



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Contempt of court: Een meerwaarde voor de goede strafrechtspleging in Nederland?

Lochs, M.

Citation

Lochs, M. (2019, December 18). *Contempt of court: Een meerwaarde voor de goede strafrechtspleging in Nederland?*. Meijers-reeks. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/82076>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/82076>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/82076> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Lochs, M.

Title: Contempt of court: Een meerwaarde voor de goede strafrechtspleging in Nederland?

Issue Date: 2019-12-18

3 | Goede strafrechtspleging

3.1 INLEIDING

Contempt of court is een instrument dat dient ter waarborging van de *due administration of justice*, hetgeen in dit onderzoek wordt vertaald als goede (straf)rechtspleging. Die term is veelomvattend en kan op verschillende manieren worden geïnterpreteerd. Dit hoofdstuk strekt ertoe inzichtelijk te maken hoe de goede strafrechtspleging in dit onderzoek wordt uitgelegd. In paragraaf 3.2 worden verschillende componenten van de goede strafrechtspleging geïntroduceerd. In de paragrafen 3.3 tot en met 3.7 worden die componenten vervolgens uitgebreider uitgewerkt, waarna in 3.8 wordt besloten met een conclusie.

3.2 DE BETEKENIS VAN ‘GOEDE STRAFRECHTSPLEGING’

De term goede strafrechtspleging roept de associatie op met de beginselen van een behoorlijke procesorde, die door Cleiren – kort gezegd – zijn omschreven als gedragsnormen voor bevoegdheidsuitoefening door overheidsorganen in het strafproces.¹ Cleiren introduceert de term ‘beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging’,² omdat daarin besloten ligt dat wel de justitiële organen, maar niet de verdachte, diens raadsman of derden aan de betreffende normen zijn gebonden.³ De begrippen goede of behoorlijke rechtspleging en procesorde worden in de literatuur vaak door elkaar gebruikt.⁴ In dit onderzoek wordt met het begrip goede rechtspleging echter niet gedoeld op het totaal van beginselen van een behoorlijke procesorde zoals onder meer door Cleiren gedefinieerd. Wat in dit onderzoek onder de *due administration of justice* of goede strafrechtspleging wordt verstaan wordt in belangrijke mate bepaald door het bereik van contempt of court. Dat brengt allereerst mee dat het begrip zich beperkt tot de gerechtelijke afdoening van strafzaken. Essentieel daarbij

1 Cleiren 1989, p. 263-265.

2 In navolging van De Waard die de term in bestuursrechtelijke context gebruikt, vgl. De Waard 1987, p. 112-122.

3 De term ‘rechtspleging’ brengt tot uitdrukking dat het gaat om met de procesvoering, en dus voornamelijk met de rechter, samenhangende handelingen, zie Cleiren 1989, p. 270.

4 Zie in civielrechtelijke context Barendrecht e.a. 2011, p. 18; Lindijer 2006, p. 49 en in bestuursrechtelijke context De Waard 2001, p. 149-150 en Wenders 2010, p. 45.

is de betrokkenheid van de rechter. Voor zover bepaalde beginselen van de goede procesorde primair betrekking hebben op andere justitiële organen, zullen deze hier verder buiten beschouwing worden gelaten. Ten tweede wordt voor de inhoudelijke afbakening van het begrip goede strafrechtspleging houvast gezocht bij hetgeen contempt of court beoogt te beschermen. In Engelstalige context wordt daarvoor wel de term *integrity of the proceedings* gebruikt.⁵ Hoewel voor dit begrip geen goede vertaling in het Nederlands voorhanden is,⁶ komt het erop neer dat een gerechtelijke procedure 'gezuiverd blijft van elementen die af kunnen doen aan de integriteit van die procedure, de daaruit voortvloeiende uitspraak en – in het verlengde daarvan – de rechtspraak in algemene zin'.⁷ Dat houdt in ieder geval in dat een strafproces kan worden voltrokken volgens de geldende (procedurele) voorschriften, in overeenstemming met (normatieve) opvattingen over de aan een juiste procesgang te stellen eisen, en dat daadwerkelijk recht wordt gedaan doordat (alleen) schuldigen worden veroordeeld. In feite gaat het er bij de goede strafrechtspleging dus om dat het recht zijn beloop moet hebben en de met een strafproces nagestreefde doelstellingen kunnen worden behaald. Voordat de uitgangspunten van een goede strafrechtspleging nader worden geconcretiseerd wordt daarom eerst een blik geworpen op de aan ons strafproces ten grondslag liggende doelstellingen.

3.2.1 De doelstellingen van het strafproces

In de literatuur worden verschillende doelstellingen van het strafproces onderscheiden. De wetgever van 1926 heeft het als volgt geformuleerd: 'Een goed ingericht strafproces moet zooveel mogelijk bevorderen de toepassing van de strafwet op den werkelijk schuldige en tevens de veroordeling, kan het zijn, de vervolging van den niet-schuldige naar vermogen verhinderen.'⁸ Doel van het strafproces is dus in de eerste plaats het verzekeren van een juiste toepassing van het materiële strafrecht.⁹ Uit deze 'hoofddoelstelling' worden doorgaans twee doelstellingen afgeleid die tezamen de juiste toepassing van het strafrecht moeten verwezenlijken, te weten het streven om in het strafproces

5 Vgl. EHRM 15 december 2011, appl.nos. 26766/05 + 22228/06 (Al-Khawaja & Tahery v. UK), par. 123. Zie ook Grieve 2012; Sluiter 2004, p. 631.

6 Het Nederlandse begrip 'integriteit' wordt doorgaans vooral in verband gebracht met een persoonlijke karaktereigenschap (in de zin van eerlijk of onkreukbaar), of met de (territoriale) onschendbaarheid van staten, zie ook Van Dale. Recentelijk hebben Pitcher en Samadi in relatie tot de sanctionering van vormverzuimen een uitleg van integriteit in lijn met de Angelsaksische interpretatie van dit begrip bepleit, zie Pitcher & Samadi 2018.

7 Pitcher & Samadi 2018, p. 744. Bovendien kan integriteit bijdragen aan de legitimiteit van en het vertrouwen in de rechtspraak, hetgeen volgens Pitcher en Samadi eens te meer een reden is waarom integriteitsbewaking een taak van de rechter is.

8 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, 3, p. 55.

9 Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 15.

de materiële waarheid te achterhalen, en rechtsbescherming van de (al dan niet verdachte) burger.¹⁰ Bij het lopende moderniseringstraject van het Wetboek van Strafvordering wordt onverminderd aan deze uitgangspunten vastgehouden, zij het dat daarnaast ook andere doelstellingen van het strafproces worden onderkend.¹¹ Een goed functionerend strafvorderlijk stelsel moet volgens de wetgever zowel effectief als behoorlijk zijn, het moet leiden tot adequate rechtshandhaving én daadwerkelijke rechtsbescherming.¹²

De materiële waarheid is niet hetzelfde als de absolute of volledige waarheid. Het gaat erom de voor de juridische beoordeling relevante feiten boven tafel te krijgen, zodat de in het strafproces gevonden waarheid overeenkomt met hetgeen daadwerkelijk is voorgevallen.¹³ De Nederlandse rechter heeft wat dit aangaat een eigen verantwoordelijkheid. Die verantwoordelijkheid komt onder meer tot uiting in de bevoegdheid van de rechter om op eigen initiatief aanvullend onderzoek te gelasten.¹⁴ Ook het voorschrift dat de rechter slechts tot een veroordeling kan komen wanneer hij de overtuiging heeft bekomen dat de verdachte het tenlastegelegde feit heeft begaan, kan worden gezien als een bevestiging van die rechterlijke verantwoordelijkheid, en tevens als waarborg voor de juistheid van het resultaat.¹⁵

In het streven naar een juiste toepassing van de strafwet ligt ook rechtsbescherming besloten, in die zin dat niet alleen de schuldige dient te worden bestraft, maar ook dat de vervolging en veroordeling van onschuldigen zo veel mogelijk wordt voorkomen. Bij het ontwerp van het Wetboek van Strafvordering van 1926 beoogde de wetgever dan ook een compromis te bereiken tussen enerzijds het toekennen van ruime bevoegdheden aan politie en justitie, en anderzijds het waarborgen van de rechten van de verdachte en de verdediging.¹⁶ Op die manier zou toepassing van het strafrecht ten opzichte van onschuldigen zoveel mogelijk worden voorkomen en werden tevens de belangen van al dan niet verdachte burgers die op enigerlei wijze in het strafproces

10 Crijns & Van der Meij 2005, p. 51. Zie ook Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 17, die evenwel stellen dat het vinden van de materiële waarheid niet het hoofddoel is van het strafproces, dat is immers de juiste toepassing van het strafrecht, maar dat het strafproces zich wel dient te richten op de materiële waarheid. In de omschrijving van Corstens gaat het erom dat in het strafproces wordt onderzocht of er inderdaad een strafbaar feit heeft plaatsgevonden, en als dat zo is, of dat ook aanleiding geeft tot een reactie, Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, p. 8.

11 Zie concept memorie van toelichting Boek 1 (strafvordering in het algemeen), p. 6-8. Met name wordt de waarborging van de belangen van het slachtoffer als doelstelling genoemd.

12 Concept memorie van toelichting Boek 1 (strafvordering in het algemeen), p. 8.

13 Cleiren 2001, p. 12; Crijns 2008, p. 21. Zie uitgebreider par. 3.4.

14 Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 23. Zie voor dergelijke ambtshalve bevoegdheden bijvoorbeeld art. 258 lid 5, 263 lid 4, 315-316 en 318 Sv.

15 Art. 338 Sv. Zie ook Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 23 en Cleiren 2010a, p. 263.

16 *Kamerstukken II 1913/14*, 286, 3, p. 55: 'M.a.w. men kan beproeven het noodzakelijke compromis op zoodanige wijze te vinden, dat aan de vervolging alle rechten worden gegeven, die zij voor hare taak behoeft, aan de verdachten en aan de verdediging alle bevoegdheden, welke met het doel van het strafproces niet onvoorwaardelijk in strijd komen.'

betrokken raakten, optimaal gewaarborgd. De verbeterde rechtsbescherming had in de visie van de wetgever niet zozeer een instrumentele functie, in die zin dat het zou moeten bijdragen aan de waarheidsvinding, maar werd als een zelfstandig (neven)doel van het strafproces aanvaard.¹⁷ Die rechtsbescherming komt in de eerste plaats tot uitdrukking in de wijze waarop de bevoegdheidstoedeling aan de justitiële actoren is vormgegeven. De toekenning van bevoegdheden is immers steeds aan voorwaarden gebonden, doordat in de wet is bepaald door wie, in welke gevallen, binnen welke termijnen en op welke gronden de bevoegdheden mogen worden angewend.¹⁸ Daarnaast krijgt de rechtsbescherming vorm in de aan de verdachte toegekende verdedigingsrechten, in het bijzonder de bevoegdheid zich te voorzien van rechtsbijstand, het recht op kennisname van processtukken en het recht de verdediging te voeren, waaronder ook het recht om getuigen en deskundigen te (doen) oproepen. Voorts is in een groot aantal gevallen een vorm van rechterlijke toetsing voorgeschreven, al dan niet op verzoek van de verdachte. Die rechterlijke toetsing en meer in het algemeen de actieve rol van de rechter vormen een verwezenlijking van de individuele rechtsbescherming.¹⁹ Daarnaast gaat van de mensenrechtenverdragen, in het bijzonder het EVRM en het daarin vervatte *fair trial*-begrip, waarop door de verdachte rechtstreeks een beroep kan worden gedaan, een rechtsbeschermende werking uit.²⁰

Naast waarheidsvinding en rechtsbescherming, die zoals gezegd veelal als in elkaars verlengde liggende hoofddoelen van het strafproces worden beschouwd, worden in de literatuur nog meer doelen of belangen onderscheiden. Zo wordt onder de 'juiste toepassing van het strafrecht' ook begrepen het voorkomen van willekeur in de vervolging en de straftoemeting.²¹ Bovendien heeft het strafproces een meer zelfstandige functie in die zin dat het de overheidsreactie op een strafbaar feit zichtbaar maakt. Op een openbare terechtzitting wordt de gegrondheid van het strafrechtelijk verwijt besproken en in geval van een veroordeling wordt de publieke reactie op laakbaar gedrag gedemonstreerd. Het strafproces behoort dan ook een bijdrage te leveren aan de maatschappelijke acceptatie van de strafrechtspleging.²² Immers, in de veel geciteerde woorden van Lord Chief Justice Hewarts: ' (...) justice should

17 Van der Meij 2010, p. 46. Anders Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 16, die stellen dat rechtsbescherming geen doel van het straf(proces)recht is, maar inherent aan het rechtskarakter daarvan.

18 Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, p. 8-9.

19 Cleiren 2011b, p. 89.

20 Een duidelijk voorbeeld daarvan is de zogenoemde Salduz-jurisprudentie (o.m. EHRM 27 november 2008, NJ 2009, 214), die de basis vormde voor het recht op rechtsbijstand voorafgaande aan het eerste politieverhoor.

21 Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 16; zie ook Algemeen kader herziening Wetboek van Strafvordering, Kamerstukken II 2003/04, 29271, nr. 1, p. 9.

22 Algemeen kader herziening Wetboek van Strafvordering, Kamerstukken II 2003/04, 29271, 1, p. 10.

not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done'.²³ Een eerlijk, openbaar en 'in alle opzichten adequaat'²⁴ strafproces is daarvoor essentieel. Meer in het algemeen kunnen ook een efficiënt procesverloop en het belang dat een procedure tot een einde komt als met het strafproces na te streven belangen worden aangemerkt.²⁵ De laatste jaren wordt daarnaast in toenemende mate aangenomen dat het strafproces tot op zekere hoogte ook de belangen van andere deelnemers, zoals slachtoffers en getuigen, moet dienen.²⁶ Zeker de genoegdoening aan het slachtoffer is inmiddels als min of meer zelfstandig doel van het strafproces aanvaard, in die zin dat niet alleen een inhoudelijk juiste reactie dient te volgen op het strafbare feit, maar dat tevens zo veel als mogelijk aan de processuele en civielrechtelijke belangen van het slachtoffer moet worden tegemoet gekomen.²⁷

Deze doelstellingen en belangen zijn niet uniek voor de Nederlandse strafrechtspleging. In feite zijn ze in alle moderne rechtssystemen in meer of mindere mate herkenbaar, waarbij wel relevante verschillen bestaan in de verhouding tussen de verschillende (neven)doelstellingen en in het bijzonder in de wijze waarop die doelstellingen worden nagestreefd.²⁸ Zo ligt aan de adversaire processtijl van de Angelsaksische landen en hun voormalige koloniën, een andere opvatting ten grondslag over de wijze waarop de waarheid het beste kan worden gevonden.²⁹ Bovendien heeft rechtsbescherming in de adversaire procesvorm van oudsher een veel prominenter positie dan in de inquisitoire rechtstraditie waar het Nederlandse stelsel toe behoort. Voor zover van belang voor dit onderzoek komen de verschillen tussen beide rechtssystemen hierna nog uitgebreider aan bod.³⁰

23 R v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy ([1924] 1 KB 256, [1923] All ER Rep 233.

24 Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 16; zie Algemeen kader herziening Wetboek van Strafvordering, *Kamerstukken II* 2003/04, 29271, 1, p. 8.

25 Crijns 2008, p. 23.

26 Crijns 2008, p. 23. Zie ook memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Vaststellingswet Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Berechting), p. 5-6 (te raadplegen op rijksoverheid.nl).

27 Algemeen kader herziening Wetboek van Strafvordering, *Kamerstukken II* 2003/04, 29271, 1, p. 10.

28 Zie in Amerikaanse context LaFave, Israel & King 2004, p. 23-35, die als hoofddoelstellingen *effective enforcement of substantial law* en *fairness* onderscheiden, en vervolgens tien *cornerstone objectives* benoemen, zoals waarheidsvinding, minimaliseren van onterechte veroordelingen en het behartigen van de belangen van slachtoffers.

29 De termen *accusatoir* en *adversair* worden in de literatuur veelal gebruikt om te verwijzen naar hetzelfde processtype. Mede gelet op het feit dat de term *accusatoir* ook andere betekenissen kent wordt hier, in navolging van andere auteurs, uitsluitend de term *adversair* gebruikt (zie Brants 2008b en De Hert & Decaigny 2013).

30 Zie in het bijzonder par. 3.4.2 en 3.4.3 over waarheidsvinding.

3.2.2 Componenten van de goede strafrechtspleging

Tegen de achtergrond van het voorgaande kan de inhoud van het begrip goede strafrechtspleging nader worden gedefinieerd. Zoals gezegd is contempt of court een instrument dat er – naast vele andere waarborgen en instrumenten – aan bijdraagt dat voormelde doelstellingen in een strafproces kunnen worden gerealiseerd. Dat brengt mee dat de goede strafrechtspleging in ieder geval de belangen van waarheidsvinding en rechtsbescherming omvat. Andere van de hierboven genoemde (neven)doelstellingen van het strafproces worden hier niet als componenten van de goede strafrechtspleging aangemerkt, nu zij in een ver(der) verwijderd verband staan tot contempt of court.³¹ Daarnaast worden in dit onderzoek, gelet op het typische karakter van contempt, nog twee componenten van de goede strafrechtspleging onderscheiden: het gezag en de efficiëntie van de rechtspraak. Deze componenten zijn, anders dan waarheidsvinding en rechtsbescherming, geen doelen van het strafproces, maar kunnen veeleer worden gedefinieerd als randvoorwaarden die voor een goede strafrechtspleging eveneens onontbeerlijk zijn. Tot slot vormt de vrijheid van meningsuiting een voor contempt of court zeer relevante ‘tegenkracht’. Hierna worden deze vier componenten en de tegenkracht geïntroduceerd, waarna ze in het vervolg van het hoofdstuk verder worden uitgewerkt. Die uitwerking zal voor de in het straf(proces)recht ingevoerde lezer niet veel nieuwe informatie bevatten, maar dient ertoe inzichtelijk te maken welke belangen met contempt of court worden gediend en hoe deze zich onderling tot elkaar verhouden. Daarnaast maakt deze bespreking het mogelijk de Nederlandse waarborgen aan de hand van hetzelfde kader te beoordelen.

3.2.2.1 Doelen van de strafrechtspleging: rechtsbescherming en waarheidsvinding

De constatering dat onder de beginselen die onderdeel uitmaken van de goede strafrechtspleging in ieder geval de twee hoofddoelstellingen van het strafproces behoren, ligt voor de hand. Daarbij moet worden opgemerkt dat deze doelen niet noodzakelijkerwijs in elkaars verlengde liggen of elkaar aanvullen. Sterker nog, waar (het gebruik van) de aan de verdachte toegekende rechten ertoe leidt dat de waarheid niet boven tafel komt zijn zij zelfs tegengesteld. Nu in de literatuur vrij breed aanvaard is dat deze doelen naast elkaar bestaan en als belangrijkste doelen kunnen worden aangemerkt, worden zij ook in dit onderzoek als zodanig beschouwd.³²

31 Het instrument van contempt of court strekt er bijvoorbeeld niet toe willekeur in de vervolging en straftoemeting te voorkomen of de belangen van andere procesdeelnemers (in het bijzonder slachtoffers) te dienen, hoewel uiteraard niet is uitgesloten dat de toepassing van contempt daaraan in concrete gevallen wel een positieve bijdrage levert.

32 Vgl. Crijns 2008, p. 23-26; Cleiren 2001, p. 18-19.

Het doel van rechtsbescherming wordt in dit hoofdstuk ingekleurd aan de hand van met name de vereisten van artikel 6 EVRM. Dat artikel bevat het recht van een individuele verdachte op een eerlijk proces, dat is opgebouwd uit verschillende (deel)rechten en beginselen. In het kader van dit onderzoek zijn met name de onschuldpresumptie, het recht op een onafhankelijke en onpartijdige rechter en het recht op een openbare procedure van belang. Het zijn immers deze beginselen die door de in de inleiding genoemde ontwikkelingen onder druk kunnen komen te staan en waarvoor een instrument als contempt of court mogelijk meerwaarde heeft. In paragraaf 3.4 wordt nader ingegaan op het belang van waarheidsvinding als doelstelling van het strafproces. Daarbij wordt onder meer uiteengezet wat onder waarheid in de context van het strafproces kan worden verstaan en hoe waarheidsvinding zijn beslag krijgt in de inquisitoire en adversaire procesvorm.

3.2.2.2 Randvoorwaarden voor de strafrechtspleging: gezag en efficiëntie

Het vereiste dat de gerechten³³ een zeker gezag hebben wordt in dit onderzoek als randvoorwaarde voor de goede strafrechtspleging onderscheiden. Anders dan rechtsbescherming en waarheidsvinding is gezag immers geen doel op zich: het strafproces dient er niet toe de gerechten gezag te verlenen. Het is wel een onontbeerlijk vereiste voor een goede strafrechtspleging dat burgers hun juridische geschillen door de rechtspraak laten beslechten en dat rechterlijke uitspraken worden aanvaard en nageleefd. De bescherming van de autoriteit van de rechtspraak kan dan ook een beperking van de uitingstvrijheid rechtvaardigen, bijvoorbeeld door de toepassing van contempt of court.³⁴ Het gezagsaspect wordt in paragraaf 3.5 uitgewerkt aan de hand van de meest gangbare theorieën over gezag en legitimiteit.

Het belang van efficiëntie in de strafrechtspleging is de tweede randvoorwaarde die voor dit onderzoek van betekenis is. Om de doelstellingen te kunnen waarmaken moet een strafproces immers doelmatig zijn en (binnen een redelijke termijn) tot een einde kunnen worden gebracht. In zoverre is een efficiënte afdoening een vereiste voor zowel het streven naar waarheidsvinding als het garanderen van een eerlijk proces. Bovendien kan efficiëntie ook een positieve bijdrage leveren aan het gezag van de rechtspraak. Tegelijkertijd is het ook een waarde die juist kan botsen met andere belangen. Het uitoefenen van verdedigingsrechten kan er immers toe leiden dat een strafproces in

33 De term 'gerechten' wordt hier gebruikt als verzamelnaam voor de instanties met rechtspraak belast, waarbij het in Nederlandse context met name gaat om (de strafkamers van) de rechtbanken, gerechtshoven en de Hoge Raad.

34 Het was juist met het oog op contempt of court dat deze beperkingsgrond – op initiatief van het Verenigd Koninkrijk – in het Verdrag werd opgenomen, vgl. Joint Dissenting Opinion of Judges Wiarda, Cremona, Thór Vilhjálmsson, Ryssdal, Ganshof Van Der Meersch, Sir Gerald Fitzmaurice, Bindschedler-Robert, Liesch and Matscher bij EHRM 26 april 1979, appl.no. 6538/74 (Sunday Times v. UK), par. 2 en 10.

termen van efficiëntie niet optimaal verloopt, en bij een al te snelle en doelmatige afdoening van zaken kan de waarheidsvinding in het gedrang komen. Hoewel het streven naar efficiëntie in die gevallen wel kan meewegen, zal daaraan doorgaans niet het grootste gewicht worden toegekend. In paragraaf 3.6 wordt het belang van efficiëntie als randvoorwaarde nader uitgewerkt.

3.2.3 Tegenkracht: vrijheid van meningsuiting

Zoals hiervoor al werd aangegeven liggen de doelen en randvoorwaarden van een goede strafrechtspleging niet steeds in elkaars verlengde, maar kunnen zij in concrete gevallen ook tegengesteld zijn. Bovendien zijn er nog andere – soms tegengestelde – belangen die bij de strafrechtspleging een rol spelen, waarbij in het kader van dit onderzoek in het bijzonder aan het recht op vrije meningsuiting kan worden gedacht. Het is immers in veel gevallen de vrije meningsuiting, waaronder de daarvan deel uitmakende persvrijheid, die in een gespannen relatie staat tot de beginselen die aan de goede rechtspleging ten grondslag liggen. Zo kan de onschuldpresumptie worden geschonden door een politicus die zich in al te stellige bewoordingen over een verdachte uitlaat, en kan het gezag van de rechterlijke macht worden aangetast door kritische verslaggeving over de rechtspleging in het algemeen of een specifieke rechtszaak in het bijzonder. Anderzijds kan uitingsvrijheid ook als onderdeel van of voorwaarde voor een goede rechtspleging worden gezien: een eerlijke procesgang veronderstelt dat de procesdeelnemers in beginsel alles naar voren kunnen brengen wat zij van belang achten, dat de rechtspleging openbaar is en dat het publiek zich een mening kan vormen over de procesgang en het functioneren van de gerechten. Zoals hierna zal blijken is contempt of court echter vooral een instrument waarmee de vrije meningsuiting – zowel in de rechtszaal als daarbuiten – kan worden beperkt met het oog op het waarborgen van een goede rechtspleging. De uitingsvrijheid wordt daarom in dit onderzoek als ‘tegenkracht’ aangemerkt. In zijn algemeenheid kan niet worden gezegd welk belang – de goede rechtspleging of de uitingsvrijheid – zwaarder weegt. Wanneer deze rechten botsen komt het aan op een afweging van de onderliggende belangen, waarbij het gewicht dat hieraan wordt toegekend zal afhangen van de omstandigheden van het geval. Uit de rechtspraak van het EHRM kunnen verschillende factoren en criteria worden afgeleid die bij die beoordeling worden betrokken. Een en ander komt bij de bespreking van de verschillende componenten al aan de orde, en zal in paragraaf 3.7 nog verder worden uitgewerkt.

3.3 WAARBORGEN VOOR EEN EERLIJK PROCES

De waarborgen voor een eerlijke procesvoering en de erkenning van de in dat licht relevante mensenrechten zijn op allerlei plekken in het Wetboek van Strafvordering geïncorporeerd.³⁵ Bij de uitwerking van deze waarborgen in de jurisprudentie is gaandeweg sterk de nadruk komen te liggen op de mensenrechtenverdragen, in het bijzonder het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.³⁶ Vanwege de prominente betekenis die het EVRM en de rechtspraak van het EHRM daarmee heeft verworven, worden de in dit onderzoek meest relevante eerlijk proces-rechten primair vanuit dat perspectief bekeken. Waar van belang wordt tevens aandacht besteed aan de literatuur en de wijze waarop deze beginselen in de Nederlandse context zijn uitgewerkt.

Het begrip ‘eerlijk proces’ wordt door het EHRM niet als zodanig gedefinieerd, maar kan worden begrepen als een samenstel van verschillende deelrechten en beginselen die deels expliciet in artikel 6 EVRM zijn neergelegd, en deels door het Hof in artikel 6 EVRM worden ingelezen. In de eerste plaats maken hiervan de in artikel 6 lid 1 tot 3 opgesomde rechten deel uit (kort gezegd het recht op een onpartijdige en onafhankelijke rechter, de onschuldpresumptie en de verdedigingsrechten zoals het recht op informatie, tijd en faciliteiten voor de verdediging en het horen van getuigen). Door de jaren heen zijn in de Europese jurisprudentie verschillende eerlijk procesrechten aan de kennelijk niet-limitatieve opsomming van artikel 6 EVRM toegevoegd. Daarbij valt te denken aan het recht om te zwijgen,³⁷ het recht ter zitting aanwezig te zijn,³⁸ het recht op toegang tot een raadsman vanaf de eerste politieverhoor³⁹ en het verbod op bewijsmateriaal dat is verkregen door uitlokking.⁴⁰ In grote lijnen kan worden gesteld dat een strafproces als eerlijk wordt beschouwd wanneer het is gevoerd op een openbare zitting waar het bewijsmateriaal in aanwezigheid van de verdachte (en zijn raadsman) is gepresenteerd, waarbij de verdediging de gelegenheid heeft dit bewijsmateriaal te betwisten en – op gelijke voet met de aanklager – eigen bewijs kan inbrengen, en waarbij

35 Cleiren 1993, p. 79-80.

36 Verder is vooral het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR) nog van belang. Het belang van deze verdragen houdt verband met de mogelijkheid hierop rechtstreeks een beroep te doen, waar die mogelijkheid niet bestaat voor in de Grondwet opgenomen mensenrechten, zie art. 93, 94 en 120 Gw. Op onderdelen is de door het EVRM geboden mensenrechtelijke bescherming ook ruimer dan de Nederlandse uitleg, zoals bij het ondervragingsrecht. Zie daarover ook Cleiren 1993, p. 76-77.

37 Vgl. EHRM 23 juni 1993, appl.no. 12952/87 (Ruiz-Mateos v. Spain), par. 63, waarin het recht op een *adversarial trial* wordt gezien als een van de kenmerken van ‘*the wider concept of a fair trial*’. Zie voor de aanvaarding van het zwijgrecht en het recht om zichzelf niet te hoeven belasten EHRM 25 februari 1993, appl.no. 10828/84 (Funke v. France), par. 44.

38 EHRM 12 februari 1985, appl.no. 9024/80 (Colozza v. Italy), par. 28-33.

39 EHRM 27 november 2008, appl.no. 36391/02 (Salduz v. Turkey), par. 55.

40 EHRM 9 juni 1998, appl.no. 25829/94 (Teixeira de Castro v. Portugal), par. 39.

de verdachte wordt gevrijwaard van druk om bij te dragen aan zijn eigen veroordeling.

Ook op andere wijze is het recht op een eerlijk proces door het Hof uitgebreid. Zo is het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM uitgebreid tot buiten de zittingsfase, terwijl het Hof bovendien een gecompliceerde toets heeft ontwikkeld waarbij het nagaat of, ondanks eventuele beperkingen van deelrechten, is voldaan aan het vereiste van *overall fairness*, bijvoorbeeld door de toepassing van compenserende waarborgen.⁴¹ Die wijze van toetsing stelt het Hof ook in staat om rekening te houden met de diversiteit van de rechtstelsels van de 47 lidstaten, hoewel zowel in de redactie als de uitleg van artikel 6 EVRM een duidelijke voorkeur voor de adversaire procesvorm doorklinkt.⁴²

Hierna zullen de in het licht van contempt of court meest relevante aspecten van het eerlijk proces-begrip worden uitgewerkt. Achtereenvolgens komen de onschuldpresumptie (paragraaf 3.3.1), de onafhankelijkheid (paragraaf 3.3.2) en onpartijdigheid van de rechter (paragraaf 3.3.3), en het vereiste van openbaarheid (paragraaf 3.3.4) aan de orde. Daarbij worden steeds de meest wezenlijke kenmerken op hoofdlijnen besproken en wordt daarnaast aandacht besteed aan voor dit onderzoek eventueel specifiek relevante aspecten.

3.3.1 De onschuldpresumptie

Artikel 6 lid 2 EVRM schrijft voor dat eenieder tegen wie een vervolging is ingesteld, voor onschuldig wordt gehouden tot zijn schuld in rechte is komen vast te staan. Hoewel het beginsel niet als zodanig in het Wetboek van Strafvordering is neergelegd, loopt het als een rode draad door het strafvorderlijk stelsel. Het bepaalt de positie en rechten van de verdachte, vormt het vertrekpunt van het wettelijk bewijsstelsel en normeert het optreden van de justitiële autoriteiten.⁴³ Ook voor andere overheidsfunctionarissen, zoals bestuurders en politici, is de onschuldpresumptie van betekenis. Aan de andere kant is het een niet onproblematisch beginsel nu het uitgangspunt bij strafrechtelijke vervolgingen juist is dat de verdachte niet onschuldig is. Het vermoeden van onschuld is dus niet een feitelijk vermoeden, maar een juridisch voorschrift.⁴⁴ Het wordt beschouwd als een fundamenteel beginsel van strafprocesrecht en vormt als zodanig een onmisbaar onderdeel van internationale verdragen en

41 Ölçer 2012, p. 38.

