

University of Groningen

'Positive obligations' en het Nederlandse straf(proces)recht

Vellinga-Schootstra, Feikje; Vellinga, Willem Hendrik

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2008

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Vellinga-Schootstra, F., & Vellinga, W. H. (2008). *'Positive obligations' en het Nederlandse straf(proces)recht*. s.n.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

'Positive obligations' en het Nederlandse straf(proces)recht

F. Vellinga-Schootstra
W.H. Vellinga

Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar in het straf- en strafprocesrecht respectievelijk van het ambt van hoogleraar in het straf- en strafprocesrecht, in het bijzonder op het gebied van de rechtspraak, aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Rijksuniversiteit Groningen op 18 november 2008

Mijnheer de Rector Magnificus, dames en heren,

*Inleiding*¹

Vanmiddag willen wij stilstaan bij de vraag welke gevolgen de positieve verplichtingen, die voortvloeien uit het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: het EVRM, het Verdrag) hebben voor het Nederlandse straf- en strafprocesrecht.

Het zal misschien enige verbazing wekken dat mijn collega en ik hebben gekozen voor een gezamenlijke oratie. Ons onderzoek pleegt zich immers langs gescheiden paden te bewegen. Aanvankelijk, bij de voorbereiding van deze rede, was de aandacht van mijn collega vooral gericht op de positie van het slachtoffer in het strafproces. Zijn gedachte was en is dat de positie van het slachtoffer moet worden vormgegeven vanuit het EVRM en wel met name vanuit de gedachte dat de staat het slachtoffer effectieve middelen ter beschikking dient te stellen voor de realisering van zijn door het EVRM beschermde rechten. Zelf² had ik de bedoeling om mijn rede te wijden aan het professionele verschoningsrecht van onder meer arts en advocaat, vanuit de gedachte dat het EVRM wel eens zou kunnen meebrengen dat in bepaalde gevallen -ik noem bijvoorbeeld het seksueel misbruik van kinderen en andere kwetsbare personen- de afwegingen die ten grondslag liggen aan het oordeel of terecht een inbreuk op het verschoningsrecht wordt gemaakt anders moeten worden ingekleurd dan tot nu toe in ons recht gebruikelijk is. Al denkend en pratend over deze onderwerpen kwamen wij tot de conclusie dat het EVRM en met name de impliciete positieve verplichtingen voortvloeiend uit dit Verdrag en de bijbehorende Protocollen, voor veel meer onderwerpen uit het strafprocesrecht en het materiële strafrecht verstrekkende gevolgen zouden kunnen hebben. Het viel ons op dat in de strafprocesrechtelijke literatuur en rechtspraak betreffende de klassieke grondrechten uit het EVRM het accent dikwijls met name ligt op de in het Verdrag beschreven rechten van de *verdachte*. Dat is niet verwonderlijk, nu de expliciete positieve verplichtingen van art. 5 en art. 6 vooral betrekking hebben op de positie van de gearresteerde en van de gene tegen wie een vervolging wordt gestart. Maar daardoor wordt licht het zicht versluierd op de positie van anderen op wie de Verdragsbepalingen in de eerste titel betrekking hebben. Art. 1 van het EVRM verzekert *een ieder* die sorteert onder de rechtsmacht van de Verdragsluitende partijen de rechten en de vrijheden die zijn vastgelegd in de eerste

¹ De tekst is afgesloten op 26 september 2008.

² F. Vellinga-Schootstra.

titel van het Verdrag.³ Voor het strafproces betekent dit bijvoorbeeld dat het Verdrag zich niet alleen richt tot de verdachte, maar ook bescherming biedt aan (potentiële) slachtoffers van strafbare feiten.⁴ Zo kwamen wij tot de slotsom dat het de moeite waard zou zijn om de positieve verplichtingen als een soort sjabloon over ons straf- en strafprocesrecht te leggen. Daarmee was het gezamenlijk onderwerp van deze oratie een feit. Intussen betekent dit niet dat deze oratie een ‘koekoek één zang’ is. Op de onderzoeksvragen die wij in deze oratie formuleren geven wij niet noodzakelijkerwijs hetzelfde antwoord. Maar voor het overige is deze oratie het resultaat van een gezamenlijk denkproces en zijn we samen verantwoordelijk, ook voor het gedeelte van de oratie dat door de ander wordt uitgesproken.

Het EVRM, dat na de Tweede Wereldoorlog in 1950 werd gesloten en van kracht werd in 1953, werd aanvankelijk vooral gezien als een verzameling van klassieke grondrechten, vormgegeven vanuit een ‘diep geloof in de fundamentele vrijheden die de grondslag vormen voor gerechtigheid en vrede in de wereld’, aldus de preambule van het Verdrag. Het Verdrag was de eerste stap op weg naar de collectieve handhaving binnen de Raad van Europa van sommige van de rechten neergelegd in de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens van 1948.

Vele van de in het EVRM opgenomen grondrechten verbieden de staat om een inbreuk te maken op die fundamentele vrijheden en bevatten aldus negatieve verplichtingen, verplichtingen om níet te doen; art. 8 EVRM, dat onder meer het recht op respect voor het privé-leven, familie- en gezinsleven en de woning omschrijft, brengt mee dat men, in de (geparafraseerde) woorden van een Britse rechter ‘no longer will be subjected to the four o’ clock in the morning rat-a-tat on the door, to domestic intrusions, searches and questionings (...) fascist and inquisitorial practises’.⁵ Kort na de oorlog zullen de Ver-

³ *Everyone means everyone*, aldus Egbert Myjer in zijn concurring opinion bij EHRM 28 februari 2008, *Saadi v. Italy*, NJ 2008, 444, m.nt. E.A. Alkema.

⁴ Zie hierover ook M.S. Groenhuijsen en N.J.M. Kwakman, ‘Het slachtoffer in het vooronderzoek, in *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen. Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2002, p. 800-804 en Claire de Than, ‘Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: Towards the Human Rights of victims and vulnerable witnesses?’, *The Journal of Criminal Law*, april 2003, p. 165-181.

⁵ Dissenting opinion van Fitzmaurice bij EHRM 13 juni 1979, *Marckx v. België*, NJ 1980, 462, m.nt. E.A. Alkema, genoemd door Rick Lawson, ‘Positieve verplichtingen onder het EVRM: opkomst en ondergang van de ‘fair balance’-test- deel I’, *NJCM-bull.* 1995, p. 563; over o.m. het Marckx-arrest ook: Caroline J. Forder, ‘Positieve verplichtingen in het kader van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden’, *NJCM-bull.* 1992, afl.6, p. 611 e.v.

dragsluitende partijen niet hebben bevroed dat nog geen dertig jaren later in de omschrijving van het grondrecht een impliciete positieve verplichting zou worden gelezen, een verplichting voor de staat om juist wèl te handelen, om actief bij te dragen aan de realisering van het grondrecht. Zo oordeelde het EHRM, het in Straatsburg zetelende Europese Hof voor de Rechten van de Mens, in 1979 in de zaak Marckx tegen België dat het recht op respect voor het familieleven meebrengt dat op de staat de verplichting rust om een normaal familieleven mogelijk te maken tussen de ongehuwde moeder en haar buiten huwelijk geboren dochttertje. Het Belgische erfrecht, dat onderscheid maakte tussen wettelijke en buitenechtelijke kinderen, voldeed niet aan de eisen van art. 8 EVRM⁶; de Belgische staat had, aldus het Hof, de taak om te zorgen dat het recht wel een normaal family-life faciliteert.

Een jaar voor het Marckx-arrest had het EHRM in de zaak Tyrer⁷ reeds benadrukt dat het Verdrag geen statisch geheel is, maar een 'levend instrument' dat moet worden uitgelegd in het licht van de geldende omstandigheden.⁸ In latere rechtspraak benadrukt het Europese Hof dat het van cruciaal belang is dat het verdrag wordt uitgelegd en toegepast op een wijze die de rechten praktisch en effectief doet zijn, niet theoretisch of denkbeeldig.⁹

⁶ Zie Lawson, o.c. p. 562 en 563 en Pieter van Dijk, 'Positive Obligations' Implied in the European Convention on Human Rights: Are the States Still the 'Masters' of the Convention?', in M. Castermans, F. van Hoof en J. Smith (red.), *The Role of the Nation-State in the 21st Century*, p. 17-33. Lawson stelt dat het opmerkelijk is dat het EHRM juist in de Marckx-zaak spreekt over 'positive obligations', terwijl evenzeer de conclusie zou kunnen zijn dat de Belgische staat door middel van het bestaande erfrecht een voortdurende inbreuk op het privé-leven maakt; toch kiest het Hof juist in deze zaak voor de introductie van een positieve verplichting. Zie over de positive obligations uitgebreid Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn and Leo Zwaak (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, vierde druk, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2006, Cordula Dröge, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin, Heidelberg und New York: Springer-Verlag 2003, Geert Corstens en Jean Pradel, *Het Europese strafrecht*, Deventer: Kluwer 2003 en A.R. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford: Hart Publishing 2004.

⁷ EHRM 25 april 1978, *Tyrer v. the United Kingdom*, Appl. no. 5856/72.

⁸ Pieter van Dijk, o.c., p. 19/20 verwijst ook naar EHRM 18 december 1986, *Johnston and Others v. Ireland*, Appl. no. 9697/82, waarin het Hof over het EVRM en de Protocolen overwoog 'However, the Court cannot, by means of an evolutive interpretation, derive from these instruments a right that was not included therein at the outset. This is particularly so here, where the omission was deliberate'. Van Dijk komt (p. 32/33) tot de conclusie dat 'the domestic and Strasbourg organs should show a prudent restraint and not be over-creative in accepting and shaping positive obligations (...)'. Mowbray, o.c., met name p. 173 e.v., relateert een en ander in de context van latere rechtspraak van het EHRM.

⁹ EHRM 28 mei 2002, *Stafford v. the United Kingdom*, EHRC 2002, 58, m.nt. G. Mols.

In de jaren na het Marckx-arrest is het aantal positieve verplichtingen voortvloeiend niet alleen uit art. 8 EVRM, maar vooral ook uit de artikelen twee en drie, indrukwekkend gegroeid vanuit de gedachte dat de bescherming van het grondrecht effectief moet zijn. Daarmee werd ook de deur opengezet naar een indirecte horizontale werking van de grondrechten. Hebben grondrechten in principe betrekking op de verhouding tussen overheid en burger, daar waar van de overheid actief optreden¹⁰ wordt gevraagd om te beschermen tegen inbreuken op het grondrecht wordt de reikwijdte van het grondrecht groter en kan in bepaalde gevallen van de overheid worden gevergd dat hij actief optreedt om te voorkomen dat de ene burger een inbreuk maakt op het grondrecht van de andere burger en om, als de inbreuk een feit is, te voorzien in een effectief handhavingssysteem. Art. 2 EVRM bijvoorbeeld, dat het recht op leven garandeert, legt de staat niet alleen de verplichting op om zich te onthouden van het opzettelijk ontnemen van leven, maar ook om passend op te treden om het leven van burgers die onder zijn rechtsmacht vallen te beschermen tegen inbreuken op dit recht.¹¹ Deze verplichtingen gelden ook in de sfeer van de volksgezondheid. Van de staat wordt daarom gevraagd regelingen te treffen die ziekenhuizen, publiek of privaat, verplichten passende maatregelen te treffen voor de bescherming van het leven van de patiënten. Tot deze maatregelen worden ook gerekend het opzetten van een effectief onafhankelijk rechterlijk systeem, waarbinnen de dood van aan die instellingen toevertrouwde patiënten kan worden onderzocht. Dat effectief (rechterlijk) systeem behoeft in beginsel niet strafrechtelijk van aard te zijn. Het EHRM laat dikwijls aan de staten over of de treffen voorziening strafrechtelijk dan wel privaatrechtelijk getint is, eventueel aangevuld met tuchtrechtelijke procedures. Alleen in bepaalde gevallen is exclusief strafrechtelijk optreden vereist, bijvoorbeeld indien door de overheid opzettelijk inbreuk is gemaakt op het door art. 2 EVRM beschermde recht op leven met de dood als gevolg; het enkel toekennen van schadevergoeding aan de familie van het slachtoffer is in deze gevallen niet toereikend, omdat, kort gezegd, de overheid er dan te gemakkelijk van afkomt en in feite straffeloos zijn gang kan gaan.¹² Soms volstaan andere handhavingssystemen. Zo heeft het EHRM geoordeeld dat in geval van

¹⁰ Van Dam vestigt er de aandacht op dat overheden bij onder meer de aanbesteding van overheidsopdrachten en het verstrekken van steun of kredietgaranties, van bedrijven verlangen dat zij de fundamentele rechten van burgers respecteren (Cees van Dam, *Onderneming en mensenrechten*, (oratie Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 43).

¹¹ Zie hierover ook Y. Buruma, 'Wanneer eist de rechtsstaat strafrechtelijk optreden?', *D&D* 2003, p. 343 e.v.

¹² Onder meer EHRM 20 december 2007, *Nikolova and Velichkova v. Bulgaria*, EHRC 2008, 35, m.nt. J. van der Velde.

dood van een baby kort na de geboorte door onachtzaamheid van de behandelend arts - een 'medische misser' - vereist is dat de oorzaak van de dood binnen een effectief onafhankelijk rechterlijk systeem kan worden vastgesteld, en dat het toereikend is wanneer de betrokkenen -in dit geval de ouders van het overleden kind- een civielrechtelijke procedure kunnen starten waarin de aansprakelijkheid van de behandelend arts kan worden onderzocht en waarin genoegdoening, bijvoorbeeld schadevergoeding, kan worden verkregen.¹³ Dit vereiste van een effectieve¹⁴ procedure (ook omvattend: een effectief onderzoek naar de feiten) wordt wel aangeduid als het procedurele aspect van het grondrecht; de materiële zijde betreft de vaststelling of er gehandeld is in strijd met aanspraken die de betrokkene aan het grondrecht kan ontlenen.¹⁵

Wij spreken vandaag over positieve verplichtingen, daarmee suggererende dat deze nauwkeurig zijn af te grenzen van negatieve verplichtingen. Dat laatste is evenwel niet steeds het geval. Uit ondermeer het arrest *Gül versus Switzerland* blijkt dat het onderscheid bepaald niet de eerste zorg is van het Europese Hof¹⁶ : de grenzen tussen de negatieve en de positieve verplichtingen lenen zich niet voor een precieze afbakening. Dat is geen ramp, want de beginselen die op beide verplichtingen van toepassing zijn, zijn naar huidig inzicht¹⁷ vergelijkbaar; in deze context kan worden gedacht aan de margin of appreciation voor de staten en aan het fair balance-beginsel.¹⁸

¹³ EHRM 17 januari 2002, *Calvelli en Ciglio v. Italy*, EHRC 2002, 22, m.nt. J van der Velde, LJN AP0673.

¹⁴ Schiet het handhavingssysteem in de praktijk tekort –ook al bestaan er in theorie voldoende wegen om de schending van rechten aan de kaak te stellen- dan is er geen sprake van een effectieve procedure: EHRM 17 januari 2008, *Dodov v. Bulgaria*, Appl. no. 59548/00.

¹⁵ Vaste EHRM-rechtspraak, bijvoorbeeld EHRM 30 augustus 2004, *Krastanov v. Bulgaria*, EHRC 2004, 99, m.nt. De Jonge, LJN AR5256.

¹⁶ EHRM 19 februari 1996, *Gül v. Switzerland*, Appl. no. 23218/94; ook Martens relateert in zijn dissenting opinion in deze zaak het onderscheid tussen de negatieve en de positieve verplichtingen. Uitgesproken hierover is het Hof ook in EHRM 4 december 2007, *Dickson v. UK*, NJ 2008, 363, m.nt. E.A. Alkema, par. 71: 'The Court does not consider it necessary to decide whether it would be more appropriate to analyse the case as one concerning a positive or a negative obligation since it is of the view that the core issue in the present case (...) is precisely whether a fair balance was struck between the competing public and private interests involved.' Eerder bijvoorbeeld EHRM 26 mei 1994, *Keegan v. Ireland*, ser. A., nr. 290, NJ 1995, 247, m.nt. JdB. Zie over het relatieve van het onderscheid ook Lawson, o.c. p. 562/563 (naar aanleiding van het Marckx-arrest), Pieter van Dijk, o.c. p. 18/19 en A.R. Mowbray, o.c., p. 173 e.v.

¹⁷ Martens wijst in zijn in de vorige noot genoemde dissenting opinion bij *Gül v. Switzerland* op een eerder bestaand verschil in behandeling tussen beide soorten verplichtingen.

¹⁸ In deze zin ook Pieter van Dijk c.s. (eds.), o.c., p. 745.

In onze beschouwing vandaag beperken wij ons tot de *impliciete* positieve verplichtingen. Het EVRM bevat ook een aantal *expliciete* positieve verplichtingen, met name in de artikelen 5 en 6: een ieder die is gearresteerd moet onverwijld en in een taal die hij verstaat op de hoogte worden gebracht van de redenen van zijn arrestatie en van de beschuldigingen die tegen hem zijn ingebracht, de gearresteerde moet onverwijld voor een rechter worden geleid, en de verdachte heeft het recht op behandeling van zijn strafzaak door een onafhankelijke rechter binnen een redelijke termijn.¹⁹

Gezien onze leeropdracht beperken we ons bovendien tot de gevolgen voor het strafrecht en het strafprocesrecht, hoewel op ieder denkbaar rechtsgebied de consequenties van de positieve verplichtingen voelbaar zijn: het familierecht (de eerdergenoemde zaak Marckx), het vermogensrecht, het bestuursrecht, en misschien wel in het bijzonder het milieurecht. Dat maakt de materie extra boeiend. En in verband met de ons vandaag toegemeten tijd zullen we ons -vermoedelijk tot opluchting van de toehoorders- beperken tot *enkele* aspecten van de gevolgen van de positieve verplichtingen voortvloeiend uit enkele belangrijke mensenrechten voor het strafrechtelijk rechtsgebied. De gevolgen van de leer van de 'positive obligations' voor ons recht zijn zo veelomvattend²⁰, dat we vandaag maar enkele krenten uit de pap kunnen vissen. Wij besteden vandaag ook alleen maar aandacht aan enkele klassieke grondrechten uit het EVRM, met name aan de artikelen 2,3 en 8. Dat betekent geenszins dat uit andere verdragsbepalingen geen positieve verplichtingen voor de staten kunnen voortvloeien. Er is misschien nauwelijks een verdragsrecht denkbaar dat geen positieve verplichting met zich zou kunnen brengen; wij staan naar ons oordeel nog maar aan het begin van een ontwikkeling, waarvan het einde nog lang niet in zicht is.²¹ Zo is er niet zo veel fantasie voor nodig om zich een voorstelling te maken van de verschillende positieve verplichtingen die zouden kunnen voortvloeien uit, om maar wat te noemen, artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM,

¹⁹ Lawson noemt daarnaast een ander type positieve verplichting: bij ratificatie van het EVRM wordt van de staten verwacht dat zij de nationale wetgeving in overeenstemming brengen met het Verdrag (o.c., p. 560).

²⁰ W.M.E. Thomassen, voormalig rechter in het EHRM, in 'Terugblik op Straatsburg' (interview): "Dat het waarborgen van mensenrechten aan de overheid de verplichting oplegt om voor wetgeving, strafrechtelijke handhaving en preventie te zorgen, levert een heel ander beeld op van de impact van het EVRM dan dat van de klassieke afweerrechten tegenover die overheid" (*NJCM-bull.* 2006, afl. 1, p. 11)

²¹ B.E.P. Myer spreekt in *Straatsburg zit er niet voor zweetvoeten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 17 van de enorme vlucht die het leerstuk van de positieve verplichtingen met betrekking tot met name de artikelen 2 en 3 van het EVRM heeft genomen.

het recht op eigendom. In een recent arrest ²² spreekt het Europese Hof bijvoorbeeld over de positieve verplichting tot bescherming van eigendom tegen natuurrampen. Wij kunnen vanmiddag in niet meer dan grove penseelstreken een indruk geven van de positieve verplichtingen, voor zover van belang voor ons straf- en strafprocesrecht. Dat brengt beperkingen mee; zo kunnen nuances licht verloren gaan. Voorts komen wij niet tot een uitputtende verwijzing naar alle belangrijke literatuur betreffende dit onderwerp. Dat zou het bestek van een oratie verre te buiten gaan.

