Het Roer Recht

Liber amicorum aangeboden aan Wim Vellinga en Feikje Vellinga-Schootstra

Mr. A. Dijkstra
Prof. mr. B.F. Keulen
Prof. mr. G. Knigge (red.)

Zutphen 2013
De rechterlijke toetsing ter zake van het permanent niet-voegen van relevante stukken in het dossier

Matthias Borgers

1 Inleiding

Op 1 januari 2013 zijn twee belangrijke strafvorderlijke wetswijzigingen in werking getreden. De regeling ter zake van de processtukken is herzien en de regeling betreffende de positie en de activiteiten van de rechter-commissaris is drastisch gewijzigd. Tussen deze twee wetswijzigingen bestaat ondertussen verband, doordat aan de rechter-commissaris ook in de nieuwe regeling omtrent de processtukken een centrale rol is toegekend. Op diverse momenten treedt de rechter-commissaris op als geschillenbeslechter, terwijl met het optreden van de rechter-commissaris tevens wordt beoogd om compensatie te bieden aan de handicaps die de verdediging ondervindt wanneer zij niet bekend is — en op dat moment ook (nog) niet bekend mag zijn — met de inhoud van bepaalde stukken.

Zoals altijd verschaffen nieuwe wettelijke regelingen niet alleen duidelijkheid, maar roepen deze ook weer nieuwe vragen op. Dat wordt alleen al geïllustreerd door een bijdrage van Feikje Vellinga-Schootstra in het tijdschrift Straf/Blad, waarin zij de vraag centraal stelt of de rol van de rechter-commissaris in het vooronderzoek eigenlijk wel wezenlijk is versterkt. Een ander voorbeeld betreft de discussie die recent is ontstaan over de vraag in hoeverre de rechter-commissaris nog zelfstandig onderzoek op verzoek van de verdediging mag (laten) verrichten op het moment dat het onderzoek ter terechtzitting een aanvang heeft genomen. Deze specifieke vraag raakt aan een meer algemeen punt, waarvan men zich kan afvragen of dat in voldoende mate aandacht heeft gekregen bij de totstandkoming van de genoemde wetswijzigingen: de verhouding tussen de rechter-commissaris en de zittingsrechter.

Het is duidelijk dat de rechter-commissaris een belangrijke rol speelt tijdens het vooronderzoek, wat zeggen: in de fase voordat het onderzoek ter terechtzitting een aanvang neemt. Minder duidelijk is welke rol de rechter-commissaris nog kan en mag spelen op het moment dat de zittingsrechter in beeld komt. In de praktijk van alledag kan dat moment overigens al vrij snel komen, omdat de regeling van de voorlopige hechtenis ertoe dwingt om binnen de (90 dagen-)termijn van de gevangenhouding het onderzoek ter terechtzitting te doen aanvangen (vgl. artikel 66 lid 2 S fly).

Over de verhouding tussen de rechter-commissaris en de zittingsrechter valt veel te zeggen. Zo veel dat er voor deze bijdrage een scherpe keuze diende te worden gemaakt. Die keuze is gevallen op de mogelijkheid die de wet thans expliciet biedt om stukken die op zich relevant zijn voor het onderzoek, vanwege zwaarwegende


2. 31 januari 2012, NJ 2012, 502, waarin bij de vraag bespreekt in hoeverre onder het nieuwe recht een gegevensdrager als processtuk kan gelden.


In deze bijdrage sta ik eerst stil bij de regeling van het niet-voegen van (wel relevante) processtukken, met bijzondere aandacht voor de rol van de rechter-commissaris (par. 2). Vervolgens bespreek ik de toetsingsmogelijkheden en verplichtingen van de zittingsrechter ter zake van deze categorie processtukken (par. 3). Omdat bij die bespreking enkele knelpunten naar voren zullen komen, ga ik tot slot in op een mogelijke oplossingsrichting voor de geconstateerde problemen (par. 4).

2 Het permanent niet-voegen van processtukken en de rol van de rechter-commissaris

2.1 De mogelijkheid om stukken niet te voegen

De officier van justitie draagt tijdens het opsporingsonderzoek op grond van art. 149a lid 1 Sv de verantwoordelijkheid voor de samenstelling van de processtukken. Het tweede lid van art. 149a Sv bevat daarbij de definitie van processtukken: 'Trot de processtukken behoren alle stukken die voor de ter terechtzitting door de rechter te nemen beslissingen redelijkwij of van belang kunnen zijn, behoudens het bepaalde in artikel 149b.' Centraal in deze definitie staat dus de relevantie van de stukken. In principe hebben alle relevante stukken te gelden als processtukken en behoren deze dus onderdeel uit te maken (of te gaan uitmaken) van het dossier. Art. 149a lid 2 Sv formuleert echter ook een uitzonderingscategorie: 'behoudens het bepaalde in artikel 149b.'

