelijk helemaal niks zwemt, daar zit niemand op te wachten. Een dergelijk probleem speelt bijvoorbeeld bij niet-uitgewerkte tagesprekken, waarbij – indien toegang tot het audiomateriaal wordt gegeven – de verdediging

---

22 Ten aanzien van schriftelijke getuigenverklaringen (en de *de auditu-* jurisprudentie die in het moderniseringstraject moet worden gecodificeerd) wijzen ook Dubelaar en Ten Voorde op de daartegen bestaande bezwaren: “Over het gebrek aan onmiddellijkheid is de nodige discussie gevoerd. Vanuit de rechtspsychologische literatuur is aangevoerd dat het grote accent op het papieren procesdossier psychologische mechanismen als belief perseverance en confirmation bias (populair gezegd: tunnelvisie) zou uitlokken. Ook juristen hebben gewezen op het verminderd belang van het ‘onderzoek’ ter terechtzitting, dat vooral gericht zou zijn op verificatie en te weinig op falsificatie. De rechter zou onvoldoende activiteiten ontplooiën om het bewijsmateriaal aan een grondig onderzoek te onderwerpen door de oorspronkelijke bron zelf aan de tand te voelen.” M.J. Dubelaar en J.M. ten Voorde, ‘Toekomst voor de actieve zittingsrechter?’, *Expertise en recht*, 2016-1. Dezelfde bezwaren bestaan mijns inziens ten aanzien van de wijze van presenteren van het door mij beschreven materiaal.

23 Contourennota en begeleidende brief van de minister van Veiligheid en Justitie d.d. 30 september 2015 (*Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278, p. 107).

24 Op de capaciteitsaspecten van de opsporing wijst ook Ferdinandusse in zijn recente bijdrage aan *Strafblad*, waarin hij schrijft: “Het OM moet steeds opnieuw een inschatting maken wanneer genoeg onderzoek is gedaan om tot een voldragen rechterlijk oordeel te komen, gelet op de beperkte middelen die er zijn, is efficiëntie noodzakelijk en hoort het OM geen onnodig onderzoek te gelasten”. W. Ferdinandusse, ‘De actieve rechter’, *Strafblad* 2018/2.

dan urenlang luisterplezier zal hebben, mogelijk zonder enig resultaat. Een dergelijk probleem speelt vaak ook bij historische gegevens, die zonder de juiste software niet de benodigde informatie weergeven. Het gaat dan over ruwe data, waaruit qua plaatsbepaling bijvoorbeeld coördinaten kunnen worden afgeleid in plaats van adressen van aangestraalde zendmasten. Zonder de juiste technische faciliteiten kan de verdediging daar niets mee. En dat is vaak het punt, veel officieren van justitie zijn heus bereid de verdediging tegemoet te komen en onderliggende data te verstrekken, maar die bereidwilligheid houdt ook vaak al snel op indien zich dergelijke praktische problemen bij het doen van onderzoek naar die data voordoen.<sup>25</sup> De rechter-commissaris of zittingsrechter zal er dan aan te pas moeten komen, waarbij de discussie vaak verzand in de vraag of de verdediging alles in aanmerking genomen wel recht heeft op kennisname en verstrekking van de verzochte gegevens. En de beantwoording van die vraag is nog niet zo heel makkelijk.

### 3. Nederlandse regelgeving, jurisprudentie en praktijk

Dat alles gezegd hebbende is het tijd te kijken naar waar de verdediging eigenlijk recht op heeft. De toegang van de verdediging tot onderzoeksbevindingen en de mogelijkheden tot het beïnvloeden van de omvang van het dossier zijn in de Nederlandse strafrechtpraktijk niet heel overzichtelijk of eenduidig geregeld. Dat heeft er mee te maken dat regelgeving, jurisprudentie en praktijk zich in de afgelopen (ruwweg) 25 jaar hebben ontwikkeld en in de rechtspraak ontwikkelde uitgangspunten en definities zijn gecodificeerd. Beschreven zullen worden de huidige algemene regels in het vooronderzoek (of: tijdens het opsporingsonderzoek), de regels met betrekking tot de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden en de regels vanaf het onderzoek ter terechtzitting. Daarbij kan niet onbesproken blijven dat op dit moment een vrij grootschalig wetgevingstraject loopt onder de naam: Modernisering Wetboek van Strafvordering. Voor zover er wijzigingen zijn voorgesteld die (mogelijk) invloed hebben op de in dit stuk signaleerde problemen, zullen deze eveneens worden beschreven.

#### 3.1. *Het opsporingsonderzoek (algemeen) en de rechter-commissaris*

In 2013 is een wetwijziging doorgevoerd waardoor wettelijk is geregeld dat de officier van justitie tijdens het opsporingsonderzoek verantwoordelijk is voor de samenstelling van de processtukken (het huidige artikel 149a Sv). Tegelijkertijd is een definitie van ‘processtukken’ opgenomen in het Wetboek van Strafvordering, blijkens artikel 149a Sv behoren ‘alle stukken die voor de ter terechtzitting door de rechter te nemen beslissingen redelijkerwijs van belang kunnen zijn tot de processtukken’. Van belang bij de samenstelling is dus niet of een stuk door de officier van justitie in het dossier is gevoegd, maar of het stuk aan het genoemde criterium voldoet. Eerder bepaalde de Hoge Raad dat voor zover het gaat om stukken die van invloed kunnen zijn op het bewijs, in het dossier dienen te worden gevoegd ‘alle stukken die redelijkerwijze van belang kunnen zijn hetzij in voor de verdachte belastende hetzij in voor hem ontlastende zin’. Daarbij bepaalde de Hoge Raad ook dat beginselen van een behoorlijke procesorde meebrengen dat de verdediging in beginsel de kennisneming van documenten – niet zijnde processtukken – die van belang zijn voor de beoordeling van de betrouwbaarheid of rechtmatigheid van de verkrijging van bewijsmateriaal niet mag worden onthouden, omdat een verweer over de onbetrouwbaarheid of onrechtmatigheid dient te kunnen worden onderzocht. Een absoluut recht betrof dit echter niet.<sup>26</sup> Deze beginselen werden met de definitie van het huidige art. 149a Sv in de wet opgenomen. De defini-

<sup>25</sup> De complicatie dat advocaten die data vaak ook nog samen met hun voorlopig gehechte cliënt willen bestuderen en bespreken en de problemen die dat oplevert, laat ik hier nog maar even buiten beschouwing.

<sup>26</sup> HR 7 mei 1996, NJ 1996, 687 (*Dev Sol*).



tie van het begrip ‘processtukken’ is van belang omdat de rechten en mogelijkheden van de verdediging daar in verregeande mate aan zijn gekoppeld. Zo kan de verdachte op grond van art. 30 Sv tijdens het vooronderzoek kennisneming van de processtukken verzoeken aan de officier van justitie, op grond van artikel 32 Sv worden (in beginsel) ook afschriften van de processtukken verstrekt. Deze mogelijkheden bestaan niet ten aanzien van materiaal dat niet tot de processtukken wordt gerekend. In de artikelen 30 Sv en 32 Sv worden ook de bevoegdheden tot het (tijdelijk) onthouden van processtukken geregeld, deze bevoegdheden staan in deze bijdrage echter niet centraal.

Van belang is nog artikel 34 Sv, welk artikel bij de invoering daarvan in 2013 werd gezien als versterking van de positie van de verdediging ten aanzien van stukken. Op grond van dit artikel kan de verdediging de officier van justitie gemotiveerd verzoeken specifieke stukken die van belang worden geacht voor de beoordeling van de zaak bij de processtukken te voegen. Met het oog op de onderbouwing van een dergelijk verzoek kan tevens worden verzocht kennis te nemen van stukken die niet in het bezit zijn van de verdediging. Dat is een belangrijke waarborg, via deze mogelijkheid kan de verdediging onderzoeken of bepaalde gegevens van belang zijn voor bijvoorbeeld het beoordelen van de volledigheid en juistheid van (de interpretatie van) zich wel in het procesdossier bevindende gegevens. Door daarvan kennis te nemen kan de verdediging motiveren waarom deze gegevens van belang zijn en als processtukken zouden moeten worden aangemerkt, waardoor een inhoudelijk debat over de relevantie kan plaatsvinden. De voeging van stukken op verzoek van de verdediging kan door de officier van justitie echter worden geweigerd, niet alleen indien bepaalde belangen (artikel 187d Sv) zich tegen voeging verzetten, maar ook indien de stukken naar het oordeel van de officier niet als processtukken kunnen worden aangemerkt. Dat geldt op basis van het huidige lid 4 van artikel 34 Sv ook voor het kennisnemen van stukken (ter onderbouwing van een verzoek tot voeging). De officier van justitie behoeft daartoe wel een machtiging van de rechter-commissaris. Los van de belangen zoals genoemd in artikel 187d Sv die zich kunnen verzetten tegen kennisneming van bepaalde informatie door de verdediging, laat deze bepaling zich moeilijk begrijpen. De waarborg die in het tweede lid wordt geboden wordt daarmee immers nagenoeg een lege huls. De verdediging kan redenen hebben de relevantie van bepaalde gegevens te onderzoeken en op basis van dat onderzoek vervolgens gemotiveerd te verzoeken die gegevens te voegen, indien de officier van justitie dergelijk onderzoek kan weigeren omdat deze al heeft geoordeeld dat de gegevens geen processtukken zijn (oftewel: niet aan het relevantiecriterium voldoen), dan staat de verdediging nog altijd met lege handen. Het valt ook niet goed in te zien wat de meerwaarde is van de door de rechter-commissaris te verlenen machtiging om die kennisname te weigeren, de verdediging zal immers nog geen onderbouwd verzoek tot voeging van stukken (kunnen) hebben gedaan en juist toegang tot stukken hebben gevraagd om de relevantie van die stukken te onderbouwen. De beslissing om een machtiging te verlenen is aldus in deze situatie niet gebaseerd op een inhoudelijk standpunt van zowel de officier van justitie als de verdediging, althans staat de verdediging in de mogelijkheden van het formuleren van een dergelijk standpunt 1-0 achter. Op een dergelijk ontbreken van een rol voor de verdediging wijst ook Borgers ten aanzien van de procedure om relevante stukken achter te houden (artikel 149b Sv) en stelt dat een bijdrage van de verdediging voor de beoordeling door de rechter-commissaris van belang kan zijn, bijvoorbeeld doordat hij zicht krijgt op de (voorlopige) procesopstelling van de verdediging.<sup>27</sup> De noodzaak om relevante stukken buiten het dossier te houden, kan aldus volgens

---

27 M.J. Borgers, ‘De rechterlijke toetsing ter zake van het permanent niet-voegen van relevante stukken in het dossier’ in: *Het roer recht (liber amicorum W.H. Vellinga & F. Vellinga-Schootstra)*. A. Dijkstra, B. F. Keulen & G. Knigge, (eds.), 2013 Zutphen: Paris, p. 43-55.

Borgers niet volkomen los worden gezien van het verdedigingsbelang nu dit belang rechtstreeks samenhangt met het recht op een eerlijk proces. Dat verdedigingsbelang zie ik juist ook in de mogelijkheid toegang te krijgen tot niet-relevant geacht materiaal om de mogelijke relevantie vanuit verdedigingsperspectief te beoordelen. Hoewel uit de parlementaire geschiedenis valt op te maken dat het belang van de verdediging bij niet alleen kennisneming van de door justitie relevant geachte informatie maar ook bij inspraak in de samenstelling van het dossier door de wetgever is onderkend<sup>28</sup>, is die inspraak in de destijds aangenomen regeling niet geheel uit de verf gekomen. Deze huidige regeling omtrent het kennisnemen en afschrift krijgen van processtukken – inclusief de beperkte mogelijkheden die bestaan ten aanzien van niet als processtukken aangemerkte stukken – wordt in het lopende moderniseringstraject niet gewijzigd<sup>29</sup>, wat op zijn minst – en vooral gelet op het toekomstbestendig maken van onze strafvordering – als een gemiste kans moet worden gezien.

### 3.2. *Het opsporingsonderzoek (bijzondere opsporingsbevoegdheden)*

Van belang is nog dat de zojuist besproken regeling ten aanzien van processtukken niet van toepassing is op gegevens die zijn verkregen door de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden.<sup>30</sup> Zoals beschreven geldt ten aanzien van veel van de in dit artikel centraal staande gegevens dat voor de verkrijging daarvan bijzondere opsporingsbevoegdheden worden ingezet. Voorafgaand aan de inwerkingtreding van de huidige artikelen 30 Sv t/m 34 Sv, was al voorzien in een waarborg voor openbaarheid van de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden.<sup>31</sup> De officier van justitie voegt op basis van artikel 126aa Sv processen-verbaal en andere voorwerpen waaraan gegevens kunnen worden ontleend die zijn verkregen door de uitoefening van bijzondere opsporingsbevoegdheden, voor zover die voor het onderzoek in de zaak van betekenis zijn, bij de processtukken. Het gaat daarbij om de inhoudelijke resultaten van dergelijke opsporingsbevoegdheden.<sup>32</sup> Indien naar het oordeel van de officier van justitie de inzet van een bevoegdheid geen voor het onderzoek relevant gegevens heeft opgeleverd, dan wordt op basis van artikel 126aa lid 4 Sv wel melding gemaakt van de inzet van de bevoegdheid. Op basis van het vijfde lid kan de verdediging de officier van justitie verzoeken bepaalde aangeduide processen-verbaal of andere voorwerpen bij de processtukken te voegen. Deze redactie van artikel 126aa Sv roept de vraag op in hoeverre er nu überhaupt ruimte is om slechts een selectie van door bijzondere opsporingsbevoegdheden verkregen gegevens in het dossier te voegen – bijvoorbeeld door omtrent slechts die geselecteerde gegevens proces-verbaal op te maken. Duidelijk zal zijn dat indien een proces-verbaal is opgemaakt omtrent de (wijze van) verkrijging van dergelijke gegevens, dit proces-verbaal als processtuk heeft te gelden en ook wel aan de verdediging kenbaar zal worden gemaakt. Het gaat daarbij om de klassieke processen-verbaal waarin wordt beschre-

28 *Kamerstukken II*, 2009/10, 32468, nr. 3, p. 7.

29 Contourennota en begeleidende brief van de minister van Veiligheid en Justitie d.d. 30 september 2015 (*Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278, p. 63). Wat overigens bevreemdt aangezien die regeling al voorafgaand aan en kort na de invoering daarvan kritisch werd bekeken, zie daarover onder andere: M.J. Borgers, 'De rechterlijke toetsing ter zake van het permanent niet-voegen van relevante stukken in het dossier' in: *Het roer recht (liber amicorum W.H. Vellinga & F. Vellinga-Schootstra)*. A. Dijkstra, B. F. Keulen, & G. Knigge, (eds.). 2013 Zutphen: Paris, p. 43-55.

30 Zie daarover bijvoorbeeld de beschikking van een Amsterdamse rechter-commissaris die zich ten aanzien van stukken (historische gegevens) verkregen door bijzondere opsporingsbevoegdheden onbevoegd achtte de officier van justitie een termijn te stellen zoals bedoeld in artikel 34 lid 3 Sv: Rb. Amsterdam 26 juli 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5180.

31 Dit heeft een formele en een materiele component; openbaarheid stelt de procesdeelnemers in staat de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek te toetsen, maar stelt de procesdeelnemers ook in staat het verkregen inhoudelijke materiaal en de kwaliteit daarvan te beoordelen en hun procespositie hierop af te stemmen. A. Verbruggen, SDU Commentaar Strafvordering, commentaar op artikel 126aa Sv, C1.

32 T. Blom, *Tekst & Commentaar Strafvordering*, aant. 4 op artikel 126aa Sv.

ven welke opsporingsmethode is gebruikt en welke relevante informatie daarmee is verkregen. Die processen-verbaal zullen niet snel worden ‘achtergehouden’ en hoeven niet nog eens op verzoek van de verdediging bij de processtukken te worden gevoegd.<sup>33</sup> Dat zou alleen anders zijn indien de verdediging er toevalligerwijs achter komt dat een dergelijk proces-verbaal zich niet in het dossier bevindt. Artikel 126aa Sv is natuurlijk ook nog van voor het écht digitaal opsporen- tijdperk en bij de inwerkingtreding van dit artikel zal niet gedacht zijn aan de huidige processen-verbaal van bevindingen waarin tal van door bijzondere opsporingsbevoegdheden verkregen data worden gecombineerd en geanalyseerd. Evenwel zijn ook dát processen-verbaal waaraan gegevens kunnen worden ontleend die door dergelijke opsporingsbevoegdheden zijn verkregen, dus ook de in het vijfde lid geregelde inspraak van de verdediging is op deze processen-verbaal van toepassing. Die (belastende) processen-verbaal heeft de verdediging echter al, de verdediging wil juist toegang tot de onderliggende (mogelijk) relevante gegevens. Een dergelijke vorm van inspraak kan aan de letter van wet niet worden ontleend. Voor zover de voegingsverplichting ziet op ‘andere voorwerpen’ waaraan gegevens kunnen worden ontleend die door bijzondere opsporingsbevoegdheden zijn verkregen, zou met een welwillende lezing kunnen worden beredeneerd dat op grond van deze redactie de onderliggende gegevens waarop een proces-verbaal is gebaseerd – opgeslagen op een voorwerp zoals bijvoorbeeld een gegevensdrager – op verzoek van de verdediging als processtuk kan worden aangemerkt en de officier van justitie daar een beslissing op moet nemen. Daarbij zou dan wederom worden uitgekomen bij een debat over de relevantie van de gegevens voor het onderzoek<sup>34</sup> en bij de beperking dat de verdediging ter onderbouwing van die relevantie van de gegevens geen kennis kan nemen. Een vergelijkbare mogelijkheid daartoe te verzoeken zoals in artikel 34 Sv wordt geboden, bestaat ten aanzien van door bijzondere opsporingsbevoegdheden verkregen gegevens niet. Evenmin is er bij een weigering door de officier van justitie de verzochte gegevens bij de processtukken te voegen het vereiste daarvoor een machtiging van de rechter-commissaris te verkrijgen. Dat het gevaar van een (niet op basis van een inhoudelijk debat en door een rechter getoetste) afwijzing van een verzoek van de verdediging op basis van de cirkelredenering dat het verzochte materiaal niet relevant is op de loer ligt, schrijft ook Blom in zijn commentaar op dit artikel.<sup>35</sup>

De mogelijkheden van de verdediging om toegang te verkrijgen tot niet-relevant geachte gegevens zijn in deze regeling dus zeer summier en beperkter nog dan de mogelijkheden ten aanzien van niet door bijzondere opsporingsbevoegdheden verkregen onderzoeksinformatie. Bij de inwerkingtreding van de eerder genoemde artikelen 30 Sv t/m 34 Sv in 2013 is niet voorzien in een regeling om artikel 126aa Sv daarmee in conformiteit te brengen, waardoor nu twee verschillende kaders bestaan ten aanzien van toegang tot onderzoeksresultaten afhankelijk van hoe die resultaten zijn verkregen. Het eerdergenoemde moderniseringstraject beoogt het aantal bijzondere opsporingsbevoegdheden terug te brengen en de regeling overzichtelijker te maken, maar er zijn geen inhoudelijke wijzigingen van het huidige art. 126aa Sv of de mogelijkheden van toegang van de verdediging tot verkregen materiaal

33 Deze terminologie is inmiddels sowieso minder juist aangezien sinds de inwerkingtreding van artikel 149b Sv een stuk een processtuk is indien het aan het relevantiecriteria voldoet en niet slechts als het ‘gevoegd’ is door de officier van justitie. Artikel 126aa lid 5 Sv zal inmiddels wel zo moeten worden opgevat dat de verdediging kan aangeven welke aangeduide processen-verbaal of voorwerpen als processtukken moeten worden aangemerkt.

34 Uit de parlementaire geschiedenis van de huidige regeling kennisneming processtukken blijkt dat de relevantie zoals genoemd in artikel 126aa Sv dezelfde invulling heeft als de toen voorgestelde en in 2013 als artikel 149a Sv in werking getreden definitie van ‘processtukken’ (het huidige relevantiecriteria). *Kamerstukken II*, 2009/10, 32 468, nr. 3, p. 17.

35 T. Blom, *Tekst & Commentaar Strafvordering*, aant. 9 op artikel 126aa Sv.

voorgesteld. De mogelijkheden van de verdediging zullen dus ook in de nabije toekomst niet toenemen. Dat is jammer, waarbij ik ook meen dat het tenminste voor de hand had gelegen de redactie van art. 126aa Sv aan te passen in die zin dat daarin niet meer gesproken wordt over het ‘voegen van stukken bij de processtukken’. Dat is immers sinds 2013 al niet meer aan de orde (iets is een processtuk, of niet) en heeft bovendien een praktisch bezwaar. Indien de verdediging namelijk toegang wil tot door bijzondere opsporingsbevoegdheden verkregen gegevens, ligt het helemaal niet zo voor de hand dat beslist moet worden of deze bij de processtukken worden gevoegd. Dat zou namelijk direct – ook als enkele gegevens uit het geheel aan data maar relevant zijn – voor een enorme toename van de dossieromvang zorgen en zou betekenen dat ook de rechters die gegevens moeten bestuderen. Het faciliteren van toegang tot gegevens met een mogelijkheid een door de verdediging relevant geacht deel toe te voegen aan het dossier, lijkt voor een ieder efficiënter.<sup>36</sup>

### 3.3. *Het onderzoek ter terechtzitting*

Met het voorgaande is duidelijk wat de rol van officier van justitie is ten aanzien van de samenstelling van het procesdossier en is duidelijk welke rol de verdediging en de rechter-commissaris in het vooronderzoek kunnen vervullen. Op enig moment echter vangt het onderzoek ter terechtzitting aan, zijn er vanaf dat moment nog mogelijkheden voor de verdediging om inspraak te hebben in de samenstelling van het dossier en – daartoe niet onbelangrijk- om toegang te krijgen tot onderliggend materiaal dat mogelijk relevant is?

Aangenomen moet worden dat vanaf het moment van uitbrengen van een dagvaarding de zittingsrechter verantwoordelijk is voor de volledigheid van het onderzoek en dus voor de samenstelling van het procesdossier.<sup>37</sup> In deze gedingfase bestaat geen overeenkomstige regeling zoals die ten aanzien van (proces)stukken is neergelegd in de beschreven artikelen 30 Sv t/m 34 Sv, de wet bepaalt slechts dat de zittingsrechter de overlegging van ‘bescheiden of stukken van overtuiging die niet op de terechtzitting aanwezig zijn’ beveelt wanneer de noodzaak van die overlegging blijkt (artikel 315 Sv). Problematisch hierbij is dat de noodzaak vanuit het perspectief van de zittingsrechter beoordeeld zal worden; acht de zittingsrechter het gelet op de door hem te nemen beslissingen noodzakelijk van nadere stukken kennis te nemen en deze in het dossier te voegen? Dat is iets (geheel) anders dan dat beoordeeld wordt of de verdediging belang heeft bij voeging van bepaalde stukken – laat staan of de verdediging ter onderbouwing van een verzoek toegang dient te krijgen tot het onderzoeksmateriaal.

Blom wijst er dan ook op dat tijdens de zittingsfase een eerdere afwijzende beslissing van de officier van justitie omtrent het toevoegen van stukken aan het dossier kan worden gecor-

---

36 Dat dergelijke verzoeken konden zorgen voor de toename van het dossier met allerlei niet-relevante gegevens (waaronder ook persoonsgegevens van anderen dan de verdachte) zag de wetgever in 2009-2010 al in, maar zag af van het benutten van de kans dat meteen bij de wijziging van de regeling kennismaking processtukken te wijzigen. *Kamerstukken II 2009/10, 32468, nr. 3, p. 18.* Dit terwijl juist ten aanzien van de in te voeren artikelen 30 Sv t/m 34 Sv werd overwogen dat de mogelijkheid van de verdediging om stukken als processtukken aangemerkt te krijgen geen ‘fishing expedition’ mocht worden en dus werd geregeld dat de verdediging eerst inzage kon vragen om de relevantie van stukken te beoordelen en een onderbouwd verzoek te doen dat niet zou afstuiten op het argument dat onvoldoende is aangegeven welke specifiek omschreven stukken de verdediging als relevant voor de beoordeling van de zaak aan het dossier gevoegd wilde hebben. *Kamerstukken II 2009/10, 32468, nr. 3, p. 27.* Een dergelijke waarborg tegen een het uitoefenen van een ‘fishing expedition’ en ten behoeve van het behoorlijk kunnen onderbouwen van verzoeken, is er ten aanzien van door bijzondere opsporingsbevoegdheden verkregen informatie niet gekomen.

37 *Kamerstukken II 2009/10, 32468, nr. 6, p. 22* en ook Borgers in M.J. Borgers, ‘De rechterlijke toetsing ter zake van het permanent niet-voegen van relevante stukken in het dossier’ in: *Het roer recht (liber amicorum W.H. Vellinga & F. Vellinga-Schootstra)*. A. Dijkstra, B.F. Keulen & G. Knigge (eds.). 2013 Zutphen: Paris, p. 43-55.

rigeerd, maar het noodzaakscriterium deze procedure minder geschikt maakt als sluitstuk van hetgeen artikel 126aa Sv<sup>38</sup> beoogt te garanderen. Hij merkt op dat een regeling met een lichter criterium wellicht noodzakelijk is, mede gelet op het feit dat het systeem zich ertegen lijkt te verzetten dat de officier van justitie de zittingsrechter informatie verschafft die niet voor de verdediging beschikbaar is.<sup>39</sup> Dat geldt natuurlijk in het bijzonder ten aanzien van materiaal dat wel relevant wordt geacht maar de verdediging (nog) niet ter kennis mag komen. Mijs inziens brengt dit systeem ook mee dat bij een verzoek van de verdediging om stukken aan het dossier toe te voegen wegens de relevantie daarvan, de officier van justitie de zittingsrechter die stukken niet kan laten inzien om de niet-relevantie daarvan te bepleiten. Borgers wijst er (in het kader van achtergehouden stukken) op dat de verdediging ex artikel 328 jo. 315 Sv formeel wel een verzoek kan doen aan de zittingsrechter, maar dat dan de problemen beginnen aangezien de zittingsrechter – anders dan de rechter-commissaris – de stukken niet kan inzien. Ook hij geeft aan dat dit volgt uit het beginsel van interne openbaarheid, de zittingsrechter mag geen informatievoorsprong hebben op de overige procesdeelnemers.<sup>40</sup> Met het voorgaande lijkt de verdediging in de zittingsfase in beginsel geen toegang te kunnen worden verleend tot niet tot het procesdossier behorend materiaal, althans beslist de zittingsrechter niet dat die toegang wel moet worden verleend. Deze toetst slechts de noodzaak van het overleggen van stukken, waarbij een daadwerkelijk inhoudelijk debat over de relevantie van stukken – juist gelet op het feit dat de verdediging (en rechter!) daarvan geen kennis heeft kunnen nemen – niet kan plaatsvinden.

Complicerende factor hierbij is dat de verdediging in het vooronderzoek wel enkele (mijs inziens ook te weinig afdwingbare) mogelijkheden heeft toegang te verkrijgen tot onderzoeksmateriaal en inspraak te hebben in de samenstelling van het dossier, maar dat deze fase in iets ernstigere zaken al snel voorbij is. In zaken waarin de verdachte zich in voorlopige hechtenis bevindt moet immers binnen de 90 dagen van de gevangenhouding het onderzoek ter terechtzitting aanvangen, gelet op het feit dat het (opsporings)onderzoek dan vaak nog niet afgerond is zal dit meestal een pro-forma zitting betreffen. Formeel heeft vanaf dat moment de zittingsrechter de regie over de zaak, hetgeen de vraag oproept wat vanaf dat moment nog de rol van de verdediging en de rechter-commissaris kan zijn en überhaupt of er nog aan wensen tot toegang tot onderzoeksmateriaal van de verdediging tegemoet kan worden gekomen (en hoe)? In de rechtspraak is daar geen eenduidig antwoord op te vinden.<sup>41</sup>

De Hoge Raad liet zich ten aanzien van onderzoekshandelingen van de rechter-commissaris in maart 2015 al uit over de vraag of die bij (de aankondiging van) dagvaarding nog doorgang konden vinden. Daarbij werd duidelijk dat gelet op de door de zittingsrechter overgenomen regie na dagvaarding het op grond van de artikelen 181-183 Sv al lopende onder-

---

38 Hetzelfde kan gezegd worden van hetgeen artikel 34 Sv beoogt te garanderen.

39 T. Blom, *Tekst & Commentaar Strafvordering*, aant. 9 op artikel 126aa Sv.

40 Dat kan ook worden afgeleid uit de spiegelbeeldige situatie waarin het OM in de zittingsfase nog belastende stukken aan het dossier wenst toe te voegen, waartoe in beginsel ook een verzoek aan de zittingsrechter moet worden gedaan (en waarbij de complexiteit van de zaak en het stadium waarin de procedure zich bevindt als factoren worden meegewogen). Reijntjes schrijft daarover in zijn noot bij HR 16 november 1999, *NJ* 2000, 214: “Rest de vraag of stukken ook mogen worden geweigerd omdat zij relevantie missen. Ik meen van wel; er is wat dat betreft geen verschil met het stellen van vragen. Kan de rechter dat dan beoordelen, zo lang hij de stukken niet heeft gezien? Ja, hij kan dat afleiden uit wat verdediging of OM (desgevraagd) over de inhoud van de aangeboden stukken mededelen. Maar doorgaans niet uit de aard, en zeker niet uit de inhoud, van de stukken zelf; daar heeft hij nog geen kennis van genomen!”

41 Hoewel de artikelen 30 Sv t/m 34 Sv alweer ruim 5 jaar in werking zijn, is hier sowieso bijzonder weinig jurisprudentie over verschenen.

zoek nog kan worden afgerond, maar voor nieuwe verzoeken en beslissingen op basis van die artikelen geen plaats is.<sup>42</sup> Die duidelijkheid is er ten aanzien van verzoeken van de verdediging tot toegang tot onderliggend onderzoeksmateriaal, dan wel het aanmerken van bepaald materiaal als processtukken en de (machtigings-)rol van de rechter-commissaris daarbij niet. In het huidige moderniseringstraject is voorgesteld de regel dat het onderzoek ter terechtzitting binnen 90 dagen dient aan te vangen af te schaffen en in plaats daarvan de raadkamer periodiek de voorlopige hechtenis te laten toetsen. Dit zou het hiervoor geschetste probleem ondervangen doordat de mogelijkheden die in het vooronderzoek bestaan en de betrokkenheid van de rechter-commissaris daarbij, langer kunnen worden benut. Evenwel zal op enig moment toch het onderzoek ter terechtzitting een aanvang moeten nemen en bestaat dan in feite nog altijd dezelfde vraag: kan de verdediging nog verzoeken specifieke stukken aan het dossier toe te voegen en (in het bijzonder) een beroep doen op het verkrijgen van toegang tot onderzoeksmateriaal daartoe? En: waar moet de verdediging aankloppen? De parlementaire geschiedenis omtrent het achterhouden van wel relevante informatie geeft een vingervijzing. Borgers wijst in dat kader op de invulling van de wetgever van de voorgestane toetsing door zittingsrechter van een verzoek tot het overleggen van achtergehouden stukken, namelijk dat opnieuw de procedure van art. 149b Sv wordt geïnitieerd. Dat zou dus betekenen dat bij een verzoek aan de zittingsrechter opnieuw de rechter-commissaris wordt ingeschakeld om een oordeel te geven, waarbij hetgeen tijdens het onderzoek ter terechtzitting naar voren is gekomen mogelijk nieuw licht kan doen schijnen op de relevantie.<sup>43</sup> Of dat ten aanzien van de mogelijkheden die art. 34 Sv de verdediging biedt ook de voorgestane weg is, blijft (ook in het huidige moderniseringstraject) onduidelijk.

Twee bijdragen aan de discussie hieromtrent zijn interessant te bespreken omdat daarin twee verschillende te bewandelen wegen worden gekozen. In de eerste plaats is dat een art. van Koole, rechter-commissaris bij de Rb. Den Haag, waarin zij beschrijft dat de uit de parlementaire geschiedenis van de totstandkoming van artikel 34 Sv kan worden opgemaakt dat vanaf het aanhangig maken van de zaak ter terechtzitting de zittingsrechter beslist over verzoeken tot voeging van stukken maar dat hierdoor de ongewenste situatie ontstaat dat het niveau van de waarborgen voor de verdediging (welk niveau door de nieuwe artikelen 30 Sv t/m 34 Sv moest worden verbeterd) terug bij af is. Immers bestaat dan niet meer de toetsende rol van de rechter-commissaris ten aanzien van de voorgenomen weigering toegang te verschaffen tot onderzoeksmateriaal, dan wel de weigering stukken aan het dossier te voegen. Koole ziet juist in die rol van de rechter-commissaris een belangrijke waarborg geleid op de (ook uit de parlementaire geschiedenis af te leiden en door de wetgever beoogde) volle toets die de rechter-commissaris wel en de zittingsrechter niet kan uitoefenen.<sup>44</sup> De betekenis van artikelen 238 Sv en de uitspraak van de HR 3 maart 2015 zijn volgens haar niet zonder meer ook van toepassing op de regels rondom de (proces)stukken. Zij ziet een wezenlijk verschil tussen het (beslissen over en) verrichten van onderzoekshandelingen door de rechter-commissaris en meer waarborgende rol voor de mogelijkheden van de verdediging ten aanzien van toegang tot stukken. Bij het beslissen op onderzoekswensen kan

---

42 HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:505. Zie hierover ook: D.N. de Jonge en P.P.J. van der Meij, 'Ruis rondom regie: R-C, rechtbank, raadkamer?', *Strafblad* 2015-02, p. 93-102.

43 M.J. Borgers, 'De rechterlijke toetsing ter zake van het permanent niet-voegen van relevante stukken in het dossier' in: *Het roer recht (liber amicorum W.H. Vellinga & F. Vellinga-Schooistra)*. A. Dijkstra, B. F. Keulen & G. Knigge, (eds.). 2013 Zutphen: Paris, p. 43-55.

44 M. Koole, 'De processtukken en de pro-forma', *Strafblad* 2016-01, p. 63-66. Zoals besproken vind ik die rol zeker ten aanzien van het verzoek toegang te krijgen ter onderbouwing van verzoeken een te summere waarborg, maar goed er is in ieder geval een rechter bij betrokken.

de rechter-commissaris de zittingsrechter ook daadwerkelijk voor de voeten lopen, terwijl de zittingsrechter ten aanzien van volledigheid van het dossier altijd zelf verantwoordelijk blijft en altijd kan beslissen dat bepaalde stukken moeten worden overgelegd. De rol van de rechter-commissaris ten aanzien van de stukken is meer ondersteunend en waarborgend voor de uitoefening van de rechten van de verdediging. Met deze uitleg zou de verdediging dus ook na de aanvang van het onderzoek ter terechtzitting nog terecht kunnen bij primair de officier van justitie en kan de rechter-commissaris erop toezien dat tijdig beslist wordt op verzoeken en bij een voorgenomen weigering toegang te verlenen dan wel te voegen een volle toets uitoefenen. Ik begrijp de bijdrage van Koole zo dat dit dus ook zonder tussenkomst van de zittingsrechter zou kunnen, wat qua efficiëntie en doorlooptijden natuurlijk een praktische benadering is.

In de tweede plaats is er echter een aanpak van de Rechtbank Rotterdam, beschreven in een beslissing in een concrete zaak van 10 januari 2018.<sup>45</sup> In die zaak was door de verdediging aan de zittingsrechter als onderzoekswens inzage in, dan wel voeging van een groot aantal stukken in het procesdossier verzocht. De rechtbank acht zichzelf in deze fase verantwoordelijk voor de samenstelling van het procesdossier en gaat dan ook over tot de beoordeling of de noodzaak van de overlegging van niet ter terechtzitting aanwezige stukken is gebleken, het eerder beschreven artikel 315 Sv-criterium. Beschreven werd al dat deze procedure mogelijk niet voldoende tegemoetkomt aan de belangen van de verdediging, aangezien de noodzaak een strikt criterium is en bovendien de zittingsrechter geen kennis kan nemen van de stukken waarvan toegang/voeging is verzocht indien de verdediging die toegang niet ook heeft. De Rechtbank Rotterdam zou de Rechtbank Rotterdam niet zijn als voor beide punten geen praktische oplossing werd gezocht. Overwogen wordt ten eerste dat het strike noodzaaks criterium een belangrijke nuancering kent in de algemene beginselen van een behoorlijke procesorde die kunnen meebrengen dat de beoordeling plaatsvindt op basis van het verdedigingsbelang. In dit geval was de verdediging pas vanaf de verstrekking van het einddossier in de gelegenheid geweest het opsporingsonderzoek op compleetheid te beoordelen, waarin de rechtbank aanleiding ziet (beginsel van een redelijke en billijke belangenafweging) de artikelen 30 e.v. Sv analoog toe te passen. Daar valt zeker ten aanzien van artikel 34 Sv veel voor te zeggen, immers is in de eerste fase van het onderzoek de verdediging vaak nog helemaal niet duidelijk wat de totale omvang van de opsporingsactiviteiten is geweest. Pas bij verstrekking van het einddossier kan duidelijk worden dat bepaalde onderzoekshandelingen zijn verricht die volgens de officier van justitie niet tot relevante informatie hebben geleid en kan bij de verdediging de wens ontstaan te beoordelen of die informatie vanuit verdedigingsperspectief wel relevant kan zijn. Als het einddossier echter gereed is (na aanvang van het onderzoek ter terechtzitting), staat formeel echter de weg van art. 34 Sv al niet meer open. Het tweede bezwaar tegen de artikel 315 Sv-procedure (de rechter kan geen kennis nemen van informatie waar de verdediging geen toegang toe heeft) wordt door de rechtbank ook praktisch opgelost; immers wordt uiteindelijk aan de officier van justitie opdracht gegeven de verdediging inzage te bieden in een aantal omschreven stukken/gegevensdragers.<sup>46</sup> Ook daar is veel voor te zeggen, eerder merkte ik immers al op dat een beslissing tot voeging van stukken op verzoek van de verdediging (ex artikel 126aa Sv) niet de voorkeur verdient gelet op de toename van de omvang van het procesdossier. Het ligt meer voor de hand dat zowel officier van justitie als verdediging *toegang* hebben tot

<sup>45</sup> Rb. Rotterdam 10 januari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:660.

<sup>46</sup> De rechtbank lijkt hier ook geen onderscheid te maken tussen wel en niet door de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden verkregen informatie nu de beslissing tot het bieden van inzage ook ziet op DVD's met 'auto-sesies'. Het lijkt daarbij te gaan om opgenomen gesprekken, waarop in beginsel artikel 126aa Sv van toepassing is en niet de artikelen 30 Sv t/m 34 Sv.

dezelfde informatie en op basis van die toegang beide een selectie kunnen maken van door hen relevant geachte delen daarvan en die delen aan het dossier worden *gevoegd*. Dat lijkt de rechtbank hier ook voor ogen te staan nu de verdediging een termijn wordt gegeven om gebruik te maken van het inzagerecht en een zitting wordt gepland waarop op eventuele nadere onderzoekswensen (zoals het voegen van stukken) kan worden beslist. De rechtbank zet daarmee dus in feite een soort tussenstap voordat daadwerkelijk over het overleggen van bepaalde stukken wordt beslist. Dat is dan ook meteen de kritische kanttekening bij deze benadering, formeel voorziet het toegepaste artikel 315 Sv niet in deze tussenstap.

#### 3.4. **Conclusie Nederlandse regelgeving en praktijk**

De in de vorige paragrafen beschreven regelgeving en praktijk laat mijns inziens zien dat het belang van de verdediging bij inzage in onderzoeksmateriaal en inspraak in de samenstelling van het dossier weliswaar is onderkend, maar dit belang in de verschillende wettelijke regelingen die zien op toegang tot stukken niet goed uit de verf is gekomen. In het bijzonder kan aan artikel 34 Sv onvoldoende een recht op inzage in niet-relevant geacht materiaal worden ontleend en blijft de mogelijkheid bestaan dat die inzage niet wordt gegeven omdat materiaal vanuit het standpunt van de officier van justitie en rechter-commissaris niet relevant is. Dat blijft te veel een cirkelredenering die niet goed te begrijpen valt, immers met het verlenen van inzage (ervan uit gaande dat er geen belangen zijn die zich daartegen verzetten) verandert er nog niets aan het dossier. Het materiaal waar toegang toe wordt gevraagd hoeft nu juist niet direct aan het procesdossier te worden toegevoegd, er wordt alleen voorzien in een mogelijkheid voor de verdediging om de mogelijke relevantie te beoordelen en verzoeken tot voeging te onderbouwen. Wat mij betreft wordt – ook nu de huidige regelingen in het moderniseringstraject niet worden meegenomen – te weinig onderkend dat het er niet zo zeer om gaat of de verdediging een belang heeft bij verkrijgen van het materiaal waar toegang toe wordt gevraagd, het toegang krijgen en de mogelijke relevantie beoordelen vanuit verdedigingsperspectief is het (verdedigings-)belang.

Bovendien gelden er nog altijd verschillende kaders ten aanzien van op verschillende wijzen verkregen informatie en is de verhouding tussen officier van justitie, rechter-commissaris en zittingsrechter ten aanzien van stukken niet duidelijk geregeld. Dat is omslachtig omdat het voor de verdediging niet duidelijk is in welke fase bij welke instantie moet worden aangeklopt. In het beste geval acht een rechter-commissaris zichzelf na het aanvangen van de zitting bevoegd de verzochte machtiging tot het weigeren van inzage/voeging ten volle te beoordelen (zoals rechter-commissaris Koole zou doen) of ziet een zittingsrechter de ruimte zelf onder de noemer van artikel 315 Sv een inzagerecht toe te kennen (zoals de Rb. Rotterdam zou doen). In het slechtste geval echter wordt na aanvang van het onderzoek ter terechtzitting de strikte noodzaak van het overleggen van stukken beoordeeld, zonder dat de verdediging daarover daadwerkelijk een inhoudelijk debat kan voeren omdat de inzage is geweigerd.

#### 4. **EVRM en jurisprudentie EHRM**

Nu de Nederlandse situatie is besproken, is nog de vraag of aan het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM wellicht meer rechten kunnen worden ontleend. Zowel artikel 6 EVRM als artikel 14 IVBPR garanderen het recht op een eerlijk proces aan de verdachte van een strafbaar feit. Het recht op toegang tot onderzoeksinformatie komt in die artikelen niet expliciet tot uitdrukking, maar ligt daarin wel besloten. Het recht op toegang tot relevant materiaal kan worden afgeleid uit artikel 6 lid 3 onder b EVRM dat de verdachte 'adequate time and facilities for the preparation of his defence' garandeert. Maar kan ook



worden gezien als vereiste van de ‘fairness’ van de procedure an sich, zoals bedoeld in artikel 6 lid 1 EVRM. Daarnaast is voor het EHRM van belang in hoeverre er een procedure is voor het onthouden dan wel toevoegen van stukken aan het dossier en voornamelijk of de verdediging in die procedure een voldoende effectieve rol kan uitoefenen. De verschillende onderdelen zullen worden besproken om te bezien tot welk materiaal de verdediging toegang zou moeten hebben en op welke wijze.

#### 4.1. *Toegang als ‘requirement of fairness’*

Dat de verdediging toegang moet hebben tot de stukken is duidelijk, dat roept echter de vraag op: tot welke stukken? Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens geeft daar geen eenduidig antwoord op, door de jaren heen zijn er vele uitspraken geweest waaruit wel bepaalde definities zijn afgeleid. Oudere jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, in het bijzonder de uitspraak in de zaak *Edwards* tegen het Verenigd Koninkrijk, is daarbij nog altijd relevant. Het Europees Hof overwoog in 1992 in die zaak: “It is a requirement of fairness under paragraph 1 of Article 6 (art. 6-1) that the prosecuting authorities disclose to the defence all material evidence for or against the accused”.<sup>47</sup> In deze jurisprudentie is natuurlijk niet meteen duidelijk wat nu wel en wat nu niet moet worden geschaard onder (all) ‘material evidence’. Duidelijk is wel dat het zal moeten gaan om zowel het belastende als het ontlastende materiaal dat tijdens het onderzoek ter beschikking van justitie is gekomen (we zagen al dat dit in de Nederlandse jurisprudentie is overgenomen en thans het uitgangspunt is). In *Edwards* ging het in het bijzonder om daadwerkelijk ontlastend materiaal dat buiten het dossier was gehouden. Ingewikkeld wordt het natuurlijk – ook met deze definitie – indien kan worden gediscussieerd over de vraag of bepaalde gegevens als ontlastend voor de verdachte kunnen worden aangemerkt. Dat is juist ten aanzien van de gegevens die in dit stuk centraal staan zo van belang. Het gaat niet om gegevens waar evident het ontlastende karakter van blijkt, zoals bijvoorbeeld wel het geval is bij een ooggetuige die verklaart dat het niet de verdachte was die het feit pleegde. Ten aanzien van deze gegevens is nog niet zo makkelijk vast te stellen of ze belastend of ontlastend zijn. Natuurlijk kan het raadplegen van onderliggende technische gegevens, zoals historische gegevens van een telefoonnummer of kentekenregistraties, opleveren dat die telefoon of die auto op een voor de zaak relevant moment *niet* op de relevante plaats (zoals de plaats delict) was. Dat zou als ontlastend kunnen worden aangemerkt indien de stelling van de officier van justitie is dat de verdachte dat telefoonnummer of de auto met dat kenteken gebruikte. Omdat het vaak gaat om het analyseren van een enorme hoeveelheid data, kan ik mij zelfs wel voorstellen dat dergelijke informatie over het hoofd kan worden gezien. Het door de verdediging laten raadplegen van die gegevens heeft dan een direct aantoonbare meerwaarde, juist de verdediging zal erop gebrand zijn dergelijke gegevens op te sporen. Veel vaker echter zal het gaan om de vraag of gegevens relevant zijn voor de beoordeling van de door justitie gemaakte analyse van een deel van technische gegevens, zoals bijvoorbeeld de analyse van reisgegevens zoals ik die in het tweede hoofdstuk al heb beschreven. Het gaat dan meer om gegevens die aannemelijk zouden kunnen maken (of zelfs aantonen) dat een belastende conclusie die uit een dergelijke analyse zou moeten volgen, niet klopt. Dergelijk materiaal heeft dan dus invloed op de belastende uitleg die aan wel van de processtukken deel uitmakende informatie wordt gegeven. Met alleen de definitie dat al het materiaal moet worden gevoegd dat belastend dan wel ontlastend voor de verdachte is, komen we dus nog niet zo heel ver.

---

47 EHRM 16 december 1992, nr. 13071/87 (*Edwards/Het Verenigd Koninkrijk*).

In latere uitspraken – en dit waren zaken die gingen om de het achterhouden van informatie, de zogenaamde ‘non-disclosure’ zaken – plaatste het Europees Hof het ‘Edwards-criterium’ zelf in een wat bredere context en overwoog: “It is a fundamental aspect of the right to a fair trial that criminal proceedings, including the elements of such proceedings which relate to procedure, should be adversarial and that there should be equality of arms between the prosecution and defence. The right to an adversarial trial means, in a criminal case, that both prosecution and defence must be given the opportunity to have knowledge of and comment on the observations filed and the evidence adjusted by the other party.”<sup>48</sup> In die overweging gaat het dus voornamelijk om het recht kennis te kunnen nemen en vooral ook te reageren op wederzijds ingebrachte stukken. Relevant is nog wel de toevoeging dat elementen die zien op de procedure als onderdeel worden gezien van de strafrechtelijke procedure. Op die elementen hebben de vereisten van ‘adversariality’ en ‘equality of arms’ aldus ook betrekking. Ook materiaal dat ziet op de procedurele aspecten van de zaak zal in beginsel dus kenbaar moeten zijn aan de verdediging en daarop moet kunnen worden gereageerd, waarmee duidelijk is dat de verdediging bijvoorbeeld ook toegang moet hebben tot materiaal dat relevant is voor de beoordeling van de rechtmatigheid van overheidsoptreden. Vertaald naar de Nederlandse situatie betekent dit dat niet enkel stukken die direct van belang zijn voor het beantwoorden van de vraag of het feit bewezen kan worden verklaard relevant zijn, maar dat ook andere stukken de toets van het relevantiecriterium zouden moeten kunnen doorstaan. In de vorige paragraaf werd beschreven dat dat in de Nederlandse situatie ten aanzien van stukken die iets zouden kunnen zeggen over de rechtmatigheid van overheidsoptreden ook wel zo wordt gezien (artikel 126aa Sv).

Een volgende uitspraak die voor het bepalen van de omvang van het materiaal dat relevant kan zijn van belang is, is de uitspraak *Mirilashvili tegen Rusland* uit 2008.<sup>49</sup> In die zaak sprak het EHRM letterlijk uit dat hoewel de informatie waar de verdediging geen toegang toe had gekregen niet ging over de gebeurtenissen waarvan *Mirilashvili* werd verdacht maar zag op de wijze waarop het directe bewijs tegen hem was verkregen, deze informatie daardoor niet minder relevant was. Het EHRM vervolgt dan met de volgende overweging: “Not only should the evidence directly relevant to the facts of the case be examined in an adversarial procedure, but also other evidence that might relate to the admissibility, reliability and completeness of the former”. Gegevens die relevant kunnen zijn voor de beoordeling van de betrouwbaarheid en compleetheid van direct bewijs, worden door het EHRM aldus ook al (mogelijk) relevant gezien voor de beoordeling van de zaak. Zeker de laatstgenoemde aspecten ‘reliability’ en ‘completeness’ van direct bewijs zijn relevant. ‘Reliability’ zal wellicht nog meer zien op de vraag of de wijze van verkrijging invloed kan hebben gehad op de betrouwbaarheid van direct bewijsmateriaal (bijvoorbeeld de wijze waarop een DNA-onderzoek is verricht), maar in samenhang met het aspect ‘completeness’ kan worden betoogd dat juist gegevens waardoor direct bewijs in een bepaalde (volledigere) context kunnen worden geplaatst ook iets kunnen zeggen over de aannemelijkheid/betrouwbaarheid van een bepaalde belastende conclusie die aan de minder volledige gegevens werd ontleend.

---

48 EHRM 16 februari 2000, nr. 27052/95 (*Jasper/Het Verenigd Koninkrijk*); EHRM 16 februari 2000, nr. 28901/95 (*Rowe and Davis/Het Verenigd Koninkrijk*); EHRM 16 februari 2000, nr. 29777/96 (*Fitt/Het Verenigd Koninkrijk*); EHRM 19 september 2000, nrs. 29522/95, 30056/96 en 30574/96 (*I.J.L. and others/Het Verenigd Koninkrijk*); EHRM 25 september 2001, nr. 44787/98 (*P.G. and J.H./Het Verenigd Koninkrijk*); EHRM 24 september 2003, nr. 39482/98 (*Dowsett/Het Verenigd Koninkrijk*); EHRM 16 november 2006, nr. 46503/99 (*Klimentyev/Rusland*); EHRM 24 april 2007, nr. 40412/98 (*V/Finland*).

49 EHRM 11 december 2008, nr. 6293/04 (*Mirilashvili/Rusland*).

#### 4.2. *Toegang als onderdeel van ‘adequate time and facilities’*

Als onderdeel van het eerder besproken ‘adequate time and facilities for the preparation of his defence’ (wat weer onderdeel is van het recht op een eerlijk proces) noemt het Europees Hof: “the opportunity to acquaint himself, for the purposes of preparing his defence, with the results of investigations carried out throughout the proceedings”<sup>50</sup>. “The results of investigations”, of onderzoeksresultaten, is weer net een andere woordkeus dan het eerder genoemde “all material evidence for or against the accused”. Ook over de betekenis van de term ‘results of investigations’ zou je weer eindeloos kunnen discussiëren. Zijn dat alle resultaten die het onderzoek hebben opgeleverd, of gaat het hier om de (volgens justitie) relevante resultaten? Je zou kunnen beredeneren dat het hier gaat om de meer omvattende resultaten van het onderzoek omdat het Europees Hof hier heel specifiek de mogelijkheid voor de verdachte om bekend te raken met dergelijk materiaal – met het doel zijn verdediging voor te bereiden –, benoemt als ‘facility’.<sup>51</sup> Dit terwijl in de overwegingen over het overkoepelende begrip ‘recht op een eerlijk proces’ de nadruk ligt op de mogelijkheid kennis te kunnen nemen van elkaars bewijsmateriaal en daar het nodige commentaar op te leveren. Dat lijkt meer te zien op het voldoende kunnen laten plaatsvinden van hoor en wederhoor over door zowel de vervolgende als de verdedigende partij ingebrachte stukken die ter onderbouwing van standpunten naar voren worden gebracht.<sup>52</sup> Met het gebruik maken van de ‘facility’ bekend te worden met onderzoeksresultaten is niet gezegd dat de verdediging die resultaten ook ter onderbouwing van een standpunt zal inbrengen of naar voren zal brengen, het gaat (mijns inziens) om de mogelijkheid van toegang an sich die van belang is voor de voorbereiding van de verdediging. De toegang is het verdedigingsbelang.

In het kader van de ‘adequate time and facilities for the preparation of his defence’ benoemt het EHRM in de zaak *Natunen/Finland* dat een procedure waarbij de opsporingsautoriteiten, al dan niet in samenspraak met de vervolgende autoriteit, zelf probeert te beoordelen wat mogelijk wel en mogelijk niet relevant is voor de zaak, niet voldoet aan de eisen van artikel 6 lid 1 EVRM. Dat geldt ook indien die autoriteiten bij wet verplicht zijn zowel het belastende als het ontlastende bewijs bij de zaak te betrekken. Dat is een belangrijke constatering; de verdediging moet inspraak kunnen hebben in de relevantie van bepaalde – niet van de openbaar gemaakte informatie onderdeel uitmakende – gegevens. In *Natunen* was dat feitelijk niet meer mogelijk omdat telefoontaps al vernietigd waren in het vooronderzoek. Het EHRM zet dat af tegen een ‘non-disclosure’ procedure waarin geen schending werd aangenomen omdat: “the defence were kept informed and were permitted to make submissions and participate in the decision-making process as far as possible and noted that the need for disclosure was at all times under the assessment of the trial judge, providing a further, important, safeguard”.<sup>53</sup> In de recente zaak *Matanovic* tegen Kroatië zet het EHRM uiteen dat bij verzoeken van de verdediging om toegang tot/toevoeging van stukken mag worden verwacht dat specifieke argumenten voor dat verzoek worden gegeven en dat de rechter de deugdelijkheid van die argumenten mag onderzoeken. Daarbij geldt wel dat de verdediging in staat moet worden gesteld die argumenten te geven en te onderbouwen. Interessant aan deze zaak is dat het ging om tagesprekken opgenomen in hetzelfde onderzoek als dat naar de verdachte, maar welke relevant waren voor andere betrokkenen die uiteindelijk niet zijn vervolgd. Deze tagesprekken waren niet relevant bevonden voor de

50 EHRM 15 november 2007, nr. 26986/03 (*Galstyan/Armenië*) en zo ook de ECRM 15 januari 1997, nr. 29835/96 (*C.G.P./Nederland*).

51 Zie ook EHRM 31 maart 2009, nr. 21022/04 (*Natunen/Finland*).

52 Die jurisprudentie kan ook niet los worden gezien van het common law systeem en volgt uit zaken tegen voornamelijk het Verenigd Koninkrijk.

53 EHRM 16 februari 2000, nr. 27052/95 (*Jasper/Het Verenigd Koninkrijk*).

zaak,<sup>54</sup> de verdediging kreeg daartoe geen toegang, ze maakten geen onderdeel uit van het procesdossier en de veroordeling van Matanovic werd er niet op gebaseerd. De beoordeling als ‘niet-relevant’ was in deze zaak gemaakt door de officier van justitie en in stand gelaten door de rechtbank en Kroatische Hoge Raad, waardoor de verdediging geen recht had op toegang tot de tagesprekken. Het EHRM wijst er nogmaals op dat dit systeem niet voldoet aan de vereisten van art. 6 EVRM en overweegt: “(...) no procedure was put in place which would allow the competent court to assess upon the applicant’s application (...), their relevance to the case, specifically whether they contained such particulars which could enable the applicant to exonerate himself or have his sentence reduced or whether they bore relevance to the admissibility, reliability and completeness of the evidence adduced during the proceedings (...). It cannot be held against the applicant that he did not make a specific application to access to that particular part of the recordings” en “the applicant’s opportunity to acquaint himself, for the purposes of preparing his defence, with the evidence obtained by secret surveillance, was seriously impaired by the absence of an appropriate procedure by which the relevance of evidence obtained by the prosecuting authorities and the necessity of its disclosure could be properly assessed“ en “(...) the applicant was not in a position to form a specific argument as to the relevance of the evidence in question and to have the competent court examine his application in the light of his right to effectively prepare his defence ”.<sup>55</sup>

Het recht van Matanovic om bekend te raken met onderzoeksmateriaal was beperkt doordat er geen procedure was waarin deugdelijk werd beoordeeld of het materiaal relevant kon zijn en ter beschikking moest worden gesteld. Daarbij is van belang dat het EHRM de situatie van deze niet-verstreckte tagesprekken afzet tegen een categorie tagesprekken waarop de veroordeling niet was gebaseerd maar waarvan de verdediging wel schriftelijke uitwerkingen had gekregen. Daarover oordeelt het EHRM dat de verdediging op basis van dat materiaal kon beargumenteren welke delen van de opnamen van belang werden geacht en kon verzoeken die bij de beoordeling van de zaak te betrekken (ten aanzien van die onderdelen werd geen schending aangenomen). Ten aanzien van de gesprekken waar de verdediging helemaal geen toegang toe had gekregen was dat niet het geval, de verdediging kon daarbij geen specifieke argumenten aandragen voor de vraag of en waarom die gesprekken relevant moesten worden geacht voor de beoordeling van de zaak. In de concurring opinion van Judge Karakas schrijft zij letterlijk: “Without having access to all relevant evidentiary material, how can the applicant form a specific argument about the relevance of material which remained unavailable to him throughout the entire proceedings?” De uitspraak inzake Matanovic tegen Kroatië is van belang omdat deze laat zien dat de beoordeling of voldoende toegang tot onderzoeksinformatie is geboden niet voornamelijk moet worden gezien in het licht van de vraag of die informatie als bewijs tegen de verdachte is gebruikt en dat voldoende kon worden betwist, maar ook laat zien dat het voornamelijk gaat om de mogelijkheid voor de verdediging zelf de (mogelijke) relevantie van materiaal te beoordelen en zo beargumenteerd te kunnen verzoeken dit toe te voegen aan het materiaal dat de rechter bij zijn beoordeling zal betrekken. Een procedure waarin dat niet kan wordt – ook indien daar rechterlijke controle op wordt uitgeoefend – niet adequaat geacht. Dat zou passen bij mijn redenering dat de mogelijkheid van toegang tot de meer omvattende resultaten van het onderzoek – met het doel de verdediging voor te bereiden – moet worden gezien als een door het recht op een eerlijke proces gegarandeerde ‘facility’ en dat als ‘facility’ niet enkel moet worden gezien het recht kennis te nemen van door de vervolgende autoriteit relevant

54 En zouden naar mijn oordeel ook niet voldoen aan de Nederlandse definitie van ‘processtukken’.

55 EHRM 4 april 2017, nr. 2742/12 (*Matanovic/Kroatië*).

beoordeeld materiaal (oftewel: de processtukken). Relevant aan Matanovic is overigens ook nog dat het EHRM overweegt dat buiten het materiaal waar hij toegang toe wilde wel voldoende was aangetoond dat de strafbare feiten niet waren uitgelokt (daar richtte zijn verdediging zich op), maar desondanks dit materiaal wel van belang had kunnen zijn in het kader van de strafmaat of “to put in doubt the scope of his alleged criminal activity”. Het gaat dus ook niet enkel om toegang tot materiaal dat mogelijk relevant kan zijn voor de beslissing of de verdachte schuldig of onschuldig is, maar ook relevantie voor andere aspecten van de zaak kunnen van belang zijn zoals de mate van betrokkenheid.

Zoals gezegd: in Matanovic ontbrak een deugdelijke ‘disclosure’- procedure. In gevallen waarin wel onderbouwde verzoeken kunnen worden gedaan door de verdediging om toegang te krijgen tot onderzoeksmateriaal en dit toe te voegen aan het door de rechter te beoordelen materiaal<sup>56</sup>, komt nog de vraag op wat de rechter precies heeft te beoordelen. In de zojuist al ter sprake gekomen zaak Mirilashvili was beslist informatie achter te houden, waardoor het EHRM overging tot een beoordeling van die ‘non-disclosure’ procedure en de vraag of de verdediging voldoende mogelijkheid was geboden om aan het besluitvormingsproces deel te nemen (en zelfs of dat ‘to the maximum extent possible’ was). Ten aanzien van die procedure overweegt het EHRM dan nog dat: “It appears that the court did not analyse whether those materials would have been of any assistance for the defence (...). The court’s decision was based on the type of material at issue (material relating to the OSA), and not on an analysis of it’s content”. Hieruit volgt niet alleen dat van belang is dat de rechter kennis neemt van de inhoud van de gegevens waar toegang toe wordt verzocht, maar ook dat de rechter zich moet afvragen of dat materiaal op een of andere manier de verdachte zou kunnen helpen in de verdediging van diens zaak. Dit geldt in ieder geval in zaken waarin de gegevens relevant worden geacht maar de verdediging daar desondanks (wegens zwaarwegende redenen) geen kennis van mag nemen, omdat dan de vraag aan de orde komt of die beperking kan en moet worden gecompenseerd. Maar aan het uitgangspunt van het EHRM dat een systeem waarin de vervolgende autoriteit de relevantie van stukken bepaalt niet conform artikel 6 EVRM is, kan worden ontleend dat ook in zaken waarin door de verdediging toegang wordt gezocht tot materiaal dat in bezit is van justitie een inhoudelijke toetst van de rechter zal moeten plaatsvinden. Dat is nu juist de ‘safeguard’ tegen een onevenwichtige dossiersamenstelling en maakt het de verdediging mogelijk gebruik te maken van de ‘facilities for the preparation of his defence’. Deze jurisprudentie maakt mijns inziens inzichtelijk dat een procedure bij de zittingsrechter op basis van artikel 315 Sv zonder kennis te nemen van het materiaal waar toegang of voeging van wordt verzocht in strijd kan komen met artikel 6 EVRM.

#### 4.3. *Conclusie EVRM en EHRM*

Op basis van de hiervoor beschreven jurisprudentie moet worden aangenomen dat de verdediging kennis moet kunnen nemen van- en moet kunnen reageren op – door de vervolgende autoriteit ingebracht bewijsmateriaal. Daarbij gaat het niet alleen om direct bewijs, maar ook om gegevens die betrekking hebben op de toelaatbaarheid, betrouwbaarheid en compleetheid van het directe(re) bewijs. Alleen daaruit kan worden afgeleid dat het recht op kennisname in Europees perspectief iets verder gaat dan in Nederland wel wordt geaccepteerd omdat in Nederland het recht op kennisname primair voortvloeit uit de vraag of iets een processtuk is. Daarbij komt echter nog dat toegang tot onderzoeksmateriaal als belang-

---

<sup>56</sup> Dat kan zowel gaan om verzoeken zelf toegang te krijgen tot stukken, als verzet tegen ‘non-disclosure’ aangezien dat in de kern erop neerkomt dat wel toegang moet worden verkregen tot stukken die door justitie worden afgeschermd.

rijke 'facility' van de verdediging wordt gezien, niet alleen om de juistheid of betrouwbaarheid van verstrekt belastend materiaal te betwisten, maar ook ter voorbereiding van de eigen verdediging. Bij de vraag of de verdediging voldoende toegang heeft gekregen tot materiaal ter voorbereiding van de verdediging, kan aan de orde komen of er een procedure bestaat waarin de relevantie van dat materiaal deugdelijk wordt beoordeeld. Dat lijkt een procedure te moeten zijn waarin inhoudelijk kennis wordt genomen van het materiaal, maar in het bijzonder moet ook de verdediging in staat zijn geweest argumenten omtrent die relevantie aan te dragen. Daartoe moet de verdediging tot dat materiaal toegang krijgen (althans als dat niet is gebeurd kan de verdediging niet worden tegengeworpen dat geen specifieke argumenten zijn aangedragen waarom het materiaal relevant zou zijn). Op basis hiervan is mijn indruk dat in Nederland bij een verzoek tot inzage in materiaal (ex artikel 34 Sv of via de zittingsrechter ex artikel 328 jo. 315 Sv) al snel wordt geoordeeld dat het materiaal geen processtuk is en de verdediging niet voldoende aannemelijk heeft gemaakt wat de relevantie is of waarom de verdachte bij het achterwege blijven van inzage in zijn verdediging zou zijn geschaad. Dit terwijl in de Straatsburgse benadering het achterwege blijven van inzage de schending van het verdedigingsrecht is.

## 5. Conclusies en aanbevelingen

### 5.1. Concluderende opmerkingen

De zaken die ik de afgelopen jaren behandelde en waarin in belangrijke mate gebruik werd gemaakt van (combinaties van) tapgesprekken, historische gegevens, kentekenregistraties, etc. en nagenoeg niet van klassieke bewijsmiddelen zoals getuigenverklaringen, dwongen mij ertoe na te denken over mijn mogelijkheden in die zaken de verdediging te voeren. Te meer omdat de ontwikkeling van dit type opsporing en bewijsvoering zich naar alle waarschijnlijkheid zal voortzetten. Ik heb uren en uren getapt materiaal uitgeluisterd,<sup>57</sup> ik heb eindeloos IMEI-nummers zitten vergelijken, ik heb in mijn werkkamer gezeten waarvan de muren behangen waren met kaarten met daarop door mij ingetekende zendmastlocaties om te bezien of 'reisbewegingen' klopten. Dat altijd informatie op die in meer of mindere mate relevant was voor de beoordeling van gegevens die wel al in het dossier zaten. Het voeren van de verdediging is daarmee mijns inziens onderzoekender dan in de gemiddelde zaak, er zal actief op zoek moeten worden gegaan naar kwetsbaarheden in de analyses die door justitie van gegevens worden gemaakt. De mogelijkheid daartoe begint bij toegang tot het onderliggende materiaal waarop die analyses en conclusies zijn gebaseerd. Dit stuk is niet voortgekomen uit een bij mij aanwezige totale onvrede over toegang tot onderliggend materiaal of de ervaring dat het openbaar ministerie onwelwillend is in het verlenen van dergelijke toegang. Gelukkig valt daar vaak heel goed over te praten. Zoals ik echter beschreef, stuit het verlenen van toegang tot technisch materiaal vaak wel op praktische bezwaren en in ieder geval levert het werk op. De gegevens moeten op een of andere manier (geprint, op een gegevensdrager) worden verstrekt, of er moet een inzagemogelijkheid bij het openbaar ministerie worden gefaciliteerd. Gelet op de werklast die opsporende en vervolgende instanties al hebben, begrijp ik dat dit 'meerwerk' niet altijd even goed uitkomt en dat al snel de vraag zal zijn waarom de verdediging die toegang eigenlijk wenst. Het simpele antwoord is: omdat er daadwerkelijk verdedigd moet kunnen worden. Het feit dat vervolgens vaak terecht wordt gekomen in een juridische discussie of dat de verdediging wel – via toegang

---

<sup>57</sup> Bijna altijd met de uitkomst dat schriftelijke uitwerkingen niet geheel kloppen, variërend van een iets te zakelijke verslaglegging waardoor de nuance waarmee wordt gesproken (die ik nou net van belang vond) verloren gaat, tot het (belastend) invullen van niet-verstaanbare onderdelen, tot het toeschrijven van hetgeen gezegd wordt aan de verkeerde persoon.

tot onderliggend onderzoeksmateriaal – moet worden toegestaan, is zonde. Die toegang zou er moeten zijn, voor de praktische invulling of uitvoerbaarheid ervan is vaak wel een oplossing te vinden.

Ook de waarheidsvinding – waarbij het rechterlijk oordeel niet is gebaseerd op een eenzijdige voorstelling van zaken maar het resultaat is van een debat over al het aanwezige materiaal – is ermee gediend als de verdediging inzage kan hebben in onderzoeksmateriaal en relevante stukken kan presenteren aan de rechter. Dat geldt te meer in zaken waarin gebruik wordt gemaakt van combinaties en analyses van geselecteerde data, zoals in processen-verbaal waarin bepaalde reisbewegingen inzichtelijk worden gemaakt. De belastende informatie die daaruit kan worden opgemaakt is altijd gebaseerd op een bepaalde mate van aannemelijkheid: doordat op een X-aantal data wordt gezien dat twee telefoonnummers ‘gelijk op gaan’ is aannemelijk dat de verdachte en medeverdachte samenwerkten, doordat op moment X bij een tankstation een pintransactie is gemaakt met de pinpas van de verdachte en kort daarna het kenteken van auto X daar is herkend, is aannemelijk dat de verdachte in die auto reed etc. Een (tegen-)analyse van hetgeen volgens de verdediging ook aannemelijk zou kunnen zijn of het tonen van gegevens die de gemaakte analyses minder aannemelijk maken, stelt de rechter beter in staat een kritisch oordeel te vellen over het gepresenteerde materiaal. Het idee dat de verdediging enkel de juistheid (of betrouwbaarheid) van het gepresenteerde materiaal mag betwisten moet als achterhaald worden aangemerkt.<sup>58</sup> In het type zaken dat is beschreven, moet worden gestreefd naar een situatie waarin openbaar ministerie en verdediging (min of meer) over dezelfde dataset beschikken en waarin beide partijen vanuit hun positie relevante gegevens kunnen onderzoeken en ter terechtzitting kunnen presenteren. Waarbij ook de keuze kan worden gemaakt hoe die data gepresenteerd worden. Is voldoende dat de rechter kennis neemt van schriftelijke stukken zoals uitwerkingen van tagesprekken of videomateriaal, of is van belang het beeld- en geluidmateriaal op zitting te beoordelen?<sup>59</sup>

In dit artikel is onderzocht of meer aan die (gewenste) situatie tegemoet moet worden gekomen dan nu in de Nederlandse strafrechtpraktijk het geval is, waarbij in het bijzonder is gezien hoe het inzagerecht wordt geïnterpreteerd en uitgeoefend. Daarbij is duidelijk geworden dat het recht op inzage in de Nederlandse regelgeving, jurisprudentie en praktijk erg afhankelijk is van de vraag of materiaal als ‘processtuk’ kan worden aangemerkt. Daarbij is de visie van de officier van justitie niet meer doorslaggevend, maar is het wel aan de verdediging de relevantie van stukken te onderbouwen wil tot voeging aan het dossier worden overgegaan. Ik heb gesignaleerd dat de verdediging in die taak wordt beperkt indien geen toegang tot het materiaal wordt verleend om de relevantie überhaupt te kunnen onderzoeken en een verzoek tot voeging te kunnen onderbouwen. Er zijn de afgelopen jaren wetswijzigingen geweest die hebben beoogd die positie van de verdediging te verbeteren, dat is in het bijzonder tot uitdrukking gekomen in artikel 34 Sv (artikel 126aa Sv is daarmee helaas niet in overeenstemming gebracht). Zolang daarin echter de mogelijkheid bestaat dat inzage

---

58 De verdediging mag dan bijvoorbeeld betwisten dat een telefoon op een bepaald moment een bepaalde zendmast heeft aangestraald en dat wordt dan nog eens gecheckt door de politie. Dat is uiteraard niet het punt, ik betwist (meestal) niet de juistheid van de objectief vast te stellen gegevens, maar wil de interpretatie ervan onderbouwd kunnen betwisten (en in ieder geval onderzoeken of daartoe aanleiding bestaat).

