



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De neutrale strafrechter

Cleiren, C.P.M.

Citation

Cleiren, C. P. M. (2011). De neutrale strafrechter. In *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland - Preadviezen* (pp. 185-240). Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/18427>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/18427>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

De neutrale strafrechter

Tineke Cleiren*

I Inleiding

I.1 Een eerste verkenning

1.1.1 Een actueel, fundamenteel en complex thema

De sectie strafrecht van de Vereniging voor de Vergelijkende studie van het recht van België en Nederland koos in het najaar van 2010 als thema voor de preadviezen van 2011 'De neutrale strafrechter'. Daarmee werd voor een sterk levend onderwerp gekozen. Kijken we naar de thema's die de afgelopen jaren centraal staan in het juridisch en maatschappelijk debat rondom het strafrecht, dan zijn veel daarvan direct of indirect verbonden met dit thema: zorgen om de toekomst van de rechtsstaat, de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter, de benoeming van rechters, nevenfuncties, bemoeienis van politici met rechterlijke uitspraken, verschoning en wraking, het (te) familiair optreden van rechters en onwenselijke ontmoetingen tussen rechters en getuigen of slachtoffers. Dit debat staat overigens niet op zichzelf, maar maakt deel uit van een brede tendens van maatschappelijke aandacht voor integriteit van ambts- en gezagsdragers en bestuurders en het creëren van een diversiteit aan maatregelen met het oog op het waarborgen daarvan.

Het thema van de neutrale strafrechter is niet alleen actueel, maar ook fundamenteel. Het raakt aan beginselen van de rechtsstaat, zoals onafhankelijkheid van de rechtsprekende macht, de onpartijdige rechter en rechtsgelijkheid. Het vertrouwen van de burger in de rechtsstaat, de rechtspraak en de strafrechter is nauw verbonden met de neutrale rol en attitude die de rechter toekomt en vervult. Een bord spaghetti, een diner of een gedicht blijken de rechter en de rechtsstaat 'de kop' te kunnen kosten.¹ Voor de burger misschien één pot nat, maar voor verantwoordelijken in en bij de publieke orde een veel complexer vraagstuk. Daarmee komen we bij een derde belangrijk aspect van het thema. Het thema van de neutrale strafrechter is niet alleen actueel en fundamenteel, maar is bovendien gesitueerd in een complexe omgeving. In het thema van de neutrale strafrechter liggen heel diverse vraagstukken besloten. Allereerst impliceert de aanduiding 'neutrale strafrechter' dat die

* C.P.M. Cleiren is hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden en raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof Amsterdam.

1 Deze voorbeelden verwijzen naar drie casus waarin de neutraliteit van de rechter publiekelijk ter discussie kwam: de Connerotte-zaak in België (1996), de Wilders-zaak bij de Rechtbank Amsterdam (2010/2011) en de Klimop-zaak bij de Rechtbank Haarlem (2011).

strafrechter neutraal is ten opzichte van iets of iemand. Een neutrale strafrechter is dus niet denkbaar zonder een relatie van die rechter tot een object – bijvoorbeeld de concrete strafzaak – of tot een subject, zoals de uitvoerende macht, de verdachte, het slachtoffer of het publiek. Daarnaast is de context waarin de rechter de neutraliteit moet waarmaken complexer dan men wellicht op het eerste gezicht veronderstelt. Zo kan men de vraag stellen wie verantwoordelijk is voor het opstellen of bevestigen van de ‘neutraliteitsnorm’: de staat, de Raad voor de rechtspraak, de rechtbank, de individuele rechter? Welke standaard moet worden aangelegd en aan welke voorwaarden moet worden voldaan om daaraan te kunnen voldoen? Door wie en hoe kan of moet worden ingegrepen als de ‘norm’ wordt geschonden of niet wordt gehaald?

1.1.2 Waar hebben we het over als het gaat om de neutrale strafrechter?

Het begrip neutraal wordt in het gewone taalgebruik veelal omschreven met woorden als: afzijdig, onzijdig, niet gekleurd, kleurloos, niet-gebonden. Als het gaat om het begrip neutraal als hoedanigheid, kwaliteit of eigenschap van de rechter vinden we in de Nederlandse juridische literatuur echter weinig expliciete uitweidingen over hetgeen daaronder mag of moet worden begrepen. In eerste instantie associeert men de neutrale rechter waarschijnlijk met de rechterlijke attitude en samenhangend met integriteit. Bij nadere oriëntatie wordt evenwel al snel duidelijk dat het bij de neutrale rechter niet louter gaat om de persoonlijke attitude van een rechter, maar ook om een institutionele kwaliteitseis.²

In Nederland wordt traditioneel de rol van de rechter beschouwd als een onpersoonlijke en een niet-politieke rol. De samenstelling van de rechterlijke macht vormt geen evenredige afspiegeling van verschillende maatschappelijke opvattingen, noch is er sprake van politieke benoemingen. Nederland kent bovendien geen juryrechtspraak.

In de rechtspraak staat de functie van de rechter centraal en niet zijn of haar persoon. Het dragen van de toga wordt dan ook wel begrepen als een bevestiging van die niet-persoonlijke rol. Er lijkt overigens wel sprake van een zekere relativisering van dit gedachtegoed, als gevolg van het beleid van de zittende magistratuur in het kader van transparantie en het afleggen van verantwoording aan de samenleving. Het register nevenfuncties en het gebruik van naambordjes voor rechters in bepaalde gevallen vormen daarvan een voorbeeld.

Dat onder de neutraliteit van de rechter zowel een institutionele kwaliteitseis als een meer op de individuele rechter gerichte eis moet worden begrepen komt goed naar voren waar Bovend'Eert schrijft: ‘In een rechtsstaat heeft de neutraliteit van de rechter twee aspecten. Enerzijds is neutraliteit vereist ten opzichte van andere staatsorganen – de rechterlijke onafhankelijkheid – anderzijds staat de rechter neutraal tegenover het geschil of strafbare feit dat ter berechting aan

2 Zie voor een beknopte theoretisch-filosofische benadering W. van den Burg, Culturele diversiteit en de democratische rechtsstaat, Preadvies Nederlandse Juristen-Vereniging, HNJV 2008-1, Deventer: Kluwer 2008, par. 5.6.

hem wordt voorgelegd. Dit laatste aspect duidt men aan met de term “rechterlijke onpartijdigheid”.³ Onafhankelijkheid en onpartijdigheid zijn nauw met elkaar verbonden en kunnen ook niet steeds volledig los van elkaar worden gedacht. Rechterlijke onafhankelijkheid vormt een waarborg voor de onpartijdigheid van de rechter.⁴ Kuijer legt een verband tussen onpartijdigheid en neutraliteit en verwoordt dat aldus: ‘De essentie van onpartijdigheid kan beter worden omschreven met “neutraliteit” of “equidistantie”, in de zin van objectiviteit en ruimdenkendheid.’⁵

Naast, dan wel als onderdeel van onafhankelijkheid of onpartijdigheid, lijken ook andere ‘kwaliteiten’ te worden begrepen onder de neutraliteit van de (straf)rechter: onbevangenheid, niet-vooringenomenheid, zonder vooroordeel, belangeloos, met distantie, zonder sympathie of antipathie en zonder aanzien des persoons.⁶ Deze ‘negatief’ geformuleerde omschrijvingen sluiten aan op overwegingen van Melai bij de eis van onpartijdigheid: ‘(...) wij in de eis van onpartijdigheid worden geconfronteerd met een voorwaarde van negatieve strekking, voor zover daarin de partijdigheid in het rechtsbedrijf – in het bijzonder van de rechter – van de hand wordt gewezen. Het zal blijken, dat wij onze basisvoorwaarden vaker in negatieve termen zullen moeten inkleden, zonder dat wij in staat zijn het daarbij veronderstelde “positief” als een even helder als onherleidbaar – absoluut geldend – oriëntatiemiddel voor goede rechtspraak kenbaar te maken.’⁷

Hoewel er in de literatuur, de rechtspraak en het publieke en professionele debat veel aandacht is voor het optreden van de strafrechter wordt de notie van de neutrale (straf)rechter zelden expliciet geïmpliciteerd. Die wordt veelal zonder discussie beschouwd als een kernwaarde van de rechtspraak.⁸ Melai’s opmerking dat de inhoud van zo’n eis niet zonder meer valt te omschrijven of af te grenzen gaat evenwel ook hier op. Desondanks blijkt uit deze eerste oriëntatie dat er wel aanwijzingen zijn voor wat onder de neutrale (straf)rechter kan worden begrepen. Bovendien zijn er indicaties voor wat niet onder de neutrale strafrechter wordt verstaan. In de strafrechtelijke literatuur wordt de neutrale strafrechter bijvoorbeeld nergens geassocie-

3 P.P.T. Bovend’Eert, m.m.v. C.A.J.M. Kortmann, *Rechterlijke organisatie, rechters en rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2008, hoofdstuk 2 en 3.

4 Diverse auteurs verdedigen dat de staatsrechtelijke onafhankelijkheid van de rechter een *conditio sine qua non* is voor de rechterlijke onpartijdigheid. Zie P. Smits, Art. 6 EVRM en de civiele procedure (diss. Rotterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 248-249. Het EHRM bepaalde in EHRM 12 december 1983, appl. nr. 8588/79 e.a. (Bramelid & Malmström tegen Zweden) dat ‘(...) there is a functional relationship between independence and impartiality, the former being essentially a precondition of the latter’.

5 M. Kuijer, *The Blindfold of Lady Justice. Judicial independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR*, Nijmegen: Wolf Legal Productions 2004, p. 457.

6 Deze omschrijvingen worden met name genoemd in relatie tot het thema van de onpartijdige rechter.

7 A.L. Melai, ‘Het strafgeding: polariteit en tegenspraak’, in: M.S. Groenhuijsen (red.), *Polariteit en tegenspraak, een selectie uit het werk van A.L. Melai*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 23.

8 Hoewel de algemene notie van neutrale rechter voor alle rechtsgebieden identiek is, zijn in de beoordeling van bijvoorbeeld wrakingsverzoeken wel nuanceverschillen zichtbaar die samenhangen met de aard van het rechtsgebied of de onderliggende rechtsbetrekkingen in de concrete casus. De kernwaarde neutraliteit wordt overigens niet als zodanig benoemd in de kernwaarden van de rechtspraak (onafhankelijkheid, onpartijdigheid, integriteit en professionaliteit). Zie www.rechtspraak.nl.

eerd of vereenzelvigd met een lijdelijke rechter, een onverschillige of indifferente rechter, noch met een kleurloze rechter. In het licht van deze oriëntatie kunnen we de neutraliteit van de strafrechter wellicht het best aanduiden als een samenstel van kwaliteiten die tezamen als een kernwaarde van de rechtspraak worden beschouwd.

1.2 Wijze van behandelen

1.2.1 Een breed palet en een breed perspectief

In dit preadvies is ervoor gekozen om de notie van een neutrale strafrechter niet te beperken tot een van de hierboven genoemde betekenissen of tot een bepaalde definitie, maar om het brede palet aan daaronder begrepen kwaliteiten voor ogen te houden.

Het merendeel van de kwaliteiten die in het brede palet van de neutrale strafrechter liggen besloten, wordt begrepen onder, of ligt in het verlengde van de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid. De regelgeving, de rechtspraak en de nationale en Europese rechtspraak op die twee thema's zijn derhalve vergaand (mede) bepalend voor de wijze waarop neutraliteit van de rechter kan worden gewaarborgd. Omdat in dit preadvies het minder omlijnde en sterker gedifferentieerde thema van de neutrale strafrechter voorop staat, worden de onafhankelijkheid en onpartijdigheid, noch artikel 6 lid 1 EVRM en de rechtspraak van het EHRM daarover, volledig uitgewerkt. Op elk van die thema's zijn uitstekende publicaties voorhanden, die ook de vergelijking met het Belgische recht kunnen faciliteren. Voor een breder overzicht van de thematiek van de onafhankelijke rechter wordt de lezer verwezen naar de preadviezen van de vereniging van 2001.⁹ Voor een overzicht van de thematiek van onafhankelijkheid en onpartijdigheid vanuit het perspectief van artikel 6 EVRM wordt onder meer verwezen naar twee in Nederland tot stand gebrachte dissertaties.¹⁰

9 P. van Orshoven, L.F.M. Verhey & K. Wagner, *Preadviezen voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland: De onafhankelijkheid van de rechter*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Wilink 2001.

10 M. Kuijer, *The Blindfold of Lady Justice*, a.w., M. Kuijer in aant. op de art. 512-519 (suppl. 155, juni 2006, in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen (red.), *Het Wetboek van Strafvordering* (losbl.), Deventer: Kluwer en M.I. Veldt, *Het EVRM en de onpartijdige strafrechter* (diss. Tilburg), Deventer: Gouda Quint 1997. Zie ook P. van Dijk, De 'objectieve' onpartijdigheid van de rechter, NJB 11 juli 1977, p. 1213-1219. E. Stamhuis, 'De onpartijdigheid en onbevangenheid van de rechter ter terechtzitting', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting*, Onderzoeksproject Strafvordering 2001, eerste interimrapport, behandelt de problematiek in het licht van de keuzen en uitgangspunten van dat project. Daarnaast vindt men een behandeling van de onpartijdige en onafhankelijke strafrechter vanuit EVRM-perspectief in B.F. Keulen & G. Knigge, *Strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2010, hfdst. V, par. 3. Met een ruim gebruik van literatuurverwijzingen zal in dit preadvies worden tegemoetgekomen aan de leesbaarheid en aan de beperkingen die de maximale omvang van dit preadvies noodgedwongen meebrengt.

1.2.2 Toespitsing op instrumenten ter waarborging van neutraliteit

Een neutrale strafrechter wordt niet geboren. De hierboven benoemde kwaliteiten van neutraliteit realiseren zich niet als vanzelf, maar vergen inspanningen op het niveau van de betrokken instituties, alsmede op het niveau van de rechtsprekende kamer en de individuele rechter. De vormgeving van die inspanningen biedt een minimale waarborg om een neutrale strafrechter te garanderen. Daarom worden in dit preadvies de voorwaarden en middelen in kaart gebracht die ons recht beschikbaar heeft om de diversiteit aan kwaliteiten van neutraliteit van de strafrechter te waarborgen. Zij zullen steeds worden aangeduid als instrumenten.

De nationale instrumenten die ons recht ter beschikking heeft om een neutrale strafrechter te garanderen hebben veelal een lange geschiedenis. Maar er bestaan ook tamelijk ‘jonge’ instrumenten. Sommige hebben een wettelijke grondslag, andere zijn verwerkt in bijvoorbeeld richtlijnen en gedragscodes. Sommige hebben nooit ter discussie gestaan, andere wel. Sommige zijn zelden in de rechtspraak aan de orde, andere vaak. Om een goed beeld te krijgen van de waarde van de instrumenten worden bij de beschrijving aspecten van geschiedenis, debat en rechtspraak meegenomen. Dit brengt mee dat bepaalde – en met name de actueel spelende – instrumenten meer aandacht zullen krijgen dan andere.

1.2.3 Toespitsing op de zittingsrechter

Hoewel de ‘kwaliteitseis’ van een neutrale rechter geldt voor alle rechtsgebieden wordt dit onderzoek toegespitst op de strafrechter.¹¹ Desalniettemin zullen met het oog op een goed inzicht diverse instrumenten aan de orde komen die gelden voor elke rechter, ongeacht het domein waarop deze werkzaam is. Het onderzoek naar de neutrale strafrechter wordt bovendien beperkt tot de neutraliteit van de zittingsrechter, waaronder zowel de individuele rechter als de gehele kamer zal worden begrepen. Daarmee worden neutraliteitsvraagstukken rondom bijvoorbeeld de rechter-commissaris en de rechter in raadkamerprocedure buiten beschouwing gelaten, maar niet die kwesties waarin de neutraliteit van de zittingsrechter mede wordt bepaald door (voorafgaand optreden van) rechter-commissaris of raadkamer. Deze beperking wordt zowel ingegeven door de door de vereniging gekozen titel, de neutrale strafrechter, als door de noodzakelijke beperking van de omvang van het preadvies.

1.2.4 Opbouw van het preadvies

De normstellende/preventieve instrumenten die ons recht biedt om neutraliteit van de rechter te waarborgen worden in dit preadvies gegroepeerd naar neutraliteit vanuit objectief, respectievelijk subjectief perspectief. Dit onderscheid sluit aan op de

¹¹ Een vergelijking van de instrumenten en de rechtspraak over de rechtsgebieden heen, gaat – hoewel zeer interessant – het bestek van dit preadvies te buiten. Buiten beschouwing blijven dus ook kwesties waarin sprake is van overlap met andere ‘niet strafrechtelijke’ procedures.

objectieve en de subjectieve onpartijdigheidstest, aan de hand waarvan het EHRM mogelijke schendingen van een recht van de burger op een onpartijdige rechter toetst. Daarnaast worden met deze indeling de verschillen tussen 'harde' en 'zachte' instrumenten zichtbaar. Waarborgen voor objectieve neutraliteit kunnen in beginsel worden geregeld door de staat (wet- en regelgeving) en de organisaties van de rechtspleging (Raad voor de rechtspraak, bestuur van de gerechten, sectorbesturen van de strafrechtspraak), terwijl de waarborgen voor subjectieve neutraliteit voor een belangrijk deel een eigen verantwoordelijkheid vormen voor de individuele rechter.

Binnen deze hoofdingeling, gericht op neutraliteit vanuit objectief, respectievelijk subjectief perspectief, worden de te bespreken instrumenten zoveel als mogelijk gegroepeerd onder de bekende categorieën als onafhankelijk, onpartijdig, belangeloos, niet-vooringenomen en onbevangen. In hoofdstuk 4 komen de corrigerende en sanctionerende instrumenten aan bod.

In hoofdstuk 5 worden enkele bevindingen, kwetsbaarheid en bedreigingen besproken, gevolgd door een korte slotbeschouwing in hoofdstuk 6.

2 Normstellende/preventieve instrumenten die bijdragen aan objectieve neutraliteit

2.1 Onafhankelijkheid als voorwaarde voor neutraliteit

2.1.1 Algemeen

Een eerste voorwaarde voor een neutrale rechter – en in zekere zin dus een instrument ter waarborging daarvan – wordt gevormd door de onafhankelijkheid van de rechtsprekende macht. De onafhankelijkheid in het staatsbestel wordt algemeen aanvaard als voortvloeiend uit de klassieke rechtsstaatidee en garandeert dat de rechtsprekende macht in zijn rechtsprekende functie is gevrijwaard van inmenging van de andere staatsmachten.¹² In aansluiting op deze, vaak als functioneel aangeduide, onafhankelijkheid binnen het staatsbestel worden diverse meer concrete vormen van onafhankelijkheid onderscheiden, zoals de persoonlijke. De staatsrechtelijk en institutioneel georiënteerde vorm van onafhankelijkheid wordt niet genoemd in onze grondwet, maar wordt algemeen aanvaard en bovendien bevestigd door Europese uitspraken in verband met artikel 6 EVRM.¹³ De scheiding van machten is niet absoluut en daarom is een begrenzing van de bemoeienis van de wetgever en het bestuur met de rechtsprekende macht van belang voor de neutra-

¹² Onafhankelijkheid vormt een voorwaarde voor onpartijdigheid. In de rechtspraak van het EHRM worden vraagstukken over rechterlijke onafhankelijkheid – en met name van functionele onafhankelijkheid – behandeld onder objectieve onpartijdigheid.

¹³ Zie met name EHRM 16 juli 1971, Ringeisen, Series A, vol. 13, par. 95 en EHRM 1 oktober 1982, Piersack, Series A, vol. 53, par. 27 en 30. In de in noot 9 genoemde preadviezen wordt dit aspect behandeld door K. Wagner in par. 2, door L.M.F. Verhey in par. 2.3. en door P. van Orshoven in par. 2.3.

liteit van de strafrechter.¹⁴ De persoonlijke of rechtspositionele onafhankelijkheid wordt gewaarborgd door op elkaar aansluitende regelingen in de Grondwet (Gw), de Wet op de Rechterlijke Organisatie (Wet RO) en de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren (Wrra). De checks en balances binnen de Trias Politica brengen mee dat er enerzijds sprake is van instrumenten waarmee de regering wordt beperkt in haar bemoeienis met de rechterlijke macht, anderzijds dat de wetgevende en uitvoerende macht ook de mogelijkheden en grenzen van het werk van de rechter bepalen en langs die weg wordt bijgedragen aan neutraliteit van de rechter. Het merendeel van de instrumenten die zijn gericht op onafhankelijkheid heeft betekenis voor elke rechter, ongeacht het rechtsdomein waarop deze werkt.

2.1.2 De verhouding tot parlement en regering: benoeming, ontslag en schorsing

De rechtspositionele onafhankelijkheid wordt gegarandeerd door artikel 117 Gw. Het parlement wordt niet bij de benoeming van rechters betrokken, maar omdat de benoeming geschiedt bij koninklijk besluit wordt deze procedure niet door een ieder als voldoende waarborg beschouwd.¹⁵ Die waarborg ligt wél besloten in de benoeming voor het leven. De vrijwaring van bemoeienis van de regering ligt minder eenvoudig bij de benoeming van leden van de Hoge Raad, nu daarbij wel expliciet een rol is weggelegd voor het parlement. Artikel 118 eerste lid Gw regelt dat leden van de Hoge Raad worden benoemd uit een voordracht van drie personen, opgemaakt door de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Deze regeling hangt samen met de berechting door de Hoge Raad van ministers die worden vervolgd wegens ambtsmisdrijven.¹⁶ De Hoge Raad maakt zelf krachtens artikel 1e Wrra een lijst van aanbeveling met zes kandidaten. Hoewel de Tweede Kamer daaraan niet is gebonden wordt de voordracht in de praktijk zo goed als altijd gevolgd. In maart 2011 bleek evenwel dat met verschuivingen in de politieke cultuur het gezag van die voordracht ter discussie kan komen en de regering aan invloed op de rechterlijk macht kan winnen.¹⁷ Krachtens artikel 117 derde lid juncto artikel 11 e.v. Wet RO kunnen rechters slechts worden geschorst en ontslagen door de Hoge Raad.¹⁸ De uitvoerende macht kan zich dus niet ‘ontdoen’ van onwelgevallige rechters.

14 Zie onder meer G.J.M. Corstens, *De verhouding rechter – openbaar ministerie* (oratie Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1993 en M. Adams, ‘De scheiding der machten tussen feit en fictie’, *NJB* 2010, p. 280.

15 Zie voor een overzicht L.F.M. Verhey, in: P. van Orshoven, L.F.M. Verhey & K. Wagner, a.w., par. 6.2.

16 MvA, *Kamerstukken II* 1980/81, 16 163, nr. 8 p. 1.

17 De PVV verzette zich tegen de voordracht van Buruma. Het belangrijkste argument was dat de kandidaat een te politieke signatuur zou hebben. Bij stemming in de Tweede Kamer werd de voordracht aanvaard.

18 Zie par. 2.1.2. en over de desbetreffende regelingen J.W. Fokkens en N.N. Kirkels-Vrijman, ‘De (rechts)positie van de rechter in geval van disciplinaire maatregelen’, in: F.W. Bleichrodt, J.A.W. Lensing & P.C. Vegter (red.), *De rechter in het geding*, Liber Amicorum mr. J.P. Balkema, Deventer: Kluwer 2011, p. 227-241 en hierna par. 4.2.

2.1.3 De verhouding tot het parlement: betrokkenheid over en weer

De rechter wordt niet bij wet belemmerd om op te treden naar of als lid van het parlement.¹⁹ Wel wordt het in aanbeveling 5 van de Leidraad Nevenfuncties de rechter ontraden om lid te zijn van de Eerste of de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

Leden van de Staten-Generaal worden niet bij wet belemmerd om zich uit te laten over zaken die onder de rechter zijn. Een ongeschreven sub *judice*-regel wordt weliswaar vaak verondersteld, maar staat niet volledig buiten discussie.²⁰

2.1.4 Verhouding tot het Openbaar Ministerie (OM)

Voor de toepassing van het strafrecht kan het OM worden beschouwd als de uitvoerende macht. Van een volledige scheiding tussen beide machten kan evenwel niet worden gesproken. Het OM maakt namelijk wel deel uit van de rechterlijke macht, maar is niet met rechtspraak belast.²¹ Men spreekt dan ook van de zittende en staande magistratuur (ZM en OM). Het OM heeft het monopolie op de vervolging, de rechter op de rechtspraak.²² Deze scheiding werkt door in de wijze waarop de bevoegdheden bij een concrete vervolging zijn verdeeld. Een paar voorbeelden kunnen dit illustreren.

Het OM heeft een vrijheid van forumkeuze tussen rechters die volgens de artikelen 2 tot en met 6 Wetboek van Strafvordering (Sv) relatief bevoegd zijn. Artikel 268 derde lid Sv bepaalt dat behalve de rechters en de griffier niemand aan de tafel van de rechtbank plaatsneemt. De inrichting van de huidige rechtszalen sluit aan op deze bepaling.²³ Het is vast gebruik dat de leden van het OM en ZM niet door dezelfde deur de rechtszaal betreden, noch zich terugtrekken. Ook in de overige publieke ruimtes van het gerechtsgebouw wordt grote terughoudend in onderling contact betracht.²⁴ De zittingsrechter heeft de leiding over het onderzoek (art. 272 Sv). Daarbij is hij weliswaar gebonden aan de tenlastelegging, maar niet aan het door het OM aangeleverde bewijs en ook niet aan de strafeis van het OM.

