

## Drie honden vechten om een been

### Over strafrechtspraak, verdediging en de media en hun onderlinge betrekkingen

#### 1. Voltaire

Er was eens een Franse advocaat uit de provincie, genaamd François-Marie Arouet die, op de hoogte gebracht van de executie door middel van het rad van een vermoedelijk ten onrechte veroordeelde hugenoot, op onderzoek uitging. De man was veroordeeld voor de moord op zijn zoon, waarvoor het motief zou zijn geweest dat deze was teruggekeerd tot de moederkerk, maar het onderzoek van Arouet wees uit dat de hele zaak slechts een verzinsel was van fanatieke katholieken om de hugenoten in een kwaad daglicht te stellen. De veroordeelde had bij zijn proces – of wat daarvoor doorging – natuurlijk geen advocaat gehad. Had hij die wel gehad dan zou hem dat weinig geholpen hebben want die zou geen toegang tot het dossier, noch tot de zitting hebben gekregen, de verdachte was niet meer dan object van onderzoek dat bovendien niet op de waarheid gericht was maar op de door de machthebbers wenselijk geachte uitkomst. Arouet bracht de zaak in de openbaarheid en stelde alles in het werk om postuum eerherstel te krijgen door middel van een nieuwe procedure. Onze held was in werkelijkheid geen advocaat maar wel jurist en filosoof. Arouet was wel zijn echte naam, maar hij noemde zich Voltaire. Ik heb het over de beroemde affaire Calas, door Voltaire aan de kaak gesteld in zijn *Traité sur la Tolérance*. De affaire Calas was een van de justitiële schandalen die aan de vooravond van de Franse Revolutie de bevolking in verzet bracht tegen de geheime justitie van die tijd, een verzet dat culmineerde in de bestorming op 14 juli 1789 van de Bastille, gevangenis waar Voltaire eerder een klein jaar vertoefd had wegens het schrijven van satirische gedichten. Na jaren volgde het uiteindelijke eerherstel van Calas na wat wij nu zouden noemen een (postume) herzieningsprocedure. Het is een van de klassieke zaken waarin de rechters uiteindelijk deden wat zij moesten doen, onder druk van de door de verdediging gemobiliseerde openbaarheid.

Over de verhoudingen tussen rechtspraak, verdediging en openbaarheid wil ik het vandaag hebben. Ik zal mijn onderwerp benaderen vanuit het recht op een eerlijk proces en de pers- en informatievrijheid, twee grondrechten dus, die bovendien in elkaar grijpen voor zover artikel 6 EVRM de verdachte een recht geeft op een *fair and public hearing*.

#### 2. Grondrechten en relatief autonome instellingen

Maar eerst iets over de vraag wat een grondrecht eigenlijk is. Dat is een recht dat aan elk individu toekomt en aan dat individu ruimte verschaft zich persoonlijk en maatschappelijk in vrijheid te ontwikkelen. Maar naast bescherming van het individu tegen inmenging van de staat hebben grondrechten ook de functie een sfeer van relatieve autonomie ten opzichte van de staat te creëren voor bepaalde maatschappelijke instituties waarbinnen die vrije ontwikkeling nader vorm kan krijgen. De grondrechten markeren de grens tussen de sfeer waar de staat heerst en de sfeer waar het individu en de maatschappij heersen. Wij genieten krachtens artikel 7 Grondwet, nog eens onderstreept door artikel 10 EVRM, allemaal vrijheid van meningsuiting, maar de minstens zo belangrijke functie van al die individuele rechten samen, meer waard dan de som der delen, is dat daardoor voor de media in principe een sfeer van relatieve onafhankelijkheid wordt geschapen waarin zij hun rol van *public watchdog* kunnen waarmaken en inhoud kunnen geven aan het door het hof in Straatsburg eveneens onder artikel 10 EVRM gebrachte recht van het publiek om geïnformeerd te worden. Het individuele recht op vrije meningsuiting en de institutionele onafhankelijkheid van de media samen zijn dan weer een belangrijke garantie voor het

voortbestaan van een democratische samenleving en, voor zover de media een rol spelen bij het recht van de verdachte op een *public hearing*, ook van een behoorlijke strafrechtspraak. Net zo heeft elke verdachte het recht zich te verdedigen, welk recht nader is vormgegeven in artikel 6 EVRM, waarvoor overigens geen equivalent bestaat in onze Grondwet! De rechten van alle verdachten samen, of zo men wil van 'de verdachte' in abstracto staan op vergelijkbare manier tevens voor een relatieve onafhankelijkheid van de advocatuur om te verdedigen zoals dat haar leden goed dunkt en van de rechterlijke macht om onpartijdig recht te spreken, zonder directe inmenging van de uitvoerende macht. De voor de rechtsstaat zo essentiële onafhankelijkheid van de rechterlijke macht is immers in het EVRM neergelegd in de vorm van de formulering van een aantal rechten van de verdachte en op die manier staan de rechten van verdediging niet alleen voor die van de individuele verdachte in zijn strafzaak, maar ook voor de behoorlijkheid van de (straf)rechtspleging als geheel.

We weten intussen allemaal dat het papier geduldig is en dat de werkelijke waarde van *individuele* grondrechten niet in wet of verdrag is te lezen maar vooral afhankelijk is van de aard en hoeveelheid toegelaten of *de facto* toegepaste uitzonderingen. Zo is de garantie van de relatieve autonomie van de instituties die grondrechten hun *maatschappelijke* inhoud moeten geven, afhankelijk van beschermende maatregelen in wet en jurisprudentie ter veiligstelling van die onafhankelijkheid.