59 Zoals gezegd is het belang het onderliggende beeld- en geluidmateriaal af te spelen op zitting ook door de wetgever onderkend: Memorie van Toelichting: Vaststellingswet Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: Berechting, te raadplegen via <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/modernisering-wetboek-van-strafvordering/documenten/kamerstukken/2017/12/05/memorie-van-toelichting-vaststellingswet-boek-4-van-het-nieuwe-wetboek-van-strafvordering-berechting>.

wordt geweigerd wegens het ontbreken van relevantie van de gegevens waar toegang toe wordt gevraagd, wordt het verdedigingsbelang niet voldoende gewaarborgd. Het gaat er niet om *of* de verdediging kan aangeven welk belang zij heeft bij toegang tot dat materiaal (wat de relevantie van het materiaal voor de verdediging is), *door* geen toegang te verlenen wordt de verdediging al geschaad. Dan kan immers geen gemotiveerd standpunt omtrent de relevantie worden ingenomen. Door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens wordt toegang tot onderzoeksmateriaal met als doel de verdediging voor te bereiden, gezien als onderdeel van het recht op een eerlijk proces, in het bijzonder als ‘facility’. Het gaat daarbij meer om een faciliteit om de eigen verdediging te kunnen voorbereiden, dan alleen om het mogelijk maken van het kennismaken en betwisten van door de vervolgende autoriteit gepresenteerd materiaal. Bij de vraag of de verdediging voldoende toegang heeft gehad tot onderzoeksmateriaal kan meespelen of er een procedure is waarin op deugdelijke wijze de mogelijke relevantie van materiaal inhoudelijk wordt beoordeeld. Van de verdediging mag in bepaalde omstandigheden wel worden verwacht dat specifieke redenen worden gegeven waarom bepaald materiaal relevant moet worden geacht, maar indien de verdediging niet in een positie is (lees: doordat geen toegang wordt gegeven tot het materiaal) waarin die relevantie kan worden bepleit dan kan dat de verdediging niet worden tegengeworpen.

Het is de maar zeer vraag of de Nederlandse procedures die kunnen worden benut om de samenstelling van het procesdossier te beïnvloeden, voldoen aan de daaraan te stellen eisen. Ook dat valt en staat met de vraag of de verdediging toegang heeft gekregen tot het onderzoeksmateriaal. Indien die toegang is geweigerd en de verdediging verzoekt om voeging van het materiaal dan kan de officier van justitie dat met een machtiging van de rechter-commissaris weigeren. De verdediging heeft dan echter onvoldoende inspraak gehad in het beoordelingsproces, immers kon geen gemotiveerd verzoek worden gedaan omtrent de relevantie. Dat de rechter-commissaris zelf kennis kan nemen van het verzochte materiaal is daarbij niet voldoende om de verdedigingsrechten te waarborgen. De procedure bij de zittingsrechter ex art. 315 Sv heeft als nadeel dat de zittingsrechter geen kennis neemt van materiaal dat de verdediging niet kent, die procedure voldoet niet aan de door het EHRM daaraan gestelde eisen. Als de zittingsrechter wel kennis zou nemen van het materiaal, maar de verdediging die toegang niet krijgt, doet zich hetzelfde probleem voor als bij de rechter-commissaris. Beschreven werd al dat de Rechtbank Rotterdam recent art. 315 Sv zo heeft toegepast dat op grond daarvan ook opdracht kan worden gegeven aan de officier van justitie om inzage in stukken te verlenen. Daarmee voorziet de rechtbank in deze belangrijke ‘facility’ voor de verdediging, waarbij tegelijkertijd wordt voorkomen dat direct een grote hoeveelheid stukken onderdeel gaan uitmaken van het dossier. Van de stukken waartoe de verdediging toegang krijgt, is immers nog niet de overlegging bevolen. Dat deze samenstelling van de rechtbank heeft ingezien dat er een legitieme discussie mogelijk is over de relevantie van onderzoeksmateriaal, dat de verdediging materiaal moet kunnen inzien om die discussie mogelijk te maken en dat gezocht is naar een manier om dat te faciliteren, acht ik een positieve ontwikkeling. De verzoeken van de verdediging hadden bij een strikte toepassing van art. 315 Sv ook afgewezen kunnen worden.

## 5.2. *Aanbevelingen*

Zoals beschreven staat het Wetboek van Strafvordering thans in de steigers, er is een groot-schalig wetgevingstraject gaande om het wetboek te moderniseren. In een brief van de minister wordt als eerste doelstelling van dit traject genoemd dat onderzoeken zorgvuldig en voortvarend moeten plaatsvinden, met inachtneming van het uit het EVRM voortvloeiende recht op een eerlijk proces. Dat dit mede inhoudt dat in voldoende mate wordt voorzien in



‘equality of arms’ en andere verdedigingsrechten zoals het recht op kennisname van processtukken, wordt daarbij expliciet benoemd. De regels omtrent kennisname van onderzoeksmateriaal veranderen echter in de huidige voorstellen niet, terwijl daar wel aanleiding toe bestaat.

Een aantal concrete aanbevelingen kunnen worden benoemd, waarvan de belangrijkste is dat de in artikel 34 Sv geregelde mogelijkheid voor de officier van justitie om (met machtiging van de rechter-commissaris) een verzoek om inzage van stukken van de verdediging te weigeren wegens het ontbreken van relevantie komt te vervallen. Daarmee wordt een groot deel van het probleem ondervangen en wordt voorzien in het daadwerkelijk inhoudelijk kunnen discussiëren over de relevantie van gegevens of stukken en het toevoegen van stukken aan het dossier. De rechter-commissaris, dan wel zittingsrechter wordt daarmee in staat gesteld verschillende belangen af te wegen en een deugdelijke beslissing te nemen. Voorts verdient aanbeveling de verschillende regelingen ten aanzien van door de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden verkregen gegevens en anderszins verkregen gegevens met elkaar in overeenstemming te brengen. Het onderscheid tussen de mogelijkheden van de verdediging op grond van artikel 34 lid 1, 2 en 3 Sv en artikel 126aa lid 5 Sv dient geen enkel doel en beperkt de mogelijkheden van de verdediging ten aanzien van een categorie gegevens die juist in toenemende mate van belang zijn voor de bewijspositie van het openbaar ministerie. In het bijzonder zou daarmee worden geregeld dat ook ten aanzien van door de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden verkregen gegevens een inzagerecht bestaat, zodat overeenkomstig aan artikel 34 lid 2 Sv de mogelijkheid bestaat een verzoek tot voeging van gegevens aan het dossier te onderbouwen. Tevens zou daarmee een machtingsrol van de rechter-commissaris worden geregeld in het geval de officier van justitie de voeging van gegevens op verzoek van de verdediging wenst te weigeren, waardoor ook ten aanzien van deze gegevens het uiteindelijk een rechter is die een geschil beslecht.

Nog een aanbeveling is om de verhouding tussen de rol van de rechter-commissaris respectievelijk de zittingsrechter duidelijker te regelen, zodat helder is welke rechterlijke autoriteit in welke gedingfase kan worden betrokken bij geschillen omtrent de samenstelling van het dossier. Bij het afschaffen van de pro-forma zitting (zoals in het huidige moderniseringstraject is voorgesteld) zou die verhouding alsnog duidelijker moeten zijn omdat nu eenmaal op enig moment de zitting aanvangt en ook in die fase kan blijken dat het dossier niet volledig is. Ook in de zittingsfase zou voorzien moeten worden in een inzagerecht voor de verdediging, daartoe zou artikel 315 Sv moeten worden gewijzigd. De mogelijkheid voor de zittingsrechter de overlegging van bescheiden en stukken van overtuiging te bevelen verdient een zelfstandige regeling (afgezonderd van de mogelijkheid de oproeping van getuigen te bevelen), waarbij ook de door de Rechtbank Rotterdam gefaciliteerde ‘tussenstap’ van inzage ter onderbouwing van een verzoek geformaliseerd kan worden. Voorts is de vraag of moet worden vastgehouden aan het blijken van de noodzaak van overlegging van bescheiden/stukken van overtuiging als criterium waaraan moet worden getoetst. Het toetsen of gebleken is dat te voegen stukken relevantie hebben voor de te voeren verdediging doet meer recht aan een evenwichtige dossiersamenstelling en het waarborgen van inspraak van de verdediging.

Het zijn vrij simpele wijzigingen met mogelijk een groot effect, of dat effect wenselijk is hangt ook af van de vraag of de strafrechtspleging klaar is voor een kleine cultuuromslag. Kan de verdediging worden geaccepteerd als procespartij die zelf op zoek gaat naar relevante informatie passend bij diens procespositie? Natuurlijk moet worden voorkomen dat dos-

siers daardoor uitdijen en daarin allerlei niet echt ter zake doende informatie terecht komt, van de verdediging mag ook worden verwacht dat helder uiteen wordt gezet wat het doel is van het presenteren van bepaalde informatie. Zolang echter uiteindelijk de rechter beslist over de volledigheid van het onderzoek (waarvan de resultaten het procesdossier zullen vormen), is die rol van de verdediging niet problematisch. De belangen die ermee worden gediend, zijn er in ieder geval belangrijk genoeg voor.

# De (on)zin van de gelijkschakeling tussen het ‘in vereniging’ plegen van geweld en medeplegen

G.J.M. KRUIZINGA<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Zo'n drie jaar geleden heeft de Hoge Raad in een serie arresten duidelijk gemaakt dat voor het aannemen van medeplegen, naast een nauwe en bewuste samenwerking, sprake moet zijn van een (intellectuele en/of materiële) bijdrage van voldoende gewicht.<sup>2</sup> De Hoge Raad maakt hiermee een duidelijk onderscheid ten opzichte van medeplichtigheid.

Niet veel later, op 5 juli 2016 heeft de Hoge Raad voor het eerst overwogen dat dezelfde criteria dienen te gelden voor delicten die ‘in vereniging’ worden gepleegd, zoals de openlijke geweldpleging van artikel 141 Sr. Dit arrest noopt dus tot een gelijkschakeling van de begrippen ‘medeplegen’ en ‘in vereniging’.<sup>3</sup> Met andere woorden: ook van het ‘in vereniging’ plegen is pas sprake als een nauwe en bewuste samenwerking kan worden vastgesteld, waarbij de verdachte een (intellectuele en/of materiële) bijdrage van voldoende gewicht heeft geleverd. De Hoge Raad heeft deze maatstaf korte tijd later herhaald en maakt daarmee dus duidelijk dat de gelijkschakeling definitief is. Hiermee lijkt afscheid te zijn genomen van het oude criterium waarbij de eis gold dat de betrokkene een voldoende significante of wezenlijke bijdrage had geleverd aan het openlijke geweld.

De vraag is of deze gelijkschakeling wenselijk is. Nan heeft in zijn artikel in het *Tijdschrift Praktijkwijzer Strafrecht* helder geanalyseerd wat de verhouding is tussen ‘in vereniging’ en medeplegen, wat de Hoge Raad voorstaat en of lijfelijke aanwezigheid een vereiste is voor een veroordeling voor openlijke geweldpleging.<sup>4</sup>

Gerard Hamer indachtig, sta ik mij in het kader van mijn bijdrage aan dit Liber toe wat stilliger te zijn en zal ik uiteenzetten waarom de Hoge Raad in mijn ogen een verkeerde keuze heeft gemaakt door de begrippen ‘in vereniging’ en ‘medeplegen’ gelijk te schakelen. Om te beginnen zal ik dogmatische bezwaren opwerpen tegen de gelijkschakeling. Vervolgens zal ik bespreken dat de gelijkschakeling blijkens het arrest van de Hoge Raad inhoudelijk geen enkel verschil maakt ten opzichte van de oude situatie en daarmee onnodig is, om tot slot aan te geven waarom er desondanks een verkeerd signaal uitgaat van de beslissing van de Hoge Raad.

## 2. Dogmatische bezwaren

Om te beginnen wellicht het meest voor de hand liggende bezwaar tegen de gelijkschakeling. Waarom zou de wetgever artikel 141 hebben gecreëerd als het ‘in vereniging’ plegen

---

1 Geert-Jan Kruizinga, strafrechtadvocaat van Cleerdin & Hamer Advocaten.

2 Zie het standaardarrest HR 2 december 2014, *NJ* 2015/390.

3 HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1320.

4 J.S. Nan, ‘Het ‘medeplegen’ van openlijk geweld’, *TPWS* 2016/57.

van geweld samenvalt met medeplegen? De toegevoegde waarde van artikel 141 is dan beperkt, de dader is immers vrijwel altijd strafbaar op grond van artikel 47 juncto artikelen 300 en verder (mishandeling, al dan niet met voorbedachten rade en/of (zwaar) lichamelijk letsel of de dood ten gevolge hebbende) en/of artikel 350 Sr (vernietiging). Zoals Knigge al in 2013 uiteenzette, had de wetgever er in dat geval voor kunnen kiezen om het openlijke karakter van de gepleegde mishandeling of de vernietiging vorm te geven als een strafverzwarringsgrond.<sup>5</sup> Dat de wetgever dit niet heeft gedaan, wijst er op dat artikel 141 een eigen karakter heeft met de openbare orde als het te beschermen rechtsgoed. Dit eigen karakter noopt tot een eigen invulling van de samenwerkingseis.

Dit standpunt volgt ook wel uit de wetsgeschiedenis van de wijziging die in 2000 heeft geleid tot de vervanging van de term ‘met verenigde krachten’ door de (huidige) woorden ‘in vereniging’.<sup>6</sup>

“De vervanging van «met verenigde krachten» door «in vereniging» die in dit wetsontwerp wordt voorgesteld, brengt met zich dat artikel 141 en de deelnemingsfiguur medeplegen weer naar elkaar toegroeien in plaats van uiteendrijven. Tegelijk brengt de keuze voor de woorden «in vereniging» tot uitdrukking dat het medeplegen van openlijke geweldpleging een wat eigen karakter houdt. Het gaat gewoonlijk om een wat andere vorm van samenwerking dan (bijvoorbeeld) bij diefstal, waar de wet spreekt van «twee of meer verenigde personen». Daar is gewoonlijk het uitgangspunt een hechte samenwerking tussen twee (en in sommige gevallen drie, vier of vijf) personen, waaraan een gemeenschappelijk plan ten grondslag ligt. Bij openlijke geweldpleging is het uitgangspunt een vrij ongestructureerd samenwerkingsverband van enkele tientallen personen, dat veel minder planmatig te werk gaat. Daaraan doet niet af dat openlijke geweldpleging soms ook door enkele personen, en betrekkelijk planmatig kan worden gepleegd. De wetgever van 1886 heeft – terecht – ook voor verschillende begrippen gekozen om de samenwerking die voor de artikelen 141 en 311 WvSr vereist is te verwoorden. Dit wetsvoorstel bouwt op die keuze voort.<sup>7</sup>

(...) De verruiming van de reikwijdte van artikel 141 WvSr krijgt gestalte door de vervanging van de woorden ‘met verenigde krachten’ door de woorden ‘in vereniging’. De woorden ‘in vereniging’ drukken uit dat de samenwerkingseis van artikel 141 WvSr onverkort blijft gelden: het ‘verenigde’ van de krachten wordt voortgezet in de eis dat in vereniging geweld moet zijn gepleegd. Aan deze vereniging worden geen strengere eisen gesteld, wat betreft de nauwheid en de volledigheid van de samenwerking, dan bij het huidige artikel 141 WvSr het geval is. Anders dan bij moord en bij diefstal gewoonlijk het geval is, zal – zo werd reeds gesteld – aan openlijke geweldpleging veelal niet een fase van voorbereiding voorafgaan. De samenwerking kan zeer wel bestaan uit niets meer dan een gezamenlijk gepleegde, niet voorbereide vernietiging of mishandeling. Net als thans kan ook na de voorgestelde wijziging in dergelijke gevallen zeer wel van openlijke geweldpleging sprake zijn.

Het verschil met de huidige delictomschrijving zit uitsluitend in het ontbreken van het woord ‘krachten’. Anders dan thans is niet langer doorslaggevend of de verdachte ‘krachten’ heeft aangewend die met die van anderen verenigd zijn. Voldoende is, dat hij deel uitmaakt van de groep die het openlijke geweld heeft gepleegd, en een bijdrage heeft geleverd aan dat geweld. Die bijdrage kan bestaan in het plegen van een gewelddadige handeling, dat

---

5 HR 14-05-2013, ECLI:NL:PHR:2013:89.

6 Wet van 25 april 2000, *Stb.* 173.

7 *Kamerstukken II* 1998/99, 26519, nr. 3, p. 4.

hoeft echter niet. De betrokkene kan ook met een bivakmuts hebben rondgelopen en anderen hebben aangemoedigd. Hij kan, in gevallen waarin het openlijke geweld niet ‘spontaan’ gepleegd wordt, ook een rol in de organisatie hebben gespeeld door deelnemers aan de openlijke geweldpleging te werven.

(...) In de eerste plaats moet de betrokkene opzet op het openlijke geweld hebben gehad. Aangetoond zal moeten worden dat hij het geweld gewild heeft, of in ieder geval welbewust op de koop toe heeft genomen. Wie per ongeluk in een geweld plegende groep verzeild raakt heeft dat opzet niet. Dat zal gewoonlijk ook betrekkelijk snel blijken. Voorts zal bewezen moeten worden dat de betrokkene een voldoende significante bijdrage aan het geweld heeft geleverd. De enkele aanwezigheid in een groep is daarvoor niet voldoende.”<sup>8</sup>

“(…) Deze leden vragen de regering voorts, de passage te verduidelijken waarin gesteld wordt dat door de voorgestelde wijziging de historische verhouding tussen artikel 141 WvSr en de deelnemingsfiguur medeplegen weer enigszins wordt hersteld. Zij veronderstellen terecht, dat daarmee bedoeld wordt dat artikel 141 WvSr gaat aansluiten bij de gewijzigde betekenis die het begrip medeplegen in de loop der tijd heeft gekregen.

Daarbij is het woord «enigszins» tussengevoegd teneinde uit te drukken dat, bij het doortrekken van de jurisprudentie inzake het medeplegen, het specifieke karakter van de onderhavige strafbaarstelling en de samenwerking tussen personen waar zij het oog op heeft, van belang blijft.”<sup>9</sup>

Al met al wordt uit de parlementaire geschiedenis meer dan duidelijk dat de wetgever door middel van de wijziging weliswaar heeft beoogd dat de interpretatie van het bestanddeel ‘in vereniging’ meer richting het medeplegen van artikel 47 Sr opschuift dan voorheen het geval was, maar dat de begrippen niet identiek zijn. Ondanks de wijziging wordt het specifieke karakter van artikel 141 immers benadrukt. Waar bij medeplegen het uitgangspunt is dat er sprake is van een planmatige samenwerking, is dat bij openlijke geweldpleging veeleer een vrij ongestructureerd samenwerkingsverband waarbij veel minder planmatig te werk wordt gegaan.

Met Knigge ben ik er dan ook van overtuigd dat de door de wetgever beoogde opschuiving richting medeplegen met name ziet op de situatie waarin de verdachte zelf geen geweld heeft gebruikt.<sup>10</sup> De wetgever wilde enkel af van de harde eis dat de pleger van artikel 141 zelf geweld had gebruikt, waarbij de personen die hadden samengewerkt met de daadwerkelijke geweldplegers buiten schot bleven.

Tot slot is in dit kader van belang dat ook na de wijziging van 2000 de specifieke aansprakelijkheidsregeling van artikel 141 lid 2 (die ziet op de strafverzwarende omstandigheid dat het door de dader gepleegde geweld enig dan wel zwaar lichamelijk letsel of de dood ten gevolge heeft) gehandhaafd bleef. Deze bepaling is enkel te volgen als de enkele bijdrage aan de openlijke geweldpleging reeds voldoende is om als dader te worden beschouwd. Zou aan de criteria van medeplegen moeten worden voldaan, is er geen enkele reden om nog apart een bepaling op te nemen die aansprakelijkheid voor het geheel uitsluit.

---

8 *Kamerstukken II 1998/99*, 26519, nr. 3, p. 6-8.

9 *Kamerstukken II 1999/00*, 26519, nr. 6, p. 19.

10 HR 14 mei 2013, ECLI:NL:PHR:2013:89, onder 4.9.

Concluderend moet gesteld worden dat zowel de bedoeling van de wetgever, als de systematiek van de wet zich verzetten tegen de gelijkschakeling tussen het ‘in vereniging’ plegen van geweld en medeplegen. De vraag rijst dan ook of de Hoge Raad inhoudelijk daadwerkelijk een koerswijziging voor ogen heeft.

### 3. Inhoudelijk verschil?

Wel, om te beginnen is het natuurlijk van belang om te bezien welke inhoudelijke overwegingen de Hoge Raad wijdt aan de vraag wanneer er in het specifieke geval van artikel 141 Sr sprake is een nauwe en bewuste samenwerking en daarmee van medeplegen. In het arrest van 5 juli 2016 overweegt de Hoge Raad het volgende:

“De rechter zal derhalve moeten beoordelen of sprake is van nauwe en bewuste samenwerking ten aanzien van het openlijk plegen van geweld tegen personen of goederen. Daarbij kan van belang zijn dat openlijke geweldpleging in vereniging zich, gelet op de aard van het delict, in verschillende vormen kan voordoen. Er kan sprake zijn van evident nauw en bewust samenwerken, maar deze strafbaarstelling is mede toepasselijk op – en wordt ook frequent toegepast bij – openlijk geweld dat bestaat uit een meer diffuus samenstel van uiteenlopende, tegen personen of goederen gerichte geweldshandelingen en dat plaatsvindt binnen een ongestructureerd, mogelijk spontaan samenwerkingsverband met een eigen – soms moeilijk doorzichtige – dynamiek. De voor medeplegen vereiste nauwe en bewuste samenwerking kan dus zeker ook bij dit delict verschillende verschijningsvormen hebben. Een bijdrage van voldoende gewicht kan onder omstandigheden ook geheel of ten dele bestaan uit het verrichten van op zichzelf niet-gewelddadige handelingen.”<sup>11</sup>

Het heeft er daarmee alle schijn van dat de Hoge Raad geen inhoudelijke koerswijziging voor ogen heeft. De vraag of er sprake is van een nauwe en bewuste samenwerking moet beantwoord worden aan de hand van de vraag of de verdachte een (intellectuele en/of materiële) bijdrage van voldoende gewicht heeft geleverd aan het geweld.

Nu de bijdrage, mits van voldoende gewicht, intellectueel en/of materieel kan zijn, kan een niet-gewelddadige bijdrage nog altijd strafbaar zijn. Ondanks het feit dat het oude criterium, de vraag of er sprake was van een voldoende significante of wezenlijke bijdrage, niet langer wordt gebezigd, lijkt er in die zin weinig veranderd. Ook lijkt het arrest te impliceren dat het eigen karakter van artikel 141 Sr bewaard blijft. Omdat de Hoge Raad bij de uitwerking van het criterium van medeplegen (de nauwe en bewuste samenwerking) de aard van het delict een rol laat spelen, ligt het voor de hand dat er nog altijd eerder sprake kan zijn van het in vereniging plegen van openlijk geweld dan dat gesproken kan worden van het medeplegen van andere strafbare feiten.

Ik meen dan ook dat een echte, inhoudelijke verandering niet bedoeld lijkt door de Hoge Raad. Dit zou betekenen dat de reeds bestaande jurisprudentie over de oude eis van de voldoende significante of wezenlijke bijdrage nog steeds bruikbaar is.

Dit doet mij de vraag opwerpen wat dan de zin is van de ‘koerswijziging’ van de Hoge Raad. Waarom in ieder geval (mogelijk) de indruk wekken dat het roer om gaat als een inhoudelijke verandering niet bedoeld lijkt? Nu zou deze vraag natuurlijk ook omgedraaid kunnen worden: waarom al dat verzet tegen de gelijkschakeling als het toch geen inhoudelijke be-

---

<sup>11</sup> HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1320, onder 3.2.

handeling behelst? Wel, omdat de Hoge Raad onduidelijkheid heeft geschapen en een verkeerd signaal afgeeft voor de toekomstige toepassing van artikel 141 Sr door (lagere) rechters, zoals ik hieronder uiteen zal zetten.

#### 4. **Verkeerd signaal**

Om te beginnen creëert de Hoge Raad simpelweg onduidelijkheid. Immers, aan de ene kant heeft het er de schijn van dat de kogel door de kerk is en lijkt de Hoge Raad aan te geven dat een ander criterium dient te gelden bij de beantwoording van de vraag of de verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan openlijke geweldpleging, terwijl de Hoge Raad aan de andere kant lijkt te impliceren dat geen sprake is van een inhoudelijke koerswijziging.

Deze onduidelijkheid wordt in mijn ogen treffend geïllustreerd door een recent arrest van het Hof Amsterdam.<sup>12</sup> Het hof overweegt:

“Indien het medeplegen, zoals bijvoorbeeld in het hier aan de orde zijnde artikel 141 van het Wetboek van Strafrecht, in de vorm van ‘in vereniging’ een bestanddeel vormt van de delictsomschrijving zal de rechter moeten beoordelen of sprake is van een nauwe en bewuste samenwerking ten aanzien van het openlijk plegen van geweld tegen personen of goederen. Daarbij kan van belang zijn dat openlijke geweldpleging zich, gelet op de aard van het delict, in verschillende vormen kan voordoen.

Het hof acht, gelet op de hiervoor genoemde feiten en omstandigheden, wettig en overtuigend bewezen dat de verdachte in vereniging met anderen openlijk geweld heeft gepleegd tegen [slachtoffer]. Het hof heeft daarbij het volgende in aanmerking genomen. De verdachte is samen met drie anderen naar de woning van [slachtoffer] gegaan, hij heeft [slachtoffer] aangeropen en vervolgens heeft hij naar de drie mannen geroepen dat ze [slachtoffer] moesten pakken, waarna door deze mannen geweldshandelingen jegens [slachtoffer] zijn verricht. De verdachte heeft zich tijdens het geweld niet daarvan gedistantieerd, maar dat moment juist benut om [slachtoffer] om geld te vragen. Niet alleen heeft de verdachte zodoende de groep getalsmatig versterkt, hij heeft ook van het geweld gebruik gemaakt om te bereiken dat het slachtoffer hem geld zou geven waarop hij meende recht te hebben. De verdachte heeft door die gedragingen een voldoende significante en wezenlijke bijdrage geleverd aan het openlijke geweld zoals ten laste gelegd.”

Het hof stelt dus eerst vast dat de vraag moet worden beantwoord of er sprake is van een nauwe en bewuste samenwerking, de gelijkschakeling van medeplegen en het ‘in vereniging’ plegen van openlijk geweld door de Hoge Raad indachtig, om vervolgens het oude criterium van de voldoende significante en wezenlijke bijdrage toe te passen. Het lijkt het hof, dat overigens tot een vrijspraak kwam van het primair tenlastegelegde medeplegen van zware mishandeling, niet duidelijk hoe precies moet worden omgesprongen met de vraag naar de bewezenverklaring van artikel 141 Sr.

De door de Hoge Raad gecreëerde onduidelijkheid is niet enkel onwenselijk in de zin dat het rechterlijke instanties, laat staan burgers, in verwarring brengt over de stand van het recht. Het zet daarnaast in mijn optiek de deur open voor de strafbaarstelling van handelingen op basis van artikel 141 Sr die helemaal niet onder de vigeur van dat artikel zouden moeten vallen.

---

<sup>12</sup> Hof Amsterdam 10 april 2018, ECLI:NL:GHAMST:2018:1158.

Het duidelijkste voorbeeld wordt gevormd door gevallen waarin een (fysiek) afwezige verdachte een bijdrage van voldoende gewicht levert aan het openlijk in vereniging plegen van geweld. Ten aanzien van andere delicten in het Wetboek van Strafrecht kijkt niemand raar op als een verdachte wordt veroordeeld als medepleger terwijl hij fysiek niet aanwezig was op de plaats van het (grond)delict. Met Nan vrees ik dan ook dat het nu wachten is op het moment dat ook een veroordeling van een fysiek niet aanwezige verdachte volgt wegens openlijke geweldpleging.<sup>13</sup>

Toegegeven, uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de minister van Justitie deze optie, ondanks bezorgde vragen van Kamerleden, openhield.<sup>14</sup> Desondanks ben ik ervan overtuigd dat de reikwijdte van artikel 141 te veel wordt opgerekt als ook afwezige betrokkenen veroordeeld kunnen worden voor openlijke geweldpleging.

In de eerste plaats om de doodeenvoudige reden dat er hiermee te ver afstand wordt genomen van de essentie van artikel 141. Dat artikel stelt het immers strafbaar dat er openlijk door een groep geweld wordt gepleegd. Juist de openlijkheid vormt een essentieel onderdeel van het strafrechtelijk verwijt dat de dader wordt gemaakt. In de woorden van de Hoge Raad zelf:

“Van openlijke geweldpleging is immers sprake bij geweld dat zich door onverholen, niet-heimelijk bedreven daden heeft geopenbaard, zodat daardoor de openbare orde is aangerand, zonder dat evenwel is vereist dat ten tijde en ter plaatse van het plegen van het geweld publiek aanwezig was of dat er toen en daar feitelijk vrije toegang en zicht op wat er gebeurde bestond.”<sup>15</sup>

Hoewel het met andere woorden niet noodzakelijk is dat er derden aanwezig waren, moet het wel gaan om geweldpleging die voor anderen zichtbaar had kunnen zijn. Het moge duidelijk zijn dat in het handelen van de afwezige medepleger van openlijk geweld niet de specifieke verwijtbaarheid van de openbaarheid van dat handelen zit (los van het feit dat deze afwezige medepleger best in het openbaar kan hebben gehandeld; het gaat erom dat hij niet op de plek van het geweld was). Ook Rozemond stelt dat het bestanddeel ‘openlijk’ uitsluit dat besloten vormen van deelneming onder de delictsomschrijving van artikel 141 Sr onder te brengen zijn.<sup>16</sup> Rozemond wijst in dit kader terecht op de woordvolgorde van de delictsomschrijving van artikel 141 Sr: omschreven wordt het ‘openlijk in vereniging geweld plegen’, niet het ‘in vereniging openlijk geweld plegen.’ De laatste omschrijving laat de mogelijkheid open dat de samenwerking niet openlijk was, de eerste (en daadwerkelijke) delictsomschrijving lijkt wat anders te impliceren.

Verder vormt de eis dat de geweldpleging ‘in vereniging’ is geschied (tezamen met de openlijkheid) natuurlijk de kern van het delict van artikel 141 Sr. De afwezige medepleger maakt op het moment van de daadwerkelijke geweldpleging geen deel uit van de groep. Dit terwijl juist uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat artikel 141 is bedoeld als specifieke strafbaarstelling van groeps geweld (“Voldoende is, dat hij deel uitmaakt van de groep die het openlijke geweld heeft gepleegd, en een bijdrage heeft geleverd aan dat geweld”).<sup>17</sup> Juist het gegeven dat het geweld in groepsverband plaatsvindt maakt dat de geweldpleging als drei-

13 J.S. Nan, a.w.

14 *Handelingen II* 2 februari 2000, 44, p. 3338-3339.

15 HR 12 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ3681, zie ook HR 13 juni 2006, LJN AW3560, *NJ* 2006/345.

16 K. Rozemond, ‘Waar ligt de grens van de openlijke geweldpleging?’, *DD* 2001, vanaf pagina 808.

17 *Kamerstukken II* 1998/99, 26519, nr. 3, p. 6-8.



gender wordt beschouwd en daarmee een grotere inbreuk op de openbare orde maakt. De afwezige medepleger zorgt niet voor getalsmatige versterking van de groep en van hem gaat dan ook geen dreiging of gevaar uit voor derden.

Nan geeft in zijn artikel een treffend voorbeeld van een situatie waaruit blijkt dat er bezwaren kleven aan de mogelijkheid dat een afwezige medepleger wordt veroordeeld voor openlijke geweldpleging. Hij schetst de situatie waarin slechts twee personen betrokken zijn bij het delict. Een van de twee deelt op straat allerlei klappen uit en vernielt de boel, terwijl de ander hem vanuit huis telefonisch aanmoedigt en aanwijzingen geeft. Ik ben ook van mening dat er in die situatie onmogelijk gesproken kan worden van het openlijk in vereniging geweld plegen. De beller versterkt immers de groep niet en schrikt geen omstanders af of hindert de politie.<sup>18</sup>

Uiteraard is er wel degelijk van alles aan te merken op het gedrag van de beller. Het punt is nou juist dat hetgeen hem te verwijten valt, niet valt onder de door artikel 141 bestreken handelingen. Zowel het groepsverband als het vormen van een daadwerkelijke (openlijke) dreiging ontbreken immers. Dit maakt overigens niet dat de beller straffeloos hoeft te blijven. Zijn handelingen zijn overduidelijk strafbaar op grond van andere artikelen van het Wetboek van Strafrecht. Nan oppert in dit verband aansprakelijkheid voor het deelnemen aan mishandeling en vernieling. Daarnaast kan uiteraard artikel 141a, dat het opzettelijk gelegenheid, middelen of inlichtingen verschaffen tot het plegen van geweld tussen personen of goederen aan openlijke geweldpleging strafbaar stelt.

Zelf zou ik daar nog aan toe willen voegen dat de handelingen, of beter gezegd, de uitingen van de beller teruggebracht kunnen worden tot wat ze in de kern zijn: strafbare uitingen. Denk hierbij aan het uitingsdelict van artikel 131 Sr. Het vergt niet veel fantasie de gedragingen van de beller te bestempelen als het mondeling tot enig strafbaar feit of tot gewelddadig optreden tegen het openbaar gezag opruien, waarmee hij zich dus schuldig maakt aan opruiing.

In elk geval is duidelijk dat ook de beller strafrechtelijk aansprakelijk is voor zijn gedrag. Echter, artikel 141 Sr ziet niet op hetgeen de beller te verwijten valt. Vervolging en een (eventuele) veroordeling zal dus op basis van andere artikelen moeten geschieden. Het voorbeeld van Nan laat hiermee zien dat het niet passend is om afwezige betrokkenen als medeplegers van de openlijke geweldpleging te bestempelen.

## 5. Conclusie

Het moge inmiddels duidelijk zijn dat ik geen voorstander ben van de beslissing van de Hoge Raad om tot gelijkschakeling van medeplegen en het 'in vereniging' plegen van geweld te komen. In de eerste plaats verzetten zowel de bedoeling van de wetgever als de systematiek van de wet zich tegen deze gelijkschakeling. De parlementaire geschiedenis laat immers zien dat artikel 141 Sr een specifiek eigen karakter heeft. Daarnaast zou de noodzaak voor het bestaan van het tweede lid van artikel 141, en wellicht het gehele artikel, niet bestaan in het geval het geen eigen karakter en een eigen te beschermen rechtsgoed heeft, maar 'slechts' ziet op het medeplegen van geweldshandelingen. Dit laatste wordt namelijk reeds ondervonden door andere, bestaande strafbepalingen, denk aan vernieling en de verschillende varianten van (zware) mishandeling.

---

<sup>18</sup> Zie *Kamerstukken II 1998/99*, 26519, nr. 3, belemmering van (de bewijsgaring door) de politie wordt genoemd als een van de door middel van artikel 141 te bestrijden handelingen.

Gek genoeg lijkt de Hoge Raad zich dit ook te realiseren en nopen de overwegingen uit het arrest van 5 juli 2016 tot de conclusie dat er inhoudelijk eigenlijk niets verandert. Ik zie hier nog een argument in dat pleit tegen de gelijkschakeling door de Hoge Raad. Door de gelijkschakeling van medeplegen en het ‘in vereniging’ plegen van geweld kan op zijn minst de indruk gewekt worden dat de Hoge Raad een andere invulling van artikel 141 Sr voor ogen heeft. Zoals gezegd lijkt her er aan de andere kant op dat geen inhoudelijke koerswijziging wordt beoogd. Wat is dan het nut van de gelijkschakeling?

Dat de Hoge Raad desondanks heeft gekozen voor de gelijkschakeling van medeplegen en het ‘in vereniging’ plegen van geweld leidt in mijn ogen tot verwarring. Daarnaast geeft een en ander een verkeerd signaal af door de deur open te zetten voor het onder de strafbaarstelling van artikel 141 scharen van situaties die in algemene zin zonder meer onder de noemer ‘medeplegen’ vallen maar die voorbij gaan aan de essentiële elementen van openlijke geweldpleging. Het voorbeeld van de afwezige medepleger laat zien dat door de gelijkschakeling de nadruk op de openlijkheid en het groepsverband, dat juist de kern vormt van het specifieke karakter van artikel 141, kom te vervallen als het ‘in vereniging’ plegen van openlijk geweld samenvalt met medeplegen. Er bestaan reeds andere bepalingen die gedrag ‘in de periferie’ van de openlijke geweldpleging strafbaar stellen. Hierbij kan gedacht worden aan artikel 141a Sr maar ook aan uitingsdelicten.

Om bovenstaande redenen kan ik niet anders dan hopen dat ’s lands hoogste rechterlijke college tot inkeer komt en ervoor zal zorgen dat het eigen, specifieke karakter van artikel 141 Sr gewaarborgd blijft. De eerlijkheid gebiedt mij te zeggen dat de kans hierop niet groot lijkt nu de Hoge Raad de koerswijziging reeds heeft bevestigd middels latere jurisprudentie. Wel heeft het er, zoals gezegd, de schijn van dat de Hoge Raad geen inhoudelijke koerswijziging nastreeft. Dit maakt het in mijn ogen echter alleen maar onbegrijpelijker dat de Hoge Raad desondanks toch voor eerst expliciet heeft overwogen dat dat dezelfde criteria die gelden voor het aannemen van medeplegen, dienen te gelden voor delicten die ‘in vereniging’ worden gepleegd.

# De verklaring van horen zeggen

R. VAN LEUSDEN & B.J. POLMAN<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

“De behandeling van de strafzaak Hendriks tegen het openbaar ministerie, met mr. Hamer”, roept de bode door de gang van het oude gerechtsgebouw aan de Parnassusweg in Amsterdam. Gerard Hamer geeft Hendriks nog snel de laatste uitleg, staat op, knoopt zijn bef voor, zijn toga dicht en volgt zijn cliënt de zittingszaal in. Zijn zware tas met dossiers, pennen en peuken – waarvan de uitgedrukte restanten de afgelopen maanden her en der tussen de dossiers belandden – zet hij in de zittingszaal naast zich neer. Het omvangrijke dossier van zijn cliënt, die wij hier voor het gemak Hendriks noemen, wordt opengeslagen en de stukken nog snel even geordend. De voorzitter van de meervoudige strafkamer heet de heer Hendriks en mr. Hamer welkom en vangt de behandeling van de zaak aan. “Zo, eerst even uw gegevens controleren, meneer Hendriks, want het is belangrijk dat we hier wel de juiste persoon voor ons hebben. Bent u: Hans Hendriks, geboren op 1 juli 1980 in (...)” Als een springveer die te lang onder spanning heeft gestaan en van de spanning plots wordt verlost, veert Gerard Hamer overeind uit zijn stoel. Hij buigt voorover naar de microfoon en zegt: “Edelachtbare, ik moet u echt onderbreken.” De voorzitter kijkt Hamer verbouwereerd aan. Amper 10 seconden begonnen en nu al hommeles. Hij vermoedde overigens al zoets toen hij “mr. Hamer” op de zittingslijst van de dag zag staan. Je leest dan een dossier voor de zekerheid tweemaal en let er vooral op of alle formele punten zijn getackeld. De dagvaarding is juist uitgereikt, dat had de voorzitter vlak voor aanvang van de zitting nog bekeken. “Ja”, verzucht de voorzitter, “waarom moet u mij onderbreken, mr. Hamer?” “Mijn cliënt kan uw vraag naar zijn geboortedatum onmogelijk beantwoorden, omdat hij van dat moment geen levendige herinnering koestert”, antwoordt Hamer.

Het moet ergens in de zomer van 2007 zijn geweest. Gerard Hamer zit achter zijn overvolle bureau. Stapels uitgeprinte processtukken, mokken met oude restanten koffie en asbakken maken werken bijna onmogelijk. De twee grote ramen naar buiten staan wagenwijd open. Zijn werkkamer grens direct aan het trottoir. Een weifelende zomerbries vult zijn kamer met zoete geuren. Achter het bureau wordt gewerkt. Hard gewerkt, getelefoneerd en soms een e-mail verstuurd. Zo'n e-mail bevat vaak niet meer tekst dan: “Beste heer, ik heb geprobeerd u telefonisch te bereiken. Dat is niet gelukt. Met vriendelijke groet, mr. Hamer”. De buurman van twee huizen verderop loopt voorbij en groet Gerard. “Hard aan het werk, buurman?” Natuurlijk onderbreekt Gerard zijn dagelijkse routine om uitgebreid verslag te doen van het reilen en zeilen binnen de kantoormuren van Cleerdin & Hamer Advocaten aan het Van der Helstplein in Amsterdam. De overbuurvrouw zet haar fiets in het fietsenrek voor de kamer van Gerard en voegt zich bij de buurman. “He, Gerard, haar geknipt?”, vraagt de buurvrouw. Gerard vertelt over de zaak van de kapper op de Albert Cuypstraat, die hij, net als in 2001, met succes bijstond. “De kapper verdedigde zichzelf tegen een dronken man die hem aanviel en had daarbij in zijn paniek niet in de gaten dat hij zijn schaar nog in de hand had”, aldus Gerard. Net als in 2001 volgde de rechtbank ook in 2007 zijn verweer: de kapper handelde wederom uit noodweer. Justitie had in die zaak vier jaar cel geëist, maar zag na het vonnis af van hoger beroep.

---

<sup>1</sup> Rick van Leusden en Ben Polman zijn strafrechtadvocaten bij Cleerdin & Hamer Advocaten.

Met gemak zou dit boek met soortgelijke anekdotes over Gerard Hamer kunnen worden gevuld. De ene anekdote nog mooier, vindingrijker en met meer humor dan de ander. Al die anekdotes hebben één gemene deler: het zijn voor ons, ondergetekenden, zogenoemde ‘verklaringen van horen zeggen’, oftewel: ‘de auditu-verklaringen’ Het zijn anekdotes die wij (helaas) niet uit eerste hand hebben, maar door anderen aan ons zijn doorverteld. Wij wensen te geloven dat ze op waarheid berusten, maar kunnen wij daarvan ‘zomaar’ uitgaan? De neiging om die vraag snel met “ja” te beantwoorden, is vooral ingegeven door eigenbelang. Immers, deze smaakvolle anekdotes over Gerard Hamer willen wij vooral nog lange tijd, wekelijks aan de lunch- en borreltafel horen vertellen. Zetten wij dat belang overboord, dan valt ons op dat de anekdotes gedetailleerd zijn, de details consistent worden herhaald en dat zij bevestiging vinden in, bijvoorbeeld, beeldmateriaal van Gerard aan een enorm en overvol bureau. Al met al voor ons ruim voldoende om deze anekdote als ‘echt’ te bestempelen en voor de inhoud van dit boek te gebruiken.

De titel van dit artikel, *De verklaring van horen zeggen*, vormt het bruggetje van de anekdotes over Gerard naar de jurisprudentie. De Hoge Raad bevestigde (al) in 1926 in het arrest dat de toepasselijke titel het ‘*De-auditu-arrest*’ heeft meegekregen, dat aan ‘verklaringen van horen zeggen’ bewijs mag worden ontleend.<sup>2</sup> Het wordt de rechter toegestaan uit wat een getuige anderen heeft horen zeggen een vermoeden te ontleenen voor de waarheid van de inhoud van die mededeling. Het arrest is voor de Nederlandse praktijk van het strafrecht van groot belang.<sup>3</sup> Dergelijke verklaringen komen veel. Denk bijvoorbeeld aan de verklaring van een moeder die haar kind tegen haar heeft horen zeggen wat hem is aangedaan. Zo’n (getuigen)verklaring van de ouder is in beginsel door de rechter voor het bewijs (tegen bijvoorbeeld een verdachte van (kinder)mishandeling) te gebruiken zonder dat de rechter de ouder als getuige zelf ter terechtzitting heeft gehoord en die verklaring in het proces-verbaal van de terechtzitting is vastgelegd. Wil de rechter die verklaring voor het bewijs gebruiken, dan is het wel zaak dat hij de inhoud van de verklaring ter terechtzitting naar voren brengt, zodat bijvoorbeeld ook de procespartijen zich daarover zouden kunnen uitlaten. Dat bevordert bovendien een ordentelijke rechterlijke besluitvorming.

De zittingsrechter doet derhalve recht op basis van materiaal dat (via een derde of een proces-verbaal) ter zitting door hemzelf of ten overstaan van hem naar voren is gebracht.<sup>4</sup> Dit uitgangspunt wordt ook wel geduid als het onmiddellijkheidsbeginsel. Het onmiddellijkheidsbeginsel is gecodificeerd in artikel 338 Sv en houdt in dat het bewijs dat de verdachte het tenlastegelegde feit heeft begaan door de rechter slechts mag worden aangenomen, indien hij daarvan uit het onderzoek op de terechtzitting door den inhoud van wettige bewijsmiddelen de overtuiging heeft bekomen. Dit beginsel wordt te strikt uitgelegd als daaronder wordt verstaan dat alleen bewijs dat op het onderzoek op de terechtzitting als bewijsmiddel (bijvoorbeeld in het proces-verbaal van die zitting) wordt opgenomen voor het bewijs mag worden gebezigd. Wordt het onmiddellijkheidsbeginsel zo geïnterpreteerd, dan zouden ‘verklaringen van horen zeggen’ die buiten de terechtzitting niet door de zittingsrechter zijn verkregen door hem niet voor het bewijs kunnen worden gebruikt. Zoals gezegd is dat een onjuiste en te strikte uitleg van dat beginsel. Wel is het *De-auditu* arrest voor de interpretatie van het onmiddellijkheidsbeginsel van een zeker belang. Hiervoor is al aangegeven dat het de zittingsrechter vrij staat om getuigen zelf ter terechtzitting te horen en hij hun verklarin-

2 HR 20 december 1926, NJ 1927/85.

3 Zie voor meer over de de auditu verklaring: P.P.J. van der Meij, *De driehoeksverhouding in het strafrechtelijk vooronderzoek. Een onverminderde zoektocht naar evenwicht in de rolverdeling tussen de rechter-commissaris, de officier van justitie en de verdediging* (diss. Leiden). Deventer: Kluwer 2010, p. 93.

4 G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht* (bewerkt door M.J. Borgers), Deventer: Kluwer 2014, p. 49.

gen ook voor het bewijs mag bezigen als die ter terechtzitting in andere vorm (bijvoorbeeld in een proces-verbaal van een politieverhoor van die getuigen) tot hem komen. Deels door de gevolgen van het *De auditu*-arrest werd het onmiddellijkheidsbeginsel gemodificeerd, nu ook aan ‘verklaringen van horen zeggen’ bewijs mag worden ontleend.<sup>5</sup>

Het is opmerkelijk dat deze belangrijke (De-auditu) jurisprudentie niet is gecodificeerd. Echter, daar komt met het nieuwe Wetboek van Strafvordering mogelijk verandering in.

## 2. **Boek 4 Berechting, het nieuwe Wetboek van Strafvordering**

Het uit 1926 daterende *De-auditu*-arrest heeft flink wat stof doen opwaaien. Zo beweren critici dat alleen getuigenverklaringen die getuigen zelf waarnemen of ondervinden voor het bewijs bruikbaar zijn en dat een andere uitleg niet past bij de tekst van artikel 342 lid 1 Sv. De tekst van die wet gebiedt, zo menen zij, dat verklaringen van getuigen ‘op de terechtzitting’ worden afgelegd, terwijl die verklaringen betrekking hebben op feiten en omstandigheden die de getuige ‘zelf waargenomen of ondervonden heeft’. Wat daarvan ook zij, niet kan worden ontkent dat de Hoge Raad met het *De-auditu*-arrest een voor de (straf) rechtspraak zeer belangrijke uitleg heeft gegeven over de verklaring van horen zeggen. In dat kader schrijft Borgers: “Weliswaar heeft de Hoge Raad duidelijkheid geboden over de toelaatbaarheid van de auditu-verklaringen en andere niet rechtstreeks tegenover de zittingsrechter afgelegde verklaringen, maar dat is de Hoge Raad wel op het verwijt komen te staan dat aldus een beslissing is genomen die nogal drastische consequenties heeft voor de wijze van procederen in strafzaken.”<sup>6</sup> Had het niet meer op de weg van de wetgever, dan de Hoge Raad, gelegen over de bruikbaarheid van dergelijke verklaringen duidelijkheid te verschaffen? Bijna 100 jaar na het *De-auditu*-arrest lijkt de wetgever die duidelijkheid in het te moderniseren Wetboek van Strafvordering alsnog te willen brengen.

Het uit 1926 daterende Wetboek van Strafvordering voelt verouderd, is sinds de invoering vaak gewijzigd en vraagt om een modern jasje. Corstens verwoordde dat op 19 juni 2014 in zijn toespraak op het eerste congres Modernisering Wetboek van Strafvordering treffend: “Telde het wetboek bij zijn inwerkingtreding in 1926 592 artikelen, nu kom ik tot 970 artikelen. Daar komt bij dat alle uitbreidingen, invoeringen en wijzigingen die het wetboek sinds 1926 heeft ondergaan, hebben geleid tot een wetboek dat niet zo overzichtelijk is als het zou moeten zijn. Het lijkt een beetje op een fietsband met twintig plakkers. Zo’n band wordt zwaar en rijdt niet lekker; het hobbelt erover. Een wetboek als een kasseienstrook: dat leidt te gemakkelijk tot valpartijen.” De contouren van het gemoderniseerde wetboek beginnen duidelijk zichtbaar te worden. Eind 2017 is door de wetgever het conceptwetsvoorstel *Vaststellingswet Boek 4* van het nieuwe Wetboek van Strafvordering naar onder meer de advocatuur, het openbaar ministerie, de politie en de Raad voor de rechtspraak gestuurd. Zij hebben gelegenheid gekregen op het wetsvoorstel reageren.

Boek 4 ziet op berechting van verdachten. Er is voorgesteld in Boek 4 onder (veel) meer op te nemen dat verdachten van zware gewelds- en zedenmisdrijven die in voorlopige hechtenis zitten verplicht zijn ter terechtzitting te verschijnen. De voorstanders van een strikte uitleg van het onmiddellijkheidsbeginsel (zoals hiervoor besproken) zullen dat voorstel ongetwijfeld toejuichen. Net als in het huidige wetboek worden in de moderne versie de toegelaten bewijsmiddelen in de wet opgesomd. Voorts zal, in verband met het gebruik van de

5 C.P.M. Cleiren, ‘Modernisering van het Wetboek van Strafvordering: Kansen zijn niet altijd vrijblijvend’, *Strafblad* 13(4), 2015, 267-276.

6 M.J. Borgers, ‘Het De auditu-arrest (HR 20 december 1926, NJ 1927, 85)’, *Ars Aequi*, december 2009, p. 840.

auditu-verklaringen, de wettelijke regeling in overeenstemming worden gebracht met de (vaste) jurisprudentie en de wijze waarop deze regeling in het geldende recht wordt toegepast.<sup>7</sup> De De-auditu-jurisprudentie is neergelegd in het nieuwe artikel 4.3.2.3 lid 4 Sv en luidt:<sup>8</sup>

“Een mededeling van de verdachte, een getuige of een deskundige als in de vorige leden bedoeld die elders dan op de terechtzitting is gedaan, kan tot het bewijs meewerken indien daarvan uit een wettig bewijsmiddel blijkt.”

De voorgestelde codificatie van de De-auditu-jurisprudentie zal de tot nu toe gevoerde discussie over de bruikbaarheid van de verklaring van horen zeggen smoren. In zoverre zal de codificatie bijdragen aan duidelijkheid. Echter, zal de codificatie van die jurisprudentie ook bijdrage aan een verbetering van kwaliteit van de bestaande strafrechtspleging? Dat is immers een van de doelen die de wetgever met de modernisering van het wetboek voor ogen heeft.<sup>9</sup> Mogelijk moet die vraag met “nee” worden beantwoord. Voor de kwaliteit van de rechtspleging hoeven ontwikkelingen in de jurisprudentie niet perse in de wet zijn gereflecteerd. Het zou de leesbaarheid van het Wetboek van Strafvordering niet ten goede komen als alle in de jurisprudentie vervatte rechtsregels worden vertaald naar wetten. Daarentegen zullen bepaalde *jurisprudentiële ontwikkelingen* voor het recht zó belangrijk zijn, en niet langer aan de rechter worden gelaten, dat zij tot wet verwoorden. De wetgever heeft de De-auditu-jurisprudentie kennelijk in dat rijtje geschaard en reden gezien de De-auditu-jurisprudentie te codificeren.

Een tweede codificatie van een voor het recht belangrijke *jurisprudentiële ontwikkeling – die in meer of mindere mate samenhangt met de* codificatie van de De-auditu-jurisprudentie – vindt men in het nieuwe artikel 4.3.2.5, dat luidt:

“Het bewijs dat de verdachte het feit heeft begaan, kan niet in beslissende mate steunen op mededelingen van een persoon die de verdachte niet heeft kunnen ondervragen, tenzij het recht op een eerlijk proces daardoor niet wordt geschonden.”

Al het door de rechter te gebruiken bewijs moet, al dan niet in aanwezigheid van de verdediging, ter zitting worden voorgehouden. De verdediging moet in de gelegenheid zijn gesteld het bewijs te onderzoeken en te betwisten, in ieder geval wanneer het gaat om een voor het bewijs beslissende getuigenverklaring. De belastende verklaring van een getuige (bijvoorbeeld een verklaring van horen zeggen) die de verdediging niet heeft gehoord, kan niet in doorslaggevende of beslissende mate aan het bewijs bijdragen. Dit uitgangspunt is een codificatie van de inmiddels bestendige jurisprudentie van het EHRM.<sup>10</sup> Echter, dit uitgangspunt is, wederom gelet op die jurisprudentie, niet absoluut. Indien het recht op een eerlijk proces niet is geschonden, kan de voor het bewijs beslissende verklaring van een getuige toch als bewijs dienen, ook al heeft de verdediging die getuige niet kunnen ondervragen. Een potentiële schending van het ondervragingsrecht moet worden gezien in het

7 Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering, p. 29.

8 Zie het conceptwetsvoorstel tot vaststelling van Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, Berechting, p. 26.

9 Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering, p. 1. Voorts heeft hij ten doel gesteld met de modernisering te komen tot een toekomstbestendig, voor professionals en burgers toegankelijk en in de praktijk werkbaar wetboek dat voorziet in een evenwichtig stelsel van rechtswaarborgen.

10 EHRM 16 mei 2016, applicatienummers 26711/07, 32786/10 en 34278/10 (*Poletan en Azirovik/Madeconie*) ro. 81.

licht van de ‘overall fairness’ van de ‘proceedings as a whole’.<sup>11</sup> Daarvoor is onder meer van belang een antwoord op de vraag of aan de verdediging voldoende compensatie is toegekend voor het niet horen van deze beslissende getuige. Hierna volgt een korte toelichting op het bovenstaande.

### 3. De codificering in het licht van de EHRM-jurisprudentie

Het uitgangspunt van het EHRM is dat al het bewijs tegen een verdachte: “must normally be proceduced in his presence at a public hearing with a view to adversial argument”.<sup>12</sup> Volgens het EHRM is dit beginsel niet absoluut. Voorhouden van een eerder afgelegde getuigenverklaring ter zitting, ofwel: het rechtstreekse gebruik van de auditu-verklaring voor het bewijs, is in beginsel dan ook niet strijdig met artikel 6 EVRM, het recht op een eerlijk proces.<sup>13</sup> De positie van de verdediging mag echter door het gebruik van de auditu-verklaring niet verslechteren. Met name waar het gaat om beslissende of doorslaggevend getuigen (‘sole or decisive’) zal aan de verdediging een mogelijk moeten worden geboden om ten tijde van het afleggen van een verklaring of op een later moment in de procedure de getuige kritisch te ondervragen. Aan het ontbreken van dit ondervragingsrecht kunnen consequenties worden verbonden wanneer achteraf blijkt dat de procedure in zijn geheel oneerlijk was in het licht van art. 6 EVRM.

Het EHRM heeft in het arrest *Al-Khawaja en Tahery/Het Verenigd Koninkrijk*<sup>14</sup> een beslissingsschema geïntroduceerd. Indien voor de verdediging geen behoorlijke en effectieve mogelijkheid heeft bestaan om een getuige te (doen) ondervragen, kan het gebruik van een door die getuige afgelegde verklaring in strijd zijn artikel 6 EVRM. Het gebruik van een *untested* getuigenverklaring levert evenwel geen automatische schending op van artikel 6 EVRM. Volgens het EHRM dient de rechter te beoordelen:

“(i) whether there was a good reason for the non-attendance of the witness and, consequently, for the admission of the absent witness’s untested statements as evidence;  
(ii) whether the evidence of the absent witness was the sole or decisive basis for the defendant’s conviction; and  
(iii) whether there were sufficient counterbalancing factors including strong procedural safeguards, to compensate for the handicaps caused to the defence as a result of the admission of the untested evidence and to ensure that the trial, judged as a whole, was fair.”

Bij het toepassen van deze criteria dient door de rechter te worden gekeken naar de ‘overall fairness’ van het proces. De uiteindelijke balans in het kader van de beoordeling of er sprake is geweest van een eerlijk proces, kan eerst achteraf worden opgemaakt, maar de rechter dient al wel tijdens de behandeling van strafzaken beslissingen te nemen omtrent het oproepen en horen van getuigen. De motivering van het verzoek om getuigen op te roepen is daarbij van groot belang. In EHRM 15 december 2015, *Schatschaschwili/Duitsland*, heeft het Europese Hof overwogen dat, hoewel bovengenoemde driestappentoeets dient te worden uitgevoerd zoals neergelegd in het *Al-Khawaja*-arrest, het gelet op de onderlinge samen-

11 Vgl. dit uitgangspunt is terug te vinden in EHRM 28 september 2010, applicatienummer 40156/07 (*A.S./Finland*) ro.. 52 ; EHRM 24 oktober 2002, app. nr. 36732/97 (Pisano t. Italie), ro. 27, EHRM 15 december 2015, applicatienummer 9154/10 (*Schatschaschwili/Duitsland*) ro. 161.

12 Guide on article 6, Right to a fair trial (criminal limb), p. 47, par. 302.

13 Zie bijvoorbeeld EHRM 27 februari 2001, applicatienummer 33354/96 (*Luca/Italië*) ro. 40.

14 EHRM 15 december 2011, applicatienummers 26766/05, 22228/06 (*Al-Khawaja & Tahery/Het Verenigd Koninkrijk*).

hang van de stappen in voorkomende gevallen wenselijker kan zijn een andere volgorde te hanteren.<sup>15</sup> Van een dwingende volgorde van het driestappenplan is dan ook geen sprake.

Het zou voor het bereik van dit artikel te ver voeren om alle hiervoor genoemde stappen tot in detail te bespreken.<sup>16</sup> Om die reden wordt ermee volstaan te benadrukken dat het ontbreken van een ondervragingsrecht op zichzelf onvoldoende is om een schending van artikel 6 EVRM aan te nemen. Het gebruik van een De auditu-verklaring zonder de mogelijkheid om als verdediging de getuige te horen leidt derhalve niet per definitie tot een schending van het recht op een eerlijk proces.<sup>17</sup> Wel brengt het gebruik van een verklaring van een niet onderzochte getuige de weegschaal van vrouw justitia uit balans. Om de weegschaal weer in balans te brengen dienen afdoende ‘counterbalancing factors’ aanwezig te zijn, waaronder voldoende rechtswaarborgen voor de verdediging.

#### 4. Bereikt codificatie het gewenste effect?

De wetswijziging in de contourennota van het nieuwe Wetboek van Strafvordering codificeert het middellijkheidsbeginsel. De mogelijkheid om een mededeling van de verdachte, van een getuige of van een deskundige die elders dan op de terechtzitting is gedaan tot bewijs te laten dienen, heeft daarmee een wettelijke basis gekregen. De codificering komt voort uit een streven naar efficiëntie. Het middellijkheidsbeginsel leidt er onder meer toe dat de zittingscapaciteit van rechtbanken en hoven minder wordt belast. De vraag is echter of de huidige codificatie het gewenste doel bereikt.

Na de wetswijziging kan een verklaring van een beslissende getuige enkel worden gebruikt als het proces in zijn geheel eerlijk is verlopen. Een toets die enkel achteraf kan plaatsvinden. Voor het EHRM is achteraftoetsing mogelijk. Een klager heeft immers dan al alle nationale rechtsmiddelen uitgeput.<sup>18</sup> Een zittingsrechter daarentegen dient te beslissen in de stand van het geding. Volgens de Hoge Raad ligt de oplossing in het motiveren van de beslissing omtrent het horen van getuigen. De Hoge Raad oordeelde in het arrest van 4 juli 2017: “Deze motiveringsplicht draagt voorts eraan bij dat de rechter zo vroegtijdig mogelijk het recht op een eerlijk proces in de hiervoor bedoelde zin kan betrekken bij de beoordeling van het verzoek.”<sup>19</sup>

Het motiveren van een beslissing zorgt ervoor dat actief over onder meer het eerlijk proces wordt nagedacht. De oplossing van de Hoge Raad bevat ook een tegenstrijdigheid. Zo vroeg mogelijk het recht op een eerlijk proces *in zijn geheel* betrekken bij een beslissing oogt onmogelijk.<sup>20</sup> De rechter kan enkel de omstandigheden tot dus ver betrekken. Het zal dus geen oordeel zijn over het recht op een eerlijk proces in zijn geheel, maar in de stand van het geding. Toekomstige omstandigheden die leiden tot een schending kunnen niet worden meegenomen.

15 EHRM 15 december 2015, applicatienummer 9154/10 (*Schatschaschwili/Duitsland*).

16 Zie voor een uitvoerige bespreking B. de Wilde, *Stille getuigen, Het recht belastende getuigen in strafzaken te ondervragen (artikel 6 lid 3 sub d EVRM)* (diss) Amsterdam VU, Deventer: Kluwer, p. 123 e.v. Zie ook HR 17 januari 2017, ECLI:NL:PHR:2017:172.

17 EHRM 3 maart 2016, applicatienummer 26230/11 (*Kapustyak/Oekraïne*) ro. 89. Het horen van een doorslaggevende of beslissende getuige is geen absoluut recht. Het recht kan volgens het EHRM zelfs worden beperkt: “in the interests of the proper administration of justice”.

18 Zie artikel 35 lid 1 EVRM.

19 HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1219.

20 Overigens staat in de voorgestelde wetswijziging niet dat het ziet op het strafproces in zijn geheel, maar gelet op het feit dat de wijziging is ontleend aan EHRM-jurisprudentie moet de bepaling zo worden geïnterpreteerd. Bovendien is een gedeeltelijk eerlijk proces geen eerlijk proces.



Bij de motivering kan de zittingsrechter dus niet betrekken of de ‘proceeding as a whole’ voor de verdachte ‘fair’ was en – indien de ‘fairnes’ in het geding is – of voldoende ‘counterbalancing factors’ aanwezig waren.

In een later fase van hetzelfde strafproces kunnen andere rechters zich genoodzaakt voelen beslissende getuigen ambtshalve op te roepen of compenserende maatregelen toekennen met als doel voorkomen dat de verdediging geen behoorlijk en effectief ondervragingsrecht heeft gehad. De verklaring kan anders niet worden gebruikt. Dat is een begrijpelijk maar onwenselijk gevolg van de wetwijziging. Het vroegtijdig horen van de beslissende getuige had wellicht noodgrepen voorkomen.

Tot slot is bij het garanderen van een eerlijk proces ook een belang weggelegd voor de verdediging. Het vereist een actief optreden. Vroegtijdig een processtrategie bepalen helpt om te onderbouwen waarom een getuige beslissend is. Bovendien geldt dat naar mate de verdediging langer wacht met het verzoeken om bepaalde getuige de beoordeling strenger wordt.<sup>21</sup> Van de verdediging mag dan worden verlangd dat uitvoeriger wordt gemotiveerd waarom de getuige in een later stadium nog dient te worden gehoord. Ook op grond van de EHRM-jurisprudentie mag van de verdediging immers worden verwacht dat een verzoek tot het oproepen van getuigen wordt onderbouwd door in ieder geval aan te geven “*why it is important for the witnesses concerned to be heard and their evidence must be necessary for the establishment of the truth*”.<sup>22</sup>

## 5. Conclusie

De contouren van het vernieuwde Wetboek van Strafvordering worden inmiddels zichtbaar. Door het voorgestelde Boek 4 kan na ruim 100 jaar (eindelijk) een einde komen aan de discussie omtrent het gebruik van een de auditu-verklaring. Een dergelijke verklaring kan wel worden gebruikt. Als die verklaring voor de verdachte belastend is en in overwegende mate voor het bewijs wordt gebruikt, moet de verdediging in beginsel in de gelegenheid worden gesteld die getuige aan de tand te voelen. In beginsel, nu dat recht niet absoluut is. Er kan, gelet op bestendige nationale en Europese jurisprudentie, van worden afgeweken. De rechter dient in dat geval te beoordelen of de strafprocedure in zijn geheel eerlijk is. Daar wringt de schoen. Het moment waarop de rechter zijn oordeel omtrent het al dan niet horen van een getuige moet geven, belet mogelijk dat hij de gehele procedure volledig kan overzien. Een (te) vroeg moment in de strafprocedure maakt van de te codificeren jurisprudentie een lege huls. Er wordt immers niet gewaakt voor een eerlijk strafproces in zijn geheel. Daardoor wordt alsnog niet tegemoetgekomen aan de jurisprudentiële vereisten van het EHRM.

De anekdotes over Gerard Hamer zijn niet vastgelegd. Ze worden aan advocaten doorverteld tijdens de lunch of bij een borrel. Dat is misschien maar goed ook. Wanneer verhalen worden vastgelegd nemen die een vaste en definitieve vorm aan. Het wordt als het ware gecodificeerd en verliest daarmee de flexibiliteit om aan te passen naar de omstandigheden van het geval. Wij – de nieuwe lichter Cleerdin & Hamer advocaten – vertellen de anekdotes door alsof wij erbij waren. Een *testimonium de auditu*.

---

21 Zie HR 1 juli 2014, NJ 2014/441, ro. 2.76.

22 EHRM 6 mei 2003, applicatienummer 48898/99 (*Perna/Italië*) ro. 29.



# De ijdelheid van wraken en het wraken van ijdelheid

P.P.J. VAN DER MEIJ<sup>1</sup>

## 1. Who's afraid of Greetje Bos?

Ik heb lange tijd getwijfeld of ik als aanleiding voor een bijdrage aan het *Liber Amicorum* voor Gerard Hamer zou moeten aftrappen met de bespreking van een column van een inmiddels ex-officier van justitie die zich heeft toegelegd op de lokale VVD-politiek in Breda.<sup>2</sup> Voor het op de kaart zetten van het onderwerp is een verwijzing in elk geval niet per se nodig. Er is tegenwoordig genoeg te doen om onderwerpen als wraking van rechters, 'contempt of court' en polarisatie tussen procespartijen of de schijnbare onwelwillendheid elkaar goed te verstaan.

Er zijn veel zaken waarin wordt gewraakt omdat partijen over en weer geen begrip hebben voor elkaar, elkaars procespositie of voor iets banaals als elkaars agenda. Zo bestaan recente voorbeelden van een rechter-commissaris die klakkeloos doorpakt als een advocaat ziek is, of een kwartier te laat is voor een getuigenverhoor, of als een advocaat zijn verhandeldata voor een rogatoire reis in de ogen van die rechter-commissaris te ruim opgeeft: het hoe dan ook door laten gaan van het verhoor of juist het afserversen van het getuigenverhoor, respectievelijk het gewoonweg inplannen van de rogatoire reis als de advocaat is verhinderd, kan leiden tot een gegronde wraking.<sup>3</sup> Advocaten maken het soms ook bont in hun poging hun argumenten over het voetlicht te brengen. De zaak waarin de voorzitter van de Rechtbank Breda een advocaat de zittingszaal liet uitzetten is weliswaar een extreem voorbeeld, maar maakt duidelijk dat de gemoederen hoog kunnen oplopen bij een simpel aanhoudingsverzoek en de weigering van de rechter om de advocaat ter toelichting daarvan het woord te geven.<sup>4</sup> Advocaten die het woord niet krijgen of die het woord wordt ontnomen, zouden zich ofwel laten intimideren door de rechtbank en het over hun kant laten gaan, ofwel het middel van de wraking inzetten.<sup>5</sup> Zo zijn er meer voorbeelden, tussen alle betrokken partijen: een advocaat die een politieagent 'sukkel' noemt<sup>6</sup>, een officier van justitie die een verdachte een 'laffe loser' noemt, en een politieagent die een verdachte een 'kutwifj' noemt. Het betreft in alle gevallen voorbeelden waarin het professionele wordt verlaten en het emotionele de boventoon voert. Het behoeft geen betoog dat een strafrechtelijk onderzoek en het strafproces als zodanig erbij gebaat is als het gevrijwaard blijft van dergelijke emoties. En toch is het moeilijk, merk ik soms ook zelf. Advocaten, officiers van justitie, rech-

1 Patrick van der Meij is strafrechtadvocaat en partner bij Cleerdin & Hamer Advocaten. Hij is tevens als research fellow verbonden aan het Instituut voor Strafrecht en Criminologie van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid in de Universiteit Leiden. Met dank aan Robin Vosman en Maxime Snel voor de aanvoer van uiterst relevante bronnen.