In art. 149b Sv is voorzien in de mogelijkheid om de voeging van (gedeeld van) stukken achterwege te laten, indien bepaalde zwaarwegende belangen aan de orde zijn. Het gaat dan om stukken (of passages) die wel relevant zijn, in de zin dat deze redelijkerwijs van belang kunnen zijn voor de ter terechtzitting door de rechter te nemen beslissingen. Zou dat immers niet het geval zijn, dan zouden deze stukken reeds vanwege het ontbreken van relevante buiten het dossier mogen worden gehouden. Het gaat hier derhalve om de bijzondere en ook exceptionele situatie waarin voor de straftaak relevante stukken worden afgeschermd. Voor de goede orde: van een tijdelijke onthouding van de keenisemming van (wel tot het dossier behorende) processtukken is in deze situatie geen sprake, het gaat om het (in principe) permanent buiten het dossier houden van bepaalde stukken (of gedeelt) daarvan.


Het permanent onthouden van relevante stukken aan de verdediging en de (zitting)rechter betreft een ingrijpende bevoegdheid, die dan ook met enkele waarborgen is omgeven. Art. 149b lid 1 Sv geeft de officier van justitie de mogelijkheid om bepaalde stukken of gedeelten daarvan te laten voegen bij de processtukken, 'indien hij dit met het oog op de in artikel 187d, eerste lid, vermelde belangen noodzakelijk acht.' Daarmee verwijst de wet naar de regeling van het beletten van een getuige om bepaalde vragen te beantwoorden. In art. 187d lid 1 Sv worden daarbij de volgende gronden benoemd:

1. de getuige zal ernstige overlast onderdienen of zal in de uitoefening van zijn ambt of beroep ernstig worden belemmerd,
2. een zwaarwegend opsporingsbelang wordt geschaad, of
3. het belang van de staatsveiligheid wordt geschaad.

Het is primair aan de officier van justitie om te bepalen of met de voeging van bepaalde gedeelten van stukken één van deze belangen in het geding komt, en wel in die mate dat het achterwege laten van de voeging noodzakelijk wordt geacht. Wanneer de officier van justitie meent dat die situatie zich voordoet, dient hij een schriftelijke machtiging van de rechter-commissaris te vorderen (art. 149b lid 1, tweede volzin, Sv). Eerst indien hij die machtiging verkrijgt, kan de voeging achterwege worden gelaten. Wel dienen in dat geval, zo schijnt de derde volzin van art. 149b lid 1 Sv voor, de desbetreffende vordering van de officier van justitie en de beschikking van de rechter-commissaris bij de processtukken te worden gevoegd. Ook wordt op grond van art. 149b lid 2 Sv een proces-verbaal door de processtukken gevoegd, waarin door of namens de officier van justitie verslag wordt gedaan van de redenen voor het toepassen van diens bevoegdheid om stukken niet te voegen. Daarbij geldt de niet onbelangrijke beperking dat die redenen alleen worden opgegeven 'voor zover de in artikel 187d, eerste lid, vermelde belangen dat toelaten.'

Nu het de officier van justitie eom te doen is dat met het oog op die zwaarwegende belangen de inhoud (of gedeelten van) bepaalde stukken niet bekend wordt, moet men geen al te grote verwachtingen hebben van de openheid die de officier van justitie kan betrachten.

Een laatste waarborg die de wet verschaf, is gelegen in de verplichting van art. 149b lid 3 Sv voor de officier van justitie om de niet-voegde gedeelten van stukken te bewaren zolang de zaak niet is geëindigd. Aldus wordt de mogelijkheid van voeging in een later stadium van de procedure niet bij voorbaat geblokkeerd.

2.2 De rol van de rechter-commissaris en de positie van de verdediging nader beziens

In de wet wordt de toets die de rechter-commissaris aanlegt wanneer de officier van justitie een machtiging op de voorzien van art. 149b lid 1 Sv vordert, niet specifiek omschreven. Het ligt evenwel voor de hand dat de rechter-commissaris allereerst nagaat of inderdaad één van de in art 187d lid 1 Sv omschreven belangen aan de orde is (of eventueel meerdere van die belangen) en vervolgens oordeelt of het