### 3. De strafrechtsprekende rechter

Laat ik beginnen met de strafrechtsprekende rechter. De rechter is onafhankelijk, zo wordt aan elke juridische student en zelfs aan elke burger geleerd. Maar hoe onafhankelijk is hij? Dat hangt natuurlijk sterk af van de manier waarop zijn positie is ingebed in het hele constitutionele stelsel. De rechter in Nederland (en tot op grote hoogte in de rest van continentaal Europa) is geen neutrale scheidsrechter tussen twee juridisch gelijkwaardige partijen die volstaat met het controleren van de eerlijkheid van de procedure, maar heeft een positie waarin hij zelf verantwoordelijkheid draagt voor de einduitspraak. Hijzelf (en niet een jury) beslist hoe het bewijs gewaardeerd moet worden, of strafuitsluitingsgronden kunnen worden geaccepteerd en wat voor straf de verdachte verdient. Door die positie zit hij dichter tegen het openbaar ministerie en in het algemeen tegen de beleidvoerende overheid aan dan tegen de verdachte, en in die zin is hij minder onafhankelijk dan zijn collega in bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk. Voor Nederland geldt dat nog meer dan voor andere continentaal Europese landen, door het gebrek aan wat voor lekenparticipatie in de rechtspraak dan ook. Maar: de rechter is gebonden aan de wet, en dat geeft hem een mate van onafhankelijkheid ten opzichte van de executieve. De wet bevat bovendien zoveel algemene en open begrippen dat aan de rechter royale interpretatieruimte toekomt. De werkelijke mate van onafhankelijkheid van de rechter hangt er daarom grotendeels vanaf hoe hij die interpretatieruimte gebruikt. Een strafrechter die in de praktijk alles goed vindt wat het OM wil en wat de politie doet of wat de minister als zijn wens heeft geventileerd, is meestal niet erg onafhankelijk en een rechter die duidelijke juridische lijnen uitzet met betrekking tot ook door de overheid in acht te nemen grenzen, stelt zich onafhankelijker op, hoewel beiden voor het leven benoemd zijn en beiden er meestal voor oppassen zaken te berechten waarin zij zelf belanghebbend zijn of de schijn daartoe gewekt zou kunnen worden. De rechter moet dus zijn eigen inhoudelijke onafhankelijkheid ten opzichte van de uitvoerende macht bewaken en vormgeven. Dat wordt hem niet altijd makkelijk gemaakt, want de executieve oefent wel degelijk druk uit op het werk van de rechter en probeert deze op subtiele of minder subtiele manieren te beïnvloeden. Een actueel voorbeeld van indirecte beïnvloeding is het opvoeren, via de budgettering van de werkdruk. Minder subtiele beïnvloeding gaat uit van een minister van justitie die na een onwelgevallig vonnis alvast wetsvoorstellen aankondigt voor het geval de uitspraak in

hoger beroep niet méér in zijn straatje zou passen. Dat is wat minister Donner deed na de vrijspraak van de Al Qaida-verdachten door de Rotterdamse rechtbank.

De plaatsing in het EVRM van de onafhankelijkheid van de strafrechtspraak in het kader van het recht van de verdachte op een *fair and public hearing* gaat uit van deze neiging bij de executieve, overal en altijd, om de strafrechtspraak op cruciale momenten te beïnvloeden, waardoor bescherming van haar onafhankelijkheid door controle van verdediging en openbaarheid nodig is. Het EVRM heeft de strafrechter als het ware twee waakhonden meegegeven, de advocatuur en de media.

Wil dat systeem van *checks and balances* werken, dan is structurele erkenning door wetgever en rechterlijke macht van de relatieve autonomie van (strafrecht)advocatuur en media wel een voorwaarde. Daarnaast moeten media en advocatuur natuurlijk zelf capabel zijn die controle uit te oefenen.

#### 4. De openbaarheid van de rechtspraak

Hoe werd en wordt er in Nederland tegen de openbaarheid van de rechtspraak aangekeken? Het strafproces in onze contreien was met uitzondering van de executie van de schavotstraffen geheim tot de gedwongen import van de Franse wetgeving – die inmiddels de invloed van de Revolutie had ondergaan – het tegendeel bewerkstelligde, maar met het vertrek van de Fransen in 1813 werden de juryrechtspraak en de openbaarheid meteen afgeschaft, men moest in de Noordelijke Nederlanden van die volkse elementen helemaal niets hebben. Toen in 1815 een eerste voorstel werd gedaan voor een nationaal wetboek van strafvordering ter vervanging van het Franse, wilde de regering dan ook dat daarin de openbaarheid niet terug zou komen, maar daar hebben de Belgen een stokje voor gestoken: zij hebben ervoor gezorgd dat in het wetboek alsnog werd voorzien in een openbare zitting met daar geconcentreerd de bewijsvoering volgens het onmiddellijkheidsbeginsel, gecontroleerd door de openbaarheid dus. Het verzet van de zuiderburen kreeg onmiddellijk politieke betekenis, want een zich in 1830 in Brussel afspelend politiek proces tegen enkelen van de toekomstige afscheiders werd royaal door het Algemeen Handelsblad verslagen, dat zelfs complete processtukken als bijlage publiceerde. De extreem zware straffen die aan de dissidenten werden opgelegd hebben er kennelijk voor gezorgd dat het legendarische vertrouwen in de professionele rechtspraak in ieder geval niet in het Zuiden post heeft gevat. Daar is, toen de afscheiding eenmaal een feit was, in de wet opgenomen dat politieke zaken en zaken die over de drukpers gaan behandeld worden voor een Hof van Assisen, waarin een jury zetelt.

Sinds de Verlichting (de theorie) en de Franse Revolutie (de praktijk) is ook bij ons niet alleen het strafproces aanmerkelijk veranderd, maar ook de openbaarheid. Het gaat niet meer om een openbaarheid ten overstaan van een kritisch publiek dat betrokken is bij de algemene zaak, maar om een openbaarheid via media die opereren volgens de wetten van de markt, en die de lezer/toeschouwer/toehoorder vooral tot consument van nieuws en sensatie hebben gemaakt. Het is die openbaarheid waar de rechterlijke macht van vandaag moeite mee heeft, en dat is deels ook terecht. Het verschijnsel van *trial by the media* bijvoorbeeld is een serieus probleem. Maar dat is zeker niet het enige dat een afwerende houding van rechters ten opzichte van de moderne openbaarheid verklaart. Het gaat ook om een historisch gewortelde cultuur.