2 Zie <https://www.sdu.nl/blog/aanhoudingsverzoeken-wraking-neerleggen-verdediging-recht-op-een-eerlijk-proces-versus-misbruik-van-procesrecht.html>.

3 Zie voor de wegens ziekte verhinderde advocaat Rb. Rotterdam 9 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1830; zie voor het volledig aflazen van een verhoor bij een te laat verschenen advocaat Rb. Rotterdam 8 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:5160 en voor de perikelen rondom de rogatoire reis Rb. Zeeland-West-Brabant 7 november 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:7193.

4 Het daarop volgende wrakingsverzoek werd gegrond geacht, zie Rb. Zeeland-West-Brabant 7 maart 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:1862.

5 Zie voor deze voorbeelden: H. Oudijk, 'Fuck de sukkel!', *Advocatenblad* 2 juni 2015.

6 De advocaat werd voor die 'belediging' na een artikel 12-procedure strafrechtelijk vervolgd en werd pas in hoger beroep wordt vrijgesproken door hetzelfde gerechtshof dat de vervolging had bevolen.

ters; eenieder heeft zijn eigen sores en zijn eigen irritaties, en kan die botvieren op de andere procespartijen.

Het komt voor dat een officier van justitie zich zodanig naar buiten toe als ‘crimefighter’ positioneert,<sup>7</sup> dat een verdachte een ijdele poging doet om die officier van justitie van de zaak af te krijgen door haar vervanging te vragen wegens vooringenomenheid.<sup>8</sup> In die specifieke zaak – de strafrechtelijke vervolging van No Surrender-oprichter Klaas Otto – komt ongeveer alle vuiligheid langs die denkbaar is in een strafrechtelijke soap: de verdachte zou opdracht hebben gegeven voor een liquidatie van de officier van justitie, de advocaten vragen uitstel van de inhoudelijke behandeling omdat de verdachte met zijn gezondheid tobt, als dat aanhoudingsverzoek wordt afgewezen wraken de advocaten de rechtbank en als de wraking ongegrond wordt verklaard, leggen de advocaten de verdediging neer. Dit alles lokt uiteraard weer een reactie uit van de mediabewuste officier van justitie. Ten overstaan van *RTL Boulevard* (!) laat zij in maart 2018 optekenen dat het openbaar ministerie geen goed woord over heeft voor de ‘uiterst zwak onderbouwde’ wrakingsactie van de raadslieden. “De verdediging doet er alles aan om aan een inhoudelijke behandeling van de zaak te ontkomen. Dat is een bekende tactiek in zaken van georganiseerde criminaliteit.” Volgens de officier van justitie maken de advocaten zich schuldig aan “chicaneus procesgedrag”. De officier had al voorspeld dat de advocaten het bijltje erbij neer zouden gooien als de wraking zou mislukken, aldus het nieuwsbericht.<sup>9</sup> Het was overigens niet de enige keer dat in die zaak een poging tot wraking werd ondernomen, wat de verwachtingen ten aanzien van de gegrondheid ook wel tempert op den duur. Ondanks het begrip van een buitenstaander voor het onbegrip over en weer, zijn links- of rechtsom de verhoudingen in dit onderzoek verpest, met tussen de overhoopliggende partijen de rechter die met de wrakingsverzoeken zelf ook in het gekift wordt betrokken.

De officier van justitie van de eerdergenoemde column en die van de Otto-zaak, is één en dezelfde: Greetje Bos. Een officier van justitie met een enorme staat van dienst, in grote en belangrijke strafzaken, die zich zodanig door elke zaak vecht dat zij helaas inmiddels zelf doelwit is van bedreiging en onaanvaardbaar in haar persoonlijke vrijheid wordt beknod. Bos laat graag onrustbarende quotes optekenen. Brabant is een soort Sodom en Gomorra, advocaten vluchten in procedures en hanteren vertraging als middel, en de wrakingen nemen hand over hand toe. “Het was even wat rustiger, maar de laatste tijd stel ik vast – zonder de pretentie dit wetenschappelijk te onderbouwen – dat de wrakingsverzoeken weer toemenen en dat we ook vaker zien dat er eerst wordt gewraakt waarna de verdediging wordt neergelegd als de wraking ongegrond wordt verklaard,” stelt zij in de aangehaalde column. In het citaat schuilt een belangrijk probleem: die uitlatingen zijn inderdaad niet te controleren. Ik vind Brabant vooral heel gezellig met uitgaan, ik heb nooit chicaneus gedrag gezien bij mezelf, bij kantoorgenoten of bij advocaten van medeverdachten en ik heb bijvoorbeeld zelf nog nooit gewraakt of anderen zien wraken. Ik vind de uitlatingen wel weer goed passen bij iemand die zich voorbereid op een vervolgcariëre in de politiek voor een partij die zich nogal graag laat voorstaan op lik-op-stuk, het beknotten van de rechtsbescherming van burgers en het uitkleden van wettelijke waarborgen. Een mooie oefening in het ‘fact free’ friemelen om het electoraat jouw kant op te laten bewegen.

7 Zie een interview in *de Volkskrant* <https://www.volkskrant.nl/economie/-je-graaft-een-gat-flikkert-een-zak-geld-erin-en-klaar-is-klara-~b28fba6f/>.

8 Zie <https://www.destentor.nl/binnenland/officier-moet-van-zaak-klaas-otto-af~a7e28de0/>.

9 Zie <https://www.rtlboulevard.nl/crime/artikel/3881366/advocaten-klaas-otto-stoppen-ermee>.

Het past in het profiel van Staatssecretaris Teeven, ook een ‘crimefighter’, en hoewel die politieke carrière inmiddels is geëindigd (toch?), is daarmee ook de potentiële schade geïlustreerd die onderweg kan worden aangericht op bestuurlijk niveau door mensen die verzuurd en teleurgesteld zijn geraakt op basis van de strafrechtelijke praktijk waarin zij werkzaam waren. Teeven trad uiteindelijk af na meer dan eens jokken over een beweerdelijk kwijtgeraakt bonnetje, maar deed daarna nog veel stof opwaaien in een interview voor *De Groene Amsterdammer* door te bekennen dat hij zich had toegelegd op de bezuiniging ten aanzien van de advocatuur om een verstrenging van het strafrecht te realiseren: “Het is een andere manier om hetzelfde effect te bereiken. Als je aan een advocaat niet al te veel tijd geeft om aan een verdachte te besteden, dan wordt het ook niet zo veel, die verdediging.”<sup>10</sup> Ik hoop maar dat Bos de gelegenheid neemt enigszins beschouwend naar haar vorige werkomgeving te kijken en te beseffen dat haar opvattingen en gevoelens wellicht zijn gebaseerd op de heftige praktijk die zij jarenlang voerde en dat haar bevindingen ten aanzien van de advocatuur zijn gebaseerd op enkele overigens serieus te nemen voorvallen uit haar eigen praktijk, waarbij haar eigen optreden ook niet altijd de-escalerend heeft gewerkt. In Breda vinden ze in elk geval dat ze al een ‘crimefighter’ hebben in burgemeester Depla en wordt Bos met enige scepsis ontvangen door de gemeenteraad.<sup>11</sup> “Waarom wordt een tweede sheriff gehaald?”, “Sodom en Gomorra doet geen goed aan het gemoedelijke karakter van Breda” (zie je wel), “‘crimefighten’ doe je in de rechtbank”, “van het zwart-wit van de officier van justitie is het een overstap naar het meerkleurige van de wethouder”. Aan Bos de schone taak aan de gemeenteraad uit te leggen dat in de rechtbank niet de misdaad wordt bevochten, maar dat daar strafzaken op evenwichtige wijze worden afgedaan met oog voor alle in het geding zijnde belangen en dat een goede officier van justitie juist zeer meerkleurig denkt.

## 2. IJdelheid in en rondom het strafproces

Het voornemen was niet op de column *Van dik hout zaagt men planken* van Bos te reageren en zie waar ik ben beland. Ik ben uiteindelijk ook in de valkuil getrapd waar menig advocaat al zo snel in was gevallen, ondanks mijn voornemen dat niet te doen. Niet gespeend van cynisme, met hier en daar een speldenprik aan het adres van Bos, een plichtmatige trap na aan Staatssecretaris Teeven en diens partij die de advocatuur maar weinig gunstig gezind is. Toch bestaan de reacties van de advocaten, enkele reacties op Twitter daargelaten, in een in toon gematigde weerspreking van de aantijgingen. Jeroen Soeteman, voorzitter van de NVJSA, stelt bijvoorbeeld dat het juist zaak is toenadering tot elkaar te zoeken en de polarisatie tegen te gaan, en daar voel ik veel voor.<sup>12</sup> Ook Anno Huisman vraagt in zijn blog in reactie op Bos om elkaar meer in ieders waarde te laten, met het oog op een betere verstandhouding: het mag een onsje minder.<sup>13</sup> Hij noemt daarbij als voorbeeld het feit dat de politie en het openbaar ministerie steeds vaker – voordat er een vonnis ligt – bijvoorbeeld al in de media uitlatingen doen over de schuld van de verdachte. Hij wijst erop dat dit zich niet kan verhouden tot de op 1 april 2018 in werking getreden ‘Richtlijn betreffende de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden van onschuld en van het recht om in strafprocedures bij de terechtzitting aanwezig te zijn’.<sup>14</sup> Oftewel: terughoudendheid is gewenst, roepstoeteren past niet in ons strafproces.

<sup>10</sup> Zie H. Beunders, ‘Onrust en botte bijlen’, *De Groene Amsterdammer* 2017, nr. 20.

<sup>11</sup> Zie <https://www.bndestem.nl/breda/greetje-bos-verrast-bredase-politiek-we-hebben-toch-al-een-crimefighter~a6f35455/>.

<sup>12</sup> Zie: F. Mebius, ‘Blog OvJ Bos over wraking valt slecht onder strafrechtadvocaten’, *Advocatenblad* 2018. <https://www.advocatenblad.nl/2018/03/22/blog-ovj-bos-over-wraking-valt-slecht-onder-strafrechtadvocaten/>.

<sup>13</sup> Zie <https://www.sdu.nl/blog/grote-woorden-van-verdediging-om-en-politie-het-moet-een-onsje-minder.html>.

<sup>14</sup> Zie de Richtlijn 2016/343/EU van 9 maart 2016.

Vooral de Twitter-accounts van politieambtenaren genereren in het algemeen de nodig irritatie onder advocaten, met populaire uitlatingen ten aanzien van net aangehouden verdachten of met snedige commentaren op de zelfgemaakte foto's (!) van de min of meer geanonimiseerde verdachte. Het kan ook gaan om goed klinkende 'soundbites' voor regionale zenders als AT5, omtrent aanhoudingen in een groot onderzoek terwijl diezelfde verdachte nog in beperkingen zit, of om het optreden in televisieprogramma's. Het is allemaal maar weinig bevorderlijk voor het begrip over en weer van het goede werk, dunkt me. Media-optredens van advocaten, officiers van justitie en (pers)rechters zijn wat mij betreft sowieso lastig te duiden op de meerwaarde voor het werk dat in de zittingszaal wordt gedaan, helemaal als het gaat om het bespreken van concrete strafzaken en zeker als die nog onder de rechter zijn. En toch is dat waar we zijn uitgekomen: we schrijven columns en blogs of maken vlogs, we twitteren wat af en schuiven maar wat graag aan in televisieprogramma's. Ik kan me niet aan de indruk onttrekken dat ijdelheid een factor is die mee speelt bij de overweging al dan niet op deze wijze naar buiten te treden. Hoe informatief, integer en goed gemaakt een programma als *Kijken in de Ziel* van Coen Verbraak ook is, en hoeveel waardering ik in de meeste gevallen voor de geïnterviewde ook heb, het gaat uiteindelijk toch ook om de mens achter de advocaat (serie uit 2010) of achter de rechter (serie uit 2015) wat het beeld van de professionele inkleurt. Begrijp me niet verkeerd: ik zou waarschijnlijk geen 'nee' zeggen tegen de uitnodiging om deel te nemen,<sup>15</sup> maar die bereidwilligheid zou inderdaad deels zijn ingegeven door ijdelheid en de verwachting dat het commercieel aantrekkelijk zou kunnen zijn voor mij als advocaat en voor mijn kantoor.

Het meest schrijnende en actuele voorbeeld van de door mij toegedichte ijdelheid aan mijzelf en aan mijn vakgenoten concentreert zich in 2018 rondom Rinus Otte, thans lid van het College van Procureurs-Generaal, voorheen vicepresident van het Hof Amsterdam en daarna Senior Raadsheer bij het Hof Arnhem-Leeuwarden. Otte is bepaald niet iemand die een blad voor de mond neemt, wat bijvoorbeeld kan worden afgeleid uit zijn afrekening in boekvorm met het Hof Amsterdam toen hij richting Arnhem vertrok.<sup>16</sup> Een 'vrijdenker' wordt hij wel genoemd. Otte geeft geregeld lezingen en interviews, hij heeft zich bijvoorbeeld in de ziel laten kijken door Verbraak, en hij schrijft columns voor de website Ivoren Toga.<sup>17</sup> Er hoeft maar één journalist of één hevig in de rechtspraak teleurgestelde burger te zijn die de stippen met elkaar kan verbinden, en er wordt een beeld geschetst van de persoon van de voormalig raadsheer en gerechtsbestuurder aan de hand waarvan diens werkzaamheden in het verleden mede worden beoordeeld. Zo was Otte raadsheer bij het Hof Arnhem-Leeuwarden in de tijd dat de inmiddels landelijk bekende Michael P. aldaar in hoger beroep werd gestraft voor een aantal verkrachtingen.<sup>18</sup> Die straf die Otte c.s. destijds hadden opgelegd (11 jaar gevangenisstraf en geen TBS) was te licht in de ogen van de nabestaanden van Anne Faber, die jaren later door Michael P. zou worden verkracht en om het leven zou worden gebracht, vooral omdat de rechtbank in eerste aanleg een gevangenisstraf van 16 jaar had opgelegd.<sup>19</sup> Hoewel het opleggen van TBS blijktens de gepubliceerde uitspraken in eerste aanleg noch in hoger beroep aan de orde werd gesteld in die oude zaak, is rondom de zaak van Anne Faber ten aanzien van Michael P. gemakkelijk het beeld gecreëerd dat hij

15 Net zo min als ik een uitnodiging voor *Wie is de Mol* of *Expeditie Robinson* zou laten schieten. Het schijnt dat als je een dergelijke opmerking her en der laat vallen, een uitnodiging uiteindelijk niet kan uitblijven.

16 Zie R. Otte, *De nieuwe kleren van de rechter. Achter de schermen van de rechtspraak*, Boom uitgeverij Amsterdam, 2010.

17 Zie <http://ivorentoga.nl/archieven/author/rinus-otte>.

18 Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 9 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX9606.

19 Zie Rb. Arnhem 21 juni 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BQ8628. Het verschil was mede gelegen in de omstandigheden dat het Hof voor een aantal zaken vrijsprak waarvoor de rechtbank P. nog had veroordeeld.

feitelijk al in de TBS-kliniek had moeten zitten. Otte bleek op 28 november 2012 tijdens een lezing op het Congres Verslaving en TBS zijn ‘groeierende afkeer’ te hebben uitgesproken over de TBS, welke opvattingen niet alleen zijn herhaald in een interview in *de Volkskrant*, maar ook in zijn columns voor de genoemde website.<sup>20</sup> De vader van Anne Faber, die om het verdriet over het verlies van zijn dochter te kunnen dragen naarstig op zoek is gegaan naar het hoe en het waarom, verbindt uiteindelijk de stippen en roept Otte in een interview met *de Volkskrant* ter verantwoording.<sup>21</sup> Overigens zonder gevolg: Otte reageert begrijpelijkerwijs niet op de aantijgingen<sup>22</sup> en de President van het Hof, waar Otte niet meer werkzaam is, probeert de kritiek van vader Faber gemotiveerd te weerleggen.<sup>23</sup> De woorden ‘vooringenomenheid’, ‘nar van de rechtspraak’ en nu ook ijdelheid zijn dan al gevallen en dat is geen goede zaak.

De gedachte dringt zich op dat het inderdaad wel ‘een onse minder mag’ met de meningen, interviews, columns en televisieoptredens van alle beroepsbeoefenaren uit het strafrecht. Oftewel: iets minder ijdelheid zou ons sieren. In een liber voor Gerard Hamer komt natuurlijk de vraag naar boven hoe Gerard zelf daarin zou hebben gestaan. Hoewel we op het Internet kunnen achterhalen dat ook Gerard zo nu en dan aanschoof bij televisieprogramma’s,<sup>24</sup> leert de overlevering dat hij wars was van mediamomenten over de rug van de cliëntèle ter meerdere eer en glorie voor zichzelf of zijn kantoor. Ook als het mediamoment de cliëntèle niet zou schaden, maar de advocaat in kwestie qua publiciteit commercieel belang bij zou hebben, zou hij dat ontraden. Gerard zou zich evenmin laten voorstaan op verworvenheden of de luide trom slaan bij successen, hij zou min of meer in kleine kring genieten om vervolgens over te gaan tot de orde van de dag: aan de slag.

Een dergelijke houding is in het licht van de bereidheid rechters te wraken eveneens interessant. Het keuzemoment voor de advocaat dat Oudijk schetst in het *Advocatenblad*<sup>25</sup> in diens omgang met de zittingsrechter die het woord niet geeft, oftewel de keuze tussen buigen (gaan zitten) of barsten (wraken), bestaat ook ruimte voor een factor als ijdelheid. Hoewel de wettelijke grond voor een wraking op grond van artikel 512 Sv helder is, namelijk op grond van feiten of omstandigheden waardoor de rechterlijke onpartijdigheid schade zou kunnen lijden, volgt uit een onderzoek in de jurisprudentie maar al te vaak dat wrakingsverzoeken ongegrond worden verklaard.<sup>26</sup> Vast uitgangspunt van de Hoge Raad is dat de rechter uit hoofde van zijn aanstelling moet worden vermoed onpartijdig te zijn, tenzij zich uitzonderlijke omstandigheden voordoen die zwaarwegende aanwijzingen opleveren voor

20 Zie voor het krantenbericht <https://www.trouw.nl/home/-criminele-verslaafden-verdienen-niet-in-de-eerste-plaats-zorg-maar-een-celstraf-~ad544248/>. De column waarin de lezing integraal was opgenomen is niet meer te vinden, wel wordt er nog naar verwezen in de column ‘Het organiseren van de forensische zorg in het strafrecht. De onoplosbare samenhang van straf en zorg’.

21 Zie <https://www.volkskrant.nl/mensen/wim-faber-deed-eigen-onderzoek-naar-de-moord-op-zijn-dochter-ik-zoek-de-pijn-op-die-anne-heeft-ervaren-~b705eec0/>.

22 Zie G. Corstens, *De rechtsstaat moet je leren. De President van de Hoge Raad over de rol van de rechter*, Prometheus 2017, p. 148: ‘Het ligt niet op de weg van een rechter zijn eigen beslissing, als die eenmaal is vastgesteld of bekendgemaakt, van commentaar te voorzien of te verduidelijken. Hij mag evenmin vragen over de betekenis van de beslissing of van onderdelen van de daarvoor gegeven motivering, beantwoorden.’

23 Zie <https://www.ad.nl/binnenland/nar-otte-zwijgt-nooit-behalve-na-kritiek-van-vader-anne-faber-a3fe7770/> respectievelijk <https://www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/president-hof-verwerpt-kritiek-van-vader-anne-faber-op-rechter-~b507d8b2/>.

24 Op 28 oktober 2003 bij Barend & Van Dorp in het kader van de zaak Ramsahai (zie <https://tvblik.nl/barend-en-van-dorp/28-oktober-2003>), waarover ook Sander Janssen schrijft in deze bundel: S.L.J. Janssen, ‘Let’s get the bastards’: Gerard Hamer vs. Nederland, in: *Aan de slag. Liber Amicorum Gerard Hamer*. Sdu 2018, p. 111.

25 Zie noot 5.

26 Zie voor een invulling van de wrakingsgrond G.J.M. Corstens, M.J. Borgers en T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 137.

het oordeel dat de rechter jegens de verdachte een vooringenomenheid koestert, althans dat de bij de verdachte bestaande vrees daarvoor objectief gerechtvaardigd is.<sup>27</sup> In situaties waarin de rechter nog geen beslissing wenst te nemen als dat wettelijk gezien nog niet hoeft<sup>28</sup> of waarin de rechter in de ogen van de verdediging wellicht een verkeerde beslissing neemt,<sup>29</sup> is wraking weinig opportuun en heeft de advocaat maar even te slikken ook al wordt hij afgekapd of krijgt hij geen gelijk. Hoewel Gerard als dwars en antiautoritair te boek stond, hield hij zich wel aan de regels.<sup>30</sup> Kantoorgenoten laten desgevraagd weten dat Gerard zelden tot wraking over ging, en als dat onvermijdelijk was hij daar meer last van had dan dat het hem enige voldoening gaf. Ondanks het feit dat Gerard onmiskenbaar en onophoudelijk vocht voor de belangen van zijn cliënt, legde hij daarbij ook een zeker respect aan de dag voor de rechterlijke autoriteiten. Het neerleggen van de verdediging was sowieso niet aan de orde, omdat je daarmee je belangrijke taak als advocaat verkwanselde. Gerard zou allicht een weg hebben gevonden tussen buigen of barsten. Hard op de inhoud, zacht op de relatie.

### 3. **Aanhoudingsverzoeken, wraking en neerleggen van de verdediging**

De frustratie bij de staande en zittende magistratuur ten aanzien van vermeende vertragingstactieken van de verdediging lijkt te bestaan en ook breder dan de column van Bos. Op 11 juli 2018 het openbaar ministerie en de Raad voor de Rechtspraak een gezamenlijke brief aan de minister voor Rechtsbescherming, met het omineuze onderwerp ‘Misbruik van procesrecht’.<sup>31</sup> De brief behelst een verzoek om de wrakingsregeling bij de tijd te brengen om het veronderstelde misbruik van procesrecht tegen te gaan, terwijl daarvoor al feitelijk plannen bestaan in het wetgevingsproject ‘Modernisering Wetboek van Strafvordering’. Opmerkelijk genoeg heeft de brief geen inhoudelijke onderbouwing in welke zin sprake zou zijn van misbruik of op welke schaal. Er wordt slechts gerefereerd aan cijfers ontleend aan jaarverslagen van de rechtspraak, waaruit volgt dat het aantal wrakingsverzoeken sinds 2012 boven de 600 ligt, maar dat in 2016 en 2017 ook een daling valt te constateren. Het is wel zo dat van 2009 tot en met 2012 het aantal verzoeken jaarlijks flink is gestegen (418 in 2009; 529 in 2010; 587 in 2011;<sup>32</sup> 659 in 2012) en dat het percentage van gegronde wrakingsverzoeken laag is (2,6% van 606 wrakingsverzoeken in 2017).

In de brief waarin wordt gesproken van ‘misbruik’ en ‘lichtvaardig wraken’ wordt opmerkelijk genoeg geen aandacht besteed aan de onderverdeling naar rechtsgebied, aan de hoeveelheid strafzaken die jaarlijks worden behandeld, aan de achtergrond van de wrakingsverzoeken, aan de gronden die worden opgevoerd, aan welke rechter de wrakingsverzoeken treft (steeds dezelfde of steeds een ander), aan wie wraakt (een advocaat of een verdachte, en hoe vaak dezelfde advocaat of dezelfde verdachte), aan niets van dit alles.<sup>33</sup> Oftewel: opnieuw grote woorden op basis van een laag percentage geslaagde wrakingen zonder duiding van de

27 Zie D. de Vocht, Commentaar op artikel 512 Sv, aantekening 5, in: C.P.M. Cleiren, J.H. Crijs & M.J.M. Verpalen (red.), *Tekst & Commentaar Strafvordering*, Kluwer 2017, verwijzend naar HR 26 mei 1992, *NJ* 1992/676.

28 Zie bijvoorbeeld recent Gerechtshof Den Haag 18 juli 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1861.

29 Zie bijvoorbeeld recent Gerechtshof Den Haag 18 juli 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1860.

30 Zie de bijdrage in deze bundel van S. Burmeister en A.M. Timorason, ‘Een praktische kijk op de nieuwe gedragsregels’, in: *Aan de slag. Liber Amicorum Gerard Hamer*. Sdu 2018, p. 33 e.v.

31 Een brief met kenmerk UIT 11042 - STRAT/RB.

32 Soms wordt de niet onderbouwde koppeling uitgesproken dat tussen de toegenomen populariteit van wrakingsverzoeken en het eerste Wilders proces in oktober 2010, waarin advocaat Moszkowicz’ eerste poging tot wraking werd afgewezen (Rb. Amsterdam 5 oktober 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN9409) maar de tweede (Rb. Amsterdam 22 oktober 2016, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO1532) gegrond werd verklaard. Het eerste Wilders proces was live te volgen op televisie.

33 Vergelijk ook het artikel van V. Boelhouters en J. Nan, ‘Wraking 2.0’, *NJB* 2016, p. 924-930.



cijfers en zonder verdere invulling of motivering waarom een wijziging van de wrakingsprocedure nodig zou zijn. Zo kom ik aan de hand van het Jaarplan 2017 van de rechtspraak op een instroom van plusminus 176.000 strafzaken in eerste aanleg en plusminus 36.480 strafzaken in hoger beroep.<sup>34</sup> Stel dat van de 606 wrakingsverzoeken in 2018 150 keer in een strafrechtelijke procedure wordt gevraagd, dan wordt in nog geen 0,07% van de strafzaken gewraakt. En het is echt een relevante vraag wie dan wraakt, welke notoire wrakende advocaten of welke doorgeslagen verdachten, en hoe vaak in welke zaak en bij welke rechter. Het staat een gerechtsbestuur vrij ten aanzien van een advocaat die meerdere keren per jaar onmiskenbaar onterecht wraakt, een klacht in te dienen bij de Orde van Advocaten. Een omgekeerd interessant perspectief: stel dat de teller van wrakingsverzoeken ten aanzien van een bepaalde strafrechter meer dan zes keer per jaar aangeeft (een aandeel van 4% van het geschatte aantal van 150 strafrechtelijke wrakingen), krijgt die dan een tussentijds evaluatiegesprek om te vragen of die wel goed in het vel hangt? En om heel eerlijk te gaan: soms worden verzoeken door wrakingskamers gehonoreerd die zodanig lastig te bevatten zijn in het licht van het wettelijke criterium, dat inderdaad onder advocaten de gedachte kan postvatten dat een wrakingsverzoek wel degelijk een verkapte beroepsmogelijkheid is tegen een onwelgevallige beslissing.

De vraag dringt zich op hoe serieus we de cijfermatig mager en verder niet onderbouwde brief ten aanzien van de wrakingsverzoeken dienen te nemen. Het is fnuikend dat vanuit de Raad voor de Rechtspraak en het openbaar ministerie niet meer diepgravend onderzoek is gedaan naar de problemen die op de achtergrond sluimeren en die gemakkelijk voor veel onbegrip en frustratie kunnen zorgen, alvorens nota bene een verzoek tot wetswijziging in te dienen. Daarbij valt te denken aan onderzoek naar organisatorische aangelegenheden, zoals het veel te kort voor de zitting aanleveren van een substantiële uitbreiding van het dossier, gesteggel over welke stukken wel en welke niet in het dossier dienen te worden opgenomen, het klakkeloos inplannen van zittingen zonder ruggespraak met de advocaat ten aanzien van het moment en de duur van de zitting, het om onbekende redenen intrekken van dagvaardingen voor wel in overleg ingeplande zittingen, het uitblijven van antwoord op tijdig ingediende verzoeken of het bestaan van mailverkeer waarbij niet alle procespartijen worden betrokken. Het komt mij voor dat indien dergelijke organisatorische aangelegenheden beter worden ingebed, de factor frustratie vooraf al aanzienlijk wordt teruggedrongen en de drempel tot wraken veel minder vaak wordt genomen.

Het geschetste probleem – op voorhand kansloze wrakingsverzoeken die de boel trainen<sup>35</sup> – lijkt mij minder groot dan wordt voorgespiegeld en de oplossing voor de wrakingsverzoeken die onvermijdelijk worden gedaan kan gemakkelijk worden gevonden in een betere en tijdige communicatie tussen de procespartijen waardoor begrip ontstaat voor ieders mogelijkheden en beperkingen en minder ruimte wordt gelaten voor ijdelheid. Om die reden is het interessant een aantal recente strafzaken onder de loep te nemen waarin de gewraakte ‘verdedigingsstrategieën’ zich hebben gemanifesteerd.

---

34 Zie het Jaarplan 2017 van de Raad voor de Rechtspraak, <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/jaarplan-van-de-Rechtspraak-2017.pdf>.

35 Algemeen Deken van de NOvA Van Tongeren riposteert: ‘Dat een aanzienlijk percentage van de verzoeken wordt afgewezen, betekent niet dat al die verzoeken op voorhand volstrekt kansloos waren. Die conclusie is veel te kort door de bocht.’ Zie <https://www.advocatenorde.nl/nieuws/nova-verbaasd-over-brief-rechtspraak-en-college-van-p-gs-over-wraking>

### 3.1 *Het neerleggen van de verdediging*

Het blijft voor mij opmerkelijk dat over een advocaat die zich gedwongen voelt de verdediging neer te leggen en zijn cliënt geen rechtsbijstand meer te verlenen, zo gemakkelijk kan worden gezegd dat die een verdedigingstactiek hanteert. Tuchtrechtelijk is een dergelijke beslissing bepaald niet zomaar te maken en het zijn soms ook de gedragsregels die de advocaat tot het neerleggen nopen. Cijfermatig is weinig bekend over hoe vaak de verdediging wordt neergelegd, behalve dat de Raad voor Rechtsbijstand in toevoegingszaken bijhoudt hoe vaak dit voorkomt. Het gaat dan om aangelegenheden die met weinig anders te maken hebben dan een cliënt die zijn eigen bijdrage niet betaalt of die onvoldoende medewerking verleent.<sup>36</sup> Dit lijken mij niet de zaken waarop de Greetje Bossen van de strafrechtspleging doelen als ze spreken over misbruik van procesrecht, aangezien het om politierechterzittingen zal gaan waarin de verdachte uiteindelijk zonder advocaat naar zitting komt – of helemaal niet – zodat de zaak efficiënt kan worden afgedaan. Ik heb mijzelf sinds mijn toetreding tot de advocatuur in 2010 vijf keer noodgedwongen aan een zaak ‘onttrokken’: tweemaal vanwege financieringsperikelen en het niet nakomen van gedane toezeggingen, tweemaal vanwege een vertrouwensbreuk met cliënt en eenmaal omdat ik door mijn cliënt werd bedreigd. Dit valt wat mij betreft niet onder het neerleggen als processtrategie. Ook de onvoorzienbare situatie waarin Stijn Franken, destijds als advocaat van Willem Holleeder, is gemanoeuvreerd met dreigende klachten van naar het openbaar ministerie overgelopen zussen en een oud-cliënte, waarin hem geen keuze werd gelaten de verdediging neer te leggen, kan wat mij betreft niet als verdedigingstactiek worden gepresenteerd. Oftewel: hoe vaak nu echt van het neerleggen van de verdediging als processtrategie gebruik wordt gemaakt, is simpelweg onbekend, maar het wordt gemakshalve als probleem gepresenteerd. Mijn inschatting is dat niet veel advocaten daartoe zullen overgaan, vooral niet omdat dit op gespannen voet staat met de gedragsregels.

De mij meest bekende situatie waarin een advocaat zich genoodzaakt voelde de verdediging neer te leggen is de strafzaak van Aydin C. die kantoorgenoot Malewicz op zich heeft genomen. Relatief kort voorafgaand aan de inhoudelijke behandeling van de strafzaak van C., die werd verdacht van een groot aantal online aanrandingen en afpersingen, had diens vorige advocaat de verdediging neergelegd om redenen die mij niet bekend zijn. Malewicz had de verdediging overgenomen en was al snel tot de slotsom gekomen dat hij gezien het omvangrijke dossier (120 ordners, meer dan 20.000 pagina's en veel digitaal materiaal) en nog uitstaande onderzoekswensen nooit in staat zou zijn een gedegen verdediging te voeren binnen de planning, zoals die was gemaakt ten tijde van de vorige advocaat. Na weken tegen de klippen op gewerkt te hebben en de rechtbank steeds geïnformeerd te hebben dat het onhaalbare kaart zou zijn, wees de rechtbank diverse uitgebreide, gemotiveerde en herhaalde aanhoudingsverzoeken af met als onderbouwing het maatschappelijk belang van de voortgang van de zaak en de onwenselijkheid van vertraging. Malewicz legde daags voor de inhoudelijke behandeling de verdediging neer, omdat hij op deze wijze voor C. geen eerlijk proces met een goed voorbereide advocaat kon garanderen, in welk besluit C. zich kon vinden.

Ondanks deze beslissing ging de inhoudelijke behandeling de dag erna, op 29 april 2016 gewoon door. Na urenlang overleg kwam de rechtbank tot de beslissing om de zaak tegen C. te schorsen tot het moment dat die weer over een advocaat zou beschikken, waarbij de rechtbank uiteindelijk ook op zoek is gegaan naar een advocaat die bereid was de zaak op zich te nemen

---

<sup>36</sup> Zie het achtergrondstuk ‘De zaak neerleggen’ in het *Advocatenblad* van november 2016. <https://www.advocatenblad.nl/2016/11/01/de-zaak-neerleggen/>.

en die C.'s instemming zou kunnen krijgen. De zaak werd in ieder geval uitgesteld tot de daaropvolgende maandagmiddag. Op maandag 2 mei 2016 werd bij gebrek aan vervanging van Malewicz besloten de zaak aan te houden. Na deze beslissing liet Malewicz weten de verdediging weer op zich te nemen, met het vooruitzicht van een inhoudelijke behandeling in november dat jaar. Als commentaar gaf Malewicz dat dit blijkbaar de consequenties zijn van de veel te ver doorgevoerde bezuinigingen op de rechterlijke macht waardoor geen eerder moment kon worden gevonden met dezelfde zittingscombinatie zodat al in een eerder stadium veel beperkter uitstel had kunnen worden verleend. Het vonnis zou uiteindelijk pas in maart 2017 worden gewezen.<sup>37</sup> Voor zover over neerleggen als verdedigingstactiek kan worden gesproken, lijkt me in dit geval een eventuele negatieve connotatie onterecht en geldt dat niet over één nacht ijs is gegaan naar aanleiding van een onwelgevallige beslissing. De verdediging heeft steeds uitgebreid gemotiveerd aangegeven dat zij het niet zou gaan redden gezien de situatie waarin zij was gestapt, maar zij heeft voor het overige wel steeds meegewerkt aan de voortgang. Zij heeft vroegtijdig en vanaf dat moment steeds om aanhouding gevraagd, en zij heeft nooit gewraakt of gedreigd met wraking op onjuiste gronden.

### 3.2 *De zaak Naoufal F*

Een zaak die wat mij betreft lastig in de categorie voorbeelden van 'misbruik van procesrecht' of 'wraking als verdedigingsstrategie' kan worden geschaard, betreft de strafrechtelijke vervolging en veroordeling van Naoufal F voor het opdracht geven voor een uiteindelijk mislukte liquidatie.<sup>38</sup> In deze zaak was bij de bewezenverklaring een belangrijke rol weggelegd voor inhoudelijke 'Pretty Good Privacy' (PGP)-berichten,<sup>39</sup> die inzichtelijk werden nadat het onderzoeksinstituut Nederlands Forensisch Instituut (NFI) de beveiliging van twee gebruikte PGP-telefoons van in Canada geplaatste servers van het Nederlandse bedrijf Ennetcom had gekraakt. Het was de eerste keer dat een rechter zich heeft uitgelaten over het gebruik van versleutelde data als bewijsmiddel, en om die versleutelde data was dan ook veel te doen. Het openbaar ministerie had een kleine selectie gemaakt in de enorme hoeveelheid gekraakte data en de berichten die aan het dossier waren toegevoegd, werden in belangrijke mate als belastend gepresenteerd, ook al ontkende de verdachte betrokken te zijn geweest bij die berichtenstroom. De advocaat van Naoufal F, Inez Weski, had mede om die reden meerdere keren verzocht om kennis te mogen nemen van *alle* data met het oog op ontlastend onderzoek en contra-expertise.<sup>40</sup> Om die reden verzocht Weski ook uitstel van de inhoudelijke behandeling en diende opnieuw onderzoekswensen in. Toen de rechtbank op 7 maart 2018, de tweede dag van de inhoudelijke behandeling, de onderzoekswensen opnieuw afwees en geen uitstel verleende aan de verdediging ten behoeve van de verweren ten aanzien van de PGP-berichten, besloot Weski te wraken.

Weski had haar wrakingsverzoek gemotiveerd en die motivering bestond uit vier bezwaren tegen de wijze waarop de rechtbank haar wensen had tegemoet getreden en afgewezen. De cd-rom die al aan de verdediging beschikbaar was gesteld met daarop PGP-berichten kon in de tijd voorafgaand aan de zitting niet worden bestudeerd en besproken met de verdachte en

37 Zie Rb. Amsterdam 16 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1627.

38 Zie Rb. Amsterdam 19 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2504.

39 Pgb-berichten zijn Pretty Good Privacy berichten uit encrypte 'PGP-telefoons' waarvan criminelen veelvuldig gebruik hebben gemaakt omdat zij overtuigd waren dat de server niet te kraken was.

40 Zie over de problemen ten aanzien van de selectie van digitale data door het openbaar ministerie en de beperkingen voor de verdediging om die selectie en de inhoud van de data te controleren D.N. de Jonge, Verdedigen in tijden van digitale bewijsvoering. Een onderzoek naar de mogelijkheden van toegang tot niet van het procesdossier uitmakende, maar mogelijk wel relevante, (digitale/technische) gegevens, in: Aan de slag. Liber Amicorum Gerard Hamer. Sdu 2018, p. 125.

de rechtbank had de verdediging door het afwijzen van het aanhoudingsverzoek de mogelijkheid van een gedegen voorbereiding van de verdediging ontnomen; de rechtbank had door haar opstelling de verdediging de gelegenheid ontnomen zich gemotiveerd te verweren tegen de stellingen van het openbaar ministerie; de rechtbank had als uitgangspunt genomen dat verder onderzoek door de verdediging niet meer zou opleveren dan het onderzoek dat de verdediging tot dan toe in zeer beperkte tijd had kunnen verrichten; en de rechtbank had de uit artikel 6 EVRM voortvloeiende rechten miskend dat de verdediging ook haar eigen onderzoek mag doen en niet passief de bevindingen van het openbaar ministerie hoeft af te wachten. “De kern van het wrakingsverzoek is dat de verdediging wil kennisnemen van de onderzoeksbevindingen en dat dit door de beslissing van de rechtbank feitelijk onmogelijk wordt gemaakt.”<sup>41</sup> De wrakingskamer oordeelde dat een verzoek tot wraking niet is bedoeld om onwelgevallige rechterlijke beslissingen ter discussie te stellen en dat daarvoor het hoger beroep dient. Zelfs als een beslissing als onjuist zou moeten worden aangemerkt, vormt dat op zichzelf beschouwd nog geen grond om te veronderstellen dat de betrokken rechter vooringenomen is. De inhoudelijke behandeling van de zaak kon vervolgens al 9 maart 2018 verder gaan.

Het is in de eerste plaats interessant deze zaak aan te halen omdat wat mij betreft niet zo gemakkelijk kan worden gesteld dat het wrakingsverzoek van Weski bij voorbaat kansloos was. Zij snijdt namelijk redelijk vergaande beperkingen in de verdedigingsmogelijkheden aan in combinatie met een voelbare weerzin van de rechtbank om aanvullend onderzoek toe te staan. Bovendien stond blijkbaar achter de schermen een wrakingskamer paraat die vrijwel direct kennis kon nemen van het verzoek en daarop kon beslissen, zodat het onderzoek geen noemenswaardige vertraging heeft opgelopen. Zij heeft na de ongegrondverklaring van de wraking niet de verdediging neergelegd, maar zo goed en zo kwaad als dat ging, in de tijd haar team restte, de verdediging verder vormgegeven. Van ‘misbruik van procesrecht’ of ‘lichtvaardig wraken’ lijkt mij gezien dit alles en gezien het gemotiveerde wrakingsverzoek geen sprake.

Het is daarnaast interessant deze zaak aan te halen omdat de rechtbank niet alleen inhoudelijk op de verweren van de verdediging is ingegaan, maar zij ook heeft gemeend opmerkingen te maken die het optreden van Weski betreffen. “De rechtbank hecht eraan vooraf op te merken *dat het niet eenvoudig is geweest tot een begrijpelijke samenvatting van de verschillende onderdelen van het door mr. Weski gevoerde verweer te komen*. Duidelijk is dat het overgrote deel van het verweer betrekking heeft op het onderzoek naar de aanslag [...]. Minder duidelijk is wat precies op al die pagina’s wordt betoogd. In 14 hoofdstukken worden vele kritiekpunten op het onderzoek benoemd, die tot de conclusie moeten leiden dat het openbaar ministerie niet-ontvankelijk moet worden verklaard, dan wel dat bewijsuitsluiting moet volgen. Voor de rechtbank is het, ondanks de indeling in hoofdstukken, die elk een op zich begrijpelijke titel hebben, lastig gebleken de structuur in het betoog te ontdekken. Uitdrukkelijk onderbouwde standpunten zijn, *ook door het zeer wijllopige en grammaticaal niet kloppende taalgebruik*, niet eenvoudig te onderscheiden. Complicerend is verder dat dezelfde argumenten vaak onder verschillende hoofdstukken terugkomen en *dat vele citaten en voetnoten zijn toegevoegd, zonder dat steeds duidelijk is wat daarmee wordt beoogd. Wat hierna aan verweren wordt besproken is wat de rechtbank uit het betoog van mr. Weski heeft opgemaakt.*”

---

41 Zie de beslissing van de wrakingskamer Rb. Amsterdam 8 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3616.

Het lukt mij niet deze passage te lezen zonder daar een cynische toon in te horen en de door mij gecursiveerde onderdelen komen op mij over als overbodige sneren. Het doet me afvragen waarom de rechtbank iets dergelijks meent te moeten opschrijven. Als buitenstaander kan ik me weinig anders voorstellen dan dat de rechters tot op het bot geïrriteerd zijn geweest over Weski, haar verzoeken en de wraking. Als dat het geval is doet zich iets bijzonders voor, namelijk dat de rechters hun eigen emoties in het vonnis opschrijven. Niet ten aanzien van het slachtoffer (medelijden), niet ten aanzien van de verdachte (verontwaardiging, boosheid, of medelijden, erbarmen, om maar iets te noemen), wat ik in beide gevallen nog kan begrijpen, maar ten aanzien van de advocaat: irritatie. Dat doet af aan de inhoud van het vonnis en wekt de indruk dat de rechters niet over hun eigen schaduw heen kunnen stappen. Dit zou wat mij betreft ook kunnen worden geschaard onder ijdelheid, en maakt ook dat ik anders kijk naar het wrakingsverzoek.

### 3.3 *Wilders' wrakingsverzoeken*

Een laatste voorbeeld dat bespreking behoeft om aan te geven dat columnisten en Twitteraars te kort door de bocht gaan als die spreken over wrakingsverzoeken als 'misbruik van procesrecht', kan worden geschetst aan de hand van de vervolging van Geert Wilders. In de eerste strafzaak die werd behandeld door de Rechtbank Amsterdam had Wilders' toenmalig raadsman Moszkowicz al twee keer gewraakt, waarvan de tweede keer met succes. De gewraakte rechter in kwestie Moors liet zich tijdens zijn interview voor *Kijken in de Ziel* ontvallen dat hij toch wel teleurgesteld was geweest toen zijn collega's de tweede wraking gegrond achtten, wat ik mij goed kan voorstellen maar wat misschien beter niet in alle oprechtheid had kunnen worden gezegd. Tijdens de behandeling van de tweede strafzaak in eerste aanleg bij de Rechtbank Den Haag, waarin Wilders werd vervolgd vanwege zijn 'Minder Marokkanen'-uitspraak, werden ook twee pogingen tot wraking ondernomen. Al op de allereerste zittingsdag gaf Wilders aan te wensen dat rechter Van Rens zich zou verschonen. Zij had zich namelijk in *Kijken in de Ziel* negatief uitgelaten over de PVV: over de wrakingsbeslissing in 'Wilders I', alsmede over wetsvoorstellen (minimumstraffen) en ideeën (met betrekking tot de bed, bad en broodregeling) die tot het gedachtengoed van de PVV behoren. Die poging haar van de zaak af te krijgen zou niet slagen. Op 3 november 2016 besloot de raadsman van Wilders, Geert-Jan Knoops, ook om rechter Van Rens te wraken, omdat zij bij de bevraging van de getuige-deskundige Cliteur zich partijdig zou hebben opgesteld (gesteggel over het onverdraagzaamheids criterium bij politici).<sup>42</sup> De wrakingskamer wees het wrakingsverzoek af. In die tweede zaak werd Wilders op 9 december 2016 door de rechtbank schuldig bevonden aan groepsbelediging en het aanzetten tot discriminatie en werd hem een rechterlijk pardon ex artikel 9a Sr verleend.<sup>43</sup> Voor het aanzetten tot haat werd Wilders vrijgesproken. Ten aanzien van de feiten waaraan Wilders schuldig is bevonden, besloot hij direct in hoger beroep te gaan.

Ook in tweede aanleg bij het Hof Den Haag werd al direct een wrakingsverzoek ingediend, ditmaal naar aanleiding van de afwijzing van meerdere onderzoekswensen van de verdediging. De verdediging had met de onderzoekswensen tot doel om duidelijkheid te brengen in de beslissing van het openbaar ministerie om D66-politicus Alexander Pechtold niet te vervolgen, die vergelijkbare opmerkingen zou hebben gemaakt als Wilders maar dan ten aanzien van Russen. De beslissing om Pechtold niet te vervolgen was een gemotiveerde beslissing aan de hand van de vraag of een bijdrage aan het maatschappelijk debat was geleverd. "De essentie van [de onderzoekswensen was] de vraag of ten aanzien van [Wilders] afwij-

<sup>42</sup> Zie Rb. Den Haag 11 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:13520.

<sup>43</sup> Zie Rb. Den Haag 9 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:15014.

kend is gehandeld. Door de juiste grondslag van de verzoeken van de verdediging te missen en bovendien op ondeugdelijke en onbegrijpelijke wijze de verzoeken af te wijzen, is de vrees voor vooringenomenheid in objectieve zin gegeven.” Het hof had geoordeeld dat niet aan het noodzaakscriterium was voldaan ten aanzien van de onderzoekswensen en had ten overvloede overwogen dat ook als de beoordeling had dienen te geschieden aan de hand van het verdedigingsbelang, de wensen eveneens zouden worden afgewezen. Bij zijn beslissing is de strafkamer geheel voorbijgegaan aan de relevantie van een onderzoek naar de processuele ongelijkheid in de aangiftrajecten, aldus de verdediging.

De wrakingskamer van het Hof stelt in de beoordeling van het verzoek vast dat aan de opgevoerde onderzoekswensen een concreet verweer wordt gekoppeld door de verdediging ten aanzien van het gelijkheidsbeginsel, dat het Hof nalaat op enigerlei wijze te motiveren waarom van noodzaak tot het onderzoek geen sprake is, en dat het Hof feitelijk wel degelijk het criterium van het verdedigingsbelang had moeten toepassen omdat de situatie van de Pechtold-zaak nog maar kort bekend was, maar dat het Hof eveneens nalaat het niet van toepassing zijn van het verdedigingsbelang op enigerlei wijze te motiveren.<sup>44</sup> Aan de hand van deze vaststellingen wordt het wrakingsverzoek gegrond verklaard.

Dit is het punt waarop de verschillende beslissingen van de verschillende wrakingskamers mij duizelen. In de zaak van Naoufal F. leert de rechtbank ons dat een verzoek tot wraking niet is bedoeld om onwelgevallige rechterlijke beslissingen ter discussie te stellen en dat daarvoor het hoger beroep dient en dat zelfs als een beslissing als onjuist zou moeten worden aangemerkt, dat op zichzelf beschouwd nog geen grond vormt om te veronderstellen dat de betrokken rechter vooringenomen is. De wrakingskamer van het Hof Den Haag lijkt te impliceren dat ondanks dat niet of verkeerde gemotiveerde afwijzingen van onderzoekswensen in cassatie kunnen worden getoetst, onjuiste beslissingen wel degelijk de conclusie kunnen rechtvaardigen dat een rechter vooringenomen is. Ik sla ongetwijfeld een aantal nuances over op grond waarvan de zaken en beslissingen van elkaar kunnen verschillen, maar los daarvan kan ik me wel heel goed voorstellen dat advocaten het nu nog lastiger vinden in te schatten of een wrakingsverzoek sowieso geen kans van slagen zou hebben. Er is nu immers een zaak waarin een slecht of ongemotiveerde afwijzing van onderzoekswensen tot een geslaagde wraking heeft geleid en het absolute verbod op de verkapte beroepsmogelijkheid tegen onwelgevallige beslissingen is komen te vervallen. Vanaf nu dient iedereen heel erg terughoudend te zijn met het duiden van wraking als processtactiek, laat staan als ‘misbruik van procesrecht’, en met het spreken over lichtvaardig wraken.

#### 4. ‘You may approach the bench’

Het valt wat mij betreft allemaal wel mee met het misbruik dat de verdediging zou maken van haar rechten, bevoegdheden en mogelijkheden om haar cliënt te voorzien van een goede rechtsbijstand of om daar op enig moment mee te stoppen. Echte cijfers heb ik daaromtrent nog niet gezien. Wat voor rechters of officiers van justitie ongetwijfeld heel frustrerend kan zijn, kan voor de verdediging een manier zijn om grip op de zaak te krijgen of om haar visie op het dossier van onderbouwing te voorzien. Het Nederlandse strafproces is zo ingericht dat de verdediging feitelijk pas aan het einde van het opsporingsonderzoek met een nagenoeg afgerond dossier wordt geconfronteerd. De stappen die het openbaar ministerie en de opsporingsinstanties hebben gezet gedurende dat onderzoek, zijn niet dezelfde stappen die de verdediging achteraf kan reconstrueren en bovendien verschilt het perspectief op het dossier wezenlijk van elkaar. En laten we niet vergeten dat ook heel wat mis kan zijn met de stappen

<sup>44</sup> Zie Hof Den Haag 18 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1211.

die justitie heeft gezet. Als de verdediging dan op enig moment na afronding van het opsporingsonderzoek en de samenstelling van het dossier haar eigen onderzoek wil entameren omdat de verdachte een gemotiveerd ander verhaal heeft bij wat hem wordt verweten of omdat de stappen van justitie met zevenmijlslaarzen zijn gezet, dient zij daartoe de ruimte te krijgen. Het moment in de procedure is helaas formeel bepalend voor de beoordeling van die onderzoekswensen (verdedigingsbelang, noodzaakscriterium, en al wat daartussen ligt), maar uiteindelijk gaat het om waarheidsvinding in het belang van de verdachte. Dat is een ander soort waarheidsvinding dan de materiële waarheidsvinding, maar die kunnen heel wel nauw op elkaar aansluiten. Over het algemeen kan worden aangenomen dat een advocaat zijn cliënt ervoor zal behoeden aan waarheidsvinding te willen doen die hem een hogere gevangenisstraf zal opleveren, zodat als de verdediging onderzoekswensen heeft daar in de meeste gevallen een wezenlijk belang achter zit. Dat kan voor een officier van justitie frustrerend zijn als die het gevoel heeft dat het onderzoek toch is afgerond omdat een eind-pv is opgemaakt, maar niet zelden levert het onderzoek 'à décharge' daadwerkelijk iets op.

Het komt mij voor dat veel wrevel kan worden voorkomen, of kan worden weggenomen, door goede onderlinge communicatie. Die gedachte ontleen ik aan situaties waarin een regiebijeenkomst (art. 185 Sv) bij de rechter-commissaris heeft plaatsgevonden na een open terugwijzing door de zittingsrechter of in complexe onderzoeken waar nog geen zittingsdatum is geprikt. In besloten kring, met alle betrokkenen, zonder cliënt, kan tot op zekere hoogte open worden gecommuniceerd over de onderzoekswensen, maar ook over de tijdspanne van het onderzoek en over ieders agenda. Mijn ervaring is dat na een regiebijeenkomst de communicatie met de officier van justitie minder terughoudend is en beter verloopt dan na mijn eerste uitgebreide advocatenbrief waarin ik in het kader van de motivering van mijn onderzoekswensen kritiek lever op het onderzoek, en dat eenieder bereid is toch iets welwillender naar elkaar te luisteren. Het trekken van agenda's voorkomt aanhoudingsverzoeken, zo simpel is het. Zo bestaat naar mijn mening te weinig besef aan de kant van het openbaar ministerie of de gerechten, en dan met name bij de ondersteuning die de planning dient rond te breien, voor het feit dat de praktijk van een strafrechtadvocaat één van de grilligste agenda's oplevert die je maar kunt voorstellen. Factoren als reistijd (van hot naar her in te weinig tijd), wachttijd en onverwachte aanhoudingen van cliënten en zittingen kunnen alles door de war schoppen. De banale omstandigheden dat het de Dienst Justitiële Inrichting (DJI) in veel gevallen niet lukt een gedetineerde cliënt op tijd op zitting aan te voeren, dat Verkeerstorens bij sommige rechtbanken het blijkbaar mogelijk achten om politierechterzittingen in twintig minuten af te ronden, en dat een enkele vertraging in de ochtend doorwerkt op alle andere zittingen, zijn factoren waar wel degelijk meer rekening mee zou moeten worden gehouden. Ook hier is meer begrip voor elkaar te kweken.

De vraag is nu hoe in omvangrijke en langdurige onderzoeken in zware strafzaken die naar mijn idee de meeste wrevel kunnen opleveren, voorbij de fase van de rechter-commissaris, dit soort overlegmomenten kunnen worden gecreëerd. Hoewel intervisie aan een opmars bezig is, vindt die van nature pas na afloop van de zitting plaats, al is die wellicht nuttig voor toekomstige zittingen en het begrip voor elkaar positie in het algemeen. Het schijnt dat de rogatoire reizen die vroeger veel vaker plaatsvonden dan nu ook zorgden voor een wat informeler contact tussen de betrokkenen (advocaten, officiers van justitie, rechters(-commissarissen) en griffiers), wat jaren later nog steeds leidt tot vriendelijke gesprekken op de gang in de rechtbank.

Een antwoord op het gebrek aan communicatie zou wellicht ook kunnen worden gevonden in regiebijeenkomsten met de zittingsrechter elders dan op de openbare terechtzitting. Dit is een

voorbeeld dat kan worden ontleend aan het Amerikaanse rechtssysteem, waarin de verdediging kan verzoeken dat de rechter toestemming verleent om buiten de hoorzitting van de jury met de rechter te spreken. De jury is in Amerika aanwezig om over de feiten te beslissen, maar als het gaat om de procedure kan de verdediging verzoeken ‘to approach the bench’. In beginsel heeft de discussie dan betrekking op een juridische of procedurele kwestie. Hoewel het Nederlandse strafproces in zeer veel opzichten verschilt van het Amerikaanse strafproces (als daar al van gesproken mag worden gezien de verschillende lagen in jurisdictie), is de gedachte om slechts procedurele aangelegenheden met elkaar buiten de openbare zitting te bespreken ook hier toepasbaar. Het is namelijk goed voorstelbaar dat indien in de raadkamer (of in de koffiekamer) inhoudelijke vraagstukken zouden worden getackeld dit op gespannen voet zou komen te staan met het beginsel van externe openbaarheid.

Een voorbeeld waarin een hof een dergelijke pragmatische oplossing had gezocht, kan worden ontleend aan een arrest van de Hoge Raad uit 2000.<sup>45</sup> De raadvrouw wilde in hoger beroep geen afstand doen van een getuige en omdat de spanningen op de tribune hoog opliepen werd met instemming van de Advocaat-generaal en de verdediging besloten de toelichting van de raadvrouw aan te horen in de raadkamer. De openbare terechtzitting werd verlaten, de raadvrouw werd achter gesloten deuren aangehoord, en daarna deelde het Hof mee op de openbare zitting wat de uitkomst was. De verdediging heeft nadien, ondanks haar instemming, cassatie ingesteld tegen de gang van zaken omdat het geding niet steeds in de openbaarheid had plaatsgevonden (en daar wringt ook wel iets, eerst instemmen en dan klagen). Annotator 't Hart schreef naar aanleiding van de cassatie dat het belang van het controlemiddel van de openbaarheid van de zitting niet moet worden onderschat<sup>46</sup> en het verschil in rollen tussen een advocaat en de Advocaat-generaal onderling dient te worden gerespecteerd, om verdere polarisatie te voorkomen. Nu is volgens mij aan het gebrek aan openbaarheid van een ‘approach the bench’-setting wel een mouw te passen. Stel dat alle betrokkenen – zittingsrechter, griffier, officier van justitie, advocaten van alle medeverdachten en de advocaten van de slachtoffers – alleen in het kader van een efficiënte voortgang en haalbare planning de koppen (buiten de openbare terechtzitting) bij elkaar steken en allen alvast laten weten wat ieders mogelijkheden en beperkingen zijn, zonder over de inhoud te praten, maar bijvoorbeeld wel over de volgorde van de getuigenverhoren, de tijd die men verwacht kwijt te zijn met rekwireren en pleiten, wanneer de vordering benadeelde partij wordt aangeleverd, wanneer de aanvullingen op het dossier komen, hoeveel tijd de verdediging verwacht nodig te hebben voor de bestudering van die stukken, dan is volgens mij een belangrijke grondslag voor gefrustreerde columns, eindeloze aanhoudingsverzoeken en onnodige wrakingsverzoeken en sneren naar de advocaten in vonnissen weggevallen. Omdat de openbaarheid ontbreekt en geen media aanwezig is, kan de factor ijdelheid ook aanzienlijk kleiner zijn. Oftewel: misschien moeten de procespartijen beter en openhartiger met elkaar communiceren in plaats van met Coen Verbraak.

---

45 HR 4 april 2000, *NJ* 2000/633, m.nt. A.C. 't Hart.

46 Zie HR 4 april 2000, *NJ* 2000/633, m.nt. A.C. 't Hart, 3: “De externe openbaarheid van het strafproces is niet zo maar een formeel voorschrift of louter een recht van de verdachte op publieke controle van hetgeen met hem of haar gedaan wordt, waarvan de verdachte ook afstand zou kunnen doen. Historisch bezien kan haar belangrijkste doelstelling worden aangeduid als verzet en doorbreking van de geheime strafrechtspleging van het ‘ancien régime’. [...] Die doorbreking is dan ook geen incidentele wijziging van het procesrecht, zij maakt deel uit van een totaal andere manier om de maatschappelijke en politieke werkelijkheid te beschouwen dan tijdens het ‘ancien régime’. [...] Bij externe openbaarheid gaat het dan ook niet uitsluitend om een recht van de verdachte op individuele rechtsbescherming, waarvan publieke controle op de rechtsbedeling deel uitmaakt, maar om een algemene maatschappelijke eis van controleerbare machtsverhoudingen en besluitvormingsprocessen.”



# Partneralimentatie, levensverzekering of toch niet?

M. VAN MEURS & M. NIEUWENDIJK<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Als mensen gaan trouwen (of een geregistreerd partnerschap aangaan) beloven ze, bij de ambtenaar van de burgerlijke stand, getrouw alle plichten te zullen vervullen die door de Wet aan de huwelijkse staat worden verbonden.<sup>2</sup> Wat die plichten precies inhouden is voor de meeste mensen onbekend, maar dat zij voor elkaar moeten zorgen volgt vaak al uit de verbintenis die zij aangaan. De rechten en plichten zijn opgenomen in de wet in artikel 1:81 e.v. BW en houden in ieder geval in dat de echtgenoten elkaar het nodige moeten verschaffen. Zolang de relatie goed loopt is dit voor de meeste mensen vanzelfsprekend en doen zij dit met liefde. Dit verandert zodra de relatie eindigt.

Echtscheiding is, of we het nu leuk vinden of niet, niet meer weg te denken uit onze maatschappij.<sup>3</sup> Een veelbesproken onderwerp bij echtscheiding is de alimentatie. Als mensen uit elkaar gaan is er in zijn algemeenheid nog wel bereidheid om bij te dragen in de kosten van de kinderen. Voor de kosten van het levensonderhoud van de ex-echtgenoot ligt dat vaak toch anders. In dit artikel gaan wij verder in op het fenomeen partneralimentatie. Hoelang moeten mensen elkaar nog het nodige verschaffen en daardoor blijven profiteren van het hogere inkomen van de ex-echtgenoot? De verbintenis om elkaar te onderhouden loopt door nadat het huwelijk is geëindigd. Dit noemt men ook wel de lotsverbondenheid en vormt de grondslag voor de partneralimentatie.

Is deze grondslag nog wel van deze tijd en moeten mensen niet na het eindigen van hun huwelijk voor zichzelf kunnen zorgen? Al vanaf 1970 zijn er deskundigen die menen dat de grondslag voor de verplichting tot de betaling van partneralimentatie zou moeten liggen in de huwelijks gerelateerde vermindering van verdien capaciteit en niet in de lotsverbondenheid, zoals dat nu het geval is. De wetgever heeft op deze maatschappelijke ontwikkelingen willen inspelen en heeft in 2015 is een wetsvoorstel gedaan waarin de grondslag voor de partneralimentatie niet meer zou liggen in de zogenaamde lotsverbondenheid, maar inderdaad een compensatoir karakter zou hebben. Het recht op partneralimentatie wordt een uitzondering, en geen algemeen, laat staan levenslange onderhoudsplicht – de levenslange onderhoudsplicht werd in 1994 afgeschaft – van de ene echtgenoot voor de andere.

Het doel van voornoemd wetsvoorstel is om met name het leerstuk rondom de partneralimentatie in de toekomst eerlijker, simpeler en korter wordt dan nu. Na de op 14 maart 2017 ingediende nota van wijziging, bleef het lange tijd stil rondom het wetsvoorstel. Tot op 11 juni 2018 een nota van wijziging kwam, waarin feitelijk alleen de duur van de partneralimentatie wordt aangepast.

---

1 Manon van Meurs en Mirjam Nieuwendijk zijn beiden familierecht advocaat bij Cleerdin & Hamer Advocaten.

2 Artikel 1:67 lid 1 BW.

3 Onder echtscheidingen wordt in deze bijdrage tevens verstaan ontbindingen van het geregistreerd partnerschap. Beide rechtsfiguren hebben dezelfde juridische gevolgen met betrekking tot de partneralimentatie.

De vraag die wij ons stellen is of het wetsvoorstel zoals dat er nu in gewijzigde vorm (dat van 2017 en de meeste recente van 2018) ligt, nog wel iets toevoegt aan de huidige rechtsp praktijk. Zijn rechters niet al zo ingespeeld op de ontwikkelingen in de samenleving dat met creatieve toepassing van de wet voldoende aan deze ontwikkelingen tegemoet wordt gekomen?

### 1.1. *Cijfers*

Het aantal echtscheidingen is in de afgelopen jaren zowel relatief als absoluut gestegen. Uit cijfers van het Centraal Bureau voor de Statistiek (hierna: CBS) blijkt dat 39% van de huwelijken eindigt in echtscheiding. De gemiddelde huwelijksduur is toegenomen van 12,7 jaar naar 15 jaar. De gemiddelde leeftijd waarop partners gaan scheiden is sinds 1990 ook hoger geworden en verschoven van 37 jaar naar 44 jaar.

*Tabel: Huwelijksontbindingen door echtscheiding*

	1990	1995	2000	2005	2010	2014	2015	2016
Huwelijksontbindingen door echtscheiding	28 419	34 170	34 650	31 905	32 544	35 409	34 232	33 414
Echtscheidingen (aantal)								
Echtscheidingen (per 1 000 inwoners)	1,90	2,21	2,18	1,95	1,96	2,10	2,02	1,96
Echtscheidingen (per 1 000 echtparen)	8,1	9,7	9,8	9,1	9,5	10,4	10,1	9,9
Gemiddelde huwelijksduur bij echtsch. (jaar)	12,7	12,2	12,9	13,8	14,4	14,8	14,8	15,0
Totaal echtscheidingspercentage (%)	28,1	31,7	33,9	33,4	36,2	40,1	39,6	39,1
Gemiddelde leeftijd mannen (jaar)	40,1	40,4	41,9	43,7	45,6	46,7	46,9	47,3
Gemiddelde leeftijd vrouwen (jaar)	37,2	37,7	39,0	40,7	42,5	43,5	43,7	44,0

*Bron: CBS 13 april 2018*

Het CBS heeft daarbij ook onderzocht in hoeveel gevallen er partneralimentatie werd toegewezen. Daarin is een afname te zien.

In totaal werd er in 2013 in 17,3% van de echtscheidingszaken een partneralimentatieverplichting vastgesteld. Een alimentatieverplichting van de vrouw aan de man komt in 1,1% van de echtscheidingen voor. De afgelopen jaren is de hoogte van de alimentatiebijdragen toegenomen, dit is mede te verklaren door het feit dat mensen gemiddeld op latere leeftijd scheiden en dus zelf een hoger inkomen genieten. Zij hebben dan minder behoefte aan een bijdrage van de ex-partner. De gemiddelde partneralimentatie bedroeg in 2013 € 980 per maand.

*Tabel: hoogte alimentatiebedragen*

Procedures met partneralimentatie	450	500	540	600	650	650	600
Partneralimentatie (mediaan) (euro)							
Partneralimentatie (gemiddelde) (euro)	715	795	825	885	1 035	985	980

*Bron: CBS 13 april 2018*

Uit deze cijfers kan worden afgeleid dat partneralimentatie nog steeds een belangrijk onderwerp is tijdens een echtscheidingsprocedure en bovendien ook een gevoelig onderwerp.

## 2. **Huidige Wetgeving**

### 2.1. *Algemeen*

De verplichting om te blijven bijdragen in het onderhoud van de ander vloeit voort uit de verplichting die er is tijdens het huwelijk om elkaar het nodige te verschaffen. Als grond-

slag voor de alimentatieverplichting geldt de lotsverbondenheid, waarover de Hoge Raad meerdere keren heeft overwogen dat de onderhoudsverplichting tussen gewezen echtgenoten haar rechtsgrond vindt ‘in de levensgemeenschap zoals die door het huwelijk is geschapen, welke gemeenschap in de onderhoudsplicht haar werking behoudt ook al wordt de huwelijksband gestaakt.’<sup>4</sup> Dit wordt in de literatuur ook wel de primaire grondslag genoemd: “de door het huwelijk aanwezige nauwe persoonlijke lotsverbondenheid van de echtgenoten.”<sup>5</sup> Het hangt vervolgens van de concrete omstandigheden na de ontbinding van het huwelijk af of ten laste van de ene echtgenoot aan de andere echtgenoot daadwerkelijk een onderhoudsbijdrage moet worden toegekend.<sup>6</sup>

In de literatuur wordt als tweede grondslag voor de alimentatieplicht genoemd: compensatie voor de gedurende het huwelijk als gevolg van de tijdens het huwelijk gemaakte keuzes ontstane verlies aan verdien capaciteit.<sup>7</sup> Deze wordt niet gevolgd in de huidige jurisprudentie.

In artikelen 1:157 t/m 1:160 BW staan de belangrijkste regels over de partneralimentatie. Artikel 1:157 lid 1 BW bepaalt dat de rechter bij de echtscheidingsbeschikking of bij latere uitspraak aan de echtgenoot die niet voldoende inkomsten tot zijn levensonderhoud heeft, noch zich in redelijkheid kan verwerven, op diens verzoek ten laste van de andere echtgenoot een uitkering tot levensonderhoud kan toekennen.

## 2.2. *Hoe lang heeft iemand recht op partneralimentatie?*

Er is op dit moment een wettelijk recht op partneralimentatie gedurende twaalf jaar nadat het huwelijk is ontbonden (artikel 1:157 lid 4 BW). De termijn is beperkter indien het huwelijk korter heeft geduurd dan 5 jaar én er uit het huwelijk geen minderjarige kinderen zijn geboren. In dat geval is de onderhoudsverplichting gelijk aan de duur van het huwelijk.

De periode van twaalf jaar is erop gericht om degene die de alimentatie ontvangt de gelegenheid te bieden om weer in zijn of haar eigen kosten van levensonderhoud te voorzien. In zeer uitzonderlijke gevallen kan deze termijn door de rechter worden verlengd. Ook kan een rechter het recht op partneralimentatie (praktisch) definitief doen eindigen voordat de genoemde periode van twaalf jaar is verstreken. Artikel 1:157 lid 3 BW voorziet in de mogelijkheid om de duur van het bestaan van een alimentatieverplichting tot een bepaalde termijn te verkorten. Met het verstrijken van deze termijn eindigt de alimentatieverplichting. Dit brengt mee dat na die termijn – afgezien van het in artikel 1:401 lid 2 BW bepaalde<sup>8</sup> – in het geheel geen alimentatie meer kan worden gevorderd. Dit noemt men limitering van de partneralimentatie.