6. De belangen van het slachtoffer behoren als zodanig geen grond op voor het permanent niet-voegen van (gedeeld van) stukken, Kamerstukken II 2010/11, 32 468, nr. 6, p. 20-21.
Desbetreffende belang — afgezet tegen het belang van interne openbaarheid en het verdedigingsbelang — het noodzakelijk maakt de voeging van het desbetreffende (gedeelte van) het stuk permanent achterwege te laten.8 Daarbij neemt de rechter-commissaris kennis van de inhoud van het stuk, zodat hij zich ook daadwerkelijk een oordeel kan aanmeten en niet behoeft af te gaan op slechts de vordering van de officier van justitie en de daarop gegeven toelichting.9

Hoewel de wet daar niets over zegt, lijkt het geocnsis onverenigbaar met de strekking en het doel van art. 149b Sv wanneer de rechter-commissaris zorgvuldige voorwaarden verbindt aan het verlenen van een machtiging. Gedacht kan dan worden aan de situatie waarin de rechter-commissaris met de officier van justitie van oordeel is dat een bepaald stuk (of een gedeelte daarvan) buiten het dossier moet worden gehouden, maar waarin hij het wel verantwoord acht om de desbetreffende informatie in een andere vorm of op een andere wijze openbaar te maken. Dat kan bijvoorbeeld inhouden dat een getuigenverklaring buiten het dossier wordt gehouden, maar dat wel een proces-verbaal wordt opgenomen waarin bepaalde hoofdlijnen van die verklaring worden samengevat.10

De voeging speelt in het kader van de procedure van art. 149b Sv geen rol. Aanvankelijk heeft de minister overwogen te voorzien in de mogelijkheid voor de verdediging om te worden gehoord. Die mogelijkheid is echter uiteindelijk niet zinvol bevonden omdat de voeging toch geen informatie zou (kunnen) krijgen, omtrent de redenen voor het niet-voegen.11 Met hetzelfde pragmatisme heet de minister gemeend dat ook geen rechtsmiddelen behoeven te worden opengesteld tegen de beschikking van de rechter-commissaris betreffende de verlening van een machtiging in de zin van art. 149b lid 1 Sv. Enigezins curieus merkt de minister ter verdediging van deze keuze — op dat te verwachten valt dat anders aard — dat rechtsmiddel zal worden aangewezen door de vertalende.12

Op de aldus gemaakte keuze om aan de verdediging geen rol toe te kennen in de procedure van art. 149b Sv, valt het een en ander af te dingen. Het belangrijkste bevraagt lijkt crín te zijn gelegen dat die keuze berust op de veronderstelling dat de voeging nimmer een zinvolle bijdrage kan leveren aan die procedure. Dat staat echter niet op voorhand vast. Het kan voor de rechter-commissaris zinvol zijn om zicht te krijgen op de — voorlopige — opleving van de verdediging. De noodzaak om, met het oog op de belangen die art. 149b Sv beoogt te beschermen, relevante stukken buiten het dossier te houden, kan immers niet volkomen los worden gezien van het verdedigingsbelang, zeker nu — zoals verderop in deze bijdrage nader aan de orde komt — dit verdedigingsbelang rechtstreeks samenhengt met het recht op een eerlijk proces. Bovendien is het niet uitgesloten dat de verdi- diging reeds op een of andere wijze over informatie is komen te beschikken — bijvoorbeeld betreffende de wijze van opsplitsing — waardoor de noodzaak tot


afscheiding van die informatie is komen te vervallen of voor minder verstrek- kende wijze van afscherming kan worden gekozen. Weliswaar heeft de rechter- commissaris mede tot taak zelfstandig te waken over de belangen van de verdedi- ging, dat neemt niet weg dat in de huidige constellatie de toetsing door de rechter- commissaris tot op zekere hoogte een eenzijdig karakter — want alleen verricht op basis van door het Openbaar Ministerie (OM) verstrekte informatie en de inhoud van de af te schermen stukken — kent.13