Openbaarheid wordt nog steeds niet als iets wezenlijks gezien en nog minder als iets positiefs gedragen. De persvoorlichters op de parketten en bij de rechtbanken en hoven lijken het vooral tot hun taak te rekenen de informatie die naar buiten gaat te filteren. Uit recent onderzoek blijkt

dat de communicatieadviseurs van de gerechten zelfs vooral uit zijn op het versterken van vertrouwen in de rechtspraak door een zo gunstig mogelijk beeld naar buiten te brengen. Dat is iets anders dan erkenning van de openbaarheid en de media als noodzakelijke kritische component. Rechters kijken, zo blijkt uit genoemd onderzoek, nog steeds vrij negatief tegen de media aan, zij beklagen zich vooral over fouten in de berichtgeving en een eenzijdig beeld dat zou worden uitgedragen.

Uiteraard is niet alle kritiek op de rechtspraak vanuit de media terecht, en ik ben de laatste om te juichen bij alles wat er over de strafrechtspraak geschreven en uitgezonden wordt, maar deze houding van rechters tegenover de media impliceert wel dat zij er nog steeds vanuit gaan dat het contact met de media in principe eenrichtingverkeer hoort te zijn: de rechter legt uit en de journalist moet dat netjes opschrijven. Dat de journalist een eigen invalshoek zou kunnen hebben is bepaald geen gemeen goed.

Ondanks de wat angstvallige houding die bij de strafrechters nog steeds heerst als het gaat om openbaarheidsvragen begint zich niet alleen buiten maar ook binnen de rechterlijke macht een stemming af te tekenen om het roer om te gooien. Een van de punten die ter discussie staan is om televisie in de rechtszaal toe te laten om een eind te maken aan die bloedeloze beelden van lege stoelen, achterhoofden en het vonnis voorlezende rechters. De ratio daarvoor bij de rechters is vooral dat integrale uitzending de media niet de kans zou geven het beeld te manipuleren, zoals nu een van de klachten is bij de nieuwsflitsen. Dat is weer een bevestiging van de opvatting dat in het contact met de media de rechterlijke macht vooral de regie niet kwijt wil raken. De vraag die men zich blijkbaar niet stelt is wie er naar integrale uitzendingen van rechtszittingen zou gaan kijken en welk medium behoudens in heel speciale gevallen een integrale zitting zou uitzenden en dan ook nog zonder begeleidend commentaar. Een omroep die zich daartoe zou beperken zou geen knip voor de neus waard zijn.

Journalisten en juristen buiten de rechterlijke macht lijken in meerderheid voorstanders van televisie in de rechtszaal. Ook ik reken mij daartoe. Strafzaken zijn en blijven interessant dus de media blijven er toch over berichten, zij het nu noodgedwongen gebrekkig. Zij kunnen dan maar beter over directe informatie beschikken. Men kan dan niet meer dan hopen dat er af en toe een commentator is die op een verstandige manier uitlegt waarom het proces verloopt zoals het verloopt en daarbij zijn gemotiveerde kritiek niet spaart. Overigens ben ik mij er zeer van bewust dat kritisch commentaar in de media momenteel als regel niet gericht zal zijn op de gebrekkige rechtsbescherming van de verdachte maar eerder op een teveel daaraan, die ten koste zou gaan van het slachtoffer. Kennisneming van een echte rechtszaak zou echter misschien juist wat meer begrip kunnen kweken. Het is mij in ieder geval vaak opgevallen dat schoolklassen en andere belangstellenden die de moeite nemen om een keer naar een strafzitting toe te gaan, zich na afloop veel minder ongenueanceerd uitlaten over wat ze hebben waargenomen dan wat zoal de ronde doet aan opvattingen van de door de media geïnterviewde 'gewone burger'. En een rechtszaak op TV is wel geen rechtszaak in de zittingzaal maar komt er toch een beetje bij in de buurt.

De angst voor volle openbaarheid is dus wel begrijpelijk en beperkingen ter bescherming van de privacy van getuigen, slachtoffers en vooral verdachten zijn nodig, maar de negatieve houding die nog steeds hier en daar te bespeuren valt, lijkt toch vooral ingegeven door het befaamde rechterlijke paternalisme in dit land en is aan herziening toe. Het is daarbij dan aan de rechter om zich, bewust van de aanwezigheid van de media op zodanige manier te uiten dat hij de de rechtsstatelijke waarden weet mee te communiceren. En wat de media daarmee doen, dat is aan de journalistiek.

## 5. De juridische autonomie van de media

Hoeveel ruimte krijgt echter de journalistiek in het Nederlandse recht? De aloude vrijheid van meningsuiting door de drukpers, in artikel 7 van de Grondwet zo mooi geregeld in de vorm van een verbod op preventieve censuur, is door de technische ontwikkelingen drastisch van betekenis veranderd. In het internettijdperk is de overheid niet eens meer in staat om censuur uit te oefenen. Het enige wat zij nog kan doen is achteraf sancties opleggen. Waar het nú om gaat is de vrijheid om informatie te verzamelen in binnen- en buitenland en die dan weer te verspreiden opdat het publiek geïnformeerd is. Daarmee is het zwaartepunt verlegd van individuele vrijheid iets als zijn mening uit te dragen naar de journalistieke vrijheid van informatiegaring. Die vrijheid is noodzakelijk voor de media om hun rol van *public watchdog* behoorlijk te kunnen vervullen in een tijd waarin de overheid een enorme hoeveelheid informatie onder zich heeft die zij niet altijd wil prijsgeven. Het schoolvoorbeeld waarin de media een cruciale rol hebben gespeeld bij de controle op de opsporing, is de IRT-affaire van 1994: geheimgehouden opsporingsmethodes die niet door het stelsel van dwangmiddelen van Strafvordering werden bestreken werden door middel van inbraken bij het OM in Amsterdam en bij een officier van justitie thuis aan het licht gebracht en de bij die inbraken buitgemaakte diskettes met de cruciale informatie werden bij enige media gedeponereerd, die er natuurlijk onmiddellijk over publiceerden. Dat was weer de aanleiding voor de parlementaire enquête over de opsporing met als gevolg de ingrijpende wijziging van het wetboek van strafvordering van 2000, waarbij alsnog in de wet werd vastgelegd welke opsporingsmethodes onder welke omstandigheden mogen worden gebruikt.