De neutraliteit van de rechter ten opzichte van de voorliggende strafzaak is op deze wijze formeel gewaarborgd. In de dagelijkse praktijk kan die neutraliteit evenwel

¹⁹ Zie ook onder 2.2.2.

²⁰ Zie hierna onder kwetsbaarheden, par. 5.4.

²¹ Het begrip rechterlijke macht in art. 113 eerste lid Gw moet in de beperkte zin van zittende magistratuur worden opgevat.

²² Uitwerking van deze 'gecompliceerde' verhouding gaat dit preadvies te buiten. Op dit thema bestaat een rijkdom aan literatuur. Zie voor ingangen G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2008, hfdst. 5 en G.J.M. Corstens, 'De verhouding rechter – openbaar ministerie', a.w. Ook de dissertatie van Dirk van Daele geeft goede ingangen: D. van Daele, *Het openbaar ministerie en de afhandeling van strafzaken in Nederland* (diss. Leuven), Leuven 2003. A-G Fokkens gebruikt de terminologie *dominus litis* voor de rechter in zijn conclusie bij HR 25 juni 2002, NJ 2002, 518.

²³ Zie uitgebreid M.I. Veldt, aant. 12 bij art. 268 (suppl. 119, december 2000), in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen (losbl.).

²⁴ Contact tussen procureur-generaal en raadsheren in raadkamer werd voorgelegd aan het EHRM en leidde tot niet-ontvankelijkheid van de klacht: EHRM 19 oktober 1995, appl.nr. 25205/94. Zie ook annotatie Corstens bij HR 22 juni 1993, NJ 1994, 498.

ter discussie komen. Enkele casus waarin met betrekking tot de waarheidsvinding wordt gesproken in termen van tunnelvisie van de rechter vormen daarvan voorbeelden.²⁵ Onafhankelijkheid van de rechter betekent overigens niet dat de rechter zich 'onverschillig' mag tonen ten opzichte van hetgeen door het OM is ingebracht of gedaan. Zo moet de rechter bij afwijking van een door de officier van justitie uitdrukkelijk onderbouwd standpunt betreffende een van de beslissingen vermeld in de artikelen 348 eerste lid en 358 tweede en derde lid de redenen daarvan in zijn beslissing vermelden (art. 359 lid 2 Sv). De neutraliteit van de rechter ten opzichte van het OM in concrete zaken wordt bovendien mede gewaarborgd door de in het navolgende te bespreken regeling van artikel 510-511 Sv (niet-berechten in eigen ressort).

Het past in deze lijn van de verhouding tussen OM en strafrechter dat er bezwaren bestaan tegen dubbelen van de functie van rechter en het lidmaatschap van het OM.²⁶ Aanbeveling 5 van de Leidraad Onpartijdigheid van de rechter bepaalt met het oog daarop: 'De rechter-plaatsvervanger die tevens officier van justitie is, is niet werkzaam in de strafsector van de rechtbank waar zijn parket is gevestigd. Hij draagt er bovendien zorg voor geen zaken van het eigen parket te behandelen die in een andere sector van de rechtbank dienen.' Aanbeveling 7 van de Leidraad Nevenfuncties luidt: 'Het is ongewenst dat leden van het openbaar ministerie optreden als strafrechter, tenzij zij voor de omvang van hun aanstelling bij een gerecht zijn gedetacheerd (bijvoorbeeld in het kader van een opleiding voor het rechterschap).'²⁷ In het aanhangige Wetsvoorstel Wijziging van de Wvra wordt voorzien in een wettelijke onverenigbaarheid van deze functies.²⁸

In de praktijk zal bijzondere voorzichtigheid moeten worden betracht door de zittingsrechter in geval hij zelf in een voorafgaande fase als lid van het OM is betrokken geweest bij de desbetreffende strafzaak. Twee voorbeelden uit de rechtspraak maken duidelijk dat dit, ondanks het vermoeden van onpartijdigheid van de zittingsrechter, een bijzondere omstandigheid kan zijn die een zwaarwegende aanwijzing oplevert voor vooringenomenheid dan wel voor de objectief gerechtvaardigde vrees daarvan. De Hoge Raad oordeelde dat betrokkenheid van een rechter-plaatsvervanger en de officier van justitie bij enerzijds dezelfde strafzaak en anderzijds beiden als lid van het OM in hetzelfde parket op zichzelf al een bijzondere omstandigheid is die een zwaarwegende aanwijzing oplevert voor vooringenomenheid dan wel voor de objectief gerechtvaardigde vrees daarvoor.²⁹ Ook toen een rechter eerder als officier van justitie bij een zaak tegen een medeverdachte betrokken was geweest

25 Denk hiervoor bijvoorbeeld aan de zaak van de Schiedammer parkmoord.

26 Zie hierna onder 2.2.2.

27 Leidraad Onpartijdigheid van de rechter, vastgesteld door de Presidentenvergadering en door de Ledenraad van de Nederlandse Vereniging voor rechtspraak in maart 2009; Leidraad Nevenfuncties, vastgesteld door de Presidentenvergadering op 23 maart 2009 en door de Ledenraad van de Nederlandse Vereniging voor rechtspraak op 20 april 2009; gepubliceerd op www.rechtspraak.nl en www.nvvr.org.

28 Wetsvoorstel Wijziging Wvra in verband met enkele aanvullingen op de regeling inzake nevenbetrokkeningen van rechterlijke ambtenaren en rechterlijke ambtenaren in opleiding gedurende de binnenstage, Kamerstukken II 2004/05, 29 937, nr. 1, 2 en 3, art. 44 lid 3.

29 HR 16 november 1999, NJ 2000, 335 (m.nt. 't Hart).

leverde dat volgens de Hoge Raad een uitzonderlijke omstandigheid op, op grond waarvan gerechtvaardigde vrees kan ontstaan dat de rechter niet onpartijdig is.³⁰

Heel recent is nauwe betrokkenheid tussen rechters en OM aan de orde geweest bij het EHRM. Het betrof een casus waarin de broer van de rechter werkzaam was als lid van het OM en bij dezelfde zaak was betrokken geweest en bovendien de zoon van de rechter werkte op het parket van het OM direct onder de officier van justitie die als hoofd van het onderzoek in de desbetreffende zaak fungeerde. Onder die – in de uitspraak uitvoerig besproken omstandigheden – oordeelde het Hof dat de samenstelling van de rechtbank de objectieve toets van onpartijdigheid niet kon doorstaan.³¹

2.1.5 Onafhankelijkheid van de bestuurs- en beheersorganen en -structuur

Onafhankelijkheid van de Raad voor de rechtspraak en van het eigen gerechtsbestuur vormt evenals de staatrechtelijke onafhankelijkheid een voorwaarde voor een neutrale rechter.³² Reeds bij de voorbereiding en de totstandkoming van de bestuurs- en beheersstructuur voor de rechterlijke organisatie³³ is bijzondere aandacht besteed aan de vraag of de tot stand te brengen wetgeving voldoende garanties zou bieden om druk van buitenaf of oneigenlijke beïnvloeding van oordeelsvorming te voorkomen.³⁴ Een volledig sluitend stelsel voor neutraliteit is bij wet niet gerealiseerd, zodat waarborging van neutraliteit mede afhankelijk is van aanvullende instrumenten zoals leidraden, codes, gedragslijnen en cultuur binnen de organisatie. De individuele rechter wordt bij de inhoudelijke beoordeling van een zaak wel expliciet beschermd tegen bemoeienis van het gerechtsbestuur door artikel 23 en 24 Wet RO, die bepalen dat het bestuur bij de uitvoering van de taken niet treedt in de procesrechtelijke behandeling van, de inhoudelijke beoordeling van alsmede de beslissing in een concrete zaak of in categorieën van zaken. Datzelfde geldt voor de Raad voor de rechtspraak (art. 96 lid 2 Wet RO) en de Minister van Justitie (art. 109 Wet RO). De Raad van Europa heeft in een aanbeveling beginselen omschreven ter waarborging van de onafhankelijkheid van de rechter van de functionele autoriteiten.³⁵

De strafrechter wordt ook geconfronteerd met vormen van rechterlijke samenwerking in de vorm van onder meer oriëntatiepunten voor de straftoemeting en overige LOVS-afspraken, het landelijk aanhoudingsprotocol en de aanbevelingen

30 HR 25 maart 2008, NJ 2008, 211.

31 EHRM 26 juli 2011, Chamber judgment in the case Huseyn and Others tegen Azerbaidjan, (appl. nrs. 35485/05, 45553/05, 35680/05 and 36085/05 (not final)). Zie ook EHRM 15 december 2005, appl.nr. 73797/01, Kyprianou tegen Cyprus.

32 Deze vorm van onafhankelijkheid wordt in teksten van de rechtspraak vaak aangeduid als autonomie.

33 Wet organisatie en bestuur van de gerechten, Wet van 6 december 2001, Stb. 2001, 582 en de Wet Raad voor de rechtspraak, Wet van 6 december 2001, Stb. 2001, 583.

34 Zie voor een overzicht L.F.M. Verhey, in: P. van Orshoven, L.F.M. Verhey & K. Wagner, a.w., par. 4-5.

35 Council of Europe Committee of Ministers, Recommendation no. R (94) 12 on the independence, efficiency and role of judges (13 October 1994, par. 16, 17, 19).

behandeling civiele schadevordering in het strafproces. Deze afspraken worden niet beschouwd als recht in de zin van artikel 79 Wet RO en tasten de bevoegdheid van de strafrechter om daarvan af te wijken niet aan. De onafhankelijkheid van de individuele rechter blijft gegarandeerd. De neutraliteit van de rechter wordt hiermee evenwel niet in het bijzonder gewaarborgd. Afwijking in een individueel geval zou immers kunnen worden ingegeven door bijvoorbeeld vooringenomenheid, sympathie of antipathie.

2.1.6 De strafrechtelijke wetgever, het legaliteitsbeginsel en ongeschreven beginselen

De neutraliteit van de rechter wordt mede gerealiseerd door artikel 107 Gw, dat bepaalt dat de wet het strafrecht en het strafprocesrecht in algemene wetboeken regelt. De positie van de wetgever is bovendien nader geconcretiseerd in onder meer het strafrechtelijk en strafvorderlijk legaliteitsbeginsel, de Wet RO en de Wet Algemene Bepalingen. Deze stand van zaken draagt bij aan een neutrale strafrechter in die zin dat de rechter elke zaak en een ieder volgens dezelfde strafwet dient te beoordelen. Ook in de strafrechtelijke procedure ligt het beginsel van rechtsgelijkheid besloten en geldt het verbod van willekeur. Het Wetboek van Strafvordering en beginselen van een goede procesorde bevorderen een neutrale strafrechter via de norm van rechtsgelijkheid en het verbod van willekeur.

De strafrechter is door de wetgever ook beperkt in zijn positie ten opzichte van de uitvoerende macht. Het OM heeft het monopolie op de vervolging en de omvang daarvan (art. 167 Sv), hetgeen de kans op invloed van vooringenomenheid, sympathie of antipathie van de rechter ten opzichte van zaak of betrokkenen 'beperkt'.

2.2 Onpartijdigheid als voorwaarde voor neutraliteit

2.2.1 Algemeen

Onpartijdigheid kan worden beschouwd als een fundamenteel beginsel van ons rechtsstelsel. De eis van onpartijdigheid is opgenomen in artikel 6 lid 1 EVRM en artikel 14 lid 1 IVBPR. Onpartijdigheid wordt wel omschreven als afwezigheid van vooroordelen en vooringenomenheid en vormt daarmee een belangrijke voorwaarde voor een neutrale strafrechter. In de Nederlandse wet- en regelgeving is op diverse – hierna te behandelen – plaatsen en wijzen uitdrukking gegeven aan het belang van de eis van een onpartijdige rechter. In de nationale rechtspraak is, in aansluiting op de rechtspraak van het EHRM, een criterium ontwikkeld om de onpartijdigheid te

toetsen.³⁶ Deze toets wordt in het Wrakingsprotocol van de Rechtspraak als volgt omschreven:³⁷

‘Ten aanzien van onpartijdigheid wordt in de jurisprudentie onderscheid gemaakt tussen subjectieve en objectieve aspecten van onpartijdigheid. Bij de subjectieve aspecten moet men denken aan de persoonlijke instelling van de rechter. Hier geldt als criterium dat een rechter moet worden vermoed uit hoofde van zijn aanstelling onpartijdig te zijn, tenzij zich een uitzonderlijke omstandigheid voordoet die een zwaarwegende aanwijzing oplevert voor het oordeel dat een rechter jegens een rechtzoekende persoonlijk, dan wel aangaande een standpunt in een zaak, een vooringenomenheid koestert, althans dat de bij een rechtzoekende dienaangaande bestaande vrees gerechtvaardigd is. De vrees voor subjectieve partijdigheid van de rechter moet bovendien objectief gerechtvaardigd zijn. Bij de objectieve aspecten gaat het om feiten of omstandigheden die, ongeacht de persoonlijke instelling van de rechter, grond geven om te vrezen dat een rechter niet onpartijdig is, waarbij ook de (te vermijden) schijn van partijdigheid van belang is.

De bewijsrechtelijke drempel is aanzienlijk lager dan voor subjectieve partijdigheid. De verzoeker hoeft niet te bewijzen dat die feiten of omstandigheden ook werkelijk tot vooringenomenheid hebben geleid: “legitimate doubt” kan voldoende zijn.³⁸

De feiten waarop de verzoeker zich beroept moeten aannemelijk zijn geworden; zij moeten zwaarwegende redenen opleveren voor (objectiveerbare) twijfel aan de onpartijdigheid.³⁹

De subjectieve toets betreft de persoon van de individuele rechter in een concrete strafzaak. Het kan zowel zijn privéleven betreffen als factoren met een zakelijk karakter. Daarnaast kan persoonlijke partijdigheid worden gegrond op de attitude van de rechter ter terechtzitting. De objectieve toets betreft de wijze waarop de wetgever en de Rechtspraak de onpartijdigheid van leden van de zittende magistratuur in het algemeen hebben gewaarborgd. Doordat het EHRM heeft aanvaard dat er ook sprake kan zijn van schending van onpartijdigheid bij de objectief gerechtvaardigde schijn van partijdigheid is het bereik van de toets aanmerkelijk uitgebreid. Bij de

36 Zie voor een overzicht M. Kuijer, a.w. hfdst. 7, M.I. Veldt, a.w. hfdst. 1, par. 7, Spronken en De Vocht in: C.P.M. Cleiren & M.J.M. Verpalen, *Tekst & Commentaar: Strafvordering*, Deventer: Kluwer 2011, art. 6 EVRM, aant. 8 en Van Dijk, a.w. Het belang van het voorkomen van de schijn van partijdigheid werd al genoemd door Blok en Besier in 1926, A.J. Blok & L. Ch. Besier, *Het Nederlandsche strafproces*, Haarlem: H.D.J. Tjeenk Willink en Zoon 1926, deel III, p. 92.

37 Het begrip Rechtspraak met een hoofdletter wordt in dit preadvies aangesloten op het door de diverse organisaties van de rechtspraak zelf met hoofdletter gehanteerde begrip, voor die gevallen dat het niet gaat om rechterlijke beslissingen.

38 Zie in vervolg op Hauschildt en Thomann ook EHRM 7 augustus 1996, NJ 1998, 185.

39 Het wrakingsprotocol is beschikbaar via www.rechtspraak.nl. Zie voor de achtergrond onder meer de arresten van het EHRM 24 mei 1989, Hauschildt, Series A, nr. 154, NJ 1990, 627 en EHRM 23 juni 1981, Le Compte, Van Leuven & De Meijere tegen België, Series A, nr. 43, NJ 1982, 602.

schijn van partijdigheid gaat het overigens om onpartijdigheid vanuit het gezichtspunt van de 'ordinary citizen'.⁴⁰

2.2.2 Beperkingen van functiecumulaties in de zin van nevenfuncties

Nevenfuncties van rechters worden over het algemeen wenselijk geacht omdat men van de rechter mag en moet verwachten dat hij stevig is verankerd in de samenleving.⁴¹

Aan de andere kant kunnen nevenfuncties risico's meebrengen voor de neutraliteit van de rechter in de zaak of ten aanzien van betrokkenen. Het bestaan van nevenfuncties van rechters is dan ook niet zonder discussie gebleven. Het verbaast dus niet dat met het oog op het waarborgen van de neutraliteit wettelijke regelingen, reglementen, codes en leidraden worden ingezet.⁴²

In Nederland bestaan slechts op bescheiden schaal wettelijke beperkingen voor nevenfuncties van rechters. Artikel 15 Wet RO formuleert incompatibiliteiten voor leden van gerechtsbesturen, zoals het gelijktijdig vervullen van een ministerschap of lidmaatschap van de Staten-Generaal, advocaat of ambtenaar bij een ministerie. Voor leden van de rechterlijke macht met rechtspraak belast wordt daar geen wettelijke beperking geregeld. Een rechter (met uitzondering van de plaatsvervanger) en een rechterlijke ambtenaar in opleiding gedurende de binnenstage kunnen volgens het huidige artikel 44 Wvra niet tevens advocaat of notaris zijn, dan wel anderszins van het verlenen van rechtskundige bijstand een beroep maken. Rechters zijn krachtens artikel 44 Wvra en artikel 61 lid 1 ARAR verplicht om de functionele autoriteit te informeren over betrekkingen die zij buiten hun ambt vervullen. De functionele autoriteit dient volgens artikel 44 Wvra een register van die betrekkingen bij te houden.

Het ontbreken van een meer omvattende wettelijke beperkende regeling heeft vanaf het midden van de jaren negentig van de vorige eeuw geleid tot kritiek vanuit de samenleving en vanuit het parlement, in het bijzonder vanwege de mogelijke gevolgen van nevenfuncties voor de neutraliteit van de rechter.⁴³ Met name het aanstellen als rechter-plaatsvervanger van personen die afkomstig waren uit de advocatuur of

40 EHRM 29 april 1988, *Belilos tegen Zwitserland*, Series A, vol. 132; zie ook M. I. Veld, in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen (losbl.), p. 330.

41 Er bestaat geen definitie van nevenfuncties. In het aanhangige wetsvoorstel 29 937 wordt in art. 44a lid 1 Wvra wel een definitie gegeven van nevenbetrekkingen, *Kamerstukken II 2004/05*, 29 937, nr. 2. Het begrip nevenfuncties is ruimer dan het begrip nevenbetrekkingen, idem 29 937, nr. 3, par. 2 en Leidraad Nevenfuncties, vastgesteld door de Presidentenvergadering op 23 maart 2009 en door de Ledenraad van de Nederlandse Vereniging voor rechtspraak op 20 april 2009, par. 2.3, in te zien op www.rechtspraak.nl en www.nvvr.org.

42 Het merendeel van de rechtspraak en de literatuur is te vinden onder de noemer van wraking, hetgeen is te begrijpen in het licht van de in art. 512 Sv geformuleerde wrakingsgrond.

43 In 1996 werd het Rapport Integriteit Rechterlijke Macht door de Stichting WORM gepubliceerd. Daarop verschenen reacties van onder meer M.F.J.M. de Werd, 'Verontruste burgers over de integriteit van de rechterlijke macht', *Trema* 1997, p. 101-104; J.T.M. Nijenhof & W.H.J. Stemker Köster, *Reactie op Rapport Integriteit Rechterlijke Macht (IRM-rapport)*, *Ars Aequi* 1997, p. 417-420; D. Molin, *Reactie op reactie; Rapport Integriteit Rechterlijke Macht (IRM-rapport)*, *Ars Aequi* 1997, p. 702-707. Minister Sorgdrager werd diverse malen in de Tweede Kamer bevraagd over de kwestie van de nevenfuncties. Zie onder meer *Kamerstukken II 1998/99*, 26 352, nr. 3, p. 6.

het OM of die als wetgevingsambtenaar werkzaam waren, riep discussie op.⁴⁴ Ook bij het EHRM is de vraag naar schending van artikel 6 EVRM wegens nevenfuncties van de rechter aan de orde gesteld. Geen van die klachten, ook niet die Nederland betreffen, zijn als een schending beoordeeld.⁴⁵ De uitspraken geven voornamelijk dan ook geen aanleiding het instituut van rechter-plaatsvervanger op te heffen.

Tot een hard criterium voor beoordeling van de onpartijdigheid heeft een en ander niet geleid. Begin 2005 werd een wetsvoorstel ingediend tot wijziging van de Wvra in verband met enkele aanvullingen op de regeling inzake nevenbetrekkingen van rechterlijke ambtenaren en rechterlijke ambtenaren in opleiding.⁴⁶ Het inmiddels geamendeerde wetsvoorstel gaf de vaste Commissie voor Justitie van de Eerste Kamer in november 2008 aanleiding tot opmerkingen en vragen aan de minister, met name ingegeven door het feit dat de reikwijdte van het voorstel door de amenderingen in de Tweede Kamer sterk was toegenomen.⁴⁷ Een vervolg laat nog op zich wachten.

De Rechtspraak heeft inmiddels niet stilgezeten. Zij heeft in 2004 de Leidraad Onpartijdigheid voor rechters vastgesteld en in 2009 een Leidraad Nevenfuncties.⁴⁸

De Leidraad Onpartijdigheid is gericht op zelfregulering door de individuele rechter en bevat expliciete aanbevelingen met betrekking tot nevenfuncties. Aanbeveling 3 heeft betrekking op nevenbetrekkingen van de rechter zelf: een rechter behandelt geen zaken waarbij zijn onpartijdigheid ter discussie zou kunnen komen te staan vanwege een nevenbetrekking.⁴⁹ Aanbeveling 4 bevat een soortgelijke bepaling over de nevenbetrekkingen van (voormalige) partners alsmede van nauwe bloed- en aanverwanten.⁵⁰ In de Leidraad Nevenfuncties staat het perspectief van de integriteit voorop. Aanbeveling 9 van de Leidraad verplicht tot mededeling van nevenbetrekkingen. De daarnaast door de Rechtspraak opgestelde Gedragscode Rechtspraak maant medewerkers van de Rechtspraak in artikel 1 aan zich te realiseren dat het vervullen van een nevenbetrekking gevolgen kan hebben voor een goede ambtsvervulling, onpartijdigheid en onafhankelijkheid.⁵¹

44 Zie in dit verband M. Kuijer, aant. 11 bij art. 512 (suppl. 158, december 2006), in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen (losbl.) en de aldaar aangehaalde kritische auteurs.

45 Wel werden in deze zaken de connecties tussen beide rollen materieel getoetst. EHRM 21 december 2000, appl. nr. 33958/96, Wettstein tegen Zwitserland en EHRM 19 mei 2005, appl. nr. 63151/00, Steck-Risch e.a. tegen Liechtenstein.

46 Wetsvoorstel Wijziging van de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren in verband met enkele aanvullingen op de regeling inzake nevenbetrekkingen van rechterlijke ambtenaren en rechterlijke ambtenaren in opleiding gedurende de binnenstage, Kamerstukken II 2004/05, 29 937, nr. 1, 2 en 3.

47 Idem, Kamerstukken II 2004/05, 29 937, B, VVI.

48 Leidraad Onpartijdigheid van de rechter en Leidraad Nevenfuncties; de aanbevelingen 1, 2, 3, 4, 7 en 8 uit de Leidraad Onpartijdigheid zijn van toepassing op de rechter-plaatsvervanger. De Leidraad Nevenfuncties is in zijn geheel van toepassing op de rechters-plaatsvervangers.

49 Het gaat daarbij om nevenbetrekkingen die in de afgelopen drie jaar zijn vervuld.

50 Zie hierover ook par. 3.2.4. en M. Kuijer, aant. 13 bij art. 512 (suppl. 158, december 2006), in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen (losbl.).

51 Gedragscode Rechtspraak (1 mei 2010) via www.rechtspraak.nl en www.nvvr.org.

2.2.3 Verwijzing door de cassatierechter in plaats van terugwijzen

Aan neutraliteit van de rechter kan bijdragen dat de Hoge Raad een zaak na vernietiging niet terugwijst, maar verwijst naar een ander gerecht dan dat de vernietigde uitspraak deed. Deze mogelijkheid werd in 1998 mede gecreëerd met het oog op behandeling door een onbevangen rechter. De MvT vermeldt naast andere redenen: 'Zo kan de Hoge Raad van oordeel zijn dat het uit een oogpunt van goede rechtsbedeling nodig is dat een bepaalde zaak nog eens onbevangen door een ander gerecht wordt gezien.'⁵² In HR 18 januari 1994, NJ 1994, 305 oordeelde de Hoge Raad dat een rechter die reeds over de zaak heeft beslist na vernietiging en terugwijzing is uitgesloten van een hernieuwde beoordeling. Deze beslissing voldoet wellicht in het licht van het in artikel 6 EVRM gewaarborgde vereiste van een onpartijdige rechter, maar biedt geen optimale garantie. Door Veldt en Tjong wordt daarom gepleit om bij wet te regelen dat in geval van terugwijzing andere rechters dan rechters die de nietig verklaarde beslissing hebben gewezen de zaak moeten berechten.⁵³ Corstens pleit in zijn handboek voor een restrictief beleid ten aanzien van terugwijzen en sprak in dat verband over het preoccupatiebeginsel.⁵⁴ In de rechtspraak maakt de Hoge Raad tegenwoordig slechts zelden gebruik van de mogelijkheid van verwijzen.⁵⁵ Hielkema signaleert dat in enkele gevallen van publiciteitsgevoelige zaken sprake is geweest van verwijzen, maar dat de Hoge Raad op dat punt niet helemaal consequent is in zijn verwijzingsbeleid.⁵⁶ Als voorbeelden van verwijzen in publiciteitsgevoelige zaken kan worden gewezen op de zaken Mink K., HIV, Samir A. Ook in de beide door de CEAS onderzochte zaken van Lucia de B. en Ina Post verwees de Hoge Raad.