42 Ölçer 2012, p. 37.

43 L. Stevens, aant. 7.1. op art. 271 (bijgewerkt tot 18 juli 2008), in: Melai/Groenhuijsen e.a.

44 Keijzer 1987, p. 243.

documenten.⁴⁵ Het is niettemin ook een abstract uitgangspunt, dat volgens De Jong en Van Lent niet zozeer een concrete handelswijze als wel een bepaalde 'geestesgesteldheid' voorschrijft.⁴⁶

In de literatuur worden diverse betekenissen van het onschuldbeginsel onderscheiden, waarbij verschillende (onder)verdelingen worden gehanteerd.⁴⁷ Keijzer wijst op de verplichting om in geval van redelijke twijfel in het voordeel van de verdachte te beslissen (*in dubio pro reo*). Van Sliedregt plaatst deze regel in het bredere verband van de onschuldpresumptie als bewijs- en beslisregel, die voorschrijft dat de aanklager de bewijslast draagt en die het gebruik van bewijsvermoedens beperkt.⁴⁸ Zij onderscheidt verder een behandelings- en bejegeningaspect van de onschuldpresumptie.⁴⁹ Het behandelingsaspect heeft betrekking op de wijze waarop met verdachten wordt omgegaan: zij mogen niet worden behandeld alsof zij al veroordeeld zijn.⁵⁰ Het bejegeningaspect ziet op de wijze waarop publieke autoriteiten zich uitlaten over nog lopende strafzaken. De informatieverstrekking door justitiële organen moet zich beperken tot feiten, en ook andere overheidsfunctionarissen dienen zich discreet en terughoudend uit te laten over de schuldvraag.⁵¹ In dit verband kan ook nog worden genoemd de door Corstens afzonderlijk vermelde betekenis voor de rechterlijke attitude: '(...) de rechter moet ook "uitstralen" dat hij de verdachte niet als reeds veroordeelde beschouwt.'⁵²

Op de meer concrete invulling van de verschillende aspecten en de praktische implicaties daarvan zal in het navolgende verder worden ingegaan. Niet alle facetten van de onschuldpresumptie zijn voor het onderwerp van deze studie van belang. Het karakter van de regel als bewijs- en beslisregel houdt bijvoorbeeld geen verband met contempt of court. Aan deze aspecten wordt in het navolgende dan ook geen aandacht meer besteed. In relatie tot het onderwerp van deze studie is vooral het bejegeningaspect van belang, waarmee in het bijzonder wordt bedoeld op de wijze waarop publieke autoriteiten zich over strafzaken uitlaten. In de hiernavolgende bespreking wordt een

45 Van Sliedregt 2009, p. 22-24. In Europees verband is de Richtlijn betreffende de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden van onschuld (Richtlijn (EU) 2016/343) aangenomen, waarin de verschillende deelrechten van het beginsel zijn neergelegd. Zie daarover Nan 2016.

46 De Jong & Van Lent 2013, p. 271.

47 Zie voor een overzicht De Jong & Van Lent 2013, p. 273-275.

48 Van Sliedregt 2009, p. 24-32.

49 Van Sliedregt 2009, p. 41-42.

50 Dit brengt onder meer mee dat geen straf wordt ondergaan vóór veroordeling. In zoverre gaat van het beginsel een beperkende werking uit op de toepassing van voorlopige hechtenis, zie Keijzer 1987, p. 245; Groenhuisen 2000 p. 87 e.v. De praktische betekenis daarvan is echter beperkt, zie Stevens 2009, p. 170-171; Van Kempen & Kristen 2005, p. 318-319.

51 Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, p. 51; Keijzer 1987, p. 244-245; De Jong & Van Lent 2013, p. 271.

52 Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, p. 50.

onderscheid gemaakt tussen de rechtsprekende macht, (overige) justitiële autoriteiten en derden.

3.3.1.1 *De rechter*

Het onschuldbeginsel is voor strafrechters van niet te onderschatten betekenis. De wijze waarop een strafzaak wordt behandeld, de verdachte wordt bejegend en beslissingen worden genomen op verzoeken om getuigen en andere onderzoekshandelingen, wordt genormeerd door het uitgangspunt dat de verdachte voor onschuldig moet worden gehouden. Het Europese Hof heeft dit in zijn uitspraak in de zaak Barberá, Messegué en Jabardo tegen Spanje als volgt verwoord:

‘The principle of the presumption of innocence (...) requires, inter alia, that when carrying out their duties, the members of a court should not start with the preconceived idea that the accused has committed the offence charged; the burden of proof is on the prosecution, and any doubt should benefit the accused.’⁵³

Het vermoeden van onschuld kent voor de rechter verschillende aspecten. Het reguleert in de eerste plaats de wijze waarop een strafzaak ter zitting wordt behandeld. Artikel 271 lid 2 Sv luidt: ‘Noch de voorzitter, noch een der rechters geeft op de terechtzitting blijk van enige overtuiging omtrent schuld of onschuld van de verdachte.’ Het EHRM beoordeelt de opstelling en uitlatingen van rechters strenger dan die van andere betrokkenen.⁵⁴ Het hoeft daarbij niet te gaan om formele vaststellingen, ook ‘some reasoning suggesting that the court regards the accused as guilty’ is strijdig met artikel 6 lid 2 EVRM.⁵⁵ Van strijdigheid is in ieder geval sprake wanneer het gaat om premature uitlatingen die ervan blijk geven dat het gerecht de verdachte schuldig acht.⁵⁶ De onschuldpresumptie staat er echter niet aan in de weg dat de verdachte kritisch wordt bevraagd en de rechter veel vrijheid toekomt om het onderzoek ter terechtzitting naar eigen inzicht te leiden.⁵⁷ Ook in de nationale recht-

53 EHRM 6 december 1988, appl.no. 10590/83 (Barberá, Messegué and Jabardo v. Spain), par. 77. Overigens concludeerde het Hof in deze zaak tot een schending van art. 6 lid 1 EVRM wegens een samenloop van factoren, maar werd een schending van art. 6 lid 2 EVRM niet aangenomen.

54 EHRM 21 september 2006, appl.no. 13583/02 (Pandy v. Belgium).

55 EHRM 25 maart 1983, appl.no. 8660/79 (Minelli v. Switzerland), par. 37.

56 EHRM 27 februari 2007, appl.no. 65559/01 (Nestak v. Slovakia), par. 88.

57 Vaak worden klachten hierover in de sleutel van de onpartijdigheid gezet, zie bijv. ECRM 21 maart 1975, appl.no. 5574/72 (X v. the United Kingdom, 5574/72), par. 6, waarin de rechter meermaals had aangedrongen op een ‘guilty plea’, en EHRM 19 december 2001, appl.no. 43373/98 (C.G. v. the United Kingdom), par. 41, waarin de verdachte en een belangrijke getuige à décharge veelvuldig en soms zonder goede reden werden onderbroken.

spraak is aanvaard dat een kritische houding van de rechter mogelijk moet zijn.⁵⁸ Bovendien kan een bekende verdachte anders worden bejegend dan een ontkennende of zwijgende verdachte. Daarbij blijft evenwel overeind dat de rechter een open en onbevangen houding dient aan te nemen.⁵⁹ Ook andere aspecten van de behandeling ter zitting worden genormeerd door de onschuldpresumptie. Zo moet de rechter erop beducht zijn dat een ondervraging van een getuige niet de schijn van vooringenomenheid wekt. Dit kan zich voordoen wanneer de rechter zelf getuigen ondervraagt, maar ook wanneer hij al dan niet ingrijpt bij de ondervraging door officier van justitie of raadsman. Bij beslissingen op verzoeken, zoals het horen van getuigen of het laten uitvoeren van nader onderzoek, geldt de onschuldpresumptie eveneens.⁶⁰ Het vermoeden van onschuld hangt in voorkomende gevallen dan ook nauw samen met het recht op een onpartijdige rechter. Volgens Corstens is de onschuldpresumptie een onderdeel van de bredere eis van onpartijdigheid.⁶¹ Stevens stelt dat de onschuldpresumptie ziet op de innerlijke overtuiging van de rechter ten aanzien van de schuldvraag, terwijl de onpartijdigheid daarnaast ook het vertrouwen in de rechtspraak in het algemeen beoogt te waarborgen.⁶²

De onschuldpresumptie speelt voor de rechter ook een rol buiten de kaders van de eigenlijke strafzaak. Zo zal grote terughoudendheid moeten worden betracht bij uitlatingen in de media over een concrete zaak, vooral wanneer de zaak nog niet onherroepelijk is afgedaan.⁶³ Het hof Amsterdam heeft in een van de schaarse zaken waarin zulks zich voordeed overwogen dat de rechter zich in beginsel heeft te onthouden van uitlatingen in de media over een zaak die aan zijn oordeel onderworpen is geweest, en zeker zolang daarop nog niet onherroepelijk is beslist. Of dergelijke uitlatingen daadwerkelijk een

58 Rb. Amsterdam 18 januari 1973, *NJ* 1973, 36: ‘(..) de jegens de verdachte in een strafproces geboden eerlijkheid kan meebrengen dat bepaalde gevoelens hem niet geheel verborgen blijven’. De grens werd wel bereikt toen de voorzitter na de eerste zittingsdag van een omvangrijke vastgoedfraudezaak, de eerste regels van het rijmpje ‘Jantje zag eens pruimen hangen’ voordroeg, zie Rb. Haarlem, 4 april 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ0083.

59 Vgl. Melai 1992, p. 63-66.

60 In een zaak waarin het hof het verzoek om getuigenverhoren afwees met de motivering dat de verdachte in eerste aanleg had bekend en dat ‘het hof de verdachte derhalve aan die eerdere verklaringen zal houden’, oordeelde de Hoge Raad dat deze afwijzing ontoereikend gemotiveerd was, mede in het licht van de onschuldpresumptie, zie HR 15 oktober 1996, *NJ* 1997, 108.

61 Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, p. 134.

62 L. Stevens, aant. 7.3 op art. 271 (bijgewerkt tot 18 juli 2008), in: Melai/Groenhuijsen e.a. Zie over onpartijdigheid par. 3.3.3.

63 Zie voor een voorbeeld EHRM 28 november 2002, appl.no. 58442/00 (*Lavents v. Latvia*), waarin de voorzitter van de rechtbank zich in de media over een lopende zaak had uitgelaten. De klacht was geplaatst in de sleutel van art. 6 lid 1 (onpartijdig gerecht) én lid 2 (onschuldpresumptie) EVRM en werd door het EHRM op beide onderdelen gegrond verklaard.

schending van artikel 6 lid 1 of 2 EVRM opleveren zal echter afhangen van de inhoud en strekking van de uitlatingen en verdere omstandigheden.⁶⁴

3.3.1.2 Justitiële autoriteiten

Niet alleen de rechter, maar ook de officier van justitie, medewerkers van het openbaar ministerie en de politie en overige bij een strafzaak betrokken justitiële actoren dienen de onschuldpresumptie in acht te nemen. Dit speelt met name waar het gaat om informatieverstrekking over strafzaken naar het publiek.⁶⁵ Artikel 6 lid 2 EVRM staat er niet aan in de weg dat de autoriteiten het publiek informeren over justitiële onderzoeken. Dit moet echter gebeuren op een omzichtige en discrete wijze teneinde de onschuldpresumptie te waarborgen.⁶⁶ Artikel 6 lid 2 EVRM strekt er volgens het Hof met name toe de rechten van de verdediging te garanderen, maar draagt tegelijkertijd bij aan het behoud van de eer en goede naam van de verdachte.⁶⁷

Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt dat in ieder geval sprake is van strijd met het onschuldbeginsel bij uitlatingen waarin tot uitdrukking wordt gebracht dat de verdachte schuldig is, voordat die schuld in rechte is vastgesteld.⁶⁸ Een formele vaststelling van schuld is niet nodig, voldoende is dat de redenering erop neerkomt dat de schuld wordt aangenomen. De gekozen bewoordingen zijn dan ook van groot belang en het Hof maakt een duidelijk onderscheid tussen verklaringen die erop neerkomen dat iemand verdacht wordt van een strafbaar feit, en een duidelijke stelling dat iemand een strafbaar feit heeft gepleegd.⁶⁹ Daarbij abstraheert het Hof van de letterlijke vorm waarin de uitlatingen worden gedaan: het gaat om de ‘real meaning of the remarks’.⁷⁰ Zo achtte het Europese Hof de onschuldpresumptie geschonden door uitlatingen van een hoge politiefunctionaris op een persconferentie, waarin deze zich in stellige bewoordingen uitliet over de betrokkenheid van de verdachte (Allenet de Ribemont) bij de moord op een oud-politicus. Het

64 Hof Amsterdam 3 juli 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ1646 (zaak Holleeder).

65 Het onschuldbeginsel heeft ook betekenis voor de wijze waarop het openbaar ministerie en de politie met niet-veroordeelde verdachten dienen om te gaan, bijv. bij de tenuitvoerlegging van dwangmiddelen en het verrichten van onderzoek (ook naar ontlastende omstandigheden), zie L. Stevens, aant. 7.3 op art. 271 (bijgewerkt tot 18 juli 2008), in: Melai/Groenhuijsen e.a. Deze aspecten zullen niet verder worden belicht.

66 EHRM 28 juni 2005, appl.no. 43925/98 (Karakap and Yepilimak v. Turkey), par. 50.

67 EHRM 24 mei 2011, appl.no. 53466/07 (Konstas v. Greece), par. 32. Zie ook Aanbeveling CM/Rec(2003)13 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa (10 juli 2003), *On the provision of information through the media in relation to criminal proceedings*.

68 EHRM 24 mei 2011, appl.no. 53466/07 (Konstas v. Greece), par. 34-36. Ook tijdens een beroepsprocedure na een veroordeling in eerste aanleg geldt de onschuldpresumptie onverkort.

69 EHRM 22 april 2010, appl.no. 40984/07 (Fatulayev v. Azarbaijan), par. 160; EHRM 24 april 2008, appl.no. 2947/06 (Ismoilov and others v. Russia), par. 166.

70 EHRM 28 november 2002, appl.no. 58442/00 (Lavents v. Latvia), par. 126.

Hof nam een schending aan nu de uitlatingen waren gedaan ‘without any qualification or reservation’ en mede gelet op de hooggeplaatste positie van de politiefunctionaris.⁷¹ Daarbij woog het Hof mee dat de uitlatingen het publiek zouden aanmoedigen om te geloven dat de betrokkene schuldig was, terwijl hiervan bovendien (nadelige) invloed kon uitgaan op de beoordeling van de zaak door de gerechtelijke autoriteiten.⁷² Die twee criteria lijken leidend voor de beantwoording van de vraag of uitlatingen in strijd zijn met artikel 6 lid 2 EVRM.⁷³ Daarbij behoeft overigens niet te worden vastgesteld dat het publiek of de rechter daadwerkelijk is beïnvloed.⁷⁴

Daarnaast is het forum en de context waarin de uitlatingen zijn gedaan van belang. Zo zullen opmerkingen die in het kader van de strafzaak of een met de strafzaak samenhangende procedure worden gemaakt niet snel een schending van de onschuldpresumptie opleveren, zelfs niet als de door een aanklager gekozen bewoordingen neerkomen op de stelling dat er genoeg bewijs is voor de schuld van de verdachte.⁷⁵ Wanneer dergelijke uitlatingen buiten de onmiddellijke context van de strafzaak worden gedaan is de beantwoording van de vraag of de onschuldpresumptie is gerespecteerd afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. Het maatschappelijk belang van (tijdige en volledige) informatieverschaffing brengt mee dat optredens in de media op zichzelf toelaatbaar zijn, zeker wanneer het gaat om een delict dat veel maatschappelijke beroering heeft veroorzaakt, of wanneer de verdachte een publiek persoon is.⁷⁶ De betrokkenheid van de verdachte mag echter niet als vaststaand feit worden gepresenteerd.⁷⁷

In de Nederlandse strafrechtspraak wordt zo nu en dan een beroep gedaan op schending van de onschuldpresumptie door uitlatingen van justitiële autoriteiten. Doorgaans worden daaraan geen strafprocessuele consequenties verbonden.⁷⁸ Zo werd in de strafzaak volgend op de Enschedese vuurwerk-ramp door de hoofdofficier van justitie gemeld dat er te veel vuurwerk in de fabriek was opgeslagen. Het hof ging er ‘veronderstellenderwijze’ van uit dat

71 De functie en positie van de woordvoerder is in zoverre een factor van belang, dat uitlatingen gedaan door hooggeplaatste functionarissen het publiek er eerder toe aan zullen zetten in de schuld van de verdachte te geloven, zie ook EHRM 23 oktober 2008, appl.no. 13470/02 (*Khuzhin and others v. Russia*), par. 96; zie ook EHRM 22 april 2010, appl.no. 40984/07 (*Fatulayev v. Azarbaijan*), par. 162.

72 EHRM 10 februari 1995, appl.no. 15175/89 (*Allenet de Ribemont v. France*), par. 41.

73 Zie ook EHRM 26 maart 2002, appl.no. 48297/99 (*Butkevičius v. Lithuania*), par. 53, waarin het Hof in het geval van uitlatingen van een parlements lid dezelfde criteria aanlegt.

74 EHRM 10 december 2009, appl.no. 20437/05 (*Shagin v. Ukraine*), par. 82.

75 Vgl. EHRM 10 oktober 2000, appl.no. 42095/98 (*Daktaras v. Lithuania*), par. 44.

76 EHRM 26 maart 2002, appl.no. 48297/99 (*Butkevičius v. Lithuania*), par. 52, zie ook EHRM 22 april 2010, appl.no. 40984/07 (*Fatulayev v. Azarbaijan*), par. 161.

77 EHRM 23 oktober 2008, appl.no. 13470/02 (*Khuzhin and others v. Russia*), par. 96; zie ook EHRM 28 juni 2005, appl.no. 43925/98 (*Karakap and Yepilimak v. Turkey*), waarin na een persconferentie van de politie in de media werd gesteld dat de verdachten schuldig waren. Het Hof nam geen schending van art. 6 lid 2 EVRM aan.

78 Bijv. Rb. Amsterdam 3 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:8844.

de uitlating inderdaad in strijd was met het vermoeden van onschuld, maar verbond hier geen consequenties aan. Daarvoor was onder meer redengevend dat niet aannemelijk was geworden dat de strekking van die mededelingen was, dat daarvan enige invloed op verdachtes berechting zou uitgaan, en evenmin dat een dergelijk effect daarvan was uitgegaan.⁷⁹ In de strafzaak tegen Willem Holleeder terzake de afpersingen van Willem Endstra werd door een politiechef in een interview gezegd dat 'Willem H. tegen de zestien jaar gevangenisstraf aanzit'. Hoewel de rechtbank Haarlem vaststelde dat deze uitlating zich op zichzelf niet verdraagt met de onschuldpresumptie, werd geen schending aangenomen nu de korpsleiding de politieman tijdelijk uit zijn functie had ontheven en het openbaar ministerie zich onmiddellijk van de uitspraak had gedistantieerd.⁸⁰ Overigens oordeelde de Hoge Raad in een civiele procedure naar aanleiding van de Clickfondszaak dat bepaalde uitlatingen van het openbaar ministerie niet voldeden aan de terughoudendheid en zakelijkheid die in het licht van artikel 6 lid 2 EVRM en de uitwerking daarvan in de OM-richtlijnen, vereist waren. Hoewel steeds werd gesproken van een verdenking werden belastende feiten te zeer gepresenteerd als zouden zij reeds vaststaan. Daarmee was het handelen niet verenigbaar met het vermoeden van onschuld en dus onrechtmatig.⁸¹

3.3.1.3 Derden

Artikel 6 lid 2 EVRM is uitsluitend van toepassing op de overheid. Dit betekent dat burgers of journalisten die zich uitlaten over de schuld van een verdachte, zonder dat die schuld in rechte is komen vast te staan, geen inbreuk maken op het onschuldsvermoeden. Dat is anders voor overheidsfunctionarissen, ook wanneer zij geen enkele bemoeienis met de strafrechtelijke procedure hebben. Hoewel uitspraken van bijvoorbeeld ministers en burgemeesters de rechter uiteraard in geen enkel opzicht binden, kan ook van dergelijke uitspraken een prejudiciërende werking uitgaan en kunnen zij het publiek aanmoedigen om in de schuld van de verdachte te geloven. In Straatsburg heeft dat dan ook meermaals tot het oordeel geleid dat sprake was van schending van de on-

79 Het hof overwoog: 'De onderhavige persconferentie maakte immers geen deel uit van het voorbereidend onderzoek naar verdachtes schuld of onschuld en niet aannemelijk is geworden dat de strekking van die mededelingen was, dat daarvan enige invloed op verdachtes berechting zou uitgaan, en evenmin dat een dergelijk effect ervan is uitgegaan, zodat er geen sprake is van schending van het recht op een eerlijk proces als bedoeld in artikel 6 EVRM.' Deze beslissing werd door de Hoge Raad geaccordeerd, HR 1 februari 2005, NJ 2006, 421.

80 Rb. Haarlem, 21 december 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BC0703. Een uitspraak van de voorzitter van het College van Procureurs-Generaal, inhoudende dat de zoektocht naar bewijs goed verloopt en dat hij alle reden heeft optimistisch te zijn was evenmin in strijd met de onschuldpresumptie. Zie voor een ander voorbeeld Rb. Arnhem, 18 oktober 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AR4029 in de zaak van de van doodslag verdachte militair Eric O.

81 HR 13 juli 2007, NJ 2007, 505, m.nt. EAA.

schuldpresumptie.⁸² De daarbij aan te leggen toets is identiek aan de hiervoor besproken beoordeling van uitspraken van justitiële autoriteiten, te weten of van de uitlatingen een prejudiciërende werking kan uitgaan en of zij het publiek kunnen aanmoedigen in de schuld van de verdachte te geloven. Ook de context waarin de uitlatingen worden gedaan en de (hooggeplaatste) positie van de ambtenaar in kwestie zijn relevante factoren.⁸³ Wel lijkt het Hof bereid om enigszins rekening te houden met de politieke context waarin uitspraken worden gedaan. Wanneer de uitlatingen worden gedaan in een legitiem politiek debat is er reden om enige mate van overdrijving en een vrijer gebruik van waardeoordelen, zeker als het gaat om politieke opposenten, toelaatbaar te achten.⁸⁴

De Nederlandse strafrechter blijkt terughoudend om aan uitspraken van politici en andere overheidsfunctionarissen consequenties te verbinden. Voor zover bekend is nog nooit door de strafrechter aanvaard dat door dergelijke uitlatingen de onschuldpresumptie is geschonden, en al helemaal niet dat daarmee de vereisten van een eerlijk proces zodanig zijn aangetast dat de vervolging niet kan worden voortgezet.⁸⁵ Het hof Amsterdam overwoog in de zaak tegen Volkert van der G. dat getoetst moest worden of de gewraakte uitlatingen het publiek aanmoedigden om de verdachte schuldig te achten, of om de rechter die in deze strafzaak in eerste en tweede aanleg moest oordelen, ten nadele van de verdachte te beïnvloeden bij het vaststellen van de feiten en de geboden straf. Geen van de in die zaak aan de orde zijnde uitlatingen voldeed daar naar het oordeel van het hof aan. Het commentaar van de minister van Binnenlandse Zaken voor zover dit de strekking had dat de door de rechtbank opgelegde straf te laag was en dat die strafoplegging de minister had verbaasd, was wel 'ongepast en riskant, omdat ze de indruk wekte van ministeriële onwetendheid of onverschilligheid aangaande de in het Nederlandse staatsrecht vastgelegde verhouding tussen de rechtspraak en de leden van de regering'. De mededeling van de minister van Vreemdelingenzaken en Integratie dat de naar zijn mening opnieuw in te voeren doodstraf ook op de verdachte van toepassing zou moeten zijn was 'niet verstandig'. Uitlatingen van Kamerleden die de onpartijdigheid van een van de rechters in eerste aanleg in twijfel trokken waren 'ongelukkig', omdat ze het vertrouwen van

82 Vgl. EHRM 26 maart 2002, appl.no. 48297/99 (Butkevičius v. Lithuania); EHRM 18 maart 2010, appl.no. 58939/00 (Kouzmin v. Russia), par. 63.

83 Zo nam het hof een schending van art. 6 lid 2 EVRM aan in het geval van een minister van justitie die tijdens de hoger beroepsprocedure had gezegd dat de rechtbank de verdachten 'dapper en resoluut' had veroordeeld, EHRM 24 mei 2011, appl.no. 53466/07 (Konstas v. Greece), par. 43. Zie EHRM 26 maart 2002, appl.no. 48297/99 (Butkevičius v. Lithuania), par. 53 over de voorzitter van het parlement.

84 EHRM 20 december 2011, appl.no. 20899/03 (G.C.P. v. Romania), par 59. Zie ook EHRM 18 februari 2016, appl.nos. 6091/06 + 4047/07 + 4070/07 (Rywin v. Poland), waarin sprake was geweest van uitgebreide media-aandacht en een parlementaire onderzoekscommissie was ingesteld.

85 Stevens 2010, p. 3.

(een deel van) het publiek in de rechterlijke macht konden aantasten. Van schending van de onschuldpresumptie was naar het oordeel van het hof echter geen sprake, nu (onder meer) de uitlatingen telkens eenmalig waren, en niet afkomstig van personen die betrokken waren bij de afdoening en berechting van de zaak.⁸⁶ Ook in andere zaken, waarin ministers of burgemeesters zich soms in tamelijk stellige bewoordingen over de schuld van verdachten uitlieten, werd geen schending van de onschuldpresumptie aangenomen.⁸⁷ De Nederlandse strafrechter is dus niet erg genegen om bij soms toch vergaande uitlatingen van bewindspersonen een schending van de onschuldpresumptie aan te nemen. Daarbij is een belangrijke overweging dat de rechterlijke macht bestaat uit professionele rechters en zij geacht kunnen worden bestand te zijn tegen dergelijke uitlatingen, waardoor van beïnvloeding van de procedure geen sprake zal zijn.⁸⁸ Het tweede criterium van de door het Europese Hof aangelegde toets, te weten of de uitlatingen het publiek kunnen aanmoedigen om in de schuld van de verdachte te geloven, komt minder aan bod. Bovendien is voor het EHRM niet van belang dat de procedure of de publieke opinie daadwerkelijk is beïnvloed. De Nederlandse rechter lijkt daarmee een tamelijk zuinige uitleg aan artikel 6 lid 2 EVRM te geven.

Zoals opgemerkt komt aan de onschuldpresumptie geen horizontale werking toe en is deze derhalve niet van toepassing op burgers onderling. Dit betekent dat ook journalisten niet aan het vermoeden van onschuld zijn gebonden. Dit neemt niet weg dat ook bij verslaglegging in de media grenzen in acht moeten worden genomen. Deze grenzen worden bepaald door artikel 10 lid 2 EVRM en komen in paragraaf 3.7 nog aan de orde.

3.3.2 Rechterlijke onafhankelijkheid

Een van de kernwaarden van een democratische rechtsstaat is het uitgangspunt van een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke macht. Deze twee aspecten vormen samen hetgeen wordt aangeduid met de neutraliteit van de rechterlijke macht.⁸⁹ Die neutraliteit normeert de onderlinge verhouding tussen de staatsmachten en fungeert als waarborg voor een eerlijk proces. Als zodanig zijn zowel de onafhankelijkheid als de onpartijdigheid van de rechter neergelegd in artikel 6 lid 1 EVRM, waarbij de onafhankelijkheid ziet op de verhouding tussen de rechter en de overige staatsmachten, en de onpartijdigheid vooral

⁸⁶ Hof Amsterdam, 18 juli 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AI0123.

⁸⁷ Bijv. HR 5 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV4149 (een terrorismezaak), en hof Amsterdam, 26 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ8885 en HR 16 september 2009, ECLI:NL:HR:2014:2668 (de Amsterdamse zedenzaak).

⁸⁸ Zie bijv. hof Amsterdam, 18 juli 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AI0123.

⁸⁹ Bovend'Eert 2013, p. 17.

betrekking heeft op de verhouding tussen de rechter en de procespartijen.⁹⁰ In deze paragraaf zal op de onafhankelijkheid worden ingegaan, paragraaf 3.3.3 behandelt de rechterlijke onpartijdigheid.

3.3.2.1 *Verschillende aspecten van onafhankelijkheid*

De idee van een onafhankelijke rechter die belast is met geschillenbeslechting en als zodanig een controlerende functie heeft ten opzichte van de uitvoerende macht, is een relatief onomstreden uitgangspunt in moderne westerse staten. De inhoud en betekenis van het vereiste van onafhankelijke rechtspraak is in verschillende internationale documenten neergelegd.⁹¹ Het beginsel is nauw verbonden met constitutionele concepten als de scheiding der machten en de *rule of law*.⁹² Kuijer hanteert een brede definitie van de rechterlijke onafhankelijkheid en omschrijft deze als het vereiste dat de rechter tot zijn beslissing kan komen zonder verantwoording te hoeven afleggen aan enige autoriteit, daaronder begrepen staatsorganen, procespartijen en belangengroepen.⁹³ Het EHRM geeft in zijn rechtspraak geen heldere definitie van het begrip onafhankelijkheid. In plaats daarvan toetst het Hof aan de hand van verschillende factoren of aan het vereiste van artikel 6 lid 1 EVRM is voldaan. Daarbij wordt vaak geen strikt onderscheid gemaakt tussen de voorwaarden voor onafhankelijkheid en onpartijdigheid.⁹⁴ Een steeds terugkerende formulering is de volgende:

‘In determining whether a body can be considered to be “independent” – notably of the executive and of the parties to the case (...) –, the Court has had regard to the manner of appointment of its members and the duration of their term of office

90 Staatsrechtelijke onafhankelijkheid wordt ook wel gezien als een *conditio sine qua non* voor onpartijdige rechtspraak, zie Smits 1996, p. 248-249 en Cleiren 2012a, p. 13 en 17.

91 Van bijzonder belang zijn de United Nations Basic Principles on the Independence of the Judiciary, adopted by the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Milan, 26 August to 6 September 1985 and endorsed by General Assembly resolutions 40/32 of 29 November 1985 and 40/146 of 13 December 1985; de Bangalore Principles on Judicial Conduct, de European Charter on the Statute for Judges, adopted by the Judicial Group on Strengthening Judicial Integrity at the Round Table Meeting of Chief Justices, The Hague, 25 to 26 November 2002; de European Charter on the Statute for Judges, adopted on a multilateral meeting in Strasbourg, 8-10 July 1998; en Recommendation CM/Rec(2010)12 on judges: independence, efficiency and responsibilities van de Raad van Europa, adopted by the Committee of Ministers on 17 November 2010.

92 Deze Angelsaksische term wordt vaak vertaald met het Nederlandse begrip rechtsstaat, maar valt daarmee niet geheel samen, zie Brants 2008b, p. 226.

93 Kuijer 2004a, p. 207. Bovend'Eert meent dat de onafhankelijkheid specifiek ziet op de verhouding tussen rechter, bestuur en wetgever, zie Bovend'Eert 2013, p. 17.

94 Zie bijv. EHRM 16 juli 1971, appl.no. 2614/65 (Ringeisen v. Austria), par. 95; EHRM 6 september 2005, appl.no. 65518/01 (Salov v. Ukraine), par. 82.