De media hebben met hun optreden bij de IRT-affaire een aanzienlijk risico gelopen, want de structurele onafhankelijkheid van de media is niet sterk geregeld in Nederland. Geen enkele wet bevat een statuut waarin de media beschermd worden tegen optreden van justitie, of waarin het recht tot zwijgen over de journalistieke bronnen is vastgelegd, het enige wat er is is een 'aanwijzing' voor het OM, tot stand gekomen naar aanleiding van de gijzeling van journalist Voskuil in het jaar 2000. Strafvordering bevat, anders dan in sommige andere landen, geen garanties tegen optreden van de politie tegen de media, bijvoorbeeld ter verkrijging van journalistiek materiaal waarin ook de politie is geïnteresseerd. In dergelijke gevallen beschouwt justitie de media eenvoudig als nuttige bron van informatie, zoals blijkt uit regelmatig voorkomende inbeslagneming bij media met het oog op de opsporing of bewijsvoering in strafzaken. De rechter heeft hier doorgaans geen bezwaar tegen.

Het voor het functioneren van de media essentiële verschoningsrecht van de journalist ter bescherming van zijn bronnen is nergens in de wet geregeld en werd aanvankelijk ook lange tijd door de rechtspraak niet erkend. De journalisten die de inhoud van de diskettes in de IRT-affaire hebben gepubliceerd hadden dus een goede kans daarvoor gegijzeld te worden wanneer justitie hen naar hun bronnen zou hebben gevraagd. Het EHRM is er een paar jaar na de IRT-affaire aan te pas moeten komen om dat journalistiek verschoningsrecht onder de persvrijheid te brengen, waarna de Hoge Raad met kennelijke tegenzin volgde.

De geschiedenis van de jurisprudentie over het recht van de journalist op bronbescherming rechtvaardigt de conclusie dat de Hoge Raad van het complex rechten dat onder artikel 10 EVRM valt: de vrijheid van meningsuiting, de vrije nieuwsgaring en het recht van het publiek om geïnformeerd te worden, vooral het individuele recht op vrije meningsuiting beschermt zoals dat ook vanouds al door artikel 7 Grondwet wordt bestreken, terwijl de bescherming van de media als instituut uit Straatsburg moest komen.

## 6. De institutionele onafhankelijkheid van de verdediging

Hoe zit het dan met de autonomie van de verdediging, die andere controleur van de rechtspraak? De advocaat moet onafhankelijk zijn, zo wil de ethiek van de beroepsgroep het. Maar mag hij ook onafhankelijk zijn? In onze wetgeving zitten een paar bepalingen die potentieel bedreigend zijn voor die onafhankelijkheid en ook de rechtspraak lijkt niet altijd ten volle doordrongen van de noodzaak daartoe. Een paar voorbeelden waarvoor de tijd ontbreekt ze uit te werken:

1. de verantwoordelijkheid van de rechter en niet van de orde van advocaten voor de straftoevoegingen van gedetineerde verdachten, met het inherente en in de praktijk gebleken gevaar dat de rechter daaraan een bevoegdheid ontleent de op zijn last toegevoegde raadsman dan ook aanwijzingen te geven, bijvoorbeeld om ter zitting aanwezig te zijn;
2. de toenemende praktijk van OM en RC om aan de verdachte soms langdurige contactbeperkingen op te leggen, wat dan de (tuchtrechtelijke) consequentie heeft dat de raadsman van deze verdachte geen contact mag hebben met de familie van zijn cliënt, met de media en zelfs niet met de raadsman van de medeverdachte, waardoor de verdediging serieus kan worden belemmerd door een besluit van rechter of officier;
3. het afluisteren van telefoons en direct afluisteren, waarbij geen uitzondering meer geldt voor professionele geheimhouders en dus niet voor de raadsman, terwijl de vernietigingsplicht achteraf ten aanzien van geheimhoudersgesprekken afhankelijk is van het oordeel van de officier van justitie, de tegenpartij dus, die beslist of een afgeluisterd gesprek onder het verschoningsrecht van de raadsman valt of niet.

## **7. De relevantie van de verdediging**

Belangrijker dan deze oneffenheden in de structurele onafhankelijkheid van de advocatuur is voor haar functioneren de ruimte die aan de verdediging in de rechtspraak gelaten wordt. In hoeverre is het voor de verdediging mogelijk een effectieve kans te hebben het resultaat van het proces te beïnvloeden? Zonder die reële mogelijkheid riskeert de strafrechtspraak haar bemiddelend vermogen te verliezen in die zin dat verdachten er al bij voorbaat van uit zullen gaan dat hun belangen toch alleen maar voor de vorm mee zullen tellen en dat er voor hen niet echt iets te halen valt in het strafproces.

Er zijn de laatste tijd ten minste twee bedenkelijke tendensen waarneembaar die de positie van de verdediging onaanvaardbaar verzwakken.