In het algemeen is vaststelling van partneralimentatie voor een kortere dan de wettelijke termijn van twaalf jaar redelijk, indien met voldoende zekerheid en op goede gronden mag worden verwacht dat de onderhoudsgerechtigde na afloop van de voor de partneralimentatie

4 Zie onder meer HR 28 september 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC6056, NJ 1978/432, m.nt E.A.A. Luijten; HR 9 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9900, NJ 2001/216 m.nt. S.F.M. Wortmann en HR 1 februari 2001, ECLI:NL:HR:2002:AD6632, NJ 2002/171.

5 Asser/De Boer, Kolkman & Salomons, 1-II 2016/633.

6 HR 9 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9900, NJ 2001/216, m.nt. S.F.M. Wortmann.

7 Zie over de rechtsgronden van partneralimentatie uitvoerig N.D. Spalter, Grondslagen van partneralimentatie (diss. Amsterdam VU), 2013, en Asser/De Boer, Kolkman & Salomons, 1-II 2016/633 en 634, met verdere verwijzing naar literatuur.

8 De termijn kan worden gewijzigd in geval van zo ingrijpende wijziging van omstandigheden dat ongewijzigde handhaving van de termijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet van de verzoeker kan worden gevergd.

bepaalde termijn op voor hem/haar passende wijze in zijn/haar eigen levensonderhoud zal kunnen voorzien. Bij een dergelijke limitering kan er alleen onder uitzonderlijke omstandigheden een verlenging van de termijn plaatsvinden. Rechters moeten een dergelijke beslissing ook goed motiveren, nu dit erg ingrijpend is voor degene die de bijdrage ontvangt. Voor degene die verzoekt om limitering geldt ook een zware stelplicht. Als het verzoek wordt gevolgd, moet het goed gemotiveerd worden in verband met de ingrijpende gevolgen.

Dit is anders dan een nihilstelling van de partneralimentatie, welke beslissing op de in de wet voorziene gronden voor wijziging vatbaar is. Een nihilstelling houdt in dat de alimentatieplichtige geen bijdrage meer hoeft te betalen. De onderhoudsverplichting duurt dan wel voort. Indien de ontvanger van de alimentatie kan aantonen dat hij of zij nog behoefte aan een bijdrage dan kan deze dus nog steeds gevraagd worden.

### 2.3. *Vaststelling van de hoogte van de bijdrage*

Als maatstaf ter bepaling van de partneralimentatie gelden behoefte, behoefte, draagkracht en factoren van niet-financiële aard. Het startpunt is altijd de behoefte. Hoeveel heeft iemand nodig om in zijn eigen levensonderhoud te kunnen blijven voorzien na het eindigen van het huwelijk? Dit levert in de praktijk al vaak de nodige discussie op. Moet er uit worden gegaan van de inkomsten tijdens het huwelijk en de bijbehorende lasten of moet worden gekeken naar de lasten die er zijn na het eindigen van het huwelijk? Daarbij spelen de ontwikkelingen in de maatschappij ook een belangrijke rol. Vroeger was het volstrekt normaal dat als mensen kinderen kregen, de vrouw stopte met werken om voor de kinderen te zorgen. Tegenwoordig is dat niet meer zo vanzelfsprekend.

### 2.4. *Ontwikkelingen in de maatschappij*

In de afgelopen jaren is de opvatting over de zelfstandigheid van beide partners, de (nagenoeg) gelijke kansen op de arbeidsmarkt en de bestaande scholings- en opleidingsmogelijkheden veranderd. Toch blijkt dat in veel relaties er nog steeds sprake is van traditioneel rollenpatroon.

Uit onderzoek van het CBS blijkt dat bij heteroseksuele paren (in 2015 1,2 miljoen (echt)paren met minderjarige kinderen) in 58% van de relaties de man voltijd werkt en de vrouw deeltijd.<sup>9</sup> Vrouwen nemen nog steeds een groter aandeel voor hun rekening daar waar het gaat om de verzorging van de kinderen, maar ook voor de huishoudelijke taken. Het idee dat beide partners dus zelfstandig(er) zijn dan vroeger komt daarmee niet tot uitdrukking in de rolverdeling binnen relaties. Overigens is het wel zo dat dat het model waarbij een van beide partners (meestal de vrouw) helemaal niet werkt, minder voorkomt. In 2005 was dit nog 25% en in 2015 was dat 18%.

Ook na de echtscheiding is het vaak zo dat het grootste deel van de zorg bij een van beide ouders komt te liggen. Volgens de meest recente cijfers<sup>10</sup> komt in Nederland bij (nog maar) een op de vijf scheidingen co-ouderschap voor. De wet<sup>11</sup> bevat in artikel 1:247 lid 4 BW wel het uitgangspunt dat het kind na ontbinding van het huwelijk recht heeft op een gelijkwaardige opvoeding door beide ouders. Als een van beide ouders meer zorg voor zijn of haar rekening neemt, heeft dat ook tot gevolg dat die vaak niet volledig kan deelnemen aan het arbeidsproces.

9 Sociaal en Cultureel Planbureau voor de Statistiek, Emancipatiemonitor 2016, Den Haag, p. 87.

10 WODC 2011 scheiding en ouderschap, verwijzing naar onderzoek door Spruijt en Kosmos uit 2010.

11 Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding van 27 november 2008, *Stb.* 2009, 500.

Dat maakt dat het nog steeds noodzakelijk is dat er een mogelijkheid blijft waarbij er van de ex-echtgenoot een bijdrage in het levensonderhoud kan worden gevraagd.

## 2.5. *Wijze van berekening van de partneralimentatie*

### 2.5.1. *Behoeft*

Maar de vraag is, wat is een reëel bedrag? Dient te worden aangesloten bij het inkomen dat de ex-echtgenoot misloopt die wellicht meer zorgdraagt voor de opvoeding en verzorging voor de kinderen of wordt aangesloten bij het gezamenlijk inkomen van de beide partners tijdens het huwelijk?

Op dit moment is het zo dat de behoefte wordt gerelateerd aan de mate van welstand zoals die er was tijdens het huwelijk.<sup>12</sup> Daarbij is in de loop der jaren een vuistregel ontwikkeld, genaamd de hofnorm, waarbij als uitgangspunt voor de vaststelling van de netto behoefte geldt dat deze 60% bedraagt van het gezamenlijk netto besteedbaar inkomen minus de kosten van de kinderen. Een klein – misschien enigszins clichématig – rekenvoorbeeld ter toelichting. Man en vrouw hebben beide inkomen. De man werkt fulltime en verdient € 4.500 netto (inclusief vakantiegeld). De vrouw werkt parttime drie dagen en verdient € 1.500 netto (inclusief vakantiegeld). Samen hebben zij twee kinderen van vier en zes jaar. De berekening is dan globaal als volgt:

Inkomen man	€ 4.500
Inkomen vrouw	€ 1.500
Totaal	€ 6.000
Kosten kinderen -/-	€ 1.450
Resteert	€ 4.550
Behoeft 60% =	€ 2.730

Gelet op het eigen inkomen van de vrouw en haar behoefte, heeft zij dus een tekort van € 1.230 netto per maand. Dit is haar zogenaamde behoeftigheid aan een bijdrage in haar levensonderhoud. Een aanvullende vraag is of de vrouw in dit geval, in redelijkheid, een aanvullend inkomen kan verwerven om volledig of voor een groter bedrag in haar eigen levensonderhoud te kunnen voorzien. Daarbij spelen allerlei factoren een rol, zoals de verdeling van de zorg van de kinderen, leeftijd van de kinderen, leeftijd en gezondheid van de vrouw etc.

Een vaak toegepast alternatief is dat de degene die de bijdrage wil ontvangen moet onderbouwen hoeveel hij of zij nodig heeft om van te leven na de echtscheiding. In de jurisprudentie is een tendens te zien waarbij, als de behoefte op basis van de hofnorm betwist wordt, dit als uitgangspunt geldt.

### 2.5.2. *Draagkracht*

Als de behoefte dan is vastgesteld, moet er een berekening worden gemaakt waaruit blijkt of er draagkracht is aan de zijde van (in dit voorbeeld) de man om bij te dragen in het onderhoud van de vrouw. Daarbij gaat de onderhoudsverplichting voor de kinderen wel voor op die van de vrouw. Er is een rangorde vastgesteld in de wet (artikel 1:400 lid 1 BW).

In het huidige systeem wordt bij de berekening van de draagkracht uitgegaan van het netto besteedbaar maandinkomen van de man. Daar gaan bij de berekening van de partneralimentatie naast de bijstandsnorm voor een alleenstaande de daadwerkelijke lasten vanaf, zoals

<sup>12</sup> Zie bijvoorbeeld HR 12 februari 1988, *NJ* 1988, 945

woonlasten, maar ook aflossingen op huwelijkse schulden en premies voor bijvoorbeeld lijfrenteverzekeringen. De Hoge Raad heeft al in 1987 bepaald dat bij de vaststelling van de draagkracht in beginsel alle lasten en schulden van invloed zijn.<sup>13</sup> De meeste rechters vallen daarbij terug op het Rapport *Alimentatienormen* (hierna: ‘Tremarapport’). Dit Tremarapport is voor het eerst opgesteld in 1979 en geeft richtlijnen over de wijze waarop onder andere behoefte en draagkracht kan worden berekend. Het reikt te ver om daar nu uitvoerig op in te gaan.

### 2.5.3. *Jusvergelijking*

Bij een berekening van de hoogte van de partneralimentatie wordt ook altijd een zogenaamde ‘jusvergelijking’ gemaakt. In dat geval wordt de financiële situatie van partijen vergeleken en wordt een vergelijking gemaakt naar inkomen en lasten en de vrije ruimte die iemand dan overhoudt. Deze vrije ruimte, de jus, dient bij degene die de alimentatie ontvangt, niet groter te zijn dan degene die de alimentatie moet betalen. Oftewel, de persoon die alimentatie ontvangt mag uiteindelijk niet in een betere financiële positie komen dan de persoon die de alimentatie betaalt.<sup>14</sup> Bij die vergelijking worden ook de daadwerkelijke lasten van partijen ingevuld om te zien wie wat netto overhoudt om te besteden aan luxeproducten. Een jusvergelijking kan ertoe leiden dat de onderhoudsbijdrage, ongeacht een hogere draagkracht, lager wordt vastgesteld.

### 2.6. *Contractsvrijheid*

Partijen mogen bij het eindigen van het huwelijk ook afspraken maken over de partneralimentatie. Daarbij kan afgesproken worden dat iemand geen aanspraak maakt op een bijdrage, ook als hij of zij daar misschien wel behoefte aan heeft. Dit heet een nihilbeding. Daarbij hebben partijen veel vrijheid en kunnen zij ook een zogenaamd niet-wijzigingsbeding opnemen (artikel 1:159 BW). Dit houdt in dat de afspraak over de partneralimentatie niet gewijzigd kan worden, tenzij er sprake is van een zo ingrijpende wijziging van omstandigheden, dat de verzoeker naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet langer aan het beding mag worden gehouden (artikel 1:159 lid 3 BW). Van een dergelijke situatie is zelden of nooit sprake.

Daarbij kan in een alimentatieovereenkomst ook een afwijkende afspraak worden gemaakt over de termijn van de te betalen partneralimentatie. Er is dan veel meer ruimte voor maatwerk en bijvoorbeeld ook regelingen hoe om moet worden gegaan met een toename van het eigen inkomen van degene die de alimentatie ontvangt.

Opvallend is daarbij dat partijen aan het einde van het huwelijk volledige contractsvrijheid hebben daar waar het gaat om de partneralimentatie. Echter, bij het opstellen van huwelijkse voorwaarden mag partneralimentatie niet op voorhand worden uitgesloten. Een dergelijke afspraak is in dat geval nietig op grond van artikel 1:400 lid 2 BW.

### 2.7. *Nieuwe partners*

Bij de vaststelling van partneralimentatie kunnen de gemoederen hoog oplopen, maar zodra er een nieuwe partner in het spel komt zorgt dat vaak voor nog meer olie op het vuur. In de wet is opgenomen dat de partneralimentatie eindigt als men opnieuw in het huwelijk treedt (of een geregistreerd partnerschap aangaat) danwel is gaan samenleven met een ander als waren zij gehuwd (artikel 1:160 BW).

---

<sup>13</sup> HR 17 maart 2000, NJ 2000, 313

<sup>14</sup> Paragraaf 5.3 van het Rapport Expertgroep Alimentatienormen versie januari 2018.

Als een ex-echtgenoot een nieuw huwelijk is aangegaan, is dat makkelijk vast te stellen door een uittreksel op te vragen bij de burgerlijke stand. Maar als mensen gaan samenwonen is dat vaak moeilijk aan te tonen en daarbij moet dan ook de aanvullende voorwaarde zijn vervuld, dat er sprake is van samenleven alsof men gehuwd is. In de jurisprudentie is bepaald dat aan vijf voorwaarden moet zijn voldaan om een geldig beroep te kunnen doen op deze beëindigingsgrond. Er moet sprake zijn van een affectieve relatie (1), partijen moeten samenwonen (2), de relatie moet duurzaam zijn (3), partijen moeten elkaar wederzijds verzorgen (4) en partijen moeten een gemeenschappelijke huishouding voeren (5).

De bewijslast rust op degene die het verzoek indient en vraagt om de beëindiging van de onderhoudsplicht. Dat is lastig. Er zijn veel uitspraken te vinden waarbij mensen een privé-detective inschakelen om het noodzakelijke bewijs te leveren. Vooral relaties waarbij de indruk bestaat dat partijen zich niet op één adres inschrijven om te voorkomen dat de partneralimentatie wegvalt, leveren vaak veel frustraties op. Hier is dan ook veel jurisprudentie over te vinden. Het reikt te ver om dat in dit artikel verder te bespreken.

### 3. Nieuwe wetgeving

#### 3.1. Algemeen

Op 19 juni 2015 is er een initiatiefwetsvoorstel met nummer 34231 ingediend door de Kamerleden Van Oosten, Recourt en Bernds-Jansen tot wijziging van Boek 1 BW en enige andere wetten in verband met de herziening van het stelsel van partneralimentatie (Wet herziening partneralimentatie) (hierna: ‘het wetsvoorstel’). Het idee achter dit voorstel is dat het huidige systeem niet meer correspondeert met de tijd waarin wij leven. Daarbij is er in eerste instantie voor gekozen om de grondslag voor de partneralimentatie te wijzigen. De initiatiefnemers gingen uit van het model waarbij er pas recht op partneralimentatie is, als er als gevolg van de keuzes die partijen tijdens het huwelijk hebben gemaakt, sprake is van verlies van verdien capaciteit bij een van de partners omdat er een achterstand is ontstaan op de arbeidsmarkt. Het idee is dat na het eindigen van de relatie beide partijen weer moeten terugkeren op de arbeidsmarkt. Partneralimentatie zou in dat geval meer uitzondering dan regel moeten zijn. Er wordt dan dus aangesloten bij de tweede grondslag in de literatuur als nieuwe rechtsgrond voor partneralimentatie.<sup>15</sup>

Het idee was om de berekening van partneralimentatie te vereenvoudigen en ook met name om de termijnen te verkorten, uitgaande van de gedachte dat eenieder na de echtscheiding in zijn eigen levensonderhoud moet gaan voorzien. Het eerste voorstel waarbij deze uitgangspunten waren opgenomen leidde tot veel ophef en zorgen in den lande.

Op 22 april 2016 is er een advies gekomen van de Afdeling Advisering van de Raad van State (hierna: ‘Afdeling’). Initiatiefnemers hebben op de adviezen gereageerd op 8 september 2016.<sup>16</sup> Na de kritische opmerkingen die over het wetsvoorstel zijn gemaakt door de Afdeling hebben de initiatiefnemers besloten ‘de huidige grondslag van voortdurende solidariteit c.q. lotsverbondenheid’ voor partneralimentatie te handhaven.<sup>17</sup>

De Afdeling heeft in haar advies aangegeven dat er weliswaar een verschuiving is waar te nemen in de rolverdeling binnen het gezin, maar dat het in het merendeel van de situaties

<sup>15</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34231, nr. 3, p. 6 en 7 (memorie van toelichting).

<sup>16</sup> Kamerstukken II 2015/16, 34231, nr 5.

<sup>17</sup> Kamerstukken II 2016/17, 34231, nr. 7, p. 6 (nota van wijziging).

nog steeds zo is dat een van beide partners parttime gaat werken na de geboorte van de kinderen en dat de andere partner fulltime blijft werken. Het voorstel zou daarmee degene die meer gaat zorgen voor de kinderen te hard raken als een andere grondslag wordt gekozen voor het toekennen van partneralimentatie. Initiatiefnemers erkennen in de reactie dat het nog steeds zo is dat meer vrouwen parttime werken, maar blijven wel bij het standpunt dat de er sprake is van meer gelijkwaardigheid tussen mannen en vrouwen en dat de grondslag dus anders zou moeten zijn. In het een-na-laatste voorstel van wet dat is ingediend op 14 maart 2017<sup>18</sup> is de grondslag toch gewijzigd en opgenomen dat de behoefte aan partneralimentatie wordt gerelateerd aan de hand van de gezamenlijke inkomens tijdens het huwelijk, en dus niet aan de hand van de verdien capaciteit voorafgaand aan het huwelijk (artikel 156a voorstel). Dit is ook in stand gebleven bij de laatste wijziging op 11 juni 2018.<sup>19</sup>

### 3.2. *Voorgestelde wijzigingen*

#### 3.2.1. *Termijn*

In paragraaf 2.2 is al aangegeven dat de huidige termijn twaalf jaar is of gelijk aan de duur van het huwelijk, mits personen korter dan vijf jaar gehuwd zijn en geen kinderen hebben.

In het voorstel zijn nieuwe termijn opgenomen in artikel 1:157. Opvallend is de eerste zin: “Indien de rechter geen termijn heeft vastgesteld (...)” Kennelijk verwachten Initiatiefnemers dat er na invoering van het wetsvoorstel meer termijnen worden vastgesteld door rechters. Dit blijkt ook uit de tekst van artikel 1:156 in het voorstel waarin is opgenomen dat een rechter de bijdrage kan vaststellen en daarbij voorwaarden kan stellen en een termijn. De rechter is dan wel verbonden aan de maximale termijn zoals opgenomen in artikel 157 van het voorstel. De rechter stelt met de huidige wetgeving nauwelijks termijnen aan de duur van de partneralimentatie, alhoewel de wet de ruimte wel biedt.

#### 3.2.2. *Hoofdregel artikel 1:157 van het voorstel*

De duur van de partneralimentatie eindigt van rechtswege na het verstrijken van een termijn die gelijk is aan de helft van de duur van het huwelijk met een maximum van 5 jaar.

Van de maximale termijn wordt afgeweken indien de kinderen de leeftijd van 12 jaar nog niet hebben bereikt; de bijdrage in kosten levensonderhoud zal dan eindigen indien het jongste kind (geboren uit het huwelijk van de echtgenoten<sup>20</sup>) de leeftijd van 12 jaar heeft bereikt.

Een tweede reden waarbij afgeweken wordt van de maximale termijn van 5 jaar is als het huwelijk langer dan 15 jaar geduurd én is de leeftijd van de ontvangende partij 10 jaar lager is dan de AOW gerechtigde leeftijd, dan vervalt de verplichting tot betaling op de datum dat de alimentatiegerechtigde de AOW gerechtigde leeftijd heeft bereikt.

De partneralimentatie eindigt indien de alimentatieplichtige de AOW gerechtigde leeftijd heeft bereikt.

#### 3.2.3. *Behoeft en draagkracht artikel 1:156a, 1:156b BW wetsvoorstel 14 maart 2017*

In artikel 1:156a BW wordt wettelijk vastgesteld dat de behoefte wordt vastgesteld aan de hand van het gezamenlijke netto maandinkomen. Daarbij wordt verwezen naar een algeme-

---

<sup>18</sup> *Kamerstukken II* 2016/17, 34231, nr. 7.

<sup>19</sup> *Kamerstukken II* 2017/18, 34231 nrs. 9 en 10.

<sup>20</sup> *Kamerstukken II* 2017/18, 34231 nr. 10.



ne maatregel van bestuur, waarbij aan de hand van tabellen de hoogte van de behoefte wordt bepaald. Er wordt in de algemene maatregel van bestuur aangesloten bij de hofnorm.<sup>21</sup>

In artikel 1:156b BW wordt vervolgens aangegeven hoe de draagkracht moet worden bepaald en ook daar wordt verwezen naar een algemene maatregel van bestuur voor de uiteindelijke berekening van de draagkracht.

In de concepttekst voor de algemene maatregel van bestuur zijn tabellen opgenomen om zo op ‘eenvoudige’ wijze de hoogte van de bijdrage vast te stellen. Met dit voorstel wordt min of meer aangesloten bij het rekensysteem dat nu gehanteerd wordt bij de vaststelling van kinderalimentatie. Zo wordt er gerekend met forfaitaire bedragen voor bijvoorbeeld de woonlast. Er is nog wel ruimte voor de rechter om een aangepaste berekening te maken doordat is opgenomen dat de rechter rekening kan houden met de in redelijkheid door een echtgenoot te dragen overige noodzakelijke lasten.<sup>22</sup>

Wij vragen ons af of deze wijziging een vereenvoudiging oplevert van de berekeningen. Immers, op dit moment wordt er gerekend met de lasten die iemand daadwerkelijk heeft. Dit moet ook worden onderbouwd. Door te gaan rekenen met forfaitaire bedragen kan de uitkomst onredelijk uitpakken doordat een van beiden dan veel meer vrij te besteden ruimte heeft. De zogenaamde jusvergelijking wordt hiermee volledig buiten spel gezet. Hier is veel kritiek op gekomen vanuit de tweede kamer. Reden waarom deze artikelen in de nota van wijziging zijn geschrapt.<sup>23</sup> Dit zorgt ervoor dat het huidige rekensysteem in stand blijft.

#### 3.2.4. *Aanpassing artikel 1:160 BW*

Artikel 1:160 BW wordt niet geschrapt, zoals in eerste instantie de bedoeling was. Het artikel blijft grotendeels in stand, maar er zou een nieuwe bepaling bijkomen. In het voorstel van 2017 is opgenomen dat het recht op partneralimentatie pas definitief vervalt na een periode van zes maanden samenwoning. De alimentatiegerechtigde kan alleen gebruik maken van deze mogelijkheid indien zij hiervan melding doet aan de alimentatieplichtige. Dit is een regeling die nu al veel voorkomt in convenanten, maar hiermee wet wordt. Het stimuleert mensen om eerlijker te zijn over de nieuwe relatie en ook om wel te gaan samenwonen, en dat te melden. Wellicht dat dit een aantal procedures kan voorkomen. Helaas is dit deel komen te vervallen na kritische vragen vanuit de kamer en is in het laatste voorstel sprake van handhaving van artikel 1:160 BW zoals dat thans in de wet staat.<sup>24</sup>

#### 3.2.5. *Overig*

Het blijft net als in de huidige wet toch mogelijk om na vaststelling de partneralimentatie te wijzigen. De wettelijke indexering blijft eveneens van kracht.

In het oorspronkelijk wetsvoorstel konden partijen gebruik maken van hun contractsvrijheid om in onderling overleg bij overeenkomst op voorhand, bijvoorbeeld door huwelijkse voorwaarden, partneralimentatie uit te sluiten. In het nieuwe wetsvoorstel is deze mogelijkheid geschrapt. Dit om de zwakkere partij in het huwelijk te beschermen. Een dergelijke overeenkomst blijft dus nietig.

---

21 *Kamerstukken II* 2016/16, 34231, nr. 7 p. 13, artikel 3.

22 *Kamerstukken II* 2016/16, 34231, nr. 7 p. 15, artikel 4 lid 5

23 *Kamerstukken II* 2017-2018, 34231, nrs. 9 en 10.

24 *Kamerstukken II* 2017/18, 34231 nr. 9 punt 10

#### 4. **Wat betekent dit wetsvoorstel voor de huidige alimentatieregelingen en wordt hier al op geanticipeerd?**

Zoals uit de bovenstaande punten blijkt, zal het wetsvoorstel na invoering grote veranderingen met zich meebrengen voor de huidige alimentatiepraktijk. Het wetsvoorstel geldt niet voor onderhoudsverplichtingen die voor de datum waarop de wet in werking treedt door een rechtbank zijn vastgesteld of tussen partijen zijn overeengekomen. Het wetsvoorstel geldt tevens niet voor verzoeken tot vaststelling of wijziging van partneralimentatie indien het verzoekschrift daartoe bij de rechtbank is ingediend voor de datum waarop de wet in werking treedt. In deze situaties blijft de huidige wettelijke regeling van kracht.

De vraag is of – bij invoering van het voorstel in zijn huidige vorm – niet juist meer discussie in procedures zal ontstaan. Dit terwijl het nu juist de bedoeling was de partneralimentatie eerlijker en simpeler te maken. Met de wijziging in de berekening van de kinderalimentatie was ook beoogd om het aantal procedures terug te dringen. Of hier al concrete cijfers over bekend zijn, weten wij niet, maar in onze praktijk heeft het in ieder geval niet tot een vermindering geleid van de vragen en procedures rondom kinderalimentatie. Onze verwachting is dat hetzelfde gaat gelden voor de berekening van de partneralimentatie.

De beoogde wijzigingen van de termijnen zijn drastisch, maar wij vragen ons af of het wetsvoorstel in die zin noodzakelijk is. Met de huidige wetgeving kan al gevraagd worden om een andere termijn vast te stellen voor de duur van de onderhoudsplicht. Daarnaast kan de rechter kiezen voor nihilstelling na verloop van een bepaalde termijn of een afbouw in de hoogte van de partneralimentatie vaststellen. Verschil tussen deze twee is dat bij limitering de verplichting definitief eindigt. Juist vanwege dit verstrekkende gevolg wordt er in de jurisprudentie terughoudend mee omgegaan. Limitering wordt alleen toegepast indien “met voldoende zekerheid en op goede gronden mag worden verwacht dat de onderhoudsgerechtigde na afloop van de voor de partneralimentatie bepaalde termijn op voor hem/haar passende wijze in zijn/haar eigen levensonderhoud zal kunnen voorzien”.<sup>25</sup>

In de uitspraken die er zijn geweest in de afgelopen jaren waarbij limitering is toegepast is er meestal sprake van een kinderloos huwelijk, dat relatief kort (vaak net iets meer dan vijf jaar) heeft geduurd. Daarnaast wordt er gekeken naar de leeftijd van degene die partneralimentatie wil ontvangen en zijn/haar mogelijkheden op de arbeidsmarkt en ook of er sprake is van een tweede huwelijk. Indien er geen sprake is van negatieve beïnvloeding op de verdiencapaciteit door het huwelijk, kunnen al deze omstandigheden bij elkaar maken dat een verzoek tot limitering wordt toegewezen. Een voorbeeld van zo’n uitspraak is Hof Den Haag 1 juli 2015<sup>26</sup> waarin zij overweegt:

“r.o. 14 Partijen zijn gedurende ruim 6 jaren en 3 maanden gehuwd geweest. Uit dit huwelijk zijn geen kinderen geboren. De opleidingsmogelijkheden van de vrouw en haar kansen op de arbeidsmarkt zijn niet negatief beïnvloed door het huwelijk. Haar verdiencapaciteit is dan ook gelijk gebleven. Tijdens het huwelijk is de vrouw werkzaam geweest. Zij is thans 42 jaar. Het hof is van oordeel dat voornoemde feitelijke omstandigheden, in onderlinge samenhang bezien, maken dat de lotsverbondenheid van partijen met ingang van 1 september 2021 in zodanige mate zal zijn komen te vervallen dat in redelijkheid niet langer van de man kan worden gevergd dat hij een bijdrage in de kosten van het levensonderhoud van de vrouw voldoet.

<sup>25</sup> Hof 's-Hertogenbosch 12 april 2018 r.o. 5.9 ECLI:NL:GHSHE:2018:1551 en HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:695.

<sup>26</sup> Hof Den Haag 1 juli 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2178.

15. Gezien het voorgaande ziet het hof termen aanwezig om de onderhoudsplicht van de man jegens de vrouw verder in duur te beperken dan de termijn die van rechtswege voortvloeit uit artikel 1:157 lid 4 BW. Het hof zal de onderhoudsplicht van de man beëindigen met ingang van 1 september 2021.”

Toch wordt een verzoek om limitering vaak nog afgewezen vanwege de verstrekkende gevolgen en zal er altijd subsidiair een verzoek tot nihil stelling gedaan moeten worden.<sup>27</sup> Bij dit verzoek geldt de verzwaarde stelplicht namelijk niet. In die zin is een verzoek verkorting van de termijn in het nieuwe wetsvoorstel vele malen makkelijker toegewezen.

Wat betreft de eigen verdien capaciteit wordt in de jurisprudentie al veel kritischer gekeken naar de alimentatiegerechtigde. Zeker in huwelijken waarin geen kinderen geboren zijn. Zo bepaalde het Hof 's-Hertogenbosch 12 april 2018<sup>28</sup> het volgende. Partijen waren gedurende zeven jaar gehuwd er waren geen kinderen geboren tijdens het huwelijk. De vrouw werkt twintig uur en heeft behoefte aan partneralimentatie. Het verzoek om limitering werd afgewezen, maar het verzoek om een afbouwregeling werd toegewezen. Van de vrouw werd verwacht dat zij in de toekomst meer uren zou gaan werken en dat zij dus minder behoeftig zou worden. Wij verwijzen in dat kader ook naar een recente uitspraak van Hof Den Haag van 11 januari 2018<sup>29</sup> waarin het hof onder andere het volgende overweegt:

“5.4 Vooropgesteld dient te worden dat van behoeftigheid sprake is als de onderhoudsrechtigde niet voldoende inkomsten heeft tot haar levensonderhoud, noch zich deze in redelijkheid kan verwerven. Anders dan waarvan de vrouw vanuit lijkt te gaan, bestaat er derhalve niet zonder meer recht op (het volledige bedrag aan) partneralimentatie voor de duur van twaalf jaar. De onderhoudsplicht van de man jegens de vrouw bestaat derhalve alleen voor zover de vrouw niet in eigen levensonderhoud kan voorzien, terwijl zij zich daartoe wel voldoende heeft ingespannen om daarin te kunnen voorzien. Dit betekent dat de vrouw, die stelt behoefte te hebben aan een bijdrage van de man in de kosten van haar levensonderhoud, dient aan te tonen dat zij geen of onvoldoende inkomsten heeft om in haar behoefte te voorzien en evenmin in redelijkheid in staat kan worden geacht (voldoende) inkomsten te verwerven.”

De vrouw kwam in deze zaak in beroep tegen de uitspraak van de rechtbank waarbij bepaald was dat de vrouw gedurende vier jaar een bijdrage zou krijgen die volledig voorzorg in haar behoefte en daarna twee jaar een lager bedrag gevolgd door een nihil stelling van de bijdrage. In deze uitspraak is het Hof met de man van mening dat de vrouw onvoldoende heeft onderbouwd dat zij niet in staat zou zijn om een hoger inkomen te verwerven. Nu de vrouw niet slechter mag worden van haar eigen hoger beroep, laat het hof de beslissing van de rechtbank in stand.

Wel laat deze uitspraak duidelijk de verandering in de maatschappij zien, waarbij partneralimentatie geen levensverzekering is die twaalf jaar uitkeert, maar dat degene die een bijdrage wil ontvangen goed moet onderbouwen hoeveel hij/zij nodig heeft en ook voor hoe lang.

---

27 Hof Arnhem-Leeuwarden 1 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1125 en Hof Amsterdam 17 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1316

28 Hof 's-Hertogenbosch 12 april 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1551

29 Hof Arnhem-Leeuwarden 11 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:355

Uit het jurisprudentieonderzoek komt naar voren dat er op dit moment niet wordt geanticipeerd op het wetsvoorstel. Er zijn wel uitspraken waar door een van beide partijen wordt verwezen naar het wetsvoorstel, maar daar wordt (nog) geen gebruik van gemaakt.<sup>30</sup>

## 5. Conclusie

Uit de meest recente onderzoeken blijkt dat onze maatschappij nog niet zo geëmancipeerd is, als soms wordt gedacht. De rolverdeling binnen relaties is nog geregeld traditioneel, waarbij de vrouw minder werkt dan de man. Zeker als er kinderen in het spel zijn, is het nog steeds zo dat vrouwen meer tijd in de verzorging en opvoeding van de kinderen steken dan de mannen en dus minder tijd over houden om te investeren in hun carrière. Dat dit zorgt voor een verschil in inkomen, maar ook zeker in carrièremogelijkheden, maakt dat het onderwerp partneralimentatie nog steeds actueel, en helaas ook bewerkelijk is.

Het idee dat iedereen zijn eigen broek op moet houden is een goede gedachte, maar dat zou dan ook moeten inhouden dat de zorgtaken voor de kinderen gelijkelijk verdeeld moeten worden. Het aantal zaken dat wij in onze praktijk hebben met partijen die aangeven dat ze wel meer voor de kinderen zouden willen zorgen, maar dat dit niet haalbaar is in verband met werk, is legio. Dat er dan gedurende een bepaalde periode moet worden bijgedragen in het onderhoud van de ex-echtgenoot is in dat geval onvermijdelijk.

Wel is het veel gebruikelijker dat er ook van degene die de alimentatie ontvangt verwacht wordt dat die zich inspant om in zijn of haar eigen levensbehoefte te voorzien. In uitspraken wordt dit vaak expliciet benoemd en op geanticipeerd. Daarin zien wij wel een toename van het aantal zaken waarbij – succesvol – van de mogelijkheid gebruik wordt gemaakt om alimentatie na verloop van tijd te verlagen of op nihil te stellen. In die zin vragen wij ons af of het wetsvoorstel iets toevoegt aan de huidige mogelijkheden.

In de algemene maatregel van bestuur waarin de behoefte en draagkracht ‘eenvoudig’ kan worden vastgesteld zien wij geen toegevoegde waarde. Het systeem is op dit moment juist transparant en laat zien wie welke lasten heeft en ook of er sprake is van een reële draagkracht om bij te dragen in het levensonderhoud van de andere ex-echtgenoot. Bij forfaitaire bedragen kan dat nogal scheef uitpakken. Dat kan en mag niet de bedoeling zijn bij het berekenen van de hoogte van de partneralimentatie. Tijdens het schrijven van dit artikel werden wij ingehaald door de politiek, die het met ons eens is. In de laatste versie van het wetsvoorstel 11 juni 2018 is deze rekenmethodiek geschrapt.

Zoals eerder aangegeven zien wij wel de toegevoegde waarde in het wijzigen van artikel 1:160 BW, waarbij de partneralimentatie tijdelijk wordt opgeschort als iemand gaat samenwonen met een nieuwe partner. De meeste mensen weten na zes maanden wel of de ‘nieuwe’ relatie bestendig genoeg is, waardoor zij hierover ook eerlijker durven zijn jegens hun ex-echtgenoot. Dat de onderhoudsplicht na deze periode dan definitief eindigt zal voor beide partijen een gegeven zijn waar zij zich makkelijk(er) bij neer kunnen leggen. Onze verwachting is dat dit voor snellere en betere oplossingen zal zorgen, waardoor langslepende procedure kunnen worden voorkomen. Het is een gemiste kans dat juist dit artikel toch niet gewijzigd wordt in de laatste versie van het wetsvoorstel van 11 juni 2018.

---

<sup>30</sup> Bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 15 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1597 r.o.5.9 en Hof Amsterdam 22 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3381 r.o. 5.3.3

# Straatsburgse Myj/meringen: afscheid en iets nieuws

B.E.P. MYJER<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Behalve natuurlijk het feit dat het Nederlandse zaken waren die door de Commissie of door het EHRM in een Kamer of de Grote Kamer zijn afgedaan, wat hebben de zaken *Doorson* (26 maart 1996), *Remmers en Hamer* (18 mei 1998), *Oliveira* (4 juni 2002), *Nakach* (30 juni 2005), *Schenkel* (25 oktober 2005), *Bocos-Cuesta* (10 november 2005) en *Ramsahai* (16 mei 2007) gemeen?

Weinig Straatsburg-watchers zullen het juiste antwoord zelf hebben gevonden. Het is de advocaat van klagers (en in de zaak *Remmers en Hamer* een van de klagers), de op 29 december 2008 volkomen onverwacht overleden Amsterdamse advocaat Gerard P. Hamer.

Ik hecht er aan in deze Myj/mering aandacht aan hem te besteden.

Gerard Hamer was een kundig, creatief en integer advocaat, die zich met hart en ziel inzetten voor zaken van zijn cliënten. Hij kon zijn zaken gloedvol brengen maar deed dat enkel op de plek waar dat hoort: in de rechtszaal. Bij hem was geen sprake van gearrangeerde lekken naar de media of het krijgen van gratis naamsbekendheid via amusementsprogramma's. Hoezeer ook zijn aanstekelijke gevoel voor humor en zijn soms onorthodoxe verschijning hem tot een aantrekkelijk mediafiguur zouden hebben kunnen maken. Wel was hij vaak rampzalig wijdlopig, kennelijk onder het motto dat – ook al kent de rechter de wet – het geen kwaad kan hem daar nog even op alle onderdelen aan te herinneren. Je kon hem daar heerlijk mee pesten, waarna hij altijd weer beterschap beloofde om zich daar vervolgens maar heel even aan te houden. De laatste keer dat ik hem tegenkwam was op een PAO-cursus 'procederen in Straatsburg', op 30 oktober 2008. Toen ik hem vroeg wat hij daar met zijn ervaring nog van dacht op te steken zei hij alleen maar: "Als ik nu toch geld moet uitgeven om orde-punten te halen, kan ik me net zo goed een paar uurtjes bij jou ontspannen." Nog nooit heb ik in mijn – zoals vaak – wat lange inleiding zó de nadruk gelegd op het belang van enige bondigheid.

Alleen al de vele warme herinneringen van oud-clieënten, maar ook van wetenschappers, rechters, officieren van justitie en collega-advocaten op het inderhaast geopende condoleanceregister van zijn kantoor Cleerdin & Hamer geven aan dat een bijzonder jurist is overleden.

Uit bovenstaand rijtje Straatsburgse zaken kan worden afgeleid dat Gerard Hamer ook het zijne heeft bijgedragen tot de Straatsburgse jurisprudentie. Uit HUDOC blijkt dat hij de weg naar Straatsburg al 25 jaar geleden wist te vinden (*Schuurs/ Nederland*, 14 mei 1984). Eenmaal (*Ramsahai*) heeft hij zelfs voor de Grote Kamer kunnen pleiten. En wat de buiten-

---

<sup>1</sup> Egbert Myjer is oud-rechter bij het EHRM (2004-2012) en Emeritus bijzonder hoogleraar rechten van de mens aan de Vrije Universiteit.

wereld niet direct kan zien: ook in sommige door hem ingediende zaken die uiteindelijk in een Comité zijn afgedaan heeft hij succes gehad, al was het maar omdat het door hem beoogde doel alsnog werd bereikt waarna de zaak van de rol kon worden afgevoerd.

In Straatsburg zullen we Gerard Hamer missen, ondanks die soms wel erg dikke enveloppen.

We zullen nu nooit weten hoe Gerard Hamer zou hebben gereageerd op de proef die inmiddels in Straatsburg voor Nederlandse (en Zweedse) zaken is ingevoerd: de proef met het elektronische klachtenformulier. Ik citeer uit het daarover uitgegeven persbericht:

“The European Court of Human Rights is launching a new service on a trial basis to enable applicants to fill out the Court’s application form on-line via its internet site. Initially, this service will be available for Swedish and Dutch applicants and if proven succesful will be extended tot the other 45 member states of the Council of Europe.

When filling out the form, applicants can save their changes at any stage and can then return to complete the form at any time. Once the form is fully completed the applicant can then submit it. This will trigger a sevice which will automatically email the completed version of the form in PDF format to the applicant who then must print it, sign it and post it on to the Court (with any relevant annexes).”

Het zou mij niet verbazen als hij in de ‘relevant annexes’ alsnog aanleiding zou hebben gevonden zijn zienswijze nog eens uitgebreid uiteen te zetten. Hij had er in het verleden voldoende succes mee gehad in Straatsburg. En hij had daarin geen ongelijk.

## 2. Een kleine update over het indienen van een klacht in Straatsburg

Deze Myj/mering stond in het NJCM-Bulletin, Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten, jaargang 34, nr 2, maart 2009, p. 234-235.<sup>2</sup> Het was mijn eigen afscheidsverhaal over een markante advocaat, met een knipoog naar de hem kenmerkende wijdlopiegheid. In het hiernavolgende wil ik een paar opmerkingen maken over ontwikkelingen die zich sindsdien in Straatsburg hebben voorgedaan, juist op het gebied van het indienen van een klacht.

### 2.1. *Individuele verzoekschriften*

Artikel 34 EVRM stelt dat het EHRM verzoekschriften kan ontvangen van ieder natuurlijk persoon, iedere niet-gouvernementele organisatie of iedere groep personen die beweert slachtoffer te zijn van een schending door een van de Hoge Verdragsluitende Partijen van de rechten die in het EVRM of de Protocolen daarbij zijn vervat.

De wijze waarop dit verzoekschrift moet worden ingediend staat geregeld in artikel 47 van de Rules of Court<sup>3</sup>.

### 2.2. *Aanscherping Rule 47 per 1 januari 2014*

Sinds 1 januari 2014 zijn de daarin vervatte eisen aanmerkelijk aangescherpt. Gebeurde het in het verleden dat vanuit de griffie van het EHRM nog even een briefje of telefoontje naar (de advocaat van) de klager werd gestuurd, respectievelijk gevoerd met de vraag om ontbre-

2 Nadien ook opgenomen in: Egbert Myjer, Straatsburgse Myj/meringen, Wolf legal Publishers 2012, p. 127-128.

3 Deze Rules, maar ook allerlei andere relevante informatie zijn te vinden op de website van het EHRM: [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

kende documenten op te sturen of om nog even een ontbrekende handtekening te zetten, de steeds toenemende werkdruk van de griffie maakte het onmogelijk om nog langer aan dit soort individueel dienstbetoon te doen.<sup>4</sup> Ook al ging het bij al die klachten om vermeende schendingen van fundamentele rechten. Vanwege de enorme werkdruk moest het EHRM het over een strengere boeg gaan gooien.

Overigens was in de jurisprudentie van het EHRM al zo nu en dan sprake van een wat strengere benadering van advocaten die blijkbaar dachten dat ze er mee weg zouden komen als ze zelfs de aanwijzingen van de griffie niet of maar ten dele opvolgden. Een bekend voorbeeld daarvan is de zaak *VEB NCVB en anderen/Nederland*. De griffie had – onder de toen nog wat soepelere regels – de advocaat al wat extra tijd gegeven om de klachten in te dienen. Het ging om maar liefst 8.000 klagers. De advocaat moest dat, gelet op het aantal klagers, dan wel doen op de door de griffie aangewezen manier: via een cd rom of een memory stick. En dat deed deze advocaat nu net niet of te laat. In de ontvankelijkheidsbeslissing van 11 februari 2014 verklaart het EHRM in een unanieme stemverhouding de klachten met betrekking tot artikel 6 EVRM niet ontvankelijk en overweegt daarbij:

“(…) 33. The Court observes that the applicants’ representative was informed by letter and e-mail of 12 August 2013 (...) that the six-month time-limit laid down in Article 35 § 1 of the Convention, extended by the grace period granted at that time by paragraphs 4 and 5 of the said Practice direction, would end on 8 October 2013. This was confirmed to him by letter and fax of 20 September 2013 (...).

34. The application form was received by fax on 7 October 2013 and by post on 11 October 2013. In the absence of a postmark or other visible indication of a sending date earlier than 9 October 2013 (see paragraph 16 above), the Court cannot verify that the application form was posted on 8 October 2013 at the latest (see, among other authorities, *Kemevuako v. the Netherlands* (dec.), no. 65938/09, § 22, 1 June 2010, and *Abdulrahman v. the Netherlands* (dec.), no. 66994/12, 5 February 2013).

35. However that may be, the Court cannot ignore the fact that the applicants’ representative submitted identifying information of the applicants in the required electronic format on 4 December 2013 at the earliest (...) – by e-mail, not on a CD-ROM or a memory stick as requested.

---

<sup>4</sup> In een evaluatierapport uit 2015 (*Report on the implementation of the revised rule on the lodging of new applications*) staat daarover meer uitvoerig:

“1. Background

At the end of 2013, with a view to continuing its efforts to make its working methods more efficient, the Court amended the rules on the lodging of applications. The aim was to facilitate filtering by defining clearly what should be in a valid application. This would in turn facilitate processing of cases for decision by Judges, thereby saving time for Judges and Registry staff so that resources could be switched to tasks with higher priorities. To that end, on 1 January 2014, a revised version of Rule 47 of the Rules of Court came into force. Under the amended Rule applicants must comply with strict requirements for their application before the Court to be valid. In brief, they must use the Court’s new application form, take care to fill in all fields and append all necessary supporting documents. They also have to make sure that they provide a signed authority if they are represented and that the application form is duly signed by them. If an applicant fails to comply with Rule 47, the application will not be allocated to a Court formation for decision (although there are some limited exceptions; see below). The Court has made every effort to ensure that this new approach is communicated to, and understood by, applicants and their lawyers. The change in the Rule and its application was announced on the Court’s website, with accompanying explanations and a demonstration video in most of the languages of the Contracting States. An information pack was sent to the authorities, courts and bar associations in the Contracting States also. (...)”

36. It is the duty of applicants, no less than Governments, to co-operate fully in the conduct of the proceedings and, in particular, to take such action within their power as the Court considers necessary for the proper administration of justice (Rule 44A of the Rules of Court). For present purposes, the implication is that it is the responsibility of the individual applicant to submit a properly completed application form and provide the Court with all the information required for processing the application in a timely manner.

37. In the instant case, the applicants were required to complete a table in a commercially available and extremely common electronic format and submit it on a physical medium, a CD-ROM or a memory stick. The Court takes the view that they could reasonably be expected to comply with the instructions given by its Registry.

38. The Registry's purpose in requiring the submission of the applicants' identifying information in a prescribed electronic format was to enable the applicants, who were expected – until the application was actually submitted – to be as many as 8,000, to be registered individually in the Court's administrative database. The technical means to simplify this task exist and can be presumed to be at the disposal of the applicants themselves if not their representative.

39. The time available, which under Article 35 § 1 of the Convention is six months from the date of the final domestic decision, would appear to have been adequate of itself. In addition, at the relevant time the Practice direction on the institution of proceedings vouchsafed a grace period which in the present case extended the time-limit by a further one month and twelve days.

40. In the circumstances, therefore, the Court finds that there is good cause to hold that the date of introduction of the application is 7 December 2013, the date on which the memory stick with the requested information was finally received at the Registry.

41. It follows that the complaints here in issue have been introduced out of time and must be rejected in accordance with Article 35 § 1 and 4 of the Convention.”

Terug naar de nieuwe tekst van Rule 47. Deze luidt sinds 1 januari 2014:

**“Rule 47 – Contents of an individual application**

1. An application under Article 34 of the Convention shall be made on the application form provided by the Registry, unless the Court decides otherwise. It shall contain all of the information requested in the relevant parts of the application form and set out

(a) the name, date of birth, nationality and address of the applicant and, where the applicant is a legal person, the full name, date of incorporation or registration, the official registration number (if any) and the official address;

(b) the name, address, telephone and fax numbers and e-mail address of the representative, if any;

(c) where the applicant is represented, the dated and original signature of the applicant on the authority section of the application form; the original signature of the representative



showing that he or she has agreed to act for the applicant must also be on the authority section of the application form;

(d) the name of the Contracting Party or Parties against which the application is made;

(e) a concise and legible statement of the facts;

(f) a concise and legible statement of the alleged violation(s) of the Convention and the relevant arguments; and

(g) a concise and legible statement confirming the applicant's compliance with the admissibility criteria laid down in Article 35 § 1 of the Convention.

2. (a) All of the information referred to in paragraph 1 (e) to (g) above that is set out in the relevant part of the application form should be sufficient to enable the Court to determine the nature and scope of the application without recourse to any other document.

(b) The applicant may however supplement the information by appending to the application form further details on the facts, alleged violations of the Convention and the relevant arguments. Such information shall not exceed 20 pages.

3.1. The application form shall be signed by the applicant or the applicant's representative and shall be accompanied by

(a) copies of documents relating to the decisions or measures complained of, judicial or otherwise;

(b) copies of documents and decisions showing that the applicant has complied with the exhaustion of domestic remedies requirement and the time-limit contained in Article 35 § 1 of the Convention;

(c) where appropriate, copies of documents relating to any other procedure of international investigation or settlement;

(d) where the applicant is a legal person as referred to in Rule 47 § 1 (a), a document or documents showing that the individual who lodged the application has the standing or authority to represent the applicant.

3.2. Documents submitted in support of the application shall be listed in order by date, numbered consecutively and be identified clearly.

4. Applicants who do not wish their identity to be disclosed to the public shall so indicate and shall submit a statement of the reasons justifying such a departure from the normal rule of public access to information in proceedings before the Court. The Court may authorise anonymity or grant it of its own motion.

5.1. Failure to comply with the requirements set out in paragraphs 1 to 3 of this Rule will result in the application not being examined by the Court, unless

- (a) the applicant has provided an adequate explanation for the failure to comply;
- (b) the application concerns a request for an interim measure;
- (c) the Court otherwise directs of its own motion or at the request of an applicant.

5.2. The Court may in any case request an applicant to provide information or documents in any form or manner which may be appropriate within a fixed time-limit.

6. (a) The date of introduction of the application for the purposes of Article 35 § 1 of the Convention shall be the date on which an application form satisfying the requirements of this Rule is sent to the Court. The date of dispatch shall be the date of the postmark.

(b) Where it finds it justified, the Court may nevertheless decide that a different date shall be considered to be the date of introduction.

7. Applicants shall keep the Court informed of any change of address and of all circumstances relevant to the application.”

### 2.3. *Practice Direction*

Voor wie nog meer duidelijkheid wil, is het nuttig ook kennis te nemen van de *Practice Direction* (laatst geamendeerde versie: 15 oktober 2015) die door de President van het EHRM is gegeven:

#### **“Institution of proceedings (Individual applications under Article 34 of the Convention)**

##### I. General

1. An application under Article 34 of the Convention must be submitted in writing. No application may be made by telephone. Except as provided otherwise by Rule 47 of the Rules of Court, only a completed application form will interrupt the running of the six-month time-limit set out in Article 35 § 1 of the Convention. An application form is available online from the Court’s website . Applicants are strongly encouraged to download and print the application form instead of contacting the Court for a paper copy to be sent by post. By doing this, applicants will save time and will be in a better position to ensure that their completed application form is submitted within the six-month time-limit. Help with the completion of the various fields is available online.

2. An application must be sent to the following address:

The Registrar European Court of Human Rights  
Council of Europe  
F-67075 Strasbourg Cedex

3. Applications sent by fax will not interrupt the running of the six-month time-limit set out in Article 35 § 1 of the Convention. Applicants must also dispatch the signed original by post within the same six-month time-limit.

4. An applicant should be diligent in corresponding with the Court's Registry. A delay in replying or failure to reply may be regarded as a sign that the applicant is no longer interested in pursuing his or her application.

## II. Form and contents

5. The submissions in the application form concerning the facts, complaints and compliance with the requirements of exhaustion of domestic remedies and the time-limit set out in Article 35 § 1 of the Convention must respect the conditions set out in Rule 47 of the Rules of Court. Any additional submissions, presented as a separate document, must not exceed 20 pages (see Rule 47 § 2 (b)) and should:

- a) be in an A4 page format with a margin of not less than 3.5 cm;
- b) be wholly legible and, if typed, the text should be at least 12 pt in the body of the document and 10 pt in the footnotes, with one and a half line spacing;
- c) have all numbers expressed as figures;
- d) have pages numbered consecutively;
- e) be divided into numbered paragraphs;
- f) be divided into headings corresponding to "Facts", "Complaints or statements of violations" and "Information about the exhaustion of domestic remedies and compliance with the time-limit set out in Article 35 § 1".

6. All applicable fields in the application form must be filled in by use of words. Avoid using symbols, signs or abbreviations. Explain in words, even if the answer is negative or the question does not appear relevant.

7. The applicant must set out the facts of the case, his or her complaints and the explanations as to compliance with the admissibility criteria in the space provided in the application form. The information should be enough to enable the Court to determine the nature and scope of the application and, as such, the completed application form alone should suffice. It is not acceptable merely to annex a statement of facts, complaints and compliance to the application form, with or without the mention "see attached". Filling in this information on the application form is to assist the Court in speedily assessing and allocating incoming cases. Additional explanations may be appended, if necessary, in a separate document up to a maximum of 20 pages: these only develop and cannot replace the statement of facts, complaints and compliance with the admissibility criteria that must be on the application form itself. An application form will not be regarded as compliant with Rule 47 if this information is not found on the form itself.

8. A legal person (which includes a company, non-governmental organisation or association) that applies to the Court must do so through a representative of that legal person who is identified in the relevant section of the application form and who provides contact details and explains his or her capacity or relationship with the legal person. Proof must be supplied with the application form that the representative has authority to act on behalf of the legal person, for example an extract from the Chamber of Commerce register or minutes of the governing body.

The representative of the legal person is distinct from the lawyer authorised to act before the Court as legal representative. It may be that a legal person's representative is also a lawyer or legal officer and has the capacity to act additionally as legal representative. Both parts of the application form concerning representation must still be filled in, and requisite documentary proof provided of authority to represent the legal person must be attached.

9. An applicant does not have to have legal representation at the introductory stage of proceedings. If he or she does instruct a lawyer, the authority section on the application form must be filled in. Both the applicant and the representative must sign the authority section. A separate power of attorney is not acceptable at this stage as the Court requires all essential information to be contained in its application form. If it is claimed that it is not possible to obtain the applicant's signature on the authority section in the application form due to insurmountable practical difficulties, this should be explained to the Court with any substantiating elements. The requirement of completing the application form speedily within the six-month time-limit will not be accepted as an adequate explanation.

10. An application form must be accompanied by the relevant documents

(a) relating to the decisions or measures complained of;

(b) showing that the applicant has complied with the exhaustion of available domestic remedies and the time-limit contained in Article 35 § 1 of the Convention;

(c) showing, where applicable, information regarding other international proceedings. If the applicant is unable to provide a copy of any of these documents, he or she must provide an adequate explanation: merely stating that he or she encountered difficulties (in obtaining the documents) will not suffice if it can be reasonably expected for the explanation to be supported by documentary evidence, such as proof of indigence, a refusal of an authority to furnish a decision or otherwise demonstrating the applicant's inability to access the document. If the explanation is not forthcoming or adequate, the application will not be allocated to a judicial formation. Where documents are provided by electronic means, they must be in the format required by this practice direction; they must also be arranged and numbered in accordance with the list of documents on the application form.

11. An applicant who has already had a previous application or applications decided by the Court or who has an application or applications pending before the Court must inform the Registry accordingly, stating the application number or numbers.

12. (a) Where an applicant does not wish to have his or her identity disclosed, he or she should state the reasons for his or her request in writing, pursuant to Rule 47 § 4.

(b) The applicant should also state whether, in the event of anonymity being authorised by the President of the Chamber, he or she wishes to be designated by his or her initials or by a single letter (e.g. "X", "Y" or "Z").

13. The applicant or the designated representative must sign the application form. If represented, both the applicant and the representative must sign the authority section of the application form. Neither the application form nor the authority section can be signed per procuracionem (p.p.).

### III. Grouped applications and multiple applicants

14. Where an applicant or representative lodges complaints on behalf of two or more applicants whose applications are based on different facts, a separate application form should be filled in for each individual giving all the information required. The documents relevant to each applicant should also be annexed to that individual's application form.

15. Where there are more than five applicants, the representative should provide – in addition to the application forms and documents – a table setting out for each applicant the required personal information; this table may be downloaded from the Court's website. Where the representative is a lawyer, the table should also be provided in electronic form.

16. In cases of large groups of applicants or applications, applicants or their representatives may be directed by the Court to provide the text of their submissions or documents by electronic or other means. Other directions may be given by the Court as to steps required to facilitate the effective and speedy processing of applications.

### IV. Failure to comply with requests for information or directions

17. Failure, within the specified time-limit, to provide further information or documents at the Court's request or to comply with the Court's directions as to the form or manner of the lodging of an application – including grouped applications or applications by multiple applicants – may result, depending on the stage reached in the proceedings, in the complaint(s) not being examined by the Court or the application(s) being declared inadmissible or struck out of the Court's list of cases."

Daarnaast staat op de website van het EHRM onder het kopje 'applicants' een instructie over 'how to make a valid application' en 'how to lodge an application'. Daarin worden ook aanwijzingen gegeven voor het insturen van documenten. Niet onbelangrijk is de aanwijzing: "No documents will be returned to you. It is thus in your interests to submit copies, not originals." Ook is het vanaf 1 januari 2014 niet meer mogelijk om eerst binnen de 6 maanden-termijn een summiere omschrijving van de klacht te geven, en pas op een later tijdstip het uitgebreide verhaal. Nu moet het allemaal al gelijk al worden vermeld.

#### 2.4. ***Gevolg van niet voldoen aan Rule 47: niet in behandeling***

Als (een advocaat van) de klager zich toch niet strikt aan deze indieningseisen houdt, wordt de klacht niet in behandeling genomen. De (advocaat van de) klager krijgt dan een simpel briefje met de volgende inhoud:

"Dear Sir,

The Registry has received your correspondence of (...) on behalf of (...)

You have not complied with the requirements set out in Rule 47 of the Rules of Court.

• (volgt redengeving)

As a result, your complaints cannot be examined by the Court.

Please note that no documents or submissions you have provided have been kept.

If you wish the Court to examine your complaints, you must submit a fresh, complete and valid application form with all supporting documents as required by Rule 47.

To find out how to make a valid application, you can visit the Court's website, where the process of lodging an application is explained ([www.echr.coe.int/applicants](http://www.echr.coe.int/applicants)).

This information is provided in the languages of the Council of Europe member States. I should remind you that the six-month period referred to in Article 35 § 1 of the Convention is interrupted only when a complete application is sent to the Court. The Court will not answer any letters or telephone calls concerning this incomplete file. Yours faithfully,  
For the Registrar  
(...)”

En juist waar advocaten nogal eens de neiging hebben om pas tegen het einde van de 6 maanden-termijn waarbinnen een klacht moet worden ingediend een verzoekschrift in te dienen, rest dan ook geen tijd meer om alsnog binnen de zes maanden-termijn een nieuw en alsnog aan de eisen van Rule 47 voldoende verzoekschrift in te dienen. Wie ook nog niet heeft gelezen dat men vooral geen originele documenten moet insturen is die ook nog kwijt: alle niet in behandeling genomen verzoekschriften worden vernietigd.

Dat het even wennen was met de aangescherpte eisen blijkt ook uit het eerder aangehaalde evaluatierapport uit 2015:

“During 2014, 52,758 applications arrived. Out of these, 12,191 (23%) failed to comply with the revised Rule. This figure, which may appear high, reflects the percentage of application forms which do not comply; the overall number of new letters or communications is no longer taken into account in this context as they are not considered as applications. It shows that a large amount of Registry time had previously been taken up in putting together and processing incomplete submissions. The most common grounds of rejection have been: failure to submit complaints on the application form; failure to provide documents concerning the decisions or measures which the applicant is complaining of; failure to provide a statement of violations; lack of any statement of compliance with the admissibility criteria; and failure to provide documents showing that the applicant has complied with the obligation to exhaust available domestic remedies.”

En ook:

“Another important change came into effect on 1 January 2014. Under Article 35 § 1 of the Convention applicants have six months within which to lodge their application following the final national decision. In the past it was sufficient to send a letter setting out the substance of the complaint to interrupt that six-month period. However, as of the beginning of the year it is the date of dispatch of the full and complete application which is decisive for compliance with the six-month time-limit. In the early part of 2014 a number of lawyers and applicants lodged their applications at the very end of the six-month period and thus, on receipt of the letter informing them that their application was incomplete under Rule 47, were unable to re-submit their application or to complete it in good time. On 9 September 2014, in *Malysh and Ivanin v. Ukraine* (nos. 40139/14 and 41418/14), a Chamber rejected two cases as out of time where the applicants failed to resubmit a full and complete application form within the six-month time-limit. It is therefore now established in the Court’s case-law that the introduction date is that of the dispatch of the completed application form and that earlier incomplete submissions are not taken into account.”

## 2.5. *Hardship richtlijnen*

Is er dan helemaal geen compassie meer in Straatsburg voor een individuele klager die maar een klein foutje heeft gemaakt en voor wie toch enorme belangen op het spel kunnen staan?

Uit het eerder aangehaalde evaluatierapport van 2015 blijkt dat er wat uitzonderingen zijn geformuleerd. In *borderline or sensitive cases* raadpleegt het lid van de griffie de president van het EHRM:

“Applications which fail to comply with Rule 47 may still be allocated for decision by a judge in certain cases. Principally this applies to

- requests for interim measures. Applicants are not required to fill in a complete application form with all supporting documents when making a request for urgent intervention. However, they are expected to submit a full and completed application form shortly afterwards;
- applicants who provide an adequate explanation for not complying with the Rule. For example, exceptions have been made under Rule 47 § 5(1)a where prisoners or persons in detention have not had access to particular documents, where an alien in detention has difficulty understanding what is required; in respect of applications coming out of the region of Ukraine where there is an ongoing conflict with destruction of property and disruption of public services which affects availability of documents and information;
- very exceptional cases where an application raises important issues of interpretation of the Court’s case-law or of the Convention which are of a significance for the effective functioning of the Convention mechanism beyond the individual circumstances of the case.

The examination whether an application complies with Rule 47 is conducted according to guidelines approved by the Plenary Court and under the supervision of the President of the Court who is consulted in all cases which raise new aspects of application of the procedure or which are borderline or sensitive in some way.”

## 2.6. *Mogelijk bijkomend gevolg van niet in behandeling nemen: nationale tuchtrechter*

Zelfs gespecialiseerde advocatenkantoren hebben moeten constateren dat men thans ook bij het EHRM niet meer weg komt met het niet stipt voldoen aan de nieuwe eisen van Rule 47. Het resultaat is immers dat de eigen cliënten in de kou blijven staan. Het heeft in Nederland inmiddels zelfs geleid tot de uitspraak van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam van 22 januari 2018:

“(…) Verweerder is tekortgeschoten in zijn dienstverlening doordat hij niet tijdig een juist en volledig ingevuld verzoekschriftformulier bij het EHRM heeft ingediend. Dit valt hem tuchtrechtelijk te verwijten. Bij het bepalen van de zwaarte van de maatregel weegt de raad in het nadeel van verweerder mee dat hij een deskundige is op het gebied van het EHRM en dat dit de reden voor klaagster is geweest om hem te vragen haar bij te staan in de klachtprocedure bij het EHRM. In het voordeel van verweerder weegt de raad mee dat hij heeft getracht de schade als gevolg van het onvolledig indienen van het (eerste) aanvraagformulier te beperken en dat verweerder een blanco tuchtrechtelijk verleden heeft. Gelet hierop acht de raad de oplegging van een waarschuwing passend en geboden.”

### 3. Uitleiding

Ik was van plan om mijn oorspronkelijke Myj/mering slechts aan te vullen met de inmiddels geldende nieuwe regelgeving over het indienen van verzoekschriften in Straatsburg. En dan vooral het stukje waaruit blijkt dat de nieuwe regelgeving uitdrukkelijk stelt dat de toelichting op de klacht niet meer dan twintig pagina's mag bevatten. Ik wilde dat doen tegen de achtergrond van een echt verhaal dat ik in mijn Myj/mering van tien jaar geleden nog niet durfde op te schrijven.

Toen Gerard Hamer weer eens een van zijn uiterst uitvoerige verzoekschriften had ingeleverd en mijn staf zich beklaagde dat alleen het lezen en samenvatten daarvan onevenredig veel tijd kostte heb ik Gerard gebeld en heb ik hem gezegd dat we ervan uitgingen dat hij al zijn klachten in de eerste tien pagina's zou samenvatten. En ook dat ik – ondanks alle vriendschappelijke verstandhoudingen – uit overwegingen van werkdruk niet kon garanderen dat de bladzijden die daarna volgden met dezelfde zorgvuldigheid zouden worden gelezen. Hij schaterde het op zijn Gerards uit en beloofde de bekende beterschap.

De norm is uiteindelijk twintig pagina's geworden. Gerard zou daarmee, schat ik in, best tevreden zijn geweest.

Maar wat nu een beetje verontrustend is: terwijl ik het materiaal verzamelde om dit stukje te schrijven bedacht ik telkens dat het toch wel interessant zou zijn voor de lezer om dat ook uitgeschreven te krijgen. Ik kon wel naar websites verwijzen maar alleen de allerfanatieksteden zouden dat ook werkelijk gaan raadplegen. Daarmee is dit stukje toch veel langer geworden dan ik me had voorgenomen.

Ik weet zeker dat Gerard de humor daarvan wel had ingezien.



# Barrières voor de opgeëiste persoon binnen de strafrechtelijke Europese rechtsruimte

B.J. POLMAN, R. MALEWICZ & W.R. JONK<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Het zal eind 2003 geweest zijn dat Gerard Hamer onze kamer binnen liep met de vraag of we hadden gelezen dat het stelsel van uitlevering binnen Europa op korte termijn zou gaan wijzigen. En of wij daar niet iets mee moesten. Zo makkelijk als het idee werd neergelegd, zo snel was hij weer vertrokken, op weg naar zijn kamer om te kauwen op een cassatiemiddel of om een espresso te drinken. Gerard scheidde er groot genoeg in om ontwikkelingen ook buiten zijn eigen voorliefde, de strafcassatiepraktijk, te signaleren en te volgen en met zijn advocaten te bespreken. Dat kon even makkelijk over civiele kwesties gaan als over het strafrecht. Gerard las vrijwel alles en vond daar ook vaak iets van.

Zijn ideeën hebben er uiteindelijk toe geleid dat er bij Cleerdin & Hamer een bloeiende Overleveringsrecht praktijk werd opgezet. Ook werd er over de nieuwe Overleveringswet (hierna: OLW) en de veranderingen voor de opgeëiste persoon gepubliceerd.<sup>2</sup> Inmiddels werken er in de sectie internationaal strafrecht vijf advocaten die zich in deze niche hebben gespecialiseerd.

En de ontwikkelingen binnen dit rechtsgebied zijn gebleven. In Europa werken landen steeds meer samen bij het opsporen en bestraffen van strafbare feiten. Daarbij is met name na de aanslagen in de Verenigde Staten op 11 september 2001 versneld een groot aantal regelingen doorgevoerd die deze internationale samenwerking eenvoudiger moest maken. In Europa gebeurde dat met name door het implementeren van verschillende Kaderbesluiten in nationale wetgeving. Een dergelijk Kaderbesluit heeft geen rechtstreekse werking, maar kent wel een implementatieverplichting en is daarmee een krachtig instrument om tot harmonisatie van de verschillende nationale strafrechtelijke regelingen van de EU-lidstaten te komen.

### 1.1. *Eén rechtsruimte: wederzijdse erkenning en vertrouwen*

Een aan die steeds intensievere samenwerking ten grondslag liggende gedachte is dat de Europese Unie een ruimte is van vrijheid, veiligheid en recht.<sup>3</sup> Deze 'ware Europese rechtsruimte' wordt verder ingevuld door de beginselen van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen en het vertrouwensbeginsel. Een voorwaarde voor het kunnen bestaan van wederzijdse erkenning is het bestaan van wederzijds vertrouwen. Zonder vertrouwen in elkaars rechtstelsel zal immers niet snel de neiging bestaan de in dat rechtstelsel genomen beslissingen ten uitvoer te leggen. Naarmate er meer vertrouwen is, zal men sneller geneigd

1 Ben Polman, Robert Malewicz en Robbert Jonk zijn allen strafrechtadvocaat bij Cleerdin & Hamer Advocaten.

2 W.R. Jonk, G.P. Hamer en R. Malewicz, 'De Nieuwe overleveringswet', *DD* 2004, 9, nr. 69, 894, W.R. Jonk, R. Malewicz en G.P. Hamer, 'De vernietiging van cassatie in de overleveringswet', *NJB* 2004, nr. 6, p. 287.

3 Zie artikel 3 lid 2 VEU, waarin sinds de inwerkingstelling van het Verdrag van Lissabon deze bepaling stelt dat de Unie haar burgers een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht biedt. Zie ook *V.H. Glerum*, 'De weigeringsgronden bij uitlevering en overlevering', (Diss.) Vrije Universiteit Amsterdam 2013, p. 52.

zijn uit te gaan van de juistheid van de in de andere staat genomen beslissingen en van de mogelijkheid deze beslissingen aan te vechten in het geval er onduidelijkheid bestaat. Het vergroten van het wederzijds vertrouwen is derhalve een noodzakelijke voorwaarde om te komen tot verregaande wederzijdse erkenning.<sup>4</sup>

Het Kaderbesluit dat zag op het Europees arrestatiebevel was een voor burgers tastbare uitvloeisel van het door de Europese Raad van Tampere (Finland) in 1999 aanvaarde beginsel van wederzijdse erkenning.<sup>5</sup> Volgens de Europese Raad zou dat beginsel als hoeksteen van de Europese justitiële samenwerking in burgerlijke en strafzaken moeten dienen. Na het aanvaarden van dat beginsel zijn in hoog tempo Kaderbesluiten<sup>6</sup> ontworpen die, na implementatie in de nationale wetten van de lidstaten, uitvoering moeten geven aan het beginsel van wederzijdse erkenning. Voorbeelden van nieuwe nationale regelingen voortkomend uit Kaderbesluiten zijn de invoering van de Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbenemende en voorwaardelijke sancties<sup>7</sup> of de Wet inzake de toepassing tussen de lidstaten van de Europese Unie, van het beginsel van wederzijdse erkenning op beslissingen inzake toezichtmaatregelen als alternatief voor voorlopige hechtenis.<sup>8</sup>

Richtlijnen die de kleine rechtshulp regelen zijn inmiddels ook in het Wetboek van Strafvordering gevat.<sup>9</sup> De verschillende onderdelen van het wetboek die op dit onderwerp betrekking hebben worden op grond van die wet geconcentreerd in een apart Boek van het nieuwe wetboek. In dat nieuwe Boek is plaats ingeruimd voor opnemings van de nieuwe titel inzake het Europees onderzoeksbevel die met onderhavige wet wordt ingevoerd. Ook omvat het Wetsvoorstel herziening regeling internationale samenwerking in strafzaken<sup>10</sup> een modernisering van de regeling voor kleine rechtshulp met landen buiten de Europese Unie.<sup>11</sup> In onderhavige wet is – waar mogelijk – gestreefd naar aansluiting bij die andere regelingen zodat de praktijk met zo min mogelijk verschillende procedures wordt geconfronteerd.<sup>12</sup>

De Nederlandse Overleveringswet is het gevolg van de implementatie van het Kaderbesluit aangaande het Europees Arrestatiebevel. Het is echter bepaald niet zeker of er voor EU-burgers (en dan met name in Nederland) door de inwerkingtreding van de Overleveringswet en

---

4 Zie: Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement: Wederzijdse erkenning van definitieve beslissingen in strafzaken (COM/2000/0495 def.).

