

*Handelingen 1983
der Nederlandse
Juristen-Vereniging
deel 1, eerste stuk*

Tot welke wijzigingen in het
Nederlandse recht dienen de
beginselen van behoorlijke
rechtspraak, neergelegd in artikel 6
van het Europese Verdrag tot
bescherming van de rechten van de
mens en de fundamentele
vrijheden, aanleiding te geven?

*Preadviezen van
Prof. mr. P. van Dijk
Mr. E.P. von Brucken Fock*

ISBN 90 271 2060 9

Lay-out en omslag Enelien de Vries Robbé

PREADVIES PROF. MR. P. VAN DIJK

AFKORTINGEN, 4

De op Nederland rustende internationale verplichtingen ter zake van een behoorlijke rechtspraak, 7

PREADVIES MR. E.P. VON BRUCKEN FOCK

Tot welke wijzigingen in het Nederlandse strafprocesrecht dienen de beginselen van behoorlijke rechtspraak, neergelegd in art. 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, aanleiding te geven?, 153

<i>Coll.</i>	Collection of Decisions of the European Commission of Human Rights
<i>Cons. Ass.</i>	Consultative Assembly
<i>D & D</i>	Delikt en Delinkwent
<i>D & R</i>	Decisions and Reports of the European Commission of Human Rights
<i>Jur.</i>	Jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
<i>Publ.</i>	Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen
<i>Publ. ECHR, Series A</i>	Publications of the European Court of Human Rights; Judgments and Decisions
<i>Publ. ECHR, Series B</i>	Publications of the European Court of Human Rights; Pleadings, Oral Arguments and Documents
<i>Trbl.</i>	Tractatenblad
<i>Yearbook</i>	Yearbook of the European Convention on Human Rights

PROF. MR. P. VAN DIJK

*De op Nederland rustende internationale verplichtingen ter zake
van een behoorlijke rechtspraak*

1. WOORD VOORAF, 7
2. ENIGE BASISGEGEVENS MET BETREKKING TOT DE CONVENTIE EN DE DAARIN VOORZIENE PROCEDURE, 9
3. ENIGE BASISGEGEVENS MET BETREKKING TOT HET COVENANT EN DE DAARIN VOORZIENE PROCEDURES, 18
4. SAMENLOOP EN CUMULATIE VAN DE KLACHTPROCEDURES INGEVOLGE DE CONVENTIE EN HET COVENANT, 24
5. ENKELE KANTTEKENINGEN BIJ DE BETEKENIS VOOR EN DE WERKING IN NEDERLAND VAN DE CONVENTIE EN HET COVENANT, 27
6. DERDENWERKING VAN DE INTERNATIONAAL GEGARANDEERDE RECHTEN VAN DE MENS, 36
7. ENKELE KANTTEKENINGEN BIJ DE INTERPRETATIE VAN DE INTERNATIONALE BEPALINGEN, 38
8. KORTE VOORGESCHIEDENIS EN ONDERLINGE VERGELIJKING VAN ARTIKEL 6 VAN DE CONVENTIE EN ARTIKEL 14 VAN HET COVENANT, 48
 - 8.1. Artikel 6 van de Conventie, 48
 - 8.2. Artikel 14 van het Covenant, 55
 - 8.3. Summiere vergelijking tussen artikel 6 van de Conventie en artikel 14 van het Covenant, 62

9. DE RANDVOORWAARDEN WELKE UIT DE CONVENTIE EN HET COVENANT VOORTVLOEIEN TEN AANZIEN VAN DE RECHTSPRAAK, 68
- 9.1. Burgerlijke rechten en verplichtingen, 71
 - 9.2. Strafvervolgning, 81
 - 9.3. Recht op toegang tot de rechter, 88
 - 9.4. Eerlijke behandeling; 'equality of arms', 95
 - 9.5. Recht op rechtsbijstand, 100
 - 9.6. Het recht in persoon het proces bij te wonen, 107
 - 9.7. Openbaarheid van procesvoering en vonniswijzing, 109
 - 9.8. Berechting binnen een redelijke termijn, 114
 - 9.9. Onafhankelijke, onpartijdige en bij de wet ingestelde rechter, 121
 - 9.10. Onschuldpresumptie en vrijwaring tegen zelf-incriminatie, 128
 - 9.11. Tijdige en ontoereikende informatie aangaande de tenlastellegging, 133
 - 9.12. Voldoende tijd en faciliteiten voor de verdediging, 135
 - 9.13. Oproepen en verhoren van getuigen, 137
 - 9.14. Kosteloze bijstand door een tolk, 140
 - 9.15. Recht op een hogere voorziening, 142
 - 9.16. Recht op schadevergoeding, 144
 - 9.17. Ne bis in idem, 145
10. ENIGE SAMENVATTENDE STELLINGEN, 145

De op Nederland rustende internationale verplichtingen ter zake van een behoorlijke rechtspraak

1. WOORD VOORAF

Het overleg met en tussen de vier preadviseurs heeft tot bepaalde afspraken geleid, waarbij de hier volgende uiteenzettingen over de internationale verplichtingen ter zake van een behoorlijke rechtspraak en de werking daarvan binnen de Nederlandse rechtsorde vooral de functie hebben van een referentiekader voor de drie op het Nederlandse recht betrekking hebbende preadviezen. Bijgevolg heb ik me als doel gesteld de randvoorwaarden te schetsen welke in die internationale verplichtingen liggen besloten voor de Nederlandse wetgeving en de Nederlandse rechtspraak. Daarbij ga ik tevens summier in op de geschiedenis van en het internationale kader voor de totstandkoming van deze verplichtingen, de procedures van toezicht op de naleving ervan en hun betekenis voor en werking binnen Nederland, terwijl voorts enkele kanttekeningen aangaande hun interpretatie worden geplaatst. Het doen van aanbevelingen aangaande eventuele wijzigingen welke met het oog op de internationale verplichtingen zouden moeten worden aangebracht in het Nederlandse recht, heb ik tot het terrein van mijn mede-preadviseurs gerekend.

Bij de bespreking van de internationale verplichtingen ter zake van de rechtspraak beperk ik mij tot de twee voor Nederland verbindende verdragen waarin expliciete voorschriften aangaande rechtspraak en procesorde zijn opgenomen: het (Europees) Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna aangeduid als 'Conventie') (1) en het

(1) Ondertekend te Rome op 4 november 1950 en in werking getreden (ook
→

Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (hierna aangeduid als 'Covenant') (2). Andere internationale regelingen met relevantie voor de rechtspraak — bijvoorbeeld bepalingen van het recht van de Europese Gemeenschappen aangaande de vrije dienstverlening die raken aan de verlening van rechtsbijstand (3) en de diverse Europese rechtshulpverdragen in strafzaken (4) — blijven hier buiten beschouwing. Alleen al de noodzaak dit inleidende rapport enigszins binnen de perken te houden, noopte daartoe. Om diezelfde reden wordt binnen de beide te bespreken Verdragen alleen uitvoerig ingegaan op die artikelen, die specifiek over de rechtspraak handelen: art. 6 van de Conventie en art. 14 van het Covenant. Artikelen die daarop niet specifiek betrekking hebben, maar er wel verband mee houden, zoals die aangaande arrestatie en detentie, aangaande foltering en onmenselijke behandeling en bestraffing, aangaande bescherming van de privacy en aangaande een effectieve rechtsbescherming, komen slechts terloops ter sprake.

Naar ik aannem, heb ik de uitnodiging tot het schrijven van dit preadvies vooral te danken aan eerdere publikaties over dit onderwerp (5). Daar het vrij recente publikaties betreft, heb ik daar bij

→ voor Nederland) op 3 september 1953; *Trbl.* 1951, 154; 1961, 8; 1964, 35; 1970, 97. Zie voor de Engelse tekst en de Nederlandse vertaling van het Verdrag, zoals gewijzigd bij het Derde en Vijfde Protocol en aangevuld met het Eerste, Tweede en Vierde Protocol: P. van Dijk (red.), *Rechten van de mens in verdragen, verklaringen, resoluties*, *Ars Aequi Libri* — Rechten van de Mens deel 3, 2e druk, Utrecht 1979, blz. 154-200.

(2) Aangenomen bij Resolutie 2200(XXI) van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties van 16 december 1966 en in werking getreden op 23 maart 1976. Voor Nederland is het Verdrag van kracht sinds 11 maart 1979; *Trbl.* 1969, 99; 1975, 60. Zie voor de Engelse tekst en Nederlandse vertaling van het Verdrag en het Facultatief Protocol: *Ars Aequi Libri* deel 3, a.w. (noot 1), blz. 34-75.

(3) Zie Richtlijn 77/249/EEG van de Raad van 22 maart 1977 tot vergemakkelijking van de daadwerkelijke uitoefening door advocaten van het vrij verichten van diensten, *Publ.* 1977, L 78/17.

(4) Uitvoerig daarover: Françoise Thomas, *De Europese rechtshulpverdragen in strafzaken*, Gent 1980.

(5) Zie met name: P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *De Europese Conventie in theorie en praktijk*, *Ars Aequi Libri* — Rechten van de Mens deel 2, 2e druk, Nijmegen 1982; P. van Dijk, 'Vereenvoudiging van de Afdoening van Lichte Verkeersovertredingen en Artikel 6 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden', Advies

→

de voorbereiding van deze studie veelvuldig op kunnen terugvallen. Niettemin heb ik er van afgezien om bij die onderdelen van mijn uiteenzettingen, die in eerdere publikaties zijn terug te vinden, te volstaan met een verwijzing daarnaar. Ik ben er van uitgegaan, dat de vier preadviezen te zamen een zo volledig mogelijke behandeling van de aan de orde gestelde vraagstelling moeten bieden. Wordt de lezer op belangrijke punten doorverwezen naar andere publikaties, dan wordt dat doel niet bereikt.

2. ENIGE BASISGEGEVENS MET BETREKKING TOT DE CONVENTIE EN DE DAARIN VOORZIENE PROCEDURE

De Conventie is tot stand gekomen in het kader van de Raad van Europa. Op de wordingsgeschiedenis zal hierna nader worden ingegaan in het verband van art. 6. De Raad van Europa heeft niet alleen als bakermat gediend voor de Conventie, maar vormt ook nu nog het kader voor haar verdere uitbouw en voor de internationale dimensie van het toezicht op haar naleving.

Wat die verdere uitbouw betreft, valt in de eerste plaats te denken aan de vijf Protocollen die de Conventie gedeeltelijk hebben aangevuld (6) en gedeeltelijk hebben gewijzigd (7). Deze Protocollen zijn door een Comité van Deskundigen voorbereid, waarna de definitieve tekst door het Comité van Ministers is vastgesteld en aan de verdragsstaten ter ondertekening is voorgelegd. Op deze zelfde wijze worden ook thans nog mogelijkheden bestudeerd om de Conventie aan te vullen. Een voorstel om in een aanvullend Protocol het Europese Hof voor de Rechten van de Mens de be-

→
aan de Minister van Justitie, Tweede Kamer, zitting 1981-1982, 17478, nr. 1, blz. 12-35; *idem*, 'Massaliteit van verkeersovertreden en het recht op behandeling door de rechter', *Trema* 1982, blz. 3-13; *Verkeersrecht* 1982, blz. 285-291.

(6) Eerste Protocol, getekend op 20 maart 1952 en in werking getreden op 18 mei 1954, *Trbl.* 1952, 80; Tweede Protocol, getekend op 6 mei 1963 en in werking getreden op 21 september 1970, *Trbl.* 1963, 323; Vierde Protocol, getekend op 16 september 1963 en in werking getreden op 2 mei 1968 (voor Nederland op 23 juni 1982), *Trbl.* 1969, 241.

(7) Derde Protocol, getekend op 6 mei 1963, in werking getreden op 21 september 1970, *Trbl.* 1964, 34; Vijfde Protocol, getekend op 20 januari 1966, in werking getreden op 20 december 1971, *Trbl.* 1970, 97.

voegdheid te verlenen prejudiciële beslissingen te geven op verzoek van een nationale rechterlijke instantie, lijkt voorlopig van de baan (8). Ik kom daarop in een later verband nog terug. Meer kans maakt een voorstel om via een additioneel protocol de in de Conventie gegarandeerde rechten en vrijheden uit te breiden of aan te vullen (9). Aan dit voorstel wordt thans de laatste hand gelegd. Daar het bij aanvaarding ook art. 6 op een aantal punten zal aanvullen, kom ik ook daarop later nog terug. Een Zesde Protocol inzake de afschaffing van de doodstraf is inmiddels voor ondertekening opengesteld, terwijl een studie betreffende de opnemings in de Conventie van een aantal economische en sociale grondrechten in voorbereiding is (10).

Naast deze direct op uitbreiding of wijziging van de Conventie gerichte activiteiten zijn voor het referentiekader waarbinnen de Conventie wordt geïnterpreteerd en toegepast, ook van groot belang de resoluties van het Comité van Ministers en de resoluties en aanbevelingen van de Parlementaire Vergadering. Deze zijn niet verbindend, maar hebben wel een groot gezag en in sommige gevallen ook rechtsvormende waarde als interpretatiebron of interpretatierichtsnoer en/of als voorfase voor een aanvulling van de Conventie. De aanbevelingen van het Comité van Ministers ontleenen hun gezag aan het feit, dat de regeringen van alle lidstaten van de Raad van Europa (11) in dit Comité op ministerieel niveau zijn vertegenwoordigd en een tot de regeringen van de lidstaten gerichte aanbeveling de instemming van alle meestemmende leden vereist (12), terwijl het in het geval van de Parlementaire Vergadering om een — doorgaans terdege voorbereid — signaal van de

(8) Council of Europe, *Report of the Steering Committee for Human Rights; Study on the advisability of empowering the European Court on Human Rights to give preliminary rulings at the request of a national court*, H(79)3, 1 maart 1979.

(9) Dit voorstel is thans aan het Comité van Ministers voorgelegd; zie Council of Europe, *Human Rights Information Sheet No. 11*, Straatsburg 1982, blz. 20 en Directorate of Press and Information, I(82)52, 1 december 1982.

(10) Zie voor de tekst van Protocol nr. 6 H(83)3, 14 februari 1983. Zie voorts *Human Rights Information Sheet No. 11*, t.a.p. (noot 9).

(11) Op dit moment zijn dat België, Bondsrepubliek Duitsland, Cyprus, Denemarken, Frankrijk, Griekenland, Ierland, IJsland, Italië, Liechtenstein, Luxemburg, Malta, Nederland, Noorwegen, Oostenrijk, Portugal, Spanje, Turkije, Verenigd Koninkrijk, Zweden en Zwitserland.

(12) Art. 20(a)(i) van het Statuut van de Raad van Europa.

publieke opinie in democratisch Europa gaat (13). Ik heb hierbij stilgestaan, omdat er in het vervolg een enkele maal aan een resolutie van een van deze beide organen van de Raad van Europa wordt gerefereerd.

Daarnaast vormt de Raad van Europa, als gezegd, het kader voor het internationale toezicht op de naleving door de verdragsstaten van hun uit de Conventie voortvloeiende verplichtingen. Uit de bepaling van art. 26 van de Conventie, dat eerst de nationale rechtsgang tot het einde toe moet zijn doorlopen, voordat een klacht over een schending van de Conventie 'in Straatsburg' in behandeling kan worden genomen, vloeit voort, dat ook aan de nationale rechterlijke instanties een belangrijke en zelfs primaire rol is toegedacht bij de handhaving van de Conventie. Ook art. 13, dat de verdragsstaten voorschrijft in geval van schending van een der rechten of vrijheden een effectief rechtsmiddel bij een nationale instantie open te stellen, wijst duidelijk in die richting.

Is een dergelijke nationale rechtsgang niet aanwezig, of heeft die niet tot het gewenste resultaat geleid, dan kan een klacht via de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa worden ingediend bij de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (hierna: 'de Commissie'). Hoewel de daaropvolgende procedure in hoofdtrekken in de Conventie zelf te lezen valt en op vele plaatsen reeds uitvoerig is beschreven, ga ik deze toch nog in het kort langs en wel om twee redenen. In de eerste plaats betreft de mogelijkheid van deze procedure nu eenmaal een voor alle verdragsstaten en dus ook voor Nederland uiterst belangrijke consequentie van de Conventie, welke ook actuele betekenis krijgt, wanneer het Nederlandse recht of de Nederlandse rechtspraak in strijd is of wordt beweerd te zijn met de in de Conventie vervatte voorschriften inzake een behoorlijke rechtspraak. In de tweede plaats biedt dit me de gelegenheid een enkele opmerking te maken over de rechtspraak in Straatsburg en over de vraag, in hoeverre deze zelf voldoet aan de eisen die de Conventie voor de nationale rechtspraak stelt.

(13) De Raadgevende Vergadering ('Consultative Assembly') heeft zichzelf in 1974 omgedoopt tot Parlementaire Vergadering ('Parliamentary Assembly'). Zie voor de samenstelling artt. 25 en 26 van het Statuut van de Raad van Europa.

Een klacht kan zowel worden ingediend door ieder van de verdragsstaten, ongeacht of de beweerdde schending al dan niet na-deel aan de eigen onderdanen van die staat heeft toegebracht (art. 24) (14), als door iedere particulier die zich het slachtoffer van de beweerdde schending acht. Deze particulier behoeft niet de onderdaan van de aangeklaagde staat te zijn; voldoende is dat hij zich onder de jurisdictie van die staat bevond op het moment dat de beweerdde schending plaatshad. Hij behoeft zelfs niet de onderdaan te zijn van een staat die partij is bij de Conventie (15). Het reci-prociteitsbeginsel vindt hier dus geen toepassing. Zo kan bijvoor-beeld een onderdaan van de Verenigde Staten die zich tijdelijk in Nederland bevindt, bescherming aan de Conventie ontlennen te-genover de Nederlandse autoriteiten, terwijl een Nederlander de Conventie nimmers jegens de Amerikaanse overheid zal kunnen inroepen. Wel is voor de behandeling van particuliere klachten vereist, dat de verdragsstaat tegen wie de klacht is ingediend, voor-af heeft verklaard, dat hij de bevoegdheid van de Commissie der-gelijke klachten in behandeling te nemen erkent. Naast Nederland hebben ook de andere verdragsstaten een dergelijke verklaring af-gelegd, met uitzondering van Cyprus, Griekenland, Malta en Tur-kije (16).

Wordt een klacht door de Commissie niet-ontvankelijk verklaard, dan is die klacht daarmee, voor wat de Straatsburgse procedure betreft, definitief van de baan, tenzij nieuwe feiten kunnen wor-den aangevoerd (17). Voor een door een staat ingediende klacht is dit niet bepaald, maar men moet aannemen, dat daarvoor het-zelfde geldt wegens het ook in zo'n geval ontbreken van een pro-cesbelang bij een nieuwe behandeling. Een particuliere klacht die volgt op een eerder behandelde klacht van een staat die op dezelf-de feiten betrekking heeft, is naar mijn mening niet als een klacht

(14) Aldus de Commissie in de *Pfunders-zaak (Oostenrijk v. Italië)*, *Yearbook* IV (1961), blz. 116 (140).

(15) *Ibidem*, blz. 138 en 140.

(16) Bij gelegenheid van de laatste verlenging, op 1 september 1979, heeft Nederland dit, in navolging van Ierland, IJsland en Zweden, voor onbepaalde tijd gedaan: Council of Europe, *European Convention on Human Rights; Collected Texts*, Straatsburg 1979, blz. 602.

(17) Art. 27(1)(b) van de Conventie. Uitvoerig over de in de artikelen 26 en 27 genoemde ontvankelijkheidsvoorwaarden: Van Dijk & Van Hoof, *a.w.* (noot 5), blz. 62-106.

te beschouwen die 'in wezen gelijk' ('substantially the same') is aan laatstgenoemde klacht. Daarvoor verschillen de statenklacht en de particuliere klacht, zowel naar de ervoor geldende voorwaarden als naar het ermee beoogde doel (men denke slechts aan de mogelijke toekenning van schadevergoeding), te zeer van karakter. Evenzeer ben ik van mening, dat art. 27 (1) (b) niet inhoudt, dat een reeds behandelde particuliere klacht uitsluit, dat een klacht van een andere particulier die zich het slachtoffer van dezelfde beweerde schending van de Conventie acht, in behandeling wordt genomen. De tekst van bedoelde bepaling laat de interpretatie toe, dat het daar uitsluitend gaat om klachten die identiek zijn naar voorwerp en partijen. Inderdaad blijkt de Commissie geen bezwaar te hebben tegen de behandeling van identieke klachten van verschillende klagers, al zal zij deze zo mogelijk trachten te voegen (18). Een statenklacht volgend op een particuliere klacht zal om dezelfde redenen toelaatbaar moeten worden geacht, waarbij dan bovendien nog telt, dat voor de statenklacht minder ontvankelijkheidsvoorwaarden gelden en de statenklacht een abstract karakter mag hebben en daardoor tot een bredere rechterlijke toetsing kan leiden.

In het geval van tegen Nederland gerichte klachten kan een particulier, nadat zijn klacht door de Commissie niet-ontvankelijk is verklaard, zich met dezelfde klacht, maar dan refererend aan een vergelijkbare bepaling van het Convenant, wenden tot het Comité voor de Rechten van de Mens van de Verenigde Naties. De omgekeerde volgorde is niet mogelijk. Ik kom daarop bij de bespreking van het Covenant terug.

Wordt een klacht door de Commissie wel ontvankelijk verklaard, dan gaat zij over tot een contradictoir onderzoek van de hoofdzak. Tegelijkertijd stelt de Commissie zich ter beschikking van betrokkenen ten einde tot een minnelijke schikking van de zaak te komen. Van beoordelaar van de vraag, of de zaak in aanmerking komt voor de in de Conventie voorziene toetsingsprocedure,

(18) Zie bijvoorbeeld de opeenvolgende zaken 6878/75, *Le Comptie v. België*, D&R 6 (1977), blz. 79 en 7238/75, *Van Leuven en De Meyere v. België*, D&R 8 (1977), blz. 140. In haar beslissing in laatstgenoemde zaak stelde de Commissie (blz. 160): 'In view of all the similarities between the two applications it is desirable that they should be examined together'. Zie voor een opeenvolging van een statenklacht en een particuliere klacht: zaken 5577-5583/62, *Donnelly e.a. v. Verenigd Koninkrijk*, *Yearbook XVI* (1973), blz. 212 (266).

krijgt de Commissie hier de rol van de conciliator, die moet trachten die internationale toetsing overbodig te maken. Dit is een rol die ook in verscheidene nationale rechtsstelsels niet vreemd is aan de rechterlijke functie (19). Het gevaar dat hiermede de met de Conventie beoogde collectieve garantie zou kunnen worden uitgehouden, hebben de opstellers van de Conventie willen keren door te bepalen, dat de minnelijke schikking tot stand moet komen 'op basis van eerbied voor de rechten van de mens zoals in dit Verdrag omschreven' (20). Wordt een dergelijke schikking bereikt, dan legt de Commissie dat resultaat neer in een rapport en is de zaak daarmee af. Deze gehele fase speelt zich af achter gesloten deuren ten einde de betrokkenen — met name de regering van de aangeklaagde staat — gemakkelijker tot concessies te bewegen. Dit functionele belang van de geheimhouding is voor de conciliatoire functie van de Commissie zo groot te achten, dat het feit dat de gehele procedure van de Commissie *in camera* geschiedt, daarin zijn rechtvaardiging vindt, hoezeer dit ook op gespannen voet staat met het in de Conventie zelf benadrukte beginsel van de openbaarheid als element van een behoorlijke rechtspraak. Een van de evidente nadelen van de behandeling achter gesloten deuren is, dat geen controle van buitenaf mogelijk is op de wijze waarop en de omstandigheden waaronder de uiteindelijke schikking tot stand is gekomen. Wanneer het gaat om een schikking tussen een benadeelde particulier en een regering, zou met name de met de garanties voor een 'fair hearing' beoogde 'equality of arms' (21) in het gedrang kunnen komen. Naast de Commissie zal de rechtsbijstandverlener van deze particulier daarop uitermate alert dienen te zijn.

Komt een schikking niet tot stand, dan rondt de Commissie haar onderzoek van de hoofdzaak af en legt zij haar oordeel over de gegrondheid van de klacht neer in een rapport aan het Comité van Ministers. Ook deze verdere behandeling blijft geheim en datzelfde geldt voorshands voor het rapport. Ook deze strijdigheid met de door de Conventie beoogde openbaarheid van procesvoe-

(19) In Nederland is dit het geval voor de burgerlijke rechter (Art. 19 Rv.), terwijl in strafzaken deze rol toekomt aan het Openbaar Ministerie (Art. 74 Sr.) c.g. aan daartoe aangewezen opsporingsambtenaren (Art. 74 bis Sr.).

(20) Art. 28(b). Zie voor de praktijk van de minnelijke schikking: Van Dijk & Van Hoof, *a.w.* (noot 5), blz. 119-129.

(21) Daarover uitvoerig hierna in sub-paragraaf 9.4., blz. 97-98.

ring en uitspraak vindt zijn rechtvaardiging in het feit, dat een schikking alsnog tot stand kan komen en tot schrapping van de zaak van de rol kan leiden (22). Ook hier geldt dan echter, dat op waarborging van de 'equality of arms' moet worden toegezien. Dit klemmt te meer, wanneer het om een schikking gaat die niet onder toezicht van de Commissie tot stand is gekomen.

Binnen drie maanden na overlegging van haar rapport kan de Commissie de zaak voorleggen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna 'het Hof' te noemen). Ook de bij de zaak betrokken staten zijn daartoe bevoegd (23). Voorlegging kan echter alleen plaatsvinden, indien de aangeklaagde staat onderworpen is aan de bindende rechtsmacht van het Hof krachtens een daartoe afgelegde verklaring, of bereid is zich daaraan *ad hoc* te onderwerpen. Bedoelde verklaring is door Nederland afgelegd, evenals door de andere verdragsstaten met uitzondering van Malta en Turkije (24). Wordt de zaak niet aan het Hof voorgelegd, dan wordt deze door het inter-gouvernementele orgaan van de Raad van Europa, het Comité van Ministers, afgedaan. Dit alternatief, waarbij de staten zelf kunnen bepalen, of zij zich voor het toezicht op de naleving van hun uit de Conventie voortvloeiende verplichtingen al dan niet aan het krachtens de Conventie ingestelde Hof onderwerpen, vormt de neerslag van een compromis, met als positief resultaat, dat de toezichtprocedure in alle gevallen van ontvankelijk verklaarde klachten met een bindende beslissing eindigt, iets wat bij internationale toezichtprocedures al iets zeer uitzonderlijks is. Dat zelfs ten aanzien van die verdragsstaten, die de rechtsmacht van het Hof als bindend hebben aanvaard, een ontvankelijk verklaarde klacht niet automatisch voor dat Hof komt, maar afhankelijk is van voorlegging door de Commissie of een der betrokken staten, vindt zijn verklaring in het feit, dat de verdrag-

{22} Zie art. 48 van het Procesreglement van het Hof. Het Comité van Ministers heeft deze mogelijkheid niet uitdrukkelijk geregeld, maar wel in de praktijk aanvaard. Uitvoering: Van Dijk & Van Hoof, *a.w.* (noot 5), blz. 157-160 resp. 195-197.

{23} Zie art. 48 van de Conventie. Zie voor nadere gegevens over het aantal en de motieven van zulke voorleggingen: Van Dijk & Van Hoof, *a.w.* (noot 5), blz. 135-137.

{24} Bij de laatste verlenging, op 1 november 1979, heeft Nederland deze verklaring voor onbepaalde tijd afgelegd in navolging van Ierland en Zwitserland: *Collected Texts*, *a.w.* (noot 16), blz. 603.

sluitende staten een zeef hebben willen inbouwen voor zaken die zich door hun politieke implicaties of om andere redenen minder voor afdoening door een onafhankelijke rechter lenen. Nu de Conventie zelf in het hierna te behandelen art. 6, maar ook in de artt. 5 en 13, zo'n zwaar accent legt op de rechtshandhaving door een onpartijdige en onafhankelijke instantie, rijst de vraag, of na een periode van dertig jaar, waarin het Hof zich via zijn rechtspraak een groot gezag heeft verworven, mede dank zij het feit, dat het er blijk van heeft gegeven de staten een vrij ruime beleids- en beoordelingsruimte te willen laten bij de naleving van de Conventie, het facultatieve karakter en selectieve gebruik van de rechterlijke procedure nog wel op hun plaats zijn. Beantwoording van die vraag valt buiten het kader van dit preadvies (25). Op wijziging van de beschreven situatie kan door de Nederlandse regering in isolement trouwens weinig of geen invloed uitgeoefend worden, laat staan door de Nederlandse juristen. Wat wél van direct belang is voor het onderwerp van de gezamenlijke preadviezen en wél in het vermogen van de Nederlandse regering ligt, en waarop de Nederlandse juristen naar mijn mening met kracht zouden moeten aandringen, is dat alle klachten die tegen Nederland zijn gericht en door de Commissie ontvankelijk zijn verklaard, (mede) op initiatief van de Nederlandse regering aan het Hof worden voorgelegd, tenzij er bij het onderzoek van de hoofdzaak geen rechtsvragen van enig belang zijn gerezen (26). Aldus wordt bereikt, dat op een onafhankelijke, uiterst deskundige en met procedurele waarborgen omgeven wijze wordt beslist over de vraag, of de in de klacht aan de orde gestelde wetgeving en/of overheids-handelingen in strijd zijn met de Conventie. Van een dergelijke beslissing is het meeste effect te verwachten ten aanzien van een eenduidige uitleg en toepassing binnen Nederland en tussen de verdragsstaten onderling.

Terwijl de wijze van afdoening door het Comité van Ministers slechts zeer gebrekkig is geregeld en zich geheel aan de waarne-

(25) Dat de rechter geconfronteerd wordt met politieke belangen, is niet wezensvreemd maar juist eigen aan de internationale rechtspraak: W.J. Ganshof van der Meersch, 'René Cassin, juge international', in: *René Cassin, Amicorum discipulorumque Liber*, deel I, Parijs 1969, blz. XXXV-LI (XXXVII).

(26) Enkele belangrijke zaken waarin Nederland dat initiatief niet heeft genomen, zijn de *Kamma*-zaak (zaak 4771/71; zie *NJ* 1975, 477) en de *Hendriks*-zaak (zaak 8427/78; zie *NJB* 1983, blz. 253-255).

ming onttrekt (27) totdat de eindbeslissing in de vorm van een resolutie wordt bekendgemaakt — als tenminste al de vereiste meerderheid van twee derde van de leden voor een eindbeslissing in de ene of andere richting kan worden verkregen —, heeft men in het geval van het Hof te maken met een werkelijke rechterlijke procedure, met garanties voor de onafhankelijkheid van de rechters en de openbaarheid van de procesvoering en uitspraak (28). De zwakke stee is hier evenwel, dat een oorspronkelijke particuliere klager niet zelf zijn ontvankelijk verklaarde klacht aan het Hof kan voorleggen en in de procedure voor het Hof geen zelfstandige rol speelt. Weliswaar heeft de Commissie, die aan de procedure voor het Hof deelneemt als een boven de betrokkenen staande soort van advocaat-generaal, een praktijk ontwikkeld waarbij zij in haar uiteenzettingen ook het standpunt van de oorspronkelijke particuliere klager verdisconteert en kan het Hof hem of zijn raadsman horen. Dat hij geen procespartij kan zijn, lijkt echter moeilijk verdedigbaar in een procedure, die nu juist is ingesteld om op de eerbiediging van rechten van particulieren toe te zien. Ook hier is de verklaring te vinden in het compromis waarnaar gezocht moest worden bij zo iets ongebruikelijks als een internationaal individueel klachtrecht, maar ook hier lijkt de vraag gewettigd, of de daarbij gekozen oplossing na dertig jaar nog te rechtvaardigen valt.

Terwijl de besluiten van het Comité van Ministers verbindend zijn voor alle verdragsstaten, binden de arresten van het Hof alleen de bij de zaak betrokken staten (29). De ratio van dit wat merkwaaardige verschil zal wel gelegen zijn in de samenstelling van de beide organen en de wijze waarop hun beslissingen tot stand komen. Van belang voor de betekenis van de Conventie voor de Nederlandse rechtsorde lijkt dit onderscheid niet: de Nederlandse autoriteiten, waaronder de rechter, zullen zich zeker niet minder gelegen laten liggen aan de door het Hof gegeven interpretatie in een zaak waarin Nederland geen partij was. Men denke slechts aan de invloed van het tegen België gewezen *Marckx*-arrest inzake de rechtspositie van buiten-echtelijke kinderen. De daarin vervatte interpreta-

(27) Zie voor een poging tot een beschrijving: Van Dijk & Van Hoof, *a.w.* (noot 5), blz. 188-195.

(28) Zie artt. 3, 18 en 54(2) van het Procesreglement van het Hof.

(29) Art. 32(4) resp. art. 53 van de Conventie.

tie van art. 8 is door de Hoge Raad bij eerste gelegenheid overgenomen (30).

3. ENIGE BASISGEGEVENS MET BETREKKING TOT HET COVENANT EN DE DAARIN VOORZIENE PROCEDURES

Het Covenant is tot stand gekomen in het kader van de Verenigde Naties. Het maakt deel uit van de internationale 'Bill of Rights', aan de opstelling waarvan hoge prioriteit was toegekend bij de oprichting van de volkerenorganisatie en waarvan de in 1948 door de Algemene Vergadering aanvaarde en afgekondigde Universele Verklaring van de Rechten van de Mens het eerste onderdeel vormde. Het zou nog achttien jaar duren, voordat het in de aanvang geschetste drieluik (een verklaring, een verdrag en een implementatiestelsel) zou worden voltooid en wel met twee verdragen: het hier aan de orde zijnde Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten en het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten, elk met zijn eigen toezichtmechanisme. Tot een splitsing in twee verdragen was besloten, omdat de beide categorieën van rechten naar hun aard en juridische implicaties, en daarmee ook naar de mogelijkheden van rechtshandhaving, te verschillend werden geacht voor regelingen in één en hetzelfde verdrag (31).

Genoemd drieluik is niet het enige produkt van de inspanningen van de VN op het gebied van de bevordering en bescherming van de rechten van de mens. Het vormt het middenstuk van een groot en nog steeds in omvang toenemend tableau van verdragen, verklaringen en resoluties die door of op instigatie van de Algemene Vergadering of de Economische en Sociale Raad (hierna 'Ecosoc') zijn opgesteld (32). Daar komen dan nog bij de verdragen en aan-

(30) HR 18 januari 1980, NJ 1980, 463.

(31) Zie Th.C. van Boven, 'Internationale instrumenten en procedures ter bevordering en bescherming van de rechten van de mens', in: P. van Dijk (red.), *Rechten van de mens in mondiaal en europees perspectief*, Ars Aequi Libri - Rechten van de Mens deel 1, 2e druk, Utrecht 1980, blz. 33 en 36-39.

(32) Zie het uitstekende door de Verenigde Naties uitgegeven overzicht: *United Nations Action in the Field of Human Rights*, New York 1980, en voor de teksten van de belangrijkste documenten: *Human Rights; A Compilation of International Instruments*, New York 1978.

bevelingen die door de tot de 'VN-familie' behorende gespecialiseerde organisaties zijn opgesteld, met name de Internationale Arbeidsorganisatie op het gebied van de economische en sociale rechten (33) en de UNESCO op het gebied van de educatieve en culturele rechten (34).

In veel gevallen geldt voor elk van die internationale rechtsinstrumenten of groepen daarvan weer een eigen toezicht- en handhavingsprocedure (35). Daarnaast zijn er dan de algemeen toezichthoudende procedures van de organen van de Verenigde Naties, waarbij ook de bescherming van de rechten van de mens een rol speelt, vooral in het geval van de Algemene Vergadering en Eco-soc (36). De meest algemene, geïnstitutionaliseerde procedure is die welke is gebaseerd op Resolutie 1503 (XLVIII) van de Eco-soc van 27 mei 1970. Ingevolge deze procedure behandelt de Commissie voor de Rechten van de Mens van de Verenigde Naties tijdens haar jaarlijkse zittingen klachten over schendingen van mensenrechten die bij de Secretaris-Generaal zijn binnengekomen van slachtoffers van die schendingen of van andere personen of organisaties die directe wetenschap van die schendingen hebben. De klachten worden geselecteerd door een werkgroep van de Sub-Commissie ter Voorkoming van Discriminatie en ter Bescherming van Minderheden en vervolgens door die Sub-Commissie zelf, en komen alleen in behandeling, indien zij een aanduiding vormen van een 'consistent pattern of gross and reliably attested violations of human rights'. De Commissie besluit vervolgens om ofwel een

(33) Opgenomen in: International Labour Organization, *Conventions and Recommendations 1919-1981*, Genève 1982.

(34) Zie Stephen Marks, 'UNESCO and Human Rights: The Implementation of Rights Relating to Education, Science, Culture, and Communication', 13 *Texas International Law Journal* 1977-78, blz. 35-67 (63-65).

(35) Zie voor de Verenigde Naties naast de in noot 31 vermelde bijdrage van Van Boven ook de uitvoerige beschrijving door Kamleshwar Das, 'Institutions et procédures issues des conventions relatives aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales', in: Karel Vasak (red.), *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, UNESCO, Parijs 1978, blz. 367-441. Zie voor de verschillende toezichtprocedures m.b.t. de verdragen van de Internationale Arbeidsorganisatie: P. van Dijk, *Toetsing van Overheidshandelen door de Nationale en Internationale Rechter en het Vereiste van een Procesbelang*, 's-Gravenhage 1976, blz. 274-279. Zie voor de toezichtprocedures in het kader van de UNESCO de in noot 34 genoemde studie van Marks, *t.a.p.*, blz. 57-62.

(36) Zie het overzicht in *United Nations Action*, a.w. (noot 32), blz. 259-297 en 317-357.

diepgaand onderzoek in te stellen en te rapporteren aan de Eco-soc, ofwel met toestemming van de aangeklaagde staat een *ad hoc* onderzoekcomité in te stellen, ofwel geen verdere aandacht aan de zaak te wijden (37).

Tegen deze achtergrond wil ik nu kort de voor ons onderwerp meest relevante procedures bespreken, namelijk die welke specifiek in het Covenant en het daarbij behorende Facultatief Protocol zijn voorzien voor het toezicht op de eerbiediging door de verdragsstaten van de in het Covenant erkende rechten en vrijheden.

Evenals met betrekking tot de Conventie is gesteld, geldt ook hier, dat dit toezicht in de eerste plaats berust bij de nationale autoriteiten zelf, met name ook, in die rechtssystemen waar dat mogelijk is, bij de nationale rechterlijke instanties. Art. 2 van het Covenant schrijft de verdragsstaten in het derde lid immers voor aan dege-ne, jegens wie een der erkende rechten of vrijheden is geschonden, een effectief rechtsmiddel te verzekeren bij een bevoegde (men lette op de volgorde!) rechterlijke, bestuurlijke of wetge-vende autoriteit of een andere autoriteit die daartoe krachtens de nationale wetgeving bevoegd is, en de mogelijkheden van beroep op de rechter verder tot ontwikkeling te brengen. Voorts stelt art. 5(2)(b) van het Facultatief Protocol voor de ontvankelijkheid van particuliere klachten de eis, dat vooraf de beschikbare nationale beroepsmogelijkheden zijn uitgeput. Maar ook hier is het belang van het Covenant als internationaal instrument gelegen in de collectieve garantie, die onder meer inhoudt, dat er internationaal op wordt toegezien, of de nationale rechtsmiddelen inderdaad aanwezig zijn en tot een daadwerkelijk rechtsherstel leiden, terwijl de benadeelde zich, na de nationale rechtsweg tot het einde te hebben doorlopen zonder afdoend resultaat of bij gebreke van een (daadwerkelijke) nationale rechtsweg, tot een internationale instantie kan wenden. Ten aanzien van het op het Covenant betrekking hebbende internationale toezicht zijn drie procedures te onderscheiden, waarvan alleen die van het particuliere klachtrecht wat meer in detail door mij wordt besproken.

De enige procedure waaraan de verdragsstaten verplicht onder-

{37} Zie *ibidem*, blz. 334-341. Zie ook *ibidem*, blz. 318-320, aangaande een algemene, periodieke rapportageprocedure ten overstaan van de Commissie.

worpen zijn, is de rapportageprocedure. Ingevolge art. 40 is iedere verdragsstaat verplicht binnen een jaar nadat het Covenant voor die staat in werking is getreden, verslag uit te brengen over de maatregelen die getroffen zijn en de voortgang die is geboekt ter verwezenlijking van de in het Covenant erkende rechten. Deze rapporten worden bestudeerd door het Comité voor de Rechten van de Mens (hierna 'het Comité' te noemen), dat bestaat uit achttien onafhankelijke deskundigen. Dit Comité rapporteert over zijn onderzoek aan de verdragsstaten en aan de Ecosoc en kan die rapporten vergezeld doen gaan van een algemeen commentaar. Vervolgverslagen moeten de verdragsstaten indienen telkens wanneer het Comité dit verzoekt. Tijdens zijn dertiende zitting, in juli 1981, heeft het Comité besloten een tweede verslag van de staten te vragen binnen vijf jaar nadat hun eerste verslag door het Comité is behandeld (38). Daar het Covenant voor Nederland op 11 maart 1979 in werking is getreden, had het Nederlandse verslag vóór 11 maart 1980 moeten zijn ingediend. Het is op 11 februari 1981 door het Comité ontvangen (39) en tijdens zijn veertiende zitting, van 19-30 oktober 1981 in Bonn, behandeld (40). Het Comité kan geen bindende uitspraak doen over de vraag, of en in hoeverre de staten aan hun verplichtingen hebben voldaan. Zijn rapporten aan de Ecosoc en de Algemene Vergadering kunnen wel tot discussie leiden, maar ook daar kunnen geen bindende uitspraken worden gedaan. Niettemin gaat van de rapportageprocedure een zekere preventieve en repressieve werking uit op het gedrag van althans die staten, die nog een zekere gevoeligheid hebben voor de 'mobilization of shame' die een bespreking binnen een internationaal forum teweeg kan brengen. Maar bovendien vormen de verslagen en rapporten een belangrijke bron van informatie over de interpretatie die naar het oordeel van de leden van het Comité (41) aan de bepalingen van het Covenant gegeven

(38) [Fifth] *Report of the Human Rights Committee*, A/36/40, New York 1981, blz. 104. Zie ook [Sixth] *Report of the Human Rights Committee*, A/37/40, New York 1982, blz. 92. In het vervolg worden deze rapporten uitsluitend met hun documentnummer aangeduid.

(39) A/36/40, blz. 99. Het rapport draagt als documentnummer CCPR/C/10/Add.3.

(40) Zie voor de bespreking: CCPR/C/SR.321-322, 325 en 326, en voor het rapport van het Comité: A/37/40, blz. 20-30.

(41) Zoals hierna nog nader uiteengezet zal worden, leidt de bespreking van

dient te worden. Zij verdienen daarom ook de volle aandacht van de juristen die bij de interpretatie en toepassing van het Covenant binnen de eigen rechtsorde betrokken zijn.

De tweede procedure die in het Covenant is voorzien, is die van de statenklacht. Ingevolge art. 41 kunnen de verdragsstaten zich tot het Comité wenden met de mededeling, dat een van de andere verdragsstaten naar hun mening de uit het Covenant voortvloeiende verplichtingen niet nakomt. De aangeklaagde staat moet dan echter wel vooraf of *ad hoc* hebben verklaard, dat hij de bevoegdheid van het Comité erkent dergelijke klachten (het Covenant spreekt van 'communications') in ontvangst te nemen. Bovendien geldt hier het reciprociteitsbeginsel. Dat wil zeggen, dat klachten alleen kunnen worden ingediend door staten die ook zelf deze bevoegdheid van het Comité te hunnen opzichte hebben aanvaard. Nederland heeft naast andere verdragsstaten een dergelijke verklaring afgelegd (42), zodat klachten door en tegen Nederland bij het Comité kunnen worden ingediend. De procedure van art. 41 heeft tot nog toe geen toepassing gevonden. Te verwachten valt, dat de staten het middel van de klacht niet licht zullen hanteren, nu de rapportageprocedure reeds een algemeen en periodiek toezicht door het Comité garandeert (43). Veel jurisprudentie is hiervan dan ook niet te verwachten.

Dat is geheel anders gesteld met de derde procedure: die van het individuele klachtrecht. Het voorstel van Nederland deze procedure, juist als in de Europese Conventie, als een facultatieve procedure in het Covenant op te nemen, heeft het net niet gehaald, waarna zij regeling heeft gevonden in een afzonderlijk Facultatief Protocol. Tegen die verdragsstaten, die dit Protocol hebben geratificeerd, kunnen bij het Comité klachten worden ingediend door al degenen, die

→ de rapporten slechts tot vage collectieve, maar tot zeer concrete individuele standpunten. De achttien leden nemen op persoonlijke titel deel aan het werk van het Comité: art. 28(3) van het Covenant.

(42) Zie United Nations, *Human Rights International Instruments; Signatures, Ratifications, Accessions, etc.*, New York 1982, blz. 61-64 (63).

(43) Ter vergelijking: ook de in de Conventie ter Uitbanning van Rassendiscriminatie voorziene procedure van de Statenklacht heeft nimmer toepassing gevonden, terwijl het in de Internationale Arbeidsorganisatie ruim veertig jaar heeft geduurd voordat een eerste klacht werd ingediend. De praktijk van de Europese Conventie kent op dit moment achttien Statenklachten, maar daar ontbreekt een periodieke rapportageprocedure, terwijl overigens die achttien klachten slechts betrekking hadden op zes verschillende situaties.

zich onder de jurisdictie van die staat bevinden en zich het slachtoffer achten van schending door die staat van een der in het Covenant opgenomen rechten. De nationaliteit van de klager doet er daarbij niet toe. Dus ook hier geldt, dat onderdanen van staten die zelf geen partij zijn bij het Covenant of het Facultatief Protocol niet hebben geratificeerd, bescherming ontnemen aan het Covenant ten opzichte van staten die dat wel hebben gedaan, voor zover zij onder de jurisdictie van die laatste staten vallen. Zoals steeds in het geval van internationale procedures waarbij rechten van particulieren tegen staten in het geding worden gebracht, dient vooraf de rechtsweg in de aangeklaagde staat tot het einde toe te zijn doorlopen.

Deze procedure betekent uit het oogpunt van de individuele rechtsbescherming een belangrijke vooruitgang in vergelijking tot de hierboven besproken behandeling van particuliere klachten door de VN-Commissie voor de Rechten van de Mens krachtens Ecosoc-Resolutie 1503(XLVIII). Anders dan de Commissie bestaat het Comité niet uit regeringsvertegenwoordigers maar nemen de leden zitting op persoonlijke titel. Ook vindt er geen selectie vooraf van de klachten plaats anders dan aan de hand van expliciet geformuleerde, gebruikelijke ontvankelijkheidsvoorwaarden. De eis dat er sprake moet zijn van een consistent patroon van flagrante schendingen geldt hier niet. En bovendien geeft het Comité zijn zienswijze aangaande iedere ontvankelijk verklaarde klacht afzonderlijk en maakt het deze bekend, terwijl de Commissie zich blijkens haar praktijk beperkt tot geheime beslissingen en zeer vaag en algemeen geformuleerde resoluties die niet in direct verband staan met concrete klachten. Toch is ook het toezicht door het Comité nog ver verwijderd van de eerlijke en openbare rechterlijke behandeling, die art. 14 van het Covenant voor de meeste nationale rechtshandavingsprocedures voorschrijft. Behandeling van de klachten vindt achter gesloten deuren plaats en op basis van uitsluitend de binnengekomen schriftelijke informatie van de particuliere klager en de aangeklaagde staat. Van een openbaar en mondeling gehoor is geen sprake. Bovendien neemt het Comité geen beslissing, maar maakt het slechts zijn inzichten bekend. Daar staat dan tegenover, dat het Comité in de korte tijd van zijn bestaan een werkwijze heeft ontwikkeld, die de rechterlijke procedure zo dicht benadert als de grenzen van zijn mandaat toelaten. Daarbij is vooral van belang, dat het Comité bij het geven van zijn zienswijze niet volstaat met enige algemene, in diplomatieke

termen verhulde opmerkingen. In feite hebben zijn beslissingen dezelfde structuur als die van een rechterlijke beslissing: zij bevatten een uiteenzetting van de feiten en de gevolgde procedure, geven de rechtsoverwegingen weer en sluiten af met een duidelijke uitspraak over de vraag, of van een schending van het Covenant sprake is. Bovendien wordt in het geval van een positieve beantwoording van die vraag de regering uitgenodigd tot het treffen van maatregelen. Daarbij is ook van groot belang dat, hoewel art. 5 van het Protocol slechts bepaalt, dat het Comité zijn inzichten bekend maakt aan de desbetreffende staat en de betrokken persoon, de uitspraken doorgaans via perscommuniqués openbaar worden gemaakt, terwijl zij ook worden opgenomen in de jaar-rapporten van het Comité en er plannen in voorbereiding zijn voor een afzonderlijke publikatie (44). Men kan dus wel stellen, dat het Comité zijn bevoegdheden tot het uiterste heeft opgerekt ten behoeve van een zo effectief mogelijke internationale klacht-procedure voor particulieren (45). Van de sinds de inwerking-treding van het Facultatief Protocol in 1976 binnengekomen 124 klachten, hadden er medio 1982 32 tot een eindoordeel geleid. Ook deze 'views' zijn van toenemend belang voor degenen, die bij de interpretatie en toepassing van het Covenant in de nationale rechtsorde betrokken zijn en voor degenen, die zich voor de beslissing gesteld zien al dan niet van het individuele klachtrecht gebruik te maken (46).

4. SAMENLOOP EN CUMULATIE VAN DE KLACHTPROCEDURES INGEVOLGE DE CONVENTIE EN HET COVENANT

Nu Nederland zowel partij is bij de Conventie als het Covenant en tevens het bij dat laatste gevoegde Facultatief Protocol heeft geratificeerd, kunnen tegen Nederland gerichte klachten zowel door de Europese Commissie als door het VN-Comité in behandeling

(44) A/36/40, blz. 5-6; A/37/40, blz. 4.

(45) Zie Christian Tomuschat, 'Evolving Procedural Rules: the U.N.-Human Rights Committee's first two years of dealing with individual communications', *Human Rights Law Journal* 1980, blz. 249-257.

(46) Behalve in de jaarlijkse rapporten van het Comité, die bij de voorlichtingsdienst van de VN besteld kunnen worden, staan de beslissingen ook afgedrukt in de afleveringen van *Human Rights Law Journal*.

worden genomen. Daar de beide verdragen nagenoeg dezelfde rechten regelen in dikwijls identieke bewoordingen, is het geenszins denkbeeldig, dat een en dezelfde klacht zowel op de Conventie als op het Covenant kan worden gebaseerd. Een klagende partij zou er in dat geval belang bij kunnen hebben beide instanties tegelijkertijd of na elkaar te adiëren. Kan dat?

Ten aanzien van het statenklachtrecht, waarvan toch al een uiterst bescheiden gebruik wordt gemaakt, zal het probleem zich niet licht voordoen. Rijst tussen twee of meer lidstaten van de Raad van Europa een geschil over de beweerdde schending van een recht dat zowel in de Conventie als in het Covenant geregeld is, dan zal dit toch primair als een de Conventie betreffend geschil worden opgevat. In dat geval bepaalt art. 62 van de Conventie, dat zij een dergelijk geschil, behoudens bij bijzondere overeenkomst, niet mogen onderwerpen aan een andere procedure dan in de Conventie is voorzien. De vraag is natuurlijk, of het VN-Comité aan een dergelijke bepaling gebonden is en een toch ingediende klacht op die grond niet-ontvankelijk zou dienen te verklaren. Maar het is toch wel hoogst onwaarschijnlijk, dat een staat die een andere staat wil aanklagen wegens schending van de Conventie, daarvoor een procedure kiest waarbij hij zelf de Conventie schendt. In het geval van het individuele klachtrecht ligt de zaak ingewikkelder, vooral ook omdat de bepalingen in Conventie en Covenant elkaar ter zake niet volledig dekken.

Ingevolge art. 27(1)(b) van de Conventie dient de Commissie een particuliere klacht niet-ontvankelijk te verklaren, indien die 'reeds aan een andere internationale instantie voor onderzoek of regeling is voorgelegd en . . . geen nieuwe feiten bevat' ('has already been submitted to another procedure of international investigation or settlement and . . . contains no relevant new information'). Dit betekent dat, wanneer een particuliere klacht bij het VN-Comité is ingediend, dezelfde klager niet meer met dezelfde klacht bij de Europese Commissie terecht kan, ook niet wanneer het Comité de klacht niet-ontvankelijk of ongegrond verklaart; dit tenzij nieuwe feiten kunnen worden aangevoerd. Beroept de klager zich voor de Commissie op een aspect van het recht dat wel bescherming vindt in de Conventie maar niet in het Covenant, dan gaat het natuurlijk in zoverre om een nieuwe klacht, waarbij de Commissie dan in feite wegens de samenhang in de meeste gevallen toch wel de klacht in zijn geheel zal behandelen.

Niet-ontvankelijkverklaring zou in beginsel ook kunnen volgen, indien dezelfde klacht reeds aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen is voorgelegd, aangezien dat Hof zich bij de toepassing van de algemene beginselen inzake de rechten van de mens mede laat leiden door de bepalingen van de Conventie (47). Dat het hier om identieke klachten zal gaan, lijkt echter, gegeven de geheel verschillende context waarbinnen het vraagstuk aan de orde komt en de verschillende juridische problemen die daarbij een rol spelen, niet erg groot (48).

In het Facultatief Protocol bij het Covenant bepaalt art. 5, dat voorwaarde voor de ontvankelijkheid van een particuliere klacht is, dat 'dezelfde aangelegenheid niet reeds wordt onderzocht volgens een andere procedure van internationaal onderzoek of internationale regeling' ('The same matter is not being examined under another procedure of international investigation or settlement'). Deze formulering duidt erop, dat aan de ontvankelijkheid wel in de weg staat de omstandigheid, dat dezelfde zaak op dat moment elders aanhangig is, maar niet, dat deze elders aanhangig is geweest. Deze interpretatie is inderdaad door het Comité aangevaard (49). Dit betekent, dat een particuliere klager die in de Straatsburgse procedure niet-ontvankelijk is verklaard of niet op alle punten van zijn klacht in het gelijk is gesteld, zich alsnog tot het Comité kan wenden in de hoop, dat het Comité een meer ten voordele van de klager strekkende interpretatie zal volgen.

Juist om het gevaar van een dergelijke uiteenlopende interpretatie, waardoor het gezag van de uitspraken van de Straatsburgse instanties zou kunnen worden aangetast, te keren, heeft het Comité van Ministers van de Raad van Europa er in 1970 bij de verdragsstaten van de Conventie op aangedrongen om, wanneer zij

(47) Zie H.G. Schermers, *Judicial Protection in the European Communities*, 2e druk, Deventer 1979, blz. 33; H. Mosler e.a. (reds.), *Grundrechtsschutz in Europa*, Berlijn enz. 1977.

(48) Zo stond bijvoorbeeld aan de ontvankelijkheid van zaak 6452/74, *Sacchi v. Italië*, D&R 5 (1976), blz. 42, niet in de weg, dat de daar aan de orde gestelde inbreuk op de vrijheid van meningsuiting via kabeltelevisie ook reeds via een prejudiciële vraag aan het Luxemburgse Hof was voorgelegd (zaak 155/73, *Sacchi*, *Jur.* 1974, blz. 409), maar daar (mede) in de context van de vrijheid van dienstverlening.

(49) A/33/40, blz. 100; A/34/40, blz. 123. Zie voor een nadere uitwerking: A/35/40, blz. 90-91.

het Facultatief Protocol bij het Covenant zouden ratificeren, daarbij de verklaring af te leggen, dat niet de bevoegdheid van het Comité wordt erkend klachten van particulieren in behandeling te nemen aangaande zaken die reeds zijn of worden onderzocht in een procedure ingevolge de Conventie, tenzij voor zover een beroep wordt gedaan op rechten of vrijheden die niet vervat zijn in de Conventie (50). De Nederlandse regering heeft aan deze oproep echter geen gevolg gegeven en een dergelijk voorbehoud niet gemaakt. De bezwaren die met een dubbele of opeenvolgende procedure zijn verbonden, werden geacht niet op te wegen tegen het belang, dat de mogelijkheid voor particulieren om zich tot het Comité te wenden, een mogelijkheid waarvoor Nederland zich met andere Westeuropese landen juist zo sterk had gemaakt, zo ruim mogelijk wordt gehouden (51).

Uit het bovenstaande volgt, dat de particulier die zich het slachtoffer acht van de schending van een recht dat zowel in de Conventie als in het Covenant is geregeld — en voor het in de preadviezen aan de orde zijnde recht op een behoorlijke rechtspraak is dat het geval — er verstandig aan doet eerst de weg naar Straatsburg te kiezen, omdat hij daarna nog wel naar Genève (52) kan maar niet omgekeerd. Overigens pleiten ook veel andere argumenten voor deze route, daar de Straatsburgse procedure nu eenmaal veel verder ontwikkeld is in de richting van een rechterlijke procedure en tot een bindende uitspraak leidt.

5. ENKELE KANTTEKENINGEN BIJ DE BETEKENIS VOOR EN DE WERKING IN NEDERLAND VAN DE CONVENTIE EN HET COVENANT

In de Memorie van Antwoord aan de Tweede Kamer bij de behandeling van de goedkeuringswet inzake de Conventie stelden de Ministers van Buitenlandse Zaken en Justitie 'dat, naar hun oordeel, de inhoud van het Verdrag niet afwijkt van de Grondwet of

(50) *Yearbook* XIII (1970), blz. 74-76.

(51) Tweede Kamer, zitting 1975-1976, 13 932 (R 1037), nr. 8, blz. 3.

(52) Hoewel het Comité in de regel beurtelings in Genève en New York bijeenkomt, maar ook al eens in Bonn heeft vergaderd, spreek ik eenvoudigheds halve maar van Genève, omdat het secretariaat van het Comité is gevestigd in het Bureau van de VN in Genève.

van enige andere wetgeving' (53). Daarmee vertolkten zij op dat moment hoogstwaarschijnlijk een vrij algemeen gevoelen, zowel in gouvernementele als in niet-gouvernementele kring. Voor dat gevoelen was natuurlijk ook bepaald wel enige grond. Ligt het al niet voor de hand, dat de Nederlandse regering medewerking zou hebben verleend aan de totstandkoming van een verdrag over een zo belangrijke materie als de rechten van de mens, waarvan het eindresultaat af zou wijken van, en dan met name hogere eisen zou stellen dan, het eigen (constitutionele) recht (54); het is bovendien een Nederlandse traditie om eventuele verschillen op te heffen, voordat tot ratificatie van een verdrag wordt overgegaan. Nederland zag dan ook geen reden bij die ratificatie een of meer voorbehouden te maken, waartoe art. 64 de mogelijkheid biedt (55). Bij de ratificatie van het Covenant heeft Nederland wel een tamelijk groot aantal voorbehouden gemaakt (56), maar zijn regering en parlement er toch kennelijk van uitgegaan, dat de bepalingen voor het overige geen problemen voor Nederland opleverden.

Wat dan is de betekenis voor Nederland van deze bepalingen, als ze naar hun strekking toch reeds krachtens nationaal recht voor Nederland gelden, of anders buiten werking zijn gesteld via een voorbehoud? Zijn het van de kant van Nederland uit gezien uitsluitend exportprodukten, waarmee Nederland andere landen deelgenoot wil maken van de verworvenheden van de Nederlandse (en Westeuropese) beschaving en rechtstraditie? Recente uitspraken, zowel in Straatsburg als in Nederland, leren dat dit niet het geval is: de internationale regelingen blijken wel degelijk ook voor de Nederlandse wetgeving en rechtspraak bepaalde — soms nogal onverwachte — consequenties te hebben. Ik wil volstaan met een

(53) Memorie van Antwoord bij de goedkeuringswet; Tweede Kamer, zitting 1953-1954, 4043, nr. 6, blz. 3.

(54) Vgl. E.A. Alkema, 'Advocaat en Mensenrechten; Vuistregels en vooruitzichten', *Advocatenblad* 1981, blz. 301-302, waar deze stelt, dat het een 'Von Münchhausen'-illusie is, dat verdragsrecht de staten boven zichzelf zou uittillen.

(55) Bij het van toepassing verklaren van de Conventie op de Nederlandse Antillen heeft Nederland een voorbehoud gemaakt ter zake van art. 6(3)(c) betreffende gratis rechtsbijstand. Dit voorbehoud is inmiddels opgeheven.

(56) Tweede Kamer, zitting 1975-1976, 13 932 (R 1037) nr. 4. Het betreft hier de artikelen 10, 12(1), 12(2), 12(4), 14(3)(d), 14(5), 14(7), 19(2), 20(1) en 25(c); *Trbl.* 1978, nr. 177, blz. 29-30.

summiere aanduiding in enkele punten van de betekenis voor Nederland.

1. De internationale regelingen zullen weliswaar doorgaans slechts minimumnormen bevatten, maar dat minimum is dan ook internationaal gegarandeerd. Zo Nederland al nationale normen welke op een hoger beschermingsniveau liggen dan de internationale normen, zou mogen verlagen tot het niveau van de internationale norm, dan mag het daar in ieder geval niet onder komen. Zouden regering en parlement hierop onvoldoende bedacht zijn, of dit onder de druk van bepaalde omstandigheden — economische recessie, toenemend geweld in de samenleving, grote instroom van buitenlanders — bewust accepteren, dan zal de signaalfunctie van de nationale of internationale toetsing aan de internationale norm in werking treden.

2. Van groter praktisch belang is de — blijkens de praktijk geenszins denkbeeldige — mogelijkheid, dat de hogere of gelijke nationale norm door de internationale norm wordt ingehaald resp. voorbijgestreefd. En dit dan niet door verdragswijziging — daarvoor geldt immers hetgeen hierboven met betrekking tot de ratificatie is gesteld — maar door de expansie welke die normen in de loop der tijd via hun interpretatie en toepassing ondergaan. Deze expansie kan haar grond vinden in ontwikkelingen in het rechtsdenken in de diverse verdragsstaten alsmede in, doorgaans daarop aansluitende of mogelijk daarop vooruitlopende, resoluties van internationale organen. De nationale rechter zal daar bij zijn interpretatie oog voor moeten hebben en kan anders door de internationale toezichthoudende instanties worden gecorrigeerd, voor zover deze tot een dynamische interpretatie bereid zijn.

3. De internationale regelingen streven niet alleen de garantie van bepaalde minimumnormen na, maar ook een zekere eenheid in hun toepassing. Hierboven is al gezegd, dat dit niet in alle opzichten mogelijk of nodig is, gegeven de eigen aard en tradities van de verschillende rechtsgemeenschappen waarop de internationale regelingen van toepassing zijn. Maar al te grote verschillen, met ernstige consequenties voor de rechtspositie van de inwoners van de diverse verdragsstaten, zijn in strijd met de 'zelfde geest' en het 'gemeenschappelijk erfdeel' waarvan in de preambule van de Conventie sprake is en met de erkenning van 'de gelijke en onvervreembare rechten van alle leden van de mensengemeenschap' in de preambule van het Covenant. Zo kan het bijvoorbeeld zijn, dat de speelruimte die de Straatsburgse jurisprudentie nu nog laat ten

aanzien van de eis, dat een gearresteerde of gevangen gehouden persoon 'onmiddellijk' ('promptly') voor een rechter moet worden geleid, en waarbij het Nederlandse stelsel dat een verloop van maar liefst 111 uur mogelijk maakt, werd gesanctioneerd (57), na verloop van tijd, mede op grond van een vergelijking van de praktijk van andere verdragsstaten, in strijd met de Conventie wordt bevonden.

Bij dit alles moet nog op twee dingen gewezen worden: *a.* Voor de vraag, of de Nederlandse wetgeving en Nederlandse rechtspraak nog in overeenstemming zijn met de bepalingen van de Conventie en het Covenant, zoals deze in de loop der jaren zijn geïnterpreteerd, moet uiteraard niet uitsluitend gekeken worden naar de uitleg die door nationale en internationale instanties is gegeven in zaken, waarin Nederland de aangeklaagde partij was. Al zullen deze zaken vanzelfsprekend de meeste aandacht trekken, vooral wanneer Nederland daarin in gebreke wordt gesteld, van even groot belang kunnen de interpretaties in tegen andere staten gerichte zaken zijn, omdat daarbij een wetgeving of rechtspraak aan de orde kan zijn die in vergelijkbare vorm in Nederland is te vinden of waarvan de invoering wordt overwogen. Hierboven is de tegen België gerichte uitspraak in de *Marckx*-zaak al als sprekend voorbeeld genoemd, maar er zijn veel andere voorbeelden voor handen. *b.* Ook wanneer een tegen Nederland gerichte klacht niet tot de eindbeslissing leidt, dat Nederland de Conventie of het Covenant heeft geschonden, wil dat nog niet zeggen, dat de aangevochten wetgeving of praktijk derhalve in overeenstemming met deze internationale normen is. In de eerste plaats stellen de internationale instanties zich bij het beoordelen van plaatselijk bepaalde situaties voorzichtig op en zijn zij ook overigens geneigd de nationale autoriteiten een ruime 'margin of appreciation' te laten, waarbij zij zich beperken tot een marginale toetsing waarvan het voor de staat gunstige resultaat niet mag worden geïnterpreteerd als een instemmend oordeel. In de tweede plaats hebben de internationale instanties de begrijpelijke neiging alleen werkelijke misstanden aan te pakken en ten aanzien van minder ernstige zaken wat meer geduld te tonen, waarbij zij dan soms echter wel la-

(57) Zaak 2894/66, *X v. Nederland*, *Yearbook IX* (1966), blz. 564. Zie hierover o.a. E. Myjer, 'Equality of Arms in het Nederlandse Strafproces', *D&D* 1976, blz. 17-33 (26-27).

ten merken niet gelukkig met de bestaande situatie te zijn (58). In feite mag een staat het er ook in zo'n geval niet bij laten zitten (59). En in de derde en belangrijkste plaats: de internationale regelingen bevatten, als gezegd, minimum normen. Deze normen gelden gelijkelijk voor alle verdragstaten. Anders dan sommige andere verdragen op het gebied van de rechten van de mens, staan de Conventie en het Covenant niet toe, dat — behoudens de algemene en bijzondere beperkingsmogelijkheden onder de daarvoor geldende voorwaarden — ten aanzien van de ene staat hogere normen worden aangelegd dan ten aanzien van de andere staat (60). En toch is het evident, dat de situatie in de ene staat wel een hogere standaard toelaat dan die in een andere staat. Zoals Hulsman met betrekking tot de in de Conventie gegarandeerde rechten stelt: 'het ligt voor de hand dat dergelijke rechten in Amsterdam verder ontwikkeld behoren te zijn dan in Nicosia en Istanbul' (61). Het past Nederland als ontwikkelde — en nog steeds welvarende — rechtsstaat dan ook niet op de marge van de internationale normen te balanceren. De internationale rechter kan geen hogere eisen

(58) Zie bijvoorbeeld het rapport van de Commissie in de *Kamma-zaak*, *Yearbook XVIII* (1975), blz. 322, waar de Commissie spreekt van 'ambiguous situations' en met instemming het voornemen van de Nederlandse regering begroet te onderzoeken, of wetswijziging nodig is. Zie ook het arrest van het Hof van 17 januari 1970 in de *Delcourt-zaak*, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 11 (1970), blz. 19, waar het Hof zijn twijfel uitte aangaande 'the satisfactory nature of the system in dispute' [i.e. het systeem waarbij in cassatiezaken de Advocaat-Generaal deelneemt aan de beraadslagingen in raadkamer].

(59) Zie Ch.J. Enschedé, 'De rol van politie en justitie in het garanderen van de rechten van de mens', in: *De Rechten van de Mens*, Leiden (universitaire pers) 1968, blz. 119-134 (131), waar hij naar aanleiding van de in noot 57 genoemde beslissing stelt: 'Toch rijst ook hier de vraag: deugt ons recht?'.

(60) Vgl. bijvoorbeeld art. 2(1) en (3) van het Internationale Verdrag inzake de Economische, Sociale en Culturele Rechten. Zie voor de Conventies van de Internationale Arbeidsorganisatie: N. Valticos, 'The international protection of economic and social rights', in: P. van Dijk (red.), *Rechten van de mens in mondiaal en europees perspectief*, 2e druk, Utrecht 1980, blz. 110-113. Niettemin valt te lezen in A/32/44, blz. 18: 'The opinion was . . . voiced that the consideration by the Human Rights Committee of State's reports would have its full meaning only if legislative and administrative measures were viewed in the context of the economic, social and cultural conditions prevailing in each country'.

(61) L.H.C. Hulsman, 'Provo en de handhaving van de openbare orde', in: F.E. Frenkel (red.), *Provo; kanttekeningen bij een deelverschijnsel*, Amsterdam 1966, blz. 184 (193).

stellen, maar de nationale wetgever uiteraard wel. En ook de nationale rechter mag uit de internationale norm een verdergaande bescherming afleiden dan in de internationale rechtspraak is gedaan, mede tegen de achtergrond van het Nederlandse recht en de Nederlandse rechtsovertuiging.

Over de werking van de bepalingen van Conventie en Covenant in Nederland kan ik uiterst kort zijn, enerzijds omdat daarover een uitvoerige en gemakkelijk toegankelijke literatuur bestaat (62) en anderzijds omdat er op dit punt, juist ten aanzien van de bepalingen die betrekking hebben op de eisen van een behoorlijke rechtspraak, betrekkelijk grote duidelijkheid bestaat.

Onduidelijkheid is er eigenlijk hoofdzakelijk nog op het punt van de gebezigde terminologie. Zo spreekt men van 'zelfwerking', 'directe werking', 'rechtstreekse werking', 'interne werking', 'rechtstreekse toepasselijkheid', en 'rechtstreekse toepasbaarheid' van internationale normen binnen de Nederlandse rechtsorde. Ik wil trachten die Babylonische spraakverwarring te omzeilen door eenvoudig te zeggen waar het om gaat.

Allereerst moet een onderscheid gemaakt worden tussen de bindende kracht van een internationale norm voor Nederland en de mogelijkheid voor een rechtssubject binnen Nederland die norm in te roepen. Of een norm bindend is voor Nederland, wordt bepaald door regels van het volkenrecht: bepalingen aangaande ratificatie van en toetreding tot verdragen, bepalingen aangaande de bevoegdheid van organen van internationale organisaties besluiten te nemen die de leden binden, leerstukken aangaande het *ius cogens*, algemeen aanvaarde rechtsbeginselen, gewoonterecht, eenzijdige rechtshandelingen enz. (63). Of de Nederlandse overheid

(62) Zie met name: M.J. van Emde Boas, 'The Impact of the European Convention on Human Rights on the Legal Order of the Netherlands', *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht* 1966, blzz. 337-373, en 1967, blzz. 1-32; D.H.M. Meuwissen, *De Europese Conventie en het Nederlandse Recht*, Leiden 1968, met name blzz. 357-364; *idem*, 'Theoretische aspecten van de betekenis van de Europese Conventie voor het Nederlandse recht', in: *De Europese Conventie en het Nederlandse recht*, preadviezen Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, Deventer 1976, blzz. 46-79; Van Dijk & Van Hoof, *a.w.* (noot 5), blzz. 12-16.

(63) Ik volsta met de geïnteresseerde lezer te verwijzen naar drie publikaties van Nederlandse auteurs over bindende normen van internationaal recht: M. Bos, 'The Recognized Manifestations of International Law; A New Theory

bij het aangaan van een internationale verplichting de Nederlandse grondwettelijke voorschriften in acht heeft genomen, kan na de volkenrechtelijke inwerkingtreding van de norm niet meer worden getoetst. Een negatieve beantwoording daarvan zou andere staten trouwens niet kunnen worden tegengeworpen, als te dien aanzien geen voorbehoud is gemaakt.

Een internationale norm die bindende kracht heeft voor Nederland, heeft uiteraard ook werking binnen Nederland. Op Nederland rust de plicht de wetgeving en de rechtspraak aan te passen, indien en voor zover dat nodig is om Nederland als staat aan zijn internationale verplichtingen te laten voldoen. Zoals boven reeds is aangeduid, kunnen internationale normen in dit opzicht hun schaduw vooruit werpen, doordat de Nederlandse overheid er in het algemeen naar zal streven voorzienbaar noodzakelijke aanpassingen aan te brengen, voordat het zich internationaal bindt. Maar evenzeer kunnen latere, onvoorzienbare aanpassingen noodzakelijk zijn, bijvoorbeeld ten gevolge van een uitspraak van een nationale of internationale instantie, waarin aan een internationale verplichting een ruimere strekking is toegekend, dan op het moment van het aangaan van de verplichting werd aangenomen. Aanpassing van de nationale wetgeving is niet nodig, indien de werking van de internationale norm zodanig is, dat deze zelf als internationale norm binnen de Nederlandse rechtsorde toegepast moet worden met voorrang boven eventueel daarvan afwijkende bepalingen van nationaal recht. Actie van de nationale wetgever kan in dat geval zelfs ongewenst zijn, omdat de Nederlandse rechter — m.i. geheel ten onrechte — het standpunt inneemt, dat in dat geval de internationale norm niet voor toepassing in aanmerking komt en derhalve de nationale wettelijke aanpassing niet aan die internationale norm kan worden getoetst (64). Ik zeg 'geheel ten onrechte', omdat daarvoor m.i. niet bepalend is, of de nationale wetgever tot aanpassing is overgegaan, maar of hij tot aanpassing c.q. uitvoering moest overgaan omdat de internationale norm zich niet voor rechtstreekse toepassing door de nationale

→ of "Sources" ', *German Yearbook of International Law* 1977, blzz. 9-76; H. Meyers, *Fasen van Volkenrechtsvorming en het nut van internationaal gewoonterecht*, inaugurele rede, Alphen a/d Rijn 1979; G.J.H. van Hoof, *Re-thinking the Sources of International Law*, proefschrift, binnenkort te verschijnen bij Kluwer.

(64) IIR 8 november 1968, *NJ* 1969, 10 (Portalon-arrest).

rechter leent. En in dat laatste geval brengt de ratio van de door de Nederlandse grondwetgever gemaakte keuze voor het *monistische* stelsel (65) mee, dat de rechter bij de interpretatie van de uitvoeringsregel terdege rekening houdt met de internationale norm.

De vraag of een internationale norm zich voor rechtstreekse toepassing door de nationale rechter en administratie *leent* en de vraag, of de nationale rechter en administratie daaraan rechtstreekse toepassing *kunnen* verlenen, zijn twee te onderscheiden vragen. Het antwoord op de eerste vraag kan uitsluitend gegeven worden op basis van de uitlegging van de internationale norm (66), terwijl het antwoord op de tweede vraag bepaald wordt door het nationale constitutionele recht (67). Voor Nederland vallen de beide vragen echter in feite samen, omdat de artt. 94 en 95 van de grondwet (68) de rechtstreekse toepassing van 'een ieder verbindende' bepalingen van verdragen en besluiten van internationale organisaties (69) voorschrijft en de jurisprudentie ervan uitgaat, dat een

(65) Zie daarvoor D.H.M. Meuwissen, *De Europese Conventie en het Nederlandse Recht*, a.w. (noot 62), blzz. 8-9 en 240-354.

(66) In die zin ook HR 18 mei 1962, *NJ* 1965, 115. In het algemeen zal een internationale norm zich voor rechtstreekse toepassing lenen, als deze voor de nationale autoriteiten ofwel een onthoudingsplicht inhoudt, ofwel een verplichting iets te doen welke niet van enig voorbehoud afhankelijk is, geen nadere internationale of nationale rechtshandelingen vereist en aan de nationale autoriteiten geen ruimte voor beleidsvrijheid laat; uitvoerig: Marc Mareceau, *De directe werking van het Europese Gemeenschapsrecht*, Deventer 1978, vooral blzz. 63-153.

(67) Aldus ook het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in o.a. het arrest van 6 februari 1976 in de zaak *Swedish Engine Drivers' Union, Publ. ECHR, Series A*, vol. 20 (1976), blz. 18. Uitvoerig: M. Sørensen, 'Die Verpflichtungen eines Staates im Bereich seiner nationalen Rechtsordnung auf Grund eines Staatsvertrages', in: *Menschenrechte im Staatsrecht und im Völkerrecht*, Karlsruhe 1967, blzz. 21-24. Of ook voor de werking van het recht van de Europese Gemeenschappen deze vraag in laatste instantie door het nationale dan wel door het communautaire recht wordt bepaald, kan hier onbesproken blijven: P.J.G. Kapteyn & P. VerLoren van Themaat, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*, 3e druk, Deventer 1980, blzz. 31-34.

(68) Deze hebben dezelfde strekking als de artt. 65-67 van de oude grondwet.

(69) Dat de grondwettelijke regel tot deze *geschreven* normen van internationaal recht beperkt is, zoals de Hoge Raad (6 maart 1959, *NJ* 1962, 2) *a contrario* uit de tekst heeft afgeleid, heeft veel bestrijding gevonden, ook in →

norm 'een ieder verbindend' is, wanneer zij zich voor rechtstreekse toepassing leent (70).

Die bepalingen van de Conventie en het Covenant, die rechten en vrijheden garanderen, lenen zich over het geheel genomen voor rechtstreekse toepassing. Dat vindt ook erkenning in de Nederlandse doctrine en rechtspraak (71). Een uitzondering moet wellicht gemaakt worden voor art. 3 van het Eerste Protocol bij de Conventie, dat periodieke vrije en geheime verkiezingen voorschrijft. Die bepaling leent zich waarschijnlijk alleen voor directe toepassing in samenhang met het discriminatieverbod van art. 14 van de Conventie (72). Hetzelfde zal gelden voor art. 25 van het Covenant, waarin het discriminatieverbod echter reeds verdisconteerd is. Van de in deze preadviezen centraal staande artt. 6 van de Conventie en 14 van het Covenant is de rechtstreekse toepasbaarheid reeds een aantal malen door de Hoge Raad erkend (73). Van het eveneens van belang zijnde art. 13 van de Conventie, dat het recht op daadwerkelijke rechtshulp in geval van schending van een der erkende rechten garandeert, is de rechtstreekse toepasbaarheid door de Hoge Raad daarentegen ontkend (74), doch de Kroon lijkt een opening te hebben geschapen door dit artikel als mogelijke basis voor een actie wegens onrechtmatige overheidsdaad te aanvaarden (75). De verplichting van art. 13 – en van art.

→ de Tweede Kamer tijdens de behandeling van het desbetreffende hoofdstuk van de nieuwe grondwet. Van de kant van de regering is echter het standpunt ingenomen en volgehouden, dat geen toetsingsbevoegdheid aan ongeschreven internationale normen bestaat: Tweede Kamer, 15 049 (R 1100), nr. 3, blzz. 12-13; nr. 4, blzz. 23-24; nr. 7, blz. 9 en nr. 10, blzz. 9-11.

(70) Zie hiervoor het preadvies van Meuwissen, *a.w.* (noot 62), blz. 54. Het daar aan de orde gestelde meningsverschil kan hier, gelet op ons onderwerp, buiten beschouwing blijven.

(71) Zie bijv. A.M. Donner, 'Grondrechten als constitutionele rechten', in: *Speculum Langemeijer*, Zwolle 1973, blz. 21; F.A. Alkema, 'Fundamental Human Rights and the Legal Order of the Netherlands', in: H.F. van Panhuys e.a. (reds.), *International Law in the Netherlands*, vol. 3, Alphen a/d Rijn 1980, blzz. 117-118.

(72) Zo ook Meuwissen, preadvies, *a.w.* (noot 62), blz. 37.

(73) Zie bijv. HR 23 september 1980, *NJ* 1981, 116 en HR 4 november 1980, *NJ* 1981, 117. De in algemene bewoordingen gestelde ontkenning t.a.v. art. 14 in HR 14 april 1980, *NJ* 1981, 401, ziet blijkens de casuspositie uitsluitend op het vijfde lid, dat het recht op een hogere voorziening betreft.

(74) HR 24 februari 1960, *NJ* 1960, 483.

(75) KB 22 oktober 1974, *AB* 1975, 324.

2(3)(a) van het Covenant — is zodanig geformuleerd, dat hier inderdaad een discretionaire bevoegdheid aan de nationale autoriteiten is gelaten de voorgeschreven 'remedy' in te kleden. Is echter een bepaalde beroepsprocedure voorzien, maar blijkt deze niet effectief te zijn, dan kan daartegen m.i. wel degelijk art. 13 respectievelijk art. 2(3)(a) worden ingeroepen, voor zover al niet art. 6 respectievelijk art. 14 van toepassing is.