De eerste ligt in een toenemend terugdringen van de interne openbaarheid, toegang van de verdachte tot alle relevante feiten. Daardoor kent het proces voor de verdachte steeds meer geheimen, waartegen hij zich per definitie niet kan verdedigen. Al wat oudere momenten in die ontwikkeling zijn het gebruik van anonieme getuigen, ondanks herhaalde terechtwijzingen door de Straatsburgse rechter nog steeds toegepast, en naar te verwachten valt binnenkort uit te breiden met toelating van AIVD-informatie als bewijs, onder vergaande beknotting van het ondervragingsrecht van de verdediging.

Andere afbreuk aan de interne openbaarheid ligt in de toelating van het parallelle opsporingsonderzoek naast het gerechtelijk vooronderzoek, waarin de verdediging geen vanzelfsprekende plaats heeft. Kenmerkend is de door de Hoge Raad aangegeven grens voor dat parallelle opsporingsonderzoek: pas wanneer dat wordt toegepast om opzettelijk aan de rechten van de verdediging tekort te doen door de raadsman buiten te sluiten, mag het niet. De kennelijk achterliggende gedachte is dat de rechten van de verdediging in principe moeten wijken voor de praktische belangen van de opsporing en vervolging, tenzij die belangen niet meer te goeder trouw worden nagejaagd.

Er is al met al een steeds groter deel van het proces waar de verdediging geen toegang toe heeft, en dat is wel juist het deel waarin voor het verdere verloop cruciale beslissingen worden genomen.

Een heel andere manier waarop de verdediging gemarginaliseerd wordt, is het steeds minder sanctioneren van vormfouten in het vooronderzoek gemaakt. Voor de niet juristen onder u: bij vormfouten in het strafproces gaat het niet om verkeerd geplaatste komma's maar om schending van rechten, grondrechten zelfs. Het zwaartepunt van de bewijsgaring, door de wetgever oorspronkelijk gedacht tijdens de openbare terechtzitting, is gaandeweg naar voren geschoven: als gevolg van het beruchte *de auditu*-arrest eerst naar het gerechtelijk vooronderzoek, vervolgens naar het al dan niet parallelle opsporingsonderzoek en de laatste tijd naar de pro-actieve opsporingsfase, waar geen enkele openbaarheid heerst en waartoe de verdediging door zijn geheime karakter per definitie geen toegang heeft. De enig overgebleven manier voor de verdediging om normering van de gang van zaken tijdens de vroege en pro-actieve opsporing af te dwingen, is om achteraf de rechtmatigheid daarvan te kunnen toetsen, wanneer daaraan ten minste het gevolg van nietigheid wordt verbonden. In een toenemend aantal vonnissen en arresten zijn echter standaardoverwegingen te vinden die erop neerkomen dat bij afweging van het belang van de verdachte bij respectering van zijn grondrechten en dat van de maatschappij bij een adequate vervolging en berechting van misdrijven het belang van de maatschappij in dit geval (en in de praktijk in bijna alle gevallen) dient voor te gaan. In dit type redenering wordt een tegenstelling gecreëerd tussen de verdachte en de samenleving, alsof de verdachte daar niet bij hoort. In een arrest van een half jaar geleden heeft de Hoge Raad in feite de sanctionering van vormverzuimen in het vooronderzoek afgeschaft. De simpele constatering van de rechter dat er iets is misgegaan zonder daar enige sanctie aan te verbinden is toen min of meer tot hoofdregel verklaard. De Hoge Raad doet dit naar eigen zeggen omdat de strekking van de regeling van de aanpak van vormverzuimen niet is dat schending altijd moet leiden tot een 'voordeel voor de verdachte'. Alsof het om onverdiende cadeautjes gaat in plaats van een noodzakelijke prikkel voor de verdediging om de rechter scherp te houden op de *fairness* van het vooronderzoek. Er is met dit arrest echter nog meer aan de hand, dat voor de positie van de verdediging van belang is. Terwijl de Hoge Raad wel vaker een arrest wijst waarin hij zich niet beperkt tot een behandeling van de aangevoerde middelen maar duidelijke algemene instructies aan de rechter geeft, die natuurlijk voor advocaten indirect ook van belang zijn, gaat hij hier wel heel erg ver. De Hoge Raad bepaalt namelijk dat de rechter alleen dan op het verweer met betrekking tot onregelmatigheden in het vooronderzoek hoeft te reageren, wanneer daarin duidelijk en gemotiveerd is aangegeven aan de hand van de criteria van de Hoge Raad, niet alleen wat er mis is gegaan bij de opsporing maar ook wat daarvan volgens de Hoge Raad het rechtsgevolg zou moeten zijn. De verdediging moet dus precies door de door de Hoge Raad voorgehouden hoepel springen, op straffe van verlies van de aanspraak op een gemotiveerde reactie. De Hoge Raad dicteert hier dus eigenlijk welke verweren de raadsman wel en niet kan voeren, daarmee ook de pas afsnijdend voor verweren die tegen zijn rechtspraak ingaan in een poging om die rechtspraak gewijzigd te krijgen. De Hoge Raad plaatst zichzelf hier op de verdedigingsbank en de raadsman op de stoel van de rechter. Een dergelijke bijna directe bemoeienis door de rechter met de inhoud van de verdediging past niet in de rolverdeling van het strafproces. Het is echter vooral duidelijk dat met dit arrest een vrijbrief aan politie en OM is gegeven om op te sporen zoals zij dat praktisch vinden, desnoods met schending van grondrechten. Het is ook duidelijk dat op deze manier de verdediging nauwelijks meer een belang heeft bij het kritisch volgen van het vooronderzoek, want in de enkele constatering van een schending van het recht is de doorsnee verdachte niet geïnteresseerd.

## 8. Wil de strafrechter wel gecontroleerd worden?

Uit deze rechtspraak kan men twijfels putten of de rechter wel gecontroleerd wil worden door de verdediging. Dat is op zijn zachtst gezegd problematisch.