2.2.4 Beperkingen in rechterlijke functiecumulaties

Algemeen

Functiecumulatie in de vorm van eerdere betrokkenheid van de zittingsrechter bij de te beoordelen zaak kan zich in diverse vormen voordoen.⁵⁷ Allereerst is er de cumulatatie waarin de rechter in meer dan één strafzaak in meer hoedanigheden optreedt, daarnaast de cumulatatie van de rechtersrol bij de behandeling van verschillende

52 MvT, Kamerstukken II 1985/86, 19 488, nr. 3, p. 12. Zie voor een uitvoerige bespreking M.K.T. Tjong, aant. 2 en 9.4 op art. 440 (suppl. 141, april 2004), in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen (losbl.); J. Hielkema, 'Doel(matig) getroffen maar vernietigd?', in: B.F. Keulen, G. Knigge & H.D. Wolswijk (red.), *Pet af, Liber Amicorum D.H. de Jong*, p. 137-153, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007 en Corstens 2008, p. 751-752. Zie hierover ook A.J.A. van Dorst, a.w. p. 94.

53 M. Veldt, *Het EVRM en de onpartijdige strafrechter*, a.w. p. 364-365 en M.K.T. Tjong, a.w., aant. 9.4, alsmede de door beide auteurs aldaar aangehaalde oudere literatuur.

54 G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Arnhem: Gouda Quint 2002 en G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 751-752. In 2008, p. 786, lijkt zijn positie iets gematigder.

55 J. Hielkema, a.w. en A.J.A. van Dorst, *Cassatie in strafzaken*, Deventer: Kluwer 2009, p. 94.

56 J. Hielkema, a.w. p. 149-150.

57 Zie voor een overzicht van zowel geschiedenis, EHRM-rechtspraak, rechtsvergelijking en nationaal recht met betrekking tot deze vorm van functiecumulatie M. Veldt, hfdst. 8, par. 2 en M. Kuijer, a.w. aant. 9 bij art. 512 (suppl. 158, december 2006), in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen (losbl.). In het licht van de beperking van dit preadvies tot de zittingsrechter blijven diverse functiecumulaties buiten beschouwing.

strafzaken tegen medeverdachten door dezelfde rechter waarbij niet gelijktijdig vonnis wordt gewezen.⁵⁸ Functiecumulatie kan ongetwijfeld de neutraliteit van de strafrechter beïnvloeden of de schijn wekken dat de zaak wordt behandeld door een niet neutrale strafrechter. Het uitsluiten of beperken van functiecumulatie kan daarom bijdragen aan de neutraliteit van de strafrechter.⁵⁹

De Nederlandse wetgever heeft de risico's van functiecumulatie voor de onpartijdigheid reeds bij de totstandkoming van het wetboek in 1926 onderkend.⁶⁰ Desalniettemin is nooit een eenduidige visie ontwikkeld op criteria die bepalend zouden moeten zijn voor de beoordeling van toelaatbaarheid. Zowel discussie in de literatuur als de nationale en EHRM-rechtspraak hebben bijgedragen aan de huidige stand van de wetgeving. Hoewel de EHRM-rechtspraak casuïstisch is, is de invloed van die rechtspraak op het thema van 'pre-trial decisions' door de zittingsrechter in het Nederlandse recht – net als in andere Europese landen – onmiskenbaar. Hoewel voorzichtigheid geboden blijft als het gaat om generalisaties, worden hier enkele hoofdlijnen geschetst.⁶¹

Na eerdere uitspraken over deze problematiek in de jaren tachtig (Cubber en Piersack) past het EHRM sinds het Hauschildt-arrest een meer inhoudelijke toetsing toe ten aanzien van functiecumulatie.⁶² Functiecumulatie levert in beginsel geen strijd op met artikel 6 EVRM. Het enkele feit dat de rechter in een eerdere fase een beslissing heeft genomen is niet voldoende om te twijfelen aan zijn onpartijdigheid. De twee belangrijkste maatstaven voor een ander oordeel zijn de mate van verwantschap tussen de aard, de reikwijdte en het doel van de eerder genomen beslissingen en de in de vervolgfase nog door de zittingsrechter te nemen beslissingen. Het gaat daarbij om de mate waarin de rechter bemoeienis heeft gehad met de schuldvraag en of – en in welke mate – hij betrokken is geweest bij een beoordeling van het bewijsmateriaal. Nuances liggen in de omstandigheden van het geval.⁶³ Anderzijds kan de onpartijdigheid – in combinatie met andere factoren – wel gevaar lopen.⁶⁴

Het Nederlandse strafprocesrecht voldoet op hoofdlijnen aan de eisen die door het EHRM zijn ontwikkeld. Het Wetboek van Strafvordering bevat enkele

58 Groenhuijsen duidt dit aan als repetitieve rechtspraak. M.S. Groenhuijsen, 'Onpartijdige rechtspraak? De Nederlandse strafrechtspleging na Hauschildt', in: R.D. Vriesendorp, M.L.W. Weerts & W.J. Witteveen (red.), *Het actuele recht*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1995, p. 57-60.

59 Het merendeel van de rechtspraak en de literatuur is te vinden onder de noemer van wraking, hetgeen is te begrijpen in het licht van de in art. 512 Sv geformuleerde wrakingsgrond.

60 Zie voor een overzicht van de wetsgeschiedenis M. Veldt, a.w., hfdst. 6, par. 5.

61 Zie voor een beknopt overzicht A.E. Harteveld e.a.(red.), *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2004, hfdst. 3, par. 3.3.4; M. Kuijer, a.w., aant. 9 bij art. 512 (suppl. 158, december 2006), in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen (losbl.).

62 EHRM 1 oktober 1982, Piersack tegen België, Series A, vol. 53; EHRM 26 oktober 1984, De Cubber tegen België, Series A, vol. 86; EHRM 24 mei 1989, Hauschildt tegen Denemarken, Series A, vol. 154, NJ 1990, 627. Ten aanzien van de interpretatie van het Hauschildt-arrest met betrekking tot functiecumulatie speelt ook het arrest Nortier een rol (EHRM 24 augustus 1993, Nortier tegen Nederland, Series A, vol. 267, NJ 1993, 650, (m.nt. Alkema)).

63 EHRM 10 juni 1996, appl.nr. 17602/91, Thomann tegen Zwitserland, Reports of judgments and decisions 1996-III. Zie ook EHRM 26 september 1996, Diennet tegen Frankrijk, Series A, vol. 325.

64 EHRM 7 augustus 1996, Ferrantelli en Santangelo tegen Italië, Reports of judgments and decisions 1996-III, NJ 1998, 185 (m.nt. Knigge).

functiecumulatieverboden, waarvan sommige met, andere zonder sanctie: artikel 12j, 226b vijfde lid, 268, 466 (schakelbepaling), 473 tweede lid en 480. Daarnaast worden de genoemde maatstaven in de rechtspraak geconcretiseerd en aangevuld met ongeschreven beperkingen. De Hoge Raad neemt, in de gevallen dat er geen sprake is van een wettelijk functiecumulatieverbod, als vast uitgangspunt dat de rechter uit hoofde van zijn aanstelling moet worden vermoed onpartijdig te zijn, tenzij zich uitzonderlijke omstandigheden voordoen die zwaarwegende aanwijzingen opleveren voor het oordeel dat de rechter jegens de verdachte een vooringenomenheid koestert, althans dat de bij de verdachte bestaande vrees daarvoor objectief gerechtvaardigd is.⁶⁵ Daarbij worden de strekking en aard van de door de rechter genomen beslissingen van belang geacht. Hoe groter de betrokkenheid bij het schuldoordeel – kernachtig weergegeven als waardering van het bewijs en het verwijtbaar gedrag van verdachte daarbij – hoe groter het gevaar voor partijdigheid of schijn daarvan. In de rechtspraak is de aandacht dan ook met name gericht op de toets of van dergelijke uitzonderlijke omstandigheden sprake is. Deze rechtspraak lijkt tamelijk uitgekristalliseerd, maar vertoont wel lichte schommelingen.⁶⁶ Diverse vormen van rechterlijke functiecumulatie waarmee de zittingsrechter kan worden geconfronteerd worden hierna besproken.

Rechter-commissaris (onderzoeksrechter)

Het Wetboek van Strafvordering bepaalt in artikel 268 tweede lid dat de rechter die als rechter-commissaris (R-C) enig onderzoek in de zaak heeft verricht – op straffe van nietigheid – is uitgesloten van deelname aan de berechting van die zaak.⁶⁷ Artikel 268 is ook van toepassing in hoger beroep (art. 415 Sv).⁶⁸ Artikel 268 tweede lid is niet toepasselijk in het jeugdstrafprocesrecht omdat daar niet de gewone R-C, maar de kinderrechter de bewaring beveelt.⁶⁹ De grond voor deze wettelijke beperking van functiecumulatie ligt in het feit dat de rol van de R-C in het vooronderzoek zo

65 HR 26 mei 1992, NJ 1992, 676 en HR 30 juni 1992, NJ 1993, 194.

66 In zijn conclusie bij HR 18 januari 1994, NJ 1994, 305 geeft A-G Fokkens een overzicht van de tot dan toe 'geldende' uitzonderlijke omstandigheden, met een kritische aantekening over het restrictieve karakter.

67 Zie voor de wetgeschiedenis en de argumenten voor en tegen dit verbod M.I. Veldt, aant. 2 en 4.2. bij art. 268 (suppl. 119, december 2000), in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen (losbl.) en A.J.A. van Dorst, 'De partijdige rechter-commissaris in strafzaken', in: G.P.M.F. Mols e.a. (red.), *Homo Advocatus*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1998, p. 23-33. Sinds de inwerkingtreding van de Wet vormverzuimen (Wet van 14 september 1995, Stb. 1995, 441) is er geen ruimte meer voor de eerder door de Hoge Raad toegepaste relativisering van de nietigheid (HR 29 september 1992, NJ 1993, 58 en HR 30 juni 1992, NJ 1993, 194). Zie hierover A.J.A. van Dorst, a.w., p. 32-33 en M.I. Veldt, a.w., aant. 10 bij art. 268 (suppl. 119, december 2000).

Niet valt uit te sluiten dat invoering van het op 30 augustus naar de Tweede Kamer gezonden Wetsvoorstel herziening gerechtelijke kaart (*Kamerstukken II 2009/10*, 29 279, nrs. 85, 90, 97 en 100) nieuwe vragen omtrent functiecumulatie met zich zal meebrengen.

68 Als gevolg van een wijziging in 2003 (Wet van 3 april 2003 (Stb. 2003, 143, i.w.tr. 1 juli 2003) is het overigens wel mogelijk dat door een van de rechters in eerste aanleg of raadsheren in hoger beroep buiten de terechtzitting om onderzoek wordt verricht. De bescherming tegen mogelijke onpartijdigheid reikt in dat geval dus minder ver.

69 A.J.A. van Dorst, 'De partijdige rechter-commissaris in strafzaken', a.w., p. 37 merkt in dit verband op dat de kinderrechter door wetsduiding geacht moet worden niet partijdig te zijn. De achtergrond van de wetgeving ligt evenwel in de te dienen belangen van de jeugdige.

sterk is verbonden met dwangmiddelen en het vinden van de waarheid, dat door hem verkregen indrukken en reeds ingenomen standpunten in belangrijke mate zouden kunnen doorwerken op zijn beslissingen als rechter ter terechtzitting.⁷⁰ Dit verbod is dus sterk verbonden met de door de wetgever aangebrachte scheiding tussen voor- en eindonderzoek en de onschuldpresumptie.⁷¹ De Hoge Raad formuleert in zijn arrest van 23 september 1997 de strekking van het verbod aldus:⁷² ‘Art. 268 Sv strekt ertoe te voorkomen dat een rechter-commissaris, ten aanzien van wie de vrees zou kunnen ontstaan dat hij op grond van zijn in de zaak reeds verrichte onderzoek niet meer geheel onbevangen staat tegenover de tot de verdachte gerichte beschuldiging, meewerkt aan het onderzoek ter terechtzitting omtrent de gegrondheid van die beschuldiging en aan de op grondslag van dat onderzoek te geven uitspraak’. De Hoge Raad constateert vervolgens dat in dit voorschrift geen onderscheid wordt gemaakt naar gelang de aard en de omvang van de onderzoekswerkzaamheden die de desbetreffende rechter als rechter-commissaris heeft verricht.⁷³ Hij legt het begrip ‘enig onderzoek’ formeel en daarmee extensief uit en formuleert daarmee een toets die zwaarder is dan de materiële maatstaf die het EHRM aanlegt, waarin de aard en omvang van het onderzoek (betrokkenheid op schuldvraag en onderzoek gericht op het verzamelen van bewijsmateriaal) door de eerdere rechter maatgevend is. Met deze interpretatie sluit de Hoge Raad discussie uit, door los van de vraag of het optreden van de R-C in het concrete geval aanleiding geeft tot gerechtvaardigde twijfel aan onpartijdigheid, hem als zittingsrechter uit te sluiten. Dat geldt ook als er sprake is van een geval waarin de R-C een invezekeringstelling of bewaring heeft bevolen,⁷⁴ terwijl in gevallen waarin sprake is van een rol van een raadkamerrechter bij de voorlopige hechtenis het verbod niet wordt toegepast.⁷⁵ Ook zo bezien wordt het verbod van artikel 268 formeel geïnterpreteerd.⁷⁶ Als voorbeeld van de formele lijn kan worden genoemd dat volgens de Hoge Raad artikel 268 was geschonden omdat een van de zittingsrechters als R-C een aantal telefoontap-beschikkingen had ondertekend namens een ambtgenoot, na het verrichten van de vereiste toetsing.⁷⁷ Het lijkt erop dat de discussies die, rondom en na de omwenteling door de

70 Zie in deze lijn ook al De Pinto, *Het herziene Wetboek van Strafvordering*, deel II, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1888, p. 47 en A.J. Blok & L.Ch. Besier, a.w. deel II, p. 27. Zie over de naamgeving A.J.A. van Dorst, a.w. p. 32-33. Dat impliceert activiteiten in het kader van GVO en/of voorlopige hechtenis, almede invaller, waarnemer, etc. Zie A.J.A. van Dorst, a.w.

71 Zie onder meer G.J.M. Corstens, ‘De onpartijdige strafrechter’, in: L. Heyde e.a. (red.), *Begrensde vrijheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 177-190.

72 HR 23 september 1997, NJ 1998, 188 (m.nt. Knigge). Zie ook HR 13 januari 1998, NJ 1998, 390; HR 14 april 1998, NJ 1998, 593; HR 11 januari 2000, NJ 2000, 196.

73 Knigge meldt ten aanzien van dit punt in zijn annotatie dat men hier tevergeefs zoekt naar een criterium. HR 23 september 1997, NJ 1998, 188 (m.nt. Knigge).

74 HR 23 september 1997, NJ 1998, 188 (m.nt. Knigge) en HR 11 januari 2000, NJ 2000, 196.

75 Zie hierna bij de gevallen van raadkamerrechter voorlopige hechtenis.

76 In gevallen waarin art. 268 Sv niet van toepassing is, wordt deze strenge formele lijn niet gehanteerd. Dit deed zich voor in de zaak Nortier, toen art. 268 lid 1 niet van toepassing was op het jeugdstrafprocesrecht. EHRM 24 augustus 1993, Nortier tegen Nederland, Series A, nr. 267, NJ 1993, 650 (m.nt. Alkema).

77 HR 13 januari 1998, NJ 1998, 390.

Hoge Raad naar de formele interpretatie, werden gevoerd zijn verstomd.⁷⁸ In recente rechtspraak komt de kwestie beduidend minder aan de orde.

Het begrip 'zaak' wordt eveneens, maar reeds sinds 1897, formeel geïnterpreteerd hetgeen leidt tot een restrictieve uitleg: het tegen de persoon die terecht staat gevoerde rechtsgeding.⁷⁹ In recente uitspraken formuleert de Hoge Raad het aldus, dat het gaat om 'de strafzaak tegen verdachte waarin de Rechter-commissaris in het kader van de toetsing van verdachtes in verzekeringstelling dan wel na een vordering bewaring of gerechtelijk vooronderzoek enig onderzoek heeft verricht'.⁸⁰ Dit betekent dat niet onder artikel 268 wordt begrepen de situatie waarin een zittingsrechter beslist op een vordering tenuitvoerlegging voorwaardelijke straf die is opgelegd in een zaak waar hij als R-C in heeft opgetreden.⁸¹ Datzelfde geldt voor een zittingsrechter die als R-C bemoeienis had gehad met een rechtshulpverzoek in een Belgische strafzaak tegen de verdachte.⁸² Ook strekt artikel 268 zich volgens de Hoge Raad niet uit tot de zittingsrechter die is opgetreden als R-C in tegen andere verdachten gerichte zaken die 'in enigerlei verband' staan met de te berechten zaak.⁸³

Het EHRM biedt op dit punt van 'de zaak' vanwege de meer materieel georiënteerde toets dus een ruimere bescherming dan de beperkte bescherming door de Hoge Raad die voortvloeit uit de toepassing van het formele criterium. Deze rechtspraak heeft – hoewel conform de bedoeling van de wetgever – wel aanleiding gegeven tot kritiek.⁸⁴ Onvoldoende zou worden tegemoet gekomen aan de potentiële materiële invloeden. Aanbeveling 8 van de Leidraad Onpartijdigheid onderkent dat risico wel.

Rechter in een raadkamerprocedure bedreigde getuige

Het Wetboek van Strafvordering bepaalt in artikel 226b vijfde lid dat leden van de rechtbank of van het hof die in hoger beroep hebben beslist dat een getuige een 'bedreigde getuige' is, niet deelnemen aan het onderzoek ter terechtzitting in de zaak. Mogelijk zou de zittingsrechter niet meer onpartijdig kunnen oordelen over de schuldvraag of zou de schijn van onpartijdigheid moeten worden vermeden. Er is geen rechtspraak op dit punt, maar vanwege het wettelijk verbod ligt het in rede

78 Voor pleitbezorgers van de formele lijn zie onder meer G.J.M. Corstens, 'De onpartijdige strafrechter', a.w., G. Knigge bij HR 23 september 1997, NJ 1998, 188, M.I. Veldt, aant. 5 bij art. 268 (suppl. 119, december 2000), in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen (losbl.); als tegenstanders kunnen worden genoemd: H. Franken, Een gedachte over de toekomst van de rechtspleging, in: H. Franken e.a. (red.), *Ad personam*, Zwolle: Gouda Quint 1981, p. 63-77, later zelf genuanceerder in H. Franken, *Vertrouwen in de rechter*, RM Themis 1989, p. 367-371, p. 370; Th.W. van Veen bij HR 15 maart 1988, 847 en J. Reijntjes in *Minkenhof's Nederlandse Strafvordering* 2009, par. 2.3-7.

79 HR 16 juli 1897, W 6996, p. 1.

80 HR 4 mei 2004, NJ 2005, 242.

81 HR 26 oktober 1999, NJ 2000, 26.

82 HR 8 juni 1998, NJB 1999, nr. 110, p. 123, NJB 1999, nr. 100, p. 1329.

83 HR 14 april 1998, NJ 1998, 593 en HR 4 mei 2004, NJ 2005, 242 (m.nt. Knigge).

84 Zie onder meer A-G Leijten bij HR 29 september 1992, NJ 1998, 593 en Knigge bij 29 september 1992, NJ 1993, 58. Ook Van Dijk is kritisch en stelt een nieuw criterium voor: P. van Dijk, a.w. p. 1216.

te verwachten dat de Hoge Raad in een voorkomend geval – evenals bij artikel 268 – een formele toets zal hanteren.

Rechter in een raadkamerprocedure voorlopige hechtenis

Het Wetboek van Strafvordering bevat – anders dan voor de R-C – geen functie-cumulatieverbod meer voor de zittingsrechter die als raadkamerrechter een beslissing of beoordeling heeft gegeven in het kader van de voorlopige hechtenis.⁸⁵ De Hoge Raad sluit in zijn rechtspraak aan op de rechtspraak van het EHRM en oordeelt dat de enkele omstandigheid dat een rechter betrokken is geweest bij een voorafgaand aan de terechtzitting gegeven beslissing omtrent de voorlopige hechtenis geen afbreuk doet aan zijn onpartijdigheid als zittingsrechter.⁸⁶ Van uitzonderlijke omstandigheden is geen sprake in geval de rechter in raadkamer heeft bevolen of verlengd op grond van ‘ernstige bezwaren’, ook niet indien in raadkamer een beroep op artikel 67a derde lid gemotiveerd is verworpen.⁸⁷ Evenmin is daarvan sprake als de beslissing tot voorlopige hechtenis wordt gegeven aan het eind van het onderzoek ter terechtzitting, noch in geval het rechterlijk college dat de zaak van de verdachte behandelt herhaaldelijk verzoeken tot opheffing dan wel schorsing van de voorlopige hechtenis heeft afgewezen.⁸⁸

Op deze rechtspraak is veel kritiek gevolgd.⁸⁹ Volgens artikel 67a derde lid moet de raadkamerrechter een bevel tot voorlopige hechtenis achterwege laten als het risico bestaat dat die hechtenis langer zal gaan duren dan de eventueel op te leggen straf of maatregel. Ingeval de zittingsrechter als raadkamerrechter aan dit oordeel – dat uitdrukkelijk is verbonden met schuldoordeel – heeft bijgedragen, komt de vraag naar vooringenomenheid of schijn daarvan immers snel in beeld. Deze rechtspraak brengt bovendien mee dat er wat betreft het oordeel over partijdigheid of schijn daarvan een ‘inconsistentie’ bestaat met de bovenbesproken wet en rechtspraak over de R-C die in het vooronderzoek een beslissing over de voorlopige hechtenis heeft genomen.⁹⁰

85 Anders tot de Wet van 26 oktober 1973, Stb. 1973, 509.

86 Vaste rechtspraak sinds het Hauschildt-arrest. Zie onder meer HR 26 februari 1991, NJ 1991, 509 (m.nt. ThWvW), HR 19 februari 1991, DD 91.206, HR 9 april 1991, DD 91.289 en HR 14 mei 1991, 695 (m.nt. 't Hart).

87 ECRM 6 april 1995, NJCM-bulletin 1995, p. 830-836; HR 14 mei 1991, NJ 1991, 695 en HR 29 juni 1993, NJ 1993, 692; zie ook Rb. 's-Gravenhage 29 november 2006, LJN AZ3704.

88 HR 18 november 1997, NJ 1998, 244 en HR 29 juni 1993, NJ 1993, 692.

89 G.J.M. Corstens, De onpartijdige strafrechter, a.w. J.B.H.M. Simmelink en W.E.C.A. Valkenburg, ‘Wederrecht(e)rlijk bevooroordeeld’, DD 20 (1990), afl. 2, p. 103-117; E. Myjer, ‘Het oog wil ook wat: een verse onpartijdige rechter (2)’, in: NJCM-bulletin 16-4 (1991), p. 319-324; G. Mols, ‘De onpartijdigheid van de strafrechter’, Advocatenblad 1991, p. 408-411; A-G Fokkens bij HR 29 juni 1993, NJ 1993, 692; M.S. Groenhuijsen, ‘Het post-Hauschildt-tijdperk in de Nederlandse strafrechtspleging’, DD 23 (1993), afl. 10, p. 1021-1025, die zich overigens baseert op een andere passage uit het Hauschildt-arrest en G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, a.w., p. 129-130. Ook Reijntjes toont zich zeer kritisch: J.M. Reijntjes, *Nederlandse Strafvordering*, Deventer: Kluwer 2009, par. 2.3.7.

90 Zie de Ben Yaacou-zaak en de Belgische rechtspraak die daarop is gevolgd (art. 128-130 Sv België).

Rechter in een raadkamerprocedure bezwaar tegen kennisgeving van niet verdere vervolging en bezwaar tegen de dagvaarding

Het Wetboek van Strafvordering bevat geen functiecumulatieverbod voor de zittingsrechter die is opgetreden als rechter ten aanzien van een bezwaarschrift tegen een kennisgeving van verdere vervolging (art. 250 Sv), noch ten aanzien van een bezwaarschrift tegen de dagvaarding (art. 262 Sv).⁹¹ Er is zelfs ten aanzien van één vorm van cumulatie sprake van het omgekeerde. Voor de politierechter is in artikel 371c Sv namelijk bepaald dat in geval van dagvaarding voor de politierechter de politierechter kan optreden als raadkamer met betrekking tot een bezwaarschrift tegen de dagvaarding.