6. DERDENWERKING VAN DE INTERNATIONAAL GEGARANDEERDE RECHTEN VAN DE MENS

Van een recht van de mens of grondrecht wordt gezegd, dat het 'derdenwerking' of 'horizontale werking' heeft, indien het ook in de betrekkingen tussen particulieren onderling gerespecteerd moet worden en tegenover een particulier kan worden gehandhaafd. Een dergelijke derdenwerking lijkt uit Conventie of Covenant voor de daar geregelde rechten niet dwingend voort te vloeien. Anderzijds staat ook niets daarin de erkenning van derdenwerking door de nationale instanties en door de internationale toezichthoudende organen in de weg. Bij de internationale toezichtprocedures zal de derdenwerking dan echter slechts toepassing kunnen vinden via de bepaling van de reikwijdte van de aansprakelijkheid van de staat, aangezien in de internationale fora klachten zich alleen tegen staten en niet tegen particulieren kunnen richten (76). Alkema heeft in zijn preadvies voor de Nederlandse Orde van Advocaten de argumenten die pleiten vóór derdenwerking, als volgt samengevat:

1. De rechten van de mens zijn zó fundamenteel, dat ook privé-personen en particuliere organisaties hun werking niet mogen frustreren, *c.q.* tot hun verwezenlijking moeten bijdragen;
2. Het doel van de rechten van de mens: de bescherming van het individu tegen de macht van de overheid en de verzekering van overheidszorg voor de meest vitale behoeften, brengt mee, dat instellingen en groepen die een soortgelijke machtspositie innemen als de staat of een staatsorgaan, tevens dezelfde normen in acht nemen;
3. Derdenwerking moet voorkomen, dat de staat zich door gebruik

(76) Uitvoerig Van Dijk & Van Hoof, *a.w.* (noot 5), blzz. 16-22.

te maken van privaatrechtelijke rechtsfiguren, zou kunnen onttrekken aan zijn verplichtingen terzake van de rechten van de mens (77).

Hoewel, als gezegd, ook de internationale instanties bij hun toezicht het aspect van de derdenwerking kunnen laten meewegen en dat in enkele gevallen ook reeds hebben gedaan (78), ligt hier toch primair een taak voor de nationale instanties, die immers directe bemoeienis met particuliere rechtsverhoudingen hebben. In hoeverre de grondwetsherziening in Nederland tot een ruimere erkenning van de horizontale werking zal leiden van die internationale beschermde rechten van de mens, die zich daarvoor lenen, moet nog worden afgewacht (79).

Wat het recht op een behoorlijke rechtspraak betreft, lijkt de ruimte voor derdenwerking uiterst beperkt, omdat het hier om bepalingen gaat die zich primair, zo niet uitsluitend, tot de overheid richten. Eventueel zou men kunnen denken aan een uit deze bepalingen voor de tegenpartij in een civiel geding voortvloeiende verplichting van zijn kant het nodige te doen en na te laten om tot een vaststelling binnen redelijke termijn van de in het geding zijnde burgerlijke rechten en verplichtingen te komen. Maar ook dit punt laat zich toch primair vertalen in een regulerende plicht voor wetgever en rechter. En datzelfde geldt ten aanzien van de denkbare constructie van een horizontale werking van het recht op rechtsbijstand ten opzichte van advocaten (80).

(77) E.A. Alkema, *a.w.* (noot 54), blz. 314.

(78) Het meest duidelijk ten aanzien van de vakbondsvrijheid. Zie met name het arrest van 27 oktober 1975 in de zaak betreffende de *National Union of Belgian Police*, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 19 (1975), blz. 18, het rapport van 14 december 1979 in de zaak van *Young, James en Webster*, §§ 163-164, en het arrest van 13 augustus 1981 in deze zaak, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 44 (1981), blz. 20.

(79) Hierover Alkema, *a.w.* (noot 54), blzz. 314-315.

(80) Zie zaak 7641/76, *X en Y v. Bondsrepubliek Duitsland*, D & R 10 (1978), blz. 224 (230), waar de Commissie een klacht over gedwongen *pro deo* toevoeging afwees met een verwijzing naar het recht op kosteloze rechtsbijstand van artikel 6(3)(c).

7. ENKELE KANTTEKENINGEN BIJ DE INTERPRETATIE VAN DE INTERNATIONALE BEPALINGEN

Uit hetgeen hierboven is opgemerkt aangaande de primaire rol van de nationale autoriteiten bij de handhaving van de internationale regelingen en over de werking van Conventie en Covenant binnen de Nederlandse rechtsorde, vloeit voort, dat de Nederlandse wetgever, administratie en vooral ook rechter in veel gevallen geroepen zullen zijn tot interpretatie van bepalingen daarin. Toepassing veronderstelt immers uitlegging.

Vanuit het met de internationale regelingen beoogde doel zijn aan deze nationale interpretatie een aantal gevaren verbonden. In de eerste plaats zullen de nationale instanties, ook al erkennen zij, dat zij de internationale bepaling rechtstreeks, dus als *internationaal* recht, dienen toe te passen, geneigd zijn deze te interpreteren als betrefte bepalingen van *nationaal* recht. Daarmee wordt dan in de meeste gevallen wel bereikt, dat een harmonie tussen de internationale bepalingen en bepalingen van nationaal recht tot stand wordt gebracht, maar de met de internationale regeling beoogde *internationale* standaard alsook de ratio van de in de Grondwet neergelegde toetsingsplicht aan en voorrang van internationale regelingen kunnen daarbij in het gedrang komen.

In de tweede plaats ligt het voor de hand, dat de nationale interpretatie, zelfs wanneer daarbij de bedoeling voorziet volledig recht te doen aan het internationale karakter van de te interpreteren bepaling, niet steeds parallel zal lopen met de uitleg die in andere verdragsstaten aan dezelfde bepaling wordt gegeven. Administratie en rechter zullen in het algemeen weinig of niet op de hoogte zijn van zulke in het buitenland gegeven interpretaties, tenzij op een bepaald punt een speciale studie is verricht of een advocaat zich de niet geringe moeite heeft getroost die informatie bijeen te zoeken (81). Er is ook geen bepaling die administratie en rechter

(81) Een selectie van nationale rechtspraak wordt jaarlijks opgenomen in het *Yearbook of the European Convention on Human Rights*. Ook de tijdschriften *Europäische Grundrechte Zeitschrift* en *Human Rights Law Journal* vermelden de belangrijkste rechtspraak van enkele verdragsstaten. De door het Europa Instituut van de Rijksuniversiteit te Utrecht in samenwerking met de Raad van Europa samengestelde *Digest of Case Law concerning the European Convention on Human Rights*, die in 1983 zal worden gepubliceerd door Carl Heymanns Verlag en uitsluitend de 'Straatsburgse' jurisprudentie bevat, zal

voorschrijft met die buitenlandse jurisprudentie rekening te houden. Nu kan weliswaar niet worden gezegd, dat Conventie en Covenant een strikt uniforme toepassing in de verschillende verdragsstaten vereisen. De vele bepalingen waarin wordt verwezen naar het geldende nationale recht en de bescherming van bepaalde nationale belangen, wijzen daar duidelijk op. Maar verschillen in interpretatie kunnen licht tot verschillen in rechtsbescherming tussen de onderdanen van de verdragsstaten leiden, zonder dat die een rechtvaardiging vinden in bijzondere nationale situaties of te beschermen algemene belangen. Ook daarmee wordt de beoogde 'common public order of the free democracies of Europe' (82) onvoldoende recht gedaan.

Het is daarom van groot belang, dat er in het geval van beide verdragen ook internationale instanties zijn die zich over de nationale interpretatie kunnen uitspreken en/of hun interpretatie aan de verdragsstaten kenbaar kunnen maken en daarmee geleidelijkaan een grotere uniformiteit in de uitleg kunnen bewerkstelligen.

In het geval van de Conventie gaat het daarbij met name om de interpretaties door de Commissie en het Hof, hoewel ook het Comité van Ministers, de Parlementaire Vergadering en de Secretaris-Generaal direct of zijdelings bij de interpretatie van de Conventie betrokken kunnen zijn (83). Ook het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen dient in dit verband te worden genoemd (84).

De interpretatie die de Commissie in haar beslissingen over de ontvankelijkheid en in haar rapporten over de merites van klachten geeft, is niet bindend. Zij kan immers geen eindbeslissing nemen, tenzij zij een klacht niet-ontvankelijk verklaart. De beslissingen van de Commissie over de ontvankelijkheid bevatten vaak reeds interpretaties van materiële bepalingen van de Conventie, vooral in het verband van de behandeling van de vraag, of een klacht

→ door het in Utrecht gevestigde Studie- en Informatiecentrum Mensenrechten (SIM) worden aangevuld met regelmatige publikaties van de nationale jurisprudentie van een aantal verdragsstaten.

(82) Zaak 788/60, *Oostenrijk v. Italië*, *Yearbook* IV (1961), blz. 138.

(83) Zie hierboven, paragraaf 2.

(84) Zie noot 47. Zie voor wat betreft artikel 6 van de Conventie de prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie in zaak 98/79, *Pecastaing v. Belgische Staat*, *Jur.* 1980, blz. 691 (716).

'kennelijk ongegrond' ('manifestly ill-founded') is dan wel buiten de materiële werkingssfeer van de Conventie valt (85). In die gevallen houdt een niet-ontvankelijkverklaring in feite reeds een uitspraak over de hoofdzaak in. Juist omdat in het geval van een niet-ontvankelijkverklaring de weg naar een verdere behandeling door de Commissie en een eventuele voorlegging aan het Hof is afgesloten, kan deze 'negatieve' jurisprudentie van de Commissie lange tijd als dé Straatsburgse interpretatie gelden (86). En daar een niet-ontvankelijkverklaring nog steeds ruim 95% van de klachten treft (87), is de jurisprudentie van de Commissie uiteraard veel omvangrijker dan die van het Hof, zelfs als men in aanmerking neemt, dat veel beslissingen van de Commissie betrekking hebben op klachten die vergelijkbaar zijn met eerdere klachten en weinig nieuwe jurisprudentie toevoegen. Bij de beslissingen over de ontvankelijkheid voegen zich dan nog de belangrijke en uitvoerige rapporten van de Commissie, waarin zij haar zienswijze op de hoofdzaak geeft. Op deze rapporten volgt in ongeveer 50% van de gevallen een uitspraak van het Hof (88). In de andere gevallen berust de eindbeslissing bij het Comité van Ministers, dat er praktisch altijd mee volstaat de zienswijze van de Commissie te onderschrijven en tot nog toe geen eigen 'jurisprudentie' heeft ontwikkeld. Al is de jurisprudentie van de Commissie niet bindend voor de nationale instanties (89), zij doen er goed aan hiermee terdege rekening te houden (90). Voor de 'negatieve' jurisprudentie ligt dit al

(85) Zie daarvoor Van Dijk & Van Hoof, *a.w.* (noot 5), blzz. 80-83 en 103-106.

(86) Daarop wijst ook Alkema: F.A. Alkema, *Studies over Europese Grondrechten*, Deventer 1978, blzz. 17-18.

(87) Van de einde 1981 door de Commissie genomen 9123 beslissingen, betroffen er 255 een ontvankelijkverklaring: Council of Europe, European Commission of Human Rights, *Stock-taking on the European Convention on Human Rights*, Straatsburg 1982, blz. 224.

(88) Einde 1981 waren er 46 zaken aan het Hof voorgelegd, terwijl 41 zaken door het Comité van Ministers waren afgedaan; *ibidem*, blzz. 230-231.

(89) Zelfs een niet-ontvankelijkverklaring lijkt voor een klagende staat geen *res iudicata* te vormen, omdat artikel 27(1)(b) formeel niet geldt voor staten-klachten. Zie hierboven, blz. 12.

(90) Van de ontvankelijkheidsbeslissingen van de Commissie worden de belangrijkste gepubliceerd in de door de Raad van Europa uitgegeven verzameling *Decisions and Reports of the European Commission of Human Rights* (vóór 1975: *Collection of Decisions of the European Commission of Human* →

heel erg voor de hand, omdat de nationale rechter in dat geval geen correctie vanuit Straatsburg hoeft te vrezen. Maar ook met de 'positieve' interpretatie dient de nationale rechter zeker rekening te houden, zolang deze niet door een arrest van het Hof is achterhaald. Wegens de samenstelling en werkwijze van de Commissie mag haar interpretatie immers als zeer gezaghebbend gelden en zal navolging daarvan in elk geval de eenheid in uitleg bevorderen, veelal de indiening van een klacht bij de Commissie voorkomen en voor de burger, gezien de ruimere bevoegdheden van de nationale rechter ten opzichte van de overheid, de schade beperken (91). Wel mag de rechter uiteraard van de 'Straatsburgse' jurisprudentie afwijken, wanneer hij meent op grond van zijn nationale recht of een andere internationale overeenkomst tot een voor de particulier verdergaande bescherming te moeten besluiten. Art. 60 van de Conventie verplicht hem daar zelfs toe.

Het gezag van de door het Hof gegeven interpretaties is nog groter. Dit is allereerst gegeven met de hiërarchie die het Hof in de Straatsburgse rechtsgang inneemt. Deze brengt tevens mee, dat het Hof bij zijn beraadslagingen het standpunt (en de eventuele minderheidsstandpunten) van de Commissie voor zich heeft, alsmede de zienswijze van de betrokken staten en particulieren en ook van regeringen van niet-betrokken staten, voor zover die hun zienswijze te kennen hebben gegeven. Bovendien kan het Hof, dat slechts een kleine selectie van zaken te behandelen krijgt, over de te ne-

→
Rights) en in het jaarlijks verschijnende *Yearbook of the European Convention on Human Rights*. De rapporten van de Commissie worden, nadat de zaak aan het Hof is voorgelegd of het Comité van Ministers het rapport 'heeft vrijgegeven', afzonderlijk gepubliceerd en soms geheel of gedeeltelijk opgenomen in de eerder genoemde *Decisions and Reports* en/of het *Yearbook*. Is een zaak aan het Hof voorgelegd, dan wordt de tekst van het rapport later tevens afgedrukt in de B-serie van *Publications of the European Court of Human Rights*. De beslissingen en rapporten zijn alle — voor wat de beslissingen betreft ook de niet-gepubliceerde — verwerkt in de in noot 81 genoemde *Digest of Case-Law*.

(91) Mij ontgaat de stelling van Alkema, *a.w.* (noot 86), blz. 18, dat de nationale rechter een beroep op de Conventie niet mag honoreren met uitsluitend een beroep op de uitleg van de Commissie, daar het hier geen besluit in de zin van art. 67(2) (oud) Grondwet betreft. Daar het gaat om een uitleg door de Commissie van een bepaling van de Conventie, is het besluit van de nationale rechter niet op die uitleg gebaseerd, maar op een verdragsbepaling zoals geïnterpreteerd door de Commissie. Niet art. 67 maar art. 65 (in de nummering van de oude grondwet) is derhalve van toepassing.

men beslissing uitvoeriger beraadslagen, dan het geval is met de overbelaste Commissie. Tenslotte is natuurlijk toch ook van belang, dat de interpretaties van het Hof gegeven worden in een bindende beslissing over de hoofdzaak. Al is die beslissing slechts bindend voor partijen, haar om andere dan zeer zwaarwichtige redenen negeren in een andere zaak, zou een ernstige miskennen vormen van het met de Conventie tevens gevestigde internationale toezicht en leiden tot een onnodige belasting van dat toezicht-mechanisme en van de in de zaak betrokken particulieren (92).

Juist vanwege dit grote gezag van de rechtspraak van het Hof en de gunstige invloed die daarvan kan uitgaan op een op de Europese rechtsorde georiënteerde en uniforme interpretatie en toepassing van de Conventie in de verdragsstaten, is het van belang, dat interpretatievragen die via klachten rijzen, zoveel mogelijk uiteindelijk aan het Hof worden voorgelegd. Het is dan ook verheugend, dat de Commissie de laatste tijd een ruimer gebruik lijkt te maken van haar bevoegdheid ex art. 48 een zaak aan het Hof voor te leggen, ook in zaken waar zij zelf concludeert dat er van schending geen sprake is. Ik zou er hier ten sterkste voor willen pleiten, dat ook de Nederlandse regering, in die gevallen waarin het tegen Nederland gerichte klachten betreft, van haar bevoegdheid ter zake een ruimer gebruik maakt dan zij tot nu toe heeft gedaan (93). Ook wil ik in dit verband opmerken, hoezeer ik het betreurt, dat pogingen tot invoering van een prejudiciële procedure, waarbij de nationale rechter een interpretatievraag aan het Hof kan voorleggen en daarmee wellicht de noodzaak voor de betrokkene een klacht in Straatsburg in te dienen bij voorbaat kan wegnemen, voorlopig gestrand zijn (94).

Voor wat het Covenant betreft, ligt de internationale interpretatie vrijwel geheel in handen van het bij het Covenant ingestelde VN-

(92) Van de arresten van het Hof geeft de griffie op de dag van de uitspraak een gestencilde tekst uit. Later verschijnt die tekst in de A-serie van *Publications of the European Court of Human Rights*. Ook de arresten van het Hof zijn verwerkt in de in noot 81 genoemde *Digest of Case-Law*.

(93) Zo acht ik het bijvoorbeeld zeer betreurenswaardig, dat Nederland de mogelijkheid niet heeft aangegrepen een uitspraak van het Hof te ontlokken over de uiterst belangrijke vragen die in de zaak *Hendriks* (Zaak 8427/78) over het omgangsrecht in relatie tot artikel 8 aan de orde waren. Zie ook hierboven noot 26.

(94) Zie noot 8.

Comité voor de Rechten van de Mens. Ook binnen de Ecosoc en in de Derde en Zesde Commissie van de Algemene Vergadering ('Sociale Vraagstukken' respectievelijk 'Juridische Vraagstukken') wordt in de discussies wel aan het Covenant gerefereerd, maar voor zover daarbij al interpretaties gegeven worden, zijn die doorgaans toch te weinig verfijnd en ondubbelzinnig om de nationale instanties tot leidraad te dienen (95).

Van het Comité is op dit moment de breedste 'jurisprudentie' te vinden in de verslagen van de bespreking van de landenrapporten over de tenuitvoerlegging van het Covenant en de jaarlijkse rapportage over die bespreking. Dit omdat daarin alle materiële bepalingen van het Covenant de revue passeren. Wat echter afbreuk doet aan het gezag van deze 'jurisprudentie' is het feit, dat daarin tot nu toe de opvatting van het Comité als zodanig verschoelen ligt in het vragen van nadere opheldering of informatie en in de zeer ruim en algemeen geformuleerde 'general comments' (96). Een expliciet oordeel ten aanzien van de afzonderlijke landen wordt slechts gegeven door individuele leden van het Comité die elkaar daarin dan soms ook nog tegenspreken.

Anders is het gesteld met de behandeling van particuliere klachten door het Comité. De eindconclusies ('final views') vertonen, zoals reeds is opgemerkt, sterke gelijkenis met rechterlijke uitspraken en bevatten hier en daar reeds aanwijzingen van de binnen het Comité gevolgde interpretatie. Doordat deze procedure eerst sinds enkele jaren van kracht is en er nog slechts een betrekkelijk klein aantal klachten behandeld is — waarvan de meeste tot nu toe gericht waren tegen dezelfde staat en betrekking hadden op dezelfde artikelen — betreft het hier nog een zeer fragmentarische jurisprudentie. Daarbij valt ook nog niet te constateren, welke de invloed is van de 'Straatsburgse jurisprudentie' op het Comité,

(95) Van groter belang zijn, wat deze organen betreft, de besprekingen die tot de opstelling van het Covenant hebben geleid en daarvan de *travaux préparatoires* vormen. Zie daarvoor hierna, paragraaf 8.2.

(96) Tot nu toe zijn 'general comments' gemaakt m.b.t. de artt. 2-4 (A/36/40, blzz. 107-110) en de artt. 6-10 (A/37/40, blzz. 93-97). Een typisch voorbeeld van een 'understatement' van het Comité vormt de conclusie met betrekking tot de rapportage door Chili: 'The Human Rights Committee . . . finds that the information provided on the enjoyment of human rights set forth in the Covenant and the impact of the state of emergency is still insufficient'; CCPR/C/SR.149, § 21.

waar het bepalingen betreft die in Conventie en Covenant (nagenoeg) identiek zijn geformuleerd. Daar althans enkele leden van het Comité zeer vertrouwd zijn met deze jurisprudentie, mag worden aangenomen, dat die invloed op den duur vrij aanzienlijk zal zijn, zoals nu reeds uit opmerkingen van die leden bij de bespreking van de landenrapporten blijkt.

Met betrekking tot het Covenant kan derhalve worden geconcludeerd, dat de internationale jurisprudentie op dit moment voor Nederland van geringere actuele betekenis is dan met de 'Straatsburgse' jurisprudentie het geval is, maar dat het belang ervan wel toeneemt. Vanwege de vrij grote onbekendheid met, en de ook niet zo grote toegankelijkheid van het werk van het VN-Comité, ligt er een belangrijke taak voor met name het Centrum voor de Rechten van de Mens van de Verenigde Naties en de wetenschappelijke wereld om deze meer te ontsluiten (97).

Over de houding die met name het Europees Hof voor de Rechten van de Mens inneemt bij de interpretatie van de Conventie, zijn recentelijk publikaties verschenen van de oud-rechter van het Hof — thans rechter in het Internationaal Gerechtshof — Mosler (98) en de huidige President van het Hof, Wiarda (99), terwijl tevens een uitvoerige analyse is gepubliceerd van de hand van Morrisson (100). Het zou mij te ver voeren ook zelf te trachten hier een kenschets van deze houding te geven. Ik zou vrijwel zeker tot een slotsom komen die niet veel zou afwijken van die van Wiarda, dat namelijk

(97) De documenten van het Comité worden door het Secretariaat van de VN gepubliceerd met het symbool CCPR/C/. . . en de jaarrapporten verschijnen als documenten van de Algemene Vergadering met als symbool A/(nummer van de zitting)/. . . . Zij zijn opvraagbaar bij de voorlichtingsdiensten van de VN en aanwezig op de depôt-bibliotheken en op het Studie- en Informatiecentrum Mensenrechten in Utrecht.

(98) II. Mosler, 'Problems of Interpretation in the Case Law of the European Court of Human Rights', in: *Essays on the Development of the International Legal Order; in memory of Haro F. van Panhuys*, Alphen a/d Rijn 1980, blzz. 149-167.

(99) G.J. Wiarda, 'Extensieve en restrictieve verdragstoepassing door het Europees Hof voor de rechten van de mens; een middenkoers?', in: *Ad personam; Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. Ch.J. Enschedé*, Zwolle 1981, blzz. 371-385.

(100) Clovis C. Morrisson, *The Dynamics of Development in the European Human Rights Convention System*, Den Haag 1981.

door het Hof – en hetzelfde geldt voor de Commissie en tekent zich in zekere zin ook reeds bij het VN-Comité af – een middenkoers wordt gevaren tussen een extensieve en een restrictieve interpretatie. ‘Extensief in die zin dat het Hof in menig geval door interpretatie naar “object” en “purpose” het toepassingsgebied van bepaalde artikelen ruimer en de betekenis daarvan groter heeft gemaakt, dan wellicht aanvankelijk was voorzien; restrictief in die zin dat het Hof bij de toepassing van de Conventie door erkenning van het subsidiaire karakter van de Europese controle en de “margin of appreciation” die in verband daarmee aan de nationale autoriteiten wordt gelaten, aan de eigen beoordelingsvrijheid een soms belangrijke beperking heeft opgelegd’ (101).

In verband met het onderwerp dat ons in deze preadviezen bezighoudt, wil ik volstaan met de constatering, dat bij de interpretatie van de bepalingen aangaande een behoorlijke rechtspraak de extensieve lijn meer en meer heeft doorgezet en thans duidelijk overheerst. Deze constatering is niet zo moeilijk te maken. Zij kan gemakkelijk worden gebaseerd op rechtsoverwegingen en uitspraken in arresten van het Hof, die zonder meer ‘opzienbarend’ genoemd kunnen worden, waarbij dat opzien al naar gelang van de kring met nogal uiteenlopende gevoelens gepaard is gegaan. Ook Wiarda, die zelf sinds 1966 zo nauw bij de beraadslagingen van het Hof is betrokken, concludeert dat de interpretatieproblemen die in verband met art. 6 zijn gerezen, ‘bijna steeds in een extensieve zin zijn opgelost’. En hij voegt daaraan toe: ‘Niet onwaarschijnlijk is dat het artikel daardoor een veel grotere reikwijdte heeft gekregen dan die waarop men bij de redactie verdacht is geweest’ (102). Er zijn voor deze toch wat bijzondere houding met betrekking tot art. 6 verschillende redenen op te geven.

1. Commissie en Hof voelen zich in het bijzonder geroepen tot een restrictieve interpretatie van de gegarandeerde rechten en tot het inruimen van een ‘margin of appreciation’ daar waar de Conventie zelf uitzonderingen noemt of beperkingsmogelijkheden aangeeft ter bescherming van bepaalde nationale belangen of de rechten van anderen. Weliswaar stelde het Hof expliciet in de *Klass*-zaak met betrekking tot het tweede lid van art. 8: ‘This paragraph, since it provides for an exception to a right guaranteed by the

(101) Wiarda, *a.w.* (noot 99), blzz. 384-385.

(102) *Ibidem*, blz. 374.

Convention is to be narrowly interpreted' (103), maar Commissie en Hof zijn bij de invulling van de draagwijdte van die nationale belangen, en bij de beantwoording van de vraag, of die belangen *in casu* daadwerkelijk in het geding waren en de vraag, of de ter bescherming daarvan genomen beperkende maatregelen 'noodzakelijk in een democratische samenleving' waren, geneigd zich te beperken tot een marginale toetsing van de door de nationale instanties ingenomen standpunten (104). Art. 6 is, op het element van de openbaarheid van de procesvoering na, niet aan expliciete beperkingsmogelijkheden onderworpen, behalve dan in noodsituaties als bedoeld in art. 15. Dit verkleint de neiging met beperkende interpretaties van de kant van de nationale instanties genoeg te nemen.

2. In afwijking van de meeste materiële bepalingen van de Conventie, bevat art. 6 niet alleen een onthoudingsverplichting voor de overheid, maar bevat het op een aantal punten een verplichting om iets te doen. Het zijn met name deze onderdelen, die bij de toepassing om een nadere specificatie hebben gevraagd. Volgens de traditionele volkenrechtelijke interpretatieregels, die ook in Straatsburg worden gevolgd (105), moest daarvoor, nu noch de tekst zelf noch de *travaux préparatoires* veel aanknopingspunten bieden, aansluiting gezocht worden bij 'object and purpose'. In het *Wemhoff*-arrest had het Hof al op grond van 'object and purpose' van de Conventie als zodanig tot algemeen uitgangspunt genomen, dat steeds gekozen moest worden voor

'the interpretation that is most appropriate in order to realize the aim and achieve the object of the treaty, not that which would restrict to the greatest possible degree the obligations undertaken by the Parties' (106).

In het *Delcourt*-arrest stelde het met betrekking tot art. 6:

(103) Arrest van 6 september 1978 in de *Klass*-zaak, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 28 (1979), blz. 21.

(104) Zie met name de overwegingen in het arrest van 7 december 1976 in de *Handyside*-zaak, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 24 (1976), blz. 22. Voor een uitvoerige beschrijving van deze marginale toetsing zij verwezen naar Alkema, *a.w.* (noot 86), blzz. 121-146, en Van Dijk & Van Hoof, *a.w.* (noot 5), blzz. 492-517.

(105) Arrest van 21 februari 1975 in de *Golder*-zaak, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 18 (1975), blz. 14.

(106) Arrest van 27 juni 1968, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 7 (1968), blz. 23.

'In a democratic society within the meaning of the Convention, the right to a fair administration of justice holds such a prominent place that a restrictive interpretation of Article 6 (1) would not correspond to the aim and the purpose of that provision' (107).

Op basis van dit uitgangspunt hebben Commissie en Hof de verplichtingen van art. 6 nadere inhoud gegeven aan de hand van wat naar de mening van deze instanties een 'fair administration of justice' vereist en aldus mede verplichtingen aangenomen die in de tekst van art. 6 niet voorkomen (108).

3. Dit brengt mij op een meer psychologisch element in de verklaring. Bij die nadere invulling van de verplichtingen van art. 6 richten Commissie en Hof zich via de staten in de meeste gevallen in feite tot de gerechtelijke instanties in de verdragsstaten. Zij bevinden zich als het ware tegenover collega's en op vertrouwd terrein. En hoewel zij herhaaldelijk hebben aangegeven, dat zij niet de functie hebben van instantie van hoger beroep ten opzichte van de beslissingen van de nationale rechter (109), zullen zij toch minder terughoudend zijn in het beoordelen van de eigen handelingen en gedragingen van de nationale justitiële autoriteiten dan waar het een handelen van de wetgever of administratie en de beoordeling daarvan door de nationale rechter betreft (110). Daarbij gaat het dan niet alleen om art. 6, maar ook om aspecten in andere bepalingen die aan de eisen van een behoorlijke rechtspraak raken (111). Daar komt bij dat er, ondanks de verschillen die er met name tussen de common-law en civil-law tradities bestaan, voor de opvattingen over de nadere invulling van hetgeen een eerlijke rechtspraak aan minimumeisen stelt, reeds op een vrij hecht ge-

(107) Arrest van 17 januari 1970, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 11 (1970), blz. 15.

(108) Zie met name het arrest van 9 oktober 1979 in de *Airey*-zaak, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 32 (1980), blzz. 11-16, waar het Hof, in navolging van de Commissie, een eind weegs is gegaan in de aanvaarding van de verplichting tot gratis rechtsbijstand, ook voor civiele gedingen.

(109) Zie bijvoorbeeld zaak 8299/78, *X en Y v. Italië*, *D & R* 22 (1981), blz. 51 (72).

(110) Datzelfde geldt overigens voor de Nederlandse rechter bij de toetsing van enerzijds justitieel en anderzijds ander overheidshandelen aan de Conventie; *Alkema, a.w.* (noot 86), blz. 123.

(111) Zie bijvoorbeeld met betrekking tot artikel 8 het arrest van 21 februari 1975 in de *Golder*-zaak, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 18 (1975), blz. 26.

meenschappelijk draagvlak in de verdragsstaten kan worden voortgebouwd, terwijl dat in veel andere gevallen nog ontbreekt (112).

8. KORTE VOORGESCHIEDENIS EN ONDERLINGE VERGELIJKING VAN ARTIKEL 6 VAN DE CONVENTIE EN ARTIKEL 14 VAN HET COVENANT

8.1. *Art. 6 van de Conventie*

De tekst van de Conventie is in een voor de opstelling van verdragen betrekkelijk korte termijn vastgesteld. De Raadgevende Vergadering (113) van de Raad van Europa nam tijdens haar eerste zitting op 8 september 1949 Aanbeveling nr. 38 aan (114). Daarin richtte zij tot het Comité van Ministers van de Raad van Europa het verzoek zo spoedig mogelijk tot de opstelling van een Conventie te komen, welke ten opzichte van de inwoners van de lidstaten een collectieve garantie zou vestigen en het effectief genot zou verzekeren van de rechten en vrijheden welke in de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens van de Verenigde Naties waren neergelegd. Ruim een jaar later, op 4 november 1950, werd de Conventie in Rome door 12 landen ondertekend (115). Gedurende dat jaar was de tekst van de Conventie voorwerp van studie en discussie geweest in veel organen en commissies van verschillende samenstelling.

De Raadgevende Vergadering kon zich voor haar aanbeveling ba-

(112) Vergelijk in dit opzicht het arrest van 7 december 1976 in de *Handy-side-zaak*, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 24 (1976), blz. 20, waar het Hof stelde dat 'a uniform European conception of morals' niet bestaat, met het arrest van 29 maart 1979 in de *Sunday Times-zaak*, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 30 (1979), blz. 37, waar met betrekking tot het begrip 'maintaining the authority and impartiality of the judiciary' wordt gesteld: 'The domestic law and practice of the Contracting States reveal a fairly substantial measure of common ground in the area'.

(113) Zie noot 13.

(114) Council of Europe, *Collected Edition of the 'Travaux Préparatoires' of the European Convention on Human Rights*, Vol. II, 's-Gravenhage 1975, blz. 276.

(115) België, Bondsrepubliek Duitsland, Denemarken, Frankrijk, IJsland, Ierland, Italië, Luxemburg, Nederland, Noorwegen, Turkije en Verenigd Koninkrijk. Op 28 november werd de Conventie te Parijs bovendien ondertekend door Griekenland en Zweden. Ook de Saar behoorde toen nog tot de ondertekenaars.

seren op art. 1 van het Statuut van de Raad van Europa, dat als een van de wegen waarlangs de Raad een grotere eenheid tussen zijn leden tot stand beoogt te brengen, noemt: 'agreements and common action . . . in the maintenance and further realisation of human rights and fundamental freedoms'. En art. 3 van het Statuut eist van elk van de lidstaten van de Raad van Europa, dat deze de beginselen aanvaardt 'of the enjoyment by all persons within its jurisdiction of human rights and fundamental freedoms'. Bovendien wist de Vergadering zich gesteund door de 'message to Europeans', welke het jaar daarvoor, in mei 1948, tijdens het Congres van Europa in Den Haag was aangenomen en waarin ondermeer gesteld werd: 'we desire a Charter of Human Rights guaranteeing liberty of thought, assembly and expression as well as the right to form a political opposition', terwijl de 'Declaration of Principles of European Union', aangenomen door de Internationale Raad van de Europese Beweging in februari 1949, bepaalde: 'No State should be admitted into the European Union which does not accept the fundamental principles of a Charter of Human Rights' (116).

Toen de Raadgevende Vergadering haar aanbeveling deed, had zij voor zich een ontwerptekst voor een conventie, opgesteld door de internationale juridische sectie van de Europese Beweging (117), en een rapport van haar eigen Comité inzake Juridische en Administratieve Vraagstukken ('Rapport Teitgen'), waarin werd aangegeven, welke rechten voor opneming in de Conventie in aanmerking kwamen (118). Hoewel in beide documenten aansluiting werd gezocht bij de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens en daar in art. 10 uitdrukkelijk sprake is van het recht 'to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal', was een dergelijk recht hierin niet terug te vinden. Het ontwerp van de Europese Beweging sprak in dat verband slechts van 'freedom from arbitrary arrest, detention and exile' en 'equality before the law', terwijl het Rapport Teitgen in de opsomming wel naar art. 10 verwees, maar volstond met de formulering:

(116) Zie A.H. Robertson's inleiding tot de *Collected Edition of the 'Travaux Préparatoires'*, a.w. (noot 114), vol. I, 's-Gravenhage 1975, blz. XXII.

(117) *Ibidem*, blz. 296.

(118) *Ibidem*, blz. 228.

'freedom from arbitrary arrest, detention, exile, and other measures, in accordance with Articles 9, 10 and 11 of the United Nations Declaration'.

Deze formulering werd door de Raadgevende Vergadering in haar aanbeveling ongewijzigd overgenomen (119). Volgens een door het Secretariaat-Generaal van de Raad van Europa opgestelde notitie zou door de verwijzing naar art. 10 de tekst daarvan als in de aanbeveling geïncorporeerd moeten worden beschouwd, omdat in een bijlage bij het Rapport Teitgen de volledige tekst van art. 10 was opgenomen, terwijl dat niet voor alle bepalingen van de Universele Verklaring het geval was (120). Wat hiervan zij, het vervolgens door het Comité van Ministers ingestelde Comité van Deskundigen was in een voorlopig ontwerp voor een conventie, gedaateerd 15 februari 1950, al heel wat duidelijker. Art. 2(3)(b) luidt als volgt:

'Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him'.

En art. 2(3)(c) van het ontwerp luidde:

'Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defence' (121).

Met deze tekst 'the Committee scrupulously adhered to the text of the Universal Declaration', zoals het zelf in een voorlopig toelichtend rapport stelde (122), en wel de artt. 10 en 11 van de Universele Verklaring.

Een voorstel voor een ingrijpende wijziging van deze tekst kwam van het Britse lid van het Comité en had de volgende inhoud:

'Art. 8. 1. In the determination of any criminal charge against him or of his rights and obligations in a suit at law everyone is entitled to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interest of morals, public or-

(119) Zie noot 114.

(120) *A.w.* (noot 114), vol. III, 's-Gravenhage 1976, blz. 8. Zie ook *ibidem*, blz. 30.

(121) Doc. A 833, *ibidem*, blz. 236.

(122) Doc. CM/WP1(50)1; A 847, *ibidem*, blz. 262.

der or national security, or where the interest of juveniles or incapacitated persons so requires.

2. Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law. In the determination of any criminal charge against him, everyone is entitled:

- a. to be informed promptly of the nature and cause of the accusation against him;
- b. to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing and, if he has not sufficient means to pay for such assistance, to be given it free when the interests of justice so require;
- c. to examine or have examined the witnesses against him and to obtain compulsory attendance of witnesses on his behalf;
- d. to have free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court' (123).

Dit voorstel, dat een heel belangrijke stap in de richting van de uiteindelijke formulering van art. 6 betekende en dat ongetwijfeld mede beïnvloed was door voorstellen die op tafel lagen bij de Commissie voor de Rechten van de Mens van de Verenigde Naties, die immers ook doende was een verdragstekst te formuleren ter nadere uitwerking van de Universele Verklaring, werd binnen het Comité nog slechts licht gewijzigd. De woorden 'press and public' werden vervangen door 'press or public', vóór de woorden 'in the interest of . . .' werden de woorden ingevoegd 'to the extent strictly necessary in the opinion of the court' en de laatste zinsnede van lid 1 'or where the interest . . .' werd vervangen door:

'or where, in the special circumstances of the case, publicity would prejudice the interests of justice'.

De tweede zin van lid 2 werd tot lid 3 gemaakt. Onder a) werden na 'promptly' de woorden ingevoegd 'in a language he understands'. Ten slotte werd tussen a) en b) een nieuw sub-lid b) ingevoegd, dat luidde:

'b) to have adequate time and facilities for the preparation of his defence' (124).

Deze gecamendeerde tekst werd opgenomen in 'Alternatief B', dat het Comité van Deskundigen aan het Comité van Ministers voor-

(123) Doc. CM/WP1(50)2; A 915, *ibidem*, blz. 284.

(124) Doc. CM/WP1(50)10, A 919, *ibidem*, blz. 290.

legde. Daarbij werden aan de eerste zin van het eerste lid nog de belangrijke woorden toegevoegd 'and within a reasonable time'. 'Alternatief A' bevatte nog steeds de letterlijke tekst van de artt. 10 en 11 van de Universele Verklaring (125). Het Comité van Deskundigen was namelijk verdeeld in een groep die vond, dat in de op te stellen conventie volstaan moest worden met een opsomming van de rechten, terwijl een andere groep meende, dat deze rechten en hun beperkingsmogelijkheden nauwkeurig gedefinieerd moesten worden, wilde het voor de staten mogelijk zijn concrete juridische verplichtingen op zich te nemen. Aangezien het Comité van mening was 'that the choice between the two systems should be decided in the light of political rather than legal considerations' (126), legde het beide alternatieven aan het Comité van Ministers voor.

Ter voorbereiding van een politieke beslissing terzake door het Comité van Ministers, werd er van 8 tot 17 juni 1950 een conferentie van hoge regeringsfunctionarissen belegd te Straatsburg. Tijdens deze conferentie ondersteunde een meerderheid van de afgevaardigden een compromisvoorstel, waarbij in de formulering van de rechten een integratie van de formuleringen van 'Alternatief A' en 'Alternatief B' was nagestreefd (127). Voor de hier aan de orde zijnde bepaling betekende dit, dat de tekst van 'Alternatief B' met enige stylistische wijzigingen werd gehandhaafd. De enige wijziging van inhoudelijke betekenis betrof de bepaling inzake het oproepen en ondervragen van getuigen. Deze bepaling luidde nu:

'd) to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him' (128).

Dit compromisvoorstel werd binnen het Comité van Ministers op 4 augustus 1950 behandeld door het Sub-comité inzake de Rechten van de Mens — een comité van regeringsdeskundigen —, dat een aantal wijzigingen aanbracht. Voor art. 6 ging het daarbij voor-

(125) Doc. CM/WP1(50)15 appendix; CM/WP1(50)14 revised; A 925, *a.w.* (noot 114), vol. IV, 's-Gravenhage 1977, blzz. 60-62 resp. blz. 52.

(126) *Ibidem*, blz. 16.

(127) Doc. CM/WP4(50)19; CM/WP4(50)16 rev.; A 1431, *ibidem*, blz. 248.

(128) Doc. CM/WP4(50)19 annex; CM/WP4(50)16 rev.; A 1452, *ibidem*, blzz. 276-278.

namelijk om de volgende bepalingen. De tweede volzin van het eerste lid werd op Brits voorstel als volgt geformuleerd:

'Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the parties to proceedings concerning their domestic relationships so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.'

Aan de informatieplicht jegens de verdachte neergelegd in lid 3(a) werden de woorden 'and in detail' toegevoegd. Lid 3(d) inzake de oproeping en ondervraging van getuigen kreeg de volgende — definitieve — formulering:

'd) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him' (129).

Nadat vervolgens in het Comité van Ministers nog enkele knopen waren doorgchakt, kon een ontwerp-tekst voor een conventie aan de Raadgevende Vergadering worden voorgelegd. Art. 6 bleef in dit ontwerp ongewijzigd (130). Tijdens de daarop volgende bespreking door het Comité inzake Juridische en Administratieve Zaken van de Raadgevende Vergadering en in de plenaire zitting van de Raadgevende Vergadering zijn op de ontwerp-tekst voor art. 6 geen wijzigingen meer aangebracht (131). Daarna zijn door het Secretariaat-Generaal voor de Raad van Europa nog enkele tekstuele wijzigingen aangebracht teneinde de beide authentieke teksten, de Franse en Engelse, beter op elkaar aan te laten sluiten en enkele onduidelijkheden weg te nemen. De belangrijkste van deze wijzigingen betroffen de vervanging van de woorden 'rights and obligations in a suit at law' door 'civil rights and obligations' ter aansluiting aan de Franse tekst 'droits et obligations de caractère civil'

(129) Doc. CM(50)52; A 1884, *a.w.* (noot 114), vol. V, 's-Gravenhage 1979, blzz. 78-80.

(130) Doc. A 1937, *ibidem*, blzz. 124-126 en 150-152.

(131) De *travaux préparatoires* zijn vanaf de zitting van het Comité van 17-23 augustus 1950 nog niet in druk verschenen. Daartoe moet men de destijds door de Raad van Europa vervaardigde gestencilde editie raadplegen onder documentnummer H (61)4. Zie daar blzz. 903 en 950-951.

en de vervanging van 'concerning their domestic relationships' door 'private life' ter aansluiting aan 'vie privée' in de Franse tekst. Daarnaast is er merkwaardig genoeg een wijziging in de Engelse tekst aangebracht, waardoor deze een afwijking van de Franse tekst ging vertonen. In lid 3(c) werd het woord 'and' na 'choosing' namelijk vervangen door 'or', terwijl in de Franse tekst het woord 'et' is gehandhaafd. Kennelijk is deze wijziging in de Engelse tekst aangebracht op verzoek van een ambtenaar van het Ministerie van Buitenlandse Zaken van het Verenigd Koninkrijk (132) en heeft men de daardoor ontstane afwijking tussen de beide teksten over het hoofd gezien. De tekst, zoals die uiteindelijk door het Comité van Ministers is aanvaard en ter ondertekening is voorgelegd, en waarop tot nu toe geen amendementen zijn aangebracht, luidt als volgt in de authentieke Engelse tekst en de geautoriseerde Nederlandse vertaling:

Article 6

1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interest of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.

Artikel 6

1. Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolging, heeft een ieder het recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie welke bij de wet is ingesteld. Het vonnis moet in het openbaar worden gewezen maar de toegang tot de rechtszaal kan aan de pers en het publiek worden ontzegd, gedurende het gehele proces of een deel daarvan, in het belang van de goede zeden, van de openbare orde of 's lands veiligheid in een democratische samenleving, wanneer de belangen van minderjarigen of de bescherming van het privé-leven van partijen bij het proces dit eisen of, in die mate als door de rechter onder bepaalde omstandigheden strikt noodzakelijk wordt geoordeeld, wanneer openbaarmaking de belangen van de rechtspraak zou schaden.

(132) *Ibidem*, blz. 1003.

2. Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.

3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

a. to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him;

b. to have adequate time and facilities for the preparation of his defence;

c. to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;

d. to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;

e. to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court.

2. Een ieder, die wegens een strafbaar feit wordt vervolgd, wordt voor onschuldig gehouden totdat zijn schuld volgens de wet bewezen wordt.

3. Een ieder, die wegens een strafbaar feit wordt vervolgd, heeft ten minste de volgende rechten:

a. onverwijld, in een taal welke hij verstaat, en in bijzonderheden, op de hoogte te worden gesteld van de aard en de reden van de tegen hem ingebrachte beschuldiging;

b. te beschikken over voldoende tijd en faciliteiten welke nodig zijn voor de voorbereiding van zijn verdediging;

c. zich zelf te verdedigen of de bijstand te hebben van een raadsman naar zijn keuze, of, indien hij niet over voldoende middelen beschikt om een raadsman te bekostigen, kosteloos door een toegevoegd advocaat te kunnen worden bijgestaan, indien het belang van de rechtspraak dit eist;

d. de getuigen à charge te ondervragen of doen ondervragen en het oproepen en de ondervraging van getuigen à décharge te doen geschieden op dezelfde voorwaarden als het geval is met de getuigen à charge;

e. zich kosteloos te doen bijstaan door een tolk, indien hij de taal, welke ter zitting wordt gebezigd, niet verstaat of niet spreekt.

8.2. Art. 14 van het Covenant

Zoals hierboven reeds is uiteengezet, was door de Commissie voor de Rechten van de Mens van de Verenigde Naties bij de uitvoering van haar opdracht een internationale 'Bill of Rights' op te stellen gekozen voor een opzet, waarbij eerst in een niet-juridisch-bindende verklaring een opsomming en summier omschrijving van de fundamentele rechten en vrijheden werd gegeven, terwijl deze rechten en vrijheden, de mogelijkheden het genot ervan te beperken en het stelsel van toezicht op hun naleving in een daarna op

te stellen verdrag nader zouden worden uitgewerkt (133). Ook is reeds vermeld, dat uiteindelijk gekozen is voor de opstelling van twee verdragen: één inzake de burgerrechten en politieke rechten en één inzake de economische, sociale en culturele rechten (134). Hoewel de historische weg van beide verdragen grotendeels parallel loopt, beperk ik mij hier, in verband met het onderwerp, tot het eerstgenoemde verdrag, dat ik eenvoudigweg zal aanduiden als 'het Covenant'.

De VN-Commissie is bij het ontwerpen van de tekst voor het Covenant zeer voortvarend van start gegaan. Het voorlopige resultaat van haar werk kon zelfs al als belangrijke leidraad dienen bij de opstelling van de Conventie van de Raad van Europa. De afronding van de tekst binnen de Commissie en de bespreking en uiteindelijke vaststelling van die tekst door de daartoe competente organen van de VN heeft echter — zelfs naar de maatstaven van die Organisatie — excessief lang geduurd. Wat in de Raad van Europa in ruim een jaar kon worden afgerond, heeft in de VN, gerekend vanaf de aanvaarding van de Universele Verklaring, bijna achttien jaar geduurd. Hierbij moet echter wel worden aangetekend, dat de grote vertragingen vooral hun oorzaak hebben gevonden in de zeer omstreden problematiek van de economische en sociale rechten, een problematiek die men in de Raad van Europa bij de opstelling van de Conventie voor zich uit heeft geschoven.

Terwijl er ook vóór de aanvaarding van de Universele Verklaring door de Commissie reeds aan de opstelling van een verdrag was gewerkt en een eerste ontwerp-tekst was ingediend (135), verzocht

(133) Commission of Human Rights, First Session, *Report of the Drafting Committee on an International Bill of Human Rights*, E/CN.4/21, 1 July 1947, blz. 6.

(134) Resolutie 543(VI) van de Algemene Vergadering van 5 februari 1952; General Assembly, *Official Records*, Sixth Session, Supplement No. 20, A/2119, blz. 36.

(135) Zie: Economic and Social Council, *Official Records*, Sixth Session, Supplement no. 1: *Report on the Second Session of the Commission of Human Rights*, E/600, 17 December 1947, Annex B. Van dit ontwerp luidde artikel 13 als volgt:

'1. In the determination of any criminal charge against him or of any of his civil rights or obligations, every person is entitled to a fair hearing before an independent and impartial tribunal and to the aid of a qualified representative of his own choice.



de Algemene Vergadering bij de aanvaarding van de Universele Verklaring de Commissie voorrang te geven aan dit verdrag. De Commissie legde medio 1949 een ontwerp-tekst voor commentaar aan de regeringen voor (136). Terzake van de procesvoering kwam daarin de volgende bepaling voor:

Article 13

1. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, every one is entitled to a fair and public hearing, by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the Press and public may be excluded from all or part of the trial in the interest of morals, public order or national security, or where the interest of juveniles or incapacitated persons so requires.

2. Every one charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law. In the determination of any criminal charge against him, every one is entitled to the following minimum guarantees, in full equality:

a. To be informed promptly of the nature and cause of the accusation against him;

b. To defend himself in person or through legal assistance which shall include the right to legal assistance of his own choosing, or, if he does not have such, to be informed of his right and, if unobtainable by him, to have legal assistance assigned;

c. To examine, or have examined, the witnesses against him and to obtain compulsory attendance of witnesses in his behalf;

d. To have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court.

3. Every one who has undergone punishment as a result of an erroneous conviction of crime shall have been enforceable right to compensation. This right shall accrue to the heirs of a person executed by virtue of an erroneous sentence.

Een door de Commissie bijgesteld ontwerp (137) werd medio

→
2. No person shall be convicted or punished for crime except after public trial'.

Het ontwerp werd vervolgens door het Drafting Committee van de Commissie ingrijpend aangepast met bepalingen aangaande de openbaarheid van de procesvoering en het vonnis, en de mogelijkheid daarop uitzonderingen te maken, en aangaande het recht op de diensten van een tolk: *E/CN.4/95*, Annex B, 21 May 1948, blzz. 28-29.

(136) *Idem*, Ninth Session, Supplement No. 10: *Report of the Fifth Session of the Commission on Human Rights*, E/1371, 23 June 1949, blz. 20.

(137) *Idem*, Eleventh Session, Supplement No. 5: *Report of the Sixth Session of the Commission on Human Rights*, E/1681, 25 May 1950, blzz. 16-17.

1950 in de Economische en Sociale Raad (138) en tegen het einde van dat jaar in de Algemene Vergadering (139) besproken. Dit resulteerde in het verzoek aan de Commissie om onder andere de formulering van de reeds opgenomen rechten opnieuw in overweging te nemen. Voor wat het huidige art. 14 betreft, leidde dit tijdens de achtste zitting van de Commissie tot de aanvaarding van de volgende ontwerp-tekst (140):

Article 12

1. All persons shall be equal before the courts or tribunals. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing, by a competent, independent and impartial tribunal established by law. The Press and public may be excluded from all or part of a trial for reasons of morals, public order or national security in a democratic society, or when the interest of the private lives of the parties so requires, or to the extent strictly necessary in the opinion of the Court in special circumstances where publicity would prejudice the interest of justice; but any judgment rendered in a criminal case or in a suit at law shall be pronounced publicly except where the interest of juveniles otherwise requires or the proceedings concern matrimonial disputes or the guardianship of children.

2. Everyone charged with a criminal offence shall have the right to be presumed innocent until proved guilty according to law. In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality:

- a. To be informed promptly in a language which he understands and in detail of the nature and cause of the accusation against him;
- b. To have adequate time and facilities for the preparation of his defence;
- c. To defend himself in person or through legal assistance of his own

→

De voornaamste wijzigingen in de als artikel 10 genummerde bepaling over de rechtspraak kwamen op het volgende neer: Door de 'shall'-formulering werd duidelijker aangegeven, dat het om juridische verplichtingen gaat. In de bepaling aangaande de openbaarheid werd een duidelijker onderscheid aangebracht tussen het onderzoek ter zitting en het vonnis. Ten aanzien van de gratis rechtsbijstand in strafzaken werd de beperking opgenomen 'in any case where the interests of justice so require'. Er werd een bepaling opgenomen tegen gedwongen zelf-incriminatie. En er werd een afzonderlijke bepaling aangaande de berechting van jeugdige personen opgenomen.

(138) *Idem*, Eleventh Session, 377th to 379th meeting.

(139) General Assembly, *Official Records*, Fifth Session, Third Committee, 278th to 316th and 318th meetings; and Plenary Meetings, 317th meeting.

(140) Economic and Social Council, *Official Records*, Fourteenth Session, Supplement No. 4: *Report of the Eighth Session of the Commission on Human Rights*, E/2256, 27 June 1952, blzz. 48-49.

choosing; to be informed, if he does not have legal assistance, of this right; and to have legal assistance assigned to him, in any case where the interests of justice so require, and without payment by him in any such case where he does not have sufficient means to pay for it;

d. To examine, or have examined, the witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;

e. To have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court;

f. Not to be compelled to testify against himself or to confess guilt.

3. In the case of juveniles, the procedure shall be such as will take account of their age and the desirability of promoting their rehabilitation.

4. In any case where by a final decision a person has been convicted of a criminal offence and where subsequently his conviction has been reversed or has been pardoned on the ground that a new or newly discovered fact shows conclusively that there has been a miscarriage of justice, the person who has suffered punishment as a result of such conviction shall be compensated unless it is proved that the non-disclosure of the unknown fact in time is wholly or partly attributable to him.

Aan bespreking van deze tekst is de algemene Vergadering in Commissie III eerst in 1959, tijdens haar veertiende zitting, toegekomen (141). De door haar tijdens die zitting aanvaarde tekst van art. 14 is in haar uiteindelijke voorstel aan de plenaire vergadering opgenomen en door de plenaire vergadering ongewijzigd aanvaard (142). Deze uiteindelijke tekst luidt in de authentieke Engelse tekst en in de geautoriseerde Nederlandse vertaling als volgt:

Article 14

1. All persons shall be equal before the courts and tribunals. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law. The Press and the public may be excluded from all or part of a trial for reasons of

Artikel 14

1. Allen zijn gelijk voor de rechter en de rechterlijke instanties. Bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolgung, of het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen in een rechtsgeding, heeft een ieder recht op een eerlijke en openbare behandeling door een bevoegde, onafhankelijke en onpartijdige bij de wet ingestelde rechterlijke instantie. De terechtzitting kan geheel of ten dele

(141) General Assembly, *Official Records*, Fourteenth Session, Annex (XIV) 34: *Report of the Third Committee*, A/4299, 3 December 1959, blz. 6 e.v.

(142) *Idem*, Twenty-First Session, 1496th plenary meeting, 16 December 1966, blz. 6.

morals, public order (*ordre public*) or national security in a democratic society, or when the interest of the private lives of the parties so requires, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice; but any judgement rendered in a criminal case or in a suit at law shall be made public except where the interest of juvenile persons otherwise requires or the proceedings concern matrimonial disputes or the guardianship of children.

2. Everyone charged with a criminal offence shall have the right to be presumed innocent until proved guilty according to law.

3. In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality:

a. To be informed promptly and in detail in a language which he understands of the nature and cause of the charge against him;

b. To have adequate time and facilities for the preparation of his defence and to communicate with counsel of his own choosing;

c. To be tried without undue delay;

d. To be tried in his presence, and to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing; to be informed, if he does not have legal assistance, of this right; and to have legal assistance assigned to him, in any case where the interests of justice so require, and without payment by

met gesloten deuren plaatsvinden, hetzij in het belang van de goede zeden, de openbare orde of de nationale veiligheid in een democratische samenleving, hetzij wanneer het belang van het privéleven van de partijen bij het proces dit vereist, hetzij voor zover de rechter dit strikt noodzakelijk acht op grond van de overweging, dat een openbare behandeling het belang van de rechtspraak zou schaden; evenwel zal elk vonnis dat wordt gewezen in een strafrechtelijk of burgerrechtelijk geding openbaar zijn, tenzij het belang van jeugdige personen zich daartegen verzet of het proces echtelijke twisten of de voogdij van kinderen betreft.

2. Een ieder die wegens een strafbaar feit wordt vervolgd wordt voor onschuldig gehouden, totdat zijn schuld volgens de wet is bewezen.

3. Bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolgning heeft een ieder, in volle gelijkheid, recht op de volgende minimumgaranties:

a. Onverwijld en in bijzonderheden, in een taal die hij verstaat, op de hoogte te worden gesteld van de aard en de reden van de tegen hem ingebrachte beschuldiging;

b. Te beschikken over voldoende tijd en faciliteiten die nodig zijn voor de voorbereiding van zijn verdediging en zich te verstaan met een door hemzelf gekozen raadsman;

c. Zonder onredelijke vertraging te worden berecht;

d. In zijn tegenwoordigheid te worden berecht, zichzelf te verdedigen of de bijstand te hebben van een raadsman naar eigen keuze; ingeval hij geen rechtsbijstand heeft, van het recht daarop in kennis te worden gesteld; rechtsbijstand toegewezen te krijgen, indien het belang van de rechtspraak dit eist, en zonder dat daarvoor betaling van hem kan wor-

him in any such case if he does not have sufficient means to pay for it;

e. To examine, or have examined, the witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;

f. To have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court;

g. Not to be compelled to testify against himself or to confess guilt.

4. In the case of juvenile persons, the procedure shall be such as will take account of their age and the desirability of promoting their rehabilitation.

5. Everyone convicted of a crime shall have the right to his conviction and sentence being reviewed by a higher tribunal according to law.

6. When a person has by final decision been convicted of a criminal offence and when subsequently his conviction has been reversed or he has been pardoned on the ground that a new or newly discovered fact shows conclusively that there has been a miscarriage of justice, the person who has suffered punishment as a result of such conviction shall be compensated according to law, unless it is proved that the non-disclosure of the unknown fact in time is wholly or partly attributable to him.

7. No one shall be liable to be tried or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country.

den verlangd, indien hij niet over voldoende middelen beschikt;

e. De getuigen à charge te ondervragen of te doen ondervragen en het oproepen en de ondervraging van getuigen à décharge te doen geschieden op dezelfde voorwaarden als het geval is met de getuigen à charge;

f. Zich kosteloos te doen bijstaan door een tolk, indien hij de taal die ter zitting wordt gebezigd niet verstaat of niet spreekt;

g. Niet te worden gedwongen tegen zichzelf te getuigen of een bekentenis af te leggen.

4. Wanneer het jeugdige personen betreft, dient rekening te worden gehouden met hun leeftijd en de wenselijkheid hun reclassering te bevorderen.

5. Een ieder die wegens een strafbaar feit is veroordeeld heeft het recht de schuldigverklaring en veroordeling opnieuw te doen beoordeelen door een hoger rechtcollege overeenkomstig de wet.

6. Indien iemand wegens een strafbaar feit onherroepelijk is veroordeeld en het vonnis vervolgens is vernietigd, of indien hem daarna gratie is verleend, op grond van de overweging dat een nieuw of een pas aan het licht gekomen feit onomstotelijk aantoonde dat van een gerechtelijke dwaling sprake is, wordt degene die, als gevolg van die veroordeling, straf heeft ondergaan, overeenkomstig de wet schadeloos gesteld, tenzij wordt aangetoond dat het niet tijdig bekend worden van het onbekende feit geheel of gedeeltelijk aan hemzelf te wijten was.

7. Niemand mag voor een tweede keer worden berecht of gestraft voor een strafbaar feit waarvoor hij reeds overeenkomstig de wet en het procesrecht van elk land bij onherroepelijke uitspraak is veroordeeld of waarvan hij is vrijgesproken.

Een vergelijking tussen de uiteindelijke tekst en het voorstel van de Commissie voor de Rechten van de Mens leert, dat die hele periode tussen 1952 en 1966 voor art. 14 slechts tot enkele wijzigingen en aanvullingen heeft geleid. Tevens valt daarbij op, dat de meeste van die aanvullingen juist punten betreffen, waar het Covenant verdergaande verplichtingen stelt dan de Conventie. Op de voornaamste verschillen wordt nu kort ingegaan.

8.3. Sammiere vergelijking tussen art. 6 van de Conventie en art. 14 van het Covenant

Een vergelijking tussen art. 6 van de Conventie en art. 14 van het Covenant levert als voornaamste verschilpunten de volgende op: 1. Art. 14 stelt uitdrukkelijk het beginsel voorop, dat 'All persons shall be equal before the courts and tribunals'. Een dergelijke bepaling ontbreekt in art. 6. Desalniettemin kan gesteld worden, dat het beginsel ook daar uitgangspunt voor de toepassing van de wel opgenomen bepalingen vormt, zowel krachtens het discriminatieverbod van art. 14 van de Conventie, als dankzij de nadruk die in de Straatsburgse jurisprudentie bij de interpretatie en toepassing van art. 6 is gelegd op het beginsel van de 'equality of arms' (143). Daar het discriminatieverbod van art. 14 van de Conventie echter slechts geldt met betrekking tot het genot van de in de Conventie geregelde rechten, zijn er verschillen in behandeling op procesrechtelijk gebied denkbaar, die niet strijden met art. 6 (144) of een der andere bepalingen van de Conventie en derhalve niet onder het verbod van art. 14 van de Conventie vallen, maar wel in conflict komen met het gelijkheidsbeginsel van art. 14 van het Covenant. Hier doet zich derhalve de merkwaardige situatie voor dat, terwijl het Covenant juist in art. 26 wel een algemeen verbod van discriminatie kent, het gelijkheidsbeginsel in art. 14, naar het schijnt ten overvloede (145), is opgenomen, terwijl het

(143) Zie hierna in sub-paragraaf 9.4.

(144) Het beginsel van de 'equality of arms' ziet immers op de gelijkheid tussen partijen in een bepaald geding, niet op gelijke behandeling in het procesrecht in het algemeen.

(145) Opneming is, tegen de aangevoerde argumenten van overbodigheid in, met name bepleit door de Sowjet-afgevaardigde 'since in some countries arbitrary distinctions were made on grounds of race'; *E/CN.4/SR.318*, blz. 9. Zie echter de discussie in Commissie III, *l.a.p.* (noot 141), blz. 11.

in de Conventie op zijn plaats zou zijn doch ontbreekt. In het derde lid van art. 14 wordt voor de daar opgesomde minimumgaranties nogmaals herhaald, dat deze 'in full equality' aan de verdachten toekomen. Het ontbreken hiervan in art. 6 wordt wel volledig gedekt door de uitleg van art. 6 in de Straatsburgse jurisprudentie samen met art. 14 van de Conventie.

2. Terwijl art. 6 spreekt van 'civil rights and obligations', hanteert art. 14 als formule 'rights and obligations in a suit at law'. Merkwaardig genoeg is in eerdere ontwerp-teksten van de beide bepalingen de situatie juist omgekeerd geweest (146). Door de Secretariaten-Generaal van de beide betrokken organisaties is aan deze terminologie ook uitdrukkelijk aandacht besteed (147). De huidige terminologie van art. 14 is een typische common-law terminologie, terwijl in art. 6 uiteindelijk in de Engelse tekst aansluiting is gezocht bij de Franse tekst 'contestations sur ses droits et obligations de caractère civil'. Gezien de wetsgeschiedenis van beide bepalingen en het feit, dat in beide gevallen de Franse tekst hetzelfde luidt, kan worden aangenomen, dat in beide bepalingen op hetzelfde wordt gedoeld.

3. Art. 14 bepaalt dat de rechter naast onafhankelijk en onpartijdig ook 'competent' moet zijn. Een dergelijke waarborg ontbreekt in art. 6. Dat deze daar besloten zou liggen in de woorden 'established by law', zoals het Comité van Deskundigen in zijn vergelijkende studie stelt (148), lijkt niet juist. Het geval kan zich immers voordoen, dat berechting plaatsvindt door een instantie die wel rechterlijke bevoegdheid aan de wet ontleent, maar in dit bepaalde geval niet bevoegd was *ratione personae*, *ratione materiae* of *ratione loci*. Juist op die laatste bevoegdheid ziet het woord 'competent' in art. 14 (149). Tegen een dergelijke onbevoegdheid lijkt

(146) Zie voor artikel 6 hierboven noot 123 en voor artikel 14 noot 135. Zie ook sub-paragraaf 8.1., blz. 54.

(147) A.w. (noot 120), blz. 30, resp. E/CN.4/674, blzz. 14-15.

(148) Council of Europe, *Report of the Committee of Experts on Human Rights to the Committee of Ministers*, 'Problems arising from the co-existence of the United Nations Covenants on Human Rights and the European Convention on Human Rights; Differences as regards the Rights Guaranteed', H(70)7, September 1970, blz. 37. Zo ook Jacques Velu, 'La Convention européenne des droits de l'homme et les garanties fondamentales des parties dans le procès civil', in: Mauro Cappelletti & Denis Tallon, *Fundamental Guaranties of the Parties in Civil Litigations*, Milaan 1973, blzz. 245-353 (289-290).

(149) T.a.p. (noot 141), blz. 11.

de Conventie op dit moment, buiten het geval van art. 5(1)(a), geen bescherming te bieden.

4. Terwijl art. 6(1) onredelijke vertraging van de berechting in zowel civiele als strafzaken verbiedt, bevat art. 14(3)(c) op dit punt slechts een garantie voor de strafrechtspraak.

5. Art. 14 kent in het vierde lid een algemene bepaling, dat in het geval van de berechting van jeugdige personen met hun leeftijd en reclassering rekening moet worden gehouden, terwijl art. 6 volstaat met in het eerste lid de belangen van minderjarigen te noemen als een van de gronden voor het achter gesloten deuren behandelen van een zaak. Gezien de vage formulering van art. 14(4) valt moeilijk te zeggen, of hiermee een verplichting wordt toegevoegd, die niet reeds besloten ligt in de garantie van een 'fair hearing', ook voor minderjarigen, in art. 6(1) (150). Dat anderzijds de belangen van minderjarigen niet in de opsomming van art. 14(1) voorkomen, betekent geen materieel verschil, daar die belangen gebracht kunnen worden onder 'the interests of the private lives of the parties' (151).

6. Terwijl art. 6 de openbaarheid van de rechterlijke uitspraak in absolute zin voorschrijft, staat art. 14 daarop wel uitzonderingen toe, namelijk indien het belang van jeugdige personen zich tegen die openbaarheid verzet of het proces handelt over echtelijke twisten of het voogdijschap over kinderen. Uit de *travaux préparatoires* blijkt, dat het de bedoeling was van het Britse voorstel dat tot deze bepaling heeft geleid, dat 'the judgment would be pronounced in the court with the family and friends of the parties and representatives of the press present, but with the general public excluded' (152). De formulering van art. 14 lijkt ook toe te staan, dat het vonnis niet in het openbaar wordt uitgesproken, maar later openbaar wordt gemaakt.

7. Art. 14 bevat in zijn derde lid voor de verdachte meer minimumgaranties dan art. 6. Voor zover die verdergaande garanties voor de Conventie niet worden gedekt door een extensieve interpretatie van de wel in art. 6 opgenomen garanties, ontstaat ook

(150) Aldus ook het Comité van Deskundigen, *a.w.*, (noot 148), blz. 39.

(151) Zie General Assembly, *Official Records*, Tenth Session, Annexes: *Annotations on the text of the draft International Covenants on Human Rights* (Prepared by the Secretary-General), A/2929, 1 July 1955, blz. 43, § 77.

(152) E/CN.4/SR.318, blz. 10.

hier een verschil in reikwijdte tussen het in art. 14(3) van het Covenant herhaalde gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod van art. 14 van de Conventie (153). Zo kent art. 14(3)(b) uitdrukkelijk het recht toe aan de verdachte contact te onderhouden met zijn raadsman, een garantie die in de Conventie slechts een — wankel — basis vindt in een combinatie van de bepalingen aangaande voldoende faciliteiten voor de voorbereiding van de verdediging (lid 3(b)) en die aangaande het recht op rechtsbijstand (lid 3(c)) (154). Het is duidelijk, dat de hier bedoelde garantie vooral van belang is met betrekking tot gedetineerden die *incommunicado* worden gehouden of op een minder drastische wijze in hun contacten met de buitenwereld worden beperkt. Daarnaast kent art. 14(3)(d) aan de verdachte het recht toe in zijn tegenwoordigheid te worden berecht (155), terwijl uit art. 6(3)(c) zou kunnen worden afgeleid, dat een recht daarop ingevolge die bepaling niet bestaat, mits de verdachte maar in de gelegenheid wordt gesteld zich tijdens het proces door een advocaat te doen vertegenwoordigen. Nederland heeft op dit punt bij de ratificatie een voorbehoud gemaakt, waarbij het de wettelijke mogelijkheid handhaaft 'om in het belang van een goede gang van zaken ter terechtzitting een verdachte uit de zittingszaal te verwijderen' (156). Vervolgens bepaalt art. 14(3)(d), dat de verdachte op de hoogte moet worden gebracht van zijn recht op rechtsbijstand; een bepaling die in de Conventie ontbreekt. Het belang van dit recht is gelegen in het feit, dat het de basis voor het genot van de andere rechten door de verdachte versterkt (157). Ten slotte bevat art. 14(3)(g) de eveneens in de Conventie ontbrekende en uiterst belangrijke waarborg, dat de verdachte niet gedwongen mag worden tegen zichzelf te getuigen of een bekentenis af te leggen. Een dergelijke garantie kan wel worden geconstrueerd op basis van een nadere invulling van de bewijs-technische aspecten van een eerlijke berechting en

(153) Zie hierboven onder punt 1.

(154) Commissie en Hof hebben echter de basis, voor wat het eerste contact met een raadsman betreft, aanzienlijk versterkt via de constructie van het recht van toegang tot de rechter; daarover hierna in sub-paragraaf 9.3.

(155) In beginsel zou dit dan ook voor jeugdige verdachten gelden: zie *CCPR/G/SR. 222*, blz. 9 (Koulishev m.b.t. het rapport van Colombia).

(156) *Trbl.* 1978, nr. 177, blz. 29.

(157) Zie het in noot 151 vermelde rapport van de Secretaris-Generaal van de VN, blz. 43, § 84.

van de *praesumptio innocentiae*, maar is toch beter verzekerd door een dergelijke expliciete bepaling.

8. Art. 14 kent in het vijfde lid een recht op een hogere voorziening toe in het geval van strafrechtelijke veroordelingen, een recht dat door de Conventie niet is gegarandeerd. Voor Nederland betreft het hier op strafrechtelijk gebied waarschijnlijk de belangrijkste nieuwe beperking waarvoor de wetgever zich door de inwerkingtreding van het Covenant geplaagd ziet (158), ook als men er vanuit zou gaan, dat met de openstelling van beroep in cassatie – waarbij de rechter zich niet meer over de feiten uitspreekt – aan dit voorschrift van art. 14 is voldaan (159).

9. Ook de garantie van het zesde lid van art. 14 ter zake van een recht op schadevergoeding voor degene die bij een eindspraak is veroordeeld wegens een strafbaar feit, doch daarna vernietiging van het vonnis of gratie heeft verkregen wegens een rechterlijke dwaling die door een later bekend geworden feit aan het licht is getreden, ontbreekt in de Conventie. Een dergelijk recht wordt daar alleen toegekend in het geval van onrechtmatige arrestatie of detentie (art. 5(5)). Nederland heeft zich tegen opnemings van deze verdergaande garantie in het Covenant verzet (160), maar uiteindelijk geen voorbehoud terzake gemaakt.

10. Ten slotte zoekt men in de Conventie tevergeefs het *ne bis in idem*-beginsel, dat wel in art. 14(7) is neergelegd. Ook als de Straatsburgse jurisprudentie na verloop van tijd bereid zou blijken te zijn ditzelfde beginsel uit het algemene voorschrift inzake een eerlijke berechting af te leiden, bevat het Covenant nu voor Nederland een hechtere garantie terzake. Het door Nederland gemaakte voorbehoud ten aanzien van het in art. 68 van het Wet-

(158) Zie bijvoorbeeld mijn in noot 5 vermelde advies aan de Minister van Justitie, blz. 22, 25-26 en 29, en de daarvoor afgedrukte brief van de Minister aan de Tweede Kamer, blz. 10.

(159) Zie in dit verband de vraag die binnen het VN-Comité voor de Rechten van de Mens aan de orde is gesteld naar aanleiding van het rapport van Portugal, 'whether the court of appeal could reverse a finding of fact made by an inferior court'; *A/36/40*, blz. 64. Door Nederland is bij de ratificatie alleen een voorbehoud gemaakt ten aanzien van procedures waarin de Hoge Raad als enige instantie beslist; *Trbl* 1978, nr. 177, blz. 29.

(160) Rapport van Commissie III van de Algemene Vergadering, *t.a.p.* (noot 141), blz. 13.

boek van Strafrecht bepaalde (161) doet daaraan nauwelijks afbreuk.

Na deze vrij gedetailleerde opsomming van verschilpunten dient te worden vermeld, dat deze in de nabije toekomst, voor zover zij op dit moment een verdergaande bescherming door het Covenant inhouden, althans ten dele zullen worden opgeheven. Het Steering Committee for Human Rights van de Raad van Europa heeft namelijk een aanvullend protocol tot uitbreiding van de in de Conventie gegarandeerde rechten voorbereid, waarbij voorlopig het accent juist valt op een uitbreiding ten aanzien van die punten, waar de tekst van het Covenant op dit moment verder gaat of althans meer expliciet is (162). Ten aanzien van de aanvulling van art. 6 gaan de voorstellen in de richting van een aanpassing aan de tekst van art. 14 voor wat de hierboven onder 7.-10. besproken verschillen betreft. Wel zal daarbij, voor wat het recht op een hogere voorziening betreft, naar ik verwacht de mogelijkheid worden opengelaten ten aanzien van bepaalde vonnissen een uitzondering te maken. Ook op enkele andere punten zullen de verschillen tussen art. 6 en art. 14 waarschijnlijk niet volledig worden weggevoerd. Hierbij speelt vermoedelijk mede de overweging een rol, dat door de opneming in een aanvullend protocol van bepaalde garanties die volgens de Straatsburgse jurisprudentie bij een extensieve interpretatie van art. 6 in zijn huidige formulering thans reeds gelden, licht een *a contrario*-redenering kan ontstaan, waardoor landen tot de verbodiging daarvan niet langer gebonden kunnen worden gehouden, zolang zij het protocol niet hebben geratificeerd.

(161) *Trbl.* 1978, nr. 177, blz. 29. Het gaat hierbij met name om het openhouden van de mogelijkheid van revisie en van beperking van het beginsel in geval van vreemde vonnissen.

(162) Zie Council of Europe, *CDDH(77)29 rev.*, Strasbourg, 20 December 1977, blzz. 17-18. Zie ook: Council of Europe, *Human Rights Information Sheet No. 11*, Strasbourg 1982, blz. 20 en Directorate of Press and Information, *I(82)52*, 1-12-1982. De voorstellen terzake zijn vertrouwelijk. Het hier gestelde berust dan ook op een persoonlijke inschatting.

9. DE RANDVOORWAARDEN WELKE UIT DE CONVENTIE EN HET COVENANT VOORTVLOEIEN TEN AANZIEN VAN DE RECHTSPRAAK

Na de inleidende uiteenzettingen van de voorafgaande paragrafen kom ik thans toe aan een puntsgewijze bespreking van de internationale bepalingen ter zake van een behoorlijke rechtspraak, mede aan de hand van de interpretatie die daaraan in de internationale rechtspraak is gegeven. Daarbij neem ik art. 6 van de Conventie tot uitgangspunt en besteed ik slechts aandacht aan art. 14 van het Covenant, voor zover deze laatste bepaling een meer expliciete of aanvullende verplichting voor Nederland bevat. De artt. 5 en 13 van de Conventie — hiermee correspondeert art. 9 respectievelijk art. 2(3)(a) en (b) van het Covenant — die in bepaalde opzichten eveneens verband houden met de rechtspraak, zullen met het oog op de beschikbare ruimte niet afzonderlijk worden behandeld, maar waar nodig ter sprake worden gebracht in het verband van de eerder genoemde bepalingen.

Van de internationale jurisprudentie is die van de Straatsburgse organen, die toezien op de naleving van de bepalingen van de Conventie, veruit de belangrijkste. Niet alleen functioneert deze toezichtprocedure reeds veel langer dan die, welke ingevolge het Covenant is opgezet, en bestaat de daarvan afkomstige rechtspraak uit een veel groter aantal beslissingen, rapporten en resoluties; de Straatsburgse jurisprudentie is ook gedetailleerder en meer op rechtsstelsels zoals het Nederlandse toegesneden en biedt daardoor meer houvast voor de Nederlandse rechtspraktijk. De 'jurisprudentie' van het Comité voor de Rechten van de Mens, dat belast is met het toezicht op de naleving van de bepalingen van het Covenant, blijft daarbij vooralsnog noodgedwongen ten achter. Als voornaamste redenen daarvoor kunnen de volgende worden gemenoreerd:

1. Hoewel er bij de bespreking van de door de staten ingevolge art. 40 ingediende rapporten vaak zeer indringend op onderdelen wordt ingegaan, betreft het daar, zoals ik reeds in § 6 heb uiteengezet, opmerkingen van individuele leden van het Comité, die bovendien in de meeste gevallen in de vragende vorm zijn gegoten en niet als een standpunt zijn geformuleerd. Zij kunnen wel een interessant licht werpen op een mogelijke interpretatie van de dan aan de orde zijnde bepaling van het Covenant, maar hun gezag is moeilijk vast te stellen. De bevoegdheid van het Comité ex art.

40(4) tot het maken van 'general comments' heeft nog niet geleid tot commentaar van het Comité op rapporten van afzonderlijke staten, doch slechts tot enkele opmerkingen naar aanleiding van de tot dan toe ingediende rapporten in het algemeen (163). Aanwijzingen voor de interpretatie van de materiële bepalingen van het Covenant bevatten deze 'general comments' niet of nauwelijks.

2. De door het Comité behandelde individuele klachten nemen snel in aantal toe (164), maar de gevallen waarin er een schending van het Covenant is geconstateerd, betreffen tot nu toe in hoofdzaak vrij extreme situaties van martelingen, opsluitingen zonder vorm van proces, berechting door militaire rechtbanken e.d., hoofdzakelijk betrekking hebbende op Uruguay (165). Nu kunnen op zichzelf uit dat soort zaken ook wel bepaalde conclusies worden getrokken met betrekking tot minder extreme situaties en kunnen ook overwegingen die tot de slotsom leiden, dat er geen schending heeft plaatsgevonden, toch belangrijke interpretaties bevatten. Een bijkomende moeilijkheid is echter, dat de 'views' van het Comité, naar ik aanneem vooral ten gevolge van het feit dat het zich tot een schriftelijke behandeling moet beperken en noch de klager en een vertegenwoordiger van de aangeklaagde staat direct kan horen, noch getuigen en deskundigen op kan roepen, zowel ten aanzien van de feiten als in de rechtsoverwegingen nogal vaag en algemeen zijn. Daardoor is het in sommige gevallen zelfs moeilijk het precieze verband te ontdekken tussen de aangegeven feiten en het 'dictum' (166).

3. In het geval van een verdrag van wereldwijde gelding over een politiek zo gevoelige materie als de rechten van de mens en waar bij het toezicht berust bij een groep van achttien personen met

(163) Zie hierboven noot 96.

(164) Tot en met de zitting van juli 1982 zijn er door het Comité 'views' gegeven met betrekking tot 32 klachten. Zie hiervoor de bijlagen bij de jaarlijkse rapporten en de tussentijdse perscommuniqués.

(165) Daarnaast bevinden zich onder de tot medio 1982 gegrond verklaarde klachten drie klachten tegen Colombia (R.11/45, R.11/46 en R.15/64), twee tegen Canada (R.6/24 en R.7/27) en één tegen Mauritius (R.9/35).

(166) Zie bijvoorbeeld zaak R.2/11, *Grille Motta v. Uruguay*, A/35/40, blz. 132 (135-136), waar vermeld staat, dat klager voor een militaire rechter was geleid zonder enige mogelijkheid een advocaat te raadplegen, doch alleen schending van artikel 9 en niet van artikel 14 wordt geconstateerd.

een zeer uiteenlopende achtergrond en afkomstig uit landen met geheel verschillende politieke, sociale en juridische tradities, valt een verfijnde juridische interpretatie, zeker de eerste jaren, niet te verwachten. Het Comité, dat ook intern nogal verdeeld lijkt te zijn over de grenzen van zijn mandaat (167), zal eerst gezag en vertrouwen moeten verwerven bij de verdragsstaten, zeker waar het de procedure van de individuele klachten betreft. Leidde dit ook in Straatsburg in de eerste jaren tot een voorzichtig beleid en een sobere interpretatie, met een zekere concentratie van de corrigerende functie op de meer evidente schendingen, dan mag dat zeker in het geval van het functioneren van het Comité geen vreemding wekken (168).

In een bescheiden poging de betrekkelijk geringe bekendheid in Nederland met de toch in elk geval potentieel belangrijke 'jurisprudentie' van het Comité enigszins te doorbreken, heb ik daarnaar in het hiervolgende verwezen, telkens wanneer mij dat voldoende relevant voorkwam.

Voor wat de Straatsburgse jurisprudentie betreft, kon ik voor een groot deel terugvallen op het door mij verrichte onderzoek in verband met de kort geleden verschenen tweede druk van het boek van Van Hoof en mijzelf over de Conventie. De daarin opgenomen beschrijving van art. 6 heb ik hier in grote lijnen gevolgd. De dynamiek van de Conventie en van de Straatsburgse toetsingsinstanties manifesteren zich echter ook hier: na enkele maanden bleek het reeds nodig belangrijke nieuwe jurisprudentie aan deze beschrijving toe te voegen. Bovendien zijn inhoud en indeling aangepast aan het feit, dat ook met het in art. 14 van het Covenant bepaalde rekening moest worden gehouden.