Er is immers in de politiek en in het beleid van de minister van justitie een onmiskenbare tendens om de rechter op te nemen in een soort totaalstrategie van criminaliteitsbestrijding. Er wordt dan graag gesproken in termen van de strafrechtelijke keten en daarin is rechterlijke onafhankelijkheid vooral een onberekenbare factor aan het eind van de rit waarop men grip moet zien te krijgen, een obstakel op de weg naar een planmatige aanpak van het criminaliteitsprobleem. Voor de rechter is in die denktrant weinig meer weggelegd dan het rechte trekken van foutjes en het opvoeren van een ritueel voor de verdachte. Voor veel ruimte voor invloed van de verdediging op het oordeel van de rechter is in die benadering geen plaats. Omdat de druk op de rechter om in het gareel van de uitvoerende macht te lopen zo groot is, is het extra van belang hoe de rechter zelf tegen het strafrecht en tegen zijn eigen positie daarin aankijkt, want daarvan zal een mogelijke onafhankelijke opstelling ondanks de uitgeoefende druk moeten komen.

Om mijn punt duidelijk te maken even een fictief verhaaltje: stel u een land zonder recht voor, althans zonder strafrecht. Noem het Barbaria. Het is een land waar de zaken niet erg goed gaan, de mensen worden geplaagd door angst voor armoede en oorlog, zijn niet gelukkig en hebben de neiging zich nogal gauw aan andermans lijf of goed te vergrijpen. Telkens wanneer iemand op die manier naar zijn mening onheus wordt bejegend, slaat hij er meteen op, al dan niet met hulp van familie of vrienden. Dat pikt de oorspronkelijke agressor weer niet en hij haalt ook zijn achterban erbij om terug te slaan. Het is kortom een zootje in dit land. Dat ziet ook koning Rambo, en hij besluit er een eind aan te maken. Hij laat regelmatig zijn dienaren naar de plekken des onheils gaan met de opdracht de lastpakken op te pakken en aan hem voor te geleiden, zodat hij hen een lesje kan lezen, dat wil zeggen ze doden of opsluiten. Het komt voor dat de voor de koning geleide onderdanen zich dan verzetten en bijvoorbeeld roepen: 'u was er helemaal niet bij, hoe weet u dan wat ik gedaan heb?' Koning Rambo zegt dan bars: 'vertel mij dan maar wat je gedaan hebt, en als je dat niet doet, heb ik wel methodes om je aan het praten te krijgen.' 'Ja maar ik heb het echt niet gedaan' antwoordt een enkele ongelukkige. 'Dat kan me helemaal niet schelen, ik wil een voorbeeld stellen, ik wil dat de chaos in het land ophoudt!' repliceert de koning. Dit soort scènes herhaalt zich vaker en vaker, maar het helpt niet om de onrust en het geweld te beëindigen, het enige resultaat is dat de mensen in dit vreemde land nu niet meer alleen boos zijn op elkaar maar ook op koning Rambo. Het gaat kortom steeds slechter in het land.

Gelukkig is er een sociaal voelende kunstenaar die iets bedenkt. Hij maakt een theaterstuk om de mensen voor te houden dat zij zich fatsoenlijker tegenover elkaar moeten gedragen, hun medeburgers niet doden of hun spullen afhandig maken, maar zich ook niet moeten overgeven aan blinde wraak wanneer zo iets hen mocht overkomen. In zijn theaterstuk laat hij een dienaar van de koning optreden, die hij een mooi kostuum aantrekt, en die een vermeende boosdoener met strenge toon erop wijst dat hij een gevaar voor de maatschappij is en dat hij daarom daaruit verwijderd moet worden. De boosdoener zelf krijgt geen bijzonder kostuum, maar hij krijgt wel een als edele uitgedoste vriend naast zich in het toneelstuk, die opstaat als de dienaar van de koning het woord voert en zegt dat het allemaal niet zo slecht bedoeld was en dat hij het wil goedmaken, maar dat hij erg omhoog zat toen hij zijn buurman overviel en er met diens voedsel vandoor ging. Ten slotte is er de acteur met het mooiste kostuum, die alles aanhoort en dan opstaat en een wijs oordeel velt. Het theater zit vol met publiek, dat ademloos toekijkt en na afloop gelouterd naar huis gaat. Eén toeschouwer wordt bij de uitgang van het theater met een onaangename verrassing geconfronteerd: zijn mooie nieuwe fiets staat er niet meer. Hij kijkt om zich heen en ziet de fiets nog net weggrijden. Hij rent er achteraan en weet fiets en berijder aan te houden. Naar de gewoonte in het land trekt hij meteen zijn mes om de dader te laten weten wat hij hiervan vindt. Maar dan blijkt in zijn gemoed het theaterstuk nog door te werken: hij laat het mes zakken en neemt de boosdoener mee terug naar het theater, waar de acteurs nog in kostuum



zitten na te praten. Hij vertelt wat er gebeurd is en de acteurs voeren hun stuk nog eens op, nu met de fietsendief als de ongecostumeerde acteur. Hier houdt de fictie op, want vanaf dit moment is er in dit land strafrecht.