5 Europese Raad van Tampere, ‘Een ware Europese Rechtsruimte’, 15 en 16 oktober 1999: “Een versterkte wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen en vonnissen en de noodzakelijke onderlinge aanpassing van de wetgevingen zouden de samenwerking tussen de autoriteiten en de justitiële bescherming van de rechten van het individu ten goede komen. De Europese Raad onderschrijft derhalve het beginsel van wederzijdse erkenning, dat zijns inziens de hoeksteen van de justitiële samenwerking binnen de Unie moet worden in zowel burgerlijke als strafzaken. Het beginsel moet zowel op vonnissen als op andere beslissingen van rechterlijke autoriteiten van toepassing zijn.”

6 Kaderbesluit inzake de tenuitvoerlegging van beslissingen tot bevoegdheid van voorwerpen en bewijsstukken, Kaderbesluit inzake de wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging van geldboetes en confiscatiesancties, Kaderbesluit inzake het Europees bewijsverkrijgingsbevel, Kaderbesluit inzake het Europees tenuitvoerleggingsbevel (deze lijst pretendeert niet volledig te zijn).

7 Wet van 15 augustus 2012, *Stb.* 2012, 373.

8 Wet van 5 juni 2013, *Stb.* 2013, 250.

9 Wet van 7 juni 2017 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering en enkele andere wetten met het oog op het moderniseren van de regeling van internationale samenwerking in strafzaken (herziening regeling internationale samenwerking in strafzaken), zie <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2017-246.html>

10 *Kamerstukken II* 2015/16, 34493.

11 Het wetsvoorstel Wijziging van het Wetboek van Strafvordering en enkele andere wetten met het oog op het moderniseren van de regeling van internationale samenwerking in strafzaken (herziening regeling internationale samenwerking in strafzaken) (*Kamerstukken II* 2015/16, 34493).

12 <http://www.njb.nl/wetgeving/staatsbladen/europees-onderzoeksbevel.21026.lynx>

andere op Kaderbesluiten gestoelde nationale wetgeving daadwerkelijk meer sprake is van een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid.

#### 1.1.1. *Wederzijdse erkenning*

Wederzijdse erkenning in zijn meest pure vorm komt in de grond neer op het zonder verdere procedure erkennen en ten uitvoer leggen van in andere lidstaten genomen beslissingen. In de meest verregaande vorm betekent dit dat een Italiaanse officier van justitie in bijvoorbeeld Rome een aanhoudingsbevel kan uitvoeren, waarop vervolgens de politie in bijvoorbeeld Groningen een persoon aanhoudt en overdraagt aan deze officier van justitie, zonder dat daaraan een toetsing vooraf gaat.

Aan dat laatste aspect van de definitie is al op te maken dat in de Overleveringswet niet de meest verregaande vorm van wederzijdse erkenning wordt gehanteerd. De overlevering wordt immers getoetst door de Rechtbank Amsterdam, of in ieder geval door de officier van justitie te Amsterdam, indien de opgeëiste persoon voor de verkorte procedure kiest.<sup>13</sup> Niettemin vormt de Overleveringswet een belangrijke stap op weg naar volledige wederzijdse erkenning, nu het aantal weigeringsgronden voor de Rechtbank beperkt is en de samenwerking rechtstreeks tussen justitiële autoriteiten plaatsvindt. De grondgedachte daarbij is daarbij ook in tact gebleven: het maakt in de Europese samenwerking niet uit waar een verdachte wordt aangehouden.

En op papier is dat misschien ook zo, maar in de praktijk loopt de internationale samenwerking in het strafrecht vaak moeizaam. Daarbij is de verdachte of veroordeelde vaak degene die de rekening van deze stroeve Europese harmonisatie van strafrechtelijke regelingen moet betalen. De overleveringspraktijk laat een groot aantal opgeëiste personen zien die niet overgeleverd willen worden. Voor een deel heeft dit te maken met de vervelende gevolgen die voortkomen uit een strafrechtelijke procedure (waar die ook plaatsvindt), maar voor een deel ook met het ontbreken van vertrouwen in de uitvoerende lidstaat. Een aantal omstandigheden veroorzaken dit wantrouwen. Het wordt tijd dat er meer aandacht komt voor deze praktische problemen die ver afstaat van de ooit op papier bedachte 'ware Europese rechtsruimte'. We zullen de in de dagelijkse strafrechtspraktijk het meest in het oog springende problemen bespreken. En natuurlijk proberen om te komen met een oplossing.

## 2. **Barrières bij interstatelijke samenwerking**

### 2.1. *Te makkelijk toesturen van een Europees Arrestatiebevel (EAB).*

Het gebeurt regelmatig. Mensen worden in Nederland aangehouden voor een simpele zaak in het buitenland. Voorbeelden daarvan zijn het bezit van een kleine hoeveelheid drugs in Frankrijk of de heling van een televisie in Polen. Als de verdachte niet in het land van de strafzaak verblijft kan er al snel een EAB worden uitgevaardigd. De situatie die dan vaak ontstaat is het best te omschrijven als tussen wal en schip. Het land dat het EAB heeft uitgevaardigd wacht op een beslissing van Nederland en Nederland (lees: het IRC en de IRK) wil best meewerken aan een alternatieve oplossing van het probleem maar wil dan wel toestemming van de autoriteit die het EAB heeft uitgevaardigd.

Bijkomend probleem voor de opgeëiste persoon is dat het Europees aanhoudingsbevel slechts zeer summier informatie omtrent de verdenking jegens de opgeëiste persoon. Daarin wordt

---

<sup>13</sup> Waarmee hij zonder rechterlijke toets en met verlies van een aantal rechten kan worden overgebracht naar de uitvoerende lidstaat. Zie artikel 39 e.v. OLW.

slechts vermeld waar de opgeëiste persoon van verdacht wordt, maar niet hoe die verdenking is ontstaan of welke bewijsmiddelen er tegen de opgeëiste persoon zijn verzameld. Het komt regelmatig voor dat duidelijk wordt dat de verdenking is ontstaan door verklaring(en) van medeverdacht(en), terwijl die medeverdacht(en) in hun eigen procedure worden beloond voor de gegeven informatie in de vorm van strafvermindering. In ieder geval is het zo dat deze gedachte in voorkomende gevallen leeft bij de opgeëiste persoon. Daarbij vormt een extra oorzaak van wantrouwen dat de enkele ontkenning door de opgeëiste persoon onvoldoende is om zijn overlevering te voorkomen, maar de enkele beschuldiging door een verdachte in het buitenland wel voldoende is om zijn overlevering toe te staan.

Daarnaast geven opgeëiste personen geregeld aan mee te willen werken aan het onderzoek in de uitvaardigende lidstaat, zolang zij daar maar niet in voorlopige hechtenis worden genomen. Voor de uitvaardigende lidstaat is dit echter maar zelden een reden om de procedure in het kader van de overlevering te beëindigen. Veel van de onrust bij de opgeëiste persoon komt echter voort uit het feit dat er voor wat betreft de persoonlijke omstandigheden in Nederland veel op het spel staat. Het verlies van inkomen en woning en de gevolgen die dat mogelijk kan hebben voor het gezin leveren vaak meer zorgen op dan de strafrechtelijke procedure op zich. Dit gevoel wordt nog sterker wanneer de opgeëiste persoon meent onschuldig te zijn en slechts op basis van een enkele verklaring van een medeverdachte de overlevering wordt verzocht. De schade die een overlevering in dat geval in het persoonlijk leven oplevert is niet meer te herstellen. In dat verband bestaat vaak de bereidwilligheid mee te werken aan het onderzoek, zolang voorlopige hechtenis niet wordt toegepast. Een aanbod dat door de uitvaardigende lidstaat maar zelden wordt geaccepteerd.

In dit soort zaken probeer je als advocaat dan een goede oplossing te vinden waarbij het er meestal op neerkomt dat je probeert de buitenlandse rechter of officier van justitie ervan te overtuigen dat de verdachte wel bereid is om mee te werken en zelf naar de zitting te komen. Dat lukt regelmatig, maar veel vaker wacht men op de beslissing van de Nederlandse rechter. Omdat de Nederlandse rechter niet over de inhoud van de zaak mag oordelen (maar alleen moet kijken of het EAB goed is ingevuld), is het bijna niet mogelijk om die procedure in Nederland tot een goed einde te brengen.

Het zou een enorme verbetering zijn indien de wet de mogelijkheid kende dat het EAB tijdelijk wordt opgeschort en dat de periode tijdens het opschorten kan worden gebruikt om met het land dat het EAB heeft toegestuurd zelf afspraken te maken. Daardoor kan een lang voorarrest worden voorkomen, hetgeen van groot belang is in zaken die uiteindelijk toch niet tot een lange gevangenisstraf zullen leiden: het EAB als stok achter de deur.

#### 2.1.1. *Tijdelijk ter beschikking stellen*

Een andere oplossing zou kunnen liggen in het meer gebruik maken van de mogelijkheid die wordt geboden in artikel 54 Overleveringswet. In die bepaling is geregeld dat de officier van justitie op verzoek van de uitvaardigende justitiële autoriteit kan toestaan dat een opgeëiste persoon die op basis van een Europees aanhoudingsbevel is aangehouden, ‘voorafgaand’ aan de beslissing over de overlevering, tijdelijk ter beschikking wordt gesteld van de uitvaardigende justitiële autoriteit voor het afleggen van een verklaring. De instemming van de opgeëiste persoon is daartoe vereist. De officier van justitie bepaalt in overleg met de uitvaardigende justitiële autoriteit de duur van de terbeschikkingstelling en de voorwaarden waaronder de terbeschikkingstelling plaatsvindt.

Deze bepaling is vooral een oplossing voor de opgeëiste personen die in een redelijk overzichtelijke zaak middels het afleggen van een verklaring vrij eenvoudig kunnen aantonen dat de beschuldigingen niet kloppen. Het optuigen van deze constructie kan ook helpen in die situaties waarin een EAB eigenlijk met name is uitgevaardigd om een opgeëiste persoon als verdachte te horen in de uitvaardigende lidstaat. Het nadeel is natuurlijk dat de tijdelijke ter beschikkingstelling ex artikel 54 OLV plaatsvindt vanuit overleveringsdetentie. Het voordeel is dat snel resultaat kan worden geboekt en dat in een vroeg stadium middels het afleggen van een verklaring invloed kan worden uitgeoefend op de strafzaak zelf, en mogelijk kan leiden tot het intrekken van het EAB.

### 2.1.2. *Voorlopig ter beschikking stellen*

Een andere manier om tijdelijk te worden overgebracht is die van de voorlopige ter beschikkingstelling. Dat is met name aan de orde bij verdachten die een strafzaak in Nederland hebben lopen en daarbij ook nog een strafzaak in het buitenland. Elke verdachte heeft het recht om bij de behandeling van zijn zaak aanwezig te zijn.<sup>14</sup> Maar als er twee zaken tegelijk lopen kan dat lastig zijn, zeker voor opgeëiste personen die in Nederland in voorarrest zitten. De regeling die dan geldt is die van de voorlopige ter beschikkingstelling.<sup>15</sup> Het Ministerie van Justitie in Den Haag regelt dan dat de opgeëiste persoon tijdelijk naar de uitvaardigende lidstaat wordt overgebracht om aanwezig te kunnen zijn bij de inhoudelijke behandeling van de strafzaak. Zodra er in Nederland weer iets gebeurt waarbij de verdachte aanwezig moet zijn (bv een zitting) dan wordt hij ook weer teruggebracht. Dat lijkt prachtig, maar in de praktijk pakt de regeling vaak slecht uit. Regelmatig wordt de verdachte kort voor zijn zitting in het buitenland overgebracht. Hij heeft dan (te) weinig tijd om de zaak met zijn advocaat goed voor te bereiden. Wij hebben zelfs meegemaakt dat een cliënt totaal onverwacht één dag voor zijn zitting in België werd overgebracht en dat zijn Belgische advocaat volledig werd verrast. Bij tijdelijke overbrenging zou de afstemming sterk moeten worden verbeterd. Dat zou bijvoorbeeld kunnen door dossierstukken al ter beschikking te stellen aan de opgeëiste persoon op het moment dat hij in Nederland vanwege een EAB wordt aangehouden.

### 2.2. *Vrijwillig naar uitvaardigende lidstaat ten koste van de terugkeergarantie.*

Ook als wel wordt ingestemd met het scenario dat de opgeëiste persoon op eigen gelegenheid naar de uitvaardigende lidstaat zal gaan, dan rijst er een praktisch probleem. De Nederlandse onderdaan, dan wel de daarmee gelijkgestelde persoon, verliest door zelf af te reizen zijn terugkeergarantie. De terugkeergarantie is de garantie dat men na het einde van de strafzaak in het buitenland weer terug naar Nederland wordt gestuurd om daar het restant van de opgelegde straf uit te zitten.<sup>16</sup> Daarnaast biedt de terugkeergarantie de mogelijkheid (het is geen verplichting) dat het gerechtshof in Arnhem de straf naar Nederlandse maatstaven aanpast.<sup>17</sup> Dat men die garantie door zelf af te reizen verliest staat niet met zoveel woorden in de Overleveringswet, maar is wel af te leiden uit het beleid van het Ministerie van Justitie dat alleen door Overlevering (en daarmee samenhangend de feitelijke overbrenging van de opgeëiste persoon door de Nederlandse staat) de door uitvaardigende lidstaat afgegeven terugkeergarantie kan worden geëffectueerd. De garantie is dus gekoppeld aan de Overlevering.

Het is heel vreemd dat alleen opgeëiste personen die gedwongen zijn overgeleverd van de toegekende garantie gebruik kunnen maken. Mensen die helemaal zelf regelen dat ze zonder

---

14 EHRM 14 februari 2017, appellatenummer 30749/12 (*Hokkeling/Nederland*).

15 Artikel 36 OLV.

16 Artikel 6 lid 1 OLV.

17 Artikel 2:11 lid 5 WETS.

te worden aangehouden naar het buitenland mogen reizen om daar hun proces bij te wonen, zijn achteraf slechter af dan mensen die dat aan de Nederlandse justitie overlaten. Ook het Ministerie van justitie en het openbaar ministerie in Amsterdam vinden dit niet wenselijk en bekijken op welke wijze er met deze situatie goed kan worden omgegaan. Onlangs is in een aantal zaken een alternatieve oplossing door ons benut. In overleg met de uitvaardigende autoriteit en de Nederlandse officier van justitie van het IRC is afgesproken dat de opgeëiste persoon kort voor de zitting in de uitvaardigende lidstaat alsnog zou kiezen voor de verkorte procedure (artikel 39 OLV). De zaak werd tot die tijd niet gepland bij de rechtbank in Amsterdam, de overleveringsdetentie werd tot aan de keuze voor de verkorte procedure geschorst. Het resultaat was dat de opgeëiste persoon kort voor zijn inhoudelijke behandeling in (in casu) Duitsland naar de uitvaardigende lidstaat werd overgebracht, zijn terugkeergarantie werd behouden en relatief kort in voorarrest hoefde te verblijven in Duitsland. De inhoudelijke behandeling vond drie dagen nadat hij in Duitsland aankwam plaats (en duurde vervolgens twee weken). Deze gang van zaken is niet optimaal, maar het komt in de buurt van het idee dat meer maatwerk geleverd moet worden bij het internationale rechtshulpverkeer.

### 2.3. *Niet naleven beslissing Internationale rechtshulpkamer*

Als men eenmaal toch is overgeleverd speelt een veel voorkomend nieuw probleem. Op welke wijze dwingt een opgeëiste persoon af dat de beslissing van de Nederlandse rechter in de uitvaardigende lidstaat wordt nageleefd? Twee deelproblemen willen we in dit kader kort aanstippen. De eerste ziet op de vervolging voor feiten waarvoor de overlevering is geweigerd. Regelmatig krijgen wij teruggekoppeld dat ondanks een partiele weigering toch voor dat feit in de uitvaardigende lidstaat wordt vervolgd. Aan bezwaren wordt door de nationale rechter in de uitvaardigende lidstaat dan simpelweg voorbijgegaan, het specialiteitsbeginsel (in de Nederlandse Overleveringswet vastgelegd in artikel 14 Overleveringswet), dat stelt dat alleen mag worden vervolgd voor feiten waarvoor ook is overgeleverd wordt in de praktijk nogal eens gepasseerd. Niet zelden wordt ook aanvullende toestemming gevraagd aan de Nederlandse officier van justitie om voor andere feiten te mogen vervolgen (artikel 14 lid 1 sub f OLV). Dit traject onttrekt zich aan het zicht van de opgeëiste persoon en diens raadsman. Zij kunnen de redelijkheid van het verlenen van die aanvullende toestemming niet toetsen, of daar argumenten tegen inbrengen om die toestemming niet te verlenen (bijvoorbeeld omdat de informatie over het nieuwe strafbare feit al bekend was voor de datum dat het EAB werd uitgevaardigd en dus heel goed in dat EAB had kunnen worden meegenomen (en daarmee aan een rechterlijke toets zou zijn onderworpen)).

De oplossing ligt niet altijd in betere regelgeving. Immers het specialiteitsbeginsel is zowel in het Kaderbesluit als in de Overleveringswet vastgelegd. Hetzelfde geldt voor de aanvullende toestemming. Het geeft wel aan dat de praktijk voor de opgeëiste persoon nogal verschilt van de papieren werkelijkheid en dat door het beginsel van wederzijdse erkenning en vertrouwen de overgeleverde persoon gemaakte afspraken niet altijd kan effectueren.

Een tweede deelprobleem speelde zeer recent nog. Het ging om een opgeëiste persoon die ter executie van een nog openstaande straf naar Polen zou worden overgeleverd. Het openstaande vonnis betrof een zogenaamd verzamelvonnis: eerdere uitspraken van verschillende rechters (gevangenisstraffen) werden in een nieuw verzamelvonnis tot één gevangenisstraf samengevoegd met een aparte rechterlijke uitspraak. De rechtbank in Amsterdam weigerde een deel van de overlevering, namelijk ten aanzien van enkele onderliggende vonnissen van het overkoepelende Poolse verzamelvonnis.

Zowel de rechtbank als het openbaar ministerie stelden vervolgens dat het niet nodig was om garanties te vragen aan de Poolse rechter dat daadwerkelijk rekening gehouden zou worden met de partiele weigering. Het standpunt van collega Marjolein Westerman was dat de Poolse autoriteiten moesten garanderen dat, nu enkele deelvonnissen niet tenuitvoergelegd mochten worden, het verzamelvonnis met die niet ten uitvoer te leggen uitspraken verrekend moest worden. Op rechtstreekse vragen gesteld door de raadvrouw antwoordde de Poolse rechter echter dat hij geen rekening zou houden met de gedeeltelijke weigering door de rechtbank Amsterdam en dat het verzamelvonnis integraal van kracht bleef. Concreet zou dit betekenen dat de cliënt alsnog de straf ten aanzien van alle vonnissen zou gaan uitzitten, ook van degene waarvoor de overlevering was geweigerd. Een daarop aangespannen kort geding bracht uitkomst en werd op het laatste moment afgeblazen. Het openbaar ministerie bevestigde namelijk een paar uur voor het kort geding dat de reactie uit Polen inderdaad onder de maat was. De cliënt is nog dezelfde dag in vrijheid gesteld. Maar de vraag blijft nu in hoeverre deze zaak consequenties heeft voor alle Poolse verzamelvonnissen waarvoor de rechtbank Amsterdam de overlevering voor onderliggende vonnissen gedeeltelijk heeft geweigerd. Het openbaar ministerie heeft toegezegd hierover in gesprek te gaan met de Poolse autoriteiten. Ook deze gang van zaken bevestigt ons beeld waarbij de praktijk nogal verschilt van het ideaal van de ware Europese rechtsruimte.

#### 2.4. *Afkadering van bestraffing*

Bij het opleggen van straffen mag rekening worden gehouden met een onherroepelijke veroordeling in een ander Europees land. Een eerdere veroordeling wordt dan ten nadele van een verdachte uitgelegd. Het zal bij een veroordeling leiden tot een hogere straf. Om een opeenstapeling van straffen te voorkomen kent de Nederlandse wet artikel 63 Sr. Op grond van dit artikel dient de rechter (i) na te gaan wat de maximaal op te leggen tijdelijke gevangenisstraf zou zijn geweest indien alle feiten gevoegd zouden zijn behandeld en dus tot één rechterlijke uitspraak zouden hebben geleid, (ii) terwijl hij in ieder geval geen hogere straf zal mogen opleggen dan overeenkomt met het hiervoor onder (i) bedoelde maximum verminderd met de eerder opgelegde straffen en (iii) hij in geen geval hoger mag straffen dan tot het maximum van de vrijheidsstraf die is gesteld op het door hem te berechten feit.<sup>18</sup>

Volgens de Hoge Raad levert een buitenlandse rechterlijke beslissing waarbij aan de verdachte een straf is opgelegd, geen veroordeling als bedoeld in artikel 63 Sr op. Derhalve is deze wetsbepaling niet van toepassing. Het staat de rechter vrij in de straftoemeting de eerdere veroordeling in aanmerking te nemen.<sup>19</sup> Volgens advocaat-generaal Machielse is het lastig de samenloopbepalingen toe te passen omdat de rechtssystemen ten aanzien van misdrijven en overtredingen niet op elkaar aansluiten. Daarnaast spelen de verschillen in strafklimaat een vervuilende rol. Het vergt te veel van de strafrechter dat hij de buitenlandse veroordeling omzet naar een Nederlands equivalent.<sup>20</sup>

De ontwikkelingen op het gebied van Europese strafrechtelijke samenwerking vragen om een andere benadering van artikel 63 Sr. Een verdachte moet bescherming krijgen van artikel 63 Sr tegen een opeenstapeling van straffen. Een verdachte die grondstoffen voor harddrugs van land A naar land B via land C en D vervoerd kan zonder de beschermde werking van artikel 63 Sr in elke lidstaat de maximale gevangenisstraf krijgen. De beschermende werking van artikel 63 Sr voorkomt dit als de berechting in Nederland plaatsvond. Als

---

<sup>18</sup> HR 19 april 2005, ECLI:NL:HR:2015:AS5556, ro. 3.6.

<sup>19</sup> HR 6 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:306, ro. 2.5.

<sup>20</sup> PHR 31 maart 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BG9198, ro. 4.2.

grensoverschrijdende samenwerking wordt geïntensiveerd, dient ook de rechtsbescherming voor de verdachte eenzelfde ontwikkeling door te maken.

Opvallend is dat enkel bij de bescherming op grond van artikel 63 Sr een beroep wordt gedaan op niet aansluitende rechtssystemen en verschillen in strafklimaat. Omgekeerd wordt immers bij een overlevering ook geen weigering uitgesproken als de Nederlandse internationale rechtshulpkamer een Poolse straf te hoog vindt en zelf minder dan vier maanden had opgelegd. Daar komt bij dat alle landen afzonderlijk ook samenloopbepalingen in hun wetboeken kennen.<sup>21</sup> Bij internationale veroordelingen worden die ineens buitentoepassing verklaard.

### 2.5. *Vervroegde invrijheidstelling veroordelende land gaat niet mee naar Nederland.*

Het laatste probleem dat wij hier willen bespreken is dat van veroordeelden die in het buitenland in aanmerking komen voor een gunstige voorwaardelijke invrijheidstelling (VI), maar daar na strafoverdracht geen beroep meer op kunnen doen.

De WETS is de regeling die het voor in Europa veroordeelde Nederlanders mogelijk maakt om een gevangenisstraf in Nederland uit te zitten. Vroeger (en nu nog steeds buiten Europa) gold de WOTS. Tussen die twee regelingen bestaat een belangrijk verschil. Bij de WOTS heeft de veroordeelde (behalve als hij is gevlucht en zijn straf probeert te ontlopen) zelf de keuze in welk land hij zijn straf wil uitzitten: in het land waar hij is veroordeeld of in Nederland. Bij de WETS bepalen beide landen samen waar een veroordeelde zijn straf moet uitzitten.

Op grond van de WETS mag een veroordeelde bij de overdracht van zijn straf niet in een nadeliger positie komen. Het probleem is dat het soms gunstiger is in het land van veroordeling te blijven, omdat je in dat land veel eerder vrij kunt komen door een gunstige VI. Maar vaak moet om voor die VI in aanmerking te komen een aparte procedure worden doorlopen of een apart verzoek worden ingediend. Dat speelt bijvoorbeeld in Duitsland of in België. Het probleem dat dan vaak speelt is dat veroordeelde die een dergelijk verzoek hebben ingediend (en daar ook zeer waarschijnlijk voor in aanmerking zouden zijn gekomen) net voordat de beslissing valt met de WETS naar Nederland worden gestuurd. In Nederland moet tenminste twee derde van de straf worden uitgezeten. Als de veroordeelde dan een beroep doet op het beginsel dat de straf in Nederland nu zwaarder wordt omdat in het buitenland maar een derde of de helft van de straf zou moeten worden uitgezeten, dan helpt dat niet. De Nederlandse rechter dient namelijk te beoordelen hoe waarschijnlijk, gelet op de strafrechtelijke positie, die gunstige regeling was geweest.<sup>22</sup> Aan de rechter wordt dan gevraagd om op basis van een vreemd rechtssysteem een beslissing te nemen op een toekomstige situatie. Een vrijwel onmogelijke taak. De rechter zal dus moeten informeren bij de buitenlandse rechter, maar als dan bij de buitenlandse rechter wordt aangeklopt ('zou deze veroordeelde na de helft van zijn straf in vrijheid worden gesteld') om alsnog een beslissing te krijgen over de buitenlandse VI, dan volgt steevast de reactie dat men daar niets meer over kan zeggen omdat de veroordeelde inmiddels in Nederland verblijft. In de WETS is dit niet goed afgestemd met grote gevolgen (langer zitten) tot gevolg.

21 Zie bijvoorbeeld de Duitse Gesamtstrafe (§ 54 StGB) of de Belgische samenloopbepalingen, art. 65 e.v. Strafwetboek.

22 HR 9 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:839, HR 5 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:1521 of HR 31 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:770.



### 3. **Conclusie**

Vanaf 1999 is op papier een Europese rechtsruimte gecreëerd. Een rechtsruimte gebaseerd op wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen en vonnissen en de noodzakelijke onderlinge aanpassing van de wetgevingen die samenwerking tussen de autoriteiten en de justitiële bescherming van de rechten van het individu ten goede zou komen. Dat laatste blijkt in de praktijk niet altijd het geval te zijn.

Voor de opgeëiste persoon bestaan barrières bij de praktische invulling van de interstatelijke samenwerking. Aan de opgeëiste persoon wordt met de toenemende samenwerking binnen de Europese Unie niet dezelfde rechtsbescherming verleend. Bij een intensievere Europese samenwerking hoort ook een gelijk oplopende rechtsbescherming.

Als grensoverschrijdende samenwerking wordt geïntensiveerd, dient ook de rechtsbescherming voor de verdachte eenzelfde ontwikkeling door te maken.



# ‘Nee heb je, ja kun je krijgen’

## *De beoordeling en motivering van getuigenverzoeken in het licht van de eisen van de Hoge Raad en het EHRM*

I. RATERMAN & M.M.R. SLAGHEKKE<sup>1</sup>

### 1. Inleidende opmerkingen

In deze bijdrage wordt ingegaan op de eisen die door de rechtspraak aan de motivering van getuigenverzoeken worden gesteld. In dit verband worden de overzichtsarresten van de Hoge Raad uit 2014 en 2017 besproken. Tevens wordt ingegaan op de Europeesrechtelijke jurisprudentie. Hoe verhouden de eisen van de Hoge Raad zich tot het recht van de verdachte op een eerlijk proces ex artikel 6 EVRM? Aan de hand van de zaak *Keskin/Nederland* wordt de Nederlandse praktijk besproken, waarbij de conclusie wordt getrokken dat deze, gelet op de vereisten van het EHRM, onder de maat is. Deze conclusie zal geenszins verbazen, gelet op hetgeen in de jurisprudentie (conclusies, annotaties) en literatuur is opgemerkt over het Nederlandse toetsingskader en de toepassing daarvan. Bijstelling dient plaats te vinden. Niet enkel in het belang van de verdachte – wiens rechtsbescherming ernstig in het geding komt door het aanstonds afwijzen van getuigenverzoeken-, maar tevens is het maatschappelijk belang gemeoid. Rechtsvinding is immers waarheidsvinding, indien een adequate mogelijkheid ontbreekt om getuige à charge c.q. decharge te ondervragen, doet dit de waarheidsvinding ernstig tekort. Valt een bijstelling van de Nederlandse rechtspraktijk te verwachten, en zo ja, hoe? En hoe moet de strafrechtadvocaat tot die tijd omgaan met getuigenverzoeken?

### 2. Het eerste overzichtsarrest

In 2014 heeft de Hoge Raad door middel van haar overzichtsarrest getracht duidelijkheid te scheppen met betrekking tot de wettelijke maatstaven aan de hand waarvan een door of namens een verdachte gedaan verzoek tot oproeping van getuigen of deskundigen dient te worden beoordeeld.<sup>2</sup> In dit arrest werd een uiteenzetting gegeven van de wettelijke regels per procesfase inzake het al dan niet oproepen dan wel horen van daartoe door de verdediging opgegeven getuigen. In deze bijdrage beperken wij ons tot een bespreking van de in dit arrest uitgewerkte begrippen ‘verdedigingsbelang’ en ‘noodzakelijkheidscriterium’. Aan de hand van deze criteria dient immers het getuigenverzoek van de verdediging in de diverse fasen van het strafproces te worden toegelicht.

#### 2.1 Verdedigingsbelang

De Hoge Raad omschrijft het verdedigingsbelang in haar arrest als volgt:

“2.4. In beginsel heeft de verdachte het recht om ter terechtzitting alle getuigen te doen horen wier verhoor hij in het belang van zijn verdediging acht. Volgens het tegenwoordige Nederlandse stelsel van strafvordering kan de verdachte dat recht effectueren door zelf getuigen mee te brengen naar de terechtzitting. Voor het overige is hij aangewezen op het openbaar ministerie tot wiens taak het behoort getuigen op te roepen. Het openbaar ministerie kan weigeren te

<sup>1</sup> Inge Raterman en Melissa Slaghekke zijn strafrechtadvocaten bij Cleerdin & Hamer Advocaten.

<sup>2</sup> HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1496.

voldoen aan een door of namens de verdachte gedaan verzoek tot oproeping van getuigen. Door of namens de verdachte kan vervolgens ter terechtzitting het oordeel van de rechter over die weigering worden ingeroepen. Het openbaar ministerie – en in geval van diens weigering of verzuim de opgegeven getuigen op te roepen: de rechter – kan die oproeping weigeren op onder meer de grond dat de verdachte daardoor redelijkerwijs niet in zijn verdediging wordt geschaad (hierna ook aan te duiden als ‘verdedigingsbelang’).

2.5. In de rechtspraak en de doctrine wordt aangenomen dat die maatstaf het openbaar ministerie onderscheidenlijk de rechter ertoe noopt een verzoek tot oproeping van getuigen te beoordelen vanuit de gezichtshoek van de verdediging en met het oog op het belang van de verdediging bij de inwilliging van het verzoek. Dit brengt mee dat alleen dan kan worden gezegd dat de verdachte door afwijzing van het verzoek redelijkerwijs niet in zijn verdediging wordt geschaad, indien de punten waarover de getuige kan verklaren, in redelijkheid niet van belang kunnen zijn voor enige in zijn strafzaak te nemen beslissing dan wel redelijkerwijze moet worden uitgesloten dat die getuige iets over bedoelde punten zou kunnen verklaren.”

En daaropvolgend benoemt de Hoge Raad de implicaties voor de verdediging:

“2.6. Enerzijds impliceert deze regeling een terughoudend gebruik door het openbaar ministerie onderscheidenlijk de rechter van zijn bevoegdheid tot afwijzing van het verzoek, doch anderzijds veronderstelt zij dat het verzoek door de verdediging naar behoren wordt gemotiveerd. Zo is afwijzing van het verzoek goed denkbaar als het verzoek niet dan wel zo summier is onderbouwd dat de rechter buiten staat is het verzoek te toetsen aan de maatstaf van het verdedigingsbelang. Van de verdediging mag worden verlangd dat zij ten aanzien van iedere van de door haar opgegeven getuigen motiveert waarom het horen van deze getuige van belang is voor enige in de strafzaak uit hoofde van de art. 348 en 350 Sv te nemen beslissing. Te denken valt in dit verband aan het opgeven van de redenen voor het doen horen van de zogenoemde getuigen à décharge wier verklaringen kunnen strekken tot staving van de betwisting van het tenlastegelegde, of het doen horen van getuigen à charge die in het vooronderzoek zijn gehoord, teneinde deze personen of hun afgelegde verklaringen op geloofwaardigheid en betrouwbaarheid te toetsen (NB: onderstreping auteurs).”

Samengevat impliceert volgens de Hoge Raad het verdedigingsbelang, indien van toepassing, dat het openbaar ministerie en de rechter terughoudend moeten zijn in de bevoegdheid tot afwijzen van een getuigenverzoek. Van de verdediging mag echter verwacht worden dat zij haar verzoek goed motiveert. Als voorbeeld wordt genoemd dat afwijzing denkbaar is als het verzoek niet of zo summier is onderbouwd dat de rechter niet in staat is het verzoek te toetsen aan het verdedigingsbelang. In de praktijk zien we dat de feitenrechter niet altijd die terughoudendheid in zijn bevoegdheid tot afwijzing van een dergelijk getuigenverzoek betracht, maar dat de Hoge Raad in aangewezen gevallen wel bereid is te casseren.

Als voorbeeld noemen wij het arrest HR 4 juli 2017,<sup>3</sup> dat samenhangend met het tweede overzichtsarrest werd gewezen.<sup>4</sup> In onderhavige strafzaak was bij (tijdig ingediende) appelschriftuur om een aantal getuigen verzocht. Het verdedigingsbelang was derhalve van toepassing. In de appelschriftuur was het verzoek tot het horen van de getuigen als volgt gemotiveerd:

---

3 HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1208.

4 Het tweede overzichtsarrest komt in deze bijdrage nog aan bod.

“Ter toelichting strekt het volgende. De verdediging hecht belang aan het horen van de hiervoor vermelde getuige in verband met de waarheidsvinding. Dit onder andere in verband met de omstandigheid dat deze getuigen nog nimmer zijn gehoord, doch wel kennis en wetenschap hebben over aangeefster en de verdenking jegens cliënt. Cliënt is van mening dat deze getuigen een voor cliënt ontlastende verklaring zouden kunnen afleggen. De verdediging wenst de getuigen te horen om zodoende de juistheid van de verklaring van aangeefster te toetsen.

De verdediging wenst de getuigen te bevragen over de contacten met/tussen aangeefster en de getuige. Voorts wenst de verdediging de getuige te bevragen over wat aangeefster precies, op welk moment, aan de getuige heeft verteld. De verdediging wenst deze getuigen te horen met betrekking tot de gesprekken die zij met [betrokkene 1] hebben gevoerd aangaande het vermeende seksuele misbruik.

Met name is in dit kader van belang dat genoemde getuigen belangrijke personen waren in het leven van aangeefster en van cliënt, doch door de politie in dit geheel niet zijn gehoord. Aangeefster geeft in haar verklaring bij de politie aan dat zij met [betrokkene 7], [betrokkene 9] en met [betrokkene 6] van Pro Persona heeft gesproken. In het verhoor bij de rechter-commissaris geeft zij ook aan ten tijde van de aangifte met een aantal mensen te hebben gesproken, te weten vriendin [betrokkene 10], vriendje [betrokkene 11], [betrokkene 12] en met [betrokkene 7]. Van deze mensen door aangeefster opgenoemd, is door de politie enkel van [betrokkene 12] een getuigenverklaring afgenomen.

In het dossier speelt [betrokkene 7] een – toch wel prominente – rol, doch is hij nimmer als getuige gehoord. Hierbij is van belang dat [betrokkene 7] met aangeefster mee ging naar therapie en naar verhoren bij de politie. De verdediging wenst de getuige hierover nader te bevragen.

In het dossier komt naar voren dat de pleegzorgmedewerkster in kwestie ten tijde van de tenlastegelegde periode [betrokkene 4] en [betrokkene 5], beiden van Pactum, een prominente rol in het gezin hebben gespeeld. Immers, zij kwamen bij het gezin over de vloer, hadden gesprekken met cliënt en [betrokkene 13] en hadden gesprekken met aangeefster. Geen van beide is eerder als getuige gehoord. Ook komt [betrokkene 8] als begeleider naar voren. Echter, zij is nimmer eerder als getuige gehoord.”<sup>5</sup>

Het hof achtte in deze strafzaak het belang bij het horen van de getuigen ontoereikend gemotiveerd. De getuigen waren niet aanwezig geweest bij hetgeen verdachte ten laste werd gelegd. Om die reden heeft het hof het verzoek tot het horen van deze getuigen afgewezen. Naar onze mening gaat het hof hier voorbij aan een juiste toepassing van het verdedigingsbelang en wordt aan de motivering van de raadvrouw in de appelschriftuur tekortgedaan. Immers, alleen dan kan worden gezegd dat een verdachte door afwijzing van een verzoek redelijkerwijs niet in zijn verdediging geschaad wordt, als de punten waarover een getuige kan verklaren in redelijkheid niet van belang kunnen zijn voor enige in zijn strafzaak te nemen beslissing. Hoewel in deze zaak de getuigen niet bij het tenlastegelegde aanwezig waren geweest, wil dit niet zeggen dat zij niet een relevante verklaring kunnen geven over het tenlastegelegde of dat hun verklaring anderzijds niet van invloed kan zijn op enige in de strafzaak te nemen beslissing. De Hoge Raad casseert ook in deze strafzaak en overweegt dat de enkele omstandigheid dat de in de appelschriftuur genoemde personen niet aanwezig zijn geweest bij het tenlastegelegde, niet zonder meer met zich meebrengt dat de verklaringen van deze personen niet kunnen strekken tot staving van de betwisting van het tenlastegelegde.

---

5 HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1208.

Voor de verdediging is de conclusie van A-G Knigge bij dit arrest noemenswaardig.<sup>6</sup> Knigge benoemt dat een ‘ja-tenzij’-benadering als uitgangspunt dient te worden genomen bij de beoordeling van getuigenverzoeken op basis van het verdedigingsbelang. Hij sluit daarbij aan bij zijn ambtgenoot Spronken. Zij heeft in een voor de verdediging zeer belangrijke conclusie<sup>7</sup> over een afwijzing van een getuigenverzoek benoemd dat de afwijzingsgrond op basis van het verdedigingsbelang ooit is ingevoerd om getuigen te weigeren die bij voorbaat als overbodig of nutteloos moeten worden aangemerkt. Een begrenzing was enkel ingegeven om misbruik van het strafprocesrecht te voorkomen. Hierbij moet bijvoorbeeld gedacht worden aan verzoeken tot het horen van een enorme hoeveelheid getuigen, waardoor de goede procesorde werd verstoord. Een ander voorbeeld zijn getuigen waarvan de oproeping enkel werd verzocht om publieke aandacht voor het proces te trekken of politieke propaganda te bedrijven. Zolang niet van een dergelijk geval sprake is kan dus worden gesteld dat de gedachte van de wetgever is geweest dat een dergelijke getuige dient te worden opgeroepen, ongeacht de motivering van het verzoek tot het horen van die getuige. Op basis hiervan menen wij dat eigenlijk sprake is van een omgekeerde motiveringsplicht: het is aan de officier van justitie en de rechter te motiveren waarom de verdediging door het niet oproepen van een getuige niet redelijkerwijs in zijn verdediging wordt geschaad.

De Hoge Raad legt daarentegen een motiveringsplicht bij de verdediging neer. Door de verdediging moet worden gesteld waarom de horen van de betreffende getuige relevant kan zijn voor de oordeelsvorming van de rechter. Indien de verdediging dit niet voldoende kan beargumenteren, dan valt volgens de redenering van de Hoge Raad aan te nemen dat het horen van de getuige niet relevant is. Knigge benoemt in zijn conclusie<sup>8</sup> dat de Hoge Raad mogelijk niet zo ver gaat dat hij het ontbreken van een voldoende onderbouwing als een zelfstandige grond ziet voor de afwijzing van het verzoek. Onder omstandigheden kan de Hoge Raad het ontbreken van een voldoende motivering echter wel zien als voldoende ondersteuning voor het oordeel dat er geen verdedigingsbelang is. Knigge stipt aan dat de jurisprudentie op dat punt niet helemaal duidelijk is, nu de Hoge Raad uiteindelijk doorslaggevend acht of de beslissing begrijpelijk is. Als het hof de verkeerde maatstaf hanteert of deze in het geheel niet vermeldt, hoeft dit dus niet direct tot cassatie te leiden. Knigge stelt dat in de rechtspraak van de Hoge Raad niet altijd duidelijk wordt of sprake is van een toereikende motivering, dan wel van een motiveringsgebrek dat met de mantel der liefde wordt bedekt.

De motiveringsplicht die de Hoge Raad bij de verdediging neerlegt leidt ertoe dat de verdediging vaak in een moeilijke positie terechtkomt, waarbij een zware motivering geëist wordt bij het verzoek tot het horen van een getuige en de verdediging op de regiezitting bevraagd wordt over mogelijke uitkomsten van het verhoor. Dit zijn vragen waar de verdediging – juist omdat deze getuige nog niet is bevraagd – het antwoord vaak nog niet op weet. In veel gevallen zal het, gezien de tenlastelegging en het dossier, zonder meer duidelijk zijn waarin het verdedigingsbelang is gelegen. Dit is met name het geval indien deze getuige reeds eerder in het onderzoek door de opsporende instanties is gehoord en een voor de verdachte belastende verklaring heeft afgelegd of als de rechtbank in het vonnis een getuigenverklaring heeft gebezigd als bewijsmiddel. A-G Knigge stelt dat het de rechter in dergelijke gevallen, gezien artikel 6 lid 3 sub d, EVRM, ook zonder toelichting van de zijde van de verdediging duidelijk zal zijn dat het belang van de verdediging gelegen is in het ‘testen’ van de betrouwbaarheid van de bij de politie afgelegde getuigenverklaring. Als de rechter des-

---

6 PHR 4 april 2017, ECLI:NL:PHR:2017:569.

7 PHR 17 januari 2017, ECLI:NL:PHR:2017:172

8 PHR 4 april 2017, ECLI:NL:PHR:2017:569, r.o. 3.8

ondanks meent dat het verdedigingsbelang ontbreekt, zal hij daarvoor steekhoudende argumenten moeten aandragen. Afwijzing van het verzoek op de enkele grond dat het onvoldoende is onderbouwd, is dan de omgekeerde wereld, aldus Knigge.<sup>9</sup> Deze omgekeerde wereld is onzes inziens echter wel de praktijk waar de Nederlandse strafrechtadvocatuur frequent mee te maken heeft.

## 2.2 *Noodzakelijkheids criterium*

Naast het verdedigingsbelang onderscheidt de Hoge Raad het noodzakelijkheids criterium. In het overzichtsarrest van de HR 1 juli 2014 wordt eveneens tekst en uitleg gegeven bij het noodzakelijkheids criterium. Het noodzakelijkheids criterium wordt door de Hoge Raad als volgt omschreven:

“2.8. Het noodzakelijkheids criterium [...] houdt verband met de taak en de verantwoordelijkheid van de strafrechter voor de volledigheid van het onderzoek van de zaak. Met het oog daarop is hem de bevoegdheid toegekend om ambtshalve onder meer de oproeping van getuigen te bevelen voor het geval hem de noodzakelijkheid blijkt van dat verhoor, ongeacht wat de procespartijen daarvan vinden. Vanuit deze gezichtshoek bezien is bij de beoordeling van een gemotiveerd, duidelijk en stellig verzoek van de verdediging aan de rechter om ambtshalve gebruik te maken van zijn bevoegdheid om zelf getuigen op te roepen, slechts van belang of hij het horen van die getuigen noodzakelijk acht met het oog op de volledigheid van het onderzoek. Dit betekent dat zo een verzoek kan worden afgewezen op de grond dat de rechter zich door het verhandelde ter terechtzitting voldoende ingelicht acht en hem dus de noodzakelijkheid van het gevraagde verhoor niet is gebleken. Van een aldus gemotiveerde afwijzing kan niet worden gezegd dat die ervan blijkt geeft dat de rechter op ontoelaatbare wijze is vooruitgelopen op hetgeen de getuigen zouden kunnen verklaren.

2.9. Omtrent de gevallen en de mate waarin een afwijzing nader dient te worden gemotiveerd, zijn wegens de vele, uiteenlopende situaties die zich kunnen voordoen, geen algemene regels te geven, ook niet omtrent de vraag of onder bijzondere omstandigheden, bijvoorbeeld bij onvoorziene ontwikkelingen, eisen van een eerlijke procesvoering zich verzetten tegen een afwijzing. Wel zijn daarbij de aard van het onderwerp waarover de getuige zou kunnen verklaren van belang alsmede de indringendheid van de door de verdediging aangevoerde argumenten om hem te horen.”<sup>10</sup>

Van de verdediging wordt met name indien het noodzakelijkheids criterium van toepassing is behoorlijk wat verwacht. Illustratief in dit verband is een arrest van de Hoge Raad van 9 februari 2016 waarbij de Hoge Raad een afwijzing van een getuigenverzoek van het Hof beoordeelde. In onderhavige strafzaak was door de verdediging – bij niet tijdig ingediende appelschriftuur – verzocht om twee getuigen te mogen horen. Om die reden was het noodzakelijkheids criterium van toepassing. Ter terechtzitting in hoger beroep werd het verzoek om deze twee getuigen te horen herhaald. In de appelschriftuur was het verzoek tot het horen van de getuigen als volgt omschreven:

“Cliënt heeft eerder bij de politie gesteld de ten laste gelegde feiten niet te hebben gepleegd. Hij stelt dat de getuigen niet de waarheid hebben gesproken bij de politie en dat nader verhoor zal uitwijzen dat hij de ten laste gelegde feiten niet heeft gepleegd.

---

9 PHR 4 april 2017, ECLI:NL:PHR:2017:569.

10 HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1496.

Er zijn door de politie 3 ‘gebruikers/kopers’ gehoord. Twee daarvan belasten cliënt.

Getuige [getuige 1] verklaart dat hij zijn drugsdealer genaamd ‘Snor’ had gebeld om cocaïne te kopen pagina 104. De Snor is een Marokkaanse man van ongeveer 40 jaar oud en draagt een snor. Later verklaart hij dat hij ook van [betrokkene 1] koopt. Het telefoonnummer wat Sander zou gebruiken komt niet overeen met het nummer van [verdachte].

Volgens de observanten pagina 111 heeft getuige [getuige 1] de uiterlijke kenmerken van een harddrugsverslaafde. Volgens [getuige 1] zelf gebruikt hij slechts een half jaar en koopt het dat gehele half jaar bij de Snor & [betrokkene 1]. Blijkens de uiteindelijke dagvaarding is de periode door het OM teruggeschroefd naar 4 dagen. Tevens stelt [getuige 1] dat hij 2 gram zou hebben gekocht voor € 80,- pagina 104. Volgens verbalisant [verbalisant 9] was het slechts 1.3 gram pagina 118. Een ervaren gebruiker zou het verschil wel merken.

De verdediging wenst de getuige [getuige 1] vragen te stellen omtrent de enkelvoudige fotoconfrontatie. Het feit dat hij eerst de Snor aanduidt als zijn drugsdealer en later [betrokkene 1] erbij betreft. Ook over de gestelde periode van een half jaar wenst de verdediging nader vragen te stellen.

Getuige [getuige 2] stelt bij de politie dat hij drugs gekocht heeft van [betrokkene 1] en hij hem gebeld zou hebben op [003]. Vervolgens stelt hij dat zijn dealer een nieuw nummer heeft, [002] genaamd [betrokkene 4]. Beide nummers kunnen niet aan [verdachte] gelinkt worden.

De verdediging heeft vragen aan getuige [getuige 2] omtrent de enkelvoudige fotoconfrontatie en het signalement van zijn dealer. Ook wenst de verdediging hem vragen te stellen over zijn gebruik, hij stelt immers dat hij de drugs voor zijn vriendin [betrokkene 5] zou hebben gekocht. Kent deze [betrokkene 5] de dealer? Daarnaast stelt hij dat hij voordat hij ging pinnen al de bestelling zou hebben gedaan, zonder te weten of er geld op zijn rekening zou staan. Om die reden verzoek ik voornoemde getuigen nader op te roepen als getuigen.”<sup>11</sup>

Het hof heeft dit verzoek – getoetst aan het noodzakelijkheids criterium – afgewezen, nu “het verzoek onvoldoende gemotiveerd is en ook overigens de noodzaak daartoe niet is gebleken.”<sup>12</sup> Deze afwijzing is kenmerkend voor de wijze waarop de feitenrechter dergelijke getuigenverzoeken benadert. Indien het noodzakelijkheids criterium van toepassing is, moet de verdediging van goeden huize komen wil een dergelijk verzoek worden ingewilligd.

In dit geval kan echter de vraag worden opgeworpen of een dergelijk getuigenverzoek, dat relatief uitgebreid is gemotiveerd, met slechts een enkele (standaard)zin mag worden afgewezen. Immers heeft de verdediging in onderhavige zaak een duidelijk verband gelegd tussen het tenlastegelegde en het verzoek tot het horen van de getuige. Verdachte ontkende het aan hem tenlastegelegde. Uit de getuigenverklaringen zou volgens de verdediging volgen dat de verdachte het tenlastegelegde inderdaad niet had gepleegd. De belastende getuigen hadden al een verklaring afgelegd bij de politie, maar de verdediging was nog op geen enkel moment in de gelegenheid geweest om deze getuigen te ondervragen. A-G Spronken merkte in haar conclusie op dat de relevantie van het verzoek tot het horen van de getuigen weliswaar niet uit alle onderdelen van de motivering bleek, maar dat deze ook niet te ontkennen was. Zij meende dat ten opzichte van deze onderbouwing de afwijzing van het

11 HR 9 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:226, r.o. 2.2.4.

12 HR 9 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:226, r.o. 2.2.3.



verzoek – hoewel aan de juiste maatstaf getoetst – uiterst summier was en daarom niet zonder meer begrijpelijk gemotiveerd.<sup>13</sup>

De Hoge Raad achtte het oordeel van het hof echter niet onbegrijpelijk, “mede in aanmerking genomen hetgeen door de verdediging aan dat verzoek ten grondslag was gelegd.” In het kader van de begrijpelijkheid van de cassatie was een nadere toelichting op dit oordeel van de Hoge Raad wenselijk geweest. Nu kunnen we slechts gissen naar de tekortkoming in de motivering van het verzoek. Het eerste dat ons in het oog springt is het feit dat in de appelschriftuur geen koppeling wordt gemaakt met het noodzakelijkheids criterium, met andere woorden: dat niet nader wordt ingegaan op de vraag waarom het voor het hof noodzakelijk zou moeten zijn dat de verzochte getuigen, in het kader van de volledigheid van het onderzoek, worden gehoord. Het Hof moet zich geroepen voelen – op basis van de door de verdediging aangegeven getuigen en onderwerpen – om de getuigen op te roepen, opdat enkel dan adequaat oordeel kan worden gegeven. Het verdient aanbeveling voor de verdediging om een getuigenverzoek dat op basis van het noodzakelijkheids criterium moet worden beoordeeld, te motiveren vanuit het perspectief van de rechter en zo goed mogelijk inzichtelijk te maken waarom het noodzakelijk is voor het rechterlijk oordeel dat een getuige wordt gehoord.

Het overzichtsarrest van de Hoge Raad uit 2014 scheidt – kort en goed – duidelijkheid over de toe te passen criteria en de uitleg daarvan in de diverse fasen van het strafproces. De Hoge Raad had reeds in 2007 geoordeeld dat naar de bewoordingen van de wettelijke maatstaven en conform de hieraan gelieerde jurisprudentie, het noodzakelijkheids criterium de rechter, in ieder geval in abstracto, een ruimere marge biedt om een verzoek niet te honoreren dan het criterium van het verdedigingsbelang.<sup>14</sup> Dat onderscheid wordt in hetzelfde arrest reeds direct door de Hoge Raad gerelativeerd in die zin dat in geval de verdediging niet tijdig kon beschikken over de relevante stukken, de eis van een eerlijke procesvoering – tegen de achtergrond van hetgeen met het oog op een behoorlijke verdediging is vereist – meebrengt dat het Openbaar Ministerie onderscheidenlijk de rechter die omstandigheid in hun afweging dient te betrekken bij gebruikmaking van de wettelijk voorgeschreven toepassing van het noodzakelijkheids criterium. Dat kan volgens de Hoge Raad betekenen dat de concrete toepassing van het noodzakelijkheids criterium niet wezenlijk verschilt van wat met de toepassing van het criterium van het verdedigingsbelang zal worden bereikt.<sup>15</sup>

In het overzichtsarrest van de Hoge Raad uit 2014 gaat de Hoge Raad echter niet nader in op de ontwikkelingen die spelen op het niveau van het EHRM en hoe deze zich verhouden tot de Nederlandse rechtspraktijk. In het tweede overzichtsarrest worden de ontwikkelingen vanuit het EHRM specifiek meegenomen door de Hoge Raad. Deze ontwikkelingen en het daaruit voortvloeiende toetsingskader zullen allereerst worden besproken alvorens we nader in zullen gaan op het tweede overzichtsarrest.

### 3. Artikel 6 EVRM en rechtspraak van het EHRM

In artikel 6 lid 3 aanhef en onder d, EVRM is het ondervragingsrecht van de verdachte neergelegd. Het ondervragingsrecht maakt deel uit van het recht op een eerlijk proces als neergelegd in artikel 6, lid 1 EVRM. Ten aanzien van het opgeven en kunnen ondervragen van getuigen staat in artikel 6, lid 3 sub d EVRM dat eenieder tegen wie vervolging is ingesteld het recht heeft “de getuigen à charge te ondervragen of te doen ondervragen en het

---

13 PHR 22 december 2015, ECLI:NL:PHR: 2015:2654.

14 HR 19 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1702.

15 HR 19 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1702.

oproepen en de ondervraging van getuigen à décharge te doen geschieden onder dezelfde voorwaarden als het geval is met de getuigen à charge.” In het (tweede) overzichtsarrest van de HR 4 juli 2017 wordt in dit verband opgemerkt:

“Een door enig persoon in verband met een strafzaak afgelegde en de verdachte belastende of ontlastende verklaring, zoals die onder meer kan zijn vervat in een ambtsedig proces-verbaal, wordt ingevolge de autonome betekenis welke toekomt aan de term ‘witnesses/témoins’ in art. 6, derde lid aanhef en onder d, EVRM, in het perspectief van het EVRM aangemerkt als verklaring van een getuige als aldaar bedoeld. Op grond van deze verdragsbepaling heeft de verdediging aanspraak op een behoorlijke en effectieve mogelijkheid om getuigen in enig stadium van het geding te (doen) ondervragen. Art. 6 EVRM biedt een verdachte evenwel niet een onbeperkt recht om getuigen te doen horen.<sup>16</sup>

Indien voor de verdediging geen behoorlijke en effectieve mogelijkheid heeft bestaan om een getuige te (doen) ondervragen, kan het gebruik van een door die getuige afgelegde verklaring in strijd komen met art. 6 EVRM.<sup>17</sup>

Het ondervragingsrecht is niet absoluut. Uitgangspunt van het EHRM is dat voor inbreuken op het ondervragingsrecht een goede reden moet bestaan en dat het nadeel dat de verdediging ondervindt door deze inbreuk dient te worden gecompenseerd indien de verklaring een beslissende rol heeft gespeeld in de bewezenverklaring.

De rechtspraak van het EHRM verschaft inzicht wanneer het ontbreken van een behoorlijke en effectieve mogelijkheid voor de verdediging om de getuige te ondervragen in strijd kan komen met artikel 6 EVRM. De rechtspraak van het EHRM over het ondervragingsrecht als vervat in artikel 6, lid 1 en lid 3, aanhef en onder d, EVRM is omvangrijk en wordt in deze bijdrage op hoofdlijnen geschetst waarmee de meest invloedrijke uitspraken van het EHRM aan bod zullen komen.

Allereerst verdient in dit verband de zaak *Al-Khawaja & Tahery/Het Verenigd Koninkrijk* vermelding.<sup>18</sup> Het EHRM heeft met deze uitspraak een nieuwe lijn ingezet. Het in dit arrest gehanteerde beoordelingsmodel is thans leidend en in opvolgende rechtspraak heeft het EHRM getracht verduidelijking aan te brengen in dit beslissingsmodel. Ook dit beslissingsmodel is nog niet uitgekristalliseerd en aan ontwikkeling onderhevig.

### 3.1 **Beoordelingsmodel EHRM**

Het beoordelingsmodel van het EHRM komt – samengevat – op het navolgende neer.

Het gebruik van getuigenverklaringen die zijn vergaard gedurende het politieonderzoek en/of een gerechtelijk vooronderzoek hoeft op zichzelf geen strijd op te leveren met artikel 6, lid 1 en lid 3, aanhef en onder d, EVRM indien de rechten van de verdediging zijn gerespecteerd. Als regel vereisen de rechten van de verdediging dat de verdachte een passende en deugdelijke mogelijkheid heeft gehad een getuige à charge te ondervragen en de betrouwbaarheid van de getuige te toetsen, ofwel op het moment dat de getuige zijn verklaring aflegt, dan wel in een later stadium van de gerechtelijke procedure.

<sup>16</sup> Hoge Raad 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1219, r.o. 3.3.1.

<sup>17</sup> HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1219, r.o. 3.3.2.

<sup>18</sup> EHRM 15 december 2011, applicatienummer 26766/05 en 22228/06 (*Al-Khawaja & Tahery/Het Verenigd Koninkrijk*).

Op het moment dat de verdediging geen effectieve mogelijkheid heeft gehad tot het ondervragen van een belastende getuige kijkt het EHRM naar een drietal aspecten, welke in *Al-Khawaja & Tahery/Het Verenigd Koninkrijk* als beoordelingsmodel zijn geïntroduceerd:

- i. Bestond er een goede reden voor het onthouden of beperken van het ondervragingsrecht?
- ii. Berustte de veroordeling uitsluitend of in beslissende mate op verklaringen die niet (in volle omvang) via het ondervragingsrecht konden worden getoetst?
- iii. Waren er voldoende compenserende factoren, waaronder sterke procedurele waarborgen, om de eerlijkheid van het proces als geheel te kunnen waarborgen?

Er wordt door het EHRM niet strikt vastgehouden aan bovenvermelde volgorde. In de jurisprudentie die is gevolgd op *Al-Khawaja & Tahery/Het Verenigd Koninkrijk* wordt ook wel een andere volgorde gehanteerd. Zo ging in de zaken *Damir Sibgatullin/Rusland*<sup>19</sup>, *Sarkizov e.a./Bulgarije*<sup>20</sup> en *Gani/Spanje*<sup>21</sup> de vraag naar het gewicht van de verklaring vooraf aan de vraag of de inperking op het ondervragingsrecht noodzakelijk was. Wel wordt door het EHRM opgemerkt in de zaak *Schatschaschwili* tegen Duitsland<sup>22</sup>:

“113 (...) the absence of good reason for the non-attendance of a witness cannot of itself be conclusive of the unfairness of a trial. This being said, the lack of a good reason for a prosecution witness’s absence is a very important factor to be weighed in the balance when assessing the overall fairness of a trial, and one which may tip the balance in favour of finding a breach of Article 6 § 1 and 3 (d).” (NB: onderstreping auteurs).

Het beoordelingsmodel van het EHRM als opgenomen in *Al-Khawaja & Tahery/Het Verenigd Koninkrijk* en latere jurisprudentie wordt niet alleen toegepast in de gevallen waarin de verdediging de getuige niet op enig moment in de procedure heeft kunnen ondervragen, maar ook in die gevallen waarin de verdediging weliswaar de gelegenheid is geboden tot het stellen van vragen, maar waarin het ondervragingsrecht niet in volle omvang kon worden uitgeoefend. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien de verdediging niet op de hoogte is van de identiteit van de getuige of de getuige een beroep heeft gedaan op zijn verschoningsrecht.<sup>23</sup>

De opstelling van de verdediging is wel van belang voor de beoordeling of het recht op een eerlijk proces is geschonden. In de zaak *Perna/Italië*<sup>24</sup> overwoog het EHRM in dit verband:

“Consequently, is it not sufficient for an accused to complain that he was not permitted to examine certain witnesses; he must also support his request to call witnesses by explaining the importance of doing so and it must be necessary for the court to take evidence from the witnesses concerned in order to be able to establish the true facts.”

De Hoge Raad stelde in dit verband dat artikel 6 lid 3 onder d, EVRM zich niet verzet dat bepaalde eisen worden gesteld aan de onderbouwing van verzoeken tot het horen van getui-

19 EHRM 24 april 2012, applicatienummer 1413/05 (*Damir Sibgatullin/Rusland*).

20 EHRM 17 april 2012, applicatienummers 37981/09, 38022/06, 39122/06 en 44278 (*Sarkizov e.a./Bulgarije*).

21 EHRM 19 februari 2013, nr. 61800/08 (*Gani/Spanje*).

22 EHRM 15 december 2015, nr. 9154/10 (*Schatschaschwili/Duitsland*).

23 EHRM 10 april 2012, nr. 46099/06, 46699/06, 46699/06 (*Ellis, Simms & Martin/Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 10 juli 2012, nr. 29353/06 (*Vidgen/Nederland*).

24 EHRM, 6 mei 2003, EHRC 2003/56 (*Perna/Italië*).

gen.<sup>25</sup> Daarbij is het van belang om vast te stellen of een getuige als belastende of als een ontlastende getuige moet worden aangemerkt. In dit verband wordt doorverwezen naar de hierboven aangehaalde rechtsoverweging uit de zaak Schatschaschwili tegen Duitsland waarbij wordt gesproken over een ‘prosecution witness’. De kwalificatie van de getuige bepaalt zo op welke wijze moet worden beoordeeld of de getuige had moeten worden opgeroepen. Ten aanzien een getuige à décharge zal het EHRM minder snel aannemen dat deze had moeten worden opgeroepen. Sterker nog, in de zaak *Dorokhov/Rusland* oordeelde het EHRM dat het in het kader van een behoorlijke procesorde het recht tot het oproepen van dergelijke getuigen aan banden kan worden gelegd:

“The Court further reiterates that the right to call witnesses for the defense is not absolute and can be limited in the interests of the proper administration of justice. As a general rule, it is for the national courts to assess the evidence before them as well as the relevance of the evidence which defendants seek to adduce. More specifically, Article 6 § 3 (d) leaves it primarily to them to assess whether it is appropriate to call witnesses; it does not require the attendance and examination of every witness on the accused’s behalf: its essential aim, as it is indicated by the words “under the same conditions”, is full equality of arms in the matter (see, for example, *Vidal v. Belgium*, judgment of 25 March 1992, Series A no. 235-B, pp. 32-33, § 33). In respect of witnesses on behalf of the accused, only exceptional circumstances could lead the Court to conclude that a refusal to hear such witnesses violated Article 6 of the Convention (see *Bricmont v. Belgium*, judgment of 7 July 1989, Series A no. 158, § 89).<sup>26</sup>”

Met het oog op de Europeesrechtelijke jurisprudentie kan dan ook gesteld worden dat aan verzoeken tot het horen van getuigen a décharge (witness for the defence) zwaardere motiveringseisen gesteld worden dan bij verzoeken tot het horen van belastende getuigen. Bij de beoordeling van deze getuigenverzoeken a décharge mag zowel de ‘sole and decisive’-regel als ook de ‘proper administration of justice’ een rol spelen.<sup>27</sup> In het licht van deze Europeesrechtelijke jurisprudentie kan ter discussie worden gesteld of het enkele expliciete verzoek tot het horen van een getuige à charge voldoende is.

### 3.2 *Verskil in toetsingskader tussen het EHRM en HR*

De vraag die voorligt is hoe de eisen die worden gesteld aan een verzoek tot het horen van getuigen à charge in het Nederlandse strafproces zich verhouden tot de jurisprudentie van het EHRM. Voor de verdediging is dit van belang, nu zij enerzijds gebonden is aan de vereisten van de Hoge Raad om haar getuigenverzoek te motiveren, maar anderzijds een brug dient te maken naar Europeesrechtelijke jurisprudentie om te bewerkstelligen dat een eventueel afgewezen getuigenverzoek ‘Straatsburg-proof’ wordt gemaakt – teneinde haar recht te kunnen behalen in een EHRM-procedure.

In zijn proefschrift *Stille Getuigen* heeft Bas de Wilde in een uitgebreide analyse de vraag beantwoord hoe de Nederlandse eisen die worden gesteld aan een verzoek tot het horen van een getuige à charge zich verhouden tot de Straatsburgse jurisprudentie.<sup>28</sup>

---

25 HR 8 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2523.

26 EHRM 14 februari 2008, appl.no. 66802/01 (*Dorokhov/Rusland*), § 65.

27 Rb. Gelderland, 23 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1646, r.o. 1.2.

28 B. de Wilde, *Stille getuigen, het recht belastende getuigen in strafzaken te ondervragen (art. 6 lid 3 sub d EVRM)*, Deventer: Kluwer 2015.

Eenvoudigweg onderscheidt het EHRM volgens de Wilde de navolgende vier beoordelingsfactoren:

1. Heeft de verdediging een adequate ondervragingsmogelijkheid gekregen?
  - a. Ja: geen schending
  - b. Nee: ga naar vraag 2
2. Bestond er een goede reden voor het ontbreken van een behoorlijke en effectieve ondervragingsmogelijkheid?
  - a. Ja: ga naar vraag 3
  - b. Nee: schending
3. Is veroordeling uitsluitend of in beslissende mate gebaseerd op de niet behoorlijk door de verdediging gehoorde getuige?
  - a. Ja: ga naar vraag 4
  - b. Nee: schending
4. Is voldoende compensatie geboden bij ontbreken van een dergelijke mogelijkheid?
  - a. Ja: geen schending
  - b. Nee: schending

Zoals we reeds bespraken heeft het EHRM inzake Schatschaschwili geconcludeerd dat de volgorde van bovenstaande stappen kan worden gerelativeerd naar de specifieke omstandigheden van het geval. Echter, vooropgesteld blijft dat vraag 1, of er een goede reden is voor het ontbreken van een behoorlijke en effectieve ondervragingsmogelijkheid, in beginsel als preliminaire vraag kan worden gezien, die aan de volgende stappen vooraf moet gaan.<sup>29</sup> A-G Spronken noemt in haar conclusie van 17 januari 2017 dat, in de situatie dat al bij voorbaat duidelijk is dat de betreffende getuigenverklaring irrelevant is, als bijzondere omstandigheid een andere volgorde van de vragen aangenomen kan worden.<sup>30</sup> Zij leidt daaruit a contrario af dat, indien een getuigenverklaring voor het bewijs wordt gebruikt, de relevantie hiervan verondersteld wordt en er dus getoetst moet worden of er een goede reden is niet aan een verzoek tot het horen van de betrokken getuige door de verdediging tegemoet te komen.<sup>31</sup> Uit de jurisprudentie van het EHRM volgt dat dergelijke goede redenen gerelateerd zijn aan de persoonlijke omstandigheden van de getuigen en niet aan de vraag of de getuigenverklaring betrouwbaar kan worden geacht, bijvoorbeeld gelet op het overige bewijs dat in de zaak voorhanden is.<sup>32</sup>

De Wilde zet tegenover voorgaand beslismodel van het EHRM het beslismodel van de Hoge Raad. Het beslismodel van de Hoge Raad is gebaseerd op de gevallen waarin de Hoge Raad heeft aangegeven dat er geen sprake is van onverenigbaarheid met artikel 6 EVRM. In dit beslismodel worden de navolgende vier vragen door de Hoge Raad beantwoord:

1. Heeft de verdediging voldoende initiatief getoond?
  - a. Nee: geen schending
  - b. Ja: ga naar vraag 2
2. Is aan de verdediging een ondervragingsmogelijkheid geboden?
  - a. Ja: geen schending
  - b. Nee: ga naar vraag 3
3. Is er voldoende steunbewijs voor de door de verdachte betwist onderdelen van de getuigenverklaring?

---

<sup>29</sup> Zie ook A-G Spronken in PHR 17 januari 2017, ECLI:NL:PHR:2017:172.

<sup>30</sup> PHR 17 januari 2017, ECLI:NL:PHR:2017:172, r.o. 3.8.18.

<sup>31</sup> PHR 17 januari 2017, ECLI:NL:PHR:2017:172, r.o. 3.8.19.

<sup>32</sup> PHR 17 januari 2017, ECLI:NL:PHR:2017:172, r.o. 3.8.19.