(167) Zie vooral de discussie vermeld in *A/35/40*, blzz. 83-87. Zie ook Manfred Novak, 'The Effectiveness of the International Covenant on Civil and Political Rights; Stock-taking after the First Eleven Sessions of the UN-Human Rights Committee', *Human Rights Law Journal* 1980, blz. 136 (147-151 en 163-164).

(168) Soms wordt een land zelfs geprezen om zijn openhartige vermelding van punten die niet conform het Covenant zijn: *CCPR/C/SR.236*, blz. 9 (Janca met betrekking tot het rapport van Costa Rica).

9.1. Burgerlijke rechten en verplichtingen

Terwijl het tweede en derde lid van art. 6 (en het tweede tot en met zevende lid van art. 14 van het Covenant) uitsluitend betrekking hebben op de berechting van strafzaken en daarmee in bepaalde opzichten materieel gelijk te stellen zaken, is het eerste lid tevens van toepassing op al die procedures, waarin de 'determination of ... civil rights and obligations' (mede) aan de orde is (169). Wat onder 'civil rights and obligations' (art. 14 spreekt van 'rights and obligations in a suit at law') moet worden verstaan, is door de opstellers niet nader aangegeven. De voor beide bepalingen gelijke Franse terminologie 'droits et obligations de caractère civil' lijkt wel wat duidelijker, maar biedt toch onvoldoende houvast (170). Neemt men tot uitgangspunt de vraag, of het recht of de verplichting in kwestie in het desbetreffende nationale rechtsstelsel al dan niet door het privaatrecht wordt beheerst, dan leidt dat tot een onderling zeer verschillende reikwijdte van deze bepaling, omdat de grenzen tussen het publiek- en privaatrecht in de lidstaten van de Raad van Europa niet steeds langs dezelfde lijnen worden getrokken, laat staan tussen de verdragsstaten van het Covenant. Bovendien kan de beoogde garantie dan licht worden aangetaast door de toenemende vervaging van de grenzen tussen publiek- en privaatrecht. Voor een effectieve toepassing van die garantie en voor de vereiste rechtseenheid en rechtszekerheid daarbij, is het derhalve van groot belang, dat door de internationale toezichthoudende instanties een duidelijke lijn wordt uitgezet en dat daarbij de nodige afstand in acht wordt genomen ten aanzien van het nationale recht van de verdragsstaten. In een beslissing van 2 oktober 1964 heeft de Commissie dat aldus geformuleerd:

(169) Daarop wijst ook het Hof in zijn arrest van 8 juni 1976 in de *Engelzaak*, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 22 (1977), blz. 36.

(170) Uitvoerig: Ch. Rasenack, ' "Civil Rights and Obligations" or "Droits et Obligations de caractère civil" — Two crucial legal determinations in Article 6(1) of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms', *Revue des droits de l'homme* 1970, blzz. 51-81. Zie ook: D.J. Harris, 'The Application of Article 6(1) of the European Convention on Human Rights to Administrative Law', *British Year Book of International Law* 1974-1975, blzz. 157-200 (161-184); H. Schäffer, 'Der Zivilrechtsbegriff der Menschenrechtskonvention; Einige Auswirkungen des Art. 6 MRK auf die österreichische Rechtsordnung', *Oesterreichische Juristen-Zeitung* 1965, blzz. 511-520 (512-515).

'the term "civil rights and obligations" employed in Article 6(1) of the Convention, cannot be construed as a mere reference to the domestic law of the High Contracting Party concerned, but on the contrary, relates to an autonomous concept which must be interpreted independently of the rights existing in the law of the High Contracting Parties, even though the general principles of the domestic law of the High Contracting Parties must necessarily be taken into consideration in any such interpretation' (171).

Niettemin heeft de meerderheid binnen de Commissie zich nog lange tijd bij de bepaling van de toepasselijkheid van art. 6(1) laten leiden door de vraag, of het voorwerp van de procedure door het publiekrecht dan wel door het privaatrecht wordt beheerst. Zo overwoog zij met betrekking tot een viertal tegen Nederland gerichte klachten betreffende procedures inzake belastingen:

'that these proceedings concerned a matter falling under public law and not under private law, although the fiscal measure complained of had repercussions on the Applicants' property rights' (172).

Op grond van een zelfde redenering werd art. 6(1) niet toegepast op procedures inzake premies van de sociale verzekeringen (173), sociale uitkeringen (174), oorlogsuitkeringen en pensioenen (175), disciplinaire maatregelen tegen advocaten (176) en dienstplichtzaken (177). Eerder al had de Commissie het standpunt ingenomen, dat zaken betreffende de rechtspositie van amb-

(171) Zaak 1931/63, *X v. Oostenrijk*, *Yearbook* VII (1964), blz. 212 (222). Dit is sindsdien vaste 'Straatsburgse' jurisprudentie.

(172) Gevoegde zaken 1904/63, 2029/63, 2094/63 en 2217/64, *A, B, C en D v. Nederland*, *Yearbook* IX (1966), blz. 268 (286).

(173) Zie zaak 2248/64, *X v. Nederland*, *Yearbook* X (1967), blz. 170 (176).

(174) Zie zaak 8149/78, *X v. Oostenrijk*, *D & R* 14 (1979), blz. 252 (253) met betrekking tot een invaliditeitsuitkering.

(175) Zo in de zaak 7014/75, *X v. Bondsrepubliek Duitsland*, *D & R* 5 (1976), blz. 134 (135) en in de zaak 5713/72, *X en Y v. Bondsrepubliek Duitsland*, *Yearbook* XVI (1973), blz. 268 (274). Vgl. zaak 6054/73, *X v. Zweden*, niet gepubliceerd, waar de Commissie de mogelijkheid open laat, dat een aanspraak op compensatie voor schade welke door de immigratiedienst zou zijn veroorzaakt, een 'civil right' is.

(176) Zaak 2793/66, *X v. Oostenrijk*, *Coll.* 23 (1967), blz. 125 (128); zaak 2827/66, *X v. Bondsrepubliek Duitsland*, *Coll.* 24 (1967), blz. 113 (115).

(177) Zaken 3435-3438/67, *W, X, Y en Z v. Verenigd Koninkrijk*, *Yearbook* XI (1968), blz. 562 (604).

tenaren buiten het bereik van art. 6(1) vallen (178). Het autonome karakter van 'civil rights and obligations', dat de Commissie tot uitgangspunt nam, had dus slechts betekenis voor zover de opvatting van de Commissie over het publiek- of privaatrechtelijk karakter van de in de procedure aan de orde zijnde rechtsbetrekking verschilde van het standpunt dat de nationale wetgever te dien aanzien had ingenomen. En daarbij hanteerde de Commissie dan zelf als criterium, of deze rechtsbetrekking er een was tussen particuliere personen of tussen een particulier en de overheid.

De (meerderheid van de) Commissie beriep zich voor haar standpunt op het feit, dat bij de opstelling van art. 6(1) was verwezen naar de discussies binnen de VN-Commissie voor de Rechten van de Mens ten aanzien van het latere art. 14(1) van het Covenant en dat daaruit zou blijken, dat met de voor beide bepalingen gelijklopende Franse term 'droits et obligations de caractère civil' bedoeld werd op rechten en verplichtingen welke behoren tot het 'droit civil'. Deze overweging leidde de Commissie in haar rapport in de *Ringeisen*-zaak, met een meerderheid van zeven tegen vijf, tot de volgende stelling:

'This examination of the text of the Convention and its drafting history leads to the conclusion that the term "civil rights and obligations" must be interpreted restrictively so as to comprise such legal relationships only as are typical of relations between private individuals, to the exclusion of such legal relations in which the citizen is confronted with those who exercise public authority' (179).

Deze zelfde *Ringeisen*-zaak bood het Hof voor de eerste keer de gelegenheid zijn invulling van het autonome karakter aan te geven. Ruim een jaar tevoren had het Hof in de *Delcourt*-zaak reeds in het algemeen gesteld:

'In a democratic society within the meaning of the Convention, the right to a fair administration of justice holds such a prominent place that a res-

(178) Zaak 423/58, *X v. Bondsrepubliek Duitsland*, Coll. 1 (1960), pagina's niet doorgenummerd. Zie de gewijzigde motivering in zaak 4523/70, *X v. Bondsrepubliek Duitsland*, Yearbook XIV (1971), blz. 622 (630); zaak 8686/79, *X v. Italië*, D & R 21 (1981), blz. 208; zaak 8496/79, *X v. Verenigd Koninkrijk*, D & R 21 (1981), blz. 168.

(179) Rapport van 19 maart 1970, *Publ. ECHR, Series B*, vol. 11 (1970-1971), blz. 71. Zo ook reeds in de zaken 3435-3438/67, *t.a.p.* (noot 177), blzz. 602-604.

trictive interpretation of Article 6(1) would not correspond to the aim and the purpose of that provision' (180).

Met dit uitgangspunt was het pleidooi van de meerderheid van de Commissie voor een restrictieve interpretatie moeilijk verenigbaar. Het Hof is deze meerderheid in dat opzicht dan ook niet gevolgd. Het ging óók niet zo ver als de minderheid van de Commissie, die praktisch het gehele terrein van de particuliere bescherming tegen het overheidshandelen onder de werking van art. 6(1) wilde brengen. Het Hof zocht de verzelfstandiging van 'civil rights and obligations' daarin, dat het niet gaat om de aard van het toepasselijke recht, noch om de vraag of de desbetreffende procedure civielrechtelijk dan wel administratiefrechtelijk of strafrechtelijk van aard is, noch ook om de vraag of beide partijen in die procedure particulieren zijn dan wel een van hen een overheidsinstantie is, doch uitsluitend om de vraag, of die procedure leidt tot vaststelling van een burgerlijk recht of een burgerlijke verplichting van beide of één van beide partijen (181). Niet het karakter van 'the law' maar van 'the right' wordt derhalve bepalend geacht en niet het karakter van de procedure, maar de vraag, of deze tot een 'determination' van een dergelijk 'right' leidt.

Deze lijn is door het Hof voortgezet en door de Commissie in grote trekken gevolgd, zij het dat de Commissie in sommige gevallen via de bepaling van het karakter van het in het geding zijnde 'right', of via het onderzoek naar de vraag of er van een 'determination' sprake was, iets van haar restrictieve benadering heeft trachten te behouden.

In de *Golder*-zaak bepaalden Commissie en Hof, dat ook het recht op rechterlijk gehoor zelf een 'civil right' is, ook wanneer dit tegenover een overheidsinstantie wordt ingeroepen (182). In de *König*-zaak verwierp het Hof het door de Duitse regering naar voren gebrachte standpunt, dat in geval van een geschil tussen een particulier en een overheidsinstantie art. 6(1) slechts van toepassing kan zijn, voor zover dat geschil een overheidshandelen betreft

(180) Arrest van 17 januari 1970, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 11 (1970), blz. 15. Zie ook hierboven, blzz. 47-48.

(181) Arrest van 16 juli 1971, *ibidem*, vol. 13 (1971), blz. 39. De klacht werd *in casu* niettemin afgewezen wegens een door Oostenrijk bij de ratificatie gemaakt voorbehoud.

(182) Arrest van 21 februari 1975, *ibidem*, vol. 18 (1975), blz. 13.

waarbij de overheid als particulier is opgetreden. Ook hier werd alleen het karakter van het in het geding zijnde 'right' door het Hof beslissend geacht (183). In de gevoegde zaken van *Le Compte, Van Leuven en De Meyere* is voorts door het Hof benadrukt, dat het rechtsgeschil ('contestation' in de Franse tekst) in voldoende mate verband moet houden met het aangevoerde 'civil right' en dat de uitkomst van de procedure inderdaad bepalend moet zijn ('determination') voor dat recht, wil art. 6(1) van toepassing zijn (184). En in de zaak van *Sporrong en Lönnroth*, ten slotte, besliste het Hof, dat het feit dat het rechtsgeschil betrekking heeft op een administratieve handeling, door een bevoegd orgaan in de uitoefening van openbaar gezag verricht, niet hoeft uit te sluiten, dat er van een 'determination of civil rights' in de zin van art. 6(1) sprake is (185).

In drie van de bovengenoemde vier arresten betrof de procedure het door de overheid uitgeoefende toezicht op handelingen van particulieren waarmee deze laatsten deelnemen aan het rechtsverkeer met andere particulieren. In de *Ringeisen*-zaak had de klager de goedkeuring van een overheidsinstantie nodig, wilde hij de met een derde gesloten koopovereenkomst gestand kunnen doen. In de *König*-zaak was de klager een arts die de intrekking door de overheid van de bevoegdheid de geneeskunde uit te oefenen aanvocht, terwijl het in de zaak van *Le Compte, Van Leuven en De Meyere* om een tijdelijke schorsing van die bevoegdheid ging. Ook de *Winterwerp*-zaak, die betrekking had op de procedure tot verlenging van de gedwongen detentie van een psychisch gestoorde, kan in deze categorie worden geplaatst, voor zover het hier het verlies van de handelingsbekwaamheid ten aanzien van de eigendom betrof (186). En hetzelfde geldt voor de *Kaplan*-zaak, waar het om een beperking van overheidswege van het voeren van een

(183) Arrest van 28 juni 1978, *ibidem*, vol. 27 (1978), blz. 30.

(184) Arrest van 23 juni 1981, *ibidem*, vol. 43 (1981), blzz. 20-21.

(185) Arrest van 23 september 1982, § 80. Anders de Commissie in haar rapport van 8 oktober 1980, §§ 135-138, die stelde dat de bewuste procedure slechts tot een 'interference with' maar niet tot een 'determination of civil rights' leidde. Zie ook zaak 7620/76, *X v. Oostenrijk*, D & R 11 (1978), blz. 156 (157): ruilverkavelingsprocedures betreffen de vaststelling van een burgerlijk recht.

(186) Arrest van 24 oktober 1979, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 33 (1980), blzz. 27-29.

verzekeringsbedrijf ging (187). De eigenlijke rechtsbetrekking waarop de 'determination' van invloed was, was er niet een tussen de klager en de overheid. Dat lag echter anders in de *Sporrong en Lönnroth*-zaak, omdat de daar aan de orde zijnde onteigeningsprocedure niet alleen of in de eerste plaats raakte aan de uitoefening van het eigendomsrecht tegenover andere particulieren maar aan die tegenover de overheid zelf. En in de *Golder*-zaak ging het niet om het recht een klacht in te dienen tegen een particulier maar tegen een overheidsfunctionaris, al kon natuurlijk ook diens privé-aansprakelijkheid daarbij in het geding komen.

Duidelijk is in elk geval uit de hierboven besproken jurisprudentie, dat ook procedures die naar Nederlands recht van administratiefrechtelijke aard zijn, onder de werking van art. 6(1) kunnen vallen, omdat zij kunnen leiden tot de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen in de ruime omschrijving die deze jurisprudentie daaraan heeft gegeven. Op het moment van afsluiting van dit preadvies ligt in Straatsburg de vraag voor, of het Kroonberoep aan de in art. 6(1) gestelde eisen voldoet; dit naar aanleiding van een inmiddels ontvankelijk verklaarde klacht over de vernietiging door de Kroon van de verlening door B&W van een vergunning tot exploitatie van een LPG-installatie (188). De vraag of art. 6(1) van toepassing is op de - aan de daar gestelde eisen zeker niet voldoende - procedure waarbij de directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau beslist over toestemming voor de beëindiging van een arbeidsverhouding, is door de Commissie ontkenkend beantwoord; wel is zij van mening, dat geschillen over de beëindiging van arbeidsverhoudingen raken aan burgerlijke rechten en verplichtingen, maar zij acht de toestemming van de directeur van het GAB daarvoor niet beslissend, terwijl naar haar mening de op grond van artt. 1639s e.v. BW in te stellen actie wel

(187) Rapport van 17 juli 1980, *D & R* 21 (1981), blz. 5 (24-27). Art. 6(1) werd niettemin niet van toepassing geacht, omdat de verzoeker niet claimde, dat de aangevochten beslissing onrechtmatig was, zodat het naar de mening van de Commissie niet om een voor rechtspraak vatbaar geschil ging.

(188) Zaak 8848/80, *Bentham v. Nederland*, *NJ* 1982, 603. Voor de uitvoerige discussie in Nederland verwijs ik naar: J.M. Kan, 'Richtlijnen voor de keuze tussen Arob-beroep en beroep op de Kroon', *NJB* 1981, blzz. 493-498 (495) en de daar in noot 7 vermelde publikaties van Alkema, Hagen, Kan, Stellinga, De Waard en Wiarda. Zie ook nog: G.J. Jansen, 'Schadevergoeding, Kroonberoep en artikel 6 lid 1 ECRM', *NJB* 1982, blzz. 128-131.

aan de eisen van art. 6(1) voldoet (189). Of deze kwestie aldus in het licht van de jurisprudentie van het Hof bevredigend en afdoende is beslist, lijkt twijfelachtig (190). Ook voor andere procedures geldt, dat door de bovenvermelde jurisprudentie de vraag naar hun verenigbaarheid met art. 6(1) vrij onverwacht actueel is geworden (191).

In de *Golder*-zaak is door het Hof gesteld, dat de in de Conventie opgenomen rechten en vrijheden niet alle per definitie ook 'civil rights' in de zin van art. 6(1) zijn (192). De Engelse term 'civil rights', die in de Angelsaksische terminologie vaak gebruikt wordt om daarmee de grondrechten aan te duiden, zou anders hebben kunnen doen vermoeden, maar de Franse tekst 'droits . . . de caractère civil' leert, dat deze *term of art* hier niet bedoeld is (193). Wel heeft het Hof echter de mogelijkheid open gelaten, dat beide categorieën van rechten tot op zekere hoogte kunnen samenval- len (194). Ook hieruit valt m.i. af te leiden dat, waar een rechts- verhouding tussen particulier en overheid in het geding is, art. 6(1) van toepassing kan zijn (195).

Is de bescherming van een grondrecht tegenover een particulier in

(189) Zaak 8974/80, *Perrin v. Nederland*, NJ 1981, 149.

(190) Zie de kritische noot van E.A.A. onder de beslissing, *t.a.p.*

(191) Zie de opsomming bij Alkema, *a.w.* (noot 54), blzz. 319-320. Zie ook de beslissing van de Commissie van 13 oktober 1980 in de zaken 8543, 8674, 8675 en 8685/79, *Van Marle, Van Zomeren, Flantua en De Bruyn v. Nederland*, waar de Commissie de klachten ontvankelijk verklaarde aangaande strijd met art. 6(1) van de procedure voor de Commissie voor de Toelating en de Commissie van Beroep als voorzien in de Wet op de Accountantsadministratieconsulenten, D & R 21 (1981), blz. 180.

(192) *T.a.p.* (noot 182), blz. 16.

(193) Zie ook het rapport van de Commissie in de *Ringeisen*-zaak, *t.a.p.* (179), blz. 71.

(194) *T.a.p.* (noot 182), blz. 16.

(195) Met betrekking tot het recht op privacy is deze vraag door het Hof uitdrukkelijk opengelaten in zijn arrest van 6 september 1978 in de *Klass*-zaak, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 28 (1979), blz. 32, terwijl de vraag door de Commissie in haar rapport van 9 maart 1977 in negatieve zin was beantwoord; *ibidem, Series B*, vol. 26 (1977-1978), blz. 11 (36). Vgl. Th. Buergenthal & W. Kewenig, 'Zum Begriff der Civil Rights in Artikel 6 Absatz 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention', *Archiv des Völkerrechts* 13 (1966-1967), blz. 393 (410-411), waar deze auteurs de stelling verdedigen, dat artikel 6(1) ook ten aanzien van de vaststelling van de rechtsbetrekkingen tussen individu en overheid geldt en daarvoor juist het grootste belang heeft.

het geding, dan is er natuurlijk steeds sprake van een 'civil right'. Indien en voor zover aan de in de Conventie gegarandeerde rechten derdenwerking wordt toegekend (196), is art. 6(1) derhalve in elk geval op procedures ter handhaving daarvan tegenover particulieren van toepassing. Zo is bijvoorbeeld door de Commissie erkend, dat het recht op respect van de goede naam door een particulier een 'civil right' is (197). Art. 6(1) is naar het oordeel van de Commissie echter alleen van toepassing, wanneer de betrokkene rehabilitatie tracht te krijgen via een rechterlijke procedure met een privaatrechtelijk karakter; niet indien hij daarvoor een procedure kiest met het doel, dat de schuldige een straf krijgt opgelegd (198). Is een dergelijke procedure met een civielrechtelijk karakter niet voorzien, dan zal onderzocht moeten worden, of een eventueel wel voorziene procedure met een strafrechtelijk karakter zo is ingericht, dat deze aan de eisen van art. 6(1) voldoet. Het ontbreken van een beroepsmogelijkheid op de rechter voor de vaststelling van een 'civil right' is immers op zichzelf reeds in strijd met die bepaling, zoals hierna nog nader uiteengezet zal worden (199).

Ten aanzien van procedures van toelating en uitzetting van vreemdelingen heeft de Commissie art. 6(1) alleen dan van toepassing geacht, wanneer de eerbiediging van het gezinsleven als 'civil right' in het geding was (200), terwijl de mogelijkheid is opengelaten,

(196) Zie daarvoor hierboven, paragraaf 6.

(197) Zaak 808/60, *ISOP v. Oostenrijk*, *Yearbook V* (1962), blz. 108 (122). Gaat het echter om uitlatingen in het parlement gedaan, dan stuit een beroep op artikel 6(1) af op het beginsel van de 'parliamentary immunity': zaak 7729/76, *Agee v. Verenigd Koninkrijk*, *D & R 7* (1977), blz. 164 (175).

(198) Zaak 7116/75, *X v. Bondsrepubliek Duitsland*, *D & R 7* (1977), blz. 91 (92). Dit ligt evenwel anders, wanneer in het kader van de strafrechtelijke procedure een civielrechtelijke claim kan worden en ook is ingediend: zaak 8366/78, *X v. Luxemburg*, *D & R 16* (1979), blz. 196 (198).

(199) Hierna, sub 9.3. In de zaak 7729/76, *Agee v. Verenigd Koninkrijk*, *D & R 7* (1977), blz. 164 (175), is door de Commissie weliswaar artikel 6(1) niet van toepassing verklaard, juist omdat er geen rechterlijk beroep mogelijk was, maar het betrof daar een geval van aantasting van de goede naam door een parlamentslid, zodat er op grond van de parlementaire immuniteit geen sprake van een rechtens te handhaven 'civil right' kon zijn.

(200) Gevoegde zaken 2991 en 2992/66, *Alam, Kahn en Singh v. Verenigd Koninkrijk*, *Yearbook X* (1967), blz. 478 (500-504); uitdrukkelijk ook de Commissieleden Sperduti, Welter, Daver, Mangan en Tenekides in het rapport van 14 december 1976 in de *König*-zaak, § 89.

dat dit ook het geval is, wanneer uitzetting een aantasting van het recht op onderwijs vormt (201). Het recht in een land te verblijven als zodanig, is door de Commissie tot nog toe niet als een 'civil right' aangemerkt, ook niet in die gevallen, waar de uitzetting gevolgen heeft voor de burgerrechtelijke positie van de betrokkene (202). Als argument hanteert de Commissie daarbij, dat de toelating tot een land een discretionaire handeling van de desbetreffende overheid is, zodat van een 'civil right' geen sprake is (203). Ten slotte volgen hier nog enkele op de Straatsburgse jurisprudentie gebaseerde kanttekeningen ten aanzien van de procedure zelf die tot de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen leidt:

1. Een procedure waarin uitsluitend beslist wordt over de vraag, of een bij de rechter ingestelde actie in behandeling zal worden genomen — in Nederland valt bijvoorbeeld te denken aan het onderzoek naar het spoedeisende karakter van een kort geding of van een verzoek om een voorlopige voorziening — zonder dat over de gegrondheid van de actie zelf wordt beslist, leidt niet tot een 'determination' en wordt dan ook niet door art. 6(1) geregeerd (204).

2. Art. 6(1) is ook van toepassing op procedures van hoger beroep en beroep in cassatie, mits de rechter in die instantie zelf tot de 'determination' van de in het geding zijnde rechten is geroepen (205). Wel is het dan echter zo, dat 'the way in which it applies must . . . clearly depend on the special features of such proceedings' (206).

3. Indien het bij de vaststelling van burgerlijke rechten en plichten om de beoordeling van overheidshandelen gaat, komt daarbij in diverse administratiefrechtelijke procedures aan de rechter slechts een marginale toetsingsbevoegdheid toe en wordt aan de

(201) Zaak 7841/77, *X v. Verenigd Koninkrijk*, niet gepubliceerd.

(202) Zaak 7729/76, *Agee v. Verenigd Koninkrijk*, D & R 7 (1977), blz. 164 (175).

(203) Zaak 8197/78, *X, Y en Z v. Verenigd Koninkrijk*, niet gepubliceerd.

(204) Zie zaak 6916/75, *X, Y en Z v. Zweden*, D & R 6 (1977), blz. 101 (107).

(205) Zie enerzijds het *Delcourt*-arrest, *t.a.p.* (noot 180), blzz. 14-15; anderzijds zaak 8410/78, *X v. Bondsrepubliek Duitsland*, D & R 18 (1980), blz. 216 (218). Zie ook het rapport van 14 december 1981 in zaak 8273/78, *X v. Bondsrepubliek Duitsland*, § 71.

(206) *Delcourt*-arrest, *ibidem*, blz. 15.

bestuurlijke instanties een vrije beoordelingsruimte gelaten. Beschikt de rechter daarbij over een voldoende toetsingsmogelijkheid ten aanzien van de rechtmatigheid, dan is met een dergelijke procedure naar de mening van de Commissie aan de eis van art. 6(1) aangaande een rechterlijke procedure voldaan (207).

4. In de Franse tekst van art. 6(1) wordt gesproken van een 'contestation'. In de Engelse tekst ontbreekt echter het woord 'dispute' als equivalent van 'contestation'. Mede op die grond heeft het Hof overwogen, dat aan dit woord geen al te technische betekenis moet worden toegekend. Het heeft met name nog in het midden willen laten, of uit het gebruik van dat woord voortvloeit, dat art. 6(1) alleen van toepassing is, als er ten aanzien van burgerlijke rechten of verplichtingen een meningsverschil tussen partijen bestaat (208). Ook in de Engelse tekst van art. 14 van het Covenant komt het woord 'dispute' niet voor.

5. In zijn arrest in de zaak *Le Compte, Van Leuven en De Meyere* is door het Hof gesteld, dat art. 6(1) de verdragsstaten niet voorschrijft:

'to submit "contestations" (disputes) over "civil rights and obligations" to a procedure conducted at each of its stages before "tribunals" meeting the Article's various requirements. Demands of flexibility and efficiency, which are fully compatible with the protection of human rights, may justify the prior intervention of administrative or professional bodies and, *a fortiori*, of judicial bodies which do not satisfy the said requirements in every respect' (209).

De Nederlandse Arob-procedure, waarbij in geval van de bezwaarschriftenprocedure de beslissing in handen ligt van een bestuurlijke instantie of een door deze ingestelde commissie, maar van die beslissing beroep openstaat op de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State, voldoet derhalve aan art. 6(1). Zoals hierna nog uiteengezet zal worden, dient naar onze mening de 'determination' in *strafzaken* wel reeds in eerste instantie conform de eisen van art. 6 plaats te vinden.

(207) Rapport van 17 juli 1980 in de *Kaplan*-zaak, D & R 21 (1981), blz. 5 (31-33). Zie ook het rapport van 19 maart 1970 in de *Ringelsen*-zaak, *Publ. ECHR, Series B*, vol. 11 (1972), blz. 72.

(208) Arrest van 23 juni 1981 in de zaak *Le Compte, Van Leuven en De Meyere*, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 43 (1981), blzz. 20-21.

(209) *Ibidem*, blz. 23.

9.2. Strafvervolgning

Ook de andere in art. 6 van de Conventie en art. 14 van het Covenant genoemde categorie van procedures, namelijk die procedures, welke op de 'determination of . . . any criminal charge' betrekking hebben, geeft tot interpretatieproblemen aanleiding. Op dit punt tonen de rechtsstelsels van de verdragsstaten immers eveneens verschillen, terwijl de grenzen tussen strafrechtelijke procedures enerzijds en bijvoorbeeld administratiefrechtelijke en tuchtrechtelijke procedures anderzijds, en de daarmee verbonden rechtsgevolgen, niet steeds duidelijk zijn. Ook hier dient derhalve naar een van die nationale stelsels onafhankelijke, autonome betekenis van het begrip 'strafvervolgning' ('criminal charge') te worden gezocht (210). Naast het hierboven reeds geciteerde algemene uitgangspunt, verwoord in het *Delcourt*-arrest, dat art. 6(1) extensief dient te worden uitgelegd, is daarbij van belang de overweging uit het *De Weer*-arrest, dat

'the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial . . . prompts the Court to prefer a 'substantive' rather than a 'formal' conception of the 'charge' contemplated by Article 6(1)' (211).

Zo geldt bijvoorbeeld naar sommige rechtsstelsels degene tegen wie in eerste instantie een veroordeling is uitgesproken, doch voor wie nog rechtsmiddelen tegen dat vonnis openstaan, niet meer als iemand tegen wie een klacht loopt, maar als een veroordeelde, zodat in dat geval art. 6 strikt genomen niet van toepassing zou zijn. Het Hof heeft echter in het *Delcourt*-arrest gesteld, dat over de gegrondheid van de aanklacht nog niet is beslist in de zin van art. 6(1), zolang de beslissing tot veroordeling, vrijlating of ontslag van rechtsvervolgning niet definitief is (212). Art. 6(1) geldt der-

(210) Arrest van 27 juni 1968 in de *Neumeister*-zaak, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 8 (1968), blz. 41: 'as this word is understood within the meaning of the Convention'. Zie ook het rapport van de Commissie van 8 februari 1973 in de *Huber*-zaak, *Yearbook XVIII* (1975), blz. 326 (356), en haar rapport van 19 juli 1974 in de *Engel*-zaak, *Publ. ECHR, Series B*, vol. 20 (1974-1976), blz. 70.

(211) Arrest van 27 februari 1980, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 35 (1980), blz. 23.

(212) Arrest van 17 januari 1970, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 11 (1970), blz. 14. Zie ook het arrest van 15 juli 1982 in de *Eckle*-zaak, § 76.

halve ook voor de behandeling van een hoger beroep en van een beroep in cassatie. Dat de cassatierichter bij zijn onderzoek beperkt is tot de rechtsgronden waarop de lagere rechter zijn vonnis heeft gebaseerd, staat hieraan niet in de weg (213), evenmin als de omstandigheid dat hoger beroep en cassatie in sommige gevallen geen betrekking meer hebben op de gegrondheid van de strafvervolgung als zodanig, maar uitsluitend op de opgelegde straf (214). Daarentegen vallen procedures waarin op een verzoek om voorwaardelijke invrijheidstelling, revisie, gratie of strafvermindering wordt beslist, niet onder de werking van art. 6(1), aangezien daar reeds sprake is van een vonnis dat gezag van gewijsde heeft (215). Betreft het evenwel een procedure tot herroeping van een voorwaardelijke invrijheidstelling, dan is er naar het oordeel van de Commissie wel weer sprake van 'determination of a criminal charge' in de zin van art. 6(1), omdat deze procedure tot een hernieuwde strafoplegging kan leiden (216).

In het reeds genoemde *De Weer*-arrest is door het Hof het standpunt ingenomen, dat van een 'criminal charge' reeds sprake kan zijn in de fase waarin van de zijde van de vervolgende instantie een transactievoorstel ter voorkoming van (verdere) strafrechtelijke vervolging wordt gedaan (217). Anderzijds heeft de Commissie een aantal malen beslist, dat het enkele feit dat door de politie een onderzoek wordt ingesteld of getuigen worden gehoord, of een rechterlijke instantie een voorlopig onderzoek instelt, nog niet betekent, dat reeds van een 'criminal charge' sprake is (218). Als algemeen uitgangspunt geeft de Commissie aan, dat

'the relevant stage is that at which the situation of the person concerned

(213) *Delcourt*-arrest, *t.a.p.* (noot 212).

(214) Zaak 4623/70, *X v. Verenigd Koninkrijk*, *Yearbook* XV (1972), blz. 376 (394-396).

(215) Zie zaak 1760/63, *X v. Oostenrijk*, *Yearbook* IX (1966), blz. 166 (174) en de daar vermelde jurisprudentie.

(216) Zaak 4036/69, *X v. Verenigd Koninkrijk*, *Coll.* 32 (1970), blz. 73 (75).

(217) Arrest van 27 februari 1980, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 35 (1980), blzz. 23-24.

(218) Zaak 4483/70, *X v. Bondsrepubliek Duitsland*, *Coll.* 38 (1972), blz. 77 (79); zaak 4649/70, *X v. Bondsrepubliek Duitsland*, *Coll.* 46 (1974), blz. 1 (18); zaak 8089/77, *X v. Oostenrijk*, niet gepubliceerd.

has been substantially affected as a result of the suspicion against him (219).

Dit uitgangspunt is door het Hof overgenomen (220). Voorts is door Commissie en Hof het standpunt ingenomen, dat het enkele feit dat een strafvervolgning wordt beëindigd of leidt tot een ontslag van rechtsvervolgning, niet betekent, dat art. 6 achteraf bezien op die procedure niet van toepassing is geweest, met name niet, wanneer de procedure toch tot bepaalde nadelige gevolgen voor de oorspronkelijke verdachte heeft geleid (221).

Voorts is voor de vraag, of er van een strafvervolgning in de zin van art. 6(1) sprake is, niet bepalend, of de aanklacht op initiatief van een particulier dan wel van overheidswege wordt ingebracht (222).

De vraag of art. 6 ook van toepassing is op tuchtrechtelijke procedures, is door de Commissie lange tijd ontkennend beantwoord (223). In de *Engel*-zaak is echter zowel door de Commissie als door het Hof het standpunt ingenomen, dat het karakter dat een procedure naar nationaal recht heeft, niet bepalend kan zijn voor de vraag, of art. 6(1) van toepassing is, daar anders de nationale autoriteiten de verplichtingen van die bepaling zouden kunnen ontduiken door een tuchtrechtelijke procedure in te voeren met betrekking tot overtredingen die naar hun aard of het karakter van de bedreigde sanctie (tevens) deel van het strafrecht uitmaken of zouden dienen uit te maken (224). Het Hof heeft in zijn arrest voor de beantwoording van de vraag, of een disciplinaire procedure tevens een strafvervolgning in de zin van art. 6(1) inhoudt, de volgende criteria ontwikkeld:

1. De classificatie van de beweerdelijk geschonden norm ingevol-

(219) Rapport van 8 februari 1973 in de *Huber*-zaak, *Yearbook* XVIII (1975), blz. 326 (356).

(220) Arrest van 15 juli 1982 in de *Eckle*-zaak, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 51 (1982), blzz. 33-34. Zie ook hierna, sub-paragraaf 9.8.

(221) Zaak 8269/78, *X v. Oostenrijk*, *Yearbook* XXII (1979), blz. 324 (340-342); rapport van 8 oktober 1980 in deze *Adolf*-zaak, §§ 51-66; arrest van 26 maart 1982 in deze zaak, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 49 (1982), blzz. 14-17; rapport van 6 mei 1981 in de *Minelli*-zaak, § 29.

(222) Rapport van 6 mei 1981 in de *Minelli*-zaak, § 28.

(223) Zie de jurisprudentie vermeld in het rapport van de Commissie in de *Engel*-zaak, *Publ. ECHR, Series B*, vol. 20 (1974-1976), blzz. 68-69.

(224) *Ibidem*, blz. 70 en het arrest van het Hof van 8 juni 1976, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 22 (1977), blz. 34.

ge het toepasselijke nationale rechtssstelsel. Behoort deze tot het strafrecht, het tuchtrecht, of beide? Het Hof geeft aan, dat dit criterium niet meer dan een vertrekpunt voor de oordeelvorming biedt, daar de voor het nationale recht te dien aanzien gemaakte keuze op zichzelf slechts van betrekkelijke betekenis is en vergeleken moet worden met wat in de andere verdragsstaten te dien aanzien geldt. Daarom worden de beide volgende criteria door het Hof van groter belang geacht:

2. Het werkelijke karakter van de strafbare handeling. Is daarmee een norm overtreden die zich tot een specifieke groep richt of een norm met een algemeen verbindend karakter?

3. De aard en de zwaarte van de straf waarmee de normovertreder wordt bedreigd (225).

Op grond van deze criteria kwam het Hof in de *Engel*-zaak tot de conclusie, dat het hier weliswaar overtredingen betrof van normen die het functioneren van de Nederlandse strijdkrachten regelden, zodat deze terecht voorwerp van een disciplinaire procedure konden uitmaken, maar dat voor sommige van die overtredingen een vrijheidsstraf van aanmerkelijke duur kon worden opgelegd, om welke reden de voorwaarden van art. 6(1) in de desbetreffende tuchtrechtelijke procedure in acht genomen hadden dienen te worden (226).

(225) Het in de vorige noot genoemde arrest, blz. 35. De Commissie, die in haar rapport andere criteria had genoemd, heeft de criteria van het Hof in haar latere jurisprudentie overgenomen: zaak 6224/73, *Kiss v. Verenigd Koninkrijk*, *Yearbook XX* (1977), blz. 156 (172-178). Zie ook het rapport van 14 december 1981 in de zaak van *Albert en Le Compte*, § 66, waar de Commissie hieraan nog als vierde criterium toevoegde de toepasselijke regels inzake de bewijsvoering, omdat in een tuchtrechtelijke procedure de betrokkene doorgaans niet het recht heeft er bij aan hem gestelde vragen het zwijgen toe te doen. Naar mijn mening betreft het hier geen geschikt criterium, daar het hier juist een uitvloeisel van de keuze voor tuchtrecht betreft en dan nog wel een uitvloeisel dat ten nadele van de betrokkene werkt.

(226) *Engel*-arrest, *t.a.p.* (noot 224), blz. 36. In de in de vorige noot genoemde *Kiss*-zaak, waar het een disciplinaire procedure tegen een gevangene betrof, kwam de Commissie tot een negatief oordeel, omdat zij de mogelijke straf: verlies van het uitzicht op strafvermindering, geen vrijheidsberoving achtte. Zie echter haar rapport van 12 mei 1982 in de zaak van *Campbell en Fell*, §§ 119-132, waar zij een meer genuanceerd standpunt lijkt te hebben ingenomen, rekening houdend met de periode waarom het daarbij kan gaan. Zie ook zaak 7754/77, *X v. Zwitserland*, *D & R* 11 (1978), blz. 216 (218), waar de

De straf die de verzoeker Engel theoretisch gesproken opgelegd had kunnen krijgen — twee dagen zwaar arrest — werd door het Hof onvoldoende geacht om de zaak daarmee tot het strafrecht te rekenen, maar het oordeelde anders met betrekking tot de detentie van enkele maanden waartoe de verzoekers De Wit, Dona en Schul konden worden veroordeeld (227). Op grond van dit laatste criterium overwoog de Commissie in de latere *Eggs*-zaak, waar het ook een militaire tuchtzaak betrof en de opgelegde straf vijf dagen zwaar arrest in een civiele gevangenis bedroeg:

'Although relatively harsh, this freedom-restricting penalty could not, either by its duration or by the conditions of its enforcement in Basle prison, have caused serious detriment to the applicant. It could not, therefore, in this case be classified as criminal' (228).

Door deze jurisprudentie is ten aanzien van het laatste criterium derhalve nogal wat onzekerheid blijven bestaan. Men kan zich de vraag stellen, of het niet juist was geweest, indien daaraan een zodanige inhoud was gegeven, dat in elk geval wanneer de straf bestaat uit een vrijheidsberoving in de zin die daaraan in de jurisprudentie is gegeven, bij de vaststelling of aan de materiële en formele voorwaarden voor die strafoplegging is voldaan, de garanties van art. 6(1) in acht dienen te worden genomen. In haar rapport in de zaak van *Albert en Le Compte* merkt de Commissie inderdaad heel in het algemeen ten aanzien van de daar aan de orde zijnde disciplinaire maatregelen op:

→
Commissie aan de hand van de door het Hof ontwikkelde criteria tot de slotsom kwam, dat geïsoleerde opsluiting van een reeds gedetineerde als straf voor het te laat van verlof terugkomen een zuiver disciplinaire aangelegenheid is, waarvoor niet de in artikel 6(1) voorgeschreven procedure behoeft te worden gevolgd. De Commissie betrok hier in haar beschouwingen de overweging, dat een dergelijke opsluiting voor iemand die reeds van zijn vrijheid is beroofd, niet van een 'severity' is als door het Hof bedoeld. In de *Kaplan*-zaak kwam de Commissie tot het oordeel, dat het geen 'criminal charge' betrof, omdat de aan de onderneming opgelegde beperkingen niet als een straf konden worden beschouwd; rapport van 17 juli 1980, § 170. In de zaak van *Albert en Le Compte* werd de schorsing van een arts als een typisch disciplinaire maatregel aangemerkt; *t.a.p.* (noot 225).

(227) *Engel*-arrest, *t.a.p.* (noot 224), blz. 36.

(228) Rapport van 4 maart 1978, *D & R* 15 (1979), blz. 35 (65).

'it cannot be treated as being equivalent to a penal sanction, such as the deprivation of liberty' (229).

Hocwel in een uitleveringsprocedure de beslissing over de uitlevering mede wordt gebaseerd op een beoordeling van het strafrechtelijke gedrag van de betrokkene, brengt dit de procedure naar het oordeel van de Commissie toch niet in de strafrechtelijke sfeer, 'since extradition constitutes a procedure completely separate from criminal prosecution or conviction' (230). Gelet op de gevolgen die een uitlevering kan hebben, indien het een nog te be-rechten persoon betreft, acht ik onverkorte toepassing van de garanties van art. 6 evenwel dringend gewenst.

In de zaak betreffende IRA-gevangenen is door de Commissie het standpunt ingenomen, dat voor de bepaling van de zwaarte van de opgelegde straf het cumulatieve effect van telkens opnieuw opgelegde straffen niet in aanmerking mag worden genomen, omdat iedere veroordeling bij de toetsing aan art. 6 op zichzelf moet worden beschouwd (231). Ook hieruit blijkt mijns inziens, dat de huidige stand van de jurisprudentie op dit punt nog te veel onzekerheid biedt en tot onbevredigende resultaten leidt. Immers, hoe-wel de opvatting van de Commissie formeel juist is, kan deze tot gevolg hebben, dat iemand zonder enige tussenkomst van een rechter beperkingen krijgt opgelegd die te zamen genomen een veel zwaardere last voor hem betekenen, dan de sanctie die in een afzonderlijk geval een strafrechtelijk karakter aan de procedure

(229) Rapport van 14 december 1981, § 66. Zie ook het rapport van 6 mei 1981 in de *Minelli*-zaak, waar een procedure als strafrechtelijk werd aange-merkt, omdat de aan de orde zijnde overtredingen 'are punishable with various terms of imprisonment'. Ook in zaak 8209/78, *Sutter v. Zwitserland, D & R* 16 (1979), blz. 116 (173), stelt de Commissie heel algemeen: 'The applicant was charged with an offence under the Military Penal Code, punishable by imprisonment, and therefore he was undoubtedly accused of a criminal of-fence'. In zaak 8249/78, *X v. België, D & R* 20 (1980), blz. 40 (42), betref-fende een disciplinaire berisping jegens een advocaat, heet het, dat 'the sanc-tion imposed was intrinsically not a severe one'. Zie voor de disciplinaire maat-regel van ontslag van een politiefunctionaris: zaak 8496/79, *X v. Verenigd Koninkrijk, D & R* 21 (1981), blz. 168.

(230) Zaak 8681/79, *X v. Zweden*, niet gepubliceerd. Zie ook zaak 7729/76, *Agee v. Verenigd Koninkrijk, D & R* 7 (1977), blz. 164 (176).

(231) Zaak 8317/78, *McFeeley e.a. v. Verenigd Koninkrijk, D & R* 20 (1980), blz. 44 (94).

verleent. De vraag rijst, of men hier niet zou moeten zoeken naar een zekere analogie met de rechtspraak aangaande art. 5(3), waar voor de bepaling van de redelijkheid van de termijn ook opeenvolgende periodes van detentie voor verschillende strafvervolgingen samen in aanmerking worden genomen (232), zodat ook daar de totale situatie waarin de betrokkene zich bevindt en niet de afzonderlijke tegen hem ingestelde procedures tot uitgangspunt worden genomen.

Onzekerheid is er verder geschapen ten aanzien van de vraag, of art. 6(1) geldt voor de afdoening van iedere strafzaak, ook wanneer het om overtredingen van minder ernstige aard gaat. De Commissie heeft namelijk, overigens geheel ten overvloede, in de zaak 8537/79 gesteld:

'even assuming that Art. 6 of the Convention applies to proceedings concerning summary offences (Ordnungswidrigkeiten) of the kind here in question' (233).

Nu art. 6 geen onderscheid maakt tussen een 'criminal charge' van een ernstige en van een lichtere aard, en het onderzoek naar de gegrondheid van een strafvervolging betreffende een lichte overtreding voor de betrokkene van groot belang kan zijn, dienen naar mijn mening de garanties van art. 6 in iedere strafzaak in acht te worden genomen, ongeacht de zwaarte van het delict en de aard en hoogte van de straf (234). Voor dit standpunt kan thans steun worden gevonden in recente Straatsburgse rechtspraak, waar art. 6 van toepassing is verklaard op een procedure betreffende een 'Ordnungswidrigkeit' waarvoor een boete van DM 60,— was opgelegd (235) en zelfs op een procedure waarin werd vastgesteld dat de overtreding zó 'geringfügig' was, dat deze als niet-strafbaar moest worden aangemerkt (236). Ook binnen het VN-Comité

(232) Arrest van 27 juni 1968 in de *Neumeister*-zaak, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 8 (1968), blz. 37; arrest van 16 juli 1971 in de *Ringeisen*-zaak, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 13 (1971), blzz. 41-42.

(233) Zaak 8537/79, *X v. Bondsrepubliek Duitsland*, niet gepubliceerd.

(234) Zie het door mij aan de Minister van Justitie uitgebrachte advies inzake de eenvoudige afdoening van lichte verkeersdelicten, *t.a.p.* (noot 5), blz. 15.

(235) Rapport van 12 mei 1982 in de *Öztürk*-zaak, §§ 51-70.

(236) Arrest van 26 maart 1982 in de *Adolf*-zaak, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 49 (1982), blzz. 16-17.

wordt uitgegaan van de toepasselijkheid van art. 14 op lichte delicten (237).

Ook voor strafzaken geldt, dat art. 6(1) alleen van toepassing is op procedures waar inderdaad de gegrondheid van een ingestelde strafvervolgung aan de orde is. Betreft het bijvoorbeeld een procedure waarbij een preventieve maatregel kan worden opgelegd op de enkele grond van een bestaande verdenking, zonder dat behoeft te worden vastgesteld, of die verdenking gegrond is, dan valt deze procedure buiten de gelding van deze bepaling (238). Er zal dan nauwlettend op moeten worden toegezien, dat met een dergelijke maatregel niet het beginsel van de *praesumptio innocentiae* van art. 6(2) is geschonden, terwijl een dergelijke maatregel uiteraard in strijd kan zijn met andere bepalingen van de Conventie, bijvoorbeeld art. 3 of art. 5.

Anders dan art. 14 van het Covenant kent art. 6 ook in het geval van strafzaken geen recht op een hogere voorziening tegen een veroordelend vonnis toe (239). Zoals gezegd zal de Conventie hoogstwaarschijnlijk spoedig op dit punt worden aangevuld. Voor Nederland geldt nu reeds de verdergaande verplichting van het Covenant, maar deze kan uiteraard niet in Straatsburg doch slechts voor het VN-Comité worden ingeroepen. Wel geldt ook thans reeds ingevolge de Conventie dat, als hoger beroep, beroep in cassatie of een ander gewoon rechtsmiddel openstaat, art. 6 ook op die procedure van toepassing is, mits die fase van de procedure nog van invloed is op de uiteindelijke 'determination' van de strafvervolgung (240).

9.3. Recht op toegang tot de rechter

In de *Golder*-zaak is door Commissie en Hof het uiterst belangrijke standpunt ontwikkeld, dat art. 6(1) niet alleen bepaalde garanties inhoudt voor het verloop van rechterlijke procedures, maar

(237) *CCPR/C/SR.186*, blz. 6 (Bouziri m.b.t. het rapport van Polen).

(238) Rapport van 7 december 1978 in de *Guzzardi*-zaak, § 107.

(239) Zie bijvoorbeeld de gevoegde zaken 8603, 8722, 8723 en 8729/79, *Crociani e.a. v. Italië*, D & R 22 (1981), blz. 147 (224).

(240) Arrest van 13 mei 1980 in de *Artico*-zaak, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 37 (1980), blzz. 16-17. Zie ook het rapport van 12 december 1981 in de *Pakelli*-zaak, §§ 73-75.

ook een *recht* op een rechterlijke procedure verleent voor de daar genoemde gevallen (241). Het Hof heeft zich voor deze interpretatie beroepen op de preambule van de Conventie, de preambule van het Statuut van de Raad van Europa, art. 3 van dat Statuut waarin het beginsel van de 'rule of law' is opgenomen, en op een algemeen aanvaard rechtsbeginsel volgens hetwelk een vorderingsrecht aan de rechter voorgelegd moet kunnen worden en rechtsweigering is verboden (242). Zou art. 6(1) slechts waarborgen bieden voor bestaande rechterlijke procedures, dan zouden de verdragsstaten deze illusoir kunnen maken door de rechters hun rechtsmacht geheel of gedeeltelijk te ontnemen en deze procedures te vervangen door bijvoorbeeld administratieve procedures (243). Zoals de Commissie het stelt in haar rapport in de *Kaplan*-zaak:

'Art. 6 thus requires that there should be a court with jurisdiction to determine the matter. The right to a court arises with the claim or dispute in question' (244).

Aldus geïnterpreteerd neemt art. 6(1) in belangrijke mate de functie van art. 13 over, dat een recht op daadwerkelijke rechtshulp garandeert. Enerzijds gaat art. 6 veel verder, omdat het een recht op *rechterlijk* gehoor inhoudt en geldt voor alle vaststellingen van burgerlijke rechten en verplichtingen en niet slechts van die, welke in verband met een der in de Conventie neergelegde rechten staan. Bovendien is van belang, dat de rechtstreekse toepasbaarheid voor art. 6(1) door de rechters van verscheidene verdragsstaten wel, maar voor art. 13 niet wordt aanvaard (245). Anderzijds blijft art. 13 van betekenis voor die gevallen van schending van een der zojuist genoemde rechten, waarin geen burgerlijk recht of burgerlijke verplichting in de zin van art. 6(1) in het geding is (246). Voor de strafrechtspraak houdt dit recht op een rechterlijke procedure niet het recht in voor het slachtoffer van een delict om zelf

(241) *Publ. ECHR, Series B*, vol. 16 (1973-1975), blzz. 44-45, resp. *Series A*, vol. 18 (1975), blzz. 16-18. Impliciet reeds de Commissie in haar *Ringelsen*-rapport, *Publ. ECHR, Series B*, vol. 11 (1970-1971), blz. 69. Zie ook het rapport van 11 oktober 1980 in de *Silver*-zaak, §§ 431-432.

(242) *Publ. ECHR, Series A*, vol. 18 (1975), blzz. 16-17.

(243) *Ibidem*, blzz. 17-18.

(244) Rapport van 17 juli 1980, *D & R* 21 (1981), blz. 5 (33).

(245) Zie daarvoor *Alkema, a.w.* (noot 86), blz. 67.

(246) Aldus het Hof in het *Golder*-arrest, *t.a.p.* (noot 242), blz. 16.

een strafvervolgung in te stellen (247). Voor de verdachte garandeert het niet, dat deze de voortzetting van de vervolging door de justitiële autoriteiten en uiteindelijke berechting door de rechter kan eisen, doch slechts dat, wanneer een veroordeling wordt uitgesproken, dit door de rechter gebeurt (248). Wordt echter geseponeerd op basis van een transactie tussen de verdachte en de vervolgende instantie, waarbij er aan de kant van de verdachte geen sprake is van een werkelijk vrije keus, dan wordt hij in feite in strijd met art. 6(1) van de toegang tot de rechter afgehouden (249). En ook wanneer wordt geseponeerd onder omstandigheden die de betrokkene toch met een door de vervolgende instantie op hem geladen odium van schuld zouden laten zitten zonder dat er een 'determination' door een rechter heeft plaatsgevonden, lijkt ons het standpunt verdedigbaar, dat art. 6(1) niettemin geschonden is, mede in het licht van de onschuldspresumptie van het tweede lid (250).

Datzelfde verband tussen het eerste en het tweede lid van art. 6 is naar mijn mening van belang voor de beantwoording van de vraag, of ook met betrekking tot de afdoening van strafzaken en daarmee materieel gelijk te stellen procedures kan worden gesteld,

(247) Zaak 6224/73, *Kiss v. Verenigd Koninkrijk*, *Yearbook XX* (1977), blz. 156 (178-180).

(248) Daarbij kan hij ook niet claimen, dat die berechting door de gewone strafrechter zal gebeuren of via jury-rechtspraak, als de toewijzing van de rechterlijke instantie maar op de wet is gebaseerd en deze instantie aan de eisen van artikel 6(1) voldoet: zaak 8299/78, *X v. Ierland*, *D & R 22* (1981), blz. 51 (73); gevoegde zaken 8603, 8722, 8723 en 8729/79, *Crociani v. Italië*, *D & R 22* (1981), blz. 147 (219).

(249) Arrest van 27 februari 1980 in de *De Weer*-zaak, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 35 (1980), blzz. 25-29. Betrokkene stond hier onder de bedreiging, dat zijn winkel gesloten zou worden, als hij niet met de transactie akkoord ging. Ook met betrekking tot de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen kan van het 'right to a court' afstand worden gedaan, bijvoorbeeld in een arbitrage-clausule, maar ook dan geldt, dat daarbij geen sprake van dwang mag zijn: zaak 1197/61, *X v. Bondsrepubliek Duitsland*, *Yearbook V* (1962), blz. 88 (94-96).

(250) In die zin ook Francis G. Jacobs, *The European Convention on Human Rights*, Oxford 1975, blzz. 95-97. Vgl. het arrest van 26 maart 1982 in de *Adolf*-zaak, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 49 (1982), blzz. 17-19, waar het niet om een sepot ging, maar om ontslag van rechtsvervolgung wegens het geringe belang van de zaak, waarbij evenwel in de overwegingen van de rechterlijke beslissing een suggestie van schuld kon worden gelezen.

dat aan art. 6(1) is voldaan, wanneer de verdachte maar de gelegenheid wordt geboden tegen de 'determination' door een niet-rechterlijke instantie, of door een rechterlijke instantie via een niet aan de eisen van lid 1 voldoende procedure, beroep aan te tekenen en zo alsnog een procedure conform het eerste lid af te dwingen. Zoals hierboven is vermeld, heeft het Hof ten aanzien van administratiefrechtelijke procedures dit standpunt ingenomen in de zaak van *Le Compte, Van Leuven en De Meyere* (251). Geldt dit ook voor strafrechtelijke procedures? De Commissie beantwoordt deze vraag kennelijk in positieve zin. In haar rapport in de *Öztürk*-zaak heeft zij namelijk — naar mij voorkomt in een *obiter dictum* — ten aanzien van het Duitse *Bussgeldverfahren*, waar wegens het begaan van een *Ordnungswidrigkeit* een boete kan worden opgelegd door een administratieve instantie, doch de betrokkene daartegen beroep op de rechter kan aantekenen, als haar mening gegeven, dat 'the guarantees of a fair trial are in principle respected' in een dergelijke procedure en dat degene die daaraan onderworpen wordt 'has the right to a fair hearing before a court' (252). Ook het hierboven genoemde arrest van het Hof in de zaak van *Le Compte, Van Leuven en De Meyere* lijkt in zijn algemene formulering in dezelfde richting te wijzen, alsook de omschrijving door het Hof van het recht op rechterlijk gehoor als

'the possibility of submitting that claim to a tribunal meeting the requirements of Article 6 § 1' (253).

Een dergelijke mogelijkheid bestaat zolang beroep op de rechter van een 'determination' door een niet-rechterlijke instantie gegeven is. Nu had bovengenoemde jurisprudentie van het Hof betrekking op procedures ter vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen en niet op de bepaling van de gegrondheid van ingestelde strafvervolgingen. Echter, ook in de *Engel*-zaak, die wél een strafrechtelijk karakter had, valt op, dat het Hof uitsluitend de behandeling in hoger beroep door de rechter aan art. 6 toetst en niet de daaraan voorafgegane veroordeling door militaire supe-

(251) Zie hierboven de tekst bij noot 209.

(252) Rapport van 12 mei 1982, § 66. Zie ook zaak 4260/69, *X v. Bondsrepubliek Duitsland*, Coll. 35 (1971), blz. 155 (157).

(253) *Golder*-arrest, t.a.p. (noot 242), blz. 18.

rieuren (254). Ook de klagers hadden zich echter in de procedure voor de Commissie, voor wat art. 6 betreft, op deze rechterlijke procedure geconcentreerd.

Wat hiervan zij, persoonlijk ben ik van mening, dat er ten aanzien van de hier aan de orde zijnde vraag wel degelijk een onderscheid gemaakt dient te worden tussen procedures waarbij het om de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen gaat en procedures ter bepaling van de gegrondheid van een ingestelde strafvervolgning. Dit met name, omdat het in het laatstgenoemde geval gaat om een vaststelling van schuld (in de ruime betekenis van het woord) en om de eventuele oplegging van een straf, hetgeen het tweede lid van art. 6 in het geding brengt. Daarin staat bepaald, dat de wegens een strafbaar feit vervolgte voor onschuldig wordt gehouden, totdat zijn schuld volgens de wet bewezen wordt, waarbij 'volgens de wet' ('according to law') tevens moet inhouden: overeenkomstig het eerste lid van art. 6. Het is niet met deze *praesumptio innocentiae* te verenigen, dat de verdachte, teneinde het hem in art. 6 toegekende recht op een rechterlijke procedure te realiseren, zelf handelend zou moeten optreden tegen een vaststelling van schuld die reeds, en wel via een procedure die zelf niet overeenkomstig art. 6 is, heeft plaatsgevonden. Dat zou er immers op neerkomen, alsof het tweede lid zou bepalen, dat de juistheid van een schuldvaststelling kan worden aangenomen, indien en voor zolang als de betrokkene geen gebruik maakt van de hem geboden mogelijkheid tegen de schuldvaststelling in beroep te komen. Bovendien zou een dergelijke constructie voor strafzaken ertoe kunnen leiden, dat de daarvoor in het derde lid aan de verdachte geboden minimumgaranties slechts operationeel worden in uitzonderingsgevallen, namelijk in die gevallen, waarin de verdachte zelf een openbare behandeling voor de rechter heeft uitlokt.

Men kan hier naar mijn oordeel niet tegen inbrengen, dat art. 26 van de Conventie als ontvankelijkheidsvoorwaarde de voorafgaande uitputting van de nationale rechtsmiddelen vereist, zodat degene die de mogelijkheid beroep in te stellen niet heeft benut, door de Commissie niet kan worden ontvangen. Dit procedurele voorschrift kan mijns inziens immers niet van invloed zijn op de

(254) Arrest van 8 juni 1976, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 22 (1977), blz. 37-39.

materiële vraag, of een bepaalde nationale procedure in overeenstemming met de Conventie is. Deze laatste vraag zal dan ook door de Commissie, indien de klager geen beroep heeft ingesteld en de aangeklaagde staat zich op art. 26 beroept, dienen te worden onderzocht, voordat zij kan bepalen, of in het concrete geval in redelijkheid van de verzoeker kan worden geveegd, dat hij beroep heeft ingesteld *c.q.* verzet heeft aangetekend. Dit aspect van de ontvankelijkheid dient in een dergelijk geval mijns inziens dan ook gevoegd te worden bij de hoofdzaak.

In tegenstelling tot procedures waarbij het gaat om burgerlijke rechten en plichten en waarbij het in de aard van de zaak ligt, dat de belanghebbende zelf voor zijn rechten opkomt en van deze derhalve ook het initiatief tot een rechterlijke behandeling conform art. 6 mag worden verwacht, berust in strafzaken dit initiatief bij de overheid en dient art. 6 er juist toe te garanderen, dat de overheid daarbij in voldoende mate met de rechten en belangen van de verdachte rekening houdt. Eerst nadat door de rechter een uitspraak is gedaan, komt het initiatief bij de gevonnisse te berusten om tegen die uitspraak eventueel beroep aan te tekenen. Ik ben dan ook van mening, dat de in art. 6 voorgeschreven rechterlijke procedure met de daaraan voor de verdachte verbonden garanties de primaire procedure dient te zijn en niet slechts een secundaire voor de enkele gevallen waarin de verdachte het initiatief neemt van beroep tegen een in eerste instantie genomen beslissing. De verdachte kan vrijwillig van deze garanties afstand doen, maar een dergelijke afstand mag naar mijn mening niet worden afgeleid uit een niet-handelen van de verdachte. De toenemende tendens bij de overheid om datgene waar iemand recht op heeft, slechts te verlenen, indien hij of zij daarom uitdrukkelijk vraagt, betekent in feite een gedeeltelijk van zich afschuiven van de verantwoordelijkheid en leidt gemakkelijk tot rechtsongelijkheid.

Uit hetgeen hierboven is gesteld, volgt reeds, dat het in art. 6 besloten liggende recht op een rechterlijke procedure niet inhoudt, dat nu iedere strafvervolgning of ieder geschil omtrent burgerlijke rechten of verplichtingen op een rechterlijke beslissing moet uitlopen. De betrokkene kan vrijwillig afstand van zijn recht doen en er mee instemmen, dat de gegrondheid van de klacht, respectievelijk de oplossing van het geschil, op een andere wijze dan via de rechter wordt vastgesteld. Maar ook kan de vervolgende instantie zelfstandig besluiten een strafzaak niet aan de rechter voor te

leggen, mits dat dan niet tot een formele of feitelijke 'determination' leidt. Het recht op toegang tot de rechter is ook niet absoluut in die zin, dat aan die toegang niet zekere beperkingen zouden mogen worden gesteld, bijvoorbeeld ten aanzien van minderjarigen of zwakzinnigen (255). Dergelijke beperkingen mogen er dan echter niet toe leiden, dat voor deze categorieën van personen het recht als zodanig niet bestaat (256).

Een zeer ver gaande beperking ten aanzien van het recht op toegang tot de rechter is door het Hof aanvaardbaar geacht in de *Klass*-zaak. Het betrof daar klachten over de Duitse wetgeving die om redenen van binnenlandse veiligheid toestaat, dat buiten medeweten van de betrokkene diens telefoongesprekken worden afgetapt en correspondentie wordt geopend. De klagers beriepen zich onder andere op art. 6(1), omdat in deze wetgeving het normale beroep op de rechter was uitgesloten en vervangen door toezicht door een parlementaire commissie. Daarlatend of hier van 'civil rights' of van een 'criminal charge' sprake was, stelde het Hof dat onderscheid gemaakt diende te worden tussen de fase waarin de maatregelen buiten medeweten van betrokkene konden worden genomen en de fase waarin voor geheimhouding geen grond meer aanwezig was:

'As long as it [het uitgeoefende veiligheidstoezicht, *vd*] remains validly secret, the decision placing someone under surveillance is thereby incapable of judicial control on the initiative of the persons concerned, within the meaning of Article 6; as a consequence, it of necessity escapes the requirements of that Article' (257).

Het Hof zag zich hier geplaatst voor de moeilijke keuze tussen enerzijds het onbeperkt toepassen van het beginsel van 'access to court' dat het zelf ontwikkeld had, anderzijds het rekening houden met de noodzaak voor de nationale autoriteiten een effectief veiligheidstoezicht uit te kunnen oefenen ter bescherming van de democratische waarden die aan de Conventie ten grondslag liggen. Het Hof heeft ten gunste van dit laatste gekozen, daarbij beper-

(255) Arrest van 21 februari 1975 in de *Golder*-zaak, *ibidem*, vol. 18 (1975), blz. 19.

(256) Arrest van 24 oktober 1979 in de *Winterwerp*-zaak, *ibidem*, vol. 33 (1980), blz. 29.

(257) Arrest van 6 september 1978, *ibidem*, vol. 28 (1979), blzz. 32-33.

kingen stellend aan eerstgenoemd beginsel via wat men zou kunnen noemen een systematische interpretatie van art. 6(1) in verband met art. 8(2). Ook het Hof benadrukte echter, evenals het Duitse *Bundesverfassungsgericht* had gedaan, dat de geheimhouding jegens betrokkene niet langer mag duren dan voor de bescherming van het met de maatregelen beoogde belang vereist is, waarna de toegang tot de rechter voor betrokkene weer volledig openstaat (258). De genoemde parlementaire commissie zal er dan nauwlettend op moeten toezien, dat inderdaad tot mededeling aan betrokkene wordt overgegaan zodra de situatie dit toestaat, aangezien anders het nationale rechterlijke toezicht zowel als het Straatsburgse toezicht volledig illusoir zouden kunnen worden gemaakt.

Aan het recht op toegang tot de rechter is alleen voldaan, indien de rechter zich via een normale procedure over de 'determination' kan uitspreken en daarbij een volledig onderzoek naar de zaak kan verrichten. Kan de rechter slechts via een zeer uitzonderlijk rechtsmiddel geadieerd worden, of kan deze slechts een oordeel geven in een fase van de procedure of over aspecten van de zaak die niet bepalend zijn voor de uiteindelijke 'determination', dan is deze voorwaarde van art. 6(1) niet vervuld (259).

9.4. Eerlijke behandeling; 'equality of arms'

Art. 6(1) eist een eerlijke behandeling ('fair hearing'). Wanneer is daarvan sprake? De Commissie heeft steeds voorop gesteld, dat hiervoor in *abstracto* geen opsomming van criteria gegeven kan worden, maar dat van geval tot geval het procesverloop in zijn geheel beoordeeld moet worden (260). Echter, een bepaald element in de procedure kan zo doorslaggevend zijn voor deze 'fairness', dat daarover al kan worden beslist, nog voordat de gehele procedure beëindigd is (261).

(258) *T.a.p.*, blzz. 32-33 j^o blz. 31.

(259) Arrest van 23 september 1982 in de zaak van *Sporrong en Lönnroth*, §§ 85-86.

(260) Zie bijvoorbeeld het rapport van 15 maart 1961 in de *Nielsen*-zaak, *Yearbook* IV (1961), blz. 494 (548-550).

(261) Gevoegde zaken 8603, 8722, 8723 en 8729/79, *Crociani e.a. v. Italië*, D & R 22 (1981), blz. 147 (216).

Voor het burgerlijk proces is het begrip 'fair hearing' door de Commissie aldus omschreven, dat het de garantie inhoudt

'that everyone who is a party to civil proceedings shall have a reasonable opportunity of presenting his case to the Court under conditions which do not place him under a substantial disadvantage, vis-à-vis his opponent (262).

Voor strafzaken, waar het karakter van het proces reeds een fundamentele ongelijkheid van partijen met zich brengt, is dit beginsel van nog groter belang en hetzelfde geldt, zij het in iets mindere mate, voor de administratieve rechtspraak. Bepaalde aspecten ervan zijn voor strafzaken uitdrukkelijk in de leden 2 en 3 van art. 6 opgenomen, maar de waarborgen welke de eis van een 'fair hearing' in het eerste lid biedt, gelden ook voor het strafproces en wel — zoals ook de Commissie opmerkt — *a fortiori* (263); de inhoud van het begrip 'fair hearing' is derhalve niet beperkt, ook voor strafzaken niet, tot hetgeen in de leden 2 en 3 van art. 6 regeling vindt (264).

De nadruk die door de Commissie in dit verband is gelegd op het beginsel van de 'equality of arms', is door het Hof overgenomen (265). Dit beginsel houdt met name in, dat geen onderdelen van het onderzoek worden afgewikkeld, waarbij wel de ene maar niet de andere partij vertegenwoordigd is (266). Fasen in de behandeling, waarbij géén der partijen aanwezig is geweest, zijn in de jurisprudentie niet op die enkele grond in strijd met art. 6 geacht (267). Dat in België de Procureur-Generaal aan de beraadslagingen in raadkamer van het Hof van Cassatie deelneemt, terwijl de verdachte of diens raadsman daarbij niet tegenwoordig is, levert

(262) Zaak 434/58, *X v. Zweden*, *Yearbook* II (1958-1959), blz. 354 (370-372); zaak 7450/76, *X v. België*, *D & R* 9 (1978), blz. 108 (110).

(263) Zaak 1169/61, *X v. Bondsrepubliek Duitsland*, *Yearbook* VI (1963), blz. 520 (572). Zie ook zaak 7413/76, *X v. Verenigd Koninkrijk*, *D & R* 9 (1978), blz. 100 (101).

(264) Zie het in noot 260 genoemde rapport, *t.a.p.*

(265) Arrest van 27 juni 1968 in de *Neumeister*-zaak, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 8 (1968), blz. 43. Zie ook het arrest van 17 januari 1970 in de *Delcourt*-zaak, *ibidem*, vol. 11 (1970), blz. 15.

(266) Zie bijvoorbeeld het *Neumeister*-arrest, *ibidem*.

(267) Zaak 1793/62, *X v. Oostenrijk*, *Yearbook* VI (1963), blz. 458 (460); zaak 7413/76, *X v. Verenigd Koninkrijk*, *D & R* 9 (1978), blz. 100 (101).

naar het oordeel van het Hof geen strijd met het beginsel van de 'equality of arms' op; dit wegens diens onafhankelijke positie ten opzichte van de minister van justitie en het feit, dat hij geen orders of instructies aan de ambtenaren van het openbaar ministerie in concrete zaken kan geven (268). Dit standpunt is door de Commissie overgenomen met betrekking tot de Nederlandse casatieprocedure (269).

Verder brengt de 'equality of arms' mee, dat partijen gelijkelijk toegang hebben tot de dossiers en andere processtukken, althans voor zover die een rol spelen bij de oordeelvorming van de rechter (270). Een bepaalde wijze waarop deze informatie verschaft moet worden of beschikbaar moet zijn, volgt daaruit niet, mits geen onoverkomelijke hindernissen in de weg worden gelegd die in feite neerkomen op het achterhouden van informatie (271). Ook moet de ene partij in de gelegenheid worden gesteld stelling te nemen tegenover de argumenten die door de andere partij zijn aangedragen (272).

Het beginsel van 'fair hearing' brengt ook bepaalde eisen mee ten aanzien van de bewijsvoering. Behalve dat partijen gelijke kansen moeten hebben het door de andere partij aangedragen bewijs te weerleggen (273), moet de bewijsvoering ook voldoende 'onmiddellijk' zijn, wil deze tijdens de openbare behandeling inderdaad kunnen worden weerlegd (274). Ten aanzien van de aard van de

(268) Arrest van 17 januari 1970 in de *Delcourt*-zaak, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 11 (1970), blz. 16-19. Het Hof uitte overigens wel zijn twijfels aangaande 'the satisfactory nature of the system in dispute'. Zie ook zaak 8403/78, *Jespers v. België*, *D & R* 22 (1981), blz. 100 (127-128). Vgl. het rapport van 23 november 1962 in de zaak van *Ofner en Hopfinger*, *Yearbook VI* (1963), blz. 680 (694-704).

(269) Zaak 3692/68, *X v. Nederland*, *Yearbook XIII* (1970), blz. 516 (522).

(270) Zaak 7317/75, *Lynas v. Zwitserland*, *Yearbook XX* (1977), blz. 412 (446); zaak 9433/81, *Menten v. Nederland*, *NJ* 1982, 142.

(271) Zaak 8289/78, *X v. Oostenrijk*, *D & R* 18 (1980), blz. 160 (167-168).

(272) Zaak 8209/78, *Sutter v. Zwitserland*, *D & R* 16 (1979), blz. 166 (175).

Op het recht van de verdachte om getuigen *à charge* te ondervragen wordt hierna nader ingegaan.

(273) Zaak 9433/81, *Menten v. Nederland*, *NJ* 1982, 142.

(274) Zie in dit verband zaak 8414/78, *X v. Bondsrepubliek Duitsland*, *D & R* 17 (1980), blz. 231 (233-234) en zaak 8417/78, *X v. België*, *D & R* 16 (1979), blz. 200 (207-208). Zie ook de in de vorige noot genoemde *Menten*-zaak.

gebezigde bewijsmiddelen en de daaraan toe te kennen waarde brengt art. 6(1) naar de mening van de Commissie echter geen specifieke beperkingen mee (275). Bewijs dat verkregen is in strijd met de normen die de Conventie stelt, zoals bijvoorbeeld verklaringen die via martelingen of andere onmenselijke behandelingen zijn verkregen in strijd met art. 3 of bewijs dat is verzameld in strijd met de privacy-bescherming van art. 8, is op die grond reeds ontoelaatbaar. Wat de toelaatbaarheid naar nationaal recht betreft, zullen de Straatsburgse instanties zich voor hun oordeel laten leiden door de nationale rechter (276). Heeft die het standpunt ingenomen, dat een onwettig verkregen bewijsmiddel in zijn oordeelvorming kan worden betrokken, dan kan dat, al naar gelang van de wijze waarop het verkregen is en de wijze waarop er gebruik van wordt gemaakt, strijd opleveren met de voorgeschreven eerlijke behandeling (277). In het VN-Comité is in verband met art. 14 van het Covenant de vraag aan de orde gesteld, of een getuigenis uit de tweede hand en bewijs dat verkregen is door het onrechtmatig aftappen van telefoongesprekken of onderscheppen van correspondentie, wel verenigbaar is met een eerlijke rechtspraak (278). Voor het overige zijn de opmerkingen met betrekking tot de 'fairness' in de zittingsverslagen van het Comité en in de 'views' naar aanleiding van individuele klachten nog van een vrij algemeen karakter (279).

Het beginsel van 'fair hearing' houdt naar mijn mening ook de eis in, dat de rechterlijke beslissing met redenen omkleed wordt, in-

(275) Zaak 7450/76, *X v. België, D & R* 9 (1978), blz. 108 (110); zaak 8876/80, *X v. België, D & R* 23 (1981), blz. 233 (235). Zie Wolfgang Peukert, 'Die Garantie des "fair trial" in der Strassburger Rechtsprechung', *Europäische Grundrechte Zeitung* 1980, blzz. 247-269 (257-258).

(276) De beide in de vorige noot genoemde zaken, *ibidem*.

(277) De Straatsburgse organen achten zich blijkbaar wel degelijk bevoegd dat marginaal te beoordelen: zaak 8876/80, *X v. België, D & R* 23 (1981), blz. 233 (235). Zie ook Egbert Myjer, 'Bewijs uitgesloten', preadvies NJV, *Handelingen NJV* 1982, deel 1, tweede stuk, Zwolle 1982, blzz. 170-176.

(278) *CCPR/C/SR.293*, blz. 8 (Lallah m.b.t. het rapport van Portugal), resp. *CCPR/C/SR.402*, blz. 2 (Tarnopolsky m.b.t. het rapport van Australië).

(279) Zie bijvoorbeeld de tegen Uruguay gerichte klachten R.2/8 en R.1/6, *A/35/40*, blz. 111 (118) resp. blz. 127 (131). Zie echter *CCPR/C/SR.328*, blz. 7 (Tomuschat m.b.t. het rapport van Marokko), waar gesteld wordt, dat een eerlijke behandeling meebrengt, dat in het geval van een massaproces iedere verdachte een persoonlijke behandeling ontvangt.

dien die redenen niet reeds voortvloeien uit de inhoud van het vonnis zelf in combinatie met de tenlastelegging. De verdachte heeft er recht op te weten, op welke overwegingen de rechter zijn beslissing baseert. Bovendien dreigen bij het ontbreken van een motivering de toegekende rechtsmiddelen illusoir te worden. Hoe gedetailleerd de motivering moet zijn, wordt dan ook bepaald door de eisen die een effectieve rechtsbescherming daaraan in het concrete geval stelt (280). De in bepaalde landen, waaronder Nederland, bestaande praktijk bepaalde strafvonnissen eerst van een motivering te voorzien, indien hoger beroep is ingesteld, staat op gespannen voet met deze eisen van een effectieve rechtsbescherming, daar de beslissing al dan niet in beroep te gaan nu juist mede bepaald kan worden door de motivering van het vonnis.

Een aantal aspecten van een behoorlijke rechtspraak in civiele zaken, die in de jurisprudentie geheel of gedeeltelijk zijn opgehangen aan de eis van een eerlijke behandeling, zoals de kosteloze rechtshijstand en het recht getuigen op te roepen, vinden hierna afzonderlijke bespreking in samenhang met de expliciet toegekende garanties voor strafzaken. In dit verband moet dan wel worden aangetekend, dat die expliciete toekenning voor strafzaken niet betekent, dat toetsing daaraan een toetsing aan het beginsel van een 'fair hearing' in alle gevallen overbodig maakt. De procesvoering in haar geheel kan bijvoorbeeld het beeld opleveren, dat de verdachte onvoldoende mogelijkheden heeft gehad een optimale verdediging te voeren, zonder dat een van de expliciet toegekende minimum-garanties is geschonden. Zoals de Commissie in de *Adolf*-zaak heeft gesteld:

'Art. 6(3) merely exemplifies the minimum guarantees which must be accorded to the accused in the context of the 'fair trial' referred to in Art. 6(1)' (281).

Dit betekent enerzijds, dat een negatieve beantwoording van de vraag, of het eerste lid geschonden is, een onderzoek naar een be-
weerde inbreuk op het derde lid overbodig maakt (282), ander-

(280) Zaak 5460/72, *The Firestone Tire and Rubber Co. v. Verenigd Koninkrijk*, *Yearbook* XVI (1973), blz. 152 (168).

(281) Rapport van 8 oktober 1980, § 64.

(282) *Ibidem*. Zo ook het arrest van 27 februari 1980 in de *De Weer*-zaak, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 35 (1980), blzz. 30-31.

zijds dat het onderzoek naar schending van het eerste lid zich niet tot een toetsing aan het derde lid mag beperken. Is eenmaal schending van een der onderdelen van het derde lid geconstateerd, dan hebben Commissie en Hof de neiging niet meer aan het eerste lid te toetsen (283).

9.5. *Recht op rechtsbijstand*

Zowel de Conventie als het Covenant bevatten ten aanzien van de rechtshulp slechts garanties in geval van een strafvervolging en niet voor procedures betreffende de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen. In de Straatsburgse jurisprudentie zijn echter voor laatstgenoemde procedures bepaalde minimumgaranties afgeleid uit het eerste lid van art. 6 en wel uit het daarin besloten liggende recht op toegang tot de rechter en op een eerlijke behandeling. De zaak kan immers zo gecompliceerd zijn, of de psychologische drempel naar het Paleis van Justitie zo hoog, dat een effectieve toegang tot de rechter de rechtsbijstand van een deskundige noodzakelijk maakt. En zeker wanneer de ene partij over rechtsbijstand beschikt, brengt de 'equality of arms' mee, dat ook de andere partij daartoe de gelegenheid wordt geboden.

In de fameuze *Airey*-zaak is door de Commissie inderdaad het standpunt ingenomen, dat het in art. 6(1) besloten liggende recht op toegang tot de rechter weliswaar niet een automatisch recht op gratis rechtsbijstand in civiele procedures inhoudt, maar wel voor de verdragsstaten de verplichting meebrengt de toegang tot de rechter mogelijk te maken door betrokkene in geval van eigen onvermogen in de te maken kosten tegemoet te komen, de proceskosten te verlagen dan wel van overheidswege rechtsbijstand te verschaffen, indien betrokkene zich anders voor een onoverkomelijke barrière zou zien geplaatst (284). Deze interpretatie, die de Commissie inmiddels naar aanleiding van een tegen de Bondsrepu-

(283) Rapport van 12 december 1981 in de *Pakelli*-zaak, §§ 92-94. Impliciet in het arrest van 13 mei 1980 in de *Artico*-zaak, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 37 (1980), blzz. 15 en 18-19.

(284) Rapport van 9 maart 1978, §§ 80-81. Zie ook Resolutie (78)8 van het Comité van Ministers 'on legal aid and advice' van 2 maart 1978, waarin deze zelfde verplichting is geformuleerd; Council of Europe, *Information Bulletin on Legal Activities*, nr. 1, Straatsburg 1978, blzz. 48-49.

bliek Duitsland ingediende klacht heeft herhaald (285), is door het Hof gevolgd, waarbij het Hof ook nog als mogelijk alternatief voor de verlening van gratis rechtsbijstand noemde: vereenvoudiging van de procedure (286). Tegen de achtergrond van deze jurisprudentie dient ook het standpunt van de Commissie nader te worden genuanceerd, dat het feit dat de voor betrokkene aan de bewijsvoering verbonden kosten excessief hoog zijn, geen schending van art. 6 betekent (287); ook hier kan immers sprake zijn van een barrière die aan een daadwerkelijk recht op een rechterlijke beslissing in de weg staat. Hetzelfde geldt voor de kosten verbonden aan bijvoorbeeld de bijstand van een vertaler of tolk (288). Van geval tot geval zal derhalve beoordeeld dienen te worden, in hoeverre de verlangde bijstand in de procedure of in een bepaalde fase daarvan van belang is voor een eerlijke kans het eigen standpunt te verdedigen en dat van de wederpartij te weerleggen (289). Daarbij moet dan uiteraard het gevaar onderkend worden dat, zou men aan de ene partij in een geding wel doch aan de andere partij geen rechtshulp toekennen, omdat de eerstgenoemde op het eerste gezicht de meest kansrijke partij lijkt te zijn, dit een *self-fulfilling prophecy* zou kunnen worden; in zo'n geval cist de 'equality of arms', dat dan aan beide onvermogen partijen gratis rechtshulp wordt verleend. Is de aard van de zaak niet zodanig, dat het beginsel van een 'fair hearing' rechtsbijstand noodzakelijk

(285) Gevoegde zaken 7823 en 7824/77, 48 *Zigeuners v. Bondsrepubliek Duitsland en Nederland*, D & R 11 (1978), blz. 221 (232).