## 9. De dominante rechtsopvatting

De beoefenaars van het strafrecht zijn het altijd oneens met elkaar, dat is een verschijnsel dat bij het strafrecht hoort. Een van de scheidslijnen die in hun gelederen is aan te brengen is die tussen de liefhebbers van theater en die van een reality-show. Schrijvers als Peters en 't Hart zijn liefhebbers van theater, de auteurs van het project *Strafvordering 2001* waarschuwen met klem tegen de opvatting dat het strafproces met een spel zou zijn te vergelijken. Ik schaar mij achter de eerste auteurs, die benadrukken dat het strafproces het moet hebben van zijn kunstmatigheid. In werkelijkheid zou het gezag eenvoudig korte metten kunnen maken met de meestal nogal machteloze verdachte. Wie de waarden van de rechtsstaat serieus neemt, beschouwt de burger, ook als hij verdacht is van een strafbaar feit, als rechtssubject, een kunstmatig rechtsstatelijk concept, waar het strafproces als het ware omheen is geconstrueerd. Het wettelijk vermoeden van onschuld is er de kern van. Kunstmatig krijgt de verdachte de mogelijkheid zich te verdedigen of zich te laten verdedigen door een raadsman en kunstmatig is geregeld dat de officier van justitie en de raadsman om de beurt praten en dat de rechter volgens vaste regels de discussie leidt en van het OM als aanklagende partij verlangt dat het zijn argumenten kracht bij zet door het aandragen van – rechtmatig verkregen – bewijs. Dat betekent dat in de rechtszaal een andere werkelijkheid geldt dan daarbuiten: alledaagse waarheid buiten, juridische waarheid binnen, het recht van de sterkste buiten, het recht van gelijkwaardige rechtssubjecten binnen. De tegenstanders van het theater vinden dat de rechtspraak zich op die manier berooft van teveel 'echte' informatie, de voorstanders benadrukken dat juist doordat partijen gedwongen worden eenzelfde theatertaal te spreken en zich aan dezelfde regels te onderwerpen, zij enigszins naar elkaar toebuigen en het simpele afrekenen kan worden vervangen door een rationeel debat. Door te accepteren dat niet de wraaklustige benadeelde zelf het heft in handen neemt maar dat iemand zijn rol speelt, en dat een ander als diens woordvoerder de rol van de verdachte over het voetlicht brengt, dat ook de verdachte zelf in zoverre een rol speelt dat hij in het proces slechts een stukje van zichzelf hoeft te laten zien, namelijk alleen voor zover hij verdacht wordt van een concreet strafbaar feit, daardoor worden de voorwaarden gecreëerd voor een debat op argumenten en idealiter zelfs voor acceptatie van de einduitkomst. Wij hebben het dan over de bemiddelende functie van het recht. De rol van de strafrechter daarin is dat hij de 'echte' waarheid filtert door de regels van het recht, waardoor een deel van de 'echte' feiten niet meer relevant is en de werkelijkheid zodanig gestileerd en gereduceerd wordt dat bemiddeling mogelijk is. Uitgefilterd wordt bijvoorbeeld bewijs dat door de politie op onrechtmatige wijze is verkregen en het onaangename gezicht of de onverstanebare taal van de verdachte, of een persoonlijke onmin met de officier van justitie of de raadsman. In de rechtszaal wordt even gespeeld dat dit allemaal niet bestaat.

Het theaterkarakter van het Nederlandse strafproces is traditioneel gezien laag. In de polder heeft men een *no nonsense* kijk op de alledaagse werkelijkheid en theatrale betogen van officieren van justitie en advocaten zijn zelden te beluisteren en worden in ieder geval niet op prijs gesteld. Het voor het theater zo essentiële publiek wordt zoals we zagen niet als iets wezenlijks gezien. En met het toelaten van verklaringen 'van horen zeggen' voor het bewijs heeft men afscheid genomen van de voor het theater zo essentiële eenheid van tijd, plaats en handeling: de verklaring op papier van het door de politie of rechter-commissaris afgenomen verhoor van een getuige doet op gelijke voet mee als een ter zitting door die getuige afgelegde verklaring, met als gevolg dat

nauwelijks meer getuigen ter zitting verschijnen. Zo is ons strafproces eerder gaan lijken op een B-film met een overmaat aan *flash-backs* dan op een klassiek theaterstuk.

Ook de strafrechter heeft meer oog voor de werkelijke wereld dan voor de gestileerde juridisch-theatrale. Dat komt doordat de rechter kennelijk tot op grote hoogte de hem door de executieve aangewezen rol in de criminaliteitsbestrijding heeft aanvaard, en daarom erg gericht is op het overheidsbeleid dienaangaande, dat natuurlijk bedoeld is de echte wereld beheersbaar te houden. De neiging ontstaat dan om alleen te kijken naar wat deze verdachte hier en nu misdaan heeft en hoe hij het beste kan worden aangepakt. Wat uit het beeld verdwijnt, is de regie van het geheel met het oog op een structureel evenwicht op langere termijn, waardoor de posities van de media als bemiddelaar naar het publiek en van de verdediging als het rechtsstatelijk geweten van het strafproces hun relevantie verliezen. Onafhankelijke strafrechtspraak vraagt om een rechtsopvatting die de grondrechten niet reduceert tot individuele speeltjes van elke burger afzonderlijk, maar die ook gericht is op het erkennen van structurele voorwaarden voor onafhankelijkheid en effectiviteit van de maatschappelijke instellingen met een bijzondere verantwoordelijkheid voor die grondrechten. Is de vrijheid van meningsuiting alleen de vrijheid van elk individu om controversiële of extreme meningen te verkondigen, of impliceert die vrijheid ook een recht op bronbescherming voor journalisten? Is het recht van de verdachte om zich te verdedigen in een eerlijk proces beperkt tot het recht op een advocaat en een paar andere procedurele rechten, of blijven er voor de verdediging in het algemeen inhoudelijk nog verweren over waarmee deze in principe de uitkomst van het proces kan beïnvloeden, daar gaat het om. Dat vraagt om een ruimere kijk op de positie van de verschillende acteurs in het strafproces dan alleen een blik gericht op een praktische reactie op de aan de verdachte gerichtte verwijten.