(...), the existence of guarantees against outside pressures (...) and the question whether the body presents an appearance of independence.⁹⁵

In deze overweging liggen verschillende criteria besloten, die in de literatuur veelal worden geduid als respectievelijk persoonlijke en zakelijke onafhankelijkheid.⁹⁶ Persoonlijke onafhankelijkheid heeft betrekking op de rechtspositionele status van de rechterlijk ambtenaar. Door regelingen rondom aanstelling, termijn, incompatibiliteiten en dergelijke, wordt gewaarborgd dat de rechter onafhankelijk van andere (staats)machten kan opereren.⁹⁷ Zakelijke – ook wel functionele – onafhankelijkheid ziet op de wijze waarop rechters hun functie dienen uit te oefenen, zonder inmenging van of ondergeschiktheid aan andere staatsmachten, alleen gebaseerd op het recht en het eigen geweten, en zonder dat de beslissing door een andere dan een onafhankelijke rechterlijke instantie kan worden gewijzigd.⁹⁸ De zakelijke onafhankelijkheid is in de rechtspraak van het EHRM te herkennen in de categorie ‘guarantees against outside pressures’.⁹⁹

Bij de beoordeling van de onafhankelijkheid kijkt het EHRM ook naar de vraag of het gerecht een *appearance of independence* (schijn van onafhankelijkheid) heeft.¹⁰⁰ Dit aspect staat in nauw verband met de overige beoordelingsfactoren maar wordt door het Hof steeds afzonderlijk genoemd. Het Hof verbindt het belang van *appearances* aan het noodzakelijke vertrouwen dat het publiek en de procespartijen in rechterlijke instanties dienen te hebben.¹⁰¹ Het moet gaan om meer dan een subjectief gevoel, maar niet is vereist dat er daadwerkelijk sprake is van afhankelijkheid.¹⁰² Daarbij is het perspectief van de ‘gewone burger’ uitgangspunt.¹⁰³ Het gaat met andere woorden om legitieme twijfel over de onafhankelijkheid.¹⁰⁴

Over het algemeen wordt aangenomen dat de rechterlijke onafhankelijkheid niet zozeer ziet op het functioneren van de individuele rechter, als wel op de

95 EHRM 28 juni 1984, appl.nos. 7819/77,+ 7878/77 (Campbell and Fell v. UK), par. 78.

96 Daarnaast komen ook andere benamingen en onderverdelingen voor, zie daarover Kuijer 2004a, p. 207-210.

97 Kuijer 2004a, p. 209.

98 Kuijer 2004a, p. 207; Van den Eijnden 2011, p. 40.

99 Kuijer 2004a, p. 247. Zie o.a. EHRM 25 februari 1997, appl.no. 22107/93 (Findlay v. UK), par. 77.

100 Zie hierna par. 3.3.3 over de vergelijkbare toets van de objectief gerechtvaardigde schijn van partijdigheid.

101 EHRM 6 mei 2003, appl.no. 39343/98 (Kleyn and others v. the Netherlands), par. 191, waar de toets van *appearances* vooral zag op de onpartijdigheid.

102 EHRM 22 november 1995, appl.no. 19178/91 (Bryan v. UK), par. 38; EHRM 22 oktober 1984, appl.no. 8790/79 (Sramek v. Austria), par. 41-42.

103 EHRM 29 april 1988, appl.no. 10328/83 (Belilos v. Switzerland), par. 67.

104 Zie ook EHRM 6 mei 2003, appl.no. 39343/98 (Kleyn and others v. the Netherlands), par. 194: ‘In deciding whether in a given case there is a legitimate reason to fear that these requirements are not met, the standpoint of a party is important but not decisive. What is decisive is whether this fear can be held to be objectively justified (...)’.

rechterlijke macht in zijn geheel.¹⁰⁵ Dit neemt niet weg dat in de literatuur ook wordt gewezen op interne, organisationele aspecten die invloed kunnen uitoefenen op de onafhankelijkheid van de individuele rechter, de zogenoemde interne onafhankelijkheid.¹⁰⁶ Te denken valt aan een hiërarchische organisatiestructuur, rechterlijke richtlijnen en personele regelingen rondom promotie en overplaatsing. Hoezeer deze aspecten ook losstaan van de staatsrechtelijke onafhankelijkheid van de rechterlijke macht, zij raken wel de vrijheid van de rechter om zonder druk van buitenaf tot zijn beslissing te komen.¹⁰⁷

Omdat in relatie tot contempt of court met name de inmenging van andere staatsmachten (zakelijke onafhankelijkheid) relevant kan zijn, zullen hierna enkele relevante aspecten wat uitgebreider worden besproken.

3.3.2.2 Onafhankelijkheid van de uitvoerende macht

Het Europese Hof heeft in zijn uitspraken veel aandacht voor de vereiste totale onafhankelijkheid van de uitvoerende macht, en benadrukt het toenemende belang dat aan de doctrine van de scheiding der machten wordt toegekend.¹⁰⁸ De benoeming van rechters door de uitvoerende (of wetgevende) macht hoeft volgens het Hof op zichzelf niet problematisch te zijn.¹⁰⁹ Een zekere vorm van afhankelijkheid doordat de bestuurlijke autoriteiten verantwoordelijk zijn voor de organisatie en financiering van gerechtelijke instanties, is evenmin bezwaarlijk. Wel rust op de staat een positieve verplichting om zorg te dragen voor een goed functionerende en naar behoren gefinancierde rechterlijke organisatie.¹¹⁰ Maar de betrokkenheid van deze autoriteiten bij de totstandkoming van een rechterlijke uitspraak is onder alle omstandigheden ontoelaat-

¹⁰⁵ Kuijer 2004a, p. 209-210.

¹⁰⁶ Ten Berge & Hol 2007, p. 1 e.v., met verwijzingen naar overige bijdragen in dezelfde bundel.

¹⁰⁷ Ten Berge & Hol 2007, p. 9; Kuijer 2004a, p. 208-209.

¹⁰⁸ EHRM 28 mei 2002, appl.no. 46295/99 (Stafford v. UK), par. 78; EHRM 18 juli 2013, appl.nos. 2312/08 + 34179/08 (Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina), par. 49.

¹⁰⁹ EHRM 3 oktober 2007, appl.no. 31001/03 (Flux v. Moldova no. 2), par. 27. Zie echter ook het recente arrest EHRM 12 maart 2019, appl.no. 26374/18 (Guðmundur Andri Astráðsson v. Iceland), waarin het Hof de inmenging van de bestuurlijke autoriteiten bij de benoeming van rechters in scherpe woorden veroordeelde.

¹¹⁰ Kuijer 2004a, p. 254; EHRM, 9 december 1988, appl.no. 12839/87 (Eccles, McPhillips & McShane v. Ireland) en EHRM 6 september 2005, appl.no. 65518/01 (Salov v. Ukraine), par. 82-86. Zie in dat verband ook Aanbeveling CM/Rec(2010)12 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa (17 november 2010), *On judges: independence, efficiency and responsibilities*, hoofdstuk II, par. 12 en HvJEU 27 februari 2018, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 (Associação Sindical dos Juizes Portugueses/Tribunal de Contas), waarin het Hof benadrukt dat een salaris dat evenredig is aan het belang van de functie van de rechterlijke macht in de samenleving, een essentiële waarborg is voor de onafhankelijkheid van de rechtspraak.

baar.¹¹¹ Dat geldt ook voor de mogelijkheid dat een rechterlijke uitspraak door de uitvoerende macht wordt gewijzigd of genegeerd.¹¹² Bij de beoordeling van dergelijke inmengingen van overheidswege wordt door het Hof geabstraheerd van de vraag of het gerecht daardoor daadwerkelijk is beïnvloed.¹¹³

In Nederland is de zakelijke onafhankelijkheid niet in de Grondwet geregeld. De Wet op de Rechterlijke Organisatie (Wet RO) biedt wel waarborgen, met name wat betreft de relatie met de minister van Justitie en Veiligheid, de Raad voor de rechtspraak en de gerechtsbesturen. Voor deze drie actoren is bepaald dat zij niet treden in de procesrechtelijke behandeling van, de inhoudelijke beoordeling van alsmede de beslissing in een concrete zaak of in categorieën van zaken.¹¹⁴ Men kan zich de vraag stellen of deze verbodsbepalingen de zakelijke onafhankelijkheid voldoende waarborgen. Bovend'Eert wijst erop dat de gerechtsbesturen wel een aanwijzingsbevoegdheid bezitten waarmee zij rechters algemene en bijzondere aanwijzingen kunnen geven, terwijl de Raad voor de rechtspraak op zijn beurt de gerechtsbesturen aanwijzingen kan geven.¹¹⁵ Een en ander kan problematisch zijn nu de Raad voor de rechtspraak rechtstreeks in een gezags- en verantwoordingsrelatie staat tot de minister,¹¹⁶ terwijl een duidelijk onderscheid tussen bedrijfsvoering en (inhoudelijk) beleid niet altijd valt te maken.¹¹⁷

3.3.2.3 *Kritiek van andere staatsmachten op de rechtspraak*

Met het oog op contempt of court is met name relevant hoe de onafhankelijkheid is gewaarborgd in gevallen waarin door de autoriteiten kritiek wordt geleverd op een rechter, een concrete uitspraak of de rechterlijke macht in het algemeen. De Recommendation on Judges van de Raad voor Europa bevat een bepaling die de uitvoerende en wetgevende macht verbiedt om bij het geven van commentaar op rechterlijke beslissingen zodanige kritiek te leveren

111 Vgl. EHRM 12 april 2005, appl.no. 46387/99 (Whitfield and others v. UK), par. 45-46. Overigens valt ook in deze uitspraak de beoordeling van onafhankelijkheid en onpartijdigheid samen.

112 EHRM 19 april 1994, appl.no. 16034/90 (Van de Hurk v. the Netherlands), waar deze wettelijke mogelijkheid niet was gebruikt en ook nooit eerder door de uitvoerende macht was gebruikt, maar waar het Hof niettemin een schending van art. 6 lid 1 EVRM aannam. Zie ook EHRM 28 oktober 1999, appl.no. 28342/95 (Brumarescu v. Romania), par. 61-62.

113 Zie voor een scherpe veroordeling EHRM 25 juli 2002, appl.no. 48553/99 (Sovtransavto Holding v. Ukraine), par. 80.

114 Voor de gerechtsbesturen in art. 23 en 24 Wet RO, voor de Raad voor de rechtspraak in art. 96 Wet RO en voor de minister in art. 109 Wet RO.

115 Art. 24 lid 1 resp. art. 92 lid 1 Wet RO.

116 Vgl. de aanwijzingsbevoegdheid van de minister van art. 93 Wet RO.

117 Bovend'Eert 2013, p. 24-26.

dat de rechterlijke onafhankelijkheid kan worden ondermijnd.¹¹⁸ Het is echter moeilijk te zeggen wanneer van dergelijke ondermijning sprake is. In de jurisprudentie van het Europese Hof zijn niet veel voorbeelden te vinden van zaken waarin wegens dergelijke kritiek een schending van het recht op een onafhankelijk gerecht werd aangenomen. Zeker in de wat oudere rechtspraak legt het Hof een strenge toets aan waarbij veel gewicht wordt toegekend aan de vraag of de rechter door de kritiek daadwerkelijk is beïnvloed.¹¹⁹ In een latere uitspraak lijkt het Hof een meer abstracte toets toe te passen. Het betrof een Tsjechische zaak over schadevergoeding voor onteigening na de Tweede Wereldoorlog, welk onderwerp sterk in de nationale belangstelling stond. De vicevoorzitter van de één na grootste politieke partij had zich in een interview over dit onderwerp afgevraagd wat de wetgever kon doen aan 'the absolutely insane rulings of judges that suggest that they are independent, but in this instance independent of common sense.' Ook de minister van Cultuur had in een kranteninterview gezegd dat hij tegen het teruggeven van goederen aan nazi's of hun kinderen was, daarbij expliciet verwijzend naar de beslissing in de zaak van klager. Hij gaf voorts aan dat als andere rechters vergelijkbaar zouden oordelen, ze de volle verantwoordelijkheid zouden moeten dragen voor het feit dat de staat deze goederen zou moeten afstaan. Het Hof kwam tot een schending van artikel 6 lid 1 EVRM en overwoog daartoe onder meer:

'The Government stressed that the remarks had no influence on the judges in the proceedings in the present case. The Court, however, sees no reason to speculate on what effect such interventions may have had on the course of the proceedings in issue (...). It nevertheless observes that these statements were made before the first-instance decision in the present case and also that after 2003 none of the applicant's actions was successful. It considers that in the circumstances of the present case the applicant's concerns as to the independence and impartiality of the tribunals were not unreasonable.'¹²⁰

118 Aanbeveling CM/Rec(2010)12 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa (17 november 2010), *On judges: independence, efficiency and responsibilities*, hoofdstuk II, par. 18. In de toelichting bij de Aanbeveling wordt bovendien vermeld: 'The recommendation calls for all necessary measures to be taken to protect and promote the independence of judges. These measures could include laws such as the "contempt of court" provisions that already exist in some member states'.

119 EHRM 9 juli 2002, appl.nl. 32943/96 (Falcoianu v. Romania), par. 37. Kuijer meent dat het Hof een meer abstracte toets zou moeten aanleggen en grotere bescherming zou moeten bieden. Daarbij wijst hij op het feit dat leden van de rechterlijke macht slechts in zeer beperkte mate op dergelijke kritiek kunnen reageren, zie Kuijer 2004a, p. 252.

120 EHRM 9 februari 2012, appl.no. 42856/06 (Kinský v. Czech Republic), par. 90-94. Daarbij zij opgemerkt dat de klacht in de sleutel van de onpartijdigheid was geplaatst en het Hof daarom toetst of aan de voorwaarden voor (objectieve en subjectieve) vrees voor onpartijdigheid is voldaan. Niettemin haalt het Hof in zijn overwegingen zowel de onpartijdigheid als de onafhankelijkheid aan.

Deze uitspraak wijst erop dat uitlatingen van politici onder omstandigheden een inbreuk kunnen maken op de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechterlijke macht, zelfs als niet is vast te stellen dat van dergelijke uitlatingen enig effect is uitgegaan.

In Nederland zijn politici in het algemeen niet erg genegen om zich ten aanzien van (spraakmakende) rechtszaken terughoudend op te stellen. Gommer analyseerde de toepassing van de *sub judice*-regel in de literatuur en parlementaire praktijk. Hij concludeert dat door politici weliswaar met enige regelmaat wordt gewezen op het feit dat een zaak onder de rechter is, maar dat deze constatering veelal niet in de weg staat aan een inhoudelijke bespreking van de zaak. Zeker onder Kamerleden kan van een ongeschreven (fatsoens)regel dan ook niet worden gesproken.¹²¹ Van sommige uitspraken kan echter wel worden gezegd dat zij ertoe strekken de rechter te beïnvloeden dan wel dat zij het vertrouwen in de onafhankelijkheid van de rechtspraak kunnen ondermijnen. Te denken valt aan de mededeling van het Kamerlid Wilders dat als hij veroordeeld wordt 'miljoenen mensen terecht geen vertrouwen meer hebben in de rechterlijke macht'.¹²² Ook de storm van kritiek en de felle uitspraken van (kandidaat-)Kamerleden naar aanleiding van de vrijspraak van Samir A. en het proces rondom Volkert van der G. zijn hiervan voorbeelden.¹²³ Wanneer de kritiek gepaard gaat met (voorstellen tot) wetswijziging kan de onafhankelijkheid van de rechter nog meer onder druk komen te staan. Daarvan gaat immers een duidelijk signaal uit dat de rechter in voorkomende gevallen anders moet oordelen. Voor toekomstige zaken stuit dat niet op bezwaren, maar dat kan anders zijn wanneer de zaak nog loopt. Weliswaar verbiedt artikel 1 Sr toepassing van de strafwet met terugwerkende kracht, deze bepaling is niet van toepassing op strafvorderlijke voorschriften en regelgeving op andere gebieden, zoals het penitentiair recht.¹²⁴

3.3.3 Rechterlijke onpartijdigheid

De neutraliteit van de rechter bestaat, naast de onafhankelijkheid ten opzichte van andere staatsmachten, ook uit onpartijdigheid. Daarmee wordt bedoeld

¹²¹ Gommer 2008, p. 159-183.

¹²² Uitlating gedaan in Nieuwsuur op 14 oktober 2010. Tijdens de hoger beroepsprocedure tweette hij op 17 mei 2018: 'Wat een schertsvertoning. Pechtold – lid coalitiepartij – wordt door zijn partijgenoten in toga beschermd. Maar leider oppositiepartij moet hangen. En een verzoek om schending gelijkheidsbeginsel te onderzoeken wordt door arrogant Hof afgewezen. Wraken die bende.' Complicerende factor is dat Wilders in deze zaak ook verdachte is, op grond waarvan hij ruime uitsingsvrijheid heeft, zie ook paragraaf 3.7.4.

¹²³ Zie ook par. 3.3.1.3 en voor een uitgebreidere bespreking Gommer 2008, p. 211-217.

¹²⁴ De beklagprocedures die Volkert van der G. voerde in verband met zijn detentiesituatie, waarbij de minister lopende de beklagzaken de regelgeving aanpaste, zijn hiervan een voorbeeld, zie Gommer 2008, p. 213.

dat de rechter geen persoonlijke of zakelijke banden heeft met de partijen en dat hij evenmin direct of indirect een belang heeft bij het onderwerp van de zaak.¹²⁵ Het gaat erom dat hij als 'onpartijdige derde' recht kan spreken.¹²⁶ Volgens het Europese Hof is daarvan sprake bij de afwezigheid van *prejudice or bias*.¹²⁷ De onpartijdigheid kan in het geding komen wanneer de rechter ter zitting blijkt geeft van vooringenomenheid, wanneer hij in een bijzondere relatie staat tot een van de partijen in het geding, hij in een eerder stadium in de zaak een oordeel heeft gegeven, of wanneer hij over een voor de zaak relevant onderwerp (kenbaar) specifieke opvattingen heeft. Bij de beoordeling van de onpartijdigheid maakt het Europese Hof een onderscheid tussen subjectieve en objectieve aspecten.

De subjectieve partijdigheid ziet op aspecten die samenhangen met de persoon van de rechter, zoals de persoonlijke overtuiging van een individuele rechter in een bepaalde zaak. Het gaat daarbij om de vraag of kan worden vastgesteld dat de rechter persoonlijk bevooroordeeld is. Het EHRM gaat ervan uit dat de onpartijdigheid van een rechter moet worden voorondersteld, tot er bewijs is van het tegendeel.¹²⁸ In de praktijk is het bewijs van die vooringenomenheid vaak moeilijk te leveren.¹²⁹ Het kan gaan om gevallen waarin sprake is van relatief hechte (persoonlijke of zakelijke) banden tussen de rechter en een procespartij, of zaken waarin de rechter bepaalde opvattingen heeft over politieke of maatschappelijke kwesties die aan een onpartijdige behandeling van de zaak in de weg zouden kunnen staan.¹³⁰

Bij de door het EHRM ontwikkelde objectieve toets gaat het om feiten en omstandigheden die, los van de innerlijke overtuiging van een rechter in een concrete zaak, aanleiding geven tot twijfel over de onpartijdigheid.¹³¹ Het standpunt van degene die stelt dat het gerecht partijdig is, is daarbij belangrijk maar niet beslissend. Ook *appearances* kunnen van belang zijn.¹³² Doorslaggevend is of de vrees voor vooringenomenheid objectief gerechtvaardigd is.¹³³ Deze beoordeling biedt meer ruimte dan de subjectieve toets, juist omdat het Hof onderkent dat bewijs van subjectieve partijdigheid vaak moeilijk te leveren zal zijn.¹³⁴ Dit ruimere beoordelingskader wordt door het Hof noodzakelijk

125 Veldt 1997, p. 45.

126 Bovend'Eert 2013, p. 33.

127 Zie o.m. EHRM 1 oktober 1982, appl.no. 8692/79 (Piersack v. Belgium), par. 30.

128 Vgl. EHRM 23 juni 1981, appl.nos. 6878/75 + 7238/75 (Le Compte, Van Leuven & De Meyere v. Belgium), par. 58.

129 Vgl. Kuijer 2004a, p. 305.

130 Het enkele bestaan van (persoonlijke en/of zakelijke) banden tussen de rechter en een partij op zichzelf is onvoldoende, zie de voorbeelden genoemd door Kuijer 2004a, p. 309-312.

131 Zie EHRM 24 mei 1989, appl.no. 10486/83 (Hauschildt v. Denmark), par. 48.

132 Vgl. EHRM 28 oktober 1998, appl.no. 28194/95 (Castillo Algar v. Spain), par. 45.

133 Vgl. EHRM 24 mei 1989, appl.no. 10486/83 (Hauschildt v. Denmark), par. 48; EHRM 7 augustus 1996, appl.no. 19874/92 (Ferrantelli and Santangelo v. Italy), par. 58.

134 Vgl. EHRM 15 december 2005, appl.no. 73797/01 (Kyprianou v. Cyprus), par. 119. Zie hierover ook Van Dijk 1997, p. 1215 e.v.

geacht, want: 'what is at stake is the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public and above all in the parties to proceedings.'¹³⁵ Daarmee wordt duidelijk dat onpartijdigheid en het gezag en de legitimiteit van de rechtspraak in de visie van het EHRM nauw verbonden zijn.¹³⁶ Bij de objectieve toets gaat het veelal om meer 'functionele' aspecten, zoals het feit dat een rechter eerder in een andere hoedanigheid over dezelfde zaak heeft geoordeeld, of betrokken is geweest bij de berechting van een medeverdachte.¹³⁷

De Nederlandse beoordeling van klachten over de onpartijdigheid komt in sterke mate overeen met de Straatsburgse toets. Ook de Hoge Raad maakt een onderscheid tussen subjectieve en objectieve aspecten. Bij de aan te leggen toets geldt als uitgangspunt dat een rechter uit hoofde van zijn aanstelling wordt vermoed onpartijdig te zijn, tenzij zich uitzonderlijke omstandigheden voordoen die een zwaarwegende aanwijzing vormen dat een rechter jegens een procespartij vooringenomen is, althans dat de bij die partij bestaande vrees daarvoor objectief gerechtvaardigd is.¹³⁸ Het vermoeden van onpartijdigheid zal doorgaans aan de kaak worden gesteld door een (verzoek tot) verschoning of wraking.¹³⁹

Hierna zal op verschillende onderwerpen nader worden ingegaan. Ook hier behelst de bespreking geen volledig overzicht van alle met het vereiste van onpartijdigheid samenhangende aspecten. Gekozen is voor een bespreking van de aspecten die voor contempt of court het meest van belang zijn.

3.3.3.1 *Opvattingen en uitingsvrijheid van de rechter*

In zijn algemeenheid geldt dat het een rechter vrij staat actief deel te nemen aan het politieke of maatschappelijke leven.¹⁴⁰ Ook heeft hij recht op vrijheid van meningsuiting.¹⁴¹ Daarbij dient hij er wel voor te waken dat zijn uitlatingen

135 Vgl. EHRM 6 mei 2003, appl.nos. 39343/98 + 39651/98, 43147/98 + 46664/99 (Kleyn and others v. the Netherlands), par. 191.

136 Zie over het gezag van de rechtspraak verder par. 3.5.

137 Er bestaat overigens ook overlap tussen subjectieve en objectieve aspecten, vgl. EHRM 15 december 2005, appl.no. 73797/01 (Kyprianou v. Cyprus), par. 121. Er wordt wel gesignaleerd dat het duidelijke onderscheid tussen subjectieve en objectieve onpartijdigheid in meer recente jurisprudentie van het EHRM wordt losgelaten, in die zin dat het criterium 'schijn van partijdigheid' een steeds belangrijker rol vervult, vgl. Cleiren 2012a, p. 61 en de conclusie van AG Wortel voor HR 25 maart 2008, NJ 2008, 211.

138 HR 26 mei 1992, NJ 1992, 676; HR 18 november 1997, NJ 1998, 244.

139 Zie de wrakingsprotocollen, gepubliceerd op rechtspraak.nl, over de wijze van afhandeling van dergelijke verzoeken.

140 Zie bijv. art. 1.6, 2.2 en 2.3 van de Bangalore Draft Code of Judicial Conduct, waarin ook de grenzen van die vrijheid worden geduid, kort gezegd inhoudend dat de activiteiten geen afbreuk mogen doen aan het vertrouwen van een redelijke en geïnformeerde burger in een onpartijdige rechter.

141 EHRM 28 oktober 1999, appl.no. 28396/95 (Wille v. Liechtenstein), par. 42. Zie ook art. 8 van de UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary.

gen geen afbreuk doen aan de waardigheid, onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechterlijke macht. Enige terughoudendheid bij deelname aan het publieke debat is dus op zijn plaats.¹⁴² De vereiste terughoudendheid gaat niet zo ver dat rechters zich niet kritisch mogen uitlaten over (aspecten van) de rechterlijke organisatie, politieke of juridische ontwikkelingen.¹⁴³

In relatie tot onderhavig onderzoek is in het bijzonder van belang om in te gaan op de vrijheid van rechters om zich uit te laten over specifieke (lopende) strafzaken en zich in voorkomende gevallen publiekelijk te weren tegen kritiek.¹⁴⁴ Uit de rechtspraak van het Europese Hof volgt dat rechters zeer terughoudend moeten zijn met het spreken over lopende zaken. Zo kwam het Hof tot een schending van artikel 6 lid 1 EVRM na uitlatingen van de voorzitter van een Italiaanse rechtbank in de krant. Het Hof stelde:

‘(...) that the judicial authorities are required to exercise maximum discretion with regard to the cases with which they deal in order to preserve their image as impartial judges. That discretion should dissuade them from making use of the press, even when provoked. It is the higher demands of justice and the elevated nature of judicial office which impose that duty.’¹⁴⁵

Wat betreft de uitingsvrijheid van de Nederlandse rechter biedt de Leidraad onpartijdigheid en nevenfuncties aanknopingspunten. Als uitgangspunt is daarin neergelegd dat de rechter net als iedere andere burger recht heeft op de uitoefening van vrijheid van meningsuiting, geloof en vereniging. Wel dient hij ervoor te waken dat de uitoefening van deze grondrechten geen schade toebrengt aan zijn functioneren als rechter of het functioneren van de rechtspraak in het algemeen.¹⁴⁶ Bovendien zal hij terughoudend moeten zijn bij het becommentariëren van (lopende) rechtszaken. In het algemeen geldt dat wordt aangenomen dat de rechter door zijn vonnis spreekt en het hem daarom niet vrij staat om zich over (lopende) zaken uit te laten.¹⁴⁷ Een uitzondering

142 Zie daarvoor onder meer art. 8 van de UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary en art. 22 van de Syracuse Principles on the Independence of the Judiciary.

143 EHRM 26 februari 2009, appl.no. 29492/05 (*Kudeshkina v. Russia*); EHRM 23 juni 2016, appl.no. 20261/12 (*Baka v. Hungary*).

144 Zie over de uitingsvrijheid van de rechter in de Straatsburgse jurisprudentie uitgebreider Dijkstra 2016, p. 66-91 en 99-108.

145 EHRM 16 september 1999, appl.no. 29569/95 (*Buscemi v. Italy*), par. 67. Zie voor een vergelijkbaar oordeel over de rechters in een disciplinaire zaak, EHRM 5 februari 2009, appl.no. 22330/05 (*Olujic v. Croatia*), en EHRM 28 november 2002, appl.no. 58442/00 (*Lavents v. Latvia*), par. 119.

146 Leidraad onpartijdigheid en nevenfuncties, januari 2014, p. 11, te vinden op rechtspraak.nl.

147 Zie daarover ook het themanummer van *Rechtstreeks*, 2017, nr. 1: ‘De pratende, schrijvende en twitterende rechter: terughoudendheid troef’.

daarop is de uitleg die door persrechters wordt gegeven.¹⁴⁸ In de praktijk hebben uittalingen van rechters zo nu en dan aanleiding gegeven tot discussie over hun onpartijdigheid. In de afpersingszaak tegen Holleeder had de voorzitter van de rechtbank na het wijzen van het vonnis met een journalist over de strafzaak gesproken. De daarop gegronde klacht dat geen sprake was geweest van een onpartijdige behandeling werd door het hof en de Hoge Raad verworpen. Het enkele feit dat de rechter zich in de media over de zaak had uitgelaten was onvoldoende voor het oordeel dat de vrees van de verdachte voor vooringenomenheid objectief gerechtvaardigd was, terwijl ook de inhoud van die uittalingen niet wees op partijdigheid.¹⁴⁹ In de zaak over de moord op Anne Faber ontstond ophef over de wijze waarop raadsheer Otte in een krantenartikel had geschreven over zijn 'groeierende afkeer van behandelen'. De vader van Anne Faber meende dat het hof onder voorzitterschap van Otte ten onrechte geen tbs had opgelegd, althans die mogelijkheid onvoldoende had onderzocht, waarbij hij verwees naar de opvattingen van Otte over tbs.¹⁵⁰ Men kan zich, aldus Corstens, inderdaad afvragen of dergelijke uittalingen een rechter passen.¹⁵¹ Zeker is dat dit soort meningsuitingen voeding kunnen geven aan discussies over de rechterlijke onpartijdigheid.

3.3.3.2 *Iudex in causa sua*

Een ander aspect van onpartijdigheid betreft de situatie waarin de berechting (mede) plaatsvindt door een rechter die zelf benadeelde is (*iudex in causa sua*).¹⁵² Dit is voor contempt of court van bijzonder belang nu in veel gevallen

148 Zie HR 6 maart 2013, NJ 2013, 530, m.nt. EAA: het betrof een klachtprocedure op grond van art. 13a Wet RO, over een door het gerechtsbestuur gegeven uitleg naar aanleiding van een door de rechtbank gewezen vonnis. De Hoge Raad acht de gedraging van het gerechtsbestuur onbehoorlijk en overweegt daartoe dat de kenbron van een rechterlijke beslissing het vonnis is, en het niet op de weg van de rechter is zijn eigen beslissing van commentaar te voorzien of te verduidelijken. De HR maakt wel een uitzondering voor persrechters, waarbij als voorwaarde geldt dat zij niet betrokken zijn geweest bij de totstandkoming van de uitspraak en zij moeten voorkomen dat hun uitleg wordt opgevat als een authentieke interpretatie van de beslissing. Verder stelt de HR vast dat het 'hoe dan ook' niet op de weg ligt van het gerechtsbestuur om uitleg te geven aan beslissingen die door rechters uit hun gerecht zijn gegeven.

149 Hof Amsterdam, 3 juli 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ1646 en HR 12 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN0526. Zie hierover ook par. 3.2.2.1. Zie voor een ander voorbeeld in een jihadzaak Rb. Rotterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5884.

150 Interview Wim Faber, *de Volkskrant*, 26 mei 2018. Zie ook de reactie van de voorzitter van het hof Arnhem-Leeuwarden van 30 mei 2018, gepubliceerd op rechtspraak.nl.

151 'Ik snap dat de rechter Anne Fabers vader niet wil spreken', *NRC*, 1 juni 2018.