(286) Arrest van 9 oktober 1979, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 32 (1980), blzz. 11-16.

(287) Zaak 1982/63, *X v. Oostenrijk*, niet gepubliceerd.

(288) Rapport in de *Airey*-zaak, *t.a.p.* (noot 284), § 73; rapport van 18 mei 1977 in de zaak van *Luedicke, Belkacem en Koc*, §§ 36-37.

(289) Zie bijvoorbeeld zaak 8064/77, *X v. Verenigd Koninkrijk*, niet gepubliceerd, waar de Commissie de weigering van gratis rechtsbijstand in de laatste fase van de procedure verenigbaar achtte met art. 6(1), omdat er op dat moment geen redelijke gronden meer konden worden aangevoerd ter ondersteuning van de eis. Zie ook zaak 8158/78, *X v. Verenigd Koninkrijk*, D & R 21 (1981), blz. 95 (101-102): de ingestelde procedure bood geen uitzicht op een redelijke kans van slagen. De omstandigheid dat in de cassatieprocedure de rechter op objectieve wijze wordt voorgelicht door de Advocaat-Generaal, maakt de noodzaak van rechtsbijstand niet kleiner maar eerder groter: vgl. rapport van 12 december 1981 in de *Pakelli*-zaak, § 89. Zie: Peukert, *t.a.p.* (noot 275) blzz. 251-253.

maakt, dan eist art. 6(1) ook niet, dat de rechter een door een partij aangewezen procesvertegenwoordiger als zodanig aanvaardt (290).

Voor strafzaken bevat art. 6(3)(c) van de Conventie voor de verdachte het recht zich zelf te verdedigen of de bijstand te hebben van een raadsman naar zijn eigen keuze. Deze zelfde garantie ligt vervat in art. 14(3)(d) van het Covenant. Voorts kennen beide bepalingen de verdachte een recht op gratis rechtsbijstand in geval van onvermogen toe indien 'the interests of justice so require'. Anders dan de tekst lijkt te suggereren, houden deze bepalingen voor de verdachte niet de vrije keuze in zelf zijn verdediging te voeren dan wel dit aan een advocaat over te laten. De Commissie heeft althans het standpunt ingenomen, dat de vraag, of de verdachte gerechtigd is zelf zijn verdediging te voeren, door het nationale recht en de nationale autoriteiten wordt bepaald (291). Uit lid 3(c) vloeit dan voort dat, als het nationale recht of de nationale rechter bepaalt, dat de verdachte zich door een advocaat moet doen vertegenwoordigen, hij deze advocaat zelf moet kunnen uitkiezen of, in geval van financieel onvermogen, een advocaat toegewezen moet krijgen; die rechtsbijstand wordt dan immers kennelijk door het nationale recht, respectievelijk de nationale rechter, noodzakelijk geacht in het belang van de rechtspraak. Uit een recente uitspraak van het VN-Comité zou men kunnen afleiden, dat deze instantie wel van mening is, dat de verdachte een op zichzelf staand recht heeft zelf zijn verdediging te voeren (292). In dat college is ook kritiek geleverd op nationale regelingen volgens welke een verdachte, na verplicht te zijn zich door een raadsman te doen vertegenwoordigen, in geval van een veroordeling de kosten daarvan moet betalen (293).

Komt de plicht tot gratis rechtsbijstand aan een onvermogene

(290) Zaak 1013/61, *X en Y v. Bondsrepubliek Duitsland*, *Yearbook V* (1962), blz. 158. Men kan zich echter afvragen, op welke grond dit recht zich te doen verdedigen kan worden beperkt, nu 'in the interest of justice' slechts ziet op de gratis rechtsbijstand.

(291) Zaak 2676/65, *X v. Oostenrijk*, *Coll.* 23 (1967), blz. 31 (35); zaak 5923/72, *X v. Noorwegen*, *D & R* 3 (1976), blz. 43 (44).

(292) Zaak R.2/10, *Altesor v. Uruguay*, A/37/40, blz. 122 (128-129). Expliciet het lid van het Comité, Graefrath, bij de behandeling van het rapport van Senegal; CCPR/C/SR.214, blz. 11.

(293) CCPR/C/SR.92, blzz. 41 en 54 m.b.t. het rapport van de Bondsrepubliek.

verdachte nu automatisch te vervallen, indien deze laatste in de gelegenheid wordt gesteld zelf zijn verdediging te voeren? Indien men aanneemt, dat in lid 3(c) de keuze aan de nationale autoriteiten is gelaten, zou deze vraag bevestigend beantwoord dienen te worden. Hierboven is echter reeds vermeld, dat ook naar het oordeel van de Commissie een zaak zo gecompliceerd kan zijn, dat voor een 'fair hearing' rechtsbijstand voor de verdachte onontbeerlijk is. Hem in geval van financieel onvermogen die rechtsbijstand onthouden kan dan strijd met art. 6(1) opleveren. Komt op die grond een verdachte in aanmerking voor gratis rechtsbijstand, dan zal die rechtsbijstand tevens geacht moeten worden in het belang van de rechtspraak vereist te zijn. Dit is inderdaad de interpretatie, zoals die in de jurisprudentie met betrekking tot art. 6(3)(c) naar voren komt, waarbij de Commissie zich recentelijk heeft beroepen op de Franse tekst, waar het recht op rechtsbijstand verbonden is met het recht zelf de verdediging te voeren door het woord 'et', terwijl de Engelse tekst hier het woord 'or' bevat (294). Is de zaak eenvoudig, dan is aan art. 6(3)(c) voldaan, indien de verdachte in de gelegenheid wordt gesteld zelf zijn verdediging te voeren en voldoende mogelijkheid krijgt zich daarop voor te bereiden (295). Betreft het een zaak waar voor een adequate verdediging een zekere deskundigheid is vereist, dan mag van de verdachte niet gevergd worden, dat deze dat zonder rechtsbijstand doet (296). Is ten aanzien van de schriftelijke fase van de procedure erkend, dat het belang van de rechtspraak de toekenning van rechtsbijstand vereist, dan zal dat in het algemeen ook voor de daarop volgende mondelinge fase moeten gelden (297). Ook het Hof heeft zich op het standpunt gesteld, dat de ingewikkeldheid van de zaak kan meebrengen, dat rechtsbijstand is vereist 'in the interest of justice' (298). Is aan een verdachte een raadsman toegevoegd, maar heeft het gedrag van de verdachte ertoe geleid, dat deze raadsman zich heeft teruggetrokken, dan kan de weigering van de rechter een nieuwe raadsman aan te wijzen in

(294) Rapport van 12 december 1981 in de *Pakelli*-zaak, § 78.

(295) Zaak 8202/78, *X v. Noorwegen*, niet gepubliceerd.

(296) Zaak 834/60, *Glaser v. Oostenrijk*, *Coll.* 10 (1963), blz. 64 (70).

(297) Rapport van 12 december 1981 in de *Pakelli*-zaak, §§ 88-89.

(298) Zie de uitvoerige beschouwingen in het arrest van 13 mei 1980 in de *Artico*-zaak, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 37 (1980), blz. 16-18.

overeenstemming zijn met de 'interests of justice', mits de verdachte vanaf dat moment wel zelf voldoende gelegenheid krijgt zijn verdediging te voeren (299).

Volgens de Straatsburgse jurisprudentie is het recht van de verdachte zijn eigen verdediger te kiezen geen absoluut recht; hij is daarbij gebonden aan de bepalingen die in het betrokken rechtstelsel gelden ten aanzien van de vraag, wie als verdedigers ten processe kunnen optreden (300). Wordt in die bepalingen aan de rechter de bevoegdheid verleend een bepaalde advocaat of groep van advocaten van de verdediging uit te sluiten, dan zou dit voor bepaalde verdachten een acuut probleem kunnen vormen bij het voeren van een optimale verdediging. Met name in het VN-Comité is dan ook bezorgdheid uitgesproken ten aanzien van een dergelijke bevoegdheid (301). Klachten over beperking of uitsluiting van de vrije keuze van een raadsman zijn door het Comité al verscheidene malen gegrond verklaard (302).

De Commissie neemt het standpunt in, dat in geval van gratis rechtsbijstand aan de verdachte niet het recht toekomt deze zelf te kiezen of met betrekking tot de aanwijzing te worden geraadpleegd (303). Nu zij zich in ander verband beroepen heeft op de nevenschikking van de beide rechten door het woord 'et' in de Franse tekst, lijkt het de vraag, of dit standpunt in zijn algemeenheid juist is. Ook de in de vorige alinea genoemde 'views' van het VN-Comité lijken erop te duiden, dat die instantie hier genuanceerder over denkt. In elk geval brengt het recht op een adequate verdediging met zich mee dat, indien mocht blijken dat er tussen de verdachte en de hem toegevoegde advocaat een zo slechte ver-

(299) Zaak 8386/98, *X v. Verenigd Koninkrijk*, D & R 21 (1981), blz. 126 (130-132).

(300) Zaak 722/60, *X v. Bondsrepubliek Duitsland*, Yearbook V (1962), blz. 104 (106); gevoegde zaken 7572, 7586 en 7587/76, *Ensslin, Baader en Raspe v. Bondsrepubliek Duitsland*, Yearbook XXI (1978), blz. 418 (464).

(301) CCPR/C/SR.250, blz. 6 (Tomuschat m.b.t. het rapport van Denemarken).

(302) Zie zaak R.12/52, *Saldías de López v. Uruguay*, A/36/40, blz. 176 (182-183); zaak R.13/56, *Celeberti de Casariego v. Uruguay*, *ibidem*, blz. 185 (187-188); zaak R.14/63, *Setelich v. Uruguay*, A/37/40, blz. 114 (119-121); zaak R.18/73, *Teti Izquierdo v. Uruguay*, *ibidem*, blz. 179 (185-186).

(303) Zie o.a. in zaak 6946/75, *X v. Bondsrepubliek Duitsland*, D & R 6 (1977), blz. 114 (116-117).

houding bestaat of ontstaat, dat een goede verdediging daardoor onmogelijk is, of indien de toegevoegde advocaat gezien de aard en/of ingewikkeldheid van de zaak onvoldoende gekwalificeerd is, lid 1 en lid 3(b) kunnen impliceren, dat aan verdachte op diens verzoek een andere advocaat moet worden toegevoegd (304). Door het Hof is in dit verband in het *Artico*-arrest benadrukt, dat de overheid niet aan zijn verplichting heeft voldaan door de enkele toevoeging van een advocaat, daar art. 6(3)(c) spreekt van 'assistance' en niet van 'nomination', zodat voldoende verzekerd moet zijn, dat er van werkelijke bijstand sprake kan zijn (305). Ook hier zal dan echter gelden, dat de verdachte zijn recht kan verwerken door zelf de situatie te creëren waarbij op het allerlaatste moment vóór de zitting nog een andere advocaat moet worden aangewezen (306).

Wat het contact met de raadsman betreft, is door het Hof aan het in art. 6(1) besloten liggende recht op toegang tot de rechter de consequentie verbonden, dat deze bepaling is geschonden, indien het een gedetineerde niet is toegestaan te corresponderen met een advocaat of andere rechtsbijstandsverlener. Het Hof stelde hierbij, dat

'hindering the effective exercise of a right may amount to a breach of that right, even if the hindrance is of a temporary character' (307).

Zodra een gedetineerde derhalve zelf een actie wil instellen dan wel zich wenst voor te bereiden op de verdediging bij een tegen hem ingestelde strafvervolging, moet dat contact mogelijk zijn. Zo mag hem dat contact bijvoorbeeld niet geweigerd worden voor de duur van een intern vooronderzoek (308). En ook een *incom-*

(304) *Ibidem*.

(305) Arrest van 13 mei 1980, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 37 (1980), blz. 15-16.

(306) Vgl. zaak 8251/78, *X v. Oostenrijk*, *D & R* 17 (1980), blz. 166 (169-170).

(307) Arrest van 21 februari 1975 in de *Golder*-zaak, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 18 (1975), blz. 12-20. Zo ook de Commissie in haar rapport van 11 oktober 1980 in de *Silver*-zaak, §§ 429-434.

(308) Zaak 7878/77, *Fell v. Verenigd Koninkrijk*, *D & R* 23 (1981), blz. 102 (113). Zie ook het rapport van 12 mei 1982 in de zaak van *Campbell en Fell*, §§ 147-151. Zie voor standpunten binnen het VN-Comité: *CCPR/C/SR. 248*, blz. 8 (Bouziri m.b.t. het rapport van Venezuela) en *CCPR/C/SR.327*, blz. 9
→

municado opsluiting, zo die op zichzelf al verenigbaar zou zijn met de Conventie en het Covenant (309), vormt in elk geval geen excuus om contact met de advocaat niet toe te staan (310).

De ontmoetingen tussen de advocaat en zijn gedetineerde cliënt dienen onder vier ogen te kunnen plaatsvinden (311). De voor een effectieve verdediging essentiële vertrouwensrelatie tussen de advocaat en zijn cliënt en het beroepsgeheim van eerstgenoemde vereisen dit. Ook het fouilleren van een advocaat en inzage in de correspondentie met zijn gedetineerde cliënt door de gevangenisautoriteiten zijn onverenigbaar met de positie van de verdediger. Dit soort maatregelen is slechts gerechtvaardigd in zeer uitzonderlijke omstandigheden waarbij de overheid gegronde redenen heeft aan te nemen, dat de advocaat in kwestie zelf zijn positie misbruikt of laat misbruiken (312); maar ook dan zal daarbij volledig open

→
(Tarnopolsky m.b.t. het rapport van Marokko). Zie ook *CCPR/C/R.135*, waar door de leden van het Comité Bouziri (blz. 9-19) en Sir Vincent Evans (blz. 13) kritische vragen zijn gesteld aangaande de in het rapport van Roemenië vermelde regel, dat de vervolgende instantie in het belang van het onderzoek contacten tussen de advocaat en diens cliënt kan beletten voor maximaal 60 dagen. Zie ook F. Kuitenbrouwer, 'Eerlijkheid alleen in toga?', *D & D* 1972, blzz. 332-348 (332-344).

(309) Daarover o.a. zaak 6166/73, *Baader, Meins, Meinhof en Grundman v. Bondsrepubliek Duitsland*, *Yearbook XVIII* (1975), blz. 132 (144-146); gevoegde zaken 7572, 7586 en 7587/76, *Ennslin, Baader en Raspe v. Bondsrepubliek Duitsland*, *Yearbook XXI* (1978), blz. 418 (454-460). Zie ook Stefan Trechsel, 'The Protection of Human Rights in Criminal Procedure; General Report', *Revue internationale de droit pénal* 1978, nr. 3, blzz. 541-588 (573-575).

(310) Zie de 'views' van het VN-Comité in de volgende zaken: R.8/33, *Buffo Carballal v. Uruguay*, *A/36/40*, blz. 125 (128-129); R. 10/44, *Pietroroia v. Uruguay*, *ibidem*, blz. 153 (158-159); R.17/70, *Cubas Simones v. Uruguay*, *A/37/40*, blz. 174 (177-178); R. 18/73, *Teti Izquierdo v. Uruguay*, *ibidem*, blz. 179 (186). Zie voor uitvoerige rechtsvergelijkende informatie: Dominique Poncet, *La protection de l'accusé par la Convention européenne des droits de l'homme*, Genève 1977, blzz. 179-188.

(311) Aldus de Commissie in het in noot 308 genoemde rapport, §§ 157-160. Zie voor een binnen het VN-Comité dienaangaande naar voren gebrachte zienswijze: *CCPR/C/SR.190*, blz. 10 (Janca m.b.t. het rapport van Polen).

(312) In de zaak 2375/64, *X v. Bondsrepubliek Duitsland*, *Coll. 22* (1967), blz. 45 (47), achtte de Commissie inzage in de correspondentie inherent aan de voorlopige hechtenis. Ten onrechte toetste de Commissie hier slechts aan art. 8 en niet aan art. 6, hoewel de klager gesteld had, dat de gewraakte controle ook tot grote vertraging in de briefwisseling had geleid. Vgl. Jacobs, *a.w.* (nt. →

kaart gespeeld moeten worden, zodat betrokkenen van het toezicht op de hoogte zijn (313).

De bepaling, dat een verdachte omtrent zijn recht op rechtsbijstand moet worden geïnformeerd, komt niet in de Conventie voor, maar geldt voor Nederland ingevolge art. 14(3)(d) van het Covenant.

9.6. *Het recht in persoon het proces bij te wonen*

Art. 14 van het Covenant bevat in lid 3 sub (d) voor de verdachte de garantie, dat deze in zijn tegenwoordigheid wordt berecht. Een dergelijke bepaling ontbreekt in de Conventie. Het betreft hier een van de punten ten aanzien waarvan thans wellicht een aanvulling van art. 6 wordt nagestreefd (314). Hoewel het zeker zinvol is een dergelijke garantie ook expliciet in de Conventie op te nemen, lijkt mij de stelling gewettigd, dat nu reeds het in art. 6(1) neergelegde voorschrift van een 'fair hearing' in de regel mee zal brengen, dat de verdachte — maar ook de partijen in een civiel geding en in andere procedures waarop art. 6(1) van toepassing is — in de gelegenheid wordt gesteld deze 'hearing' zelf bij te wonen (315). Het kan immers voor de oordeelvorming van de rechter van belang zijn, dat de betrokkene eventueel ook zelf rechtstreeks vragen kan beantwoorden, de voor hem gevoerde verdediging kan aanvullen, getuigenverklaringen zelf of via zijn advocaat kan weerspreken, zodat een behoorlijke rechtspraak vereist, dat

→ 250), blz. 116, die stelt dat 'the Commissions' doctrine that the rights guaranteed under the Convention may be the subject of interference in the case of a lawfully detained person can have no application to Art. 6'. Zie ook Stefan Trechsel, 'Die Verteidigungsrechte in der Praxis zur Europäischen Menschenrechtskonvention', *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 1979, blzz. 337-392 (352-353).

(313) Zie voor het aftappen van telefoongesprekken tussen een advocaat en zijn cliënt: zaak 9433/81, *Menten v. Nederland*, NJ 1982, 142, waar de Commissie de kwestie m.i. te gemakkelijk afdoet met de overweging, dat de Hoge Raad de beslissing tot aftapping onwettig had verklaard. Zie voor het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen het arrest van 18 mei 1982 in zaak 155/79, *A M & S Europe Ltd. v. Commissie*, nog niet gepubliceerd.

(314) Zie hierboven, blz. 68.

(315) In dezelfde zin Jacobs, *a.w.* (noot 250), blz. 102. Zie ook Peukert, *t.a.p.* (noot 275), blzz. 255-257.

hem de toegang tot de rechtszaal niet dan om zeer dringende redenen wordt ontzegd. Voor deze stelling is ook zeker reeds steun te vinden in de Straatsburgse jurisprudentie (316).

Nederland, dat in elk geval gebonden is aan het expliciete voorschrift van het Covenant, heeft ter zake uitsluitend een voorbehoud gemaakt ten aanzien van de mogelijkheid een verdachte uit de rechtszaal te verwijderen in het belang van een goede procesgang (317). Bij de bespreking van het Nederlandse rapport door het VN-Comité, heeft het lid van het Comité, Tomuschat, als zijn mening gegeven, dat dit voorbehoud overbodig is, daar de bevoegdheid van de rechter waarop daarin is gedomd, niet in strijd met de in het Covenant vervatte garantie is (318).

Een aantal klachten door of namens verdachten over berechting buiten hun aanwezigheid welke gericht waren tegen Uruguay, zijn door het Comité gegrond bevonden (319). In een van de gevallen was er zelfs van enige mondelinge behandeling in het geheel geen sprake (320). Voorts is er in het Comité een vraag gerezen met betrekking tot de praktijk waarbij minderjarigen de behandeling van hun zaak niet zelf mogen bijwonen (321).

Uiteraard sluit de hier aan de orde zijnde garantie niet de mogelijkheid van veroordeling bij verstek uit, mits betrokkene volgens de daarvoor geldende procedure is opgeroepen en deze procedure, mede gemeten aan hetgeen te dien aanzien elders geldt, met voldoende waarborgen is omkleed (322).

(316) Zaak 434/58, *X v. Zweden*, *Yearbook* II (1958-1959), blz. 354 (370-372); zaak 1169/61, *X v. Bondsrepubliek Duitsland*, *Yearbook* VI (1963), blz. 520 (570-572); zaak 7370/76, *X v. Zwitserland*, *D & R* 9 (1978), blz. 95 (98); zaak 8289/78, *X v. Oostenrijk*, *D & R* 18 (1980), blz. 160 (166-167). In cassatie-procedures, waar niet de feiten maar slechts de rechtstoepassing ter discussie staat, zal die aanwezigheid in persoon over het algemeen van weinig belang zijn: zaak 1169/61, *t.a.p.*; zie ook zaak 7138/75, *X v. Oostenrijk*, *D & R* 9 (1978), blz. 50 (53) met betrekking tot een procedure van hoger beroep.

(317) *Trbl.* 1978, nr. 177, blz. 29.

(318) *CCPR/C/SR.322*, blz. 13.

(319) Zaak R.7/22, *Sala de Tourón*, *A/36/40*, blz. 120 (123-124); zaak R.10/44, *Pietroroia*, *ibidem*, blz. 153 (158-159); zaak R.17/70, *Cubas*, *A/37/40*, blz. 174 (177-178).

(320) Zaak R.10/44, *t.a.p.*

(321) *CCPR/C/SR.222*, blz. 9 (Koulishev m.b.t. het rapport van Colombia).

(322) Zie Resolutie (75)11 van het Comité van Ministers 'on the criteria

→

9.7. Openbaarheid van procesvoering en vonniswijzing

Zowel art. 6(1) van de Conventie als art. 14(1) van het Covenant stellen als eis, dat de procesvoering en de vonniswijzing openbaar zijn. Deze eis geldt zowel voor procedures waarbij burgerlijke rechten en verplichtingen worden vastgesteld als voor procedures met een strafrechtelijk karakter. In haar rapport in zaak 8273/78 (*X v. Bondsrepubliek Duitsland*) geeft de Commissie de ratio van deze eis als volgt weer:

'the public nature of the proceedings helps to ensure a fair trial by protecting the litigants against arbitrary decisions and enabling society to control the administration of justice . . .

Combined with the public pronouncement of the judgment the public nature of the hearings serves to ensure that the public is duly informed, notably by the press, and that the legal process is publicly observable. It should consequently contribute to ensuring confidence in the administration of justice' (323).

Naast het belang dat partijen in het geding bij een openbare behandeling kunnen hebben, dient deze derhalve ook een algemeen belang: controleerbaarheid van en informatie over, en daardoor vertrouwen in de rechtspraak. Derhalve rijst de vraag, of partijen onbeperkt afstand van hun recht op een openbare behandeling kunnen doen, dan wel de rechter aan een daartoe strekkend verzoek alleen kan voldoen, indien zich daarvoor een van de gronden voordoet, die art. 6 en art. 14 daarvoor expliciet noemen. Het Hof lijkt zich in de zaak van *Le Compte, Van Leuven en De Meyere* op het eerste standpunt te hebben gesteld door heel in het algemeen te overwegen, dat behandeling achter gesloten deuren niet in strijd met de Conventie is, indien het met instemming van betrokkenen gebeurt (324). Met het oog op het algemeen belang dat vooral in strafzaken met de openbaarheid is gediend, zal men echter moeten aannemen, dat het hier een mogelijkheid van 'wai-

→ governing proceedings held in the absence of the accused'; Council of Europe, *Resolutions by the Committee of Ministers relating to crime problems*, deel III, Straatsburg 1977.

(323) Rapport van 14 december 1981, §§ 76-77. Zo ook het rapport van 14 december 1981 in de *Pretto*-zaak, § 59.

(324) Arrest van 23 juni 1981, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 43 (1981), blzz. 25-26.

ver' van het recht op openbare behandeling, doch niet een recht op behandeling achter gesloten deuren betreft en dat de rechter, indien een verzoek om behandeling achter gesloten deuren wordt gedaan, dit kan afwijzen op grond van een afweging van het belang van de betrokkene en het algemeen belang. Daarbij zal hij uiteraard ook de bescherming van het privé-leven van de betrokkene, als een van de uitdrukkelijk genoemde beperkingsgronden, in zijn beschouwingen moeten betrekken, als ook het gevaar dat openbaarheid kan opleveren voor het in het tweede lid beschermde *praesumptio innocentiae*-beginsel.

De eis van openbaarheid geldt in beginsel voor alle opeenvolgende fasen van het proces (325). Beslissend is echter ook hier, of het om een fase in de procedure gaat die op zichzelf van invloed is op de 'determination', terwijl de Commissie bovendien een aantal malen heeft beslist, dat in een bepaalde fase met een schriftelijke behandeling kan worden volstaan, indien daar nog uitsluitend rechtsvragen van een technische en abstracte aard aan de orde zijn en deze fase geen afbreuk meer kan doen aan de 'fairness' waarmee de hoofdzaak in een of meer eerdere fasen is onderzocht (326). Hoewel deze interpretatie op gespannen voet lijkt te staan met de tekst van art. 6(1), voor zover ook een dergelijke meer technische en abstracte fase tot een uiteindelijke 'determination' kan leiden, bijvoorbeeld in geval van afwijzing van een ingesteld beroep, zal men haar naar mijn mening uit pragmatische overwegingen moeten aanvaarden, omdat een mondelinge behandeling in een dergelijke fase inderdaad weinig zin heeft en aan de eis van de openbare controleerbaarheid is voldaan, indien de rechtsoverwegingen in de beslissing worden opgenomen en deze wordt gepubliceerd. Dan zal echter wel in de daaraan voorafgaande fase, waarin een onderzoek naar zowel de feitelijke als de rechtsvragen is ingesteld, in alle opzichten aan de eisen van de openbaarheid moeten zijn voldaan (327).

Soortgelijke pragmatische redenen rechtvaardigen het standpunt

(325) Rapport van 14 december 1979 in de zaak van *Le Compte, Van Leuven en De Meyere*, §§ 90-91.

(326) Zie het eerste in noot 323 genoemde rapport, §§ 79-83 en de daar vermelde jurisprudentie.

(327) Rapport van 14 december 1981 in de zaak van *Albert en Le Compte*, § 78; arrest van 10 februari 1983 in deze zaak, §§ 34-36.

van de Commissie, dat aan de eis van een openbare vonniswijzing is voldaan, indien tijdens een openbare zitting (328) wordt volstaan met voorlezing van het dictum (329) en dat ook dit achterwege kan blijven, indien het dictum niet méér inhoudt dan de vaststelling, dat het beroep is verworpen of de zaak wordt terugverwezen (330). Men zal dan echter wel als eis moeten stellen, dat de betrokkenen zo spoedig mogelijk een afschrift van de tekst van het vonnis ontvangen, terwijl ook de publikatie van althans die vonnissen, waarin rechtsvragen van meer algemeen belang aan de orde zijn, in dat geval voor de controleerbaarheid van extra belang is (331).

Wat de beperkingsgronden betreft, valt op, dat art. 6 van de Conventie uitsluitend beperkingen ten aanzien van de openbaarheid van de procesvoering maar niet ten aanzien van de vonniswijzing toestaat, terwijl art. 14 van het Covenant ook voor dat laatste enkele beperkingsgronden noemt, namelijk voor gevallen waarin het belang van jeugdige personen dit vereist of het proces betrekking heeft op echtelijke twisten of voogdijschap over kinderen (332). Voor Nederland geldt hier de strengere norm van de Conventie.

De beperkingsgronden ten aanzien van de openbaarheid van de procesvoering luiden in beide bepalingen gelijk, zij het dat art. 14 hier de belangen van minderjarigen niet uitdrukkelijk noemt, doch een afzonderlijk lid 4 bevat, dat handelt over de berechting van jeugdige personen. Wat de beperkingsmogelijkheden zelf betreft, kan hier worden volstaan met enkele kanttekeningen:

1. Enerzijds blijken de Straatsburgse instanties ook hier bereid de nationale autoriteiten, en met name de nationale rechter, een zekere 'margin of appreciation' te laten bij de beoordeling van de vraag, of er voor toepassing van een der beperkingen aanleiding bestaat, zoals dat ook ten aanzien van de in andere bepalingen van

(328) Voorlezing aan uitsluitend de verdachte en de vervolgende instantie zonder dat anderen daarbij worden toegelaten, is geen openbare vonniswijzing. In die zin het lid van het VN-Comité, Opsahl, n.a.v. het rapport van Costa Rica, *CCPR/C/SR.236*, blz. 5.

(329) Gevoegde zaken 8603, 8722, 8723 en 8729/79, *Crociani e.a. v. Italië*, *D & R 22* (1981), blz. 147 (228).

(330) De beide in noot 323 genoemde rapporten, § 63 resp. § 85.

(331) Zie *ibidem*, § 64 resp. § 86.

(332) Daarover hierboven, blz. 65.

de Conventie opgenomen beperkingsgronden het geval is (333). Anderzijds geven zij er toch duidelijk blijk van ook zelf een onderzoek naar de redenen voor de beperking in te stellen (334), waarbij zij niet bereid zijn zonder meer een gegroeide rechtspraktijk te aanvaarden, doch eisen, dat van geval tot geval concreet wordt aan-gegeven, op welke beperkingsgrond een beroep wordt gedaan (335). 2. Bij de bescherming van de openbare orde ('public order') is men geneigd niet te denken aan de 'publieke orde' in de zin van art. 14 van de Wet Algemene Bepalingen, maar aan het voorkomen van wanordelijkheden. Bij de opstelling van art. 14 van het Covenant is deze uitleg inderdaad van Britse zijde bepleit en is er op die grond — tevergeefs — bezwaar gemaakt tegen de toevoeging van de Franse term 'ordre public' in de Engelse tekst (336). Nu de tekst van art. 6 (en van art. 14) in zijn huidige vorm is aanvaard, maakt een vergelijking met art. 10(2) en 11(2), waar voor de bescherming van de openbare orde in de Engelse tekst staat 'the prevention of disorder' en in de Franse tekst 'la défense de l'ordre', deze uitleg moeilijk te handhaven, al tonen anderzijds de Engelse en Franse tekst van art. 9(2) aan, hoe weinig consequent men in deze is geweest. Hoe dit ook zij, het voorkomen van wanordelijkheden in de rechtszaal zal in elk geval onder de beperkingsgrond 'de belangen van de rechtspraak' ('interests of justice') kunnen worden gebracht. En waaraan moet dan bij de openbare orde worden gedacht? In de zaak van *Le Compte, Van Leuven en De Meyere* beriep de Belgische regering zich op deze grond stellende, dat openbaarheid van de medische tuchtrechtspraak tot schending van het medische ambtsgeheim zou kunnen leiden. De Commissie is op dat aspect toen inderdaad onder die noemer nader ingegaan (337).

(333) Zie Van Dijk & Van Hoof, *a.w.* (noot 5), blzz. 492-517.

(334) Zie bijvoorbeeld het rapport en het arrest in de zaak van *Le Compte, Van Leuven en De Meyere*, *t.a.p.* (noot 325), § 89, resp. *t.a.p.* (noot 324), blz. 25; en het rapport en arrest in de zaak *Albert en Le Compte*, *t.a.p.* (noot 327), § 78 resp. § 34. Zie in dit verband ook de door het lid van het VN-Comité, Bouziri, n.a.v. het Roemeense rapport gevraagde opheldering over de daarin vermelde beperking van de openbaarheid, wanneer deze schadelijk wordt geacht voor de 'socialist morality'; *CCPR/C/SR.135*, blz. 9.

(335) Arrest van 8 juni 1976 in de *Engel*-zaak, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 22 (1977), blz. 37.

(336) Zie *E/CN.4/SR.318*, blz. 10: 'the proper conception was that closed hearings could be held with a view to preventing disorder'.

(337) *T.a.p.* (noot 325), § 89. Zie ook het in noot 327 genoemde rapport,

3. Het belang van 's lands veiligheid heeft in de Straatsburgse jurisprudentie met betrekking tot de openbaarheid van de rechtspraak naar mijn weten tot nog toe nauwelijks of geen rol gespeeld. Deze beperkingsgrond is daarentegen wel reeds enkele keren in het VN-Comité ter sprake gebracht. Daaruit blijkt, dat althans enkele leden van het Comité weinig geneigd zijn de interpretatie welke de nationale autoriteiten aan dit begrip geven, zonder meer te aanvaarden (338).

4. Bij de bescherming van het privé-leven van partijen zal men, in tegenstelling tot waar het om de belangen van minderjarigen gaat, de eis kunnen stellen, dat slechts tot behandeling *in camera* kan worden besloten, indien partijen op deze bescherming inderdaad prijs blijken te stellen (339).

5. De laatste beperkingsgrond — het belang van de rechtspraak — wordt in de tekst van art. 6 en art. 14 uitdrukkelijk aan het oordeel van de rechter overgelaten. Ook hier past echter een uiteindelijk internationaal toezicht, zij het dat dit marginaal zal zijn. En ook hier geldt, dat Commissie en Hof geen genoegen zullen nemen met een loutere verwijzing naar een bestaande praktijk. In haar beslissing in zaak 8016/77 lijkt de Commissie te suggereren, dat bijvoorbeeld getuigen wier getuigenis gevaar voor hen kan opleveren, op art. 6(1) een klacht kunnen baseren, dat de rechter heeft nagelaten hen achter gesloten deuren te horen (340).

In het VN-Comité is naar voren gebracht, dat het enkele beroep

→

t.a.p., § 78. Zie over deze beperkingsgrond: Anna Lise Sijthoff-Stray, 'The Right of the Accused to have or to refuse Publicity', *Revue des droits de l'homme* 1969, blzz. 159-176 (164-166).

(338) Zie *CCPR/C/SR.109*, blzz. 46 en 59 (Prado Vallejo en Tomuschat m.b.t. het rapport van de Sowjet-Unie); *CCPR/C/SR.187*, blz. 11 (Tarnopolsky m.b.t. het rapport van Polen); *CCPR/C/SR.197*, blz. 9 (Prado Vallejo m.b.t. het rapport van Mongolië); *CCPR/C/SR.258*, blz. 11 (Bouziri m.b.t. het rapport van Italië); *CCPR/C/SR.154*, blz. 3 (Prado Vallejo m.b.t. het rapport van de Oekraïne).

(339) Aldus kennelijk ook de Commissie in haar rapport in de zaak van *Albert en Le Compte, t.a.p.* (noot 327). In zaak 7366/76, *X v. Verenigd Koninkrijk*, niet gepubliceerd, werd weliswaar behandeling *in camera* op deze grond tegen de zin van de klager door de Commissie gerechtvaardigd geacht, maar daar betrof het een echtscheidingsprocedure, zodat ook het privéleven van de echtgenote en mogelijk de belangen van een of meer minderjarige kinderen in het geding waren.

(340) Zaak 8016/77, *X v. Verenigd Koninkrijk*, niet gepubliceerd.

op gebrekkige accommodatie van het gerechtsgebouw niet de volledige uitsluiting van het publiek rechtvaardigt (341), terwijl ook niet aan de eis van openbaarheid is voldaan, wanneer de beperkte beschikbare ruimte wordt opgevuld door van overheidswege daarvoor geselecteerd 'publiek' (342). Individuele klachten aangaande de openbaarheid welke door het Comité gegrond zijn bevonden, hebben tot nu toe alle Uruguay betroffen (343).

9.8. Berechting binnen een redelijke termijn

Dat de berechting binnen een redelijke termijn ('within a reasonable time') moet plaatsvinden, schrijft art. 6 van de Conventie voor alle procedures voor, waarop het eerste lid van toepassing is, terwijl art. 14 van het Covenant alleen met betrekking tot strafrechtelijk vervolgen bepaalt, dat dezen er recht op hebben zonder onredelijke vertraging ('without undue delay') te worden berecht. De voornaamste interpretatievragen betreffen de criteria voor de beoordeling van de redelijkheid en de periode die bij die beoordeling in aanmerking moet worden genomen.

Ten aanzien van art. 5(3), waarin speciaal voor personen in voorlopige hechtenis staat bepaald, dat dezen er recht op hebben binnen redelijke termijn berecht te worden of anders op vrije voeten te worden gesteld, is het begin van de in aanmerking te nemen termijn duidelijk: het moment van de arrestatie (344). De ratio van die bepaling is, dat de voorlopige hechtenis niet langer duurt dan strikt noodzakelijk is. De bepaling inzake de redelijke termijn van art. 6(1), echter, heeft tot doel te garanderen, dat er binnen een redelijke termijn door middel van een rechterlijke uitspraak een einde wordt gemaakt aan de onzekerheid waarin iemand omtrent zijn burgerrechtelijke rechtspositie of wegens een tegen hem bestaande strafrechtelijke verdenking is komen te verkeren; dit zo-

(341) *CCPR/C/SR.65*, blz. 6 (m.b.t. het rapport van Tsjechoslowakije).

(342) *CCPR/C/SR.154*, blz. 10 (Tarnopolsky m.b.t. het rapport van de Oekraïne).

(343) Zaak R.7/28, *Weinberger Weisz*, *A/36/40*, blz. 114 (118-119); zaak R.7/32, *Sala de Tourón*, *ibidem*, blz. 120 (123-124); R.10/44, *Pietraroia*, *ibidem*, blz. 153 (158-159); R.2/10, *Altesor*, *A/37/40*, blz. 122 (128-129); R.17/70, *Cubas*, *ibidem*, blz. 174 (177).

(344) Over deze bepaling Van Dijk & Van Hoof, *a.w.* (noot 5), blzz. 260-265.

wel in het belang van betrokkene als in dat van de rechtszekerheid. Deze ratio brengt mee, dat in het geval van strafvervolgingen het beginpunt vóór het moment van de arrestatie kan liggen, terwijl deze bepaling ook geldt in gevallen dat er van voorlopige hechtenis geen sprake is (345).

Voor wat de strafrechtelijke vervolging betreft, is door het Hof gesteld, dat als beginpunt voor de in beschouwing te nemen periode moet worden genomen het moment waarop er sprake is van een 'criminal charge', aangezien eerst vanaf dat moment de 'determination of . . . any criminal charge' aan de orde kan zijn (346). De hierboven aangegeven ratio brengt echter met zich mee, dat daarbij niet in alle gevallen kan worden uitgegaan van het moment waarop betrokkene officieel in staat van beschuldiging wordt gesteld. Ook voordien kan hem immers duidelijk zijn geworden, dat hij van een strafbaar feit wordt verdacht, zodat hij er vanaf dat moment belang bij heeft, dat over die verdenking door de rechter wordt beslist. Dit is al heel evident in die gevallen, waarin de arrestatie voorafgaat aan het moment waarop de betrokkene formeel in staat van beschuldiging wordt gesteld (347). Derhalve is ook hier van belang hetgeen hierboven onder 9.2 is vermeld, dat in de Straatsburgse jurisprudentie aan het begrip 'charge' een autonome betekenis wordt toegekend met als uitgangspunt, dat daarbij een inhoudelijk en niet een formeel begrip 'charge' moet worden gehanteerd, wegens het grote belang dat het beginsel van een eerlijke berechting heeft voor een democratische samenleving. De Commissie heeft zich reeds in een vroeg stadium op het standpunt gesteld, dat

'the relevant stage is that at which the situation of the person concerned

(345) Zie voor de relatie tussen beide bepalingen het arrest van 10 november 1969 in de *Stögmüller-zaak*, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 9 (1969), blz. 40 en het rapport van 12 juli 1977 in de *Haase-zaak*, *D & R* 11 (1978), blz. 78 (92), waar ook wordt gesteld, dat ten aanzien van de redelijkheid van de duur in het geval van artikel 5(3) strengere eisen moeten worden gesteld. Zie ook Egbert Myjer, 'Berechting binnen redelijke termijn; De hete adem van mensenrechtenverdragen', *NJCM-Bulletin* 1981, blzz. 11-30.

(346) Arrest van 27 juni 1968 in de *Neumeister-zaak*, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 8 (1968), blz. 41; arrest van 27 februari 1980 in de *De Weer-zaak*, *ibidem*, vol. 35 (1980), blz. 22.

(347) In de *Wemhoff-zaak* ging het Hof er vanuit, dat beide in tijd samenvielen; arrest van 27 juni 1968, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 7 (1968), blz. 26.

has been substantially affected as a result of the suspicion against him' (348).

Op basis van dit uitgangspunt kwam de Commissie in de *Neumeister*-zaak tot het standpunt, dat als begindatum 21 januari 1960 moest worden genomen, de dag waarop Neumeister voor het eerst als verdachte was gehoord (349). Het Hof nam in zijn arrest in deze zaak echter 23 februari 1961 aan als de dag waarop Neumeister in staat van beschuldiging was gesteld, zonder zelfs ook maar op het door de Commissie aangegeven criterium in te gaan (350). In zijn arrest van drie jaar later in de *Ringeisen*-zaak werd echter ook door het Hof de periode tussen het eerste onderzoek en het moment waarop Ringeisen in staat van beschuldiging werd gesteld, in zijn beschouwingen betrokken, zonder dat nog melding werd gemaakt van het formele criterium uit het *Neumeister*-arrest (351). In zijn *De Weer*-arrest gaf het Hof als een toch weer vrij formele definitie:

'the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence' (352),

maar in zijn latere arrest in de *Eckle*-zaak stelde het Hof, dat deze definitie

'also corresponds to the test whether "the situation of the {suspect} has been substantially affected" ' (353).

Daarmee lijkt het Hof zich bij het standpunt van de Commissie te hebben aangesloten (354).

Voor procedures ter vaststelling van burgerlijke rechten en verplich-

(348) Rapport van 27 mei 1966 in de *Neumeister*-zaak, *Publ. ECHR, Series B*, vol. 6 (1966-1969), blz. 81.

(349) *Ibidem*. Vgl. de beslissing van de Commissie in zaak 9433/81, *Menten v. Nederland*, *NJ* 1982, 142, waar de periode tussen 1950 en 1976 niet voor de duur werd meegerekend, omdat Menten in die tijd ten gevolge van de verklaring van de Minister van Justitie, dat hij niet vervolgd zou worden, niet 'affected' was.

(350) Arrest van 27 juni 1968, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 8 (1968), blz. 41.

(351) Arrest van 16 juli 1971, *ibidem*, vol. 13 (1971), blz. 45.

(352) Arrest van 27 februari 1980, *ibidem*, vol. 35 (1980), blz. 24.

(353) Arrest van 15 juli 1982, § 73.

(354) Zie ook *ibidem*, § 74.

tingen zal doorgaans als beginpunt kunnen worden genomen het moment waarop de desbetreffende actie wordt ingesteld dan wel, in het kader van een andere procedure, een dergelijk recht of een verplichting in een verweer naar voren wordt gebracht. Dient voorafgaand aan de rechterlijke procedure eerst een andere beroepsprocedure — bijvoorbeeld administratief beroep — te zijn ingesteld, dan wordt het beginpunt naar het moment van de instelling van een dergelijk beroep verlegd (355). Een wetgeving of rechterlijke praktijk welke een eiser belemmeringen in de weg legt voor het op korte termijn instellen van zijn eis, maar ook een wetgeving die hem in staat stelt zijn tegenpartij lange tijd in het onzekere te laten over het al dan niet instellen van een actie, zonder dat een redelijke verjaringstermijn daaraan paal en perk stelt, voldoet niet aan art. 6(1) (356).

De hierboven aangegeven ratio van dit onderdeel van art. 6 brengt voor wat het eindpunt van de in aanmerking te nemen periode betreft mee, dat dit ligt op het moment waarop door de rechter aan de onzekerheid omtrent de rechtspositie van de betrokkene een einde is gemaakt. Dat is derhalve niet het moment waarop de behandeling ter terechtzitting een aanvang neemt, maar het moment waarop de uitspraak in het civiele geding wordt genomen *c.q.* veroordeling, vrijspraak of ontslag van rechtsvervolgning in het strafgeding wordt uitgesproken. Zoals het Hof in zijn *Wemhoff*-arrest stelt:

‘There is . . . no reason why the protection given to the persons concerned against the delays of the courts should end at the first hearing in a trial: unwarranted adjournments or excessive delays on the part of trial courts are also to be feared’ (357).

Aan de onzekerheid komt pas definitief een einde, wanneer de uitspraak over hetgeen de verdachte ten laste is gelegd *c.q.* de vaststelling van de burgerlijke rechten en/of verplichtingen in hoogste instantie heeft plaatsgevonden, dan wel door het aflopen van de beroepstermijn onaantastbaar is geworden, of wanneer van verde-

(355) Arrest van 28 juni 1978 in de *König*-zaak, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 27 (1978), blz. 33.

(356) In die zin ook Jacobs, *a.w.* (noot 250), blz. 109.

(357) Arrest van 27 juni 1968, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 7 (1968), blz. 26.

re vervolging wordt afgezien (358). Bovendien wordt niet door de enkele veroordeling, maar eerst door de vaststelling van de straf zekerheid aan de verdachte verschaft (359). De mogelijkheid van buitengewone rechtsmiddelen moet buiten beschouwing worden gelaten, terwijl voor andere rechtsmiddelen — bijvoorbeeld een verzoek om cassatie — doorslaggevend zal zijn, of de onzekerheid aangaande de definitieve 'determination' inderdaad voortduurt, zolang op het verzoek niet is beslist of de termijn voor het indienen van een dergelijk verzoek nog niet is verstreken (360).

Bij de bepaling van de te beoordelen termijn moet rekening worden gehouden met de *competentio ratione temporis*. Zo kan in het geval van een individuele klacht aangaande een procedure die reeds liep op het moment waarop door de desbetreffende staat het individuele klachtrecht is aanvaard, alleen de duur vanaf dat moment in aanmerking worden genomen, al wordt daarbij voor de bepaling van de redelijkheid van die duur wel rekening gehouden met de stand waarin de procedure zich op dat moment bevond (361).

Als op deze wijze de duur van de in aanmerking komende termijn is vastgesteld, dient vervolgens te worden bepaald, of deze termijn redelijk is te achten. Van geval tot geval zullen daartoe de belangen van betrokkene bij een zo spoedig mogelijke uitspraak dienen te worden afgewogen tegen de eisen welke een zorgvuldig onderzoek en een goede procesvoering stellen.

Een houding of gedraging van betrokkene welke tot vertraging heeft geleid, verzwakt zijn klacht over die vertraging (362). Van

(358) Rapport van 8 februari 1973 in de *Huber-zaak*, *Yearbook* XVIII (1975), blz. 324 (360). Ook het Hof spreekt in zijn *Ringelsen*-arrest van een 'final decision'; *t.a.p.* (noot 351), blz. 45.

(359) Arrest van 15 juli 1982 in de *Eckle-zaak*, § 77.

(360) Zie het *König*-arrest, *t.a.p.* (noot 355), blz. 33, en het arrest van 6 mei 1981 in de *Buchholz-zaak*, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 42 (1981), blz. 15.

(361) Rapport van 15 oktober 1980 in de *Foti-zaak*, §§ 101-103; rapport van 15 december 1980 in de *Ventura-zaak*, § 178; rapport van 16 maart 1981 in de *Corigliano-zaak*, §§ 35-37; rapport van 14 december 1981 in de *Pretto-zaak*, § 41.

(362) Zie o.a. het *Ringelsen*-arrest, *t.a.p.* (noot 351), blz. 45; het *König*-arrest, *t.a.p.* (noot 355), blz. 35-36; het *Buchholz*-arrest, *t.a.p.* (noot 360), blz. 19 en het *Eckle*-arrest, *t.a.p.* (noot 359), § 82. Zie voor het standpunt van de Commissie o.a. het rapport van 20 mei 1976 in de *Hätti-zaak*, *Yearbook* XIX (1976), blz. 1024 (1086); het rapport van 14 mei 1980 in de *Buchholz-*

een verdachte mag echter niet worden verlangd, dat deze actief meewerkt aan zijn eigen berechting (363), wél van partijen in een civiel geding (364). Een partij in een proces kan niet worden verweten, dat hij gebruik maakt van zijn recht in beroep te gaan (365). Dat dit de procedure verlengt is logisch, maar ook deze verlenging moet de test van de redelijkheid kunnen doorstaan (366). Daarnaast spelen bij de beoordeling de ingewikkeldheid van de zaak en de inspanningen welke de justitiële autoriteiten zich getroost hebben de zaak zoveel mogelijk te bespoedigen, een belangrijke rol (367). De Commissie heeft ook het gedrag van de tegenpartij in haar beschouwingen aangaande de redelijkheid betrokken (368). Dat zal echter alleen een rol kunnen spelen, indien die tegenpartij een overheidsinstantie is, of althans dat gedrag mede aan de overheid verweten kan worden (369). Als in een strafzaak met twee verdachten een van beiden de zaak traineert, moet de vervolgende instantie de zaken zo mogelijk scheiden, opdat de ander daar niet het slachtoffer van wordt (370). Hoewel overbelasting van de gerechtelijke instanties in het algemeen niet als een verontschuldigende factor is erkend (371), heeft het Hof in het *Buchholz*-arrest

zaak, §§ 111-113; het rapport van 11 december 1980 in de *Eckle*-zaak, §§ 189-193; het rapport van 15 december 1980 in de *Ventura*-zaak, §§ 199-200; het rapport van 16 maart 1981 in de *Corigliano*-zaak, § 47; het rapport van 14 december 1981 in de *Pretto*-zaak, § 52 en de beslissing van 11 december 1981 in zaak 9433/81, *Menten v. Nederland*, NJ 1982, 142.

(363) *Eckle*-arrest (noot 359), § 82.

(364) Zaak 1794/63, *X v. Bondsrepubliek Duitsland*, Yearbook IX (1966) blz. 179 (213).

(365) *Eckle*-arrest (noot 359), § 82.

(366) Zie de kritische opmerkingen dienaangaande in het VN-Comité m.b.t. het rapport van de Bondsrepubliek; CCPR/C/SR.93, blzz. 40 en 48.

(367) *Wemhoff*-arrest, t.a.p. (noot 357), blz. 27; *Neumeister*-arrest, t.a.p. (noot 350), blzz. 41-43; *Ringeisen*-arrest, t.a.p. (noot 351), blz. 45; *König*-arrest, t.a.p. (noot 355), blzz. 34-40 en het *Buchholz*-arrest, t.a.p. (noot 360), blzz. 15-21. Zie ook de beschouwingen van de Commissie in haar in noot 334 genoemde rapporten in de *Hätti*-zaak (blzz. 1064-1088), de *Eckle*-zaak (§§ 198-214), de *Ventura*-zaak (§ 198) en de *Pretto*-zaak (§§ 42-51).

(368) Rapport van 14 mei 1980 in de *Buchholz*-zaak, §§ 111-113.

(369) Arrest in de *Buchholz*-zaak, t.a.p. (noot 360), blz. 16.

(370) Zaak 6541/74, *Bonechaud v. Bondsrepubliek Duitsland*, D & R 3 (1976), blz. 86 (87).

(371) Arrest van 10 november 1969 in de *Stögmüller*-zaak, Publ. ECHR, Series A, vol. 9 (1969), blzz. 40-41. Zie ook zaak 8737/79, *Zimmermann en Steiner v. Zwitserland*, D & R 23 (1981), blz. 220 (226).

bepaald, dat een tijdelijke sterke toename van zaken wel als zodanig is aan te merken, mits de autoriteiten al het nodige doen deze situatie zo snel mogelijk het hoofd te bieden (372).

Uit de jurisprudentie komt als algemeen beeld naar voren, dat de Straatsburgse instanties geneigd zijn aan de hand van bovengenoemde criteria vrij ruime maatstaven aan te leggen. Zo werden door de Commissie zelfs termijnen van zeven en acht jaar in bepaalde gevallen nog 'reasonable' geacht (373) en door het Hof een periode van bijna vijf jaar (374). In de *Eckle*-zaak echter, waar het ging om een procesduur van maar liefst ruim zeventien en tien jaar, achtten Commissie en Hof de toelaatbare grens ruimschoots overschreden (375).

Indien aan degene, die zich over een onredelijke vertraging van de procedure beklagt, wordt tegengeworpen, dat hij in strijd met art. 26 niet het einde van de nationale procedure heeft afgewacht, zal de beslissing over die redelijkheid mede bepalend zijn voor de vraag, of van hem in redelijkheid een verdere onderwerping aan de nationale procedure kan worden verlangd, wat immers tot een nog grotere vertraging zal leiden. Indien de klacht de Commissie niet op het eerste oog ongegrond voorkomt, doet zij er naar mijn mening goed aan de nationale autoriteiten te verzoeken de strafvervolgning op te schorten in afwachting van de beslissing in Straatsburg, tenzij de mogelijkheden voor een eventuele latere voortzetting van de vervolging daardoor onevenredig zouden worden geschaad. Uiteraard moet betrokkene wel kunnen aantonen, dat hij

(372) *T.a.p.* (noot 360), blz. 16. Of de overgang naar de democratie in Portugal een vertraging in de procesvoering kan rechtvaardigen, staat op dit moment ter beoordeling in de *Guinco*-zaak (8990/80).

(373) Rapport van 12 juli 1977 in de *Haase*-zaak, *D & R* 11 (1978), blz. 78 (88-91), resp. rapport van 15 december 1980 in de *Ventura*-zaak, §§ 201-220.

(374) *Buchholz*-arrest, *t.a.p.* (noot 360), blzz. 21-22. Door de Commissie was hier wel een schending geconstateerd, *t.a.p.* (noot 368), § 135. Nu het Hof zelf toegaf, dat 'the second set of proceedings was extremely slow' en dat de rechter in hoger beroep 'had . . . on several occasions deferred its hearings for somewhat long periods', rijst de vraag, of aan het gedrag van de verzoeker hier niet een te gewichtige rol is toegekend. Zie verder nog de ontvankelijkverklaring door de Commissie in zaak 8427/78, *X v. Nederland*, *D & R* 18 (1980), blz. 225 (231).

(375) Rapport van 11 december 1980, §§ 153-220; arrest van 15 juli 1982, §§ 80-95.

in de achterliggende procedure eventuele rechtsmiddelen die tot versnelling hadden kunnen leiden, heeft aangewend.

Betreft het proces oorlogsmisdaden, dan zijn naar het oordeel van de Commissie 'criteria determining the reasonableness of the length of ordinary criminal proceedings' niet zonder meer toepas-
selijk, maar moet de procesduur beoordeeld worden in het licht van het uitzonderlijke karakter van een dergelijk proces (376). De Commissie voert voor dit standpunt geen nadere argumentatie aan. Nu art. 1 de bescherming van de Conventie toekent aan 'every-one' en met de bijzondere complexiteit van de zaak, met name de moeilijke bewijsvoering, bij toepassing van de normale criteria vol-
doende rekening kan worden gehouden, valt de redelijkheid voor het aanleggen van speciale criteria niet in te zien. In de *Menten*-
zaak heeft de Commissie dit standpunt niet herhaald (377).

De eis van berechting binnen een redelijke termijn brengt evenzeer mee, dat die termijn niet onredelijk *kort* mag zijn, waardoor een goede voorbereiding van de zaak door partijen niet mogelijk is. Hetgeen in lid 3(b) uitdrukkelijk bepaald is voor het strafproces, geldt mijns inziens ingevolge het eerste lid ook voor civiele rechts-
gedingen.

Door het VN-Comité is een klacht tegen Canada gegrond geacht over het lange tijdsverloop — bijna drie jaar — tussen het moment waarop klager beroep had ingesteld en dat waarop dit in behande-
ling werd genomen, welke termijn 'excessive' werd geacht (378). De overige gegrond verklaarde klachten betroffen alle Uruguay (379).

9.9. Onafhankelijke, onpartijdige en bij de wet ingestelde rechter

De garantie, dat de berechting door een onafhankelijke, onpartij-

(376) Zaak 6946/75, *X v. Bondsrepubliek Duitsland*, D & R 6 (1977), blz. 114 (115-116). Dit betekent niet, dat de eis van een redelijke termijn in die gevallen niet zou gelden, doch slechts dat voor die redelijkheid andere crite-
ria zouden gelden.

(377) Zaak 9433/81, *Menten v. Nederland*, NJ 1982, 142.

(378) Zaak R.7/27, *Pinkney v. Canada*, A/37/40, blz. 101 (108 en 113).

(379) Zaak R.2/8, *Lanza de Netto*, A/35/40, blz. 111 (117-118); zaak R.1/6, *Millán Sequeira*, *ibidem*, blz. 127 (131); zaak R.13/56, *Celiberti de Casariego*, A/36/40, blz. 185 (188); zaak R.14/63, *Setelich*, A/37/40, blz. 114 (120-121); zaak R.18/73, *Teti Izquierdo*, *ibidem*, blz. 179 (186).

dige en bij de wet ingestelde rechter geschiedt, is zowel in art. 6 van de Conventie als in art. 14 van het Covenant opgenomen, waar-
bij art. 14 bovendien bepaalt, dat de rechter 'competent' moet
zijn (380).

Voor de onafhankelijkheid van de rechter is vereist, dat deze zijn
beslissing kan baseren op zijn eigen, vrij oordeel omtrent feiten
en rechtsgronden zonder enige binding ten opzichte van partijen
en het overheidsapparaat en zonder dat zijn beslissing door een
andere dan een in dezelfde zin onafhankelijke instantie kan wor-
den gewijzigd (381). Mede gelet op de in art. 26 neergelegde regel
van de uitputting van de nationale rechtsmiddelen moet men aan-
nemen, dat art. 6(1) niet als eis stelt, dat elke instantie die zich in
een bepaalde fase van de procedure over burgerlijke rechten en
verplichtingen heeft uit te spreken, onafhankelijk in deze zin is,
maar dat de hoogste beroepsinstantie deze onafhankelijkheid be-
zit (382). Zoals boven is beargumenteerd, moet men daar naar
mijn mening, mede in het licht van de overige leden van art. 6,
andrs over denken, indien het om de vaststelling van de gegrond-
heid van een strafvervolgning gaat: in elke fase waarin het tot een
dergelijke vaststelling komt, dienen de garanties van art. 6 naar
mijn mening te gelden (383).

Voor de onafhankelijkheid is niet vereist, dat de rechter voor het
leven benoemd is, mits hij maar niet naar believen of op oneigen-
lijke gronden door de overheid ontslagen kan worden (384). Wel
zal het de betrokken partij vrij moeten staan aan te tonen, dat
een rechter zich met het oog op zijn herbenoeming door andere
overwegingen heeft laten leiden dan door zijn persoonlijke oor-

(380) Zie over dat laatste hierboven, blz. 64.

(381) Vgl. het *Ringeisen*-arrest, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 13 (1971), blz. 39 en het arrest van 23 juni 1981 in de zaak van *Le Compte, Van Leuven en De Meyere*, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 43 (1981), blz. 24. Zie ook het rap-
port van 12 oktober 1978 in de *Zand*-zaak, *D & R* 15 (1979), blz. 70 (81-83).

(382) De vraag, of het Nederlandse Kroon-beroep hieraan voldoet, ligt mo-
menteel in Straatsburg voor; zie noot 188.

(383) Zie hierboven, blzz. 91-94.

(384) Impliciet in het *Ringeisen*-arrest, *t.a.p.* (noot 381). Expliciet in het rap-
port van 12 oktober 1978 in de *Zand*-zaak, *D & R* 15 (1979), blz. 70 (81-82),
en in het rapport van 14 december 1979 in de zaak van *Le Compte, Van Leuven en De Meyere*, §§ 76-77. Zie met betrekking tot militaire tribunalen
het arrest van 8 juni 1976 in de *Engel*-zaak, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 22
(1977), blzz. 27-28.

deel. Dit laatste raakt echter niet meer aan de onafhankelijkheid maar aan de onpartijdigheid van de rechters.

Het VN-Comité besteedt bij de behandelingen van de rapporten bijzonder veel aandacht aan de benoemings- en ontslagprocedures van de nationale rechters als eerste graadmeter voor hun onafhankelijkheid. Daarnaast zijn er veel vragen gesteld over de onafhankelijkheid van militaire rechtbanken in met name Latijnsamerikaanse landen die in bepaalde gevallen ook over burgers rechtspreken (385), over de band tussen de rechters en de Sowjets in de Oekraïne (386), over de 'participation of the social factor in the exercise of justice' in Polen (387), over de revolutionaire rechtbanken in Irak en Iran (388), over vertegenwoordigers van de regering in de rechtbanken in Irak (389), over de opnemings van parlementariërs in het hooggerechtshof in Senegal (390), over het speciale tribunaal in Suriname voor de berechting van hoge functionarissen van vóór de staatsgreep (391) en over de vermenging van administratieve en rechterlijke functies in IJsland (392).

Voor de onpartijdigheid is vereist, dat de rechter niet vooringenomen is ten aanzien van de te nemen beslissing, zich niet laat beïnvloeden door informatie buiten de rechtszaal, door stemmingmakerij of door welke druk dan ook, doch zijn oordeel baseert op objectieve argumenten op grond van hetgeen ter terechtzitting naar voren is gekomen. Ook wanneer een rechterlijke beslissing van een argumentatie is voorzien, is bijzonder moeilijk na te gaan, door welke motieven een rechter zich heeft laten leiden. Er zal dan ook alleen tot partijdigheid kunnen worden geconcludeerd, wanneer deze uit de houding van de rechter bij de procesvoering

(385) Zie bijv. *CCPR/C/SR.127-129* (Prado Vallejo, Evans en Dieye m.b.t. het rapport van Chili), *CCPR/C/SR.222*, blz. 6 (Tomaschat m.b.t. het rapport van Colombia) en *CCPR/C/SR.249*, blz. 7 (Evans m.b.t. het rapport van Venezuela). Zie ook zaak R.7/28, *Weinberger Weiss v. Uruguay*, A/36/40, blz. 114 (115) en zaak R.11/46, *Fals Borda v. Colombia*, A/37/40, blz. 193 (203).

(386) *CCPR/C/SR.154*, blz. 10 (Tarnopolsky).

(387) *CCPR/C/SR.187*, blz. 3 (Prado Vallejo).

(388) *CCPR/C/SR.199*, blz. 8 (Bouziri); *CCPR/C/SR.364*, blz. 13 (Prado Vallejo) en *CCPR/C/SR.366*, blz. 4 (Tomaschat).

(389) *CCPR/C/SR.200*, blz. 9 (Prado Vallejo).

(390) *CCPR/C/SR.214*, blz. 3 (Evans).

(391) *CCPR/C/SR.224*, blzz. 4, 6, 8 en 10 (Tarnopolsky, Graefrath, Lallah en Evans).

(392) *CCPR/C/SR.392*, blzz. 6-7 (Tarnopolsky).

of uit de inhoud van het vonnis duidelijk naar voren komt. Hoewel uiteraard ook een rechter zijn persoonlijke emoties heeft, ook tijdens het proces, mag hij zich daardoor bij de behandeling van de zaak en bij zijn oordeelvorming niet laten leiden (393). En hoewel ook rechters doorgaans een voorkeur voor een bepaalde politieke richting zullen hebben en een bepaalde levensbeschouwing zullen aanhangen, en het ook goed is, dat de verschillende politieke richtingen en levensbeschouwingen ook binnen de rechterlijke macht 'vertegenwoordigd' zijn, mag het niet zo zijn, dat het voor de betrokkene een wezenlijk verschil maakt, of hij door een rechter met de ene dan wel met de andere voorkeur wordt berecht (394).

Veel publiciteit rond een strafzaak, waarbij het onderscheid tussen 'verdacht van' en 'schuldig aan' lang niet altijd in de gaten wordt gehouden, kan een bedreiging voor het recht op een eerlijke en onpartijdige berechting opleveren, vooral ook wanneer deze publiciteit van de overheid uitgaat, bijvoorbeeld van de met het onderzoek belaste officier van justitie (395). Dit gevaar dient de rechter bij zijn oordeelvorming terdege te onderkennen, mede in verband met de onschuldpresumptie als gegarandeerd in het tweede lid (396). In zaken met een sterk politieke achtergrond gelden genoemd gevaar en de noodzaak van de rechter zich tegen ongepaste beïnvloeding te wapenen wellicht nog in verhoogde mate (397). In

(393) Zie zaak 1727/72, *Boeckmans v. België*, *Yearbook VI* (1963), blz. 370 (416-420), waar de klacht een rechter gold die in zijn verontwaardiging over een bepaald verweer waarschuwde, dat handhaving daarvan tot een verhoging van de in eerste aanleg opgelegde straf zou kunnen leiden. Deze zaak is later in der minne geschikt: rapport van de sub-commissie van 17 februari 1965.

(394) Gevoegde zaken 8603, 8722, 8723 en 8729/79, *Crociani e.a. v. Italië*, D & R 22 (1981), blz. 147 (222).

(395) Zaak 8403/78, *Jespers v. België*, D & R 22 (1981), blz. 100 (127). Zie voor een voorbeeld, waarbij de Nederlandse Minister-President zich hieraan bezondigde: F. Kuitenbrouwer, 'Een "gaffe" en de mensenrechten', D & D 1970, blzz. 4-13.

(396) Aldus de Commissie in o.a. de *Pfunders*-zaak (*Oostenrijk v. Italië*), *Yearbook VI* (1963), blz. 740 (782-784). Zie ook zaak 7542/76, *X v. Verenigd Koninkrijk*, niet gepubliceerd, waar de Commissie in het geval van een zaak die veel publiciteit trok, veel waarde hechtte aan het feit, dat de rechter de jury op het gevaar van vooringenomenheid had gewezen.

(397) Zie de in noot 394 genoemde gevoegde zaken, *i.a.p.*, blzz. 222-223 en 227.

de Straatsburgse jurisprudentie wordt er echter van uitgegaan, dat een professionele rechter zich over het algemeen van deze externe factoren zeer wel bewust zal zijn en zich daardoor niet licht zal laten beïnvloeden, terwijl bovendien in hoger beroep de hogere rechter ook in dit opzicht zo nodig corrigerend kan optreden ten aanzien van de lagere rechter (en ten opzichte van een eventuele jury) (398). Zo overwoog de Commissie in de *Menten*-zaak, dat de omvangrijke publiciteit en de uiting van vijandige gevoelens in deze zaak niet te vermijden waren, maar dat de Hoge Raad nauwkeurig was nagegaan, op welke bewijsvoering de lagere rechters hun overwegingen hadden gebaseerd (399).

Met het punt van de publiciteit hangt ten nauwste samen het bepaalde in art. 10(2), dat de vrijheid van meningsuiting kan worden beperkt 'om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen'. Deze beperkingsmogelijkheid ter handhaving van het uit het Angelsaksische recht bekende verbod van 'contempt of court' is uitvoerig in Straatsburg aan de orde geweest in de *Sunday Times*-zaak. De klacht betrof daar het door de Engelse rechter tot in hoogste instantie opgelegde verbod gedurende een bepaalde tijd een artikel te publiceren over de zogenaamde 'thalidomide-kinderen', kinderen die met ernstige lichamelijke afwijkingen waren geboren ten gevolge van het gebruik door hun moeders tijdens de zwangerschap van het kalmeringsmiddel thalidomide. Het verbod was opgelegd, omdat er op dat moment verschillende procedures tegen de fabrikant van thalidomide liepen en de publikatie tot een 'contempt of court' zou kunnen leiden. Commissie en Hof kwamen, zij het met een krappe meerderheid, tot de slotsom, dat het verbod hier niet gerechtvaardigd was, waarbij zij onder meer lieten meewegen, dat een rechter zich door dit soort publikaties niet gemakkelijk laat beïnvloeden (400).

Het enkele feit dat in een tribunaal ook niet-juristen zitting hebben, zoals in tuchtcolleges vaak het geval is, betekent niet dat de-

(398) Zaak 3444/67, *X v. Noorwegen*, *Yearbook XIII* (1970), blz. 302 (324); zaak 3860/68, *X v. Verenigd Koninkrijk*, *Coll.* 30 (1970), blz. 70 (74-75).

(399) Zaak 9433/81, *Menten v. Nederland*, *NJ* 1982, 142.

(400) Rapport van 18 mei 1977, §§ 231-248; arrest van 26 april 1979, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 30 (1979), blzz. 28-42. Op deze samenhang is ook binnen het VN-Comité gewezen: *CCPR/C/SR.403*, blz. 10 (Tomuschat m.b.t. het rapport van Australië).

zen op die enkele grond niet onpartijdig zouden zijn. Gaat het daarbij echter om personen die nauw geliëerd zijn aan een der partijen, hetgeen in een arbitrage-college een normale zaak is, dan rijst wel een vraagteken bij hun onpartijdigheid. Art. 6(1) komt dan echter alleen in het geding, wanneer niet alle partijen of hun belangen gelijkelijk zijn vertegenwoordigd. Zo is de Commissie in de zaak van *Le Compte, Van Leuven en De Meyere*, waar drie artsen voor een tuchtcollege waren gedaagd wegens hun verzet tegen het verplichte lidmaatschap van de beroepsvereniging voor artsen, tot de conclusie gekomen, dat van een onpartijdige rechtsgang geen sprake was, nu het college dat in eerste instantie oordeelde, de provinciale raad, grotendeels was samengesteld uit personen die door leden van de beroepsvereniging waren gekozen, terwijl de raad van beroep voor de helft uit artsen en voor de helft uit rechters bestond. Dat ook nog beroep op de cassatierechter mogelijk was, hief dit gebrek naar de mening van de Commissie niet op, omdat deze alleen kan oordelen over procedurefouten of verkeerde toepassing van het recht (401). Het Hof is de Commissie hierin echter niet gevolgd. Nu beroep bij de raad van beroep was ingesteld, behoefde de onpartijdigheid van de provinciale raad naar de mening van het Hof niet te worden onderzocht. Ten aanzien van de raad van beroep was het Hof van oordeel, dat de onpartijdigheid van een dergelijk college dient te worden verondersteld; tenzij het tegendeel kan worden bewezen (402). In de latere zaak van *Albert en Le Compte* heeft de Commissie haar oorspronkelijke zienswijze echter gehandhaafd, zij het, dat zij van mening was, dat in een geval als dit klachten over partijdigheid niet op het college als zodanig maar op individuele leden betrekking moesten hebben (403).

Een soort tussenvorm tussen afhankelijkheid en partijdigheid was aan de orde in de *Piersack*-zaak. Daar stelde de klager, dat de president van de rechterlijke instantie die hem veroordeeld had, in een eerdere fase bij zijn zaak betrokken was geweest als lid van het openbaar ministerie en om die reden niet als een onafhankelijke en onpartijdige rechter kon worden aangemerkt. De Commissie kwam in haar rapport tot het oordeel, dat bedoeld feit het

(401) Rapport van 14 december 1979, §§ 78-81.

(402) Arrest van 23 juni 1981, *Publ. ECHR, Series A*, (vol. 43 (1981), blz 25.

(403) Rapport van 14 december 1981, § 75. Zie ook het arrest van 10 februari 1983 in deze zaak, § 32.

rechterlijke college niet afhankelijk maakte van de uitvoerende macht of één der partijen, zodat niet gezegd kon worden, dat de berechting niet door een onafhankelijke rechter was gebeurd. Zij oordeelde echter anders met betrekking tot de onpartijdigheid. Hoewel niet geheel duidelijk was, hoe nauw deze rechter in zijn vorige functie bij de vervolging betrokken was, meende de Commissie op grond van het feit, dat de zaak door een hiërarchisch aan hem ondergeschikte functionaris was behandeld, terwijl hij nu zelf als president een grote invloed op de procesvoering en vonniswijzing had gehad, dat de onpartijdigheid van de berechting niet gewaarborgd was (404).

De bepaling dat de rechterlijke instantie moet zijn 'established by law' houdt de garantie in, dat de rechterlijke organisatie in een democratische samenleving niet aan de vrije beslissingsmacht van de uitvoerende macht is overgelaten, maar onderwerp uitmaakt van een wettelijke regeling door het parlement. Dat sluit naar de mening van de Commissie echter niet uit, dat onderdelen van deze rechterlijke organisatie, bijvoorbeeld de instelling van bepaalde rechterlijke colleges, krachtens delegatie bij wet aan de uitvoerende macht zijn overgelaten, mits voldoende grenzen zijn gesteld om willekeur tegen te gaan (405). En in geen geval valt er uit het voorschrift een recht te herleiden op berechting door de gewone rechter, mits ook voor de bijzondere rechter maar een rechtsbasis aanwezig is (406). In haar rapport in de *Piersack*-zaak gaat de Commissie er kennelijk van uit, dat niet alleen de instelling, maar ook de organisatie en het functioneren van het desbetreffende rechtscollege een rechtsbasis moeten hebben, maar gaat zij voor de vraag, of dit college deze rechtsregels op de juiste wijze heeft toegepast, blijkbaar af op het oordeel van de (hogere) nationale rechter (407). Het internationale toezicht zal zich ook hier beperken tot gevallen van evidente willekeur (408).

(404) Rapport van 13 mei 1981, § 55; arrest van 1 oktober 1982, §§ 28-32.

(405) Rapport van 12 oktober 1978 in de *Zand*-zaak, *D & R* 15 (1979), blz. 70 (79-81); rapport van 14 december 1979 in de zaak van *Le Compte, Van Leuven en De Meyere*, § 75; gevoegde zaken 8603, 8722, 8723 en 8729/79, *Crociani e.a. v. Italië*, *D & R* 22 (1981), blz. 147 (219).

(406) Zaak 8299/78, *X en Y v. Ierland*, *D & R* 22 (1981), blz. 51 (73).

(407) Rapport van 13 mei 1981, §§ 46-49; arrest van 1 oktober 1981, § 33.

(408) Zie de 'separate opinion' van het Commissie-lid Frowein bij het rapport.

9.10. Onschuldpresumptie en vrijwaring tegen zelf-incriminatie

Het tweede lid van art. 6 van de Conventie en art. 14 van het Convenant schrijft voor, dat degene die strafrechtelijk wordt vervolgd, voor onschuldig gehouden moet worden, totdat zijn schuld op de daarvoor door de wet voorgeschreven wijze is komen vast te staan. Het gaat hier, evenals dat bij het derde lid het geval is, om een bijzonder aspect van het algemene begrip 'fair trial' in strafzaken. Om die reden wordt naar een mogelijke inbreuk op deze bepaling geen onderzoek meer ingesteld, wanneer reeds een schending van het eerste lid is vastgesteld (409).

Het belangrijkste aspect van de onschuldpresumptie betreft de grondslag van de strafrechtelijke veroordeling (410). Dit aspect hangt ten nauwste samen met de hierboven besproken eis van de onpartijdigheid van de rechter. De rechter dient zonder enige vooringenomenheid van de onschuld van de verdachte uit te gaan en mag slechts tot een veroordeling komen op basis van tijdens het proces aangevoerde bewijsmiddelen (411), die bovendien tot de door het recht als zodanig erkende 'wettige' bewijsmiddelen moeten behoren. Dit bewijs moet door de vervolgingsinstantie en niet door de rechter zelf aangedragen worden, terwijl de verdachte de volle gelegenheid dient te krijgen dit bewijs te weerleggen (412).

(409) Arrest van 27 februari 1980 in de *De Weer*-zaak, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 35 (1980), blzz. 30-31.

(410) Zie *CCPR/C/SR.65*, blz. 26 (Opsahl m.b.t. het rapport van Tsjechoslowakije, waarin sprake was van 'no one prosecuted in penal proceedings shall be viewed as being guilty until his guilt has been pronounced [i.p.v. "proved", v.D.] in a judgment which has become legally valid') en *CCPR/C/SR.386*, blz. 5 (Prado Vallejo m.b.t. het Mexicaanse rapport, waarin werd gesteld: 'Criminal intent is presumed, except where there is evidence to the contrary'. De particuliere klachten waarin door het VN-Comité schending van artikel 14(2) is geconstateerd, betroffen ook het ontbreken van bewijs voor het uitgesproken vonnis: zaak R.1/5, *Valentini de Bazzano v. Uruguay*, A/34/40, blz. 124 (125 en 129); zaak R.2/8, *Lanza de Netto v. Uruguay*, A/35/40, blz. 111 (118).

(411) Daarbij mag wel worden teruggegrepen op eerdere verklaringen van de verdachte of van getuigen, mits tijdens het proces voldoende gelegenheid wordt geboden deze te herroepen c.q. te weerleggen: zie zaak 8414/78, *X v. Bondsrepubliek Duitsland*, D & R 17 (1980), blz. 231 (233-234) en zaak 8417/78, *X v. België*, D & R 16 (1979), blz. 200 (207-208).

(412) Aldus de Commissie in o.a. haar rapport in de *Pfunders*-zaak (*Oostenrijk v. Italië*), *Yearbook VI* (1963), blz. 740 (782-784).

Ieder geval van ook maar de geringste twijfel dient ten gunste van de verdachte te worden uitgelegd (413). Dit betekent niet noodzakelijk, dat het geleverde bewijs absoluut sluitend moet zijn — in verscheidene rechtssystemen komt het uiteindelijk op de overtuiging van de rechter aan (414) — maar wel dat de rechter die overtuiging inderdaad heeft, deze moet kunnen beargumenteren en zich daarvoor dan uitsluitend op het ten processe aangedragen bewijs mag baseren (415). Een veroordeling kan natuurlijk ook volgen op een bekentenis van de verdachte. De rechter zal er zich dan echter terdege van dienen te vergewissen, dat deze bekentenis in volledige vrijheid is afgelegd (416), terwijl uit een verklaring van de verdachte die niet als bekentenis is bedoeld, een dergelijke bekentenis ook niet mag worden afgeleid (417).

Worden tijdens het proces verklaringen van de aanklager, getuigen of deskundigen afgelegd, dan wel overgelegd, waaruit van een vooringenomenheid aan hun kant blijkt, dan moet de rechter daar stelling tegen nemen, wil hij niet de schijn wekken ook zelf met deze vooringenomenheid behept te zijn. Doet hij dit, dan kan de betrokkene zich over die vooringenomenheid aan de kant van eerstgenoemden niet meer beklagen (418). Datzelfde geldt, wanneer een veroordeling waarvan de veroordeelde beweert, dat deze

(413) *Ibidem.* Zie Stefan Trechsel, *t.a.p.* (noot 309), blz. 555.

(414) Zie voor Nederland art. 338 Sv.

(415) De Commissie acht zich niet bevoegd de waarde van die overtuiging zelf te beoordelen: zaak 7628/76, *X v. België, D & R* 9 (1978), blz. 169.

(416) Zie daarvoor zaak 5076/71, *X v. Verenigd Koninkrijk, Coll.* 40 (1972), blz. 64 (66-67). Voor zover de bekentenis is afgedwongen met onwettige middelen, zoals lichamelijke of geestelijke foltering, volgt dit reeds uit de woorden 'according to law'; rapport in de *Pfunders*-zaak, *t.a.p.* (noot 412), blz. 784.

(417) Zie in dit verband de omstreden beslissing van de Commissie in de zaak 4483/70, *X v. Bondsrepubliek Duitsland, Coll.* 38 (1972), blz. 77 (79), waar de Commissie een daarop betrekking hebbende klacht in het geheel niet op dit aspect lijkt te hebben onderzocht. Zie ook zaak 2645/65, *Scheichelbauer v. Oostenrijk, Yearbook* XII (1969), blz. 156 (170-172).

(418) Rapport in de *Pfunders*-zaak, *Yearbook* VI (1963), blz. 740 (784); rapport in de *Nielsen*-zaak, *Yearbook* IV (1961), blz. 490 (568). Zie voor een geval waarin de verdachte zich er juist over beklagde, dat de rechter de jury te zijnen nadele had beïnvloed door het woord 'killing' te gebruiken: zaak 5881/72, *X v. Verenigd Koninkrijk*, niet gepubliceerd. De overweging van de Commissie, dat de rechter dit woord niet met die bedoeling had gebruikt, lijkt geen hout te snijden.

door vooringenomenheid is ingegeven, in hoger beroep is bevestigd, terwijl door de beroepsinstantie juist ook naar dit punt een onderzoek is ingesteld. In dat geval zal de veroordeelde zich slechts kunnen beklagen over vooringenomenheid bij deze beroepsinstantie dan wel over het feit, dat de door de vooringenomenheid van de lagere rechter aangerichte schade door de hogere rechter niet is geredresseerd (419).