- a. Ja: geen schending
- b. Nee: ga naar vraag 4
- 4. Is er voldoende compensatie geboden?
  - a. Ja: geen schending
  - b. Nee: in de meeste gevallen schending

Wanneer men deze twee beslismodellen naast elkaar afzet valt direct op dat de Hoge Raad bij de beoordeling van een getuigenverzoek niet toetst of er een goede reden is om de getuige niet te laten ondervragen door de verdediging. Deze vraag wordt overgeslagen, terwijl het EHRM deze vraag als het ware preliminair onderstreept.<sup>33</sup> De Hoge Raad gaat – als aan de verdediging geen adequate ondervragingsmogelijkheid is geboden – direct door naar het belang van de verklaring voor de bewijsconstructie, waarbij wordt bezien of er voldoende ander bewijs beschikbaar is en of hierin ook elementen kunnen worden gevonden om de betwiste onderdelen van de getuigenverklaring te weerleggen.<sup>34</sup>

Het verschil in benadering tussen de Hoge Raad en het EHRM is opvallend en tegelijkertijd zorgwekkend. Het feit dat de Hoge Raad in haar beslissingsschema niet meeneemt of er een goede reden is de getuige niet te horen, impliceert dat de Hoge Raad niet veronderstelt dat de verdediging in principe het recht heeft een getuige à charge te ondervragen. Dit terwijl het EHRM een dergelijk recht wel veronderstelt. Het is een verschil in uitgangspositie met cruciale gevolgen voor de positie van de verdediging. Het EHRM gaat uit van een ‘Ja, tenzij’-benadering, terwijl de Hoge Raad meer en meer neigt naar een ‘nee, tenzij’-benadering, waarbij ernstig tekort kan worden gedaan aan de rechten van de verdediging ex artikel 6 lid 3 sub d, EVRM.

De verdediging moet bij de Hoge Raad allereerst voldoende initiatief nemen. Waar dit initiatief uit bestaat is in ieder geval een behoorlijke motivering van een getuigenverzoek op de daartoe aangewezen momenten in het strafproces. De Hoge Raad is zich ten eerste bewust van het toetsingskader van het EHRM, zoals ook blijkt uit het tweede overzichtsarrest wat hierna zal worden besproken. Dit overzichtsarrest onderstreept onzes inziens maar weer eens de discrepantie tussen het beoordelingsmodel van het EHRM en de HR, echter wel op een opvallende manier.

#### 4. **Het tweede overzichtsarrest**

Het tweede overzichtsarrest van de Hoge Raad begint goed door de benadering en het toetsingsmodel van het EHRM uiteen te zetten.<sup>35</sup> Waar de strafrechtadvocaat zo meent hoopvol toe te lezen naar een ‘ja, tenzij’-benadering komt zij bedrogen uit. Nadere rechtsoverwegingen ten aanzien van de motiveringsplicht is juist wat zij aantreft.

De Hoge Raad stelt voorop dat bij het betrekken van EHRM-rechtspraak bij de uitleg van nationale regels in ogenschouw moet worden genomen dat de rechter al tijdens de behandeling van de strafzaak beslissingen moet nemen over het al dan niet oproepen van getuigen. Mede om deze reden meent de Hoge Raad dat de verdediging een verzoek om het oproepen

---

<sup>33</sup> Zie over de uiteenlopende toetsingskaders tussen de HR en het EHRM ook P.P.J. van der Meij, ‘Een dichotomie in de benadering van de ongehoorde getuige’, in: J.L. Baar, J.L.F. Groenhuijsen en E.M. Steller (red.), *Verstoord evenwicht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2018, p. 119-138.

<sup>34</sup> Zie A-G Spronken in PHR 17 januari 2017, ECLI:NL:PHR:2017:172. Zij verwijst naar B. de Wilde, *Stille getuigen, het recht belastende getuigen in strafzaken te ondervragen (artikel 6 lid 3 sub d, EVRM)*, Deventer: Kluwer 2015.

<sup>35</sup> HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1015.

en horen van een getuige dient te motiveren, om zo de rechter in staat te stellen de relevantie van het verzoek te beoordelen. Op deze manier kan de rechter het uit artikel 6 EVRM voortvloeiende recht op een eerlijk proces al zo vroeg mogelijk in de procedure betrekken bij de beoordeling van het verzoek. De verdediging moet, aldus de Hoge Raad, per op te roepen getuige toelichten waarom het horen van deze getuige van belang is voor enige uit hoofde van artikelen 348 Sv en 350 Sv te nemen beslissing. Deze eis aan de onderbouwing is niet in strijd met artikel 6 lid 3 onder d, EVRM, noch vloeit uit de rechtspraak van het EHRM voort dat deze eisen aan de motivering van verzoek tot oproepen en horen van een getuige te zwaar zouden zijn.

De Hoge Raad bouwt dit standpunt als volgt verder uit:

“3.7.2. Voor de eisen die worden gesteld aan een verzoek tot het horen van een getuige, maakt het in beginsel geen verschil of zo een verzoek een getuige “à charge” dan wel “à décharge” betreft. Wel zal in de regel gelden dat een in het vooronderzoek afgelegde verklaring van een getuige door de officier van justitie reeds bij de processtukken zal zijn gevoegd, zodat daaruit in het licht van art. 149a, tweede lid, Sv kan worden afgeleid dat, naar het oordeel van de officier van justitie, de inhoud van die door de getuige afgelegde verklaring redelijkerwijs van belang kan zijn voor de door de rechter te nemen beslissingen. Dat betekent echter niet zonder meer dat ook het horen van die getuige van belang is voor enige in de strafzaak uit hoofde van de art. 348 en 350 Sv te nemen beslissing. Derhalve kan voor de onderbouwing van het verzoek tot het horen van een getuige niet worden volstaan met de enkele stelling dat bij de processtukken een verklaring van die getuige is gevoegd en – met het oog op de procedure in hoger beroep – evenmin met de enkele stelling dat die verklaring door de rechter in eerste aanleg voor het bewijs is gebezigd, maar dient te worden gemotiveerd waarin, gegeven de voeging van de reeds afgelegde verklaring bij de processtukken, de relevantie van het horen van de getuige is gelegen.

3.7.3. Ingeval het verzoek tot het horen een persoon betreft die in het vooronderzoek nog geen verklaring heeft afgelegd, dient de motivering van het verzoek betrekking te hebben op het belang van het afleggen van een verklaring door het horen van deze getuige voor enige in de strafzaak uit hoofde van de art. 348 en 350 Sv te nemen beslissing, en dienen in het bijzonder de redenen te worden opgegeven waarom de verklaring kan strekken tot staving van de betwisting van het tenlastegelegde dan wel ter onderbouwing van een verweer of standpunt dat betrekking heeft op een van de andere door de rechter uit hoofde van de art. 348 en 350 Sv te nemen beslissingen.

3.8.1. Of een verzoek tot het horen van getuigen naar behoren is onderbouwd alsook of het dient te worden toegewezen, zal de rechter in het licht van alle omstandigheden van het geval – en met inachtneming van het toepasselijke criterium – moeten beoordelen. De rechter dient, indien hij een verzoek afwijst, de feitelijke en/of juridische gronden waarop die afwijzing berust, in het proces-verbaal van de terechtzitting dan wel de uitspraak op te nemen. Die rechterlijke motiveringsplicht steunt mede op art. 6 EVRM.

3.8.2. In cassatie gaat het bij de beoordeling van de afwijzing van een verzoek tot het horen van getuigen in de kern om de vraag of de beslissing begrijpelijk is in het licht van – als waren het communicerende vaten – enerzijds hetgeen aan het verzoek ten grondslag is gelegd en anderzijds de gronden waarop het is afgewezen.”

De overkoepelende gedachte in dit arrest is dus dat de rechter zich, in de beoordeling van een verzoek om het horen van een getuige, ervan dient te vergewissen dat de procedure in haar geheel voldoet aan het door artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijk proces. Van de verdediging mag echter een behoorlijke motivering worden verwacht. Ook wanneer het verdedigingsbelang als maatstaf geldt mag een motivering worden verwacht, waarbij feiten of omstandigheden moeten worden aangevoerd waarom de verklaring van de belastende getuige onjuist is.

Zoals wij reeds aan de orde stelden lijkt het echter niet dat de wetgever een dergelijk vergaande motiveringsplicht voor ogen stond.<sup>36</sup> Hoewel de Hoge Raad wel spreekt in haar eerste overzichtsarrest van een ‘ja-tenzij’ benadering lijkt de praktijk anders te zijn.

In haar conclusie van 17 januari 2017 gaat A-G Spronken uitgebreid in op de zaak Keskin v. Nederland, nr. 2205/16, die thans nog steeds aanhangig is bij het EHRM.<sup>37</sup> In deze zaak ging het om een man die vervolgd werd wegens het feitelijk leiding geven aan oplichting gepleegd door een rechtspersoon. Tot het bewijs behoorden onder andere belastende verklaringen die een zevental getuigen ten overstaan van de politie heeft afgelegd. Keskin heeft, na een verstekveroordeling in eerste aanleg, appel ingesteld en door zijn raadsman is bij appelschriftuur verzocht de zeven getuigen te horen. De AG bij het hof is van mening dat de getuigenverzoeken kunnen worden toegewezen, maar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden wijst in zijn arrest de verzoeken als onvoldoende onderbouwd af. Keskin wordt veroordeeld tot een gevangenisstraf van 6 maanden. Het door Keskin ingestelde cassatieberoep wordt op voet van artikel 80a RO niet-ontvankelijk verklaard. Keskin klaagt vervolgens bij het EHRM. Deze klacht is op 28 juni 2016 door het EHRM gecommuniceerd naar de Nederlandse regering door middel van een Statement of Facts waarin de procedure voor de nationale instanties wordt samengevat en waarin aan partijen gevraagd wordt zich uit te laten over de volgende vraag:

“Was the applicant’s right to a fair trial, as guaranteed by Article 6 §§ 1 and 3(d) of the Convention, infringed by the fact that neither he nor counsel were given the opportunity at any stage of the proceedings to examine seven prosecution witnesses whose statements to police were used in evidence against him?”<sup>38</sup>

Deze vraag werd door de Nederlandse staat op 29 december 2016 beantwoord met de ‘unilateral declaration’, oftewel een eenzijdige verklaring van de Nederlandse regering:

“15. The Government, by means of a unilateral declaration, acknowledges that at no stage of the criminal proceedings against the applicant was either the applicant himself or his counsel granted an opportunity to examine the seven prosecution witnesses whose statements to the police were used in evidence against him. This course of events was not in conformity with the requirements of article 6, paragraph 1 in conjunction with paragraph 3 (d) and thus constituted a violation of the Convention.”

Spronken stelt dat, ook al is in de Keskin-zaak nog geen finale beslissing van het EHRM gegeven – hetzij door een schrapping van de rol, hetzij door een arrest waarin over de klacht wordt beslist –, het bovenstaande aanleiding tot bezinning geeft over de verenigbaarheid

36 Zie in dit verband meer uitgebreid A-G Spronken in PHR 17 januari 2017, ECLI:NL:PHR:2017:172.

37 PHR 17 januari 2017, ECLI:NL:PHR:2017:172, r.o. 3.8.1. e.v.

38 PHR 17 januari 2017, ECLI:NL:PHR:2017:172, r.o. 3.8.5.



van de Nederlandse praktijk met betrekking tot het oproepen van getuigen met de vereisten van artikel 6 EVRM. Zij meent dat het immers niet goed denkbaar is dat het EHRM – als het tenminste tot een arrest komt – niet tot een schending van artikel 6 zal concluderen, gelet op het standpunt van de Nederlandse regering.

Spronken stelt in haar conclusie dat Keskin een goed voorbeeld is van hoe het er in de dagelijkse Nederlandse strafpraktijk aan toe gaat. Dit kunnen wij onderschrijven. Het enkele feit dat getuigenverklaringen in eerste aanleg voor het bewijs tegen een verdachte zijn gebruikt is, volgens de Hoge Raad, niet voldoende om het verdedigingsbelang bij het horen van die getuige te ondersteunen. Spronken stelt dat door deze ontwikkeling de oorspronkelijke marginale toets bij de toepassing van het verdedigingsbelang meer en meer op de achtergrond geraakt. Vanuit Straatsburgse toetsingsmechanisme levert dit echter een probleem op, dat zich nu in de zaak Keskin lijkt te manifesteren.

## 5. Afsluitend

De zaak Keskin stemt voor de verdediging hoopvol, juist nu dit in principe geen bijzondere zaak betreft, maar een situatie die we vaak terugzien in de Nederlandse rechtspraktijk. Indien Nederland in de zaak Keskin op de vingers wordt getikt door het EHRM kan dit wellicht leiden naar een beslismodel van de Hoge Raad dat meer overeenstemt met dat van het EHRM.

Dat dit verregaande consequenties kan hebben voor de verdediging moge in elk geval duidelijk zijn. De vereisten die het EHRM stelt aan de beoordeling en motivering van een getuigenverzoek doen recht aan de positie van de verdediging en bieden haar wel de reële mogelijkheid het onderzoek tegenwicht te bieden. Het is echter maar de vraag of het EHRM hiertoe over zal gaan. Mocht het EHRM geen verdere stappen richting Nederland nemen naar aanleiding van de zaak Keskin, dan blijft het voor de strafrechtadvocaat van belang haar getuigenverzoeken uitgebreid te motiveren om zo te voldoen aan de (zwaardere) eisen die de Hoge Raad aan de beoordeling en motivering van getuigenverzoeken stelt.

Brengt het nieuwe Wetboek van Strafvordering de strafrechtadvocaat dan verlichting? Een korte blik stemt weinig hoopvol. In plaats van het verdedigingsbelang en het noodzakelijkheids criterium zal in het kader van de beoordeling van een getuigenverzoek in aangewezen gevallen worden getoetst aan het relevantiecriterium. Met dit criterium wordt vastgesteld of de getuige redelijkerwijs van belang is voor op de terechtzitting te nemen beslissingen. Dit criterium wordt in de praktijk nu ook al vaak toegepast in het kader van het verdedigingsbelang, waardoor er naar verwachting weinig zal veranderen in de dagelijkse rechtspraktijk.

Ons advies is dan ook: blijf motiveren. Motiveer op basis van het beslismodel van de Hoge Raad, maar eveneens op basis van het beslismodel van het EHRM. Laat de weg naar Straatsburg open en bewandel hem indien aangewezen. Het zal namelijk bijzonder lastig zijn voor de Nederlandse rechtspraktijk om een EHRM-toets te doorstaan.



# Gerard, Marx en de houtdiefstallen in het Rijnland

TH.A. DE ROOS<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Gerard Hamer en ik namen eind 1972, begin 1973 deel aan een leesclub die zich boog over linkse, alternatieve, vaak marxistische teksten over het recht. Wie het initiatief daartoe heeft genomen weet ik niet, maar ik houd het ervoor dat dat Rosemarie Lodeizen is geweest, wetenschappelijk medewerker bij professor Pitlo (UvA, burgerlijk recht). Ik kende Rosemarie van de Rechtswinkel Amsterdam, waaraan wij in die periode verbonden waren als vrijwilliger. Wij kwamen bij elkaar bij Rosemarie thuis (aan de Zwanenburgwal) en bij Gerard, aan de Hoogte Kadijk. Maar voor de lezer van dit boek vraag ik met nadruk me te corrigeren als een en ander niet klopt. Wat ik wel zeker weet is dat Anneke Griffioen, ook werkzaam in de sociale advocatuur in Amsterdam, aan de leesclub meedeed. Wij bogen ons over teksten uit het blad *Kritische Justiz* (vanaf 1975 startte in Nederland pas *Recht en Kritiek*) en als ik mij goed herinner ook over teksten van de jonge Marx (de Duitse Ideologie). Anneke en Gerard zijn allebei dood, veel te vroeg. Ik mis ze.

De artikelen die de jonge Karl Marx schreef over de ‘Holzdiebstahlgesetze’, het onderwerp van deze bijdrage, hebben wij in onze leesclub niet besproken, maar dat had heel goed gekund. Met een beetje fantasie kan ik me voorstellen dat Gerard in een strafzaak die op grond van dit treurig brokje wetgeving zou zijn aangespannen een vlammend en erudiet pleidooi zou voorbereiden, bijgestaan door de overige leden van de leesclub.

## 2. Criminalisering van het sprokkelen van hout

Marx trad in 1842 in zijn commentaar op de debatten in de zesde Rheinische Provinziallandtag (een orgaan dat nauwelijks een parlement viel te noemen, niet in het openbaar vergaderde en door de Pruisische koning Friedrich Wilhelm IV min of meer werd gedoogd zo al niet gebruikt) over de voorgenomen strafbaarstelling van houtdiefstal in het Rijnland naar voren als criticus van de aldaar heersende strafrechtspleging, waarbij hij met name benadrukte dat de wetgever de sociale context van deze vorm van criminaliteit uit het oog verloor. Een wijze wetgever, aldus de jonge Marx in het liberaal-kritische tijdschrift *Die Rheinische Zeitung*, zou ervoor moeten zorgen dat de voorwaarden voor het ontstaan van dergelijke criminaliteit worden weggenomen, en zo lang dat nog niet is gelukt moet met mildheid worden opgetreden tegen wetsovertreders, die immers uit sociale nood handelen. Deze omroep kreeg nauwelijks gehoor, althans niet in ‘de politiek’.

Het sprokkelen van hout om in de haard te stoken en de maaltijd te bereiden was voor de onderklasse gebruikelijk en noodzakelijk (het werd als een soort gewoonterecht ervaren), maar de eigenaren van de bossen oefenden druk uit op de regering en het lokale parlement om dit met forse strafbedreigingen te verbieden. De polemist Marx toonde in zijn artikelen in de *Rheinische Zeitung*, een liberaal blad waarvan hij hoofdredacteur was geworden, al zijn talent voor retorisch sarcasme dat later in onder meer het Communistisch manifest (met

---

1 Theo de Roos is Emeritus hoogleraar Straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Tilburg en oud-advocaat te Amsterdam.

Friedrich Engels, 1848) en de Burgeroorlog in Frankrijk (1870) tot grote hoogte zou reiken en grote invloed zou uitoefenen. Hier volgt een karakteristiek citaat<sup>2</sup> (mijn eigen vertaling, evenals de citaten hierna):

“Men kan onmogelijk op een eleganter en tegelijkertijd eenvoudiger manier het recht van de mensen laten bezwijken voor het recht van jonge bomen. Aan de ene kant staat – aldus de vooronderstelling van het wetsvoorstel – de noodzaak om een menigte mensen zonder misdadige instelling af te hakken van de groene boom van de moraliteit en als sprokkelhout in de hel van de misdaad, de schande en de ellende te werpen. Aan de andere kant – na verwerping van het wetsvoorstel – staat de mogelijkheid van de mishandeling van enkele jonge bomen, en het behoeft nauwelijks betoog: de houten afgoden overwinnen, en de menselijke slachtoffers derven het onderspit”.

Marx gaat in detail in op de parlementaire debatten. Zo citeert hij een bezorgde uitlating van een afgevaardigde, die het kennelijk toch wat te dol vindt worden (ik citeer nu in het Duitse origineel): “Da sich die Strafe bis zu lange Gefängnis steigern könne, so führe eine solche Strenge Leute, die sonst noch auf gutem Wege wären, gerade auf den Weg des Verbrechens”. Eenmaal in de gevangenis zullen deze lieden – die dus toch best op de goede weg zijn – snel tot criminelen worden omgevormd, aldus deze verlichte afgevaardigde. Waarmee hij, zij het onbewust, een zeer actuele boodschap uitzond.

Marx' eerste biograaf Franz Mehring schrijft over deze journalistieke interventie het *volgende*<sup>3</sup>:

“Wanneer het historisch inzicht van deze verhandeling nog een ‘zeker wankelend karakter’ draagt, toont ze niettemin of veeleer juist daardoor, wat nu eigenlijk de grote voorvechter der ‘arme klassen’ in hem wakker geschud heeft. Overal door de schildering der boevenstrecken, waardoor het particulier belang van de eigenaars der bossen logica en rede, recht en wet en niet het minst de belangen van de staat vermorzelde om aan de arme en ellendige zich te verzadigen, gaat de beheerste trilling van geheel zijn innerlijk wezen. ‘Om de bossenschenders in zijn macht te krijgen, heeft de Landdag het recht niet slechts armen en benen gebroken, maar het hart doorboord’”. Aan dit voorbeeld wilde Marx aantonen wat er van een standenvergadering van bijzondere belangen te verwachten viel, wanneer zij eens in ernst tot wetgeving geroepen werd.

Daarbij hield Marx nog vast aan Hegels Rechts- en Staatsfilosofie. Weliswaar niet, gelijk de letterknechten van Hegel deden, door de Pruisische staat als de ideale staat te verheerlijken, maar door de Pruisische staat aan de ideale staat te toetsen, die uit de filosofische vooronderstellingen van Hegel voortkwam. Marx beschouwde de staat als het grote organisme waarin de politieke, zedelijke en rechtsvrijheid haar verwerkelijking moest verkrijgen en de afzonderlijke staatsburger in de staatswetten slechts aan de natuurwetten van zijn eigen rede, der menselijke rede, gehoorzaamde. Van dit standpunt uit speelde Marx het nog klaar met de debatten van de Landdag over het houtdiefstalwetje en zou hij het ook nog wel met de vierde verhandeling klaar gespeeld hebben, die een wet over jacht-, bos- en akkervergrijpen behandelen, niet echter met de vijfde, die de gehele bouw bekronen en het ‘aardse vraagstuk levensgroot’, het verdelingsvraagstuk van de bodem, toe had moeten lichten.

---

2 Rheinische Zeitung 25 oktober 1842.

3 F. Mehring, K. Marx. ‘Geschiedenis van zijn leven’ (1918, Nederlandse vertaling door Jan Romein 1923, heruitgave SUN, 1975).

Evenals het burgerlijke Rijnland kwam Marx voor de vrije deelbaarheid van de grond op; voor de boeren de verkavelingsvrijheid beperken, zou betekenen aan hun lijfelijke armoede de wettelijke armoede toevoegen. Maar met dit rechtskundig gezichtspunt was de kwestie niet uitgemaakt; het Franse socialisme had er allang op gewezen, dat de vrije deelbaarheid van de grond een hulpeloos proletariaat in het leven riep en haar met de versnipperde isolering van het handwerk op één lijn gesteld. Wilde Marx dit vraagstuk behandelen, dan moest hij over het socialisme tot klaarheid komen”. Maar dat kwam later, toen Marx samen met Engels de confrontatie zocht met de Franse utopisch socialisme zoals Proudhon (de man van ‘eigendom is diefstal’).<sup>4</sup>

### 3. Marx als scherpzinnig strafpleiter

Ik kan me goed voorstellen dat Gerard Hamer als raadsman in een strafzaak tegen een verzamelaar van sprokkelhout (dus niet tegen iemand die takken van jonge bomen had afgezaagd) het vernuftige betoog van de gemankeerde jurist Karl Marx zou hebben voorgedragen. Het is niet een betoog dat met veel theateraal vertoon de toehoorders tot extase brengt, maar juist voor vakgenoten biedt het ‘gefundenes Fressen’. Zie hier een vernuftig staaltje Begrijfsjurisprudenz:

“Wij vestigen (...) de aandacht op het verschil [tussen kreupelhout en groen, met de boom nog verbonden hout] (...). Om zich groen hout toe te eigenen moet men dit met geweld van zijn organische samenhang scheiden. Zoals dit een openlijke aanslag is op de boom is het ook een openlijke aanslag op de eigenaar van de boom. Wanneer voorts gekapt hout van een derde afneemt is dat gekapte hout een product van de eigenaar. Kaphout is reeds gevormd hout. In de plaats van de natuurlijke samenhang met de eigendom is de kunstmatige getreden. Wie derhalve gekapt hout ontvreemdt, ontvreemdt eigendom. In het geval van sprokkelhout wordt daarentegen niets van de eigendom gescheiden. Het van de eigendom gescheidene wordt van de eigendom gescheiden. De houtdief velt een eigenmachtig vonnis tegen de eigendom. De verzamelaar van sprokkelhout legt slechts een vonnis ten uitvoer dat de natuur van de eigendom zelf heeft geveld, want zij bezit slechts de boom, maar de boom bezit de takken niet meer.”

Het verzamelen van kreupelhout en houtdiefstal zijn dus wezenlijk verschillende zaken. Het object is verschillend, de handeling met betrekking tot het object is niet minder verschillend, de gezindheid moet daarom ook verschillend zijn, want welke objectieve maatstaf zouden wij aan de gezindheid moeten aanleggen anders dan de inhoud van de handeling en de vorm van de handeling? En in weerwil van dit wezenlijke verschil noemen jullie [Marx richt zich hier tot de volksvertegenwoordigers die de wet willen aanscherpen] beide gedragingen diefstal en bestraffen jullie beide als diefstal. Ja, jullie bestraffen het verzamelen van kreupelhout strenger dan de houtdiefstal, want jullie bestraffen het reeds doordat jullie het als diefstal bestempelen, een straf die jullie duidelijk niet van toepassing verklaren op de houtdiefstal [de beoogde strafbedreiging voor houtdiefstal was lager dan voor commune diefstal]. Jullie hadden het houtmoord moeten noemen en als moord moeten bestraffen”. Een fraaie retorische wending, uitlopend op een sarcastische hyperbool. In het werk van de oudere Marx wemelt het van dergelijke passages.

---

<sup>4</sup> Zie over de problematiek van de grondeigendom ten tijde van Marx Ton Lemaire, *Verre velden. Essays en excursies 1995-2012*, Ambo, Amsterdam 2013, met name hoofdstuk 3 De Balzac en Marx. Deze twee auteurs vertegenwoordigen diametraal tegenover elkaar staande standpunten.

#### 4. **De liegende wet**

Op dit citaat sluit direct een rechtsfilosofische, natuurrechtelijk getinte uitweiding aan:

“De wet is niet ontslagen van de algemene verplichting de waarheid te spreken. Hij heeft die verplichting dubbel, want hij is de algemene en authentieke spreker over de juridische natuur van de dingen. De juridische natuur van de dingen kan zich daarom niet naar de wet richten, maar de wet moet zich naar de juridische natuur van de dingen richten. Wanneer de wet echter een gedraging die nauwelijks een houtdelict is een houtdiefstal noemt, dan liegt de wet, en de arme wordt opgeofferd aan een wettelijke leugen”.

Hier proeven we al het sociaal-politiek engagement van de jonge Marx en zijn retorisch talent, dat hij zoals gezegd later zou exploiteren, onder meer in de politieke pamfletten het Communistisch Manifest (1848, met Friedrich Engels), de 18e Brumaire des Louis Napoleon en Burgeroorlog in Frankrijk (over de Parijse Commune, 1870).

In het vervolg van zijn betoog begeeft Marx zich in rechtsfilosofische beschouwingen over de ‘opheffing’ van het recht door het ontkennen van het eerder geschetste verschil, en meer algemene, antropologische analyses die wij in het latere publicaties van Marx en Engels uitgebreid tegenkomen. Ik stel me voor, maar kan dat jammer genoeg niet meer met hem bespreken, dat teksten als deze voor Gerard Hamer een bron van inspiratie vormden, zoals dat voor mij het geval was.

# Ontslag om wat strafrechtelijk niet mag

S. RÖTSCHIED<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

*Onschuldig tot bewezen schuldig.* Dit is een van de grondbeginselen van het strafrecht en houdt in dat eenieder voor onschuldig dient te worden gehouden tot het tegendeel is bewezen. Deze *praesumptio innocentiae*, oftewel de onschuldpresumptie, is dan ook stevig verankerd in artikel 6 lid 2 EVRM. Binnen het strafrecht dient dit grondbeginsel te worden gerespecteerd, maar vaak is de verdachte ook werkzaam op grond van een arbeidsovereenkomst, of geniet hij een uitkering. Een werkgever die geconfronteerd wordt met een werknemer die verdacht wordt van, of veroordeeld is wegens het plegen van een strafbaar feit, zal dikwijls over willen gaan tot ontslag. Als de werknemer nog niet onherroepelijk is veroordeeld, dan rijst de vraag of dit wel mogelijk is. Hoe verhoudt een dergelijk ontslag zich met de hiervoor genoemde onschuldpresumptie? Is het niet onrechtvaardig om de verdachte alvast te ‘straffen’ door middel van een ontslag, terwijl nog niet in rechte is vastgesteld dat hij het feit ook daadwerkelijk heeft gepleegd?

In deze bijdrage ga ik allereerst in op de vraag of het enkele feit dat de werknemer van een strafbaar feit wordt verdacht, of hiertoe is veroordeeld, voldoende is om tot ontslag op staande voet over te gaan en hoe zich dit verhoudt tot de onschuldpresumptie. Vervolgens zal ik ingaan op de mogelijkheid van een ontbindingsprocedure bij de kantonrechter op de zogenoemde ‘h-grond’ en de gevolgen van een hoger beroep in de strafprocedure en vrij-spraak. Tot slot zal ik, op basis van de besproken jurisprudentie, kort stilstaan bij de doorwerking van de strafrechtelijke beginselen in het arbeidsrecht.

## 2. Ontslag op staande voet

Op grond van artikel 7:677 lid 1 BW is ieder der partijen bevoegd de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen om een dringende reden, onder onverwijld mededeling van die reden aan de wederpartij. Artikel 7:678 lid 1 BW bepaalt dat als dringende redenen worden beschouwd: “zodanige daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer, die ten gevolge hebben dat van de werkgever redelijkerwijs niet kan gevergd worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.” Voorbeelden van deze gedragingen zijn diefstal, verduistering, bedrog, andere misdrijven, waardoor de werknemer het vertrouwen van de werkgever onwaardig wordt, mishandeling, werkweigering, ernstige mate van onbekwaamheid of een schending van de geheimhoudingsplicht. De opzegging wegens een dringende reden wordt ook wel aangeduid als een ontslag op staande voet.

Een ontslag op staande voet is de meest verstrekkende maatregel die het arbeidsrecht kent. Wanneer een werknemer ontslag op staande voet wordt verleend, dan stopt de loondoorbetaling met onmiddellijke ingang. De werknemer kan geen aanspraak maken op een uitkering krachtens de werkloosheidswet, omdat hij dan verwijtbaar werkloos wordt geacht. Om deze reden wordt een ontslag op staande voet gezien als een ‘ultimum remedium’, een

---

<sup>1</sup> Shasta Röttscheid is arbeids- en ondernemingsrechtadvocaat bij Cleerdin & Hamer Advocaten.

sanctie die met de nodige terughoudendheid moet worden toegepast, gelet op de verstrekkende gevolgen ervan.<sup>2</sup>

### 3. **Van het enkele feit naar ‘alle omstandigheden van het geval’**

Is nu het enkele feit dat de werknemer wordt verdacht van een strafbaar feit voldoende om de verstrekkende maatregel van een ontslag op staande voet te rechtvaardigen? Uit het arrest van de Hoge Raad uit 1986 lijkt dit wel te volgen.<sup>3</sup> In deze zaak betrof het een werknemer die op 6 mei 1982 gearresteerd werd op verdenking van zeer ernstige mishandeling. Nadat de werknemer vervolgens enkele dagen zonder bericht niet op zijn werk verscheen, heeft de werkgever hem op 10 mei 1982 op staande voet ontslagen. De Hoge Raad was van mening dat deze afwezigheid hem kon worden toegerekend, onder meer omdat de werknemer ook niet had aangevoerd dat de arrestatie onterecht zou zijn geweest.

Dit uitgangspunt is in de loop der jaren echter gewijzigd en in de lagere rechtspraak kwam meer naar voren dat niet alleen de detentie zelf, maar ook het feit waarvoor de werknemer gedetineerd is en of dat feit samenhang vertoont met de werkzaamheden van belang wordt geacht.<sup>4</sup> Deze wijziging lijkt terecht, mede in het licht van het arrest *Schrijvers/Van Essen* van de HR 12 februari 1999.<sup>5</sup> In dit arrest bepaalde de Hoge Raad dat bij een ontslag wegens een dringende reden “de omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang, in aanmerking worden genomen. Daarbij behoren in de eerste plaats in de beschouwing te worden betrokken de aard en de ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt, en verder onder meer de aard van de dienstbetrekking, de duur daarvan en de wijze waarop de werknemer die dienstbetrekking heeft vervuld, alsmede de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, zoals zijn leeftijd en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben.”

Alle omstandigheden die volgens de Hoge Raad in voornoemd arrest dienen te worden betrokken bij de vraag of een ontslag wegens dringende reden terecht is, kwamen vervolgens duidelijk naar voren in het arrest van de Hoge Raad van 17 december 2010. Deze uitspraak betrof een werknemer van de ABN AMRO die door de bank op staande voet was ontslagen, omdat hij zich (in de privésfeer) schuldig had gemaakt aan seksueel misbruik van zijn stiefzoon.<sup>6</sup> Hij was hiervoor onherroepelijk veroordeeld. ABN AMRO was van mening dat het werkverzuim van deze werknemer als gevolg van detentie in beginsel een dringende reden voor ontslag op staande voet rechtvaardigde. Volgens ABN AMRO zou er aanleiding bestaan om een algemene subregel te aanvaarden, namelijk dat werkverzuim als gevolg van een onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling in beginsel, behoudens bijzondere omstandigheden, een dringende reden vormt die ontslag op staande voet rechtvaardigt. De Hoge Raad volgde het betoog van ABN AMRO niet. Onder verwijzing naar het hiervoor aangehaalde arrest *Schrijvers/Van Essen*, oordeelde de Hoge Raad dat alle omstandigheden van het geval in aanmerking moeten worden genomen, waarbij een harde subregel niet aan

2 Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 17 juli 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1762.

3 HR 14 november 1986, NJ 1987/935 en J. van Drongelen & E.C.M. Dekkers, ‘De arbeidsrechtelijke gevolgen van wat strafrechtelijk niet mag’, *Strafblad 2017*, afl. 3.

4 Zie hierover onder meer: B.P. van Luyn & J.M. van Poelgeest, ‘Einde van de arbeidsovereenkomst wegens detentie’, *Arbeidsrecht 2005/66*.

5 HR 12 februari 1999, «JAR» 1999/102.

6 HR 10 december 2010, «JAR» 2011/19.



de orde kan zijn, ook niet als er sprake is van een ernstig delict.<sup>7</sup> In het geval van de werknemer van de ABN AMRO achtte de Hoge Raad het onder meer van belang dat het gepleegde strafbare feit in geen enkele relatie stond tot de werkzaamheden, dat dit was gepleegd in de privésfeer en dat ABN AMRO geen directe schade heeft geleden als gevolg van de detentie.<sup>8</sup> Het argument van ABN AMRO dat een terugkeer van de werknemer veel onrust zou geven op de werkvloer en het vertrouwen was geschonden, maakte dit niet anders.

Alhoewel de uitspraak in deze *ABN AMRO*-zaak aansluit bij het arrest van de Hoge Raad uit 1999, heeft dit arrest toch tot veel discussie geleid in de literatuur. Volgens Van Waegeningh is deze uitspraak echter ‘weinig revolutionair en volkomen terecht’.<sup>9</sup> Zij wijst erop dat artikel 7:678 BW immers al bepaalt dat er sprake moet zijn van daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer, die tot gevolg hebben dat van de werkgever *redelijkerwijs niet kan worden gevergd* dat de arbeidsovereenkomst voortduurt. Zou niet worden aangetoond dat er een relatie bestaat tussen het werk en het strafbare feit, dan valt niet in te zien waarom het redelijkerwijs niet van de werkgever kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

Voor de latere rechtspraak is dit arrest echter wel van belang gebleken, aangezien de Hoge Raad in dit arrest, naast de al genoemde algemene gezichtspunten uit Schrijvers/ Van Essen, aanvullende factoren heeft genoemd die van belang (kunnen) zijn bij de beoordeling van een ontslag op staande voet. Quist<sup>10</sup> omschrijft deze als volgt:

- staat het strafbare feit in verband tot de werkzaamheden,
- hebben de gedragingen van de werknemer zich (geheel) in de privésfeer voltrokken,
- hebben de gedragingen van de werknemer een negatieve invloed op zijn functioneren gehad,
- heeft de werkgever (directe) schade geleden of zal hij deze lijden als gevolg van de detentie,
- de ernst van het delict,
- de bij terugkeer van de werknemer te verwachten onrust op de werkvloer; en
- het geschonden vertrouwen van de werkgever in de werknemer.

Deze lijst is echter niet limitatief. Juist omdat het gaat om alle omstandigheden van het geval, is de rechtspraak omtrent een ontslag op staande voet zeer casuïstisch en kan zelfs hetzelfde strafbare feit verschillend worden beoordeeld als de omstandigheden anders zijn. Uit de rechtspraak na het *ABN AMRO*-arrest blijkt wel dat allerlei omstandigheden van belang kunnen zijn bij de beoordeling of een ontslag op staande voet stand houdt. Zo kan bijvoorbeeld belangrijk zijn of de werknemer zijn werkgever tijdig heeft geïnformeerd over zijn detentie, of de goede naam van de werkgever is geschaad en of het strafbare gedrag van de werknemer een incident betreft.<sup>11</sup>

7 Zie voor een uitgebreide toelichting op dit arrest J.P. Quist, ‘Ontslag op staande voet (wegens strafrechtelijke veroordeling): weinig ruimte voor algemene regels’, *TAP* 2011, afl. 3, p. 99-105 en A.R. Houweling, ‘Arbeidsrechtelijke aspecten en gevolgen van strafrecht: wat moet de strafrechter weten over de consequenties van zijn oordeel voor het arbeidsrecht?’, *DD* 2011/33.

8 Indien de werknemer als gevolg van detentie niet beschikbaar is voor het verrichten van zijn werkzaamheden, dan heeft de werkgever de mogelijkheid om op grond van artikel 7:628 BW de loondoorbetaling te staken.

9 S. Van Waegeningh, ‘Samenloop van arbeidsrecht en strafrecht: pas op voor oneigenlijke vermenging’, *Arbeidsrecht* 2014, afl. 17 p. 8-11.

10 J.P. Quist, ‘Ontslag op staande voet (wegens strafrechtelijke veroordeling): weinig ruimte voor algemene regels’, *TAP* 2011, afl. 3, p. 99-105.

11 Zie eveneens J.P. Quist, *TAP* 2011, afl. 3 p. 8-11.

Sinds het *ABNAMRO*-arrest kan in ieder geval worden gesteld dat het enkele feit dat de werknemer veracht wordt van een strafbaar feit, of hiertoe is veroordeeld, niet zonder meer een ontslag op staande voet kan rechtvaardigen. Interessant is verder dat de Hoge Raad in r.o. 3.5 van voornoemd arrest expliciet verwijst naar ‘het bestaan van andere mogelijkheden tot beëindiging van de arbeidsverhouding’. Zoals eerder opgemerkt, is een ontslag op staande voet aan te merken als een ‘ultimum remedium’ en dient dit met de nodige terughoudendheid te worden toegepast. Houweling spreekt zelfs van een ‘draconische ontslagmodaliteit’.<sup>12</sup> Daar waar een ontslag op staande voet mogelijk niet gerechtvaardigd is, wil dat echter niet zeggen dat de werkgever in het geheel geen mogelijkheden heeft om de arbeidsovereenkomst te beëindigen.

#### 4. Geen ontslag op staande voet, maar toch ontbinding

Sinds de invoering van de Wet Werk en Zekerheid (hierna: WWZ) kent de wet de zogenaamde *redelijke gronden* op basis waarvan de werkgever een arbeidsovereenkomst kan opzeggen. De wet noemt in artikel 7:669 lid 3 BW onder de letters a tot en g een aantal redelijke gronden voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De letter h van het genoemde artikellid bevat een ‘restgrond’, voor andere dan de daarvoor genoemde omstandigheden. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat detentie hieronder kan worden geschaard.<sup>13</sup> Indien de rechter meent dat een redelijke grond aanwezig is en herplaatsing niet mogelijk is, of niet in de rede ligt, dan kan de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter worden ontbonden. Dat detentie valt onder de in de wet opgenomen restgrond, maakt echter nog niet dat detentie sinds de inwerkingtreding van de WWZ zonder meer een grond voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst vormt. De omstandigheden dienen, in lijn met de hiervoor besproken jurisprudentie, dusdanig te zijn dat het van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Bij de beantwoording van deze vraag wegen bijvoorbeeld mee de zwaarte van het delict, de duur van de vrijheidsbeneming en de wijze waarop dit afstraalt op de werkgever, maar ook de leeftijd de duur van het dienstverband en de arbeidsmarktpositie.<sup>14</sup>

Wanneer het van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst in stand te laten, hangt volledig af van de feiten en omstandigheden in dat specifieke geval. Wat voor de ene werkgever zonder meer tot een redelijke grond kan leiden, hoeft voor de andere werkgever in het geheel geen redelijke grond op te leveren. Dit is tevens van invloed op het wel, of niet toekennen van de transitievergoeding. In beginsel heeft de werknemer die meer dan 24 maanden in dienst is geweest recht op een transitievergoeding bij een beëindiging op de h-grond. Echter, dit is niet van toepassing indien de werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. De navolgende uitspraken die zijn gewezen op de h-grond illustreren hoezeer het oordeel van de rechter kan verschillen in diverse situaties.<sup>15</sup>

##### 4.1. *De Loosdrechte Straatrace*<sup>16</sup>

De werknemer in deze zaak betrof een piloot van Transavia die in mei 2016 bij Transavia in dienst is getreden. Op 16 maart 2016 is in Loosdrecht een ernstig ongeluk gebeurd, waarbij een 19-jarige vrouw zwaargewond raakte, nadat haar auto werd geraakt door de auto waar

12 A.R. Houweling, ‘Arbeidsrechtelijke aspecten en gevolgen van strafrecht: wat moet de strafrechter weten over de consequenties van zijn oordeel voor het arbeidsrecht?’, *DD* 2011, 33.

13 *Kamerstukken II*, 2013/14, 33 818, nr. 3, pag. 46.

14 Rb. Rotterdam 22 december 2016, ECLI:L:RBROT:2016:9943.

15 In meerdere van de hierna te bespreken zaken is ook een beroep gedaan op een van de andere ontslaggronden, zoals het verwijtbaar handelen, of de verstoorde arbeidsverhouding. In het kader van deze bijdrage wordt slechts de beoordeling van de h-grond besproken.

16 Rb. Amsterdam 12 februari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:694.

de vader van de werknemer in reed. De werknemer reed op dat moment achter zijn vader. De vrouw overleed twee weken later aan haar verwondingen.

De werknemer betwiste dat hij veel te hard heeft gereden en dat er sprake was van een straatrace. De werknemer is uiteindelijk vrijgesproken van het (mede)plegen van dood door schuld in het verkeer, hoewel de rechtbank wel heeft geconcludeerd dat hij heeft bijgedragen aan het verwerpelijke rijgedrag van zijn vader. De werknemer is wel veroordeeld voor het veroorzaken van gevaar op de weg en heeft hiervoor een taakstraf van 100 uren en een ontzegging van de rijbevoegdheid gekregen. Tegen het vonnis loopt nog een hoger beroep. Transavia heeft vervolgens een ontbindingsverzoek ingediend.

Alhoewel de strafrechter heeft overwogen dat de werknemer extreem gevaar zettend gedrag heeft vertoond, wil dat volgens de kantonrechter niet zeggen dat hij zijn werk als piloot niet goed zou kunnen doen. De kantonrechter was daarbij van mening dat eenmalig extreem gevaar zettend gedrag in het verkeer, dat ondanks de ernst in het strafrecht beperkt is gebleven tot een overtreding van artikel 5 WvW, hetgeen een overtreding is en geen misdrijf, onvoldoende is om te oordelen dat sprake is van de onverenigbaarheid met de functie van piloot.

#### 4.2. *Securitas*<sup>17</sup>

De werknemer in deze kwestie was sinds 1999 in dienst bij (de rechtsvoorgangers van) Securitas. In maart 2015 heeft een collega van de werknemer aangifte gedaan bij de politie, omdat hij tijdens een bezoek aan de werknemer in privétijd een onzedelijke foto van een minderjarige op zijn computer zag staan. Kort daarna is de werknemer door de politie verhoord en is zijn zogeheten ‘grijze pas’ (dit betreft een legitimatiebewijs uitgegeven door de Minister van Veiligheid en Justitie waaruit volgt dat iemand als beveiligiger werkzaamheden mag verrichten) ingenomen. Tegen deze intrekking heeft de werknemer geen bezwaar gemaakt. Securitas heeft vervolgens verzocht om ontbinding van de arbeidsovereenkomst, omdat de arbeidsovereenkomst een ‘lege huls’ zou zijn geworden. Ingevolge artikel 7 lid 2 Wbpr dient een beveiligingsorganisatie zoals Securitas geen personen te werk te stellen die belast worden met werkzaamheden nadat voor hen toestemming is verkregen van de korpschef. Artikel 12 lid 4 van de toepasselijke cao bepaalt daarnaast dat een werkgever een werknemer slechts in dienst mag nemen en houden indien de werknemer in het bezit is van toestemming van de overheid om de functie van beveiligiger uit te oefenen. Nu deze toestemming is ingetrokken, deelde de kantonrechter de mening van Securitas dat de arbeidsovereenkomst een lege huls is geworden en de kantonrechter kende de verzochte ontbinding toe. Het betoog van de werknemer dat hij weliswaar verwijtbaar heeft gehandeld, maar niet ernstig verwijtbaar, waardoor hij aanspraak maakt op de transitievergoeding, werd door de kantonrechter terzijde geschoven. Volgens de kantonrechter was er wel sprake van ernstig verwijtbaar handelen en de transitievergoeding is afgewezen.

Alhoewel de ontbinding in deze zaak niet werd verzocht wegens de verdenking van een strafbare feit, vormde het strafbare feit wel de aanleiding voor de korpschef om de toestemming in te trekken, waardoor de verdenking van het strafbare feit wel direct gevolgen had voor het verrichten van de werkzaamheden. In deze situatie is de kantonrechter van mening dat van de werkgever niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst in stand te laten.

---

<sup>17</sup> Rb. Limburg 30 maart 2016, ECLI:RBLIM:2016:2771.

#### 4.3. *G4S*

Deze zaak vertoont op het eerste gezicht grote gelijkenis met de hiervoor besproken zaak van Securitas. Ook in deze situatie was er sprake van een werknemer die verdacht werd van het plegen van een strafbaar feit, waarna de toestemming om beveiligingswerkzaamheden te verrichten als bedoeld in artikel 7 lid 2 Wbpr werd ingetrokken. G4S verzocht vervolgens primair ontbinding wegens ernstig verwijtbaar handelen. Anders dan in de zaak van Securitas, ging de kantonrechter hier niet mee met het betoog van de werkgever. De verdenking van het strafbare feit hield geen direct verband met de werkzaamheden die de werknemer voor G4S verrichtte. Tevens ontkende de werknemer schuldig te zijn en was er nog slechts sprake van een verdenking. Volgens de kantonrechter is een enkele verdenking, welke niet ziet op een feit dat direct verband houdt met de werkzaamheden, onvoldoende om te kunnen oordelen dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, zodanig dat van G4S niet kon worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

Op grond van de zogenoemde h-grond wordt de arbeidsovereenkomst echter alsnog ontbonden. Dit omdat de toestemming om werkzaamheden te mogen verrichten was ingetrokken. Dat het bezwaar van de werknemer tegen deze inhouding nog liep, maakte dit niet anders. Nu er volgens de kantonrechter geen sprake was van ernstig verwijtbaar handelen, werd de transitievergoeding wel toegekend.

#### 4.4. *DFSD*<sup>18</sup>

De werknemer in deze zaak was tot het moment van zijn detentie 12 jaar in dienst en functioneerde goed. In augustus 2015 werd hij gearresteerd wegens poging tot doodslag op een agent, bedreiging van een agent en mishandeling van zijn vriendin. Na zijn veroordeling in eerste aanleg, ging de werknemer in hoger beroep en diende de werkgever een ontbindingsverzoek in.

De kantonrechter constateerde dat het hier om een zwaar delict gaat, waarvoor vier jaar gevangenisstraf is opgelegd. De werknemer is weliswaar in hoger beroep gegaan, maar de Rechtbank achtte het aannemelijk dat ook in hoger beroep een straf opgelegd zal worden. De stellingen van de werknemer rechtvaardigen volgens de kantonrechter namelijk niet de verwachting dat algehele vrijspraak zal volgen. Tevens achtte de kantonrechter het van belang dat de werknemer inmiddels al 16 maanden niet op het werk is verschenen en dat collega's hebben verklaard dat zij tegen de terugkomst van de werknemer zijn. Zijn collega's hebben namelijk onder meer verklaard dat sprake was van 'verbazing en verontwaardiging bij de collega's dat hij weer een partner mishandeld had' en er heerst op de werkvloer de 'opvatting dat vrouwen slaan echt niet kan'. Het geweld tegen zijn vriendin was echt een 'no-go'. Het feit dat de werknemer al twaalf jaar goed gefunctioneerd heeft, leidde niet tot een ander oordeel en nu de ontbinding wegens detentie wordt toegewezen, lag de herplaatsing volgens de kantonrechter ook niet in de rede.

Tot slot heeft de kantonrechter nog geoordeeld dat de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen, waardoor de werknemer geen recht had op de transitievergoeding.

#### 4.5. *Officemanager in voorlopige hechtenis*<sup>19</sup>

Ook in deze zaak diende de werkgever na een ontslag op staande voet een voorwaardelijk ontbindingsverzoek in op (onder meer) de h-grond. Dit in verband met het feit dat de offic

<sup>18</sup> Rechtbank Rotterdam 22 december 2016, ECLI:L:RBROT:2016:9943.

<sup>19</sup> Rechtbank Zeeland-West-Brabant 30 augustus 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:5505.

manager van werkgever in Duitsland in voorlopige hechtenis zat op verdenking van henpeptelt. De kantonrechter heeft vervolgens geoordeeld dat het verzoek op de h-grond faalt, omdat een voorlopige hechtenis niet gelijk is te stellen als in de memorie van toelichting genoemde detentie, omdat er geen sprake is van een strafrechtelijke veroordeling.

## 5. **Onschuldpresumptie en ne bis in idem in het arbeidsrecht**

Of de onschuldpresumptie zoals omschreven in artikel 6 EVRM doorwerkt in het arbeidsrecht is niet met een eenvoudig ja, of nee te beantwoorden. In enkele uitspraken wordt door rechters direct verwezen naar de onschuldpresumptie zoals deze in het strafrecht geldt, maar in de meeste gevallen hanteert de rechter uitsluitend de arbeidsrechtelijke toets, namelijk of er een redelijke grond voor ontbinding bestaat, dan wel een dringende reden, gelet op alle omstandigheden van het geval.

Dat de onschuldpresumptie niet direct doorwerkt in het arbeidsrecht, kwam duidelijk naar voren in het arrest van het Hof Amsterdam van 15 augustus 2017 inzake de KLM.<sup>20</sup> De werknemer in kwestie betrof een piloot van KLM die in eerste aanleg veroordeeld was voor cocaïnesmokkel. De werknemer was in hoger beroep gegaan, waardoor er nog geen sprake was van een in kracht van gewijsde gegaan vonnis, als bedoeld in artikel 161 Rv. Volgens de piloot diende derhalve uitgegaan te worden van de onschuldpresumptie. Het Hof ging hier niet in mee en overwoog: “Het hof is van oordeel dat deze strafrechtelijke verdenking ten aanzien van werknemer, gezien de ernst van de strafbare feiten in combinatie met de vertrouwensfunctie van werknemer, een redelijke grond voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst oplevert, bestaande in verwijtbaar handelen of nalaten van werknemer, zodanig dat van KLM in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

Het hof betreft hierbij dat werknemer voor deze strafbare feiten is veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van 24 maanden. Deze veroordeling is gebaseerd op een gedetailleerde bewijsmotivering die zó veel vragen oproept over de bewering van werknemer dat hij onschuldig is dat van hem mocht worden gevergd nader in te gaan op de gebezigde bewijsmiddelen. Eerst bij de mondelinge behandeling in hoger beroep is werknemer daarop enigszins ingegaan, maar naar het oordeel van het hof te oppervlakkig om zijn verweer als voldoende gemotiveerde betwisting van de stellingen van KLM te kunnen aanmerken.”

Niet alleen maakt het hof hier korte metten met de stelling van de werknemer dat uitgegaan dient te worden van de onschuldpresumptie, maar ook maakt het hof duidelijk dat andere strafrechtelijke bewijsregels, zoals het verbod op zelfincriminatie, niet onverkort gelden in het arbeidsrecht. In deze zaak had het volgens het Hof op de weg van de werknemer gelegen dat hij gedetailleerd zou uitleggen waarom hij ten onrechte was veroordeeld in eerste aanleg.

In gelijke zin oordeelde de Centrale Raad van Beroep inzake het ontslag van een ambtenaar die was vrijgesproken in hoger beroep inzake het oneigenlijk gebruik van tankpassen.<sup>21</sup> De Raad oordeelde hier dat voor de constatering van plichtsverzuim dat tot het opleggen van een disciplinaire straf aanleiding kan geven noodzakelijk is dat op grond van de beschikbare, deugdelijk vastgestelde gegevens de overtuiging is verkregen dat de betrokken ambtenaar de hem verweten gedragingen heeft begaan. Dat hij wegens gebrek aan bewijs is vrij-

<sup>20</sup> Hof Amsterdam 15 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3291.

<sup>21</sup> CRvB 8 juni 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2062.

gesproken, betekent volgens vaste rechtspraak van de Raad niet dat geen sprake kan zijn van plichtsverzuim dat tot het opleggen van een disciplinaire maatregel aanleiding kan geven. “De bestuursrechter beoordeelt de merites van het door de minister gestelde plichtsverzuim van appelland in beginsel los van wat de rechter in het strafproces heeft geoordeeld en overwogen”, aldus de Raad.

Een andere situatie die zich kan voordoen, is dat er in het geheel geen vervolging wordt ingesteld wegens gebrek aan bewijs. Dit deed zich voor in de volgende zaak bij de Rb. Noord-Nederland.<sup>22</sup> In deze zaak was de werknemster, een filiaalmanager van Kruidvat, op staande voet ontslagen, omdat zij ten onrechte retouren op haar kassa had aangemaakt en dit geld vervolgens uit de kassa heeft weggenomen en dit geld heeft aangewend voor privé uitgaven. Wegens een gebrek aan bewijs had de Officier van Justitie besloten om niet tot vervolging over te gaan en de zaak werd geseponneerd. Dat de werknemster strafrechtelijk niet werd vervolgd, mocht haar in de arbeidszaak echter niet baten. De werknemster had zelf verklaard dat zij de retouren had aangemaakt en het geld uit haar kassa had weggenomen. De rechtbank oordeelde op grond hiervan dat de werknemster terecht op staande voet is ontslagen. De rechtbank merkte hierbij nog expliciet op dat in strafzaken nu eenmaal andere bewijsnormen gelden, dan in civiele zaken.

Het oordeel dat de onschuldpresumptie niet direct doorwerkt in het arbeidsrecht, is in mijn ogen terecht. De onschuldpresumptie uit artikel 6 EVRM is immers geschreven voor de strafrechtelijke procedure en het strafrecht en het arbeidsrecht kennen verschillende doelen en afwegingskaders. Mijns inziens betekent dit overigens geenszins dat er in het arbeidsrecht niet uit dient te worden gegaan van de onschuld van de werknemer. In het civiele recht wordt geprocedeerd op basis van stelplicht en bewijslast. Stelt de werkgever dat er sprake is van een dringende reden, of een redelijke grond voor ontbinding, dan dient de werkgever dit op grond van artikel 150 Rv te bewijzen. Slaagt de werkgever hier niet in, dan zal een ontbinding niet gerechtvaardigd zijn. Voor de werkgever zal de dringende reden, of redelijke grond evenwel eenvoudiger aan te tonen zijn wanneer er sprake is van een (onherroepelijke) veroordeling in de strafzaak en het strafbare feit verband houdt met de werkzaamheden. Op grond van artikel 161 Rv heeft een in kracht van gewijsde gegaan strafrechtelijke veroordeling immers wel dwingende bewijskracht en wordt dit feit, behoudens tegenbewijs, door de rechter als vaststaand aangenomen. Daardoor kan een strafrechtelijke veroordeling of een vrijspraak wel degelijk doorwerking hebben in het arbeidsrecht.

Een vervolgvraag die zich daarbij nog aandient, is of het ne bis in idem-beginsel van artikel 68 Sr zich niet verzet tegen een bestraffing van de werkgever, nadat de werknemer reeds door de strafrechter is bestraft. In de literatuur is deze vraag ontkennend beantwoord.<sup>23</sup> Deze cumulatie valt niet onder het verbod van artikel 68 Sr, nu dit uitsluitend ziet op een dubbele strafrechtelijke berechting.

## 6. Tot slot

Strafrechtelijke grondbeginselen zoals de onschuldpresumptie en het ne bis in idem werken weliswaar niet een-op-een door in het arbeidsrecht, maar hebben wel degelijk hun weerslag in het arbeidsrecht. Daar waar een veroordeling plaatsvindt, is een ontslag niet altijd moge-

<sup>22</sup> Rb. Noord-Nederland 1 juli 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:3863.

<sup>23</sup> C.J. Loonstra, M.M. Koevoets en W.A. Zondag, ‘Op de grens van strafrecht en arbeidsrecht: de strafrechtelijk vervolgende werknemer’, in ‘Monografieën sociaal recht, Disfunctioneren en wangedrag van werknemers’, Deventer: Kluwer 2008 p. 262. Door Loonstra e.a. wordt wel betoogd dat het evenredigheidsbeginsel hier wel een rol in zou kunnen spelen.

lijk en waar vrijspraak in de strafprocedure volgt, kan de werknemer alsnog geconfronteerd worden met arbeidsrechtelijke consequenties. Als de werkgever echter 'uitsluitend' de verdenking of de veroordeling van een strafbaar feit als grondslag voor het ontslag aanmerkt, dan zal er meer gewicht worden toegekend aan de onschuldpresumptie en zal de werkgever veelal wel de uitkomst van de strafrechtelijke procedure moeten afwachten en zelfs dan dient alsnog te worden getoetst aan alle omstandigheden van het geval. De werkgever die overgaat tot ontslag op staande voet, of overweegt om een ontbindingsverzoek in te dienen, omdat de werknemer wordt verdacht van een strafbaar feit, moet zich dus niet blind te staren op de strafrechtelijke kwalificatie, maar dient vooral het strafbare feit te beoordelen in de (civielrechtelijke)context.





# Het militair (straf)recht in een notendop en de bijzondere en kwetsbare positie van een militaire verdachte

M.P.K. RUPERTI & F.F. AARTS<sup>1</sup>

## 1. Militair Strafrecht(spraak)

De militair heeft een bijzondere positie in het Nederlandse strafrecht. Allereerst is de Nederlandse strafwetgeving van toepassing op de Nederlandse militair voor gedragingen waar ter wereld ook gepleegd. Naast het commune strafrecht gelden er voor militairen bijzondere gedragsregels. Een deel van deze gedragsregels is strafrechtelijk gesanctioneerd. Worden deze gedragsregels geschonden dan levert dit een strafbaar feit op. Deze strafrechtelijke gedragsregels zijn verankerd in het Wetboek van Militair Strafrecht. Voorbeelden van dergelijke gedragsregels betreffen onder andere de schending van een dienstbevel en de niet-naleving van het dienstvoorschrift. De strafbepalingen omschreven in het Wetboek van Militair Strafrecht betreffen doorgaans gedragingen die een inbreuk maken op 'de primaire taak van de krijgsmacht'.<sup>2</sup> Het wetboek bevat zodoende aanvullend strafrecht en is van toepassing op militairen naast en in aanvulling op het commune strafrecht.

Het formele militaire strafrecht staat geregeld in de Wet militaire strafrechtspraak. Militaire strafzaken worden in Nederland berecht door één rechtbank: de Rechtbank Gelderland, locatie Arnhem.<sup>3</sup> Deze rechtbank is exclusief bevoegd om kennis te nemen van militaire strafzaken en heeft enkelvoudige of meervoudige militaire kamers waar de militairen worden berecht. Ingevolge de artikelen 2 en 3 Wet militaire strafrechtspraak (Wms) neemt in beginsel de militaire kantonrechter<sup>4</sup>, de militaire politierechter<sup>5</sup> of de meervoudige militaire kamer<sup>6</sup> in eerste aanleg kennis van strafbare feiten begaan door militairen. De meervoudige kamer bestaat uit twee rechterlijke ambtenaren met rechtspraak belast en een militair lid, dat bij voorkeur afkomstig is uit het krijgsmachtdeel waartoe de verdachte behoort of behoort.<sup>7</sup> Om te kunnen worden benoemd tot militair lid, moet men militair zijn en niet behoren tot de Koninklijke Marechaussee en daarnaast de hoedanigheid van meester (of doctorandus) in de rechten bezitten.<sup>8</sup>

Tegen de voor beroep vatbare uitspraken van de militaire kamers van de rechtbank staat hoger beroep open bij het Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem en wel bij de meervoudige militaire kamer.<sup>9</sup> Het hoger beroep wordt in militaire strafzaken zodoende door een meervoudige kamer behandeld waaruit twee burgerrechters en een militair lid deel maken.

1 Michael Rupert is (militair)strafrechtadvocaat bij Allied Advocaten en Frezia Aarts is strafrechtadvocaat bij Cleerdin & Hamer Advocaten.

2 Zie G.L. Coolen, *Militair straf- en strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 3.

3 Artikel 2 Wet militaire strafrechtspraak jo artikel 55 lid 1 RO.

4 Artikel 49 Wet op de rechterlijke organisatie.

5 Artikel 55, lid 1 en 3, RO.

6 Artikel 55, lid 1 en 2, RO.

7 Artikel 55 lid 2 RO.

8 Artikel 6 lid 2 Wet militaire strafrechtspraak jo artikel 5 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren.

9 Artikel 60, jo 68 lid 1 RO.

Het militair lid dient niet alleen, uiteraard, militair te zijn en meester (of doctorandus) in de rechten, maar ook minstens de rang van kapitein ter zee of kolonel te bekleden.<sup>10</sup>

De reden waarom de militaire meervoudige kamers een militair lid hebben is gelegen in het gegeven dat het militaire lid geacht wordt bijzondere kennis en ervaring over de militaire regelgeving en specifieke militaire omstandigheden in te brengen. Militairen staan dus voor alle strafbare gedragingen, dus zowel militaire als commune, terecht voor de militaire rechter.

Van belang is verder te vermelden dat het militaire strafrechtspraak geen specifieke bepalingen omvat voor jeugdige militaire verdachten. Bij berechting door de kinderrechter zou blijkens de memorie van toelichting, het voordeel van specialisatie van de militaire kamer geheel verdwijnen.<sup>11</sup>

## 2. Militair tuchtrecht

Het andere deel van de gedragsregels waar militairen zich aan moeten houden is tuchtrechtelijk van aard en een schending van deze regels levert een tuchtvergrijp op. Deze tuchtrechtelijke gedragsregels staan in de Wet militair tuchtrecht vermeld. Zowel het materiële alsook het formele recht staan in deze wet geregeld. Bij tuchtrechtelijke regels kan worden gedacht aan ongeoorloofde afwezigheid<sup>12</sup>, onttrekking aan dienstverplichtingen<sup>13</sup> en onzorgvuldige taakuitoefening.<sup>14</sup>

Indien een militair een tuchtvergrijp heeft begaan dan is de commandant van de eenheid waartoe de betreffende militair behoort de tot straffen bevoegde meerdere.<sup>15</sup> Hij fungeert in tuchtzaken als aanklager en tevens rechter. Hij reikt immers de beschuldiging uit<sup>16</sup>, verricht het onderzoek<sup>17</sup> en beslist of de militair het tuchtrecht heeft geschonden waarna hij eventueel een straf kan opleggen.<sup>18</sup> De mogelijke op te leggen straffen betreffen: berisping, geldboete, strafdienst en uitgaansverbod.<sup>19</sup> Het tuchtrecht is het instrument om de interne orde binnen de krijgsmacht te handhaven. Daarom is het ook 'snelrecht'. Immers dient een beschuldiging doorgaans binnen 21 dagen te worden uitgereikt.<sup>20</sup> Een te lange afdoeningsduur is per definitie schadelijk voor de interne orde.

Tussen het militair tuchtrecht en het militair strafrecht bestaat een scherpe scheiding. Indien het strafrecht en het tuchtrecht samenloopt dan dient in principe de strafrechtelijke weg te worden bewandeld. Echter bestaan hier enkele uitzonderingen op waardoor het mogelijk is om in een beperkt aantal gevallen een zaak toch tuchtrechtelijk af te doen i.p.v. strafrechtelijk. Hetgeen bijvoorbeeld het geval is bij een eenvoudige mishandeling ex artikel 300 Sr. In dat geval dient het openbaar ministerie wel op voorhand in te stemmen met de tuchtrechtelijke afdoening.<sup>21</sup>

---

10 Artikel 9 Wet militaire strafrechtspraak jo artikel 68 lid 2 RO.

11 *Kamerstukken II* 1982/83, 17804, nr. 5, p. 47-48.

12 Artikel 7 WMT.

13 Artikel 9 WMT.

14 Artikel 10 WMT.

15 Artikel 4 jo 49 WMT.

16 Artikel 51 WMT.

17 Artikel 63-69 WMT.

18 Artikel 73-77 WMT.

19 Artikel 41 WMT.

20 Artikel 53 WMT.

21 Artikel 79 lid 2 WMT.

Deze scherpe scheiding volgt uit artikel 78 WMT:

“Is de commandant van oordeel dat een hem ter kennis gekomen gedraging een strafbaar feit betreft, dan is hij verplicht daarvan onverwijld aangifte te doen bij een opsporingsambtenaar, behoudens in het geval dat voldaan wordt aan de voorwaarden gesteld op grond van het bepaalde in artikel 59 van het Wetboek van Militair Strafrecht.”

Ingevolge artikel 78 WMT is een commandant zodoende verplicht aangifte te doen indien het een strafbare gedraging betreft en verbiedt het impliciet om in deze gevallen een beschuldiging uit te reiken ook al levert de gedraging tevens een tuchtrechtelijk feit op.<sup>22</sup> In de praktijk bij de Koninklijke Marechaussee (KMar) die in ons land de militaire politietaak vervuld.<sup>23</sup>

Indien de commandant uitspraak heeft gedaan kan de militair, indien hij het niet eens is met de uitspraak, in principe schriftelijk in beklag gaan bij de beklagmeerdere.<sup>24</sup> Mocht het gewenste resultaat hier niet worden behaald dan kan de militair tenslotte ingevolge artikel 81 lid 1 WMT beroep instellen bij de militaire kamer van de Rechtbank Arnhem.<sup>25</sup> Het beroep wordt behandeld door de meervoudige militaire kamer.<sup>26</sup>

### 3. Militair Ambtenarenrecht

Relevant is het ook om te vermelden dat naast de tuchtrechtelijke en strafrechtelijke regeling ook het specifieke militaire ambtenarenrecht van invloed kan zijn op de militair die wordt verdacht van een strafbaar feit. Doorgaans ontvangt een militair die verdacht wordt van het plegen van een strafbaar feit in de regel een oproeping voor een hoorzitting alwaar bekeken zal worden of er aanleiding bestaat om rechtspositionele maatregelen te nemen. Belangrijke rechtspositionele maatregelen betreffen: de vaststelling van een ambtsbericht,<sup>27</sup> niet toekennen van een periodiek,<sup>28</sup> ontheffing van de functie of opleiding<sup>29</sup> en tenslotte ontslag.<sup>30</sup>

Ook kunnen in het geval van een strafrechtelijke vervolging ordemaatregelen worden opgelegd. Zoals een schorsing.<sup>31</sup> Een gevolg hiervan kan zijn dat de militair gekort wordt op zijn inkomen. Daarnaast mag een verdachte militair in de regel niet mee op uitzending of deelnemen aan militaire operaties en oefeningen. Kortom, een strafrechtelijke verdenking kan op zichzelf genomen al vele verstrekkende gevolgen hebben voor een militair.

De militair en de krijgsmacht hebben daarom een groot belang bij een spoedige strafrechtelijke afdoening. Indien een veroordeling volgt kan een militair zelfs worden ontslagen wegens ‘wangedrag’. Daarnaast is een oplegging van een gevangenisstraf van zes maanden of meer, of een werkstraf van 240 uren een zelfstandige grond om een militair te kunnen ontslaan.

22 Zie G.L. Coolen, *Militair tuchtrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p.47.

23 Artikel 4 lid 1 sub b Politiewet.

24 Artikel 80 WMT. Overigens kan de beklagmeerdere ingevolge artikel 81 lid 3 eveneens in beroep gaan.

25 Dit ligt anders indien het een mobiele rechtbank betreft of indien de militair zich bevindt binnen het bevelsgebied van de commandant der zeemacht in het Carabisch gebied.

26 Artikel 87 WMT.

27 Artikel 28c Algemeen militair ambtenarenreglement.

28 Artikel 7 lid 6 Inkomstenbesluit Militairen.

29 Artikel 3 Algemeen militair ambtenarenreglement.

30 Artikel 39 Algemeen militair ambtenarenreglement.

31 Artikelen 34 en 35 Algemeen militair ambtenarenreglement.

#### 4. Verklaring van geen Bezwaar

Daarnaast heeft de MIVD een zelfstandige bevoegdheid om de zogeheten ‘Verklaring van Geen Bezwaar’ in te trekken. Deze veiligheidsverklaring heeft een militair nodig om de militaire ‘vertrouwensfunctie’ te kunnen vervullen. Een vertrouwensfunctie is een functie waarbij het mogelijk is misbruik te maken van kennis of bevoegdheden waardoor de nationale veiligheid of andere gewichtige belangen van de staat ernstig bedreigd worden. De intrekking van de ‘VGB’ kan bijvoorbeeld al plaatsvinden bij een veroordeling van een geldboete van ten minste € 1.000, een werkstraf van 40 uren of meer, dan wel een gevangenisstraf van twintig dagen.<sup>32</sup> Het gevolg is dat de militair wordt ontheven uit zijn functie. Uiteindelijk zal dit noodzakelijkerwijs ook tot ontslag moeten leiden.