Nu de zorgvuldige voorwaarden zijn opgenomen in de procedure van art. 149b Sv, zal de verdediging andere wegen (kunnen en moeten) zoeken teneinde afgeschermden stukken alsnog aan het dossier te laten toevoegen of om anderszins (enige) informatie omtrekt de inhoud van de stukken te vergaren. Zolang kan de verdediging aan de zittingsrechter het daartoe strekkende verzoek doen. Deze mogelijkheid komt in de volgende paragraaf nader aan de orde. Er is echter nog een andere mogelijkheid, waarvan reeds tijdens het vooronderzoek gebruik kan worden gemaakt. De verdachte kan namelijk op de voet van art. 34 lid 1 Sv schriftelijk het verzoek doen aan de officier van justitie om ‘specificatievingsten stukken’ die naar zijn mening van belang zijn voor de beoordeling van de zaak, bij de processtukken te voegen. De officier van justitie kan die voeging weigeren (onder andere) indien hij dit onverenigbaar acht met één van de in art. 187d lid 2 Sv vermelde belangen. Daartoe behoeft hij een schriftelijke machtiging van de rechter-commissaris. Aldus is het mogelijk dat de verdachte het verzoek doet om de stukken te voegen die zijn aan- geduid in het proces-verbaal ex art. 149b lid 2 Sv. Daarmee geeft de verdachte, zo komt mij voor, de vereiste voldoende specifieke omschrijving van de stukken. Het ligt voor de hand dat de officier van justitie die voeging vervolgens zal weigeren, maar dan dienst hij zich wel — wederom — tot de rechter-commissaris te wenden. De rechter-commissaris zal nu opnieuw de aan het begin van deze paragraaf omschreven toets moeten aanleggen. Zij het wel met dat verschil dat de rechter-commissaris de beoordeling van het schriftelijke verzoek van de verdiging in de beoordeling betrekt. Weliswaar wordt dit laatste niet expliciet voorgeschreven in de wet, maar er is geen valide reden om die beoordeling te negeren. Hierin ligt naar mijn mening ook de reden dat het verzoek op de voet van art. 34 Sv niet mag worden gepasseerd met de enkele stelling dat reeds is gesoedeed over de afscherming van de desbetreffende stukken.14 Bij die eerdere beoordeling is de verdediging immers buiten beeld gebleven. 3

Toetsing door de zittingsrechter: enkele knelpunten

De zittingsrechter kan op grond van art. 315 lid 1 Sv, indien daartoe de noodzakelijke vaardigheid blijkt, bevelen dat bescheiden of stukken van overtuing die niet op de terechtzitting aanwezig zijn, worden overgelegd. Gelet op art. 328 Sv kan de ver- dachte derhalve aan de zittingsrechter het verzoek doen om stukken in de zin van art. 149b Sv, waarvan het bestaan bekend is vanwege het proces-verbaal dat op de voet van art. 149b lid 2 Sv is opgemaakt, in het dossier te voegen. De zittingsrechter

14. Vgl. ook Kamerstukken II 2009/10, 32 468, nr. 3, p. 36, waarin de verplichting van art. 149b lid 3 Sv om de afgeschermden stukken te bewaren in verband wordt gebracht met ander onder het bepaalde in art. 34 Sv.
moet in dat geval beoordelen of die voeging noodzakelijk is. Langs deze weg kan de verdediging trachten om de voeging van afgeschermd stukken (als nog) te bewerkstelligen. Betoogd zou bijvoorbeeld worden dat zich feiten en omstandigheden hebben voorgedaan die ertoe leiden dat de noodzaak om stukken af te schermen inmiddels anders moet worden beoordeeld dan eerder door de rechter-commissaris is gedaan, of dat er aanwijzingen bestaan dat de afgeschermd stukken ontlastende of anderszins voor de verdachte gunstige gegevens bevatten waardoor het voortduren van de afscherming in strijd komt met het recht op een eerlijke proces. Gedacht kan hierbij worden aan de situatie waarin een zogeheten kluisverklaring wordt afgeschermd, maar daarna de inhoud van die verklaring toch gaat ‘rondzingen’ en aldus aanwijzingen ontstaat die verklaring onlastende informatie zou bevatten of de geloofwaardigheid van andere door de desbetreffende getuigen afgegeven verklaringen zou aantasten.55

Dat de verdediging het hier geschetste verzoek op grond van art. 315 jo. 328 Syv kan doen, is helder.66 Maar dan beginnen de problemen. Want hoe moet de zittingsrechter een oordeel vellen over dit verzoek? De positie van de zittingsrechter is wezenlijk anders dan die van de rechter-commissaris (alleen al) in die zin dat de rechter-commissaris — oordelend op grond van art. 1496 Sy van wel art. 34 Sy — de desbetreffende stukken wel volledig kan inzien, terwijl de zittingsrechter die mogelijkheid niet heeft. Dit laatste wordt niet alleen bevestigd in de wetgescheid,67 maar volgt ook uit het beginsel van interne openbaarheid, op grond waarvan de zittingsrechter geen informatioovooronspuit mag hebben op de overige procesdeelnemers.68 In dit verband kan ook — met Kooljman — worden gewezen op art. 301 lid 4 Sy, op grond waarvan ten bezware van de verdachte geen acht wordt gelegd op stukken die niet zijn voorgehouden ter terechtzitting.69