Volgens de Hoge Raad levert de enkele omstandigheid dat de rechters die het bezwaarschrift tegen de dagvaarding ongegrond hebben verklaard en daarna hebben deelgenomen aan het onderzoek ter terechtzitting – gelet op de beperkte reikwijdte en aard van de beslissing in deze procedure – geen schending op van het vereiste van ‘impartial tribunal’ volgens artikel 6 EVRM, ook niet als het bezwaarschrift ongegrond is beoordeeld.⁹² De aard en reikwijdte van de toets van het bezwaar tegen de dagvaarding preludeert in Nederland evenwel behoorlijk op het te geven schuldordeel. Die toetsing vindt vaak plaats direct voor de terechtzitting en de rechters hebben het dossier dan al in volle omvang onder ogen gehad. Daarom is, ondanks het feit dat materieel gezien de schuldcriteria van de bezwaarschriftrechter anders zijn dan die van de zittingsrechter, wel kritiek uitgeoefend op deze stand van zaken.⁹³

Rechter in eerdere aanleg

Het Wetboek van Strafvordering bevat geen functiecumulatieverbod voor de zittingsrechter die zich reeds in eerste aanleg over de zaak heeft gebogen.⁹⁴ De Hoge Raad neemt als uitgangspunt steeds het vermoeden van onpartijdigheid. Ingeval een politierechter de zaak op grond van artikel 369 tweede lid verwijst naar de meervoudige kamer en daaraan zelf (als voorzitter) deelneemt, brengt dit enkele feit de onpartijdigheid van de zittingsrechter niet in gevaar.⁹⁵ Een zittingsrechter die deel uitmaakte van de kamer die verdachte bij verstek veroordeelde en die ook deelneemt aan de behandeling van de zaak na een verwijzing door het hof levert volgens de Hoge Raad wél een uitzonderlijke omstandigheid op die vrees ten aanzien van de onpartijdigheid van deze rechter kan rechtvaardigen.⁹⁶ In het licht van de uitspraak van het EHRM in de zaak Thomann en de zaak Diennet lijkt de Hoge Raad hier meer

91 Hier tezamen behandeld omdat in art. 262 lid 1 en 2 de art. 250-255 en 257 van overeenkomstige toepassing worden verklaard.

92 HR 15 april 1997, NJ 1997, 535 en HR 6 mei 1997, NJ 1998, 186.

93 Zie J.B.H.M. Simmelink en W.E.C.A. Valkenburg, a.w. en W.E.C.A. Valkenburg in: Cleiren & Verpalen 2011 (T&C Sv), art. 250, aant. 6.

94 De twee laatst besproken zaken passen ‘formeel’ niet volledig onder deze categorie, ‘materieel’ wel.

95 HR 9 maart 1993, DD 1993, 342 en NJB 1993, 109. Zie ook HR 6 november 1989, NJ 1989, 280.

96 HR 24 oktober 1995, NJ 1996, 484.

bescherming te bieden dan het EHRM eist.⁹⁷ Ook het deelnemen aan de berechting voor en na de nietigverklaring van de appeldagvaarding door de Hoge Raad kan volgens de Hoge Raad als zo'n uitzonderlijke omstandigheid worden beschouwd.⁹⁸ Het lijkt niet verantwoord om generaliserende conclusies uit deze uitspraken te trekken.

Rechter in zaak medeverdachte

Het Wetboek van Strafvordering bevat geen functiecumulatieverbod voor de zittingsrechter die een beslissing heeft gegeven in de zaak van een medeverdachte. In navolging van het EHRM oordeelt de Hoge Raad dat een dergelijke cumulatie niet leidt tot strijd met de eis van onpartijdigheid. 'Het behoort immers tot de normale, wettelijke taak van de rechter die heeft te beslissen omtrent de in art. 348 en 350 Sv vermelde vragen, daarbij slechts te oordelen op de grondslag van hetgeen aan de verdachte is te laste gelegd en naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting dienaangaande, en daarbij hetgeen hij heeft beslist in een andere zaak tegen een andere verdachte buiten beschouwing te laten.'⁹⁹ Dit geldt ook bij de enkele omstandigheid dat uit de bewezenverklaring ten aanzien van de eerder berechte medeverdachte een standpunt valt af te leiden van de rechter over de betrokkenheid van de verdachte bij de strafzaak. Dat deze rechtspraak aansluit op de lijn van het EHRM blijkt bovendien uit de uitspraak van het Straatsburgse Hof in de zaak Poppe tegen Nederland.¹⁰⁰ Deze stand van zaken heeft reeds bij de eerste uitspraken in deze lijn kritiek in de literatuur ondervonden.¹⁰¹

In HR 14 oktober 1997, NJ 1998, 187 lijkt de Hoge Raad – eveneens in navolging van het EHRM – de mogelijkheid open te laten dat in bijzondere gevallen, vanwege bijkomende omstandigheden de schijn van partijdigheid kan zijn gewekt. Knigge wijst erop dat het dan bij bijzondere omstandigheden niet gaat om omstandigheden die los staan van die betrokkenheid, maar om factoren die haar nader 'inkleuren'. Daarbij dient in het bijzonder gedacht te worden aan de door het Europese Hof in de zaak Ferrantelli en Santangelo genoemde factoren: (1) de mate waarin in de uitspraak tegen de medeverdachte een specifiek en onderbouwd oordeel met betrekking tot de verdachte is gegeven en (2) de feitelijk gebleken gebondenheid aan dat oordeel.¹⁰²

97 EHRM 26 sept. 1995, Diennet tegen Frankrijk, Series A 325-A; zie hierover ook de annotatie van Knigge bij HR 24 oktober 1995, NJ 1996, 484. Uit HR 24 oktober 1995, NJ 1996, 484 blijkt dat de Hoge Raad wel belang hecht aan een tijdig beroep op de eis van een onpartijdige rechter krachtens art. 6 EVRM.

98 HR 18 januari 1994, NJ 1994, 305. Uitzonderlijke omstandigheden werden ook aan de orde gesteld in HR 14 oktober 1997, NJ 1998, 187 en HR 20 april 2004, NJ 2005, 241. In beide zaken wordt een materiële toets uitgevoerd, zij het dat die in de tweede casus wel zeer indirect is.

99 HR 26 mei 1992, NJ 1992, 676, HR 3 maart 1998, NJ 1998, 514, HR 14 oktober 1997, NJ 1998, 187 en HR 18 mei 2004, NJ 2004, 498.

100 EHRM 24 maart 2009, appl.nr. 32271/104, Poppe tegen Nederland.

101 Zie met name M.S. Groenhuijsen, 'Het post-Hauschildt-tijdperk in de Nederlands strafrechtspleging', DD 23, 1993, afl. 10, p. 1021-1025. Ook Corstens plaatst vraagtekens: G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, a.w. par. 5.8, evenals J.B.H.M. Simmelink en W.E.C.A. Valkenburg, a.w.

102 Annotatie Knigge bij HR 14 oktober 1997, NJ 1998, 187.

Rechter in raadkamerprocedure beklag tegen niet-vervolg

Het Wetboek van Strafvordering bevat geen functiecumulatieverbod voor de zittingsrechter die een beslissing heeft gegeven in de beklagprocedure tegen een niet-vervolg, maar wel een nadrukkelijke aanbeveling zonder consequenties. Artikel 12j luidt:

‘De leden van het gerechtshof die over het beklag hebben geoordeeld, nemen bij voorkeur geen deel aan de berechting.’ Er is geen nationale rechtspraak voorhanden. Toch valt er wel een kritische noot te maken. De beoordeling door de raadkamer in deze procedure omvat namelijk een volle toetsing, die betrekking heeft op de haalbaarheid én op de opportuniteit van de vervolging. Naar verwachting zal de aard en omvang van zo’n eerdere betrokkenheid door de zittingsrechter de materiële EHRM-toets inzake vooringenomenheid of schijn niet kunnen doorstaan. Volgens diverse auteurs zou de wetgever de woorden ‘bij voorkeur’ dan ook dienen te schrappen.¹⁰³

Rechter in hoofdzaak naast ontnemingsprocedure

Het Wetboek van Strafvordering bevat geen regeling of functiecumulatieverbod voor de samenstelling van de behandelende kamer in een ontnemingsprocedure. Volgens de wetgever is de kwestie van onpartijdigheid van de zittingsrechter die de ontneming behandelt niet aan de orde: ‘(...) De mogelijke vooringenomenheid ten aanzien van de schuld van de verdachte aan het delict, die in het Hauschildt-arrest het probleem vormt, is ter zake van de mogelijkheid tot ontneming een noodzakelijke voorwaarde die ertoe strekt te waarborgen dat de maatregel slechts kan worden toegepast op personen van wie vaststaat dat zij het feit hebben begaan.’¹⁰⁴ Ook de Hoge Raad ziet geen bezwaar in behandeling door dezelfde rechters.¹⁰⁵ Zelfs het feit dat het in de hoofdzaak door de rechtbank gewezen vonnis als bewijsmiddel in de ontnemingszaak is gebruikt, doet geen afbreuk aan het oordeel volgens de Hoge Raad.

Rechter in herzieningsprocedure

Het Wetboek van Strafvordering bevat een functiecumulatieverbod voor de herzieningsprocedure. Artikel 48o luidt: ‘Met uitzondering van de leden van en de ambtenaren bij den Hoogen Raad, mag geen rechterlijk ambtenaar die op eenigerlei wijze deelgenomen heeft aan het onderzoek of de berechting der zaak waarvan herziening wordt gevraagd, aan het onderzoek of de berechting in herziening deel nemen.’

De strekking ligt in het waarborgen van onpartijdigheid en betreft niet alleen de rechter die over de herzieningsaanvraag beslist, maar ook de rechter die na

103 G.J.M. Corstens, in: *Begrensdde vrijheid*, a.w. p. 190; R.T. Voorintholt, ‘De onpartijdige rechter’, DD 1992, p. 835; J.B.J. van der Leij, aant. 3 bij art. 12j (suppl. 138, oktober 2003), in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen a.w.

104 *Handelingen II* 1991/92, 21 504, nr. 8, p. 18.

105 Dit blijkt indirect uit HR 5 december 1995, NJ 1996, 411 en zonder meer uit HR 9 september 1997, NJ 1998, 90. Zie ook L.F. Keyser-Ringnald, *Boef en buit* (diss. Amsterdam VU), 1994, p. 345-346; M.I. Veldt, *Het EVRM en de onpartijdige strafrechter*, a.w., p. 342-344 en M.J. Borgers, *De ontnemingsmaatregel* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, hfdst. 4.

verwijzing door de herzieningsrechter de zaak opnieuw berecht.¹⁰⁶ Leden van de Hoge Raad zijn uitgesloten van dit verbod, hetgeen onder meer wordt verklaard vanwege de praktische onmogelijkheid van voldoende raadsheren. In het licht van de onpartijdigheid zijn in de literatuur kritische kanttekeningen geplaatst bij deze uitzondering.¹⁰⁷

2.2.5 Leden van de rechterlijke macht worden niet in eigen ressort berecht

Het Wetboek van Strafvordering bevat in de artikelen 510-511 een bijzondere competentieregeling voor het geval dat een rechterlijk ambtenaar – en dus ook een rechter – voor zijn eigen gerecht of een onder dat gerecht ressorterend gerecht terecht zou moeten staan.¹⁰⁸ Deze regeling heeft tot doel om de onpartijdigheid van de rechter te waarborgen in de zin van de objectieve onpartijdigheid of schijn daarvan, maar ook waar het gaat om de subjectieve onpartijdigheid.¹⁰⁹ Onpartijdigheid is voor de rechter immers niet eenvoudig in geval van berechting van naaste collegae, eventueel onder hun begeleiding werkende rechters in opleiding of personen met wie zij regelmatig persoonlijke of zakelijke contacten hebben. Op verzoek van het OM dat normaal met de vervolging is belast, wordt door de Hoge Raad een ander gerecht van gelijke rang aangewezen waarvoor de vervolging en berechting van de zaak zal plaatsvinden. Met dit instrument kan worden voorkomen dat een situatie ontstaat waarin een rechter zich zou willen verschonen of hij zal worden gewraakt.¹¹⁰

2.2.6 Rechtspraak door meervoudige kamer

Zonder twijfel draagt rechtspraak in een meervoudige kamer bij aan een beeld van onpartijdigheid. Het uitgangspunt van het Wetboek van Strafvordering is dan ook – mede in dat licht – dat strafzaken worden behandeld en beslist door een meervoudige kamer (art. 268 Sv lid 1). Behandeling door de alleensprekende politierechter geldt in het wettelijk stelsel als uitzondering, maar in de praktijk van de rechtspleging niet.

¹⁰⁶ Blok & Besier, a.w. deel II, p. 534-536 en M.J.A. Duker, aant. 4 bij art. 480 (suppl. 161, juni 2007), in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen (losbl.).

¹⁰⁷ Zie M.J.A. Duker, aant. 5 bij art. 480 (suppl. 161, juni 2007), in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen (losbl.).

¹⁰⁸ Dit artikel is niet van toepassing op leden van de Hoge Raad.

¹⁰⁹ Zie over de strekking G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht* a.w. p. 178-181; B. d'Hooghe, aant. 5 bij art. 510 (suppl. 152, december 2005), in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen (losbl.). Over het begrip rechterlijke ambtenaren zie aant. 6 van dat werk; A.J.A. van Dorst, 'De aanwijzing van een ander gerecht', in: F.W. Bleichrodt, J.A.W. Lensing & P.C. Vegter (red.), *De rechter in het geding*, *Liber Amicorum* mr. J.P. Balkema, Deventer: Kluwer 2011; H. van Maurik, in: Cleiren & Verpalen 2011 (T&C Sv), art. 510, aant. 2; G.J.M. Corstens, a.w., p. 179.

¹¹⁰ B. d'Hooghe, aant. 14 bij art. 510 (suppl. 152, december 2005), in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen (losbl.) verdedigt dat dit meer bescherming biedt tegen onpartijdigheid dan de regeling van wraking en verschoning.

Zaken waarin een strafeis van meer dan een jaar gevangenisstraf zal worden geëist, moeten door het OM worden aangebracht bij een meervoudige kamer.¹¹¹ In geval de politierechter over een aangebrachte zaak oordeelt die ten aanzien van bewijs en toepassing van de wet niet eenvoudig is, moet hij de zaak verwijzen naar de meervoudige kamer.¹¹²

2.2.7 Verschoning

Het Wetboek van Strafvordering bevat in de artikelen 517-518 een regeling voor de rechter om zich te mogen verschonen. Als strekking van de regeling wordt van oudsher genoemd het voorkomen van een wraking en de onaangename beraadslaging daarover.¹¹³ In het huidige tijdsgewricht kan men evenwel verdedigen dat de strekking breder is. De rechter dient zich op eigen initiatief en op basis van eigen verantwoordelijkheid te verschonen in geval er – om welke reden dan ook – twijfel is of zou kunnen rijzen aan zijn onpartijdigheid met betrekking tot de strafzaak. De rechter wordt opgeroepen zelf alert te zijn. De verschoningsmogelijkheid vormt zo als het ware een supplement op de diverse gedragscodes en de leidraden met betrekking tot onpartijdigheid en nevenfuncties.¹¹⁴ Het komt bovendien het prestige en gezag van de rechter ten goede als hij zich in voorkomende omstandigheden vrijwillig terugtrekt.¹¹⁵ De mogelijkheid van verschoning is zo gezien een preventief instrument om de neutraliteit van de strafrechter te waarborgen. De gronden voor verschoning zijn – krachtens artikel 517 eerste lid – dezelfde als voor wraking. Zij betreffen dus zowel omstandigheden die objectief gezien de onpartijdigheid zouden raken, dan wel de schijn zouden wekken, alsmede omstandigheden die de subjectieve onpartijdigheidstoets niet zouden kunnen doorstaan.

Verschoning komt in de praktijk niet vaak voor. Bij de toewijzing van zaken aan rechters tracht men zo veel als mogelijk te voorkomen dat de zaak wordt behandeld door een rechter die partijdig zou kunnen zijn of lijken. In voorkomende gevallen vraagt een rechter een collega om de zaak in zijn plaats te behandelen en zal hij zich informeel terugtrekken. Van die mogelijkheden wordt regelmatig gebruik gemaakt.

De verschoningsprocedure is geregeld in artikel 518 Sv. Het verzoek wordt behandeld door een meervoudige kamer waarin de rechter die om verschoning vraagt geen zitting heeft.

111 Krachtens art. 369 lid 1 mag de politierechter niet meer dan een jaar gevangenisstraf opleggen. Indien dat bij aanvang toch gewenst lijkt, zal hij moeten verwijzen naar de meervoudige kamer.

112 Dat is ook noodzakelijk in geval TBS moet worden overwogen (art. 37a Sr) of plaatsing in een inrichting voor stelselmatige daders (art. 38m Sr); zie art. 369 Sv. Zie ook Rb. Arnhem 18 april 2011, LJN BQ3203.

113 J. de Bosch Kemper, *Wetboek van Strafvordering, naar deszelfs beginselen ontwikkeld en in verband gebracht met de Algemeene rechtsgeleerdheid*, deel III, Amsterdam: Johannes Muller 1840, p. 278.

114 Het thema van een verschoningscode was actueel in 2001 en 2002. Zie H.L.C. Hermans, 'Een verschoningscode voor rechters?', *Trema* 2001, nr. 1, p. 1-4; J.L.R.A. Huydecoper, 'Onpartijdigheid en verschoning', *Trema* 2001, nr. 1, p. 5-9; F.H. van Hekken, 'Symposium "Schijn van partijdigheid": is een verschoningscode wenselijk?', *Trema* 2001, nr. 1, p. 9-10; J.A.Z. Hooft Graafland, 'Is een verschoningscode wenselijk?', *Trema* 2002, p. 92-95.

115 Zie voor dit bredere perspectief ook al J.C. Sasse, *Iets over wraking van rechters in strafzaken* (diss.) Leiden: Gebroeders van der Hoek 1881, p. 3.

De weinige gepubliceerde rechtspraak betreft de vraag of de omstandigheden het toewijzen van het verzoek tot verschoning rechtvaardigen.¹¹⁶ De belangrijkste gronden voor een verzoek liggen in privérelaties met advocaten of partijen, voormalige werkzaamheden en eerdere beslissingen.¹¹⁷

2.3 Instrumenten georiënteerd op objectieve beeldvorming

2.3.1 Richtlijnen, gedragscodes, leidraden en protocollen

Zowel internationaal als nationaal heeft de Rechtspraak zich de afgelopen jaren sterk gemaakt om de gerechten en rechters aan te moedigen om uiterst alert te zijn op omstandigheden die de onpartijdigheid van de rechter en het gezag van de rechtspraak kunnen aantasten. Daartoe wordt onder meer gebruik gemaakt van richtlijnen, gedragscodes, leidraden en protocollen.¹¹⁸ Internationaal zijn onder meer richtinggevend *The Basic Principles on the Independence of the Judiciary* van de Verenigde Naties uit 1985. Deze schrijven onder meer voor dat een rechter zich zodanig moet gedragen dat de waardigheid van het ambt, noch de onpartijdigheid van de rechterlijke macht ter discussie komt te staan.¹¹⁹ Ook de *Recommendation R (94)12* van het comité van ministers van de Raad van Europa,¹²⁰ de *Magna Carta of Judges*,¹²¹ de *Bangalore Principles of Judicial conduct*¹²² en de *Syracuse Principles*¹²³ worden als richtinggevend beschouwd.

Nationaal vormen de op de internationale codes aansluitende en hierboven besproken Gedragscode rechterlijke macht en de leidraden *Onpartijdigheid van de rechter* en *Nevenfuncties*, duidelijke voorbeelden. Daarnaast zijn er wrakingsprotocollen, verschoningsprotocollen en een protocol voor Toedeling van zaken

¹¹⁶ Rb. Middelburg 27 maart 1992, NJ 1992, 434; Rb. Amsterdam 29 mei 1996, NJ 1996, 625.

¹¹⁷ M. ter Voert en J. Kuppens, *Schijn van partijdigheid van rechters*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002

¹¹⁸ Zie voor een overzicht daarvan M.A. Loth, 'Rechterlijke beroepsethiek' en B.E.P. Myjer, 'Integriteit rechterlijke macht', in: E.R. Muller & C.P.M. Cleiren (red.), *Rechterlijke macht, Studies over rechtspraak en rechtshandhaving in Nederland*, Deventer: Kluwer 2006, hfdst. 14 en 15; G. Vrieze, 'Zijn rechters zonder gedragscode nog wel te vertrouwen? (1) en (2)', *Trema* 2005, nr. 4, p. 139-150 en *Trema* 2005, nr. 5, p. 194-208; A.Z. Hooft Graafland, 'Beroepsethiek van rechters', *Trema* 2005, nr. 7 p. 286-292. Nationale codes, leidraden en protocollen zijn beschikbaar via www.rechtspraak.nl.

¹¹⁹ Principle 8 van de *Basic principles on the independence of the judiciary* (Milaan 1985; GA Res. 40/32 van 29 november 1985 en GA Res. 40/146 van 13 december 1985). In de rechtspraak van het EHRM zien we deze lijn terug. EHRM 28 oktober 1999, ppl. nr. 28396/95, Wille tegen Lichtenstein.

¹²⁰ Council of Europe Committee of Ministers, Recommendation no. R (94) 12 on the independence, efficiency and role of judges, 13 October 1994, par. 16, 17, 19.

¹²¹ The Consultative Council of European Judges, [www.wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE-MC\(2010\)3&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864](http://www.wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE-MC(2010)3&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864).

¹²² The Bangalore Draft Code of Judicial Conduct 2001 adopted by the Judicial Group on Strengthening Judicial Integrity, as revised at the Round Table Meeting of Chief Justices held at the Peace Palace, The Hague, 25-26 November 2002.

¹²³ *Syracuse Principles on the Independence of the judiciary*, Syracuse, 25-29 May 1981.

strafrecht vastgesteld.¹²⁴ Dit laatste protocol bevat bijvoorbeeld de zinsnede: ‘Het protocol beoogt zoveel mogelijk te waarborgen dat de toedeling van zaken niet wordt gebruikt als een instrument om de inhoudelijke uitkomst van een zaak te beïnvloeden.’

De status van gedragscodes, leidraden en protocollen is niet die van dwingende regelgeving met een externe werking. Het betreft veelal aanbevelingen gericht aan de leden van de zittende magistratuur en aan de functionele autoriteiten. Zij zijn procedureel van aard, maar hebben naar hun materie zowel betrekking op de objectieve neutraliteit en de schijn van niet-neutraliteit, als op de subjectieve neutraliteit. Deze ‘zachte’ vorm van regelgeving kan worden beschouwd als een normstellend en preventief instrument om de neutraliteit van de strafrechter te waarborgen.

2.3.2 Diversiteitsbeleid

De Rechtspraak toont zich de laatste vijftien jaren bewust van het belang van een samenstelling van de rechterlijke macht die een afspiegeling vormt van de samenleving. Een diverse samenstelling draagt onmiskenbaar bij aan het voorkomen van de schijn van niet-neutraliteit.¹²⁵ De resultaten van de gepleegde inzet laten tot op dit moment nog steeds te wensen over. De Visie op de rechtspraak van 2010 vermeldt: ‘De heterogeniteit van de samenleving komt tot uiting in de personele samenstelling van de gerechten.’¹²⁶

2.3.3 *Praesumptio Innocentiae*¹²⁷

Artikel 271 lid 2 bepaalt: ‘Noch de voorzitter, noch een der rechters geeft op de terechtzitting blijk van enige overtuiging omtrent schuld en onschuld van de verdachte.’

Daarmee wordt een procedurele eis in het belang van een fair trial geformuleerd, die er mede op is gericht om het vertrouwen in de rechterlijke macht te waarborgen.¹²⁸

2.3.4 Aanbeveling tot terughoudendheid in de uitoefening van bepaalde (grond)rechten

Ook al gaat het in de rechtspraak niet om de persoon van de rechter maar om zijn functie, kunnen en zullen persoonlijke, religieuze en sociaal-politieke opvattingen een rol spelen bij de wijze waarop rechters hun rol vervullen, alsmede voor het gezag van de rechterlijke macht. Dat is enerzijds een groot goed, omdat van rechters wordt verwacht dat zij in de samenleving zijn geworteld, anderzijds kan dit gegeven soms

¹²⁴ Voor landelijke protocollen zie www.rechtspraak.nl.

¹²⁵ Zie Meer van minder, Rechtstreeks 2005, nr. 4.

¹²⁶ Visie op de rechtspraak, vastgesteld 24 maart 2010, Raad voor de rechtspraak, Den Haag, juni 2010.

¹²⁷ Zie ook hierna onder 3.4.2.

¹²⁸ Zie L. Stevens, in aant. 7 en 8 bij art. 271 (suppl. 167, juli 2008) in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen (losbl.).

aanleiding geven tot twijfels over de neutraliteit van de rechter.¹²⁹ De schijn van niet-neutraliteit kan snel zijn gewekt. Dat geldt in het bijzonder als het gaat om de uitoefening van het recht van vrije meningsuiting, van vereniging en van vergadering en betoging.

De wet bevat geen bepalingen waarin expliciet voor rechters beperkingen op de uitoefening van deze (grond)rechten worden genoemd. Artikel 43 Wvra meldt dat rechters zich onthouden van het openbaren van gedachten of gevoelens en van de uitoefening van de rechten tot vereniging, tot vergadering en tot betoging, indien door de uitoefening van deze rechten naar het oordeel van de functionele autoriteit de goede vervulling van het ambt of het goede functioneren van de rechterlijke macht niet in redelijkheid zou zijn verzekerd. Deze norm is voor zover het betreft het recht van vereniging, niet van toepassing op het lidmaatschap van een politieke groepering of een vakvereniging.