Is er sprake geweest van publiciteit rondom het proces, waarbij van de schuld van de verdachte wordt uitgegaan, dan zal deze enigermate aannemelijk moeten kunnen maken, dat zijn uiteindelijke veroordeling mede onder invloed daarvan heeft plaatsgevonden, hetgeen, zoals hierboven reeds is opgemerkt, niet eenvoudig is (420). En datzelfde geldt bijvoorbeeld ook ten aanzien van de praktijk waarbij tijdens het proces het eventuele strafblad van de verdachte aan de rechter ter kennis wordt gebracht. De Commissie heeft als haar mening gegeven, dat deze praktijk geen strijd met art. 6(2) oplevert (421), maar het is duidelijk dat een dergelijke informatie een vermoeden van schuld bij de rechter of jury in de hand kan werken, zodat de betrokkene tenminste in de gelegenheid dient te worden gesteld daarvoor aanwijzingen aan te voeren (422).

Behalve voor de vaststelling van de schuld heeft art. 6(2) ook consequenties voor de behandeling van de verdachte. Ook daarbij moet van de onschuld van de betrokkene worden uitgegaan. Dit geldt zowel voor de behandeling van de verdachte tijdens het vooronderzoek en het proces, als voor de behandeling van een voorlopig gedetineerde: die behandeling mag geen punitief karakter hebben. Is aan de voorwaarden van art. 5(1)(c) voldaan, dan moeten de aan de gedetineerde opgelegde beperkingen in relatie staan tot het doel van de voorlopige hechtenis (423).

(419) Rapport in de *Pfunders-zaak*, t.a.p. (noot 418).

(420) Zie bijvoorbeeld de gevoegde zaken 7572, 7586 en 7587/76, *Ensslin, Baader en Raspe v. Bondsrepubliek Duitsland*, *Yearbook XXI* (1978), blz. 418 (462) en de *Menten-zaak*, *NJ* 1982, 142.

(421) Zaak 2742/66, *X v. Oostenrijk*, *Yearbook IX* (1966), blz. 550 (554).

(422) Vgl. Jacobs, (noot 250), blz. 113, die stelt, dat een dergelijke praktijk in strijd met de eisen van een 'fair trial' kan zijn.

(423) Zie Aanbeveling R(80)1 van het Comité van Ministers inzake voorlopige hechtenis van 27 juni 1980, waarvan artikel 1 stelt: 'Being presumed innocent until proved guilty, no person charged with an offence shall be placed

In enkele zaken is de praktijk aan de orde gesteld waarbij de verdachte in geval van discontinuering van de tegen hem ingestelde rechtsvervolgning niettemin wegens veronderstelde schuld, of althans wegens de aanleiding die hij tot het instellen van de vervolging had gegeven, zelf zijn proceskosten moest betalen (424). In de *Minelli*-zaak, waar de rechter de eisers in een proces wegens belediging niet-ontvankelijk had verklaard wegens het verstrijken van de verjaringstermijn, maar niettemin de gedaagde tot betaling van tweederde van de proceskosten had veroordeeld, omdat deze naar het oordeel van de rechter hoogstwaarschijnlijk schuldig zou zijn bevonden als de verjaring niet aan voortzetting van het proces in de weg had gestaan, concludeerde de Commissie tot schending van art. 6(2). Het laten betalen door de verdachte van bepaalde proceskosten in geval van ontslag van rechtsvervolgning behoeft op zichzelf nog niet strijdig met deze bepaling te zijn, aldus de Commissie, maar dat is wel het geval, indien als criterium daarvoor de vermoedelijke schuld van de verdachte wordt gehanteerd, zonder dat de garanties van art. 6 in acht worden genomen (425). Ook in de *Adolf*-zaak, waar de rechter de verdachte weliswaar had ontslagen van rechtsvervolgning, maar door de formulering van zijn desbetreffende beslissing niettemin de indruk had gewekt, dat de verdachte het ten laste gelegde feit had begaan, dit terwijl het bewijs daarvoor niet was geleverd, kwam de Commissie tot het oordeel, dat art. 6(2) was geschonden (426). Het Hof is de Commissie wel grotendeels in haar redenering, maar niet in haar eindoordeel gevolgd, omdat het Hof van mening was, dat de desbetreffende rechterlijke beslissing niet los gezien mocht worden van de daarop gevolgde beslissing van het Oostenrijkse

→
in custody pending trial unless the circumstances make it strictly necessary. Custody pending trial shall therefore be regarded as an exceptional measure and it shall never be compulsory nor be used for punitive reasons'. Zie ook art. 10(2)(a) van het Covenant inzake de speciale behandeling van voorlopig gedetineerden. Zie *CCPR/C/SR.198*, blzz. 2-3, waar het lid van het VN-Comité, Janca, vragen stelt over het plaatsen van verdachten in werkkampen in Mongolië.

(424) Zie zaak 6650/74, *Liebig v. Bondsrepubliek Duitsland*, *Yearbook XIX* (1976), blz. 330 (342) en zaak 7640/76, *Geerk v. Zwitserland*, *Yearbook XXI* (1978), blz. 470 (476). In beide zaken is een minnelijke schikking bereikt.

(425) Rapport van 6 mei 1981, §§ 31-36.

(426) Rapport van 8 oktober 1980, §§ 52-61.

Hooggerechtshof, waarin uitdrukkelijk was gesteld, dat het ontslag van rechtsvervolgning geen enkele uitspraak over de schuld inhield (427). Ook in het VN-Comité is inmiddels het standpunt naar voren gebracht, dat sepôt van een zaak met een impliciete schuldigverklaring in strijd met art. 14(2) is (428). Er is daar ook de suggestie gedaan, dat deze bepaling meebrengt dat, indien een verdachte wordt vrijgesproken, de staat niet alleen de eigenlijke proceskosten maar ook alle door de verdachte in verband met de strafvervolgning gemaakte kosten voor rechtsbijstand op zich neemt (429). Bij de bespreking van het Nederlandse rapport binnen het VN-Comité is erop gewezen, dat de bepaling inzake de *praesumptio innocentiae* zich niet uitsluitend tot de bij de strafvervolgning betrokken instanties richt, maar ook tot de wetgever en de uitvoerende macht (430). Inderdaad mag ook de administratie niet van iemands schuld uitgaan, als deze schuld niet conform de wet — inclusief de internationale voorschriften — is vastgesteld en mag de wetgever niet bepaalde procedures voorschrijven, die tot een (voorlopige) schuldvaststelling leiden, zonder dat de daarvoor geldende waarborgen in acht worden genomen (431).

Art. 6 van de Conventie bevat geen bepaling als vervat in art. 14(3)(g), dat de verdachte niet gedwongen mag worden tegen zichzelf te getuigen of een bekentenis af te leggen (432). Het is echter duidelijk, dat een dergelijk verbod 'is of the very essence of a "fair trial"' (433).

Een regeling welke tot een omkering van de bewijslast leidt of de medewerking van de verdachte aan een bepaalde bewijsvoering voorschrijft, bijvoorbeeld de verplichte bloedproef, lijkt hiermee

(427) Arrest van 26 maart 1982, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 49 (1982), blzz. 18-19.

(428) *CCPR/C/SR.205*, blz. 9 (Opsahl m.b.t. het rapport van Canada); *CCPR/C/SR.250*, blz. 3 (Opsahl m.b.t. het rapport van Venezuela).

(429) *CCPR/C/SR.319*, blz. 11 (Hanga m.b.t. het rapport van Japan).

(430) *CCPR/C/SR.321*, blz. 9 (Opsahl).

(431) Zie F. Fernhout, 'De praesumptio innocentiae en art. 12 lid 3 Sv', *D & D* 1982, blzz. 487-493.

(432) Zie m.b.t. art. 14(3)(g): zaak R.12/52, *Saldías de López v. Uruguay*, A/36/40, blz. 176 (177 en 183) en zaak 18/73, *Teti Izquierdo v. Uruguay*, A/37/40, blz. 179 (181 en 186).

(433) Aldus het Committee of Experts on Human Rights van de Raad van Europa, *a.w.* (noot 148), blz. 39.

op gespannen voet te staan. Zoals vaker, wanneer het om een wetgeving en/of rechtspraktijk gaat die in de meeste verdragsstaten noodzakelijk wordt geacht, beperkt de Commissie zich ook hier tot een redelijkheidstoets: rechtvaardigt het belang van een effectieve rechtshandhaving deze uitzondering op de regel, dat het bewijs voor de schuld door de vervolgende instantie geleverd moet worden, is het gebruik dat van het aldus verkregen bewijs wordt gemaakt, met voldoende waarborgen omgeven en wordt de mogelijkheid voor het leveren van tegenbewijs open gehouden (434).

9.11. *Tijdige en toereikende informatie aangaande de tenlastelegging*

Art. 6(3)(a) van de Conventie en art. 14(3)(a) van het Covenant bevatten voor de verdachte de garantie, dat hij onverwijld, in een taal welke hij verstaat, en in bijzonderheden, op de hoogte wordt gesteld van de aard en redenen van de tegen hem ingebrachte beschuldiging. Dit recht hangt ten nauwste samen met het sub 3(b) toegekende recht op voldoende tijd en faciliteiten voor de voorbereiding van de verdediging (435). Daarvoor is immers vereist, dat betrokkene tijdig en op een voor hem begrijpelijke en voldoende gespecificeerde wijze van de aanklacht op de hoogte wordt gesteld. Daarbij dient niet alleen de aard van de aanklacht te worden aangegeven, maar ook de feitelijke en rechtsgronden waarop de aanklacht berust (436). Enig bewijs ter ondersteuning van de

(434) Zaak 5124/91, *X v. Verenigd Koninkrijk*, Coll. 42 (1973), blz. 135. Zie m.b.t. de omkering van de bewijslast ingevolge art. 40 (oud) Wegenverkeerswet: zaak 6170/73, *X v. Nederland*, NJ 1975, 508. Zie m.b.t. de verplichte bloedproef van artikel 33(a) Wegenverkeerswet: zaak 8239/78, *X v. Nederland*, D & R 16 (1979), blz. 184 (188). Hoewel in laatstgenoemde zaak de argumentatie van de Commissie ten aanzien van artikel 6(2) niet erg duidelijk is — zij concentreert haar beslissing rond artikel 8(2) — lijkt deze er op neer te komen, dat de bloedproef voor het desbetreffende delict nu eenmaal het enig mogelijke bewijsmiddel is, dat de Conventie in artikel 5(1)(c) veel verdergaande maatregelen tegen een verdachte toestaat en dat het gebruik van de proef met voldoende waarborgen is omgeven.

(435) Aldus is ook herhaaldelijk door de Commissie benadrukt; zie o.a. zaak 524/59 *Ofner v. Oostenrijk*, Yearbook III (1960), blz. 322 (344) en zaak 8490/79, *X v. Oostenrijk*, D & R 22 (1981), blz. 140 (142).

(436) Zie beide in de vorige noot genoemde zaken, *ibidem*. Een subsidiaire →

tenlastelegging behoeft in dit stadium echter nog niet te worden verstrekt (437).

Lid 3(a) bepaalt, dat de informatieverschaffing 'in detail' moet zijn. In zaak 1169/61 overwoog de Commissie nogal cryptisch, dat daarmee geen informatie 'in minute detail' vereist is (438). Of de informatie tijdig is verschaft en toereikend is, zal van geval tot geval en aan de hand van de concrete omstandigheden moeten worden beoordeeld. Juist om de verdachte in de gelegenheid te stellen zijn verdediging voor te bereiden, zal de vervolgingsinstantie betrokkene moeten inlichten, zodra tot strafvervolgning is besloten en eventuele noodzakelijke voorzieningen voor een vertaling of een tolk zijn getroffen, met vermelding van de op dat moment beschikbare relevante gegevens, die dan daarna, en met name bij het uitbrengen van de dagvaarding, zo nodig moeten worden aangevuld. De verdediging kan echter ook reeds van groot belang zijn in de fase voorafgaande aan de beslissing al dan niet tot strafvervolgning over te gaan en kan deze beslissing mogelijk beïnvloeden, zodat gesteld kan worden, dat uit de ratio van lid 3(a) en lid 3(b) voortvloeit, dat betrokkene reeds vóór dit formele besluit zo volledig mogelijk op de hoogte wordt gehouden van de tegen hem bestaande verdenkingen.

Dat men zich ook binnen het VN-Comité strikt aan de tekst van lid 3(a) wenst te houden, moge blijken uit de bij de bespreking van de landenrapporten gemaakte opmerkingen, dat 'as soon as reasonably practicable' niet hetzelfde behoeft te zijn als 'promptly' (439), dat de praktijk van een 'short' delictsomschrijving op gespannen voet kan staan met de eis van informatieverschaffing 'in detail' (440) en dat de autoriteiten niet als excuus kunnen aanvoeren, dat zij zelf op een bepaald moment over onvoldoende informatie beschikken (441). Gegronde verklaarde individuele klach-

→
tenlastelegging voldoet aan deze eis van specificiteit: zaak 3894/68, *X v. Nederland*, Coll. 32 (1970), blz. 47 (50).

(437) Zaak 7628/76, *X v. België*, D & R 9 (1978), blz. 169 (173).

(438) Zaak 1169/61, *X v. Bondsrepubliek Duitsland*, Yearbook VI (1963), blz. 520 (584).

(439) CCPR/C/SR.161, blz. 10 (Graefrath m.b.t. het Britse rapport aangaande de afhankelijke gebieden).

(440) CCPR/C/SR.403, blz. 7 (Douri m.b.t. het rapport van Australië).

(441) CCPR/C/SR.186, blz. 8 (Opsahl m.b.t. het rapport van Polen).

ten, welke op deze bepaling waren gebaseerd, waren gericht tegen Uruguay (442).

Lid 3(a) stelt naar mijn mening de eis, dat de daar bedoelde mededelingen, indien de geadresseerde de landstaal niet voldoende beheerst, voor hem vertaald worden. Het schrijft daarvoor geen bepaalde vorm voor, maar een mondelinge toelichting door degene die de dagvaarding aan hem betekent of door een tolk, biedt m.i. een onvoldoende uitgangspunt voor de voorbereiding van zijn verdediging. Dat door toezending van de informatie aan een raadsman die de landstaal wel beheerst, aan lid 3(a) is voldaan, lijkt hoogst twijfelachtig, daar de overheid daarmee een op haar rustende verplichting op deze laatste afschuift en het voor betrokkene juist van belang is, dat deze de voor hem gevoerde verdediging ook zelf zo goed mogelijk kan beoordelen (443).

9.12. Voldoende tijd en faciliteiten voor de verdediging

In lid 3(b) van art. 6 van de Conventie en art. 14 van het Covenant wordt aan de verdachte het recht gegarandeerd te beschikken over voldoende tijd en faciliteiten welke nodig zijn voor de voorbereiding van zijn verdediging. Naast de zojuist gesignaleerde samenhang met lid 3(a) bestaat er ook een nauw verband met lid 3(c) respectievelijk lid 3(d), waar de rechtsbijstand wordt geregeld. De Commissie heeft in dat verband benadrukt, dat het hier niet slechts om de rechten van de verdachte gaat maar evenzeer om de rechten van de verdediger, zodat voor het beoordelen van de totale situatie met beider positie rekening dient te worden gehouden (444). Of de verdachte voldoende tijd is gelaten zijn verdediging voor te bereiden en voor te laten bereiden, zal achteraf naar de omstandigheden waarin de verdachte zowel als diens advocaat verkeerden (445) en naar de aard van de zaak beoordeeld moeten worden

(442) Zaak R.14/63, *Setelich, A/37/40*, blz. 114 (120); zaak R.2/10, *Altesor*, *ibidem*, blz. 122 (128-129).

(443) Zie voor het voorgaande ook F. Kuitenbrouwer, 'Het dagvaarden van vreemdelingen en het Europees Verdrag voor de mensenrechten', *D & D* 1971, blzz. 468-475.

(444) Zaak 524/59, *Ofner v. Oostenrijk*, *Yearbook* III (1960), blz. 322 (352).

(445) *Ibidem* en zaak 4042/69, *X v. Verenigd Koninkrijk*, *Yearbook* XIII (1970), blz. 690 (696). Zie ook zaak 5523/72, *Huber v. Oostenrijk*, *Year-*

(446). Wanneer een verdachte groot vertrouwen stelt in een bepaalde advocaat die op dat moment erg druk bezet is, zullen de justitiële autoriteiten daarmee zoveel mogelijk rekening moeten houden. Anderzijds kan de verdachte de daardoor ontstane vertraging dan niet aanvoeren als een grond voor schending van het eerste lid van art. 6. Moet de verdachte om de een of andere reden van advocaat veranderen, dan zal de nieuwe raadsman voldoende tijd moeten worden gelaten om zich in te werken (447). Ook de toevoeging van een advocaat moet, indien daarop een recht bestaat, tijdig geschieden (448). De verdachte kan dienaangaande echter niet klagen, indien hij door eigen toedoen een situatie heeft gecreëerd waarbij kort voor het tijdstip van de zitting nog een advocaat moet worden aangewezen (449). Bovendien mag van hem gevraagd worden, dat hij of zijn raadsman tijdig en volgens de daarvoor geldende procedure om uitstel heeft verzocht, als dat voor een goede verdediging nodig lijkt.

Indien hoger beroep mogelijk is, dient de beroepstermijn zodanig te zijn, dat nauwkeurige bestudering van het vonnis mogelijk is, teneinde te beslissen, of beroep zal worden ingesteld (450), terwijl

→
book XVII (1974), blz. 314 (332), waar de klacht over de inderdaad wel zeer korte termijn van 14 dagen ongegrond werd verklaard met het oog op het niet-temin omvangrijke commentaar, dat de verdediging had geproduceerd. Hierover zegt Trechsel, *a.w.* (noot 312), blz. 350: 'Dieser Entscheid lässt sich wohl rechtfertigen, wenn man betont, dass die Konvention Verfahrensrechte des Angeklagten schützt, nicht die Nachtruhe des Verteidigers'!

(446) Zaak 7909/74, *X en Y v. Oostenrijk, D & R* 15 (1979), blz. 160 (162-163), waar de Commissie onderzocht, of de aan de verdediger ter beschikking staande tijd van tien werkdagen toereikend was, gelet op de complexiteit van de zaak en het feit, dat hij moeilijk met zijn cliënte kon communiceren wegens haar slechte psychologische en fysieke gesteldheid. Zie voor het VN-Comité: *CCPR/C/SR.128*, blz. 17 (Evans m.b.t. het rapport van Chili).

(447) Hoewel dat uit de beslissing niet geheel duidelijk is, aanvaardde de Commissie dit wellicht impliciet in zaak 1850/63, *Köplinger v. Oostenrijk, Yearbook IX* (1966), blz. 240 (262); zie echter *ibidem*, blz. 264 t.a.v. lid 3(c). Zie ook zaak 4319/69, *Samer v. Bondsrepubliek Duitsland, Yearbook XIV* (1971), blz. 322 (340).

(448) Zaak 7909/74, *X en Y v. Oostenrijk, D & R* 15 (1979), blz. 160 (162), waar de Commissie stelt, dat ook hier de vraag, welke periode daarvoor toereikend is, niet *in abstracto* kan worden beantwoord.

(449) Zaak 8251/78, *X v. Oostenrijk, D & R* 17 (1980), blz. 166 (169-170).

(450) Zie zaak 441/58, *X v. Bondsrepubliek Duitsland, Yearbook II* (1958-1959), blz. 391 (395), waar de Commissie een beroepstermijn van twee we-

→

het tijdstip van de behandeling van het beroep dan weer voldoende tijd voor de voorbereiding daarvan moet laten. De woorden 'preparation of his defence' mogen dus niet zó worden uitgelegd, dat het sub (b) bepaalde niet van toepassing zou zijn op de procedure van hoger beroep, wanneer de betrokkene in eerste instantie veroordeeld is en in deze procedure niet als verdediger maar als eiser optreedt.

Art. 14 noemt met de faciliteiten voor de verdediging in één adem het recht voor de verdachte contact met zijn raadsman te onderhouden. Art. 6 noemt dit recht niet uitdrukkelijk, doch het kan daar geacht worden onder de garantie van voldoende faciliteiten begrepen te zijn (451). Dit aspect is hierboven in samenhang met het recht op rechtsbijstand besproken.

Als een belangrijk element van de 'facilities' behoort ten slotte nog de mogelijkheid van inzage in de dossiers en toegankelijkheid tot andere informatie te worden genoemd. In zaak 7138/75 is door de Commissie het standpunt ingenomen, dat deze mogelijkheid niet als zodanig in lid 3(b) is gegarandeerd, maar dat deze bepaling wel kan impliceren 'that under certain circumstances the person concerned or his lawyer must have reasonable access to the file' (452). Welke die 'circumstances' zijn, zal worden bepaald door de eisen van een effectieve verdediging en door het beginsel van de 'equality of arms' (453).

9.13. Oproepen en verhoren van getuigen

In art. 6(3)(d) van de Conventie en art. 14(3)(e) van het Covenant

→ ken voldoende achte, aangezien voor het instellen van het beroep volstaan kon worden met een summiere aanduiding van de beroepsgronden. In zaak 5523/72, *Huber v. Oostenrijk*, *Yearbook XVII* (1974), blz. 314 (332), waar het eveneens een beroepstermijn van deze korte duur betrof, terwijl hier wel vereist was, dat de gronden reeds in het beroepsschrift nauwkeurig werden aan-gegeven, overwoog de Commissie, dat een dergelijke bepaling 'could in some circumstances raise a problem under Article 6(3)(b)'.
(451) Aldus ook het Committee of Experts on Human Rights in zijn in noot 148 genoemde rapport, blz. 38.
(452) Zaak 7138/75, *X v. Oostenrijk*, *D & R* 9 (1978), blz. 50 (52).
(453) Zie het rapport van 14 december 1981 in de *Jespers*-zaak, §§ 52-72.

wordt aan de verdachte het recht toegekend getuigen *à charge* te ondervragen of te laten ondervragen en wordt voorgeschreven, dat de oproeping en ondervraging van getuigen *à decharge* onder dezelfde voorwaarden mogelijk moeten zijn, als gelden voor getuigen *à charge*. Deze bepaling hangt ten nauwste samen met het beginsel van de 'equality of arms' als element van een 'fair hearing' in de zin van het eerste lid. Daarom is, hoewel het voorschrift onder de garanties voor de strafrechtspraak is opgenomen, in de jurisprudentie de mogelijkheid erkend, dat de weigering door de rechter een bepaalde getuige door een procespartij te laten oproepen of te ondervragen, een inbreuk op het ook voor de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen geldende recht op een 'fair hearing' vormt (454).

Aan het eerste onderdeel van de bepaling, dat zonder enige beperking is geredigeerd, is in de jurisprudentie van de Commissie veel van haar betekenis ontnomen, doordat aan de nationale rechter een zeer ruime beoordelingsvrijheid wordt gelaten ten aanzien van de vraag, of de vragen die de verdachte aan de getuigen *à charge* wil stellen 'are likely to assist in, and thus necessary for, ascertaining the truth' (455). Geeft de rechter daarbij blijk van vooringenomenheid, dan is daarmee het voorschrift van een 'fair hearing' van lid 1 geschonden (456), doch dit valt bijna niet te bewijzen. Aan de ratio van de garantie wordt alleen dan recht gedaan, indien de rechter de verdachte of zijn raadsman ruime kansen voor ondervraging geeft en alleen, wanneer er kennelijk van misbruik of oneigenlijk gebruik van het recht tot ondervragen sprake is, daaraan paal en perk stelt.

Het tweede onderdeel van lid 3(d) laat in zijn formulering zelf reeds ruimte voor een beleidsvrijheid van de nationale rechter, omdat het als enige eis stelt, dat vervolgende instantie en verdachte in dit opzicht een gelijke behandeling ontvangen. Het nationale recht en de rechter kunnen dus ten aanzien van de oproeping van getuigen *à decharge* en hun ondervraging voorwaarden stellen en

(454) Zie o.a. zaak 5362/72, *X v. Oostenrijk*, Coll. 42 (1973), blz. 145.

(455) Zaak 4428/70, *X v. Oostenrijk*, Yearbook XV (1972), blz. 264 (282). Zo ook nog zaak 8417/79, *X v. België*, D & R 16 (1979), blz. 200 (207). Zie de kritiek bij Jacobs, a.w. (noot 250), blz. 119.

(456) Deze mogelijkheid is ook door de Commissie uitdrukkelijk erkend en wel in zaak 4428/70, *X v. Oostenrijk*, t.a.p. (noot 455), blzz. 284-286.

beperkingen opleggen, mits die gelijk zijn aan de voorwaarden en beperkingen met betrekking tot de getuigen *à charge* (457). Bovendien wordt bij de oproeping van getuigen, evenals uiteraard bij de ondervraging, enig initiatief aan de kant van de verdachte verlangd; de rechter behoeft niet eigener beweging getuigen op te roepen (458). Behalve aan het gelijkheidsbeginsel zal echter ook aan het redelijkheidsbeginsel moeten kunnen worden getoetst: de gestelde voorwaarden en beperkingen moeten gebaseerd zijn op een redelijke afweging van de belangen van de verdachte en die van een doelmatige procesorde (459). Bij het afsnijden van iedere mogelijkheid getuigen te laten oproepen, is een dergelijke redelijkheidstest al heel dringend geboden (460). En ook hier geldt, dat het feit dat het derde lid in dit opzicht niet is geschonden, nog niet betekent, dat ook aan de voorwaarden van een 'fair hearing' van het eerste lid is voldaan.

Hoewel ten processe opgeroepen deskundigen in veel gevallen niet gekwalificeerd kunnen worden als *à charge* of *à decharge*, geldt het hier bepaalde ook voor de oproeping en ondervraging van deskundigen (461). Zijn er tegen de verdachte belastende verklaringen afgelegd door personen die niet zelf ten processe verschijnen en spelen deze verklaringen tijdens het proces een rol, dan dient de verdachte de gelegenheid te hebben zich van de precieze

(457) *Ibidem*, blz. 282. Zo ook zaak 9433/81, *Menten v. Nederland*, NJ 1982, 142.

(458) Bijvoorbeeld zaak 5881/72, *X v. Verenigd Koninkrijk*, niet gepubliceerd, waar de Commissie stelt, dat het oproepen van getuigen 'was a matter which was within the discretion of the applicant's solicitor and counsel and the fact that they apparently chose to call only one medical witness does not suggest in any way that the applicant's rights under this provision [*i.e.* Article 6(3)(d)] were not respected'. Zie ook zaak 5282/71, *X v. Verenigd Koninkrijk*, Coll. 42 (1973), blz. 99 (102).

(459) Zo stelde het lid van het VN-Comité, Sir Vincent Evans, m.b.t. het rapport van Mexico, dat de transportkosten geen redelijk excuus vormen voor het niet oproepen van getuigen: CCPR/C/SR.387, blz. 7.

(460) Zie voor een dergelijke test zaak 5523/72, *Huber v. Oostenrijk*, Yearbook XVII (1974), blz. 314 (328-330). Zie voor twee klachten tegen Uruguay dienaangaande, die gegrond zijn bevonden door het VN-Comité: zaak R.14/63, *Setelich, A/37/40*, blz. 114 (119 en 121) en zaak R.2/10, *Altesor, ibidem*, blz. 122 (128-129).

(461) Zie bijvoorbeeld zaak 1476/62, *X v. Oostenrijk*, Coll. 11 (1963), blz. 31 en zaak 3593/68, *X v. België*, Coll. 29 (1969), blz. 65.

inhoud daarvan op de hoogte te stellen en deze te weerleggen. Zo dit al niet *per analogiam* uit lid 3(d) respectievelijk lid 3(e) volgt, dan toch uit lid 1 en lid 3(b).

9.14. Kosteloze bijstand door een tolk

In art. 6(3)(c) van de Conventie en art. 14(3)(f) van het Covenant wordt aan de verdachte, indien deze de ter zitting gebezigde taal niet verstaat of spreekt, het recht op gratis bijstand van een tolk toegekend. Ook hiervoor geldt, dat dit recht zo nauw samenhangt met het beginsel van een 'fair hearing' van het eerste lid, dat ook in procedures ter vaststelling van burgerlijke rechten of verplichtingen de noodzakelijke kosten voor een vertaler of tolk zo bezwaarlijk voor een procespartij kunnen zijn, dat het niet verlenen van een tegemoetkoming strijd met het eerste lid kan opleveren (462). Uit het hier bepaalde volgt reeds, dat de verdachte er geen recht op heeft, dat het proces gevoerd wordt of de ondervraging geschiedt in een andere dan de officiële landstaal. Het feit dat de raadsman van verdachte de procestaal verstaat, doet echter de aanspraak van deze laatste op een tolk niet vervallen, omdat hij ook zelf in de gelegenheid moet zijn hetgeen ten processe gebeurt te volgen en te beoordelen (463). Wel wordt van de verdachte een zeker eigen initiatief vereist bij het toewijzen van een tolk (464). De woorden 'language used in court' zijn door de Commissie strikt geïnterpreteerd in die zin, dat daar slechts de contacten tussen de verdachte en de rechter onder vallen en niet die tussen de verdachte en diens advocaat (465). Het eerste onderdeel van deze interpretatie — de Commissie spreekt van 'only' — lijkt in elk geval te eng. Er staat immers niet 'language used by the court'. De ratio van de bepaling brengt dan ook mee, dat de verdachte in elk geval tevens in staat moet worden gesteld via een tolk te volgen, wat door de vervolgende instantie en door getuigen en deskundigen

(462) Rapport van 18 mei 1977 in de zaak van *Luedicke, Belkacem en Koç*, Publ. ECHR, Series B, vol. 27 (1977-78), blz. 26 en rapport van 9 maart 1977 in de *Airey*-zaak, § 73.

(463) Zie Kuitenbrouwer, a.w. (noot 443), blz. 470.

(464) Zaak 2689/65, *X v. België*, Yearbook X (1967), blz. 282 (318).

(465) Zaak 6185/73, *X v. Oostenrijk*, D & R 2 (1975), blz. 68 (70).

naar voren wordt gebracht. De contacten met de advocaat tijdens het proces liggen inderdaad op een enigszins ander vlak, omdat het daar niet rechtstreeks verklaringen hoeft te betreffen die tijdens het proces worden afgelegd. Is door het ontbreken van communicatiemogelijkheden tijdens het proces een adequate verdediging niet mogelijk, dan komt echter lid 3(b) in het geding (466). Wat hiervan zij, in de zaak van *Luedicke, Belkacem en Koç* lijkt het Hof zich op een ruimer standpunt te hebben gesteld door te overwegen, dat art. 6(3)(e) betrekking heeft op 'all those documents or statements in the proceedings instituted against him which it is necessary for him to understand in order to have the benefit of a fair trial' (467).

In de Duitse rechtspraktijk werd lid 3(e) aldus toegepast, dat een tolk wel voorlopig gratis ter beschikking werd gesteld, maar de daarmee gepaard gaande kosten uiteindelijk toch onder de algemene regeling inzake de proceskosten werden gebracht. Dit is door Commissie en Hof terecht in strijd met het woord 'free' geoordeeld (468). Bovendien is door het Hof aangegeven, dat lid 3(e) niet slechts ziet op de kosten van een tolk, maar ook op vertaalkosten, en dan niet alleen de kosten die betrekking hebben op de terechtzitting, maar ook die aangaande de vertaling van de ingebrachte beschuldiging als bedoeld in art. 6(3)(a) en van de rede-

(466) Zie ook Trechsel, *a.w.* (noot 312), blz. 374.

(467) Arrest van 28 november 1978, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 29 (1978), blz. 20. Zie ook *CCPR/C/SR.69*, blz. 24 (Graefrath m.b.t. het rapport van het Verenigd Koninkrijk) en *CCPR/C/SR.162*, blz. 10 (Opsahl m.b.t. het Britse rapport over de afhankelijke gebieden) t.a.v. de bepaling, dat alleen de bewijsvoering vertaald behoeft te worden. En zie *CCPR/C/SR.327*, blz. 10 (Tarnopolsky m.b.t. het rapport van Marokko): het gaat er niet primair om, dat de rechter de verdachte verstaat, maar de verdachte de rechter.

(468) Het eerste in noot 462 genoemde rapport, blz. 26, en het in de vorige noot genoemde arrest, blz. 19. Ook in het VN-Comité is deze praktijk strijdig geoordeeld met art. 14(3)(f) van het Covenant: *CCPR/C/SR.92*, blz. 43 en *CCPR/C/SR.186*, blz. 8 (Opsahl m.b.t. het Westduitse resp. het Poolse rapport). Het verweer van Polen, dat art. 14 in dit opzicht verschilt van art. 6, snijdt geen hout; *CCPR/C/SR.190*, blz. 10. Zie ook nog *CCPR/C/SR.200*, blz. 8 en *CCPR/C/SR.206*, blz. 7 (Tomuschat m.b.t. het rapport van Irak resp. Canada). De uiteindelijke vaststelling van de schuld is op dit gratis karakter niet van invloed. Zie ook *CCPR/C/SR.132*, blz. 2 (Graefrath m.b.t. het rapport van Bulgarije). Over de discussie in Duitsland: Th. Vogler, 'Das Recht auf unentgeltliche Beiziehung eines Dolmetschers (Art. 6 Abs. 3 Buchst. e EMRK)', *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1979, blzz. 640-647.

nen van de arrestatie en de beschuldigingen waarvan in art. 5(2) sprake is (469). Ook wanneer de vervolging wordt gestaakt wegens het geringe belang van de zaak of het verstreken zijn van de verjaringstermijn, dienen de tijdens het proces geleverde tolk-diensten van overheidswege te worden betaald (470).

Bij de bespreking van het Nederlandse rapport binnen het VN-Comité is erop gewezen, dat er ook tijdens het politieverhoor en de verhoren door de officier van justitie en rechter-commissaris een tolk ter beschikking dient te worden gesteld, wanneer de verdachte de taal niet spreekt of verstaat (471). Hoewel art. 14(3)(f) spreekt van 'language used in court', kan men, in navolging van het Hof in zijn arrest in de zaak van *Luedicke, Belkacem en Koç* (472), inderdaad stellen, dat de ratio van deze bepaling, in combinatie met de garantie van een 'fair hearing', om een dergelijke brede uitleg vraagt.

9.15. *Recht op een hogere voorziening*

Hierboven in de sub-paragrafen 8.3, 9.1 en 9.2 is reeds uiteengezet, dat de Conventie niet voorschrijft, dat tegen een vonnis in eerste aanleg een rechtsmiddel moet openstaan, en dat een recht daarop ook niet voortvloeit uit het voorschrift van een 'fair hearing' in art. 6(1) (473). Ook uit art. 13 van de Conventie, dat daadwerkelijke rechtshulp voor een nationale instantie garandeert in geval van schending van een der in de Conventie neergelegde rechten en vrijheden, kan geen recht op een hogere voorziening worden afgeleid, daar dit artikel niet van toepassing is op eventuele schendingen door de nationale rechter zelf (474). Is echter een

(469) Het in noot 467 genoemde arrest, blz. 20.

(470) Dit volgt uit het arrest van 26 maart 1982 in de *Adolf*-zaak, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 49 (1982), blzz. 14-17 en het rapport van 12 mei 1982 in de *Öztürk*-zaak, §§ 55-70, resp. het rapport van 6 mei 1981 in de *Minelli*-zaak, §§ 28-30.

(471) *CCPR/C/SR.322*, blz. 13 (Tomuschat).

(472) Zie noot 467.

(473) Zie ook nog zaak 8299/78, *X en Y v. Ierland*, *D & R* 22 (1981), blz. 51 (73-74), waar de Commissie niettemin de omstandigheden onderzocht waaronder het recht van hoger beroep was afgewezen.

(474) Gevoegde zaken 8603, 8722, 8723 en 8729/79, *Crociani e.a. v. Italië*, *D & R* 22 (1981), blz. 147 (223-224).

hogere voorziening opengesteld, dan volgt uit art. 14 in combinatie met art. 6, dat niet bepaalde personen of groepen daarvan mogen worden uitgesloten (475).

In het vijfde lid van art. 14 van het Covenant wordt het recht op een hogere voorziening tegen een strafrechtelijke veroordeling wél gegarandeerd. Voor Nederland geldt derhalve de verplichting (476) tegen alle veroordelingen met een strafrechtelijk karakter – ook wanneer het eenvoudige delicten betreft (477) – een rechtsmiddel open te stellen; dit met uitzondering van het geval van art. 92 Wet RO, ten aanzien waarvan Nederland bij de ratificatie van het Covenant een voorbehoud heeft gemaakt (478). Of deze verplichting meebrengt, dat beroep moet openstaan op een instantie die zowel de vaststelling van de feiten als de toepassing van het recht opnieuw beoordeelt, dan wel daaraan ook is voldaan met de openstelling van beroep in cassatie, is nog onduidelijk (479).

In verband met een tegen Colombia ingediende klacht heeft het VN-Comité het standpunt ingenomen, dat uit de woorden 'according to law' in art. 14(5) niet de conclusie mag worden getrokken, dat de nationale wetgever zelf zou mogen bepalen, in welke gevallen wel beroep wordt opengesteld en in welke gevallen niet. Tevens werd daar bepaald, dat met de openstelling van beroep op dezelfde rechterlijke instantie niet aan de garantie van lid 5 is voldaan (480). Ook tegen een limitatieve opsomming door de wetgever van de straffen waartegen hoger beroep openstaat, is binnen

(475) Arrest van 23 juli 1968 in de *Belgische taal-zaak*, *Publ. ECHR, Series A*, vol. 6 (1968), blz. 33; zie ook de in noot 474 genoemde gevoegde zaken, *t.a.p.*, blzz. 224-225.

(476) Ook als men met de Hoge Raad, *NJ* 1981, 401, zou aannemen, dat artikel 14(5) zich niet voor rechtstreekse toepassing leent, laat dat de internationale verplichting voor Nederland uiteraard onverlet. Is duidelijk welke instantie als beroepsinstantie in aanmerking komt, dan lijkt rechtstreekse toepassing mij zeer wel mogelijk.

(477) Ik kan althans in het gebruik van het woord 'crime' ('infraction') geen onderscheid naar de ernst van het strafbare feit lezen. Ook het gebruik van de algemene term 'strafbaar feit' in de Nederlandse vertaling wijst daar niet op. Zie zaak R.15/64, *Salgar de Montejó v. Colombia*, A/37/40, blz. 168 (173).

(478) *Trbl.* 1978, nr. 177, blz. 29.

(479) Zie de vraag dienaangaande van het lid van het VN-Comité, Lallah, m.b.t. het rapport van Portugal; *CCPR/C/SR.293*, blz. 8.

(480) Zie de in noot 477 genoemde zaak R.15/64, *t.a.p.*, blzz. 168 en 173.

het Comité bezwaar gemaakt (481), terwijl uiteraard ook beroep op het Staatshoofd niet in overeenstemming met de garantie van een 'higher tribunal' is geoordeeld (482). Voorts is in het Comité benadrukt, dat het voor een effectief genot van het recht op hoger beroep nodig is, dat het vonnis op schrift wordt gesteld (483) en dat een afschrift daarvan tijdig aan de veroordeelde ter beschikking wordt gesteld (484).

9.16. *Recht op schadevergoeding*

In sub-paragraaf 8.3 is ook reeds uiteengezet, dat de Conventie buiten het geval van art. 5(5) — arrestatie of detentie in strijd met de bepalingen van art. 5 — geen recht op schadevergoeding bevat, terwijl dat wel het geval is in art. 14(6) van het Covenant. Het betreft daar gevallen van vernietiging van, of gratieverlening ter zake van, een strafrechtelijke veroordeling bij einduitspraak op grond van een nieuw of eerst na de vonniswijzing bekend geworden feit dat onomstotelijk aantoonde, dat er van een gerechtelijke dwaling sprake is. Schadeloosstelling vindt niet plaats, indien kan worden aangetoond, dat het niet tijdig bekend zijn van het desbetreffende feit aan betrokkene zelf te wijten is. Hoewel Nederland zich bij de opstelling van het Covenant tegen opneming van deze bepaling heeft verzet, heeft het terzake bij ratificatie geen voorbehoud gemaakt.

In het VN-Comité is enkele malen gesteld, dat met een mogelijkheid van *ex gratia*-compensatie niet aan art. 14(6) is voldaan (485), terwijl ook de mogelijkheid een schadevergoedingsactie in te stellen tegen de betrokken overheidsdienaar onvoldoende is geacht (486). Voorts is de vraag aan de orde gesteld, of ook de vergoeding van immateriële schade is voorgeschreven (487).

(481) *CCPR/C/SR.235*, blz. 5 (Prado Vallejo m.b.t. het rapport van Costa Rica).

(482) *CCPR/C/SR.204*, blz. 4 (Tomuschat m.b.t. het rapport van Irak).

(483) *CCPR/C/SR.373*, blz. 3 (Tomuschat m.b.t. het rapport van Uruguay).

(484) Zaak R.7/27, *Pinkney v. Canada*, A/37/40, blz. 101 (113).

(485) *CCPR/C/SR.69*, blzz. 24, 36 en 92 (Graefrath, Tamopol'sky en Tomuschat) m.b.t. het rapport van het Verenigd Koninkrijk; *CCPR/C/SR.206*, blz. 9 (Graefrath m.b.t. het rapport van Canada).

(486) *CCPR/C/SR.206*, blz. 7 (Tomuschat m.b.t. het rapport van Canada).

(487) *CCPR/C/SR.402*, blz. 8 (Hanga m.b.t. het rapport van Australië).

9.17. *Ne bis in idem*

Ook de *ne bis in idem*-regel is niet in de Conventie neergelegd (488), maar wel in het Covenant: in art. 14(7) met betrekking tot de berechting en bestraffing van strafbare feiten. In de *Menten*-zaak lijkt de Commissie de mogelijkheid te hebben opengelaten, dat dit beginsel een onderdeel vormt van het beginsel van een 'fair hearing' als neergelegd in art. 6(1); zij is daar in elk geval uitvoerig op de vraag ingegaan, of dat beginsel *in casu* was geschonden (489). Nederland heeft bij ratificatie een voorbehoud gemaakt ten aanzien van de mogelijkheid van revisie en ten aanzien van de mogelijkheid tot herberechting in geval de eerdere uitspraak van een buitenlandse rechter afkomstig is en geen vrijspraak of ontslag van rechtsvervolgung inhoudt, noch de veroordeling gevolgd is door volledige tenuitvoerlegging, gratie of verjaring van de straf (490). In het VN-Comité blijkt overigens verschil van mening te bestaan over de vraag, of voor het geval van revisie een voorbehoud wel noodzakelijk is (491).

Uit de tekst van art. 14(7) blijkt duidelijk, dat de woorden 'in accordance with the law . . . of each country' zien op de vraag, of er van een *res iudicata* sprake is, niet op de toepassing van de *ne bis in idem*-regel. In het VN-Comité is dan ook kritiek geuit op de mededeling in het Canadese rapport, dat de regel daar geldt, tenzij het Parlement anders bepaalt, en dat hij niet voor jeugdigen geldt (492).

10. ENIGE SAMENVATTENDE STELLINGEN

Daar het mij weinig zinvol voorkomt het voorgaande nog eens in zijn geheel samen te vatten, beperk ik mij tot enkele in de vorm van stellingen vervatte punten.

(488) Zaak 7680/76, *X v. Bondsrepubliek Duitsland*, D & R 9 (1978), blz. 190 (193).

(489) Zaak 9433/81, *Menten v. Nederland*, NJ 1982, 142.

(490) *Trbl.* 1978, nr. 177, blz. 29.

(491) Met betrekking tot het rapport van Finland werd deze vraag ontkennend beantwoord door Graefrath en bevestigend door Espersen: *CCPR/C/SR.30*, blzz. 13 resp. 22.

(492) *CCPR/C/SR.205*, blz. 13 (Hanga); *CCPR/C/SR.206*, blz. 12 (Evans).

1. Het Nederlandse constitutionele stelsel van de rechtstreekse toepasselijkheid en voorrang van een ieder verbindende bepalingen van verdragen brengt mee, dat deze bepalingen door de Nederlandse rechter worden geïnterpreteerd, niet in de eerste plaats vanuit het Nederlandse recht, maar in het verband van de internationale rechtsorde waarvan zij deel uitmaken. Voor deze interpretatie is het van groot belang, dat de gerechtelijke instanties en de advocatuur, maar ook de wetgever en administratieve overheid, zich op de hoogte stellen van de internationale rechtspraak terzake. Met name voor interpretatievraagstukken ten aanzien waarvan nog geen internationale jurisprudentie bestaat, deze nog onvolgende duidelijkheid verschaft of kennelijk ten achter blijft bij ontwikkelingen in het rechtsdenken, kan het ook van belang zijn kennis te nemen van de rechtspraak in andere verdragsstaten.

2. In het belang van de rechtszekerheid en van een uniforme interpretatie en toepassing van de bepalingen van de Conventie ligt het op de weg van de Commissie, maar in voorkomende gevallen ook op die van de Nederlandse regering, op basis van art. 48 te bevorderen, dat belangrijke interpretatievragen aan het Hof ter beantwoording worden voorgelegd. Met het oog op datzelfde belang dient de wenselijkheid aan het Hof de bevoegdheid toe te kennen op verzoek van de nationale rechters van de verdragsstaten prejudiciële beslissingen te geven aangaande gerezen interpretatievraagstukken, opnieuw te worden onderzocht.

3. De internationale verplichtingen ter zake van een behoorlijke rechtspraak vormen een collectief gegarandeerd minimum-niveau. Deze minimum-normen kunnen zonder verdragswijziging worden opgerekt door een extensieve internationale en nationale interpretatie. Bovendien mag van een rechts- en welvaartsstaat als Nederland worden verlangd, dat de hier geldende normen zich boven dit internationale minimum bevinden.

4. Art. 6 van de Conventie en art. 14 van het Covenant vormen 'een ieder verbindende bepalingen', welke naar Nederlands constitutioneel recht door de Nederlandse rechter rechtstreeks dienen te worden toegepast met voorrang boven eventueel daarmee strijdig Nederlands recht. Dit geldt ook voor het vijfde lid van art. 14, althans indien bij het buiten toepassing laten van de beperkingsbe-

paling zonder meer duidelijk is, welke instantie als beroepsinstantie in aanmerking komt.

5. Ook de Nederlandse rechter dient, in aansluiting aan het Hof, tot uitgangspunt voor de interpretatie van art. 6 te nemen, dat het recht op een behoorlijke rechtspraak een zo belangrijke plaats inneemt in een democratische samenleving, dat een restrictieve interpretatie van de daarop betrekking hebbende internationale verplichtingen niet beantwoordt aan het met die verplichtingen beoogde doel.

6. De betekenis van 'civil' ('de caractère civil') in art. 6(1) is ook in de Straatsburgse jurisprudentie nog steeds niet vastgesteld op een wijze, die op dit punt rechtszekerheid verschaft. Daar bovendien niet valt in te zien, waarom de beginselen van een behoorlijke rechtspraak wel dienen te gelden bij de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen maar niet bij de vaststelling van rechten en verplichtingen van de burger jegens de overheid, lijkt de vraag gewettigd, of het woord 'civil' niet beter kan worden geschrapt. De eis dat het om een recht of een verplichting en om de vaststelling daarvan moet gaan, vormt dan nog steeds een aanzienlijke afbakeningsmogelijkheid ten opzichte van een aantal, vooral administratieve, procedures waar de garanties van art. 6 minder noodzakelijk zijn.

7. De rechtsbescherming en rechtszekerheid zijn er mee gediend, indien 'criminal charge' in art. 6 en art. 14 zo wordt geïnterpreteerd, dat daarvan in ieder geval sprake is, wanneer de vaststelling van de normschending tot een vrijheidsberoving kan leiden.

8. Art. 6 en art. 14 zijn van toepassing ten aanzien van iedere bepaling van de gegrondheid van een strafvervolgning, ook wanneer het slechts om een lichte overtreding gaat, en moeten in acht worden genomen vanaf de eerste instantie waar over die gegrondheid wordt beslist.

9. De eisen welke de beginselen van een 'fair hearing' en de *praesumptio innocentiae* stellen ten aanzien van de bewijsvoering, zijn tot nu toe in de internationale en nationale jurisprudentie onvoldoende uitgewerkt. Dit roept de vraag op naar de wenselijkheid

van een afzonderlijke regeling, eventueel (voorlopig) in de vorm van een resolutie van het Comité van Ministers van de Raad van Europa.

10. De garantie van een 'fair hearing' brengt mee, dat vonnissen zodanig zijn geformuleerd, dat de betrokkene daaruit voldoende duidelijk de motivering kan lezen of althans afleiden.

11. Het recht van toegang tot de rechter impliceert voor alle procedures waarop de artt. 6 en 14 van toepassing zijn, een recht op gratis rechtsbijstand voor onvermogende partijen, indien de ingewikkeldheid van de zaak rechtsbijstand nodig maakt of de verplichting bestaat zich door een raadsman te doen vertegenwoordigen. Het beginsel van de 'equality of arms' impliceert een dergelijk recht, indien de tegenpartij over rechtsbijstand beschikt.

12. Het recht op rechtsbijstand en het recht op toereikende faciliteiten voor het voeren van de verdediging brengen mee, dat de raadsman wordt toegelaten tot al die verhoren, waar zijn aanwezigheid van belang is voor het verlenen van rechtsbijstand en het voeren van de verdediging.

13. De garantie van een 'fair hearing' brengt mee, dat partijen in beginsel in persoon het proces kunnen bijwonen.

14. De ratio van art. 6(3)(d) en art. 14(3)(e), geplaatst in het licht van het beginsel van een 'fair hearing', vraagt van de rechter een ruime opstelling ten aanzien van het oproepen en ondervragen van getuigen.

PREADVIES MR. E.P. VON BRUCKEN FOCK

Tot welke wijzigingen in het Nederlandse strafprocesrecht dienen de beginselen van behoorlijke rechtspraak, neergelegd in art. 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, aanleiding te geven?

1. INLEIDING EN TERREINAFBAKENING, 153
2. DE REIKWIJDE VAN ART. 6 EV, 156
 - 2.1. De betekenis van 'een ieder', 156
 - 2.2. De gelding van de in art. 6 EV gewaarborgde rechten in het voorbereidend onderzoek, 156
 - 2.3. De gelding van de in art. 6 EV gewaarborgde rechten na aanwending van een (buitengewoon) rechtsmiddel, 173
 - 2.4. De gelding van de in art. 6 EV gewaarborgde rechten in procedures die nauw verband houden met de oorspronkelijke 'criminal charge', 175
 - 2.4.1. De procedure volgende op overtreding der voorwaarden bij oplegging van een voorwaardelijke straf of maatregel, 175
 - 2.4.2. De procedure inzake verlenging van de terbeschikkingstelling van de regering, 177
 - 2.4.3. De procedure inzake het (nog) niet verlenen van voorwaardelijke invrijheidstelling en de herroeping daarvan, 178
 - 2.5. Het onderscheid tussen een strafrechtelijke en een tucht-rechtelijke procedure, 178

- 2.6. Sancties in de executiesfeer naar aanleiding van het plegen van een nieuw strafbaar feit, 181
- 2.7. De gelding van de in art. 6 EV gegarandeerde rechten tijdens de voorlopige hechtenis, 182
- 2.8. De gelding van de in art. 6 gegarandeerde rechten in de raadkamerprocedure, 184
- 2.9. De uitleveringsprocedure en de procedure inzake de zgn. kleine rechtshulp, 189
- 2.10. Miscellanea, 191
3. DE BEGRIPPEN 'VERVOLGING' EN 'CRIMINAL CHARGE', 192
4. HET RECHT OP BEHANDELING VAN DE STRAFZAAK BINNEN EEN REDELIJKE TERMIJN, 196
5. HET RECHT OP EEN OPENBARE BEHANDELING, 206
6. HET RECHT OP EEN UITSpraak IN HET OPENBAAR, 212
7. HET RECHT OP EEN BEHANDELING DOOR EEN ONAFHANKELIJKE, ONPARTIJDIGE EN BIJ DE WET INGESTELDE RECHTERLIJKE INSTANTIE, 213
8. HET RECHT OP EEN RECHTERLIJKE PROCEDURE, 214
- 8.1. De transactieprocedure, 214
- 8.2. Het voorwaardelijk sepot, 218
- 8.3. De dienstverlening, 219
- 8.4. Het recht van toegang tot de rechter in verband met het aanwenden van rechtsmiddelen, 220
9. DE ONSCHULDSPRESUMPTIE, 222
- 9.1. De draagwijdte van art. 6.2 EV, 222
- 9.2. Administratieve afdoening van lichte strafzaken, 224
10. HET RECHT OP ONVERWIJLDE EN GEDETAILLEERDE INFORMATIE OMTRENT DE AARD EN DE REDEN VAN DE BESCHULDIGING IN EEN BEGRIJPelijke TAAL, 229
- 10.1. De aan een telastelegging te stellen eisen, 229
- 10.2. Aanvulling en wijziging van de telastelegging, 237
- 10.3. De voeging ad informandum, 238
- 10.4. De taal der dagvaarding, 240
- 10.5. De korte aanduiding van het feit, 243
- 10.6. De gelding van art. 6.3.a EV in het voorbereidend onderzoek, 244
11. HET RECHT OP VOLDOENDE TIJD EN FACILITEITEN VOOR DE VOORBEREIDING VAN DE VERDEDIGING, 246
12. HET RECHT OP (KOSTELOZE) VERDEDIGING, 248
- 12.1. Het recht op kosteloze rechtsbijstand, 248

- 12.2. Het recht om een raadsman in het strafproces voor zich te doen optreden, 250
- 12.3. Het recht om zelf de eigen verdediging te voeren, 254
- 12.4. Het recht op vrije keuze van een raadsman, 257
- 13. HET RECHT OP OPROEPING EN ONDERVRAGING VAN GETUIGEN, 257
- 14. HET RECHT OP KOSTELOZE BIJSTAND VAN EEN TOLK, 260
- 15. VARIA, 262
- 16. SLOT, 263

Tot welke wijzigingen in het Nederlandse strafprocesrecht dienen de beginselen van behoorlijke rechtspraak, neergelegd in art. 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, aanleiding te geven?

1. INLEIDING EN TERREINAFBAKENING

Art. 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EV) waarborgt 'een behoorlijke rechtspraak'. Het eerste lid kent een ieder het recht toe op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak binnen een redelijke termijn door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie welke bij de wet is ingesteld, in twee gevallen: 'bij het bepalen van de gegrondheid van een strafvervolging' en 'bij het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen'. Het recht op een eerlijke behandeling wordt voor wat betreft degenen die wegens een strafbaar feit worden vervolgd — zij het geenszins uitputtend — in de leden 2 en 3 van deze bepaling nader geconcretiseerd. De tweede zinsnede van het eerste lid tenslotte bevat de eis dat het vonnis in het openbaar moet worden gewezen en somt tevens een aantal gevallen op, waarin van de — uitwendige — openbaarheid van de rechterlijke behandeling mag worden afgeweken.

Sedert de inwerkingtreding van het Verdrag op 3 september 1953 is deze bepaling zowel voor de Europese rechter als voor de nationale rechter veelvuldig ingeroepen. Een overvloedige en gevarieerde jurisprudentie zowel op Europees als op nationaal niveau is daarvan het gevolg geweest. In een aantal gevallen is sprake van doorwerking van de verdragsbepaling in onze (proces)praktijk en heeft de rechter langs interpretatieve weg nieuwe procesrechtelijke regels geschapen. Veelal ook echter heeft de rechter zich terughoudend opgesteld en heeft hij eerst het woord aan de wetgever willen laten. Duidelijk is evenzeer dat het terrein dat art. 6 be-

strijkt, nog slechts in zeer beperkte mate is ontgonnen en in verband met deze bepaling nog vele problemen langs jurisprudentiële dan wel legislatieve weg tot een oplossing dienen te worden gebracht.

Het onderhavige preadvies heeft tot doel deze problemen voor wat het strafrecht betreft te inventariseren, te onderzoeken waar en op welke wijze onze nationale rechter onze (straf)procespraktijk in overeenstemming met art. 6 heeft gebracht en waar en op welke wijze wettelijke maatregelen noodzakelijk zijn om, in die gevallen waar zulks nog niet is gebeurd, ons nationale recht de toets aan dat voorschrift te kunnen doen doorstaan.

Een beperking 'tot het strafrecht' lijkt op het eerste gezicht duidelijk doch is dat bij nader inzien geenszins. Wat in de ene verdragsstaat tot het strafrecht behoort, kan in een andere verdragsstaat tot het administratief recht of het burgerlijk recht behoren en omgekeerd. Juist wat de toedeling van een bepaald onderwerp tot het ene of het andere rechtsgebied betreft vertonen de verdragsstaten grote verschillen en het is daarom dan ook terecht dat met betrekking tot de begrippen 'strafvervolgning' en 'burgerlijke rechten en verplichtingen' is gezocht naar een, van de nationale stelsels onafhankelijke, autonome betekenis. In het arrest-Ring-eisen (1) heeft het Hof aangegeven dat de vraag of de rechterlijke procedure in kwestie van civielrechtelijke dan wel administratief-rechtelijke of strafrechtelijke aard is, geen uitsluitsel geeft inzake de vraag of er al dan niet 'burgerlijke rechten en verplichtingen' in het geding zijn die om een vaststelling vragen. Ook de aard van het op de te beslissen zaak van toepassing zijnde recht werd niet beslissend geacht. De benaming 'strafrechtelijk' door het nationale recht leidt mitsdien niet noodzakelijkerwijs tot de slotsom dat het in de betreffende procedure niet gaat om de vaststelling van 'burgerlijke rechten en verplichtingen'. Het nationale etiket biedt geen juiste maatstaf. In het arrest-König (2) zijn de grenzen nog ruimer getrokken: doorslaggevend is al evenmin of een overheidsorgaan partij is in de onderwerpelijke procedure, terwijl het er voorts niets toe doet of het overheidsorgaan optreedt als zodanig dan wel als privépersoon. Dit betekent dat in een geschil waarbij

(1) Arrest van 16 juli 1971, Publications of the European Court of Human Rights (hierna: ECHR) Series A vol. 13 (1971) blz. 39.

(2) Arrest van 28 juni 1978, ECHR Series A vol. 27 (1978), blz. 30.

de beslissing van een justitiële autoriteit wordt bestreden die geen verband houdt met een strafrechtelijke vervolging, de toepasselijkheid van art. 6.1 niet wordt bepaald door het in het algemeen ten aanzien van die beslissing toepasselijke strafrecht maar door de achterliggende verhoudingen waarvoor het in stand blijven dan wel vernietiging van de bestreden beslissing van belang is. Dit is geen eenvoudige constructie. De (straf)rechter of het Openbaar Ministerie (OM) zal lang niet altijd kennis dragen van die achterliggende verhouding en zich van het privaatrechtelijke karakter daarvan bewust zijn. Ook de wetgever kan bij de vormgeving van een 'strafrechtelijke' procedure voor problemen worden gesteld.

Het begrip 'strafvervolging' is eveneens dusdanig ruim uitgelegd dat ook procedures van — nationaal bezien — administratiefrechtelijke of tuchtrechtelijke aard onder de werking van art. 6.1 kunnen vallen. Ik wijs daarbij op het hierna te bespreken arrest-Engel. In mijn enthousiasme ben ik bij de onderlinge taakverdeling van de preadviseurs ermee accoord gegaan dat alle procedures behorende tot 'the realm of criminal law', zoals het commune strafprocesrecht, het militair strafprocesrecht, het economisch strafprocesrecht, het jeugdstrafprocesrecht, en het fiscaal strafprocesrecht in mijn preadvies zouden worden besproken. Voorts bleek het noodzakelijk op grensvlakken bepaalde procedures aan elkaar toe te scheiden. Om die reden werden ook het uitleveringsprocesrecht, het detentierecht en het militair tuchtrecht geacht te behoren tot mijn deelgebied. Echter gedurende mijn studie werd steeds meer duidelijk hoe enorm de draagwijdte van art. 6, wat de strafrechtelijke sfeer aangaat, was en ik dacht er verstandig aan te doen mijn deelgebied sterk in te perken.

Om die reden heb ik het detentierecht en het militair tuchtrecht eruit gelaten, het laatste rechtsgebied vooral omdat er een wetsvoorstel ligt om het tuchtrecht geheel te vernieuwen en dit toekomstig recht uitgebreid is besproken in de studiepocket 'Huidig en toekomstig Militair Straf- en Tuchtrecht' van de hand van Van den Bosch. Het militair strafprocesrecht vervolgens is buiten beschouwing gelaten, omdat verwacht mag worden dat spoedig een ontwerp-wet militaire rechtspraak houdende een algehele vernieuwing van dat recht de Tweede Kamer zal bereiken. Tenslotte is geen aandacht besteed aan het onrechtmatig verkregen bewijs en alle onderwerpen die daarmee samenhangen zoals de toegang van de raadsman tot het politieverhoor, niet omdat deze onder-

werpen geen raakvlak hebben met art. 6, maar omdat ze reeds uitvoering in de preadviezen voor de vereniging in het jaar 1982 aan de orde zijn gesteld.

2. DE REIKWIJDTE VAN ART. 6 EV

2.1. *De betekenis van 'een ieder'*

De in art. 6.1 vervatte rechten komen *een ieder* toe wiens zaak door een rechterlijke instantie moet worden beslist, indien tenminste óf burgerlijke rechten en verplichtingen in het geding zijn die om een vaststelling vragen óf daarbij de gegrondheid van een strafvervolgning wordt bepaald. In het laatste geval kan alleen de verdachte aanspraak maken op bedoelde rechten, terwijl in het eerste geval deze rechten toekomen aan procespartijen. Het begrip 'een ieder' omvat zowel natuurlijke personen als rechtspersonen (3). In verband met het bepaalde in art. 25 EV dient evenwel een uitzondering te worden gemaakt voor een 'governmental organisation'/'organisation gouvernementale'. Zulks is echter slechts van theoretisch belang, vgl. HR 27 oktober 1981, NJ 1982, 474, m.nt. G.E.M. Ook getuigen, deskundigen en zelfs advocaten van een verdachte kunnen zich niet op art. 6.1 beroepen (4). De in lid 2 en 3 gegarandeerde rechten komen enkel en alleen toe aan diegene die wegens een strafbaar feit wordt vervolgd.

2.2. *De gelding van de in art. 6 EV gewaarborgde rechten in het voorbereidend onderzoek*

De vraag vanaf welk moment de in art. 6 gegarandeerde rechten aan een verdachte toekomen heeft veel schrijvers hoofdpijn bezorgd (5). Zulks geldt met name voor wat betreft het recht op

(3) W. Peukert, Die Garantie des 'fair trial' in der Strassburger Rechtsprechung, in: Europäische Grundrechte Zeitschrift (hierna: EuGRZ), 1980, blz. 251.

(4) Ibidem.

(5) Zie: S. Trechsel, Die Verteidigungsrechte in der Praxis zur Europäischen Menschenrechtskonvention, in: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, 1979, blz. 389; U. Kohlbacher, Verteidigung und Verteidigungsrechte unter

'equality of arms' (lid 1) en de in lid 3 genoemde rechten. Ook uit de rechtspraak van de Commissie en het Hof blijkt hoezeer met dit vraagstuk wordt geworsteld. Vooral de Commissie ziet bij herhaling kans om aan een beantwoording van deze vraag te ontkomen. Ik wijs alleen maar op de volgende passage in de uitspraak van de Commissie in de zaak-Zeegers tegen Nederland (6): 'The Commission observes that the question whether Art. 6 (3) being part of the right to a fair trial guaranteed by Art. 6 as a whole is also applicable to preliminary investigations has not yet been answered. It can also remain unanswered in the present case'.

Alvorens hierop in te gaan lijkt het zinvol eerst te onderzoeken wanneer er sprake is van een 'strafvervolgning' ('criminal charge', 'bien-fondé de toute accusation en matière pénale'), aangezien het hier een voor de gelding van de in art. 6 gegarandeerde rechten absolute voorwaarde betreft.

Het eerste lid van art. 6 spreekt over 'criminal charge' ('accusation en matière pénale'), terwijl het tweede en derde lid vereisen dat de betrokkene is 'charged with a criminal offence' ('accusé d'une infraction' en 'accusé').

In twee recente arresten (Corigliano en Foti) (7) heeft het Hof het navolgende overwogen:

'In criminal matters, in order to assess whether the 'reasonable time' requirement contained in Article 6 para. 1 has been complied with, one must begin by ascertaining from which moment the person was 'charged'; this may have occurred on a date prior to the case coming before the trial court (. . .), such as the date of arrest, the date when the person concerned was officially notified that he would be prosecuted or the date when the preliminary investigations were opened (. . .). Whilst 'charge', for the purposes of Article 6 para. 1, may in general be defined as 'the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence', it may in some instances take the

→ dem Aspekt der 'Waffengleichheit', Zürich 1979, blzz. 14 e.v.; Peukert, o.c., blz. 259; M. Schubarth, Die Artikel 5 und 6 der Konvention, insbesondere im Hinblick auf das Schweizerische Recht, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 1975, blz. 495; F. Myjer, Equality of Arms in het Nederlandse strafproces, in DD 6 (1976), blz. 28; F.G. Jacobs, The European Convention on Human Rights, Oxford 1975, blz. 114.

(6) Beslissing van 17 december 1981 (nr. 8361/78 (niet gepubliceerd)).

(7) Corigliano Case, 5/1981/44/72, Judgment van 10 december 1982, blz. 10 en Foti Case, 4/1981/43/68-71, Judgment van 10 december 1982, blz. 15.

form of other measures which carry the implication of such an allegation and which likewise substantially affect the situation of the suspect (. . .)'.⁽⁸⁾

Het staat nog niet met zekerheid vast dat deze definitie ook toepasselijk is op de overeenkomstige begrippen in het tweede en derde lid, al lijkt zulks wel zeer waarschijnlijk. Ik wijs in dit verband op het feit dat het Hof in het arrest-*Artico* (8) heeft geoordeeld dat de leden 1 en 3 van art. 6 een zeer nauwe samenhang vertonen, getuige de navolgende overweging:

'Paragraph 3 of Article 6 contains an enumeration of specific applications of the general principle stated in paragraph 1 of the Article. The various rights of which an non-exhaustive list appears in paragraph 3 reflect certain of the aspects of the notion of a fair trial in criminal proceedings (. . .). When compliance with paragraph 3 is being reviewed, its basic purpose must not be forgotten nor must it be severed from its roots'.

In het arrest-*Adolf* (9) heeft het Hof de mogelijkheid onbenut gelaten om op deze rechtsvraag een definitief antwoord te geven. Inzake de klacht dat de beëindiging der zaak door het Landesgericht Innsbruck wegens 'mangelnde Strafwürdigkeit der Tat' onverenigbaar zou zijn met de in art. 6.2 neergelegde onschulds-presumptie stelde de Oostenrijkse regering zich op het standpunt dat er ten tijde van de gewraakte beslissing geen sprake (meer) was van een 'criminal charge' in de zin van art. 6. Het Hof overwoog toen onder meer het volgende:

'The prominent place held in a democratic society by the right of a fair trial favours a 'substantive', rather than a 'formal', conception of the 'charge' referred to by Article 6; it impels the Court to look behind the appearances and examine the realities of the procedure in question in order to determine whether there has been a 'charge' within the meaning of Article 6 (. . .). In particular, the applicant's situation under the domestic legal rules in force has to be examined in the light of the object and purpose of Article 6, namely the protection of the rights of the defence'.

Ook deze passage wijst er mijns inziens op dat het Hof de opvatting is toegedaan dat de begrippen 'criminal charge' en 'charged with a criminal offence' een gelijkkluidende betekenis hebben. De nationale rechter heeft eveneens het begrip 'criminal charge' nader gedefinieerd, zij het dat hierbij aantekening verdient het feit

(8) Arrest van 13 mei 1980, ECHR Series A vol. 37 (1980), blz. 15.

(9) *Adolf Case*, Judgment van 26 maart 1982, blz. 11.

dat deze definitie is gegeven in een 'redelijke termijn-zaak'. Over de betekenis van het begrip 'charged with a criminal offence' heeft geen Nederlandse rechter zich bij mijn weten nog uitgelaten. Zodoende blijft ook de vraag of evengenoemde begrippen in de ogen van de Nederlandse rechter identiek zijn onbeantwoord.

Op art. 6.1 kan naar het oordeel van ons hoogste rechtscollege pas inbreuk worden gemaakt 'door verloop van tijd, te rekenen vanaf het moment waarop vanwege de Staat jegens de betrokkene een handeling is verricht waaruit deze heeft opgemaakt — en in redelijkheid heeft kunnen opmaken — dat het OM het ernstige voornemen heeft een vervolging in te stellen, HR 22 mei 1979, NJ 1979, 301, m.nt. G.E.M.; HR 6 januari 1981, NJ 1981, 207, m.nt. Th.W.v.V. Pas als een zodanige handeling is verricht kan de verdachte worden aangemerkt als 'charged'. Welke handelingen daar nu volgens Nederlands recht onder vallen is niet op het eerste gezicht duidelijk en zal nog nader moeten worden ingevuld. Enerzijds duiden de woorden 'vanwege de Staat' erop dat een 'charge' het gevolg kan zijn van iedere handeling van een justitiële autoriteit en niet altijd hoeft samen te gaan met een daad van vervolging van het OM. Anderzijds echter wordt de eis gesteld dat het een handeling moet betreffen waaruit de verdachte heeft opgemaakt — en in redelijkheid heeft kunnen opmaken — dat *het OM* het ernstige voornemen heeft tegen de betrokkene een strafvervolging in te stellen. De in eerstgenoemd arrest genoemde voorbeelden — de vordering tot gerechtelijk vooronderzoek en/of bewaring — wijzen erop dat de HR in beginsel aansluiting zoekt bij ons klassieke vervolgingsbegrip en afwijking daarvan slechts bij hoge uitzondering zal toelaten. Ook annotator G.E. Mulder komt tot de slotsom dat 'handelingen verricht gedurende het opsporingsonderzoek, al zouden ze een (tijdelijke) vrijheidsbeperking medebrengen, er vermoedelijk niet onder zullen vallen'.

Laatstgenoemd arrest geeft dienaangaande weinig opheldering. Het enkele verhoor van de verdachte door de politie terzake van overtreding van art. 26 WvW kan in elk geval naar het oordeel van de HR niet als een 'criminal charge' worden beschouwd. Dat — zoals Van Veen in zijn noot onder evenbedoeld arrest betoogt — de mededeling van het resultaat van de bloedproef op de voet van art. 11 van het Bloedproefbesluit door de politie aan de verdachte wél als een dergelijke handeling zal worden beschouwd, lijkt aannemelijk, indien tenminste dat resultaat zodanig is dat de ver-

dachte aan de hand van de gepubliceerde richtlijnen redelijkerwijs mag verwachten dat een vervolging tegen hem zal worden ingesteld. Retrospectief gezien zal, als een vervolging inderdaad wordt doorgezet, deze mededeling wel als de 'charge' worden aangemerkt. Laatstbedoeld arrest is in ieder geval in zoverre van belang dat, als men nog mocht menen dat de woorden 'vanwege de Staat' eerder duiden op een handeling van de Minister van Justitie (MvJ) dan op een van de politie, juist omdat ze voor het eerst in het Tweede Menten-arrest worden gebezigd, dan lijkt zulks nu niet meer juist aangezien die woorden ook in een gewone strafzaak zijn gebruikt. In zijn arrest van 27 oktober 1981, NJ 1982, 81, m.nt. Th.W.v.V. heeft de HR uitgemaakt dat in verband met de strekking van het onderhavige verdragsrecht — het voorkomen dat een verdachte langer dan redelijk is onder dreiging van een (verdere) strafvervolging zou moeten leven — ten aanzien van een verdachte die bij verstek veroordeeld was en aan wie de inleidende dagvaarding, de nadere oproepingen om ter terechtzitting te verschijnen en de eerste verstekmededeling niet in persoon waren betekend, de strafvervolging in de zin van art. 6.1 pas een aanvang nam toen hij de inhoud van het verstekvonnis had vernomen. Om die reden ook deed een telexbericht waarin opsporing, aanhouding en voorgeleiding van de verdachte werd verzocht de strafvervolging niet aanvangen, nu de verdachte daarvan niets was gebleken (HR 2 februari 1982, NJ 1982, 424 en 475). Deze rechtspraak lijkt mij in overeenstemming met het vorenweergegeven criterium van het Hof dat immers een — implicite of explicite — '*allegation that he has committed a criminal offence*' eist. Beide criteria met elkaar vergelijkende lijkt mij het criterium van onze cassatierechter (te) eng. Het bestaansrecht van het voorschrift van art. 6.1 is gelegen in het voorkomen van psychische druk op een verdachte, doordat hij in het ongewisse blijft omtrent de follow-up van de tegen hem geuite officiële beschuldiging. Terecht m.i. spreekt de HR over 'dreiging van een (verdere) *strafvervolging*' — zij het dat dit begrip dan in zijn klassieke betekenis en niet in de zin van art. 6.1 moet worden verstaan — en niet van *berechting* hetgeen meer in overeenstemming met de tekst van evenbedoeld voorschrift zou zijn. Immers art. 6.1 garandeert behandeling van zijn zaak door een (...) rechterlijke instantie en niet een beslissing inzake de vraag of al dan niet vervolging zal plaatsvinden binnen een redelijke termijn. Een verdachte heeft er recht op dat zo spoedig mogelijk door een rechter

wordt geoordeeld over de gegrondheid van de ingestelde strafvervolging. Toch bezigde ik het woord terecht — voor zover ik me tenminste een dergelijke uitlating ten aanzien van een uitspraak van de cassatierechter kan en mag veroorloven — omdat mij zulks een moderne — en aan de Nederlandse rechtsverhoudingen aangepaste — uitleg van het begrip berechting lijkt. De wijze waarop in ons land het opportuniteitsbeginsel wordt gehanteerd brengt mede dat de psychische druk, waaronder verdachten gebukt gaan, veelal juist wordt veroorzaakt door de naderende beslissing inzake al dan niet vervolging. Niettegenstaande het hiervoor opgemerkte, acht ik de door de HR gegeven definitie te eng. Deze definitie beperkt zich tot het naar een objectieve maatstaf gemeten ernstige vermoeden dat de verdachte (verder) zal worden vervolgd, terwijl geen rekening wordt gehouden met de — mogelijk ingrijpende — gevolgen die een bepaalde handeling van een justitiële autoriteit voor een verdachte kan hebben. Anders gezegd: de definitie van de HR laat buiten beschouwing de vraag of de gewraakte handeling 'substantially affects the situation of the suspect'. Het Hof noemt m.i. om die reden ook als een van de drie voorbeelden van een 'charge': de 'date of arrest'. Als na de arrestatie de verdachte van zijn vrijheid beroofd blijft, dient dit moment als het begin van de vrijheidsbeneming te worden aangemerkt, hetgeen betekent dat bij de beoordeling achteraf van de redelijkheid van de termijn juist van die omstandigheid gezegd moet worden dat hij 'substantially affects the situation of the suspect'. Problemen kunnen daarom ook worden verwacht bij de vele al dan niet vrijheidsbenemende dwangmiddelen die tijdens het opsporingsonderzoek kunnen worden toegepast zoals de aanhouding en voorgeleiding (artt. 53 en 54 Sv), het ophouden voor verhoor (art. 61 Sv), de invezekeringstelling (artt. 57 en 58 Sv), de inbeslagneming (artt. 94 e.v. Sv), het binnentreden in de woning ter aanhouding (artt. 55 en 547 Sv) of ter inbeslagneming (artt. 96 en 97 Sv) of ter schouw (artt. 150, 151 en 158 Sv), de voorlopige maatregelen als bedoeld in art. 28 WED, de invordering van het rijbewijs (art. 27 WVV), de huiszoeking ter inbeslagneming zoals geregeld in art. 15 Vuurwapenwet enzovoorts.

De voorzichtige houding van de Nederlandse rechter blijkt al wel uit het in HR 9 maart 1982, NJ 1982, 572, m.nt. Th.W.v.V. opgenomen arrest van het Amsterdamse hof, waarin deze de opvatting dat verdachtes aanhouding en invezekeringstelling als het

beginpunt van de redelijke termijn moet worden beschouwd, geheel voor rekening van de raadsman heeft gelaten. Het voorgaande brengt mij tot de stelling dat de definitie van het begrip 'criminal charge' door de HR verruiming behoeft. Ik zeg hier met nadruk 'behoeft', omdat het hier volgens vaste jurisprudentie van Commissie én Hof gaat om een *autonoom* begrip dat geïnterpreteerd dient te worden onafhankelijk van de betekenis die aan het overeenkomstige begrip in de nationale wetgeving wordt toegekend (10). Na ons over het begrip 'criminal charge' gebogen te hebben, komt de vraag aan de orde in welke procesfasen de verschillende leden van art. 6 van kracht zijn. Vrij algemeen wordt aangenomen dat het recht op een openbare behandeling van de strafzaak en de aan een rechterlijke instantie te stellen eisen enkel en alleen het onderzoek ter terechtzitting betreffen (11). De aanspraak op een berechting binnen een redelijke termijn kan uit de aard der zaak al in het voorbereidend onderzoek geldend gemaakt worden. Zulks heeft het Hof ook in de reeds genoemde arresten-Foti en Corigliano gesteld. Algemeen aanvaard is ook dat de in art. 6.2 neergelegde onschuldspresumptie zijn werking direct in het voorbereidend onderzoek kan doen gelden. Het is zelfs zo dat deze bepaling ook na het in kracht van gewijsde gaan van de bestreden uitspraak effect kan sorteren (12).

Moelijker ligt het bij het in art. 6.1 neergelegde recht op een 'fair hearing' en de in lid 3 opgesomde rechten. Daartoe het volgende. De rechtspraak van de Commissie biedt weinig aanknopingspunten. In de zaak-Bonzi (13) werd de vraag opgeworpen of art. 6.3.b toepasselijk was gedurende de 'preliminary investigation'. De Commissie overwoog: 'This question has not been answered. It can also remain answered in the present case'. Eenzelfde overweging komen we tegen in de reeds genoemde zaak-Zeegers. Voor wat betreft de toepassing van het eerste lid is de rechtspraak van de Commissie wat duidelijker. Op een klacht dat het OM 'lost

(10) Zie bijv. *Five Soldiers against the Netherlands*, Report of the Commission van 19 juli 1974, blz. 55.

(11) Aldus Trechsel, o.c., blz. 390.

(12) Beslissing van 3 oktober 1978 in de zaak nr. 7986/77 (Petra Krause v. Switzerland, Decisions and Reports (hierna: DR), 13, blz. 73.

(13) Beslissing van 12 juli 1978 in de zaak nr. 7854/77 (Sergio Bonzi v. Switzerland).

or suppressed documentary evidence' overwoog de Commissie (14) dat:

'an examination of the particular circumstances of the present case, does not warrant the conclusion that the Public Prosecutor's submission in fact *prejudiced* the applicant's right to a fair hearing and thereby violated the provisions of Art. 6 in that respect'.

Anders gezegd: de implicaties van het voorbereidend onderzoek kunnen zodanig zijn dat de 'fairness' van het eindonderzoek daardoor in het gedrang komt. In dat geval dient een schending van art. 6.1 te worden aangenomen. In dezelfde uitspraak constateert de Commissie t.a.v. een beweerd schending van het recht op inzage van processtukken:

'that his trial for these reasons took place in such conditions as to put him unfairly at the disadvantage with the consequence that he was not given a fair hearing within the meaning of Art. 6 (1)'.

Naar het oordeel van de Commissie leent het beginsel van 'equality of arms', dat volgens vaste rechtspraak van Commissie (15) en Hof als een wezenlijk element van het begrip 'fair hearing' dient te worden beschouwd, zich niet voor een *directe* toepassing in het voorbereidend onderzoek doch kan wederom een schending van dat beginsel de 'fairness' van het eindonderzoek geweld aandoen. Deze rechtspraak steunt m.i. voor een belangrijk deel op de gedachte dat het in art. 6.1 gaat om de 'fairness' van het strafgeding in zijn totaliteit en niet om die van een onderdeel daarvan.

De uitspraken van het Hof verschaffen in deze kwestie evenmin duidelijkheid. Blijkens het arrest-Neumeister (16) klaagde de verdachte erover dat op zijn schriftelijk verzoek tot opheffing van de voorlopige hechtenis was beslist nadat uitsluitend het OM en niet de verdachte of zijn raadsman was gehoord. Het Hof overwoog toen onder meer:

'Besides, Article 6 (1) does not merely require that the hearing should be *fair*; but also that it should be *public*. It is therefore impossible to maintain that the first requirement is applicable to the examination of requests

(14) Beslissing van 16 juli 1970 in de zaak nr. 3444/67 (X against Norway).

(15) Zie bijv. Lütfü Pakelli against Federal Republic of Germany, Report of the Commission van 12 december 1981 in de zaak nr. 8398/78, blz. 24.

(16) Arrest van 27 juni 1968, ECHR Series A (1968), blz. 43.

for release without admitting the same to be true of the second. Publicity in such matters is not however in the interest of accused persons as it is generally understood'.

Het Hof lijkt hier een zuiver grammaticale interpretatiemethode te hanteren. De 'hearing' moet 'fair' én 'public' zijn; daaraan kan alleen het onderzoek ter terechtzitting voldoen.

In dit verband lijkt ook van betekenis 's Hof's arrest-Luedicke, Belkacem en Koç (17). Daarin overwoog het Hof ten aanzien van art. 6.3.e dat:

'an accused who cannot understand or speak the language used in court has the right to the free assistance of an interpreter for the translation or interpretation of all those documents or statements *in the proceedings instituted against him* which is necessary for him to understand in order to have the benefit of a fair trial'.