In het vervolg van ons betoog zullen we eerst de 'positive obligations' nader bekijken en vervolgens enkele vragen bespreken die rijzen bij de toepassing van deze verplichtingen op het Nederlandse straf- en strafprocesrecht. Om misverstanden te voorkomen: wij vinden niet dat de beslissingen van het Europese Hof zonder kritiek moeten worden geslikt²³; zelfs een jurist als Egbert Myer heeft in zijn rede ter gelegenheid van zijn verkiezing tot rechter in het EHRM ²⁴ aangegeven een heel enkele keer oprecht verbijsterd te zijn over een bepaald oordeel van het Europese Hof.

²² EHRM 20 maart 2008, *Budayeva a.o. v. Russia*, EHRC 2008, 73, m.nt. H.L. Janssen.

²³ Hierop wijst ook W.E. Haak in de rede die hij op 23 april 2004 hield tijdens de buitengewone zitting van de Hoge Raad ter gelegenheid van zijn afscheid als president van dit college per 1 mei 2004; Haak stelt dat de beleving van sommige fundamentele rechten in de verschillende landen kan verschillen en dat 'vanuit de lagere gerechten een door de Hoge Raad te sanctioneren tegenstroom op gang moet komen teneinde de toelaatbaarheid van verschillen in beleving van de fundamentele rechten aan te geven.' (*NJB* 2004, afl. 17, p. 884/885).

²⁴ *Straatsburg zit er niet voor zweetvoeten*, p. 16/17.

Positieve verplichtingen nader beschouwd

Van de positieve verplichtingen die het Europese Hof heeft afgeleid uit de verdragsrechten voor de burger zijn die gebaseerd op art. 2 lid 1 EVRM wellicht de belangrijkste.²⁵

Deze vloeien immers voort uit het recht op bescherming van leven waarop slechts inbreuk kan worden gemaakt in enkele nauw omschreven gevallen van gebruik van geweld waarvan de aanwending absoluut noodzakelijk was (art. 2 lid 2 EVRM).

Deze positieve verplichtingen kwamen onder meer aan de orde in het geval van vader en zoon Osman.²⁶ Een ontslagen leraar van de school van de zoon voerde na een lange voorgeschiedenis zijn bedreigingen aan het adres van vader en zoon uit. Hij schoot op vader en zoon. Vader overleed, zoon werd gewond. In een zaak die door de weduwe van Osman was aangespannen tegen het Verenigd Koninkrijk zag het Europese Hof onder ogen of de Engelse staat het recht op leven van vader en zoon Osman had geschonden. Daarbij nam het Hof tot uitgangspunt dat een staat zich op grond van art. 2 lid 1 niet alleen dient te onthouden van doelbewuste en onwettige inbreuken op levens van burgers maar ook adequate maatregelen behoort te nemen om de levens van burgers te waarborgen:

- in elk geval dient een staat te zorgen voor effectieve wetgeving van strafrechtelijk aard, om iemand te weerhouden van het begaan van misdrijven tegen andermans leven²⁷;
- bij die wetgeving mag het niet blijven; deze dient ook te worden gehandhaafd;²⁸
- die adequate maatregelen ter bescherming van het leven van de burger kunnen onder omstandigheden ook bestaan in de positieve verplichting tot het daadwerkelijk treffen van maatregelen om iemand wiens leven gevaar loopt te beschermen.

Om die laatste verplichting draaide de zaak. Want Osmans weduwe had gesteld dat de Engelse staat maatregelen had moeten nemen om haar man en haar zoon tegen de in

²⁵ O.a. EHRM 27 september 1995, *McCann and others v. The United Kingdom*, Appl. no. 18984/91, par. 147, EHRM 28 mei 2002, *McShane v. the United Kingdom*, EHRC 2002, 57, m.nt. Spronken, par.91.

²⁶ EHRM 28 oktober 1998, *Osman v. The United Kingdom*, NJ 2000, 134 m.nt. EAA, *NJCM-bull.* 1999, p. 512 e.v., m.nt. E. Myjer.

²⁷ Zo ook EHRM 14 maart 2002, *Edwards v. the United Kingdom*, EHRC 2002, 36, m.nt. De Jonge, par. 54. Is de inbreuk niet opzettelijk veroorzaakt dan eist art. 2 niet zonder meer een voorziening van strafrechtelijke aard: EHRM 17 januari 2002, *Cavello and Ciglio v. Italy*, EHRC 2002, 22, m.nt. J. van der Velde, par. 51, EHRM 20 maart 2008, *Budayeva and others v. Russia*, EHRC 2008, 73, m.nt. H.L. Janssen, par. 139.

²⁸ Zie EHRM 20 december 2007, *Nikolova and Velichkova v. Bulgaria*, EHRC 2008, 35, m.nt. J. van der Velde, par. 57 onder e: een proces moet voldoen aan de eisen van de positieve verplichting leven te beschermen door de wet.

haar ogen niet mis te verstane bedreigingen van de ontslagen leraar te beschermen. Die opvatting deelden de Europese rechters niet. Zij oordeelden – heel kort gezegd – dat de politie onvoldoende aanwijzingen had dat het gedrag van de leraar zo uit de hand zou lopen en dat er verder niet voldoende verdenking bestond om effectief tegen de leraar te kunnen optreden.

Naar het oordeel van het Europese Hof waren er wel voldoende aanwijzingen voor daadwerkelijk gevaar in het geval van de moeder die de politie waarschuwde dat haar man beschikte over een vuurwapen en dat hij daarmee hun kinderen iets zou aandoen.²⁹ Door na de melding niet in actie te komen was de politie tekortgeschoten in de naleving van de plichten die in concreto voortvloeiden uit art. 2 lid 1 EVRM: de politie had de aangifte van de moeder behoorlijk moeten opnemen, onmiddellijk een strafrechtelijk onderzoek moeten instellen, een strafprocedure moeten doen aanvangen, de verzoeken om hulp van de moeder moeten bijhouden, en onmiddellijk in actie moeten komen vanwege de bewering dat de vader beschikte over een vuurwapen en ernstige bedreigingen uitte. Daarmee liet het Europese Hof nog eens zien dat het gaat om een praktische en effectieve bescherming van de rechten en vrijheden zoals deze in het Verdrag zijn verwoord. Art. 2 lid 1 eist met het oog op de van de staat te vergen bescherming van leven niet alleen dat onder omstandigheden preventief wordt opgetreden, maar ook dat onderzoek wordt verricht ter bescherming van het leven van iemand die slachtoffer is geworden van een levensbedreigend strafbaar feit zoals ontvoering.³⁰ Dat ondervond de Turkse staat toen geen behoorlijk onderzoek was gestart om een ontvoerde man terug te vinden.

De eis van een behoorlijk onderzoek komt prominent naar voren in gevallen waarin de staat inbreuk heeft gemaakt op iemands leven, zoals wanneer een verdachte bij arrestatie door geweld van de politie om het leven komt.³¹ Het uitvoeren van dat onderzoek komt niet alleen het vertrouwen van het publiek in het handhaven van de wet door de staat ten goede, maar voorkomt ook dat de schijn wordt gewekt dat de staat bereid zou

²⁹ EHRM 31 mei 2007, *Kontrová v. Slovakia*, EHRC 2007, 85. Zie EHRM 14 maart 2002, *Edwards v. the United Kingdom*, EHRC 2002, 36, m.nt. De Jonge over de plicht van de staat tot bescherming van een gevangene tegen een medegevangene, EHRM 16 november 2000, *Tanribilir v. Turkey*, EHRC 2001, 5, m.nt. De Jonge over de plicht tot bescherming van een gevangene tegen het plegen van zelfmoord, EHRM 5 juli 2005, *Trubnikov v. Russia*, EHRC 2005, 96 over de plicht tot het in verband met zelfmoord van een gevangene te verrichten onderzoek.

³⁰ EHRM 24 januari 2008, *Osmanoglu v. Turkey*, EHRC 2008, 45, m.nt. Van de Westelaken.

³¹ EHRM 20 december 2007, *Nikolova and Velichkova v. Bulgaria*, EHRC, m.nt. J. van der Velde, par. 63.

zijn 'eigen' ongeoorloofd gedrag door de vingers te zien. Verder wordt er daardoor in voorzien dat de nationale wettelijke bepalingen, gericht op de bescherming van leven worden gehandhaafd. In het bijzonder wordt in dergelijke gevallen voorkomen dat de aansprakelijke personen hun strafrechtelijke verantwoordelijkheid kunnen ontlopen.³² Een bijzondere vorm van inbreuk maken op iemands recht op leven wordt gevormd door gevallen waarin de staat zijn burgers niet beschermt tegen levensbedreigende milieu-invloeden. Wij noemen de gevallen van een gevaarlijke vuilnisbelt in een sloppenwijk, die ontplofte door ontbrekende afvoer van methaangas, en van jaarlijks terugkerende modderstromen die mensen konden meeslepen. In beide gevallen rust op de staat de positieve verplichting zijn burgers tegen de aan de staat bekende gevaren te beschermen en, wanneer het gevaar zich heeft gerealiseerd en er doden zijn gevallen behoorlijk onderzoek te verrichten, leidend tot een adequate vervolging en bestraffing.³³ Bijzondere aandacht verdient nog dat het Europese Hof met name in gevallen waarin het gaat om inbreuken op het "right to life" door overheidsdienaren daadwerkelijk nagaat of de opgelegde straf iets voorstelt. Dat was niet het geval toen twee politieagenten drie jaar voorwaardelijke gevangenisstraf opgelegd kregen voor het zo ernstig mishandelen van een verdachte dat deze nadien overleed. En ook aan het onderzoek stelt het Europese Hof kwaliteitseisen: wordt een verdachte bij zijn arrestatie door politiekogels gedood, dan dient het onderzoek onafhankelijk en onpartijdig te zijn.³⁴ Het kan dus niet worden verrichten door agenten van het korps waartoe de schietende agent behoort zoals de zaak van Ramsahai tegen Nederland³⁵ leerde.

³² EHRM 20 december 2007, *Nikolova and Velichkova v. Bulgaria*, EHRC 2008, 35, m.nt. J. van der Velde. Zie ook EHRM 6 juli 2005, *Nachova a.o. v. Bulgaria*, Appl. nos. 43577/98 en 43579/98.

³³ EHRM 30 november 2004, *Öneryildiz v. Turkey*, Appl. no. 48939/99, par. 89. e.v., EHRM 20 maart 2008, *Budayeva and others v. Russia*, EHRC 2008, 73, m.nt. H.L. Janssen. Wij laten hier buiten beschouwing of deze rechtspraak dwingt tot het strafrechtelijk vervolgen van de staat.

³⁴ EHRM 20 december 2004, *Makaratzis v. Greece*, Appl. EHRC 2005, 23, m.nt. De Jonge, par. 73, 74

³⁵ EHRM 15 mei 2007, *Ramsahai and others v. the Netherlands*, Appl. no. 52391/99, NJ 2007, 618, m.nt. T.M. Schalken, par. 404-409. Zie voor nog een recent geval van afhankelijk onderzoek EHRM 27 november 2007, *Brecknell v. the United Kingdom*, EHRC 2008, 9.

Dit scala van positieve verplichtingen³⁶, van het treffen van preventieve maatregelen tot het inrichten en uitvoeren van behoorlijk strafrechtelijk onderzoek³⁷ en de effectuering van de uitkomsten daarvan³⁸, vinden we in dezelfde vorm terug in de rechtspraak op art. 3 EVRM. Deze bepaling beschermt iemand kort gezegd tegen foltering en iedere vorm van onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing, door het Hof samengevat als 'ill-treatment'. Deze moet van enige betekenis zijn.³⁹ De omstandigheden van het geval spelen daarbij een belangrijke rol.⁴⁰ Gebroken ribben gevolgd door ziekenhuisopname zijn in elk geval voldoende om van 'ill-treatment' in de zin van art. 3 te kunnen spreken.⁴¹ Maar ook in geval van geestelijk lijden kan sprake zijn van bedoeld 'ill-treatment'.⁴² Het Europese Hof legt art. 3 ruim uit. Zo omvat deze bepaling ook de plicht tot bescherming tegen verkrachting.⁴³ Daarbij doet niet ter zake of de verkrachting is gepleegd door een overheidsdienaar ter gelegenheid van de vervulling van zijn taak of door een andere burger.⁴⁴ Van onmenselijke behandeling van een burger in de zin van art. 3 kan ook sprake zijn wanneer de staat een onderzoek naar de ontvoering van een kind achterwe-

³⁶ Zie voor de algemene plicht maatregelen te treffen om te verzekeren dat burgers niet worden 'ill-treated' in de zin van art. 3 o.a. EHRM 31 mei 2007, *Secic v. Croatia*, EHRC 2007, 92, m.nt. K. Henrad, par. 52 en daar genoemde rechtspraak.

³⁷ O.a. EHRM 4 december 2003, *M.C. v. Bulgaria*, EHRC 2004, 6, m.nt. Mols, par. 151 voor de plicht tot het instellen van een officieel onderzoek, ook in geval bij de mishandeling geen overheidsdienaren zijn betrokken. Dat laatste was wel het geval in EHRM 11 april 2000, *Sevtap Veznedaroglu v. Turkey*, EHRC 2000, 48, m.nt. H. van der Wilt; hier werd (uiteraard) een onderzoeksplicht aangenomen (par. 10). Het voorzien in een procedure die louter tot schadevergoeding kan leiden is in geval van schending van art. 3 door overheidsdienaren in de uitoefening van hun taak niet voldoende: EHRM 30 september 2004, *Krastanov v. Bulgaria*, EHRC 2004, 99, m.nt. De Jonge.

Dröge, o.c., p. 58, 59, haalt met instemming de opvatting van Martens aan dat op staten in de eerste plaats de plicht rust burgers in staat te stellen door middel van een procedure hun grondrechten te handhaven.

³⁸ O.a. EHRM 4 december 2003, *M.C. v. Bulgaria*, EHRC 2004, 6, m.nt. Mols, par. 153 en 166,

³⁹ Er wordt 'a minimum level of severity' geëist: o.a. EHRM 11 april 2000, *Sevtap Veznedaroglu v. Turkey*, EHRC 2000, 48, m.nt. H. van de Wilt, par. 7, EHRM 4 december 2003, *M.C. v. Bulgaria*, EHRC 2004, 6, m.nt. Mols, par. 149, EHRM 28 februari 2008, *Saadi v. Italy*, NJ 2008, 444, m.nt. E.A. Alkema, par. 134: 'According to the Court's settled case-law, ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3. The assessment of this minimum level of severity is relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical and mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim.'

⁴⁰ O.a. EHRM 6 april 2000, *Labita v. Italy*, EHRC 2000, 44, m.nt. Bal, par. 9.

⁴¹ EHRM 31 mei 2007, *Secic v. Croatia*, EHRC 2007, 92, m.nt. K. Henrad, par. 51.

⁴² Pieter van Dijk c.s. (eds.), o.c., p. 417 en daar genoemde rechtspraak, o.a. X and Y v. the Netherlands.

⁴³ EHRM 4 december 2003, *M.C. v. Bulgaria*, EHRC 2004, 6, m.nt. Mols, par. 153.

⁴⁴ EHRM 4 december 2003, *M.C. v. Bulgaria*, EHRC 2004, 6, m.nt. Mols, par. 149 en daar genoemde uitspraken.

ge laat.⁴⁵ Een geloofwaardige klacht over behandeling door de politie in strijd met art. 3 is voldoende om de staat te noodzaken tot onderzoek.⁴⁶

De bespreking van de rechtspraak op art. 2 en 3 EVRM laat zien dat die bepalingen gedragingen van uiteenlopende aard omvatten, zowel van de staat als van burgers. Dat geldt nog meer voor art. 8 EVRM, de bepaling die respect vraagt voor het privéleven van de burger, voor zijn familie- en gezinsleven. Dat respect is in het geding in geval van het censureren van de post van een gevangene⁴⁷ of het verstrekken van medische rapportage⁴⁸, bij het heimelijk opnemen van telefoongesprekken met hulp van de politie⁴⁹, bij het binnendringen van iemands woning of het veroorzaken van geluidsoverlast.⁵⁰ Maar dat respect kan ook worden geschonden door gedragingen die reeds schending van art. 2 of 3 opleveren, zoals door mishandeling van kinderen binnen een gezin⁵¹ of door verkrachting.⁵² Het hoeft dan ook geen verbazing te wekken dat de positieve verplichtingen, die opgesloten liggen in art. 2 en 3 EVRM, ook in art. 8 EVRM worden gelezen.⁵³ Van de staat wordt dus niet alleen gevergd dat deze zich onthoudt van niet op de wet steunende inbreuken op iemands privé-, familie- en gezinsleven, maar daarnaast dat hij maatregelen neemt ter waarborging van het privéleven, ook tussen individuele burgers, dat er wetgeving is gericht op het verbieden en bestraffen van sommige inbreuken op het privéleven van de burger, dat deze daadwerkelijk wordt gehandhaafd en dat in geval van een vermoeden van schending van die wetgeving een serieus onderzoek⁵⁴ wordt ingesteld.⁵⁵ Daarbij moet worden bedacht dat ook van de staat wordt gevergd dat hij naar vermogen

⁴⁵ EHRM 24 januari 2008, *Osmanoglu v. Turkey*, EHRC 2008, 45, m.nt. Van de Westelaken.

⁴⁶ EHRM 6 april 2000, *Labita v. Italy*, EHRC 2000, 44, m.nt. Bal, par. 20.

⁴⁷ O.a. EHRM 6 april 2000, *Labita v. Italy*, EHRC 2000, 44, m.nt. Bal.

⁴⁸ Bijv. EHRM 17 juli 2008, *I. v. Finland*, Appl. no. 20511/03.

⁴⁹ EHRM 8 april 2003, *M.M. v. the Netherlands*, EHRC 2003, 45, m.nt. G. Mols.

⁵⁰ Pieter van Dijk c.s. (eds.), o.c., p. 719 e.v. en daar genoemde rechtspraak.

⁵¹ EHRM 10 mei 2001, *Z. and others v. the United Kingdom*, EHRC 2001, 46, m.nt. Brems.

⁵² EHRM 4 december 2003, *M.C. v. Bulgaria*, EHRC 2004, 6, m.nt. Mols, par. 149, 150.

⁵³ In EHRM 20 maart 2008, *Budayeva and others. v. Russia*, EHRC 2008, 73, m.nt. H.L. Janssen, par. 133, wordt er op gewezen dat de uit art. 2 voortvloeiende verplichtingen die uit art. 8 in het daar aan de orde zijnde geval in belangrijke mate overlappen.

⁵⁴ Niet ieder gebrek in een onderzoek leidt tot schending van bijv. de art. 3 en 8 EVRM; er moet sprake zijn van "significant flaws": EHRM 4 december 2003, *M.C. v. Bulgaria*, EHRC 2004, 6, m.nt. Mols, par. 167.

⁵⁵ O.a. EHRM 20 maart 2007, *Tysiac v. Poland*, EHRC 2007, 70, m.nt. Janssen, par. 109, 110.

voorziet in bescherming van de burger tegen substantiële inbreuken op diens privé-leven door andere burgers door middel van wetgeving, bestuur en rechtspraak.⁵⁶

Onder omstandigheden kan ook het in art. 10 van het Verdrag vervatte recht op vrijheid van meningsuiting meebrengen dat de staat een burger moet beschermen tegen de inbreuk op dat recht door een derde, bijvoorbeeld tegen maatregelen van een werkgever gericht op de beperking van dat recht.⁵⁷

Art. 13 van het Verdrag verplicht de staat te voorzien in een effectieve rechtsgang voor klachten over inbreuken op de door het verdrag gegarandeerde grondrechten.⁵⁸ Deze bepaling vormt soms een doublure met de procedurele rechten die een burger kan ontlenen aan de hiervoor besproken bepalingen.⁵⁹

Tenslotte art. 14 van het verdrag. Deze bepaling houdt – kort gezegd – in een verbod op discriminatie naar geslacht, kleur, ras, taal godsdienst enzovoort. Op de staat legt deze bepaling onder meer de plicht in geval van geweldsdelicten na te gaan of deze mede zijn ingegeven door het ras van het slachtoffer. Dat is van belang, aldus het Europese Hof, omdat door het ras van het slachtoffer opgeroepen geweld bij uitstek de in het Verdrag opgenomen rechten kunnen aantasten.⁶⁰

Met deze opsomming zou de indruk kunnen zijn gewekt dat aan de staat zo hoge eisen worden gesteld dat deze nauwelijks zijn te vervullen. Dat punt heeft het Europese Hof echter wel onder ogen gezien. Gaat het om maatregelen ter voorkoming van schending van fundamentele verdragsrechten, dan mag op de autoriteiten van de staat geen on-

⁵⁶ Aldus Pieter van Dijk c.s. (eds.), o.c., p. 743.