Als uitgangspunt geldt dat uitoefening van (grond)rechten door rechters niet ter discussie staat, hetgeen ook door het EHRM wordt bevestigd.¹³⁰ Het naar voren brengen van politieke opvattingen blijkt wel wat gevoeliger te liggen.¹³¹ Wel heeft terughoudendheid van de rechter zowel internationaal als nationaal de aandacht in verband met (schijn) van partijdigheid.¹³² Naast algemene richtlijnen die de waarheid van het ambt betreffen, wordt de neutraliteit ook beschermd via concrete aanbevelingen, bijvoorbeeld in de Syracuse Principles: 'Judges should refrain from expressing public criticism or approval of the government, or from commenting on controversial political issues, in order to avoid any impression of partisanship. (...) The freedom of expression of judges is, of course, subject to limitations of professional secrecy'.¹³³ Voor de rechter in strafzaken is het naleven van deze aanbeveling mogelijk niet altijd eenvoudig, omdat de strafrechtspleging maatschappelijk sterk in de belangstelling staat en rechters bijvoorbeeld ook vaak wordt gevraagd naar hun mening over daarmee samenhangende kwesties. Tegelijkertijd brengt de maatschappelijke aandacht voor het strafrecht juist mee dat die rechters extra waakzaam moeten zijn. Recent ontstond bijvoorbeeld discussie over uitlatingen van raadsheer-plaatsvervanger Schalken in de pers over zijn behandeling als getuige in de zaak Wilders. De daarop gevolgde reactie van de president van het Amsterdamse hof, waaronder het niet-benoemen van een oud-raadsheer van de Hoge Raad tot raadsheer-plaatsvervanger, illustreert de gevoeligheid van een en ander.¹³⁴

¹²⁹ Deze problematiek wordt veelal beschreven in termen van beroepsethiek. Zie voor een introductie en ingang naar andere literatuur M.A. Loth, 'Rechterlijke beroepsethiek', in: E.R. Muller & C.P.M. Cleiren (red.), *Rechterlijke macht. Studies over rechtspraak en rechtshandhaving in Nederland*, Deventer: Kluwer 2006, p. 457-485.

¹³⁰ EHRM 28 oktober 1999, appl.nr. 28396/95, Wille tegen Liechtenstein.

¹³¹ EHRM 25 november 1993, appl.nr. 14191/88, Holm tegen Zweden, Series A, 279 A.

¹³² M. Kuijer, aant. 8 bij art. 512 (suppl. 158, december 2006), in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen (losbl.).

¹³³ Principle 22 van de Syracuse Principles on the Independence of the Judiciary (Syracus 1981). Zie S. Shetreet & J. Deschênes, *Judicial independence: the contemporary debate*, Dordrecht: Martinus Nijhoff 1985, hfdst 35.

¹³⁴ Het betrof een interview in het NRC van 16 juni 2011; de verklaring van de president van het hof verscheen in een persbericht van 2 juli (zie www.rechtspraak.nl). In verband met waakzaamheid kan ook worden gewezen op het uitlekken van de naar aanleiding van de uitspraak van de

Ook het recht tot vereniging, vergadering en betoging en vrijheid van godsdienst van de rechter staat niet ter discussie, maar ook hierbij is waakzaamheid geboden en zijn er richtlijnen in verband met zijn onafhankelijkheid.¹³⁵ Bij het EHRM kwam bijvoorbeeld het lidmaatschap van een geheime loge van de vrijmetselarij in dit verband aan de orde. In dat geval werd erkend dat beperkingen op de vrijheid van vereniging mogelijk zijn, maar werd de opgelegde tuchtrechtelijke straf door het EHRM niet gesanctioneerd. Deze uitspraak ging overigens gepaard met dissenting opinions.¹³⁶

In het licht van de genoemde beperkingen zullen rechters prudentie moeten betrachten bij interviews, actief lidmaatschap van politieke partijen, actiegroepen, verenigingen etc., om te voorkomen dat hun neutraliteit ter discussie komt.¹³⁷

2.3.5 *Beleid van openbaarheid en transparantie*

Het voorkomen van de schijn van niet-neutraliteit wordt mede gewaarborgd door een beleid van openheid en transparantie dat de Rechtspraak voert. Rechters zijn krachtens artikel 44 Wvra verplicht om de functionele autoriteit te informeren over betrekkingen die zij buiten hun ambt vervullen. De functionele autoriteit dient volgens die bepaling een register van die betrekkingen bij te houden. Het register ligt ter inzage bij het desbetreffende gerecht en is ook te raadplegen via de website van de Rechtspraak. De gedragscodes, leidraden en protocollen die onpartijdigheid en neutraliteit moeten bevorderen en uitspraken in wrakingszaken worden op de website gepubliceerd. Een selectie van uitspraken van de gerechten wordt via de website van de Rechtspraak gepubliceerd. Ook de pers wordt niet geschuwd.

Een cultuur van openbaarheid kan rechter en autoriteiten oproepen tot waakzaamheid en kan als zodanig ook als een preventief instrument fungeren om de neutraliteit van de strafrechter te waarborgen.

wrakingskamer in de Wilders-zaak door A-G Aben in een notitie neergelegde opvatting, bedoeld voor beperkte kring, hetgeen de nodige commotie met zich meebracht.

¹³⁵ Zie bijvoorbeeld Principle IV van de Raad van Europa, Recommendation R(94)9, 12.

¹³⁶ EHRM 2 augustus 2001, appl. nr. 37119/97, N.K tegen Italië. Zie voor een kritische houding met betrekking tot de vrijheid van godsdienst EHRM 8 februari 2001 appl. nr. 47936/99, Pitkevich tegen Rusland.

¹³⁷ Zie ook par. 2.2.2 De gevoeligheid van een en ander kwam eind augustus jl. naar boven toen Buruma, inmiddels benoemd tot lid van de Hoge Raad, zijn lidmaatschap van de PvdA opzegde, bedoeld als geruststelling voor al diegenen die denken dat een PvdA-lid geen goed recht zal spreken over burgers die aan die partij geen boodschap hebben. De reacties op deze beslissing liegen er niet om, met name waar het mogelijk precedentverplichtingen oproept voor andere rechters.

3 Normstellende/preventieve instrumenten die bijdragen aan subjectieve neutraliteit¹³⁸

3.1 Instrumenten georiënteerd op inscherpen en internaliseren van de kernwaarde neutraliteit

3.1.1 Selectie en opleiding

De mogelijkheden om in Nederland tot de zittende magistratuur te kunnen toetreden zijn divers. Men kan als jong jurist worden geselecteerd om de RAIO-opleiding te volgen, men kan als jurist met een aantal ervaringsjaren worden geselecteerd om (eventueel met aanvullende opleiding) toe te treden, men kan overstappen van OM naar ZM en men kan via een selectieprocedure als rechter-plaatsvervanger toetreden. Bij de selectie wordt grote waarde gehecht aan integriteit en een brede maatschappelijke ervaring en inbedding.

In de (voor)opleiding en het brede aanbod aan nascholing wordt veel aandacht gegeven aan de professionaliteit in brede zin, gericht op de kernwaarden van de rechtspraak, integriteitsvraagstukken, beroepsethiek en het verwerken daarvan in de concrete rechtspraktijk, bereidheid tot leren, intervisie en elkaar aanspreken etc. Neutraliteit wordt daarbij beschouwd als een onvoorwaardelijke eis van professionaliteit.

3.1.2 Beëdiging rechter

Volgens artikel 5g Wvra wordt de rechter bij aanvang van zijn ambtsvervulling beëdigd. De tekst van de eed of de belofte bevat een frase die expliciet beoogt bij te dragen aan het waarborgen van de subjectieve neutraliteit: ‘Ik zweer/beloof dat ik mijn ambt met eerlijkheid, nauwgezetheid en onzijdigheid, zonder aanzien van personen, zal uitoefenen en mij in deze uitoefening zal gedragen zoals een goed rechterlijk ambtenaar betaamt.’¹³⁹

3.2 Instrumenten georiënteerd op belangeloosheid

3.2.1 Behoorlijk salaris ter voorkoming van corruptie

In Nederland is het gebruik om een behoorlijke salariëring voor het rechtersambt mede te motiveren met een verwijzing naar het voorkomen van corruptie.

¹³⁸ Een deel van de instrumenten die bijdragen aan de objectieve neutraliteit dragen ook bij aan de subjectieve neutraliteit.

¹³⁹ Bijlage I als bedoeld in art. 5g lid 1 van de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren.

3.2.2 Artikel 12 Wet RO

Artikel 12 van de Wet RO formuleert een niet mis te verstane norm voor de rechter met het oog op diens neutraliteit in een concrete zaak: hij mag zich niet op enige wijze inlaten met partijen of hun advocaten of gemachtigden over enige voor hem aanhangige geschillen of geschillen waarvan hij weet of vermoedt dat die voor hem aanhangig zullen worden.

3.2.3 Beëdiging rechter

Volgens artikel 5g Wvra wordt de rechter bij aanvang van zijn ambtsvervulling beëdigd. De tekst van de eed of de belofte bevat twee frasen die expliciet beogen bij te dragen aan belangeloosheid van de rechter: 'Ik zweer/verklaar dat ik middellijk noch onmiddellijk, onder welke naam of voorwendsel ook, tot het verkrijgen van een benoeming aan iemand iets heb gegeven of beloofd, noch zal geven of beloven. Ik zweer/verklaar dat ik nimmer enige giften of geschenken hoegenaamd zal aannemen of ontvangen van enig persoon van wie ik weet of vermoed dat hij een rechts-geding heeft of zal krijgen waarin mijn ambtsverrichtingen te pas zouden kunnen komen.'¹⁴⁰

3.2.4 Aanbeveling ter voorkoming van belangenverstrengeling

Uitgangspunt is dat de rechter zich bewust is van risico's van belangenverstrengeling en in het algemeen in staat moet zijn zich daarvan te distantieëren als dat aan een eerlijk proces in de weg staat. De Leidraad Onpartijdigheid ondersteunt de rechter in dit verband met twee aanbevelingen die uitdrukkelijk zijn gericht op het voorkomen van persoonlijke belangenverstrengeling. Aanbeveling 1 luidt: 'De rechter zorgt er voor geen zaak te behandelen waarbij als procespartij en/of overige procesdeelnemer de (vroegere) echtgeno(o)t(e), (ex-)partner en/of nauwe bloed- en aanverwanten van de rechter betrokken is. De rechter behandelt bij voorkeur geen zaken waarin ook zijn/haar (vroegere) echtgeno(o)t(e), (ex-)partner en/of nauwe bloed- en aanverwant betrokken is of is geweest.' Aanbeveling 2 luidt: 'De rechter zorgt er voor geen zaak te behandelen waarbij als procespartij iemand uit zijn persoonlijke en/of zakelijke kennissenkring betrokken is. Wanneer een overige procesdeelnemer behoort tot de persoonlijke of zakelijke kennissenkring van de rechter kan dit deze rechter noodzaken tot het niet behandelen van die zaak.' In de rechtspraktijk blijkt dat een rechter in voorkomende gevallen zich informeel terugtrekt of een collega vraagt om de zaak in zijn plaats te behandelen. Aan een verschoningsprocedure komt men dan niet toe. Er is dientengevolge ook geen informatie beschikbaar over zaken waarin dit zich heeft voorgedaan.

¹⁴⁰ Idem.

3.3 Instrumenten georiënteerd op ‘niet-gekleurdheid’

3.3.1 Kledingvoorschriften

De strafrechter ter terechtzitting draagt een toga met bef volgens het kostuum- en tituluurbesluit rechterlijke organisatie.¹⁴¹ De baret wordt in de dagelijkse rechtspraktijk niet gedragen. Deze traditie draagt niet alleen bij aan het ‘onpersoonlijk’ karakter van het werk van de rechter en daarmee aan een beeld van neutraliteit bij de rechtsgenoten, maar biedt de rechter ook een instrument om zijn persoon te beschermen tegen beïnvloeding, tegen het ‘vuil’ van het dagelijks leven.¹⁴²

De afgelopen jaren is er discussie geweest over de vraag of rechterlijke ambtenaren, buitengriffiers etc. op basis van geloofsovertuiging ter terechtzitting een hoofddoek of bijvoorbeeld keppeltje mogen dragen, een vraag die in een multiculturele samenleving onvermijdelijk speelt.¹⁴³ Hoewel het dragen van een hoofddoek de uitingstvrijheid – en in het bijzonder de vrijheid van godsdienst – betreft, lijkt het EHRM niet genegen om aan de wens van individuele rechterlijke ambtenaren tegemoet te komen, omdat juist bij de uitoefening van de rechterlijke functie de neutraliteit van de rechter essentieel is.¹⁴⁴ Binnen de rechtspraak in Nederland wordt niet toegestaan dat rechters ter zitting uitdrukking geven aan persoonlijke opvattingen of overtuigingen, waarbij de neutraliteit van de rechtspraak en de rechter steeds als argument wordt gebruikt.¹⁴⁵

3.3.2 Legaliteitsbeginsel

Neutraliteit in politieke zin wordt mede gewaarborgd door het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel, dat met de geldende interpretatie de strafrechter weliswaar een zekere vrijheid biedt bij zijn beslissingen, maar de ruimte voor een creatieve hantering van het recht die politiek is georiënteerd beperkt. Desalniettemin ontkomt de strafrechter nooit volledig aan keuzes die als ‘statements’ in een politiek/maatschappelijk debat kunnen gelden. Uitspraken in euthanasiekwesies en discriminatiezaken vormen daarvan bekende voorbeelden.

¹⁴¹ Kostuum- en tituluurbesluit rechterlijke organisatie (tekst geldig vanaf 1 juli 2004).

¹⁴² A.M. Hol, ‘Rituelen en symbolen in de rechtspraak: hun functie en betekenis’, in: E.R. Muller & C.P.M. Cleiren (red.), *Rechterlijke macht*, a.w., hfdst. 16.

¹⁴³ Zie C.J.M. Schuyt, *Publiekrecht in een multiculturele samenleving*, Preadviezen Nederlandse Juristen-Vereniging 2008, p. 114 en W. van den Burg, *Culturele diversiteit en de democratische rechtsstaat*, Preadviezen Nederlandse Juristen-Vereniging 2008, a.w. en T. Wolff, *Multiculturalisme en neutraliteit* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2005.

¹⁴⁴ Zie ook onder 2.3.5. Het EHRM accepteert beperkingen op het recht van ambtenaren om een hoofddoek te dragen: zie onder meer EHRM 15 februari 2001, appl. nr. 42393/98, Dahlab tegen Zwitserland en EHRM 10 november 2005, appl. nr. 44774/98, Leyla Sahin tegen Turkije. Ook EHRM 8 februari 2001, appl. nr. 47936/99, Pitkevich tegen Rusland, die een rechter betrof, wijst in deze richting.

¹⁴⁵ Het niet toelaten tot de functie van een buitengriffier met hoofddoek werd door de Commissie gelijke behandeling niet gerechtvaardigd geacht, hetgeen niet zonder kritiek bleef; CGB 22 juni 2001, oordeel 20001-53 en de bespreking van M. Kuijer, ‘Vrouw Justitia: blinddoek of hoofddoek?’, NJM-bulletin 2001, nr. 7.

3.4 Instrumenten georiënteerd op onbevangenheid en niet-vooringenomenheid

3.4.1 Algemeen

Vooringenomenheid kan op diverse manieren aan de orde zijn. Men kan denken aan zaken waarbij de rechter door familie- of bloedverwantschap banden heeft met procesdeelnemers en zaken waar sprake is van betrokkenheid van vrienden en kennissen of waar de rechter anderszins bij de zaak of de verdachte is betrokken. Daarnaast kan de onbevangenheid van de rechter worden beïnvloed door de kennis die hij voorafgaand aan de zitting opdoet uit het dossier of uit de media. Een moeilijker te grijpen ‘aantasting’ van de niet-vooringenomenheid kan zich voordoen in gevallen waarin de betrokken zaak, het gedrag van de verdachte of diens verdediger, het optreden van het OM, de aard van het delict of andersoortige omstandigheden aan de zijde van de rechter bepaalde positieve of negatieve emoties doen ontstaan.

Uit de rechtspraak van het EHRM kunnen vanwege het casuïstische karakter van deze problematiek slechts beperkt kaders worden afgeleid voor de beoordeling van de vraag of een rechter vooringenomen of niet-onbevangen kan worden geacht. Betrokkenheid bij partijen of de zaak kan tot schending van artikel 6 EVRM leiden, zoals in de zaak *Chmelír*, waar de strafrechter zelf de tegenpartij was van de betrokkene in een civiele procedure.¹⁴⁶ In Nederland wordt vooringenomenheid van de rechter ten aanzien van de zaak, het ten laste gelegde feit en de persoon van de dader onder meer ‘voorkomen’ met de erkenning van *praesumptio innocentiae* en enkele wettelijke bepalingen en aanbevelingen in de Leidraad Onpartijdigheid.

De belangrijkste instrumenten die in dit verband een rol (kunnen) spelen, zullen hierna de revue passeren.

3.4.2 *Praesumptio innocentiae*

De onschuldpresumptie wordt beschouwd als een van de essentiële beginselen van de strafrechtspleging (art. 6 lid 2 EVRM, art. 14 lid 2 IVBPR en art. 11 lid 1 Universele verklaring van de rechten van de mens). Het beginsel geldt in de Nederlandse procescultuur ook uitdrukkelijk voor de rechter ter terechtzitting.¹⁴⁷ Volgens de gangbare interpretatie heeft de presumptie niet alleen betekenis voor de objectieve neutraliteit, maar ook voor de subjectieve. Het gaat bij dat laatste om een gebod voor de rechter jegens zichzelf; de manier waarop hij de verdachte benadert. Hij moet een open, niet-vooringenomen en onbevangen houding hebben ten opzichte van de schuldvraag. Dit gebod functioneert in de Nederlandse procescultuur in samenhang met het bewijsstelsel. Het prent de rechter in dat hij niet reeds op basis van de resultaten van het vooronderzoek, het gegeven dat de zaak wordt aangebracht en zijn opgedane ervaringen met verdachten in het algemeen de verdachte voor

¹⁴⁶ EHRM 7 juni 2005, appl. nr. 64935/01, *Chmelír* tegen Tsjechië. Zie overigens M. Kuijer, aant. 4 bij art. 512 (suppl. 158, december 2006), in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen (losbl.).

¹⁴⁷ Zie onder meer N. Keijzer, ‘Enkele opmerkingen omtrent de *praesumptio innocentiae* in strafzaken’, in: *Naar eer en geweten, Liber Amicorum J. Rummelink*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 235-253.

schuldig mag houden. Daarnaast moet de rechter zich bijvoorbeeld wapenen tegen beïnvloeding door uitlatingen in de media of door politici.¹⁴⁸ Het is een normatief beginsel dat wordt gecompleteerd met het vereiste van de rechterlijke overtuiging en het beginsel in dubio pro reo.

Het Wetboek van Strafvordering bevat een bepaling die de niet-vooringenomenheid van de strafrechter in concrete strafzaken (mede) beoogt te waarborgen. Zo biedt artikel 271 tweede lid – in samenhang met artikel 29 Sv – een concretisering van de presumptie van onschuld: ‘Noch de voorzitter, noch een der rechters geeft op de terechtzitting blijk van enige overtuiging omtrent schuld en onschuld van de verdachte.’ Deze bepaling impliceert – zoals uit het bovenstaande blijkt – ook een gebod voor de rechter jegens zichzelf en is in die betekenis minder eenvoudig na te leven dan men wellicht op het eerste gezicht verwacht. Enkele voorbeelden daarvan worden hier beknopt belicht.

a. In de Nederlandse procescultuur wordt het bewijs verzameld in het vooronderzoek en wordt daarvan verslag gedaan in het procesdossier in de vorm van (als wettig bewijsmateriaal te gebruiken) processen-verbaal en overige schriftelijke stukken of documenten. Anders dan in common law-stelsels is het bewijs als het ware al geproduceerd in het vooronderzoek en is de rol van de rechter in belangrijke mate toetsend, oftewel verifiërend. Sinds de tamelijk recente aandacht voor rechterlijke dwalingen verwacht men van de rechter overigens wel steeds meer dat hij op eigen initiatief actief alternatieve scenario’s van het gebeuren onderzoekt en dus falsifiërend te werk gaat om voldoende onbevangen en neutraal te kunnen staan ten opzichte van het door het OM aangeleverde bewijsmateriaal.¹⁴⁹ De strafrechter neemt voorafgaand aan de terechtzitting kennis van het bewijs- en overig materiaal zoals opgenomen in het procesdossier, waaronder ook de justitiële documentatie. De inhoud van het procesdossier bepaalt daarmee de eerste beeldvorming van de rechter ten aanzien van het ten laste gelegde feit, de omstandigheden en de persoon van de verdachte. Van een onbevangen kijk op de strafzaak aan het begin van de terechtzitting is dan ook niet echt sprake.¹⁵⁰ In common law-landen wordt de *praesumptio innocentiae* mede gewaarborgd doordat de jury voorafgaand aan de terechtzitting veelal geen inzage heeft in het dossier en bijvoorbeeld ook niet in het justitieel verleden van een verdachte.

Bij het gestelde over de kennisneming van het dossier komt dat het dossier materiaal kan bevatten dat de rechter buiten beschouwing moet laten – bijvoorbeeld

¹⁴⁸ Deze problematiek wordt uitgebreid behandeld in par. 5.4.

¹⁴⁹ M.A. Loth, ‘“Slapende rechters” of “dwalende deskundigen”?’, NJB 2009, p. 1142-1149; W.A. Wagenaar, P.J. van Koppen & H. Israëls, ‘Een niet erg wakkere raadsheer’, NJB 2009, p. 1447-1448; P.J. van Koppen, *Overtuigend bewijs. Indammen van rechterlijke dwalingen*, Amsterdam: Nieuw Amsterdam Uitgevers 2011.

¹⁵⁰ Zie A.L. Melai, ‘De onbevangen strafrechter’, DD 1975, p. 124-127 en B. Schünemann, ‘Experimentelle Untersuchungen zur Reform der Hauptverhandlung in Strafsachen’, in: H.J. Kemer, H. Kurry & K. Sessar (red.), *Deutsche Forschungen zur Kriminalitätsentstehung und Kriminalitätskontrolle*, Köln: Heymanns 1983, p. 1109-1151. Het EHRM achtte het inzien van het dossier vooraf onvoldoende om vooringenomenheid aan te nemen. EHRM (ontv), 24 januari 2002, appl. nr. 40028/98, Delage & Magistrello tegen Frankrijk) en EHRM (ontv), 27 augustus 2002, appl. nr. 58188/00, Didier tegen Frankrijk.

wegens onrechtmatige verkrijging – terwijl hij dat materiaal inmiddels wel tot zich heeft genomen.¹⁵¹ De rechter zal zichzelf derhalve moeten wapenen tegen zijn prima facie-oordeel, tegen een rechterlijke overtuiging die op meer of andere informatie of beeldvorming is gebaseerd dan op hetgeen ter terechtzitting aan de orde komt en tegen een ‘tunnelvisie’ op basis van het dossier.

b. In het Wilders-proces wordt tegen het eind van het onderzoek ter terechtzitting een niet-ontvankelijkheidsverweer gevoerd waarin de praesumptio innocentiae aan de orde is. De beschikking van het gerechtshof, dat de vervolging van Wilders in een artikel 12-procedure gelastte, zou veroordelend van aard zijn geweest en niet beperkt tot de vraag of er sprake was van een redelijk vermoeden van schuld. Verder worden kritische kanttekeningen geplaatst bij het optreden van personen die bij de rechtspraak zijn betrokken. Het karakter van het verweer – geen wrakings-verzoek, maar een niet-ontvankelijkheidsverweer – brengt mee dat de rechtbank niet de mogelijke beïnvloeding van haar eigen beslissing (en dus neutraliteit van de zittingsrechter) beoordeelt, maar beweerde schending van artikel 6 EVRM door andere actoren. Behandeling daarvan valt dus buiten de reikwijdte van dit preadvies.¹⁵² De rechtbank overweegt: ‘De stellingen van de raadsman ten aanzien van de (on)partijdigheid van de huidige rechtbank laat de rechtbank onbesproken. De wet voorziet niet in de mogelijkheid de rechtbank haar eigen optreden in een (tussen) beslissing in een zaak te laten beoordelen.’ Desalniettemin valt tussen de regels van de beschikking van de rechtbank wel een zekere waardering van potentiële schending van neutraliteit van de rechtbank zelf te lezen. De rechtbank overweegt bijvoorbeeld dat het diner van een raadsheer van het hof in de reeds lang daarvoor afgesloten artikel 12-procedure, met onder meer een in het Wilders-proces nog te horen getuige, geen invloed heeft gehad in de onderhavige procedure.

Naast de genoemde implicaties van artikel 271 tweede lid moet men bij het daarin gegeven gebod tot niet-vooringenomenheid ook denken aan de rechterlijke attitude.

¹⁵¹ Er is debat gevoerd of de toets op onrechtmatig verkregen bewijs niet voorafgaand aan de terechtzitting in raadkamer zou moeten plaatsvinden, zodat de zittingsrechter – met het oog op neutraliteit – het uit te sluiten bewijsmateriaal niet onder ogen krijgt. Zie onder meer A.L. Melai, ‘Fouillering en onrechtmatig verkregen bewijs’, in: J.Th.J. van den Berg e.a. (red.), *Praesidium Libertatis*. Opstellen over het thema vrijheid en recht, uitgegeven ter gelegenheid van het 400-jarig bestaan der Rijksuniversiteit te Leiden, Deventer: Kluwer 1975, p. 153 e.v.; A. Krikke, *Bewijsuitsluiting in strafzaken*, in: E. André de la Porte & W.M.A. Bremmer (red.), *Bij deze stand van zaken, opstellen aangeboden aan A.L. Melai*, Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 273-294; M.I. Veldt, *Het EVRM en de onpartijdige strafrechter*, a.w., hfdst. 6, par. 3.