De gecursiveerde woorden duiden erop dat het recht op bijstand van een tolk zich uitstrekt over het gehele strafproces, met dien verstande dat het Hof toch weer een brug slaat naar het begrip 'fair trial'. Evenbedoeld recht komt een verdachte niet toe wanneer de 'benefit of a fair trial' niet in het geding is. Uit genoemd arrest blijkt voorts dat het Hof zonder enige nadere toelichting art. 6.3.e ook van toepassing acht op de behandeling van een verzoek tot opheffing van de voorlopige hechtenis en een verhoor door een 'Untersuchungsrichter'.

Hoe is het nu gesteld met onze Nederlandse rechtspraak? De rechtbank Utrecht heeft in een vonnis van 26 oktober 1965, VR 1966, 18, uitgemaakt dat met het begrip 'behandeling' in art. 6.1 is bedoeld 'de behandeling door de rechter ter terechtzitting'. Het verweer van de verdachte dat hij eerst 17 dagen na dato omtrent de gepleegde overtreding werd gehoord en teveel tijd was verstreken om zich de (verkeers)situatie nog precies te herinneren en aldus geen beroep kon doen op eventuele hem disculperende omstandigheden waardoor hij in zijn verdediging was geschaad, werd toen na deze constatering door de rechtbank aldus verworpen dat verdachtes verweer betrekking had 'op de daaraan voorafgaande behandeling van zijn zaak tijdens het opsporingsonderzoek door de politie en de door het Openbaar Ministerie terzake tegen hem ingestelde strafvervolgung'.

(17) Arrest van 28 november 1978, ECHR Series A vol. 29 (1978), blz. 20.

Deze uitspraak heeft een lawine van kritiek tot gevolg gehad. Vooral Kuitenbrouwer (18) heeft met een keur van argumenten gedemonstreerd hoezeer de restrictieve uitleg van art. 6.1 als zou 'eerlijkheid alleen in toga' gelden, tot hoogst onbillijke resultaten zou leiden. Myjer (19) betreurt het dat de Utrechtse rechtbank er geen zorg voor heeft willen dragen dat de grondrechtspositie van de verdachte serieus genomen wordt en daarmee de integriteit van de Nederlandse rechtspraak bevestigd wordt en spreekt over 'een wel heel eng standpunt'.

Het Hof te 's-Gravenhage heeft in zijn arrest van 29 maart 1979, NJ 1979, 297, overwegende dat nu de inleidende dagvaarding eerst na ommekomst van één jaar na de bloedafname is uitgebracht, aan de verdachte het resultaat van de bloedproef niet is medegedeeld en het waarschijnlijk is dat het restant van het bloedmonster is vernietigd vóór het de verdachte bekend werd dat hij terzake vervolgd zou worden, de verdachte zodanig in zijn verdediging is benadeeld dat hij geen fair proces kon verwachten en dat daarom de OvJ van vervolging had behoren af te zien, de OvJ in zijn vervolging niet-ontvankelijk verklaard. Dit arrest is daarom zo interessant omdat het Hof bij de vraag of er sprake is van een 'fair proces' ook handelingen betreft die in het *opsporingsonderzoek* zijn nagelaten. Hieraan doet niet af dat het Hof zich niet met zoveel woorden op de tekst van art. 6.1 heeft beroepen.

Het komt mij voor dat ook de HR met zijn onrechtmatig verkregen bewijs-jurisprudentie tegemoet komt aan de wens van diegenen die van oordeel zijn dat de 'fairness' zich ook in een eerdere fase van het strafproces zou moeten doen gevoelen. Expliciet heeft de HR zich nog niet over de hier naar voren gebrachte kwestie uitgelaten. In zijn arrest van 15 september 1980, DD 80.369, heeft de HR, toen bij die gelegenheid in feitelijke aanleg het verweer werd gevoerd dat de verdachte eerst 3 maanden na het gepleegde strafbare feit (door rood licht rijden) was gehoord zodat hem de gelegenheid was ontnomen getuigen te zoeken en te doen horen en daarop door de rechter niet was gerespondeerd, de kans voorbij laten gaan om een fingerwijzing te geven of art. 6.1 het voorbereidend onderzoek beheerst. Immers ook een andere opvatting van het verweer als zou dit strekken tot betwisting van de betrouw-

(18) F. Kuitenbrouwer, *Eerlijkheid alleen in toga*, DD 2 (1972), blzz. 332 e.v.

(19) E. Myjer, o.c., blz. 31.

baarheid van het door de verbalisant geconstateerde zou denkbaar zijn geweest.

Ik kom langzamerhand toe aan mijn persoonlijke opvatting over dit rechtsprobleem. Vooropgesteld dient te worden dat het Europees Verdrag in art. 6 in beginsel alleen aan het onderzoek ter terechtzitting denkt. Met deze constatering is echter de kous niet af. 'Höhlt eine Strafprozessordnung die Hauptverhandlung aus (. . .) so dass die Beweisführung sich fast ausschliesslich in der Voruntersuchung abspielt' — zo betoogt Trechsel (20) met recht — 'so ist das Gesamtverfahren nur dann "fair" wenn die Verteidigungsrechte bereits in diesem Stadium zur Verfügung standen. Je vollkommener andererseits der Grundsatz der Unmittelbarkeit verwirklicht ist, desto eher kann hingenommen werden dass sich ihre Ausübung auf das Stadium der Hauptverhandlung beschränkt'. Ik neem aan dat Trechsel hier het oog heeft op de realisering van het materieel opgevatte onmiddellijkheidsbeginsel, hetwelk inhoudt dat de rechter bij de vorming van zijn oordeel, het nemen van de beslissing en het motiveren daarvan moet streven naar het gebruik van zo authentiek mogelijke informatiebronnen. Melai (21) toont op m.i. overtuigende wijze aan dat het met de realisering van het onmiddellijkheidsbeginsel in het Nederlandse recht slecht is gesteld. Het bewijsstelsel dat aan ons Wetboek van Strafvordering ten grondslag ligt kent als belangrijk principe juist de vrije waardering van het bewijsmateriaal door de rechter, afgezien van enkele restricties zoals de bewijsminima, het verbod tot het gebruik van de verklaring van een medeverdachte, de gebondenheid van een bewijsmiddel aan de eigen waarneming of ondervinding en de wettigheid van het bewijsmateriaal. Ook met deze — wettelijke — restricties heeft de Nederlandse rechter echter korte metten gemaakt. Sinds de invoering van ons Wetboek van Strafvordering is er sprake van een uithollingstendens met betrekking tot het wettelijk bewijsrecht, welke tendens daarop berust dat de feitenrechter voor wat betreft de bruikbaarheid van het bewijsmateriaal de vrije hand dient te worden gelaten. Het een en ander moge duidelijk worden uit de volgende collage van door de HR gekozen oplossingen in bewijsrechtelijke kwesties:

(20) S. Trechsel, o.c., blz. 391.

(21) A.L. Melai, Het Wetboek van Strafvordering, losbladig, aant. 15 ad art. 338 Sv.

a. Ten gevolge van het zgn. de auditu-arrest (HR 20 december 1926, NJ 1927, 85) heeft een proces-verbaal van de politie of de RC, voor zover daarin — onbeëdigde — verklaringen van getuigen of deskundigen of verklaringen van verdachten voorkomen, nage-noeg dezelfde bewijswaarde als verklaringen van diezelfde personen afgelegd ter terechtzitting.

b. De unus testis nullus testis-regel neergelegd in art. 342.2 Sv en het verbod vervat in art. 341.4 Sv betreffen slechts het gehele telas-tegelegde feit en niet een onderdeel daarvan, zie bijv. HR 7 april 1981, NJ 1981, 399.

c. Het voorschrift van art. 341.3 Sv, inhoudende dat de verklarin-gen van een verdachte alleen te zijnen aanzien kunnen gelden, heeft slechts betrekking op die medeverdachten die in dezelfde instantie gezamenlijk terechtstaan, hetzij door vervolging bij één dagvaarding hetzij door voeging van zaken, zie bijv. HR 15 decem-ber 1981, DD 82.122.

d. Het beroep van een getuige of deskundige ter terechtzitting op zijn verschoningsrecht verhindert niet dat in een het voorbereidend onderzoek afgelegde en in een proces-verbaal aangetekende verkla-ring tot het bewijs wordt gebezigd, zie HR 27 juni 1938, NJ 1939, 60, m.nt. T.

e. Een ontkentenis van de verdachte ter terechtzitting welke in strijd is met een — in het voorbereidend onderzoek opgemaakt — ambtsedig proces-verbaal kan als een kennelijk leugenachtige ver-klaring tot het bewijs medewerken, HR 10 januari 1978, NJ 1978, 595.

f. Een weigering van de verdachte om een verklaring ter terecht-zitting af te leggen kan via het bewijsmiddel van de eigen waar-neming van de rechter tot het bewijs medewerken, HR 27 juni 1972, NJ 1972, 492, m.nt. Th.W.v.V.

g. Verklaringen van verdachten, getuigen en deskundigen mogen worden gesplitst, zolang deze tenminste niet worden gedenatureerd. De feitenrechter kan gedeelten van verklaringen die hem als ken-nelijk onjuist zijn voorgekomen, terzijde stellen, zie bijv. HR 15 januari 1980, NJ 1980, 267.

h. Processen-verbaal inhoudende verklaringen van personen die hun persoonsgegevens niet willen opgeven kunnen onder omstan-digheden deel uitmaken van de bewijsconstructie, HR 4 mei 1981, AAe 1981, 711, m.nt. T.M.S. en NJ 1982, 268, m.nt. Th.W.v.V. Deze — overigens lang niet uitputtende — opsomming geeft aan

dat de cassatierechter weinig bereidheid vertoont om te tornen aan de verantwoordelijkheid van de feitenrechter met betrekking tot de beoordeling van de bruikbaarheid van het verzamelde bewijsmateriaal. Deze staat immers 'dicht' bij het bewijs en kan veel beter beoordelen wat de waarde van het verkregen materiaal is, zij het dat de HR er bij gelegenheid op wijst dat de feitenrechter daarbij de nodige behoedzaamheid moet betrachten, zie bijv. HR 5 februari 1980, NJ 1980, 319, m.nt. Th.W.v.V. De HR stelt voorts niet als eis dat de feitenrechter bij gebruikmaking van schriftelijke bewijsstukken gebonden is aan de letterlijke tekst. Zolang de inhoud van het schriftelijke bescheid niet onverenigbaar is met de zakelijke weergave daarvan in het vonnis of arrest, treedt de HR niet als spelbreker op. Is zulks niet het geval dan eist de HR een nadere motivering, vgl. HR 2 oktober 1979, NJ 1980, 36, m.nt. Th.W.v.V.

Weliswaar is de controle van de rechter op de rechtmatigheid van de bewijsgaring aanzienlijk verscherpt, een feit blijft toch dat de rechter ter terechtzitting kennis kan nemen van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal en dit derhalve bij de totstandkoming van de rechterlijke overtuiging een geenszins te verwaarlozen rol zal kunnen blijven spelen. De feitenrechter mag voorts in beginsel van de rechtmatige verkrijging van het voorhanden bewijsmateriaal uitgaan. Uit de bewijsmiddelen zelf hoeft niet de blijken van de rechtmatige vergaring daarvan, zie bijv. HR 22 februari 1977, NJ 1977, 352, m.nt. Th.W.v.V.; 25 oktober 1977, NJ 1978, 137, m.nt. Th.W.v.V. en 19 januari 1982, DD 82.177 (22). De feitenrechter is niet verplicht een onderzoek in te stellen naar de al of niet rechtmatigheid van de herkomst van bewijsmateriaal indien uit het ter terechtzitting verhandelde rechtstreeks de mogelijkheid voortvloeit dat bewijsmateriaal op onrechtmatige wijze is verkregen en van een zodanig onderzoek in zijn uitspraak doen blijken. Alleen als (a) de wet bepaalt dat uit een daartoe op te maken proces-verbaal moet blijken dat aan een bepaald vormvoorschrift is voldaan (zoals bijv. art. 29.2 Sv) en (b) de wetgever voorschrijft dat bewijsmateriaal uitsluitend op een door hemzelf aangegeven wijze mag worden verzameld (ik wijs hier op de regeling van de monsterneming en het

(22) Misschien kan echter uit HR 9 november 1982, NJCM-bulletin 1983, blz. 39 worden afgeleid dat een kentering op komst is.

daarop volgende onderzoek in de Warenwet en de waarborgen rondom het bloedonderzoek in de Wegenverkeerswet), is de rechter wél verplicht een dergelijk onderzoek te verrichten.

Het een en ander staat m.i. mede in verband met de geringe betekenis die bijv. een bepaling als art. 152 Sv — dat voorschrijft dat opsporingsambtenaren 'ten spoedigste proces-verbaal opmaken (. . .) van hetgeen door hen tot opsporing is verricht of bevonden' — in ons strafprocesrecht heeft. Als opsporingsambtenaren de in de gecursiveerde woorden neergelegde verplichting ernstig zouden nemen dan zou ook de rechter ter terechtzitting in staat worden gesteld om recht te doen op louter op rechtmatige wijze verkregen bewijsmateriaal. Evenwel is schending van dit voorschrift niet met nietigheid bedreigd en brengt een doelmatige opsporing en een efficiënte tijdsbesteding van de politie mede dat alleen die verrichtingen hun neerslag in het proces-verbaal vinden, die in verband staan met het bewijs van het telastegelegde feit. De politie zal het in de regel niet tot haar taak rekenen om stap voor stap aan te geven op welke wijze zij haar bevoegdheden heeft gebruikt en hoe zij aan haar informatie is gekomen. En zulks is heel begrijpelijk; zij is er immers in de eerste plaats om strafbare feiten op te sporen. Illustratief in dezen beschouw ik de strafzaak welke ons in het arrest HR 24 februari 1981, NJ 1981, 366 wordt afgeschilderd. De HR oordeelde in dat arrest dat uit de gereleveerde feiten en omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan enig bij de Opiumwet als misdrijf strafbaar gesteld feit voortvloeide en de betrokkene derhalve als verdachte kon worden aangemerkt. Een nadere lezing van deze 'feiten en omstandigheden' leert echter dat 'de verdenking' voortkwam uit 'eerder politieonderzoek waaruit de informatie kwam dat de inzittenden van genoemde auto met die auto heroïne zouden gaan halen in Amsterdam' hetgeen de aanleiding vormde voor het geven van een opdracht tot staandehouding van bedoelde auto. Anders gezegd: informatie uit eerder politieonderzoek levert een voldoende grond voor verdenking op. Het *resultaat* gaf de bevestiging dat deze verdenking juist was. Voorts verdient opmerking dat door onze hoogste rechter tot nog toe geen duidelijke uitspraken zijn gedaan omtrent de vraag of ook alle rechtstreeks uit het onrechtmatig verkegen bewijsmateriaal voortvloeiende vruchten niet tot het bewijs mogen meewerken. Voor de verdedigingspositie van de verdachte is dit van groot belang. Is zulks namelijk niet het geval dan dient hij in de

gelegenheid te worden gesteld zich in een zo vroeg mogelijk stadium tegen de onrechtmatige bewijsgaring te verweren.

Van belang lijkt me ook dat de invloed van de raadsman op de gang van zaken bij het politieverhoor momenteel vaak minimaal is. In de eerste plaats is hij meestal niet bij het verhoor aanwezig. Invloed op de totstandkoming van het proces-verbaal is derhalve in de regel onmogelijk. Bovendien blijkt het in de praktijk moeilijk zo niet onmogelijk om op bij de politie afgelegde verklaringen terug te komen en deze zelfs te nuanceren. De verdachte loopt om die reden al in een vroegtijdig stadium van het strafproces een — soms onoverkomelijke — achterstand op. De werking van de onschulds-presumptie wordt daarmee sterk gereduceerd; het zal de verdachte zwaar vallen in het verdere verloop van het strafproces geloofwaardig te maken dat en waarom het historisch gebeuren geheel of gedeeltelijk anders was dan hij tegenover de politie heeft verklaard. De 'bewijslast' is dan als het ware omgekeerd.

Het vorenstaande geeft een indruk van de betekenis van het voorbereidend onderzoek voor het rondmaken van het bewijs. Laten we nu terugkeren naar ons uitgangspunt: de reikwijdte van de leden 1 en 3 van art. 6.

In het arrest-Adolf (23) heeft het Hof het object en het doel van art. 6 als volgt omschreven: 'the protection of the rights of the defence'. De situatie van de verdachte in welke fase van het strafproces dan ook dient vanuit deze optiek te worden bekeken. Art. 6 verdient een teleologische interpretatie. Daar waar zich de meest inquisitoire momenten in ons strafproces doen gevoelen, behoeft de processuele positie van de verdachte het meest versterking. Als dan dient het de verdachte mogelijk te worden gemaakt om zijn verdedigingsrechten te effectueren. Overal waar sprake is van een 'kritieke fase' dient de verdedigingspositie van de verdachte maximaal te zijn; er kan immers voor hem zoveel vanaf hangen.

Met Trechsel (24) ben ik van oordeel dat het niet juist is daarbij een onderscheid te maken tussen de leden 1 en 3 van art. 6. Wat de garantie van een 'fair hearing' betreft vormen zij een onscheidbare eenheid. Ik verwijs daarbij naar de hiervoor weergegeven passage uit het arrest-Artico. Het gaat bijvoorbeeld niet aan om het recht op 'equality of arms' dat als een essentieel element van het

(23) Zie noot 9, blz. 11.

(24) S. Trechsel, o.c., blz. 390.

recht op een 'fair hearing' wordt beschouwd pas van toepassing te doen zijn tijdens het eindonderzoek, terwijl enkele van de in lid 3 genoemde rechten, zoals bijvoorbeeld onderdeel d, welke als specialis van dit recht worden beschouwd, reeds in een eerdere fase van kracht zijn. Anderzijds vormt ook het strafproces over het geheel gezien een eenheid. Het is moeilijk om aan de hand van een bepaalde strafprocessuele fase te beoordelen of de waarborg van een 'fair hearing' in acht is genomen. Het verdragsrecht behoort in gelijke mate in iedere fase van het strafproces te gelden, tenminste wanneer aan de absolute voorwaarde van een 'criminal charge' is voldaan. Een gedifferentieerde benaderingswijze lijkt alleen aanbevolen wanneer ten gevolge van de aard van het betreffende recht bezien in verband met het doel van de daarop betrekking hebbende procesfase toepassing daarvan zonder betekenis is in het nationale recht. Zo lijkt toepassing van art. 6.3.d in het opsporingsonderzoek weinig zinvol, omdat in dat stadium naar Nederlands recht nog geen getuigen als zodanig kunnen optreden. Ook het uit het begrip 'fair hearing' afgeleide recht om persoonlijk ter terechtzitting aanwezig te kunnen zijn kan begrijpelijkerwijs alleen op die terechtzitting zelf worden uitgeoefend. Anders gezegd: het lijkt gewenst om een onderscheid te maken tussen het moment waarop de aanspraak op één van de in art. 6 neergelegde waarborgen voor de verdachte ontstaat én het moment waarop hij die aanspraak ook daadwerkelijk geldend kan maken, kan effectueren. Eerstbedoeld moment wordt bepaald door de 'charge'. Vanaf dat moment komen de in art. 6 neergelegde rechten aan de verdachte toe. Dit moment dient — zoals in paragraaf 2.2 reeds is uiteengezet — te worden bepaald aan de hand van de in de Straatsburgse jurisprudentie ontwikkelde maatstaf. Bij de vaststelling van laatstbedoeld moment echter moet vooral naar het nationale rechtssysteem worden gekeken. Juist van dat rechtssysteem hangt het af in welke procesfase een bepaald verdedigingsrecht effectief behoort te zijn. Met betrekking tot het Nederlandse recht dienen we onder omstandigheden — om redenen als hiervoor vermeld — al te denken aan de opsporingsfase.

Uit het voorgaande volgt dat ik de in het arrest-Neumeister aangebrachte koppeling tussen de begrippen 'fair' en 'public' ten enenmale onjuist acht en deze dan ook terecht door het Hof in het arrest-Luedicke, Belkacem en Koç weer is losgelaten. Het een en ander zou immers tot gevolg hebben dat art. 6, dat er voor wat

het strafproces betreft juist toe strekt om de verdedigingspositie van de verdachte te beschermen, belangrijk aan betekenis zou inboeten. Het is hier wellicht het goede moment om aan te geven dat het vorenstaande zich in hoofdzaak richt tot de wetgever. De wetgever heeft er zorg voor te dragen dat de in art. 6 gegarandeerde rechten, zodra er sprake is van een 'criminal charge' en de verdedigingspositie van de verdachte zulks eist, in iedere procesfase kunnen worden geëffectueerd. Art. 6 kent geen onderscheid tussen een — inquisitoir — voorbereidend onderzoek en een — accusatoir — eindonderzoek. Het gehele strafproces dient zo te zijn ingericht dat een verdachte op elk gewenst moment deze (minimum)-rechten geldend moet kunnen maken. Gelet op de 'underdog-positie' die een verdachte nu eenmaal heeft, dient iedere behandeling van hem door welke justitiële autoriteit dan ook aan deze minimale eisen van 'fairness' te beantwoorden.

Geheel anders ligt de zaak voor de rechter. Deze is een controleinstantie die achteraf beoordelen moet of in een concreet geval deze eisen van 'fairness' in acht genomen zijn. Voor hem geldt dat hij de voorafgaande procesfasen in zijn totaliteit moet beschouwen en moet onderzoeken of de verdachte alle omstandigheden in aanmerking genomen een eerlijke behandeling heeft gehad. Waar de Commissie bij herhaling stelt dat zij *in abstracto* geen opsomming van criteria kan geven waaraan dient te zijn voldaan wil er sprake zijn van een 'fair hearing', doet zij dat als rechterlijke instantie die *in concreto* alleen maar een procesverloop in zijn geheel en niet alleen t.a.v. het gewraakte incident kan beoordelen. Zulks geldt in het bijzonder ook voor de rechter ter terechtzitting: hij zal vooral dienen te onderzoeken of de niet-inachtneming van bepaalde proceswaarborgen in het voorbereidend onderzoek tot gevolg moet hebben dat deze éne verdachte aan een *unfaire* behandeling onderworpen is geweest, en zo ja, welke processuele sanctie daaraan dient te worden verbonden. Conform de strekking van art. 6 is een processuele sanctie alleen dan gerechtvaardigd wanneer de verdachte door de niet-naleving van de in dat voorgeschrift neergelegde rechten ook daadwerkelijk in zijn verdediging is geschaad. Dit geldt bij de toepassing van *alle* onderdelen van art. 6 en niet alleen bij die van het eerste lid. Het gemis van bijstand van een tolk bij het verhoor van de verdachte door de rechter-commissaris (RC) behoort, hoewel er sprake is van schending van art. 6.3.e, geen enkel rechtsgevolg te hebben als dit verhoor niet

heeft geleid tot het door de verdachte afleggen van een voor hem belastende verklaring.

Het standpunt van Alkema (25) (en anderen) dat art. 6.1 tijdens de fase die voorafgaat aan de terechtzitting uitsluitend geldt voor zover het gaat om handelingen die direct verband houden met de gang van zaken op de terechtzitting kan ik — gelet op het vorenstaande — niet delen. Voor een dergelijke restrictieve uitleg van art. 6.1 is geen reden.

Het een en ander wil niet zeggen dat de in art. 6 gegarandeerde rechten een absoluut karakter dragen en daarop geen uitzonderingen mogen worden gemaakt. Dat lijkt me niet erg waarschijnlijk, aangezien anders de belangen van het strafrechtelijk onderzoek ernstig in gevaar kunnen komen. Ik denk bijvoorbeeld aan het recht op inzage van processtukken (art. 30 Sv). Er behoort ruimte voor 'implied limitations' (26) te zijn. Echter 'the essence' van het recht mag niet worden aangetast (27). Een garantie daartoe zou kunnen zijn dat de beperkingsgronden precies in de wet zijn omschreven en bij een inbreuk op de waarborgen van art. 6 een beroep op de rechter zou kunnen worden opengesteld.

2.3. De gelding van de in art. 6 EV gewaarborgde rechten na aanwending van een (buitengewoon) rechtsmiddel

Dat de in art. 6 neergelegde rechten tijdens het onderzoek ter terechtzitting in eerste aanleg toepassing dienen te vinden zal wel door niemand worden betwist. Niet vanzelfsprekend geldt dat ook als het vonnis in eerste aanleg is gewezen en daartegen een rechtsmiddel is aangewend, zoals verzet, hoger beroep en beroep in cassatie. In het arrest-Delcourt (28) heeft het Hof het navolgende overwogen:

'A criminal charge is not really "determined" as long as the verdict of

(25) E.A. Alkema, *Studies over Europese Grondrechten*, Deventer 1978, blz. 65 en de AG Haak in zijn conclusies bij HR 8 januari 1980, NJ 1980, 201 en 202 beide met noot Th.W. van Veen.

(26) Zie het arrest-Golder, ECHR Series A vol. 18 (1975), blz. 18.

(27) Zie het arrest-Winterwerp, ECHR Series A vol. 33 (1980), par. 60, 63 en 75.

(28) Arrest van 17 januari 1970, ECHR Series A (1970), blz. 14.

acquittal or conviction has not become final. Criminal proceedings form an entity and must, in the ordinary way terminate in an enforceable decision. Proceedings in cassation are one special stage of the criminal proceedings and their consequences may prove decisive for the accused. It would therefore be hard to imagine that proceedings in cassation fall outside the scope of Article 6 (1).

Article 6 (1) of the Convention does not (. . .) compel the Contracting States to set up courts of appeal or of cassation. Nevertheless, a State which does not institute such courts is required to ensure that persons amenable to the law shall enjoy before these courts the fundamental guarantee in Article 6'.

Art. 6 blijft dus onverkort gelden zolang het vonnis of arrest niet in kracht van gewijsde is gegaan. Wel overweegt het Hof 'the way in which it (= art. 6, vBF) applies, however, clearly depend on the special features of such proceedings'.

Is art. 6 nu ook van toepassing op de herzieningsprocedure? Het Hof heeft zich over deze kwestie nog niet expliciet uitgelaten. De Commissie (29) heeft zich steeds op het standpunt gesteld dat:

'proceedings concerning (. . .) applications for retrial fall outside the scope of Art. 6 of the Convention, since a person applying for a retrial, having been finally convicted of a criminal offence, is no longer a person charged with that offence within the meaning of this Article'.

Zulks betekent dat de procedure tot het *verkrijgen van herziening* buiten het bereik van art. 6 valt. Dit is echter niet het geval met de *procedure in herziening*. Dan wordt namelijk de gegrondheid van de tegen de verdachte ingestelde strafvervolgning opnieuw bepaald en valt deze procedure derhalve wel weer binnen het geldingsgebied van art. 6. Het Hof Arnhem heeft zulks ook in zijn arrest van 26 juni 1979, NJ 1979, 498 m.nt. Th.W.v.V., terecht aangenomen.

(29) Beslissing van 1 februari 1971 in de zaak nr. 4311/69 (X against Denmark), Collection of Decisions (hierna: CD) 37, blz. 82.

2.4 De gelding van de in art. 6 EV gewaarborgde rechten in procedures die nauw verband houden met de oorspronkelijke 'criminal charge'

2.4.1. De procedure volgende op overtreding der voorwaarden bij oplegging van een voorwaardelijke straf of maatregel

Blijkens art. 14h Sr heeft de rechter ingeval van een voorwaardelijke veroordeling bij overtreding der algemene of bijzondere voorwaarden en de daarmee gelijkgestelde onherroepelijke strafbaarverklaring terzake van een strafbaar feit vóór de aanvang van de proeftijd gepleegd de keus tussen twee sancties, te weten waarschuwing en last tot tenuitvoerlegging. Blijkens art. 14g Sr kan de rechter gedurende de proeftijd een reeks maatregelen treffen die ten dele een sanctiekarakter dragen, zoals wijziging van de opgelegde voorwaarden. Deze bepalingen zijn grosso modo van overeenkomstige toepassing bij een voorwaardelijke terbeschikkingstelling van de regering, kortweg t.b.r. (art. 37d Sr). De vraag rijst nu of deze procedure nog onderdeel uitmaakt van de bepaling van de gegrondheid van de — oorspronkelijke — strafvervolgning en deswege valt binnen het bereik van art. 6 EV.

De Commissie (30) maakt een onderscheid tussen het continentale systeem van de voorwaardelijke veroordeling en het Engelse probation-stelsel om reden dat volgens het eerste systeem de betrokkene op het moment van zijn oorspronkelijke veroordeling 'has been sentenced' en de te volgen procedure ertoe strekt om 'the original sentence' te herstellen. Volgens het Engelse systeem echter is de overtreding van de 'probation-order' een noodzakelijke voorwaarde voor 'the imposition of a sentence' en dient de procedure in zijn totaliteit te worden aangemerkt als 'constituting the determination of a criminal charge'. Ook wanneer de betrokkene al is veroordeeld en de procedure alleen 'the determination of his sentence' betreft (een zgn. twee fasen-proces) is er naar het oordeel van de Commissie (31) sprake van 'the determination of a criminal charge in the sense of Art. 6 (1)'. De Commissie gaat in dit opzicht een stapje verder dan het Hof dat blijkens het ar-

(30) Beslissing van 5 februari 1970 in de zaak nr. 4036/69 (X against the United Kingdom), CD, 32, blz. 73.

(31) Beslissing van 9 februari 1972 in de zaak nr. 4623/70 (X against the United Kingdom), CD 39, blz. 66.

rest-Delcourt de strafvervolgning 'determined' acht wanneer 'the conviction' — en dus kennelijk niet 'the sentence' — 'has become final'.

Wat betekent dit nu voor de onderhavige procedure? Vooropgesteld moet worden dat het in de hier gekozen optiek niet van belang is of de in de gestelde voorwaarde opgesloten gedragsnorm tot de strafrechtelijke sfeer gerekend moet worden of niet. Irrelevant is of de aanleiding voor het in gang zetten van deze procedure wordt gevormd door een gedraging die onder een bepaalde strafbepaling kan worden gerubriceerd en de procedure deswege als 'criminal' moet worden beschouwd of door een gedraging die niet aan dat vereiste voldoet zoals bijv. het niet-nakomen van een verplichting tot schadevergoeding.

Op het eerste gezicht lijkt het zo dat de procedure volgende op overtreding der voorwaarden bij oplegging van een voorwaardelijke straf of maatregel, beoordeeld naar de door Commissie en Hof gestelde eisen, niet binnen het bereik van art. 6 valt te brengen. Bij een last tot tenuitvoerlegging van de straf of maatregel — want daar gaat het toch in de meeste gevallen om — wordt de oorspronkelijke straf of maatregel immers alsnog geëxecuteerd. Een last tot tenuitvoerlegging van een gedeelte van een voorwaardelijke straf of maatregel valt voorts niet te rijmen met een juiste uitleg van art. 14h.1 Sr, HR 28 mei 1968, NJ 1970, 253. Toch meen ik dat vorenbedoelde procedure wel door art. 6 wordt bestreken. Behalve de last tot tenuitvoerlegging biedt de wet de rechter de mogelijkheid tot het opleggen van een andere sanctie die schijnbaar wél voldoet aan het criterium van 'the imposition of a sentence', te weten de waarschuwing, aannemende tenminste dat deze waarschuwing op één lijn gesteld mag worden met de kinderrechtelijke berisping (art. 77g Sr). Voorts kan de rechter de in art. 14g Sr genoemde maatregelen treffen. De rechter geniet hierbij een grote vrijheid en kan bijvoorbeeld een andere sanctie aan de overtreding van een voorwaarde verbinden dan de Officier van Justitie (OvJ), die 'een vordering' deed, voor ogen stond. Vervolgens wordt in het gewijzigd ontwerp Wet vermogenssancties (32) het sanctiepakket van de rechter nog verder uitgebreid in die zin dat in geval overeenkomstig art. 14c.1.3° Sr (nieuw) een waarborgsom is gestort, de rechter kan bepalen dat deze waarborgsom ge-

(32) Kamerstuk-15012, nr. 7, zitting 1981-1982.

heel of ten dele aan de Staat vervalt (art. 14h.2 Sr nieuw). Er gaan zelfs stemmen op om een gedeeltelijke executie van een voorwaardelijke straf of de oplegging van een geldboete bij overtreding der voorwaarden mogelijk te maken (33). In het licht van het vorenstaande kan m.i. niet worden volgehouden dat de onderwerpelijk procedure ertoe strekt 'the original sentence' te herstellen. Het gaat om een nieuwe straftoematingsprocedure — zij het dat het sanctiearsenaal veel beperkter is — op basis van de uitgesproken veroordeling.

Bovendien mag niet uit het oog worden verloren dat de last tot tenuitvoerlegging van een langere vrijheidsstraf of een t.b.r. voor de betrokkene hard kan aankomen. In zijn beleving zal hij deze sanctie, vooral wanneer geen nieuw strafbaar feit in het geding is, niet los kunnen zien van de daaraan voorafgegane en daarmee sterk verband houdende strafrechtelijke procedure.

Als men eenmaal aanvaardt dat de werking van art. 6 zich ook kan uitstrekken tot de fase ná de veroordeling ('conviction') dan lijkt het niet redelijk halt te houden bij de oplegging van de voorwaardelijke straf of maatregel en de last tot tenuitvoerlegging buiten beschouwing te laten. Ook de veroordeelde zal gelet op de voortdurende dreiging van de last tot tenuitvoerlegging bij overtreding der voorwaarden pas echt het gevoel hebben 'afgestraft' te zijn, wanneer hij zijn proeftijd schadevrij is doorgekomen. De gegrondheid van een strafvervolgning dient m.i. naar Nederlands recht bij de oplegging van een *straf* geacht worden te zijn bepaald wanneer het vonnis of arrest zowel in kracht van gewijsde is gegaan als *vatbaar is voor tenuitvoerlegging*. In dezen dient aansluiting te worden gezocht bij de uitleveringsprocedure; de uitlevering is ontoelaatbaar wanneer het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan doch nog niet vatbaar is voor executie.

2.4.2. De procedure inzake verlenging van de terbeschikkingstelling van de regering

In zijn arrest van 9 januari 1970, NJ 1970, 240, heeft de HR de procedure inzake de verlenging van de t.b.r. — in casu het ontbreken van een motivering alsmede het niet in het openbaar uitspreken daarvan — niet in strijd met enige bepaling van het Europese Verdrag geoordeeld, derhalve ook niet met art. 6. Hieruit valt af

(33) G.E. Mulder en H. Schootstra, Preadvies NJV 1974, blz. 67.

te leiden dat de verlenging van de t.b.r. naar het oordeel van de HR niet 'the determination of a criminal charge' betreft. Deze jurisprudentie is zeker verdedigbaar, omdat immers strikt genomen niet de gegrondheid van de tegen de verdachte ingestelde strafvervolgning doch die van een (verdere) vrijheidsbeneming in het geding is. Even verdedigbaar lijkt me echter het tegenovergestelde standpunt. Als men ook weer van oordeel is dat de procedure betreffende 'the determination of the sentence' binnen het geldingsgebied van art. 6 valt, dan brengt zulks ten aanzien van sancties van onbepaalde duur mede dat verlengingsprocedures ook door art. 6 worden bestreken. Het is immers niet duidelijk waarom de enkele oplegging van de t.b.r. wel en de verlenging daarvan niet profiteert van de in art. 6 neergelegde waarborgen. Iedere periodieke beoordeling van de noodzaak tot verdere vrijheidsbeneming betreft een – nadere – vaststelling van 'the sentence'.

2.4.3. De procedure inzake het (nog) niet verlenen van voorwaardelijke invrijheidstelling en de herroeping daarvan

De in de artt. 15c en 15f Sr omschreven procedures staan niet meer in enigerlei betrekking met 'the determination of the sentence' zodat deze procedures niet op die grond onder de paraplu van art. 6 vallen. Datzelfde geldt voor procedures inzake verhaal krachtens dwangbevel (art. 575 Sv) en herkenning van veroordeelden (art. 579 c.v. Sv).

2.5. Het onderscheid tussen een strafrechtelijke en een tuchtrechtelijke procedure

Gedurende vele jaren vormde de afbakening tussen de strafrechtelijke en de tuchtrechtelijke procedure voor de Commissie geen enkel probleem: de kwalificatie in het nationale recht werd doorgaans beslissend geacht. Op tuchtrechtelijke procedures was art. 6 EV niet toepasselijk, ook niet wanneer het ging om de oplegging van een disciplinaire straf in een penitentiaire inrichting. De Commissie (34) overwoog dan als volgt:

(34) Beslissing van 14 december 1970 in de zaak nr. 4300/69 (X against the Federal Republic of Germany), CD 37, blz. 78.

'whereas the right to a fair hearing as guaranteed by Art. 6 (1) of the Convention does not apply to disciplinary proceedings as such proceedings are not concerned with the determination of criminal charges'.

Het arrest-Engel and others (35) heeft een belangrijke bijdrage geleverd inzake het onderscheid tussen deze procedures. Het Hof stelt in deze militair-tuchtrechtelijke zaak van Nederlandse huize allereerst vast dat het de verdragsstaten vrij staat 'to maintain or establish a distinction between criminal law and disciplinary law and to draw the dividing line, *but only subject to certain conditions*' (curs. v.B.F.).

'The Court has' — zo overweegt het Hof nader — 'jurisdiction under Art. 6 (. . .) to satisfy itself that the disciplinary does not improperly encroach upon the criminal'. Het Hof somt vervolgens een aantal criteria op aan de hand waarvan getoetst moet worden of een bepaalde 'charge' niettegenstaande het feit dat deze nationaal-rechtelijk als tuchtrechtelijk is gekwalificeerd, toch als 'criminal' moet worden aangemerkt in de zin van art. 6. Deze criteria zijn de volgende:

1. whether the provisions defining the offence charged belong, according to the legal system of the respondent state, to criminal law, disciplinary law or both concurrently;
2. the very nature of the offence;
3. the degree of severity of the penalty which the person concerned risks incurring'.

Het eerste criterium heeft een soort 'conditio sine qua non-karakter'. Een afbakeningsprobleem ontstaat pas als de gewraakte handeling in het nationale recht tenminste ook tuchtrechtelijk gesanc-tioneerd is. Het tweede criterium is naar het oordeel van het Hof 'a factor of greater importance'. Wanneer de overtreding een wetsvoorschrift betreft 'governing the operation of the armed forces the State may in principle employ against him disciplinary law rather than criminal law'. Het derde criterium zal wel altijd doorslaggevend zijn. Trechsel (36) drukt zich dienaangaande aldus uit:

'Hier entscheidet sich letztlich, ob das Verfahren eine so gewichtige Angelegenheit betraf, ob ein so schwerwiegender sozioethischer Vorwurf er-

(35) Case of Engel and others, Judgment van 8 juni 1976.

(36) S. Trechsel, o.c., blz. 386.

hoben wurde, dass die Garantien eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens beachtet werden mussten; hier wird deutlich, ob die Formen des Disziplinarrechts nicht missbraucht wurden'.

Dit criterium werkt het Hof (37) als volgt uit:

'In a society subscribing to the rule of law, there belong to the 'criminal' sphere deprivations of liberty liable to be imposed as a punishment, except those which by their nature, duration or manner of execution cannot be appreciably detrimental'.

De vaagheid van deze formule is sterk bekritiseerd. Zij biedt nauwelijks enige maatstaf inzake de beantwoording van de vraag welke vrijheidsbeneming ernstig genoeg is om de daarbij behorende procedure binnen de strafrechtelijke sfeer te brengen. Sommige schrijvers (38) betreuren het dat niet reeds voor de enkele vrijheidsbeneming via de ingang van de 'criminal charge' de toepassing van art. 6 nodig geacht wordt.

In de zaak-Kiss (39) werd de betrokkene wegens 'making a false and malicious allegation against an officer' onder meer gestraft met '80 days' loss of remission'. De Commissie overwoog toen het volgende:

'Loss of remission does not constitute deprivation of liberty. A prisoner, unlike a person doing military service, is deprived of his liberty for the whole of his sentence. Any remission of that sentence for good behaviour is mere privilege and loss of that privilege does not alter the original basis for detention'.

In de zaak-Campbell (40) stelde de Commissie nog eens uitdrukkelijk dat:

'An award of loss of remission may properly be considered a "disciplinary" penalty even though the period awarded, or risked, exceeds what would be acceptable in the case of a deprivation of liberty'.

(37) Zie noot 35, blz. 29.

(38) O. Triffterer en H. Binner, Zur Einschränkung der Menschenrechte und zur Anwendbarkeit strafprozessualer Verfahrensgarantien, EuGRZ 1977, blz. 142.

(39) Beslissing van 16 december 1976 in de zaak nr. 6224/73 (Lazlo Kiss v. the United Kingdom, DR 7, blz. 55).

(40) John Joseph Campbell and Patrick Fell against the United Kingdom, Report of the Commission van 12 mei 1982, blz. 45.

Echter wanneer het gaat om 'especially grave offences' en er bestaat 'the possibility of a very substantial period of loss of remission being awarded', terwijl 'such an award is plainly likely to have a very serious impact on the prisoner', dan vallen de 'charges' in de strafrechtelijke sfeer. Deze uitspraak van de Commissie is vooral van belang voor de in de artt. 15c e.v. Sr neergelegde beroepsprocedure tegen het (nog) niet verlenen van voorwaardelijke invrijheidstelling (v.i.). Indien de oorzaak van het (nog) niet verlenen van v.i. een (ernstig) strafbaar feit betreft, dan dient de daartegen aangespannen beroepsprocedure, mede in aanmerking genomen dat gelet op de jurisprudentie van de penitentiare kamer van het Arnhemse hof wel niet meer staande kan worden gehouden dat naar Nederlands recht de v.i. als een 'privilege' moet worden beschouwd, aan de in art. 6 EV neergelegde waarborgen te voldoen.

2.6. Sancties in de executiesfeer naar aanleiding van het plegen van een nieuw strafbaar feit

De in de artt. 14h en g Sr omschreven sancties kunnen worden verbonden aan overtreding van de bij iedere voorwaardelijke veroordeling gestelde algemene voorwaarden. Het kan zijn dat de betrokkene ten aanzien van een bepaald strafbaar feit voordien onherroepelijk is veroordeeld. Het is ook mogelijk dat nog geen eindbeslissing over de gegrondheid van deze – nieuwe – strafvervolgning is gegeven. Blijkens HR 21 januari 1975, NJ 1976, 37, m.nt. A.L.M., dient onder 'zich op een andere wijze misdragen' in art. 14a.1 Sr ook te worden begrepen het geval dat de veroordeelde zich aan een strafbaar feit heeft schuldig gemaakt. De vordering van de OvJ dat de veroordeelde zich heeft misdragen, dient in dergelijk geval dan als een 'criminal charge' te worden aangemerkt. Niettegenstaande het feit dat de rechter in dezen dan niet gebonden is aan wettelijke bewijsregels, strekt deze procedure dan tot het bepalen van de gegrondheid van een strafvervolgning in de zin van art. 6 EV.

Eenzelfde redenering kan worden toegepast ten aanzien van een herroeping van de v.i. Als daarbij ook weer de bepaling van de gegrondheid van een strafvervolgning in het geding is, dan dient de persoon in kwestie de waarborgen van art. 6 EV te worden verleend en dient derhalve de procedure als bedoeld in art. 15g Sr daaraan te worden aangepast.

2.7. De gelding van de in art. 6 EV gegarandeerde rechten tijdens de voorlopige hechtenis

Blijkens het arrest-Neumeister (41) lanceerde de Commissie de stelling dat een procedure als bedoeld in art. 5.4 EV valt onder de vereisten van een 'fair hearing', omdat het hier gaat om 'the determination of civil rights and obligations' in de zin van art. 6 EV. In casu betrof het een verzoek tot opheffing van de voorlopige hechtenis waarbij de betrokkene stelde dat het beginsel van 'equality of arms' was geschonden. Het Hof overwoog toen:

'Quite apart from the wide scope it gives to the concept of civil rights, (. . .), it must be observed that remedies relating to detention on remand undoubtedly belong to the realm of criminal law and that the text of the provision invoked expressly limits the requirement of a fair hearing to the determination . . . of any criminal charge, to which notion the remedies in question are obviously unrelated'.

Dus behoort een procedure tot 'the realm of criminal law', dan doet het er in de visie van het Hof verder niet toe of het betreffende recht, dat in geding is, als een 'civil right' moet worden aangemerkt, doch gaat het er alleen maar om of deze procedure 'the determination of any criminal charge' betreft. Dat was hier kennelijk niet het geval, omdat de onderhavige procedure los moest worden gezien van de aanhangige strafzaak, omdat niet de gegrondheid van de ingestelde strafvervolgning doch slechts die van de bevolen vrijheidsbeneming in het geding was.

Met Swart (42) meen ik dat dit arrest is achterhaald door hetgeen in 's Hof's arrest-Luedicke, Belkacem en Koç is overwogen. Het Hof achtte immers zonder enige nadere toelichting art. 6.3.e ook van toepassing op de behandeling van een verzoek tot opheffing van de voorlopige hechtenis, terwijl deze procedure ogenschijnlijk slechts zijdeling verband houdt met het onderzoek naar 'the determination of any criminal charge'. Voorts dient in dezen betekenis te worden gehecht aan de door het Hof gestelde voorwaarde dat de vertaling van verklaringen of stukken 'is necessary for him to understand in order to have the benefit of a fair trial', aan-

(41) Zie noot 16, blz. 43.

(42) A.J.H. Swart in zijn annotatie van het arrest-Luedicke, Belkacem en Koç, in *Ars Aequi* 1979, blzz. 549 e.v.

gezien het begrip 'trial' veel ruimer lijkt dan het begrip 'hearing' in lid 1. Bovendien lijkt mij van belang dat lid 3, dat zoals algemeen wordt aanvaard een specialis is van het recht op een 'fair hearing', enkel en alleen eist dat de betrokkene de hoedanigheid moet bezitten van 'charged with a criminal offence', welke hoedanigheid impliceert dat er — slechts — een relatie dient te bestaan tussen het betreffende verdedigingsrecht en de lopende strafvervolgning.

Het lijkt erop dat het Hof de leemte, die het in de rechtsbescherming van de verdachte heeft gecreëerd, zelf weer heeft opgevuld. Ook hier heeft de grammaticale interpretatie voor de teleologische interpretatie moeten wijken. Het Hof ziet de voorlopige hechtenis kennelijk als een conservatoire maatregel, die niet los kan worden gezien van de daarmee gepaard gaande strafvervolgning, en verbindt daar terecht de consequentie aan dat de verdachte ook in het kader van die procedure van de verdedigingsrechten gebruik moet kunnen maken. Ook de verhoren van de verdachte bij die gelegenheid afgenomen kunnen op de voet van art. 344.1.2° Sv tot het bewijs worden gebezigd en kunnen daarbij zelfs van doorslaggevend belang zijn, zie HR 21 februari 1978, NJ 1978, 384, m.nt. Th.W.v.V.

Voorts anticipeert de voorlopige hechtenis vaak in belangrijke mate op de straftoemeting. Een (belangrijk) gedeelte van de op te leggen straf wordt mede in verband met de verplichte aftrek van de voorlopige hechtenis reeds 'vorweggenomen' zoals onze oosterburen dat zo kernachtig uitdrukken. Ik denk ook aan de schorsing van de voorlopige hechtenis onder voorwaarden — bijvoorbeeld opname in een drugkliniek — waarvan de resultaten in sterke mate bepalend zullen zijn voor de straftoemeting. Nu — zoals in paragraaf 2.4 is opgemerkt — ook de enkele straftoemetingsprocedure binnen het geldingsgebied van art. 6 valt, bestaat er weinig reden om de procedure inzake de voorlopige hechtenis van de werking van deze bepaling uit te sluiten.

Gelet op het vorenstaande maakt het terzake van de gelding van de verdedigingsrechten niets uit of het een verzoek van de verdachte betreft tot opheffing van de voorlopige hechtenis dan wel een vordering van de OvJ tot voortzetting van de vrijheidsbeneming. Het bijzondere karakter van de betreffende procedure is maatgevend. Niet ter zake doet ook of het een procedure in eerste aanleg, in hoger beroep of in cassatie betreft.

Hiermee is tevens het belang van de vraag of de voorlopige hechtenis-procedure langs de weg van de 'civil rights' onder de hoede van art. 6 kan worden gebracht, komen te vervallen. 's Hofs beslissing in het arrest-Luedicke, Belkacem en Koç heeft ook betekenis voor andere conservatoire maatregelen de verdachte betreffende, zoals de beklagprocedure ex art. 552a Sv, de procedure ex art. 27.5 WWV en de procedure als bedoeld in art. 540 Sv (rechterlijke bevelen tot handhaving van de openbare orde). Ook bij het voeren van deze procedures kan de verdachte een beroep doen op de in art. 6 neergelegde rechten, zij het dat telkens ook weer rekening dient te worden gehouden met het bijzondere karakter van de betreffende procedure.

2.8. De gelding van de in art. 6 gegarandeerde rechten in de raadkamerprocedure

De raadkamer van de rechtbank behandelt alle zaken, waarin niet de beslissing door de rechter ter terechtzitting is voorgeschreven of aldaar ambtshalve wordt genomen (art. 21 Sv). Vele in het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en de bijzondere wetgeving voorkomende procedures zijn raadkamerprocedures. Te denken valt aan de bevelen tot gevangenhouding, schorsing en opheffing van de voorlopige hechtenis, de verzoeken inzake teruggave van inbeslaggenomen voorwerpen (art. 552a Sv) of rijbewijzen (art. 27 WWV), de bezwaarschriftprocedures tegen een kennisgeving tot verdere vervolging of een dagvaarding (art. 250 jo art. 262 Sv), de procedure ex art. 36 Sv, de bezwaarschriftprocedure tegen het weigeren van het recht op inzage in bepaalde processtukken (art. 32 Sv), de procedure houdende verlenging van de t.b.r. (artt. 37f en 37h Sr).

De raadkamer van het gerechtshof is appelrechter in de raadkamerprocedure, voor zover tenminste dat rechtsmiddel tegen een beschikking van de raadkamer van de rechtbank openstaat. Bovendien is dit college in het bijzonder belast met de beklagprocedure ex art. 12 Sv inzake het niet (verder) vervolgen van strafbare feiten.

De raadkamer van de HR tenslotte is cassatierechter in de raadkamerprocedure, ook weer alleen dan wanneer de mogelijkheid tot aanwending van dit rechtsmiddel door de wetgever uitdrukkelijk is gegeven.

Ten aanzien van sommige raadkamerprocedures hebben we in de vorige paragraaf al aangegeven waarom de werking van art. 6 zich daartoe uitstrekt. Het betreft met name de procedures betreffende conservatoire maatregelen zoals de voorlopige hechtenis, de inbeslagneming, de invordering van het rijbewijs enzovoorts. Doch ook andere raadkamerprocedures kunnen in het teken van 'the determination of any criminal charge' staan. Ik noem bijv. de bezwaarschriftprocedure tegen een kennisgeving van verdere vervolging of tegen een dagvaarding (art. 250 jo 262 Sv). De gegrondheid van de strafvervolgung staat geheel ter beoordeling van de raadkamer van de rechtbank, zij het dat deze — anders dan de rechter ter terechtzitting — slechts onderzoekt 'of het hoogst onwaarschijnlijk is dat een strafrechter, later oordelend, het telastegelegde feit geheel of ten dele bewezen zal achten'. Dat de HR daar ook zo over denkt, blijkt uit zijn beschikking van 9 maart 1982, NJ 1982, 572, m.nt. Th.W.v.V., in welke beschikking de HR ten gronde ingaat op de klacht dat tijdens de bezwaarschriftprocedure het recht op behandeling van de strafzaak binnen een redelijke termijn is geschonden.

In paragraaf 1 hebben we gezien dat bij de beantwoording van de vraag of een bepaalde procedure via het begrip 'determination of civil rights and obligations' aan de eisen van art. 6 behoort te voldoen, beslissend is de achterliggende rechtsverhouding waarvoor het in stand blijven dan wel vernietiging van de bestreden beslissing van belang is. Vanwege deze ruime interpretatie van evenvermeld begrip is het interessant na te gaan of langs deze weg raadkamerprocedures voor toetsing aan de in art. 6 neergelegde voorschriften in aanmerking komen. Is de achterliggende rechtsverhouding van privaatrechtelijke aard dan is een bevestigend antwoord van de zoëven opgeworpen vraag het gevolg. Mijn oog valt hierbij in het bijzonder op de navolgende procedures:

a. de beklagprocedure inzake inbeslagneming (art. 552a Sv) en verbeurdverklaring of onttrekking aan het verkeer (art. 552b Sv), vooral als deze is ingesteld door derden-belanghebbenden.

Klachtgerechtigd in deze procedures is iedere belanghebbende. Wat betreft de procedure als bedoeld in art. 552a Sv hoeft dat niet alleen degene te zijn bij wie het voorwerp inbeslaggenomen is, doch kunnen dat ook anderen — rechthebbenden — zijn. De procedure op de voet van art. 552b Sv staat ook open voor degene die is veroordeeld. Het antwoord op de vraag of art. 6 zich

ook over deze procedures uitstrekt is niet geheel onproblematisch. Melai stelt in zijn noot onder HR 6 mei 1980, NJ 1981, 427, dat het OM en de raadkamer van de rechtbank in de in art. 552a Sv voorgeschreven rechtsgang 'geen rechtsmacht op het gebied van het burgerlijk recht hebben, zodat die organen zich van de pretense *vaststelling* van een burgerlijke rechtsbetrekking van personen met het oog op bezit of eigendom van enig goed dan ook dienen te onthouden'. Anders gezegd: de uitslag van deze procedures kan nooit een bindende vaststelling van bezits- of eigendomsverhoudingen zijn. Anderszijds echter betoogt Melai — en zulks valt ook uit genoemd arrest af te leiden — dat het OM en de rechter 'in gevallen van een pijnlijk contrast tussen de voorshands aannemelijke aanspraken van een gedupeerde of bestolene en de uiterst dubieuze verkrijging van een voorwerp door de beslagene een 'calculated risk' uit civielrechtelijk oogpunt niet dienen te schuwen'. Het belang wat in deze procedure op het spel staat is dus 'wie van de betrokkenen zich zonodig zal moeten wenden tot de burgerlijke rechter voor redres'. Of anders gezegd: het resultaat van de beklagprocedure is de verkrijging van het houderschap of de detentie. Of dit voldoende is om de betreffende procedure binnen het bereik van art. 6 te brengen is twijfelachtig.

b. de procedure strekkende tot het verkrijgen van schadevergoeding voor ondergane inverzekeringstelling of voorlopige hechtenis (artt. 89-93 Sv). Is dit een species van de onrechtmatige daad-procedure en domineert het privaatrechtelijk karakter of is deze procedure meer van publiekrechtelijke aard. Voor het laatste pleit dat ook schadevergoeding kan worden toegekend wanneer de toepassing van de preventieve hechtenis niet onrechtmatig is geweest. Anderzijds echter kan het verzoek worden gedaan door de gewezen verdachte of zijn erfgenamen. In de zaak-X tegen Oostenrijk (43) (nr. 5498/72) heeft de Commissie ervan afgezien in dezen een beginseluitspraak te geven. Voor het rechtsgebied waarop wij ons in dit preadvies concentreren, is van bijzonder belang of onder het begrip 'civil rights' ook een grond- of mensenrecht gerekend kan worden. Te denken valt dan allereerst aan 'the right to liberty'. Zou dit het geval zijn dan zou zulks voor het strafrecht niet onbelangrijk zijn.

(43) Beslissing van 7 oktober 1974 in de zaak nr. 5498/72 (X contre l'Autriche), CD 46, blz. 94.

In het arrest-Golder (44) overwoog het Hof het volgende:

'The concept of "civil rights and obligations" (article 6 (1) is not co-extensive with that of "rights and freedoms as set forth in this Convention" (Article 13), even if there may be some overlapping. As to "the right to liberty" (Article 5), its "civil" character is at any rate open to argument (. . .)'.

In het arrest-Guzzardi (45) overwoog het Hof:

'Whether the right to liberty, which was at stake (. . .), is to be qualified as a "civil right" is a matter of controversy; in any event, the evidence does not reveal any infringement of paragraph 1 of Article 6'.

Evenaangehaalde overwegingen zijn vooral van belang voor procedures die zich in de executiefase afspelen. Immers procedures betreffende de toepassing van vrijheidsbenemende dwangmiddelen kunnen onder de noemer van 'the determination of any criminal charge' worden gerangschikt. In dat verband geldt echter nog steeds het arrest-Neumeister: als een procedure behoort tot 'the realm of criminal law' dan is de vraag of bij die procedure de vaststelling van een burgerlijk recht in het geding is, niet meer relevant. Echter wat dient onder vorenaangehaalde zinsnede te worden verstaan? Vallen daar ook onder procedures houdende de verlenging van de t.b.r., de v.j. of de herroeping daarvan of de last tot tenuitvoerlegging van een voorwaardelijke straf of maatregel? Uitspraken van de Commissie (46) wijzen in die richting:

'Les autorités appelées à statuer sur la demande de mise en liberté formée par le requérant interné dans un établissement belge de défense sociale, n'avaient pas pour tâche de décider d'une contestation sur des droits et obligations de caractère civil, ni du bien-fondé d'une accusation en matière pénale',

én

'Conditional release is not a civil right but a favour to be granted by the competent national authorities'.

(44) Zie noot 26, blz. 16.

(45) Arrest van 6 november 1980, ECHR Series A vol. 39 (1981), blz. 40.

(46) Beslissing van 20 maart 1972 in de zaak nr. 4625/70 (X contre la Belgique), CD 40, blz. 21 en Beslissing van 13 juli 1970 in de zaak nr. 4133/69 (X against the United Kingdom), CD 36, blz. 61.

Echter het arrest-Guzzardi (en ook het arrest-Ireland versus the United Kingdom (47)) doen vermoeden dat over deze kwestie nog lang niet het laatste woord is gezegd.

Voor een ruime uitleg van het begrip 'civil right' in vorenbedoelde zin pleit dat het hier gaat om een in het Europese Verdrag zelf neergelegd grondrecht en de aard van dit recht noopt tot het stellen van zware eisen aan de procedure waarin dit recht centraal staat. Anderzijds echter kent datzelfde verdrag een art. 13 dat zich speciaal richt op de bescherming van de rechten en vrijheden die in het Verdrag zijn neergelegd en dat minder zware eisen stelt dan art. 6: 'an effective remedy before a national authority'.

De vraag of andere verdragsrechten dan 'the right to liberty' onder de zinsnede 'civil rights' kunnen vallen is met name ook van belang voor raadkamerprocedures. Zo gaat het in de procedure ex art. 36 Sv om de vraag of het recht van de verdachte op behandeling van zijn strafzaak binnen een redelijke termijn in acht is genomen en concentreert de bezwaarschriftprocedure ex art. 32 Sv zich op de kwestie of de verdachte terecht inzage in bepaalde processtukken is geweigerd, hetgeen het recht op een 'fair hearing' raakt.

We keren weer terug naar ons uitgangspunt. Verschillende raadkamerprocedures vallen in beginsel onder de werking van art. 6 EV. Hoe zijn nu deze procedures wettelijk geregeld? De artt. 21-25 446.3 en 448 Sv regelen de *grondprocedure*. Deze bepalingen bevatten voorschriften inzake de samenstelling van de raadkamer, het onderzoek door de raadkamer en vormvoorschriften voor de door de raadkamer te geven beschikkingen. De artt. 445 en 446.1 en 2 Sv regelen het aanwenden van rechtsmiddelen tegen beslissingen in raadkamerprocedures. Art. 447 bevat nog een bijzonder voorschrift voor de procedure in cassatie.

Het Wetboek van Strafvordering en de bijzondere wetten kennen voorts nog *bijzondere voorschriften* inzake een bepaalde specifieke raadkamerprocedure. De regeling van de grondprocedure is zeer summier. Veel, zeer veel is aan het beleid van de raadkamer overgelaten, al moet worden gezegd dat deze in de praktijk zoveel mogelijk aansluiting zoekt bij de voorschriften die voor het onderzoek ter terechtzitting gelden. De bijzondere voorschriften veranderen hieraan niet veel.

(47) Arrest van 18 januari 1978, ECHR Series A vol. 25 (1978), blz. 89.

Het een en ander betekent voor onze vraagstelling dat het bijzonder moeilijk is om aan te geven welke wetswijzigingen ten aanzien van de raadkamerprocedure in verband met art. 6 nodig zijn. Immers sommige raadkamerprocedures worden wel en andere weer niet door art. 6 bestreken, waarbij dan tevens moet worden opgemerkt dat een eenduidig antwoord te dier zake gezien het ontbreken van duidelijke signalen uit Straatsburg zelden te geven valt. Voorts rijst het probleem of ten aanzien van een bepaalde leemte in de wetgeving de grondprocedure of de bijzondere raadkamerprocedure dient te worden gewijzigd.

2.9. De uitleveringsprocedure en de procedure inzake de zgn. kleine rechtshulp

Het antwoord van de Commissie op de vraag of de uitleveringsprocedure in de aangezochte staat behoort te voldoen aan de normen van art. 6 is bijzonder aarzelend en niet geheel consistent. De Commissie (48) is van oordeel dat de leden 2 en 3 geen betrekking hebben op de uitleveringsprocedure in de aangezochte staat, omdat de opgeëiste persoon in deze procedure niet te beschouwen valt als iemand 'charged with a criminal offence'. Over de toepasselijkheid van lid 1 heeft de Commissie nimmer een beginsluitpraak willen doen.

Ook de rechtspraak van onze nationale rechter vertoont geen eenstemmigheid. In zijn arrest van 23 mei 1978, NJ 1979, 8 heeft de HR toetsing van de uitleveringsprocedure in Nederland aan art. 6 niet mogelijk geacht 'omdat het onderzoek naar de toelaatbaarheid van een gevraagde uitlevering niet strekt tot het bepalen van de gegrondheid van een tegen de opgeëiste persoon ingestelde strafvervolgning als in dat artikel bedoeld'. De HR volgt hier kennelijk zijn AG Remmelink die betoogt dat 'art. 6 is geschreven voor de strafprocedure en niet voor een procedure als een uitleveringsprocedure, die geen strafproces is, maar een vorm van internationale rechtshulp, een procedure sui generis, die voorafgaat aan een vervolging en die overigens ook onderworpen is aan tal van waarborgen en voorwaarden, neergelegd in onze Uitleve-

(48) Zie bijv. Beslissing van 18 december 1963 in de zaak nr. 1918/63, Yearbook 6 (1965), blz. 484.

ringswet en in de diverse Uitleveringsverdragen. Dit standpunt herhaalt de HR in zijn arrest van 2 september 1980, NJ 1981, 12 waarbij de HR nog toevoegt dat het onderzoek naar de toelaatbaarheid van de gevraagde uitlevering evenmin strekt 'tot het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen als in art. 6 lid 1 bedoeld', zie ook: HR 15 februari 1977, NJ 1977, 619, in welk arrest de HR overweegt dat art. 6.3 te dezen toepassing mist "omdat hij deze bepaling uitsluitend rechten worden toegekend aan degene die wegens een strafbaar feit wordt vervolgd, welk geval zich in Nederland ten aanzien van de opgeëiste persoon niet voordoet". Merkwaardig genoeg toetste de HR wél een bepaling van Nederlands uitleveringsrecht aan art. 6.2, te weten art. 26.3 Uitleveringswet (49); deze bepaling werd geenszins in strijd geacht met evenvermelde verdragsbepaling "omdat de daarin neergelegde "presumption of innocence" niet betrekking heeft op een voor de uitlevering eventueel benodigd vermoeden van schuld, maar op een bij vervolging en berechting vóór de schuldigverklaring te veronderstellen onschuld".

Het komt me voor dat de HR in zijn arrest van 3 februari 1981, NJ 1981, 318 deze afkerige houding enigszins heeft laten varen. In dat arrest wees de HR een beroep op art. 6.1 niet zonder meer af doch onderzocht of de uitleveringsprocedure al dan niet binnen een redelijke termijn was afgehandeld. Waarom de HR hier overstag is gegaan is niet geheel duidelijk.

Redeneert de HR aldus dat op de algemene regel, dat een onderzoek naar de toelaatbaarheid van een gevraagde uitlevering buiten het bereik van art. 6 valt, alleen een uitzondering mag worden gemaakt ten aanzien van het in die bepaling neergelegde recht op behandeling van zijn zaak binnen een redelijke termijn, omdat anders de toepassing van datzelfde recht in de strafprocedure in de verzoekende staat zou worden gefrustreerd? Of is de HR van oordeel dat als iemand met een in het uitleveringsverzoek vervatte 'criminal charge' geconfronteerd wordt, het niet helemaal logisch lijkt dat hij zijn verdedigingsrechten pas kan uitoefenen wanneer de uitlevering daadwerkelijk een feit is? Ook is nog niet duidelijk of een beroep op art. 6 alleen mogelijk is bij een vervolgingsuitlevering dan wel ook bij een executie-uitlevering. Het laatste lijkt onaannemelijk.

(49) HR 2 maart 1976, NJ 1976, 415.

Met Swart (50) meen ik dat uitlevering althans wanneer deze betrekking heeft op een nog niet veroordeelde persoon gezien moet worden als een conservatoire maatregel die onderdeel uitmaakt van het strafproces. Op die grond is zeer wel verdedigbaar dat de waarborgen van lid 2 en 3, evenals enkele elementen van lid 1, op de uitleveringsprocedure van toepassing zijn, ook al zal men daarbij rekening moeten houden met het bijzondere karakter van de uitleveringsprocedure.

Naast de uitlevering kennen we de zgn. kleine rechtshulp, bestaande in het verlenen van bijstand bij het verrichten van onderzoek, het toezenden van stukken van overtuiging, dossiers of documenten, het geven van inlichtingen, het betekenen en uitreiken van stukken, het doen van aanzeggingen en mededelingen aan derden en het uitvoeren van zgn. rogatoire commissies (art. 352 h e.v. Sv). Op het uitvoeren van deze rogatoire commissies acht de Commissie art. 6.2 en 3 wèl toepasselijk; dat lijkt me ook juist omdat deze commissies strekken tot bepaling van de gegrondheid van de in de verzoekende staat ingestelde strafvervolgning (51).

2.10. Miscellaneous

Alvorens nu eindelijk in te gaan op het onderwerp van mijn preadvies, namelijk tot welke wetswijzigingen noopt art. 6, lijkt het nuttig in een korte schets een drietal beslissingen van Commissie en/of Hof te vermelden die voor de behandeling van ons onderwerp van belang zijn.

a. Het is vaste rechtspraak van de Commissie dat de rechten gegarandeerd in art. 6 lid 3 'are those of the defence in general and not those of the accused considered separately'. Een typisch voorbeeld betreft de beslissing van de Commissie van 29 mei 1975 (52) in de zaak X tegen Oostenrijk (nr. 6185/73), in welke zaak onder meer de klacht werd geuit dat niet alle gedingstukken waren ge-

(50) A.H.J. Swart, De rechten van de mens in het uitleveringsrecht, Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, nr. 85, 1982, blz. 112.

(51) Zie H. Abbink en S.J.S. Bakker, Enige aspecten van de kleine rechtshulp, DD 11 (1981), blz. 663.

(52) DR 2, blz. 68.

steld in een taal welke de verdachte begreep. De Commissie overwoog dat een gedeelte van de gedingstukken was gesteld in de Duitse taal, welke taal de raadsman van de verdachte kon verstaan, en een gedeelte was gesteld in de Franse taal, welke de verdachte beheerste. Aldus was aan art. 6.3 voldaan.

b. Het Hof heeft in het arrest-Golder (53) uitgemaakt dat 'hindering the effective exercise of a Convention right may amount to a breach of that right, even if the hindrance is of a temporary character'. Dus om een voorbeeld te noemen: een recht op rechtsbijstand van een raadsman tijdens een verhoor kan worden gebruskeerd indien de raadsman niet tot dat verhoor wordt toegelaten.

c. Commissie en Hof zijn van oordeel dat art. 6 ook 'the proceedings relating to petty offences' bestrijkt (54), zie ook HR 23 april 1974, NJ 1974, 272, m.nt. Th.W.v.V.

3. DE BEGRIPPEN 'VERVOLGING' EN 'CRIMINAL CHARGE'

De wetgever heeft aan het OM de zelfstandige en exclusieve bevoegdheid toegekend tot vervolging van alle strafbare feiten (art. 4 RO en de artt. 7-11, 242, 253, 258, 266 en 555 Sv). Wat dient nu onder dit nationaal-wettelijke — en in ons strafprocesrecht centrale — begrip 'vervolging' te worden verstaan? Om hier niet nader aan te geven redenen heeft de MvJ er de voorkeur aangegeven de inhoud van het begrip 'vervolging' te laten bepalen door de rechtspraak en de doctrine. Zulks wekt op het eerste gezicht verbazing, aangezien de wet aan het bestaan van een vervolging uiteenlopende rechtsgevolgen verbindt, zoals bijv:

— de wetgever heeft in de artt. 242 e.v. Sv een regeling gegeven die de verdachte binnen een redelijke tijd de zekerheid verschaft over hetgeen de OvJ met een zaak voor heeft: verdere vervolging of sepot;

— de verdachte kan de verklaring van de rechter uitlokken dat de zaak beëindigd is (art. 36 Sv);

— de rechtens van zijn vrijheid beroofde verdachte heeft in het algemeen het recht op toevoeging van een raadsman (art. 42.1 Sv);

(53) Zie noot 26 blz. 13.

(54) Zie bijv. Abdulhaki Öztürk against Federal Republic of Germany, Report of the Commission van 12 mei 1982 in de zaak nr. 8544/79, blz. 19.

— een aangevangen vervolging kan onder omstandigheden worden geschorst (zie de artt. 14 e.v. Sv).

De meeste schrijvers — en aanvankelijk ook de HR — waren na de inwerkingtreding van het nieuwe Wetboek van Strafvordering in 1926 de opvatting toegedaan dat een daad van vervolging een handeling veronderstelt van een lid van het OM waardoor een beslissing of onderzoek van de rechter wordt uitgelokt. Het betreft hier derhalve een *formeel* criterium. In die opvatting vangt de vervolging in het algemeen aan door:

— een *vordering* tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek (artt. 149, 181 Sv);

— een *vordering* tot inbewaringstelling (art. 63 Sv);

— het doen uitgaan of afgeven van een dagvaarding (art. 258 Sv) of oproeping tot het verschijnen ter terechtzitting (art. 383 Sv). De toezending van een afschrift van een proces-verbaal door een opsporingsambtenaar aan de verdachte, zie HR 26 maart 1934, NJ 1934, 921, of de blote mededeling van een OvJ aan de verdachte dat hij een ambtgenoot in staat zou stellen eventueel tot een vervolging over te gaan, zie HR 1 november 1955, NJ 1956, 248, werden in die opvatting niet als daden van vervolging beschouwd.

In 1967 heeft de HIR voor wat de toepassing van art. 72 Sr betreft deze algemeen gangbare opvatting verlaten. De HR sanctioneerde toen het oordeel van de feitenrechter dat de betekening van een verstekmededeling (art. 366 Sv) als een daad van vervolging in de zin van art. 72 Sr was aangemerkt, aangezien die betekening de strekking had te bewerkstelligen dat het betreffende vonnis voor tenuitvoerlegging vatbaar werd, HR 31 oktober 1967, NJ 1968, 85, m.nt. v. Eck. Noch de woorden noch de strekking van art. 72 Sr bieden steun aan de stelling dat onder 'daad van vervolging' alleen zou zijn te verstaan een daad van de met vervolging belaste ambtenaren waardoor onderzoek of beslissing van de rechter wordt uitgelokt. De betekenis van dit begrip is sedertdien steeds meer verruimd.

Uit het arrest HR 10 juni 1969, NJ 1969, 420 kan worden afgeleid dat ook daden van de rechter zelf, welke de strekking hebben tot een eindbeslissing te geraken, als daden van vervolging kunnen worden aangemerkt. In 1979 oordeelde de HR dat in geval een veroordeelde naar aanleiding van een aanhouding ter uitvoering van een rechterlijke uitspraak een nog tegen die uitspraak open-

staand rechtsmiddel aanwendt, die aanhouding het karakter heeft van een daad welke erop is gericht alsnog tot een voor tenuitvoerlegging vatbare uitspraak te geraken, zodat die aanhouding alsdan als een daad van vervolging in de zin van art. 72 Sr is aan te merken, HR 18 december 1979, NJ 1980, 159, m.nt. Th.W.v.V. Een daad van vervolging in de zin van laatstgemelde bepaling kan gelet op het vorenstaande als volgt worden gedefinieerd: iedere daad uitgaande van een justitiële autoriteit welke erop is gericht alsnog tot een voor tenuitvoerlegging vatbare uitspraak te geraken.

Melai stelt zich in zijn noot onder het arrest Hof Arnhem 8 september 1971, NJ 1972, 273 de vraag of de betekenis van het begrip 'vervolging' in art. 72 Sr dezelfde is als die in art. 12 Sv. Met een beroep op de verschillende functies van deze bepalingen komt Melai — m.i. terecht — tot een ontkennend antwoord. De extensieve uitleg van het begrip 'vervolging' in de zin van eerstgenoemde bepaling brengt Melai — daarbij Smidt citerend — in verband met de gronden waarop de verjaring berust: 'eensdeels de verflauwing der herinnering aan het gebeurde, het allengs insluimeren van het publieke geweten dat eindelijk geen straf meer vordert, anderdeels het allengs moeilijker worden van het bewijs'. Ook andere handelingen dan de traditionele vervolgingsdadens kunnen dit psychologische proces van 'verflauwing' stagneren en mitsdien de verjaring stuiten, zodat onder 'vervolging' in de zin van art. 72 Sr meer (uiteenlopende) handelingen of beslissingen worden begrepen dan onder de gelijkkluidende — in art. 12 Sv voorkomende — term. De regeling in laatstgenoemde bepaling behelst namelijk uitsluitend een middel tot uitoefening van controle op de beleidsbeslissingen van het OM als bedoeld in de artt. 167 en 242 Sv ten behoeve van derden-belanghebbenden. De beklagprocedure verschaft hen een middel om het OM te dwingen een beslissing of onderzoek van de rechter uit te lokken over respectievelijk naar de gegrondheid van de tegen de verdachte ingebrachte beschuldiging.

Dit begrip 'vervolging' duikt ook nog op andere dan de hiervoor genoemde plaatsen in ons Wetboek van Strafvordering op. Te noemen valt in de eerste plaats art. 36 Sv. Deze bepaling biedt de verdachte de mogelijkheid om, wanneer een *vervolging* niet wordt voortgezet, aan het gerecht in feitelijke aanleg voor hetwelk de zaak *het laatst werd vervolgd* te verzoeken te verklaren dat de zaak beëindigd is. De ratio van deze bepaling is de volgende. Het geval

kan zich voordoen dat de OvJ een vervolging om hem moverende redenen weigert voort te zetten en 'stilzit'. De verdachte zou dan, zolang het recht tot (verdere) vervolging niet is verjaard, in onzekerheid kunnen worden gelaten omtrent de vraag of die vervolging door de OvJ wel zal worden doorgezet. Art. 36 Sv nu stelt de verdachte in de gelegenheid om zich tegen een onredelijk oponthoud en tegen de onzekerheid of aan zijn zaak al dan niet verder gevolg zal worden gegeven te beschermen. Art. 36 Sv strekt derhalve ter bescherming van verdachtes processuele positie. De draagwijdte van deze bepaling is door de rechtspraak zeer vergroot. Allereerst heeft de Rechtbank Haarlem — en in haar voetspoor vele andere rechtbanken (55) — in de zgn. Beverwijkse bezettingszaken art. 36 Sv ook toepasselijk geacht toen de zaak reeds aan het oordeel van de rechter ter terechtzitting was onderworpen en aldaar te zeer met de voortgang van het onderzoek was getalmd. Vervolgens heeft de HR in het veel besproken arrest van 17 juni 1975, NJ 1975, 467, m.nt. Th.W.v.V., art. 36 ook in het geval van een sepot op de voet van art. 167 lid 1 Sv — mitsdien in een geval dat (nog) niet tot vervolging is overgegaan — van toepassing geacht. De grondslag van dit arrest zal zeker de hiervoor weergegeven strekking van art. 36 Sv zijn geweest: ook wanneer de vervolging nog niet is aangevangen heeft de verdachte er recht op om zich tegen een knellende onzekerheid omtrent de afloop van zijn zaak te beschermen.

Het geheel overziende kom ik tot de slotsom dat het begrip 'vervolging' een gedifferentieerde betekenis heeft al naar gelang de functie van de bepaling waarin dat begrip is vervat.

In paragraaf 2.2 hebben we uiteengezet welke betekenis volgens de nationale én de Europese rechter aan het begrip 'criminal charge' wordt toegekend. We hebben gezien dat de definitie van het Hof ruimer was dan die van onze cassatierechter. De vraag rijst nu of, en zo ja, in hoeverre de uitleg die aan het begrip 'criminal charge' wordt gegeven, consequenties heeft voor de interpretatie van het begrip 'vervolging' in ons Wetboek van Strafvordering en of alsnog tot een wettelijke definitie van laatstgenoemd begrip dient te worden besloten.

Om met de eerste vraag te beginnen: ik ben van oordeel dat voor zover het begrip vervolging in ons Wetboek van Strafvordering

(55) Zie laatstelijk Rb Den Haag 23 september 1982, NJ 1982, 656.

wordt gebezigd teneinde aan te geven dat de verdachte zich in een zodanige positie bevindt dat hem bepaalde verdedigingsrechten toekomen, aansluiting dient te worden gezocht bij de ruime interpretatie van het begrip 'criminal charge' in art. 6.1 EV. Anders gezegd: van een vervolging in de zin van art. 36 Sv — en ook bijvoorbeeld van de artt. 42.1 en 489.1 Sv — is sprake als de verdachte is 'charged'. De feitenrechter lijkt mij heel wel in staat om aan de hand van het door het Hof geformuleerde materiële criterium te beoordelen of de verdachte als vervolgd moet worden aangemerkt. Een dergelijke uitleg van het begrip vervolging heft tevens de noodzaak op om de werking van art. 36 Sv ook uit te strekken tot de fase vóór de vervolging (in zijn traditionele betekenis). Trouwens een beroep op art. 36 Sv na een sepot — het doet er hierbij niet toe of het een sepot ex art. 167 lid 1 dan wel ex art. 242 lid 1 Sv betreft — lijkt weinig zinvol, nu een sepot er juist toe strekt om de verdachte zekerheid omtrent de afloop van zijn zaak te verschaffen. Is het sepot hem niet medegedeeld dan is een eventueel bij de verdachte bestaande bedreiging inzake een mogelijke vervolging niet *daardoor* veroorzaakt.

Vorenbedoelde uitleg heeft geen betekenis voor het begrip vervolging in de artt. 72 Sr en 12 Sv. Met name ten aanzien van laatstgenoemde bepaling — alsook ten aanzien van de artt. 167 en 242 Sv — dient een meer formeel criterium te worden gehanteerd. Voor de toepassing van art. 12 Sv is alleen maar van belang dat in de strafzaak een *rechter* wordt geadieerd; dit moment hoeft niet gelijk te zijn aan het moment dat voor de verdachte de vervolging geacht moet zijn te zijn aangevangen. Dit moment kan later zijn als hij niet op de hoogte is van het feit dat een onderzoek of beslissing van de rechter is uitgelokt; het kan ook eerder zijn als de verdachte officieel erover is ingelicht dat hij een strafbaar feit heeft begaan.

Uit het voorgaande vloeit voort dat een gedifferentieerde benaderingswijze ten aanzien van het begrip 'vervolging' geboden is en een wettelijke definitie van dit begrip niet opportuun lijkt.

4. HET RECHT OP BEHANDELING VAN DE STRAFZAAK BINNEN EEN REDELIJKE TERMIJN

Het moment waarop de termijn als bedoeld in art. 6 lid 1 begint

te lopen, is dat waarop de betrokkene is 'charged'. In paragraaf 2.2 hebben we gezien wanneer zulks het geval is. Wat betreft het einde van deze termijn overweegt het Hof in het arrest-Eckle (56) dat:

'in criminal matters the period governed by Article 6 (1) covers the whole of the proceedings in issue, including appeal proceedings'.

Voor Nederlands recht betekent dit dat de termijn in de zin van art. 6 lid 1 eindigt, wanneer over het geschil in kwestie — dat zal meestal de gegrondheid van de ingestelde strafvervolgning zijn — onherroepelijk is beslist. De redelijkheid van de duur van de (straf)-procedure moet worden beoordeeld 'in each instance to the particular circumstances'. Hierbij neemt het Hof (57) 'among other things' in beschouwing:

- a. the complexity of the case;
- b. the conduct of the applicant;
- c. the conduct of the judicial authorities.