⁵⁷ Zie EHRM 29 februari 2000, *Fuentes Bobo v. Spain*, NJ 2001, 73 m. nt. EJD, EHRC 2000, 34, m.nt. J.H. Gerards.

⁵⁸ EHRM 13 juni 2000, *Timurtas v. Turkey*, EHRC 2000, 64, m.nt. Van de Wilt. Wordt op pleitbare gronden door familieleden van een verdwenen persoon gesteld dat deze verdwijning is toe te schrijven aan de autoriteiten, dan dient te worden voorzien in een onderzoek dat kan leiden tot het vinden en bestraffen van de verantwoordelijke personen en moet bovendien worden voorzien in daadwerkelijk toegang van die familieleden tot de onderzoeksprocedure. Zie over dat laatste ook EHRM 28 mei 2002, *McShane v. the United Kingdom*, EHRC 2002, 57, m.nt. Spronken, par. 98 waarin wordt gezegd dat de familie van het slachtoffer in het onderzoek moet worden betrokken voor zover dat voor hun legitieme belangen nodig is.

⁵⁹ Zie hierover uitgebreid Pieter van Dijk c.s. (eds.), o.c., p. 1011.

⁶⁰ EHRM 31 mei 2007, *Secic v. Croatia*, EHRC 2007, 92, m.nt. K. Henrad, par. 67.

mogelijke of disproportionele last worden gelegd.⁶¹ Van hen kan niet worden gevergd dat zij ieder mogelijk geweld tegen een burger voorkomen.⁶² Daarbij dient te worden bedacht dat de politie de voorschriften in acht dient te nemen die zijn geschreven met het oog op een eerlijk proces of ter bescherming van grondrechten en niet kan optreden als er niet voldoende bewijs is van bijvoorbeeld bedreigingen.⁶³ In dit verband wijzen wij erop dat het Europese Hof er uiteraard aan vasthoudt dat het bewijs dat een fundamenteel recht is geschonden moet blijken ‘beyond reasonable doubt’ ook al is het recht op leven of op bescherming tegen ‘ill-treatment’ in het geding.⁶⁴ Voorts mag niet worden voorbijgegaan aan de moeilijkheden waarmee het besturen van een moderne samenleving gepaard gaat, aan de onvoorspelbaarheid van menselijk gedrag en aan het feit dat keuzes moeten worden gemaakt gegeven de beperktheid van de beschikbare middelen. Bovendien kan alleen van de staat worden verlangd preventief op te treden wanneer hij wist of had moeten weten dat er daadwerkelijk en onmiddellijk gevaar dreigde voor schending van grondrechten.⁶⁵

Hiervoor is gesproken over de plicht van de staat een onderzoek in te stellen in geval van aanwijzingen voor schending van grondrechten. Deze plicht gaat niet zover dat ook wordt verlangd dat het onderzoek resultaat heeft. Het gaat er om dat al het redelijkerwijs te vergen onderzoek wordt verricht.⁶⁶ Het hoeft niet per se tot een veroordeling te leiden.⁶⁷

Bij de beoordeling van de vraag of de staat heeft voldaan aan uit genoemde artikelen voortvloeiende verplichtingen⁶⁸ hanteert het Europese Hof tenslotte een zekere ‘margin

⁶¹ In EHRM 15 mei 2007, *Ramsahai and others v. the Netherlands*, Appl. no. 52391/99, NJ 2007, 618, m.nt. T.M. Schalken, par. 382, oordeelt het Europese Hof daarom opnieuw dat het gebruik van een vuurwapen bij arrestatie is toegestaan indien er voor de politie goede gronden zijn om aan te nemen dat dat noodzakelijk is ook al blijkt achteraf dat die noodzaak niet bestond.

⁶² Zie voor een voorbeeld EHRM 24 oktober 2002, *Mastromatteo v. Italy*, EHRC 2002, 107, m.nt. De Jonge (zoon klager doodgeschoten door een wegens een geweldsdelict veroordeelde gevangene die met verlof was).

⁶³ EHRM 28 oktober 1998, *Osman v. The United Kingdom*, NJ 2000, 134 m.nt. EAA, NJCM-bull. 1999, p. 512 e.v., m.nt. E. Myjer t.a.v. art. 2 EVRM.

⁶⁴ EHRM 6 april 2000, *Labita v. Italy*, EHRC 2000, 44, m.nt. Bal, par. 10 bij de bespreking van een klacht over schending van art 3 EVRM. Zo ook EHRM 11 juli 2006, *Jalloh v. Germany*, Appl. No. 54810/00, NJ 2007, 226, m.nt. T.M. Schalken.

⁶⁵ EHRM 28 oktober 1998, *Osman v. The United Kingdom*, NJ 2000, 134 m.nt. EAA, NJCM-bull. 1999, p. 512 e.v., m.nt. E. Myjer ten aanzien van art. 2 EVRM.

⁶⁶ O.a. EHRM 31 mei 2007, *Secic v. Croatia*, EHRC 2007, 92, m.nt. K. Henrad, par. 54 ten aanzien van art. 3 EVRM, EHRM 24 januari 2008, *Osmanoglu v. Turkey*, EHRC 2008, 45, m.nt. Van de Westelaken, par. 88 ten aanzien van art. 2 EVRM.

⁶⁷ EHRM 20 december 2007, *Nikolova and Velichkova v. Bulgaria*, EHRC 2008, 35, m.nt. J. van der Velde, par. 57 onder e.

of appreciation'.⁶⁹ Uiteindelijk komt het er op neer dat de staat moet voorzien in een goed evenwicht tussen de belangen van de individuele burger en van de gemeenschap waartoe hij behoort. Daarbij zal ook de relatieve zwaarte van de verdragsverplichtingen een rol spelen. Zo zal een inbreuk op art. 2 of art. 3 EVRM in het algemeen meer gewicht in de schaal leggen dan een inbreuk op art. 8. Daarom worden ook hogere eisen aan het toestaan van een inbreuk op art. 2 gesteld dan aan een inbreuk op art. 8.⁷⁰ De art. 2 en 3 EVRM worden immers gezien als de kernwaarden van de democratische samenlevingen in de verdragsstaten.⁷¹ De afweging tussen de belangen van de individuele burger en de gemeenschap zal moeten geschieden bij wetgeving, bestuur en rechtspraak, zij het dat veelal uiteindelijk de rechter als beslisser in het concrete geval de doorslag zal geven.

Het is nu tijd om in te gaan op de gevolgen van de impliciete positieve verdragsverplichtingen voor ons strafrecht en ons strafprocesrecht. We beginnen met het verschoningsrecht.

⁶⁸ Het EHRM onderzoekt alleen 'significant flaws' ten aanzien van wetgeving en onderzoek: EHRM 4 december 2003, *M.C. v. Bulgaria*, EHRC 2004, 6, m.nt. Mols, par. 167 ten aanzien van de art 3 en 8 EVRM.

⁶⁹ EHRM 19 februari 1996, *Gül v. Switzerland*, Appl. no. 23218/94, NJ 1997, 538, par. 38 ten aanzien van de uit art. 8 EVRM voortvloeiende negatieve en positieve verplichtingen; zo ook ten aanzien van de uit de art. 3 en 8 EVRM voortvloeiende verplichtingen EHRM 4 december 2003, *M.C. v. Bulgaria*, EHRC 2004, 6, m.nt. Mols, par. 154, met dien verstande dat in een aantal gevallen ter verwezenlijking van grondrechten behoorlijke strafwetgeving wordt geëist, gepaard aan effectief onderzoek en effectieve vervolging. In sommige gevallen spreekt het Europese Hof zelfs van een 'wide margin of appreciation': EHRM 20 maart 2008, *Budayeva a.o. v. Russia*, EHRC 2008, 73, m.nt. H.L. Janssen, par. 135 en het hiervoor genoemde *M.C. v. Bulgaria*, par. 154. De discussie omtrent de vraag naar de 'margin of appreciation' lijkt te worden bemoeilijkt door het verschil in context waarin dit begrip wordt gebruikt. Zie in dit verband Johan Callewaert, 'Is There a Margin of Appreciation in the Application of Articles 2, 3 and 4 of the Convention?', *Human Rights Journal* 1998, p. 6-9.

⁷⁰ EHRM 27 september 1995, *McCann and others v. The United Kingdom*, Appl. no. 18984/91, par. 149. Zie ook EHRM 15 mei 2007, *Ramsahai and others v. the Netherlands*, Appl. no. 52391/99, NJ 2007, 618, m.nt. T.M. Schalken, par. 286, 287, herhalend EHRM 20 mei 1999, *Oğur. V. Turkey*, Appl. no. 21594/93. Hier wijzen wij ook op het verschil tussen art. 2 lid 2 en art. 8 lid 2 voor de maatstaf aan de hand waarvan kan worden bepaald of een inbreuk geoorloofd is ('absolutely necessary' versus 'necessary') terwijl art. 3 helemaal geen voorziening voor het maken van een inbreuk kent (zoals wordt opgemerkt in o.a. EHRM 11 april 2000, *Sevtap Veznedaroglu v. Turkey*, EHRC 2000, 48, m.nt. H. van der Wilt, par. 6).

⁷¹ O.a. EHRM 27 september 1995, *McCann and others v. The United Kingdom*, Appl. no. 18984/91, par. 147, EHRM 28 mei 2002, *McShane v. the United Kingdom*, EHRC 2002, 57, m.nt. Spronken, par.91.

Verschoningsrecht

Het verschoningsrecht is 'hot'. In hoog tempo verschijnen rechterlijke uitspraken over de reikwijdte van het recht om onder omstandigheden tegenover justitie te zwijgen over vertrouwde informatie en om in sommige opzichten gevrijwaard te zijn tegen beslag en doorzoekingen door politie, officier van justitie of rechter-commissaris. In 2007 wijdde de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie preadviezen aan dit onderwerp; andere organisaties waren de KNB daarin al voorgegaan.⁷² En in een recent concept-voorstel tot wijziging van de Wet op het notarisambt wordt in het kader van het toezicht op de integriteit van de notaris voorzien in uitzonderingen op de geheimhoudingsplicht van de notaris.⁷³ Steeds vaker rijst de vraag of het verschoningsrecht niet in méér gevallen dan tot nu toe geschiedt zou moeten worden doorbroken. De maffiabaas Joey Lombardo zal het daarmee hartstochtelijk oneens zijn. Hij hield zich –aldus een persbericht– in 2006 schuil toen de politie bezig was met een grootscheeps onderzoek naar de moorden en de afpersingen van zijn bende die in de jaren zeventig en tachtig van de vorige eeuw plaatsvonden. Uiteindelijk werd de achtenzeventigjarige hoogste baas van de maffioso door zijn tandarts verlinkt. Hij stond vervolgens terecht wegens onder meer de moorden op twee broers van zijn tandarts, die in 1986 werden doodgeslagen. Sindsdien werkte de tandarts heimelijk samen met de politie: 'Ik beloofde mijn moeder 21 jaar geleden dat ik de mannen zou vinden die dit gedaan hebben, wie mijn broers heeft afgeslacht en haar zonen heeft gemarteld'. Veel familieleden van de maffiabaas waren patiënt bij de tandarts; zo wist hij informatie los te krijgen. Toen Lombardo zelf langs kwam met een kiesabces, zag de tandarts zijn kans schoon en waarschuwde hij de politie, verschoningsrecht of niet.

Het verschoningsrecht heeft alles te maken met grondrechten, met name met artikel 8 EVRM, dat bescherming biedt aan vele aspecten van het privé-leven. Centraal staat in de regel de vraag of een inbreuk op dat recht voldoet aan de voorwaarden die daartoe in het tweede lid van art. 8 EVRM zijn geformuleerd. Een geheel andere kwestie is of de positieve verplichtingen die uit art. 8 EVRM en uit andere grondrechten, zoals de artikelen 2 en 3 van het EVRM, voortvloeien betekenis hebben voor de omvang van het ver-

⁷² Onder meer de Nederlandse Juristen-Vereniging reeds in 1986, Nederlands-Vlaamse Vereniging voor strafrecht in 2006.

⁷³ Het concept wetsvoorstel is gebaseerd op de evaluatie van de Wet op het notarisambt door een commissie onder voorzitterschap van A. Hammerstein.

schoningsrecht.⁷⁴ In onze beschouwing hierover beperken wij ons tot het professionele verschoningsrecht van, bijvoorbeeld, arts, advocaat en notaris. Verwant met vragen rond het verschoningsrecht, maar daarvan zeker te onderscheiden vanwege het verschil in grondslag en object, is het recht op bronbescherming van de journalist. Ook daaraan zullen we enkele woorden wijden.

In de verschillende rechtsgebieden waar het verschoningsrecht een rol speelt –niet alleen het strafrecht, maar ook het civiele recht, het fiscale recht en het bestuursrecht– bestaat overeenstemming over de grondslag van het verschoningsrecht. In de woorden van de Hoge Raad: ‘Aan het verschoningsrecht ligt ten grondslag dat het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt moet wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het toevertrouwde om bijstand en advies tot de verschoningsgerechtigde moet kunnen wenden.’⁷⁵ Het verschoningsrecht dient dus niet het privé-belang van de verschoningsgerechtigde; het dient een maatschappelijk doel. Vanuit die gedachte is verklaarbaar⁷⁶ dat de verschoningsgerechtigde die zelf verdachte is in beginsel het verschoningsrecht niet verliest: het maatschappelijk belang dat door een onderzoek bij de verdachte verschoningsgerechtigde niet de geheimen worden geschonden van degene die zich voor bijstand tot de betrokkene heeft gewend –deze kan immers aan het naambordje van advocaat of notaris niet zien of hij met een betrouwbare beroepsoefenaar te maken heeft– blijft in beginsel bescherming verdienen. In beginsel, want zwaarwegende belangen (in de rechtspraak aangeduid als ‘zeer uitzonderlijke omstandigheden’) kunnen meebrengen dat een inbreuk op het verschoningsrecht gerechtvaardigd is. Uit de rechtspraak rijst het beeld op dat van zeer uitzonderlijke omstandigheden met name sprake is wanneer de verschoningsgerechtigde verdacht wordt van ernstige strafbare feiten: de advocaat of notaris die met zijn cliënten een crimineel samenwerkingsverband vormt, de apotheker

⁷⁴ Zie ook Knigge in zijn annotatie bij het hierna te noemen HR juni 2004, *NJ* 2005, 273: ‘Een verabsoluteerd verschoningsrecht doet misschien (...) afbreuk aan de op Nederland rustende positieve verplichting om te voorzien in adequate strafrechtelijke bescherming’.

⁷⁵ Vaste rechtspraak, onder meer HR 29 juni 2004, *NJ* 2005, 273.

⁷⁶ Maar niet onbetwist: CAG bij HR 30 oktober 2007, *LJN* BA5615 (Notaris en ABC-transacties) alsmede de conclusies van A-G Bleichrodt voorafgaande aan HR 27 mei 2008, 03397/06, *LJN* BC1369 en, van dezelfde datum, 03398/06, *LJN* BC1370.

die van ernstige fraude wordt verdacht.⁷⁷ In dergelijke gevallen moeten het verschoningsrecht en de daaraan verbonden beperkingen van strafvorderlijke beslag- en doorzoekingsbevoegdheden wijken voor het belang van de waarheidsvinding.⁷⁸ De inbreuk op het verschoningsrecht mag in deze gevallen niet verder gaan dan strikt nodig is.⁷⁹ Een heel enkele keer is in een casus waarin de verschoningsgerechtigde zelf niet verdacht werd van strafbare feiten aangenomen dat er sprake is van ‘uitzonderlijke omstandigheden’. Onder een stichting voor kinder- en jeugdpsychiatrie en een psychiater, tevens directeur van de stichting, mochten stukken in beslag genomen worden die de waarheid aan het licht zouden kunnen brengen omtrent seksueel misbruik door in de psychiatrische kliniek opgenomen jongens van een andere, jongere, patiënt.⁸⁰ En in de zaak Savanna –het meisje dat de voortdurende mishandelingen binnen het gezin en het onthouden van voedsel met de dood heeft moeten bekopen- heeft uiteindelijk⁸¹ beperkte inzage van het consultatiebureaudossier plaatsgevonden.

De grondrechten zijn bij het verschoningsrecht op twee wijzen betrokken. Allereerst via het object van verschoning; zo garandeert art. 8 EVRM de privacy van cliënten en patiënten en moet een inbreuk op die privacy aan strenge eisen voldoen. Het Europese Hof heeft herhaalde malen beklemtoond hoezeer gehecht wordt aan bijvoorbeeld de ver-

⁷⁷ Bij het oordeel of in deze gevallen een inbreuk op het verschoningsrecht gerechtvaardigd is spelen verschillende factoren een rol; een van die factoren is de mate waarin bij een doorbreking van het verschoningsrecht de belangen van degene die zich voor hulp of advies tot de verschoningsgerechtigde wendt, worden geschaad. Dit criterium laat ruimte voor het meewegen van de aard van de gezochte hulp; bij een apotheker of een notaris kan dit in bepaalde gevallen anders liggen dan bij een arts.

⁷⁸ Zie in dit verband ook P.A.M. Mevis, ‘Gezondheidsrecht en strafrecht’, in *Gezondheidsrecht: betekenis en positie*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht 2007, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 164 e.v.

⁷⁹ Vaste rechtspraak, onder meer HR 14 juni 2005, *NJ* 2005, 353. De procedurevoorschriften, deels berustend op afspraken met de betrokken beroepsgroepen, wijken in deze gevallen af van hetgeen gebruikelijk is; deze kwestie laten wij in dit verband rusten. Zie daarvoor de conclusies genoemd in noot 76, de Aanwijzing toepassing opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen tegen advocaten (*Stcrt.* 2006, 130), alsmede *Handboek Strafzaken*, 14.7 (De doorzoeking bij de verschoningsgerechtigde), Deventer: Kluwer (losbladig).

⁸⁰ HR 29 juni 2004, *NJ* 2005, 273, m.nt. Kn.