152 Het optreden als rechter in eigen zaak is een belangrijke factor bij de beoordeling van de onpartijdigheid, zoals blijkt uit EHRM 9 juli 2015, appl.no. 38191/12 (A.K. v. Liechtenstein), par. 79-84, waarin het ging om gewraakte rechters die de wrakingsverzoeken van hun collega's in dezelfde zaak beoordeelden, en daarmee in feite het (deels op dezelfde gronden gestoelde) op henzelf betrekking hebbende wrakingsverzoek.

van contempt in de rechtszaal (*in the face of the court*), de verstorende of beledigende gedraging direct met een verkorte procedure (*summary proceedings*) kan worden afgedaan. De benadeelde rechter treedt dan in feite op in zijn eigen zaak. Dat een rechter maatregelen moet kunnen nemen om de orde ter zitting te handhaven wordt door het EHRM aanvaard. In eerdere rechtspraak oordeelde het Hof dat dergelijke maatregelen niet zonder meer een *criminal charge* opleveren.¹⁵³ Wanneer het gaat om een veroordeling wegens contempt of court lijkt dit anders te liggen. In de zaak Kyprianou tegen Cyprus heeft het EHRM zich hierover uitgebreid uitgelaten. Het hof heeft daarbij uitdrukkelijk aangegeven slechts een oordeel te geven over de betreffende zaak, en niet over de toelaatbaarheid van de verkorte procedure in gevallen van contempt of court in het algemeen.¹⁵⁴ Het betrof een zaak waarin een advocaat, die optrad in een strafzaak, tijdens de ondervraging van een getuige door de voorzitter werd onderbroken. De advocaat Kyprianou beschuldigde de rechters ervan tijdens zijn ondervraging met elkaar te praten en 'liefdesbrieven' uit te wisselen. De rechtbank concludeerde dat Kyprianou zich met deze uitlating had schuldig gemaakt aan contempt of court en gaf hem de kans om zijn woorden terug te nemen, dan wel aan te geven waarom aan hem geen straf moest worden opgelegd. Toen Kyprianou aangaf dat hij niet wist welk strafbaar feit hij had gepleegd, veroordeelde de rechtbank hem wegens contempt of court tot een gevangenisstraf van vijf dagen, die direct ten uitvoer werden gelegd. Het Europese Hof stelde vast dat de rechters, die zelf het onderwerp waren van de door Kyprianou geuite kritiek, de beslissing namen om te vervolgen, de zaak inhoudelijk behandelden, de schuld vaststelden en een straf oplegden. De daarmee gepaard gaande vermenging van de rol van benadeelde, getuige, aanklager en rechter was op zichzelf voldoende voor gerechtvaardigde twijfel aan de onpartijdigheid.¹⁵⁵ Daarnaast voldeed de gang van zaken ook niet aan de vereisten van onpartijdigheid onder de subjectieve toets. Daarvoor was in het bijzonder van belang dat de rechters in hun uitspraak uiting gaven aan hun persoonlijke gekwetstheid, dat zij al snel in de procedure aangaven dat zij Kyprianou schuldig achtten, en een aanzienlijke straf oplegden.¹⁵⁶ Uit deze uitspraak volgt dat de summierere contempt-procedure in de ogen van het Hof snel in strijd kan komen met de vereiste onpartijdigheid. Op deze

153 EHRM 23 maart 1994, appl.no. 14220/88 (Ravnsborg v. Sweden), par. 34. Het Hof toetst daarbij aan de gebruikelijke criteria, te weten of de feiten naar nationaal recht zijn geclassificeerd als strafbaar feit, de aard van de gedraging en de hoogte en aard van de sanctie. Zie ook EHRM 22 februari 1996, appl.no. 18892/91 (Putz v. Austria), par. 32-37.

154 EHRM 15 december 2005, appl.no. 73797/01 (Kyprianou v. Cyprus), par. 125. Het Hof had zich al eerder gebogen over een zaak waarin leden van het Maltese parlement disciplinaire straffen hadden opgelegd in verband met smadelijke uitlatingen. Ook in die zaak kwam het hof tot een schending van de (objectieve) onpartijdigheid: EHRM 27 augustus 1991, appl.no. 13057/87 (Demicoli v. Malta), par. 41.

155 EHRM 15 december 2005, appl.no. 73797/01 (Kyprianou v. Cyprus), par. 127-128.

156 EHRM 15 december 2005, appl.no. 73797/01 (Kyprianou v. Cyprus), par. 130-131.

procedure zal bij de bespreking van contempt of court (hoofdstuk 4 en verder) nader worden ingegaan.

Ten aanzien van de Nederlandse situatie kan worden geconstateerd dat er voor zover bekend geen (gepubliceerde) zaken zijn waarin dit probleem zich voordeed. Dit zal te maken hebben met het feit dat er in Nederland geen contempt of court-voorziening bestaat, terwijl het evenmin mogelijk is om in verband met ordeverstoringen ter zitting boetes of andere sancties op te leggen.¹⁵⁷ Wel is de kwestie aan de orde geweest in de context van wraking. Om te voorkomen dat een rechter 'in zijn eigen zaak' moet rechtspreken is bij de invoering van het Wetboek van Strafvordering voorzien in een regeling waarbij wrakingsverzoeken van de meervoudige kamer door een aparte wrakingskamer werden beoordeeld.¹⁵⁸ Sinds de herijking van de wrakingsregeling in 1994 geldt dat ook voor wrakingsverzoeken ten aanzien van alleen-sprekende rechters.¹⁵⁹ Deze bepaling strekt ertoe 'dat een beslissing op het wrakingsverzoek wordt verkregen die voor alle betrokkenen uit procedureel oogpunt geen twijfels oproept'.¹⁶⁰ Meer recent heeft de Hoge Raad op dit uitgangspunt een uitzondering toegelaten, namelijk wanneer sprake is van een opeenstapeling van wrakingsverzoeken doordat eerst de zittingsrechter en vervolgens de wrakingskamer wordt gewraakt. Wanneer daarmee evident sprake is van misbruik van de wrakingsregeling kan de wrakingskamer het verzoek tot wraking buiten behandeling kan laten zonder dat de zaak in handen van een andere wrakingskamer wordt gesteld.¹⁶¹

3.3.3.3 Kennisneming van informatie voor de zitting

Een ander aspect dat in het kader van dit onderzoek aandacht verdient is de situatie waarin een rechter reeds vóór de behandeling ter zitting bepaalde informatie heeft over de zaak. In Nederland is dit een veelvoorkomend verschijnsel, nu kennisneming van het dossier door de rechter een belangrijk praktisch uitgangspunt is. In landen met een meer mondelinge procescultuur, waarbij niet één dossier wordt opgemaakt, ligt dat anders. Maar ook dan is kennisneming van bepaalde informatie op zichzelf niet strijdig met het vereiste

157 De rechter kan de ordeverstoorder in het uiterste geval wel in verzekering laten stellen: art. 124 lid 3 Sv. Zie daarover uitgebreider par. 6.2.2.

158 Destijds neergelegd in art. 521 lid 1 Sv, zie ook *Kamerstukken II* 1913/14, 286, 3, p. 166.

159 Zie voor een uitgebreide bespreking van de wetsgeschiedenis de vordering tot cassatie in het belang der wet van AG Aben, 13 maart 2018, ECLI:NL:PHR:2018:512, onder 4.

160 Vgl. (in een civiele zaak) HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3633, *NJ* 2016, 35, r.o. 3.5.

161 HR 25 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1770, r.o. 4.7. De Hoge Raad acht die uitzondering toelaatbaar in het licht van de rechtspraak van het EHRM dat alleen een wrakingsverzoek dat 'does not immediately appear to be manifestly devoid of merit' in behandeling hoeft te worden genomen, vgl. EHRM 23 april 1996, appl.no. 16839/90, (*Remli v. France*), par. 48.

van onpartijdigheid.¹⁶² In relatie tot contempt of court rijst in het bijzonder de vraag of kennisneming van informatie van buiten het dossier, veelal uit de media, consequenties kan hebben voor het oordeel over de rechterlijke onpartijdigheid. Het Europese Hof onderkent de mogelijkheid dat media-aandacht negatieve gevolgen kan hebben voor de eerlijkheid van een proces:

‘A virulent press campaign can adversely affect the fairness of a trial by influencing public opinion and, consequently, jurors called upon to decide the guilt of an accused (...). In this way it risks having an impact on the impartiality of the court under Article 6 § 1 as well as the presumption of innocence enshrined in Article 6 § 2.’¹⁶³

Het Hof heeft daarbij met name oog voor het risico van beïnvloeding van een jury. Het feit dat professionele rechters over een zaak oordelen vormt een belangrijke waarborg voor de onpartijdigheid. Van professionele rechters mag immers worden verwacht dat zij kunnen omgaan met grootschalige media-aandacht en zich bij hun beoordeling van de zaak laten leiden door de feiten.¹⁶⁴ Het Hof acht het dan ook onwaarschijnlijk dat grote media-aandacht gevolgen zal hebben voor de onpartijdigheid wanneer sprake is van berechting door professionele rechters.¹⁶⁵ Een andere factor die het Hof betreft bij zijn beoordeling is de tijd die is verstreken tussen de publicatie van de artikelen en de behandeling van de strafzaak.¹⁶⁶ Daarnaast is de bron van de informatie van belang. Wanneer de staat (mede)verantwoordelijk is voor de berichtgeving kan het zo zijn dat deze informatie door het publiek meer serieus is genomen doordat zij afkomstig was van de overheid.¹⁶⁷ Tot slot besteedt het Hof aandacht aan de inhoud en aard van de publicaties. Er bestaat een groter risico op beïnvloeding wanneer de media unaniem (negatief) zijn, terwijl nuanceren-

162 Zie bijv. ECRM 8 maart 1973, appl.nl. 12002/86 (Grant v. UK): ‘The Commission however considers that any allegation of bias on the part of a court must be clearly distinguished from the circumstances where a court which sits with notice of the proceedings, and in which the judges have had the opportunity to prepare themselves by reference to the papers, may inevitably form an initial inclination or view in respect of the merits of an appeal, subject to hearing the content of the pleadings themselves.’

163 EHRM 5 december 2002, appl.no. 34896/97 (Craxi v. Italy), par. 98.

164 EHRM 20 december 2011, appl.no. 20899/03 (G.C.P. v. Romania), par. 48. Zie ook EHRM 30 juni 2009, appl.nos. 75109/01 + 12639/02 (Viorel Burzo v. Romania), par. 166; EHRM 18 februari 2016, appl.nos. 6091/06 + 4047/07 + 4070/07 (Rywin v. Poland).

165 Zie met zoveel woorden, EHRM 30 juni 2015, appl.no. 30971/12 (Abdulla Ali v. UK), par. 88.

166 EHRM 20 december 2011, appl.no. 20899/03 (G.C.P. v. Romania), par. 47. De omstandigheid dat de negatieve media-aandacht plaatsvond op het moment dat de toekomstige juryleden nog niet wisten dat zij bij de rechtszaak betrokken zouden raken, vormt een contra-indicatie voor beïnvloeding van de jury, zie EHRM 16 oktober 2012, appl.no. 15499/10 (Beggs v. UK), par. 126.

167 ECRM 9 oktober 1986, appl.no. 10486/83 (Hauschildt v. Denmark), par. 3b; EHRM 30 juni 2015, appl.no. 30971/12 (Abdulla Ali v. UK), par. 90.

gen of zelfs waarschuwingen voor een te eenzijdig beeld in de media tegenwicht kunnen bieden.¹⁶⁸

Onder omstandigheden mag van de rechter worden verwacht dat hij maatregelen neemt om een onpartijdige beoordeling te waarborgen. In gevallen die in Straatsburg worden aangebracht toetst het Hof of de rechter voldoende inspanningen heeft verricht om eventuele beïnvloeding door de media te neutraliseren. In geval van juryberechting is relevant of de rechter de juryleden adequate instructies (*directions*) heeft gegeven over de wijze waarop zij tot hun oordeel moeten komen.¹⁶⁹ De omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat nader onderzoek nodig is of dat zelfs het vervangen van de jury is vereist, bijvoorbeeld wanneer er concrete aanwijzingen zijn dat juryleden vooringenomen zijn.¹⁷⁰ Bij de beoordeling besteedt het Hof aandacht aan de vraag of de nationale procedure in waarborgen voorziet. In de vooral Engelse zaken bestaat een uitgebreid stelsel van procedurele garanties, waaronder de Contempt of Court Act 1981. Op grond daarvan is het onder omstandigheden eveneens mogelijk om ook aan de pers beperkingen op te leggen bij hun berichtgeving over geruchtmakende zaken. Het spreekt voor zich dat zodanig ingrijpen een inbreuk maakt op het recht op vrijheid van meningsuiting. In de geruchtmakende Sunday Times-zaak werd Engeland voor het eerst in een dergelijk geval door het Europese Hof op de vingers getikt wegens schending van artikel 10 EVRM.¹⁷¹ Al met al wordt uit de Europese rechtspraak duidelijk dat slechts onder bijzondere omstandigheden zal worden aangenomen dat media-aandacht inbreuk maakt op het recht op berechting door een onpartijdige rechter, zeker in zaken die worden berecht door professionele rechters.¹⁷²

Zoals gezegd is het in Nederland een oncontroversieel uitgangspunt dat de rechter voorafgaand aan de zitting kennisneemt van informatie over de

168 ECRM 21 oktober 1993, appl.no. 17265/90 (*Baragiola v. Switzerland*); ECRM 9 maart 1987, appl.no. 11553/85 + 11658/85 (*Hodgson, Woolf Productions Ltd. and National Union of Journalists & Channel Four Television v. UK*). Zie ook Kuijer 2004, p. 100-101.

169 Vgl. EHRM 25 februari 1997, appl.no. 22299/93 (*Gregory v. UK*), par. 47-48; EHRM 16 oktober 2012, appl.no. 15499/10 (*Beggs v. UK*), par. 128. Het zal veelal aan de klager zijn om aannemelijk te maken dat de jury de waarschuwingen en instructies van de rechter in de wind heeft geslagen, vgl. EHRM 21 september 2010, appl.no. 8400/07 (*Szypus v. UK*), par. 84-85.

170 EHRM 16 januari 2007, appl.no. 17070/05 (*Farhi v. France*), par. 27-29; EHRM 23 april 1996, appl.no. 16839/90 (*Remli v. France*), par. 48. Zie ook EHRM 9 mei 2000, appl.no. 34129/96 (*Sander v. UK*), par. 22-35. Relevante factoren zijn de vraag hoe concreet de aanwijzingen zijn dat vooroordelen een rol spelen, de reactie van de rechter en het standpunt van de verdachte, zie Kuijer 2004, p. 371-375. Hoewel de zaken bij het EHRM betrekking hebben op raciale vooroordelen, zal een vergelijkbare toets plaatsvinden in geval van (concrete aanwijzingen voor) vooroordelen door media-aandacht.

171 EHRM 26 april 1979, appl.no. 6538/74 (*Sunday Times v. UK*). Zie daarover ook par. 3.7.3.

172 Zie expliciet EHRM 30 juni 2015, appl.no. 30971/12 (*Abdulla Ali v. UK*), par. 91, waarin het Hof er zelf op wijst dat er in zijn rechtspraak geen voorbeelden zijn waarin media-aandacht tot een schending van art. 6 EVRM heeft geleid.

strafzaak, in ieder geval voor zover dat bestaat uit bestudering van het dossier.¹⁷³ Zaken waarin de grote hoeveelheid media-aandacht aanleiding heeft gegeven tot een (gegrond verklaard) wrakingsverzoek of een beroep op onpartijdigheid van de rechter zijn niet voorhanden. Dit hoeft niet te verbazen, gelet op de Europese jurisprudentie waarin met zoveel woorden wordt aangegeven dat professionele rechters geacht kunnen worden zich daardoor bij de behandeling van een zaak niet te laten beïnvloeden. Aan de andere kant is er in de literatuur op gewezen dat de veronderstelling dat rechters niet beïnvloed zouden kunnen worden door massale media-aandacht, enigszins naïef kan worden genoemd.¹⁷⁴ Zo hebben de strafprocessen tegen Wilders laten zien welke impact grootschalige (media)belangstelling kan hebben.¹⁷⁵ Zoals ook de evaluatiecommissie van het proces Wilders (Commissie Meijerink) concludeerde, zijn rechters nu eenmaal niet ongevoelig voor het mediacircus dat met geruchtmakende (straf)zaken gepaard gaat.¹⁷⁶ In een tijd waarin de openbaarheid van de rechtspraak steeds meer vorm krijgt door middel van het toelaten van camera's in de rechtszaal, zal dit in toenemende mate relevant zijn.¹⁷⁷

3.3.4 Openbaarheid

Het uitgangspunt van openbaarheid van de zitting is neergelegd in artikel 6 lid 1 EVRM en wordt door het Europese Hof beschouwd als een belangrijke waarborg voor de eerlijkheid van de procedure. Doordat het publiek kan kennisnemen van de strafrechtspleging wordt de verdachte beschermd tegen willekeur en onterechte machtsuitoefening van de overheid. Bovendien draagt openbaarheid bij aan de legitimering van de strafrechtspleging.¹⁷⁸ In de rechtspraak van het EHRM wordt dit tweeledig doel vaak als volgt verwoord:

'This public character of proceedings protects litigants against the administration of justice in secret with no public scrutiny; it is also one of the means whereby

173 Het op een andere wijze inwinnen van informatie kan uit oogpunt van onpartijdigheid wel problematisch zijn. Wanneer het gaat om contact tussen de rechter en het openbaar ministerie, buiten de verdediging om, kan de schijn van partijdigheid in voorkomende gevallen voldoende zijn om een wrakingsverzoek gegrond te verklaren, zie Hof Arnhem 4 september 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BF0022; Rb. Rotterdam 3 oktober 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AU4040.

174 Franken 2011, p. 3; Brants & Van Lent 2001.

175 Een ander voorbeeld is de Deurnese juwelierszaak, waarin Cleiren en Kristen waarschuwen dat de onpartijdigheid van de rechtsgang in gevaar zou kunnen komen door de media-optredens van de hoofdofficier van justitie en de advocaten: 'Onpartijdige rechter bijna onmogelijk in zaak doodschieten overvallers Goldies in Deurne', *Omroep Brabant*, 15 april 2014.

176 Commissie Meijerink, *Evaluatie van de organisatie van de strafzaak Wilders*, december 2010 (gepubliceerd op rechtspraak.nl), p. 5-7.

177 Zie daarover uitgebreider Kor 2011 en Smolders 2017.

178 Van Lent 2008, p. 44-45.

confidence in the courts can be maintained. Administration of justice, including trials, derives legitimacy from being conducted in public. By rendering the administration of justice transparent, publicity contributes to fulfilling the aim of Article 6 § 1, namely a fair trial (...).¹⁷⁹

De openbaarheid kan in de visie van het Hof op twee manieren bijdragen aan de eerlijkheid van het proces. Enerzijds bevordert het dat door de justitiële autoriteiten daadwerkelijk inspanningen worden verricht om de waarheid te achterhalen.¹⁸⁰ Anderzijds wordt hiermee verzekerd dat de verdachte zijn verdedigingsrechten kan uitoefenen.¹⁸¹ Daarnaast dient het, zoals in de hiervoor weergegeven overweging met zoveel woorden wordt aangegeven, ter bevordering van de legitimiteit van de strafrechtspleging. Bij het verwezenlijken van deze doelstellingen kent het Hof een belangrijke rol toe aan de pers, die door middel van verslaglegging van rechtszaken het grote publiek over de rechtspleging kan informeren: 'The press is one of the means whereby politicians and public opinion can verify that judges are discharging their heavy responsibilities in a manner that is in conformity with the aim which is the basis of the task that is entrusted to them.'¹⁸² Duidelijk is echter dat openbaarheid en, in versterkte mate, publiciteit in de media, ook negatieve gevolgen kunnen hebben voor de eerlijkheid van het proces en de legitimiteit van de rechtspraak.¹⁸³ Omdat contempt of court een instrument is waarmee publiciteit rondom een proces kan worden ingeperkt, zal hierna worden uiteengezet onder welke omstandigheden een beperking van openbaarheid toelaatbaar is.

3.3.4.1 *Beperkingen van de openbaarheid*

Zoals volgt uit de tekst van artikel 6 lid 1 EVRM kan de openbaarheid van de zitting worden beperkt op grond van de eveneens in dat artikel genoemde belangen. Het Hof legt die belangen ruim uit, maar toetst wel streng of beperking van de openbaarheid met het oog op het beschermen van die belangen 'strikt noodzakelijk' is.¹⁸⁴ Daarbij moet specifiek worden aangegeven op grond van welke omstandigheden gesloten behandeling geboden is, terwijl

179 EHRM 4 december 2008, appl.no. 28617/03 (Belashev v. Russia), par. 79. De formulering maar niet de strekking verschilt tegenwoordig enigszins van de oudere uitspraken, zoals EHRM 8 december 1983, appl.no. 7984/77 (Pretto and others v. Italy), par. 21.

180 EHRM 25 juli 2000, appl.nos. 24954/94 + 24971/94 + 24972/94 (Tierce and others v. San Marino), par. 92; EHRM 15 november 2007, appl.no. 26986/03 (Galsyan v. Armenia), par. 80; EHRM 30 mei 2013, appl. no. 36673/04 (Malofeyeva v. Russia), par. 105.

181 EHRM 25 juli 2000, appl.nos. 24954/94 + 24971/94 + 24972/94 (Tierce and others v. San Marino), par. 95, zie ook Van Lent 2008, p. 55.

182 EHRM 26 april 1995, appl.no. 15474/90 (Prager and Oberschlick v. Austria), par. 34. Zie ook EHRM 14 februari 2008, appl.no. 20893/03 (Jury en Sarl Libération v. France), par. 66.

183 Vgl. Van Lent 2013, p. 350.

184 EHRM 26 september 1995, appl.no. 18160/91, (Diennet v. France), par. 34.

een dergelijke behandeling zo beperkt mogelijk moet blijven.¹⁸⁵ Ook in strafzaken, waar volgens het EHRM sprake is van 'a high expectation of publicity', kan er aanleiding bestaan om het openbare karakter van een zitting te beperken.¹⁸⁶ Bescherming van de belangen van procesdeelnemers zoals getuigen kan reden zijn om (een deel van) de behandeling ter zitting af te schermen van het publiek.¹⁸⁷ Het enkele feit dat het gaat om zeer ernstige feiten is daarvoor echter niet voldoende, er moet concreet blijken waarom gesloten behandeling noodzakelijk is.¹⁸⁸ Wanneer het gaat om bescherming van de privacy van de (voormalige) verdachte zal sluiting van de deuren niet snel gerechtvaardigd zijn, en ook een beroep op de onschuldpresumptie zal normaliter geen gesloten behandeling kunnen rechtvaardigen.¹⁸⁹

De openbaarheid van de zitting is in de Nederlandse context voorgeschreven in artikel 121 van de Grondwet en artikel 269 van het Wetboek van Strafvordering.¹⁹⁰ Op bevel van de rechtbank kan (een gedeelte van) de behandeling achter gesloten deuren plaatsvinden. De gronden daarvoor zijn opgenomen in artikel 269 lid 1 Sv en zijn identiek aan de beperkingsgronden van artikel 6 lid 1 EVRM.¹⁹¹ Een bevel tot sluiting der deuren moet worden onderscheiden van de ordemaatregel tot ontruiming van de publieke tribune.¹⁹² In dat geval is volgens de Hoge Raad geen sprake van gesloten behandeling, onder meer nu vertegenwoordigers van de pers niet van de zitting worden geweerd.¹⁹³ De Nederlandse jurisprudentie laat zien dat de gronden 'bescherming van de persoonlijke levenssfeer' en de waarborging van 'een goede rechtspleging'

185 EHRM 4 december 2008, appl.no. 28617/03 (Belashev v. Russia), par. 83.

186 EHRM 21 september 2006, appl.no. 12643/02 (Moser v. Austria), par. 94, met verwijzing naar o.a. EHRM 24 april 2001, appl.nos. 36337/97 + 35974/97 (B. and P. v. UK), par. 37; EHRM 16 februari 2000, appl.no. 27052/95 (Jasper v. UK), par. 52.

187 EHRM 4 december 2007, appl.no. 64056/00 (Volkov v. Russia), par. 32, waarin het ging om gesloten behandeling op expliciet verzoek van de weduwe van het slachtoffer; EHRM 29 november 1995, appl.no. 25534/94 (Potts v. Germany), waar het betrof het horen van minderjarige getuigen.

188 EHRM 4 december 2008, appl.no. 28617/03 (Belashev v. Russia), par. 85-86.

189 EHRM 24 november 1997, appl.no. 21835/93 (Werner v. Austria), par. 50 en 59. Zie ook EHRM 5 februari 2009, appl.no. 22330/05 (Olujić v. Croatia), par. 74-76 waarin de openbaarheid was beperkt in verband met de 'dignity of the applicant'. Nu de verdachte zelf had verzocht om een openbare behandeling kon dit geen argument zijn. Het Hof laat in het midden of dit onder andere omstandigheden wel het geval kan zijn.

190 Zie over openbaarheid uitgebreid Van de Pol 1986 en Van Lent 2008. Een algemene uitzondering op de openbare behandeling wordt gegeven in art. 495b lid 1 Sv, dat voorschrijft dat strafzaken tegen minderjarigen achter gesloten deuren worden behandeld. Daarvan kan echter worden afgeweken, zie art. 495b lid 2 Sv.

191 Art. 269 lid 2 Sv. Het bevel kan ambtshalve, op vordering resp. verzoek van het openbaar ministerie, de verdachte of andere procesdeelnemers worden gegeven, zie ook Van Lent 2008, p. 68.

192 Een dergelijke maatregel kan worden genomen op grond van art. 124 Sv.

193 HR 9 oktober 2001, NJ 2001, 658. Zie voor een zaak waarin ordeverstoringen op de publieke tribune leidden tot een bevel tot sluiting der deuren HR 30 maart 2010, NJ 2010, 3014, m.nt. Buruma.

in de praktijk het meeste voorkomen.¹⁹⁴ Bij de bescherming van de persoonlijke levenssfeer kan het gaan om de levenssfeer van verdachten zowel als getuigen en andere procesdeelnemers. Sinds de invoering van de Wet getuigenbescherming en de daarmee gecreëerde mogelijkheden voor het horen van bedreigde getuigen is een beperking van de openbaarheid in verband met de veiligheid van getuigen minder vaak aan de orde.¹⁹⁵ Daarnaast kan de persoonlijke of gevoelige aard van de getuigenis, bijvoorbeeld in zedenzaken, een reden zijn voor (gedeeltelijke) gesloten behandeling.¹⁹⁶ Voorbeelden van sluiting van de deuren in het belang van de persoonlijke levenssfeer van de verdachte zijn in de gepubliceerde jurisprudentie niet voorhanden. Wel heeft de Hoge Raad met zoveel woorden onderkend dat beperking van de openbaarheid – in zeer uitzonderlijke omstandigheden – op deze grond mogelijk is.¹⁹⁷ Bij sluiting der deuren in verband met de goede rechtspleging zal het veelal gaan om gevallen waarin de waarheidsvinding door openbare behandeling dreigt te worden belemmerd, zoals in de situatie dat een getuige in het openbaar niet kan of durft te verklaren.¹⁹⁸ Ook kan worden gedacht aan de situatie waarin de verdachte achter gesloten deuren wenst te worden gehoord, omdat hij anders mogelijk gevaar loopt.¹⁹⁹ Het is duidelijk dat het belang van een

194 De overige in art. 269 lid 1 Sv genoemde gronden doen zich niet of nauwelijks (meer) voor: (gedeeltelijke) sluiting met een beroep op de goede zeden kwam vroeger veelvuldig voor, maar tegenwoordig praktisch niet meer. Hetzelfde geldt voor het belang van de openbare orde, zie verder Van Lent 2008, p. 81-83. Bescherming van de staatsveiligheid doet zich vooral voor in (terrorisme)zaken waarin informatie van de geheime diensten een rol speelt, maar is met de regeling van de afgeschermd getuige voor de openbaarheid minder relevant geworden, zie Van Lent 2008, p. 84-85. De bescherming van de belangen van minderjarigen is als algemene beperkingsgrond van weinig betekenis gelet op de specifieke regelingen in art. 269 lid 5 en 495b Sv.

195 Wet van 11 november 1993, *Stb.* 1993, 603. Zie verder Van Lent 2008, p. 89 e.v. Zie voor een voorbeeld van gesloten behandeling op deze grond HR 19 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8700. Overigens bestaat ook de mogelijkheid tot het horen van een getuige buiten aanwezigheid van de verdachte, zoals voorzien in art. 297 lid 3 Sv.

196 HR 4 juni 1991, *NJ* 1991, 790 en HR 9 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1332. Overigens ging het belang van de getuige om niet in het openbaar over het voorgevallene te hoeven spreken in de laatste zaak blijkens de motivering van het hof samen met het belang van waarheidsvinding.

197 HR 23 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1696. Zie voor een vergelijkbaar oordeel HR 27 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8274. Zie voor een praktische oplossing HR 6 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5408, waarin geen sprake was van sluiting der deuren maar waar bij de bespreking van de persoonlijke situatie van verdachte, de medeverdachten en hun familie werden verzocht de zaal te verlaten.

198 Ook deze categorie van gevallen doet zich met de uitbreiding van de getuigenbeschermingsregelingen minder vaak voor, zie C.H. Brants & L. Van Lent, aant. 7.6 op art. 269 (bijgewerkt tot 1 oktober 2001), in: Melai/Groenhuijsen e.a. en HR 20 april 1999, *NJ* 1999, 677, m.nt. 't Hart.

199 Rb. Amsterdam 23 december 1999, NbSr 2000, 81 (Mink K.).

goede rechtspleging in dit soort gevallen nauw samenhangt met de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.²⁰⁰

3.3.4.2 Openbaarheid en de media

Hoewel openbaarheid een belangrijk onderdeel is van het recht op een eerlijk proces en ertoe strekt bij te dragen aan de legitimiteit van het strafproces, heeft een grote mate van openbaarheid in de vorm van mediabelangstelling ook een keerzijde. Zo overwoog het Hof in de zaak Worm, waarin het ging om een veroordeling van een journalist wegens het publiceren van een krantenartikel waarmee de rechtsgang kon worden beïnvloed:

‘(...) it cannot be excluded that the public’s becoming accustomed to the regular spectacle of pseudo-trials in the news media might in the long run have nefarious consequences for the acceptance of the courts as the proper forum for the determination of a person’s guilt or innocence on a criminal charge.’²⁰¹

Het EHRM achtte de strafrechtelijke veroordeling van Worm niet in strijd met artikel 10 EVRM. Hoewel het in deze zaak dus niet ging om een beperking van de openbaarheid in de zin van artikel 6 EVRM, zijn de overwegingen en het toetsingskader van het Hof hiervoor wel van belang, nu het gaat om het beperken van de (van openbaarheid onderdeel uitmakende) publiciteit.²⁰² Een uitzonderlijke situatie deed zich voor in de zaak V. en T. tegen het Verenigd Koninkrijk.²⁰³ Het betrof de strafzaak tegen twee elfjarige jongens die werden verdacht van de moord op een tweejarig kind. Het strafproces vond plaats in een sfeer van grote vijandigheid jegens de verdachten, en hoewel de zittingsrechter verschillende maatregelen had genomen om ervoor te zorgen dat de verdachten het proces goed zouden kunnen volgen, was dit volgens het Europese hof onvoldoende om te kunnen spreken van een eerlijk proces. De enorme en extreem negatieve aandacht van media en publiek was zodanig dat de verdachten niet effectief hadden kunnen deelnemen aan het strafproces. De openbaarheid van de zitting, een belangrijke waarborg voor een eerlijk

200 Zie ook HR 4 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:473, waarin het belang van de minderjarige getuige en het belang van waarheidsvinding samenvielen.

