

# 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 ophouden 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 delictomschrijvingen 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 delictomschrijving 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 tapseprekken, 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 verregaande 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 tagespreken 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 bezien 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.