Het komt er dus op neer dat de zittingsrechter moet beslissen omtrent de voeging van stukken waarvan hij de inhoud niet kent en ook niet mag kennen, terwijl er naar het oordeel van de officier van justitie en de rechter-commissaris zwaarwegende belangen aan de orde zijn om die stukken niet te voegen. Tegelijkertijd geldt dat in de beslissing op stukken op grond van art. 1496 Sy niet aan het dossier te voegen, besloten ligt dat het om relevante stukken gaat, derhalve om stukken die — aldus art. 149a lid 2 Sy — ‘voor de ter terechtzitting door de rechtoor te kunnen bestuderen moet worden gedaan’. Daarmee komt de zittingsrechter feitelijk niet alleen voor de vraag te staan of hij het verzoek van de verdediging moet homo-

reren, maar eveneens of hij — ook los van dat verzoek — zonder de afgeschermd stukken op verantwoordelijke wijze tot een eindoordeel in de straftaak kan komen. In de wetgeschiedenis wordt de hier omschreven problematiek in de sleutel gesteld van de verdiegsregrechten op grond van art. 6 EVRM. Het is vast rechtspunt van het EHMR ‘that the prosecution authorities disclose to the defence all material evidence in their possession for or against the accused’. Het gaat niet om een absoluut recht. Vanwege zwaarwegende belangen mag disjoure (tot op zekere hoogte) achterwege blijven. Beperkingen op het recht op interne openbaarmoed dienen echter ‘strictly necessary’ te zijn, terwijl ook ‘any difficulties caused to the defence by a limitation of its rights must be sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities’.70 De minister geeft aan dat deze compensatie vooral wordt geboeid door de procedure van art. 149b Sy. Hij vervolgt:

Op deze wijze zal ook de zittingsrechter steeds op de hoogte zijn van het feit dat in een eerder stadium van strafprocedureover de samenstelling van het procesdossier beslissingen zijn genomen. Uiteindelijk bepaalt de zittingsrechter of er voldoende informatie beschikbaar is voor een goede beoordeling van de zaak. Hij kan bevelen dat bepaalde stukken als nog worden overgelegd (artikel 315, eerste lid, Syv). Het ligt in de rede dat de zittingsrechter, indien hem gebleken is van de toepassing van deze regeling (die van art. 149b Sy; MjB), uiterst zorgvuldig met de bevoegdheid uit laatstgenoemde bepaling zal omgaan. Dat direct de overlegging van de niet-gevoegde stukken wordt bevolen, welk bevel de (omzoekbare) openbaarmaking van die stukken tot gevolg heeft, zal in de regel dan ook niet de gemoedige weg zijn om een nadere beoordeling van deze stukken (te; MjB) bewerkstelliger. De betrokkenheid, wederom, van een rechter-commissaris of een raadsheer-commissaris hierbij is aangewezen. Bij toepassing van het voorgestelde artikel 149b, eerste lid, Syv — waarbij alsdan de vordering van de officier van justitie achterwege kan blijven en vooral de (afgeschermd) beoordeling door de rechter-commissaris van de stukken centraal staat — kan in dat geval, mede tegen de achterhand van de visie van de zittingsrechter, eventueel een nadere onderbouwing worden gegeven van de redenen die aan het (wederom) niet voegen van de informatie ten grondslag liggen.71

In deze passage komen twee belangrijke gezichtspunten naar voren. Allereerst blijkt het belang dat in de verslaglegging van de procedure van artikel 149b Sy — het gaat dan vooral om het proces-verbaal in de zin van artikel 149b lid 2 Sy, maar even-

tueel ook om de motivering van de beschikking van de rechter-commissaris tot het verlenen van de machtiging — zo concreet mogelijk wordt omschreven welke stukken worden afgeschermd en in welke mate daarmee aan de zittingsrechter en de verdediging relevante informatie wordt onthouden. De op zichzelf begrijpelijke overlegging van om welke reden de procedure gaat in de zin van artikel 187d lid 1 Syv informatieverstrekking juist zo summiër mogelijk te houden, moet derhalve

---

57. ReKemtkun Il 2010/11, 32177, nr. 12, p. 55.

61. Zie onder andere EHMR 6 maart 2012, appl nr. 5997708, ECHR 2012, 106, verwijzingen 77 en 78, met nadere verwijzingen naar andere rechtspunten van het EHMR.
In de wetgeschiedenis wordt ook het een en ander opgemerkt over de mogelijke consequenties van het niet-voegen van de afgeremde stukken:

"Als het dossier niet wordt aangevuld met de ontbrekende informatie en daardoor geen goede beoordeling van de zaak mogelijk is, beslist de zittingsrechter wat daarvan de consequenties zijn. Tot de mogelijke beslissingen behoren, met inachtneming van de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake de toepassing van artikel 395a [jace: 359a; MJ] Sr en afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, bewijsuitschakeling (van stukken die niet op de door zittingsrechter verlangde wijze werden overgeleid) en niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie."25

De inhoud van deze passage is enigszins curieus. Wat is immers het nut van de uitsluiting van stukken die geen onderdeel zijn gaan uitmaken van het dossier, van het bewijs? En waarom wordt aan art. 359a Sr gerefereerd, terwijl het hier niet gaat om — in het kader van het voorbereidend onderzoek begane — vormverzuim? Los daarvan, lijkt deze passage te bevestigen dat de zittingsrechter niet, direct of indirect, de beslissing omtrent het al dan niet voegen van afgeremde stukken volledig uit handen kan geven aan de rechter-commissaris en dus ook dat de zittingsrechter het laatste woord heeft over de volledigheid van het dossier en over de gevolgen van het ontbreken van relevante stukken. Tot die gevolgen kan dan behoren de beslissing om bepaalde (wel) in het dossier voorkomende bewijsmiddelen terzijde te schuiven, omdat omtrent de geloofwaardigheid of anderszins de bruikbaarheid van vergaard bewijsmateriaal twijfel is ontstaan, terwijl die twijfel juist vanwege de ontoegankelijkheid van afgeremde stukken niet kan worden genomen.

4 Nadere analyse en een mogelijke oplossingrichting

De wetgever heeft met art. 149b Sr willen voorzien in een procedure die een evenwicht bewerkstelligt tussen diverse belangen. Allereerst is deze procedure erop gericht om te verhelpen dat het bestaan van gevoelige en/of geheimse informatie die op enigerlei wijze relevant is (geweest) voor het strafrechtelijke onderzoek, volledig onbenoemd blijft. Daarbij voorziet de procedure in ruimtelijke toetsing van de beslissing van het OM om wel relevante informatie niet in het dossier te voegen. Daarmee wil de wetgever, nu het afschermen van dergelijke stukken onvermijdelijk tot handzake voor de verdediging leidt, een — met de eisen van het EVRM in overeenstemming zijnde — counterbalancing procedure bieden. De Wet herziening regels betreffende de processstukken in strafzaken voorziet daarmee in een op zichzelf belangrijke verbetering in het wettelijke stelsel van regels omtrent de interne openbaarheid.