¹⁵² Zie onder 1.2. 3. De beschikking van het Hof in de procedure van beklag tegen niet-vervolgving (art. 12 Sv) dat het OM over moet gaan tot vervolging – zou in strijd zijn met de praesumptio innocentiae en in onderlinge samenhang bezien met andere benoemde omstandigheden – tot een niet eerlijk proces. Die beschikking zou veroordelend van aard zijn geweest. De rechtbank concludeert dat het hof niet buiten de wettelijke grenzen van zijn taak in het kader van de art. 12 Sv-procedure is getreden en dat het hof door de beschikking uitgebreid en op de gedane wijze te motiveren de onschuldpresumptie niet heeft geschonden. Het diner van een raadsheer van het hof in de art. 12-procedure met onder meer een in het Wilders-proces nog te horen getuige levert, zo overweegt de rechtbank, geen schending op van art. 6 van het EVRM en heeft geen invloed gehad in de onderhavige procedure. Dat geldt ook voor het publiceren van een artikel door die raadsheer na publicatie van de beschikking van het hof.

De uitstraling van de rechter mag geen blijk geven van enige vooringenomenheid, noch ten aanzien van het bewijs, noch ten aanzien van de persoon. De rechtspraak van het EHRM biedt weinig aanknopingspunten voor een geslaagd beroep op schending van het verdrag, omdat het hof de beoordeling van bewijs en de toepassing van het nationale recht primair overlaat aan de nationale rechter.¹⁵³ Duidelijk is wel dat onder meer het proces als geheel, de inhoud en strekking van de gedane uitlatingen en de context waarin deze zijn gedaan van belang zijn.

In de nationale rechtspraak wordt de gewraakte attitude zelden aanvaard als een aanwijzing voor subjectieve onpartijdigheid. Daarvoor geldt immers het hierboven besproken vermoeden van onpartijdigheid, tenzij (...). De vrees voor subjectieve partijdigheid van de rechter moet bovendien objectief gerechtvaardigd zijn. Deze bewijsstandaard is blijkbaar zodanig zwaar dat wrakingskamers de weg kiezen van de schijn van onpartijdigheid via de objectieve toets. Wel wordt regelmatig – en naar het zich voorlopig laat aanzien – meer dan vroeger gebruik gemaakt van het instrument van de wraking om de attitude van de rechter aan de orde te stellen. Het gaat daarbij veelal om een stijl van optreden of communiceren, die als niet passend bij de onschuldpresumptie of grievend of onnodig uitdagend kan overkomen. In de rechtspraak zijn grofweg vijf typen bezwaren tegen de attitude van de rechter te onderscheiden:

1. bezwaar tegen procesbeslissingen of tussentijdse inhoudelijke keuzes;
2. het onvoldoende recht doen aan het beginsel van hoor en wederhoor;
3. het maken van opmerkingen of het trekken van conclusies die niet passend worden geacht in het licht van de waarheidsvinding;
4. het zich uiten op een wijze die niet gepast is in het licht van de verhouding van de rechter tot de verdachte/verdediging of die grievend kunnen overkomen;
5. optreden van de rechter voor of na de terechtzitting dat twijfel kan doen oproepen over de niet-vooringenomenheid.

Ad 1. In de nationale rechtspraktijk worden procesbeslissingen en tussentijdse inhoudelijke keuzes van de rechter – de eerste groep – regelmatig aangegrepen als grond voor wraking. In het merendeel van de gevallen heeft de wrakingskamer die verzoeken niet gegrond bevonden.¹⁵⁴ De beoordeling geschiedt steeds langs de lijn dat een processuele beslissing of tussentijdse inhoudelijke keuze op zichzelf geen feit of omstandigheid oplevert waardoor de rechterlijke onpartijdigheid schade zou lijden in de zin van artikel 512 Sv en er een zwaarwegende aanwijzing moet zijn voor

¹⁵³ Zie bijvoorbeeld EHRM 12 juli 1988, *Schenk tegen Zwitserland*, Series A-140. Zie voor uitgebreide beschrijving van de relevante rechtspraak M.I. Veldt, *Het EVRM en de onpartijdige strafrechter*, a.w., hfdst. 4, par. 8 en M. Kuijer, aant. 6 bij art. 512 (suppl. 158, december 2006), in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen (losbl.).

¹⁵⁴ Zie voor een inhoudelijke opmerking/beslissing bijvoorbeeld HR 27 september 1983, NJ 1984, 173; Rb. 's-Gravenhage 19 oktober 2010, LJN BO1683 en Hof Amsterdam 16 juni 2011, LJN BQ8137. Zie voor afwijzingen n.a.v. processuele beslissingen onder meer HR 27 september 1983, NJ 1984, 173; Rb. Rotterdam 16 oktober 1991, NJ 1992, 55; HR 17 maart 1992, DD 92.280; Rb. Rotterdam 14 mei 2009, LJN BI1390; Rb. 's-Gravenhage 15 maart 2010, LJN BM4038 en Hof Arnhem 19 januari 2011, LJN BP1390.

het tegendeel.¹⁵⁵ Wraking kan niet succesvol worden ingezet als verkapt rechtsmiddel tegen onwelgevallige beslissingen.

Een wrakingsverzoek in verband met het afwijzen van het verzoek tot het horen van een getuige was ook aan de orde in het tweede wrakingsverzoek in het Wilders-proces.¹⁵⁶ De beslissing van de rechtbank om een getuige niet te horen, leidde tot toewijzing van het verzoek. De wrakingskamer formuleerde het toetsingscriterium als volgt: 'In beginsel kan de omstandigheid dat een rechter een beslissing neemt die een partij onwelgevallig is, geen grond zijn tot wraking van die rechter. Dat is slechts anders als die beslissing zo onbegrijpelijk is dat voor die beslissing redelijkerwijze geen andere verklaring kan worden gegeven dan dat zij voortvloeit uit vooringenomenheid van de rechter, of als de beslissing objectief gezien bij de verzoeker de gerechtvaardigde vrees heeft kunnen wekken dat de beslissing is ingegeven door vooringenomenheid jegens verzoeker.' De toepassing van het criterium door de rechtbank roept wel vragen op. De rechtbank overwoog: 'De beslissing van de rechtbank om de getuige niet te horen lijkt in strijd met de geldende jurisprudentie. Daarom vindt de wrakingskamer de vrees van verzoeker dat de beslissing van de rechtbank getuigt van een zekere mate van vooringenomenheid, ook in het licht van de eerdere incidenten, begrijpelijk.' Onafhankelijk van de vraag of het standpunt over het niet-horen van de getuige in casu correct is, kan deze overweging volgens de geldende rechtspraak niet zonder meer gelden als grond voor toewijzing van het verzoek. Het verzoek wordt zo immers ingezet als een verkapt rechtsmiddel tegen een onwelgevallige beslissing, hetgeen normaal gesproken leidt tot afwijzing van het verzoek.

Met betrekking tot de tweede volzin stelt Aben de vraag of deze formulering de stand van het recht juist weergeeft.¹⁵⁷ Het geldende criterium luidt immers 'dat de bij een rechtzoekende dienaangaande bestaande vrees gerechtvaardigd is' en niet 'begrijpelijk is'. Ongewis is of de rechtbank met de woorden 'ook in het licht van de eerdere incidenten' van oordeel is dat die incidenten een zwaarwegende aanwijzing vormen van het tegendeel van onpartijdigheid. Interpreteert men die woorden aldus, dan wordt het oordeel van de wrakingskamer ten aanzien van het eerste wrakingsverzoek in het Wilders-proces door de tweede wrakingskamer in feite onderuitgehaald.¹⁵⁸

Ad 2. Waar het de tweede groep bezwaren betreft – het onvoldoende recht doen aan het beginsel van hoor en wederhoor – geldt hetzelfde. Slechts bij een combinatie

¹⁵⁵ In Rb. Rotterdam 3 oktober 2005, LJN AU4040, Rb.'s-Gravenhage 14 juni 2010, LJN BN2162, Rb. Breda 7 april 2011, LJN BQ0787 en Rb.'s-Gravenhage 8 augustus 2011, LJN BR4410 ging het om een inhoudelijk oordeel, maar was sprake van omstandigheden die leidden tot aanvaarding van het wrakingverzoek. Dat gold ook voor de procesbeslissing in bijvoorbeeld Rb. 's-Gravenhage 10 december 2011, LJN BP0731.

¹⁵⁶ Rb. Amsterdam 22 oktober 2010, LJN BO1532.

¹⁵⁷ D. Aben, 'De zoektocht naar gronden voor de wraking', NJB 2010, afl. 40, p. 2594-2596.

¹⁵⁸ Zie voor het eerste wrakingsverzoek Rb. Amsterdam 5 oktober 2010, LJN BN9409 en direct hierna in de tekst onder 4.

van omstandigheden wordt een enkele keer schending van de onschuldpresumptie aangenomen.¹⁵⁹

Ad 3. Er zijn vele voorbeelden in recente rechtspraak van de derde groep, het maken van opmerkingen of het trekken van conclusies die niet passend worden geacht in het licht van de waarheidsvinding: een door de voorzitter tegen een getuige gedane uitspraak ‘Wij denken dat u liegt’,¹⁶⁰ ‘Geen gedoe met fietsen meer’,¹⁶¹ ‘Dat geloof ik niet’,¹⁶² ‘Je liegt ook nog eens door te zeggen dat je daar altijd komt, terwijl het een ander café was’,¹⁶³ ‘Ik noem dit waarheidsvinding, maar dat komt u kennelijk niet zo goed uit’,¹⁶⁴ ‘Er zijn substantiële aanwijzingen van een vooropgezet plan om de procedure te vertragen en dat de verdachte wat dat betreft de schijn tegen heeft’,¹⁶⁵ de uitspraak van de voorzitter ‘We kunnen allemaal vaststellen dat wat er op papier staat niet klopt (...)’ en voorts dat hij ‘de getuige niet gelooft’¹⁶⁶ en de zonder enig voorbehoud gemaakte opmerking in een proces-verbaal ‘De politierechter merkt op dat ze de verdachte aan zijn verklaring zoals afgelegd bij de politie zal houden.’¹⁶⁷

In deze actuele rechtspraak wordt – in lijn met het criterium van het vermoeden van onpartijdigheid – zelden schending aangenomen. De omstandigheden van het geval leiden in een enkel geval tot een ander antwoord. De wijze van voorhouden van verklaringen van verdachte uit een proces-verbaal en het confronteren met of attenderen van de verdachte op discrepanties met zijn proceshouding wordt ook wel aangevoerd als een omstandigheid die in strijd is met de presumptie van onschuld. De bedoelde attitude geeft volgens de wrakingskamers zelden blijk van vooringenomenheid, omdat die wordt geacht te zijn gericht op waarheidsvinding, waarbij de gestelde vragen in het gehele verband van de ondervraging moeten worden gezien en het de taak van de rechter is om door middel van het stellen van kritische vragen op de zitting een discussie op gang te brengen over de inhoud van de tenlastelegging en de verklaringen die hieromtrent zijn afgelegd.¹⁶⁸

In het Wilders-proces kwam zo’n type attitude aan de orde. De voorzitter van de kamer hield Wilders – na zijn beroep op het zwijgrecht – zakelijk weergegeven het volgende voor: ‘De rechtbank heeft het dossier gelezen en leest ook kranten en kijkt tegenwoordig ook TV. U wordt nog wel eens verweten, door anderen, dat u goed bent in het poneren van stellingen, maar de discussie uit de weg gaat. Het lijkt er een beetje op dat u dat nu ook weer doet.’ Deze woorden leidden tot het eerste

159 Zie bijvoorbeeld Rb. Utrecht 5 augustus 2008, LJN BD9309 en Rb. ’s-Gravenhage 10 december 2010, LJN BP1785 en LJN: BP1770. Vooringenomenheid onder de aanwezige omstandigheden werd bijvoorbeeld wel aangenomen in Hof Arnhem 4 september 2008, LJN BF0022, Hof Amsterdam 21 september 2010, LJN BN7794 en Hof Den Bosch 21 juli 2011, LJN BR2953.

160 HR 21 september 2010, NJ 2010, 520, LJN BM9141.

161 Rb. Maastricht 29 april 2010, LJN BM5205; geen schending.

162 Rb. Rotterdam 29 april 2011, LJN BQ3091; geen schending.

163 Rb. Rotterdam, 4 maart 2011, LJN BP6871; geen schending.

164 Rb. Roermond 30 november 2010, LJN BO6397; toewijzing wrakingsverzoek.

165 Rb. Amsterdam 26 februari 2010, LJN BL8530, NbSr 2010, 114; toewijzing wrakingsverzoek.

166 Hof Amsterdam 5 oktober 2010, LJN BO3717, NbSr 2010, 328; toewijzing wrakingsverzoek.

167 HR 2 juni 2009, LJN BH9920; toewijzing wrakingsverzoek.

168 Zie voor een voorbeeld Rb. Rotterdam 4 maart 2011, LJN BP6871.

wrakingsverzoek in het Wilders-proces, wegens strijd met het pressieverbod. De wrakingskamer overwoog daarop:

‘Bij die beoordeling stelt de rechtbank voorop dat de rechters zich dienen te onthouden van alles wat de strekking heeft een verklaring van de verdachte te verkrijgen, waarvan niet gezegd kan worden dat zij in vrijheid is afgelegd. De verdachte heeft het recht zich op zijn zwijgrecht te beroepen. Het voorgaande houdt echter niet in dat de rechtbank daarover geen enkele opmerking mag maken of daarover geen vraag mag stellen. De rechter heeft tot taak op de zitting een zo grondig mogelijk onderzoek te doen naar alles wat relevant kan zijn voor de te nemen beslissing. Het standpunt van de verdachte over de telastegelegde feiten is daarbij van groot belang. Ontbreekt zijn verklaring, dan kan de rechter er geen rekening mee houden. Immers wat men niet weet, kan men niet wege. De rechter zal zich er dus van willen vergewissen dat de verdachte dit begrijpt en de gevolgen accepteert. Naar het oordeel van de rechtbank moeten voornoemde uitlatingen van de voorzitter in dat licht worden gezien. Van het uitoefenen van ongeoorloofde pressie om verzoeker te bewegen zijn zwijgrecht op te geven is niet gebleken.

De woorden die de voorzitter in de laatste zinsnede van zijn uitlating heeft gebruikt zijn ongelukkig geformuleerd. Ze hebben kennelijk bij verzoeker een verkeerde indruk gewekt. Aan de andere kant weegt mee dat het gaat om één zinsnede, die in de context van de hele uitlating van de voorzitter moet worden gezien en waarbij de onderzoekstaak van de rechter, zoals hiervoor is weergegeven, een rol speelt. Van belang is ook dat de uitlating geen blijk geeft van vooringenomenheid met betrekking tot een nog door de rechtbank te nemen beslissing over de telastegelegde feiten. Gelet op het voorgaande vormen de gebruikte woorden geen uitzonderlijke omstandigheid waaruit een objectief gerechtvaardigd vermoeden valt af te leiden dat de rechter(s) bij het nadere onderzoek ter zitting vooringenomen zal/zullen zijn.¹⁶⁹

Onder omstandigheden kan de indringende wijze van ondervragen of een bepaalde attitude evenwel mede van invloed zijn op het oordeel over het wrakingsverzoek.¹⁷⁰

Een recent voorbeeld vindt men in de toewijzing van het wrakingsverzoek in de zogenoemde Klimop-zaak, waar de voorzitter het gedicht ‘Jantje zag eens pruimen hangen’ van Hieronymus van Alphen voordroeg. De wrakingskamer overwoog:

‘Het voordragen van de eerste acht regels van het gedicht, met daarbij de mededeling dat “het goed is de stichtelijke kant op tafel gelegd te hebben”, of woorden van gelijke strekking, is onvoldoende om aan te nemen dat de rechter een vooringenomenheid koestert ten aanzien van verzoekers.(...) Door de combinatie van de inhoud van de voorgedragen regels, in het bijzonder de laatste zin “Aan een boom, zo vol geladen, mist men vijf zes pruimen niet”, de opmerking dat “het goed is de stichtelijke kant op tafel gelegd te hebben” (of woorden van gelijke strekking), het

169 Rb. Amsterdam 5 oktober 2010, LJN BN9409.

170 Rb. Arnhem 3 juli 2008, LJN BD7286.

ontbreken van een uitnodiging tot een reactie of het stellen van een vraag en het feit dat dit alles geschiedde na afronding van het feitenonderzoek door de rechtbank, heeft het geleken alsof de rechter een oordeel over de strafzaken van verzoekers gaf, waarmee de schijn van vooringenomenheid is gewekt. De wrakingskamer is dan ook van oordeel dat de bij verzoekers ontstane subjectieve vrees voor partijdigheid objectief gerechtvaardigd is.’

Ad 4. Uit de rechtspraak over bezwaren uit de vierde groep – het zich uiten op een wijze die niet gepast is in het licht van de verhouding tot de verdachte/verdediging of die grievend kan overkomen – valt niet eenvoudig een hoofdlijn af te leiden. Het betreft opmerkingen, reacties, gelaatsuitdrukkingen etc. die veelal slechts in de context van de desbetreffende terechtzitting goed kunnen worden geplaatst en begrepen. Deze variëren van humor, misplaatste grappigheid of vertrouwelijkheid, insinuaties, geagiteerdheid en botheid, tot opmerkingen die getuigen van dedain naar de advocaat. Aspecten die de beoordeling mede lijken te bepalen zijn de aard van het optreden, de geadresseerde van de opmerking, de sfeer op de terechtzitting, het beeld dat de wrakingskamer heeft van de wijze van communiceren in concreto etc.¹⁷¹

Een greep uit de zeer gevarieerde casus die voorhanden zijn. De opmerking van een voorzitter die naar aanleiding van een ingediend verzoek tot wraking de opmerking maakt ‘Heeft u gisteren tv gekeken of zo’, blijkbaar doelend op het daags tevoren ingediend wrakingsverzoek door Wilders, werd weliswaar als minder passend gekwalificeerd door de wrakingskamer, maar leverde op zichzelf nog geen zwaarwegende aanwijzing op voor vooringenomenheid.¹⁷² Een beroep op de non-professionaliteit van de rechter wegens de lichaamstaal van een rechter – een schrikreactie bij een wrakingsverzoek – werd op procedurele gronden niet gehonoreerd, maar met een overweging ten overvloede dat hieruit geen vooringenomenheid van deze behandelend rechter blijkt, omdat dit een normale menselijke reactie is op een onverwachte gebeurtenis en zeker nu het een verhoor van een minderjarige betrof.¹⁷³ Een rechter, die op een vraag van de raadsman wat de rechter bedoelt, antwoordt: ‘Ik spreek toch geen Frans’. Deze opmerking was volgens de wrakingskamer niet van die aard dat zij blijkt geeft van vooringenomenheid, ook niet gezien in samenhang met een daarop gevolgde afwijzing van een verzoek.¹⁷⁴

Ad 5. De rechtspraak over de vijfde groep, optreden van de rechter voor of na de terechtzitting, bevat zeer uiteenlopende handelingen. Zo werd op verzoek van een strafkamer bij het hof navraag gedaan naar de positie van een deskundige die op verzoek van de verdediging een deskundigenopinie had opgesteld. Aanleiding was dat de deskundige ook raadsheer in buitengewone dienst was bij de Hoge Raad. De

171 Zie bijvoorbeeld HR 9 januari 2001, NJ 2001, 141, waar het een hoffelijke opmerking van de voorzitter aan getuige/slachtoffer betrof.

172 Hof Amsterdam 5 oktober 2010, LJN BO3717, NbSr 2010, 328.

173 Rb. Utrecht 22 december 2009, LJN BK7530.

174 Rb. Zwolle 16 maart 2011, LJN BQ7279.

raadsman werd niet geïnformeerd over de navraag en kreeg de informatie nadat hij daar herhaaldelijk om had verzocht. In dit geval werd het wrakingsverzoek wegens strijd met de niet-vooringenomenheid toegewezen.¹⁷⁵ Ook een geval van een briefwisseling en e-mailcontact tussen rechter en officier van justitie met het oog op te nemen beslissingen, waarover de verdediging pas ter zitting werd geïnformeerd, leverde schending van de presumptie van onschuld op.¹⁷⁶ De enkele omstandigheid dat een rechter na een vonnis met een journalist over de strafzaak sprak, bracht nog niet mee dat de vrees van verdachte voor vooringenomenheid van de rechter objectief gerechtvaardigd was.¹⁷⁷

3.5 Instrumenten gericht op een autonome beslissing¹⁷⁸

3.5.1 Rechtspraak door meervoudige kamer

Rechtspraak door een meervoudige kamer impliceert dat de drie rechters en de griffier tezamen na afloop van de zitting over de zaak beraadslagen. Artikel 7 Wet RO bepaalt dat de voorzitter als laatste zijn oordeel geeft. Ieder lid is verplicht aan de besluitvorming deel te nemen.

Deze werkwijze beoogt bij te dragen aan een autonome en niet door hiërarchie of anciënniteit bepaalde inbreng van elk lid van de raadkamer. Het is aannemelijk dat deze werkwijze ook bijdraagt aan het corrigeren van eventueel aanwezige vooringenomenheid.

Het gegeven dat de meervoudige kamer met één stem spreekt en dissenting opinions niet worden gepubliceerd kan er in voorkomende gevallen toe bijdragen dat geen onnodige angst of voorzichtigheid hoeft te bestaan om een afwijkend standpunt in te nemen.

3.5.2 Niet-gebondenheid van de appelrechter aan in eerste aanleg gegeven rechterlijke uitspraken

Aan neutraliteit van de appelrechter kan bijdragen dat deze niet is gebonden aan de beslissingen van de rechter in eerste aanleg.¹⁷⁹ De appelrechter beraadslaagt op basis van de tenlastelegging, het onderzoek ter terechtzitting in appel en voorts naar aanleiding van het onderzoek in eerste aanleg zoals dit is neergelegd in het proces-verbaal van die zitting (art. 422 lid 2 Sv). De laatstgenoemde omstandigheid doet geen afbreuk aan het feit dat ook in het stelsel van voortbouwend appel, zoals

¹⁷⁵ Hof Arnhem 4 september 2008, LJN BFO022.

¹⁷⁶ Rb. Rotterdam 3 oktober 2005, LJN AU4040.

¹⁷⁷ HR 12 oktober 2010, LJN BN0526. De uitspraak van het EHRM 5 februari 2009, nr. 22330/05, Olujic tegen Kroatië, gaf de Hoge Raad geen aanleiding anders te oordelen.

¹⁷⁸ De notie van de autonome rechter wordt door de Rechtspraak vaak gebruikt ter aanduiding van onafhankelijkheid van beheers- en bestuursorganisaties. Zie daarover par. 2.1.5.

¹⁷⁹ Krachtens art. 415 lid 1 Sv zijn de art. 268 tot en met 314, 315 tot en met 353 en 356 tot en met 366a op het geding bij het hof van overeenkomstige toepassing.

dat sinds 1 juli 2007 geldt, de appelrechter vrij is in zijn beoordeling van de vragen van de artikelen 348 en 350 Sv.

4 **Corrigerende/sanctionerende instrumenten die bijdragen aan neutraliteit**

4.1 **Wraking**

Het Wetboek van Strafvordering bevat een wettelijke regeling voor het wraken van rechters in de artikelen 512-516. De regeling strekt er van oudsher toe om de onpartijdigheid van de rechter te waarborgen. De wettelijke wrakingsregeling is gecompleteerd met een landelijk protocol voor de rechtbanken en hoven, welk protocol door de gerechten weer wordt gecompleteerd met een op het eigen gerecht toegepaste versie.¹⁸⁰ De Hoge Raad heeft een eigen wrakingsprotocol.

De gronden voor wraking waren tot 1926 in de wet opgesomd. Sedertdien liggen zij besloten in de interpretatie van de in het wrakingsartikel gebruikte zinsnede 'op grond van feiten of omstandigheden waardoor de rechterlijke onpartijdigheid schade zou kunnen lijden'. De huidige interpretatie sluit volledig aan op de eerder besproken rechtspraak van het EHRM en de nationale jurisprudentie waarin ten aanzien van onpartijdigheid onderscheid wordt gemaakt tussen subjectieve en objectieve aspecten. Het eerder beschreven artikel 3.2 van het wrakingsprotocol sluit daarop ook volledig aan.¹⁸¹

De toets aan deze gronden vindt plaats via de in de desbetreffende zaak aan de orde gestelde omstandigheden. Die omstandigheden en de rechtspraak daarover zijn in dit preadvies door de gekozen methode van bespreking terug te vinden bij de behandeling van de normstellende/preventieve instrumenten voor zowel de objectieve als de subjectieve neutraliteit.¹⁸²

Het initiatief voor wraking ligt volgens artikel 512 bij de verdachte (en diens raadsman) en het OM en dient aan bepaalde vereisten te voldoen (art. 513 Sv). In de rechtspraak is aanvaard dat ook andere 'betrokkenen' in een verzoek tot wraking moeten worden ontvangen.¹⁸³ Inmiddels zijn wrakingsverzoeken ontvankelijk verklaard van de veroordeelde in een 36e Sr-procedure,¹⁸⁴ de klager in een artikel 12-procedure,¹⁸⁵ de klager in een artikel 552a-procedure,¹⁸⁶ de benadeelde partij,¹⁸⁷

¹⁸⁰ Aanbeveling inzake afhandeling wrakingsverzoeken van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak van 23 januari 2001, zoals nader uitgewerkt door en vastgesteld in de presidentenvergadering van 27 november 2006 en het bestuursbesluit d.d. 19 april 2011. Zie www.rechtspraak.nl.