201 EHRM 29 augustus 1997, appl.no. 22714/93 (Worm v. Austria), par. 54. Zie voor dezelfde formulering EHRM 26 april 1976, appl.no. 6538/74 (Sunday Times v. UK), par. 63, maar dan over de acceptatie van rechtbanken als ‘the proper forum for the settlement of legal disputes.’

202 Zie in dezelfde zin ECRM 9 maart 1987, appl.nos. 11553/85 + 11658/85 (Hodgson, Woolf Productions Ltd. and National Union of Journalists & Channel Four Television v. UK), waarin het ging om een tv-programma waarin een lopende rechtszaak door acteurs zou worden nagespeeld.

203 EHRM 16 december 1999, appl.no. 24888/94 (V. v. UK) par. 85-90; EHRM 16 december 1999, appl.no. 24724/94 (T. v. UK), par. 83-89.

proces, tastte hier juist de eerlijkheid aan.²⁰⁴ En, in de woorden van Lord Reed in zijn concurring opinion bij deze uitspraken: 'If the holding of a public trial is incompatible with the holding of a fair trial, it is the latter which must take priority.' In dergelijke situaties kan dus van de overheid worden gevergd dat zij maatregelen neemt, al dan niet bestaand in een beperking van de openbaarheid, om een eerlijk proces te garanderen. Daar staat tegenover dat – zeker in geruchtmakende strafzaken – een openbare behandeling van belang is voor de legitimiteit van en het vertrouwen in de rechtsgang.²⁰⁵

In dit verband is verder van belang dat het vereiste van openbaarheid niet ziet op het vooronderzoek. Het Europese Hof heeft aanvaard dat de belangen van personen om niet reeds in het vooronderzoek publiekelijk als verdachte te worden aangemerkt én de onderzoeksbelangen van justitie, een niet-openbaar vooronderzoek kunnen rechtvaardigen.²⁰⁶ De regeling rondom de externe openbaarheid, inclusief de mogelijke beperkingen daarvan, zijn dan ook niet van toepassing in de voorfase van het strafproces. Veel van de media-aandacht in strafzaken speelt zich echter juist in deze voorfase af. De werkwijze en dynamiek van de hedendaagse media brengen immers mee dat niet zozeer het verslag van de terechtzittingen als wel het zo vroeg mogelijk publiceren van informatie, *scoops*, quotes en meningen, de meeste aandacht opeist.²⁰⁷ Het reguleren of beperken van dergelijke *pre-trial publicity* staat echter niet in de sleutel van een beperking van de openbaarheid, maar in de sleutel van artikel 10 EVRM en de mogelijkheid van beperking van de vrijheid van meningsuiting om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen.²⁰⁸

De meeste discussies over openbaarheid van rechtszaken in Nederland gaan de laatste jaren over de aanwezigheid en de rol van de pers. De toegenomen belangstelling voor (straf)zaken en de opkomst van de nieuwe media zijn de aanleiding geweest voor de invoering van de nieuwe Persrichtlijn in 2013.²⁰⁹ Met deze richtlijn is gekozen voor grotere transparantie in die zin dat meer ruimte wordt geboden voor het maken van film- en geluidsopnamen van rechtszittingen. In strafzaken is het uitgangspunt dat de gehele zitting mag worden opgenomen, met dien verstande dat van getuigen en slachtoffers geen beeld- of geluidsopnamen mogen worden gemaakt, behalve wanneer

204 Van Lent 2008, p. 60-62.

205 Van Lent 2008, p. 62.

206 Vgl. EHRM 15 juli 2003, appl.no. 33400/96 (Ernst and others v. Belgium), par. 68. Het Hof heeft in andere uitspraken aangenomen dat sommige deelrechten van art. 6 EVRM, zoals de onschuldpresumptie en bepaalde verdedigingsrechten, wel in het vooronderzoek van toepassing zijn, zie daarover uitgebreid Van Kempen 2011. Het recht op een openbare behandeling maakt daar in beginsel geen onderdeel van uit, hoewel dit onder omstandigheden anders kan zijn, vgl. EHRM 15 november 2005, appl.no. 67175/01 (Reinprecht v. Austria), par. 41, over voorlopige hechtenis.

207 Zie daarover ook par. 2.3.

208 Zie daarover de bespreking van art. 10 EVRM in par. 3.7.

209 Zie hierover Verweij 2013, p. 402 e.v.

zij daarin zelf toestemmen. De verdachte mag zonder zijn toestemming evenmin in beeld worden gebracht, maar zijn stem mag wel worden opgenomen, tenzij hij daartegen bezwaar maakt en de rechtbank dit bezwaar toewijst.²¹⁰ De gerechten houden op rechtspraak.nl een overzicht bij van beslissingen waarin het maken van opnamen (gedeeltelijk) is beperkt. In dergelijke zaken wordt veelvuldig verwezen naar het belang de feiten ‘in alle rust’ te kunnen behandelen. Ook de omstandigheid dat de verdachte in vrijheid en onbelemmerd moet kunnen verklaren, en daarmee het belang van waarheidsvinding, wordt geregeld aan een beslissing tot beperking van opnamen ten grondslag gelegd.²¹¹ Al met al leidt de regeling in voorkomende gevallen tot enige discussie in de rechtszaal, maar is de aanwezigheid van de (audiovisuele) pers bij strafzaken nauwelijks meer controversieel. Meer problematisch is de soms overweldigende publiciteit rondom het vooronderzoek, waarbij al veel informatie over strafzaken wordt gedeeld voordat de zaak überhaupt op een zitting is behandeld. Zoals hiervoor uiteengezet is dit echter niet een kwestie van (beperking van de) openbaarheid, maar een verschijnsel dat verband houdt met de vrijheid van meningsuiting en de daarvan deel uitmakende persvrijheid.

3.4 WAARHEIDSVINDING

Het streven om het strafproces in overeenstemming met de waarheid te laten plaatsvinden en op grond daarvan recht te doen vormt de tweede component van de goede strafrechtspleging. De doelstelling van waarheidsvinding vloeit rechtstreeks voort uit het gegeven dat het strafproces ertoe strekt de toepassing van het materiële strafrecht mogelijk te maken. Doelen van het strafrecht, zoals vergelding, normbevestiging, generale en speciale preventie, kunnen immers pas dan adequaat worden verwezenlijkt wanneer (alleen) de schuldige aan een strafbaar feit wordt bestraft. Waarheidsvinding is, met andere woorden, een noodzakelijke voorwaarde voor een juiste toepassing van het strafrecht.²¹² Voordat op de voor dit onderzoek meest relevante verschillen tussen de inquisitoire en adversaire procestraditie wordt ingegaan (paragraaf 3.4.2 en 3.4.3), zal eerst kort worden stilgestaan bij de kanttekeningen die te maken zijn bij de op zichzelf weinig controversiële vaststelling dat het in het strafproces om ‘de waarheid’ draait (paragraaf 3.4.1). Afgesloten wordt met een paragraaf over de wijze waarop de waarheidsvinding vorm krijgt in de rechtspraak van het EHRM (paragraaf 3.4.4).²¹³

210 Persrichtlijn 2013, p. 9 (raadpleegbaar op rechtspraak.nl).

211 ‘Opnamen in de rechtszaal door media’ op rechtspraak.nl.

212 Crijns & Van der Meij 2005, p. 46.

213 Hoewel bij waarheidsvinding een EVRM-perspectief minder voor de hand ligt dan bij rechtsbescherming, wordt hieraan toch aandacht besteed omdat dit de in de navolgende hoofdstukken te maken vergelijking tussen het Engelse en het Nederlandse stelsel van waarborgen vergemakkelijkt.

3.4.1 Betekenis en beperkingen van het doel van waarheidsvinding

In het strafproces draait het om wat in de literatuur de ‘materiële’ waarheid wordt genoemd en waarmee wordt bedoeld op hetgeen in werkelijkheid is voorgevallen. Die materiële waarheid wordt vaak gecontrasteerd met het begrip ‘formele’ of ‘relatieve’ waarheid, dat in verband wordt gebracht met het waarheidsbegrip in civiele zaken, waar de rechtsstrijd wordt beperkt tot de feiten zoals die door de partijen zijn gepresenteerd. Ook in de adversaire strafstelsels wordt de waarheidsvinding in overwegende mate aan de procespartijen overgelaten.²¹⁴ In de literatuur wordt het verschil tussen beide waarheidsbegrippen echter gerelativeerd: óók in de civiele procedure wordt ernaar gestreefd recht te doen op basis van de werkelijk aan het geschil ten grondslag liggende feiten,²¹⁵ en óók in de adversaire strafprocedure wordt getracht recht te doen op basis van wat daadwerkelijk is voorgevallen.²¹⁶ Wel bestaat er een wezenlijk verschil in de wijze waarop wordt geprobeerd die werkelijkheid te achterhalen.²¹⁷

Wanneer wordt gesproken over de materiële waarheid dringt zich de vraag op wat daaronder moet worden verstaan. Het is inmiddels tamelijk algemeen aanvaard dat ‘de’ waarheid niet bestaat, in die zin dat de perceptie van de waarheid altijd een element van subjectiviteit in zich draagt.²¹⁸ Daarbij is tevens van belang dat het in de context van een proces altijd gaat om een reconstructie van het gebeurde vanuit een juridisch perspectief. De formeelrechtelijke kaders van het strafproces bepalen de wijze waarop de waarheidsvinding plaatsvindt en het aan de verdachte gemaakte strafrechtelijke verwijt, geconcretiseerd in de tenlastelegging, bepaalt de reikwijdte van het te reconstrueren feitencomplex.²¹⁹ Daarbij moeten strafvorderlijke spelregels in acht worden genomen, op grond waarvan bepaalde methoden van waarheidsvinding als onrechtmatig worden beschouwd en het daarmee verkregen bewijsmateriaal buiten beschouwing moet worden gelaten.²²⁰ Daarmee kán de waarheidsvinding gediend zijn (bijvoorbeeld wanneer het gaat om onder druk afgelegde verklaringen), maar het is ook mogelijk dat de onrechtmatige opsporingsmethoden voor de waarheidsvinding zeer relevante feiten hebben opgeleverd, bijvoorbeeld na een onrechtmatige telefoontap of huiszoeking. Hier tekent zich dus een potentiële spanning af tussen de twee hoofddoelstellingen van

214 Cleiren 2001, p. 12-13; Crijns & Van der Meij 2005, p. 48-49. Zie ook Summers 1999, p. 498-499.

215 Klaassen 2001, p. 47-48;

216 Spencer 2003, p. 29-30.

217 Zie daarover de navolgende paragrafen 3.4.2. en 3.4.3.

218 Vgl. Nijboer 1993, p. 14-17; Crijns 2008, p. 18-19.

219 Zie Cleiren 2001, p. 12.

220 Zie over de grenzen van bewijsvergaring in het licht van de doelstellingen van het strafprocesrecht uitgebreider Hirsch Ballin 2018.

het strafproces, te weten waarheidsvinding en rechtsbescherming.²²¹ Het doel van waarheidsvinding in het strafproces kan dan ook niet worden verabsoluteerd, maar dat neemt niet weg dat de procedure er onverkort op moet zijn gericht de ‘echte gebeurtenissen’ zo optimaal mogelijk te reconstrueren. Het gaat er, anders gezegd, om de voor de juridische beoordeling relevante feiten binnen de strafvorderlijke kaders boven tafel te krijgen,²²² zodat de in het strafproces gevonden waarheid overeenkomt met hetgeen daadwerkelijk is voorgevallen.²²³ Waar in het vervolg van dit onderzoek wordt gesproken over de materiële waarheid wordt dus niet zozeer bedoeld op een absolute waarheid, voor zover men daarvan überhaupt kan spreken, maar op het streven om recht te doen op basis van hetgeen werkelijk is voorgevallen.

3.4.2 Waarheidsvinding in de inquisitoire procestraditie

Waar het gaat om waarheidsvinding kenmerkt de inquisitoire procesvoering zich door een verticale structuur, waarbij het onderzoek wordt geleid door een overheidsinstantie. De achterliggende idee is dat er één waarheid bestaat, die het beste kan worden achterhaald door een neutrale instantie die niet alleen zoekt naar aanwijzingen voor de schuld van de verdachte, maar ook naar aanwijzingen voor diens onschuld.²²⁴ Er ligt een grote nadruk op het (geheime) vooronderzoek en het in dat kader verzamelde bewijs, dat wordt neergelegd in een schriftelijk dossier dat de basis vormt voor de berechting. De verdachte is daarbij primair object van onderzoek. De onderzoekende overheidsinstantie beschikt over uitgebreide onderzoeksbevoegdheden en een bekentenis, die in vroeger tijden zelfs met behulp van de pijnbank werd afgedwongen, is een belangrijk bewijsmiddel.²²⁵ Na afronding van het vooronderzoek zal de rechter zich ter zitting, aan de hand van het in het vooronderzoek samengestelde strafdossier, een oordeel vormen over de juridisch relevante feiten en de daaruit voortvloeiende schuld of onschuld van de verdachte. Hij verifieert met andere woorden aan de hand van de tenlastelegging de in het vooronderzoek vastgestelde voorlopige versie van de waarheid.²²⁶ Tegenpraak ter zitting, door verdachte en verdediging, is geen essentieel onderdeel

221 Crijns 2008, p. 24-26. Zie over deze verhouding ook Garé 1997, p. 343-344, die betoogt dat de rechtmatigheid van de bewijsvergaring medebepalend is voor de kwaliteit ervan. Vgl. over art. 359a Sv uitgebreider Dubelaar 2009, p. 93 e.v. en in Amerikaanse context Summers 1999, p. 499-500 en 506-508.

222 Daarbij is ook van belang over welke fase van het strafproces men spreekt, zie Crijns 2008, p. 51-53.

223 Van der Meij 2010, p. 44 en Crijns 2008, p. 21. Zie ook Knigge 2006, p. 43: ‘De waarheid is wat daarvoor in redelijkheid mag worden gehouden als uitkomst van het tegen de verdachte gevoerde contradictoire strafproces.’

224 De Hert & Decaigny 2013, p. 56-57.

225 Cleiren 2001, p. 17.

226 Cleiren 2001, p. 16.

van de waarheidsvinding, maar vormt daarbij een hulpmiddel. Ook wanneer niet door of namens de verdachte wordt gewezen op onrechtmatigheden of de onvolledigheid van het onderzoek, zal de rechter zich ervan moeten vergewissen dat het proces volgens de regels verloopt en dat hij beschikt over alle benodigde informatie, bij gebreke waarvan hij ambtshalve nader onderzoek zal bevelen.²²⁷ Het achterliggende idee is dat een reconstructie van de ware toedracht in een deugdelijk uitgevoerd strafproces haalbaar is.²²⁸

Deze inquisitoire uitgangspunten zijn duidelijk herkenbaar in de vormgeving van het Nederlandse strafproces, met name waar het gaat om het vooronderzoek, dat doorgaans als gematigd inquisitoir wordt gekenschetst.²²⁹ De vervolging wordt geleid door het openbaar ministerie dat als magistraatelijk overheidsorgaan de taak heeft zowel belastend als ontlastend bewijsmateriaal te verzamelen. Het doel is materiële waarheidsvinding, waarbij de verdachte van oudsher primair object van onderzoek is en de rechter een eigen verantwoordelijkheid heeft voor de volledigheid en uitkomst van het proces.²³⁰ Deze inquisitoire uitgangspunten zijn bij de invoering van het Wetboek van Strafvordering in 1926 grotendeels intact gebleven,²³¹ hoewel de positie van de verdediging wel behoorlijk werd verbeterd.²³² Het eindonderzoek kent een meer tegensprekelijk karakter en wordt als gematigd accusatoir/adversair beschouwd.²³³ Het onderzoek ter zitting werd door de wetgever ingericht vanuit de gedachte dat de rechter zo min mogelijk mocht worden gehinderd bij het zoeken naar de materiële waarheid.²³⁴ De strafrechter heeft een actieve rol, die onder meer tot uitdrukking komt in allerlei bepalingen waarmee aan de rechter zelfstandige bevoegdheden zijn toegekend.²³⁵ Het grote belang dat de wetgever hechtte aan het eindonderzoek werd echter al snel gerelati-

227 Brants 2008b, p. 12.

228 Grande 2009, p. 146-147.

229 E. Sikkema, aant. 3.4 op art. 27 (bijgewerkt tot 15 oktober 2008), in: Melai/Groenhuijsen e.a.

230 Cleiren 2011a, p. 107-109.

231 Bij het ontwerp van dat wetboek werd dan ook voortgebouwd op de systematiek van de daaraan voorafgaande, sterk inquisitoire wetboeken (het Wetboek van Strafvordering uit 1838 en de voorgaande Code d'Instruction Criminelle), zie Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 7; Van der Meij 2010, p. 33.

232 Zie de memorie van toelichting bij het wetboek van 1926, *Kamerstukken II* 1913/14, 286, 3, p. 55-56 en 68-69; Spronken 2001, p. 28-30.

233 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, 3, p. 55; Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 8.

234 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, 3, p. 116: 'Zooveel mogelijk werd daarbij uitgegaan van het denkbeeld, dat eenerzijds alles uit den weg behoort te worden geruimd, wat den rechter zou kunnen hinderen bij zijn zoeken naar de materiele waarheid, terwijl aan den anderen kant aan de rechten der verdediging eene zoo ruime uitbreiding moest worden gegeven als mogelijk is zonder het belang van dat onderzoek te schaden.'

235 Zo kan de rechter ambtshalve getuigen en deskundigen oproepen of ander onderzoek bevelen, zelfs na sluiting van het onderzoek ter terechtzitting, zie onder meer art. 258 lid 5, 263 lid 4, 287, 310 en 315-318 Sv. Zie over (de verschillen tussen rechters in) de praktijk Ferdinandusse 2018.

veerd met het *de auditu*-arrest.²³⁶ In de daaruit voortkomende ‘papieren’ procescultuur, waarin het bewijs grotendeels in het vooronderzoek wordt verzameld en gebundeld in een procesdossier, dat vervolgens de basis vormt voor het onderzoek ter terechtzitting, is het zwaartepunt van de waarheidsvinding in het vooronderzoek komen te liggen.²³⁷ In de thans voorliggende plannen van het moderniseringstraject van het Wetboek van Strafvordering wordt het belang van het vooronderzoek zelfs nog versterkt.²³⁸ Dat doet op zichzelf niet af aan het uitgangspunt dat de rechter eindverantwoordelijk is voor de waarheidsvinding en daarbij een actieve rol heeft, die onder meer tot uitdrukking komt in allerlei bepalingen waarmee aan de rechter zelfstandige bevoegdheden zijn toegekend.²³⁹ Wel is de tendens om de invulling van de rechterlijke onderzoeks- en motiveringsplicht in toenemende mate te laten afhangen van door de verdediging of het openbaar ministerie gevoerde verweren en opgeworpen (discussie)punten, van betekenis voor de mate van activiteit die de rechter zal ontplooiën.²⁴⁰

3.4.3 Waarheidsvinding in de adversaire procestraditie

De adversaire procestraditie kenmerkt zich door een strijd tussen twee gelijkwaardige partijen, een aanklager en een verdediging, die afzonderlijk onderzoek doen en bewijs verzamelen. Er is geen gezamenlijk procesdossier en de nadruk ligt op het onderzoek ter zitting, waar het bewijs wordt gepresenteerd ten overstaan van een (passieve) rechter, die al dan niet in combinatie met een jury uitspraak doet. De rechter heeft geen bemoeienis met de feitenvaststelling maar beoordeelt of de rechtsstrijd volgens de procedurele regels verloopt, en controleert aan de hand van de relatief strenge bewijsregels de toelaatbaarheid en betrouwbaarheid van het bewijs.²⁴¹ Ook hier is het doel het vinden van de waarheid, maar de gedachte is dat de waarheid zich zal openbaren door de confrontatie van de stellingen en bewijzen die door beide partijen worden ingebracht.²⁴² Het daarbij horende waarheidsbegrip wordt vaak als meer relatief aangeduid: omdat een volledig objectieve kijk op de zaak niet mogelijk is wordt de waarheid het dichtst benaderd door ‘het contrast tussen

236 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, 3, p. 62 en HR 20 december 1926, NJ 1927, 85.

237 Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, p. 826.

238 De gedachte is dat vrijwel al het onderzoek in het vooronderzoek wordt verricht zodat het dossier ‘panklaar’ aan de zittingsrechter kan worden aangeleverd, zie daarover memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Vaststellingswet Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Berechting), p. 7-8 (te raadplegen op rijksoverheid.nl). Zie uitgebreid Dubelaar & Ten Voorde 2016, p. 6-9.

239 Zie voor een uitgebreide bespreking Vellinga 2015, onder meer p. 19-25 en 32-43.

240 Vgl. Franken 2006b, p. 403-410; Fokkens 2005, p. 139 e.v.; Ferdinandusse 2018. Zie ook par. 2.4.4.

241 De Hert & Decaigny 2013, p. 56; Damaska 1973, p. 550-552.

242 Brants 2008b, p. 226-228.

twee versies van de gebeurtenissen'.²⁴³ Tegenspraak is geen hulpmiddel maar de essentie van dit type procedure.²⁴⁴ Hoewel het onderliggende doel – recht spreken in overeenstemming met hetgeen daadwerkelijk is gebeurd – niet anders is dan in een inquisitoire procedure, heeft de lijdelijke rechter in een adversair proces de taak noch de bevoegdheden om zelf aan de reconstructie van de waarheid bij te dragen. Hij zal moeten uitgaan van de door partijen gepresenteerde, al dan niet uiteenlopende versies van de waarheid. Wanneer er sprake is van een jury is de beslissing over de feiten vaak zelfs helemaal aan de rechter onttrokken.²⁴⁵ Door die sterke nadruk op partijautonomie is de kwaliteit van de waarheidsvinding in grotere mate afhankelijk van de inspanningen van de procespartijen en de mogelijkheden die zij hebben om feitenonderzoek te (laten) verrichten.²⁴⁶

Bij het voorgaande dient in zoverre een kanttekening te worden gemaakt dat het een zeer beknopte en ideaaltypische omschrijving betreft. In de praktijk bestaan grote onderlinge verschillen binnen de uiteenlopende procedures van beide rechtstradities, terwijl bovendien in de praktijk geen puur inquisitoire of adversaire procesvormen voorkomen.²⁴⁷ Net zoals in de Nederlandse, van oudsher inquisitoire procedure inmiddels veel adversaire elementen zijn geïncorporeerd,²⁴⁸ zijn in veel landen met een adversaire procestraditie juist kenmerken van een inquisitoire stijl te herkennen.²⁴⁹ Waar het hier echter met name om gaat is het geven van een schets van de uiteenlopende wijzen waarop in de verschillende strafprocessuele stelsels in de kern hetzelfde doel wordt nagestreefd.

3.4.4 Waarheidsvinding in de rechtspraak van het EHRM

De in de vorige paragrafen aangestipte verschillen tussen de wijze van waarheidsvinding in de inquisitoire en adversaire rechtstraditie worden ook door het Europese Hof onderkend.²⁵⁰ Concrete criteria waaraan een strafproces

243 Brants 2008b, p. 227; Hodgson 2006, p. 225.

244 Brants 2008b, p. 227.

245 Zie voor een historische achtergrond Grande 2009, p. 6-8.

246 Jörg, Field & Brants 1995, p. 53.

247 Damaska 1973, p. 562-565.

248 Zie ook Brants 2008b, p. 228, die erop wijst dat het EHRM weliswaar de mogelijkheid van tegenspraak vereist, maar dat daarmee niet de adversarialiteit is gegeven nu beide begrippen van elkaar moeten worden onderscheiden.

249 Zowel in de toename van opsporingsbevoegdheden in het vooronderzoek, zie Spencer 2002, p. 5 en 15-16, als in de verplichting voor de aanklager om ook ontlastend materiaal in te brengen: Ringnalda 2013, p. 344-347.

250 Vgl. EHRM 27 juni 1968, appl.no. 1936/63 (Neumeister v. Austria), par. 21: het feit dat de rechter in continentale rechtssystemen verantwoordelijk is voor de waarheidsvinding, brengt bijv. mee dat van hem ook kan worden gevergd dat hij alle noodzakelijke inspanningen verricht om die waarheid te achterhalen.

moet voldoen om wat betreft het vinden van de waarheid door de Straatsburgse beugel te kunnen zijn, gelet op die verschillen, niet te vinden. Wel kan aan de hand van een bestudering van de uitleg van verschillende deelrechten van artikel 6 EVRM en de invulling daarvan in de rechtspraak inzicht worden verkregen in de wijze waarop waarheidsvinding het strafproces normeert.²⁵¹ In het kader van dit onderzoek zal slechts op enkele aspecten hiervan worden ingegaan.

In de rechtspraak over artikel 6 EVRM komt waarheidsvinding meestal zijdelings of impliciet aan de orde. Daarbij kan worden gedacht aan de rechtspraak over de (on)toelaatbaarheid van bewijsmateriaal en motiveringsverplichtingen. Wat betreft die eerste categorie geldt als uitgangspunt dat de toelaatbaarheid en waardering van bewijsmateriaal een nationale kwestie is. Het Hof grijpt slechts in wanneer de bewijsvoering onverenigbaar is met artikel 6 EVRM.²⁵² Dat kan zich voordoen wanneer een belastende getuige niet door de verdediging is ondervraagd.²⁵³ Het grote belang dat het EHRM hecht aan het ondervragingsrecht van de verdediging houdt enerzijds verband met het uitgangspunt van *equality of arms*, anderzijds speelt ook nadrukkelijk de betrouwbaarheid van het bewijs – en daarmee de waarheidsvinding – een rol.²⁵⁴ Ten aanzien van de tweede categorie (motiveringsvereisten) geldt dat het Hof in zijn algemeenheid weinig concrete eisen stelt aan de motivering van rechterlijke uitspraken. De reden daarvoor kan zijn gelegen in het feit dat jury's hun beslissingen doorgaans niet (mogen) toelichten.²⁵⁵ Toch kan uit verschillende uitspraken worden afgeleid dat voor een verdachte voldoende duidelijk moet zijn op welke gronden hij schuldig is verklaard.²⁵⁶ Ook die verplichting draagt – indirect – bij aan de waarheidsvinding in die zin dat in de rechterlijke uitspraak wordt geëxpliciteerd hoe tot de vaststelling van die waarheid is gekomen.

Naast deze en andere kwesties waarin waarheidsvinding in de Europese rechtspraak min of meer impliciet een rol speelt,²⁵⁷ laat het Hof zich soms

251 Zie daarvoor uitgebreider Ölçer 2014, p. 488-498.

252 Vgl. EHRM 26 maart 1996, appl.no. 20524/92, *NJ* 1996, 741 (Doorson v. the Netherlands), par. 67.

253 Zie EHRM 10 juli 2012, appl.no. o. 29353/06 (Vidgen v. the Netherlands), par. 45-47; zie over deze problematiek uitgebreid de dissertatie van De Wilde 2015.

254 Dubelaar 2014, p. 116. In de omgekeerde situatie, waarin de verdediging ontlastend bewijs wil inbrengen, geldt niet als uitgangspunt een onbeperkt recht op het horen van getuigen *à décharge*, zie EHRM 22 april 1992, appl.no. 12351/86 (Vidal v. Belgium); Dubelaar 2014, p. 114.

255 Vgl. EHRM 15 november 2001, appl.no. 54210/00 (Papon v. France), par. 6: het betrof een zaak voor het Assisen-hof, waarbij de juryleden zich weliswaar niet hoefden uit te laten over (de redenen voor) hun overtuiging, maar zij wel 768 vragen van de rechter hadden beantwoord (met 'ja' of 'nee'), waardoor voldoende duidelijkheid was verkregen over de aan het oordeel ten grondslag liggende redenen.

256 EHRM 6 september 2005, appl.no. 65518/01 (Salov v. Ukraine), par. 92; EHRM 8 april 2008, appl.no. 7170/02 (Gradinar v. Moldova), par. 109-115.

257 Zie daarover uitgebreider Ölçer 2012.

ook meer expliciet uit over de inspanningen die van de overheid gevergd kunnen worden om de waarheid aan het licht te brengen. Dit spitst zich vaak, maar niet uitsluitend,²⁵⁸ toe op zaken waarin burgers om het leven zijn gekomen door overheids geweld.²⁵⁹ Het Hof vereist in dergelijke gevallen een 'effectief en adequaat' onderzoek, inhoudende dat er op de staat een inspanningsverplichting rust om de toedracht en verantwoordelijken op te sporen en daarbij de voor hand liggende handelingen – zoals het veiligstellen van sporen – te verrichten.²⁶⁰ Dat adequate (opsporings)onderzoek moet tevens worden gevolgd door effectieve vervolging en bestrafing, waarbij zowel processuele aspecten zoals de (juridische en feitelijke) mogelijkheid van vervolging, als materiële aspecten (zoals de uitleg van delictsbestanddelen en de hoogte van de op te leggen straf) een rol spelen.²⁶¹

Het spreekt voor zich dat deze door het EHRM aangenomen inspanningsverplichting meebrengt dat de overheid maatregelen mag, en soms zelfs moet nemen om die waarheidsvinding in het kader van een strafproces mogelijk te maken. Hier ontbreekt de plaats om in te gaan op alle (dwang)middelen die de overheid in dat verband kan inzetten. In relatie tot contempt of court is wel van belang dat het Hof aanvaardt dat het proces van waarheidsvinding (ook) met strafrechtelijke middelen wordt gewaarborgd. Zo is een meeneed-procedure, ook wanneer die gepaard gaat met een onmiddellijke aanhouding waardoor druk op de getuige zal komen te staan, niet in strijd met het Verdrag, nu een dergelijk effect 'must be accepted as an element of the general protection of the criminal procedure as such'.²⁶² Wanneer aannemelijk is dat getuigen zijn beïnvloed of bedreigd is het voor het Hof bovendien evident dat daar in de strafprocedure consequenties aan worden verbonden: 'No court could be expected to allow the integrity of its proceedings to be subverted

258 Vgl. EHRM 28 juli 1998, appl.no. 23818/94 (*Ergi v. Turkey*), par. 82 (over die verplichting in geval van de dood van een burger anders dan door overheids geweld); EHRM 4 december 2003, appl.no. 39272/98 (*M.C. v. Bulgaria*), par. 181-184 (over onderzoek in zedenzaken) en EHRM 8 april 2004, appl.no. 26307/95 (*Tahsin Acar v. Turkey*), par. 226 (over de situatie dat een burger wordt vermist).

259 Vgl. EHRM 19 februari 1998, appl.no. 22729/93 (*Kaya v. Turkey*), par. 89; EHRM 15 mei 2007, appl.no. 53291/99 (*Ramsahai and others v. the Netherlands*), par. 329-341; EHRM 20 november 2014, appl.no. 47708/08 (*Jaloud v. the Netherlands*), par. 183-228.

260 EHRM 15 mei 2007, appl.no. 53291/99 (*Ramsahai and others v. the Netherlands*), par. 323-325. Bovendien zal het onderzoek, mede met het oog op het publiek vertrouwen, moeten worden verricht door een onafhankelijke instantie, zie EHRM 8 april 2004, appl.no. 26307/95 (*Tahsin Acar v. Turkey*), par. 222-224.

261 Zie voor een (processueel) voorbeeld EHRM 26 maart 1985, appl.no. 8978/80, *NJ* 1985, 525 (*X. and Y. v. the Netherlands*), en voor een uitgebreide bespreking van deze zogenoemde positieve verplichtingen Vellinga-Schootstra & Vellinga 2008.