Bij nadere beschouwing van het nieuwe wettelijke stelsel en de parlementaire toelichting daarop blijkt evenwel dat de verdediging een tamelijk karige rol toebedeeld heeft gekregen. In de procedure van art. 149b Sr is zelfs geen enkele rol voor de verdediging weggelegd. Wel kan de verdediging op eigen initiatief na kennisneming van de bescheiden die tonen dat bepaalde stukken zijn afgeremd ervoor...
kieren om een verzoek te doen tot het (als nog) voegen van die stukken. De rol die aan de verdediging is toebedeeld in de procedure van art. 34 Svb is even vrijheidsgevaarlijk niet groot. De officier van justitie en de rechter-commissaris dienen — dat is, strikt genomen, niet eens expliciet in de wet voorgeschreven, maar er is geen reden om aan te nemen dat die verplichting niet zou bestaan — de onderbouwing van het verzoek in openschuit te nemen. Echter, voor de verdediging zal het tamelijk lastig zijn om het verzoek met kracht van argumenten te onderbouwen, nu aan de verdediging — op zich begrijpelijk, maar in deze zaak toch een duidelijke handicap veroorzakend — niet of slechts in beperkte mate bekend is gemaakt wat de inhoud van de afgeschermde stukken behelst. Wellicht zou met een creatieve toepassing van art. 35 Svb, dat voorziet in een bevoegdheid voor het gerecht tot het horen van de verdachte bij het nemen van ‘eenige beslissing in de zaak’, nog een (beperkte) hoorzitting door de rechter-commissaris kunnen worden georganiseerd, maar zo die mogelijkheid al wordt aanvaard, is van een verplichting hiertoe geen sprake. De verdediging zal het daarom uiteindelijk moeten hebben van het onderzoek ter terechtzitting en de mogelijkheid om daar een verzoek tot het voegen van de afgeschermde stukken aan het dossier te doen. Maar er gelden ook dan belangrijke beperkingen, zoals in par. 3 is gebleken. Die beperkingen raken niet alleen de positie van de verdediging, maar ook de verantwoordelijkheden van de zittingsrechter zelf. Doordat door zowel de verdediging als de zittingsrechter niet van de desbetreffende stukken kennis kan worden genomen, zal moeten worden gevaren op informatie die door de rechter-commissaris — in het kader van een evenement gelast nader onderzoek — wordt verstrekt, waarbij die laatste echter weet — indien er (nog steeds) goede redenen voor afscherming bestaan — sterk beperkt is in hetgeen hij aan de procesdeelnemers kan communiceren. Bij deze stand van zaken rijst al snel de vraag of het stelsel van art. 149 Svb amnestis in overeenstemming is met de eisen die art. 6 EVRM stelt aan de interne openbaarheid als onderdeel van het recht op een eerlijk proces. Zoals in par. 3 reeds is besproken, is daarvoor vooral van belang dat ‘any difficulties caused to the defence by a limitation on its rights must be sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities’. Dat brengt met zich dat de verdediging daadwerkelijk de kans moet hebben om te participeren in het besluitvormingsproces betreffende het afschermen van processustukken. Nu lijkt het te stellig om te beweren dat in alle gevallen waarin overeenkomstig art. 149 Svb stukken worden afgeschermd, art. 6 EVRM wordt geschonden. Maar het tegendeel is evenmin het geval. Het komt aan op de concrete feiten en omstandigheden van het geval. Van belang zijn dan onder andere de volgende factoren: de concrete belemmeringen die zijn ontstaan voor de verdediging door de afscherming van stukken; de mate waarin door de officier van justitie of de rechter-commissaris een toelichting is gegeven op de aard en/of de (globale, summire) inhoud van de afgeschermde stukken; (daarmee samenhangend) de concrete mogelijkheden voor de verdediging om de gronden voor afscherming te kunnen tegenspreken; de mate waarin het standpunt van de verdediging is betrokken bij de verschillende beslissingen ontstaan als gevolg van afscherming, hetgeen omvat de mate waarin de door de verdediging aangewezen gronden — of de bij de zittingsrechter gerezen vragen — nader zijn onderzocht; het bestaan — en ook benut zijn — van alternatieve mogelijkheden om de afge- schermde informatie in enigerlei vorm beschikbaar te maken (bijvoorbeeld door het horen van een persoon als bedreigde getuige). Ter illustratie zou het volgende (fictieve) voorbeeld kunnen worden gegeven. In een grootschalig onderzoek wordt een zogeheten ‘kluisverklaring’ afgelegd omtrent diverse ernstige strafbare feiten, die vanwege de zwaarwegende belangen van de desbetreffende getuige niet bij de processtukken wordt gevoegd. Vervolgens voert in een van de strafzaken die op dit onderzoek volgen, de verdediging aan dat er geruchten rondgaan over de inhoud van die verklaring en dat de kluisverklaring onlastbare elementen zou kunnen bevatten omtrent het specifieke feit dat aan deze verdachte ten laste is gelegd, terwijl de verdachte diens betrokkenheid bij dat feit ontkent. Vervolgens wordt, op basis van informatie die door het OM wordt verstrekt en die door de rechter-commissaris in het kader van een door de zittingsrechter gelast nader onderzoek is geverifieerd, vastgesteld dat de kluisverklaring helemaal niets wordt gezegd over dit specifieke ten laste gelegde feit (maar wel over andere strafbare feiten). Die bevinding wordt vervolgens overgebracht aan de zittingsrechter en de verdediging. In dat geval komt