¹⁸¹ Zie voor de tekst hierboven, par. 2.2.1.

¹⁸² Zie bijvoorbeeld hiervoor de rechtspraak in par. 2.2.2 en hierna bij par. 3.4.2.

¹⁸³ Zie ook Aanbeveling 4.2. van het wrakingsprotocol.

¹⁸⁴ Hof Amsterdam 27 januari 1999, NJ 1999, 254.

¹⁸⁵ Hof 's-Gravenhage 14 januari 2008, LJN BC443; Hof 's-Hertogenbosch 19 september 2002, NJ 2003, 118; Hof Leeuwarden 1 mei 2003, LJN AF8130.

¹⁸⁶ Hof Arnhem 16 april 2010, LJN BM6342.

¹⁸⁷ Rb. Rotterdam 1 oktober 2009, LJN BJ9070.

de tot de maatregel van ISD veroordeelde in een procedure volgens artikel 38s Sr¹⁸⁸ en getuigen die een wrakingsverzoek deden ten aanzien van een lid van de raadkamer ex art 221 lid 3 Sv.^{189,190}

De wraking moet tijdig geschieden, dat wil zeggen zodra de feiten of omstandigheden aan de verzoeker bekend zijn geworden en vóór de uitspraak.¹⁹¹ In de rechtspraak wordt als hoofdlijn gehanteerd dat een korte periode van bezinning acceptabel is. Als men pas in cassatie een beroep doet op het ontbreken van de vereiste onpartijdigheid loopt men het risico dat daaraan geen gevolg zal worden gegeven. De Hoge Raad lijkt namelijk tot op zekere hoogte – en anders dan het EHRM – een vorm van afstand van het recht op onpartijdigheid toe te staan.¹⁹²

Men wraakt rechters of raadsheren, geen college. De rechter kan berusten in de wraking (art. 514 Sv). Daarvan kan hij natuurlijk op inhoudelijke gronden gebruik maken, maar de wet belemmert niet om daarvan gebruik te maken om eventuele ‘schade’ door het verzoek te beperken of de belastende procedure te ontlopen. De beslissing over het wrakingsverzoek wordt – evenals bij een verzoek tot verschooning – gegeven door een meervoudige kamer waarin de rechter wiens wraking is verzocht geen zitting heeft. Wraking van de wrakingskamer lijkt niet uitgesloten.¹⁹³ Om misbruik te voorkomen wordt een volgend verzoek ten aanzien van dezelfde rechter niet behandeld, tenzij er sprake is van een novum (art. 513 Sv lid 4). Er staat geen rechtsmiddel open tegen de wrakingsbeslissing (art. 515 lid 5 Sv).

Een honorering van het verzoek heeft een corrigerende en/of sanctionerende werking naar de betrokken rechter, maar functioneert dankzij de verhoogde – en kritische – aandacht voor het gezag van de rechter in het huidige tijdsgewricht waarschijnlijk ook sterk als een normstellend en preventief instrument.

Het laatste decennium is sprake van een sterke toename van het gebruik van het instrument van de wraking, in het bijzonder na 2005. De gronden die het meest worden aangetroffen zijn eerdere beslissingen van rechters in dezelfde zaak of aanverwante zaken en de bejegening door de rechter, zowel bij het nemen van procesbeslissingen of tussentijdse inhoudelijke keuzes, als in de wijze van communiceren. Voorts blijkt dat wraking op grond van (voormalige) werkrelaties, nevenfuncties of

188 Rb. Zutphen 15 december 2010, LJN BO7647.

189 Rb. 's-Gravenhage 29 november 2006, LJN AZ3704.

190 Zie ook Novum, Tweemaandelijks Tijdschrift voor de rechtspraak, december 2010-januari 2011, nr. 6; M.C. van der Mei, ‘Wraking: een zuiver instrument. Een overzicht van recente uitspraken op wrakingsverzoeken in strafzaken’, *Trema* 2011, 1.

191 HR 13 april 2010, LJN BJ9926 en HR 2 november 2011, LJN BN2366.

192 In HR 14 mei 1991, NJ 1991, 695 was dat niet het geval, maar in HR 24 oktober 1995, NJ 1996, 484 (met conclusie A-G Van Dorst en noot Knigge over de argumentatie van al dan niet rechtsverwerking en afstand van recht) wordt het cassatiemiddel verworpen. Zie uitvoerig en over de ‘discrepantie’ tussen het EVRM en de Hoge Raad J.D. den Hartog, aant. 7-4. t/m 9 bij Algemene Beschouwingen bij het onderzoek ter terechtzitting III, afstand van rechten), in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen (losbl.) en M. Kuijer, aant. 9 bij art. 512-519 (suppl. 155, juni 2006), in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen (losbl.) en idem M.I. Veldt, aant. 11 bij art. 268 (suppl. 119, december 2000).

193 Hof Arnhem 16 mei 2011, LJN BQ6876. Het verzoek zelf werd afgewezen. Maar de verzoeker tot wraking van een lid van de wrakingskamer werd niet-ontvankelijk verklaard in Rb. Zutphen 1 december 2009, LJN BK4858 (civiele kamer).

privérelaties van rechters nauwelijks voorkomt.¹⁹⁴ Van de wrakingsverzoeken wordt slechts een klein deel toegewezen.¹⁹⁵ De meest voorkomende reden om tot afwijzing te komen is dat de in het wrakingsverzoek genoemde omstandigheid alleen onvoldoende is om vooringenomenheid aan te nemen.¹⁹⁶

4.2 Disciplinaire maatregelen, schorsing/ontslag

Hoofdstuk 6A van de Wra bevat een regeling van disciplinaire maatregelen, schorsing en ontslag, op te leggen aan een rechter. Als gronden worden onder meer genoemd het verwaarlozen van de waardigheid van zijn ambt en bijvoorbeeld het overtreden van bepalingen waarbij hem wordt verboden zich in een onderhoud of een gesprek in te laten met partijen of haar advocaten of een bijzondere inlichting of schriftelijk stuk van hen aan te nemen, of het overtreden van bepalingen waarin hem de verplichting wordt opgelegd een geheim te bewaren. De disciplinaire maatregel van ontslag kan worden opgelegd, indien hij door handelen of nalaten ernstig nadeel toebrengt aan de goede gang van zaken bij de rechtspraak of het in haar te stellen vertrouwen. Schending van neutraliteit kan op basis van deze gronden in ernstige gevallen mogelijk aanleiding geven tot het overwegen van dergelijke maatregelen.

4.3 Klachtencommissie voor de burger

Belanghebbenden kunnen op grond van artikel 26 Wet RO een klacht instellen tegen de rechter, volgens een klachtenregeling die is opgesteld door het bestuur van het gerecht waar de rechter werkzaam is.¹⁹⁷ Dit wordt veelal aangeduid als een intern klachtrecht. Daarna staat een klachtvoorziening open bij de Hoge Raad.¹⁹⁸ Deze laatste – externe – mogelijkheid is tijdelijk niet in de Wet RO geregeld, maar in overgangsrecht. In een recent aanvaard wetsvoorstel wordt de externe klachtregeling in een nieuwe afdeling 1A geregeld.¹⁹⁹ De klacht mag niet gaan over een rechterlijke beslissing, maar moet de wijze betreffen waarop een rechter zich in de uitoefening van zijn functie jegens de klager heeft gedragen. Men dient de procureur-generaal

194 M. ter Voert & J. Kuppens, *Schijn van partijdigheid van rechters*, a.w. en M. Chrit & R. Venneman, 'Wraking en legitimiteit van de Rechterlijke Macht. Een evaluatie van het wrakingsinstituut', *Trema* 2011, nr. 1, p. 11-17. Zie naar aanleiding van de onderzoeken onder meer M. Kuijer, 'Schijn van partijdigheid, De resultaten van het WODC-rapport over wraking, verschoningscode en nevenfuncties', *NJB* 2002, afl. 42, p. 2089-2093 en Novum, *Tweemaandelijks tijdschrift voor de rechterlijke macht*, december 2010-januari 2011, nr. 6 en M.C. van der Mei, 'Wraking: een zuiver instrument', a.w.

195 In 2009 was dat slechts 8%. M. Chrit & R. Venneman, 'Wraking en legitimiteit van de Rechterlijke Macht', a.w., p. 14.

196 Idem.

197 Die regelingen worden in de *Staatscourant* gepubliceerd. De Rechtspraak heeft overigens een modelklachtregeling vastgesteld die toegankelijk is via www.rechtspraak.nl.

198 Zie P.P.T. Bovend'Eert, m.m.v. C.A.J.M. Kortmann, *Rechterlijke organisatie, rechters en rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2008, p. 190-194.

199 Wet van 19 mei 2011, *Evaluatiewet modernisering rechterlijke organisatie*, Stb. 2011, 255, inwerkingtreding op een bij KB te bepalen tijdstip. *Kamerstukken 2010/11*, 32 021.

bij de Hoge Raad te verzoeken een vordering bij de Hoge Raad in te stellen tot het doen van een onderzoek naar de gedraging. Het is niet onaannemelijk dat de klachtregeling kan worden benut als corrigerend/sanctionerend instrument bij vermeende schending van neutraliteit.²⁰⁰

De burger kan ook klagen over het optreden van raadsheren bij de Hoge Raad, volgens de klachtenregeling die gelet op artikel 75 zesde lid van de Wet RO is vastgesteld.²⁰¹

4.4 Ambtsdelicten

Onder omstandigheden kan schending van de neutraliteit ook een strafbaar feit opleveren. Het betreft dan delicten uit de Titel Ambtsdelicten, in het bijzonder artikel 364 Sr (passieve omkoping van de rechter) en delicten uit de Titel Schending van geheimen, in het bijzonder artikel 272 Sr (schending van geheimhoudingsplicht van art. 13 Wet RO). Het corrigerend/sanctionerend karakter van een vervolging op grond van dergelijke misdrijven is – zelfs ingeval bijvoorbeeld een vrijspraak volgt – aanzienlijk. Hoewel van strafbaarstelling een preventieve werking kan uitgaan, ligt dat effect in het geval van een strafrechter niet erg in de rede.

5 Enkele specifieke bevindingen, kwetsbaarheden en bedreigingen

5.1 Normstellende/preventieve instrumenten die bijdragen aan objectieve neutraliteit

Uit de voorafgaande behandeling van instrumenten blijkt dat er zeer veel instrumenten zijn te benoemen die beogen bij te dragen aan de objectieve neutraliteit. De status en de aard van de instrumenten is zeer divers. Instrumenten georiënteerd op onafhankelijkheid zijn voor een belangrijk deel bij wet geregeld of vloeien daaruit voort. Die wetgeving is voor het overgrote deel niet toegespitst op de strafrechter, maar er zijn wel enkele regelingen die zijn toegespitst op neutraliteit in strafrechtelijke verhoudingen, zoals op de verhouding OM-ZM die een enkele maal tot rechterlijke uitspraken aanleiding heeft gegeven.

Instrumenten georiënteerd op de onpartijdigheid van de rechter worden als het ware ‘overkoepelend’ gewaarborgd door artikel 6 eerste lid EVRM en artikel 14 eerste lid IVBPR. Daarnaast is er wetgeving die geldt voor rechters in het algemeen, waaronder in de Wet RO, de Wrra en het ARAR. Het Wetboek van Strafvordering bevat een aantal instrumenten die onder meer bepaalde functiecumulatie verbieden en de berechting van ambtenaren uit het eigen ressort en de verschoning regelen.

²⁰⁰ M. Kuijer, a.w. aant. 6 bij art. 512 (suppl. 158, december 2006), in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen (losbl.) is van oordeel dat de regeling wel degelijk een rol kan spelen bij onderzoek naar de behoorlijkheid van feitelijke gedragingen van een rechter waardoor de schijn van partijdigheid is gewekt.

²⁰¹ In werking getreden 1 juli 2011. Zie www.rechtspraak.nl.

Inmiddels is er zeer veel rechtspraak van het EHRM en de Hoge Raad die de onpartijdigheidseis nadere invulling geeft en daarmee zelf ook een normstellende preventieve functie vervult. Dit pakket wordt gecompleteerd met instrumenten gericht op objectieve beeldvorming, waaronder bijvoorbeeld richtlijnen, leidraden en gedragscodes over onpartijdigheid en nevenfuncties.

Het geheel aan instrumenten overziend kan men bijna spreken van een overdaad aan elkaar overlappende en over elkaar heen tuimelende wetten, regelingen, richtlijnen, leidraden en codes. Deels is die overlap te verklaren door het feit dat de diverse verantwoordelijken voor en in de organisatie van de rechtspraak elk hun eigen taak op eigen wijze willen vervullen.²⁰² Daarnaast geeft het tijdvak waarin diverse van deze instrumenten tot stand zijn gekomen een indicatie dat de rechtspraak van het EHRM, negatieve publiciteit over de rechtspraak, concrete casus en bezinning op de eigen identiteit van de rechtspraak en rechter tot deze ‘wildgroei’ hebben geleid. Hier schuilt een zeker risico in dat het middel erger wordt dan de kwaal. Het belang van volstreekte duidelijkheid en eenduidige formulering voor het normstellend en preventief effect van verplichtingen en aanbevelingen behoeft immers geen betoog.

Doorwerking

Het conglomeraat aan instrumenten ter waarborging van de objectieve neutraliteit lijkt er in te hebben geresulteerd dat de objectieve onpartijdigheid door middel van het normstellend en preventief karakter van die instrumenten tamelijk stevig wordt gewaarborgd.²⁰³ In vergelijking met wrakingsverzoeken en verweren die betrekking hebben op subjectieve neutraliteit is het aantal procedures en verweren gering.²⁰⁴ In het merendeel van de rechtspraak waarin de neutraliteit van de rechter op grond van objectieve gronden via de wrakingprocedure, dan wel via een verweer aan de orde wordt gesteld wordt het verzoek afgewezen of het verweer verworpen.²⁰⁵

5.2 Normstellende/preventieve instrumenten die bijdragen aan subjectieve neutraliteit

Instrumenten die zijn gericht op subjectieve neutraliteit zijn wat betreft de status en de aard van de regeling veel minder dwingend dan die ten aanzien van de objectieve neutraliteit. Het gaat onder meer om beloven/zweren en aanbevelingen en aansporingen tot een attitude die passend is voor een neutrale strafrechter. Het ligt natuurlijk in de rede dat op het punt van de neutraliteit van de rechter als individuele persoon nauwelijks dwingende instrumenten bestaan. De mens, zijn integriteit,

202 Wetgever, Ministerie van Justitie, Raad voor de rechtspraak, NVvR, presidentenvergadering, LOVS, gerechtsbesturen en sectorvoorzitters.

203 Overigens berichtte de pers in augustus jl. met de gebruikelijke tam tam dat van 39 rechters-plaatsvervangers de nevenfuncties niet waren gepubliceerd.

204 Het merendeel heeft betrekking op het feit dat de rechter al eerder een beslissing heeft genomen in een andere zaak van de wrakende of verwerende partij. Zie voor de meest recente overzichten M. Chrit, R. Venneman & M.C. van der Mei in: ‘Wraking: een zuiver instrument’, a.w. en Novum, december 2010-januari 2011, a.w.

205 Idem.

zijn eigenschappen zijn niet vanuit (verdrags)wetgever, bestuur- en beheersorganisaties te creëren, noch eenvoudig te vormen of bij te sturen.²⁰⁶ Bezien in het licht van deze beperkingen zijn selectie, opleiding, scholing en gedragscodes essentiële instrumenten voor een neutrale strafrechter. De opvattingen over hetgeen als wenselijke en aanvaardbare attitude heeft te gelden lijken niet volledig uitgekristalliseerd. Zo is er binnen de NVvR onlangs nog volop gewerkt aan het formuleren van een Gedragscode van rechters voor rechter en aan een notitie over kernwaarden. De instrumenten ter voorkoming van belangenverstrengeling (familie, bloedverwanten enz.) lijken, mogelijk als gevolg van de ondubbelzinnige omschrijving daarvan in de Leidraad Onpartijdige rechter, niet meer ter discussie te staan.

Doorwerking

Wrakingsprocedures wegens schending van de subjectieve neutraliteit komen het laatste decennium in verhouding tot klachten over schending over objectieve neutraliteit vaak voor.²⁰⁷ Deze klachten worden evenwel zo goed als nooit gehonoreerd. De verklaring daarvoor ligt in het criterium dat in de rechtspraak van het EHRM en de daarop aansluitende rechtspraak van de Hoge Raad wordt gehanteerd om schending van de subjectieve neutraliteit vast te stellen. Het criterium is volgens die rechtspraak dat de rechter wordt vermoed onpartijdig te zijn, tenzij de klager objectieve omstandigheden kan aantonen die leiden tot een ander oordeel, hetgeen een zware bewijslast voor de klager met zich meebrengt. De wrakingskamers komen dan ook vaak tot het oordeel dat er onvoldoende feiten of omstandigheden zijn gesteld dan wel gebleken op grond waarvan kan worden geoordeeld dat sprake is van persoonlijke vooringenomenheid van de rechters jegens de verzoeker of gerechtvaardigde vrees daartoe.

5.3 De toets aan schijn van partijdigheid en gevolgen daarvan

5.3.1 Algemeen

De hierboven in de paragrafen 5.1 en 5.2 weergegeven bevinding dat het beroep op schending van objectieve en van subjectieve partijdigheid niet vaak wordt gehonoreerd, betekent niet dat al die beroepen steeds worden afgewezen. Het EHRM en ook de Hoge Raad hebben het criterium voor schending van de objectieve onpartijdigheid immers uitgebreid met schending van de schijn van (objectieve) onpartijdigheid.²⁰⁸ Dat bredere criterium biedt niet alleen ruimte voor een breder bereik van het corrigerende/sanctionerende instrument van de wraking, maar biedt ook ruimte om een rechterlijke attitude die enigszins kan worden opgevat als een vorm

206 G. Vrieze geeft – indachtig Aristoteles’ beeld dat de deugd in het midden zit – een rijtje met eigenschappen. G. Vrieze, ‘Hedendaagse evenwichtskunst: met een code als kompas laveren tussen zelfcensuur, wraking en waarschuwing van de president’, *Trema Special Wie bewaakt de bewakers?* 2002, p. 66-77.

207 M. Chrit, R. Venneman & M.C. van der Mei in: ‘Wraking: een zuiver instrument’, a.w. en *Novum*, december 2010-januari 2011, a.w.

208 EHRM 17 januari 1970, *Delcourt* tegen België, Series A11.

van subjectieve vooringenomenheid of niet-onbevangenheid alsnog – maar dan via de redenering van de schijn van onpartijdigheid – af te straffen. De redenering verloopt veelal als volgt:

‘Aan de door verzoeker aangevoerde omstandigheden valt geen aanwijzing te ontleen voor het oordeel dat de rechter – subjectief – niet onpartijdig was. Te onderzoeken staat vervolgens of de aangevoerde en anderszins aannemelijk geworden omstandigheden niettemin een zwaarwegende aanwijzing opleveren voor het oordeel dat de rechter jegens verzoeker een vooringenomenheid koestert die – objectief – gerechtvaardigd is.’

Door een vervlechting van de objectieve toets met de omstandigheden die bepalend zijn voor het oordeel over de subjectieve partijdigheid verliest het reeds lang door het EHRM geformuleerde onderscheid tussen de toets aan objectieve respectievelijk subjectieve omstandigheden in zekere zin aan betekenis. De rechtspraak van het EHRM heeft op dit punt dan ook kritiek ondervonden, onder meer van De Meyer, die de vraag stelt of het EHRM niet gevoeliger is voor schijn dan voor de realiteit.²⁰⁹ Het EHRM houdt evenwel onverminderd vast aan deze lijn. Zo formuleerde het Hof zeer recent nog: ‘Turning to the present case, the Court considers that, under the subjective test, there is insufficient evidence that either of the two challenged judges of the Assize Court displayed personal bias. However, although in many cases it may be difficult to procure evidence with which to rebut the presumption of the judge’s subjective impartiality, it must be remembered that the requirement of objective impartiality provides a further important guarantee. Accordingly, the Court will proceed to examine the complaint under the objective test.’²¹⁰ Ook in onze nationale rechtspraak wordt deze lijn gevolgd. In de Nederlandse literatuur wordt weinig tot geen aandacht aan dit punt besteed. Toch heeft deze stand van zaken verstrekkende gevolgen, waarvan de belangrijkste hier worden aangestipt.

5.3.2 De door de inhoudelijke beoordeling van het wrakingsverzoek kwetsbare strafrechter

De wrakingskamer ontloopt met het toetsingscriterium van ‘de schijn van’ voor het beoordelen van een beweerdelijke schending van onpartijdigheid, de zwaardere bewijslast die rust op de klager voor een succesvol beroep op subjectieve onpartijdigheid.

De rechter wiens optreden op die grond wordt gewraakt heeft daardoor niet de ‘bescherming’ van de door klager aan te dragen objectief gerechtvaardigde zwaarwegende aanwijzingen van onpartijdigheid of vrees daartoe. De wrakingskamer

209 ‘Justice must not only be done, it must also be seen to be done.’ Concurring opinion van De Meyer in de Padovani-zaak (EHRM 26 februari 1993, Padovani tegen Italië, Series A 257-B. Zie ook I. Muller-Quoy, ‘Théorie de l’apparence et mise en scène de l’impartialité: à propos de l’application de l’article 6 de la CESDH par la Cour européenne de droits de l’homme’, in: E. Rude-Anotine (red.), *Les procès, enjeu de droit, enjeu de vérité*, PUF 2007, p. 111-123.

210 EHRM 26 juli 2011, appl.nrs. 35485/05, 45553/05, 35680/05 and 36085/05 (not final, Chamber judgment in the case Huseyn and Others tegen Azerbaidjan, overweging 163).

heeft daarmee in zekere zin een grotere beslissingsvrijheid om de factoren te wegen dan bij de subjectieve toets, alsmede minder houvast in de feiten. Het lijkt niet onaannemelijk om te veronderstellen dat de groei van het aantal wrakingsverzoeken gedurende de laatste jaren valt terug te voeren op een ‘dankbaar’ gebruik van deze mogelijkheid door de advocatuur. Deze stand van de rechtspraak van de wrakingskamers maakt de strafrechter zeer kwetsbaar. Er is immers geen catalogus voor de zittingsrechter van wat wel of niet door de beugel kan. De in het verleden beoordeelde situaties zijn veelal zo contextgebonden dat daaruit geen richtlijnen kunnen worden afgeleid en ook de door de onderscheiden wrakingskamers gehanteerde maatstaven zijn niet eenduidig.²¹¹ De rechter is overgeleverd aan een ‘godsoordeel’. Die situatie kan meebrengen dat strafrechters zodanig ‘voorzichtig’ worden in hun communicatie in de zittingszaal, dat dat op zijn beurt weer leidt tot krampachtigheid in het optreden: een krampachtigheid die haaks staat op de actieve rol van de strafrechter én op de kwaliteiten van een neutrale strafrechter.²¹²

5.3.3 De door de vormgeving van de wrakingsprocedure kwetsbare strafrechter

De wrakingskamer bestaat in beginsel uit eigen collega’s van het gerecht, waarvan soms ook collega’s uit de eigen strafsector. Dat een dergelijke werkwijze ingeval van een wrakingsverzoek grote druk legt op de strafrechter behoeft geen betoog. Zo is bijvoorbeeld de toegekende wraking in het Wilders-proces binnen de strafsector van de Rechtbank Amsterdam ervaren als een crisissituatie.²¹³ In de evaluatie van dat proces wordt onder meer vermeld dat er verschillende opvattingen over wraking bestaan. Wraking kan worden ervaren als een aantasting van de integriteit, wraking hoort gewoon bij de karakteristieken van het vak van rechter en wraking kan het gevolg zijn van de indringende poging tot waarheidsvinding.²¹⁴ Het rapport vermeldt dat het omwille van de collegiale verhoudingen moet worden vermeden om directe collega’s in de wrakingskamer te laten optreden. Die gedachte heeft inmiddels binnen het merendeel van de gerechten geleid tot specifieke afspraken, soms in samenwerking met andere gerechten.

Er is evenwel nog een andere zorg dan de collegiale verhoudingen. De ervaring van bekeken en beoordeeld worden door directe collega’s kan niet alleen leiden tot een angstcultuur binnen de organisatie, maar ook doorwerken bij de behandeling van nog volgende strafzaken door de desbetreffende strafrechter. Die situatie kan – evenals de hiervoor besproken inhoudelijke kwetsbaarheid – meebrengen dat strafrechters zodanig ‘voorzichtig’ worden in hun communicatie in de zittingszaal,

211 Zie voor de onderbouwing van deze stelling de rechtspraak behandeld in par. 3.4.2.

212 Daar komt bij dat – nu wrakingsverzoeken van anderen dan de verdachte ook ontvankelijk (kunnen) zijn – de kans op wrakingsverzoeken behoorlijk is toegenomen en daarmee ook de kans op het hier bedoelde risico van krampachtig optreden.