⁸¹ Na ingrijpen van de Hoge Raad: HR 9 mei 2006, *LJN* AV2386, *NJ* 2006, 622, m.nt. J. de Boer, *NJCM-bull.* 2006, p. 1128 e.v., m.nt. M.R. Bruning.

trouwelijkheid van het medisch dossier.⁸² In dit opzicht onderstrepen de grondrechten het gewicht van het verschoningsrecht. Anderzijds is het ook denkbaar dat de grondrechten, in het bijzonder de positieve verplichtingen die daaruit voortvloeien, in exceptionele gevallen juist kunnen leiden tot een beperking van het verschoningsrecht. Wanneer er sprake is van bijvoorbeeld seksueel misbruik van kinderen of andere kwetsbare personen -te denken valt aan verstandelijk gehandicapten- rust op de overheid immers de plicht om te zorgen voor een effectief onderzoek en een effectieve rechtsgang. Die verplichting vloeit met name voort uit het bepaalde in art. 3 EVRM, dikwijls in samenhang met art. 8. Die effectieve rechtsgang kan in hoge mate worden bemoeilijkt indien door bijvoorbeeld de arts aan wie informatie wordt gevraagd over het misbruikte kind, een beroep wordt gedaan op het verschoningsrecht en dit door justitie wordt gebillijkt. In geval van ernstige kindermishandeling zou hetzelfde kunnen spelen. Het Europese Hof heeft in kinderbeschermingszaken enkele malen aangenomen dat de staat tekortschiet in het voldoen aan zijn positieve verplichtingen indien door kinderbeschermingsinstanties, die op de hoogte zijn of kunnen zijn van de mishandeling of het seksueel misbruik van kinderen geen of onvoldoende adequate maatregelen worden getroffen om de kinderen te beschermen tegen 'ill-treatment'⁸³. In ons land kan worden gedacht aan de zaak Savanna. Door de vervolging van de mogelijk voor de dood van het meisje verantwoordelijke persoon laat de Nederlandse overheid zien dat zij de positieve verplichtingen voortvloeiend uit art. 3 EVRM⁸⁴ serieus neemt.⁸⁵

In ons recht kunnen de verplichtingen tot een effectief onderzoek die voortvloeien uit de grondrechten een plaats krijgen bij de vaststelling van de 'zeer uitzonderlijke omstandigheden'. Bij de bepaling of er sprake is van 'zeer uitzonderlijke omstandigheden' die een inbreuk op het verschoningsrecht rechtvaardigen zullen de eventuele positieve verplichtingen van de overheid in de afweging moeten worden betrokken. Art. 8 EVRM, dat de vertrouwelijkheid van onder meer medische informatie beschermt, zal daaraan, zo me-

⁸² Recent opnieuw in EHRM 17 juli 2008, *I. v. Finland*, Appl. no. 20511/03, waarin bovendien benadrukt wordt dat het hierbij niet alleen gaat om het belang van de privacy van de patiënt, maar ook om het publieke belang dat de patiënt vertrouwen kan stellen in de medische professie en in de gezondheidszorg in het algemeen (par. 38). Met betrekking tot de advocatuur: EHRM 16 oktober 2007, *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria*, Appl. no. 74336/01 en de daarin genoemde rechtspraak.

⁸³ Onder meer EHRM 26 november 2002, *E. and others. v. the United Kingdom*, NJCM-bull. 2003, p. 625 e.v., m.nt. M.R. Bruning.

⁸⁴ En, in het voorbeeld van Savanna, art. 2 EVRM.

⁸⁵ Zie bijvoorbeeld EHRM 30 juni 2008, *Gäfgen v. Germany*, Appl. no. 22978/05, EHRC 2008, 99, m.nt. J. van der Velde.

nen wij, niet per definitie in de weg staan. Het is aan de nationale rechter om op grond van een afweging van alle betrokken belangen tot het oordeel te komen of en onder welke voorwaarden een inbreuk op het verschoningsrecht gerechtvaardigd is.⁸⁶ Hoewel de Hoge Raad in genoemde zaak waarin in verband met vermoed seksueel misbruik onder een stichting voor kinder- en jeugdpsychiatrie stukken in beslag waren genomen de positieve verplichtingen niet met zoveel woorden in de beschouwingen betreft, past deze zaak goed in een model waarin bij de omlijning van de ‘zeer uitzonderlijke omstandigheden’ die een inbreuk op het verschoningsrecht mogelijk maken, de positieve verplichtingen een rol spelen.

Uit de rechtspraak van het EHRM zou de conclusie kunnen worden getrokken dat de positieve verplichtingen die voortvloeien uit de absoluut geformuleerde art. 2 en 3 EVRM meebrengen dat er in het kader van het vereiste ‘effectieve onderzoek’ nauwelijks plaats is voor een afweging die ertoe leidt dat het verschoningsrecht *in volle omvang* gerespecteerd moet worden wanneer de mogelijkheid om zonder inbreuk op het verschoningsrecht de noodzakelijke informatie in handen te krijgen ontbreekt. Het recht op leven en het verbod van onder meer ‘ill-treatment’ wegen zó zwaar, dat in het kader van het verschoningsrecht in dat geval alles zal draaien om de vraag onder welke voorwaarden een inbreuk op het beroepsgeheim toelaatbaar is: de inbreuk zal zo beperkt mogelijk moeten zijn en met zoveel mogelijk waarborgen moeten zijn omgeven.⁸⁷ Op deze wijze is er dus een zekere rangorde aan te brengen in de belangen die een rol spelen bij de vaststelling of er sprake is van ‘zeer uitzonderlijke omstandigheden’ die een inbreuk op het verschoningsrecht legitimeren: de positieve verplichtingen voortvloeiend uit de artikelen 2 en 3 EVRM wegen bijzonder zwaar, die uit grondrechten als bijvoorbeeld art. 8 EVRM leggen

⁸⁶ In strafzaken worden in deze verstreckende beslissingen genomen door de raadkamers van de rechtbanken in art. 552a Sv-procedures. De beslagen bescheiden zijn dikwijls verzegeld totdat de rechtbank over de zaak heeft geoordeeld. Met de verschillende beroepsgroepen –advocatuur, medici, het notariaat- zijn afspraken gemaakt over de te volgen procedure. Op 2 juni 2008 heeft de Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten een herziene handleiding opgesteld voor de doorzoeking bij de advocaat (Handleiding voor advocaten en dekens ter waarborging van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht bij doorzoeking en onderzoek door RC, OM, bijzondere opsporingsambtenaren en/of toezichthouders).

⁸⁷ De president van het EHRM, Jean-Paul Costa, zegt over de positieve verplichtingen uit hoofde van art. 2 en art. 3 EVRM: ‘These two Articles express the most fundamental values of human civilisation (...). It is therefore in these two areas that the case law has gone furthest in clarifying the positive obligations of the State. In contrast to Article 8, for example, where the existence and scope of a positive obligation in a given set of circumstances will be determined by several variables, the case law under Articles 2 and 3 has, in clear and concrete terms, identified the standard and the modalities of State behaviour’ (*NJCM-bull.* 2008, nr. 5, p. 727).

minder gewicht in de schaal en laten meer ruimte voor de afweging of een inbreuk op het verschoningsrecht gerechtvaardigd is.

In dit verband kan niet worden voorbij gegaan aan de nieuwe Meldcode Kindermishandeling, die op 4 september van dit jaar door de KNMG is gelanceerd. De meldcode neemt als uitgangspunt ‘Spreken, tenzij...’, de oude code ging uit van ‘Zwijgen, tenzij...’. Op zichzelf is het ook gezien vanuit het perspectief van de positieve verplichtingen toe te juichen dat de beroepsgroep het beroepsgeheim en het verschoningsrecht geen absolute status toekent. Maar er zijn wel haken en ogen. Wij noemen er vandaag één.⁸⁸ In art. 11 van de Code is bepaald dat de waarheidsvinding onvoldoende grond vormt voor doorbreking van het beroepsgeheim: ‘Waarheidsvinding alleen is onvoldoende grond voor doorbreking van het beroepsgeheim, niet tijdens een opsporingsonderzoek, niet tijdens een gerechtelijk vooronderzoek en niet ter terechtzitting.’ Doorbreking van het beroepsgeheim is volgens de code alleen toegestaan indien dit nodig is om het gevaar voor de veiligheid van het kind af te wenden. Deze beperking kan de toets aan het EVRM zeker niet doorstaan indien er sprake is van kindermishandeling die de ‘severity’-drempel passeert en betiteld kan worden als ‘ill-treatment’. Een belangrijk bestanddeel van de op de staat rustende positieve verplichtingen is immers het instellen van een onafhankelijk en effectief onderzoek; uiteraard staat daarin de waarheidsvinding centraal. Het belang van een onafhankelijk onderzoek naar de waarheid was één van de gronden waarop de Hoge Raad in het eerder genoemde geval van seksueel misbruik in een kinderpsychiatrische kliniek de inbreuk op het verschoningsrecht toelaatbaar achtte. De meldcode verdient op dit punt aanpassing aan het geldend recht.

Niet alleen het verschoningsrecht van de klassieke professionele verschoningsgerechtigde staat de laatste tijd in het middelpunt van de belangstelling, ook het bronbeschermingsrecht als onderdeel van het journalistieke privilege trekt de aandacht. Sinds het Goodwin-arrest van het Europese Hof is het uitgangspunt dat bescherming van journalistieke bronnen wezenlijk is voor de in art. 10 EVRM besloten liggende persvrijheid al-

⁸⁸ Een ander bezwaar is genoemd door Corien Prins, ‘Spreken voor, niet over het kind’, *NJB* 2008, afl. 32, p. 1983.

gemeen aanvaard.⁸⁹ De verplichting om een bron te onthullen is alleen dan in overeenstemming met art. 10 EVRM wanneer dit wordt gerechtvaardigd door ‘an overriding requirement in the public interest’. Uit het EHRM-arrest Voskuil tegen Nederland⁹⁰ blijkt dat aan dit criterium niet zo snel is voldaan. Voskuil publiceerde in de *Spits* een artikel waarin hij op gezag van een bron bij de politie meldde dat de reden om het appartement van Mink K. binnen te vallen door de politie verzonnen was: er zou bij de politie een melding zijn ingekomen van wateroverlast in de flat van een van de bewoners, die ook tot lekkage zou kunnen leiden in de flat van afwezige bewoner Mink K. De politie ging het appartement van Mink K. binnen en trof daar een grote hoeveelheid wapens aan. Het Amsterdamse hof beval de gijzeling van Voskuil, om hem op deze wijze te dwingen zijn bron bij de politie te noemen. De door de Nederlandse regering bij het Europese Hof aangevoerde belangen als de integriteit van de Amsterdamse politie en het veiligstellen van een fair proces voor de verdachte werden door het Hof van onvoldoende gewicht geacht om een inbreuk op het recht op bronbescherming te rechtvaardigen.

In *Secic tegen Kroatië*⁹¹ was de invalshoek een andere. Secic, een inwoner van Zagreb van Roma-afkomst, wordt op straat aangevallen door twee mannen, die hem te grazen nemen onder het uiten van racistische kreten; hij loopt verscheidene gebroken ribben op ten gevolge van dit geweld. De politie neemt de zaak niet erg voortvarend ter hand. Secic's advocaat is veel actiever en zij voorziet de politie van allerlei informatie, onder meer over een televisie-interview met een skinhead die betrokken is bij verschillende aanvallen op Roma en die heeft gezinspeeld op het incident waarbij haar cliënt is betrokken. De politie hoort vervolgens de journalist die de skinhead heeft geïnterviewd, maar deze weigert met een beroep op zijn recht op bronbescherming de naam van de skinhead te noemen. Secic beklagt zich bij het Europese Hof ondermeer over het gebrekkige onderzoek. Het Hof overweegt dat de ernst van de mishandeling rechtvaardigt om te spreken van ‘ill-treatment’ in de zin van art. 3 EVRM. De in dit artikel opgesloten positieve verplichtingen brengen mee, ook als de mishandeling niet door de staat maar

⁸⁹ EHRM 27 maart 1996, *Goodwin v. the United Kingdom*, NJ 1996, 577, m.nt. EJD onder HR 10 mei 1996, NJ 1996, 578 (Van den Biggelaar); zie daarnaast EHRM 25 februari 2003, *Roemen and Schmit v. Luxembourg*, EHRC 2003, 36 en EHRM 15 juli 2003, *Ernst a.o. v. Belgium*, EHRC 2003, 76, m.nt. V.V.R. van Bogaert, NJ 2006, 290, m.nt. Dommering onder NJ 2006, 291. Zie in dit verband C.H. Brants, ‘Het journalistieke privilege in Nederland: hoe zinvol en wenselijk is een wettelijke regeling?’, DD 2008, 25, p. 327 e.v.

⁹⁰ EHRM 22 november 2007, NJ 2008, 216, m.nt. Dommering, EHRC 2008, 20, m.nt. A. Nieuwenhuis en NJCM-bull. 2008, p. 75 e.v., m.nt. G.A.I. Schuijt.

⁹¹ EHRM 31 mei 2007, *Secic v. Croatia*, Appl. no. 40116/02, EHRC 2007, 92, m.nt. K. Henrad.

door burgers is gepleegd, dat op de overheid de plicht rust een onderzoek in te stellen, in het kader waarvan alles wat redelijkerwijs mogelijk is moet worden ondernomen om bewijs te vergaren. Het hof overweegt in verband hiermee dat de overheid de journalist niet heeft gedwongen tot het noemen van zijn bron, terwijl de toepasselijke wetgeving een dergelijke bevoegdheid wel geeft. Bovendien stelt het hof, en dat is in het kader van ons betoog bij uitstek van belang, dat het gebruik maken van een dergelijke bevoegdheid door politie of justitie niet *a priori* in strijd is met art. 10 EVRM. Het is uiteindelijk aan de nationale rechter om na afweging van alle betrokken belangen tot het oordeel te komen of in de omstandigheden van het geval een inbreuk op het grondrecht -in casu de verplichting tot het noemen van de naam van de skinhead- noodzakelijk is. Het Hof komt tot het oordeel dat het door de staat ingestelde onderzoek niet voldoet aan de eisen die vanuit art. 3 EVRM moeten worden gesteld. Nu er bovendien sprake is van mogelijk racistische motieven bij de mishandelende verdachten en het politieonderzoek naar hun identiteit bijzonder traag is verlopen, stelt het Hof vast dat ook art. 14 EVRM – het verbod van discriminatie- is geschonden.

In de Secic-zaak is het Hof dus van oordeel dat de uit de grondrechten voortvloeiende positieve verplichtingen meebrengen dat een inbreuk op de persvrijheid niet op voorhand in strijd is met art. 10 EVRM; de belangen die art. 3 EVRM beoogt te beschermen leggen kennelijk zoveel gewicht in de schaal dat een inbreuk op de persvrijheid onder omstandigheden geoorloofd is. Vervolgens is aan de nationale rechter de afweging voorbehouden of in de omstandigheden van het geval inderdaad een inbreuk op de persvrijheid noodzakelijk is. Onze visie dat de positieve verdragsverplichtingen kunnen meebrengen dat een inbreuk op het verschoningsrecht moet worden gemaakt en dat het aan de rechter is om in een zorgvuldige afweging te komen tot het antwoord op de vraag of de inbreuk noodzakelijk is en dus –gesproken in de termen van de Nederlandse rechtspraak- of er sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden die een inbreuk op het verschoningsrecht rechtvaardigen, loopt hieraan parallel.

Een en ander heeft als consequentie dat het verschoningsrecht evenmin als het bronbeschermingsrecht van de journalist hard te omlijnen is. Steeds zullen in de bijzondere omstandigheden van het geval de verschillende, soms met elkaar strijdende, belangen tegen elkaar moeten worden afgewogen; een afweging waarvan de uitkomst van te voren

zeker niet vast staat.⁹² Vertrouwelijkheid van medische informatie, beschermd door art. 8 EVRM, is een bijzonder groot goed, zoals ook het bestrijden van kindermishandeling en seksuele uitbuiting, van racistisch geweld en van mensenhandel. Aan de rechter de taak om deze belangen in concrete gevallen te wegen en te waarderen. Daarbij kan als maatstaf gelden dat de positieve verplichtingen uit absoluut geformuleerde mensenrechten, zoals bijvoorbeeld art. 2, 3, 4 en 14 EVRM bijzonder veel gewicht in de schaal leggen. Acht de rechter het doorbreken van het verschoningsrecht of het bronbeschermingsrecht noodzakelijk, dan ligt het op zijn weg om door middel van het zorgvuldig formuleren van voorwaarden deze inbreuk zo beperkt mogelijk te houden.

Het voorgaande betekent ook dat het moeilijk is om tegemoet te komen aan de wens van sommige beroepsgroepen, zoals de medici, om te komen tot een eenduidige regeling van het verschoningsrecht. Een nieuwe wettelijke regeling van het verschoningsrecht zal noodzakelijkerwijs in algemene termen moeten zijn gevat. Misschien kan het vastleggen van de huidige rechtspraak -die bij lange na niet meer in bijvoorbeeld art. 98 Sv te lezen valt- een stap zijn in de goede richting. Maar laat het duidelijk zijn dat het verlangen dat een nieuwe wettelijke regeling een pasklaar antwoord geeft op alle vragen rond het verschoningsrecht in het licht van de ontwikkeling van de mensenrechten een illusie is en blijft.

⁹² Over de afwegingen in het kader van het recht op bronbescherming van de journalist: CAG Wortel voorafgaand aan HR 25 maart 2008, *LJN BB2875*.

Beslag

In het kader van de vraag of de positieve verplichtingen voortvloeiend uit het EVRM gevolgen kunnen hebben voor het Nederlandse straf- en strafprocesrecht wijden we enkele woorden aan het strafvorderlijk beslag.

Art. 134 Sv omschrijft inbeslagneming van een voorwerp als het onder zich nemen of gaan houden van een voorwerp ten behoeve van de strafvordering. Volgens vaste rechtspraak is onder het belang van de strafvordering te verstaan de veiligstelling van belangen waarvoor art. 94 Sv inbeslagneming toelaat: het aan de dag brengen van de waarheid, het aantonen van wederrechtelijk genoten voordeel, het verbeurdverklaren of het onttrekken aan het verkeer. Opvallend is dat in deze bepalingen niet wordt gerept over het belang van het slachtoffer van het delict bij inbeslagneming door politie en justitie. In ons strafprocesrecht kennen wij niet een zekere vorm van ‘Zurückgewinnungshilfe’, die in sommige andere landen niet onbekend is. Nu hoeft dat in de meeste gevallen niet voor problemen te zorgen: er is bijna geen situatie denkbaar waarin beslag aan het begin van het onderzoek niet gelegd kan worden ter veiligstelling van de belangen van art. 94 Sv; het is dan mooi meegenomen wanneer ook het belang van het slachtoffer met de beslaglegging is gediend, zoals bijvoorbeeld het geval is bij beslag op van diefstal afkomstige goederen.⁹³ Lastiger wordt het, wanneer na verloop van tijd de vraag gaat spelen of er gronden zijn om het beslag te handhaven bijvoorbeeld in geval door een ander dan de rechthebbende op de in beslag genomen goederen uit hoofde van art. 552a Sv geklaagd wordt over het uitblijven van een last tot teruggave van de goederen, het beslag eigenlijk niet langer dienstig is aan de strafvordering en de beslagene geen afstand heeft gedaan van de in beslag genomen voorwerpen.⁹⁴

In een onlangs door de Hoge Raad behandelde zaak speelde het volgende. Op een beurs in Delft verkocht een standhouder die een winkel in antieke tegels dreef een tweetal antieke tegels, genaamd *Dubbele zeekoe* voor een bedrag van €3200,- aan een verzamelaar van antieke tegels. De tegels bleken afkomstig te zijn van diefstal en waren toevallig door een kennis van de bestolene op de beurs gesignaleerd. Onderzoek leidde tot het beslag van de *Dubbele zeekoe* onder de verzamelaar die de tegels op de beurs had gekocht. Deze verzamelaar diende een klaagschrift in tegen de inbeslagneming (art.

⁹³ Zeker sinds verbeurdverklaring ook mogelijk is gemaakt van voorwerpen waarvan niet kan worden vastgesteld aan wie zij toebehoren. Met name wanneer voorwerpen gefinancierd zijn met zwart geld is de eigenaar niet altijd even happig om aangifte van diefstal van de voorwerpen te doen.

⁹⁴ Zie hierover G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, zesde druk, Deventer: Kluwer 2008, p. 479/480.

552a Sv) waarin hij zich beklaagde over het uitblijven van een last tot teruggave aan hem; hij had de tegels, zo stelde hij, te goede trouw gekocht, hij stond geheel buiten het strafrechtelijk circuit. De officier van justitie stelde zich op het standpunt dat het geen gewone consumentenkoop betrof nu de aankoop had plaatsgevonden op een beurs. Bovendien verzette het belang der strafvordering zich in de ogen van het openbaar ministerie tegen teruggave nu er nog moest worden uitgezocht wie de oorspronkelijke eigenaar van de tegels was ten behoeve van teruggave van de tegels aan deze persoon. De rechtbank oordeelde dat teruggave niet kon plaatsvinden omdat het belang der strafvordering zich daartegen verzette nu nog onderzoek moest worden gedaan naar de waarde, de herkomst en de oorspronkelijke eigenaar van de in beslag genomen tegels. In cassatie hield dit oordeel stand: het door de rechtbank genoemde onderzoek kon van belang zijn voor de waarheidsvinding omtrent strafbare feiten.