het mij voor dat de combinatie van de procedure van art. 149 Svb en het nader onderzoek door de rechter-commissaris, waarbij die laatste door de zittingsrechter is geïnformeerd over hetgeen door de verdediging is aangevoerd, een toereikende counterbalancing procedure oplevert. De situatie komt anders te liggen indien duidelijk wordt — al dan niet naar aanleiding van hetgeen de verdediging heeft aangedragen — dat in de kluisverklaring wel het een en ander wordt gezegd over het ten laste gelegde feit, maar dat — door het OM en de rechter-commissaris — wordt volstaan met de enkele mededeling dat de belangen van art. 1874 lid 1 Svb zich verzetten tegen een nadere toelichting op de inhoud daarvan. In dat geval kan het op zich gerechtvaardigd worden geacht dat de zittingsrechter het verzoek tot het voegen van de afgeschermden stukken afwijst, maar tegelijkertijd staat dan wel vast dat de verdediging ernstig wordt belemmerd in het voeren van verwerking. De zittingsrechter kan dan weinig anders dan constateren dat de beschuldiging te verdacht de verdachte zich in onvoldoende mate laat toetsen, zodat een vrijpraak in de rechte ligt. Een veroordeling lijkt in deze situatie namelijk niet te verenigen met art. 6 EVRM. Het is vooral deze spanning tussen de procedure van art. 149 Svb amnestis en art. 6 EVRM, waar ik op wil wijzen. Vervolgens rijst natuurlijk de vraag of het niet beter kan en ook moet. Die vraag klemt niet alleen vanuit het perspectief van de verdediging. Ook het OM heeft er baat bij dat zo uitvoerig en nauwkeurig mogelijk wordt geregeld hoe met afgeschermde informatie wordt omgegaan. Het OM loopt het risico dat de zittingsrechter juist vanwege de beperkte verificatimogelijkheden genegen zal zijn een verzoek tot het voegen van afgeschermde stukken te wijzen af. Dat zou mogelijk kunnen leiden tot teughoudendheid bij het OM, 26. Vgl. ook Van Kampen & Hein 2012 (voor woorden), p. 76. 27. Vgl. hieroverom Van Kampen 2013 (voor woorden), p. 208, voetnoten 39. 28. Zie voor een uiteenzetting van de rechtvaardiging van het EHRM door het Hof zelf: ECHR 11 januari 2011, appeal nr. 66845/08 (McShane/Swierenga Landi). 29. Vgl. ECHR 31 maart 2009, appeal nr. 2102204 (Litouwen/Poland), § 48, EHRM 6 december 2009, appeal nr. 28552005 (Litouwen/Poland), § 30 en EHRM 6 maart 2012, appeal nr. 5957708 (Lussemburg), ECHR 2012, 106, § 88. 30. Vgl. de perikelen zoals die blijken uit Hof v. Graevenhage 26 februari 2013, [N 82/13]. In deze zaak heeft de civiele rechter de Staats lees: het Openbaar Ministerie) verboden, vanwege de door het OM met de desbetreffende getuige gemaakte afspraken, om uitovertuing te geven aan het bevel van de
wanneer het gaat om zeer gevoelige informatie, om bepaalde stukken als relevant aan te merken. Want als stukken niet relevant zijn, is er ook geen noodzaak tot voeging en daarmee ook niet tot het initiëren van de procedure van art. 149: 3. Sv. Kortom, een duidelijke, volledige en daarmee zekerheid verschaffende wettelijke regeling is in het belang van alle bij de strafzaak betrokken actoren.31
Over het algemeen doet de vraag hoe het beter kan, valt veel te zeggen, maar ik laat het bij de volgende, rudimentaire schets. De wetgever heeft weliswaar een goede aanzet gedaan voor een regeling ter zake van het afschermen van stukken, maar ook een kans gemist.32 In plaats van de halfslachtige mogelijkheid tijdens het onderzoek ter terechtzitting om de rechter-commissaris te adëren teneinde de zittingrechter – zo goed en zo kwaad als mogelij – te helpen in de kwestie, zou eigenlijk dienen te worden voorgezien in de mogelijkheid om tijdens het onderzoek ter terechtzitting een discoursudge in te schakelen, die zelf een oordeel te vellen in een procedure waaraan niet alleen het OM deelneemt, maar waarin ook aan de verdediging een duidelijke en substantiële rechtspositie wordt toegekend.33 Dit laatste bevestigt dat de verdediging rechtstrechts de discoursudge moet kunnen informeren en dat de gronden van het verzoek tot het voegen van afgeschermden stukken, terwijl daarover ook ten overstaan van deze rechter met het OM van gedachten moet kunnen worden gewisseld. Daarbij zou ook kunnen worden voorzien in de mogelijkheid34 om een speciaal counsel of special advocate te benoemen, dat wil zeggen: een advocaat die – anders dan de verdediger en diens raadsman (of raadsrechter om kruisverklaringen in handen van de rechter-commissaris te stellen. Dat dit oordeel tot complexe juridische vragen leidt, biedt nauwelijks toelichting.31
31. In het in de vorige voetnote genoemde artikel van het Hof's-Gravenhage wordt het voorstel van de Staats en de rechter-commissaris als enige inzag te geven in de kruisverklaringen van de zed gewezen omdat dit voorziet geen grondslag vindt in de wet. Daarmee is niet gezegd dat inzag zuiver uitputtend de rechter-commissaris de de prestatie van werk is, maar wel dat een adequate wettelijke regeling van groot belang is.
35. De special advocate zal zijn bevindingen niet onomstreden kunnen rapporteren aan de verdediger en zijn raadsman, behoudens toestemming van de discoursudge. De laatste kan weliswaar bedenkingen senen omtrent het al dan niet geëdentificeerd openbaar maken van bepaalde informatie, maar kan evenmin geheim ‘vrijelijk’ communiceren met de zittingrechter.