213 Evaluatie van de organisatie van de strafzaak Wilders, Commissie-Meijerink, december 2010, par. 4.

214 De ervaring van rechters die zijn gewraakt is – in lijn met deze opvattingen – zeer verschillend. Sommigen voelen zich zeer gesteund door hun naaste collega’s, anderen zich aan hun lot overgelaten of zelfs begluurd.

dat dat op zijn beurt weer leidt tot krampachtigheid in het optreden: een krampachtigheid die haaks staat op de actieve rol van de strafrechter én op de kwaliteiten van een neutrale strafrechter.

5.3.4 De actieve rechter als kwetsbare strafrechter

De zojuist beschreven wijze waarop het EHRM de schending van de eis van onpartijdigheid toetst, wordt zoals gezegd door de Nederlandse rechtspraak gevolgd. Het is zeer wel verdedigbaar dat een geobjectiveerde toets van subjectieve omstandigheden niet gelijksoortig is en niet tot vergelijkbare resultaten leidt in een civil law-stelsel, respectievelijk in een common law-stelsel. Grof gesteld is in common law-stelsels de (schijn van) schuld het uitgangspunt van de redenering, die de partij vervolgens kan weerleggen.²¹⁵ De schijn van partijdigheid ligt als het ware in het processtelsel besloten en de verantwoordelijkheid voor onpartijdigheid rust niet sterk op de rechter. In een civil law-stelsel is de rol van de rechter een veel actievere.²¹⁶ In het Nederlandse stelsel van procesrecht is dit traditioneel uitgewerkt in een rol waarin de zittingsrechter actief op zoek moet naar de waarheid – met als basis het procesdossier – en hij ook een actieve rol heeft in de bescherming van de rechten en belangen van de verdachte.²¹⁷ In ons stelsel kan en mag een neutrale attitude dus niet worden gelijkgesteld met een onverschillige, afzijdige of kritiekloze attitude. Met het oog op die waarheidsvinding is communicatie tussen rechter en verdediging essentieel en elke individuele rechter zal op eigen wijze – gebonden aan zijn persoonlijke vaardigheden en ervaring – in meer of mindere mate en legitiem proberen de verdachte bijvoorbeeld ‘uit zijn tent te lokken’ of op zijn gemak te stellen. Dat is niet wezenlijk anders, maar wel ingewikkelder, als de verdachte al vooraf heeft verklaard zijn zwijgrecht in maximale zin te willen uitoefenen.

Ingeval de rechter, handelend in zijn actieve rol, de verdachte stevig aan de tand voelt over tegenstrijdige verklaringen, kan de schijn van partijdigheid al snel zijn gewekt. De voor een actieve strafrechter noodzakelijke communicatie met de verdachte en andere procesdeelnemers kan dus op gespannen voet staan met de voor (schijn van) neutraliteit vereiste distantie van de strafrechter. Het komt dus aan op

²¹⁵ Zie in dit verband ook par. 3.4.2.

²¹⁶ Afhankelijk van de concrete rechtsstelsels kan de mate van activiteit overigens wel verschillen. Ook in Nederland zien we in de rechtspraak een tendens naar een minder actieve rechter, een lijn die door bepaalde auteurs wordt bekritiseerd, door andere omarmd. Zie D. de Wolf, De rol van de rechter bij de waarheidsvinding in de correctionele procedure. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar Belgisch, Frans en Nederlands recht, Kortrijk: UGA 2011; de keuzen en uitgangspunten van het Onderzoeksproject Strafvordering 2001 a.w. en B.F. Keulen, G. Knigge & D.H. de Jong, *Ons strafrecht*, deel 2 Strafprocesrecht, hfdst. II, par. 2-4. Anderzijds wordt de strafrechter in reactie op recente rechtsdwalingen juist weer op scherp gezet waar het gaat om een actievere attitude ten aanzien van de waarheidsvinding.

²¹⁷ Zie voor een uitgebreidere beschouwing over de rol van de rechter en de communicatie ter terechtzitting A.L. Melai, ‘Het strafgeding: polariteit en tegenspraak’, in het bijzonder par. 6; J. Silvis, aant. 4 bij art. 272, suppl. 119 (december 2000), in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen (losbl.); D. de Wolf, a.w.

‘evenwichtskunst’.²¹⁸ Van de rechter wordt distantie verwacht, maar ook betrokkenheid op de waarheid en op de persoon van de verdachte. Dat betekent dat de rechter alert moet zijn op bijvoorbeeld woordgebruik, stijlfiguren, gezichtsuitdrukkingen en overige non-verbale communicatie. Het recht van hoor en wederhoor zal zorgvuldig moeten worden vormgeven. Ingeval de rechter verzoeken van de verdediging waartoe de wet de mogelijkheden opent, zoals bijvoorbeeld een verzoek tot aanhouding of tot het oproepen van getuigen, afwijst, zal hij met zijn wijze van communiceren en motiveren moeten voorkomen dat de afwijzing gegrond lijkt op een al bestaand oordeel over de schuld.²¹⁹

De op de terechtzitting opgebouwde ‘sfeer’ zal in belangrijke mate bepalend zijn voor de grenzen van wat in die omstandigheden als een voldoende neutrale attitude van de strafrechter kan worden beschouwd. Aan die sfeer dragen niet alleen de verdachte en zijn raadsman bij, maar bijvoorbeeld ook de aard van het ten laste gelegde feit, de leeftijd van de verdachte, de aanwezigheid van slachtoffers en publiek en de duur van het proces. Afhankelijk daarvan is er – zonder de grenzen van neutraliteit te overschrijden – ruimte voor bijvoorbeeld een wat vaderlijke rol, humor of grote betrokkenheid bij de verdachte of bij het slachtoffer.

Zoals gezegd wordt de wijze waarop het EHRM de schending van de eis van onpartijdigheid toetst gevolgd in de beslissingen van de wrakingskamers. Uit daarin opgenomen overwegingen blijkt dat men zich wel rekenschap geeft van de noodzaak van het voor de waarheidsvinding indringend bevragen van de verdachte of bijvoorbeeld het belang van humor en van doortastendheid.²²⁰ Wat niet sterk naar voren komt uit de overwegingen in die uitspraken is het besef, dat de op de terechtzitting opgebouwde ‘sfeer’ in belangrijke mate mede bepalend is voor de grenzen van wat in die omstandigheden als een voldoende neutrale houding kan worden beschouwd. Die ‘sfeer’ zal niet altijd voldoende zichtbaar kunnen worden in de behandeling van het wrakingsverzoek. Het proces-verbaal van de zitting, dat daarbij vaak een belangrijke rol speelt, noch de toelichting van de gewraakte rechter zal die ‘sfeer’ volledig invoelbaar kunnen maken. Deze stand van zaken kan – evenals de hiervoor besproken inhoudelijke en procedurele kwetsbaarheid – meebrengen dat strafrechters zodanig ‘voorzichtig’ worden in hun communicatie in de zittingszaal, dat dat op zijn beurt weer leidt tot krampachtigheid in het optreden: een krampachtigheid die haaks staat op de actieve rol van de strafrechter én op de kwaliteiten van een neutrale strafrechter.

218 Deze term is ontleend aan G. Vrieze, *Hedendaagse evenwichtskunst*, a.w., titel. Deze problematiek valt te begrijpen van een theoretisch filosofische achtergrond van de democratie. Zie M. Gauchet, *La Genèse de la démocratie*, Paris: Éditions Michalon 1961, p. 90 e.v.

219 Bij een toename van de betekenis van de regiezitting zal dit nog wel tot een toename van wrakingsverzoeken kunnen leiden.

220 Zie voor de onderbouwing van deze stelling de rechtspraak behandeld in par. 3.4.2.

5.4 Geen instrumenten tegen beïnvloeding van de neutraliteit door uitlatingen in de media en door politici

Terughoudendheid van media en politici ten aanzien van lopende strafzaken is – zo zou men kunnen stellen – niet zozeer geboden om de rechter tegen beïnvloeding te beschermen, maar om de verdachte te beschermen. Desalniettemin kan en mag niet worden ontkend dat uitlatingen vanuit de politiek en de media tijdens een lopende strafzaak van invloed kunnen zijn op de neutraliteit van strafrechter. Grote politieke en media-aandacht – soms zelfs uitgroeiend tot hypes – kan alleen al door de daarin besloten informatie de onbevangenheid van de rechter aantasten. Bovendien hebben (rechts)psychologen ons er inmiddels wel van overtuigd dat de rechter ook een mens is die niet alle impressies en emoties volledig kan onderkennen, beheersen en rationaliseren. Reden genoeg om te bezien of er – zij het indirect – bescherming uitgaat of kan uitgaan van andersoortige instrumenten.

Het Nederlandse democratische stelsel bevat nauwelijks instrumenten om de invloed van uitlatingen vanuit de politiek en de media op de neutraliteit van de rechter te kunnen beperken.²²¹ Uitgangspunt in ons staatsbestel is immers de vrijheid van meningsuiting, waarop maar in zeer bijzondere omstandigheden inbreuk mag worden gemaakt.²²² Artikel 10 lid 2 EVRM biedt evenwel de mogelijkheid om de uitoefening van die vrijheid te beperken, onder meer om de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen. De rechter moet zijn oordeel namelijk autonoom kunnen vormen en dient niet onder invloed te staan van enige autoriteit, behalve het recht, zijn eigen geweten en rechtsbegrip.²²³ Uitoefening van de vrijheid van meningsuiting door media en politici kan onder omstandigheden zodanig ingrijpend zijn dat de onpartijdigheid van de rechter in het gedrang komt. Kuijer benoemt als daarvoor relevante factoren die in de rechtspraak van het EHRM een rol spelen: a. het high profile karakter van de zaak; b. de verantwoordelijkheid van een van de organen van de staat voor de commotie in de media; c. het verloop van tijd tussen de aandacht en het moment dat de rechter moet beslissen; d. het feit of de nationale rechter in zijn motivering heeft stilgestaan bij de mogelijke beïnvloeding van het proces door de uitlatingen in de pers; e. het feit of de verdachte wordt berecht door een beroepsrechter of een jury.²²⁴ Bij een beroep van de verdachte in zo'n uitzonder-

221 Zie voor een uitvoerige beschouwing en literatuurverwijzingen C.H. Brandts & L. van Lent, 'Het beginsel van externe openbaarheid. Algemene beschouwingen bij het onderzoek ter terechtzitting II, suppl. 126 (december 2001)', in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen (losbl.).

222 EHRM 23 april 1992, Castells tegen Spanje, NJ 1994, 102.

223 Vgl. M. Kuijer, *The Blindfold of Lady Justice* a.w., p. 299.

224 Zie voor de analyse en verwijzing M. Kuijer, aant. 5 bij art. 512, (suppl. 158, december 2006), in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen (losbl.): a. EHRM 5 december 2002, appl.nr. 34896/97, Craxi tegen Italië, NJB 2003-7, p. 282; b. EHRM 9 oktober 1986, appl.nr. 10486/83, Hauschildt tegen Denemarken, D&R 49, p. 86; EHRM 10 februari 1995, Allenet de Ribemont tegen Frankrijk, Series A 308, par. 41 en de Opinie van de Commissie, par. 68-70; EHRM 25 maart 1983, Minelli tegen Zwitserland, Series A 62; EHRM 4 december 1985, appl.nr. 10107/82, I. & C. tegen Zwitserland, D&R 48, p. 35 en EHRM 14 maart 1989, appl. nr. 12748/87, Grabemann tegen Duitsland; EHRM 21 oktober 1993, appl.nr. 17265/90, Baragiola tegen Zwitserland, D&R 75, p. 76; c. EHRM 9 maart 1987, appl.nr. 11553/85 en 11658/85, Channel Four Television tegen Verenigd Koninkrijk, D&R 51, p. 143 en EHRM 13 april 1989, appl. nr. 14132/88, C. tegen het Verenigd Koninkrijk, D&R

lijk geval zal de rechter afhankelijk van de omstandigheden moeten bezien welke juridische consequenties daaraan moeten worden verbonden. De Nederlandse rechtspraak kent enkele casus waarin verweren zijn gevoerd wegens uitspraken van politici over nog lopende strafzaken. De rechter geeft er in zijn vonnis veelal wel blijk van niet gecharmeerd te zijn van het optreden, maar aan het gebeuren worden niet snel gevolgen verbonden.²²⁵ De Hoge Raad stelt in een arrest van 2006 dat niet uitgesloten kan worden dat publieke uitlatingen van een minister met betrekking tot een lopende strafzaak wegens hun aard en inhoud een ongeoorloofde inbreuk maken op artikel 6 tweede lid EVRM. Maar: 'Tot een zo ingrijpend rechtsgevolg als de niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie in de vervolging van de verdachte zal zo'n inbreuk echter niet kunnen leiden.'²²⁶

In het vonnis van de Rechtbank Haarlem in de zaak Holleeder gaat de rechtbank wel iets verder.²²⁷ Teeven, toen lid van de Tweede Kamer, had volgens de rechtbank weliswaar riskant geopereerd, maar er waren geen aanwijzingen gevonden voor een gerichte en aan het met de vervolging belaste Openbaar Ministerie toe te rekenen poging om het beslissingsproces van de rechter te beïnvloeden. De rechtbank verbindt aan de uitlatingen van Teeven – gecombineerd met overige publiciteit – wel een strafverlaging van een jaar. Het Hof gaat daarin niet mee: 'Het Hof is van oordeel dat deze aantasting van de onschuldpresumptie voldoende is gecompenseerd met de enkele vaststelling dat een geringe inbreuk op art. 6, eerste lid, EVRM is gemaakt'.²²⁸

In de zaak van Volkert van der G. ging het Hof Amsterdam uitvoerig in op het verweer betreffende uitlatingen van twee politici. Uitingen van publieke autoriteiten over schuld van de verdachte, straf, zwijgrecht en samenstelling van de rechtbank, kunnen een ongeoorloofde inbreuk opleveren op de praesumptio innocentiae en het recht op een eerlijk proces. Dat geldt als zij geschikt zijn om het publiek aan te moedigen om de verdachte schuldig te achten of om de rechter ten nadele van de verdachte te beïnvloeden bij zijn oordeelsvorming. Het hof noemt als daarvoor relevante factoren soortgelijke als die door Kuijer uit de rechtspraak van het EHRM worden afgeleid.²²⁹ In casu waren die niet aanwezig.

Ook uitlatingen in de media kunnen consequenties hebben voor de onbevangenheid en praesumptio innocentiae, maar net als bij de uitspraken van politici worden daaraan zelden consequenties verbonden in het strafproces, tenzij het OM bij de publiciteit is betrokken en sprake is van grove en welbewuste pogingen om het recht

61, p. 285. EHRM 21 oktober 1993, appl.nr. 17265/90, Baragiola tegen Zwitserland, D&R 75, p. 76; d. EHRM 16 juli 1970, appl.nr. 3444/67, X tegen Noorwegen, CD 1971-35, p. 37; e. EHRM 5 december 2002, appl.nr. 34896/97, Craxi tegen Italië, NJB 2003-7, p. 282.

225 Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 21 juni 2005, LJN AT7856 (Savannah, in een bijzondere overweging) en Rb. Haarlem 21 december 2007, LJN BCo703.

226 HR 5 september 2006, LJN AV4149.

227 Rb. Haarlem 21 december 2007, LJN BCo703.

228 Hof Amsterdam 3 juli 2009, LJN BJ1646.

229 Hof Amsterdam 18 juli 2003, LJN ALo123. Zie ook G. Schuijt, 'Rotstreek en rotschop', AA 2007, p. 42-44. Rb. Utrecht 22 december 2009, LJN BK7530 verwerkt een door het EHRM gehanteerde relevante factor.

van verdachte op een eerlijk proces te verstoren of de rechter in zijn beslissingsproces te beïnvloeden.²³⁰

Grote media-aandacht leidde – net als bij uitspraken van politici – in sommige gevallen wel tot een lagere straf. Dit evenwel niet vanwege vermeende aantasting van de neutraliteit van de rechter, maar wegens de met de publiciteit gepaard gaande belasting voor de verdachte.²³¹

Binnen ons rechtsstelsel heeft de rechter zelf geen instrumenten om zich te wapenen tegen de invloed van uitlatingen in de media en door politici op zijn neutraliteit. Hij wordt mans en professioneel genoeg geacht om zichzelf tegen dergelijke vormen van ‘onbedoelde’ beïnvloeding van buitenaf te beschermen. Politici en media kunnen in het openbaar dus veel zeggen en schrijven over een strafzaak, de verdachte, de omstandigheden en achtergronden, alsmede over de rechter en de rechterlijke macht. Als uiterste grens die niet overtreden mag worden, kan worden gewezen op de diverse strafbepalingen over smaad en belediging. In ons rechtsstelsel bestaat ook geen ‘indirect’ instrument om de rechter tegen aantasting van zijn neutraliteit te beschermen. Hoewel het Nederlandse strafrecht stap voor stap aspecten uit common law-stelsels opneemt, geldt dat tot op heden niet voor instrumenten die in die stelsels mede worden verdedigd met een beroep op neutraliteit, zoals de sub judice-regel en de daarmee verbonden contempt of court.²³² Contempt of court in de vorm van contempt by publication betreft schending van het gezag van de rechterlijke macht los van een concrete zaak. Schending van de sub judice-regel betreft de mogelijke beïnvloeding van de rechterlijke beslissing in een concrete zaak en vormt daarmee een instrument om de neutraliteit van de rechter in de zin van onbevangenheid, onpartijdigheid en niet-vooringenomenheid over de schuld te waarborgen. In Nederland wordt de sub judice-regel over het algemeen beperkt uitgelegd. Men beschouwt de sub judice-norm niet als regel, maar hoogstens als een tamelijk zwak beginsel, dat slechts een rol zou kunnen spelen ten aanzien van politici ingeval het een zaak betreft die nog onder de rechter is.²³³ De meningen over de gelding van een sub judice-beginsel voor politici zijn verdeeld. Diverse auteurs zijn van oordeel dat staatsrechtelijke verhoudingen geen beperkingen meebrengen voor politici om zich uit te laten over rechters en strafzaken.²³⁴ Maar terughoudendheid wordt veelal wel bepleit op de grond van aantasting van de onpartijdigheid.²³⁵ Media en

²³⁰ Zie bijvoorbeeld Rb. Middelburg 16 november 2009, LJN BK3355.

²³¹ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 6 maart 2008, LJN BC5916.

²³² Deze instrumenten zijn sterk verbonden met het accusatoire karakter van die stelsels en het daarbij aansluitende bewijsrecht en juryrechtspraak. Zie N. Keijzer, *Contempt of Court*, Deventer: Gouda Quint 2000 en H. Gommer & G.J.S. ter Kuile, ‘Contempt by publication en sub judice in Engeland’, *RMThemis* 2007, nr. 5, p. 179-189.

²³³ Zie M. Schelfhout, ‘Een sub judice rule of een gedragscode voor politici’, *Trema* 2006, nr. 8, p. 338-343.

²³⁴ Zie onder meer W. Voermans, ‘Over rol politici staat niets op papier’, *NRC Handelsblad* 20 oktober 2004, p. 3. (naar aanleiding van de zaak Eric O.) en diverse (co)referaten tijdens de conferentie Stoelendans met de macht, Tweede Kamer der Staten-Generaal, Morethus, Rijswijk 2006 (o.m. Van Delden, Tjeenk Willink).

²³⁵ Zie diverse publicaties van H. Gommer, waaronder a.w. 2007, ‘Contempt by publication en sub judice in Engeland’, *RMThemis* 2007, nr. 5, p. 179-189; M. Schelfhout, ‘Een sub judice rule of een

politici kunnen dus hoogstens worden aangesproken op een fatsoensnorm. Noch preventief, noch achteraf sanctionerend wordt de rechter door zo'n aanbeveling of daarmee samenhangende rechtspraak beschermd in zijn neutraliteit ten opzichte van een lopende strafzaak.

Een indirect – en weinig dwingend instrument – dat kan bijdragen aan de neutraliteit is dat de media zich dienen te houden aan codes en richtlijnen waaronder de eigen Gedragscode voor Nederlandse journalisten van het Nederlands Genootschap van Hoofdredacteuren en de Leidraad van de Raad voor Journalistiek die terughoudendheid vragen voor de privacy van verdachten, slachtoffers en veroordeelden.²³⁶

De strafrechter zal in onze huidige samenleving hoe dan ook geconfronteerd blijven met publiciteit over lopende strafzaken waarvoor hij zich niet kan afsluiten. Er is op basis van rechtspraak en gegevens ook geen reden om hem te vrijwaren van dergelijke informatie. Van de rechter wordt bovendien verwacht dat hij weet wat er in de samenleving omgaat. Dit impliceert wel dat zijn juridische basis, opleiding en professionele attitude hem voldoende moeten kunnen vrijwaren van beïnvloeding van zijn neutraliteit en dat hij zich steeds moet realiseren dat de mens achter de toga impressies en informatie soms minder rationeel verwerkt dan de rechter in toga. Doorslaan naar krampachtigheid moet evenwel ook worden voorkomen omdat dat immers – nog los van het gezag – zelf ook de neutraliteit kan aantasten.

6 Tot slot

De strafrechter en de strafrechtspraak liggen onder vuur, zo wordt ons voortdurend voorgehouden door de media, de politiek en ook door de Rechtspraak zelf. Dat beeld heeft niet alleen betrekking op de inhoud van de rechterlijke uitspraken, maar ook op de organisatie, de presentatie, de communicatie en de attitude van individuele rechters.

In de beeldvorming over de rechter en rechtspraak blijkt de neutraliteit van de strafrechter een 'dankbaar' thema. De rechter en de rechtspraak zijn daar kwetsbaar. De instrumenten voor het waarborgen van objectieve neutraliteit zijn ruimschoots dekkend en zelfs 'overdadig' te noemen. De instrumenten voor het waarborgen van de subjectieve neutraliteit zijn vanwege de aard daarvan veel beperkter. De rechtspraak laat zien dat daar – zo zou men kunnen zeggen – de open zenuw, de kwetsbare plek voor de rechter en de rechtspraak ligt. Die kwetsbaarheid valt niet

gedragscode voor politici', a.w.

²³⁶ Toegankelijk via de websites van beide organisaties. Zie ook A. Maandag, M. van den Berg & J. van Vegchel, *Journalist en recht*, Den Haag: Boom Lemma 2011 en par. 22 van de Aanbeveling 1003 (1993) van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa betreffende de ethiek van de journalistiek (Doc. 6854): 'In journalism, information and opinions must respect the presumption of innocence, in particular in cases which are still sub judice and must refrain from making judgments'. Idem: beginsel 2 van Recommendation Rec(2003)13 on the provision of information through the media in relation to criminal proceedings van het Comité van Ministers van de Raad van Europa van 10 juli 2003.

volledig op te lossen: rechters zijn en blijven mensen en rechtspraak is en blijft een vorm van communicatie op het scherpst van de snede.

Bezien we evenwel de resultaten van alle inspanningen op de diverse niveaus van regelgeving, bestuur en organisatie, opleiding en individuele rechters dan is er geen aanleiding voor grote zorgen. De Nederlandse rechter volgt het EHRM. Op een enkel thema wordt iets meer bescherming geboden. Waar iets minder bescherming wordt geboden leidt dat tot kritisch debat in de literatuur. Het merendeel van de aan een rechter voorgelegde bezwaren over een niet-neutrale strafrechter leidde tot een afwijzing van het beroep. Dat stelt gerust als we het bezien vanuit een juridisch georiënteerd perspectief. Blijkbaar voldoen ons rechtstelsel en onze rechtspraak aan hun eigen maatstaven en kernwaarden. Maar, zoals bij iedere professie en profession, het kan altijd beter. Investeren daarin is en blijft noodzakelijk, maar die vereist zowel behoedzaamheid als moed. Zo zal in het licht van de bevindingen in dit preadvies het creëren van nog meer richtlijnen en codes daaraan nauwelijks meer kunnen bijdragen dan het voortdurend inprenten van het belang van neutraliteit en het zo nodig actualiseren van de kwaliteitseisen. Als ieder lid van de zittende magistratuur waakzaam blijft op de bovenbesproken kwetsbaarheden en bedreigingen en alert op de eigen attitude, kunnen rechter en rechtspraak de toets aan neutraliteit uitstekend doorstaan. Ondersteuning van de individuele rechter bij het bedrijven van de evenwichtskunst, een attitude die recht doet aan het samenspel van distantie en 'actief en betrokken' kan met het oog op diens kwetsbaarheid behulpzaam zijn.

Bezien vanuit een ander perspectief dan het juridische, kunnen we nog niet gerust zijn. Bij neutraliteit gaat het immers niet alleen om neutraliteit bezien vanuit het stelsel van het recht, maar ook om het vertrouwen van het publiek en het gezag van de rechter en de institutie. De strijd om de beeldvorming is duidelijk nog niet gewonnen. Waar die sfeer wordt bepaald door de media en het publieke debat hebben rechter en rechterlijke organisatie – zo blijkt uit het voorafgaande – maar zeer beperkt mogelijkheden om zich daartegen te wapenen. Het besef dat objectief bezien de neutraliteit van de strafrechter goed op de kaart staat, vormt wel een wapen in handen van de rechter en de rechterlijke organisatie. Het beoefenen van de evenwichtskunst door de strafrechter verdient dan ook een andere 'sfeer' dan een sfeer van crisis, angst of krampachtigheid. En wat dat betreft heeft die kwetsbare strafrechter nog wel wat te winnen.