In deze zaak was zonder al te veel kunst- en vliegwerk een belang van strafvordering te construeren dat het voortduren van het beslag legitimeerde; het belang van de waarheidsvinding werd daartoe door de rechtbank niet uitsluitend gefundeerd op het onderzoek naar de identiteit van de rechthebbende ten behoeve van teruggave aan die persoon. Maar stel nu dat alleen nog maar onderzoek moest worden ingesteld naar de vraag wie de oorspronkelijke eigenaar van de tegels was (terwijl wel duidelijk was dat een van de betrokkenen als zodanig was aan te merken⁹⁵), en de dief de diefstal zou hebben bekend. Dàn was wel allerlei bochtenwerk nodig geweest om het beslag te handhaven, terwijl het daarbij in feite zou gaan om de bescherming van het slachtoffer van het delict.

In dergelijke gevallen dringt de vraag zich op of de positieve verplichtingen, in casu voortvloeiend uit het recht op eigendom uit het Eerste Protocol⁹⁶, wenselijk maken dat bij het strafvorderlijk beslag meer rekening gehouden wordt met de belangen van het slachtoffer dan in de bestaande wetgeving het geval is. Denkbaar is een regeling waarin wordt vastgelegd dat onder het belang der waarheidsvinding ook wordt verstaan het belang van het slachtoffer voor zover dat in het strafproces een plaats heeft gekregen.⁹⁷

⁹⁵ Zou dit niet het geval zijn, dan kwam de verbeurdverklaring nog in beeld (onbekende rechthebbende).

⁹⁶ De vraag kan ook worden gesteld vanuit een andere invalshoek: art. 9 lid 3 Kaderbesluit van de Europese Raad van 15 maart 2001.

⁹⁷ En in de nabije toekomst zal krijgen na aanvaarding van het voorstel van wet tot Wijziging van het Wetboek van Strafvordering ter versterking van de positie van het slachtoffer in het strafproces, nr. 30 143. De Eerste Kamer heeft op 23 september 2008 de behandeling van het wetsvoorstel geschorst in afwachting van nadere berichten van de Minister van Justitie.

Een dergelijke tegemoetkoming aan het slachtoffer zou in ieder geval in onze ogen nadere studie verdienen.⁹⁸

Een geheel andere vraag is of de positieve verplichtingen voortvloeiend uit de in art. 9 EVRM neergelegde vrijheid van godsdienst, in het kader van een onderzoek naar bijvoorbeeld overtreding van art. 137d of 137e Sr kunnen verplichten tot de inbeslagneming van een publicatie waarin de aanhangers van een bepaalde godsdienst ernstig zouden kunnen worden gekwetst. Uit het EHRM-arrest *Otto Preminger*⁹⁹ blijkt dat art. 9 EVRM onder omstandigheden tot inbeslagneming *legitimeert*.¹⁰⁰ Tirolse autoriteiten hadden de film *Das Liebeskonzil* in beslag genomen die kwetsend zou zijn voor het rooms-katholieke deel van de bevolking van Tirol (87% van de totale Tirolse bevolking). Het Europese Hof overwoog dat 'In seizing the film, the Austrian authorities acted to ensure religious peace in that region and to prevent that some people should feel the object of attacks on their religious beliefs in an unwarranted and offensive manner. It is in the first place for the national authorities, who are better placed than the international judge, to assess the need for such a measure in the light of the situation obtaining locally at a given time. In all the circumstances of the present case, the Court does not consider that the Austrian authorities can be regarded as having overstepped their margin of appreciation in this respect'. Het Hof kwam tot het oordeel dat de inbreuk op art. 10 EVRM – gemaakt om de vrijheden van art. 9 te beschermen – voldeed aan het bepaalde in art 10 lid 2.

De staat heeft dus een ruime 'margin of appreciation', waardoor van een *verplichting* tot inbeslagneming niet snel kan worden gesproken. Het Hof merkt echter wel op dat de 'margin of appreciation' niet onbeperkt is: 'It goes hand in hand with Convention supervision, the scope of which will vary according to the circumstances. In cases such as the present one, where there has been an interference with the exercise of the freedoms guaranteed in paragraph 1 of Article 10, the supervision must be strict because of the importance of the freedoms in question'. Lawson stelt in dit verband dat de staat aan-

⁹⁸ Het door ons ingenomen standpunt gaat niet zo ver dat inbeslagneming steeds louter en alleen ten behoeve van het slachtoffer mogelijk moet worden geacht; uit een dergelijke mogelijkheid zou een te zware werklast voor politie en justitie voortvloeien (vgl. HR 6 april 1936, *NJ* 1936, 813, m.nt. W.P.).

⁹⁹ EHRM 20 september 1994, *Otto Preminger-Institut v. Austria*, Appl. no. 13470/87, *NJ* 1995, 366, m.nt. EJD.

¹⁰⁰ Uiteraard voorondersteld dat de wetgeving van de staat voorziet in een strafvorderlijke bevoegdheid tot inbeslagneming.

sprakelijkheid op het nippertje heeft afgewend doordat de autoriteiten ingrepen en de film in beslag namen.¹⁰¹

Wij volstaan hier met een signalering van deze rechtspraak -die veel kritiek heeft uitgelokt, maar die lijkt te passen in de bredere lijn van de jurisprudentie van het EHRM¹⁰² - en met de vaststelling dat de ruimte die het Europese Hof aan de verschillende staten laat dwingt tot afwegingen op nationaal niveau. Daarbij zal uiteraard, binnen de ruimte die de 'margin of appreciation' biedt, aandacht moeten zijn voor de vraag of ingrijpen door middel van bijvoorbeeld inbeslagneming van films of boeken die een inbreuk maken op 'the respect for the religious feelings of believers as guaranteed in Article 9'¹⁰³ in het concrete geval verstandig is.

¹⁰¹ R.A. Lawson, 'Positieve verplichtingen onder het EVRM', deel II, *NJCM-bull.* 1995, afl. 6, p. 736.

¹⁰² Aldus Lawson in 'WILD, WILDER, WILDST. Over de ruimte die het EVRM laat voor de vervolging van kwetsende politici', *NJCM-bull.* 2008, afl. 4, p. 474; in vergelijkbare zin ook Carolyn Evans, *Freedom of religion under the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press 2001, met name p. 69 e.v.

¹⁰³ EHRM 20 september 1994, *Otto Preminger-Institut v. Austria*, Appl. no. 13470/87, *NJ* 1995, 366, m.nt. EJD, par. 47.

Vervolging

Volgens het Europese Hof moet een behoorlijk strafrechtelijk onderzoek, wil het effectief zijn, worden gevolgd door doeltreffende vervolging en bestraffing. Hieruit hebben Simonis en De Wijkerslooth¹⁰⁴ afgeleid dat de op de staat rustende positieve verplichtingen, die voortvloeien uit het Verdrag, het vervolgingsbeleid niet ongemoeid kunnen laten. Verplicht immers het Verdrag de staat tot strafrechtelijk optreden tegen schending van een grondrecht, dan betekent dat in beginsel dat er voor het openbaar ministerie geen ruimte lijkt te zijn van vervolging af te zien op gronden aan het algemeen belang ontleend. Kiest het openbaar ministerie er in een dergelijk geval voor niet te vervolgen, dan zal het moeten kunnen uitleggen waarom het belang van degene die in concreto een beroep toekomt op bijvoorbeeld het recht op leven, moet worden achtergesteld bij het belang van de samenleving om in dit concrete geval niet tot vervolging ter effectuering van het geschonden grondrecht over te gaan.¹⁰⁵

Simonis en De Wijkerslooth stellen verder dat uit het Verdrag voortvloeit¹⁰⁶ dat in geval van schending van het recht op leven (art. 2 EVRM) de nabestaanden op de hoogte moeten worden gesteld van de beslissing tot niet-vervolgen. Dat biedt hen de gelegenheid bezwaar te maken tegen die beslissing, dus om een klacht in te dienen ex art. 12 Sv.

Zoals het openbaar ministerie bij de vervolgingsbeslissing¹⁰⁷ zal ook de rechter die wordt geroepen te oordelen over een klacht wegens niet-vervolgen van een strafbaar feit, zich rekenschap dienen te geven van de positieve verplichtingen die fundamentele rechten op de staat leggen. Het Verdrag kan zo zijn invloed doen gelden op de uitkomst van de procedure. Voor de wijze van behandeling en beslissing lijkt dat niet te gelden. In de

¹⁰⁴ J. Simonis en J.L. de Wijkerslooth, 'Het EVRM en het recht op strafrechtelijke handhaving', in *Via Straatsburg, Liber Amicorum Egbert Myjer*, Nijmegen: WLP 2004, p. 15-44.

¹⁰⁵ In EHRM 12 februari 2004, *Perez v. France*, Appl. No. 47287, NJ 2005, 12, par. 70 wees het Europese Hof erop dat het EVRM geen recht op strafvervolging van een ander bevat.

¹⁰⁶ Zij verwijzen (o.c., p. 26) naar EHRM 4 mei 2001, *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, Appl. no. 24746/94, par. 109 en een aanbeveling van het Comité van Ministers (Recommendation Rev (2000)19 'on the Role of Public Prosecution in the Criminal Justice System').

¹⁰⁷ Ook een te enge interpretatie van een strafbepaling kan tot schending van een fundamenteel recht leiden; vgl. EHRM 4 december 2003, *M.C. v. Bulgaria*, EHRC 2004, 6, m.nt. Mols. Zie uitgebreider hierna *Uitleg van de strafwet*.

zaak van Ramsahai¹⁰⁸ waarin een nabestaande van een bij aanhouding door politieko-gels om het leven gekomen verdachte had geklaagd over een beslissing tot niet-vervolgen, eiste het Straatsburgse Hof niet dat het horen van klager en beklagde in het openbaar plaatsvond. Hier ging het belang van de beklagde boven dat van een openbare behandeling van de zaak: iemand die naar het oordeel van het openbaar ministerie niet voor de strafrechter behoorde te worden gebracht en waarschijnlijk niet diende te worden vervolgd, behoorde de onaangenaamheden verbonden aan een openbare be-handeling bespaard te blijven. Ook de beslissing op de klacht behoefde niet in het openbaar te worden uitgesproken.

Mols¹⁰⁹ stelt de aardige vraag aan de orde of het openbaar ministerie nog zou kunnen vervolgen wanneer het Hof een verzoek tot vervolging heeft afgewezen maar het Euro-pese Hof vervolgens oordeelt dat het achterwege blijven van die vervolging heeft geleid tot schending van een van de fundamentele verdragsrechten. Hij meent dat dit mogelijk zou zijn. Maar hij wijst er wel op dat dit anders zou kunnen zijn indien een kennisgeving van niet verdere vervolging vooraf is gegaan. Een beslissing van het Straatsburgse Hof wordt in art. 255 Sv immers niet genoemd als nieuw bezwaar. Hoewel een wettelijke voorziening hier voor de hand zou liggen, menen wij dat het ontbreken van een dergelij-ke voorziening niet aan vervolging in de weg kan staan. Een ieder verbindende bepa-lingen van een verdrag zoals de in het EVRM neergelegde vrijheidsrechten¹¹⁰ gaan im-mers boven de wet (art. 94 Gr.W.).

Een heel andere vraag is of een uit de fundamentele rechten voortvloeiende plicht tot daadwerkelijke strafrechtelijke handhaving ook een minimaal ophelderingspercentage vordert. Rogers wijst erop dat een burger moeilijk rechtstreeks kan klagen over een te laag ophelderingspercentage.¹¹¹ Maar een laag ophelderingspercentage kan uiteraard wel twijfel wekken aan de effectiviteit van de door een staat ter verwezenlijking van een fundamenteel recht getroffen strafbaarstelling en zo dienen ter onderbouwing van een

¹⁰⁸ EHRM 15 mei 2007, *Ramsahai and others v. the Netherlands*, Appl. no. 52391/99, NJ 2007, 618, m. nt. T.M. Schalken. In EHRM 3 maart 2005, *Romijn v. the Netherlands*, Appl. no. 62006/00 werd een op art. 2 EVRM gebaseerde klacht over niet-vervolgen afgewezen.

¹⁰⁹ Noot bij EHRM 4 december 2003, *M.C. v. Bulgaria*, EHRC 2004, 6.

¹¹⁰ *De Grondwet*, onder redactie van A.K. Koekoek, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, derde druk, p. 467.

¹¹¹ Jonathan Rogers, 'Applying the doctrine of positive obligations in the European Con-vention of Human Rights to Domestic Substantive Criminal Law in Domestic Proceed-ings', *Criminal Law Review* 2003, p. 704. Op p. 693 vestigt hij er de aandacht op dat de Commissie in EHRM 23 september 1998, *A. v. the United Kingdom*, NJ 1999, 532, *NJCM-bull.* 1999, nr. 3, p. 369 e.v., m.nt. C.J. Forder in dit verband betekenis toekende aan het geringe aantal jaarlijkse veroordelingen.

klacht wegens schending van mensenrechten. Ook hier laat het Verdrag dus zijn invloed voelen.

Uitleg van de strafwet

De impliciet positieve verplichtingen die voortvloeien uit de klassieke grondrechten genoemd in het EVRM hebben rechtstreekse gevolgen voor het Nederlandse materiële strafrecht. In de literatuur van eigen bodem gaat verhoudingsgewijs weinig aandacht uit naar de invloed van het EVRM op het materiële strafrecht; verreweg de meeste geschriften hebben de invloed op het strafprocesrecht tot onderwerp.

In enkele publicaties¹¹² worden de materieelrechtelijke consequenties¹¹³ beschreven van de 'positive obligations'. Daarin worden klassiekers op dit gebied genoemd als het arrest X en Y tegen Nederland, waarin een leemte op het gebied van het klachtrecht werd blootgelegd in een geval van ontuchtige handelingen met een jeugdige verstandelijk gehandicapte.¹¹⁴ Aandacht is er in de literatuur ook voor het feit dat de positieve verplichtingen argumenten kunnen leveren voor het creëren van nieuwe strafbaarstellingen, zoals bijvoorbeeld destijds de stalking in art. 285 b Sr. Maar er is meer. Het EVRM zet ook aan tot het zorgvuldig formuleren van strafbepalingen, tot een weloverwogen keus van de bestanddelen die deel uitmaken van de delictomschrijving. Er moet immers sprake zijn van een effectief handhavingssysteem. Alleen de theoretische mogelijkheid om strafrechtelijk op te treden wanneer een inbreuk op het recht op leven is gemaakt of wanneer het verbod van 'ill-treatment' is geschonden is niet toereikend¹¹⁵, de strafbepaling moet ook praktisch en 'handhaafbaar' zijn. Het Europese Hof overwoog in een zaak die draaide om de grens tussen 'ill-treatment' en de ouderlijke tuchtiging, dat een strafbepaling onvoldoende afschrikwekkende werking heeft wanneer de kans op vrijspraak te groot is omdat een bestanddeel nauwelijks bewijsbaar is; van een effectieve bescherming van de rechten van art. 3 EVRM is dan geen sprake.¹¹⁶

De positieve verplichtingen hebben in onze visie evenwel ook gevolgen voor de activiteit van de *rechter*. Hij zal zich stelselmatig moeten afvragen of de positieve verplichtingen

¹¹² W.J.M. Davids, 'De Europeanisering van het strafrecht (invloed van het EVRM)', in G.J.M. Corstens, W.J.M. Davids en M.I. Veldt-Foglia (red.), *Europeanisering van het Nederlands Recht* (Haak-bundel), Kluwer: Deventer 2004, p. 294 e.v.; J. de Hullu, *Materieel Strafrecht*, derde druk, Deventer: Kluwer 2006, p. 43 e.v. en p. 94 e.v.; Corstens & Pradel, 2003, p. 291 e.v.

¹¹³ In dit verband moeten ook de annotaties van N. Keijzer worden genoemd, onder meer bij HR 4 april 2006, *NJ* 2006, 398 en de noot van D.H. de Jong bij HR 19 april 2005, *NJ* 2007, 386.

¹¹⁴ EHRM 26 maart 1985, *NJ* 1985, 525, *X. and Y. v. the Netherlands*, m.nt. EAA.

¹¹⁵ EHRM 17 januari 2008, *Dodov v. Bulgaria*, Appl. no. 59548/00.

¹¹⁶ EHRM 23 september 1998, *A. v. the United Kingdom*, *NJ* 1999, 532, *NJCM-bull.* 1999, afl. 3, p. 369 e.v., m.nt. C.J. Forder.

moeten leiden tot een andere interpretatie van bestaande strafbepalingen, vanuit het perspectief van het slachtoffer van ernstige schendingen van met name de artikelen 2, 3, 4 en 8, maar ook van art. 14 EVRM¹¹⁷.

In dit verband is een zaak van het Europese Hof van belang, waarin werd geklaagd over schending van de artikelen 3, 8 en 13 van het EVRM omdat strafrechtelijke vervolging achterwege bleef van de jongen die een veertienjarig meisje zou hebben verkracht.

Daarmee zou de Bulgaarse overheid hebben gefaald in het bieden van een effectieve bescherming tegen de inbreuk op grondrechten. De vervolging werd niet ingesteld onder meer omdat er geen bewijs zou zijn dat het meisje zich fysiek zou hebben verzet tegen de seksuele daden van de jongen, naar Bulgaars recht nodig voor een veroordeling voor verkrachting. Het hof overweegt dat art. 3 en art 8 van het EVRM de strafbaarstelling en effectieve vervolging eist van iedere seksuele daad waarmee niet is ingestemd, ook in die gevallen waarin fysiek verzet ontbreekt, en dat door de Bulgaarse autoriteiten in dit verband te weinig gewicht is toegekend aan de kwetsbaarheid van jonge personen en de psychologische factoren die een rol spelen bij de verkrachting van een minderjarige.

Vastgesteld wordt dat de Bulgaarse overheid in dit opzicht niet aan zijn positieve verplichtingen heeft voldaan. Ook voor Nederland heeft deze uitspraak consequenties; enkele daarvan –met name de gevolgen voor de uitleg van het delictsbestanddeel ‘opzet’- zijn in de literatuur reeds belicht.¹¹⁸ Wij willen daaraan toevoegen dat de wijze waarop door de rechter invulling wordt gegeven aan de bestanddelen van art. 242 Sr, in het bijzonder aan ‘geweld of een andere feitelijkheid’ dan wel aan bedreiging daarmee bepalend zal zijn voor het antwoord op de vraag of Nederland aan zijn positieve verplichtingen in deze voldoet. Jeugdige leeftijd¹¹⁹ of kwetsbaarheid anderszins zal daarbij in de beschouwingen moeten worden betrokken.

Bij zedendelicten waarin ‘wetende dat’ als subjectief bestanddeel is opgenomen kunnen de positieve verplichtingen er in onze visie toe leiden dat dit begrip moet worden uitgelegd vanuit de bescherming die de grondrechten bieden. Dit kan betekenen dat onder ‘wetende dat’ het voorwaardelijk opzet moet worden begrepen, zoals in HR 3 december 2002, NJ 2004, 353, m.nt. D.H. de Jong. In deze context is het recente Bouwfraude-

¹¹⁷ Zie hierover ook N. Rozemond, ‘De rechtsvindingsleemte in het strafrecht’, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 2008, p. 13 e.v.

¹¹⁸ R.B.S. Kool, ‘Veranderde zeden’, *DD* 2004, 70, p. 912 e.v.

¹¹⁹ In gevallen waarin het slachtoffer de leeftijd van zestien jaar heeft bereikt; ingeval van seksueel binnendringen bij een jonger slachtoffer is in ons land immers geen (bedreiging) met geweld etc. vereist.

arrest¹²⁰ van de Hoge Raad van belang waarin - in navolging van de opvattingen van Brouns en De Hullu- is vooropgesteld dat 'wetende dat' in principe het voorwaardelijk opzet omvat. In principe, want voor uitzonderingen blijft de deur op een kier staan. Naar ons oordeel brengen de positieve verplichtingen in voorkomende gevallen mee dat het oordeel dat 'wetende dat' in een bijzonder geval toch geen voorwaardelijk opzet omvat grondig zal moeten worden gemotiveerd.