#### 5. De militair: een kwetsbare verdachte

Blijkens het voorgaande kunnen militairen op verschillende vlakken vergaande gevolgen ondervinden zodra zij als verdachte worden aangemerkt. Dit is echter wel gewenst. Een militair heeft namelijk veel bevoegdheden om geweld te gebruiken en kan zich beroepen op het opvolgen van dienstbevelen en militaire dienstvoorschriften. Dit maakt dat een militair grote verantwoordelijkheden met zich meedraagt wat zijn eigen gedragingen betreft, maar ook naar anderen toe. Een militair legt daarom ook een eed af dat hij zich zal houden aan de wet- en regelgeving.<sup>33</sup> De militair zal daarom te allen tijde verantwoording moeten afleggen.

Het element van verantwoording afleggen maakt dat een militair zich niet snel zal kunnen beroepen op zijn recht om te zwijgen. Uiteraard kan hij dit wel, het zwijgrecht geldt logischerwijze ook in militaire strafzaken, maar dit kan hem vervolgens worden tegengeworpen onder bijvoorbeeld het militair ambtenarenrecht. Zo is het niet ongebruikelijk om een militair, die wordt verdacht van een strafbaar feit en die zich in de strafprocedure op zijn of haar zwijgrecht beroept, een ordemaatregel, zoals een schorsing, op te leggen. Op deze wijze kan de orde binnen het krijgsmachtonderdeel waar de militair werkzaam is immers worden hersteld. Defensie kent daarnaast een uitgebreid protocol voor interne onderzoeken.<sup>34</sup> Bij misstanden kan er een zogeheten huishoudelijk onderzoek worden gestart.

Na voltooiing van het onderzoek kan de commandant rechtspositionele maatregelen nemen tegen de betrokken militair zoals reeds eerder is omschreven. Dergelijke interne onderzoeken zijn echter niet bedoeld voor de opsporing van strafbare feiten. In deze onderzoeken worden militairen juist gestimuleerd om te verklaren en openheid van zaken te geven. Immers dient de orde te worden hersteld. Indien uiteindelijk een vermoeden blijkt dat er sprake is van een gepleegd strafbaar feit dan is het echter niet ongebruikelijk dat de uitkomsten van dit huishoudelijk onderzoek aan het strafdossier wordt toegevoegd van de inmiddels als verdachte aangemerkte militair. Hetgeen uiteraard zeer nadelig kan zijn voor de strafzaak van de verdachte militair.

#### 6. De bijzondere militaire regelgeving leidt niet zelden tot zeer bijzondere strafzaken en belangwekkende uitspraken

Het element van verantwoording afleggen speelde ook in diverse artikel 12 Sv beklagzaken tegen militaire commandanten. Militairen moeten nu eenmaal beslissingen nemen die fatale gevolgen kunnen hebben. Een militair is en blijft verantwoordelijk en van hem of haar wordt verwacht dat er verantwoording wordt afgelegd. In dit licht dient verder verwezen te

<sup>32</sup> Zie Beleidsregel veiligheidsonderzoeken 2018 van 16 februari 2018, *Stcrt.* 2018, 10266, p. 7.

<sup>33</sup> Artikel 126 a Algemeen militair ambtenarenreglement.

<sup>34</sup> Aanwijzing SG A/989.

worden naar de overwegingen van het militaire gerechtshof in de uitspraak op beklag van 14 oktober 2010 betreffende een fatale ‘eigen vuur’ incident.<sup>35</sup>

“De vraag of iemand in strafrechtelijk zin in min of meer grove mate is tekortgeschoten in zijn zorgplicht om bepaalde gevolgen zoveel mogelijk te voorkomen zal derhalve met inachtneming van tijd en plaats en omstandigheden verschillend dienen te worden beantwoord. Het voorgaande brengt met zich dat professionele beroepsbeoefenaren in de hectiek van hun beroepsbeoefening niet te eenvoudig naar de reguliere normen mogen worden beoordeeld, maar naar de specifieke praktijkcontext waarbinnen de gedragsnormen worden geëffectueerd.”

In die zaak bleek dat militairen bijzonder kwetsbare verdachten zijn. Het is aan de verdediging om te wijzen op de specifieke praktijkcontext waarbinnen de verweten gedragingen zijn gepleegd.

Een andere zaak waaruit blijkt dat militairen een kwetsbare positie hebben binnen het strafrecht kan worden geïllustreerd aan de hand van de volgende zaak:<sup>36</sup>

Op 2 juli 2015 vindt er een compagniefeest plaats op de Johannes Postkazerne met daarbij gepaard een ontgroeningsritueel (de zogeheten Phoenix test). Tijdens deze ontgroening is het gebruikelijk dat de ‘watervallers’<sup>37</sup> op een paar momenten een emmer water over zich heen krijgen. Het ontgroeningsritueel gaat dit keer echter mis. Een sergeant en een soldaat raken hierbij gewond. De soldaat loopt zelfs eerste en tweedegraads brandwonden op. Het lijkt er sterk op dat er chloorhoudende middelen aan het water zijn toegevoegd. De commandant van de 44 pantserinfanteriebataljon geeft vervolgens aan dat het niet acceptabel is dat compagnieleden schoonmaakmiddelen aan de emmers water toevoegen om deze vervolgens over anderen te gooien en roept degenen op zich bij hem te melden die hierbij betrokken zijn. Hierop melden een korporaal en twee soldaten zich bij de commandant. Zij geven aan dat zij inderdaad schoonmaakmiddelen aan het water hebben toegevoegd, dat ze hiervan spijt hebben en het e.e.a. niet goed doorgedacht hebben. Ze verklaren echter geen chloorhoudenden middelen te hebben toegevoegd.

Op 8 juli 2015 doet de commandant echter aangifte van een mogelijk strafrechtelijk voorval (mishandeling). De commandant heeft overwogen om de zaak tuchtrechtelijk af te doen. Het Openbaar Ministerie vindt het echter ongewenst om de zaak enkel door een commandant tuchtrechtelijk af te doen. De commandant verklaart in zijn aangifte dat hij er heilig van is overtuigd dat de korporaal en soldaat dit nooit zouden hebben gedaan als zij de gevolgen hadden overzien en benadrukt dat de betrokkenen een goede staat van dienst hebben binnen de compagnie en zelfs van grote waarde zijn. Na de door de commandant ingediende aangifte besluit het Openbaar Ministerie dat de Koninklijke Marechaussee (KMar) onderzoek gaat doen. De verdachten worden verhoord en verklaren welke schoonmaakmiddelen zij aan de emmers water hebben toegevoegd. Vervolgens stelt de wachtmeester een aanvullend proces-verbaal op over deze gebruikte schoonmaakmiddelen en vermeldt hierin wat de bestanddelen, eigenschappen en de gevaren zijn van deze middelen. Door de wacht-

---

35 Hof Arnhem, 14 oktober 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BO0388.

36 Rb. Gelderland, 28 augustus 2017, nrs. 05/760054-15, 05/760055-15, 05/760059-15.

37 De watervallers zijn uitvallers van de Koninklijke Militaire School die eerst als manschap bij de eenheid beginnen om ervaring op te doen alvorens weer verder de onderofficiersopleiding te voltooien.

meester worden de eigenschappen en bestanddelen op het internet opgezocht en in het proces-verbaal vermeld.

De drie militairen worden hierop gedagvaard voor de meervoudige militaire kamer. Hen wordt primair poging zwaar lichamelijk letsel verweten met voorbedachte raad waarbij chloorhoudenden middelen zouden zijn gebruikt. Subsidiar wordt hen mishandeling in vereniging gepleegd met voorbedachte raad. Op verzoek van de verdediging wordt door het NFI eveneens een tweetal onderzoeken verricht. Uit deze onderzoeken blijkt dat het mengen van de inbeslaggenomen schoonmiddelen, indien dit over iemand wordt heen gegooid, hoogstens leidt tot irritatie van de ogen. Verder vermeldt dit onderzoek dat dit risico op irritatie afneemt naarmate het mengsel is verdund met water. Daarentegen wordt duidelijk dat een oplossing van chloortabletten wel brandwonden tot resultaat kan hebben. Chloor tabletten worden gebuikt om de watertanken schoon te maken en zijn dus op het terrein aanwezig. Echter blijkt uit het dossier geenszins dat de verdachten chloortabletten aan het water hebben toegevoegd. Uit het tweede NFI-onderzoek verricht door een forensisch arts blijkt verder dat het zeer onwaarschijnlijk is dat de inbeslaggenomen schoonmaakmiddelen de geconstateerde brandwonden hebben veroorzaakt. De zaak wordt vervolgens op 28 augustus 2017 inhoudelijk behandeld. Dat is dus ruim 3 jaar na dato. Hetgeen voor de betrokkenen militairen al die tijd als een zwaard van Damocles boven hun hoofd heeft gehangen. Ter zitting rekwireert de militaire zaakofficier van justitie tot vrijspraak. Op verzoek van de verdediging doet de militaire kamer meteen uitspraak en spreekt de militairen vrij. De voorzitter merkt hier nog op dat hij zich zorgen maakt over de lange doorlooptijden in militaire strafzaken, zoals ook in deze zaak het geval was. Immers na drie jaar worden de drie militairen eindelijk vrijgesproken.

Deze zaak maakt eveneens duidelijk dat de positie van de militaire verdachten zeer bijzonder en kwetsbaar is. Niet in de laatste plaats vanwege het feit dat de verdachten zichzelf verdacht hadden gemaakt simpelweg omdat zij verantwoording wilden nemen voor hun rol in het geheel nadat de commandant de verplichte aangifte had gedaan bij de KMar. Met andere woorden: de zaak werd strafrechtelijk door de verplichte aangifte, niet omdat de latere verdachten een bekennende verklaring hadden afgelegd. Echter, aangezien zij de enigen waren die de verantwoordelijkheid namen om zichzelf te melden en een verklaring af te leggen, was het voor de KMar zo klaar als een klontje om hen dan ook meteen als verdachten aan te merken. Het strafrechtelijk onderzoek werd daarnaast zeer slecht uitgevoerd. Immers, de ‘daders’ hadden zich al gemeld. Zij deden volop mee aan het uitvoeren van de ontgroening, zoals zelf verklaard, dus waren zij medeverantwoordelijk voor het tekortschieten in de zorgplicht om bepaalde gevolgen te voorkomen.

Wanneer een militair verdacht kan worden van het plegen van strafbare feiten dan bevindt deze zich in een bijzondere en kwetsbare positie (gezien het militair ambtenarenrecht). Het element van verantwoording afleggen speelt ook hier een rol. Immers, nadat de commandant degenen oproept die schoonmaakmiddelen aan het water hebben toegevoegd, melden de twee militairen zich bij de commandant en doen hun verhaal. De militairen voelen het immers als een plicht om een verklaring af te leggen. Een verklaring die hen vervolgens tot verdachten maakt in een driejarig durende strafzaak. De militair verdient dan ook bijzondere aandacht en vooral een deskundige en scherpe verdediging.

# Vreemdelingenbewaring onder de loep

S. THELOSEN<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

In Nederland komt het met de nodige regelmaat voor dat vreemdelingen worden gedetineerd met het doel om hen het land uit te zetten. Het is het voornaamste drukmiddel dat de overheid in handen heeft om de regels van het vreemdelingenrecht mee af te dwingen. Enkel Nederlanders hebben het recht om in Nederland te verblijven, en personen met een andere nationaliteit die uitdrukkelijk toestemming hebben om hier te zijn op basis van ofwel een visum of verblijfsvergunning, dan wel van rechtswege (denk bij die laatste categorie vooral aan EU-burgers). Iedereen die niet binnen deze categorieën past mag Nederland niet inreizen. Ben je hier toch, of probeer je zonder de juiste papieren de grens over te komen, dan dien je te vertrekken. Goedschiks of kwaadschiks. Bewaring is de kwaadschikse variant.

Het fenomeen vreemdelingenbewaring stelt de overheid voor een hels dilemma (althans, dat zou het moeten doen). Enerzijds is het begrijpelijk dat de staat een middel nodig heeft om de Vreemdelingenwet mee te handhaven; zonder detentiemogelijkheden zou gedwongen uitzetting immers ook niet mogelijk zijn. En zonder de mogelijkheid van uitzetting kan een vreemdeling zonder toestemming tot verblijf in Nederland haar schouders ophalen. Het leven van een illegale vreemdeling gaat zeker niet over rozen, maar vrees voor deportatie zou zij in dat geval niet hoeven hebben.

Anderzijds is illegaal verblijf in Nederland geen strafbaar feit, en al was dat zo; vreemdelingenbewaring is geen strafrechtelijke maatregel. Het is vrijheidsontneming van een persoon die niet strafrechtelijk wordt vervolgd, voor een op voorhand onduidelijke duur. Vreemdelingenbewaring wordt echter wel ten uitvoer gelegd in een detentiecentrum, een gevangenis. Het is dus ook even ingrijpend als een gevangenisstraf. Kinderen worden terughoudend in bewaring gezet, maar zij zijn er niet volledig van uitgesloten. Zieke en oudere mensen krijgen over het algemeen zelfs helemaal geen coudance, omdat de medische behandeling in het detentiecentrum kwalitatief gelijk zou zijn aan behandeling in een ziekenhuis.

De overheid moet dus kiezen tussen het weerloos toekijken terwijl illegale vreemdelingen uitdrukkelijke ‘terugkeerbesluiten’ negeren, en het opsluiten van onschuldige, veelal kwetsbare mensen. Aangezien het vreemdelingenrecht op Europees niveau grotendeels is geharmoniseerd, heeft de wetgever van de Europese Unie geprobeerd om wettelijke kaders in het leven te roepen die erop toezien dat tussen deze twee uitersten wordt gemanoeuvreed.

Hierna zal ik eerst bespreken op welke wijze vreemdelingenbewaring is geregeld in de Nederlandse vreemdelingenwet, de Vreemdelingenwet 2000 (hierna: Vw). Daarna bespreek ik twee onderwerpen, waarbij het Europese recht naar mijn mening niet juist wordt toegepast in de Nederlandse praktijk: 1) vreemdelingenbewaring als ‘ultimum remedium’ en 2) vreemdelingenbewaring van asielzoekers.

---

<sup>1</sup> Sjoerd Thelosen is vreemdelingenrechtadvocaat bij Cleerdin & Hamer Advocaten.

## 2. Het wettelijk kader

In artikel 5 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM) is het recht op vrijheid neergelegd. Niemand mag van zijn vrijheid worden beroofd, behoudens enkele uitzonderingen die in het eerste lid van dit artikel staan omschreven. Discussie is mogelijk, maar vooralsnog is de consensus dat enkel artikel 5 lid 1 onder f, EVRM, als rechtvaardigingsgrond voor vreemdelingenbewaring mag worden aangehaald. Dat onderdeel bepaalt dat detentie mogelijk is om illegaal verblijvende vreemdelingen van het grondgebied te verwijderen, of om een illegale binnenkomst te beletten.

Er zijn meerdere grondslagen voor vreemdelingenbewaring te vinden in de Vw, maar grofweg kan gesproken worden van twee categorieën: grensdetentie (artikel 6 Vw) en detentie van vreemdelingen die zich ten tijde van de aanhouding al op Nederlands grondgebied bevonden (artikel 59, 59a en 59b Vw). Dat sluit dus keurig aan bij de twee beperkingsmogelijkheid van artikel 5, eerste lid, onder f, EVRM.

In de Nederlandse praktijk wordt ‘tegenhouden’ echter ook nog weleens als rechtvaardiging gebruikt bij de toepassing van een artikel 59 Vw-maatregel – in weerwil dus van het feit dat de betreffende vreemdeling op dat moment al in Nederland was en in werkelijkheid derhalve niet langer tegengehouden kon worden. De reden daarvoor is dat het EHRM in het arrest *Saadi/Het Verenigd Koninkrijk*<sup>2</sup> heeft bepaald dat het mogelijk is om een ‘unlawful entry’ tegen te houden, zo lang de binnenkomst niet ‘lawful’ is. Oftewel, als een vreemdeling Nederland op illegale wijze binnenkomt en hier vervolgens ook illegaal verblijft, dan is het mogelijk om haar illegale binnenkomst op een later moment alsnog te ‘voorkomen’, zo lang zij maar geen toestemming tot verblijf heeft gekregen. Of met toestemming tot verblijf ook procedureel rechtmatig verblijf kan worden bedoeld zal van de omstandigheden van het geval afhangen.

Hoewel het overzichtelijk zou zijn is het dus mogelijk te kort door de bocht om artikel 6 Vw als een uitwerking van de eerste zinsnede van artikel 5 lid 1 onder f, EVRM te beschouwen, en artikel 59 Vw e.v. als uitwerking van de tweede. Dit is echter nog niet volledig uitgekristalliseerd.

Wat wel zeker is, is dat grensdetentie op grond van artikel 6 Vw enkel kan worden toegepast op personen die het niet is gelukt om een Nederlandse buitengrens te passeren. De maatregel is bedoeld om een toegangsweigering ten uitvoer te leggen. Een weigering van de toegang tot Nederland betreft ook een toegangsweigering tot de andere Schengen-lidstaten en dit gebeurt dus doorgaans op het vliegveld. De betrokkene wordt dan gesommeerd om aldaar te verblijven, in de ‘lounge’, of op een detentiecentrum aan de grens (indien de vlucht niet op korte termijn geregeld kan worden) op grond van artikel 6 Vw. Het indienen van een asielaanvraag stelt de toegangsweigering uit, maar geeft geen vrije toegang tot het Nederlandse grondgebied. De asielprocedure zal dan eerst moeten worden doorlopen, aan de grens en in een detentiecentrum.

De overige detentiemaatregelen, geregeld in artikel 59 e.v. Vw, kunnen worden toegepast in meerdere situaties. De standaard casus betreft de vreemdeling die wordt aangetroffen in Nederland zonder verblijfstatus. Zij kan in bewaring worden gesteld op grond van artikel 59 lid 1 onder a, Vw. Heeft zij wel een vorm van procedureel rechtmatig verblijf, dan is bewaring mogelijk op grond van artikel 59 lid 1 onder b, Vw. Te denken valt dan aan een procedure in bezwaar of in beroep bij de rechtbank, die een opgelegde vertrekplicht opschort

<sup>2</sup> EHRM 29 januari 2008, 13229/03, ECLI:CE:ECHR:2008:0129JUD001322903 (*Saadi/Het Verenigd Koninkrijk*).



maar waarvan de autoriteiten verwachten dat de uitkomst uiteindelijk niet in het voordeel van de vreemdeling zal uitvallen.

Asielzoekers vormen een aparte categorie. Zij hebben per definitie rechtmatig verblijf in Nederland zo lang de asielprocedure aanhangig is.<sup>3</sup> Toch is ook in hun geval vreemdelingenbewaring onder omstandigheden mogelijk, op grond van artikel 59b Vw.

Ten slotte zijn er de zogenaamde ‘Dublin-claimanten’. Dit zijn (voormalig) asielzoekers die in Nederland geen toegang hebben tot een inhoudelijke asielprocedure, omdat een andere lidstaat van de Europese Unie op grond van de zogenaamde Dublinverordening<sup>4</sup> daar verantwoordelijk voor is. Die lidstaat is eveneens verantwoordelijk voor de uitzetting van de betrokken vreemdeling. Bewaring kan in dat geval op grond van artikel 59a Vw worden toegepast om de vreemdeling over te dragen aan de andere EU-lidstaat, met het doel om haar aldaar de asielprocedure te laten doorlopen, of om haar van het grondgebied van de Europese Unie te verwijderen.

Overigens is van belang om te vermelden dat Dublin-claimanten rechtmatig in Nederland verblijven, als zij in Nederland asiel hebben aangevraagd. Indien de IND besluit om hun asielaanvraag niet in behandeling te nemen omdat een andere EU-lidstaat daar verantwoordelijk voor is, dan behoudt de betrokkene dat rechtmatig verblijf op grond van artikel 8, onder m, Vw, totdat zij feitelijk is overgedragen. Daarmee is dit dus ook een groep die ondanks rechtmatig verblijf in Nederland in detentie kan worden gezet ter uitvoering van de vreemdelingenwet.

### 3. **Ultimum remedium**

Vreemdelingendetentie kan gelet op het hiervoor gegeven overzicht dus inderdaad worden toegepast op iedere niet-Nederlander die geen geldige verblijfsvergunning heeft. Sterker, bewaring is zelfs mogelijk bij een grote groep vreemdelingen die rechtmatig in Nederland verblijven.

De bevoegdheden zijn daarmee erg ruim, wat betekent dat er voorzichtig en terughoudend mee moet worden omgegaan. Niets doen tegen illegaal verblijf is het ene uiterste, maar vreemdelingenbewaring het andere; er is geen zwaarder middel mogelijk binnen het Nederlandse recht.

Vreemdelingenbewaring is dan ook een ‘ultimum remedium’, een uiterst redmiddel. Waar al het andere is geprobeerd maar heeft gefaald, kan een ongehoorzame vreemdeling in het laatste geval in de gevangenis worden gezet om haar vertrek uit Nederland dan maar op die manier te bewerkstelligen.

In het geval van illegaal verblijvende vreemdelingen kan deze regel worden afgeleid uit de Terugkeerrichtlijn<sup>5</sup>. Dat vreemdelingenbewaring een uitzonderlijke maatregel is, volgt uit artikel 15 en punt 16 van de Preambule. Verder heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof van Justitie) een duidelijk stappenplan voorgeschreven in het arrest *El Dridi/Italië*<sup>6</sup>:

3 Dit volgt uit artikel 9 van Richtlijn 2013/32/EU (Procedurerichtlijn) en artikel 8, onder f, Vw.

4 Verordening (EU) Nr. 604/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 tot vaststelling van de criteria en instrumenten om te bepalen welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van een verzoek om internationale bescherming dat door een onderdaan van een derde land of een staatloze bij een van de lidstaten wordt ingediend (herschikking).

5 Richtlijn 2008/115/EG (Terugkeerrichtlijn).

6 HvJEU 28 april 2011, C-61/11, ECLI:EU:C:2011:268 (*Hassen El Dridi alias Soufi Karim/Italië*).

“37 Uit artikel 7, leden 3 en 4, van voornoemde richtlijn volgt dat slechts in bijzondere omstandigheden, zoals wanneer er een risico bestaat op onderduiken, de lidstaten, enerzijds, aan de adressaat van het terugkeerbesluit de verplichting kunnen opleggen om zich regelmatig te melden bij de autoriteiten, een voldoende financiële zekerheid te stellen, documenten voor te leggen of op een bepaalde plaats te verblijven, dan wel, anderzijds, een termijn voor vrijwillig vertrek kunnen vaststellen die korter is dan zeven dagen, en zelfs ervan kunnen afzien een dergelijke termijn toe te kennen.

38 In het laatste geval, maar ook in de situatie dat niet binnen de voor het vrijwillige vertrek toegestane termijn aan de terugkeerverplichting is voldaan, volgt uit artikel 8, leden 1 en 4, van richtlijn 2008/115 dat, teneinde de doeltreffendheid te verzekeren van de terugkeerprocedures, die bepalingen aan de lidstaat die een terugkeerbesluit heeft genomen tegen een illegaal verblijvende onderdaan van een derde land, de verplichting opleggen om door het nemen van de nodige maatregelen, met inbegrip van eventuele dwangmaatregelen, op evenredige wijze en, met name, met eerbiediging van de grondrechten, over te gaan tot verwijdering.

39 Dienaangaande vloeit uit punt 16 van de considerans van die richtlijn, alsmede uit de tekst van artikel 15 lid 1 ervan, voort dat de lidstaten de verwijdering dienen uit te voeren met de minst dwingende maatregelen. Enkel in het geval waarin de tenuitvoerlegging van het terugkeerbesluit – door middel van verwijdering – in gevaar dreigt te komen door het gedrag van de betrokkene, hetgeen per geval moet worden beoordeeld, kunnen de lidstaten laatstgenoemde zijn vrijheid ontnemen door hem in bewaring te stellen.”

De Uniewetgever en het Hof van Justitie zijn zich er duidelijk van bewust dat vreemdelingenbewaring geen picknick is. Veel duidelijker dan de hiervoor aangehaalde overweging kan het ook niet worden; eerst moet een vrijwillig vertrek worden aangeboden en gefaciliteerd, binnen een redelijke termijn. Lukt dat niet, dan moet worden bezien waarom niet en of de overheid iets kan doen om het alsnog mogelijk te maken. Lijkt het erop dat het alleen niet lukt omdat de vreemdeling de terugkeer frustreert, dan mag de overheid stukje bij beetje iets van dwang gaan toepassen, bijvoorbeeld door een meldplicht op te leggen of door een borgsom te vragen. Ook kan worden gedacht aan plaatsing in een (open) uitzettingscentrum. Als dat allemaal geen nut heeft en de vreemdeling blijft ondanks deze handreikingen tegenwerken, dan is detentie een mogelijkheid, mits daarmee ook het doel van terugkeer bereikt kan worden. In dat geval kan er in alle redelijkheid van worden uitgegaan dat deze vreemdeling zich aan het toezicht onttrekt of dat zij onderduikt, dan wel dat er een risico bestaat dat zij dat zal gaan doen, en dat eerder geprobeerde lichtere middelen dan bewaring geen effect sorteren.

De Nederlandse praktijk is helaas anders. Hoewel de Terugkeerrichtlijn geldend recht is in Nederland, en de uitleg van het Hof van Justitie in het arrest *El Dridi* eveneens, lijkt de overheid er geen boodschap aan te hebben. Zij past vreemdelingenbewaring niet toe als ‘ultimum remedium’, maar als enige remedium zodra er ook maar enige aanwijzing voor is dat de vreemdeling haar spullen niet al gepakt heeft en haar ticket geboekt.

Artikel 59 Vw betreft een implementatie van artikel 15 van de Terugkeerrichtlijn. Het is verder uitgewerkt in artikel 5.1a en verder van het Vreemdelingenbesluit 2000 (Vb), een algemene maatregel van bestuur. In artikel 5.1a, lid 1, Vb is (in lijn met de Terugkeerrichtlijn) neergelegd dat een vreemdeling in bewaring kan worden gesteld als er een risico be-

staat dat zij zal onderduiken of zich aan het toezicht zal onttrekken. In het tweede lid en verder is vervolgens uitgewerkt wanneer daarvan sprake is. In artikel 5.1b, lid 3 en lid 4, zijn meerdere zogenoemde ‘bewaringsgronden’ opgesomd, indicaties die erop wijzen dat sprake is van onttrekkings- of onderduikgedrag. Als de overheid kan aantonen dat tenminste twee van die bewaringsgronden mogen worden tegengeworpen, dan mag ervan worden uitgegaan dat sprake is van een risico op onderduiken, wat betekent dat het ‘ultimum remedium’ vreemdelingenbewaring gerechtvaardigd is.

De terughoudendheid die de Terugkeerrichtlijn voorschrijft is niet terug te vinden in dit Nederlandse wettelijke kader. De bewaringsgronden van artikel 5.1b Vw zijn namelijk zo ruim geformuleerd, dat aan vrijwel alle illegale vreemdelingen kan worden tegengeworpen dat bij hen het risico bestaat dat zij zich aan het toezicht zullen onttrekken.

De twee ‘populairste’ bewaringsgronden zijn de omstandigheid dat de vreemdeling niet beschikt over middelen van bestaan en een vast adres. Illegale vreemdelingen mogen echter niet werken, noch kunnen zij zich inschrijven bij het BRP. Dat betekent dat deze gronden vrijwel altijd kunnen worden aangekruist. Zoals gezegd zijn twee gronden voldoende, dus feitelijk is hiermee de kous al af.

Het niet voldoen aan een terugkeerbesluit is een andere bewaringsgrond. Ook dit is weinig onderscheidend, aangezien een terugkeerbesluit moet worden opgelegd voordat überhaupt van illegaal verblijf kan worden gesproken. Als wel is voldaan aan een terugkeerbesluit dan is de vreemdeling niet meer in Nederland, en als de termijn voor vrijwillig vertrek nog loopt dan mag zij niet in bewaring worden gesteld. Het is uiteraard mogelijk dat de vreemdeling nooit een terugkeerbesluit heeft ontvangen omdat zij nooit op de radar is geweest van de overheid, maar daarmee heeft zij dan meteen twee andere bewaringsgronden te pakken, namelijk het onttrekken aan het toezicht en het verzaken van de plicht om haar illegale verblijf te melden bij de vreemdelingenpolitie (een plicht die voortvloeit uit hoofdstuk 4 Vb).

Met andere woorden – het is onmogelijk om een voorbeeld te bedenken van een vreemdeling die onder het bereik van de Terugkeerrichtlijn valt, maar op wie niet tenminste twee bewaringsgronden van toepassing zijn. Niet enkel bij arme economische migranten en afgewezen asielzoekers zijn eenvoudig twee bewaringsgronden te noemen, maar ook bij rijke zakenlui die door onachtzaamheid langer in Nederland blijven dan hun visum het toestaat; ook zij zullen in de regel niet staan ingeschreven op een Nederlands adres, en daarnaast is het laten verlopen van een visum ook een bewaringsgrond.

Enkel de vreemdeling die een terugkeerbesluit heeft ontvangen met een termijn voor vrijwillig vertrek kan er vrij zeker van zijn dat zij binnen die termijn niet in bewaring wordt gesteld, maar daarbij moet de kanttekening worden gemaakt dat die vertrektermijn ook niet hoeft te worden geboden als sprake is van een risico op onderduiken naar dezelfde definitie.

Het is niet overtrokken om te stellen dat ‘ultimum remedium’ karakter afwezig is in het Nederlandse vreemdelingenrecht en –beleid. Bewaring van vreemdelingen zonder verblijfsvergunning is zo goed als altijd toegestaan. Wanneer het wel en niet wordt toegepast is enkel van de grillen van de uitvoerende macht afhankelijk. Vormfouten kunnen worden gemaakt en deze kunnen ook leiden tot een bevel van de vreemdelingenrechter om de be-

waringsmaatregel op te heffen, maar buiten dat toetst de rechter enkel of twee of meer bewaringsgronden terecht zijn tegengeworpen – wat dus doorgaans het geval zal zijn.

Een ander probleem is dat bewaring het ‘ultimum remedium’ is, maar dat andere middelen feitelijk niet beschikbaar zijn, of in ieder geval in de praktijk niet worden toegepast. Als een vreemdeling illegaal in Nederland verblijft dan heeft zij de plicht om te vertrekken, en zo ziet de overheid het ook. De vreemdeling moet zelf maar zien hoe zij aan de plicht voldoet. Ze mag om ondersteuning en bemiddeling vragen, maar dat is dan een gunst, en alleen als zij zelf al voldoende pogingen heeft gedaan.<sup>7</sup> Wettelijk noch beleidsmatig zijn er duidelijke mogelijkheden voor lichtere middelen geregeld in de Nederlandse wet. Overplaatsing naar een vrijheidsbeperkende locatie wordt doorgaans niet als alternatief toegepast, in ieder geval is het onduidelijk wanneer daar wel voor wordt gekozen. Verder wordt elektronisch toezicht op vreemdelingen (zoals een enkelband) helemaal niet toegepast, noch worden borgsommen opgelegd.

Er is, kortom, nog veel ruimte voor verbetering. Momenteel is de Nederlandse regelgeving simpelweg niet in lijn met de Terugkeerrichtlijn, waardoor het in strijd is met het (hogere) recht van de Europese Unie. Het zou mooi zijn als hier eens een prejudiciële vraag over zou worden gesteld bij het Hof van Justitie, door een dappere (of wakkere) rechter die de zeer bestendige Nederlandse jurisprudentielijn aan de kaak durft te stellen.

#### 4. **Bewaring van asielzoekers**

Zoals al benoemd verblijven asielzoekers per definitie rechtmatig in Nederland. Dit betekent dat zij niet uitgezet kunnen worden zo lang zij “asielzoeker” zijn. Als zij asiel aanvragen voordat zij de grens passeren, dan worden zij (in de praktijk automatisch) in grensdetentie gezet op grond van artikel 6 Vw. Voor asielzoekers die al in Nederland zijn, kan artikel 59b Vw worden toegepast. Die laatste maatregel zal ik hier bespreken.

Bij detentie van asielzoekers is de Terugkeerrichtlijn niet van toepassing, vanwege hun legale verblijfstatus. Toch zijn de uitgangspunten van de Terugkeerrichtlijn voor een groot deel van toepassing. Ook in het geval van asielzoekers is bewaring een ‘ultimum remedium’, en moet het voor zover mogelijk nog terughoudender worden toegepast dan bij illegaal verblijvende vreemdelingen. Dit volgt uit artikel 7 e.v. EU-Opvangrichtlijn<sup>8</sup>. In deze richtlijn is geregeld dat asielzoekers recht hebben op opvang in de lidstaat waar zij asiel hebben aangevraagd. Gedurende de asielprocedure mogen zij zich ook vrijelijk over het grondgebied van die lidstaat bewegen. In uitzonderingsgevallen kunnen zij echter in vreemdelingenbewaring worden gesteld, als dit noodzakelijk is.

Aanvullende eis is dat moet worden voldaan een van de rechtvaardigingsgronden die staan opgesomd in artikel 8, derde lid, van deze richtlijn. Vier van die gronden zijn geïmplementeerd in artikel 59b Vw. Het is op grond van het Nederlands recht daarom mogelijk om asielzoekers te detineren als a) de identiteit van de asielzoeker onvoldoende vaststaat en moet worden onderzocht, b) bewaring noodzakelijk is om de asielaanvraag te beoordelen, met name als sprake is van een risico op onderduiken, c) de asielaanvraag is ingediend vanuit detentie hoewel dit ook eerder had gekund, en de aanvraag – dus – enkel het doel lijkt

7 Zie bijvoorbeeld: <https://www.dienstterugkeerenvertrek.nl/VertrekkuitNederland/Zelfstandigvertrek/Bemiddelingsverzoek/index.aspx>.

8 Richtlijn 2013/33/EU (*Opvangrichtlijn*).

te hebben om uitzetting te frustreren, en/of d) als de asielzoeker een gevaar vormt voor de openbare orde.

Hoewel de Opvangrichtlijn en de implementatie daarvan in artikel 59b Vw dus duidelijke gronden bevatten op grond waarvan een asielzoeker in bewaring kan worden gesteld, blijft artikel 5 EVRM ondertussen ook gewoon van toepassing. En dat kan voor complicaties zorgen, want onder welke zinsnede van artikel 5 lid 1 onder f, EVRM, is bewaring van asielzoekers te scharen?

In het algemeen zijn er twee scenario's denkbaar. Een persoon vraagt asiel aan nadat de staat haar al een keer uitdrukkelijk heeft verteld dat zij dient te vertrekken (door een terugkeerbesluit op te leggen), of de asielaanvraag wordt ingediend zonder dat ooit eerder is vastgesteld dat de asielzoeker onrechtmatig in Nederland verblijft.

In het eerste scenario heeft het Hof van Justitie in het arrest *J.N./Nederland*<sup>9</sup> bepaald dat bewaring onder deze omstandigheden valt te plaatsen onder de tweede zinsnede van artikel 5 lid 1 onder f, EVRM. Er was een terugkeertraject gaande toen de vreemdeling asiel aanvraag. Vervolgens kreeg hij weliswaar rechtmatig verblijf, maar enkel voor de duur van de asielprocedure. Dit schortte het al lopende terugkeertraject enkel op; de terugkeerverplichting was niet definitief beëindigd door de asielaanvraag. Bewaring van de asielzoeker in dit scenario geldt dus nog steeds simpelweg als uitzettingsdetentie.

Hoe het zit met asielzoekers die nooit een terugkeerbesluit hebben ontvangen volgt niet uit het arrest *J.N./Nederland*. Het hof heeft zich daar simpelweg niet over uitgelaten. Het lijkt er echter op dat van uitzettingsdetentie niet kan worden gesproken. Er is namelijk in die gevallen nog geen sprake geweest van een terugkeertraject, dus dat kon ook niet worden opgeschort. Daarnaast is het onmogelijk om een terugkeertraject op te starten nadat een vreemdeling asiel heeft aangevraagd, maar voordat op die aanvraag is beslist.

Zoals hiervoor besproken zou kunnen worden betoogd dat bewaring in deze gevallen mogelijk is om een 'unlawful entry' te voorkomen. De asielzoeker heeft geen verblijfsvergunning, maar enkel onzeker procedureel rechtmatig verblijf. Bewaring kan daarom worden ingezet om te voorkomen dat zij zich definitief onrechtmatig in Nederland vestigt, na een eventuele afwijzing van haar asielaanvraag.

Heel overtuigend is dit argument evenwel niet. De asielzoeker wordt feitelijk overduidelijk niet meer tegengehouden als zij na binnenkomst in bewaring wordt gesteld, daar is het dan te laat voor. Bovendien hebben asielzoekers wel degelijk toestemming gekregen om in Nederland te zijn. Hun asielaanvraag levert rechtmatig verblijf op en ook uitdrukkelijk het recht om zich vrij over het grondgebied van Nederland te bewegen. Daarmee hebben Nederland en de Europese Unie rechten in het leven geroepen voor asielzoekers, die er wellicht toe zouden moeten leiden dat zij tijdens de asielprocedure niet op grond van artikel 5 lid 1 onder f, eerste zinsnede, EVRM, in detentie kunnen worden gesteld. Dit kan worden afgeleid uit het arrest van het EHRM inzake *O.M./Hongarije*,<sup>10</sup>:

“At this juncture, the Court would add that Article 5 § 1 (f) may also provide justification, in some specific circumstances, for detentions of asylum-seekers (see Saadi, cited above,

9 HvJEU 15 februari 2016, C-601/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:84 (*J.N./Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*).

10 EHRM 5 juli 2016 (9912/15), punt 47, (*O.M./Hongarije*).

§ 64). At the same time, it observes that where a State which has gone beyond its obligations in creating further rights or a more favourable position – a possibility open to it under Article 53 of the Convention – enacts legislation (of its own motion or pursuant to European Union law) explicitly authorising the entry or stay of immigrants pending an asylum application (see section 5(1) a) of the Asylum Act, quoted in paragraph 21 above), an ensuing detention for the purpose of preventing an unauthorised entry may raise an issue as to the lawfulness of the detention under Article 5 § 1 (f) (...).”

Het valt dus heel goed te bepleiten dat detentie van asielzoekers die nooit illegaal in Nederland hebben verbleven simpelweg niet is toegestaan, omdat artikel 5 EVRM geen uitzonderingsgrond op het recht op vrijheid bevat, die daarbij past.

Zonder oog te hebben voor deze discussie heeft de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) evenwel vastgesteld dat de Opvangrichtlijn in lijn is met artikel 5 EVRM, zoals het Hof van Justitie heeft bepaald in het arrest *J.N./Nederland*, en dat artikel 59b Vw dus kan worden toegepast op asielzoekers, mits aan een van de rechtvaardigingsgronden is voldaan die daarin staan genoemd.<sup>11</sup> Daarmee wordt volledig voorbij gegaan aan het feit dat het in het arrest *J.N.* een asielzoeker betrof die al eerder een terugkeerbesluit had ontvangen en dat het antwoord van het Hof ook is toegespitst op die casus. Daarnaast moge het zo zijn dat de Opvangrichtlijn op zichzelf niet in strijd is met het EVRM, maar dat laat natuurlijk onverlet dat toepassing van de bewaringsmogelijkheden van die richtlijn in individuele gevallen nog immer in strijd kan zijn met artikel 5 EVRM.

De Afdeling heeft voorts ook uit het arrest *J.N./Nederland* afgeleid dat bij bewaring van asielzoekers niet hoeft te worden beoordeeld of sprake is van ‘zicht op uitzetting’.<sup>12</sup> Dit is wel een imperatieve voorwaarde bij bewaring op grond van de Terugkeerrichtlijn. Er moet enig reëel vooruitzicht zijn dat uitzetting uiteindelijk daadwerkelijk praktisch mogelijk is. Als op voorhand is uitgesloten dat de vreemdeling kan vertrekken, dan mag zij ook niet in bewaring worden gesteld, ondanks een vertrekplicht.

Bij asielzoekers ligt dat nu dus anders. Zelfs als het al tijdens de asielprocedure overduidelijk is dat de asielzoeker na een eventuele afwijzing van haar aanvraag niet zal kunnen terugkeren naar haar land van herkomst, dan nog kan zij tijdens de asielprocedure in bewaring worden gesteld – om na een afwijzing dan direct in vrijheid te worden gesteld, omdat een maatregel op grond van artikel 59 Vw is uitgesloten. Het is moeilijk in te zien welk doel bewaring in die gevallen nog dient en hoe dit onder een van de zinsneden van artikel 5 lid 1 onder f, EVRM kan worden geplaatst. Door niet te toetsen aan zicht op uitzetting wordt expliciet toegegeven dat het geen uitzettingsmaatregel is. Van tegenhouden kun je daarnaast evenmin spreken als je van tevoren weet dat de betrokkene na de asielprocedure in vrijheid zal worden gesteld.

In de Nederlandse rechtspraak wordt enkel beoordeeld of feitelijk aan een van de voorwaarden van artikel 59b Vw wordt voldaan, maar daarin staat noch het doel ‘uitzetting’, noch ‘tegenhouden’ genoemd. Je kan je daarom – nog steeds – met recht afvragen of artikel 59b Vw wel beantwoordt aan een van de rechtvaardigingsgronden van artikel 5 EVRM. En zelfs als de IND een op grond van artikel 59b Vw opgelegde maatregel verdedigt onder het mom van het tegenhouden van een ongeoorloofde binnenkomst, kun je je vervolgens afvragen of

---

<sup>11</sup> ABRvS 8 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:959.

<sup>12</sup> ABRvS 6 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1552.

dit inderdaad wel het daadwerkelijke doel is van de detentiemaatregel. Dat is namelijk ook vereist, artikel 18 EVRM bepaalt dat uitzonderingsgronden op fundamentele rechten enkel kunnen worden toegepast om het daarin genoemde doel; het is onvoldoende dat een rechtvaardigingsgrond zich toevallig ook feitelijk voordoet.

Daarmee staat het naar mijn mening zeker niet vast dat het detineren van een asielzoeker omdat zij bijvoorbeeld een gevaar vormt voor de openbare orde, primair bedoeld is om haar de legale binnenkomst tot Nederland te belemmeren. De redactie van artikel 59b, eerste lid, Vw, en de uitleg die de Afdeling daaraan geeft in haar rechtspraak, wijst daar in ieder geval zeer zeker niet op. Nu het gaat om de uitleg van artikel 5 EVRM, is het aan het EHRM om hier in de toekomst nog een keer helderheid over te verschaffen.

## 5. Conclusie

Eerder dit jaar stelde Amnesty International vast dat er in de afgelopen tien jaar weinig verbetering te aanschouwen is geweest op het gebied van vreemdelingenbewaring in Nederland, ondanks dat de Nederlandse praktijk in al die tijd steeds op zijn minst op gespannen voet heeft gestaan met de grondrechten.<sup>13</sup> In deze bijdrage heb ik slechts twee onderwerpen besproken waarbij die kritiek naar mijn mening terecht is, maar het is ook mogelijk om er een boek over te schrijven. Waarom de waarborgen voor vreemdelingen zo beperkt zijn, geeft te raden. Mogelijk is er geen politiek draagvlak voor een versoepeling van de wet, maar dat zou geen reden mogen zijn om de geldende Europese regelgeving te negeren. De overheid is verplicht om ervoor te zorgen dat vreemdelingenbewaring als laatste en uiterste middel wordt gebruikt, en niet als eerste en enige instrument om de vreemdelingenwetgeving te handhaven. Daarnaast is er nog heel wat werk aan de winkel om ervoor te zorgen dat detentie van asielzoekers ‘EVRM-proof’ wordt.

Hopelijk kan ik over tien jaar, ter gelegenheid van het volgende Liber Amicorum, vaststellen dat aan de stagnatie eindelijk een einde is gekomen. Juist waar het gaat om de meest kwetsbare personen die in onze samenleving rondlopen moet ervoor worden gewaakt dat de overheid zich niet alleen aan de letter maar ook aan de geest van de wet houdt. Dat zij niet wordt afgeremd door de bestuursrechter is geen reden om er dan maar de kantjes van af te lopen. In tegendeel, dat zou een motivatie moeten zijn om zelf extra goed op te letten.

---

<sup>13</sup> Amnesty International, ‘Vreemdelingendetentie: 10 jaar weinig vooruitgang geboekt’, 20 februari 2018, <https://www.amnesty.nl/actueel/vreemdelingendetentie-in-10-jaar-weinig-vooruitgang-geboekt>





# Het strafproces als rouwbijeenkomst: is de weegschaal van Vrouwe Justitia nog wel in balans?

P.T. VERWEIJEN<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Met de invoering van het onbeperkte spreekrecht staat de verdachte niet alleen tegenover een aanklager, maar ook tegenover een slachtoffer dat vaak wordt bijgestaan door een (partijdige) advocaat. De ervaring leert inmiddels dat dit tot allerlei ongemakkelijke situaties kan leiden, waarbij ook de rechter zich evident niet gemakkelijk lijkt te voelen.

Aanleiding voor deze bijdrage vormt onder meer de zaak van Djordy Latumahina, een uitzonderlijk pijnlijke strafzaak die dit jaar is behandeld door de rechtbank Amsterdam. Deze zaak staat ook wel bekend als ‘de vergismoord’. De toen nog 31-jarige Djordy wordt in oktober 2016 in de parkeergarage van zijn woning vermoord, in het bijzijn van zijn vriendin en 2-jarige dochter. Zijn vriendin wordt hierbij meerdere malen geraakt en houdt hieraan blijvend letsel over. Het dochtertje, die moet zien hoe haar vader wordt geliquideerd kampt, ondanks haar jonge leeftijd, met PTSS-klachten. De zaak is voornamelijk zo pijnlijk omdat Djordy evident niet het doelwit is van de schutters, zo blijkt al snel uit onderzoek van de recherche. Dat is drugshandelaar ‘Gino M’, die in dezelfde Mini Cooper rijdt als Djordy.

De familie van Djordy maakt in deze zaak op indrukwekkende wijze gebruik van het spreekrecht, dat door merg en been gaat.<sup>2</sup> Er wordt niet alleen gesproken door de nabestaanden, ook wordt een film vertoond met beelden van Djordy. Iets dat, voor zover bekend, nimmer is gebeurd in een Nederlandse zittingszaal. In de film komt Djordy als kind voorbij, gevolgd door bewegende beelden van hem als een voetballende puber.<sup>3</sup> Het filmpje eindigt met bewegende beelden van Djordy met zijn dochtertje. Alles is gemonteerd door de familie zelf, met muziek van Michael Jackson eronder: ‘Gone too soon’. Een soort begrafenis/herdenkingsdienst, maar dan op het onderzoek ter terechtzitting. Een uitzonderlijke zaak waarin ook de nodige veroordelingen vallen.<sup>4</sup>

Ook in de zaak van ‘Sharleyne’ speelt het onbeperkte spreekrecht een opvallende rol. Sharleyne, een meisje van 8 jaar oud, wordt dood gevonden onder aan een flat in Hoogeveen en de vraag is of haar moeder haar om het leven heeft gebracht of dat het een ongeval betreft. De advocaat van de vader houdt in het kader van het onbeperkte spreekrecht een buitengewoon lang verhaal, waarin hij de rechtbank tracht te overtuigen om tot een bewezenverklaring te komen. Zo houdt hij onder meer de rechtbank voor: “Dat een verdachte zwijgt bete-

1 Paul Verweijen is strafrechtadvocaat bij Cleerdin & Hamer Advocaten.

2 Ik ben hier niet zelf bij geweest maar het uitoefenen van het spreekrecht door de vader staat onder andere op Youtube. Zie <https://www.youtube.com/watch?v=hwkMbYgTMqg> en ook uit de verslaglegging komt dit beeld naar voren.

3 <https://www.parool.nl/amsterdam/vriendin-djordy-mijn-perfecte-gezin-is-kapotgemaakt~a4579313/>

4 Van respectievelijk 30, 28, 26 en 15 jaar gevangenisstraf voor de moord op Djordy en de poging tot moord op zijn vriendin en dochtertje. Er worden ook verdachten (partieel) vrijgesproken, ik laat dat gedeelte verder buiten beschouwing.

kent overigens niet dat hij of zij met een zeer ernstig misdrijf kan en mag weggelaten. Dat je je verantwoordelijkheid niet neemt, betekent niet dat dat zonder gevolgen zal blijven. Zwijgen mag niet lonen. Zeker niet in een zaak als deze, waar het bewijs overweldigend is.”<sup>5</sup> De advocaat vraagt de rechtbank om de verdachte 30 jaar op te leggen. De voorzitter in deze zaak steekt haar mening niet onder stoelen of banken; zij merkt na het betoog van de advocaat op dat het verdacht veel op een requisitoir van de officier van justitie lijkt en laat daarmee duidelijk blijken dat het spreekrecht wat haar betreft is doorgeschoten.<sup>6</sup>

In een zaak waarin twee verdachten terecht staan voor moord, zegt de moeder van de omgekomen man tegen de twee verdachten: “Ik zou het liefste een pistool pakken en jullie hier in de rechtbank doodschieten.”<sup>7</sup> De rechtbank grijpt niet in.

In de zaak Djordy zit onder meer ene Tony D in het bankje, volgens het openbaar ministerie de schutter waartegen 30 jaar werd geëist. Deze Tony D heeft het onbeperkte spreekrecht moeten aanhoren, de film van Djordy bekeken en is door de rechtbank gevraagd daarop te reageren, ondanks zijn ontkennende proceshouding. Vervolgens spreekt de rechtbank deze Tony vrij van zowel de moord als de pogingen op de dochter en vriendin van Djordy.<sup>8</sup> Ook de moeder van Sharleyne wordt vrijgesproken.<sup>9</sup> De verdachten in de zaak die tijdens de uitoefening van het spreekrecht worden bedreigd worden tot twaalf jaar veroordeeld.<sup>10</sup> Dat laat onverlet de (retorische) vraag of dit soort uitlatingen thuishoren op een onderzoek ter terechtzitting.

Zonder ook maar iets te kort te willen doen aan slachtoffers in het algemeen en de moedige familie van Djordy of de nabestaanden van Sharleyne en de moeder van de vermoorde man in het bijzonder, wil ik in deze bijdrage de steeds groter wordende rol van het slachtoffer ter discussie stellen. Deze bijdrage probeert een antwoord te geven op de vraag of de weegschaal van Vrouwe Justitia nog wel in balans is, of dat deze (ongemakkelijke) setting strijd oplevert met een belangrijk grondbeginsel als de onschuldpresumptie? In het verlengde daarvan zal tevens worden bekeken in hoeverre dit onbeperkte spreekrecht zich verhoudt met het primaire doel van het onderzoek ter terechtzitting: de waarheidsvinding. Om deze vragen te kunnen beantwoorden volgt eerst een analyse van de totstandkoming van dit onbeperkte spreekrecht.

## 2. Het spreekrecht

Het spreekrecht is geïntroduceerd in 2004 en trad in werking in 2005.<sup>11</sup> Later werd dit opgenomen onder artikel 51e Sv. Het spreekrecht gold in eerste instantie voor het slachtoffer of de nabestaanden en gold louter bij specifiek in de wet genoemde (ernstige) misdrijven. Er mocht louter worden gesproken over de gevolgen die het delict voor hen had gehad.

Het artikel is vervolgens aangepast omdat er meer mensen gebruik wilden maken van het spreekrecht dan tot dat moment mogelijk was. Aanleiding hiervoor vormde een arrest van

5 <http://www.dvhn.nl/drenthe/%E2%80%98Alleen-maximale-gevangenisstraf-doet-recht-aan-dood-van-Sharleyne%E2%80%99-23279355.html>.

6 Idem.

7 <https://www.rtvoost.nl/nieuws/294139/slachtofferverklaring-moeder-doodgestoken-slachtoffer-reutum-gaat-veel-te-ver>.

8 Rb. Amsterdam 9 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3226.

9 Rb. Noord-Nederland 9 juli 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:2624.

10 <https://tubbergen.nieuws.nl/politieberichten/20180705/rechtbank-12-jaar-celstraf-steekpartij-antje-en-billie/>.

11 21 juli 2004, *Sib.* 382.

de Hoge Raad uit 2012.<sup>12</sup> Hierin oordeelde de Hoge Raad (logischerwijs) dat alleen in de wet genoemde spreekgerechtigden een verklaring mogen afleggen. In casu had een vriend van het slachtoffer derhalve niet gebruik mogen maken van het spreekrecht.<sup>13</sup> In de zaak tegen Robert M kende de rechtbank Amsterdam de ouders van de slachtoffers spreekrecht toe, terwijl dit wettelijk (nog) niet was verankerd. Dit betrof een evidente lacune in de wet en het werd daardoor duidelijk dat de wetgever aan zet was. De Wet uitbreiding spreekrecht heeft het daarom mogelijk gemaakt dat veel meer betrokkenen gebruik kunnen maken van het spreekrecht, zoals (meer) nabestaanden en een nieuwe kring van spreekgerechtigden die vanwege hun jeugdige leeftijd of feitelijke toestand niet in staan zijn om zelf van dit recht gebruik te maken.<sup>14</sup> Dat laatste ziet op de problematiek die speelde rondom de Robert M zaak of als bijvoorbeeld een slachtoffer simpelweg niet kan verklaren omdat diegene bijvoorbeeld in coma ligt. Het eerste betreft vooral een uitbreiding in de kring van nabestaanden. Zo kunnen sinds deze wet meerdere nabestaanden gebruik maken van het spreekrecht en bijvoorbeeld ook grootouders of kleinkinderen. Sinds deze wetwijziging kunnen nu maximaal drie nabestaanden het woord voeren. De Orde van Advocaten was toentertijd tegen, met als hoofdargument dat het zwaartepunt van de zitting te veel verschuift naar de gevolgen die het strafbare feit voor het slachtoffer heeft.<sup>15</sup> Daar valt natuurlijk wel wat voor te zeggen, het zal de zaak van de verdachte er immers niet beter op maken als drie nabestaanden vertellen over de gevolgen van het strafbare feit. Deze ontwikkeling lijkt mij echter verdedigbaar, het is immers lastig uit te leggen aan nabestaanden (dat misdrijf is in nagenoeg alle gevallen hoe dan ook gepleegd) dat er maar één iemand zou mogen uitleggen wat voor gevolgen het delict heeft gehad. Nog los van het feit dat het aan ouders van een slachtoffer van een ernstig zedendelict niet valt uit te leggen dat zij niet zouden mogen uitleggen wat de gevolgen zijn. Deze wijziging betrof derhalve louter degenen wie gebruik mochten maken van het spreekrecht en derhalve niet de reikwijdte van het spreekrecht zelf: dat bleef beperkt tot wat voor gevolgen het strafbare feit had.

Toenmalig Staatssecretaris Teeven is er in de memorie van toelichting ook vrij duidelijk over dat een wijziging van de reikwijdte van het spreekrecht niet de bedoeling kan zijn. Hij zegt dat weliswaar geen uitspraak kan worden gedaan over de feitelijke invloed op de uiteindelijke strafoplegging, maar uit onderzoek blijkt dat de beperking wel een functie heeft voor de gevallen waarin de grenzen ver zouden worden overschreden.<sup>16</sup>

Dat de voormalige staatssecretaris van standpunt kan veranderen, blijkt ook uit dit dossier.<sup>17</sup> Drie jaar later dient hij namelijk alsnog een wetsvoorstel in om opnieuw de wet te wijzigen en ditmaal om alsnog het onbeperkte spreekrecht mogelijk te maken.<sup>18</sup> Uit onderzoek dat

---

12 HR 6 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BR1149. In het kader van deze Liber Amicorum leuk om te vermelden dat deze middelen werden ingediend door mr. Benno de Boer, oud kantoorgenoot en thans raadsheer bij het Gerechtshof in Den Haag, die werd opgeleid door Gerard Hamer.

13 Dit had volgens de Hoge Raad zo een beperkte invloed gehad op de strafmaat (beeld kwam al duidelijk naar voren in het strafdossier) dat dit niet tot cassatie leidde.

14 De toen nog strikte beperking dat slecht een nabestaande in de gelegenheid werd gesteld het spreekrecht uit te oefenen, werd in de praktijk als knellend ervaren *Kamerstukken II* 2011/12, 33176, nr. 3 (MvT). Dit leidde tot de Wet van 12 juli 2012 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering ter uitbreiding van het spreekrecht van slachtoffers en nabestaanden in het strafproces, *Stb.* 2012, 345.

15 Ook werd nog genoemd dat er een risico bestond dat de zaak te vaak zou moeten worden aangehouden als spreekgerechtigden abusievelijk niet juist waren opgeroepen. Ook de doorlooptijden en de financiële consequenties gaven de Orde aanleiding tot zorg, *Kamerstukken II* 2011/12, 33176, nr. 3 (MvT).

16 K. M. E. Lens, A. Pemberton, & M.S. Groenhuijsen. 'Het spreekrecht in Nederland: Een bijdrage aan het emotioneel herstel van slachtoffers?', Tilburg: INTERVICT, 2010 en *Kamerstukken II* 2011/12, 33176, nr. 3 (MvT).

17 De bonnetjesaffaire van Cees H zal buiten beschouwing worden gelaten.

18 *Kamerstukken II* 2014/15, 34082, nr. 3 (MvT).

overigens bij het vorige wetsvoorstel reeds bekend was, blijkt dat de helft van de slachtoffers die spreekt in een strafzaak de reikwijdte van het spreekrecht te beperkt vindt en ook graag zou willen spreken over de strafmaat en over de toedracht (en niet alleen het gevolg hiervan).<sup>19</sup> Daaruit blijkt ook dat meer slachtoffers gebruik zouden willen maken van het spreekrecht als zij zich ook mogen uitlaten over de strafmaat. Dit wetsvoorstel ziet dan ook in een kennelijk bestaande behoefte, aldus de Staatssecretaris.<sup>20</sup> De voormalig Staatssecretaris bespreekt daarin dat ten tijde van het vorige wetsvoorstel al door meerdere Kamerleden is geopperd of invoering van een tweefasenproces al dan niet een oplossing zou zijn voor het steeds meer omvattende spreekrecht, omdat de vraag gesteld kan worden of het wenselijk is dat het slachtoffer zich uitlaat over de schuld van de verdachte, voordat deze door de rechter is vastgesteld.<sup>21</sup> Tevens werd ten tijde van de vorige wetswijziging al de vraag opgeworpen of de verdediging zich wel kan verzetten tegen uitlatingen in het kader van het spreekrecht, omdat een negatieve benadering van het slachtoffer de zaak van de verdachte mogelijk niet ten goede zal komen. Er werd derhalve al eerder, bij de vorige wijziging, door meerdere Kamerleden gepleit om onderzoek te doen naar de mogelijkheid van een tweefasenproces. Zeker ook omdat dit gerechtvaardigd zou zijn naar aanleiding van andere vragen die spelen in het strafrecht. Namelijk of daarmee bijvoorbeeld een oplossing kan worden bereikt voor de problematiek van de weigerende observandus en voor de rapportage over ontkenkende verdachten. Omdat men opnieuw voornemens is om het spreekrecht aan te passen, is dit onderzoek er gekomen, onder auspiciën van het WODC en uitgevoerd door Van Keulen en zijn onderzoeksteam van de Rijksuniversiteit Groningen.<sup>22</sup>

### 3. Tweefasenproces

Het onderzoek betreft een studie over de voor- en nadelen van een strafproces in twee fasen in relatie tot de positie van zowel slachtoffer als verdachte.<sup>23</sup> In het onderzoek wordt in ieder geval vastgesteld dat het onwenselijk is als een slachtoffer al spreekt terwijl de verdachte ontkent en dienst schuld nog niet is vastgesteld.<sup>24</sup> Daarbij wordt aandacht gevraagd dat de beschikbaarheid van rechtsmiddelen een argument vormen tegen de introductie van een tweefasenproces. Immers, een verdachte die ontkent zal na een schuldverklaring in eerste aanleg niet automatisch gaan bekennen als hij die schuldverklaring nog wil gaan aanvechten in hoger beroep.

In dit onderzoek worden ook rechters, officieren van justitie en advocaten geraadpleegd.<sup>25</sup> Hieruit blijkt dat weinig meerwaarde wordt gezien om slachtoffer zich uit te laten over het bewijs. Argumenten zijn onder meer dat dit thema reeds aan bod komt in de slachtoffergesprekken tussen het slachtoffer en het openbaar ministerie, dat het slachtoffer zich al schriftelijk kan uitlaten over het bewijs en dat het slachtoffer niet beschikt over de juridische

19 K. M. E. Lens, A. Pemberton & M.S. Groenhuijsen, 'Het spreekrecht in Nederland: Een bijdrage aan het emotioneel herstel van slachtoffers?', Tilburg: INTERVICT, 2010.

20 *Kamerstukken II* 2014/15, 34082, nr. 3, p.2 (MvT).

21 *Kamerstukken II* 2014/15, 34082, nr. 3, p.3 (MvT).

22 A.A. van Dijk, E. Gritter, B.F. Keulen, N. J. M. Kwakman, & K.K. Lindenberg, 'Naar een tweefasenproces? Over voor- en nadelen van een strafproces in twee fasen, in relatie tot de posities van slachtoffer en verdachte.', Zutphen: Paris, 2013.

23 Daartoe is een diepgaande juridische analyse uitgevoerd van de procespositie van het slachtoffer en de wijze van procesvoering in Straffzaken, zijn vijf interviews gehouden met praktijkjuristen (vijf vertegenwoordigers van het openbaar ministerie, vijf advocaten en vijf van de rechterlijke macht), die tot doel hadden argumenten en opinies met betrekking tot het tweefasenproces te bespreken en te waarderen.

24 A.A. van Dijk, E. Gritter, B.F. Keulen, N.J.M. Kwakman & K.K. Lindenberg, 'Naar een tweefasenproces? Over voor- en nadelen van een strafproces in twee fasen, in relatie tot de posities van slachtoffer en verdachte.', Zutphen: Paris, samenvatting, p. 3, 2013.

25 Vijf officieren, vijf rechters en vijf advocaten.

kennis en de dossierkennis die nodig zijn om hierover iets te kunnen zeggen. Dat laatste argument wordt ook in verband met een oordeel van het slachtoffer over de strafoplegging genoemd.

Een tweede thema betreft de ontnemingsvordering en de benadeelde partij. Die ontnemingsvordering wordt genoemd omdat het beeld in de praktijk lijkt op een tweefasenproces. Zeker in de grotere onderzoeken is het standaard beleid van rechters om de ontnemingszaak aan te houden zodat eerst een en ander kan worden gezegd over de schuld van de verdachte, om later, al dan niet voorafgaand van schriftelijke ronde(s) zinnige dingen over de ontneming te kunnen zeggen. Overigens gaat ook die vergelijking niet helemaal op, gelet op de leden 2 en 3 van artikel 36e Sr. De rechter mag immers ook andere feiten bij zijn oordeel betrekken, maar feit blijft wel dat een ontneming slechts mogelijk is na überhaupt een veroordeelding. Bij een integrale vrijspraak is een ontneming van de baan, nog los van het feit dat de feitenvaststelling hoe dan ook de ontneming raakt en het in dat kader derhalve voor alle procespartijen prettig is dat oordeel af te wachten. Er blijkt dan ook tevredenheid te bestaan over de mogelijkheid om de ontnemingsvordering gescheiden af te kunnen doen van de hoofzaak. De vraag of het wenselijk is om de beslissing op de vordering van de benadeelde partij en de oplegging van de schadevergoedingsmaatregel op dezelfde wijze los te kunnen koppelen wordt slechts door een kleine meerderheid ontkennend beantwoord.<sup>26</sup>

In het kader van deze bijdrage is vooral het derde thema waarover de procesdeelnemers worden gevraagd relevant. Hierin wordt onder meer gevraagd of het voor de rechter lastig is om de onpartijdige rol die hij ter terechtzitting heeft te combineren met een voldoende empathische houding jegens het slachtoffer. Meer dan de helft meent dat het voor de rechter soms lastig kan zijn.<sup>27</sup>

Slechts een rechter antwoordt dat hij het ‘soms lastig’ zal vinden om onbevangen te blijven ten opzichte van de schuld van de verdachte.<sup>28</sup> De officieren en advocaten denken hier al aanzienlijk anders over. De andere vier rechters zeggen in ieder geval hier geen probleem mee te zullen hebben. ‘Rechter drie’ noemt het wel een extra probleem, maar heeft de indruk ‘dat wij daar over het algemeen daar heel erg in slagen om dat bij elkaar te brengen.’<sup>29</sup> Deze rechter kwalificeert het in ieder geval als een probleem en lijkt ook een slag om de arm te houden maar in zijn algemeenheid zullen rechters daar heel erg in slagen, is zijn lezing. ‘Rechter vier’ zegt dat rechters dit “totaal niet lastig vinden”. Hij zegt dat empathie voor het slachtoffer niks zegt over de beslissing in de hoofdzaak. ‘Rechter vijf’ lijkt net als ‘rechter drie’ – iets prudenter te zijn in zijn woordkeuze. Hij pretendeert dat het wel te combineren valt. “Voor u heeft hij het gedaan, wij moeten dat nog gaan uitmaken.” Dat komt wel over- is zijn ervaring – als je de kunst maar verstaat om in doodnormaal Nederland uit te leggen in welke fase van de procedure je zit.<sup>30</sup> Helaas is de reactie van de rechter die wel direct zegt dat dit mogelijk een probleem zou kunnen worden niet te vinden in het rapport.

---

26 A.A. van Dijk, E. Gritter, B.F. Keulen, N.J.M. Kwakman & K.K. Lindenberg, ‘Naar een tweefasenproces? Over voor- en nadelen van een strafproces in twee fasen, in relatie tot de posities van slachtoffer en verdachte.’ Zutphen: Paris, samenvatting, p. 4, 2013.

27 Idem, p. 126.

28 Idem, p. 126.

29 Idem, p. 127.

30 Idem, p. 126.

#### 4. **Rechtsvergelijkend onderzoek**

In dit onderzoek wordt ook over de grens gekeken om te kijken hoe het daar is geregeld.

In België is de introductie van procesvoering in twee fasen uitdrukkelijk aan de orde geweest in het kader van de discussie over wenselijke grote hervormingen in het strafprocesrecht. Daar is bij onze zuiderburen voornamelijk negatief op gereageerd, waarbij gewezen wordt op de mogelijke vertraging en verlenging en daarmee gepaard gaande hogere kosten, de vrees dat de splitsing als vertragingstechniek wordt gehanteerd door de verdediging, het risico van tegenstrijdigheid en incoherentie in de uitspraken over straf en schuld en dat het lastig is om opnieuw dezelfde rechters bijeen te krijgen.<sup>31</sup> Om al deze redenen is al snel afgezien van een verdere verkenning van een mogelijk tweefasenproces.

Overigens bestaat er in België (ook) een bijzonder prominente rol voor het slachtoffer, die een dusdanige sterke positie inneemt dat het slachtoffer zelfstandig een strafproces kan initiëren, hij zich ter terechtzitting mag uitlaten over de bewijsvraag en zijn vordering. Dit met de nodige discussie tot gevolg, vooral wat betreft het initiëren van stafzaken omdat dit kennelijk vaak het beleid van het OM doorkruist en vanzelfsprekend een grote claim op beperkte zittingscapaciteit legt. Het slachtoffer mag zich in België overigens uitdrukkelijk niet uitlaten over de strafmaat, dat blijft bij uitstek de taak van de rechter.

Het Engelse strafproces kent juist wel een duidelijke tweefasenstructuur, waarin schuldigverklaring en strafoplegging betrekkelijk sterk zijn gescheiden.<sup>32</sup> Pas als in de eerste fase ‘de trial’ eindigt met een schuldigverklaring zal er in een tweede fase worden gebogen over de strafoplegging. Gelet op het feit dat de Engelsen wel een systeem van ‘Plea Bargaining’ kennen kan deze eerste fase vaak worden overgeslagen. In Engeland bestaat geen spreekrecht ten behoeve van het slachtoffer. Wel is er een mogelijkheid om een zogeheten Victim Personal Statement te schrijven. Dit is een schriftelijke slachtofferverklaring die aan het dossier wordt toegevoegd. Slachtoffers zijn vrij in wat zij willen verklaren, maar het gerecht zal – uitzonderingen daargelaten – hiermee geen rekening houden voor zover het gaat om de strafmaat. Ook in Engeland geldt dat een burger een private vervolging kan starten, al bestaat hier de mogelijkheid voor de overheid om te interveniëren. Deze vervolging kan worden overgenomen of beëindigd.

Onze oosterburen kennen evenmin een tweefasenproces, maar ook hier is veel discussie gevoerd over een eventuele invoering daarvan. Argumenten voor zijn vooral de persoonlijke levenssfeer van de verdachte die bescherming verdient zolang hij niet schuldig is bevonden en de onschuldpresumptie die tot terughoudendheid noopt in de bejegening van de nog niet schuldig bevonden verdachte. Interessant is dat in Duitsland de onbevangenheid van de rechter ook wordt genoemd, die al bij kennisneming van slechte persoonseigenschappen en justitiële documentatie gevaar zou kunnen lopen.<sup>33</sup> Argumenten tegen zijn voornamelijk de proces-economie; de ondeelbaarheid van daad- en daderonderzoek. In Duitsland is in de jaren 70 daadwerkelijk geëxperimenteerd met tweefasenprocessen, waarbij tot de conclusie werd gekomen dat zware, grote strafzaken niet langer duurden in tegenstelling tot lichtere, die over het algemeen een derde langer duurden.

---

31 Samenvatting, p. 5.

32 Idem, p. 6.

33 Idem p. 8.

Ook in Duitsland kan een slachtoffer optreden als privatklager, met dien verstande dat hier kosten bij komen kijken die pas bij een veroordeling voor vergoeding in aanmerking komen. Ook is er de reeds genoemde nevenklager. Op het moment dat het OM vervolging heeft ingesteld kan deze zich aansluiten. De nevenklager heeft een zelfstandige positie en daardoor allerlei rechten, zoals de mogelijkheid om te wraken, hij wordt gehoord over mogelijke beslissingen, kan bewijs aandragen en verklaringen afleggen, bijvoorbeeld over de straftoemeting.