Juist die institutionele kant van grondrechten maakt het burgers mogelijk in de publieke zaak te participeren, bijvoorbeeld door controle uit te oefenen op het overheidsbeleid, de rechtspraak daaronder begrepen. Door een strikte scheiding aan te brengen tussen de privé-aangelegenheden van de burger die tot op zekere hoogte ontzien dienen te worden en het algemeen belang, waartegen die privé-belangen moeten worden afgewogen, wordt de burger een relevant oordeel over publieke zaken onthouden, dat is dan voorbehouden aan de *'officials'*. Wanneer de tegenstelling zo geformuleerd wordt is het duidelijk dat het algemeen belang bij afweging in conflictsituaties altijd van grotere importantie blijkt te zijn. Het is deze valse tegenstelling die de verdachte buitensluit, van hem een justitiabele maakt in plaats van een rechtssubject. Aan de verdachte wordt niet het recht gegund om een – juridisch relevant – oordeel te hebben over de behoorlijkheid van de gang van zaken in zijn strafproces. In die zin brengt het recht op een eerlijk proces in Nederland niet het recht op onafhankelijke rechtspraak mee, zoals het EVRM voorschrijft. Een rechtspraak die de burgers inderdaad als rechtssubjecten en niet als object van allerlei overheidsbemoediging wil behandelen, zou aan de haar van verdragswege aangewezen controleurs wat meer speelruimte moeten durven geven.

## 10. Tot slot

Ik heb het gehad over de relatie tussen de rechtspraak en de media en over de relatie tussen de rechtspraak en de verdediging en hun matige onderlinge betrekkingen. Voor het ingaan op de relatie tussen verdediging en de media ontbreekt de tijd, wat niet zo erg is, want hoewel daar ook wel iets over te zeggen is ligt die verhouding niet zo problematisch.

We zagen dat de strafrechter nogal wat energie steekt in pogingen om de media buiten de deur te houden en van deze een overwegend negatief beeld te schetsen. Ten aanzien van de verdediging wordt niet langer geïnvesteerd in een negatieve beeldvorming zoals ten tijde van mijn aantreden

hier, toen de discussie over misbruik van verdedigingsrechten hoogtij vierde, waaraan ik in mijn oratie ruim aandacht besteedde. Nu wordt de verdediging eenvoudig vergaand gemarginaliseerd. Wanneer de strafrechtspraak oprecht onafhankelijk wil zijn zou zij beter op een andere tegenstander kunnen focussen, want de instantie die door de rechtspraak met rust gelaten wordt is die waarvan de ernstigste bedreiging voor de onafhankelijke strafrechtspleging uitgaat: de uitvoerende macht. Die loopt met het been weg, voor zover het haar niet toegeworpen wordt. Het is vooral de beperkte dominante rechtsopvatting, niet in de laatste plaats bij de Hoge Raad, waardoor de rechtspraak een eenzijdig instrument van criminaliteitsbestrijding aan het worden is. Dat is niet van de ene dag op de andere gekomen en het is niet van de ene dag op de andere te veranderen, maar hier ligt wel een taak voor nog een ander relatief autonoom instituut, de universiteit. Juridische faculteiten zouden meer aandacht moeten besteden aan het geven van inzicht in de ruimere implicaties van bepaalde juridische standpunten en waar die standpunten toe leiden. Daartoe is de afbouw van de metajuridische vakken in het hele land in ieder geval geen goed begin.

Onder de huidige stand van zaken in de rechtspraak is het wachten op een nieuwe IRT-affaire, waarbij de publiciteit weer zal moeten worden gezocht buiten de rechter om, met materiaal dat op duistere wijze is verkregen. Misschien zelfs is het wachten op een nieuwe Voltaire. Ter geruststelling: het politieke klimaat van het moment is niet van dien aard dat op korte termijn bestorming van de Extra Beveiligde Inrichting in Vught gevreesd hoeft te worden.

## **11. Persoonlijk**

Bij een afscheid horen ook een paar persoonlijke woorden en een evaluatie van de afgelopen periode. Voor mij is de periode waarover ik verantwoording zou kunnen en moeten afleggen nogal kort geweest. In die tijd heb ik geprobeerd mij een beetje tegen het strafrechtelijk debat in dit land aan te bemoeien. Dat het over de verdediging zou gaan hadden de meesten van u vast gedacht. Dat ik er daarnaast de media bij heb gehaald heeft ermee te maken dat ik bij het bedenken van een onderwerp ook een terugblik op mijn verdere professionele verleden heb gericht, en dan met name mijn advocatenperiode. Ik ben bij mijzelf nagegaan welke zaken ik het meest zinvol en het leukst heb gevonden en dat waren de strafzaken die te maken hadden met de media, en dat waren altijd de alternatieve media. Daarbij heb ik mij altijd verbaasd over het gebrek aan besef van het enorme belang daarvan in de strafrechtelijke juridische wereld. Vandaar die aandacht voor de media.

U hebt van mij tenslotte een evaluatie tegoed over een onaardige opmerking die ik in mijn oratie heb gemaakt over deze faculteit omdat ik hier toen de eerste en enige vrouwelijke hoogleraar was en dat vond ik terecht een schande. De faculteit heeft in de tussentijd niet stil gezeten, want na mijn vertrek zijn er nu gelukkig nog vijf dames over. Ik was blijkbaar het eerste schaap over de Maasbrug. Een kudde is het nog niet, maar het begin is gemaakt. Als de rest van mijn werk hier even vruchtbaar zal blijken te zijn als die opmerking kan ik tevreden zijn.

Ik ga niet echt weg, en dat is maar goed ook want ik heb hier een hele goede tijd gehad waarover ik liever nog niet in de verleden tijd spreek. Ik mag gelukkig nog onderzoek blijven doen binnen de faculteit en van die gelegenheid zal ik zeker gebruik maken; aan een hoekje van een bijgeschoven bureau weliswaar, want plaats is er niet meer na de reorganisatie. Er is nog genoeg te doen. Ik hoop dat met jullie te kunnen blijven doen, en dat zal in de eerste plaats met Taru zijn, we hebben alweer grote plannen voor volgende maand en volgende jaren. Zo hoop ik ook de natuurlijk wat vervaagde contacten met het advocatenkantoor in Amsterdam niet helemaal

kwijt te raken, want uit het oog is wat mij betreft niet uit het hart. En voor al mijn dierbaren hoop ik ondanks deze voornemens toch ook wat meer tijd te krijgen.