262 ECHR 2 maart 1983, appl.no. 8744/79 (*X and Y v. Germany*), p 144.

in this way.²⁶³ Aan de andere kant is duidelijk dat er grenzen zijn aan de wijze waarop en de middelen waarmee waarheidsvinding kan plaatsvinden.²⁶⁴ Bezien vanuit mensenrechtelijk perspectief vindt die waarheidsvinding zijn begrenzing in de aanspraken die voortvloeien uit andere rechten uit het EVRM.²⁶⁵ In het kader van dit onderzoek zullen deze grenzen van waarheidsvinding niet verder in kaart worden gebracht. Eén aspect dat specifiek in verband met contempt of court van belang is, de mogelijke beperking van de waarheidsvinding die voortvloeit uit het recht op bronbescherming door journalisten,²⁶⁶ komt hierna in paragraaf 3.7.3 aan bod.

3.5 GEZAG VAN DE RECHTSPRAAK

Een belangrijk onderdeel van de goede rechtspleging is het uitgangspunt dat rechtspraak geschiedt door daarvoor als zodanig ingestelde gerechten, wier bevoegdheid en gezag in de samenleving algemeen wordt aanvaard. Anders dan het streven een proces eerlijk en in overeenstemming met de waarheid te laten verlopen, vormt het gezag van de rechtspraak geen zelfstandig doel van het strafproces, maar valt het te beschouwen als een randvoorwaarde om de doelen te kunnen realiseren. Het is bovendien een voorwaarde die nauw verband houdt met contempt of court, nu dat instrument er – zoals in de hiernavolgende hoofdstukken uitgebreider zal blijken – van oudsher ook toe strekt het gezag van de rechterlijke macht te waarborgen. In deze paragraaf wordt uiteengezet wat in dit onderzoek onder gezag van de rechtspraak wordt verstaan. Daarbij wordt eerst ingegaan op enkele benaderingen van en theorieën over gezag en legitimiteit (paragraaf 3.5.1). Daarna wordt ingezoomd op het gezag van de rechtspraak (paragraaf 3.5.2).

3.5.1 Gezag als legitieme machtsuitoefening

Gezag of autoriteit – beide termen corresponderen met het Engelse woord *authority* – kan op verschillende manieren worden gedefinieerd. In de letterlijke

263 EHRM 15 december 2011, appl.nos. 26766/05 + 22228/06 (Al-Khawaja & Tahery v. UK), par. 123. In die zaak oordeelde het Hof dat het feit dat de verdediging deze (beslissende) getuige niet kon ondervragen, gelet op die eerdere bedreigingen, niet in strijd was met art. 6 lid 3 EVRM.

264 Zie ook par. 3.4.1.

265 Zie bijv. over bewijsverkrijging door foltering EHRM 20 juni 2006, appl.no. 46213/99 (Örs and others v. Turkey), par. 60 en voor een bijzonder geval EHRM 1 juni 2010, appl. no. 22978/05 (Gäfgen v. Germany), par. 169-188; en in relatie tot het *nemo tenetur*-beginsel EHRM 17 december 1996, appl.no. 19187/91 (Saunders v. UK), par. 68; zie verder Stevens 2007.

266 Zoals in de hoofdstukken vier en vijf zal blijken is de weigering om de bron van bepaalde informatie vrij te geven immers in veel *common law*-stelsels een vorm van contempt of court.

zin van het woord verwijst het naar macht of machtsuitoefening, waarbij dit begrip vaak in relatie tot de overheid wordt gebruikt.²⁶⁷ In het kader van dit onderzoek gaat het om gezag dat door degenen over wie het gezag wordt uitgeoefend, ook als zodanig wordt aanvaard. Dergelijke ‘aanvaarde macht’²⁶⁸ schurkt dicht aan tegen het begrip ‘legitimiteit’. De begrippen worden ook niet altijd duidelijk onderscheiden. Omdat het in dit onderzoek gaat om de aanvaarding van de machtsuitoefening van de rechter op het gebied dat hem is toevertrouwd – de rechtspraak – worden de verschillende begrippen hier door elkaar heen gebruikt. Centraal staat steeds de gelegitimeerde machtsuitoefening door de rechter.

Dat brengt ons bij de vraag wanneer die machtsuitoefening als legitiem wordt beschouwd. Daarmee betreft men een zeer breed en interdisciplinair onderzoeksterrein met wortels in de vroege politieke filosofie. In studies over legitimiteit worden tegenwoordig doorgaans twee perspectieven onderscheiden. Enerzijds de normatieve benadering, waarin legitimiteit wordt gedefinieerd aan de hand van politieke, rechtstheoretische en -filosofische uitgangspunten waaraan een legitieme machtsuitoefening moet voldoen. Anderzijds is er de empirische benadering, waar legitimiteit vanuit een meer sociaalwetenschappelijk perspectief wordt gezien. In die benadering is pas sprake van legitimiteit als dit door de mensen die ermee te maken hebben als zodanig wordt ervaren.²⁶⁹ In veel van de meer recente opvattingen over legitimiteit liggen zowel normatieve als empirische aspecten besloten.²⁷⁰ Vanwege het belang van het begrip ‘gezag van de rechtspraak’ voor dit onderzoek zullen hierna de meest belangrijke benaderingen in grote lijnen worden uiteengezet.

3.5.1.1 Normatieve benaderingen van gezag

De normatieve benadering van gezag vindt zijn oorsprong in politiek- en rechtsfilosofische beschouwingen over legitieme machtsuitoefening door de overheid. De theorie van het sociaal contract van Jean-Jacques Rousseau, waarmee hij voortborduurde op andere denkers zoals Thomas van Aquino, Hobbes en Locke, biedt een belangrijke basis voor het denken over gerechtvaardigde macht. Rousseau beredeneerde dat het, voor een samenleving waarin

267 Van Dale definieert gezag als ‘macht over anderen’. Het woord ‘bevoegd gezag’ verwijst volgens Van Dale naar de regering of overheid die officieel het gezag heeft. Uiteraard hebben deze begrippen ook een bredere betekenis, wanneer het gaat om bijvoorbeeld een ‘gezaghebbend auteur’ of de autoriteit van een deskundige.

268 Zie voor die term ook Faber 1994, p. 19.

269 In Engelstalige literatuur wordt ook wel gesproken over het onderscheid tussen *claim-theories* en *belief-theories*, waar de ene theorie zich richt op het valideren van de machtsclaim en de rechtvaardiging van die claim, concentreert de andere theorie zich op het geloof in de juistheid van die machtsclaim, zie Merquior 1980, p. 6-9; Lembcke 2008, p. 34-35.

270 Zie voor het hier gemaakte onderscheid ook Noyon 2017a, p. 149 e.v. In de theorie komen ook onderverdelingen voor aan de hand van andere, deels overlappende, criteria, zie bijv. Merquior 1980, p. 4-6 en Bokhorst 2014, p. 46-50 en 74.

het leven en de vrijheid van alle leden wordt gewaarborgd, noodzakelijk is dat alle leden een 'maatschappelijk verdrag' sluiten, waarbij het totaal aan individuele inbreng optelt tot de gezamenlijke algemene wil. Die collectieve wil is in de opvatting van Rousseau soeverein en dient als uitgangspunt voor het vaststellen van eenieder verbindende wetten. De in de theorie van Rousseau noodzakelijke uitvoerende macht (de regering of vorst) regeert in overeenstemming met die algemene wil: slechts dan is sprake van legitieme macht.²⁷¹

De leer van het maatschappelijk contract vormt ook het uitgangspunt van de voor het moderne strafrecht zo belangrijke Italiaanse hervormer Cesare Beccaria. In zijn opvatting komt het recht om te straffen voort uit de door alle leden van een samenleving gesloten overeenkomst waarbij ieder een klein deel van zijn individuele vrijheid heeft afgestaan. Het is daarom dat de soeverein slechts algemeen verbindende wetten mag uitvaardigen en dat er een derde nodig is – de rechter – die moet beoordelen of er sprake is van een overtreding van de wet en daar een (vooraf door de wet bepaalde) straf aan mag verbinden.²⁷²

Normatieve opvattingen over de aard van wetten en de wijze waarop de naleving daarvan door de overheid kan worden afgedwongen zijn ook te vinden in de werken van de Amerikaanse rechtsfilosofen Hart, Dworkin en Fuller. In hun veelgelezen boeken en in onderling debat representeren zij belangrijke stromingen in de twintigste-eeuwse rechtsfilosofie, variërend van het rechtspositivisme van Hart, de door Fuller uitgewerkte principes waar wetten en regels aan moeten voldoen om legitiem te zijn, en de nadruk op rechtsbeginselen van Dworkin.²⁷³ Waar deze auteurs theorieën ontwikkelden over de aard en moraliteit van het recht in het algemeen, heeft Joseph Raz, een van de leerlingen van Hart, zich in het bijzonder toegelegd op het gezag van het recht. In zijn boek 'The Authority of Law' zet hij uiteen onder welke voorwaarden gezag legitiem wordt uitgeoefend. Volgens Raz kan pas worden gesproken van legitieme autoriteit wanneer is voldaan aan verschillende voorwaarden. Het uitgangspunt is allereerst dat de machtsuitoefening in de kern ten dienste staat van degene die aan de macht is onderworpen (de zogenoemde *service conception*).²⁷⁴ Uitgevaardigde regels, bevelen of wetten – hierna zal steeds van wet of recht worden gesproken – zijn alleen dan legitiem wanneer zij berusten op een afweging van alle relevante belangen.²⁷⁵ In deze opvatting, die uitgaat van een rationele totstandkoming van wetten, is het logische gevolg van het naleven van de wet dat de burger er beter in slaagt op de juiste wijze te handelen dan wanneer hij zelf een belangenafweging

271 Rousseau 1995, p. 62-75; Merquior 1980, p. 17-24.

272 Beccaria 1971, p. 307-311.

273 Zie Hart 1961; Fuller 1969; Dworkin 1978.

274 Raz 2009; Shapiro 2004, p. 403-404.

275 Raz noemt dit de *dependency thesis*, Raz 1986, p. 42-53.

probeert te maken.²⁷⁶ De consequentie is dat het naleven van de wet de exclusieve reden wordt om op een bepaalde wijze te handelen. Raz noemt dit de *pre-emption thesis*, die – anders gezegd – meebrengt dat in geval van legitieme wetten andere, persoonlijke redenen om op een bepaalde wijze te handelen niet meer relevant zijn.²⁷⁷

De theorie van Raz helpt bij het definiëren van legitieme gezagsuitoefening, maar geeft nog geen aanknopingspunten voor de inhoud van ‘juiste’ wetten en rechterlijke uitspraken. In zijn algemeenheid kan worden gesteld dat de legitimiteit van wetgeving en rechtspraak in een democratische rechtsstaat wordt gedefinieerd doordat is voldaan aan materiële en procedurele voorschriften: wetgeving moet tot stand zijn gebracht in een democratisch proces en mag slechts onder bepaalde voorwaarden inbreuk maken op de rechten en vrijheden van burgers. Rechtspraak is legitiem wanneer is voldaan aan de vereisten van een eerlijke procesvoering waar onder meer onafhankelijkheid en onpartijdigheid als kernwaarden hebben te gelden, en wanneer de wet op de juiste wijze en zonder onderscheid des persoons wordt toegepast.²⁷⁸ Enkele van die voorwaarden zijn in het kader van de bespreking van de eerlijk procesvereisten aan de orde gekomen.²⁷⁹ De invulling van legitieme (straf)rechtspleging vanuit een normatief gezichtspunt loopt dus op veel punten gelijk met de beginselen van een eerlijke procesvoering zoals onder meer genormeerd door artikel 6 EVRM. In zoverre is er een duidelijke overlap tussen deze componenten van de goede rechtspleging.

Een belangrijke beperking van de normatieve benadering van gezag is echter dat geen acht wordt geslagen op de opvattingen die in een samenleving leven. Er wordt met andere woorden geen rekening gehouden met de gevoelens en ervaringen van de mens van vlees en bloed die de strafrechtspleging wellicht als minder legitiem ervaart, ook als is voldaan aan algemeen aanvaarde normatieve beginselen. Die mens vormt daarentegen wel het vertrekpunt in de hierna te bespreken empirische benaderingen van gezag, waarin nadrukkelijk wordt onderkend dat legitimiteit niet uitsluitend vanuit een theoretisch perspectief kan worden benaderd.

276 De zogenoemde *normal justification thesis*, zie Raz 1986, p. 53.

277 Shapiro 2004, p. 404-405. De autoriteiten hebben in deze opvatting ‘(..) the right to replace people’s own judgment on the merits of the case’, zie Raz 1986, p. 59.

278 Over legitimiteit in de verhouding wetgever-rechter is veel literatuur beschikbaar, waarbij het onder meer gaat over het zogenoemde ‘rechterlijke activisme’, kort gezegd de vrijheid die de rechter neemt bij het interpreteren van wettelijke bepalingen. Dit onderdeel van het legitimiteitsdebat wordt hier verder buiten beschouwing gelaten, zie echter Witteveen 1994, p. 89-100.

279 De opvatting dat mensenrechten leidend zouden (moeten) zijn bij de vormgeving en invulling van ‘legitieme strafvordering’ vindt men ook terug in Brants, Mevis & Prakken 2001, p. 1-21.

3.5.1.2 Empirische benaderingen van gezag

Het werk van Max Weber wordt door velen beschouwd als de basis van de sociaalwetenschappelijke benadering van gezagsrelaties. In zijn klassieke werk 'Wirtschaft und Gesellschaft' (vertaald als 'Economy and Society') zet hij uiteen dat gezag (*Herrschaft*) zich onderscheidt van macht door de waarschijnlijkheid dat bevelen worden opgevolgd. Daarvoor is vereist dat het gezag als legitiem wordt ervaren. Weber definieert verschillende bronnen van legitimiteit, gebaseerd op traditie, charisma of rationele normen en regels (bureaucratie). Hij verwachtte dat bureaucratisch gezag in de moderne tijd de belangrijkste bron zou zijn.²⁸⁰ Een cruciaal element in de opvatting van Weber is dus het feit dat degenen die aan gezag zijn onderworpen, moeten geloven in de validiteit en rechtmatigheid van dat gezag.²⁸¹ Dat inzicht heeft met name in sociaalwetenschappelijke kringen veel navolging gekregen. Een in dit verband zeer invloedrijk paradigma is dat van de procedurele rechtvaardigheid (*procedural justice*), zoals in het bijzonder ontwikkeld door Tyler. Uit zijn werk blijkt dat niet zozeer de uitkomst van een procedure, maar de wijze waarop een procedure heeft plaatsgehad bepalend is voor de vraag of deze als legitiem of rechtvaardig wordt ervaren. Positieve ervaringen met een justitiële procedure hebben bovendien invloed op toekomstig gedrag, en wel in die zin dat mensen die zich rechtvaardig behandeld voelen minder geneigd zijn later (opnieuw) de wet te overtreden.²⁸² Toegespitst op gerechtelijke procedures heeft Tyler vier elementen geïdentificeerd die de perceptie van eerlijkheid bepalen: *voice*, *neutrality*, *respect* en *trust*. Mensen moeten de gelegenheid krijgen hun verhaal te doen (*voice*). De rechtbank moet neutraal zijn, waarbij openheid en inzicht in de wijze waarop een beslissing tot stand komt van belang kan zijn (*neutrality*). Daarnaast is het van belang dat mensen met respect worden behandeld, en wel in die zin dat zij het gevoel krijgen dat hun problemen én hun rechten serieus worden genomen (*respect*), terwijl zij tot slot het vertrouwen moeten hebben dat rechters na afweging van alle relevante omstandigheden en in de belangen van de partijen proberen tot een eerlijke oplossing te komen (*trust*).²⁸³

Hoewel de onderzoeken naar procedurele rechtvaardigheid veel inzicht geven in de wijze waarop legitimiteit wordt ervaren door personen te maken hebben gehad met het justitieel systeem, zijn die bevindingen niet zonder meer toepasbaar op de samenleving in het algemeen.²⁸⁴ Bovendien is een belangrijk punt van kritiek op de puur empirische benadering van legitimiteit dat wordt

280 Weber 1980, p. 122, 328; zie over de andere vormen van gezag (traditioneel en charismatisch) ook p. 335-337.

281 Merquior 1980, p. 97-100.

282 Tyler 2006, p. 62-64.

283 Tyler 2007, p. 30-31.

284 Loader & Sparks 2013, p. 110-111.

miskend dat legitieme machtsuitoefening ook een normatieve kant kent. In een uitsluitend empirische benadering kan immers iedere machtsuitoefening legitiem zijn zolang zij maar als zodanig wordt ervaren. Dat strookt niet met opvattingen over democratie, rechtsstaat en mensenrechten die geacht worden overheidsoptreden te normeren, onafhankelijk van de vraag wat het brede publiek daarvan vindt. In veel van de meer recente opvattingen over gezag wordt dan ook onderkend dat beide aspecten – empirische en normatieve – in legitieme machtsuitoefening worden verenigd.²⁸⁵

3.5.1.3 *Gemengde benaderingen van gezag*

Een van de auteurs die gezag opvat als een concept met zowel een empirische als een normatieve kant is Beetham. Hij stelt dat iedere vorm van legitieme macht drie elementen in zich bergt, te weten ‘rule conformity, normative justifiability, and expressed affirmation or recognition’.²⁸⁶ Er is sprake van legitieme machtsuitoefening wanneer (1) de macht is verkregen en wordt uitgeoefend in overeenstemming met vastgestelde regels (legaliteit), (2) de machtsregulering en – uitoefening in overeenstemming is met algemeen aanvaarde opvattingen over een juiste machtsuitoefening (normatieve rechtvaardiging), en (3) de aanvaarding van het gezag en de gezagsdragers blijkt uit de gedragingen van degenen die aan het gezag zijn onderworpen (legitimiteit).²⁸⁷ Deze opsomming van aspecten biedt een werkbare definitie van legitieme machtsuitoefening waarin de meest relevante aspecten besloten liggen. Waar gezag verder in dit onderzoek aan bod komt zal dan ook van deze definitie worden uitgegaan.

Daarmee is het debat over legitimiteit nog lang niet verstomd. Ook op de opvattingen van Beetham is in de literatuur kritiek geuit.²⁸⁸ Een van de kritiekpunten die in het kader van dit onderzoek interessante gezichtspunten kan opleveren, ziet erop dat Beetham onvoldoende oog zou hebben voor de voortdurende interactie tussen gezagsdragers en ondergeschikten. Zowel in de overwegend normatieve als de meer empirische literatuur valt de laatste jaren een tendens te ontwaren waarin vooral de nadruk wordt gelegd op de wederkerigheid of het ‘dialogiekarakter’ van legitimiteit. Daarbij wordt aandacht besteed aan de relatie tussen de gezagsdragers en de gehele groep van aan het gezag onderworpen subjecten, in plaats van alleen degenen die rechtstreeks met het gezag te maken hebben.²⁸⁹ Zo is legitimiteit door Bottoms en Tankebe omschreven als een voortdurende dialoog tussen gezagsdragers

285 Noyon 2017a, p. 157-158; Bokhorst 2014, p. 20.

286 Beetham 2013, p. 20.

287 Beetham 2013, p. 20.

288 Zie daarover Noyon 2017a, p. 159-160.

289 Zie voor een bespreking van deze ontwikkelingen aan de normatieve zijde De Jong 2012, p. 30-33; aan de empirische kant Bottoms & Tankebe 2013, p. 60-68.

en het publiek.²⁹⁰ Een essentieel onderdeel van die legitimiteitsdialoog is het feit dat gezagsdragers hun eigen autoriteit 'legitimeren': zij moeten met andere woorden ook zelf het vertrouwen hebben dat hun gezag gerechtvaardigd is.²⁹¹ Die 'zelflegitimering' kan plaatsvinden met behulp van symbolen of rituelen, zoals in het geval van rechters de rituelen van de rechtszaal en het dragen van de toga.²⁹² Gezagsdragers worden daarnaast vertrouwd met en zelfverzekerd over hun positie door middel van zelfidentificatie met hun rol en taak als gezagsdrager. Zij moeten, anders gezegd, doordrongen raken van het besef dat het terecht is dat zij deze functie vervullen.²⁹³ Een derde aspect dat essentieel is voor de zelflegitimering van gezagsdragers is meer inhoudelijk en hangt samen met de wijze waarop zij hun taak vervullen. Bottoms en Tankebe noemen dat 'legitimation through performance in office'.²⁹⁴ Wanneer autoriteit effectief en geloofwaardig wordt uitgeoefend kan dat niet alleen bijdragen aan het vertrouwen van degenen die aan het gezag zijn onderworpen, maar ook aan de zelflegitimering van de gezagsdragers.²⁹⁵ Een gevolg van die toegenomen wederkerigheid in gezagsrelaties is dat autoriteit in het algemeen een 'nimmer definitief verworpen, want steeds opnieuw te bevechten goed' is geworden.²⁹⁶ Gezag wordt daarmee ook veel minder dan vroeger als vanzelfsprekend aanvaard. Dit wordt in de volgende paragraaf verder uitgewerkt.

3.5.1.4 Minder vanzelfsprekende gezagsrelaties

Legitimiteit, gezag en autoriteit zijn geen statische begrippen. Opvattingen over legitieme machtsuitoefening veranderen door de eeuwen heen, vaak onder invloed van bredere maatschappelijke ontwikkelingen. De laatste decennia wordt gesignaleerd dat er sprake is van een verandering van gezagsrelaties, waarbij het vroeger min of meer vanzelfsprekende gezag van traditionele gezagsdragers als overheden, geestelijk leiders, rechters, leraren en ouders, steeds vaker ter discussie wordt gesteld. De politiek filosoof Hannah Arendt heeft al in de jaren vijftig van de vorige eeuw gewezen op de geleidelijke afbraak van alle vormen van traditioneel gezag in de twintigste eeuw. Daarbij onderscheidt zij gezag van dwang enerzijds en overreding anderzijds. Anders gezegd: het gebruik van dwang of overreding duidt in de opvatting van Arendt juist op afwezigheid van gezag.²⁹⁷ Waar gezag van ouders over kinderen en overheden over burgers eerder als simpele noodzaak werd aanvaard,

290 Bottoms & Tankebe 2013, p. 65-68.

291 Zie over 'zelflegitimering' van gezagsdragers uitgebreid Barker 2001, p. 30 e.v.

292 Bottoms & Tankebe 2013, p. 69-70.

293 Barker 2001, p. 34-38.

294 Bottoms & Tankebe 2013, p. 70-71.

295 Bottoms & Tankebe 2013, p. 72.

296 De Jong 2012, p. 41.

297 Zie Furedi 2013, p. 9.

signaleert zij dat Westerse samenlevingen op alle niveaus zijn doordrongen van anti-autoritaire tendensen.²⁹⁸

Meer recent heeft de Britse socioloog Furedi uiteengezet dat gezag en autoriteit in de huidige samenleving afhankelijk zijn geworden van de instemming van 'de' publieke opinie. Daarbij constateert hij een inherent moeizame relatie met gezag: 'It appears that we have become far more comfortable with questioning authority than with affirming it.'²⁹⁹ Eén van de symptomen van die ongemakkelijke verhouding is dat gezag niet langer wordt beschouwd vanuit de vooronderstelling van legitimiteit, maar – omgekeerd – iedere vorm van gezagsuitoefening bij wijze van uitgangspunt als illegitiem wordt beoordeeld.³⁰⁰ Deze verschuiving van een positieve bevestiging naar een negatieve opvatting van gezag is volgens Furedi een van de belangrijkste veranderingen van de moderne tijd. Niettemin stelt Furedi, ondanks de door hem beschreven problemen die verband houden met de legitimatie van gezag door middel van de instemming van het publiek (*popular consent*), dat dit in de moderne tijd het enige aanvaardbare model is voor legitieme machtsuitoefening.³⁰¹

Die moeizame relatie is ook, in wat andere context, een belangrijk onderwerp in het werk van de Franse politicoloog Rosanvallon. De focus van zijn observaties is de democratie en de verhouding tussen politiek en samenleving, maar zijn bevindingen zijn ook breder herkenbaar en toepasbaar. Rosanvallon constateert dat periodieke electorale verkiezingen in de huidige tijd niet meer volstaan om de legitimiteit van het systeem te garanderen. Hij wijst daarbij onder meer op het feit dat de samenleving zichzelf steeds minder als een homogene groep burgers, maar als een verzameling minderheden is gaan beschouwen.³⁰² Het tegenwicht tegen de onvolmaaktheden in het democratisch systeem noemt Rosanvallon tegendemocratie, waarmee hij doelt op een samenstel van instituties en indirecte machten, voortkomend uit een permanent wantrouwen tegen de electorale legitimering van wettige democratische instituties.³⁰³ Deze tegendemocratie, die zich bijvoorbeeld uit in instituties die de overheid monitoren, zoals de ombudsman, of door middel van juridisering van maatschappelijke conflicten (denk aan een rechterlijke toets van overheidsoptreden), ondersteunt en versterkt de legitimiteit van het democratisch systeem.³⁰⁴

Legitimiteit is:

298 Arendt 1956, p. 403-404.

299 Furedi 2013, p. 2 en 406.

300 Furedi 2013, p. 404.

301 Furedi 2013, p. 406-407.

302 Rosanvallon 2011, p. 114-116 (dit artikel is een gecomprimeerde versie van het boek P. Rosanvallon, *Democratic Legitimacy: Impartiality, Reflexivity, Proximity*, Princeton: Princeton University Press 2011).

303 Rosanvallon 2008, p. 3-8.

304 Rosanvallon 2008, p. 12-18; zie ook Witteveen 2013, p. 381-384.

‘(...) forever precarious, continuously under question, and dependent on social perceptions of the actions and behavior of institutions. This is an essential point for it suggests that these new figures have stepped outside the standard typological frame based on a distinction between legitimacy as a product of social recognition and legitimacy through identification with norms’.³⁰⁵

Hoewel Rosanvallon zich zoals gezegd richt op democratische legitimiteit, is zijn analyse over de uit permanent wantrouwen voortkomende ‘tegendemocratische’ krachten ook in de context van de legitieme strafrechtspleging interessant. Cleiren heeft, geïnspireerd door observaties van Rosanvallon, de in de inleiding reeds genoemde term ‘tegenrechtspraak’ geïntroduceerd om twee tendensen te karakteriseren die zich in relatie tot de strafrechtspleging voordoen: enerzijds wordt in de samenleving veel van het strafrecht verwacht, terwijl er anderzijds sprake is van een voortdurend wantrouwen richting diezelfde strafrechtspleging.³⁰⁶

De Nederlandse socioloog Gabriel van den Brink, die de ontwikkelingen in de opvattingen over gezag in Nederland heeft onderzocht, verklaart het toegenomen cynisme en onbehagen in de samenleving en de daarmee samenhangende kritiek op gezagsdragers niet als een afwijzing van het gezag, maar als een uiting van loyaliteit. Hij grijpt daarvoor terug op de theorie van Hirschmann over de wijze waarop mensen kunnen reageren wanneer zij worden geconfronteerd met (gepercipieerde) teruggang in kwaliteit. Hirschmann stelt dat er doorgaans twee opties zijn: *exit* en *voice*, kortgezegd vertrekken of het ongenoegen kenbaar maken in de hoop op die manier een verandering te bewerkstelligen. Voor welke mogelijkheid wordt gekozen hangt af van de aard van de organisatie en de loyaliteit die mensen voelen ten opzichte van de organisatie. Bij een sterke mate van loyaliteit zijn mensen eerder geneigd om *voice* te gebruiken in plaats van zonder meer te vertrekken. Van den Brink constateert dat er sprake is van stijgende verwachtingen over de (semi)publieke dienstverlening, een groeiend aantal *exit*-mogelijkheden en – waar *exit* geen optie is – een sterkere uiting van ongenoegen.³⁰⁷ Er bestaat behoefte aan ‘een nieuwe vorm van gezag, waarbij enerzijds de interactie tussen machthebber en onderdaan wordt benadrukt terwijl er anderzijds meer aandacht naar de professionele en persoonlijke kwaliteiten van leidinggevers gaat’.³⁰⁸

305 Rosanvallon 2011, p. 118.

306 Cleiren 2013, p. 109-110, zie ook par. 2.3.

307 Van den Brink 2012, p. 21-31.

308 Van den Brink 2012, p. 33.

3.5.2 Gezag van de rechtspraak

In het voorgaande is uiteengezet op welke wijzen men kan kijken naar gezag en legitimiteit in het algemeen. Wanneer wordt ingezoomd op het gezag van de rechtspraak dan wordt duidelijk dat ook dat gezag zowel normatieve als empirische aspecten kent. In normatieve zin zijn beginselen verankerd in de mensenrechten en voortkomend uit opvattingen over de rechtstaat met de daarbij behorende verdeling van machten, leidende uitgangspunten. Empirische legitimiteit komt aan bod wanneer het gaat om het vertrouwen in de rechtspraak, waarbij in het bijzonder de zogenoemde procedurele rechtvaardigheid belangrijke inzichten biedt in de factoren die eraan bijdragen dat justitiabelen het gevoel hebben dat er recht is gedaan. De hiervoor besproken tendensen van wederkerigheid, meer aandacht voor (de opvattingen van) degenen die aan de rechtspraak zijn onderworpen en een afname van vanzelfsprekend vertrouwen in gezagsdragers, zijn voor de rechtspraak eveneens herkenbaar. Ook in relatie tot rechtspraak wordt 'het afnemend gezag' immers veelvuldig geproblematiseerd en geanalyseerd. Dat neemt niet weg dat uit sociologisch onderzoek blijkt dat het vertrouwen in de rechtspraak tamelijk stabiel te noemen is. Anders dan ten aanzien van sommige andere publieke sectoren geeft een aanzienlijk deel van de bevolking al jarenlang aan voldoende vertrouwen te hebben in de rechtspraak.³⁰⁹ Er is dus sprake van een ogenschijnlijke paradox tussen het afnemend gezag van en het stabiele vertrouwen in de rechtspraak.