In Zweden kan het slachtoffer in drie hoedanigheden aan het strafproces deelnemen: als private aanklager, als benadeelde partij en als accessoire aanklager. Afwijkend van andere landen is het slachtoffer verplicht om op zitting te verschijnen, maar mag niet onder ede worden gehoord en is derhalve niet gehouden vragen te beantwoorden.<sup>34</sup> Het slachtoffer of diens advocaat mogen zich slechts uitlaten over de vordering als benadeelde partij.

## 5. Conclusies wenselijkheid tweefasenproces

De onderzoekers concluderen dat niet verwacht wordt dat de uitoefening van het adviesrecht door het slachtoffer in belangrijke mate aan een juiste toepassing van het materiele strafrecht zal bijdragen. Dat kan anders zijn, bijvoorbeeld wat betreft een eventueel op te leggen contact- en/of locatieverbod.

Bezien vanuit de positie van de verdachte heeft de introductie van een adviesrecht vooral nadelen: hij krijgt er (meerdere) tegen partij(en) bij. Een belangrijk voordeel vanuit het slachtoffer is dat deze in ruimere mate in het proces kan participeren. Voor de introductie van een mogelijkheid voor slachtoffers om hun standpunt inzake schuld en straf te geven is introductie volgens de onderzoekers van een tweefasenproces geen noodzakelijke voorwaarde.

De vraag of het als een probleem wordt ervaren dat de discussie over al dan niet aan de verdachte op te leggen straffen en maatregelen thans wordt gevoerd met een verdachte die nog niet veroordeeld is, kan op grond van dit onderzoek niet simpelweg ontkennend of bevestigend worden beantwoord. Een substantieel aandeel van de geïnterviewden meent dat het voor de rechter lastig is de onpartijdige rol die hij ter terechtzitting heeft te combineren met een voldoende sympathieke houding jegens het slachtoffer.

Een groot voordeel van een tweefasenproces is dat het een inrichting mogelijk maakt waarin de verdachte tot aan het moment van schuldigverklaring meer als onschuldige kan worden behandeld. Tevens zal de rechter beschikken over een betere informatiepositie inzake het nemen van beslissingen inzake de oplegging van straffen en maatregelen. Daarbij worden als (grote) nadelen genoemd het verlies aan zittingscapaciteit en het negatieve effect op werklust en doorlooptijden. Een ander nadeel is dat procesvoering in een tweefasenproces vermoedelijk niet te realiseren is zonder de mogelijkheid te creëren om twee van de drie rechters die deel uitmaken van de meervoudige kamer die de schuld heeft vastgesteld, te vervangen. Terwijl juist begrijpelijkerwijs belang wordt gehecht dat dezelfde rechters ook de straf op leggen.

Wel wordt nog geopperd dat in ieder geval overwogen zou kunnen worden een mogelijkheid te creëren om de beslissing op de vordering van de benadeelde partij en de beslissing tot oplegging van een schadevergoedingsmaatregel los te koppelen van de berechting van de hoofdzaak.

---

<sup>34</sup> Idem p. 9.

## 6. **Memorie van toelichting**

In de Memorie wordt overwogen voor het slachtoffer weinig voordelen kleven aan een tweefasenproces.<sup>35</sup> Daarvoor gebruikt hij het uitgevoerde rechtsvergelijkende onderzoek. Hij zet in de Memorie van Toelichting uiteen dat in Engeland en Wales het slachtoffer zich niet mag uitlaten over het bewijs, noch over de straftoemeting. In België mag het slachtoffer zich louter uitlaten over het bewijs. In Duitsland loopt het slachtoffer als privatklager of nebenklager het procesrisico ondanks dat veel is toegestaan en in Zweden kan hij het qua toelichting alleen bij zijn vordering tot schadevergoeding houden. Water ook zij van de nadelen voor een verdachte, het onbeperkte Spreekrecht is ingevoerd.

## 7. **Europese Richtlijn 2016/343**

Wat in het kader daarvan interessant is om af te vragen is in hoeverre dit onbeperkte spreekrecht zich verhoudt met de Europese Richtlijn 2016/343. Hierin wordt de staat verplicht te waarborgen dat de verdachte tot het moment dat zijn schuld is vastgesteld, voor onschuldig wordt gehouden. Iets wat hoe dan ook al uit artikel 6 EVRM volgt. In dat kader vraag ik mij af hoe een rechtbank heeft te reageren als tijdens het spreekrecht uitlatingen worden gedaan waarvan op basis van objectieve bewijsmiddelen al kan worden gezegd dat deze in strijd met de waarheid zijn, of als zoals hierboven genoemd een verdachte wordt bedreigd.

## 8. **De praktijk**

De reden dat deze wet er is gekomen, is dat in de praktijk al veel slachtoffers zich uitlieten over de strafmaat, terwijl dit op dat moment nog niet was toegestaan.<sup>36</sup> Ook blijkt dat meer slachtoffers gebruik zouden willen maken van het spreekrecht als zij zich over bijvoorbeeld de strafmaat mogen uitlaten. De Staatssecretaris heeft hier een probleem mee. Niet met het feit dat rechters slachtoffers niet corrigeren maar dat er behoefte bestaat om meer te zeggen dan formeel strikt is toegestaan. Het gaat hem vooral om de rechtsongelijkheid die daarmee gepaard gaat.

Over de vraag of dit onbeperkte spreekrecht de onbevangenheid beïnvloedt wisselen rechters in uitspraken. Zo verklaart persrechter Peter Bjorn Martens van de Rechtbank Amsterdam in de zaak van Djordy: “De vraag of de verdachten dit hebben gedaan staat volledig los van het vertonen van dit filmpje. Spreekrecht is nu ongeclausuleerd. De wetgever heeft gewild dat slachtoffers alles mogen zeggen in de rechtszaal wat zij willen zeggen in de rechtszaak en alleen de voorzitter kan dat eigenlijk beperken. De vraag of zij dit hebben gedaan staat echt los van het zien van het filmpje.”

Elianne van Rens zegt, senior strafrechter bij de rechtbank Den Haag zegt hierover in 2012: “Een slachtoffer kan pas een volwaardige partij zijn als is vastgesteld dat de verdachte ook de dader is”. “Dat kan dus alleen als je het strafproces opsplijt in twee delen.”<sup>37</sup> Een verschil tussen deze opvattingen laat zich mogelijk verklaren aan de hand van het feit dat in 2012 het onbeperkte spreekrecht nog slechts een idee was, terwijl dit in de zaak van Djordy al wettelijk was geregeld. Het is voor een persrechter, mede gelet op de trias politica, haast onmogelijk om dan nog negatieve uitlatingen te doen over een inmiddels aangenomen wet.

---

35 *Kamerstukken II* 2014/15, 34082, nr. 3.

36 *Kamerstukken II* 2010/11, 32500 VI, nr. 9, p. 99.

37 ‘Slachtoffer als volwaardige procespartij lastig uitvoerbaar’, De rechtspraak 18 oktober 2012 te vinden op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) (zoek op volwaardige procespartij).



## 9. Afspelen beelden slachtoffer

In het kader van afspelen van beelden is noemenswaardig de contourennota modernisering Wetboek van Strafvordering. Hier wordt ingegaan op het feit dat tegenwoordig in zittingszalen steeds vaker gebruikt wordt gemaakt van audiovisuele reconstructies. Bijvoorbeeld het aanschouwelijk maken van delict scenario's met behulp van computer-animaties of andere digitale technieken. Hieromtrent wordt overwogen: "Deze reconstructies kunnen zeer verhelderend zijn, maar vergen kritische beoordeling omdat ze het risico in zich dragen een bepaald scenario eenzijdig te belichten terwijl het voorhanden zijnde feitenmateriaal ruimte laat voor andere scenario's. Tegelijkertijd is er vanuit de wetenschap op gewezen dat beeld en geluid indringender kunnen zijn dan andere bronnen van informatie, zoals een schreven stuk of een mondeling requisitoir. Audiovisuele reconstructies kunnen als zodanig niet dienen tot bewijs, maar kunnen wel van grote invloed zijn op de overtuiging van de rechter."<sup>38</sup> De Minister stelt zelfs voor dat in dit kader een andere procespartij de mogelijkheid krijgt een verzoek in te dienen ter aanvulling van de reconstructie. Alhoewel ik snap dat een ode aan iemand zijn leven iets anders is dan een reconstructie in een strafzaak, valt natuurlijk niet uit te sluiten dat de lezing van een slachtoffer van de feiten via een video kenbaar wordt gemaakt. Hierin schuilt een gevaar voor beïnvloeding van de rechter, terwijl nog maar moet worden gezien of de verdediging de kans krijgt eerst zo een film te zien en er bezwaren zouden bestaan, de mogelijkheid krijgt om bezwaar te maken tegen het afspelen omdat er bijvoorbeeld feiten en omstandigheden op een onjuiste wijze over het voetlicht worden gebracht. Echter lijkt het verbieden lastig, er is nu eenmaal ongeclausuleerd spreekrecht.

## 10. Veraart

Over de steeds prominentere rol van het slachtoffer is veel te doen. In een recent interview in het *Advocatenblad* met hoogleraar rechtsfilosofie Wouter Veraart blijkt dat hij zich slecht kan vinden in het huidige slachtofferklimaat.<sup>39</sup> Dit naar aanleiding van een huidig wetsvoorstel waarbij de Minister voor 'rechtsbescherming' Sander Dekker pleit dat verdachten van ernstige gewelds en zedenmisdrijven zelfs verplicht op zitting aanwezig dienen te zijn. "Dit betekent ook dat zij moeten aanhoren wat het slachtoffer, dat gebruik maakt van het spreekrecht, naar voren brengt", aldus de Minister. Veraart daarover: "De rechtsstaat wordt hier eigenlijk alleen nog maar gedefinieerd als een plek waar slachtoffers genoegdoening door straffen ervaren." Hij sprak zich de afgelopen jaren al consequent uit tegen de tendens om het slachtoffer een centrale rol in het strafproces te geven. Niet omdat hij geen compassie met slachtoffers voelt; dat zij aandacht willen en meegenomen willen worden in het proces vindt hij op zich begrijpelijk. In het verleden was er wellicht ook te weinig aandacht, zo overweegt hij. Maar de rechtszaal is niet de juiste plek om al hun noden te lenigen. Het strafproces draait om het 'geduldige proces van hoor en wederhoor'. Over het idee om verdachten verplicht aanwezig te laten zijn bij het spreekrecht heeft hij geen goed woord over. Als men dit serieus wil nemen, zal de verdachte wel gezien moeten worden als dader. Over het spreekrecht zegt hij: "Het slachtoffer ervaart genoegdoening doordat die persoon, die verdachte, hoort wat het slachtoffer te zeggen heeft. Daar zit als een soort erkenning in, die alleen werkt als we de verdachte op dat moment gelijkstellen aan de dader."

Wat betreft Veraart schuurt dit extra omdat er tegenwoordig sprake is van het onbeperkte spreekrecht. Er mogen nu beschuldigingen worden geuit en over de strafmaat uitlatingen gedaan. Hij oppert dat dit alleen van belang kan zijn als de verdachte ook de dader is. An-

<sup>38</sup> Contourennota en begeleidende brief van de minister van Veiligheid en Justitie d.d. 30 september 2015 (*Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278, p. 107).

<sup>39</sup> Interview in *Advocatenblad* 2018-3 met hoogleraar rechtsfilosofie Wouter Veraart p. 22-24.

ders zou er aangifte van smaad gedaan kunnen worden en zelfs schadevergoeding kunnen worden gevraagd, aldus Veraart.

Ook overweegt hij: “Stel dat het slachtoffer een heel overtuigend verhaal vertelt maar de rechter zegt: ‘Deze verdachte heeft het niet gedaan.’ Wat er gebeurt er dan? Of Andersom: de verdachte wordt veroordeeld. Heeft de rechter dan wel goed naar dat slachtoffer geluisterd of alleen naar de juridische feiten gekeken? Was hij geïnteresseerd in de waarheid, of wil hij vooral recht doen aan de verklaring van het slachtoffer en dat toneelstuk verder voltooien? Doorat die processen door elkaar lopen weten wij dat straks gewoon niet meer”, aldus Veraart.

Twee slachtofferadvocaten reageren hierop in een volgend nummer van het *Advocatenblad*.<sup>40</sup> Volgens deze advocaten wordt ook door de meeste slachtoffers het recht van de verdachte op een fair trial erkend, waarin met professionele distantie moet kunnen worden geprocedeerd over aspecten als verzachtende omstandigheden en strafmaat. Anders gezegd, het als dader beschouwen van sommige verdachten staat nog niet gelijk aan het onmiddellijk starten van een lynchpartij. Het vreemde is dat Veraart dit in zijn geheel niet heeft genoemd en veel belangrijker: het gaat hem vooral om de mogelijke schending van de onschuldpresumptie. Daar wordt in deze bijdrage geen aandacht aan besteed.

## 11. **Bijstand advocaat**

Een ander aspect is dat een slachtoffer of nabestaande vaak wordt bijgestaan door een advocaat die niet, zoals de officier van justitie als magistraat op zoek is naar de waarheid, maar slechts één belang heeft te behartigen; dat van de cliënt. Die cliënt heeft over het algemeen ook een (aanzienlijke) vordering benadeelde partij ingediend en heeft derhalve vaak een financieel belang dat degene die in het bankje zit ook wordt veroordeeld omdat dit immers een vordering benadeelde partij (gedeeltelijk) toewijsbaar maakt en de mogelijkheid biedt om de schadevergoedingsmaatregel op te leggen.<sup>41</sup> Terwijl deze zelfde advocaat zich (tegenwoordig) wel mag uitlaten of de rechtbank al dan niet tot een bewezenverklaring mag komen. Tevens mag deze advocaat, dan wel het slachtoffer zelf zich uitlaten wat een passende strafmaat is. Oftewel: dit onbeperkte spreekrecht heeft ook een partijdige extra aanklager het strafproces in gefietst.<sup>42</sup> Waar tot voor kort de rechtbank steeds vanuit twee perspectieven de zaak kreeg voorgespiegeld, is daar met de invoering van dit onbeperkte spreekrecht een partij bijgekomen die over het algemeen toch nog wat feller in de wedstrijd zal zitten dan het openbaar ministerie. Zo maakte ondergetekende bijvoorbeeld recent mee in een strafzaak dat het openbaar ministerie vroeg om vrijspraak van de voorbedachten raad, terwijl vervolgens de advocaat daar nog een heel pleidooi aan besteedde.<sup>43</sup> Bezien vanuit het perspectief van de slachtofferadvocaat is dit overigens niet zo vreemd want een advocaat heeft maar een belang te behartigen en dat is dat van de cliënt. Echter zal dat belang zeker niet altijd samenvallen met het belang van waarheidsvinding. Terwijl de rechter wel deze visie op de zaak aanhoort.

40 V. van de Port & M. de Klerk: ‘Fair trial voor verdachte en slachtoffers’, *Advocatenblad* 2018, 3, p. 56 en 57.

41 In dat geval verzorgt de Staat de incasso. Mocht de veroordeelde niet of niet volledig aan zijn verplichting uit hoofde van de schadevergoedingsmaatregel hebben voldaan binnen acht maanden nadat deze onherroepelijk is geworden, keert de staat in een deel van de gevallen een bedrag uit. Tegen deze achtergrond is het voor het slachtoffer en daarmee voor de advocaat van groot belang dat de strafrechter een vordering behandelt en toewijst.

42 In Duitsland bestaat dit al langer. Het slachtoffer kan zich als Nebenklager aansluiten als het openbaar ministerie vervolging heeft ingesteld. Als de Nebenklager tot het proces is toegelaten beschikt hij over omvangrijke rechten, en kan zich derhalve ook uitlaten over bewijs en de straftoemeting.

43 En ook van andere kantoorgenoten en strafadvocaten hoor ik deze verhalen.

## 12. Conclusie

Dat er vanuit slachtofferperspectief geen tweefasenproces is ingevoerd is begrijpelijk. Ik zou niet weten welk specifiek voordeel een slachtoffer heeft bij zo een tweefasenproces. Het feit dat het slechts om een verdachte gaat schijnt ook geen nadelen voor het slachtoffer op te leveren.<sup>44</sup>

Dat alles laat onverlet dat er in de memorie van toelichting nauwelijks aandacht wordt besteed aan het voordeel van de verdachte bij een tweefasenproces. Zeker omdat professionele deelnemers als rechters en officieren zelf kenbaar maken dat het lastig zal zijn de onpartijdige rol te combineren met een voldoende empathische houding jegens het slachtoffer. Volgens de Staatssecretaris behoeft een empathische houding ten opzichte van het slachtoffer niet per definitie tot een vooringenomen houding jegens de verdachte te leiden, waarbij ook hij al een soort voorbehoud maakt: kennelijk kan het ook niet worden uitgesloten.

De strafrechter zal bijzonder sterk in zijn schoenen moeten staan om onbevangen het verhaal van de verdachte aan te blijven horen, zodat de onschuldpresumptie wordt geëerbiedigd en de waarheidsvinding geen geweld wordt aangedaan. Daarbij moet vanzelfsprekend verder gekeken moet worden dan wat de rechter daarover zal zeggen. Dat de intentie er immers is om onbevangen in de zaak te staan lijdt geen twijfel, maar wat doet het allemaal onbewust met de rechter? Over dit onbewuste proces is geen nader rechtspsychologisch onderzoek gedaan en dat is zonder meer een gemiste kans. Zo weten wij bijvoorbeeld het een en ander over getuigenverklaringen, waarin een getuige geheel onbewust dingen denkt te hebben waargenomen die hij simpelweg niet heeft waargenomen. Wie bijvoorbeeld de woorden tafel, leuning, zitten, zitvlak en poten leest, zal zich enige tijd later ook – ten onrechte – het woord stoel herinneren.<sup>45</sup> Analogisch geredeneerd zou op zijn minst kunnen worden verondersteld dat als een rechter veel vaker het subjectieve verhaal van het slachtoffer aanhoort, dit hoe dan ook (onbewust) invloed heeft op het gedachtenproces van de rechter.

Dat de strafrechter daar niet ongevoelig voor is blijkt niet alleen uit het onderzoek onder rechters, officieren en advocaten zelf waarin dit daadwerkelijk (gedeeltelijk) wordt onderkend, maar ook op basis van de praktijk kan dit worden vastgesteld. Zo bleek dat rechters al voor het wettelijk was toegestaan, slachtoffers een onbeperkt spreekrecht toekenden.

Van rechters mag niet worden verwacht dat zij als een soort robot te allen tijde honderd procent onbevangen in een strafzaak kunnen staan. De kern van het strafproces is echter wel waarheidsvinding en dat de verdachte voor onschuldig wordt gehouden, tot dat in rechte eventueel schuld wordt vastgesteld. Dit onbeperkte spreekrecht maakt daar een te grote inbreuk op, zeker omdat de verdachte zich naast een officier van justitie geconfronteerd ziet met een partijdige aanklager in de vorm van een advocaat van het slachtoffer.

Invoering van een tweefasenproces zou al deze problemen ondervangen. Zo wordt de rechter niet eerder geconfronteerd met het (subjectieve) standpunt van een slachtoffer voordat hij schuld heeft vastgesteld. Daarmee wordt voorkomen dat een rechter (onbewust) wordt beïnvloed.

---

44 Lens, K. M. E., Pemberton, A., & Groenhuijsen, M. S. (2010). Het spreekrecht in Nederland: Een bijdrage aan het emotioneel herstel van slachtoffers? Tilburg: INTERVICT.

45 L. Roediger & K.B. McDermott, 'Creating false memories: remembering words not presented in lists' Journal of Experimental Psychology. Learning, memory and cognition 1995, 24, p. 803-814.

Het lijkt mij in het huidige (slachtoffer)klimaat echter naïef om te veronderstellen dat dit tweefasenproces er alsnog zal komen. Ook ligt het afschaffen van het onbeperkte spreekrecht niet in de lijn der verwachting. Ik hoop echter wel dat de strafrechter bewust wordt van het feit dat hij ook onbewust wordt beïnvloed door het uitoefenen van dit onbeperkte spreekrecht. Dat zou al winst zijn.

# Cd van jou, cd van mij... of onder het nieuwe huwelijksvermogensrecht toch nog van ons allebei?

M. VAN DER WEIDE<sup>1</sup>

## 1. **Inleiding: oud en nieuw Nederlands huwelijksvermogensrecht**

Toeval of niet, maar het jaar dat advocatenkantoor Cleerdin & Hamer het 40-jarig bestaan viert en het plotselinge overlijden tien jaar geleden van de grondlegger van dit kantoor wordt herdacht, heeft de wetgever ook aangemerkt als aanvang van een nieuw tijdperk voor het Nederlands huwelijksvermogensrecht.

Gerard Hamer was (en is post mortem nog steeds) vooral bekend als voorvechter van individuen die in zijn ogen onrechtvaardig worden behandeld en – ongeacht welke komaf – goede bijstand verdienen om een eerlijk proces in rechte zoveel mogelijk te waarborgen.

Sinds 1981 was Gerard Hamer een fameus strafpleiter. Gelijkheid in rechtspositie was voor Gerard Hamer een groot goed. Zou hij zijn idealisme ook kwijt hebben gekund in het familierecht en het sinds 1838 in het Burgerlijk Wetboek gecodificeerd hoofdstelsel van de algehele gemeenschap van goederen als bescherming van de individu hebben gezien?

Dit stelsel houdt in dat vanaf de huwelijksluiting alle vermogensbestanddelen (waaronder ook schulden) van ieder voor zich en van beiden als het ware op de grote hoop gaan, met de gedachte ‘eerlijk zullen we alles delen, tot de dood ons scheidt’. Dat heeft als rechtsgevolg dat ieder – ongeacht zijn of haar komaf – wat het huwelijksvermogen betreft een gelijke positie krijgt door met elkaar te trouwen (of samen een geregistreerd partnerschap aan te gaan<sup>2</sup>). Willen aanstaande echtgenoten dat niet, dan kon daarvan tot 1 januari 2018 worden afgeweken door huwelijksvoorwaarden op te laten stellen met afwijkende afspraken over het huwelijksgoederenregime dat op hun huwelijk van toepassing zou zijn.

Vanaf 1 januari 2018 geldt echter een nieuw stelsel voor het huwelijksvermogensrecht, een stelsel dat als eerlijker wordt gezien, maar is dit ook echt zo en ook niet onbelangrijk, is het hiermee niet alleen nog maar ingewikkelder geworden om uit elkaar te gaan.

Om mee te gaan met de ontwikkeling dat niet ieder huwelijk meer voor de eeuwigheid duurt, geldt voor huwelijken die gesloten zijn op of na 1 januari 2018 als uitgangspunt dat er sprake is van een beperkte gemeenschap van goederen. Alle vermogensbestanddelen die vóór het huwelijk van één van beiden was, blijft ook na de huwelijksluiting uitsluitend van hem of van haar. Hadden de echtgenoten voor het huwelijk al samen vermogen (bijvoor-

---

<sup>1</sup> Mirjam van der Weide is advocaat en mediator gespecialiseerd in het personen- en familierecht bij Cleerdin & Hamer Advocaten.

<sup>2</sup> In het vervolg zal in het artikel alleen gesproken worden over het huwelijk, echter dezelfde juridische gevolgen gelden voor het geregistreerd partnerschap. In dat verband is het misschien nog goed om te vermelden dat het familierecht ook relatief recent nog belangrijke ontwikkelingen heeft ondergaan als het gaat om gelijkheid; denk aan invoering van het geregistreerd partnerschap in 1998 en in 2001 de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht.

beeld een woonhuis dat reeds in gezamenlijk eigendom aan beiden toebehoorde), dan is dat vermogen een eenvoudige gemeenschap (zoals eenieder ook als hij geen affectieve relatie met de ander heeft, samen met een ander een huis in eigendom kan hebben).

Alles wat verkregen wordt door één van beiden of beiden vanaf de datum van het huwelijk tot het einde daarvan (overlijden of echtscheiding) valt in een (beperkte) gemeenschap van goederen. Dat geldt overigens niet alleen voor vermogensbestanddelen met een bepaalde waarde, maar ook voor schulden.

Voor huwelijken die gesloten zijn vóór 1 januari 2018 is de situatie ongewijzigd gebleven. Met andere woorden, voor huwelijken aangegaan tot 1 januari 2018 geldt nog steeds de wettelijke gemeenschap van goederen, waarvan bij huwelijksvoorwaarden kan worden afgeweken.

Voorstanders van de nieuwe wet vinden het vooral eerlijk dat vermogen dat van één van beiden was en niet samen is opgebouwd, niet van de een op andere dag gezamenlijk vermogen wordt (en vice versa geldt dit voor wat betreft schulden). Tijdens de huwelijkse periode betreft het samen opgebouwd vermogen en/of de schulden, zodat voorstanders het rechtvaardig vinden dat dit vermogen en die schulden dan wel in een beperkte gemeenschap vallen en bij scheiding verdeeld moeten worden. Bovendien kunnen er ook nu nog huwelijksvoorwaarden worden gemaakt. Degenen die toch de voorkeur geven aan een ouderwetse algehele gemeenschap van goederen kunnen dat dus alsnog regelen in afwijkende huwelijksvoorwaarden. Ieder kan dus nog steeds een eigen keuze maken.

Maar is het nieuwe huwelijksvermogensrecht wel zo eenvoudig en rechtvaardig als door voorstanders wordt gedacht? In het vervolg van dit artikel zal blijken dat er toch meer haken en ogen aan de nieuwe wet kleven dan door menigeen wordt gedacht.

## 2. **Artikel 1:94 BW: de wettelijke gemeenschap van goederen**

Het huidige huwelijksgoederenregime is wettelijk geregeld in artikel 1:94 BW.<sup>3</sup> volgt dat vanaf het moment van de huwelijksvoltrekking drie verschillende vermogens te onderscheiden zijn (tenzij echtgenoten bij huwelijksvoorwaarden zijn afgeweken van het wettelijk uitgangspunt):

- *vermogen 1 en 2*: privévermogen van ieder van de echtgenoten (alle goederen en schulden die al voor het huwelijk aan één van de echtgenoten toebehoorden c.q. ten laste van hem/haar is aangegaan);
- *vermogen 3*: eenvoudige gemeenschap: alle goederen en schulden die vóór aanvang van het huwelijk aan de echtgenoten gezamenlijk toebehoorden;
- *vermogen 3*: de (beperkte) gemeenschap na huwelijksluiting: alle overige goederen en schulden van de echtgenoten (afzonderlijk of gezamenlijk) vanaf de aanvang van de gemeenschap/het huwelijk tot aan haar ontbinding verkregen.<sup>4</sup>

Blijkens artikel 1:94 lid 2 BW omvat de nieuwe beperkte wettelijke gemeenschap van goederen alle goederen die al voor het huwelijk gezamenlijk aan echtgenoten toebehoorden en

<sup>3</sup> Zie: Het nieuwe huwelijksvermogensrecht: de belangrijkste wijzigingen op een rij; mr. A. Heida 20 december 2017; *EB* 2018/2.

<sup>4</sup> Met uitzondering van sub a) krachtens erfopvolging bij versterf, making, lastbeoordeling of gift verkregen goederen, sub b) pensioenrechten die onder de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding vallen, alsmede die verband houdende met nabestaandenpensioen en sub c) bepaalde rechten op het vestigen van vruchtgebruik en bepaaldelijk genoemd.

alle goederen door ieder van hen afzonderlijk of gezamenlijk vanaf de aanvang van de gemeenschap tot haar ontbinding verkregen.

De voorhuwelijkse gemeenschappelijke goederen zijn deel gaan uitmaken van de gemeenschap na een aanpassing van het oorspronkelijke wetsvoorstel. De gedachte daarachter was dat dit meer zou aansluiten bij de voorhuwelijkse samenleving. Deze goederen waren al gemeenschappelijk en blijven dit, alleen in een andersoortige gemeenschap. Het voordeel hiervan is dat de uitvoerbaarheid bij ontbinding van de huwelijksgemeenschap zou worden verbeterd, doordat ook deze goederen van het te verdelen vermogen zou gaan deel uitmaken en geen afzonderlijke verdeling meer behoeft plaatst vinden als dit aangemerkt was gebleven als eenvoudige gemeenschap.

Tot zover lijkt het nog overzichtelijk. Echter voorzienbaar is dat echtgenoten geen financiële administratie bij zullen gaan houden, zoals nu ook het geval is bij de in de huwelijkse voorwaarden overeengekomen periodieke verrekenbedingen. Dat betekent dat bij echtscheiding ieder vermogensbestanddeel naar herkomst zal moeten worden gekwalificeerd om vast te stellen of het een privé of gezamenlijk vermogensbestanddeel betreft. De veelomvattende jurisprudentie met betrekking tot niet uitgevoerde verrekenbedingen is bekend. Ook daar hadden partijen er verstandig aan gedaan om tijdens het huwelijk periodiek de financiële gang van zaken binnen het huwelijk schriftelijk bij te houden. Echter in de praktijk ligt daar bijna voor niemand tijdens het huwelijk te prioriteit en ontstaan de discussies veel later (i.e. te laat), namelijk bij beëindiging van het huwelijk. Zonder een huwelijkse financiële administratie moet er achteraf gepuzzeld worden welke vermogensdelen nog verdeeld of verrekend moeten worden en tegen welk bedrag, en welke privévermogen zijn en blijven.

In theorie zullen goederen en/of schulden die vóór het huwelijk privébezit of schuld waren en nog aanwezig zijn ten tijde van de scheiding, ook na de scheiding privévermogen of privé schuld van de betreffende echtgenoot blijven. Een vermogensbestanddeel dat vóór het huwelijk gezamenlijk aan echtgenoten toebehoorden en nog onveranderd aanwezig is bij de scheiding, zal als eenvoudige gemeenschap moeten worden verdeeld. Datzelfde geldt voor een gezamenlijke schuld van vóór het huwelijk. Voor bezittingen en schulden al dan niet samen verkregen tijdens de huwelijkse periode lijkt het op het eerste gezicht ook niet bijster ingewikkeld: al die bezittingen en schulden moeten ook als uitgangspunt bij helfte worden verdeeld.

### 3. **Zaaksvervanging in het huwelijksvermogensrecht**

De werkelijkheid is natuurlijk niet zo eenvoudig als geschetst. Het probleem ontstaat op het moment dat de verschillende vermogens zich met elkaar gaan vermengen. Hoe kan een echtgenoot dan zonder strikt bijgehouden financiële administratie aantonen dat een bepaald vermogensbestanddeel is betaald uit privévermogen? Immers blijktens het leerstuk van de zaaksvervanging zal het nieuwe vermogensbestanddeel dat tijdens het huwelijk is gekocht met privévermogen van voor het huwelijk ook als privévermogen van deze echtgenoot moeten worden aangemerkt.

Met andere woorden: “als een echtgenoot voor het huwelijk een auto in zijn bezit heeft en geld op een eigen spaarrekening, dan vallen deze vermogensbestanddelen na de huwelijksvoltrekking niet meer – zoals voorheen – in de gemeenschap van goederen, maar blijven deze privé bezit. Verkoopt deze echtgenoot deze auto tijdens het huwelijk en koopt hij van

de opbrengst en het genoemde spaargeld een nieuwe auto, dan zal deze nieuwe auto door zaaksvervangng nog steeds privévermogen van deze echtgenoot zijn.”

Iedereen wordt geacht de wet te kennen. Maar het is de vraag of echtgenoten zich de consequentie van dit eenvoudige voorbeeld realiseren, laat staan de meer ingewikkelde situaties onderkennen. Het grootste deel van de (pas) getrouwde stellen, heeft zich niet voorafgaand aan het huwelijk juridisch laten informeren over de gevolgen van het huwelijk. Vermoedelijk zal het gros van de vanaf 1 januari 2018 gehuwde stellen, in het voorgaande eenvoudige voorbeeld hebben gedacht dat de auto in de beperkte gemeenschap van goederen viel, nu deze na datum huwelijk is aangeschaft.

Zaaksvervangng blijkt hier dus voer voor discussie. De praktijk zal vaak nog weerbarstiger zijn dan deze simpele voorbeeldsituatie.

### **Voorbeeld**

Eenvoudig doorredenerend zal diezelfde auto die na het aangaan van het huwelijk gekocht wordt, dus wel in de beperkte gemeenschap vallen als deze door beide echtgenoten ieder voor een gelijk deel in de aankoopsom wordt betaald. Of niet soms?

Het juiste antwoord is: dat hangt ervan af.

Als beide echtgenoten hard hebben gewerkt en salaris vanaf datum huwelijk opzij hebben gezet om daar vervolgens de auto van te kopen, dan klopt het dat de auto-onderdeel uitmaakt van de beperkte gemeenschap.

Maar als de man ‘zijn’ helft van de aankoopsom heeft betaald van zijn eerder genoemde spaargeld dat hij vóór het huwelijk op een eigen rekening had staan en de vrouw haar helft van de aankoopsom heeft betaald van haar verdiende salaris vanaf datum huwelijk, dan valt de auto wel in de gemeenschap (uitgaande van het goederenrechtelijke eenheidsbeginsel, dat een goed niet voor een deel in een huwelijksgemeenschap kan vallen en voor een deel privévermogen is), maar heeft de man plotseling een vordering op de gemeenschap voor wat betreft zijn betaling. Bij verdeling krijgt de man dus de helft van de waarde van de auto én zijn als de gemeenschap toereikend is, zijn vordering voldaan.

Terwijl als de man de auto na de huwelijksdatum heeft gekocht van zijn salaris (dat hij heeft verdiend na de huwelijksdatum) dan valt de auto in de beperkte gemeenschap en komt deze voor de helft toe aan de vrouw zonder dat de man een vordering heeft op de gemeenschap.

Kortom: het kan dus onder het nieuwe recht zijn dat een van de echtgenoten meer van ‘zijn’ geld investeert in een vermogensbestanddeel maar recht heeft op een kleiner aandeel, afhankelijk van welk geld of vermogen het goed is aangeschaft. Het is de vraag of echtelieden dit ook voor ogen hadden toen zij elkaar het ja-woord gaven. Nog een ander voorbeeld.

### **Voorbeeld**

Een van de echtgenoten heeft een woning in zijn bezit (de man). Er is een hypotheeklening afgesloten. Het huis blijft dus in beginsel ook na de huwelijksluiting



privévermogen van de man, zoals ook de hypotheekschuld een privéschuld van die man blijft. De man moet maandelijks rente en aflossing betalen aan de hypotheekbank. Dat wordt betaald van inkomen dat tijdens het huwelijk wordt verdiend. De rente zal vallen onder de kosten van de huishouding, maar de aflossingen vallen daar volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad niet onder. Er wordt dus vermogen gevormd door de maandelijks aflossingen. Dat inkomen waarmee vermogen wordt gevormd (het bedrag waarmee straks de hypotheekschuld gedeeltelijk wordt afgelost en waardoor meer overwaarde bij verkoop van de woning overblijft) is na het aangaan van het huwelijk wel gemeenschapsgeld. Nu de privéschuld wordt afgelost met geld uit de (beperkte) gemeenschap zal er een vordering van de gemeenschap op de man ontstaan. De echtgenoten zullen zich dat vermoedelijk vooraf niet realiseren, waardoor discussie hierover pas ontstaat bij einde van het huwelijk door echtscheiding of overlijden.

Artikel 1:95 BW is gelet op het hiervoor geschetste een belangrijke bepaling. In lid 1 is bepaald dat een goed dat een echtgenoot anders dan om niet verkrijgt, buiten de gemeenschap blijft indien de tegenprestatie bij de verkrijging van dit goed voor meer dan de helft ten laste komt van zijn eigen vermogen. In het huwelijksgoederenrecht moet dus per goed bekeken worden of het *geheel* in of buiten de huwelijksgemeenschap valt. Het is koffiedikkijken hoe dit in de jurisprudentie uit gaat werken.

Goederenrechtelijk is van belang om eerst vast te stellen aan wie het betreffende goed is geleverd (aan een van de echtgenoten in privé of aan beiden). Dit is relevant omdat alleen dan kan worden bepaald of een tegenprestatie voor meer dan de helft uit een privévermogen is voldaan. Namelijk als er is geleverd aan de echtgenoten samen, dan moet hetgeen de man uit zijn privévermogen heeft betaald, worden opgeteld bij de vrouw uit haar privévermogen heeft betaald.

Vervolgens moet worden vastgesteld ten laste van wie dit is gekomen.

“Als de vrouw na de huwelijksluiting een huis gekocht heeft en dit geleverd krijgt, en zij heeft uit haar privévermogen de volledige (althans meer dan de helft van de) aankoopprijs betaald, dan valt het huis volledig in het privévermogen van de vrouw. Maar als de aankoopprijs voor minder dan de helft met privévermogen van de vrouw is betaald, dan valt het huis geheel in de gemeenschap van goederen;

Gebruikelijk is het dat de aankoop van een huis (deels) wordt betaald door het aangaan van een hypotheeklening. De hoofdregel geldt ook hier: als de vrouw meer dan de helft heeft betaald met privégeduld en minder dan de helft heeft geleend bij de bank, dan valt de woning geheel in haar privévermogen. Datzelfde geldt dan voor die hypothecaire geldlening. Ook die is volledig privé. Het maakt daarbij geen verschil of de man hoofdelijk aansprakelijk is voor de schuld. Het feit dat de bank de man kan aanspreken, laat onverlet dat het een privéschuld blijft. Indien de man wordt aangesproken door de bank, heeft hij een vergoedingsrecht jegens de vrouw ter hoogte van het bedrag dat hij aan de bank uit dien hoofde heeft voldaan.

Maar wat als de hypotheekschuld hoger is dan het privévermogen waarmee de woning is betaald? Dan is uit privé minder dan de helft betaald: het huis én de hypotheekschuld gaan tot de huwelijksgemeenschap behoren.”

Bij artikel 1:95 BW gaat het er dus om welk deel van de tegenprestatie bij de verkrijging van een goed uit privévermogen is voldaan. Een lening c.q. aanvullende financiering telt hiervoor niet mee en volgt het goed voor wat betreft de vraag of het een gemeenschaps-schuld of privéschuld is geworden.

Vaak komt het voor dat echtgenoten samen een woning kopen. Enerzijds wordt in de literatuur aangehouden dat de woning geheel in de gemeenschap valt of geheel daarbuiten (zie hierna voorbeeld ad 1), anderzijds is er de stroming die uitgaat van de afzonderlijke aandelen van de echtgenoten in de woning (zie hierna voorbeeld ad 2).

#### **Voorbeeld ad 1**

De echtgenoten hebben samen een woning gekocht en ieder voor de (onverdeelde) helft geleverd gekregen. De koopsom (lees: tegenprestatie) bedroeg € 200.000. De man heeft € 80.000 uit zijn privévermogen betaald en de vrouw heeft € 40.000 uit haar privévermogen betaald. Voor het restant van € 80.000 is een lening afgesloten. Samen beschouwd is dus meer dan de helft van de tegenprestatie (namelijk € 120.000) uit privévermogen betaald. De woning blijft privévermogen en valt niet in de huwelijksgemeenschap. De echtgenoten zijn natuurlijk wel gezamenlijk gerechtigd tot de woning; er is wel een eenvoudige gemeenschap.

De aanhangers in de literatuur die de aandelen van de echtgenoten afzonderlijk beschouwen, stellen zich op het standpunt dat er dus meerdere uitkomsten mogelijk zijn (namelijk: geheel in de gemeenschap/geheel privévermogen én aandeel van de man valt in de gemeenschap en van de vrouw valt daarbuiten of vice versa.<sup>5</sup>

#### **Voorbeeld ad 2**

Dezelfde situatie echtgenoten hebben samen een woning gekocht en ieder voor de (onverdeelde) helft geleverd gekregen. De koopsom van € 200.000 werd betaald door de man met € 80.000 uit zijn privévermogen door de vrouw met € 40.000 uit haar privévermogen. Het restant van € 80.000 is wederom voldaan met een lening. Het aandeel van de man is voor meer dan de helft (€ 80.000 van de € 100.000) uit privévermogen betaald en zijn aandeel valt dus in deze redenering buiten de gemeenschap. Het aandeel van de vrouw is voor minder dan de helft (€ 40.000 van de € 100.000) gefinancierd uit haar privévermogen en valt in dit geval wel in de gemeenschap van goederen.

Overigens lijkt het erop dat de Hoge Raad ook gaat voor het goederenrechtelijke eenheidsbeginsel. Bij uitspraak van PHR 8 september 2017 (ECLI:NL:PHR:2017:464) heeft de Hoge Raad in een zaak waar het ging om een woning waarin de man gerechtigd was tot een aandeel groter dan de helft, geconcludeerd dat de (gehele) woning buiten de huwelijksgemeenschap van de man en de vrouw is gebleven (en niet slechts het aandeel van de man).

De Hoge Raad had zich eerder dat jaar op 3 februari 2017<sup>6</sup> ook al (opnieuw) uitgelaten over de gerechtigdheid tot goederen die tot de wettelijke gemeenschap behoren. Zijn de echtge-

---

<sup>5</sup> Zie o.a. Zaaksvervanging in het huwelijksvermogensrecht; 9 juni 2018; *WPNR* 2018/7198 prof. mr. dr. L.C.A. Verstappen e.a. t.o. mr. Breederveld: De huwelijksgemeenschap bij echtscheiding.

<sup>6</sup> HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:156 (Verschil tussen eenvoudige gemeenschap en huwelijksgemeenschap bij afwikkeling wettelijk deelgenootschap).

noten hiertoe voor de helft dan wel voor het geheel gerechtigd? In deze uitspraak behandelt de Hoge Raad het verschil tussen een eenvoudige gemeenschap en een huwelijksgemeenschap bij de afwikkeling van een wettelijk deelgenootschap, maar hij besteedt ook apart aandacht aan het rechtskarakter van de wettelijke gemeenschap. De tweede en de derde volzin van rechtsoverweging 5.2.4. luiden: “Deze gemeenschap kent een eigen regeling (art. 1:93 e.v. BW; zie ook art. 3:189 lid 1 BW). Onderdeel van die regeling is dat echtgenoten van de aanvang van het huwelijk af ieder zijn gerechtigd tot de goederen die tot die gemeenschap behoren en daarin gedurende het huwelijk dus geen aandelen hebben (vgl. art. 1:94 lid 1 BW en art. 1:100 BW).”

De Hoge Raad maakt een scherp onderscheid tussen de situatie vóór de ontbinding van de huwelijksgemeenschap en de situatie daarna. Artikel 3:189 lid 1 BW bepaalt met zoveel woorden dat de bepalingen van titel 3.7 BW (Gemeenschap) niet gelden voor een huwelijksgemeenschap, zolang zij niet is ontbonden. Vóór ontbinding geldt artikel 1:94 lid 1 BW en na ontbinding moet de gemeenschap in beginsel bij helfte worden verdeeld op grond van artikel 1:100 lid 1 BW. Als een schuldeiser vóór ontbinding van de gemeenschap verhaal zoekt op gemeenschapsgoederen, of dit nu voor een gemeenschapsschuld dan wel voor een privéschuld van een echtgenoot is, legt hij beslag op gemeenschapsgoederen in hun geheel en niet op een aandeel hierin. De nieuwe wet heeft hierin geen verandering gebracht.

De visie van de Hoge Raad waarin het eenheidsbeginsel wordt aangehangen, heeft grote gevolgen voor het nieuwe huwelijksvermogensrecht. De voorhuwelijks eenvoudige gemeenschap valt wettelijk gezien immers zoals hiervoor aan de orde is gesteld op grond van artikel 1:94 lid 2 BW in de beperkte huwelijksgemeenschap, met alle gevolgen van dien.

#### 4. De schenking, erfenis en uitsluitingsclausules

Privévermogen kan betreffen het vermogen dat een der echtgenoten al bezat voordat zij in het huwelijksbootje stapten, maar dit kan uiteraard ook vermogen zijn dat aan een van de echtgenoten is toegekomen bij wijze van schenking of erfenis, mits dit voor of tijdens het huwelijk (voorheen onder het oude recht) was geschonken of geërfd met een uitsluitingsclausule.<sup>7</sup>

Als de echtgenoten al weloverwogen voor het huwelijk een keuze hebben gemaakt voor het wettelijk stelsel van de beperkte gemeenschap van goederen met ingang van de datum van de huwelijksluiting, dan kunnen familie of vrienden de situatie nog complexer maken door hierover wat hun eigen vermogen betreft, anders over besluiten.

Voorheen werd veel gebruik gemaakt door derden van uitsluitingsclausules om te voorkomen dat een nagelaten of geschonken goed in een gemeenschap van goederen van de verkrijger zou vallen. Bij uitsluitingsclausule werd dan bijvoorbeeld in een akte van schenking of testament bepaald dat hun schenking of erfenis buiten de gemeenschap van goederen zou komen te vallen.

Onder het nieuwe huwelijksgoederenrecht geldt voor nieuw gesloten huwelijken dat geen uitsluitingsclausules meer nodig zijn om de schenking of erfenis buiten de gemeenschap

---

<sup>7</sup> Voorts benoemt artikel 1:94 lid 3 nog de goederen en schulden die aan een der echtgenoten op enigerlei bijzondere wijze verknocht zijn, welke slechts in de gemeenschap vallen voor zover de verknochtheid zich hiertegen niet verzet. Ook andere privégoederen specifiek benoemd in dit wetsartikel zoals vruchten van goederen die niet in de gemeenschap vallen, blijven verder in dit artikel onbeschreven.

van goederen te houden. Een schenking en/of erfenis van vóór het huwelijk valt reeds buiten de gemeenschap van goederen omdat die privévermogen van een der echtgenoten van voor het huwelijk betreffen. Verder worden de erfenissen en schenkingen uitgezonderd van het gemeenschapsvermogen in artikel 1:94 lid 2 BW.

Zelfs aan de derden die juist iets willen schenken of nalaten aan een der echtgenoten en dit wél onderdeel willen laten uitmaken van de gemeenschap van goederen, is gedacht. Blijkens lid 3 sub b van artikel 1:94 BW geldt nu de omgekeerde uitsluitingsclausule: de erfenis of gift valt wel in de gemeenschap als dit door erfflater of schenker uitdrukkelijk is bepaald (de ‘insluitingsclausule’). Alle schoonouders die de ‘koude kant’ niet tekort willen doen, moeten zich er dus van bewust zijn dat zij sinds 1 januari 2018 opnieuw naar de notaris moeten om hun testament te laten herzien en deze bepaling apart in het testament op te nemen<sup>8</sup>.

### 5. **Vershil in gerechtigdheid in de gemeenschap**

In het voorgaande is eigenlijk zonder daar de aandacht op te vestigen al gemotiveerd dat het maar de vraag is of het huidig huwelijksgoederenregime beperkt is tot drie verschillende vermogens (te weten: privévermogen van de man, privévermogen van de vrouw en beperkte gemeenschap van goederen).

Op het eerste gezicht lijkt het logisch dat goederen die vóór het huwelijk gemeenschappelijk waren ook vanaf de huwelijksvoltrekking gemeenschappelijk blijven. Maar de gemeenschap verandert van rechtskarakter: eerst ging het om een eenvoudige gemeenschap in de zin van de artikelen 3:166 BW t/m 3:188 BW en nu gaat het om een (beperkte) huwelijks-gemeenschap in de zin van artikel 1:94 lid 1 BW. In de praktijk zal dit vaak voorkomen, want de meeste aanstaande echtgenoten wonen voorafgaand aan hun huwelijk met elkaar samen en verkrijgen in die periode goederen gezamenlijk, niet alleen inboedel, maar ook onroerende zaken, meestal de woning waarin zij samenwonen.

Als de echtgenoten voor hun huwelijk samen een koopwoning bezitten en door het aangaan van het huwelijk hun in een eenvoudige gemeenschap toebehorende woning ten huwelijk aanbrengen zonder het maken van huwelijksvoorwaarden, dan zou het logisch zijn dat de aandelen van de man en de vrouw in deze woning tot de beide privévermogens van de man respectievelijk de vrouw worden gerekend en niet in hun huwelijks-gemeenschap te vallen. De nieuwe wet laat de woning echter wél in de huwelijks-gemeenschap vallen en dat is een (te) grote inbreuk op de hoofdregel dat aanbrengsten ten huwelijk privé zijn.

Stel: “de man en de vrouw hadden ongelijke aandelen in de voorhuwelijks woning (zegge: de man is voor 60% en de vrouw is voor 40% tot de woning gerechtigd, hetgeen mogelijk is op grond van artikel 3:166 lid 2 BW. Vervolgens gaan de man en de vrouw in 2018 een huwelijk met elkaar aan zonder huwelijksvoorwaarden te maken. De aandelen van 60% en 40% verdwijnen nu als sneeuw voor de zon, gelet op het eenheidsbeginsel in de hiervoor aangehaalde uitspraak van de Hoge Raad van 2017<sup>9</sup>. De beide echtgenoten zijn vanaf de huwelijksvoltrekking voor het geheel tot de woning gerechtigd. Er zijn geen aandelen in de

---

<sup>8</sup> Overigens kan de uitsluitingsclausule nog steeds van belang zijn voor die situaties waarin de echtelieden huwelijksvoorwaarden aangaan waarbij zij afwijken van het huidige wettelijke systeem en toch kiezen voor de ‘traditionele’ gemeenschap van goederen. Ook voor huwelijken vóór 1 januari 2018 gesloten, blijft de uitsluitingsclausule relevant.

<sup>9</sup> Eerder ook in 2012: HR 5 oktober 2012; ECLI:NL:HR:2012:BW9239.

visie van de Hoge Raad<sup>10</sup>. Als de man failliet gaat, zijn de gevolgen (ook) voor de vrouw groot. De woning valt op grond van artikel 1:94 BW geheel in de wettelijke gemeenschap en dus in de failliete boedel op grond van artikel 63 Fw.”

In de praktijk zullen de (aanstaande) echtgenoten de ongelijke gerechtigheid doorgaans willen handhaven als zij in het huwelijksbootje stappen. Nu worden zij gedwongen huwelijkse voorwaarden te maken om de voorhuwelijkse eenvoudige gemeenschap buiten de huwelijksgemeenschap te houden en de ongelijke gerechtigheid te handhaven. Dat is nu net niet de bedoeling van de wetgever, want hij wil het meest wenselijke huwelijksvermogensrecht in de wet zien staan.

Bovendien valt dit niet te rijmen met artikel 1:95 BW. Immers uit de hiervoor opgenomen voorbeelden kan worden afgeleid dat er sprake is van privévermogen als van de tegenprestatie meer dan de helft voldaan is uit privévermogen. Als echtgenoten samen dus meer dan de helft hebben voldaan uit privévermogen dan betreft het een privévermogen van echtgenoten samen en komt dit toch weer uit op een eenvoudige gemeenschap die kennelijk buiten de beperkte huwelijksgemeenschap van goederen valt. Dat zou betekenen dat er wel degelijk vier verschillende vermogensposities tussen echtgenoten zijn die zowel tijdens als na het einde van het huwelijk tot gecompliceerde situaties kunnen leiden<sup>11</sup>.

Een belangrijk verschil tussen de eenvoudige gemeenschap en beperkte huwelijksgemeenschap is nu net die verschillende gerechtigheid in die gemeenschappen. Voor goederen die in de beperkte huwelijksgemeenschap van goederen vallen, geldt artikel 1:100 lid 1 BW waarin is bepaald dat de echtgenoten een gelijk aandeel in de ontbonden gemeenschap hebben (tenzij anders is bepaald bij huwelijksvoorwaarden of echtscheidingsconvenant). Het standaard uitgangspunt van 50-50% is hier dus van toepassing. Bij een eenvoudige gemeenschap kan er sprake zijn van een verschil in gerechtigheid (bijvoorbeeld: de man is 75% gerechtigd en de vrouw voor 25%). Dat is uiteraard van relevantie voor de wijze waarop verdeeld moet gaan worden. Het kan immers nogal een verschil opleveren wanneer een gemeenschappelijk goed qua gerechtigheid 75-25% verdeeld moet worden (uitgaande van een eenvoudige gemeenschap) maar dat die na ontbinding van een beperkte gemeenschap wordt aangemerkt als onderdeel uitmakend van die beperkte gemeenschap op grond waarvan 50-50% verdeeld moet gaan worden.

Een ander verschil is dat voor eenvoudige gemeenschappen de bestuursregeling van artikel 1:97 BW niet geldt (en voor de beperkte gemeenschap wel). Hierin is bepaald dat iedere echtgenoot bevoegd is tot het bestuur over die goederen. Voor de eenvoudige gemeenschappen geldt de algemene regel van artikel 1:370 lid 3 BW (deelgenoten zijn slechts tezamen bevoegd om over een goed te beschikken). Hier kunnen dus veel discussies ontstaan over de beschikkingsbevoegdheid bij vervreemding en bezwaring van goederen uit de eenvoudige gemeenschap.

Niet onbelangrijk is het verschil dat een eenvoudige gemeenschap tussen de echtgenoten tijdens het huwelijk kan worden verdeeld, maar de beperkte gemeenschap kan pas worden verdeeld na ontbinding van de gemeenschap (in beginsel: beëindiging van het huwelijk door overlijden, scheiding, dan wel in geval van opheffing van de gemeenschap bij latere huwelijksvoorwaarden).

---

<sup>10</sup> Zie: prof. Mr. A.J.M. Nuytick, *Privaatrecht Actueel*, 17 juni 2017; *WPNR* 2017/7155.

<sup>11</sup> Zie: ‘Nieuw huwelijksvermogensrecht: opnieuw een aandachtspunt gesinganleerd’, *JBN* 2018/33.

## 6. Vergoedingsrechten

In het hiervoor besproken artikel 1:95 BW staat niet alleen een regeling over de maatstaf wanneer een goed in de beperkte gemeenschap valt of juist privévermogen blijft. Het regelt ook de vergoedingsrechten die ten gevolge hiervan ontstaan.

In lid 1 staat dat voor zover de tegenprestatie ten laste van de gemeenschap komt, de echtgenoot gehouden is tot een vergoeding aan de gemeenschap. Het beloop van de vergoeding wordt bepaald overeenkomstig artikel 1:87, lid 2 en lid 3, BW. Hier komt dus ook het uitvoerige leerstuk en daarmee samenhangende jurisprudentie omtrent artikel 1:87 BW waar het gaat om vergoedingsrechten om de hoek kijken<sup>12</sup>.

In een notendop: de vergoedingsrechten vinden de oorsprong juist in het feit dat echtgenoten niet zorgvuldig zijn in het bijhouden van een financiële administratie. Tijdens het huwelijk is vaak alles koek en ei, dus als er een eigen woning wordt gekocht, dan wordt vaak zonder concrete afspraken te maken privégeduld van een van de echtgenoten in de nieuwe woning gestoken. Voor 2012 was er sprake van nominale vergoedingsrechten. De echtgenoot die privévermogen in de woning had gestoken, kreeg het bedrag terug dat nominaal door hem/haar was geïnvesteerd. Van een waardevermeerdering profiteerde deze echtgenoot niet extra noch was deze echtgenoot extra de dupe als er sprake was van een waarde-daling.

In artikel 1:87 BW heeft de wetgever afstand genomen van die nominaliteitsleer en is het gevolg van de vergoedingsrechten dat een investerende echtgenoot meedeelt in waardevermeerdering en -vermindering, in de verhouding waarin zijn investering staat tot de verwervingskosten. Het gaat hier om de beleggingsleer. De investerende echtgenoot krijgt een economisch belang bij de goederen ten aanzien waarvan een vergoedingsrecht ontstaat. De wetgever heeft hier beoogd aan te sluiten bij de regeling van de verrekenbedingen (artikelen 1:136 BW t/m 1:141 BW). Het vergoedingsrecht is een vordering in geld waarvan het beloop wordt bepaald door de waarde van het onderliggende vermogensbestanddeel.

Bij artikel 1:95 BW gaat het eveneens om een vermogensverschuiving waarvoor juist een vergoeding aan de andere echtgenoot verschuldigd wordt. In artikel 1:87 lid 2 BW worden twee situaties onderscheiden, omschreven onder a en b. De vergoeding belooft een gedeelte van de waarde van het goed op het tijdstip waarop de vergoeding wordt voldaan.

- a) Dit gedeelte is in het geval van een verkrijging ten laste van het vermogen van de andere echtgenoot evenredig aan het uit diens vermogen afkomstige aandeel in de tegenprestatie voor het goed.
- b) Dit gedeelte komt in het geval van een voldoening of aflossing ten laste van het vermogen van de andere echtgenoot overeen met de verhouding tussen het uit diens vermogen voldane of afgeloste bedrag ten opzichte van de waarde van het goed op het tijdstip van die voldoening of aflossing.

Volgens de toelichting van de minister geldt letter a) als de aankoop gefinancierd wordt door de andere echtgenoot, danwel de andere echtgenoot de oorspronkelijke financiering aflost (het aflossen van een schuld kan ook plaatsvinden op een moment dat het goed minder waard is geworden en dan zou de uitkomst van letter b) onredelijk zijn), en b) bij latere investeringen in het goed van de andere echtgenoot.

---

<sup>12</sup> Zie ook: mr. T.F.H. Reijnen, De betekenis van vergoedingsrechten sinds de invoering van de derde tranche huwelijksvermogensrecht, *WPNR* 2014/7004, 1 februari 2014.

Het derde lid van artikel 1:87 BW is eveneens van toepassing verklaard. Ten aanzien van de vergoeding gelden voorts de volgende regels:

- a) (...) de vergoeding belooft ten minste het nominale bedrag dat ten laste van het vermogen van de andere echtgenoot is gekomen (tenzij);
- b) ter zake van goederen die naar hun aard bestemd zijn om te worden verbruikt, belooft de vergoeding steeds het nominale bedrag dat ten laste van het vermogen van de andere echtgenoot is gekomen;
- c) ter zake van goederen die inmiddels zijn vervreemd zonder dat daarvoor andere goederen in de plaats zijn gekomen, wordt in plaats van de waarde, bedoeld in de aanhef van het tweede lid, uitgegaan van de waarde ten tijde van de vervreemding (...)

### **Voorbeeld**

De echtgenoten kopen samen een huis voor € 400.000, waarbij de man uit zijn privévermogen (erfenis) € 300.000 bijdraagt en het restant van € 100.000 wordt voldaan van de spaarrekening die door de echtgenoten is gevuld met overgespaarde inkomsten gedurende het huwelijk. Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat (uitgaande van het eenheidsbeginsel) dit huis onderdeel is gaan uitmaken van het privévermogen van de man. Als de man verder niets zou hoeven te doen, dan zou hij om niet een bedrag van € 50.000,- rijker zijn geworden (de helft van het gezamenlijke spaarsaldo). Dat is niet de bedoeling van de wetgever en zal ook niemand als redelijk en billijk accepteren. De man moet dus op grond van artikel 1:95 lid 1 BW aan de gemeenschap een vergoeding voldoen.

Hoe hoog die vergoeding is, volgt uit artikel 1:87 BW. Relevant is de vraag wanneer de vergoedingsvordering opeisbaar is en daadwerkelijk wordt opgeëist. De datum waarop wordt afgerekend bepaalt de waarde van het goed en dus de vergoeding. Stel de woning is

€ 400.000 waard (gebleven) dan is de vergoeding die de man moet betalen aan de gemeenschap gelijk aan het nominale bedrag van € 100.000. De man betaalt dit aan de gemeenschap waartoe hij zelf ook voor de helft gerechtigd is.

Stel de woning is € 500.000 waard geworden. Van de waardeverhoging komt de gemeenschap dan toe  $(100.000:400.000) \times 100.000 = € 25.000$ . De man moet dus aan de gemeenschap vergoeden € 125.000.

In lid 2 van artikel 1:95 BW is de situatie geregeld dat een goed juist tot de gemeenschap gaat behoren en een echtgenoot bij de verkrijging uit zijn eigen vermogen aan de tegenprestatie heeft bijgedragen. In dat geval komt die echtgenoot een vergoedingsvordering toe, waarvan het beloop eveneens overeenkomstig artikel 1:87, lid 2 en 3, BW wordt bepaald.

### ***Zelfde situatie als het voorbeeld hierboven***

Het huis is echter voor € 300.000 uit geld dat in de gemeenschap is gevallen betaald en voor € 100.000 uit een erfenis verkregen door de man. De nominale vergoeding die de man krijgt (geen waardeverhoging of -daling) is € 100.000 en bij een waardeverhoging tot € 500.000 komt aan de man toe € 125.000 (uit de gemeenschap te voldoen).

## 7. Schuldeisers van echtgenoten

Bij het uitzetten van de rechtsgevolgen van het nieuw huwelijksvermogensrecht, mag niet onbesproken blijven dat de echtgenoten beter beschermd worden tegen schuldeisers van de andere echtgenoot. Zonder hier al te diep op in te gaan, spreekt het voor zich dat het feit dat voorhuwelijksse privéschulden ook na sluiting van het huwelijk privéschuld blijven al een aanmerkelijk verschil zal maken. Daarnaast is bepaald dat voor een schuld die wel in de gemeenschap van goederen valt, de gemeenschapsgoederen eerst moeten worden uitgewonnen als die worden aangewezen en voldoende verhaal bieden. De eigen goederen van de echtgenoot mogen dus niet meer zonder meer worden uitgewonnen.

Ook is er een beperktere draagplichtregeling<sup>13</sup> van een eventueel negatief saldo bij ontbinding van de gemeenschap. Als de gemeenschap niet voldoende omvat om de schulden van de gemeenschap te voldoen, dan worden deze gedragen door beide echtgenoten ieder voor een gelijk deel, tenzij uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeit dat een andere draagplicht aan de orde zou moeten zijn (artikel 1:100 lid 2 BW). Dus de situatie dat een van de echtgenoten voor het geheel wordt aangesproken in plaats van alleen ‘zijn eigen helft’ komt niet of nauwelijks meer voor onder het nieuwe recht.

Ook is er een beperking van het verhaal door privéschuldeisers op de gemeenschap (artikel 1:96 lid 3 BW). Voor een privéschuld kunnen wel goederen uit de gemeenschap van goederen worden uitgewonnen, maar slechts de helft van de opbrengst mag gebruikt worden voor inlossing van die privéschuld. De andere helft van de opbrengst gaat naar de andere echtgenoot die met de privéschuld niets van doen heeft. Dat deel valt ook vanaf dat moment buiten de gemeenschap van goederen.

Het vervolg van dit artikel luidt: “De andere echtgenoot is bevoegd, indien een schuldeiser verhaal op een goed van de gemeenschap zoekt ter zake van een niet tot de gemeenschap behorende schuld, het goed waarop de schuldeiser verhaal zoekt, over te nemen tegen betaling van de helft van de waarde van dat goed uit zijn eigen vermogen. Vanaf het tijdstip van de overneming is dit een eigen goed van deze echtgenoot, dat niet in de gemeenschap valt.” Onder het regime van de nieuwe wettelijke gemeenschap van goederen heeft de echtgenoot, niet zijnde de schuldenaar, bij verhaal van een privéschuld op een gemeenschapsgoed dus een overnamerecht,<sup>14</sup> dat hij jegens de schuldeiser kan invoeren. Onder het oude recht had hij een dergelijk recht niet.

Voorts is nog relevant te weten wanneer een schuld wordt aangemerkt als privéschuld en wanneer het een gemeenschapsschuld betreft. Verwezen wordt naar artikel 1:94 lid 7 BW: “De gemeenschap omvat, wat haar lasten betreft, alle vóór het bestaan van de gemeenschap ontstane gemeenschappelijke schulden, alle schulden betreffende goederen die reeds vóór de aanvang van gemeenschap aan de echtgenoten gezamenlijk toebehoorden, en alle tijdens het bestaan van de gemeenschap ontstane schulden van ieder van de echtgenoten, met uitzondering van schulden: a. betreffende van de gemeenschap uitgezonderde goederen; (...)”

Een schuld kan dus pas een privéschuld zijn, als het een van de gemeenschap uitgezonderd goed betreft. Vereist is dat de schuld rechtstreeks betrekking heeft op dat goed.

<sup>13</sup> Prof. Mr. A.J.M. Nuytinck ‘De nieuwe draagplichtregel van 1:100 lid 2 BW is te eng’ *WPNR* 2018/7184, 3 maart 2018.

<sup>14</sup> Zie ook: Het overnamerecht in het vernieuwde huwelijksvermogensrecht; mr. J.A.J.A. Luijten; 15 februari 2018; *EB* 2018/23.



## 8. Ondernemingsvermogen

Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat er met betrekking tot echtgenoten met een onderneming een nieuw artikel in de wet is gekomen. Gelet op het nieuwe stelsel zullen ondernemingen veel eerder tot privévermogen van een van de echtgenoten behoren. Artikel 1:95a BW bepaalt dat als de onderneming buiten de (beperkte) gemeenschap valt, ten bate van de gemeenschap een redelijke vergoeding voor de kennis, vaardigheden en arbeid van de echtgenoot toekomt. Dit houdt in dat als arbeidsinspanningen van een echtgenoot leidt tot een waardevermeerdering van een ondernemingsvermogen dat buiten de gemeenschap valt, aan de beperkte gemeenschap een vergoeding kan toekomen (als die niet al op andere wijze ten bate van beide echtgenoten is gekomen).

Om een discussie over een vergoeding (voor welk bedrag?) te voorkomen, is het duidelijker om in geval een van de echtgenoten een eenmanszaak exploiteert, voorhuwelijkse voorwaarden op te maken en vast te leggen welke activa en passiva tot zijn privévermogen behoren. De ondernemer doet er verstandig aan om de waarde van de vóórhuwelijkse onderneming alsmede de op dat moment gerealiseerde totaalwinst vast te stellen in verband met het hiervoor genoemd nieuwe vergoedingsrecht van artikel 1:95a BW. De waarderingsgrondslag dient deugdelijk te worden vastgesteld. Bij het einde van het huwelijk moet de waarde van de onderneming en de totaalwinst conform dezelfde uitgangspunten worden vastgesteld.

Wanneer tijdens het huwelijk een eenmanszaak in een bv wordt ingebracht, zal dit veel vragen opwerpen. Is de gehele eenmanszaak tijdens het huwelijk aangebracht, dan zullen de aandelen in de bv tot het privévermogen van de ondernemer gaan behoren. De goederen behorende tot de voorhuwelijkse onderneming kunnen na de huwelijkssluiting echter ook vervangen zijn. Als gevolg van artikel 1:95 lid 1 BW kunnen de goederen die ervoor in de plaats zijn gekomen, tot de huwelijksgoederengemeenschap zijn gaan behoren. Inbreng van de eenmanszaak heeft dan ten gevolge dat de aandelen niet per definitie tot het privévermogen van de ondernemer behoren. Het is ingewikkelde materie, waarvan de gevolgen nog niet volledig kunnen worden overzien.

## 9. Conclusie: cd van ons allebei? Dat hangt ervan af ...

Uit de tijd dat Gerard Hamer nog leefde, dateert het lied van Acda en de Munnik dat vrijwel iedereen wel zal kennen. De songtekst van het nummer typeert precies het probleem dat in het voorgaande op juridische wijze is voorgelegd: “Cd van jou, cd van mij, cd van ons allebei. Maar gekregen van mijn moeder, van mijn moeder, dus van mij”. Vrij vertaald: het familierecht lijkt zo eenvoudig en een afwikkeling van het huwelijksgoederenregime is toch een kwestie van verdelen en klaar? Maar dat is het dus niet, want bij ieder vermogensbestanddeel kan de vraag opkomen van wie het is en naar wie het toegaat na de scheiding. Daarbij moet bedacht worden dat (voormalige) echtgenoten in een emotionele rollercoaster verkeren en “hoe dan ook vandaag nog uit elkaar” willen.

Onder het oude huwelijksvermogensrecht ging de tekst ‘Cd van jou, cd van mij, cd van ons allebei’ met het toevoegsel ‘tenzij’ goed op. Immers alles wat voor het huwelijk en tijdens het huwelijk van de ene of de andere echtgenoot was (of van samen), viel automatisch in de alles omvattende gemeenschap van goederen, en werd dus van allebei. Tenzij er sprake was van huwelijksvoorwaarden of tenzij er sprake was van een uitsluitingsclausule: ‘maar gekregen van mijn moeder (onder uitsluitingsclausule) dus van mij’.

Sinds 1 januari 2018 is het er niet eenvoudiger op geworden en gaat de songtekst niet meer zo automatisch op. Bij iedere cd zal men zich eerst moeten afvragen of die er al was voordat het huwelijk werd gesloten. Zo ja, dan blijft de cd privévermogen, tenzij de cd al tot het gezamenlijk vermogen behoorde. Zo nee, dan is de cd dus van na de huwelijksluiting. Is deze gekocht met privévermogen? Dan is de cd door zaaksvervanging privévermogen. Is deze gekocht van salaris van na de huwelijksluiting? Dan is de cd van allebei. Maar is de cd deels betaald met gespaard privévermogen, deels salaris van na huwelijksdatum en een lening, dan hangt het er maar vanaf ...

Vermeldenswaardig is wellicht nog het nieuwe artikel 1:94 lid 8 BW waarmee ondervangen wordt dat ten aanzien van goederen waarover in geschil is aan wie van hen beiden het goed toebehoort, en geen van beiden zijn recht op dit goed kan bewijzen, dit goed wordt aangemerkt als gemeenschapsgoed. Gaan de echtgenoten van na 1 januari 2018 die geen uitgebreide financiële administratie bijhouden dan via een omweg alsnog feitelijk richting een algehele gemeenschap van goederen?

Het nieuwe huwelijksvermogensstelsel is wellicht meer van deze tijd, maar maakt het er zeker niet eenvoudiger op. Het nieuwe huwelijksvermogensrecht zal veel nieuwe geschillen opwerpen.

Naar het antwoord op de vraag wat Gerard Hamer van het nieuwe huwelijksvermogensrecht anno 2018 zou hebben gevonden, kan slechts worden gegist. Dat de rechtszekerheid niet door het nieuwe systeem gewaarborgd wordt (echtgenoten weten minder dan voorheen waar zij juridisch aan toe zijn), betekent dat veel nieuwe jurisprudentie op dit gebied te verwachten is. Dat betekent evenzoveel rechtszoekenden die recht hebben op gelijkheid in rechtspositie en goede rechtsbijstand. Datgene waar Gerard voor stond blijft dan ook onverminderd van kracht.