Uit het arrest-Corigliano (58) blijkt heel duidelijk dat het Hof niet alleen bereid is om te toetsen of een strafprocedure in zijn totaliteit bezien een onredelijke tijd in beslag heeft genomen, doch ook van zinnen is om met betrekking tot iedere procesfase afzonderlijk na te gaan of er sprake is van een met art. 6 lid 1 onverenigbare vertraging. Zo oordeelde het Hof in laatstgenoemd arrest dat de betrokkene in het stadium van het gerechtelijk vooronderzoek het slachtoffer van een onredelijke vertraging was geworden. Noch de Commissie noch het Hof hebben tot nu toe aangegeven wanneer exact de duur van een procedure ophoudt redelijk te zijn. Dit zal van geval tot geval met inachtneming van voormelde criteria dienen te worden beoordeeld (59). Gaat het om een beoordeling van de redelijkheid van de duur van de procedure in zijn totaliteit dan dient men met andere getallen te werken dan wanneer de redelijkheid van de duur van een bepaalde procesfase in het geding is. Een procedure die meerdere jaren in beslag neemt — naar mijn voorzichtige schatting meer dan drie jaren — wordt

(56) Eckle Case, 3/1981/42/67, Judgment van 15 juli 1982, blz. 29.

(57) Foti Case, zie noot 7, blzz. 16 en 17.

(58) Corigliano Case, zie noot 7, blzz. 12 en 13.

(59) Vgl. W. Peukert, Die überlange Verfahrensdauer (Art. 6 Abs. 1 EMRK) in der Rechtsprechung der Strassburger Instanzen, in: EuGRZ, 1979, blzz. 261 e.v.

door Commissie en Hof uitzonderlijk beschouwd; in een dergelijk geval dient de betreffende staat met een deugdelijke verklaring omtrent bijzondere rechtvaardigende omstandigheden te komen. Overbelasting van het justitiële apparaat wordt in het algemeen niet als een geldig excuus beschouwd (60).

In zijn arrest van 23 september 1980, NJ 1981, 116, m.nt. G.E.M. heeft de HR erkend dat bij schending van art. 14.3.c van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten het aan een ieder toegekende recht om zonder onredelijke vertraging te worden berecht de vervolging geacht moet worden zo zeer in strijd te zijn met fundamentele beginselen van een goede procesorde dat het recht tot (verdere) vervolging aan het OM moet komen te vervallen en dit mitsdien niet-ontvankelijk behoort te worden geacht. In zijn arrest van 4 november 1980, NJ 1981, 117, m.nt. Th.W.v.V., overweegt de HR dat toetsing aan het in art. 6 EV aan een ieder toegekende recht op behandeling van zijn strafzaak binnen een redelijke termijn tot geen andere uitkomst behoort te leiden dan het overeenkomstige — zoëven genoemde — artikel in het Internationaal Verdrag. Voorts valt volgens de HR in eerstgenoemd arrest, zich daarbij beroepende op de strekking en de bewoordingen van art. 6 lid 1, niet in te zien:

‘Waarom de reikwijdte van die verdragsbepaling in zoverre zou moeten worden beperkt, dat zij alleen zou gelden ten aanzien van de verdachte tegen wie nog geen strafvervolging is ingesteld, en aan de verdachte die langer dan redelijk is onder de dreiging van een voortzetting der strafvervolging zou moeten leven, de bescherming daarvan zou moeten worden ontzegd’.

Ook in deze overweging is het begrip ‘strafvervolging’ enigszins verwarrend. De HR bedoelt kennelijk tot uitdrukking te brengen dat de strekking en de bewoordingen van art. 6.1 belcetten dat alleen de vervolgte die nog niet in eerste aanleg is berecht aanspraak op bescherming van deze bepaling zou kunnen maken en de vervolgte wiens zaak al in eerste instantie is behandeld, deze bescherming zou moeten ontberen. Het voorgaande leidt ertoe dat de werking van art. 6.1 zich in zoverre ook uitstrekt tot alle fasen

(60) Zie het arrest-Buchholz van 6 mei 1981, ECHR Series A vol. 42 (1981), blz. 20.

volgende op een berechting door de rechter in eerste aanleg, zoals de verzetbehandeling, de behandeling in hoger beroep en de behandeling *in en na* cassatie. Ook nadat tegen een dagvaarding of kennisgeving van verdere vervolging een bezwaarschrift is ingediend, kan op dit voorschrift een beroep worden gedaan. Het Hof Arnhem heeft deze jurisprudentie in zijn arrest van 26 juni 1979, NJ 1979, 498, m.nt. Th.W.v.V. in dier voege nog aangevuld dat meergemeld recht ook geldt in de procedure *in* herziening.

De bestaande jurisprudentie biedt nog weinig houvast voor de precieze invulling van wat nu verstaan dient te worden onder een *onredelijke* termijn. Wel kan uit de nu gepubliceerde rechtspraak de conclusie worden getrokken dat de HR slechts in zeer sprekende gevallen zal willen ingrijpen. Voor een duidelijk voorbeeld in dezen wijs ik op het arrest HR 1 juli 1981, NJ 1981, 625, hetwelk aan annotator Melai de veelzeggende opmerking ontlokte dat hier sprake was van een 'dieptepunt in de argumentatie van de cassatierechter', omdat de bijzondere omstandigheden, waaruit in dat specifieke geval de onredelijkheid van de termijn liggende tussen de verwijzing van de zaak door de HR naar het Hof en de behandeling ter terechtzitting van dat college (bijna 1½ jaar) zou kunnen worden afgeleid, nogal voor de hand lagen. Melai wijst daarbij op de omstandigheid dat het in casu een verdachte betrof die — na een korte voorlopige detentie en een vooronderzoek van 8 maanden — op 22 oktober 1977 tot een gevangenisstraf van ruim 2 jaar was veroordeeld, welke straf met een kleine reductie door het Haagse (2 mei 1978) respectievelijk het Amsterdamse Hof (29 mei 1980) was gehandhaafd. Te wijzen valt ook op HR 17 februari 1981, NJ 1981, 300, m.nt. Th.W.v.V., in welk arrest een termijn van 2 jaar en 4 maanden tussen de instelling van het hoger beroep en de behandeling van de zaak ter terechtzitting niet als 'onredelijk' is aangemerkt.

Verwacht mag worden dat de HR in de loop der tijd de onderwerpelijke verdragsbepalingen strakker zal gaan hanteren. Een eerste aanwijzing daarvan is te vinden in het arrest HR 9 maart 1982, NJ 1982, 409, m.nt. A.L.M. De HR liet in dat arrest een niet-ontvankelijkverklaring door de Rechtbank van de OvJ in zijn verdere vervolging wegens overschrijding van 'de redelijke termijn' door de betekening van de appeldagvaarding ruim 2 jaar na de vrijpraak in eerste aanleg in stand.

Anders dan de Europese rechter toetst de Nederlandse rechter tot

nog toe alleen de duur van een bepaalde procesfase en niet de duur van een strafrechtelijke procedure in zijn totaliteit op de vereiste redelijkheid. Dit lijkt ook wel vanzelfsprekend, omdat het naar Nederlandse rechtsverhoudingen gemeten zelden zal voorkomen dat de duur van een strafrechtelijke procedure in zijn geheel bezien onredelijk is zonder dat de duur van een bepaalde proces-suele fase als onredelijk moet worden gekenschetst.

Na lezing van de rechtspraak van de HR over deze kwestie ont-kom ik niet aan de indruk dat het kritieke punt zo'n beetje om en nabij de 2 jaar ligt. Is dit kritieke punt nog niet bereikt dan oordeelt de HR weliswaar dat 'meer tijd is verlopen dan in het al-gemeen wenselijk is te achten' doch grijpt niet in, tenzij extra bij-zondere omstandigheden zijn aangevoerd of vastgesteld. Is het kri-tieke punt daarentegen wel gepasseerd dan moet de feitenrechter bijzondere omstandigheden hebben vastgesteld die dat lange tijds-verloop rechtvaardigen.

Welke omstandigheden kunnen nu als 'bijzonder' gelden? In zijn arrest van 9 maart 1982, NJ 1982, 572, m.nt. Th.W.v.V., heeft de HR er allereerst dit van gezegd: bijzondere omstandigheden zijn omstandigheden die zich in het algemeen niet in gevallen van overeenkomstige aard voordoen. Anders dan Commissie en Hof heeft de HR het niet nodig geoordeeld deze bijzondere om-standigheden nader te specificeren. Zulks wordt in beginsel aan de feitenrechter overgelaten. Zie bijv. HR 5 januari 1982, NJ 1982, 339, in welk arrest de HR accoord ging met bijzondere om-standigheden als de ingewikkeldheid van de zaak en het herhaal-delijk door de verdachte aanwenden van rechtsmiddelen. Uit de zinsnede in het arrest dat het Hof door het toepassen van deze maatstaven 'geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsop-vatting' kan worden afgeleid dat de HR de juistheid daarvan vol-ledig toetst.

Slechts wanneer ten onrechte omstandigheden als 'bijzonder' wor-den aangemerkt, komt de HR in beweging. Zo kunnen 'buiten de strafrechtelijke procedure gelegen omstandigheden, zoals de steeds groeiende toeneming van het aantal te berechten strafzaken (. . .) gepaard gaande met een nagenoeg permanent personeelstekort' alleen een overigens onredelijk te achten vertraging niet rechtvaar-digen, HR 23 september 1980, NJ 1981, 116, m.nt. G.E.M.; AAc 81, 302, m.nt. E.M. Ook 'de mate van de ernst van het telastege-legde feit, zoals deze onder meer tot uitdrukking komt in de

voor de strafvordering terzake van dat feit geldende verjaringstermijn in die zin dat in zaken waarin een korte verjaringstermijn geldt — en met name indien het telastegelegde een overtreding oplevert — de termijn binnen welke de behandeling moet hebben plaatsgehad korter is dan in andere gevallen', mag niet bij de beoordeling van de redelijkheid van de inachtgenomen termijn worden betrokken, HR 26 januari 1982, NJ 1982, 327. Ook het pedagogisch karakter van het kinderstrafrecht — tussen de datum van behandeling door de kinderrechter en de behandeling in hoger beroep lag een termijn van 14 maanden — kan de toets van de HR niet doorstaan (61).

In het voorgaande hebben we proberen aan te geven hoe de Europese en de Nederlandse rechter met behulp van art. 6.1 EV aan de verdachte bescherming bieden tegen onredelijke vertraging in de behandeling van zijn strafzaak. Dit betreft echter altijd een toetsing achteraf. Uit art. 6 zelf kunnen geen bevoegdheden worden afgeleid die de rechter in staat stellen om overschrijding van een redelijke termijn tijdens het strafproces te voorkomen. Daartoe zijn nationale wettelijke maatregelen vereist waartoe Nederland als verdragsstaat op grond van art. 1 EV ook verplicht is. In de Nederlandse wetgeving ontbreekt thans een 'overall'-waarborg (62), dat wil zeggen een voorschrift dat bepaalt dat de berechting als geheel binnen een redelijke termijn moet plaatshebben. In onze nieuwe grondwet is in art. 1.14.3 wel een dergelijke waarborg opgenomen, zij het dat deze slechts geldt voor hem aan wie met het oog op deze berechting zijn vrijheid is ontnomen.

Blok en Besier (63) schreven in 1925 in hun commentaar op art. 36 Sv:

'Het Wetboek heeft er in verschillende artikelen voor gezorgd, dat een verdachte, tegen wie een vervolging werd begonnen, niet langer dan noodig scheen, in de onzekerheid zoude worden gelaten omtrent de vraag of die vervolging werd doorgezet, hetgeen mede ten goede zoude komen aan een spoedige afwikkeling der strafprocedure'.

Blok en Besier wijzen vervolgens op bepalingen als de artt. 180,

(61) HR 12 oktober 1982, DD 83.072.

(62) F. Kuitzenbrouwer, Berechting binnen een redelijke termijn, DD 3 (1973), blzz. 228-242.

(63) A.J. Blok en L.Ch. Besier, Het Nederlandsche Strafproces, 1925, deel I, blz. 136.

244, 245 en 267 Sv. Ook de HR spreekt in zijn arrest van 5 februari 1980, NJ 1980, 104, m.nt. A.L.M. over:

‘het aan het Nederlandse strafprocesrecht ten grondslag liggende — onder meer in de artt. 277 en 320 Sv tot uitdrukking komende — beginsel, dat het strafproces zoveel mogelijk onafgebroken wordt voortgezet en binnen een redelijke termijn voltooid’.

Van de meeste bepalingen die als een uitvlocisel van dit beginsel kunnen worden beschouwd, moet echter worden gezegd dat zij slechts aandringen op spoed doch geen limiet stellen aan een eventuele voortzetting van het strafproces. Ik wijs hierbij op de termen ‘zoo spoedig mogelijk’ in de artt. 167.1, 242.1, 253.1, 409.1, ‘zoodra de zaak tot klaarheid is gebracht’ in art. 245 en ‘zoodra de oorzaak der schorsing is vervallen’ in art. 320.1 Sv.

Voorts is schending van die bepalingen die wél een bepaalde termijn bevatten, vaak niet met nietigheid bedreigd en worden die termijnvoorschriften door de rechter niet van zo wezenlijke betekenis geacht dat niet-naleving daarvan desondanks tot nietigheid zou moeten leiden. Zie bijv. voor wat betreft art. 412.1 Sv: HR 23 september 1980, NJ 1981, 116, m.nt. G.E.M. en voor wat betreft art. 433.3 Sv: HR 3 maart 1981, NJ 1981, 367.

Voor wat betreft het hoofdonderzoek heeft de wetgever in het geheel niet gedacht aan de mogelijkheid om het OM tot spoed te manen bij of het stellen van termijnen voor het opnieuw aanbrenge van een zaak na verzet en terugwijzing of verwijzing door de HR.

Anders dan in de procedure in hoger beroep (art. 409.1 Sv) en in cassatie (art. 433.3 Sv) bevat de wet geen voorschrift dat waarborgt dat door de Griffier van de HR met de verzending van de processtukken naar het gerecht dat de zaak in geval van verwijzing moet behandelen de nodige haast wordt betracht. De wet stelt geen limiet aan de datum van de uitspraak van de HR.

De raadkamer(grond)procedure is bijna geheel verstoken van bepalingen die een spoedige voortzetting van de procedure garanderen. Zo kent deze procedure geen wettelijke bepalingen die een eventuele schorsing van het onderzoek in raadkamer aan een bepaalde termijn binden. Ook ontbreken termijnen binnen welke het onderzoek in raadkamer dient plaats te vinden, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep als in cassatie. Als de verdachte een verzoek- of bezwaarschrift indient moet hij maar afwachten wan-

neer de zaak behandeld wordt. Voorts ontbreken bepalingen die garanderen dat bij aanwending van een rechtsmiddel de processtukken spoedig van het ene gerecht naar het andere worden gezonden. Beschikkingen in raadkamer worden 'zoo spoedig mogelijk' gegeven (art. 446.3 Sv).

In art. 180 Sv is de rechtbank een zorgplicht opgelegd tegen eenodeloze vertraging van ieder onderzoek door de RC, dus niet alleen het gerechtelijk vooronderzoek. De verdachte staat hiermede een instrument ter beschikking om een tegen hem lopend onderzoek te beëindigen c.q. te bespoedigen. De raadkamer kan zich op verzoek van de verdachte daartoe de processtukken doen overleggen. In de wet ontbreekt echter een bepaling die de verdachte op deze mogelijkheid wijst.

Alleen wanneer de beschikking tot sluiting van het gerechtelijk vooronderzoek voor de verdachte onherroepelijk is geworden, dwingt de wet de OvJ binnen een bepaalde termijn kleur te bekennen: niet vervolgen, verder vervolgen of dagvaarden (art. 244.1 Sv). Deze termijn kan echter door de rechtbank telkens voor bepaalde termijn worden verlengd (art. 244.2 Sv).

Is alleen voorlopige hechtenis toegepast dan eist de wet een dergelijke beslissing pas 'zoodra de zaak tot klaarheid is gebracht' (art. 245.1 Sv). De verdachte kan de rechtbank ook weer om een termijnstelling verzoeken (art. 245.2 Sv). De mededeling van deze mogelijkheid aan de verdachte is wettelijk niet voorgeschreven. Dit verzuim is minder erg dan bij de instelling van een gerechtelijk vooronderzoek, omdat in het laatste geval de verdachte altijd over de bijstand van een raadsman kan beschikken. Het ontbreken van een termijnstelling heeft belangrijk aan betekenis ingeboet door de maximering van de duur van de voorlopige hechtenis vóór de aanvang van het onderzoek ter terechtzitting (art. 66.3 Sv). Alleen ten aanzien van hen die vóór dat moment uit voorlopige hechtenis zijn ontslagen, wreekt zich het ontbreken van een termijnstelling.

Art. 36 Sv geeft de verdachte het recht om in het geval dat een vervolging niet wordt voortgezet, aan de feitelijke instantie, waarvoor de zaak het laatst werd vervolgd, te verzoeken de zaak voor geëindigd te verklaren. Als het OM aannemelijk maakt dat alsnog verdere vervolging zal plaatsvinden is de rechter bevoegd de beslissing op het verzoek (meermalen) aan te houden. In paragraaf 3 heb ik kort uiteengezet in hoeverre de draagwijdte van dit artikel

langs jurisprudentiële weg is vergroot. Zulks heeft zowel enthousiasme als kritiek teweeggebracht. Duidelijk is in ieder geval dat toepassing van art. 36 Sv ná de aanvang van het onderzoek ter terechtzitting als een noodoplossing moet worden beschouwd — ingegeven door de wens om de verdachte te beschermen tegen onnodige vertraging van dat onderzoek — die niet goed in ons strafprocessuele systeem past (64). Voldoende bescherming tegen onnodige vertraging van het onderzoek ter terechtzitting biedt de wet eigenlijk alleen aan verdachten die zich in voorlopige hechtenis bevinden (art. 277a Sv).

Uit het voorgaande moge blijken dat ons Wetboek van Strafvordering in genen dele voldoet aan de in art. 6 EV geëiste garantie van een berechting binnen een redelijke termijn. Alvorens echter een poging tot verbetering van onze nationale wetgeving te doen zou ik eerst de principiële vraag aan de orde willen stellen of het geoorloofd is bij de incorporatie van het recht op behandeling van de strafzaak binnen een redelijke termijn in de nationale wetgeving uit te gaan van de gedachte dat het in een bepaalde procesfase voldoende is als aan de verdachte middelen ten dienste worden gesteld om op te komen tegen onredelijke vertraging. De artt. 36 en 180 berusten immers geheel of gedeeltelijk op deze gedachte. Anders gezegd: kan in het geval dat een verdachte van deze middelen geen gebruik maakt worden aangenomen dat de opgetreden vertraging geheel of gedeeltelijk te wijten is aan zijn eigen 'conduct'?

In het arrest-Eckle (65) heeft het Hof daaromtrent het navolgende overwogen:

'(. . .) Article 6 did not require the applicants actively to co-operate with the judicial authorities. Neither can any reproach be levelled against them for having made full use of the remedies available under the domestic law'.

Ik geloof niet dat, indien door de wetgever van de verdachte wordt verlangd dat hij, op de wijze als in voormelde bepalingen is voorzien, gebruik maakt van de hem geboden middelen om de behandeling van zijn zaak te bespoedigen dan wel te beëindigen, zulks strijdig is met voormeld citaat uit het arrest-Eckle. Een verdachte

(64) Aldus Van Veen in zijn noot onder Rb Den Haag 8 oktober 1981, NJ 1982, 119.

(65) Zie noot 56, blz. 31.

hoeft niet actief met de justitiële autoriteiten mee te werken; hij mag van alle hem door de wet geboden faciliteiten gebruik maken. Zulks verhindert evenwel niet dat van de verdachte kan worden verlangd dat hij gebruik maakt van de hem geboden voorzieningen. Een recht op behandeling van de strafzaak binnen een redelijke termijn kan toch ook mede worden gegarandeerd als de verdachte het instrumentarium wordt geboden om die behandeling te beëindigen althans te bespoedigen. De volgende wettelijke voorzieningen lijken mij voor wat de hoofdprocedure betreft gewenst: 1. termijnstellingen aan de OvJ in de artt. 245, 253 (voor wat betreft de verwijzing naar de terechtzitting) en 267 met een mogelijkheid van periodieke verlenging door de rechtbank; aan overschrijding van deze termijn wordt het in art. 255.1 Sv vermelde rechtsgevolg verbonden;

2. ter gelegenheid van de in art. 207 Sv bedoelde terhandstelling of betekening wordt tevens aan de verdachte schriftelijk mededeling gedaan van de hem in art. 180 Sv geboden voorziening; de verdachte kan daaromtrent ook worden ingelicht op de wijze als is voorzien in art. 44.1.a Sv;

3. een termijnstelling na een kennisgeving van verdere vervolging lijkt niet wel mogelijk, aangezien niet kan worden voorzien wanneer de daaraan ten grondslag liggende oorzaak zal zijn vervallen; wel dient deze kennisgeving tevens de mededeling te bevatten dat aan de rechtbank om een termijnstelling kan worden verzocht;

4. art. 277.a.2 en 3 Sv dient voor alle verdachten te gelden, met dien verstande dat de in lid 2 vervatte regeling voor niet-voorlopig gehechte verdachten niet zo stringent behoeft te zijn;

5. aan de inzending van stukken op de voet van art. 409.1 Sv dient een termijn te worden gesteld; de in art. 433.3 Sv genoemde termijn dient te worden verruimd, aangezien deze niet meer past bij de huidige gang van zaken bij de griffies; een soortgelijke voorziening dient te worden getroffen na verwijzing door de HR; bij schending van deze bepalingen kan het OM in zijn verdere strafvervolgning niet meer worden ontvangen;

6. de woorden 'zoo mogelijk' in art. 412.1 Sv dienen te worden geschrapt; de in dit artikel en in art. 436 genoemde termijnen kunnen misschien iets worden verruimd, aangezien deze nu wel erg kort lijken; eenzelfde soort voorziening dient te worden getroffen voor de procedure na verzet én terugwijzing of verwijzing door de HR; bij schending van deze bepalingen kan het OM in

zijn verdere strafvervolgning niet meer worden ontvangen.

De incorporatie van de garantie van een berechting binnen een redelijke termijn in de raadkamerprocedure is bij gebrek aan een bestaande regeling ingewikkelder en zal nadere studie vergen. Zo rijst allereerst de vraag of daartoe de grondprocedure moet worden gewijzigd dan wel iedere raadkamerprocedure die binnen het bereik van art. 6 valt afzonderlijk. Voorts lijkt me een zo dwingende termijnstelling als bij de hoofdprocedure wordt voorgesteld in het algemeen bij de raadkamerprocedure niet nodig. Misschien zou aansluiting kunnen worden gezocht bij de artt. 14i en 15e Sr, welke bepalingen weliswaar geen termijnstellingen bevatten doch wel tot uitdrukking brengen dat met de voortzetting van de procedure spoed dient te worden betracht. Een bepaling als art. 277a Sv lijkt me evenwel ook voor de raadkamerprocedure noodzakelijk; een pro forma-aanhouding noopt de rechter te onderzoeken of de daaraan ten grondslag liggende reden nog steeds bestaat. Ook de verzending van de processtukken van het ene gerecht naar het andere gerecht zou in de wet moeten worden geregeld. De raadkamer zou moeten worden verplicht precies aan te geven wanneer de beschikking volgt; een fixatie van de datum van de beschikking lijkt me op het eerste gezicht niet nodig.

In de procedure vervat in de artt. 14a-k Sr is anders dan in art. 15e.4 Sr niet art. 345.3 Sv van overeenkomstige toepassing verklaard. Zulks dient alsnog te gebeuren. Een bepaling als neergelegd in art. 277a Sv behoort ook in de overige hier vermelde procedures te gelden, zoals de procedures die in de artt. 14a-k en 15c-15h Sr zijn omschreven, de verlengingsprocedure tbr en de uitleveringsprocedure.

5. HET RECHT OP EEN OPENBARE BEHANDELING

Art. 6.1 schrijft voor dat de procesvoering openbaar is, al blijkt uit de tweede zin van deze bepaling dat daaraan op de volgende gronden beperkingen mogen worden gesteld:

1. het belang van de goede zeden;
2. het belang van de openbare orde;
3. het belang van 's lands veiligheid in een democratische samenleving;
4. de belangen van de minderjarigen;

5. de bescherming van het privé-leven van de procespartijen;
6. in de mate waarin de rechter dit onder bepaalde omstandigheden strict noodzakelijk oordeelt: ter voorkoming dat openbaarheid de belangen van de rechtspraak zou schaden.

Het Hof stelt blijkens het arrest-Engel (66) de eis dat uit de 'circumstances of the case' een beperkingsgrond moet kunnen worden afgeleid. Het is kennelijk niet bereid genoeg te nemen met een verwijzing naar een wettelijke regeling of een bestaande rechtspraktijk. Ook het arrest-Le Compte, van Leuven en De Meyere (67) wijst in die richting, in welk arrest het Hof overwoog:

'Article 6 (1) of the Convention does admittedly provide for exceptions to the rule requiring publicity — at least in respect of the trial of the action —, but it makes them subject to certain conditions. However, there is no evidence to suggest that any of these conditions was satisfied in the present case'.

Voor de wetgever betekent zulks dat alle procedures die onder de werking van art. 6 vallen, in beginsel in de openbaarheid gevoerd moeten kunnen worden en dat per procedure in de wet de gewenste beperkingsgronden dienen te worden aangegeven, waarvan dan de aanwezigheid door de rechter in concreto moet worden vastgesteld wil een behandeling met gesloten deuren kunnen plaatsvinden. Een wettelijke regeling waarbij onder alle omstandigheden voor een bepaalde procedure een behandeling met gesloten deuren wordt voorgeschreven lijkt mij dan ook in strijd met art. 6.1 EV. Een verdachte heeft er recht op dat de rechter in zijn specifieke geval zich ervan vergewist óf, en zo ja op welke grond, hem een recht op een openbare behandeling wordt geweigerd. De wetgever dient dus de verantwoordelijkheid voor het hanteren van de door het Verdrag geboden beperkingsmogelijkheden *in concreto* in handen van de rechter te leggen. Generieke uitzonderingen lijken mij dus niet geoorloofd.

Het Hof is blijkens laatstgenoemd arrest van oordeel dat van het onderhavige recht afstand kan worden gedaan ('neither the letter nor the spirit of Article 6 (1) would have prevented them from

(66) Zie noot 35, blz. 31.

(67) Case of Le Compte, van Leuven en de Meyere, Judgment van 23 juni 1981, blz. 19.

waiving this right of their own free will, whether expressly or tacitly') (68).

Art. 175 Grondwet zegt dat de terechtzittingen openbaar zijn, behoudens uitzonderingen door de wet bepaald. De rechter kan in het belang der openbare orde en zedelijkheid van deze regel afwijken. Art. 20 RO geeft van deze bepaling een eerste uitwerking. In strafzaken zal het rechtsgeding op de terechtzittingen in het openbaar worden gehouden, op straffe van nietigheid, tenzij bij de wet anders mocht zijn bepaald of de HR, het Hof, de rechtbank of het kantongerecht, om gewichtige, bij het proces-verbaal der zitting te vermelden redenen, mocht bevelen dat het rechtsgeding geheel of gedeeltelijk met gesloten deuren zal plaatshebben.

Zoals reeds gezegd: generieke uitzonderingen op de openbaarheid van de behandeling zijn ontoelaatbaar. De formulering van dit recht in art. 6.1 wijst daar op. Eerst wordt in de eerste zinsnede van deze bepaling — ongeclausuleerd — een recht op openbare behandeling van de strafzaak verleend. Vervolgens wordt in de tweede zinsnede de mogelijkheid geopend tot 'ontzegging van de toegang tot de rechtszaal aan de pers en het publiek' en wel 'gedurende het gehele proces of een deel daarvan', hetgeen duidt op uitzonderingen welke alleen in dat bepaalde strafproces van kracht zijn en geen wettelijke uitzonderingen voor een bepaalde procedure kunnen worden voorgeschreven. Ook de formulering van de beperkingsgronden — in het bijzonder de laatste grond — doet vermoeden dat het gaat om door de rechter vast te stellen uitzonderingsgevallen.

Zulks betekent dat de in art. 157 Grondwet aan de wetgever geboden mogelijkheid om langs wettelijke weg uitzonderingen te creëren in strijd komt met het bepaalde in art. 6.1 EV voorzover daaruit kan worden afgeleid dat voor een bepaalde procedure, die door deze bepaling wordt bestreken, een behandeling met gesloten deuren wordt voorgeschreven. Art. 6.9 van onze nieuwe grondwet is in dit opzicht wat voorzichtiger en spreekt over: 'met uitzondering van de gevallen in de wet bepaald'. Dit kan ook inhouden dat in de wet wordt omschreven op welke gronden door de rechter een uitzondering op het beginsel van openbaarheid mag worden gemaakt.

Art. 500f Sv, dat immers een generieke uitzondering schept, zie

(68) Zie vorige noot, blz. 20.

HR 21 februari 1961, NJ 1961, 429 m.nt. W.P., is daarom onver-
enigbaar met art. 6.1 EV. Het belang van de strafrechtelijk min-
derjarige bij een behandeling van zijn zaak met gesloten deuren
moet in concreto door de (kinder)rechter worden vastgesteld. Ook
het omgekeerde schijnt mij denkbaar toe: het belang van die min-
derjarige kan juist vorderen dat zijn zaak in het openbaar wordt
behandeld. De praktijk leert dat een dergelijk rechtsgeding inder-
daad beter in kleine kring kan worden gevoerd. Gezien het feit
dat de strafrechtelijk minderjarige bijna altijd over een raadsman
beschikt, lijkt mij een wijziging van art. 500f Sv in die zin dat op
verzoek van de minderjarige (of diens raadsman) de behandeling
in het openbaar plaatsvindt, tenzij de (kinder)rechter van oordeel
is dat het belang van die minderjarige een behandeling met geslo-
ten deuren eist, in overeenstemming met art. 6.1 EV.

In het licht van art. 6.9 van de nieuwe grondwet, dat geen concre-
te beperkingsgronden toelaat, is de term 'gewichtige redenen' in
art. 20.1 RO te ruim. Nu de beperkingsgronden in art. 6.1 expliciet
worden genoemd is er geen ruimte voor 'implied limitations' en
mag alleen op de in het verdrag genoemde gronden de openbaar-
heid worden geclausuleerd. Deze bepaling moet met de verdrags-
tekst in overeenstemming worden gebracht. Zulks geldt ook voor
art. 25.1 Uitleveringswet. De vraag is voorts of de in art. 273.1
tweede zinsnede Sv genoemde uitzondering niet té algemeen ge-
steld is om onder de hiervoor onder (6) genoemde beperkingsgrond
te vallen.

Ook art. 14j.1 Sr staat op gespannen voet met art. 6.1. Volgens
deze bepaling is het, in het geval dat een strafrechtelijk meerder-
jarige om een openbare behandeling verzoekt, geheel aan de dis-
cretie van de rechter overgelaten of en in hoever aan dit verzoek
zal worden voldaan. Openbare behandeling dient hier regel te zijn.
Eventuele beperkingsgronden dienen in overeenstemming te zijn
met die welke in het Verdrag zijn genoemd.

Hetzelfde geldt voor art. 15e.1 Sr dat art. 14j.1 Sr van overeen-
komstige toepassing verklaart, zij het dat het karakter van deze
procedure een andere is. Het betreft hier vaak een soort 'ronde-
tafelgesprek' waar de terugkeer van de veroordeelde min of meer
centraal staat, terwijl de procedure vervat in de artt. 14a-k Sr een
duidelijk 'strafkarakter' heeft. Dit zou ertoe kunnen leiden dat
met betrekking tot laatstgenoemde procedure de bestaande rege-
ling, die het initiatief aan de veroordeelde laat, gehandhaafd zou

kunnen blijven, echter met dien verstande dat de beperkingsgronden in de wet moeten zijn omschreven. Het gewijzigd ontwerp-11932 (69) stelt onder meer een nieuw art. 509m Sv voor, waarin met betrekking tot de omzetting van een tbr *zonder* verpleging van overheidswege in een tbr *met* verpleging van overheidswege enerzijds en de verlenging van de tbr anderzijds (zie art. 509s.2 Sv nieuw) een raadkamerprocedure wordt voorgeschreven. Zulks geldt ook voor de appelprocedure bij de penitentiaire kamer van het Arnhemse hof (vgl art. 509w.1 Sv nieuw). Ook ten aanzien van deze procedure bevat de wet geen expliciete beperkingsgronden. De wet bindt de rechter bij de beoordeling van het verzoek van de betrokkene om de zaak in het openbaar te behandelen in het geheel niet.

Moeilijk te beantwoorden lijkt de vraag welke raadkamerprocedures nog meer voor een openbare behandeling in aanmerking komen. Wanneer het een procedure betreft waarin de verdachte opkomt tegen toepassing van een conservatoire maatregel, zoals bijv. de voorlopige hechtenis, de inbeslagneming, een rechterlijk bevel tot handhaving van de openbare orde, dan hoeft de behandeling van het geschil niet in het openbaar te geschieden. Het ligt in de aard der zaak dat het recht op een openbare behandeling pas ter terechtzitting kan worden geëffectueerd. Anders ligt het bij procedures die los van de hoofdprocedure dienen te worden gezien. Ik denk dan met name aan de in paragraaf 2.8 onder a en b genoemde procedures, vooral wanneer ze door een ander dan de (oorspronkelijke) verdachte worden gevoerd. De vraag kan worden gesteld of het raadkamerkarakter van deze procedures wel gerechtvaardigd is en in de wet althans niet de mogelijkheid tot openbare behandeling moet worden ingebouwd.

Bijzondere aandacht verdient hier de behandeling van zaken tegen geestelijk gestoorde verdachten. Indien tijdens het voorbereidend onderzoek blijkt dat een verdachte ten tijde van het begaan van het feit een geestelijke stoornis had, dan kent de wet twee procedures, te weten de raadkamerprocedure van art. 249 Sv en de procedure neergelegd in de artt. 509a e.v. Sv.

Art. 249 Sv geeft de OvJ de bevoegdheid een raadkamerbehandeling te vorderen, indien hij van oordeel is dat zowel art. 37.1 Sr

(69) Zie laatstelijk de Tweede Nota van Wijziging (4 november 1982) nr. 11 in de reeks.

toepasselijk is alsook dat de last tot plaatsing in een krankzinnigengesticht of een bevel tot terbeschikkingstelling van de regering moet worden gegeven. Deze bepaling heeft derhalve alleen het oog op ontoerekenbare verdachten. Voor de wijze van behandeling is aansluiting gezocht bij de bezwaarschriftprocedure. In art. 249.2 Sv worden de leden 2 t/m 5 van art. 250 Sv van toepassing verklaard. Middels deze procedure heeft de wetgever twee vliegen in één klap willen slaan: enerzijds lijkt behandeling van de zaak ter openbare terechtzitting bij het bestaan van een ernstig vermoeden, dat het gepleegde feit de verdachte niet kan worden toegerekend, onraadzaam en onnodig en anderzijds kan de door de OvJ in het belang van de openbare orde nagestreefde uitkomst toch worden nagestreefd. Art. 251 Sv schrijft voor dat in geval aan een buitenvervolginstelling een last of bevel als vorenbedoeld is gekoppeld, de verdachte of diens raadsman binnen 6 dagen, nadat die beschikking in kracht van gewijsde is gegaan, daartegen bezwaar kan maken, waarna een verwijzing naar de — openbare — terechtzitting volgt. Op deze wijze is het beginsel van openbaarheid op voldoende wijze gewaarborgd.

Bij het invoeren van laatstbedoelde procedure is de wetgever uitgegaan van de gedachte dat bijzondere waarborgen behoorden te worden getroffen voor de behartiging van de belangen van die verdachten die ten gevolge van de ziekelijke storing of gebrekkige ontwikkeling hunner geestvermogens zich niet kunnen bedienen van de rechten die het Wetboek van Strafvordering aan de verdachte toekent. Art. 509a Sv draagt aan de rechtbank of het gerechtshof op om uit te maken of zich een zodanige situatie voordoet. Zij dienen zulks 'in elke stand der zaak' te doen, indien het een strafrechtelijk meerderjarige betreft en er een vermoeden bestaat dat bij de verdachte tijdens het begaan van het feit gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke storing der geestvermogens bestond en dat hij ten gevolge daarvan niet in staat is zijn belangen behoorlijk te behartigen (art. 509a Sv). De procedure van art. 509a e.v. Sv is toepasselijk op zowel toerekenbare als ontoerekenbare verdachten. Onderdeel van deze procedure maakt uit dat de behandeling — tenzij er medeverdachten zijn — niet in het openbaar plaatsvindt (art. 509d jo art. 500f Sv). Ook deze bepaling staat op gespannen voet met het — ook aan een geestelijk gestoorde verdachte — toekomende recht op 'a public hearing' (70).

(70) In evenbedoeld gewijzigd ontwerp wordt artikel 509a Sv in die zin ge-

Art. 6.1 bepaalt dat 'judgment shall be pronounced publicly'. Geen uitzonderingen zijn schijnbaar op deze regel toegelaten. Art. 175.3 Grondwet schrijft voor dat de uitspraak met open deurengeschiedt. Ingevolge lid 5 van dit artikel kan voor de door de wet aan te wijzen strafbare feiten van deze regel worden afgeweken. In de nieuwe grondwet (art. 6.9) ontbreekt deze met art. 6.1 EV onverenigbare bepaling. Voor wat de hoofdprocedure betreft voldoet onze nationale wet middels art. 20.3 RO, dat bepaalt dat de vonnissen en arresten in strafzaken in het openbaar worden uitgesproken aan de gestelde eis. Deze bepaling is nader uitgewerkt in de artt. 362.1 en 443 Sv. Art. 500f Sv heeft geen betrekking op de uitspraak; het wijkt voor het beginsel van openbaarheid van de uitspraak, HR 15 februari 1972, NJ 1973, 34, m.nt. A.L.M.).

Het is mij niet geheel duidelijk waarom art. 14k.2 Sr bepaalt dat alleen als de beslissing een last tot tenuitvoerlegging inhoudt de uitspraak openbaar is. Het verdient aanbeveling de redactie van deze bepaling aan te passen aan die van art. 15f.2 Sr. Art. 14k.2 Sr wordt in het gewijzigd ontwerp-Wet vermogenssancties alleen in die zin gewijzigd dat ook als de beslissing inhoudt dat de gestorte waarborgsom geheel of ten dele aan de Staat toevalt, zij in het openbaar moet worden uitgesproken (71). Eenzelfde methodiek hanteert de wetgever in het gewijzigd ontwerp-11932 (72). Alleen wanneer de t.b.r. zonder verpleging van overheidswege wordt omgezet in een t.b.r. met verpleging, wordt de beslissing in het openbaar uitgesproken (art. 509n.2 Sv nieuw). In geval van een vordering tot verlenging van de t.b.r. wordt de beslissing alleen in geval van toewijzing daarvan in het openbaar uitgesproken (art. 509t.3 Sv nieuw). Daartegen wordt in appel weer iedere beslissing — om het even of evenbedoelde beslissing nu bevestigd of vernietigd wordt — door het Arnhemse hof in het openbaar uitgesproken (art. 509x.2 Sv nieuw). Ook in zoverre zou ik gelijkschakeling

→ wijzigd dat gelezen moet worden: indien vermoed wordt dat de geestvermogens van de verdachte gebrekkig ontwikkeld zijn.

(71) Zie noot 32.

(72) Zie noot 69.

met art. 15f.2 Sr — en daarmee tevens ook overeenstemming met art. 6.1 EV — willen bepleiten.

De uitspraak in uitleveringszaken wordt altijd in het openbaar uitgesproken (art. 29 Uitleveringswet jo art. 362.1 Sv). Problemen rijzen ook hier weer bij de raadkamerprocedure. Ik verwijs daarbij naar de in de vorige paragraaf gemaakte opmerkingen. Voorts vraag ik me af of de beslissing in de bezwaarschriftprocedure ex art. 250 Sv niet in het openbaar behoort te worden uitgesproken. Is dit een afzonderlijke procedure die een openbare uitspraak vergt of gaat het hier om een aan de hoofdprocedure accessoire procedure die met een beschikking in raadkamer kan eindigen?

7. HET RECHT OP EEN BEHANDELING DOOR EEN ONAFHANKELIJKE, ONPARTIJDIGE EN BIJ DE WET INGESTELDE RECHTERLIJKE INSTANTIE

Dit onderdeel van art. 6 lijkt mij de minste problemen op te leveren. De onafhankelijkheid van de Nederlandse strafrechter wordt gewaarborgd door de artt. 180 en 72 Grondwet. Zie ook art. 6.5 van onze nieuwe grondwet. Benoeming door de Kroon voor het leven respectievelijk bezoldiging bij de wet zijn in die bepalingen vastgelegd. In de eis dat de rechterlijke instantie bij de wet is ingesteld voorziet onze nationale wet middels de Wet RO. Onpartijdigheid is een subjectief criterium dat zich moeilijk in wetstermen laat vertalen. De rechterlijke onpartijdigheid is aangevochten in het arrest HR 13 januari 1981, NJ 1981, 79, m.nt. Th.W.v.V.), in verband met de publikatie van het rapport Schöffers. De HR overwoog toen dat een juiste toepassing van art. 6.1 EV niet medebrengt dat het OM in een strafrechtelijke vervolging niet, of niet meer, ontvankelijk is wanneer de mogelijkheid bestaat dat door een publikatie van de rijksoverheid de onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid van de rechter en/of de rechterlijke oordeelsvelling wordt beïnvloed. Het betreft hier een uniek geval dat niet tot enige wettelijke maatregel aanleiding hoeft te geven.

In een tweetal arresten heeft de HR uitgemaakt dat de Krijgsraad en het Hoog Militair Gerechtshof elk moeten worden aangemerkt als een 'independent and impartial tribunal' in de zin van art. 6.1 EV, HR 6 januari 1981, NJ 1981, 515, m.nt. G.E.M. en HR 22 juni 1982, DD 1982, 395.

8.1. De transactieprocedure

In het arrest-Golder (73) heeft het Hof beslist dat art. 6 niet alleen bepaalde waarborgen inhoudt voor het verloop van rechterlijke procedures doch:

'secures to everyone the right to have any claim relating to his civil rights and obligations brought before a court of tribunal'.

Uit het arrest-Deweer (74) blijkt dat dit 'right to court' in gelijke mate geldt 'in the determination of any criminal charge'. Het recht van toegang tot de rechter ('the right of access') vormt een aspect van eerstgenoemd recht. De vraag die hier nu wordt gesteld en in het vervolg wordt beantwoord is deze: is onze wettelijke regeling inzake transacties in overeenstemming met het recht op een rechterlijke procedure?

Ons Wetboek van Strafrecht kent twee vormen van transacties: de OM-transactie en de politietransactie. Voor de regeling van deze transacties verwijs ik hier naar de artt. 74 en 74bis Sr, het Besluit politietransactie van 18 april 1978 (Stb. 192) en het Besluit transactie Koninklijke Marechaussee van 18 april 1978 (Stb. 193) (75). Voorts bevatten sommige bijzondere wetten een transactieregeling. Zie bijv. art. 36 WED, art. 76 Algemene wet inzake rijksbelastingen en art. 197 Algemene wet inzake de douane en accijnzen.

Het gewijzigd ontwerp-Wet vermogenssancities (76) stelt in art. 74 Sr (nieuw) voor om de mogelijkheid tot transactie uit te breiden tot misdrijven waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf van niet meer dan 6 jaar is gesteld. Gedetailleerde richtlijnen voor de toepassing worden in het vooruitzicht gesteld.

Art. 74.1 Sr veronderstelt dat bij een transactie het initiatief uitgaat van de verdachte die een daartoe strekkend verzoek doet. Hierop volgt dan een voorwaardelijke inwilliging daarvan van de kant van het OM. Door de vrijwillige voldoening aan de gestelde

(73) Zie noot 26, blz. 18.

(74) Arrest van 27 februari 1980, ECHR Series A vol. 35 (1980).

(75) Deze besluiten zijn sedertdien gewijzigd.

(76) Zie noot 32.

voorwaarde komt de transactie tot stand. De praktijk is echter, zoals zo vaak het geval is, sterker dan de leer. Als het OM inderdaad volgens de tekst van evengenoemd artikellid een afwachtende houding zou aannemen, zouden veel te weinig strafzaken die voor een dergelijke wijze van afdoening in aanmerking komen, kunnen worden afgewikkeld. De praktijk is derhalve dat het OM een aanbod tot transactie doet bijv. door toezending van een acceptgiro-kaart. Gaat de verdachte metterdaad op dit aanbod in dan is een geldige transactie tot stand gekomen. Het OM doet op die manier als het ware een *voorwaardelijk* aanbod: voor het geval U, verdachte, mij een verzoek tot transactie doet, deel ik U reeds thans mede dat ik onder de na te noemen voorwaarden (meestal betaling van een geldsom binnen een bepaalde termijn) aan dat verzoek gevolg zal geven. Door betaling doet de verdachte het verzoek, waarop dit aanbod anticipeerde, en is tegelijkertijd de transactie een feit.

Het is de bedoeling van de wetgever geweest dat het bedrag van het transactievoorstel gelijk zou zijn aan de geldboete die naar verwachting door de rechter zou zijn opgelegd. Het OM zou in diens voorstelling telkens moeten schatten welke straf *in het concrete geval* door de rechter zou zijn toebedeeld (77). Ook in dit opzicht is de rechtswerkelijkheid echter geheel anders en plegen de Procureurs-Generaal terzake een *richtlijn* te geven: de richtlijn voor het transactie- en strafvorderingbeleid inzake kantongerechts-overtredingen (78). Deze richtlijn geeft per overtreding en per overtreder merendeels met behulp van tariefgroepen aan in een vaste reeks:

1. het vaste tarief van de politietransactie, indien het een politie-transigabele overtreding betreft;
2. het bedrag dat doorgaans moet worden betaald bij transactie door het OM;
3. de geldboete die het OM doorgaans ter terechtzitting vordert, indien geen transactie plaatsvindt.

Rommeling en de Wildt (79) zijn van oordeel dat de transactie als

(77) Aldus M.H. de Wildt, Van schikken, wikkelen en wegen, in: Strafrechtspleging onder spanning, 1981, blz. 31 e.v.

(78) Deze richtlijn is gepubliceerd in een supplement van de Nederlandse Staatscourant van 29 juni 1982, nr. 121.

(79) De Wildt, o.c., blz. 32; Noyon-Langemeijer-Rommeling, losbladig, aant. 2 ad art. 74 Sr.

een bepaald soort publiekrechtelijke 'dading' is te beschouwen. Ook Jonkers (80) ziet er iets 'overeenkomstachtigs' in. De Beaufort (81) ziet het meer als een (administratieve) transactieboete. De transactie is naar zijn oordeel een sanctie die ligt tussen de beslissing tot sepot aan de ene kant en die tot dagvaarden aan de andere kant. Het verschil met de sepotbeslissing waaraan voorwaarden zijn verbonden acht deze schrijver gradueel. Wat hier ook van zij, één ding staat vast: een transactievoorstel van de kant van het OM moet worden aangemerkt als een 'criminal charge' in de zin van art. 6 EV. Immers de 'charge' wordt door het Hof gedefinieerd als 'the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence'. Aan deze voorwaarde voldoet een transactievoorstel gewis. Het OM beweert immers niet alleen dat de verdachte een strafbaar feit heeft begaan doch vooronderstelt zulks zelfs. Hieraan doet niet af dat volgens de huidige tekst van art. 74.1 Sr — formeel — aan het transactievoorstel een verzoek van de verdachte vooraf behoort te gaan, nu blijkens vorenvermelde richtlijn een dergelijk verzoek van de verdachte niet wordt afgewacht. Het in het gewijzigd ontwerp-Wet vermogenssancties voorgestelde art. 74.1 Sr (nieuw) doet wat dat betreft reëler aan: dit artikel spreekt over de bevoegdheid van het OM om voor de aanvang van de terechtzitting voorwaarden te stellen ter voorkoming van strafvervolgung, zij het dat hier opmerking verdient dat de term 'strafvervolgung' wat ongelukkig gekozen lijkt, nu het stellen van deze voorwaarden zelve reeds de strafvervolgung een aanvang heeft doen nemen. Het ware beter om deze term te vervangen door de woorden 'dagvaarding of oproeping ter terechtzitting'.

Het vorenstaande brengt mede dat op het moment dat door of vanwege het OM een transactievoorstel wordt gedaan, in beginsel aan de verdachte de in art. 6 EV neergelegde rechten toekomen. Het is dan ook volkomen terecht dat de Vaste Commissie voor Justitie van de Eerste Kamer in haar voorlopig verslag opmerkt dat in voormeld gewijzigd ontwerp 'voorschriften ontbreken, die aangeven, hoe de *transactieprocedure* (curs. v.B.F.) dient te verlo-

(80) W.H.A. Jonkers, Het Penitentiair Recht, losbladig, hoofdstuk V, blz. 4.

(81) L.A.R.J. de Beaufort, Strafbevel of strafvoorstel, een onderzoek naar een vereenvoudigde strafrechtspleging, 1979, blz. 17.

pen en hoe de voorwaarden worden vastgesteld' (82). Trouwens zulks geldt niet alleen ten aanzien van transactievoorstellen terzake van misdrijven doch ook ten aanzien van die terzake van overtredingen. Zo dient de wet regels te bevatten die de verdachte garanderen dat hij tegelijk met of onverwijd na een transactievoorstel in een taal welke hij verstaat en in bijzonderheden op de hoogte wordt gebracht van de aard en de reden van de tegen hem ingebrachte beschuldiging. Voorts rijst de vraag of de verdachte, die on- of minvermogend is, niet — en dat geldt in het bijzonder bij transactievoorstellen terzake van gepleegde misdrijven — aanspraak moet kunnen maken op rechtsbijstand, kosteloos of tegen verminderd tarief, wanneer het gaat om de beoordeling van dat transactievoorstel. Dit lijkt me vooral van belang in gevallen waarin de kans van slagen van een bepaald verweer moet worden ingeschat. Vervolgens dient de verdachte voldoende tijd te worden gelaten om te beslissen of hij al dan niet op het transactieaanbod wil ingaan. Al deze verdragsrechtelijke waarborgen schreeuwen om een wettelijke regeling. Momenteel is de transactieprocedure geheel en al aan het OM overgelaten. Het OM doet de verdachte een acceptgiro-kaart sturen, bepaalt vervolgens welke informatie omtrent het historisch gebeuren op deze girokaart wordt vermeld en kan tenslotte vrijelijk aan de verdachte voorschrijven wanneer deze uiterlijk op het transactievoorstel gereageerd moet hebben. Strafprocesueel gezien verkeert de verdachte van meet af aan in een 'underdog'-positie. Het verzuim om de verdachte de mogelijkheid te bieden zich in de fase voorafgaande aan de transactie van zijn verdedigingsrechten te bedienen, heeft tot gevolg dat de processuele positie van verdachte en OM blijvend ongelijkwaardig is. Het voorgaande geldt voor *alle* OM-transacties ongeacht of ze een misdrijf dan wel een overtreding betreffen. Immers de werking van art. 6 beperkt zich niet tot de lichtere strafbare feiten, al is het natuurlijk zonneklaar dat het belang van de verdachte bij een wettelijke regeling van de transactieprocedure groter zal zijn naarmate de strafbare feiten ernstiger en daardoor de te stellen voorwaarden ingrijpender zullen zijn. Het Hof heeft in het arrest-Deweer (83) uitgemaakt dat een trans-

(82) Zie noot 32, het voorlopig verslag is gedateerd 22 oktober 1982.

(83) Zie noot 74.

actie op zichzelf niet met art. 6 EV in strijd is, vermits er van enige dwang of druk maar geen sprake is. Zulks lijkt ook logisch, omdat de verdachte ook de mogelijkheid moet hebben om van de in art. 6 neergelegde rechten vrijwillig afstand te doen. Is er geen sprake van een vrije keuze dan wordt hij in strijd met art. 6.1 afgehouden van de toegang tot de rechter. Bevat de wet een met voldoende waarborgen omklede procedure — waarin ten volle recht wordt gedaan aan de in art. 6 neergelegde voorschriften — dan mag worden aangenomen dat de verdachte 'vrijwillig' op het transactieaanbod is ingegaan. In dit verband doet het overigens wat navrant aan dat in art. 74.1 Sr (nieuw) nu juist het woord 'vrijwillig' is weggelaten.

8.2. Het voorwaardelijk sepot

Tot het uitroepen der zaak ter terechtzitting kan de OvJ een zaak (voorwaardelijk) seponeren. De mogelijkheid van een voorwaardelijk sepot is alleen vermeld in de artt. 244.3 jo 245.4 en 493 Sv. Maar ook vóórdat tegen de verdachte een vervolging in zijn traditionele betekenis is aangevangen, kan een zaak tegen de verdachte voorwaardelijk worden geseponeerd. Aan een sepot in de zin van art. 167 Sv worden eenvoudigweg, zonder dat de wet het OM daartoe uitdrukkelijk machtigt, bepaalde voorwaarden verbonden. Het OM gaat kennelijk van de gedachte uit dat, indien de wet het meerdere toelaatbaar acht, te weten vervolging, het vrij staat om — nu zulks in de regel in het voordeel van de verdachte werkt — het mindere toe te passen. Dit voorwaardelijk sepot benadert in zijn werking dicht de voorwaardelijke veroordeling. Het heeft tot strekking de verdachte onder de dreiging van een (verdere) strafvervolging een aantal voorwaarden te doen nakomen die deels erop gericht zijn herhalingen in de toekomst te vermijden en deels ertoe strekken om de gevolgen van het strafbare feit zoveel mogelijk te herstellen.

Dit voorwaardelijk sepot — om het even of het een sepot conform art. 167 dan wel art. 242 Sv betreft — voldoet eveneens aan de eis die door het Hof in Straatsburg aan een 'criminal charge' wordt gesteld. Onze huidige wettelijke regeling bevat geen bepalingen omtrent de te stellen (en niet te stellen) voorwaarden, omtrent de proeftijd, een toetsing door de rechter inzake de beslissingen

van het OM ná het voorwaardelijk sepot. Voor wat het laatste betreft is er altijd nog een toetsing door de rechter ter terechtzitting van het door het OM in dezen gevoerde beleid, indien het OM na een voorwaardelijk sepot toch vervolgt, doch zulks is niet het geval als het OM *niet* vervolgt en de gestelde voorwaarden, waaraan door de verdachte is voldaan, niet in een juiste verhouding staan tot het gepleegde strafbare feit. Nu wil ik er wel vanuit gaan dat zulks in de praktijk niet licht zal voorkomen, gezien de kwaliteit en de integriteit van de leden van het OM, doch een wettelijke regeling kan misschien bewerkstelligen dat ook in die enkele gevallen dat wél onredelijke voorwaarden worden gesteld, bezien in relatie tot het gepleegde feit, de verdachte bescherming geniet.

Het voorgaande brengt mij niet alleen tot de conclusie dat het voorwaardelijk sepot — in welk stadium van het strafproces ook tot stand gekomen — een wettelijke regeling verdient, doch ook dat van die wettelijke regeling procedurevoorschriften deel uit dienen te maken, die waarborgen dat de verdachte zijn verdedigingsrechten kan effectueren. Met name dient gewaarborgd te zijn dat de verdachte 'vrijwillig' de gestelde voorwaarden nakomt. Anders is er ook weer sprake van een blokkering van de toegang tot de rechter. Ik verwijs hierbij naar hetgeen ik bij de transactieprocedure heb opgemerkt.

8.3. De dienstverlening

Sinds februari 1981 wordt geëxperimenteerd met het instituut dienstverlening (84). Onder dienstverlening wordt in de regel verstaan het minimaal 40 en maximaal 150 uur in de vrije tijd onbetaald verrichten van werkzaamheden ten behoeve van de gemeenschap. Deze dienstverlening komt in zeer veel verschillende modaliteiten voor. In dit kader zijn vooral van belang die modaliteiten waarbij de rechter niet wordt ingeschakeld, te weten het onvoorwaardelijk sepot, het voorwaardelijk sepot, het uitstel van de sepotbeslissing tot na de voltooiing van de dienstverlening en het zogeheten 'Alkmaarse model', inhoudende een overeenkomst tussen verdachte en OvJ waarbij deze niet van vervolging maar van een

(84) A.P.G. de Beer en A.M. van Kalmthout, Dienstverlening: ook veel zwaluwen maken nog geen zomer, DD 12 (1982), blzz. 458 e.v.

eis tot onvoorwaardelijke vrijheidsstraf belooft af te zien. Dat het bij deze modaliteiten om een vervolging in de zin van art. 6 gaat, lijkt mij evident. Ook hier geldt dat een dienstverleningsprocedure in de wet moet worden vastgelegd die wederom waarborgt dat de verdachte 'vrijwillig' met het dienstverleningsvoorstel accoord gaat. Daartoe hoort ook zeker de mededeling van de OvJ aan de verdachte welke eis de OvJ voor ogen staat in geval van het niet doorgaan of de mislukking van de dienstverlening. Aangezien het gehele dienstverleningsproject zich nog in een experimenteel stadium bevindt lijkt het niet zinvol tot in details in te gaan op welke wijze een dergelijke dienstverleningsprocedure gestalte moet krijgen.

8.4. Het recht van toegang tot de rechter in verband met het aanwenden van rechtsmiddelen

Het Europees Verdrag garandeert niet het recht op een hogere voorziening. Volgens de Straatsburgse jurisprudentie ligt dat recht daarin ook niet impliciet besloten. Wel gelden, wanneer naar nationaal recht de mogelijkheid tot het instellen van een rechtsmiddel is gegeven, de waarborgen van art. 6 — onder welke het recht van toegang tot de verzet-, appel- of cassatierechter — daarvoor onverkort.

De HR heeft de afgelopen jaren vele belemmeringen die inzake de toegang tot de verzet-, appel- of cassatierechter door de wetgever waren opgeworpen geslecht. We kunnen daarbij ruwweg drie terreinen onderscheiden: 1. het te laat instellen van een rechtsmiddel, 2. het instellen van het verkeerde rechtsmiddel en 3. het niet-inacht nemen van de vereiste formaliteiten bij het aanwenden van het rechtsmiddel.

Ad 1: Het is momenteel vaste rechtspraak dat, wanneer de verdachte buiten zijn schuld te laat een rechtsmiddel aanwendt, hij desalniettemin ontvankelijk wordt geacht. Heel duidelijk blijkt zulks uit het arrest HR 20 januari 1981, NJ 1981, 350, m.nt. Th.W.v.V., in welk arrest de HR overweegt dat:

'het (. .) niet uitgesloten is dat de gebreken, welke de aanwending van dit rechtsmiddel aankleven, het gevolg zijn van bijzondere, de verdachte niet toe te rekenen, omstandigheden'.

Vervolgens stelt de HR vast dat de verdachte op onjuiste wijze en tardief in appel is gekomen en de rechtbank ten onrechte niet heeft doen blijken een onderzoek naar die 'de verdachte niet toe te rekenen omstandigheden' te hebben ingesteld. Vgl. ook HR 18 december 1979, NJ 1980, 199, m.nt. Th.W.v.V., in welk arrest de HR oordeelde dat de in de artt. 408.2 en 432.2 Sv vervatte regeling dat in gevallen dat de dagvaarding *wel* doch de oproeping om op de nadere terechtzitting te verschijnen na een schorsing van het onderzoek voor onbepaalde tijd *niet* in persoon is betekend, de beroepstermijn pas begint te lopen op het moment dat blijkt van enige omstandigheid waaruit voortvloeit dat de inhoud van de bestreden uitspraak de verdachte bekend is, ook behoort te gelden voor het rechtsmiddel van verzet, vermoedelijk omdat hier van een vergissing van de wetgever sprake is.

Ik zou voorop willen stellen dat het aanbeveling verdient om dit jurisprudentierecht wettelijk vast te leggen. Voorts komt bij mij de vraag op of dit beginsel van schuldeloosheid door de HR niet te ver wordt doorgevoerd, in die zin dat soms ook in geval van een geringe schuld 'the right of access to court' overeind dient te blijven. Immers, zoals reeds in paragraaf 5 is uiteengezet, kan daarvan pas worden gesproken als de verdachte — uitdrukkelijk of stilzwijgend — van dat recht afstand heeft gedaan. Het uitdrukkelijk afstand doen (of intrekken) van rechtsmiddelen is geregeld in de artt. 453 e.v. Sv. Het stilzwijgend afstand doen laat zich moeilijker in een wettelijk kader vastleggen. Het zal zich in de regel voordoen bij het ongebruikt voorbij laten gaan van de termijn die voor het instellen van dat rechtsmiddel is voorgeschreven. Twee voorbeelden uit de rechtspraak van de HR moge het een en ander verduidelijken:

— HR 23 juni 1981, NJ 1981, 636, m.nt. Th.W.v.V.): In de in persoon betekende appeldagvaarding is een niet bestaande zittingsdatum vermeld. Die vergissing onthief de niet ter terechtzitting verschenen verdachte niet van de verplichting inlichtingen in te winnen omtrent de datum van 's Hof's uitspraak. Het cassatieberoep werd geacht te laat te zijn ingesteld;

— HR 23 maart 1982, DD 82.079: Een betekening in persoon van een verstekmededeling aan een verdachte die noch de Nederlandse taal begrijpt noch kan lezen of schrijven geldt als een omstandigheid waaruit voortvloeit dat het bestreden vonnis de verdachte bekend is. Van diegene die in een strafzaak betrokken is

mag in redelijkheid worden geveerd dat deze zich tijdig op de hoogte stelt van de inhoud van een aan hem uitgereikt gerechtelijk schrijven, indien die inhoud hem bij inontvangstneming niet duidelijk is. Zie ook recentelijk HR 9 november 1982, DD 83.098.

Mijn twijfel geldt het tweede arrest, vooral als men het in art. 6.3.e EV bepaalde mede in beschouwing neemt. Ik vind het moeilijk te aanvaarden dat in een dergelijk geval de — buitenlandse — verdachte geacht wordt stilzwijgend afstand te hebben gedaan van het recht om het openstaande rechtsmiddel aan te wenden. Anders gezegd: misschien eist art. 6 EV dat ook in dergelijke gevallen tardiviteit bij het instellen van rechtsmiddelen wordt gepardonneerd.

Ad 2 en 3: Bij het instellen van het verkeerde rechtsmiddel en het niet-inacht nemen van de vereiste formaliteiten daarbij stelt de HR niet de eis van schuldeloosheid. Iedere verdachte wordt geacht het volgens de wet openstaande rechtsmiddel te hebben willen instellen. Zie bijv. HR 9 juni 1981, NJ 1981, 508, m.nt. Th.W.v.V. Ook de door de wetgever verlangde formaliteiten bij het aanwenden van een rechtsmiddel zijn door de HR langzamerhand weggeïnterpreteerd. Zie bijv. HR 26 mei 1981, DD 81.334, in welk arrest de HR heeft beslist dat een voor de appeltermijn ter griffie van de rechtbank ingekomen brief bezwaarlijk anders kon worden verstaan dan als een uiting van verdachtes wens om binnen de wettelijke termijn tegen het vonnis hoger beroep in te stellen en daarom had behoren te worden opgevat als een bijzondere volmacht in de zin van art. 450.b Sv, terwijl het achterwege blijven van het opmaken van een appelakte niet ten nadele van de verdachte mocht strekken. In dit opzicht voldoet ons recht volledig aan art. 6 EV, zij het dat deze liberalisatie bij het aanwenden van rechtsmiddelen in de wet nog niet zijn beslag heeft gevonden.

9. DE ONSCHULDSPRESUMPTIE

9.1. De draagwijdte van art. 6.2 EV

Art. 6.2 houdt in dat een vervolgte voor onschuldig moet worden gehouden — en derhalve ook niet als een schuldige mag worden behandeld — zolang zijn schuld niet is vastgesteld, waarbij deze

schuldvaststelling dan moet worden opgevat in de ruime zin van: gegroundverklaring van de ingestelde strafvervolgning. De draagwijdte van dit principe is nog volstrekt onduidelijk. Zulks blijkt bijvoorbeeld uit de navolgende beschrijving die Trechsel (85) geeft van de werking van de onschulds-presumptie in het strafprocesrecht:

‘Der Grundsatz erweist sich zunächst als *relative Garantie*: Er enthält die Beweisregel ‘in dubio pro reo’, die sich sowohl bei der Verteilung der Beweislast wie auch bei der Beweiswürdigung auswirkt. Weiter ergeben sich aus ihm gewisse ‘Vorwirkungen’ für das Verfahren, indem die Bedingungen für ein unvoreingenommenes Urteil gewährleistet sein sollen. Endlich garantiert er die Gesetzmässigkeit des Beweisverfahrens.

Als *absolute Garantie* schützt der Grundsatz vor ‘Äusserungen über die Schuld eines Nichtverurteilten, vor übermässigen Zwangsmassnahmen im Laufe des Verfahrens sowie – bei nicht verurteilendem Verfahrensabschluss – in gewissem Masse vor belastenden Äusserungen im Rahmen der Urteilsbegründung und vor unangemessenen Nebenfolgen’.

Schubarth (86) werpt voorts de vraag op ‘wie weit der Grundsatz in dubio pro reo Reflexwirkungen auf die Ausgestaltung auch des materiellen Strafrechts haben muss’, waarbij hij met name de kwestie aansnijdt ‘ob das Gesetz (...) *Beweiserleichterungen* vorsehen darf’.

Zowel de Nederlandse als de Straatsburgse jurisprudentie met betrekking tot art. 6.2 is schaars. Vele klachten die ook raakpunten hebben met het tweede lid worden vaak onder de noemer van het eerste lid – en dan met name het daarin neergelegde recht op een ‘fair hearing’ – gebracht. Voor de Nederlandse rechter is een beroep op art. 6.2 onder meer gedaan in verband met de verbindendheid van art. 33a WWV, HR 19 oktober 1976, NJ 1977, 18 m.nt. Th.W.v.V.; HR 29 november 1977, NJ 1978, 564 en art. 40 lid 1 WWV, HR 27 oktober 1981, NJ 1982, 158, beide keren zonder succes.

In de Nederlandse literatuur wordt art. 6 lid 2 vaak in verband gebracht met het ‘nemo tenetur-beginsel’. Dit beginsel is in het preadvies voor de NJV 1982 van Myjer aan de orde gesteld. Ook Aler

(85) S. Trechsel, Struktur und Funktion der Schuldlosigkeit. Ein Beitrag zur Auslegung von Art. 6 Ziff. 2 EMRK, in: Schweizerische Juristen-Zeitung, 1981, blz. 317.

(86) M. Schubarth, Zur Tragweite des Grundsatzes der Unschuldsvermutung, Basel 1978, blz. 3.

(87) besteedt er in zijn recente dissertatie veel aandacht aan. Ik volsta hier ermee naar deze beide werken te verwijzen.

In het navolgende zal ik slechts aan een aspect van de onschulds-presumptie aandacht besteden, te weten de administratieve afdoening van lichte verkeersovertredingen. Voor wat betreft de toetsing van de artt. 12.3 en 302 Sv aan art. 6.2 EV verwijs ik naar de bijdrage van Fernhout, getiteld: De praesumptia innocentiae en art. 12 Sv in DD 12 (1982), p. 487.

9.2. Administratieve afdoening van lichte strafzaken

Op 10 november 1981 heeft Mulder in een door de Centrale Politie Verkeerscommissie georganiseerde bijeenkomst een warm pleidooi gehouden voor een administratieve in plaats van een strafrechtelijke afdoening van de massaal gepleegde (eenvoudige) verkeersovertredingen (88). Onder administratieve afdoening verstaat deze schrijver, kort samengevat:

- a. het OM beslist of er gronden zijn om terzake van de geconstateerde overtreding een vermogenssanctie op te leggen en zo ja bepaalt het de op te leggen sanctie en de omvang ervan;
- b. indien de overtreder daartegen bezwaar maakt beslist het OM gemotiveerd op het bezwaarschrift;
- c. tegen deze beslissing kan de overtreder beroep instellen bij de rechtbank op één of meer van de volgende gronden:
 1. het feit is niet verboden;
 2. de overtreder treft geen enkele schuld;
 3. bij het onderzoek en het nemen van de beslissing is enig in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel van behoorlijk bestuur geschonden;
 4. de sanctie is niet evenredig aan de aard van het feit of de omstandigheden waaronder het is begaan;
- d. de als administratieve rechter optredende strafkamer van de rechtbank kan de beslissing van het OM vernietigen en, zo nodig, zelf in de zaak voorzien;

(87) G.P.A. Aler, De politiebevoegdheid bij opsporing en controle, Zwolle 1982, in het bijzonder blzz. 243 e.v.

(88) A. Mulder, Massaliteit van verkeersovertredingen, in: Verkeersrecht, 1982, blzz. 25 e.v.

e. van de beslissing van de rechtbank staat slechts beroep in cassatie open.

Dit pleidooi vormde de aanleiding voor een motie van de Tweede Kamer, waarin de regering werd verzocht nadere studie te verrichten naar mogelijkheden om eenvoudige verkeersovertredingen op andere dan strafrechtelijke wijze af te doen en de Kamer daarover verslag uit te brengen. Het resultaat van dit verzoek is neergelegd in een brief van de MvJ aan de Voorzitter van de Tweede Kamer (89). Uit deze brief blijkt dat reeds vóór de bewuste voordracht van Mulder bepaalde voorstellen bij het departement in studie waren. In de loop van 1981 werd besloten te dier zake advies in te winnen bij prof. van Dijk, hoogleraar in het recht der internationale organisatie te Utrecht. Bij deze adviesaanvraag was een voorlopige schets van een regeling gevoegd. Deze schets plus het uitgebrachte advies zijn met voormelde brief meegezonden.

De door de MvJ voorgestelde regeling (een nieuwe titel VI — de artt. 531-538 Sv — welke als opschrift draagt: vereenvoudigde afdoening van lichte verkeersstrafzaken) komt in het kort hierop neer:

Met betrekking tot verkeersovertredingen, die naar het oordeel van het OM met geen andere straf of maatregel dan een geldboete van ten hoogste f 500,— zouden moeten worden afgedaan, kan het OM een beslissing tot vereenvoudigde afdoening nemen. Alvorens die beslissing te nemen stelt het OM de verdachte in de gelegenheid daaromtrent bezwaren en opmerkingen te maken. De beslissing tot vereenvoudigde afdoening bevat een korte aanduiding van het feit onder aanhaling van de wettelijke bepalingen waarin het is omschreven en strafbaar gesteld, met vermelding omstreeks welke tijd en waar ter plaatse het is begaan. De beslissing tot vereenvoudigde afdoening verplicht de verdachte op zichzelf niet daaraan te voldoen. Hij kan alsnog om een dagvaardingsprocedure bij het kantongerecht verzoeken, waardoor de beslissing komt te vervallen en de strafzaak alsnog bij gewone dagvaarding aanhangig wordt gemaakt. Laat de verdachte niets van zich horen dan zal het OM een vordering bij de kantonrechter moeten indienen tot bevestiging van zijn beslissing tot vereenvoudigde afdoening en aanvulling daarvan met vervangende hechtenis. Acht de kantonrechter voldoende reden aanwezig om de vordering toe te wijzen dan

(89) Kamerstuk-17478, zitting 1981-1982, nr. 1.

bevestigt hij de beslissing van het OM onder vaststelling van het strafbare feit, waarop zij betrekking heeft en onder strafbaarverklaring van de verdachte aan dat feit. Hij bepaalt tevens hoeveel dagen vervangende hechtenis zullen moeten worden ondergaan, indien betaling achterwege blijft. Eventueel kan hij de te betalen geldsom verlagen. Wordt de beslissing van het OM niet bevestigd, dan vervalt deze, waarna het OM alsnog de zaak bij de kantonrechter via een gewone procedure aanhangig kan maken. Tegen de beslissing van de kantonrechter staat geen rechtsmiddel open, al kan de kantonrechter in exceptionele gevallen een nieuwe behandeling bevelen.

Kenmerkend voor deze procedure is dat de beslissing tot vereenvoudigde afdoening van het OM *eo ipso* voor de verdachte niet bindend is. Zij is geen 'betalingsbevel' doch moet om de verdachte te kunnen binden door de kantonrechter worden bevestigd. Van Dijk acht een verdergaande vereenvoudiging van de afdoening van verkeersovertredingen — en met name een regeling zoals door Mulder voorgesteld waarbij de beslissing van het OM tot vereenvoudigde afdoening voor de verdachte verbindend wordt wanneer deze niet binnen de gestelde termijn bezwaar aantekent — niet in overeenstemming met art. 6. Met name acht hij het met de in art. 6.2 neergelegde onschuldspresumptie onverenigbaar dat een verdachte teneinde het hem in art. 6.1 toegekende recht op een rechterlijke procedure te realiseren, zelf handelend zou moeten optreden tegen een vaststelling van schuld die reeds, en wel via een procedure die zelf niet overeenkomstig art. 6 is, heeft plaatsgevonden. Dat zou er immers op neerkomen alsof lid 2 zou bepalen dat de juistheid van een schuldvaststelling kan worden aangenomen, indien en voor zolangals de betrokkene geen gebruik maakt van de hem geboden mogelijkheid tegen de schuldvaststelling in beroep te komen. Volgens van Dijk is er een fundamenteel verschil tussen de procedure waarbij het gaat om de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen en de procedure ter bepaling van de gegrondheid van een ingestelde strafvervolgung. Bij laatstbedoelde procedure kan het in art. 6.1 gegarandeerde recht van toegang tot de rechter niet los worden gezien van de in art. 6.2 neergelegde onschuldspresumptie. Ligt het in de procedure ter vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen in de aard van de zaak dat de belanghebbende zelf voor zijn rechten opkomt en van deze derhalve ook niet het initiatief tot een rech-

terlijke behandeling conform art. 6 mag worden verwacht, in strafzaken berust dit initiatief bij de overheid en dient art. 6 er juist toe te garanderen dat de overheid daarbij in voldoende mate met de rechten en belangen van de verdachte rekening houdt. Eerst nadat door de rechter een uitspraak is gedaan, komt het initiatief bij de veroordeelde te berusten om tegen die uitspraak eventueel beroep aan te tekenen.

Mulder acht de verwijzing naar de onschulds-presumptie meer modieus dan overtuigend (90). Hij wijst daarbij onder meer op het ontbreken van een deugdelijk criterium voor het onderscheid van met geldboete te straffen en administratief te sanctioneren feiten. Op zichzelf is deze redenering juist. Als we alleen al naar ons belastingrecht kijken dan zien we dat daar allerlei administratieve boetes worden gehanteerd die in feite in belangrijke mate op de verwijtbaarheid van het gedrag van de belastingplichtige bedoelen te reageren. De Leidraad administratieve boeten 1971 bepaalt in paragraaf 2 dat de in de Algemene wet inzake rijksbelastingen en in andere belastingwetten voorkomende verhogingen gemeen hebben dat zij niet moeten worden beschouwd als een vergoeding voor vermoedelijk door de Staat in het verleden geleden schade, doch, als een terzake van de overtreding rechtstreeks krachtens de wet belopen 'straf'. De administratie hanteert een fijnmazig kwijtscheldingsbeleid dat geënt is op de mate van schuld van de belastingplichtige (91).

De invalshoek van Mulder is deze: breng de lichte verkeersovertredingen buiten de strafrechtelijke sfeer en daarmee buiten het bereik van art. 6. Het effect daarvan is dan alleen dit dat het initiatief inzake de toegang tot de rechter nu bij de verdachte ligt en niet bij de overheid. Deze redenering lijkt mij juist. Een procedure zoals door Mulder voorgesteld, waarbij de verkeersovertredingen tot het administratieve recht gaan behoren en deze worden afgedaan door een door het nationale rechtssysteem als administratief aangemerkt orgaan met een mogelijkheid van beroep op een door het nationale rechtssysteem als administratief aangeduide rechter (de strafkamer van de rechtbank) voldoet inderdaad zo

(90) A. Mulder, Alternatieven van rechtsbescherming, in: RMThemis, 1982, blzz. 481 e.v.

(91) Zie S.C. de Lange en S. de Wit, Kort begrip van het fiscaal strafrecht, Deventer 1981, blzz. 96 e.v.

op het oog niet meer aan de door het Hof in het arrest-Engel opgesomde maatstaven. Immers de bedreigde straf is licht en 'the very nature' of de verkeersovertreding lijkt onvoldoende om een daarop betrekking hebbende 'charge' als 'criminal' aan te merken. In zoverre lijkt het voorstel van Mulder dus realiseerbaar.

Echter vraag ik mij af of een dergelijke operatie in overeenstemming is met de strekking van het Europees Verdrag. Uit de artt. 1, 17 en 60 — in hun onderling verband en samenhang gezien — moet toch worden afgeleid dat het verdragsstaten niet is toegestaan om procedures, die binnen het bereik van de waarborgen van art. 6 vallen, enkel en alleen om die procedures aan die waarborgen te onttrekken, over te hevelen van het ene rechtsgebied naar het andere. Ik kan me niet aan de indruk onttrekken dat Commissie en Hof een dergelijke constructie zouden doorprikken. Het motief is weliswaar deugdelijk: een meer doelmatige en minder kostbare afdoening van lichte verkeersovertredingen. Doch het middel — de overheveling van deze afdoening naar het administratieve recht met het enkele doel om de waarborgen van art. 6 te ontgaan — kan niet door de beugel. Hieraan doet niet af dat de rechtsbescherming in het administratieve recht niet veel onderdoet voor die welke door art. 6 wordt geboden.

De Commissie heeft recentelijk een klacht tegen de Bondsrepubliek Duitsland over een Bussgeldbescheid in verband met een beweerd schending van art. 6.3.e ontvankelijk verklaard. Verwacht mag worden aan de hand van de overwegingen van de Commissie omtrent de toelaatbaarheid van 'decriminalisation', dat deze klacht tot een principiële uitspraak omtrent de hiervoor opgeworpen vraag zal leiden. De Commissie wijst daarbij flijntjes op het arrest-Adolf, in welk arrest het Hof ons voorhoudt dat 'Art. 6 of the Convention does not distinguish between non-punishable or unpunished criminal offences and others' (92).

(92) Zie noot 54, blz. 24.

10. HET RECHT OP ONVERWIJLDE EN GEDETAILLEERDE INFORMATIE
OMTRENT DE AARD EN DE REDEN VAN DE BESCHULDIGING IN EEN
BEGRIJPelijke TAAL

10.1. De aan een telastelegging te stellen eisen

Art. 6.3.a verschaft de vervolgte het recht om onverwijld in een taal welke hij verstaat en in bijzonderheden, op de hoogte te worden gesteld van de aard en de reden van de tegen hem ingebrachte beschuldiging. Wat dient nu te worden verstaan onder 'de aard en de reden' van de beschuldiging? De Commissie (93) zegt er in de zaak X tegen België dit over:

'L'accusé a droit être informé de la cause de l'accusation, c'est-à-dire des faits matériels qui sont mis à sa charge et qui sont à l'origine de son inculpation et de la nature de l'accusation, c'est-à-dire de la qualification juridique des faits matériels'.

De reden van de beschuldiging kan mitsdien het beste worden omschreven als het complex van feiten naar aanleiding waarvan de verdachte wordt vervolgd. De aard van de beschuldiging daarentegen is de juridische kwalificatie (benaming) van dit feitencomplex. Het valt op dat de Commissie de aard en de reden van de beschuldiging hier duidelijk als gelijke naast elkaar stelt. Aan beide in art. 6.3.a gestelde vereisten dient in gelijke mate te zijn voldaan. Naar het oordeel van de Commissie hangt dit recht ten nauwste samen het recht dat in art. 6.3.b is neergelegd:

'L'information visée par cette disposition doit contenir les éléments permettant à l'accusé de préparer sa défense sans mentionner nécessairement toutefois les éléments de preuve sur lesquels est fondée l'accusation'.

Met andere woorden: de verstrekte informatie dient alle elementen te bevatten die nodig zijn voor de voorbereiding van de verdediging van de verdachte; de vermelding van de bewijsmiddelen, waarop de beschuldiging steunt, is daarentegen niet vereist. In de zaak-Zeegers tegen Nederland (94) heeft de Commissie overwogen:

(93) Beslissing van 9 mei 1977 in de zaak nr. 7628/76 (X tegen België), DR 9, blz. 170.

(94) Zie noot 6.

'Art. 6 (3) does not require the observance of certain particular formalities of informing the accused of the nature and cause of the accusation against him'.

Art. 6.3.a is allereerst van groot belang voor de eisen die aan een telastelegging gesteld moeten worden. De telastelegging is naar Nederlands recht een, min of meer definitieve, op schrift gestelde beschuldiging die tegen een verdachte wordt uitgebracht. Het Wetboek van Strafvordering bevat drie plaatsen waarop de telastelegging ter sprake komt, te weten art. 261, de artt. 312-314a en de artt. 348 en 350.

Elke inleidende dagvaarding dient krachtens art. 261 Sv een opgave van het feit te behelzen, met vermelding omstreeks welke tijd en waar ter plaatse het begaan zou zijn, alles op straffe van nietigheid. Art. 261.2 Sv verlangt dat tevens de omstandigheden worden vermeld, waaronder het feit zou zijn begaan. Aan dit vage voorschrift — wat moet *wel* en wat moet *niet* onder 'omstandigheden' worden verstaan — heeft de wetgever evenwel geen nietigheidssanctie verbonden. De telastelegging bevat de beschuldiging ten aanzien waarvan de rechter na een wettelijk geregeld onderzoek vaststelt of en in hoeverre zij gegrond is. De rechter onderzoekt zulks 'op de grondslag van de telastelegging' (vgl. de artt. 348 en 350 Sv). De telastelegging stelt paal en perk aan de onderzoeks- en beslissingsvrijheid van de rechter. Deze gebondenheid van de rechter aan de telastelegging hangt samen met het zgn. opportunitietsbeginsel.