Wanneer het gaat over het gezag van de rechtspraak is van belang dat rechtspraak zich op verschillende punten van andere (overheids)instanties onderscheidt. Een voor de hand liggende maar essentiële eigenschap is de onafhankelijkheid van de rechtspraak ten opzichte van de andere staatsmachten. Onpartijdigheid, integriteit en openbaarheid zijn andere onderscheidende kenmerken. De rechtspraak vervult een onmisbare rol in de rechtsbescherming van de burger ten opzichte van de overheid.³¹⁰ Minder uniek voor de rechtspraak maar evenzeer onontbeerlijk zijn begrippen als professionaliteit, deskundigheid, hoor- en wederhoor.³¹¹ Een typerend kenmerk van de Nederlandse rechtspraak is voorts dat er geen sprake is van directe democratische legitimering. Anders dan veel andere landen kent ons strafproces nauwelijks lekeninbreng, zij het in de vorm van juryrechtspraak, lekenparticipatie of de mogelijkheid als burger een strafprocedure te initiëren.³¹² De legitimiteit van het stelsel moet daarom op andere wijzen worden gewaarborgd. In de moderne,

309 Zie voor het vertrouwen in de rechtspraak, de daarover beschikbare cijfers en hoe deze te interpreteren par. 2.2.

310 Bovend'Eert 2013, p. 2-4.

311 Vgl. Raad voor de rechtspraak 2010.

312 Cleiren & De Roos 2002, p. 183.

meer kritische samenleving zal daarvoor in ieder geval aandacht moeten zijn voor de begrijpelijkheid en toegankelijkheid van de rechtspraak.³¹³

Typerend voor het gezag van de rechtspraak is voorts dat het niet persoonlijk is, in die zin dat het gezag niet wordt ontleend aan (beslissingen van) de individuele rechter, maar aan de institutie.³¹⁴ Wanneer recht wordt gesproken is dat niet simpelweg een beslissing van een (daartoe opgeleide en deskundige) privépersoon, maar een bindend (eind)oordeel van een bevoegde instantie. Het is met andere woorden niet de persoon die recht doet, maar de rechter binnen het institutionele kader van de rechtspraak.³¹⁵ Die 'ontpersoonlijking' is ook terug te zien in de symbolen en rituelen die rechtspraak omgeven, zoals het dragen van de toga, de ruimtelijke indeling van de zittingszaal en de procedurele zittingsvoorschriften.³¹⁶ Die rituelen en symboliek zijn ook wel op te vatten als uitingen dat het recht en de rechtspraak moet worden gezien als iets van een hogere, zo men wil 'sacrale' orde.³¹⁷ In de moderne tijd is dat 'hogere' de democratisch tot stand gekomen wet, die in overeenstemming is met algemeen aanvaarde mensenrechten en rechtsbeginselen en die in concrete gevallen door de neutrale rechter wordt toegepast.³¹⁸ In weberiaanse termen gaat het bij dit aan de institutie ontleende gezag om bureaucratisch gezag, ontleend aan wetten, regels en procedures.³¹⁹

De Nederlandse rechter is van oudsher ook sterk ingebed in de rechterlijke institutie. Rechtspositioneel gezien is de rechter een 'ambtenaar met rechtspraak belast'.³²⁰ In tegenstelling tot bijvoorbeeld *common law*-stelsels staat de persoon van de rechter in Nederland niet centraal. De naam van de behandeld rechter is vaak niet bekend bij de partijen, laat staan bij het brede publiek. Op de bordjes in de zittingszaal staat slechts 'voorzitter' en 'rechter'. Het gezag van uitspraken berust niet op de staat van dienst van de behandelend rechter, maar veeleer op de totstandkoming en de redelijkheid ervan. Er is met andere woorden sprake van een meer 'anoniem' gezag.³²¹ Onder invloed van de hiervoor al geschetste tendensen in de samenleving staat ook de vanzelfsprekendheid van het institutionele, niet-persoonlijke gezag ter discussie. Hol heeft deze ontwikkeling geduid als een verschuiving van heteronomie naar autonomie. Bij de door Hol bedoelde autonomie is de keuze van het individu het uitgangspunt en is rechtspraak slechts één optie naast andere opties.³²² De toegenomen autonomie gaat gepaard met frequenter geuite kritiek op de

313 Zie uitgebreid De Roos 2006, p. 101-103.

314 Verheij 2016, p. 3.

315 Hol 2011, p. 350.

316 Cleiren & Hol 2013, p. 17-22.

317 Cleiren & Hol 2013, p. 17-18.

318 Hol 2011, p. 356.

319 Vgl. Tonkens 2016, p. 35.

320 Art. 14 Wet RO, zie ook Bovend'Eert 2013, p. 166-168.

321 Keijzer 2000, p. 23-24.

322 Hol 2011, p. 354-355.

rechter, waarbij sprake is van meer aandacht voor de individuen in het proces, in het bijzonder het slachtoffer, maar ook de rechter en de eventuele invloed van zijn persoonlijkheid op de uitkomst van de zaak.³²³

De verschuiving van heteronomie naar autonomie past volgens Hol bij de door Rosanvallon geschetste noodzaak op andere wijze legitimiteit te verkrijgen: 'Om te overtuigen, om hun legitimiteit te verzekeren moeten de moderne instituties laten zien dat ze aansluiten bij de individuele wensen en opvattingen van de individuele burger'.³²⁴ Daarbij bestaat ook behoefte aan een andere wijze van communicatie tussen de rechtspraak en het publiek. Wanneer het gezag niet alleen meer op positie of deskundigheid wordt gebaseerd, worden begrippen als empathie, dialoog en communicatie van belang.³²⁵ De laatste decennia is de rechtspraak dan ook een ontwikkeling zichtbaar in de wijze waarop over rechtszaken en uitspraken wordt gecommuniceerd. Dit uit zich bijvoorbeeld in afspraken over betere motivering van uitspraken, zoals de invoering van de PROMIS-methode bij strafzaken. Ook andere initiatieven die gericht zijn op het vergroten van de transparantie passen in het streven om meer tegemoet te komen aan de kritische vraag vanuit het publiek. Te denken valt aan de introductie van persrechters die bepaalde rechterlijke uitspraken nader toelichten, en de experimenten met het toelaten van camera's in de rechtszaal. In 2013 werd een nieuwe Persrichtlijn geïntroduceerd waarmee werd ingespeeld op de behoefte van het kritische publiek en het veranderde medialandschap door ruimere mogelijkheden te bieden voor het maken van opnamen ter zitting en verslaglegging via twitter toe te laten.³²⁶ Ook op meer institutioneel niveau wordt gezocht naar manieren om de rechtspraak transparanter te maken. De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid publiceerde in 2013 een onderzoeksrapport met de titel 'Speelruimte voor transparantere rechtspraak', waarin vanuit verschillende perspectieven wordt gekeken naar de wijze waarop transparantie in de rechtspraak kan worden verbeterd. Daarbij gaat het volgens de onderzoekers niet alleen om 'doorzichtigheid en begrijpelijkheid', maar ook om 'bekritiseerbaarheid': het 'meer openstellen en publiekelijk bediscussieerbaar maken van bepaalde delen van het denken en handelen van de rechtspraak'.³²⁷ Daarbij is wel van belang te onderkennen dat de bijzondere positie en rol van de rechtspraak meebrengt dat het afleggen van verantwoording en het deelnemen

323 Hol 2011, p. 356-360. Zie ook Heijne 2016, p. 1-2. De toegenomen gevoeligheid voor de persoon van de rechter is bijv. duidelijk te herkennen in de beslissing van de rechtbank Den Haag om de namen van de rechters die het tweede Wildersproces zouden doen, vooraf bekend te maken. Daarbij werd aangegeven dat de rechters geen lid waren van een politieke partij: 'Rechters in zaak-Wilders zijn "apolitiek"', NOS, 4 maart 2016. Zie voor kritiek hierop 'De Togacolumn: Natuurlijk mag een rechter lid zijn van een partij', NRC, 14 maart 2016.

324 Hol 2011, p. 361.

325 Jansen & Gabrielli 2012, p. 280; zie ook Rosanvallon 2011, p. 120.

326 Persrichtlijn rechtspraak 2013; zie daarover ook Verweij 2013, p. 402-405.

327 Broeders e.a. 2013, p. 17 en 80-83.

aan het publieke debat een ander – beperkter – karakter kent dan in het geval van veel andere gezagsdragers.³²⁸ Binnen de geldende kaders van het recht op een eerlijk proces, meer in het bijzonder de onafhankelijkheid en onpartijdigheid, kan echter wel worden gewerkt aan een zo open en communicatief mogelijke rechtspraak.³²⁹

De toegenomen behoefte aan wat men ‘communicatief gezag’³³⁰ kan noemen, doet zich niet alleen gelden op het niveau van de rechtspraak als instituut, maar ook bij de behandeling van zaken door de individuele rechter. De hiervoor besproken inzichten uit de theorie van de procedurele rechtvaardigheid bewijzen hier goede diensten. De rechter moet niet alleen een goede en bovendien begrijpelijk gemotiveerde uitspraak doen, maar moet ook in de interactie met partijen begrip en empathie tonen, overtuigingskracht en een zeker overwicht hebben.³³¹ In de rechtspraak zien we dit onder meer terug in het streven het achterliggende conflict van partijen op te lossen, of meer algemeen het leveren van zogenoemd ‘maatschappelijk effectieve rechtspraak’.³³² De ‘Nieuwe Zaaksbehandeling’ in het bestuursrecht, waarbij de rechter veel actiever dan vroeger op zoek gaat naar het eigenlijke conflict en de oplossing daarvan, is een duidelijk voorbeeld van de wijze waarop de rechtspraak op de veranderde behoefte in de samenleving inspeelt.³³³

Daarnaast is ook de rechtspraak, net als andere overheidsinstellingen, niet ontkomen aan wat kan worden geduid als de invloeden van het *new public management*-denken, waarbij met een grotere nadruk op efficiëntie, transparantie en klantgerichtheid wordt getracht het functioneren en de legitimiteit van de rechtspraak te verbeteren.³³⁴ In de literatuur is wel gewaarschuwd voor een te grote nadruk op deze *new public management*-beginselen, omdat daarmee de eigen doelen en waarden van de rechtspraak verloren kunnen gaan.³³⁵ De ‘bedrijfsvoeringspraktijk’ miskent volgens Bovend’Eert de bijzondere positie van de rechterlijke macht als onafhankelijke staatsmacht.³³⁶ Tonkens stelt dat burgers zich als (veeleisende) consument gaan gedragen wanneer zij te

328 Broeders e.a. 2013, p. 85-89.

329 Zie voor een bespreking van mogelijkheden in het kader van het strafproces Malsch 2013, p. 286-289.

330 Zie voor die term Tonkens in: Jansen & Gabrielli 2012, p. 295.

331 Tonkens 2016, p. 36-37. Zie ook Jansen, Van den Brink & Kneyber 2012b, p. 312-315. Deze auteurs noemen dit de ‘persoonsgebonden legitimiteit in de interactie’. Deze vorm van legitimiteit bestaat in hun model naast de institutionele legitimiteit op maatschappelijk niveau en de positionele legitimiteit op organisatieniveau.

332 Zie Raad voor de rechtspraak 2010 en Raad voor de rechtspraak 2016.

333 Zie daarover Verburg 2013, p. 19-23.

334 Zie uitgebreider par. 2.5.

335 Hol 2011, p. 365. Zie over de zoektocht naar balans tussen klassieke en ‘economische’ waarden de dissertatie van Elaine Mak, Mak 2008. Zie ook het Rapport visitatie gerechten 2018, *Goede rechtspraak, sterke rechtsstaat*, 22 maart 2019, p. 39-41.

336 Bovend’Eert 2013, p. 259.

zeer als 'klant' worden benaderd.³³⁷ Het woord 'klant' is bovendien in zekere zin misleidend omdat het een keuzevrijheid impliceert die er, zeker in de context van het strafproces, vaak niet is.³³⁸

3.6 EFFICIËNTIE

Een tweede aspect dat in het kader van dit onderzoek als randvoorwaarde voor een goede strafrechtspleging is aangemerkt, is het belang van efficiëntie. Efficiëntie, ook wel doelmatigheid genoemd, houdt in dat met zo min mogelijk inspanning of middelen het gewenste resultaat wordt bereikt.³³⁹ Het behelst dus een economische kosten-batenafweging en kan, toegepast op de strafrecht-spraak, worden omschreven als het streven om recht te doen op een zo snel mogelijke wijze en tegen zo min mogelijk kosten.³⁴⁰ Het streven naar efficiëntie is voor de strafrechtspleging geen zelfstandig doel en weegt in veel gevallen niet op tegen andere belangen, zoals waarheidsvinding en het recht op een eerlijk proces. Niettemin vormt het wel een waarde die het strafproces mede normeert. Met een goede strafrechtspleging verhoudt zich bijvoorbeeld niet dat een proces nodeloos wordt getraineed, uitgesteld of vertraagd. Tegelijkertijd kan een efficiënte behandeling ook een positieve bijdrage leveren aan andere doelen en belangen van het strafproces. Zo kan een snelle procedure de waarheidsvinding bevorderen en dient het de individuele rechtsbescherming, doordat de verdachte niet lang in onzekerheid hoeft te verkeren.³⁴¹

De hiernavolgende paragraaf bevat een beknopte bespreking van slechts enkele aspecten van efficiëntie als voorwaarde voor een goede strafrechtspleging. Eerst volgen enkele algemene observaties ten aanzien van de betekenis van efficiëntie voor de strafrechtspleging (paragraaf 3.6.1), daarna wordt ingegaan op het belang van afdoening binnen een redelijke termijn (paragraaf 3.6.2).

3.6.1 De betekenis van efficiëntie voor wetgeving, rechterlijke organisatie en rechtspraak

Het belang van efficiëntie speelt in de eerste plaats een rol bij het maken van afwegingen door de wetgever over de meest optimale inrichting van het

³³⁷ Jansen & Gabrielli 2012, p. 288.

³³⁸ Jansen, Van den Brink & Kneyber 2012a, p. 12.

³³⁹ Van Dale definieert efficiënt als: 'zó dat het de minste middelen, inspanning enz. kost'. Het is iets anders dan effectiviteit (of doeltreffendheid), waarbij het gaat om de vraag of de uitkomst van het proces gerealiseerd wordt.

³⁴⁰ Cleiren spreekt in dit verband van 'economische rationaliteiten', zie Cleiren 2003a, p. 66-67. Zie over efficiëntie in de context van de rechterlijke organisatie Mak 2008, p. 39.

³⁴¹ Zie ook Cleiren 1993, p. 69.

strafproces, gegeven het feit dat de daarvoor beschikbare middelen niet onuitputtelijk zijn.³⁴² Tal van wetswijzigingen zijn mede ingegeven door het streven een efficiëntere afdoening van strafzaken mogelijk te maken. De introductie van de strafbeschikking en de Wet stroomlijning hoger beroep zijn hiervan voorbeelden.³⁴³ Ook bij de verschillende vernieuwingstrajecten van het Wetboek van Strafvordering die de afgelopen decennia hun beslag hebben gekregen, is er steeds nadrukkelijk aandacht geweest voor het belang van efficiëntie.³⁴⁴ Bij het traject Modernisering Strafvordering is dit onder meer te herkennen in het streven om strafzaken zo veel mogelijk ‘panklaar’ op zitting te brengen, waarbij meer nadruk komt te liggen op het voorbereidend onderzoek.³⁴⁵

Daarnaast speelt efficiëntie een rol bij de vormgeving van de rechterlijke organisatie. Zoals reeds in hoofdstuk twee aan de orde kwam is bij de organisatie van de gerechten in toenemende mate aandacht voor het efficiënt afhandelen van zaken.³⁴⁶ Dat uit zich onder meer in het streven om procedures zonder onnodige aanhoudingen af te doen, iets dat mede wordt gestimuleerd door het outputgerichte financieringssysteem. Door zaken doelmatig af te doen kunnen doorlooptijden worden verkort en kan de toegang van de burger tot het recht worden vergroot. Efficiëntie zorgt er zo voor dat de rechtspraak zijn maatschappelijke functie effectief kan vervullen en draagt bij aan de kwaliteit en legitimiteit ervan.³⁴⁷ Tegelijkertijd heeft het streven naar maximale efficiëntie ook een keerzijde. Zo kan de kwaliteit van de rechtspraak juist onder druk komen te staan (bijvoorbeeld wanneer sprake is van een (te) hoge werk-

342 Crijns 2008, p. 31.

343 Wet van 7 juli 2006 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten in verband met de buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten (Wet OM-afdoening), *Stb.* 2006, 330; Wet van 5 oktober 2006 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering met betrekking tot het hoger beroep in strafzaken, het aanwenden van gewone rechtsmiddelen en het wijzigen van de telastlegging (stroomlijnen hoger beroep), *Stb.* 2006, 470.

344 Vgl. in het kader van het project Strafvordering 2001 Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 20; en in het kader van Modernisering strafvordering de brief van de minister van Justitie en Veiligheid d.d. 30 november 2015 over de Modernisering (*Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278), p. 13-14, 18-19 en 105.

345 Concept memorie van toelichting bij Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering inhoudende bepalingen over de berechting in verband met de modernisering van het Wetboek van Strafvordering, par. 2.2. en 2.3.

346 Zie par. 2.5. en par. 3.5.2.

347 Raad voor de rechtspraak 2010, p. 29-31. In Europees verband is de Council of Europe European Commission for the efficiency of justice (CEPEJ) opgericht, een organisatie die tot doel heeft de kwaliteit en efficiëntie van de rechtspraak in Europese lidstaten te verbeteren en het vertrouwen in de rechtspraak te versterken.

druk),³⁴⁸ en kunnen klassieke uitgangspunten als onafhankelijkheid en onpartijdigheid enigszins ondergeschikt raken.³⁴⁹

Ten derde zijn efficiëntiebelangen van betekenis binnen het bestek van een concrete strafzaak. Rechters kunnen immers te maken krijgen met situaties waarin zij het belang van een voortvarende afdoening van de zaak moeten afwegen tegen andere belangen. Bijvoorbeeld wanneer wordt verzocht om aanhouding van de behandeling van de zaak omdat de verdachte niet aanwezig kan zijn. Of wanneer een getuige (nog) niet is getraceerd maar er wel mogelijkheden zijn de getuige ‘binnen een aanvaardbare termijn’ te horen.³⁵⁰ Van geval tot geval zal moeten worden afgewogen of belangen zoals waarheidsvinding of eerlijk proces-beginselen prevaleren boven het belang van een efficiënte afdoening van de zaak. Kostenoverwegingen mogen daarbij in ieder geval niet leidend zijn, maar kunnen wel een rol spelen voor zover daardoor geen van de betrokkenen in hun rechtens te respecteren belangen worden geschaad.³⁵¹

Het is met name het laatste aspect dat vanuit het perspectief van contempt of court relevant is. Contempt is immers, zoals hierna zal blijken, een instrument dat in een concrete procedure kan worden ingezet, mede met het oog op het bewerkstelligen van een voortvarend en ongehinderd procesverloop. Het is niet gericht op het in zijn algemeenheid zo efficiënt mogelijk vormgeven van het (gehele) strafproces en de rechterlijke organisatie. In het kader van dit onderzoek gaat het dus vooral om de wijze waarop het belang van een efficiënte afdoening vorm krijgt in de rechterlijke oordeelsvorming.

3.6.2 Afdoening binnen een redelijke termijn

Een van de meest voor de hand liggende aspecten van efficiëntie in de rechterlijke oordeelsvorming, is het uitgangspunt dat een procedure binnen een redelijke termijn tot een einde moet komen. In dat uitgangspunt liggen in feite twee beginselen besloten: het gegeven dat een procedure op zeker moment tot een einde moet komen, en het feit dat dit binnen een ‘redelijke’ termijn moet gebeuren. Het eerste beginsel, ook wel aangeduid met de Latijnse term *lites finire oportet*, dient niet alleen praktische en financiële belangen, maar komt ook ten goede aan de rechtszekerheid en draagt daarmee bij aan de rechtsbescherming van een individuele verdachte.³⁵² Ook bij het beginsel van afdoe-

348 Zoals wel gesignaleerd binnen de rechtspraak, zie bijv. Raad voor de rechtspraak 2016, p. 42-47.

349 Zie daarover uitgebreid de dissertatie van Elaine Mak, Mak 2008.

350 Vgl. art. 288 lid 1 sub a Sv, waarin is bepaald dat de rechtbank van het oproepen van niet verschenen getuigen kan afzien indien zij van oordeel is dat ‘het onaannemelijk is dat de getuige binnen een aanvaardbare termijn ter terechtzitting zal verschijnen’.

351 Vgl. Vellinga 2015, p. 82.

352 Crijns 2008, p. 29.

ning binnen een redelijke termijn speelt de rechtsbescherming een belangrijke rol. Het beginsel is neergelegd in artikel 6 lid 1 EVRM en strekt ertoe de verdachte te beschermen tegen al te lange onzekerheid over de afdoening van de zaak.³⁵³ Daarnaast zijn er andere goede redenen om een strafzaak voortvarend te behandelen, zoals de veronderstelling dat snelle strafoplegging meer (speciaal en algemeen) preventief effect heeft, de belangen van slachtoffers en het feit dat waarheidsvinding door tijdsverloop doorgaans niet wordt vergemakkelijkt.³⁵⁴ Vanwege al deze belangen zijn in het Wetboek van Strafvordering ook op tal van plaatsen termijnvoorschriften opgenomen.³⁵⁵ Het wetboek is, aldus Cleiren, ‘doortrokken van spoed’, hoewel de mogelijkheden voor de verdachte om een spoedige afdoening ook af te dwingen beperkt zijn.³⁵⁶ Ook zonder dat een spoedige afdoening rechtens afdwingbaar is, kan niettemin worden gesteld dat een zekere voortvarendheid in de strafrechtspleging wel van de autoriteiten mag worden verwacht.³⁵⁷

Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft in zijn rechtspraak criteria geformuleerd waaraan het tijdsverloop moet worden getoetst. Het Hof stelt voorop dat een afweging moet worden gemaakt tussen het vereiste dat een procedure voortvarend (*expeditious*) wordt gevoerd, en het fundamentele uitgangspunt van een *proper administration of justice*.³⁵⁸ Of in een concreet geval sprake is van overschrijding van de redelijke termijn moet worden beoordeeld aan de hand van de complexiteit van de zaak, de opstelling van de verdachte en de wijze waarop de zaak door de autoriteiten is behandeld.³⁵⁹ De Hoge Raad heeft die criteria in de Nederlandse context overgenomen en uitgangspunten geformuleerd voor de wijze waarop op overschrijdingen van de redelijke termijn behoort te worden gereageerd.³⁶⁰ Het is blijkens deze rechtspraak vooral problematisch wanneer het tijdsverloop te wijten is

353 EHRM 27 juni 1968, appl.no. 2122/64 (*Wemhoff v. Germany*), par. 18.

354 Vgl. Den Hartog 1992, p. 3-13. Door De Bosch Kemper is spoed dan ook aangemerkt als een van de hoofdvereisten van strafvordering, vgl. De Bosch Bosch Kemper 1838, Inleiding, p. VII en VIII: ‘Spoed in de regtspleging, zooveel zij met het streven naar waarheid bestaambaar is. (...) Spoed is na waarheid eene hoofdvereischte eener goede strafvordering. Door *kort en goed regt* drukten onze voorouders de beide hoofdvereischten eener goede regtsbedeeling uit (...)’.

355 Te denken valt aan de verjaringsregeling, maar ook aan termijnvoorschriften voor het behandelen van de zaak op de zitting en het instellen van hoger beroep, zie uitgebreider Corstens 1986, p. 438-439.

356 Cleiren 1993, p. 70.

357 Toegespitst op het openbaar ministerie concluderen Cleiren en Crijns dat, hoewel in zijn algemeenheid niet van een ‘beginselplicht tot voortvarendheid in de strafrechtelijke rechts-handhaving’ kan worden gesproken, van het openbaar ministerie wel een zekere voortvarendheid mag worden verwacht, zie Cleiren & Crijns 2010, p. 34-35.

358 EHRM 12 oktober 1992, appl.no. 12919/87 (*Boddaert v. Belgium*), par. 39.

359 EHRM 28 juni 1978, appl.no. 6232/73 (*König v. Germany*), par. 99.

360 HR 17 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2578, NJ 2008, 358 m.nt. Mevis. De Hoge Raad heeft sindsdien (expliciet) aan deze uitgangspunten vastgehouden: HR 19 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP5361, NJ 2015, 133 m.nt. Mevis en HR 17 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:558.

aan inactiviteit van de autoriteiten. Ook overbelasting van het justitiële apparaat, personeelstekorten of andere organisatorische problemen kunnen leiden tot onaanvaardbaar lange doorlooptijden bij de gerechten en daarmee tot een schending van artikel 6 EVRM. Maar het is ook denkbaar dat de vertraging wordt veroorzaakt door de verdachte of door andere betrokkenen bij de procedure. Zeker in strafzaken hebben verdachten er vaak geen al te groot belang bij dat hun zaak spoedig wordt afgerond. Zij kunnen met verzoeken om nader onderzoek, het horen van getuigen, door het opwerpen van strafproceessuele obstakels of verzoeken om aanhouding bewerkstelligen dat een procedure vertraging oploopt. Het EHRM verlangt niet van verdachten dat zij actief meewerken aan het proces, en evenmin kan hen worden tegengeworpen dat zij gebruik maken van alle hen ter beschikking staande wettelijke mogelijkheden,³⁶¹ ook niet wanneer hun optreden gekwalificeerd kan worden als opzettelijke obstructie van de rechtsgang.³⁶² Niettemin is het gedrag van verdachten wel een relevante factor bij het vaststellen van de (on)redelijkheid van het tijdsverloop, waarbij ook de kennelijke intentie om de zaak te vertragen een rol kan spelen.³⁶³ In zo'n geval zal van schending van artikel 6 EVRM niet snel sprake zijn en hoeft de verdachte daarvoor dus ook niet te worden gecompenseerd. Daarmee is een langdurig voortslepende procedure echter niet minder problematisch. Ook met het oog op de belangen van slachtoffers, de geloofwaardigheid van de rechtspraak en de kosten is het immers van belang dat procedures op een snelle en zo efficiënt mogelijke wijze worden afgedaan.

Bij de behandeling van concrete zaken zullen rechters dus – onder meer – moeten afwegen of het belang van een voortvarende behandeling opweegt tegen andere belangen. Dergelijke afwegingen zijn meest duidelijk herkenbaar wanneer wordt verzocht om aanhouding van de zaak, bijvoorbeeld omdat de verdachte niet in de gelegenheid is de zitting bij te wonen. De Hoge Raad heeft de daarbij aan te leggen toets als volgt verwoord:

‘Bij de beslissing op een verzoek tot aanhouding van het onderzoek op de terechtzitting dient de rechter in feitelijke aanleg een afweging te maken tussen alle daarvoor in aanmerking komende belangen, waaronder het aanwezigheidsrecht van de verdachte, het belang dat niet alleen de verdachte maar ook de samenleving heeft bij een spoedige berechting en het belang van een goede organisatie van de rechtspleging.’³⁶⁴

361 EHRM 10 december 1982, appl.no. 8304/78 (Corigliano v. Italy), par. 42; EHRM 22 februari 2007, appl.no. 76835/01 (Kolomiyets v. Russia), par. 25-31.

362 EHRM 15 juli 1982, appl.no. 8130/78 (Eckle v. Germany), par. 82, waarin de verdachten onder meer herhaaldelijk wrakingsverzoeken indienden.

363 EHRM 23 september 1998, appl.no. 28213/95 (I.A. v. France), par. 121.

364 HR 26 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1314, NJ 1999, 294; herhaald in HR 16 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1934, waarin de Hoge Raad spreekt van het belang van de samenleving bij een ‘doeltreffende en spoedige berechting’.

Daarbij weegt in ieder geval het aanwezigheidsrecht van de verdachte dermate zwaar dat de rechter een verdachte die wegens ziekte niet aanwezig kan zijn in beginsel steeds de gelegenheid zal moeten geven op een later moment van dat recht gebruik te maken.³⁶⁵ Ook bij beslissingen over het al dan niet horen van getuigen speelt het belang van een voortvarende afdoening een rol. Hoewel de spoedige voortgang van de zaak geen toereikende reden is om een getuigenverzoek af te wijzen, maakt de wet een afwijzing wel eenvoudiger als het verzoek in een later stadium in de procedure wordt gedaan.³⁶⁶

3.7 VRIJHEID VAN MENINGSUITING

Bij de bespreking van de verschillende componenten van een goede strafrechtspleging is al gebleken dat er vaak een spanning bestaat tussen die beginselen en het recht op vrije meningsuiting. Kritische uitlatingen over lopende rechtszaken, verdachten, de rechtspraak in het algemeen of specifieke rechters in het bijzonder, kunnen immers in strijd komen met de onschuldpresumptie of afbreuk doen aan de rechterlijke onafhankelijkheid en het gezag van de rechtspraak. Met een instrument als contempt of court kunnen, met het oog op het waarborgen van die goede rechtspleging, grenzen worden gesteld aan de vrijheid van meningsuiting. De vrijheid van meningsuiting kan dan ook als ‘tegenkracht’ van de goede strafrechtspleging worden beschouwd. Daarmee is niet gezegd dat de vrijheid van meningsuiting niet ook een positieve bijdrage aan een goede strafrechtspleging kan leveren, bijvoorbeeld in het kader van de openbaarheid of voor wat betreft de vrijheid van verdediging. Omdat het bij contempt of court echter veelal gaat om het beperken van die uitingsvrijheid vormt het in dit onderzoek vooral een tegengestelde waarde. Om een indruk te krijgen hoe de belangen van een goede strafrechtspleging zich verhouden tot het recht op vrije meningsuiting en in welke mate en onder welke omstandigheden beperkingen op die uitingsvrijheid gerechtvaardigd zijn, wordt hieraan in deze paragraaf aandacht besteed. Daarbij wordt eerst in grote lijnen uiteengezet hoe dat recht in het EVRM is gewaarborgd en welke beperkingsgronden er zijn (paragraaf 3.7.1). In paragraaf 3.7.2 wordt afzonderlijk aandacht besteed aan de voor dit onderzoek meest relevante beperkingsgrond, te weten

365 HR 12 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1236: in beginsel, want de rechter kan een aanhoudingsverzoek afwijzen indien hij de door de verdachte voor zijn aanwezigheid opgegeven reden niet aannemelijk acht, of wanneer bijzondere omstandigheden meebrengen dat het belang van een behoorlijke strafvordering (waaronder de redelijke termijn) dient te prevaleren.

366 Zo geldt bij verzoeken gedaan ter terechtzitting het strengere noodzaaks criterium van art. 315 Sv. In hoger beroep geldt het noodzaaks criterium daarnaast als de getuigen niet bij appelschriftuur zijn verzocht, zie art. 410 Sv en het overzichtsarrest HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1496, NJ 2014, 441 m.nt. Borgers. Zie voor een afwijzing van een in een laat stadium door het openbaar ministerie verzochte getuige met (onder meer) het oog op een voortvarende behandeling hof Arnhem-Leeuwarden, 28 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:1512.

de ‘impartiality and authority of the judiciary’. Vervolgens wordt ingegaan op de normering van de uitingsvrijheid van de media (paragraaf 3.7.3), procesdeelnemers (paragraaf 3.7.4) en politici (paragraaf 3.7.5). Er wordt over het algemeen niet afzonderlijk aandacht besteed aan de Nederlandse context. Hoewel het recht op vrije meningsuiting is neergelegd in artikel 7 van de Grondwet, vindt de beoordeling van concrete geschillen gelet op het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet immers plaats aan de hand van artikel 10 EVRM en het door het EHRM ontwikkelde toetsingskader.³⁶⁷ Een nadere uitwerking van enkele concrete bepalingen die de vrijheid van meningsuiting in Nederland begrenzen, vindt plaats in hoofdstuk 6.

3.7.1 Het recht op vrijheid van meningsuiting

Het recht op vrijheid van meningsuiting is neergelegd in artikel 10 EVRM. Het omvat, blijkens lid 1 ‘de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen.’ Het wordt door het Europese Hof beschouwd als een essentiële voorwaarde voor een democratische samenleving en voor de persoonlijke ontwikkeling van haar burgers.³⁶⁸ Het Hof kent daarbij een belangrijke rol toe aan de pers, die het publiek in staat moet stellen zich een mening te vormen over zaken van algemeen belang en benadrukt daarbij dat de vrijheid van meningsuiting ook het recht op het ontvangen en delen van informatie omvat.³⁶⁹

Dat betekent echter niet dat het recht op vrije meningsuiting absoluut of onbeperkt is. Lid 2 van artikel 10 EVRM maakt het mogelijk om de uitoefening van dit recht te onderwerpen aan beperkingen voor zover die noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen. Waar een meningsuiting in het gedrang komt met andere rechten weegt het Europese Hof het relatieve gewicht van de

³⁶⁷ Zie bijv. HR 10 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:541.