Maar ook bij andere delicten dan zedendelicten kunnen de positieve verplichtingen in geval van ernstige schendingen van grondrechten¹²¹ de uitleg van delictsbestanddelen beïnvloeden (wij denken bijvoorbeeld aan de interpretatie van art. 273f Sr, dat mensenhandel strafbaar stelt.¹²²) Ook kunnen de positieve verplichtingen meebrengen dat de rechter één en hetzelfde begrip -bijvoorbeeld 'opzet'- op verschillende wijzen interpreteert al naar gelang de strekking van de delictsomschrijving, tegen de achtergrond van de bescherming die de grondrechten bieden en van de veranderende maatschappelijke omstandigheden. Het belang van de verdachte bij een restrictieve interpretatie van de delictsomschrijving behoort in die gevallen niet de allesoverheersende factor te zijn.¹²³ Binnen de grenzen van het legaliteitsbeginsel moeten belangen van het slachtoffer worden betrokken in de afweging die ten grondslag ligt aan de interpretatie van delictsbestanddelen.¹²⁴ Een uitleg van delictsbestanddelen waarin rekening wordt gehouden met positieve verplichtingen kan tegenwoordig toch moeilijk worden betiteld als niet 'foreseeable'. Tegen dit standpunt kan worden ingebracht dat de rechter zich in deze dient te beperken tot, kort samengevat, de belangen van de verdachte en dat de wetgever tot wetswijziging kan besluiten wanneer hij van oordeel is dat de positieve verplichtingen dwingen tot een anders vormgegeven strafbepaling. Daarmee wordt naar ons oordeel echter miskend dat het ook de rechter is, die moet zorgen voor verwezenlijking van de positieve verplichtingen die rusten op de Nederlandse overheid.

¹²⁰ HR 30 mei 2008, *LJN BC8673*, *NJ* 2008, 318..

¹²¹ Het EHRM spreekt in dit verband van 'significant flaws' (EHRM 4 december 2003, *M.C. v. Bulgaria*, *EHRC* 2004, 6, m.nt. Mols).

¹²² Zie voor de invloed in dit verband van de positieve verplichtingen voortvloeiend uit art. 4 EVRM: Dien Korvinus, Dagmar Koster en Heleen de Jonge van Ellemeet, 'Mensenhandel: de achtergronden en omtrekken van het begrip uitbuiting in art. 273a Sr.', *Trema*, 2006, p. 286-290.

¹²³ In deze zin begrijpen wij ook Rozemond, o.c.; anders A.A. van Dijk, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen* (dissertatie Groningen 2008), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu-Uitgevers nv 2008, met name p. 335 e.v.

¹²⁴ Het lijkt ons onvermijdelijk dat het legaliteitsbeginsel dat is neergelegd in onder meer art. 1 lid 1 Sr en art. 7 EVRM wordt uitgelegd in het licht van de rechtspraak van het EHRM betreffende art. 7 EVRM. Zie in dit verband ook de noot van N. Keijzer bij HR 4 april 2006, *NJ* 2006, 398.

Wij delen dan ook niet de kritiek van de annotatoren van het Mensenroof-arrest in de Nederlandse jurisprudentie¹²⁵ op de in dit arrest gegeven uitleg van de delictsbestanddelen van art. 278 Sr in een geval waarin een kind van één jaar vanuit Brazilië naar Nederland werd gevoerd met het oogmerk om het buiten de officiële adoptieprocedure om in handen te stellen van een Nederlands echtpaar. In dit geval waarin het ging om een jong en kwetsbaar kind voldoet de rechter met een dergelijke uitleg aan de opdracht van het EVRM tot bescherming tegen ernstige inbreuken op het familie- en privé-leven van het kind (art. 8 EVRM), alsmede tot bescherming van het kind tegen 'ill-treatment' (art. 3 EVRM). Dit neemt niet weg dat een verwijzing in het arrest naar de invloed van de positieve verplichtingen op de uitleg van de verschillende delictsbestanddelen en de betekenis van het legaliteitsbeginsel in deze context mogelijkwerwijs deels de kritiek op dit arrest had kunnen ondervangen.

Al met al kunnen wij concluderen dat de rechter in de dagelijkse praktijk een belangrijke rol toekomt bij het verwezenlijken van de impliciete positieve verplichtingen. Met een knipoog naar het EG-recht kan worden gesteld dat de rechter tegen de achtergrond van de impliciete positieve verplichtingen moet komen tot een Verdragsconforme uitleg van delictsbestanddelen. De verantwoordelijkheid van de rechter eindigt pas daar waar hij tot het oordeel komt dat binnen de grenzen van het legaliteitsbeginsel geen interpretatie van de strafbepaling mogelijk is die recht doet aan de bescherming van de grondrechten.¹²⁶ Dan is het woord noodzakelijkerwijs aan de wetgever.

¹²⁵ HR 20 november 2001, *NJ* 2003, 632, m.nt. P.M. en R. de Lange. Eveneens kritisch over het arrest: M.M. Dolman, 'Actus regit locum? Over legaliteit, rechtsmacht en 'prospectieve overruling'', rubriek Rechtspraak, *DD* 2004, 15, p. 231 e.v. Verdedigbaar is het arrest in de ogen van M.J. Borgers, 'De grenzen van het Rijk in Europa en de grenzen van de interpretatievrijheid van de strafrechter', *DD* 2004, 44, p. 590 e.v.

¹²⁶ In deze zin ook Wilhelmina Thomassen, *Fundamentele waarden in het recht*, (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 12: 'In dat verband (van de art. 93 en 94 Gr.W., 32 en 46 EVRM, *schr.*) heeft het EVRM de taken en verantwoordelijkheden van de Nederlandse rechter radicaal veranderd. (...) De inhoud van bepalingen op verschillende rechtsterreinen (...) wordt niet meer alleen bepaald door specifieke wetten, maar ook door het EVRM. (...) De nationale rechter heeft dus een belangrijke rol gekregen bij de harmonisering van nationaal en internationaal recht.' Zie ook de rede van de president van het EHRM, Jean-Paul Costa, ter gelegenheid van zijn bezoek aan Nederland (*NJCM-bull.* 2008, nr. 5, p. 724): 'The judicial protection of human rights in Europe is a joint endeavour for the national and the European judge. Each has his or her role and responsibility to ensure that Convention rights are respected in practice.'

Straffen

Zoals hiervoor reeds aan de orde is gekomen slaat het Europese Hof In het licht van de eis dat de bescherming van fundamentele rechten ‘effective criminal law provisions’¹²⁷ vraagt ook acht op de hoogte van de opgelegde straf. Is deze extreem licht in verhouding tot de gepleegde feiten dan kan dit bijdragen aan het oordeel dat strafbaarstelling en berechting uit een oogpunt van bescherming van grondrechten te weinig voorstellen.¹²⁸ De vraag rijst of hiervan in Nederlandse verhoudingen ooit sprake zal zijn. Helemaal uit te sluiten valt dit niet.¹²⁹ We herinneren aan de discussie die ontstond toen het televisieprogramma Zembla¹³⁰ er de aandacht op vestigde dat ook voor verkrachting en aanranding wel een taakstraf werd opgelegd.¹³¹ Inmiddels heeft de Minister van Justitie naar aanleiding van een onderzoek naar de verhouding tussen de ernst van het delict en de oplegging van taakstraffen aangekondigd maatregelen te willen nemen tegen de oplegging van taakstraffen bij ernstige gewelds- en zedenmisdrijven.¹³² Een en ander brengt mee dat een rechter er in elk geval goed aan doet ook specifiek te motiveren waarom een op het oog uitgesproken lichte straf wordt opgelegd. Daarin kan hij tot uitdrukking brengen dat en waarom de straf in de omstandigheden van het concrete geval niet afdoet aan de vereiste afschrikkende werking van een strafbepaling die een uitwerking vormt van een in het verdrag verwoord fundamenteel recht en waarom in het berechte geval de belangen van de verdachte –bijvoorbeeld wanneer deze minderjarig is– moeten prevaleren.

¹²⁷ EHRM 20 december 2007, *Nikolova and Velichkova v. Bulgaria*, EHRC, m.nt. J. van der Velde, par. 61. In EHRM 27 september 1995, *McCann v. the United Kingdom*, Appl. no. 18984/91 wordt overwogen dat art. 2 EVRM zo dient te worden uitgelegd en toegepast dat ‘its safeguards are practical and effective’. Zie ook EHRM 23 september 1998, *A. v. the United Kingdom*, NJ 1999, 532 waarin een ‘adequate protection’ wordt gevraagd, en EHRM 31 mei 2007, *Kontrová v. Slovakia*, EHRC 2007, 85, waarin wordt gesproken van de plicht ‘to secure the practical and effective protection’ van de in art. 2 EVRM opgesloten liggende rechten en vrijheden.

¹²⁸ EHRM 20 december 2007, *Nikolova and Velichkova v. Bulgaria*, EHRC 2008, 35, m.nt. J. van der Velde, par. 63. Zie ook EHRM 11 september 2007, *Teren Aksalal v. Turkey*, EHRC 2007, 130, m.nt. Van der Velde over het ongestraft laten van inbreuken op art. 2 en 3 EVRM door overheidsdienaren.

¹²⁹ Terzijde wijzen we hier op de verplichting van EG-recht straffen op te leggen die doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn; zie daarover Zie Geert Corstens & Jean Pradel, o.c., p. 486.

¹³⁰ Uitzending van 14 oktober 2007.

¹³¹ O.a. *NRC Handelsblad* 16 oktober 2007.

¹³² Brief van 26 juni 2008 aan de Tweede Kamer naar aanleiding van een gezamenlijk rapport van de Raad voor de rechtspraak en het College van procureurs-generaal Moord, doodslag, taakstraf? Een Zembla-uitzending nader bekeken, te vinden op www.justitie.nl.

Niet uit het oog mag worden verloren dat – in spiegelbeeld - juist ook een hoge straf kan meebrengen dat een grondrecht wordt geschonden. Wij denken hier aan gevallen waarin schending van het recht op vrije meningsuiting (art. 10 EVRM) mede besloten lag in een straf die zo hoog was dat verwacht mocht worden dat voortaan een journalist niet meer het risico zou willen lopen deel te nemen aan het voor een democratie onmisbare publieke debat over zaken van algemeen belang.¹³³

¹³³ O.a. EHRM 10 december 2007, *Stoll v. Switzerland*, Appl. no. 69698/01, *NJ* 2008, 236, m.nt. E.J. Dommering, par. 153, 154. Hier (par. 157) was de opgelegde straf zo laag dat deze geen aanleiding gaf voor de vrees dat een journalist het risico op bestrafing niet meer zou durven nemen. In het EG-recht kennen we de regel dat een strafstelsel niet tot gevolg mag hebben dat de door het EG-Verdrag verleende vrijheden in het gedrang komen: Corstens & Pradel, o.c., p. 484.

Onrechtmatig verkregen bewijs

De eis van een effectief strafrecht, zoals het Europese Hof deze stelt ter handhaving van fundamentele rechten, brengt ons ook bij de gevolgen die worden verbonden aan het onrechtmatig verkregen zijn van bewijs. Art. 359a Sv¹³⁴ geeft de rechter – naast het achterwege laten van enig gevolg – drie mogelijkheden: verlaging van de straf, uitsluiting voor het bewijs van het onrechtmatig verkregene, en niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in de vervolging. Het behoeft geen betoog dat met name bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkheid in de vervolging wezenlijk afdoen aan effectieve strafrechtelijke handhaving van sommige grondrechten. Te denken valt aan een geval waarin de strafbaarheid van bezit van kinderpornografie, een uitwerking van het in art. 8 lid 1 EVRM voorgeschreven respect voor iemands privé-leven, niet kan worden verwezenlijkt omdat het kinderpornografische materiaal is verkregen doordat bij de doorzoeking wezenlijke bepalingen, geschreven ter bescherming van het huisrecht, zijn geschonden en het gevonden materiaal daarom niet voor het bewijs zou kunnen worden gebruikt.

Maar anderzijds kan ook het negeren van het onrechtmatig verkregen zijn van bewijs op gespannen voet staan met de handhaving van fundamentele rechten. Het Europese Hof heeft er immers herhaaldelijk op gewezen dat schending van grondrechten bij opsporing en vervolging niet zonder gevolgen mag blijven omdat anders het gevaar bestaat dat het opsporingsapparaat zich aan voorschriften geformuleerd ter bescherming van grondrechten niets meer gelegen laat liggen.¹³⁵ In ons voorbeeld zou dat betekenen dat de in art. 8 lid 1 EVRM voorgeschreven bescherming van het huisrecht niet tot zijn recht zou komen doordat geen gevolgen worden verbonden aan het gegeven dat de politie de woning van de verdachte heeft doorzocht zonder daartoe bevoegd te zijn.

Art. 359a Sv laat de rechter niet geheel vrij in de keuze welke gevolgen aan het onrechtmatig verkregen zijn van het bewijs moeten worden verbonden. De wetgever heeft een duidelijke voorkeur voor herstel van verzuimde vormen (art. 359a lid 1 Sv). Is dat

¹³⁴ Zie voor een bespreking van de rechtspraak op onrechtmatig verkregen bewijs A.M. van Woensel, 'Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal. Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland', november 2003, *DD* 2004, 10, p. 119-171. Zie voor de ontwikkeling van het leerstuk van het onrechtmatig verkregen bewijs in de Verenigde Staten R. Kuijper, *De strafrechter en het vormverzuim: inspirerende rechtspraak van het Amerikaanse Hooggerichtshof*, rechtstreeks 2008-2 (uitgave van de Raad voor de rechtspraak).

¹³⁵ O.a. EHRM 28 oktober 1998, *Assenov v. Bulgaria*, 90/1997/874/1086, par. 102, EHRM 11 april 2000, *Sevtap Veznedaroglu v. Turkey*, EHRC 2000, 48, m.nt. H. van der Wilt, par. 10, EHRM 20 december 2007, *Nikolova and Velichkova v. Bulgaria*, EHRC 2008, 35, m.nt. J. van der Velde, par. 55, ten aanzien van inbreuken op art. 2 en 3 EVRM.

niet mogelijk – in ons voorbeeld kan in de bevoegdheid van de politie tot doorzoeking niet achteraf worden voorzien - dan kan de rechter kiezen uit strafvermindering ter compensatie van het geleden nadeel of bewijsuitsluiting. De Hoge Raad¹³⁶ heeft aangegeven dat de rechter van deze mogelijkheden niet steeds gebruik hoeft te maken. Hij kan onder omstandigheden volstaan met de constatering dat er een vorm is verzuimd zonder daar verder gevolgen aan te verbinden. Meent de rechter dat hij niet louter kan volstaan met het constateren van het vormverzuim dan dient hij eerst na te gaan of kan worden volstaan met strafvermindering. Daarvoor is alleen plaats als de verdachte daadwerkelijk nadeel¹³⁷ heeft ondervonden van verzuim van het voorschrift, dit nadeel door dit verzuim is veroorzaakt en het nadeel geschikt is voor compensatie door strafvermindering.

Voorts dient de strafvermindering ook in het licht van het belang van het geschonden voorschrift en de ernst van het verzuim gerechtvaardigd te zijn. In ons voorbeeld lijkt op het eerste gezicht wel aan deze eisen te zijn voldaan. Onbevoegd doorzoeken van een woning maakt een regelrechte inbreuk op het huisrecht van de burger wiens 'home' immers zijn 'castle' is.

Pas wanneer een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden kan de rechter toekomen aan bewijsuitsluiting.¹³⁸ Ook daarvan zou in ons voorbeeld sprake kunnen zijn.

Het Europese Hof¹³⁹ laat de staten in beginsel¹⁴⁰ vrij in de gevolgen die zij aan onrechtmatige verkrijging van bewijsmateriaal verbinden¹⁴¹, ook in geval het gaat om voorschriften die zijn geschreven ter verwezenlijking van in het Verdrag opgenomen fundamentele rechten.¹⁴² Uit verdragsrechtelijk gezichtspunt zijn genoemde door de wetgever voor onrechtmatig verkregen bewijs getroffen voorzieningen dus niet noodzakelijk. Dat wordt

¹³⁶ HR 30 maart 2004, *LJN AM2533*, *NJ* 2004, 376 m.nt. YB.

¹³⁷ Bij undue delay wordt de eis van nadeel niet gesteld, hoewel de overschrijding van de redelijke termijn heel wel in het vooronderzoek kan zijn gelegen en art. 359a Sv dus wel van toepassing zou kunnen zijn. Of is overschrijding van de redelijke termijn niet een verzuim van vormen als bedoeld in dat artikel ?

¹³⁸ Hebben binnentredende verbalisanten mogen aannemen dat van een woning geen sprake was, dan is, ook al zijn zij naar binnen gegaan zonder toestemming en niet voorzien van een last tot binnentreden, in beginsel voor bewijsuitsluiting geen plaats: HR 19 juni 2001, *NJ* 2001, 574. Zie over de 'good faith'-exceptie R. Kuijper, o.c., p. 29 e.v.

¹³⁹ O.a. EHRM 12 juli 1998, *Schenk v. Switzerland*, *NJ* 1988, 851, m.nt. EAA, HR 12 mei 2000, *Khan v. the United Kingdom*, *NJ* 2002, 180, m.nt. Sch.

¹⁴⁰ Zie EHRM 11 juli 2006, *Jalloh v. Germany*, Appl. No. 54810/00, *NJ* 2007, 226, m.nt. T.M. Schalken ten aanzien van een inbreuk op art. 3 EVRM.

¹⁴¹ Zie voor een bespreking van de rechtspraak van het Europese Hof Van Woensel, o.c., p. 140-146.

¹⁴² EHRM 11 juli 2006, *Jalloh v. Germany*, Appl. No. 54810/00, *NJ* 2007, 226, m.nt. T.M. Schalken ten aanzien van een inbreuk op art. 3 EVRM.

pas anders wanneer fundamentele rechten zo ernstig zijn geschonden, dat de verdachte daardoor geen eerlijk proces (art. 6 lid 1 EVRM) meer kan krijgen.¹⁴³ Een opmerkelijk voorbeeld daarvan biedt de zaak Jalloh tegen Duitsland¹⁴⁴, waarin een verdachte van bolletjesslikken door agenten werd vastgehouden terwijl een arts een maagsonde inbracht en daarmee een braakmiddel in verdachtes maag liet vloeien om bewijs van het bolletjesslikken te verkrijgen. Bij deze rechtspraak sluit aan het bepaalde in art. 359a Sv (eerste lid onder c), dat het openbaar ministerie niet-ontvankelijk is in de vervolging indien door het verzuim geen sprake kan zijn van een behandeling van de zaak die aan de beginselen van een behoorlijke procesorde voldoet. Deze laatste voorziening kan dus niet worden gemist.

Hiervoor hebben we al even aangestipt dat het uitsluiten voor het bewijs van materiaal dat is verkregen door schending van voor het verkrijgen van bewijs geschreven voorschriften kan afdoen aan de effectiviteit van de strafrechtelijke handhaving van strafbepalingen die zijn geschreven ter verwezenlijking van enkele belangrijke fundamentele rechten. Uitsluiting van dat materiaal voor bewijs kan dus meebrengen dat de staat niet voldoet aan zijn verdragsverplichting tot verzekering van die fundamentele rechten.¹⁴⁵ In zoverre staat de wettelijke regeling die in bewijsuitsluiting voorziet op gespannen voet met die verplichting, zeker wanneer in aanmerking wordt genomen dat het Verdrag niet verplicht tot uitsluiting van bewijs dat onrechtmatig is verkregen. In mindere mate zal dat ook gelden voor strafvermindering wegens onrechtmatige bewijsverkrijging.

¹⁴³ O.a. EHRM 12 juli 1998, *Schenk v. Switzerland*, NJ 1988, 851, m.nt. EAA, EHRM 12 mei 2000, *Khan v. the United Kingdom*, NJ 2002, 180, m.nt. Sch, EHRM 28 juni 2007, *Harutyunyan v. Armenia*, EHRC 2007, 96. Zie hierover voorts Van Woensel, o.c., p. 144-146 en daar genoemde literatuur, Baayens-van Geloven in M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvervolgung 2001*, Deventer: Kluwer 2004, p. 350 en R. Kuijper, 'Een afgewogen toepassing van bewijsuitsluiting', in *WB der Nederlanden; 25 jaar wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p.145- 157, in het bijzonder p. 152, 153.