De OvJ bepaalt welke feiten aan het rechterlijk oordeel zullen worden onderworpen en welke niet. De OvJ omlijnt door middel van de telastelegging nader de rechtsstrijd. Zulks brengt mede dat aan een telastelegging zodanige voorwaarden moeten worden gesteld dat zij een geschikte grondslag vormt voor het rechterlijk eindonderzoek en de rechterlijke (eind)uitspraak. Het een en ander strekt tot voordeel van de verdachte; hij mag er in redelijkheid op vertrouwen dat de rechtsstrijd in de vorm van deze bepaalde telastelegging is gefixeerd.

Het is de bedoeling van de wetgever geweest dat het OM een 'lopend verhaal' zou maken, een weergave van het historisch gebeuren. Deze bedoeling wordt echter zelden verwezenlijkt. Om praktische redenen sluit de OvJ zich vaak zo dicht mogelijk bij de delictsomschrijving aan. Zulks werkt in de eerste plaats tijdsbespa-

rend. Voorts kan het OM op deze wijze vermijden dat het bij de feitelijke omschrijving van de wettelijke term in de telastelegging daaraan een onjuiste betekenis toekent, daardoor te weinig stelt en aldus het risico loopt dat de rechter naderhand het telastegelegde, zoals bewezen, niet strafbaar oordeelt. Bedient de OvJ zich van een wettelijke term in de telastelegging dan mag hij erop vertrouwen dat de rechter aan deze term de betekenis toekent, welke deze term in de delictsomschrijving heeft. Laat de rechter zulks na dan verlaat hij de grondslag van de telastelegging. De OvJ mag de wettelijke termen, welke in een delictsomschrijving zijn vervat, echter slechts gebruiken voor zover ze een feitelijke betekenis hebben. Hij moet er voor oppassen dat de telastelegging niet als zijnde zuiver kwalificatief nietig is. Een wettelijke term zal zuiver kwalificatief zijn indien onder die term feitelijke gedragingen van uiteenlopend karakter gebracht kunnen worden, zodat niet duidelijk is welke bepaalde handeling aan de verdachte wordt verweten. Het zal een kwestie blijven die van geval tot geval om een beslissing vraagt. Het formuleren van een hard criterium om te kunnen onderscheiden tussen wel en niet louter kwalificatieve wetstermen is bijzonder moeilijk, omdat de betreffende handelingen zich steeds in verschillende vormen kunnen voordoen. Veel zal afhangen van de context waarin de term wordt gebruikt. Van belang is ook, wat van de opsteller van de telastelegging in redelijkheid nog kan worden gevergd, welk processueel belang met een nadere specificatie in de telastelegging wordt gediend. Over het algemeen kent de rechter aan wettelijke termen mede feitelijke betekenis toe.

Zuiver kwalificatieve gedeelten van een telastelegging komen niet voor bewezenverklaring in aanmerking. Voorzover zij er wel in zijn opgenomen, binden zij de rechter niet. Indien de rechter meent het feitelijk gedeelte anders te moeten kwalificeren dan het OM voorshands deed, dan staat hem dat volgens het geldende recht vrij.

De meest gangbare telastelegging is die waarin zowel aan de wet ontleende als andere termen en/of zinsneden zijn opgenomen. Soms bevat de telastelegging eerst een wettelijke omschrijving gevolgd door een feitelijke omschrijving, verbonden door woorden als 'door' of 'hebbende hij/zij'. Ook wel het omgekeerde komen we tegen: de verdachte heeft . . . (feitelijke omschrijving), waardoor hij/zij . . . (wettelijke omschrijving).

De wetgever pleegt op verschillende manieren een strafbaar feit te omschrijven (95):

a. De wet beperkt zich tot de enkele opsomming van de elementen van een strafbaar feit zonder juridische kwalificatie. Dit is de meest gevolgde methode bij de in het Wetboek van Strafrecht voorkomende delicten. Wel krijgen zulke strafbare feiten in de rechtstaal vaak een eigen benaming. Voorbeeld: flessentrekkerij (art. 326a Sr).

b. De wet somt de elementen van een strafbaar feit achter elkaar op en voegt daaraan een juridische kwalificatie toe. Voorbeeld: diefstal (art. 310 Sr).

c. De wet volstaat zonder meer met het vermelden van de juridische kwalificatie. In dat geval zullen door de rechtspraak de elementen van het strafbare feit nader zijn of worden bepaald. Voorbeeld: mishandeling (art. 300 Sr).

d. De wet stelt eenvoudigweg straf op het handelen in strijd met of de overtreding van een bepaalde wetsbepaling. Deze methode wordt vooral gebezigd bij delicten, voorkomende in de bijzondere wetgeving, zoals verkeersdelicten en economische delicten alsmede bij delicten voorkomende in lagere wetgeving, zoals gemeentelijke strafbepalingen.

In geval de rechter het telastegelegde en bewezenverklaarde strafbaar oordeelt dient hij in de uitspraak te omschrijven welk strafbaar feit dat bewezenverklaarde oplevert (art. 358.2 Sv). De eisen die de HR aan de kwalificatie stelt, hangen nauw samen met de wijze waarop het strafbare feit in de wet is omschreven. Is er sprake van een wettelijke benaming (categorieën *b* en *c*) dan kan de rechter met de vermelding daarvan volstaan. Beperkt de wettelijke omschrijving zich tot de enkele verwijzing naar een in een ander wetsartikel voorgeschreven of verboden gedraging dan kan de rechter kwalificeren door eenvoudigweg te vermelden welk wetsartikel is overtreden (categorie *d*). In alle overige gevallen (categorie *a*) is de rechter min of meer verplicht in zijn kwalificatie alle elementen van het strafbare feit tot uitdrukking te laten komen. De vraag rijst nu op welke wijze de telastelegging eventueel mel-

(95) Vgl. D. Hazewinkel-Suringa, Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht, 8e druk bewerkt door J. Remmelink, Alphen aan den Rijn 1981, blz. 91 en G. Knigge, Beslissen en motiveren, de artt. 348, 350, 358 en 359 Sv, Alphen aan den Rijn 1980, blz. 180.

ding zou kunnen maken van de juridische kwalificatie. Alle schrijvers die zich hieromtrent hebben uitgelaten, pleiten voor vermelding in de telastelegging van de door het OM toepasselijk geachte wettelijke strafbepalingen (96). Ik zou mij in het licht van het vorenstaande bij hen willen aansluiten. Het effect van de vermelding van de juridische kwalificatie in de telastelegging zal gezien de verschillende methoden waarop bewezenverklaringen kunnen worden gekwalificeerd nogal uiteenlopen. Een vermelding van de kwalificatie 'afdreiging' zal de verdachte bijv. niet de nodige duidelijkheid verschaffen omtrent de vraag welke de elementen van dit strafbare feit zijn en waar hij deze eventueel zou kunnen vinden. Veel telasteleggingen informeren de verdachte trouwens al door het gebruik van kwalificatieve passages over de aard van de beschuldiging.

Technisch gezien lijkt het — vooral bij strafbare feiten van categorie *a* — niet wel doenlijk voldoende duidelijk in de telastelegging te doen uitkomen welke de *wettelijke* elementen zijn waaruit het strafbare feit bestaat. Juist bij telasteleggingen toegespitst op strafbare feiten van deze categorie komt het vaak voor dat zij een mixtum compositum vormen van passages die niet alleen een kwalificatieve doch ook een feitelijke betekenis hebben. Vermelding van de wettelijke verbods- en strafbepalingen lijkt derhalve voor de hand liggend.

Blijkens het arrest HR 16 januari 1968, NJ 1968, 378, m.nt. C.B. is de HR de vraag voorgelegd of de onderdelen a en b van art. 6.3 — bezien in onderling verband en samenhang — meebrengen dat de informatie omtrent de aard van de tegen de verdachte ingebrachte beschuldiging zou moeten worden verstrekt door verwijzing in de telastelegging naar de desbetreffende strafbepalingen. De HR beantwoordde deze vraag toen ontkennend omdat:

'gemelde regeling zich niet uitlaat over de wijze waarop bedoelde informatie moet worden verstrekt en met name niet eist dat die informatie wordt verstrekt door verwijzing als in het middel bedoeld en (...) ook de belangen van de verdediging, welke de regeling beoogt te beschermen er zich niet tegen behoeven te verzetten dat bedoelde informatie op andere wijze wordt verstrekt'.

(96) Zie D.H. de Jong, De macht van de telastelegging in het strafproces, Arnhem 1981, blz. 155.

Dit arrest heeft veel pennen in beweging gebracht. Bronkhorst wijst er in zijn noot onder het arrest terecht op dat de HR in zijn weergave van de inhoud van de verdragsregeling geen melding maakt van de in art. 6.3.a uitdrukkelijk gestelde eis dat de informatie 'onverwijld' dient te geschieden. M.i. is hier van een duidelijke verschrijving sprake waaraan geen enkele betekenis mag worden gehecht. De HR overweegt in genoemd arrest enkel en alleen dat de verdragsregeling met name niet eist dat meerbedoelde informatie *wordt* verstrekt door verwijzing in de telastelegging naar de desbetreffende strafbepalingen en dat de belangen van de verdediging (. . .) er zich niet tegen *behoeven* te verzetten dat die informatie op andere wijze wordt verstrekt. Hieruit kan op zich niet worden afgeleid dat de cassatierechter van oordeel is dat aan de in art. 6.3 gestelde eisen is voldaan wanneer ter zitting aan de verdachte duidelijk is gemaakt op welk(e) delict(en) de vervolging is gestoeld. De HR heeft zich in genoemd arrest namelijk op geen enkele wijze uitgelaten over het moment waarop de nodige informatie dient te worden verstrekt. Met de woorden 'op andere wijze' had door de HR ook kunnen zijn bedoeld tot uitdrukking te brengen dat de vereiste informatie *in de telastelegging* ook op andere wijze kan worden verstrekt dan door de verwijzing naar de desbetreffende strafbepalingen, namelijk door vermelding van de juridische kwalificatie in eigenlijke zin. Daarop wijst ook de casuspositie die toen aan de HR werd voorgelegd. Het betrof een — korte en duidelijke — telastelegging waarin alle elementen van art. 113 Sr voorkwamen. In een dergelijk geval is ruimschoots aan de verdragsbepalingen voldaan. Het zal dus van de concrete inhoud van de telastelegging afhangen of nog een verwijzing naar de desbetreffende bepalingen in de telastelegging noodzakelijk moet worden geacht.

Ook in het geval dat een telastelegging aangeeft dat er in casu sprake is van diefstal of verduistering — derhalve de wettelijke benaming — kan er geen sprake zijn van schending van de verdragsbepalingen. Integendeel zelfs, ik denk dat de wettelijke benaming de verdachte vaak meer duidelijkheid verschaft dan de relevante strafbepalingen.

Meer duidelijkheid omtrent de opvatting van de HR op dit punt verschaft ons het arrest HR 23 april 1974, NJ 1974, 272, m.nt. Th.W.v.V. In dat arrest overwoog de HR:

'dat niet valt in te zien waarom het niet nakomen van voormelde verdragsbepaling (art. 6.3.a, v.B.F.) — welke niet vordert dat de daarin bedoelde informatie in of bij de dagvaarding wordt verstrekt — de nictigheid van een overigens geldige dagvaarding zou medebrengen; dat evenwel op grond van die bepaling, welke de belangen van de verdediging beoogt te beschermen, moet worden aangenomen dat de rechter, aan wie blijkt van een daarmee strijdige vervolging, die vervolging dient te schorsen, opdat alsnog de in die bepaling bedoelde informatie wordt verstrekt'.

De gedachtengang van de HR lijkt mij deze te zijn. De rechter dient eerst aan de hand van art. 261.1 Sv na te gaan of de telastegging beantwoordt aan de in dat artikel gestelde eisen. Is zulks het geval en voldoet de dagvaarding ook overigens aan de in de wet neergelegde eisen (betekeningsvoorschriften, dagvaardingstermijnen) dan dient de dagvaarding als geldig te worden aangemerkt. Schending van art. 261 Sv leidt er immers op zichzelf niet automatisch toe dat ook art. 6.3.a EV is geschonden. Immers de informatie omtrent de aard en de reden van de beschuldiging behoeft niet in of bij de dagvaarding te geschieden. Het is echter onze *nationale* wetgever die op niet-naleving van art. 261 Sv nietigheid (van de dagvaarding) stelt.

Vervolgens dient de rechter na te gaan of ook overigens het in art. 6.3.a aan de verdachte toegekende recht is nageleefd. Bij een ontkenkend antwoord bevat onze nationale wetgeving geen enkele bepaling die daaraan de sanctie van nietigheid van de dagvaarding verbindt. Blijkt de rechter dat voornoemd verdragsrecht is geschonden dan dient hij de vervolging te schorsen. De HR creëerde hiermede een 'buitenwettelijke' schorsingsgrond. De HR stelt het nogal absoluut. 'De rechter aan wie blijkt van een daarmee (art. 6.3.a) strijdige vervolging *dient* die vervolging te schorsen'. Deze regel lijkt geen uitzonderingen toe te laten. Deze beslissing lijkt vooral ingegeven door de betreffende zaak die aan de HR is voorgelegd. De verdachte was noch in eerste aanleg noch in hoger beroep verschenen. De rechtbank had feitelijk vastgesteld dat de verdachte de inleidende dagvaarding niet heeft begrepen, kennelijk op grond van de taal waarin de dagvaarding was gesteld, en had daarop de appeldagvaarding nietig verklaard. Van Veen stelt in zijn noot onder het arrest terecht dat het Wetboek van Strafvordering, wanneer de verdediging van de verdachte te kort dreigt te komen, een andere weg kiest, namelijk die van schorsing van het onderzoek

ter terechtzitting. Zie de artt. 265.4, 314, 375, 394 en 400.2 Sv. Een vernietiging van de uitspraak van de rechtbank en terugwijzing van de zaak bood in dit geval geen soulaas, omdat de rechtbank dan weliswaar middels een schorsing van het onderzoek ter terechtzitting had kunnen bewerkstelligen dat alsnog de vereiste informatie aan de verdachte werd verstrekt doch dit zou dan tevens tot gevolg hebben dat de verdachte één feitelijke instantie — namelijk de eerste aanleg — zou hebben verloren. Een schorsing van het onderzoek ter terechtzitting is immers een tussenuitspraak en geen einduitspraak. De HR heeft vervolgens — teneinde verdere misverstanden te voorkomen — aan de rechtbank precies voorgeschreven hoe te handelen teneinde te waarborgen dat de zaak in twee instanties zou worden berecht. In zijn arresten van 10 oktober 1978, NJ 1979, 144 en 1 december 1981, NJ 1982, 155, m.nt. Th.W.v.V., komt de HR ook weer op een schorsing der vervolging uit. Het betreft hier echter identieke casusposities. Niettegenstaande de dwingende tekst van eerstgenoemd arrest meen ik dat met name in eerste aanleg wel degelijk naar het middel van schorsing van het onderzoek ter terechtzitting kan worden gegrepen om alsnog aan het vereiste van art. 6.3.a te voldoen. Gezien de strekking van meergemelde verdragsbepaling — de bescherming van de verdedigingspositie van de verdachte — komt het me voor dat bij het onderzoek inzake de vraag of de onderwerpelijke telastelegging wel in alle opzichten aan de verdragsbepalingen voldoet de verdachte het voortouw moet nemen. Van hem dient het initiatief uit te gaan; hij dient een daartoe strekkend verweer te voeren. Of een telastelegging harmoniceert met de verdragsbepalingen kan slechts *in concreto* en niet *in abstracto* worden beoordeeld. De aan een telastelegging te stellen eisen dienen nu eenmaal anders te worden beoordeeld wanneer het gaat om een juridisch geschoolde verdachte of een verdachte die ter zitting door een raadsman wordt bijgestaan. In het laatste geval is de Commissie (97) van oordeel dat sowieso geen sprake kan zijn van schending van art. 6.3.a. Aan niet-inachtneming van deze bepaling dienen alleen rechtsgevolgen te worden verbonden, indien de verdachte ook daadwerkelijk in zijn verdediging geacht kan worden te zijn geschaad.

Het lijkt me niet nodig om de OvJ te verplichten in alle gevallen

(97) Zie noot 52.

in zijn voordracht van de zaak de juridische kwalificatie te vermelden. Hij kan en mag ook rustig afwachten tot de verdachte met zijn bezwaren komt. Ook als de verdachte verstek laat gaan dient deze — dan langs schriftelijke weg — aan te geven dat hij niet heeft begrepen wat de aard is van de in de telastelegging vervatte beschuldiging. Het een en ander kan tot chicanes leiden in geval dat de verdachte pas in hoger beroep verschijnt. Hij zal dan een aanmerkelijke verklaring moeten geven waarom de situatie vergeleken met de eerste aanleg dan zo is veranderd dat hij in hoger beroep wel ter terechtzitting heeft kunnen verschijnen.

Om *praktische* redenen verdient het echter aanbeveling om art. 261 Sv in zoverre te wijzigen dat ook de informatie omtrent de aard van de beschuldiging — de juridische kwalificatie — bij de dagvaarding op straffe van nietigheid wordt verschaft. Een incongruentie inzake de rechtsgevolgen verbonden aan onvoldoende informatie over hetzij de aard hetzij de reden van de beschuldiging lijkt ongewenst. Het lijkt dan eveneens praktisch om art. 261 Sv dan ook maar meteen zo te wijzigen dat een telastelegging onder alle omstandigheden — onafhankelijk van de methode waarop het strafbare feit in de wet is omschreven — aan de eisen van art. 6.3.a en b EV voldoet. Dat is het geval wanneer de telastelegging de wettelijke voorschriften vermeldt, waarop zij is gegrond. Met De Jong (98) meen ik dat wat de redactie van deze aanvulling betreft het beste kan worden aangesloten bij art. 358.4 Sv. Bovendien wordt op deze wijze meer recht gedaan aan het 'onverwijld' karakter van de in art. 6.3.a bedoelde informatieverstrekking.

10.2. Aanvulling en wijziging van de telastelegging

Na het uitbrengen van de dagvaarding staat de inhoud van de telastelegging nog niet geheel vast, al is het kader waarin veranderingen in de telastelegging zijn toegelaten beperkt teneinde de mogelijkheid van een deugdelijke voorbereiding van de verdediging niet uit te hollen.

Wordt de vordering tot *wijziging* der telastelegging toegewezen door de rechter dan wordt het onderzoek voor bepaalde tijd geschorst, tenzij het met toestemming van de verdachte dadelijk

(98) Zie noot 96, blz. 156.

wordt voortgezet. In een verstekprocedure vindt altijd schorsing plaats (art. 314.2 Sv). De wijzigingsprocedure is met veel waarborgen omgeven en voldoet aan de in de artt. 6.3.a en b gestelde vereisten. De artt. 313 en 314 garanderen niet alleen dat een wijziging van de telastelegging slechts in zeer beperkte mate is toegestaan, maar bovendien dat de verdachte middels een schorsing der terechtzitting in de gelegenheid wordt gesteld om zich behoorlijk tegen de gewijzigde telastelegging te verdedigen.

Met de *aanvulling* van de telastelegging op de wijze als is voorzien in art. 312 Sv daarentegen is het geheel anders gesteld. Volgens deze bepaling kan de OvJ de telastelegging mondeling met een strafverzwarende omstandigheid aanvullen, indien deze omstandigheid uit het onderzoek ter terechtzitting bekend is geworden. De OvJ heeft de bevoegdheid om zulks in iedere stand van het geding te doen, ook wanneer het een verstekprocedure betreft. Art. 312 kan voorts – anders dan art. 313 Sv – ook in hoger beroep toepassing vinden. Vorenbedoelde omstandigheid voegt weliswaar alleen iets aan de telastelegging toe waardoor deze onder een zwaardere strafbepaling valt, doch dat wil niet zeggen dat die omstandigheid daarom geen deel zou uitmaken van ‘de aard en reden van de beschuldiging’. Voor een zo restrictieve uitleg van dat begrip is onvoldoende reden aanwezig. Een procedure als voorgeschreven in art. 314 Sv dient ook voor de aanvulling van de telastelegging te gelden.

10.3. De voeging ad informandum

Het is vaste praktijk en geldend recht dat een OvJ niet alle feiten die hij de rechter in aanmerking wil laten nemen, telaste hoeft te leggen. Het staat de OvJ vrij om uit het totaal een keuze te maken en de niet-telastegelegde feiten ad informandum aan het dossier toe te voegen (99). Deze praktijk, welke wijd en zijd verbreid is, heeft voor de verdachte twee belangrijke nadelen:

a. de bewijsregels van de artt. 338 e.v. Sv gelden slechts voor het telastegelegde feit, niet voor het ad informandum gevoegde feit;

(99) Vgl. P.J.P. Tak, Voorstellen rond de voeging ad informandum, DD 9 (1979), blzz. 79 e.v.

b. het blijkt niet uitdrukkelijk uit de dagvaarding dat deze feiten mede in het geding zijn.

Tot voor kort was er ook nog een ander belangrijk bezwaar aan deze praktijk verbonden. Art. 68 Sr beschermt de verdachte namelijk niet tegen een vervolging van deze feiten, ook al is evident dat ze al een keer een rol hebben gespeeld bij het bepalen van de hoogte van een op te leggen straf (HR 6 juni 1961, NJ 1962, 17, m.nt. W.P.). Sinds de arresten HR 13 februari 1979, NJ 1979, 243, m.nt. Th.W.v.V. en 13 maart 1979, NJ 1979, 269, m.nt. Th.W.v.V. is dit bezwaar weggefallen. De HR besliste in die arresten dat in geval de verdachte bekend zich te hebben schuldig gemaakt aan bepaalde andere strafbare feiten dan de telastegelegde en hij de rechter verzocht daarmee rekening te houden bij de straftoemeting — in die zin dat ze als afgedaan worden beschouwd terwijl het OM daar geen bezwaar tegen maakt — de rechter ervan mag uitgaan dat terzake van die andere feiten geen vervolging meer tegen die verdachte zal worden ingesteld. Stelt het OM ondanks gerechtvaardigde verwachtingen van de rechter en de verdachte toch een vervolging in, dan dient het niet-ontvankelijk te worden verklaard.

Volgens Pompe in zijn noot onder eerstgenoemd arrest dienen twee voorwaarden te zijn vervuld, wil de rechter bij zijn straftoemeting rekening mogen houden met ad informandum-gevoegde feiten:

- de verdachte moet deze feiten hebben bekend althans mag ze na vermelding ervan ter zitting niet hebben bestreden;
- de rechter dient van deze niet-telastegelegde feiten benevens de gronden waarop hij het begaan ervan door de verdachte aannemelijk acht, in zijn strafmotivering melding te maken.

De rechter mag dus met een ad informandum-zaak bij zijn straftoemeting rekening houden wanneer de feitelijke grondslag daarvan aannemelijk is geworden. De HR lijkt deze zienswijze te delen, HR 14 september 1976, NJ 1977, 248.

De praktijk van de voeging ad informandum lijkt op gespannen voet te staan met art. 63.a en b. Gezien vanuit de positie van de verdachte biedt de eis dat alleen feiten mogen meetellen welke de verdachte heeft erkend en aldus heeft blijk gegeven met die feiten volledig bekend te zijn geweest, een onvoldoende waarborg voor zijn processuele belangen. De verdachte dient in de eerste plaats in de gelegenheid te worden gesteld om ten aanzien

van die feiten strafuitsluitende en/of strafverlichtende omstandigheden naar voren te brengen. Voorts kan hem er veel aan gelegen zijn om in geval hij betwist het ad informandum-gevoegde feit te hebben begaan, zulks ter zitting aannemelijk te kunnen maken en mitsdien te vermijden dat hij te dier zake nog eens terecht zal moeten staan. Ook het belang van een vlotte afwikkeling van strafzaken kan meebrengen dat de gegrondheid van iedere beschuldiging — om het even of het feiten betreft die wel of niet zijn telastegelegd — op een en dezelfde zitting wordt onderzocht en daaromtrent een beslissing wordt genomen.

Ten aanzien van de vereiste wettelijke voorzieningen kan men allereerst denken aan een korte aanduiding van het ad informandum-gevoegde feit in de dagvaarding, eventueel met vermelding van het overtreden wettelijk voorschrift. Ook zou een oplossing in deze richting kunnen worden gezocht dat de OvJ bij zijn voordracht van de zaak wordt verplicht om summier alle ad informandum-gevoegde feiten te memoreren — meestal bestaande uit een zakelijke weergave van de inhoud van het betreffende proces-verbaal — gevolgd door een verplichting voor de rechter om de zaak aan te houden in geval de verdachte of diens raadsman zulks in het belang van zijn verdediging met betrekking tot die feiten verzoekt.

10.4. De taal der dagvaarding

Art. 6.3.a schrijft voor dat de verdachte omtrent de aard en de reden van de beschuldiging op de hoogte wordt gesteld *in een taal welke hij verstaat*.

Niettegenstaande zulks nergens in de wet is vastgelegd, neemt men toch algemeen aan dat de dagvaarding in de Nederlandse taal gesteld dient te worden. Dit hangt vooral samen met de betekenis van de telastelegging als grondslag voor het onderzoek en de beslissing van de rechter. De in de telastelegging voorkomende termen worden door de opsteller van de telastelegging gebezigd in dezelfde betekenis die daaraan in het Nederlandse recht wordt toegekend. De OvJ die de verdachte naast een in de Nederlandse taal gestelde dagvaarding een vertaling ter beschikking stelt in een voor hem verstaanbare taal, voldoet onbetwist aan de eis die art. 6.3.a stelt. Edoch het valt de OvJ in de praktijk moeilijk om aan deze eis te voldoen:

a. omdat niet altijd duidelijk is of de verdachte de Nederlandse taal onvoldoende beheerst en

b. omdat het de parketten aan vertaalcapaciteit ontbreekt (vanwege de hoge kosten).

In eerdergenoemd arrest van 23 april 1974, NJ 1974, 272 besliste de HR dat het niet verschaffen van een vertaling van de dagvaarding niet de geldigheid van de dagvaarding raakt. Immers de vereiste informatie hoeft niet in of bij dagvaarding te worden verstrekt. De vraag rijst dan vervolgens op welke wijze deze informatie dan wel verschaft kan worden. Verschijnt de verdachte niet ter zitting en vindt de rechter bij de stukken een verklaring van de verdachte dat hij de Nederlandse taal niet machtig is, dan behoort de rechter volgens de HR de vervolging te schorsen, opdat alsnog die informatie wordt verstrekt. Zoals ik hiervoor reeds heb uiteengezet meen ik dat aan de strekking van 's Hogen Raads arrest, voor wat het geding in eerste aanleg betreft, ook is voldaan als na een schorsing van het onderzoek ter terechtzitting deze suppletoire informatie de verdachte deelachtig wordt. Volgens de Commissie is deze vraag ook pas dan actueel in het geval dat de verdachte niet over een raadsman beschikt. Met deze rechtspraak — het zij terzijde opgemerkt — ben ik het geheel oneens. Het gaat hier immers om een voorschrift dat de verdachte onder meer in staat stelt om zich op de door hem ter zitting omtrent het telastegelegde af te leggen verklaring voor te bereiden. Het resultaat daarvan kan te zijnen nadele strekken en tot het bewijs medewerken. De verklaring van zijn raadsman daarentegen is naar Nederlands recht geen wettig bewijsmiddel (100). Bovendien strekken de werkzaamheden van de raadsman ertoe de verdachte *bij te staan*; hij is geen volwaardige procespartij. Zijn taak bestaat er onder meer in om het rechtskundige gedeelte van de telastelegging aan de verdachte duidelijk te maken en hem zodoende beter op zijn verdediging te kunnen doen voorbereiden.

Allereerst dient nu de vraag te worden beantwoord of bedoelde informatie uitsluitend *schriftelijk* dan wel ook *mondeling* mag worden verstrekt. In beginsel is de Nederlandse wetgever vrij in de keuze van de vorm waarin die informatie aan de verdachte wordt medegedeeld. Ik ben van oordeel dat schriftelijke informatie de voorkeur verdient. In de eerste plaats wordt daarmee recht

(100) HR 15 september 1980, NJ 1981, 13.

gedaan aan de eis van 'onverwijldheid' die aan de informatieverstrekking wordt gesteld. In de tweede plaats stelt deze methode de verdachte in staat de precieze tekst van de beschuldiging zoveel malen te raadplegen als zijn verdediging dat eist.

Het lijkt mij gelet op ons wettelijk systeem het meest passend en voor te schrijven dat de verdachte in de dagvaarding opmerkelijk wordt gemaakt op zijn recht om in geval deze dagvaarding is gesteld in een taal welke hij niet verstaat, aan het parket om een vertaling daarvan te verzoeken. Deze mededeling zou dan in de meest voorkomende buitenlandse talen in de dagvaarding kunnen worden geïmprimeerd.

Het lijkt mij redelijk op deze wijze aan de verdachte het initiatief te laten, omdat van het OM niet kan worden verwacht op voorhand een onderzoek in te stellen naar de spreek- en schrijftaal respectievelijk -talen van de verdachte. Maakt de verdachte van dit recht geen gebruik dan dient hij omtrent de reden daarvan ter zitting een aannemelijke verklaring te geven; slaagt hij daar niet in dan moet hij geacht worden stilzwijgend afstand te hebben gedaan van dat recht.

Stelt de rechter ter terechtzitting niettemin vast dat de inleidende dagvaarding is gesteld in een taal welke de verdachte niet verstaat, hetzij omdat bedoelde mededeling zelf in een voor hem onbegrijpelijke taal is gesteld, hetzij omdat aan het verzoek tot vertaling daarvan geen gevolg is gegeven, dan verklaart hij de dagvaarding nietig.

Art. 260.3 Sv zou dan in die zin kunnen worden gewijzigd dat de verdachte bij de dagvaarding in een aantal nauwkeurig omschreven talen wordt kenbaar gemaakt dat hij het recht heeft om in geval hij de Nederlandse taal niet of onvoldoende verstaat, aan het OM te verzoeken een vertaling daarvan te verstrekken. Art. 261 zou dan in diër voege moeten worden gewijzigd dat daarin op straffe van nietigheid wordt voorgeschreven dat een dergelijk verzoek moet worden ingewilligd. Ook zou nietigheid van de dagvaarding mee moeten brengen de omstandigheid dat noch de dagvaarding noch bedoelde mededeling is gesteld in een taal welke de verdachte verstaat.

Een nietigverklaring van de dagvaarding heeft allereerst het voordeel dat wanneer het een en ander pas in hoger beroep blijkt — bijvoorbeeld omdat de inleidende dagvaarding de verdachte niet persoonlijk heeft bereikt — een gewrongen constructie als

door de HR in vorenvermeld arrest is toegepast kan worden vermeden. De door de eerste dagvaarding ingeleide procedure wordt in dat geval beëindigd en de OvJ kan opnieuw voor de rechter in eerste aanleg dagvaarden.

Is ook een mondelinge informatieverstrekking toelaatbaar dan dient de rechter wettelijk te worden verplicht om daarna het onderzoek te schorsen, tenzij de verdachte toestemming geeft om het onderzoek aanstonds voort te zetten.

10.5. De korte aanduiding van het feit

Art. 6.3.a bepaalt dat de verdachte onverwijld 'in bijzonderheden' op de hoogte wordt gesteld van de aard en de reden van de tegen hem ingebrachte beschuldiging. Men zou allereerst kunnen denken aan de ingewikkelde wijze waarop onze telasteleggingen zijn ingericht. Dit stuit althans bij de Commissie niet op bezwaren (101). Ik ben gencigd het hiermee eens te zijn. Ons stelsel van tyrannieke telasteleggingen — hetgeen wel degelijk ook in het belang van de verdachte kan zijn — brengt dat nu eenmaal mee.

Ons strafprocesrecht kent in een aantal gevallen de mogelijkheid om met een korte aanduiding van het feit te volstaan, te weten in politierechterzaken (art. 370.2 Sv), in kantonrechterzaken (art. 386.4 Sv), in economische strafzaken (artt. 47 en 48 WED) en in zaken betreffende voorlopig gehechte verdachten (art. 261.3 Sv). Met De Jong (102) meen ik dat de door de wetgever in politierechter- en kantonrechterzaken gemaakte uitzondering op de regel dat de verdachte uiterlijk bij het ontvangen van de dagvaarding nauwkeurig op de hoogte moet worden gebracht van de inzet van het strafgeding zeker te rechtvaardigen lijkt en geenszins strijd oplevert met art. 6.3.a en b. Vooreerst betreft het enkel feiten die op heterdaad zijn ontdekt, in welke gevallen het de verdachte wel duidelijk zal zijn waarvoor hij wordt vervolgd (vgl. de artt. 370.2 en 385.1 Sv). Voorts dient direct na het uitroepen der zaak — schriftelijk — een nadere opgave van het feit te worden gedaan. Zie de artt. 374 en 393 Sv. Tenslotte voorziet de wet in een speciale

(101) Beslissing van 15 december 1969 in de zaak nr. 3894/68 (X against The Netherlands), CD 32, blz. 47.

(102) Zie noot 96, blz. 188.

schorsingsregeling ten behoeve van de verdediging van de verdachte (zie de artt. 375 en 394 Sv).

Een dergelijke conclusie ben ik ook geneigd te trekken ten aanzien van de voorlopige telastelegging als bedoeld in art. 261.3 Sv. Tegenover het feit dat het geen ontdekking op heterdaad betreft, staat het feit dat de verdachte reeds via de omschrijving van het feit in de vordering tot inbewaringstelling (en meestal tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek) van de aard en de reden van de beschuldiging heeft kunnen kennisnemen.

Anders ligt het evenwel bij de korte aanduiding van het feit in economische strafzaken. Deze regeling geldt in de eerste plaats voor alle economische delicten (art. 47 WED). Voorts is de OvJ niet onder alle omstandigheden verplicht ter zitting mondeling of schriftelijk nadere opgave van het feit te doen en is de rechter niet onder alle omstandigheden verplicht een verzoek tot schorsing in het belang der verdediging toe te wijzen (vgl art. 48 WED). Deze bepalingen lijken mitsdien in strijd met het bepaalde in art. 6.3.a en b. Schrapping van deze bepalingen lijkt gewenst, omdat ze voor de rechtspraak van weinig betekenis zijn.

De vraag rijst voorts of ook in de gevallen dat de wetgever een korte aanduiding van het feit heeft toegelaten tevens de eis moet worden gesteld dat de betreffende verbods- en strafbepalingen waarop de OvJ het oog heeft, in de dagvaarding of oproeping dienen te worden vermeld. Ik ben geneigd die vraag bevestigend te beantwoorden en stel daarom een wijziging van de betreffende bepaling in dier zinne voor. Hoe nu te handelen als de korte aanduiding van het feit is gesteld in een taal welke de verdachte niet verstaat. Ik denk alleen al maar aan een 'snelrechtprocedure' tegen supporters van buitenlandse voetbalclubs. Ook in dit geval verdient terhandstelling van een vertaling van de (aanvullende) telastelegging al dan niet na schorsing van het onderzoek ter terechtzitting de voorkeur. Gezien het feit dat het hier om heterdaadsituaties gaat, lijkt me een mondelinge informatieverstrekking via een tolk ook wel verdedigbaar.

10.6. De gelding van art. 6.3.a EV in het voorbereidend onderzoek

Wanneer de verdachte gearresteerd is, schrijft art. 5.2 EV voor dat hij onverwijld en in een taal welke hij verstaat op de hoogte

wordt gebracht van de redenen van zijn arrestatie en van alle beschuldigingen welke tegen hem zijn ingebracht. Het betreft hier een specialis van de algemene regel neergelegd in art. 6.3.a, welke vooral op die verdachten betrekking heeft wier vervolging aanvangt op de datum van hun arrestatie.

Het in art. 6.3.a neergelegde recht dient door de verdachte geëffectueerd te worden wanneer hij wordt vervolgd in de zin van art. 6.1. We richten ons hier nu op de situatie dat de vervolging van de verdachte niet door een betekening van de inleidende dagvaarding aanvangt. Te denken valt dus aan: een transactievoorstel, een voorwaardelijk sepot, een voorstel tot dienstverlening, kortom alle handelingen door of vanwege het OM die een vervolging van de verdachte inluiden. In al die gevallen dient het OM onverwijld aan de verdachte mededeling te doen van de aard en de reden van diens beschuldiging. Zulks dient onderdeel uit te maken van de in paragraaf 8 bedoelde procedures, welke — zoals opgemerkt — in de wet nog niet zijn geregeld.

Voornoemde bepaling heeft ook betrekking op het gerechtelijk vooronderzoek. Art. 207 Sv schrijft voor dat de verdachte een afschrift van de vordering van de OvJ tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek bij zijn eerste verhoor ter hand moet worden gesteld of daarvóór moet worden betekend. Ingevolge art. 181.2 Sv dient in die vordering het feit 'zoo nauwkeurig als in dezen stand der zaak mogelijk is' te worden omschreven. Art. 182.1 Sv verplicht de OvJ een nadere vordering in te dienen, zodra het gerechtelijk vooronderzoek tot andere strafbare feiten moet worden uitgebreid én zodra een meer nauwkeurige omschrijving van het feit mogelijk is geworden. Een afschrift van deze nadere vordering dient wederom aan de verdachte ter hand te worden gesteld of betekend (art. 207 Sv). Bij toetsing van deze bepalingen aan art. 6.3.a verdient allereerst bespreking de vraag in hoeverre aan de eis van informatieverstreking van de aard van de beschuldiging is voldaan. M.i. voldoen voormelde bepalingen niet aan die eis. Een (nadere) vordering dient ook weer de wettelijke voorschriften te vermelden waarop zij is gegrond. Voorts moet weer de eis worden gesteld dat die (nadere) vordering is gesteld in een taal welke de verdachte verstaat. Dit betekent dat óf aan de verdachte een vertaling ter hand moet worden gesteld óf de inhoud daarvan aan de verdachte mondeling middels een tolk dient te worden medegedeeld. Van belang hierbij is dat de verdachten, te-

gen wie een gerechtelijk vooronderzoek loopt, meestal bijstand van een raadsman hebben.

11. HET RECHT OP VOLDOENDE TIJD EN FACILITEITEN VOOR DE VOORBEREIDING VAN DE VERDEDIGING

Art. 6.3.b verschaft de vervolgte het recht om te beschikken over voldoende tijd en faciliteiten welke nodig zijn voor de voorbereiding van zijn verdediging. Moet een strafproces enerzijds binnen een redelijke termijn worden afgerond, anderzijds mag het ook weer niet zo zijn snel worden gevoerd dat de verdachte in zijn verdediging ernstig wordt benadeeld. Het Wetboek van Strafvordering kent twee voorbeelden van een versnelde procesgang in de artt. 370.2 en 386.2 Sv. Een verdachte die conform art 53 is aangehouden en is voorgeleid voor de OvJ kan aansluitend op de dag of op de eerstkomende zitting worden gedagvaard om voor de politierechter of de kantonrechter te verschijnen. Gezien de dwingende uitstelregeling in de artt. 375 en 394 Sv lijkt mij deze regeling in overeenstemming met art. 6.3.b. Bijzondere aandacht verdient hierbij echter de mogelijkheid tot bijstand van een raadsman. Dat betreft echter de toepassing van art. 6.3.c.

Wat het tijdselement betreft gaat het vooral om de dagvaardings-termijnen. De gangbare termijn is tien dagen; deze lijkt mij voldoende. Verkorting van de dagvaardingstermijn kan alleen met toestemming van de verdachte. Verschijnt de verdachte op een dagvaarding welke op een te korte termijn is uitgebracht, dan is uitstel verplicht. Zie de artt. 265, 400, 413 Sv. De tijd tussen de aanzegging van de dag der behandeling in cassatie en de behandeling zelf bedraagt acht dagen. De waarborgen bij een eventuele verkorting zijn ook toereikend (art. 437 Sv). Zijn door de wet kortere dagvaardingstermijnen bepaald, zoals in politierechter- en kantonrechterzaken, dan is ook weer schorsing van de behandeling verplicht (artt. 375 en 394 Sv).

Voorts kan er behoefte zijn aan enige tijdsruimte teneinde te reageren op afgelegde getuigen- of deskundigenverklaringen of het requisitoir van het OM. Ons Wetboek van Strafvordering voorziet daar niet in. Uitstel van de behandeling is aan het vrije beleid van de rechter overgelaten. Een onredelijke weigering van een verzoek om uitstel in het belang van de verdediging kan strijd met art. 6.3.b.

opleveren. Art. 277.3 Sv spreekt alleen over 'het belang van het onderzoek'. De vraag is of 'het belang der verdediging' daar ook onder valt. Misschien zou deze bepaling voor alle zekerheid in die zin kunnen worden aangevuld. Het komt me voor dat in een ingewikkelde zaak de verdachte en zijn raadsman het recht hebben op een adempauze na het requisitoir. Voorts dienen de beroepstermijnen aan redelijke eisen te voldoen. Er moet immers voldoende ruimte zijn voor bestudering van de uitspraak en overleg daarover tussen raadsman en verdachte. De in het Wetboek van Strafvordering geldende beroepstermijn van veertien dagen lijkt mij voldoende (vgl. de artt. 399, 408 en 432 Sv). Het probleem zit hem echter vaak hierin dat de volledige tekst van de uitspraak zelden tijdens de beroepstermijn ter beschikking staat. De praktijk van de 'kop-staart'-vonnissen zal echter wel moeilijk uit te roeien zijn.

In raadkamerprocedures zijn de beroepstermijnen vaak aan de korte kant. Zie bijv. art. 252 Sv.

Onder de faciliteiten van art. 6.3.b moet ook gerekend worden de mogelijkheid voor de verdachte om schriftelijk en/of mondeling contact te hebben met zijn raadsman. De regeling in de artt. 28.2 en 50.1 Sv — bezien in verband met de artt. 91.3 en 92.4 Gevangenismaatregel — lijkt me toereikend. Alleen het telefoonverkeer met gedetineerde verdachten is niet gewaarborgd. Misschien zou art. 92a Gevangenismaatregel daartoe gewijzigd kunnen worden.

Het recht op inzage in processtukken raakt ook faciliteiten welke nodig zijn voor de voorbereiding van de verdediging. Dit recht is neergelegd in de artt. 30-34 Sv.

De artt. 30-32 Sv kennen aan de verdachte het recht toe om gedurende het voorbereidend onderzoek kennis te nemen van de processtukken. Op dit recht kunnen echter wel, wanneer dat in het belang van het onderzoek is, beperkingen worden aangebracht. Daartegen kan de verdachte een bezwaarschrift indienen (art. 32 Sv). De wijze waarop kennisneming van processtukken plaatsvindt, is geregeld in de artt. 51a-d van Reglement I.

Art. 30 Sv schrijft voor dat aan de verdachte in ieder geval niet onthouden mag worden de kennisneming van de processen-verbaal van zijn verhoren, processen-verbaal van verhoren waarbij hij of zijn raadsman tegenwoordig zijn geweest en processen-verbaal van verhoren waarvan de inhoud hem volledig is medegedeeld. Tijdens het eindonderzoek is het recht van de verdachte op kennisneming van de processtukken onbeperkt (art. 33 Sv). Blijkens art. 51 Sv

heeft de raadsman van de verdachte een eigen (zelfstandig) recht tot kennisneming van processtukken.

Een interpretatieprobleem rijst bij de vraag wanneer er sprake is van 'processen-verbaal van zijne verhooren' als bedoeld in art. 31.a Sv. Is daarvoor bepalend het moment dat het proces-verbaal is opgesteld of afgesloten? Zie daartoe de artt. 152 en 153 Sv. De verdachte en/of zijn raadsman hebben er groot belang bij om zo spoedig mogelijk kennis te nemen van de schriftelijke weergave van het verhoor van de verdachte. Misschien zou daarom aan artikel 30 Sv toegevoegd kunnen worden dat het recht tot kennisneming ontstaat zodra het proces-verbaal is opgesteld. De regeling als geheel lijkt mij te stroken met art. 6.3.b.

12. HET RECHT OP (KOSTELOZE) VERDEDIGING

12.1. Het recht op kosteloze rechtsbijstand

Art. 6.3.c verschaft de vervolgte het recht om indien hij niet over voldoende middelen beschikt om een raadsman te bekostigen kosteloos door een toegevoegd advocaat te kunnen worden bijgestaan, indien het belang van de rechtspraak dit eist.

Alleen wanneer de verdachte geen raadsman (gekozen) heeft, wordt een raadsman toegevoegd (art. 38 Sv). De toevoegingsregeling in de artt. 40-49, 489 Sv aangevuld met art. 76 Advocatenwet acht ik over het algemeen toereikend, zij het dat laatstgenoemde bepaling in gevallen dat het Wetboek van Strafvordering niet in een toevoeging voorziet, slechts een *mogelijkheid* van toevoeging opent. Zie HR 18 oktober 1977, NJ 1978, 213, m.nt. G.E.M. Een kritiek punt in de toevoegingsregeling betreft onder meer de toevoeging aan de verdachte die ter voorpleiding voor een (hulp)-officier van justitie wordt aangehouden en vervolgens wordt opgehouden voor verhoor. 'The date of arrest' is een daad van vervolging in de zin van art. 6.1; op dat moment moet de verdachte eigenlijk aanspraak kunnen maken op rechtsbijstand. Het betreft hier een zeer kritieke fase in het strafproces, waarin de verdedigingspositie van de verdachte optimaal moet zijn. De verdachte die over een gekozen raadsman kan beschikken, verkeert in die fase in een aanmerkelijk gunstiger positie dan zijn minder bedeelde collega. Zo kan hij bijv. de hem ingevolge art. 57.2 Sv toekomende

bevoegdheid om zich bij het verhoor door een raadsman te doen bijstaan ook daadwerkelijk effectueren en heeft hij geen last van het feit dat bedoeld verhoor wordt afgenomen in een fase waarin de piketadvocaat nog niet gewaarschuwd behoeft te worden. Dus in de belangrijke uren tussen zijn aanhouding en overbrenging naar het politiebureau enerzijds en de invezekeringstelling anderzijds kan de verdachte geen aanspraak maken op toevoeging van een raadsman. De toegang tot de raad van rechtsbijstand in strafzaken is in die fase eenvoudigweg geblokkeerd.

Een dergelijk gemis aan rechtsbijstand treft juist ook diegenen die aan een snelrechtprocedure worden onderworpen. Echter noch de artt. 42.3 en 4 Sv noch art. 76 Advocatenwet garanderen hem een recht op rechtsbijstand; alles hangt af van de medewerking van het OM in dezen, die, dat moet worden gezegd, in de voorkomende gevallen vaak wel wordt gegeven.

Blijkens de bewoordingen van art. 41 Sv is *ambtshalve* toevoeging van een raadsman in cassatie niet mogelijk. Ook de verplichte toevoeging op verzoek van de verdachte zoals voorgeschreven in de artt. 42.1 en 42.2 Sv geldt niet voor hen die beroep in cassatie hebben ingesteld.

Wanneer de verdachte in cassatie wil gaan en hij niet over een gekozen raadsman beschikt, staat voor de van misdrijf verdachte alleen de weg voorgeschreven in de artt. 42.3 en 42.4 Sv open: het indienen van een verzoek bij de raad van rechtsbijstand in strafzaken. Een dergelijk verzoek wordt alleen ingewilligd in gevallen waarin aannemelijk is dat de verdachte niet in staat is de kosten van een gekozen raadsman te dragen en waarin ook overigens naar het oordeel van de raad van rechtsbijstand voldoende grond voor toevoeging bestaat.

Betreft het een verdachte terzake van overtreding dan kan deze, wanneer hij beroep in cassatie heeft ingesteld, alleen langs de weg van art. 76 Advocatenwet een toevoeging bewerkstelligen (art. 43.1 Sv).

Iedere vervolgte heeft ingevolge art. 6.3.c het recht op kosteloze rechtsbijstand 'indien het belang van de rechtspraak dit eist'. Volgens Trechsel (103) 'wird das entscheidende Kriterium (. . .) in der Schwierigkeit der zu entscheidenden Rechtsfragen gesehen'. Hij

(103) S. Trechsel, *Strassburger Rechtsprechung zum Strafverfahren*, in: *Juristische Rundschau*, 1981, blz. 138.

wijst daarbij op het arrest-*Artico* van het Hof. 'Immer dann, wenn der Angeschuldigte nicht in der Lage ist, dem Gericht seine Argumente selber in hinreichender Klarheit darzulegen, verlangen die Interessen der Rechtspflege den Beizug eines Pflichtverteidigers'. Voor wat onze cassatieprocedure betreft komt daar nog bij dat een verdachte ter terechtzitting van de HR op geen enkele wijze van zijn tegenwoordigheid kan doen blijken en alleen de raadsman van de verdachte in de gelegenheid wordt gesteld om pleidooi te voeren (art. 439 Sv). Opmerking verdient voorts dat gedetineerde verdachten nog extra gehandicapt zijn — zeker wanneer ze ver van het Haagse zijn gedetineerd — doordat ze niet optimaal met hun raadsman overleg kunnen plegen.

Gaat het dus om 'ingewikkelde rechtsvragen' dan dient de nationale wetgeving de vervolgte een *recht* op kosteloze rechtsbijstand te verschaffen. Juist bij beroep in cassatie zal het vragen betreffen die aan deze kwalificatie beantwoorden. Doch ook in andere fasen van het strafproces kunnen zich vragen van deze aard voordoen die een toevoeging tot gevolg dienen te hebben. Art. 76 Advocatenwet dient in deze zin te worden aangepast.

Ten aanzien van strafrechtelijk minderjarigen bevat art. 489 Sv een afzonderlijke toevoegingsregeling, welke evenwel geen betrekking heeft op de cassatieprocedure. Deze leemte wordt eveneens opgevuld door art. 76 Advocatenwet. M.i. eist in geval van strafrechtelijke minderjarigheid 'het belang van de rechtspraak' eveneens dat de verdachte de beschikking heeft over een toegevoegd raadsman. Art. 6.3.c kent de minderjarige in dezen een *recht* toe. Minderjarigheid impliceert immers het onvermogen om zelf een eigen verdediging te voeren.

12.2. Het recht om een raadsman in het strafproces voor zich te doen optreden

Aan ons strafprocesrecht ligt het beginsel van een contradictoire behandeling ten grondslag; tijdens het onderzoek ter terechtzitting dienen de procespartijen hun visie op de zaak naar voren te brengen en te reageren op wederzijdse standpunten. Vertegenwoordiging in ons strafproces is in het algemeen onbekend. Ons Wetboek van Strafvordering gaat ervan uit dat de rechten welke het aan de verdachte toekent, door die verdachte zelf worden uitgeoefend,

tenzij vertegenwoordiging bepaaldelijk wordt toegelaten. Betreft het een gewone gemachtigde dan cist de wet een bijzondere schriftelijke volmacht (zie de artt. 450.b en 398.2° Sv); gaat het om vertegenwoordiging door een advocaat dan wordt geëist dat deze verklaart door zijn cliënt bepaaldelijk te zijn gevolmachtigd (artt. 270, 450.a en 398.2° Sv).

De reguliere activiteiten van een advocaat hebben het karakter van 'bijstand'. Slechts bij uitzondering is er sprake van vertegenwoordiging. De aan een advocaat toekomende rechten vormen in de regel een afgeleide van die waarop de verdachte aanspraak kan maken (zie de artt. 51 en 331 Sv).

Josephus Jitta heeft in 1971 voor de cassatierechter de stelling verdedigd dat een verdachte die in gebreke is gebleven op de aan hem gedane dagvaarding op de terechtzitting te verschijnen of zich, in de gevallen bij de wet voorzien, door een gemachtigde te laten vertegenwoordigen en tegen wie verstek wordt verleend, zich op die terechtzitting door zijn raadsman kan doen vertegenwoordigen. Josephus Jitta bepleitte derhalve opheffing van het limitatieve systeem van gevallen waarin de verdachte door een raadsman ter zitting zou kunnen worden vertegenwoordigd. Hij gebruikt weliswaar de term 'het woord voeren', maar aangenomen moet worden dat hij daarmee bedoelt tot uitdrukking te brengen 'voor zich te doen optreden'.

In het arrest HR 23 november 1971, NJ 1972, 293, m.nt. C.B., kreeg hij nul op het rekest. De HR motiveerde deze beslissing — kort samengevat — als volgt: De wetgever is ervan uitgegaan dat bij de behandeling ter terechtzitting van de strafzaak, waarin verstek tegen de niet verschenen verdachte wordt verleend — zolang dit verstek niet vervallen is verklaard — generlei tegenspraak wordt gevoerd, met welk uitgangspunt een bevestigende beantwoording van de door Josephus Jitta opgeworpen vraag zich niet verdraagt. De mogelijkheid tot aanwending van verzet is weliswaar sterk beperkt, doch daarbij is — behoudens voor wat betreft art. 509d Sv — in het karakter van de behandeling der zaak bij verstek geen wijziging gebracht. Het in dezen gedane beroep op art. 6.3.c was tevergeefs,

'omdat uit niets blijkt, dat aan req. de mogelijkheid is ontnomen om te voorkomen, dat tegen hem verstek werd verleend of om te bewerkstelligen, dat het tegen hem verleende verstek vervallen werd verklaard en om

dusdoende van het hem bij art. 6.3.c toegekende recht om de bijstand te hebben van een raadsman naar zijn keuze, gebruik te maken'.

Enkele jaren later probeert de bekende cassatieadvocaat Spong het opnieuw, zij het dat hij zijn stelling van een wat steviger fundament voorzag. Hij betoogde dat de internationale rechtsontwikkelingen ondubbelzinnig aangaven dat de raadsman bij afwezigheid van de verdachte geacht moet worden van al zijn bevoegdheden, welke hij zou hebben bij *aanwezigheid* van de verdachte, gebruik te kunnen maken. Voorts appelleerde Spong aan de steeds luider wordende roep (104) om het rechtsmiddel van verzet, dat voor de HR in eerdergenoemd arrest een onoverkomelijk struikelblok bleek te zijn, af te schaffen. Zijn appel vond bij de HR gehoor, zij het geen warm gehoor. De HR overwoog in het arrest van 26 februari 1980, NJ 1980, 246, m.nt. A.L.M., als volgt:

'Noch uit de voorschriften van de in het middel genoemde verdragen (het Europees Verdrag en het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, vBf) en het Wetboek van Strafvordering, noch uit enig beginsel van een goede procesorde vloeit voort dat aan de verdachte die in gebreke is gebleven op de aan hem gedane dagvaarding op de terechtzitting te verschijnen of zich — in de gevallen bij de wet voorzien — door een gemachtigde te laten vertegenwoordigen en tegen wie op de voet van art. 271 van voormeld wetboek verstek wordt verleend, in het algemeen het recht toekomt een raadsman voor zich te doen optreden.

De waarborgen, neergelegd in de in het middel aangehaalde verdragsartikelen, leiden er wel toe de raadsman toe te laten om als zodanig op te treden indien naar het oordeel van de rechter klemmende redenen de verdachte beletten ter terechtzitting te verschijnen en de rechter geen termen aanwezig oordeelt het onderzoek te schorsen'.

Men proeft uit deze overwegingen het dilemma waarin de HR verkeerde. Het zonder enige uitzondering aan de verdachte toekennen van het recht om een raadsman voor zich te doen optreden is, zolang het rechtsmiddel van verzet niet is afgeschaft, onverenigbaar met de in ons Wetboek van Strafvordering neergelegde systematiek en betekent een belangrijke uitbreiding van het tactische verdedigingsarsenaal van de verdachte in het strafgeding. De verdachte krijgt nu immers de keuze tussen vier proceshoudingen: — verstek laten gaan zonder meer;

(104) Th.W. van Veen, Het verzet, een rechtsmiddel dat beter gemist kan worden, DD 9 (1979), blzz. 372 e.v.

- verstek laten gaan en een raadsman voor zich doen optreden;
- soms: vertegenwoordiging;
- verschijnen ter terechtzitting al dan niet met rechtsbijstand.

Uit deze mogelijkheden zou hij dan binnen de grenzen van de artt. 270, 272, 370.2 en 398.1.2° Sv straks de vrije keuze hebben. De tweede proceshouding — het oneigenlijk verstek — heeft voor de verdachte het voordeel dat zijn verdedigingspositie min of meer dezelfde blijft (aan de raadsman komen immers op de voet van art. 331 Sv alle verdedigingsrechten toe) terwijl hij niet wordt blootgesteld aan de ondervraging van art. 298.1 Sv, met alle consequenties van dien.

De door de HR gekozen oplossing, waaraan hij kennelijk blijkens het arrest HR 16 februari 1982, NJ 1982, 426, vasthoudt, lijkt op het eerste gezicht enigszins artificieel. De HR maakt namelijk geenszins duidelijk waarom de waarborgen, zoals deze zijn neergelegd in meergenoemde verdragsbepaling, uitsluitend het optreden van de raadsman ter zitting voor de verdachte toelaten in geval klemmende redenen de verdachte beletten ter zitting te verschijnen en een schorsing van de terechtzitting ongewenst lijkt, en daarop de verdachte niet onomwonden een aanspraak toekennen. De HR kent aan de verdragsbepalingen de werking van de zgn. hardheidsclausule toe. In het geval dat een verdachte langdurig ziek is of in het buitenland verblijft, zou handhaving van de in eerstgenoemd arrest verdedigde opvatting tot grote onbillijkheid leiden. Zulks zou in strijd zijn met de strekking van de betreffende verdragsbepaling. Anderzijds lijkt de HR een lichtvaardig gebruik van het 'oneigenlijk' verstek te willen tegengaan. De consequenties daarvan zijn veelomvattend — een wijziging van de processuele positie van de verdachte te zijnen gunste — welke maar door de wetgever in zijn volle omvang moeten worden onderzocht en afgewogen. Zolang de wetgever niet ingrijpt, heeft de HR met behulp van art. 6.3.c de scherpste kantjes van zijn vroegere rechtspraak af willen halen.

Naar mijn oordeel zijn er uit de tekst van art. 6.3.c argumenten te putten die pleiten voor een definitieve wettelijke regeling van de door de HR gekozen weg. Art. 6.3.c spreekt over 'assistance'/'l'assistance'. Deze woorden duiden erop dat het gaat om 'bijstand'. Bijstand kan onder omstandigheden meebrengen dat de raadsman voor de verdachte optreedt, indien deze zelf absoluut verhinderd is in persoon ter zitting te verschijnen en het onderzoek geen uit-

stel duldt. In dat bijzondere geval omvat 'bijstand' ook vervanging hetgeen wat anders is dan vertegenwoordiging. Immers in dat geval kan de raadsman namens de verdachte een verklaring afleggen. In het Wetboek van Strafvordering zou derhalve een bepaling kunnen worden opgenomen die de raadsman de bevoegdheid geeft, ook wanneer tegen de verdachte verstek is verleend, de bevoegdheden als bedoeld in art. 331 Sv te kunnen uitoefenen, indien belangen van het onderzoek zich tegen uitstel verzetten en klemmende redenen de verdachte beletten ter zitting te verschijnen. Echter men zou ook een bepaling kunnen opnemen die de raadsman onder alle omstandigheden bevoegd maakt om de in art. 331 Sv bedoelde bevoegdheden uit te oefenen. Zulks laat de mogelijkheden om de verdachte te dwingen voor de rechter te verschijnen onaangetast, terwijl daardoor de verdedigingspositie van de verdachte zeer wordt versterkt. Ik heb een voorkeur voor de laatste oplossing, al moet ik toegeven dat in dat geval art. 6.3.c wel zeer aan de hand van zijn strekking wordt uitgelegd.

12.3. Het recht om zelf de eigen verdediging te voeren

Anders dan de tekst van art. 6.3.c lijkt te suggereren houdt deze bepaling voor de verdachte kennelijk niet het recht in om zijn eigen verdediging te voeren. De Commissie heeft namelijk het standpunt ingenomen dat de vraag of de verdachte daartoe gerechtigd is, door het nationale recht en de nationale autoriteiten wordt bepaald. Vloeit uit het nationale recht voort dat de verdediging alleen door een advocaat mag worden gevoerd, dan is dat recht in overeenstemming met voormelde verdragsbepaling (105).

Het Nederlandse recht kent geen wettelijke bepaling die aan de verdachte expliciet het recht toekent om zijn eigen verdediging te voeren. Wel bevat ons Wetboek van Strafvordering een art. 28, dat verklaart dat de verdachte bevoegd is zich door een of meer raadslieden te doen bijstaan. Hieruit blijkt in de eerste plaats dat de wetgever niet het stelsel van *verplichte* bijstand heeft gevolgd — welk stelsel zijn grond vindt in het feit dat niemand tegen zijn wil rechtskundige bijstand moet worden opgedrongen — maar de verdachte

(105) Beslissing van 30 mei 1975 in de zaak nr. 5923/72 (X v. Norway), DR 3, blz. 43.

heeft willen vrijlaten in de beslissing of hij al dan niet door een raadsman wil worden bijgestaan. Voorts kan echter uit voormelde bepaling — en met name uit het begrip 'bijstaan' — ook worden afgeleid dat de verdachte in principe zijn eigen verdediging voert en het doen en laten van een raadsman in het strafproces niet meer mag omvatten dan het verlenen van 'bijstand'.

Een verdediging kan door of namens de verdachte *mondeling* of *schriftelijk* worden gevoerd. Een dergelijk onderscheid kent art. 6.3.c niet. Het spreekt slechts van 'verdedigen'. Doch — zoals al eerder opgemerkt — in het toelaten van de wijze waarop de verdedigingsrechten in de wet gestalte moeten krijgen, is de nationale wetgever vrij. Ons strafprocesrecht veronderstelt dat de verdediging door of namens de verdachte in het algemeen mondeling wordt gevoerd (het beginsel der oraliteit). Als de verdachte verweer wil voeren moet hij zelf ter terechtzitting verschijnen. Op een schriftelijk verweer hoeft de rechter niet te reageren. Men kan van een mondeling verweer wel een schriftelijke 'weergave' overleggen, zoals door advocaten wordt gedaan met hun pleitnotities, en deze aan het proces-verbaal van de terechtzitting laten hechten doch de oraliteit is beslissend voor de principiële vraag of ter zitting een bepaald verweer is gevoerd.

In zijn arrest van 15 juni 1976, NJ 1976, 533, overwoog de HR immers dat:

'de wet nergens voorschrijft dat de rechter op schriftelijke opmerkingen van de verdachte, geuit in enig schrijven aan de rechter, ter terechtzitting antwoordt'.

Recentelijk heeft de HR wat betreft het voeren van een schriftelijk verweer de deur op een kier gezet. Als de verdachte ter zitting verschijnt, dan dient zijn *schriftelijk* verweer te worden geïnserieerd in de mondelinge verklaring die hij ter zitting heeft afgelegd, HR 19 juni 1979, NJ 1979, 556, m.nt. Th.W.v.V. Op deze wijze wordt voorkomen dat een verdachte voor een hem niet toe te rekenen onwetendheid omtrent het bestaan van de procesrechtelijke regel dat alleen op mondelinge verweren door de rechter hoeft te worden gereageerd en deswege nalaat zijn schriftelijk verweer ter zitting te herhalen, wordt afgestraft.

Ik zou de mogelijkheid willen bepleiten om in eenvoudige zaken, bijv. politierechterzaken en kantonrechterzaken, het voeren van

een schriftelijk verweer mogelijk te maken. Bij dagvaarding of oproeping zou de verdachte dan op deze mogelijkheid kunnen worden gewezen, waartoe art. 260.3 Sv zou moeten worden gewijzigd. Ook zou de rechter wettelijk verplicht moeten worden op een dergelijk verweer te repliceren. Een wijziging c.q. aanvulling van art. 358 Sv zou dit mogelijk moeten kunnen maken. Het een en ander lijkt niet alleen recht te doen aan de onderhavige verdragsbepaling — het voeren van een eigen verdediging impliceert een vrije keuze ten aanzien van de daartoe te bezigen middelen — doch is bovenal praktisch. Het voorkomt dat de verdachte enkel en alleen een rechtsmiddel aanwendt om na verzet of hoger beroep alsnog mondeling ter zitting het betreffende verweer te voeren. De kans is groot dat de verdachte al in eerste aanleg aan zijn trekken is gekomen.

Vele verdachten voelen er weinig voor om ter zitting te verschijnen, hetzij omdat de geografische afstand tot de plaats van de terechtzitting te groot is, hetzij omdat zij moeilijk van hun werkgever vrij kunnen krijgen, hetzij omdat zij door te verschijnen te veel inkomsten derven, terwijl zij er toch belang bij kunnen hebben een — zij het dan schriftelijk — verweer te voeren. Voorts is er een categorie van verdachten die menen psychisch niet tegen de spanningen van een zitting te zijn opgewassen en om die reden een gerechtvaardigd belang hebben om zich schriftelijk te verweren. Vooral zuiver juridische verweren — zoals beroep op de onverbindendheid van een APV-bepaling — lenen zich er bij uitstek toe om schriftelijk te worden gevoerd. Bij meer feitelijke verweren zal de verdachte wat voorzichtiger zijn, omdat hij anders het risico loopt dat de feitelijke grondslag daarvan door de rechter niet aannemelijk wordt geacht.

Tenslotte nog dit: een strafzaak wordt in het voorbereidend onderzoek panklaar gemaakt. De schriftelijke voorbereiding is zodanig dat voor een kantonrechter- of politierechterzitting vaak niet meer dan 5 à 10 minuten wordt uitgetrokken. Een schriftelijke procesvoering behoort evenwel dan ook met betrekking tot de door de verdachte gevoerde verdediging te gelden.

Het vorenstaande gaat eveneens op voor de appelprocedure. De verdachte heeft weliswaar de mogelijkheid om een memorie van grieven in te dienen (art. 410 Sv), doch de appelrechter is volgens de HR niet verplicht een gemotiveerde beslissing te geven omtrent de gegrondheid daarvan, HR 16 oktober 1962, NJ 1963, 7. Zelfs

is niet vereist dat de appelrechter aan deze schriftuur uitdrukkelijk enige overwegingen wijdt, HR 14 september 1981, NJ 1981, 666.

In de cassatieprocedure is het omgekeerde het geval. De mondelinge verdediging behoort daar geheel tot de taak van de advocaat. Deze beperking lijkt zinvol. Immers de verdachte heeft in de regel in twee feitelijke instanties verweer kunnen voeren. In cassatie gaat het om de juiste toepassing van het recht. Naast de mogelijkheid om een cassatiemiddel in te dienen, lijkt het niet ook nog eens nodig de verdachte, die toch in het merendeel der zaken onvoldoende juridisch geschoold is om dit op zinvolle wijze te doen, de bevoegdheid toe te kennen ter zitting op te treden (106).

12.4. Het recht op vrije keuze van een raadsman

Het vrije keus-beginsel met betrekking tot de raadsman is neergelegd in art. 38 Sv. Dit geldt niet voor toegevoegde raadslieden, al wordt in de praktijk in sterke mate met de persoonlijke voorkeur van de verdachte rekening gehouden. M.i. dient deze praktijk te worden gelegaliseerd.

13. HET RECHT OP OPROEPING EN ONDERVRAGING VAN GETUIGEN

Art. 6.3.d geeft de vervolgte het recht om getuigen à charge te ondervragen of doen ondervragen en het oproepen en de ondervraging van getuigen à décharge te doen geschieden op dezelfde voorwaarden als het geval is met de getuigen à charge.

Deze bepaling beoogt de verdachte op gelijke voet te plaatsen met de OvJ voor wat betreft het dagvaarden en horen van getuigen. Dit beginsel is mutatis mutandis ook van toepassing op het horen van deskundigen.

Tezamen met art. 284.3 Sv geeft art. 285 Sv aan op welke wijze het verhoor van een getuige ter terechtzitting verloopt. Uitgangspunt bij deze regeling is dat de voorzitter de getuige onder-

(106) Zie ook de beslissing van de Commissie d.d. 5 februari 1970 in de zaak nr. 3692/68 (X against the Netherlands), Yearbook XIII, blz. 516, omtrent de Nederlandse cassatieprocedure.

vraagt (art. 284.3 Sv). De hoofdondervraging ligt in zijn handen. De vragen die door de OvJ, de verdachte en zijn raadsman worden gesteld hebben slechts een aanvullende functie. Indien echter de getuige tijdens het voorbereidend onderzoek nog niet is gehoord en vanwege of ten verzoeken van de verdachte gedagvaard is of ingevolge art. 280.3 op diens verzoek wordt gehoord, wordt hij eerst door de verdachte en daarna door de voorzitter ondervraagd (art. 284.3). De ratio van deze uitzondering is deze dat de voorzitter niet weet wat de getuige à décharge te berde zal brengen. Na de verdachte stellen dan de voorzitter, de rechters en de OvJ nadere vragen (art. 285.1 Sv). Deze regeling van het ondervragen van getuigen — welke regeling ook op het ondervragen van deskundigen toepasselijk is — lijkt in overeenstemming met art. 6.3.d. De vraag rijst echter of er ook geen schending van deze verdragsbepaling is, indien de verdachte en/of zijn raadsman in het geheel niet in staat gesteld zijn om een getuige — om het even of het een getuige à charge of à décharge betreft — te ondervragen. Dit lijkt mij inderdaad het geval te zijn. In zijn arrest van 3 februari 1976, NJ 1976, 282, overweegt de HR dat niet-inachtneming van het voorschrift van art. 285 (in casu bezien in verband met de artt. 274 en 296.1 Sv) niet met nietigheid is bedreigd en deze evenmin voortvloeit uit de aard van bedoelde voorschriften. Deze opvatting staat op gespannen voet met art. 6.3.d. Art. 285.1 Sv dient in die zin te worden aangevuld dat op niet-nakoming daarvan nietigheid is gesteld.

Art. 263.1 Sv verklaart de verdachte bevoegd getuigen ter terechtzitting te doen dagvaarden. Hij geeft deze getuigen binnen een bepaalde termijn mondeling of schriftelijk aan de OvJ op, die hen dan onverwijld doet dagvaarden (art. 263.4 Sv). Tegen de OvJ die verdachtes getuigen weigert te dagvaarden, staat hij in feite machteloos. Schending van art. 263.4 Sv door de OvJ is niet met nietigheid bedreigd. De wet biedt voorts geen beroepsmogelijkheid tegen een weigering van de OvJ om de door de verdachte opgegeven getuigen te dagvaarden. In cassatie kan niet over schending worden geklaagd, HR 13 januari 1981, NJ 1981, 79, m.nt. Th.W.v.V. Weigert de OvJ een door de verdachte opgegeven getuige, dan staan hem nog twee andere wegen open: (1) de verdachte kan de getuige à décharge meenemen naar de zitting, waarop deze dan overeenkomstig art. 280.4 Sv moet worden gehoord en (2) de verdachte kan de rechter verzoeken alsnog zijn dagvaarding te be-

velen (artt. 264, 315 jo 328 Sv). Beide mogelijkheden hebben voor de verdachte het nadeel dat zij hem geen absolute garantie bieden dat de getuigen ter terechtzitting ook inderdaad zullen worden gehoord. De eerste weg is doodlopend als de getuige toch maar bij nader inzien weigert mee te gaan (de niet gedagvaarde getuige heeft geen verschijningsplicht). De tweede weg biedt geen soulaas als de rechter naderhand van oordeel is dat redelijkerwijs niet is te verwachten dat de verklaringen van die getuigen tot enige opheldering van de zaak kunnen bijdragen noch de verdachte door het achterwege blijven daarvan kan zijn geschaad. De positie van de OvJ is in dezen veel sterker: hij kan namelijk getuigen ongelimiteerd doen dagvaarden en ter zitting doen horen.

Het komt me voor dat een regeling zoals in casu welke de OvJ de bevoegdheid geeft om te weigeren een of meer van de door de verdachte opgegeven getuigen (*à décharge*) te dagvaarden, terwijl aan de bevoegdheid van de OvJ om zijnerzijds getuigen (*à charge*) te dagvaarden generlei beperkingen zijn gesteld, in strijd komt met art. 6.3.d. Niet kan immers worden gezegd dat 'conditions (are) identical for witnesses on both sides'.

Het wetsontwerp-16652 (107) stelt voor om de OvJ een zekere ruimte te laten om te beoordelen in welke gevallen van het dagvaarden van getuigen of deskundigen kan worden afgezien. Ingevolge art. 263.4 Sv (nicuw) (108) kan de OvJ, indien redelijkerwijs moet worden aangenomen dat de verdachte niet in zijn verdediging is geschaad, wanneer een door hem opgegeven getuige of deskundige niet ter terechtzitting wordt gehoord, weigeren die getuige of deskundige te doen dagvaarden. De OvJ beoordeelt dus het verzoek tot dagvaarding van de verdachte marginaal. De verdachte kan bij een weigering alsnog de dagvaarding of oproeping bevelen (art. 280.3 Sv nieuw). Dit bevel mag alleen achterwege blijven indien de rechtbank van oordeel is dat de verdachte daarvoor redelijkerwijs niet in zijn verdediging wordt geschaad (art. 280.4 nieuw). Ook de rechter is derhalve een zekere beleidsvrijheid gelaten ten aanzien van de vraag of bepaalde getuigen en deskun-

(107) Dit ontwerp betreft wijzigingen van enige bepalingen van het Wetboek van Strafvordering inzake het dagvaarden en horen van getuigen en deskundigen ter zitting (zitting 1980-1981).

(108) Zie de Memorie van Toelichting, nr. 3, blz. 6 en nr. 4 (het rapport van de Commissie-Duk), blz. 7.

digen ter terechtzitting wel moeten worden gehoord. De MvJ is in navolging van de Commissie-Duk van oordeel dat nu in het wetsontwerp van de weigering van de OvJ beroep op de rechter wordt opengesteld, waarbij de laatste beslist volgens een criterium dat niet in strijd lijkt met dat van de Commissie — namelijk dat de rechter getuigen en deskundigen mag weigeren wier verklaringen ‘unlikely’ zijn ‘to assist in ascertaining the truth’ — van enige strijd met art. 6.3.d geen sprake is. Rüter (109) heeft op overtuigende wijze de gebrekkigheid van deze redenering aangetoond. De onvolkomenheid van de oude regeling — namelijk schending van het principe van ‘equality of arms’ — blijft in de nieuwe regeling bestaan. Ook in de nieuwe regeling kan de OvJ namelijk getuigen dagvaarden en, indien verschenen, doen horen, zonder dat dit aan enige beperking is onderworpen (artt. 263.5, 280.2 en 280.7 Sv nieuw). De verdachte echter kan dit alleen als de OvJ bereid is om mee te werken en als dat niet het geval is, de rechter bereid is om medewerking te verlenen.

Ook in het gerechtelijk vooronderzoek is het beginsel van ‘equality of arms’ niet geheel en al in acht genomen. De verdachte kan ingevolge art. 208 Sv bij zijn verhoor door de RC mondeling getuigen opgeven. Indien de RC bezwaar heeft tegen het horen van de opgegeven getuigen, kan de verdachte tegen de weigering van de RC bij de rechtbank een bezwaarschrift indienen. Art. 210 Sv daarentegen bepaalt dat de RC de getuige verhoort, wiens verhoor (. . .) door de OvJ wordt gevorderd.

14. HET RECHT OP KOSTELOZE BIJSTAND VAN EEN TOLK

Art. 6.3.e verschaft de vervolgde het recht zich kosteloos te doen bijstaan door een tolk, indien hij de taal, welke ter zitting wordt gebezigd niet spreekt.

Voor het onderzoek ter terechtzitting geldt dat een tolk moet worden ingeschakeld indien een verdachte of getuige het Nederlands niet machtig is. Schriftelijke stukken die ter zitting worden voorgelezen, dienen te worden vertaald.

(109) C. F. Rüter, Ongehoord-Over getuigen en deskundigen ter terechtzitting, in: *Ad Personam*, Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. Ch. J. Enschedé ter gelegenheid van zijn zeventigste verjaardag, biz. 237 e.v.

Art. 191.1 volstaat met het toekennen van een *bevoegdheid* aan de RC om indien een verdachte, getuige of deskundige de Nederlandse taal niet verstaat, een tolk te benoemen. Deze bepaling dient aan de redactie van art. 6 te worden aangepast.

Het Wetboek van Strafvordering voorziet niet in een regeling in andere gevallen waarbij een verdachte is 'charged'. Vanaf het moment dat een verdachte als 'charged' dient te worden aangemerkt heeft hij recht op bijstand van een tolk n'importe of het contacten met opsporingsambtenaren, OM of de raadkamer van de rechtbank betreft.

In zijn arrest van 19 juni 1979, NJ 1979, 588, heeft de HR beslist dat aan art. 6.3.e geen recht op schriftelijke vertalingen van de stukken van het geding valt te ontnemen. Dit standpunt wordt ook door Commissie en Hof gedeeld. Het Hof heeft in het arrest-Luedicke, Belkacem en Koç de vervolgde het recht toegekend 'to the free assistance of an interpreter for the translation or interpretation of all documents or statements in the proceedings instituted against him which is necessary for him to understand in order to have the benefit of a fair trial' (110). Deze omschrijving is zeer ruim. Daar vallen niet alleen onder processen-verbaal van zijn verhoren, de dagvaarding, de oproepingen om op een nadere terechtzitting te verschijnen, verstekmededelingen, maar ook bijv. briefwisselingen met zijn advocaat. De rechtspraak van de HR, inhoudende dat schrifturen in de Nederlandse taal gesteld dienen te zijn is op zichzelf niet in strijd met art. 6.3.e, doch evenvermeld arrest geeft de buitenlandse verdachte die een schriftuur wil indienen, het recht op bijstand van een tolk bij een vertaling van die schriftuur (111).

De kostenregeling is veel ruimer dan de regeling van het recht op bijstand van een tolk in het Wetboek van Strafvordering zou doen vermoeden. Voor een uiteenzetting daarover verwijs ik naar de noot van Swart onder evengenoemd arrest van het Hof (112). Grosso modo sluit deze regeling bij de gestelde eis van kosteloosheid van de door een tolk verleende bijstand aan.

(110) Zie noot 17.

(111) HR 14 oktober 1980, DD 81.028.

(112) Zie noot 42.

Het recht op een 'fair hearing' zelf hebben we voor het laatst bewaard. Commissie en Hof hebben langs jurisprudentiële weg een aantal zelfstandige rechten uit het moederrecht losgeweekt, zoals het recht op equality of arms, het recht om persoonlijk aanwezig te zijn bij de behandeling van de strafzaak en het recht op een behoorlijk gemotiveerde beslissing (113). Het zou te ver voeren ons nationale strafprocesrecht ook nog aan deze en aan andere van het recht op een 'fair hearing' deel uitmakende rechten te toetsen. Met enkele korte vraagpunten die in het teken van de betekenis van dit recht staan, zal worden besloten:

- a. het recht om persoonlijk aanwezig te zijn bij de behandeling van de strafzaak vereist een restrictieve uitleg van de betekenisvoorschriften;
- b. onze nationale wetgeving voorziet niet in een verplichting tot schorsing van het onderzoek ter terechtzitting, indien aannemelijk is geworden dat de verdachte verontschuldigbaar afwezig is, vgl HR 29 november 1977, NJ 1978, 548;
- c. vervolging na een onvoorwaardelijk sepot ex art. 167 Sv kan onder omstandigheden tot een niet-ontvankelijkheid van het OM leiden wegens inbreuk op het 'fair hearing-beginsel'; dit zou gevolgen kunnen hebben voor de positie van de heledigde partij, zie bijv. Hof Arnhem 1 september 1969, NJ 1970, 18; een wettelijke regeling lijkt nodig;
- d. de raadkamer(grond)procedure bevat geen voorschrift inzake een motivering van beschikkingen;
- e. de wet bevat vele voorbeelden waaruit blijkt dat er inzake de bevoegdheid tot het instellen van rechtsmiddelen niet altijd een processueel evenwicht bestaat:
 - het beroep in cassatie inzake beslissingen met betrekking tot de voorlopige hechtenis, zie HR 23 maart 1982, DD 82.284;
 - het hoger beroep tegen de beslissingen als bedoeld in art. 252.1 Sv wanneer het gaat om een van overtreding verdachte;
 - het hoger beroep tegen kantongerechtsvonnissen bij verdachten die tot een boete tot f 50 zijn veroordeeld, terwijl de OvJ een boete van meer dan f 50 heeft geëist; zie ook art. 51 WvD.

(113) Vgl. Peukert, o.c. noot 3, blz. 254.

f. de wet stelt geen motiveringseisen aan afwijzing van door de verdachte ter zitting gedane verzoeken (art. 330 Sv).

16. SLOT

Zo iemand dat al had gedacht, dan hoop ik dat uit het voorgaande blijkt dat volkomen onjuist is de stelling dat art. 6 voor onze nationale wetgeving zonder betekenis is, omdat onze nationale rechtsbescherming veel verder zou gaan dan de in art. 6 neergelegde 'minimumrechten'. Voorts rijst de vraag, als wij er toe zouden overgaan om het gehele art. 6 in al zijn facetten in onze nationale wetgeving te incorporeren, of wij ons dit wel kunnen permitteren. De kosten — de apparaatzorg, de rechtsbijstand, de bijstand van tolken — zullen zeer hoog zijn. Enfin, ik heb het niet tot mijn taak gerekend om daar voortdurend op te wijzen, maar als uitsmijter lijkt het me toch wel gerechtvaardigd.