¹⁴⁴ EHRM 11 juli 2006, *Jalloh v. Germany*, Appl. No. 54810/00, NJ 2007, 226, m.nt. T.M. Schalken. Zie voor een ander voorbeeld EHRM 28 juni 2007, *Harutyunyan v. Armenia*, EHRC 2007, 96, waarin getuigen door agenten waren mishandeld en gemarteld om dezen te brengen tot verklaringen die belastend waren voor de militair die ervan werd verdacht één van zijn kameraden te hebben doodgeschoten, alsmede EHRM 30 juni 2008, *Gäfgen v. Germany*, Appl.no. 22978/05, EHRC 2008, 99, m.nt. J. van der Velde.

¹⁴⁵ Een klacht daarover zal Straatsburg niet spoedig bereiken; deze moet immers worden ingediend door een slachtoffer van het strafbare feit, terwijl van het slagen van een dergelijke klacht na een vrijspraak in criminalibus geen strafrechtelijk vervolg valt te verwachten en ook de weg naar de civiele rechter met voetangels en (bewijs)klemmen bezaaid zal zijn.

Het is hier ook de plaats aandacht te besteden aan de slachtoffers van delicten en – eventueel – hun nabestaanden.¹⁴⁶ De vraag is immers of en in hoeverre hun belangen bij veroordeling en rechtvaardige bestraffing van de verdachte mogen worden opgeofferd aan het algemeen belang van sanctiëring van de naleving van voorschriften voor toepassing van dwangmiddelen en verdachtes belang bij naleving van die voorschriften in het bijzonder. Wij weten dat voor sommige slachtoffers of hun nabestaanden de straf niet zwaar genoeg kan zijn. Aan hun verlangen tot onmatige bestraffing kan en behoort niet te worden voldaan. Iets anders is of slachtoffers mogen worden geconfronteerd met de mededeling dat een rechtvaardige straf wordt verminderd om tegemoet te komen aan verdachtes nadeel wegens schending van enig voorschrift van procesrecht, laat staan met een vrijspraak wegens uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs. Dat heeft een aspect van het wrijven van zout in open wonden en veroordeelt daarmee zichzelf. Onze conclusie zal helder zijn. Strafvermindering en bewijsuitsluiting zijn in de regel ongeschikte instrumenten om de naleving van voorschriften ter bescherming van de burger tegen te vergaande opsporingsinspanningen af te dwingen¹⁴⁷, zeker in die gevallen waarin het gaat om vervolging ter zake van strafbare feiten, die schending van leven of lijf als voorwerp hebben, in zijn algemeenheid gesproken de ernstigste misdrijven. Er zal dus moeten worden gezocht naar andere instrumenten¹⁴⁸, bij voorkeur gelegen buiten het strafproces. Hier zou gedacht kunnen worden aan de mogelijkheden tot schadecompensatie ter zake van onrechtmatig strafvorderlijk handelen, waarin de in voorbereiding

¹⁴⁶ Zie ook de conclusie van A-G Wortel bij HR 25 maart 2008, *LJN BC7712*, *NJ 2008*, 197 onder nr. 10 en 11. Embregts weegt in haar proefschrift bij het uitspreken van haar voorkeur voor de bewijsuitsluitingsregel de positie van het slachtoffer niet afzonderlijk mee (M.C.D. Embregts, *Uitsluiting over bewijsuitsluiting*, diss. Tilburg 2003, p. 155 e.v. en p.183, 184), Van Woensel, o.c., p. 156 e.v. evenmin. Baayens-van Geloven, o.c., p. 383 noemt de belangen van het slachtoffer niet als een factor die bij het verbinden van gevolgen aan onrechtmatig verkregen bewijs in aanmerking kunnen worden genomen, zij het dat zij eerder, op p. 381, wel stelt dat de rechter bij het verbinden van gevolgen aan onrechtmatige verkrijging van bewijs recht moet doen aan o.m. het belang van het slachtoffer.

¹⁴⁷ Anders Baaijens-van Geloven, o.c., p. 384, 385, alsmede Embregts, o.c., p. 183, die de voorkeur uitspreekt voor bewijsuitsluiting. Zie voor het standpunt dat bewijsuitsluiting geen geschikt middel is ter sanctiëring van onrechtmatig verkregen bewijs omdat de rechter de onrechtmatig verkregen gegevens toch niet helemaal uit zijn geheugen kan wissen Ch.J. Enschede, 'Bewijzen in het strafrecht', *Themis* 1966, p. 516, 517.

¹⁴⁸ Zie daarover o.m. Embregts, o.c., p. 115 e.v., Van Woensel, o.c., p. 167 e.v.

zijnde Wet schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden¹⁴⁹ voorziet. Deze wet biedt immers ook schadecompensatie aan de veroordeelde terwijl de rechtmatigheid van overheidsoptreden wordt beoordeeld naar het tijdstip waarop de handeling plaatsvond.¹⁵⁰ Bijkomend voordeel van deze weg is, dat aan de hand daarvan onrechtmatig overheids-optreden kan worden gekwantificeerd, inzicht in de aard van dat onrechtmatig optreden kan worden verkregen en de daardoor veroorzaakte schade op geld kan worden ge-waardeerd. Aan de hand van deze gegevens kan worden “gestuurd”, bijvoorbeeld door de schade te brengen ten laste van de budgetten van politiekorpsen, wier medewerkers de schade hebben veroorzaakt.

Ten slotte verdient nog opmerking dat in de ontwerp-memorie van toelichting bij ge-noemd wetsvoorstel geen aandacht wordt besteed aan de verhouding tussen de voorge-stelde voorziening en art. 359a Sv, welke bepaling immers ook vormen van schadecom-pensatie behelst. Er wordt alleen opgemerkt dat de gewezen verdachte geen recht op schadecompensatie heeft wanneer ter zake van het onrechtmatig overheidsoptreden de straf al is verminderd.¹⁵¹

¹⁴⁹ Art. 594 lid 1 onder b jo. art. 597 lid 3 ontwerp van wet. Zie over het wetsontwerp N.J.M. Kwakman, ‘Het ontwerp wetsvoorstel ‘schadecompensatie strafvorderlijk over-heidsoptreden’, *Strafblad* 2008, p. 5-13, en voorts over schadecompensatie in het al-gemeen diens *Schadecompensatie in het strafprocesrecht*, diss. Groningen 2003. Voorts J.E. Hoitink e.a., ‘Schadecompensatie strafvorderlijk optreden’, *NJB* 2008, p. 870-877, en J.I.M.G. Jahae en L.A.H.A. van Maarseveen, ‘Wetsvoorstel schadecompensatie in verband met strafvorderlijk overheidsoptreden: l’addition s.v.p.’, *Overheid en aan-sprakelijkheid* 2008, p. 12-19.

¹⁵⁰ Deze regeling kan ook voorzien in het ontbreken van een mogelijkheid tot financiële compensatie in geval uit een uitspraak van het EHRM blijkt dat van onrechtmatig ver-kregen bewijs gebruik is gemaakt. Zie voor dit gebrek in de regeling van de herziening de conclusie bij HR 20 februari 2007, *NJ* 2007, 373, m.nt. P.A.M. Mevis.

¹⁵¹ Ontwerp-mvt, p. 15.

Slachtoffer

De uit de besproken fundamentele rechten voortvloeiende verplichtingen houden in dat aan slachtoffers¹⁵² van schending van die rechten ter zake een “effective remedy”¹⁵³ wordt verschaft.¹⁵⁴ Hiervoor hebben wij uiteengezet dat strafvermindering en bewijsuitsluiting als sanctie op schending van een processueel voorschrift daarmee opgespannen voet staan. Is de door ons voorgestane schadecompensatie in geld dan gelukkiger? In ons voorstel zal het slachtoffer toch ook met lede ogen moeten aanzien dat de verdachte de gevangenis met een zak met geld kan verlaten. Dat is waar. Wij menen dat de voorgestelde Wet schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden in dit opzicht dan ook aanvulling behoeft. In veel gevallen zullen slachtoffers of hun nabestaanden schade lijden, zij het in de materiële, zij het in de immateriële sfeer. Het ligt dan ook voor de hand hen een preferente vordering toe te kennen op het bedrag aan schadecompensatie dat de verdachte ontvangt. Het ontwerp-wetsvoorstel voorziet daarin ten onrechte niet. De vraag is of de komende wet tot versterking van de positie van het slachtoffer in het strafproces¹⁵⁵ deze voorziening niet overbodig maakt. Volgens deze wet vergoedt de overheid in een aantal gevallen de schade indien het bij schadevergoedingsmaatregel opgelegde bedrag niet is betaald binnen acht maanden nadat de uitspraak waarbij deze is opgelegd, onherroepelijk is geworden. Die wet heeft echter – nog afgezien van de voorgenomen beperking van deze wet bij algemene maatregel van bestuur¹⁵⁶ - een lelijk manco.¹⁵⁷ Een schadevergoedingsmaatregel pleegt in de praktijk van de strafrechtspleging vrijwel uitsluitend te worden opgelegd als sequeel van de toewijzing van een vordering van een benadeelde partij. In andere gevallen kan de strafrechter immers veelal niet overzien of en in hoeverre de verdachte naar burgerlijk recht aansprakelijk is voor door

¹⁵² Zie voor een meer abstracte beschouwing over de plaats van het slachtoffer in het strafproces C.P.M. Cleiren, *Genoegdoening aan slachtoffers in het strafrecht*, preadvies NJV 2003.

¹⁵³ Deze hoeft niet steeds te bestaan in een straf(proces)rechtelijke voorziening; zie de *Inleiding*.

¹⁵⁴ Zie over de twee hoofdlijnen in de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot slachtoffers van delicten M.S. Groenhuijsen en N.J.M. Kwakman in M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen, derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2002, p. 800 e.v.

¹⁵⁵ Wet tot Wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en de Wet schadefonds geweldsmisdrijven ter versterking van de positie van het slachtoffer in het strafproces, *Kamerstukken I*, 2007-2008, 30 143, A.

¹⁵⁶ Tot gewelds- en zedenmisdrijven en tot een bedrag van € 5000: *Kamerstukken I*, 2007-2008, 30 143, nr. D, p. 7.

¹⁵⁷ Rechtseconomisch gezien verdient de voor schadevergoeding getroffen regeling in de ogen van L.T. Visscher, ‘Schadevergoeding voor slachtoffers in het strafproces vanuit rechtseconomisch oogpunt’, *AV&S* 2008, nr. 4, p. 194-201, waardering.

een slachtoffer geleden schade. Niet iedere vordering van een benadeelde partij leent zich voor afdoening in het strafgeding. Volgens de nieuwe wet mag deze geen onevenredige belasting van het strafgeding opleveren. Op vorderingen die tot bewijsproblemen aanleiding geven of anderszins ingewikkeld van aard zijn zal in het strafgeding niet kunnen worden beslist¹⁵⁸ en tot een schadevergoedingsmaatregel zal het dus doorgaans niet komen. In die gevallen - gevallen waarin het slachtoffer de steun van de overheid bij de verwezenlijking van zijn aanspraak node zal missen – kan een preferente vordering, gepaard aan in de wet te regelen actief optreden van de overheid bij het bewaren van de rechten van het slachtoffer door het leggen van beslag op de uit te keren gelden, soelaas bieden. Door deze voorziening kan worden voorkomen dat de verdachte de hem als schadecompensatie uit te keren gelden aanwendt voor een ander doel dan schadeloosstelling van het slachtoffer. Zo kan schadecompensatie van de verdachte wegens schending van een voorschrift van processuele aard aan het slachtoffer of zijn nabestaanden ten goede komen.

Over nabestaanden nog het volgende. Het burgerlijk recht erkent lang niet in alle gevallen dat een nabestaande van een slachtoffer van een delict te vergoeden immateriële schade lijdt (zie art. 6:106 BW). Immateriële schade geleden door iemands overlijden komt alleen in aanmerking wanneer deze heeft geleid tot geestelijk letsel in de vorm van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld.¹⁵⁹ Dat kan zich voordoen indien degene tot wie de nabestaande in een nauwe affectieve betrekking staat, met de gevolgen van het strafbaar feit wordt geconfronteerd, een geval van zogenaamde shockschade.¹⁶⁰ Voor behandeling van een vordering van shockschade leent het strafgeding zich niet.¹⁶¹ Aan een schadevergoedingsmaatregel met de daaraan voor de benadeelde verbonden goede verhaalsmogelijkheden komt het dus niet toe en de nabestaande is daarom op een normale civiele procedure aangewezen. Hoe het zal gaan met de voorgenomen vergoeding van affectieschade¹⁶² valt thans nog niet te voorzien. Zouden de vaste, bij algemene maatregel van bestuur te bepalen bedragen¹⁶³ (ontwerp van wet art. 6:107 lid 1 onder b BW) de vordering maken tot een vordering waarvan de behandeling geen onevenredige

¹⁵⁸ Vgl. HR 15 september 2006, *LJN AV2654*, *NJ* 2007, 484 (civ.).

¹⁵⁹ Vgl. S.D. Lindenbergh, 'Moord en doodslag in het aansprakelijkheidsrecht', *AA* 2008, p. 598 e.v.

¹⁶⁰ HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240, m.nt. JBMV.

¹⁶¹ HR 15 april 2003, *NJ* 2003, 364.

¹⁶² Wetsontwerp 28 781; *Kamerstukken I*, 2004-2005, 28 781, A, bevat het gewijzigd ontwerp van wet.

¹⁶³ Zie over de kritiek hierop onder meer T. Hartlief, *Affectieschade en 50 jaar Verkeersrecht*, *VR* 2004, p. 1-12.

belasting van het strafgeding¹⁶⁴ oplevert, zodat ter zake een vordering als benadeelde partij kan worden toegewezen¹⁶⁵ en een schadevergoedingsmaatregel kan worden opgelegd?

Er is nog een ander punt rond de positie van het slachtoffer in het strafproces dat in het kader van de verwezenlijking van de grondrechten aandacht verdient. Het Europese Hof heeft in gevallen waarin werd geklaagd over onvoldoende inspanning van de staat ter opheldering van de verdwijning¹⁶⁶ of het doodschieten van een burger bij bestrijding van onlusten¹⁶⁷ gesteld dat de familie van het slachtoffer in het onderzoek moet worden betrokken voor zover dat voor hun legitieme belangen nodig is. Daarbij wordt onder meer gedacht aan het informeren van de nabestaanden over de uitkomst van het onderzoek, zoals de beslissing om niet te vervolgen.¹⁶⁸ Met name wanneer iemand bij arrestatie door politiekogels om het leven komt – wij herinneren hier nog even aan de zaak Ramsahai - of in een gevangenis overlijdt, zullen ook in Nederlandse verhoudingen bij een naar aanleiding van die dood in te stellen strafrechtelijk onderzoek de legitieme belangen van de nabestaanden in het oog moeten worden gehouden. De vraag is voorts of deze belangen zich verder uitstrekken dan op de hoogte te worden gehouden van de resultaten van het onderzoek en de naar aanleiding daarvan genomen beslissingen. De komende wet tot versterking van de positie van het slachtoffer in het strafproces¹⁶⁹ geeft niet alleen een regeling over het op de hoogte houden van enige beslissingen van opsporing en vervolging (ontwerp van wet art. 51a jo. 51d Sv) maar geeft slachtoffers en hun nabestaanden ook het recht documenten die zij van belang achten voor de beoordeling van de zaak tegen de verdachte aan het dossier te doen toevoegen (ontwerp van wet art. 51b jo. 51d Sv). In zoverre wordt door de Nederlandse wet in de legitieme belangen van slachtoffers en hun nabestaanden voorzien. De vraag is of tegen deze achtergrond het slachtoffer of de nabestaanden ook in de gelegenheid moeten worden gesteld zich over de toe te voegen documenten uit te laten. In het vooronderzoek kan dat eenvoudig doordat door het slachtoffer een begeleidende brief bij de toe te voegen stuk-

¹⁶⁴ Wij volgen hier de tekst van w.o. 30 143, dat reeds in de Tweede Kamer is aangenomen.

¹⁶⁵ Zie ook het in genoemde wetsontwerp voorgestelde art. 51a, tweede lid, Sv.

¹⁶⁶ EHRM 13 juni 2000, *Timurtas v. Turkey*, EHCRC 2000, 64, m.nt. Van de Wilt.

¹⁶⁷ EHRM 28 mei 2002, *McShane v. the United Kingdom*, EHCRC 2002, 57, m.nt.

Spronken, par. 98.

¹⁶⁸ EHRM 20 mei 1999, *Öger v. Turkey*, Appl. no. 21954/93 par. 92

¹⁶⁹ Wet tot Wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en de Wet schadefonds geweldsmisdrijven ter versterking van de positie van het slachtoffer in het strafproces, *Kamerstukken I*, 2007-2008, 30 143, A.

ken wordt gevoegd waarin het belang van de stukken voor de zaak wordt uiteengezet. Deze is haast onmisbaar om te voorkomen dat de officier van justitie de stukken als niet ter zake weigert aan het dossier toe te voegen. Maar zouden de uit het EVRM voortvloeiende legitieme belangen van slachtoffer of nabestaanden niet ook meebrengen dat zij als zij gebruik maken van hun spreekrecht, anders dan thans¹⁷⁰ is toegestaan, hun licht zouden mogen laten schijnen over de betekenis van de toegevoegde documenten voor de beslissing van de rechter?¹⁷¹ De wet voorziet daar niet in, ook niet het ontwerp van wet. We zouden nog een stap verder kunnen gaan. Zijn er niet ook legitieme belangen van het slachtoffer en de nabestaanden gemoeid met het zich ter terechtzitting kunnen uitlaten over het bewijs, zeker wanneer het slachtoffer of de nabestaande zich als benadeelde partij heeft gevoegd en daarmee een rechtstreeks vermogensbelang hebben bij de uitkomst van de strafzaak?¹⁷² En hoe zit dat met het geven van commentaar op de uitkomsten van deskundigenonderzoek?

¹⁷⁰ Genoemd ontwerp van Wet tot Wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en de Wet schadefonds geweldsmisdrijven ter versterking van de positie van het slachtoffer in het strafproces verandert hier niets aan.

¹⁷¹ Simonis en De Wijkerslooth, o.c., p. 27 verstaan de rechtspraak van het Europese Hof aldus dat een nabestaande in staat moet worden gesteld om stukken in te brengen en/of gehoord te worden.

¹⁷² Aan art. 6 EVRM kunnen slachtoffers geen recht ontlenen op vervolging per se: Simonis en De Wijkerslooth, o.c., p. 24 over EHRM 12 februari 2004, *Perez v. France*, Appl. No. 47287, NJ 2005, 12.

Herziening

De aandrang vanuit de Tweede Kamer om de mogelijkheden tot correctie van achteraf onjuist gebleken uitspraken te verbeteren, is voor de Minister van Justitie aanleiding geweest in juli 2008 een conceptwetsvoorstel¹⁷³ het licht te doen zien, waarin herziening van een vrijspraak of een ontslag van rechtsvervolging onder nauw omschreven voorwaarden mogelijk wordt gemaakt. Volgens het voorstel is deze vorm van herziening in beginsel alleen mogelijk bij zeer zware misdrijven waarbij het recht tot strafvordering niet verjaart, feiten waarop levenslange gevangenisstraf staat dus (art. 70 lid 2 Sr). Voorts is herziening mogelijk indien de rechter – kort gezegd – is omgekocht, is bedreigd of is bedot met een vals geschrift of een meinedige getuigenverklaring (conceptwetsvoorstel art.482a Sv). In het kader van de positieve verdragsverplichtingen die op de staat rusten doet zich de vraag voor of de eerste mogelijkheid tot herziening inderdaad beperkt moet blijven tot gevallen waarin de verdachte is vrijgesproken of ontslagen van rechtsvervolging ter zake van een feit waarop een levenslange gevangenisstraf staat. Deze beperking betekent immers dat vrijspraken of ontslagen van rechtsvervolging ter zake van andere zware misdrijven waarbij iemand de dood heeft gevonden, zoals doodslag (art. 287 Sr), diefstal met geweldpleging (art. 312 Sr) en afpersing (art. 317 Sr), niet te herzien zijn. Zou dat onder alle omstandigheden de toets aan de uit art. 2 EVRM voortvloeiende positieve verplichtingen kunnen doorstaan?¹⁷⁴ Dezelfde vraag kan worden gesteld ten aanzien van de positieve verplichting als vervat in art. 3 EVRM voor zover het gaat om personen die bij de overval of de afpersing zo ernstig gewond zijn dat zij hun hele verdere leven ernstig invalide zijn geworden. Zou hier uit een oogpunt van bescherming van lijf of leven niet van de staat mogen worden gevergd dat een nieuw ontdekt wettig bewijsmiddel dat het ernstig vermoeden doet ontstaan dat de zaak in een veroordeling van de gewezen verdachte zou zijn geëindigd als de rechter dat bewijsmiddel ten tijde van de berechting had gekend, de mogelijkheid tot herziening biedt? Hoe dit ook zij, in de conceptmemorie van toelichting wordt deze vraag niet onder ogen gezien. Er wordt wel nagegaan of het Verdrag niet aan herziening ten nadele in de weg staat, niet of het

¹⁷³ Zie voor de tekst www.minjus.nl. Zie over herziening ten nadele o.m. P.A.M. Mevis en T. Kooijmans, *Herziening ten nadele*, Deventer: Kluwer 2003, en B.F. Keulen, 'Herziening van de herziening?', *Themis* 2007, p. 3-14. Zie over de inbreuk op het ne-bis-in-idembeginsel F.A. te Water Mulder, *Herziening ten nadele van de vrijgesprokene: een inbreuk op het ne-bis-in-idembeginsel*, *DD* 2008, 50.

¹⁷⁴ Zie over het herleven van de onderzoeksverplichting na aanvankelijke vrijspraak bij het aan het licht komen van nieuwe informatie EHRM 4 mei 2001, *McKerr v. the United Kingdom*, Appl. no. 28883/95. Zie over deze problematiek voorts EHRM 27 november 2007, *Brecknell v. the United Kingdom*, *EHRC* 2008, 9.

Verdrag in bepaalde gevallen ook verplicht herziening ten nadele mogelijk te maken.
Ook die laatste vraag verdient ons inziens aandacht.

Undue delay

Voordat wij tot een afronding komen na al deze impliciete positieve verplichtingen nog een enkel woord over een expliciete positieve verplichting: de verplichting een zaak af te doen binnen redelijke termijn. Zoals ook bij processuele fouten bij de opsporing veelal het geval is wordt immers aan substantiële overschrijding van de redelijke termijn strafvermindering verbonden.¹⁷⁵

Eerder is aan de orde geweest de vraag of men een slachtoffer of diens nabestaande strafvermindering ter compensatie van schending van een voorschrift van processuele aard mag aandoen, zeker in de gevallen die worden bestreken door de art. 2 en 3 EVRM. Die vraag is hier nog pregnanter: een slachtoffer heeft wachtend op de afloop van de strafzaak ook onredelijk lang in spanning moeten zitten en vindt daarvoor, anders dan in de regel de verdachte, geen enkele compensatie.¹⁷⁶

Ook anderszins is er reden er aan te twijfelen of strafvermindering een juiste dan wel noodzakelijke wijze van compensatie van overschrijding van de redelijke termijn voor de verdachte is. De praktijk heeft ons geleerd dat in civiele zaken achterstand in afdoening van zaken veelvuldig leidt tot verzoeken aan de rechter om – huiselijk gezegd - op te schieten. In strafzaken pleegt de verdachte er het zwijgen toe te doen. Dat is ook geen wonder. Hij staat voor de afweging of hij zich een substantiële overschrijding van de redelijke termijn zal laten welgevalen ten voordele van een strafvermindering van globaal gesproken 5 tot 10 %¹⁷⁷ of niet. Die afweging pleegt doorgaans zo uit te vallen dat de verdachte kiest voor strafvermindering, die naar de te hanteren maatstaven kennelijk zo groot is dat deze het nadeel van wachten op de uitspraak ruimschoots vergoedt. De vergoeding moet dus in de regel wel groter zijn dan het te lijden nadeel.

Dat laatste geldt met name in die gevallen waarin een vergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn wordt gegeven omdat de termijn waarop een gerecht het uitgewerkte vonnis of arrest naar de hogere rechter moet sturen is overschreden. Van die overschrijding heeft de verdachte doorgaans geen weet en ook geen last omdat deze er niet aan in de weg hoeft te staan dat de zaak door de hogere rechter binnen een redelijke termijn wordt afgedaan. Nu zou verwacht mogen worden dat in dat laatste geval voor enige strafvermindering wegens overschrijding van de redelijke termijn geen enkele

¹⁷⁵ HR 17 juni 2008, *LJN BD2578*, *NJ* 2008, 358, m.nt. prof. mr. P.A.M. Mevis.

¹⁷⁶ Zie voor het slachtoffer dat zich als benadeelde partij in een strafzaak heeft gevoegd EHRM 7 januari 2002, *Calvelli en Ciglio v. Italy*, *EHRC* 2002, 22, m.nt. J. van der Velde: deze kan klagen over overschrijding van de redelijke termijn in de strafprocedure waarin zij haar vordering geldend probeert te maken.

¹⁷⁷ HR 17 juni 2008, *LJN BD2578*, *NJ* 2008, 358, m.nt. P.A.M. Mevis, rov. 3.6.2.

reden is – de zaak is toch binnen redelijke termijn afgedaan – maar de rechtspraak is anders: overschrijding van de inzendingstermijn kan niet worden gecompenseerd door afdoening binnen een in zijn algemeenheid voor de afdoening van strafzaken te hantieren redelijke termijn.¹⁷⁸

Het Verdrag vraagt van de aangesloten staten dat een strafzaak wordt afgedaan binnen een redelijke termijn. De verdachte heeft aanspraak op enige vorm van vergoeding wanneer niet aan die regel is voldaan. Maar de in de Nederlandse rechtspraak daarvoor gekozen weg achten wij niet de juiste, niet tegenover slachtoffers en ook niet tegenover verdachten. De huidige compensatieregeling die in de rechtspraak wordt gehanteerd, brengt immers mee dat een verdachte er belang bij kan hebben dat zijn zaak niet binnen redelijke termijn wordt afgedaan. Zeker in gevallen waarin het om compensatie van overschrijding van de inzendingstermijn gaat en vaak van enig door de verdachte geleden nadeel geen sprake is¹⁷⁹, is dat moeilijk te verdedigen ten opzichte van die verdachten wier zaak op dezelfde termijn is afgedaan, die niet kunnen profiteren van schending van de inzendingstermijn en anders dan eerstgenoemde verdachte dus geen strafvermindering krijgen.

Naar onze opvatting kan opnieuw de voorgenomen wettelijke regeling van de schadecompensatie uitkomst bieden, met name wanneer wordt voorzien in de door ons voorgestane preferentie van de schadevergoedingsvordering van het slachtoffer. Deze vorm van compensatie sluit ook aan bij de wijze waarop het Europese Hof zelf¹⁸⁰ voorziet in compensatie van schending van de redelijke termijn, door toekenning van een bepaald

¹⁷⁸ Zie de strafvermindering die de Hoge Raad toepast louter op grond van overschrijding van de inzendingstermijn ook al wordt de zaak in cassatie binnen twee jaar afgedaan; uit de vele uitspraken noemen wij als willekeurige voorbeelden HR 6 januari 2004, 01680/03 en HR 3 april 2007, 01541/06. In het overzichtsarrest van 17 juni 2008, *LJN* BD2578, *NJ* 2008, 358, m.nt. P.A.M. Mevis is de Hoge Raad hierop niet teruggekomen, zij het dat de Hoge Raad lijkt te willen stimuleren dat aan overschrijding van de redelijke termijn, dus ook van de inzendingstermijn, door de rechter minder snel gevolgen worden verbonden (vgl. rov. 3.23).

¹⁷⁹ In zijn conclusie bij HR 23 maart 2004, 02565/03 werpt de A-G Wortel de vraag op of de overschrijding van de inzendingstermijn de verdachte wel te compenseren nadeel toebrengt. Hij beantwoordt die vraag ontkennend, daarbij wijzende op een onverklaarbaar verschil in behandeling van zaken waarin de inzendingstermijn wel en de inzendingstermijn niet is overschreden terwijl al deze zaken binnen een redelijke termijn worden afgedaan en de verdachte toch in zaken waarin de inzendingstermijn is overschreden compensatie in de vorm van strafvermindering ontvangt.

¹⁸⁰ Voor de nationale gerechten vestigde het Europese Hof aanvankelijk met name ook de aandacht op strafvermindering als vorm van compensatie; zie daarover Pieter van Dijk c.s. (eds.), o.c. p. 611.

bedrag aan geld.¹⁸¹ Zou de Hoge Raad hier – om in de woorden van Haak¹⁸² te spreken – na totstandkoming van de voorgenomen Wet schadecompensatie niet enige inductieve rechtspraak kunnen plegen door in de strafprocedure af te zien van compensatie van de overschrijding van de redelijke termijn onder verwijzing naar de mogelijkheden die de voorgenomen Wet schadecompensatie lijkt te (gaan) bieden ?¹⁸³

¹⁸¹ Zie voor de te hanteren maatstaf EHRM 10 november 2004, *Riccardi Pizzati v. Italy* EHRC 2005, 22, m.nt. J. van der Velde en voor een overzicht van het gevoerde beleid in undue delay zaken tot dan toe en richtlijnen waaraan een nationale remedie moet voldoen HR 29 maart 2006, *Giuseppe Mostacciolo v. Italy*, Appl. no. 64705/01. Uit EHRM 15 februari 2008, EHRC 2008, 56, m.nt. J. van der Velde spreekt niet een uitgesproken royale hand van vergoeden. Maar de Italiaanse Pinto-wet verschaftte geen toereikende vergoedingen; zie daarover Pieter van Dijk c.s. (eds.), o.c. p. 611 en daar genoemde rechtspraak. Zie voor vergoeding van overschrijding van de redelijke termijn in het bestuursrecht T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, 'Schadevergoeding bij schending van de redelijke termijn: op weg naar een effectief rechtsmiddel?', *NJB* 2008, p. 1579-1582. Een overzicht van de eisen die door het EVRM aan een compensatie in geld worden gesteld geven S. Jansen en D. Wenders, 'Een kroniek van de redelijke termijn', *NJCM-bull.* 2006, p. 1091-1127, in het bijzonder p. 1114-1117.

¹⁸² W.E. Haak, o.c., p. 885.

¹⁸³ Vgl. HR 29 maart 2006, *Giuseppe Mostacciolo v. Italy*, Appl. no. 64705/01, par. 79.

Balans

Wij hebben hiervoor aandacht besteed aan de positieve verplichtingen die niet de verdachte maar de burger, in het bijzonder het slachtoffer of de nabestaande van het slachtoffer van doorgaans ernstige strafbare feiten, ten goede komen. De vraag van Franken of de verdachte nu niet wordt vergeten¹⁸⁴ beantwoorden wij niettemin ontkenkend. Het Verdrag bevat een aantal bepalingen waarin uitdrukkelijk in bescherming van verdachtes belangen wordt voorzien. Daarbij denken wij in de eerste plaats aan art. 5 van het Verdrag, dat de burger, en dus ook de verdachte, met expliciete positieve verplichtingen beschermt tegen ongebreidelde vrijheidsbeneming, en aan art. 6 van het Verdrag dat de verdachte een eerlijk proces garandeert en een aantal voorschriften kent om daarin te voorzien. Maar ook art. 2 en art. 3, hiervoor besproken als bron van impliciete positieve verplichtingen ten faveure van de burger, in de praktijk van het strafrecht in het bijzonder het slachtoffer, beschermen de verdachte tegen inbreuken op zijn leven of tegen foltering, tegen onmenselijk of vernederende behandelingen of bestraffingen. Zo beschermt ook art. 8 van het Verdrag de verdachte tegen onbepaalde inbreuken op diens privé-leven. Maar de toepassing van het Verdrag laat wel zien dat bij de vraag in hoeverre inbreuken op verdachtes rechten mogen worden gemaakt niet alleen het belang van de samenleving in het algemeen maar ook het belang van het slachtoffer in concreto moet worden meegewogen. Zo wordt de reikwijdte van het recht van de verdachte getuigen te ondervragen of te doen ondervragen niet alleen bepaald door verdachtes belang de getuigen met het oog op zijn verdediging vragen te kunnen stellen, maar ook door specifieke belangen van getuigen niet aan die ondervraging te worden onderworpen, zoals wanneer zij slachtoffer van een zedenmisdrijf zijn of minderjarig.¹⁸⁵ Deze afweging hoeft niet steeds ten nadele van de verdachte uit te vallen. Er moet wel iets heel bijzonders aan de hand zijn wil aan de verdachte zijn recht op wederhoor of zijn recht op rechtsbijstand worden ontnomen. Dan zal moeten worden gedacht aan onmiskenbaar misbruik, bijvoorbeeld wanneer een verdachte door steeds van raadsman te wisselen en daarom aanhouding te vragen de voortgang van het strafproces stelselmatig blokkeert. Voorts zal er naar gestreefd moeten worden inbreuken op deze fundamentele regels van strafprocesrecht zo klein mogelijk te houden. Daarom is voor inbreuk op verdachtes recht getuigen te ondervragen van belang of er naast de verklaring van de ge-

¹⁸⁴ A.A. Franken, 'De vergeten verdachte', *DD* 2008, p. 569-577.

¹⁸⁵ Vgl. EHRM 2 juli 2002, *S.N. v. Sweden*, NJ 2003, 671, m.nt. T.M. Sch onder NJ 2003, 672 en EHRM 10 november 2005, *Bocos-Cuesta v. the Netherlands*, NJ 2006, 239, m.nt. T.M. Schalken, EHRM 19 juni 2007, *W.S. v. Poland*, Appl. no. 21508/02.

tuige, die niet zal worden gehoord, voldoende ander belastend bewijsmateriaal voorhanden is. Staat en valt het bewijs met de verklaring van die getuige dan is het van tweeën één: of hij wordt ondervraagd of hij wordt dat niet, maar dan kunnen zijn eerder afgelegde verklaringen niet voor het bewijs worden gebruikt. Zo is voor het toestaan van een inbreuk op het ondervragingsrecht ook van belang of en in hoeverre anderszins tegemoet kan worden gekomen aan verdachtes ondervragingsrecht, bijvoorbeeld door het horen door middel van een geluidsverbinding of door het laten becommentariëren van eerder afgelegde, op videoband opgenomen verklaringen.¹⁸⁶ Verder menen wij dat het niet wel denkbaar is dat aan het bewijs van het plegen van een strafbaar feit lagere eisen worden gesteld dan dat het “beyond reasonable doubt” is dat verdachte zich aan het strafbaar feit heeft schuldig gemaakt, hoe teleurstellend dit ook voor een slachtoffer kan zijn en hoe weinig begrip hij daarvoor zal kunnen opbrengen. Hier dient de bescherming van de verdachte op onvoldoende onderbouwde inbreuken op zijn vrijheid door de staat te prevaleren. Juist omdat in deze context het belang van het slachtoffer uitdrukkelijk wijkt voor dat van de verdachte, is het wellicht goed dat hier ter compensatie een actieve bijdrage van het slachtoffer aan de bewijslevering tegenover kan staan zoals voorzien in de komende Wet tot versterking van de positie van het slachtoffer in het strafproces.¹⁸⁷ De afweging van de belangen van samenleving, verdachte en slachtoffer kan ook verklaren waarom de Hoge Raad geen of geen verstrekkende gevolgen verbindt aan schending van diverse vormvoorschriften, die betrekking hebben op de toepassing van dwangmiddelen. We wijzen op de hiervoor besproken strenge rechtspraak op art. 359a Sv. In dit verband merken wij op dat klachten van de verdediging over schending van vormvoorschriften aan kracht zouden winnen wanneer daarin anders dan gebruikelijk wordt uiteengezet waarom schending van het vormvoorschrift zo wezenlijk is dat daaraan een gevolg – bewijsuitsluiting of niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie – moet worden verbonden ook al zou dit tekort doen aan de belangen van de samenleving en het slachtoffer bij handhaving van de door de verdachte overtreden strafbepaling.

De vraag rijst of de aandacht die in het voorgaande is uitgegaan naar het slachtoffer van een strafbaar feit niet de onmatigheid van de straf in de hand werkt. Deze vraag brengt ons bij de bewondering die onze geliefde leermeester Van Veen ons heeft bijgebracht

¹⁸⁶ Vgl. HR 20 mei 2003, *NJ* 2003, 672, m.nt. Sch.

¹⁸⁷ Wet tot Wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en de Wet schadefonds geweldsmisdrijven ter versterking van de positie van het slachtoffer in het strafproces, *Kamerstukken I*, 2007-2008, 30 143, A.

voor de werken van zijn leermeester Vrij. Vrij beschouwde de strafrechtelijke dogmatiek vanuit zijn belangstelling voor de architectuur¹⁸⁸ als een bouwwerk waaraan geen dragend element mocht ontbreken. Kritische beschouwing van het model van het strafbaar feit, opgebouwd gedacht uit wederrechtelijkheid en schuld, deed bij hem de vraag rijzen of met wederrechtelijkheid en schuld het strafbaar feit wel volledig was beschreven. Er werd, zo merkte hij op, in een aantal gevallen niet vervolgd hoewel iemand een strafbaar feit had gepleegd en aan zijn schuld niet behoefde te worden getwijfeld. Kennelijk was de schade die het plegen van het strafbaar feit als schending van het recht aan de samenleving had toegebracht dus reeds vereffend. Deze schade noemde Vrij het subsociale van het strafbaar feit en werd door hem naast wederrechtelijkheid en schuld gezien als derde element van het strafbaar feit. Pas wanneer er naast wederrechtelijkheid en schuld van subsocialiteit sprake was, was er reden strafrechtelijk op te treden. De hoogte van de straf kon dan ook zijn grens vinden in het vereffenen van die subsocialiteit. Een zwaardere straf was niet gerechtvaardigd.¹⁸⁹

De door Vrij beschreven subsocialiteit kan een maat zijn die bij de begrenzing van de hoogte van de op te leggen straf een rol speelt. De mate van subsocialiteit wordt mede bepaald door de gevolgen die een slachtoffer van een strafbaar feit heeft ondervonden, maar kan niet los worden gezien van de indruk die het strafbaar feit op andere rechtsgenoten heeft gemaakt en hoe dit in het verband van de gehele rechtsorde moet worden gewaardeerd. Zo kan het element van de subsocialiteit een bijdrage leveren aan evenwichtige strafoplegging.

Wij hebben vanmiddag proberen te laten zien dat het hedendaagse straf- en strafprocesrecht een voortdurende afweging in concreto vergt van de belangen van samenleving, verdachte en slachtoffer. Daarmee is de beoefening van het strafrecht en het strafprocesrecht er niet eenvoudiger op geworden, wel boeiender.

Het is in Groningen goed gebruik aan het slot van een oratie de aandacht te vestigen op het verbod in het protocol van de universiteit een oratie af te sluiten met dankwoorden.

¹⁸⁸ *Professor mr. M.P. Vrij, Verzameling uit zijn geschriften op het gebied van strafrecht en criminologie*, Zwolle: Tjeenk Willink 1956, p. vi, 1. Zie over Vrij ook E.F. Stamhuis, 'De straftheorie van M.P. Vrij', Voordracht ICS juristenkring, Utrecht 1 april 2006, www.icsnet.nl/netwerken/juristen/stamhuis-april2006.pdf.

¹⁸⁹ *Ter effening, afscheidsrede bij het aftreden als hoogleraar te Groningen op 25 oktober 1947*, opgenomen in *Professor mr. M.P. Vrij, Verzameling uit zijn geschriften op het gebied van strafrecht en criminologie*, Zwolle: Tjeenk Willink 1956, p. 285-304, in het bijzonder par. II.

We zullen ons vandaag niet uitlaten over de vraag of het protocol zo geen inbreuk maakt op de impliciet positieve verplichting om de in art. 10 EVRM neergelegde vrijheid van meningsuiting daadwerkelijk mogelijk te maken. Vandaag schikken we ons zelfs in het verbod.

Wij hebben gezegd.