³⁶⁸ EHRM 7 december 1976, appl.no. 5493/72 (*Handyside v. UK*), par. 49: ‘Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of such a society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man. Subject to paragraph 2 of Article 10 (art. 10-2), it is applicable not only to “information” or “ideas” that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no “democratic society”.’

³⁶⁹ EHRM 8 juli 1986, appl.no. 9815/82 (*Lingens v. Austria*), par. 41-42.

verschillende belangen tegen elkaar af. Daarbij hanteert het Hof verschillende toetsingscriteria. In de eerste plaats is de aard van de uitlatingen van belang. Het Hof maakt daarbij een onderscheid tussen waardeoordelen en uitlatingen die als feiten worden gepresenteerd. Waardeoordelen behoeven – anders dan feitelijke vaststellingen – geen bewijs en mogen aanstootgevend of choquerend zijn.³⁷⁰ Dergelijke waardeoordelen kunnen niettemin in strijd zijn met artikel 10 EVRM wanneer het gaat om ‘excessieve’ uitlatingen wat betreft de ernst, aard of toon ervan.³⁷¹ Een andere relevante factor is het object van kritiek. Bij het bekritisieren van de regering, politici of andere publieke personen is meer geoorloofd dan bij kritiek op gewone burgers.³⁷² Daarnaast is de aard van het ingrijpen van belang. Bij beperkingen die neerkomen op voorafgaande controle of censuur is het Hof beduidend strenger dan wanneer het gaat om (sanctionerende) reacties achteraf.³⁷³ De aard en ernst van de reactie is eveneens een factor die wordt betrokken bij de beoordeling van de proportionaliteit van het ingrijpen.³⁷⁴ Deze proportionaliteitstoets houdt nauw verband met de overige omstandigheden van de zaak: waar in de ene zaak zelfs een disciplinaire waarschuwing als onevenredig werd aangemerkt,³⁷⁵ waren in andere gevallen een (disciplinaire) boete³⁷⁶ en een strafrechtelijke veroordeling³⁷⁷ wel in overeenstemming met artikel 10 EVRM.

3.7.2 Beperkingen ter bescherming van de onpartijdigheid en het gezag van de rechtspraak

In het kader van dit onderzoek is met name de beperkingsgrond van het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht (*the authority and impartiality of the judiciary*) van belang.³⁷⁸ Het Hof heeft in zijn rechtspraak nadere invulling gegeven aan de inhoud en betekenis van deze beperkingsgrond. Het begrip ‘rechtspraak’ wordt door het EHRM ruim opgevat. Het omvat niet alleen de rechterlijke macht als zodanig, ook wel de *machinery of justice* genoemd,

370 Vgl. EHRM 24 februari 1997, appl.no. 19983/92 (De Haes and Gijssels v. Belgium), par. 34; zie ook EHRM 6 mei 2003, appl.no. 48898/99 (Perna v. Italy), par. 47; EHRM 18 september 2012, appl.no. 3084/07 (Falter Zeitschriften GmbH v. Austria, no. 2), par. 44.

371 Vgl. EHRM 26 april 1995, appl.no. 15974/90 (Prager and Oberschlick v. Austria), par. 37.

372 EHRM 23 april 1992, appl.no. 11798/85 (Castells v. Spain), par. 46.

373 Vgl. EHRM 26 november 1991, appl.no. 13585/88 (Observer and Guardian v. UK), par. 60.

374 EHRM 8 juli 1999, appl.no. 24246/94 (Okçuoglu v. Turkey), par. 49; EHRM 12 februari 2019, appl.no. 70465/12 (Pais Pires de Lima v. Portugal).

375 EHRM 28 oktober 2003, appl.no. 39657/98 (Steur v. the Netherlands), par. 44.

376 EHRM 20 mei 1998, appl.no. 25405/94 (Schöpfer v. Switzerland), par. 34.

377 EHRM 26 april 1995, appl.no. 15974/90 (Prager and Oberschlick v. Austria), par. 38.

378 Omdat de onpartijdigheid al uitgebreider is behandeld in par. 3.3.3. komt in deze paragraaf met name het gezag van de rechtspraak als beperkingsgrond aan bod.

maar ook de individuele rechters in hun officiële hoedanigheid.³⁷⁹ Met de term *authority of the judiciary* doelt het Hof op de aanvaarding van de rechterlijke macht als de instantie die exclusief is belast met de afdoening van juridische geschillen. Het Hof formuleert dit als volgt:

‘The phrase “authority of the judiciary” includes, in particular, the notion that the courts are, and are accepted by the public at large as being, the proper forum for the ascertainment of legal rights and obligations and the settlement of disputes relative thereto; further, that the public at large have respect for and confidence in the courts’ capacity to fulfil that function.’³⁸⁰

Uit het recht op meningsuiting vloeit voort dat het burgers, journalisten en politici vrij staat om zich uit te laten over zaken die verband houden met de rechtspleging. Sterker nog, de rechtspleging is een zaak van publiek belang en het is de taak van de pers om daarover te berichten.³⁸¹ Het Hof acht het dan ook ondenkbaar dat er voorafgaand of tijdens rechtszaken geen discussie zou mogen zijn over het onderwerp van die rechtszaken, en maakt daarbij geen onderscheid tussen gespecialiseerde tijdschriften, de gewone pers of het brede publieke debat.³⁸² In zoverre ziet het Hof dus niets in een algemene *sub judice*-regel, op grond waarvan men zich dient te onthouden van het doen van uitspraken over lopende rechtszaken. Dat neemt niet weg dat belang toekomt aan het recht op een eerlijk proces en het gezag van de rechtspraak en dat bepaalde uitspraken daarmee zozeer in strijd kunnen zijn dat een beperking gerechtvaardigd is. Het Hof pleegt in dat verband te overwegen:

‘(...) this must be borne in mind by journalists when commenting on pending criminal proceedings since the limits of permissible comment may not extend to statements which are likely to prejudice, whether intentionally or not, the chances of a person receiving a fair trial or to undermine the confidence of the public in the role of the courts in the administration of criminal justice.’³⁸³

Bovendien onderkent het Europese Hof de bijzondere positie van de rechterlijke macht. In de Prager en Oberschlick-uitspraak, waarin het ging om een veroordeling van een journalist in verband met het publiceren van een uiterst kritisch artikel over de Weense rechtbank, verwoordt het Hof dit als volgt:

‘Regard must, however, be had to the special role of the judiciary in society. As the guarantor of justice, a fundamental value in a law-governed State, it must enjoy

379 EHRM 26 april 1979, appl.no. 6538/74 (Sunday Times v. UK), par. 55.

380 EHRM 26 april 1979, appl.no. 6538/74 (Sunday Times v. UK), par. 55.

381 EHRM 7 juni 2007, appl.no. 1914/02 (Dupuis and others v. France), par. 33.

382 EHRM 1 juli 2014, appl.no. 56925/08 (A.B. v. Switzerland), par. 45.

383 EHRM 29 augustus 1997, appl.no. 22714/93 (Worm v. Austria), par. 50; EHRM 24 november 2005, appl.no. 53886/00 (Tourancheau and July v. France), par. 66; EHRM 1 juli 2014, appl.no. 56925/08 (A.B. v. Switzerland), par. 45.

public confidence if it is to be successful in carrying out its duties. It may therefore prove necessary to protect such confidence against destructive attacks that are essentially unfounded, especially in view of the fact that judges who have been criticised are subject to a duty of discretion that precludes them from replying.³⁸⁴

Daarbij maakt het in de beoordeling van de toelaatbaarheid van de uitlatingen een verschil of de kritiek is gericht op een individuele functionaris of op het gerechtelijk systeem als zodanig. Het Hof biedt relatief veel ruimte voor kritiek op het functioneren van het juridisch systeem, zeker wanneer het gaat om het aan de kaak stellen van mogelijk falen in de rechtspleging.³⁸⁵ Wanneer het echter gaat om min of meer persoonlijke aanvallen op gerechtelijke ambtenaren kiest het Hof voor een strengere toets.³⁸⁶ De ratio daarvan is niet alleen dat dit soort kritiek een negatieve invloed kan hebben op de aanvaarding en het gezag van de rechterlijke macht in het algemeen, maar ook dat rechterlijke ambtenaren zich vanwege hun functie niet eenvoudig in het openbaar kunnen verweren.³⁸⁷ Bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van uitlatingen maakt het Europese Hof verder een onderscheid al naar gelang de functie of hoedanigheid van degene die de uitlatingen doet en de plaats of de gelegenheid waar de kritiek wordt geuit. In de volgende paragrafen zal achtereenvolgens worden ingegaan op de pers, procesdeelnemers en politici.

3.7.3 De pers

Zoals reeds gezegd kent het EHRM bij de verwezenlijking van de vrijheid van meningsuiting een belangrijke rol toe aan de pers. Berichtgeving over rechtszaken vormt een zwaarwegend publiek belang, ook omdat het bijdraagt aan de openbaarheid zoals wordt voorgeschreven door artikel 6 EVRM.³⁸⁸ Een van de bekendste en voor contempt of court meest relevante zaken op dit gebied is de uitspraak *Sunday Times* tegen het Verenigd Koninkrijk uit 1979. Het ging in die zaak om een artikel dat de *Sunday Times* wilde publiceren over de zogenoemde *thalodamide-affaire*, waarbij veel kinderen misvormd

384 EHRM 26 april 1995, appl.no. 15974/90 (*Prager and Oberschlick v. Austria*), par. 34.

385 Vgl. EHRM 24 februari 1997, appl.no. 19983/92 (*De Haes and Gijssels v. Belgium*), par. 34-49, waarin het ging om een serie uiterst kritische artikelen over het optreden van enkele Antwerpse rechters en een officier van justitie in een zaak van een van incest verdachte notaris. Zie ook Kuijer 2004a, p. 108.

386 De Europese rechtspraak beschermt overigens niet alleen rechters maar ook openbaar aanklagers en hogere politiefunctionarissen, die als ambtenaren eveneens dienen bij te dragen aan de *proper administration of justice*, zie EHRM 19 juni 2003, appl.no. 49017/99 (*Pedersen and Baadsgaard v. Denmark*), par. 66.

387 Zie ook de expliciete overweging in EHRM 26 april 1995, appl.no. 15974/90 (*Prager and Oberschlick v. Austria*), par. 34.

388 EHRM 29 augustus 1997, appl.no. 22714/93 (*Worm v. Austria*), par. 50, zie ook Kuijer 2004a, p. 96-98.

ter wereld waren gekomen door een medicijn dat hun moeders tijdens de zwangerschap hadden gebruikt. Er was een rechtszaak aanhangig die de ouders van de kinderen hadden aangespannen tegen de producent van het medicijn. Ten tijde van de voorgenomen publicatie liepen er onderhandelingen tussen de partijen. De Engelse rechter verbood publicatie omdat hiervan druk kon uitgaan op de producent en publicatie zodoende de onderhandelingen zou kunnen beïnvloeden. De Sunday Times legde dit verbod voor aan de hogere nationale rechters, kreeg in eerste instantie gelijk maar ving uiteindelijk alsnog bot. Het Europese Hof stelde de krant echter in het gelijk en oordeelde met een meerderheid van elf tegen negen stemmen dat het publicatieverbod in strijd was met artikel 10 EVRM. Hoewel het belang van bescherming van de *authority of the judiciary* werd onderkend, benadrukte het Hof dat de mogelijke beperkingen van de vrije meningsuiting restrictief moeten worden uitgelegd. Het grote maatschappelijke belang van het onderwerp en het recht van het publiek om hiervan kennis te nemen, woog zwaarder dan de mogelijke invloed die kon uitgaan op de lopende onderhandelingen.³⁸⁹ Een dergelijke benadering werd ook in latere uitspraken toegepast.³⁹⁰

Het openbare karakter van rechtszaken werkt echter niet 'as a carte blanche relieving the media of their duty to show due care in communicating information received in the course of those proceedings.'³⁹¹ In sommige gevallen acht het Hof een inbreuk daarom wel gerechtvaardigd.³⁹² Daarbij spelen verschillende factoren een rol, zoals de aard van de zaak (*high profile* of niet), de aard en inhoud van de uitlatingen (feiten of waardeoordelen) en de mate van waarschijnlijkheid dat een lopend proces daardoor wordt beïnvloed.³⁹³ Het Hof lijkt meer ruimte te zien voor beperking wanneer het recht op een eerlijk proces daardoor in het gedrang komt, dan wanneer 'enkel' het gezag van de rechtspraak wordt aangetast,³⁹⁴ hoewel ook dan sprake kan zijn van al te vergaande kritiek.³⁹⁵

389 EHRM 26 april 1979, appl.no. 6538/74 (Sunday Times v. UK), par. 65-68.

390 Vgl. EHRM 3 oktober 2000, appl.no. 34000/96 (Du Roy et Maulaurie v. France), par. 35; EHRM 14 februari 2008, nr. 20893/03 (July en Sarl Libération v. France), par. 76-77.

391 EHRM 10 februari 2009, appl.no. 3514/02 (Erikainen and others v. Finland), par. 63.

392 Vgl. EHRM 29 augustus 1997, appl.no. 22714/93 (Worm v. Austria), par. 52-57; EHRM 18 september 2012, appl.no. 3084/07 (Falter Zeitschriften GmbH v. Austria, no. 2), par. 43-47.

393 Vgl. de noot van Dommering onder de zaak Worm, EHRM 29 augustus 1997, NJ 1999, 710 en Kuijer 2004b, p. 86-89.

394 Zie de verschillende uitkomsten in de hiervoor aangehaalde Sunday Times-zaak en de Worm-zaak; in dezelfde zin Kuijer 2004a, p. 99.

395 Vgl. EHRM 26 april 1995, appl.no. 15974/90 (Prager and Oberschlick v. Austria), par. 37-38, waarin het ging om beschuldigingen dat enkele Weense rechters de wet overtraden, hun beroep niet naar behoren uitoefenden en een arrogante en pesterige houding aannamen. Het EHRM vond de veroordeling wegens smaad gerechtvaardigd en verwees daarbij met name naar de generaliserende toon van het artikel en de *excessive breadth* van de geuite beschuldigingen.

Het EHRM heeft zich ook meermaals uitgelaten over (strafrechtelijk gesanctioneerde) beperkingen ten aanzien van publiciteit in het vooronderzoek. Zo oordeelde het Hof in de zaak *Tourancheau* over de Franse strafbepaling op grond waarvan het verboden is gerechtelijke beschuldigingen openbaar te maken vóórdat deze op een openbare zitting publiekelijk zijn voorgedragen. Het ging om de publicatie van een artikel over een moordzaak waarin delen uit het strafdossier werden geciteerd. Het Hof verwierp de op artikel 10 EVRM gestoelde klacht die door de journalist en uitgever was ingediend en overwoog daarbij onder meer dat de strafbepaling geen algeheel verbod behelsde op het publiceren over de onderzoeksfase van rechtszaken, maar uitsluitend op het min of meer letterlijk citeren van delen uit het dossier. Daarbij was ook van belang dat het artikel een bepaalde lezing van hetgeen was voorgevallen leek te ondersteunen en een jury uiteindelijk over de feiten zou oordelen.³⁹⁶ Ook in twee Zwitserse zaken accordeerde het Hof de toepassing van een dergelijke strafbepaling. Het ging daarbij om veroordelingen van journalisten ter zake het publiceren van informatie uit dossiers, procedures of officiële onderzoeken van een openbare autoriteit, welke informatie gedurende het vooronderzoek als geheim werd aangemerkt.³⁹⁷ Uit deze rechtspraak kan dus worden afgeleid dat het Hof (strafrechtelijke) beperkingen aan publicaties in het vooronderzoek op zichzelf toelaatbaar acht.

Een tweede aspect van persvrijheid dat aandacht verdient is de journalistieke bronbescherming. Zoals in de volgende hoofdstukken zal blijken kan de weigering om bepaalde informatie te onthullen die tot identificatie van de bron kan leiden – na een rechterlijk bevel daartoe – een vorm van contempt of court opleveren.³⁹⁸ Voor het EHRM vormt de bronbescherming, in lijn met internationale afspraken, een essentieel onderdeel van de vrije pers.³⁹⁹ Beperkingen hierop zijn dan ook slechts gerechtvaardigd in geval van een ‘overriding requirement in the public interest’.⁴⁰⁰ Hoewel het waarborgen van een eerlijk proces op zichzelf een legitiem belang kan zijn, zal het voor een inbreuk op

396 EHRM 24 november 2005, appl.no. 53886/00, (*Tourancheau & July v. France*), par. 71-75. Zie ook EHRM 3 oktober 2000, appl.no. 34000/96 (*Du Roy & Malaurie v. France*) over een enigszins vergelijkbare bepaling in het civiele recht, waarin overigens wel een schending van art. 10 EVRM werd aangenomen.

397 EHRM 29 maart 2016, appl.no. 56925/08 (*Bédât v. Switzerland*) en EHRM 6 juni 2017, appl.no. 22998/13 (*Y. v. Switzerland*). Zie over hetzelfde onderwerp ook EHRM 22 mei 1990, appl.no. 11031/84 (*Weber v. Switzerland*), waarin wel een schending van art. 10 EVRM werd aangenomen omdat de inbreuk niet noodzakelijk en proportioneel was.

398 Met name in de Verenigde Staten komt het met enige regelmaat voor dat op deze grond dwangmaatregelen worden genomen tegen journalisten, zie bijv. ‘Reporter Held in Contempt in Anthrax Case’, *The New York Times*, 20 februari 2008; ‘Journalist Cited for Contempt in Leak Probe. Reporter Refused To Discuss Sources’, *Washington Post*, 8 oktober 2004.

399 O.a. Resolution on the Confidentiality of Journalists’ Sources van het Europese Parlement, 18 January 1994, Official Journal of the European Communities No. C 44/34 en Recommendation No. R(2000) 7 on the right of journalists not to disclose their sources of information, aangenomen door het Comité van Ministers op 8 maart 2000.

400 EHRM 27 maart 1996, appl.no. 17488/90 (*Goodwin v. UK*), par. 45.

de journalistieke bronbescherming niet snel zwaarwegend genoeg zijn.⁴⁰¹ In ieder geval is in de Straatsburgse rechtspraak geen voorbeeld te vinden waarin een plicht tot het onthullen van een journalistieke bron werd aanvaard.⁴⁰² Dat betekent dat sanctionering van een weigering tot het vrijgeven van dergelijke informatie, uit mensenrechtelijk oogpunt slechts in zeer uitzonderlijke gevallen toelaatbaar is.

3.7.4 Procesdeelnemers

Vrijheid van meningsuiting bestaat ook voor deelnemers aan een rechtszaak.⁴⁰³ Aanklagers, verdachten en advocaten moeten bij het naar voren brengen van hun standpunt echter wel bepaalde grenzen in acht nemen. Het hof maakt daarbij een onderscheid tussen kritiek en belediging. Wanneer met een bepaalde uitlating vooral het beledigen van (leden van) de rechtbank is beoogd, is bestraffing daarvan op zichzelf niet in strijd met artikel 10 EVRM.⁴⁰⁴ Ten aanzien van advocaten hanteert het EHRM specifieke maatstaven. Daarbij zoekt het Hof aansluiting bij internationale afspraken van de Raad van Europa en de VN.⁴⁰⁵ Zo volgt uit artikel 20 van de VN Basic Principles on the Role of Lawyers dat advocaten recht hebben op civiel- en strafrechtelijke immuniteit ten aanzien van mondelinge en schriftelijke uitlatingen, gedaan te goeder trouw en in hun professionele hoedanigheid voor een gerechtelijke instantie.⁴⁰⁶ De exclusieve rechten en privileges van advocaten brengen onder meer mee dat zij een zekere speelruimte hebben om hun argumenten in een procedure naar

⁴⁰¹ Brants 2008a, p. 332-333.

⁴⁰² Zie o.a. EHRM 22 november 2007, appl.no. 64752/01 (*Voskuil v. the Netherlands*), par. 67-73; EHRM 25 februari 2003, appl.no. 51772/99 (*Roemen and Schmit v. Luxembourg*), par. 47-60; EHRM 15 december 2009, appl.no. 821/03 (*Financial Times Ltd and others v. UK*), par. 64-73; EHRM 14 september 2010, appl.no. 38224/03 (*Sanoma Uitgevers BV v. the Netherlands*), par. 88-100.

⁴⁰³ Kuijer 2004b, p. 92-95. Zie over de uitingsvrijheid van rechters par. 3.3.3.1.

⁴⁰⁴ EHRM 27 mei 2003, appl.no. 43425/98 (*Skalka v. Poland*), par. 34-43. Het ging om een zaak waarin een verdachte de rechter een 'onverantwoordelijke clown', 'dwaas' en 'uitmuntende idioot' had genoemd. De gevangenisstraf van acht maanden was echter zodanig disproportioneel dat op die grond een schending van art. 10 EVRM werd aangenomen, waarbij van belang was dat de brief niet openbaar was gemaakt en zodoende niet kon worden gesproken van een 'open and overall attack on the authority of the judiciary'. Zie in dezelfde zin EHRM 6 maart 2018, appl.no. 10644/08 (*Mikhaylova v. Ukraine*), par. 94-96.

⁴⁰⁵ Recommendation Rec(2000)21 of the Committee of Ministers on the freedom of exercise of the profession of lawyer, adopted on 25 October 2000; UN Basic Principles on the Role of Lawyers, adopted in 1990 by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders.

⁴⁰⁶ In zijn latere rechtspraak verwijst het Hof naar de beginselen die zijn opgesteld door de Council of Bars and Law Societies of Europe, de Code of Conduct for European Lawyers, raadpleegbaar op www.ccbe.eu, zie bijv. EHRM 23 april 2015, appl.no. 29369/10 (*Morice v. France*), par. 134.

voren te brengen.⁴⁰⁷ Kritiek op de rechtspleging is zonder meer toelaatbaar, maar moet binnen bepaalde grenzen blijven en moet worden afgewogen tegen het belang van de ‘proper administration of justice and the dignity of the legal profession’.⁴⁰⁸ Het Hof is echter ook van oordeel dat de positie van advocaat, als intermediair tussen het publiek en de gerechten, een bijzondere verantwoordelijkheid meebrengt voor het in stand houden van het vertrouwen in de rechtspraak.⁴⁰⁹

Een belangrijke factor daarbij is het forum waarin de kritische uitlatingen worden gedaan. Wanneer het gaat om kritiek die wordt geventileerd in de rechtszaal aanvaardt het Hof dat een advocaat de belangen van zijn cliënt zo nodig fel en in scherpe bewoordingen moet kunnen behartigen:

‘It follows that it should be primarily for counsel themselves, subject to supervision by the bench, to assess the relevance and usefulness of a defence argument without being influenced by the potential “chilling effect” of even a relatively light criminal penalty or an obligation to pay compensation for harm suffered or costs incurred.’⁴¹⁰

Daarbij speelt mee dat de wetenschap dat advocaten hun cliënten effectief kunnen vertegenwoordigen, ook bijdraagt aan het noodzakelijk publieke vertrouwen in de rechtspleging.⁴¹¹ In relatie tot voorliggend onderzoek is wel van belang dat het Hof nadrukkelijk meer ruimte laat voor het bekritisieren van de openbaar aanklager of de politie, dan de rechter of de rechtbank in zijn geheel,⁴¹² zeker wanneer de kritiek zich richt op het (professioneel) handelen van deze partijen.⁴¹³ Bij kritiek op rechters komt het er op aan onnodig grievende bewoordingen achterwege te laten en de kritiek te beperken tot zakelijke aspecten, zoals de manier waarop rechters een specifieke zaak behan-

407 EHRM 28 oktober 2003, appl.no. 39657/98 (Steur v. the Netherlands), par. 38; EHRM 30 maart 2006, appl.no. 32458/96 (Saday v. Turkey), par. 34.

408 EHRM 21 maart 2002, appl.no. 31611/96 (Nikula v. Finland), par. 46; EHRM 30 maart 2006, appl.no. 32458/96 (Saday v. Turkey), par. 34.

409 EHRM 20 mei 1998, appl.no. 25405/94 (Schöpfer v. Switzerland), par. 29-30. En in zoverre moeten zij ook worden onderscheiden van journalisten, zie EHRM 23 april 2015, appl.no. 29369/10 (Morice v. France), par. 148.

410 EHRM 21 maart 2002, appl.no. 31611/96 (Nikula v. Finland), par. 54. Zie ook EHRM 15 december 2015, appl.no. 29024/11 (Bono v. France) en EHRM 20 mei 1998, appl.no. 25405/94 (Schöpfer v. Switzerland), par. 31, waarin het Hof de opgelegde sanctie gerechtvaardigd achtte nu de advocaat (onder meer) zijn kritiek eerst in de pers had geventileerd.

411 EHRM 15 december 2005, appl.no. 73797/01 (Kyprianou v. Cyprus), par. 175.

412 EHRM 21 maart 2002, appl.no. 31611/96 (Nikula v. Finland), par. 50; EHRM 28 oktober 2003, appl.no. 39657/98 (Steur v. the Netherlands), par. 39. Zie voor ontoelaatbare kritiek op een rechter ook EHRM 30 juni 2015, appl.no. 39294/09 (Peruzzi v. Italy).

413 Zie EHRM 21 maart 2002, appl.no. 31611/96 (Nikula v. Finland), par. 51. Persoonlijke beledigingen, zoals de uitlating dat de aanklager de dagvaarding had geschreven ‘in a state of complete intoxication’ kunnen niet door de beugel, zie ECRM 14 januari 1998, appl.no. 29045/95 (Mahler v. Germany, ongepubliceerd, het EHRM haalt de uitspraak aan in zijn Nikula-arrest).

delen.⁴¹⁴ In relatie tot optredens buiten de rechtszaal stelt het Hof voorop dat ook advocaten mogen bijdragen aan discussies over zaken van algemeen belang, zoals het functioneren van de rechtspleging. Wel moet worden voorkomen dat de rechterlijke macht het doelwit wordt van:

‘(...) gratuitous and unfounded attacks, which may be driven solely by a wish or strategy to ensure that the judicial debate is pursued in the media or to settle a score with the judges handling the particular case.’⁴¹⁵

Dat neemt niet weg dat een advocaat het publiek mag informeren over tekortkomingen die de juistheid of zorgvuldigheid van het (voor)onderzoek kunnen beïnvloeden.⁴¹⁶ Zeker wanneer de zaak al volop in de publieke belangstelling staat zal een advocaat de ruimte moeten krijgen de kwestie namens zijn cliënt te becommentariëren.⁴¹⁷ Het enkele feit dat uit dit soort kritiek ‘een zeker gebrek aan respect’ voor de rechterlijke macht valt af te leiden is in ieder geval onvoldoende om hierop met (straf- of tuchtrechtelijke) maatregelen te reageren.⁴¹⁸

3.7.5 Politici

Het vrije politieke debat wordt door het Hof gezien als een van de pijlers van een democratische samenleving.⁴¹⁹ Dat aan politici een ruime uitingenvrijheid toekomt is dan ook vanzelfsprekend.⁴²⁰ Bij de beoordeling van beperkingen van die vrijheid past het Hof een strikte toets toe.⁴²¹ Zeker in verkiezingstijd hecht het Hof grote waarde aan ‘the free flow of opinions and information of all kinds’ omdat daarmee het democratisch proces is gediend.⁴²² Politici mogen gebruik maken van een zekere mate van overdrijving of zelfs provocatie.

414 EHRM 15 december 2005, appl.no. 73797/01 (Kyprianou v. Cyprus), par. 179. Zie ook EHRM 12 januari 2016, appl.nl. 48074/10 (Rodriguez Ravelo v. Spain), EHRM 31 mei 2011, appl.no. 3699/08 (Zugic v. Croatia) en EHRM 27 januari 2015, appl.no. 66232/10 (Kincses v. Hungary) voor voorbeelden van ‘persoonlijke aanvallen’ door advocaten op rechters. In EHRM 28 juni 2016, appl.no. 51000/11 (Radobuljac v. Croatia), par. 66, bleef de kritiek juist zakelijk van aard.

415 EHRM 23 april 2015, appl.no. 29369/10 (Morice v. France), par. 134.

416 EHRM 15 december 2011, appl.no. 28198/09 (Mor v. France), par. 59.

417 EHRM 15 december 2011, appl.no. 28198/09 (Mor v. France), par. 55-56.

418 EHRM 20 april 2004, appl.no. 60115/00 (Amihalachioaie v. Moldova), par. 36. Daarbij nam het Hof in aanmerking dat het ging om een verhit debat tussen advocaten naar aanleiding van een beslissing van het Constitutionele Hof over het voortbestaan van de nationale Orde van Advocaten.

419 EHRM 8 juli 1986, appl.no. 9815/82 (Lingens v. Austria), par. 42.

420 Vgl. ook EHRM 23 april 1992, appl.no. 11798/85 (Castells v. Spain), par. 43-44; EHRM 9 juni 1998, appl.no. 22678/93 (Incal v. Turkey), par. 46-60.

421 EHRM 7 september 2017, appl.no. no. 41519/12 (Lacroix v. France), par. 40.

422 EHRM 13 juni 2017, appl.no. 44294/06 (Cheltsova v. Russia), par. 96.

tie, mits daarbij geen ongerechtvaardigde inbreuk wordt gemaakt op de belangen van anderen.⁴²³ Ook de 'onpartijdigheid en de autoriteit van de rechtspraak' kunnen reden zijn de uitingsvrijheid te beperken. Deze in artikel 10 lid 2 EVRM neergelegde beperkingsgrond dient ruim te worden uitgelegd. Het Hof zoekt aansluiting bij artikel 6 EVRM en beoordeelt in voorkomende gevallen of de uitlatingen verenigbaar zijn met het recht op een eerlijk proces.⁴²⁴ Wanneer het gaat om beperkingen van de uitingsvrijheid met het oog op de bescherming van de autoriteit van de rechtspraak, is onder meer de aard van de uitlatingen en de context waarin deze zijn gedaan van belang. Zo achtte het Hof een strafrechtelijke veroordeling wegens een in de Franse strafwet opgenomen verbod op minachting van de rechtspraak (*outrage*) toelaatbaar in een zaak waarin een parlementariër een rechter onder meer beschuldigde van het tegenwerken van de politie en 'de wil van het volk', doordat hij overvallers had vrijgelaten en in plaats daarvan meer bezig was met het aanvallen van rechtse politici. Ondanks het feit dat de kritiek was geuit in de context van een verkiezingscampagne kwalificeerde het Hof de uitlatingen als misleidend en een gratuite persoonlijke aanval, die niet bijdroegen aan een breder publiek debat. Daarmee werd niet alleen de onafhankelijkheid van de rechter in twijfel getrokken, maar konden de beschuldigingen ook het vertrouwen in de rechtspraak ondermijnen.⁴²⁵

3.8 CONCLUSIE

Omdat contempt of court een instrument is dat ertoe strekt de goede rechtspleging (*due administration of justice*) te waarborgen, is in dit hoofdstuk uiteengezet welke beginselen en uitgangspunten daaronder kunnen worden begrepen. Daarbij zijn enerzijds, als doelen van het strafproces, waarheidsvinding en het garanderen van een eerlijke procesgang onderscheiden. Voor een adequaat functioneren van de rechtspleging is daarnaast vereist dat de rechtspraak gezag heeft en door het publiek wordt aanvaard als de instantie die beslist over juridische geschillen en schuld en onschuld. Verder is voor een goede taakvervulling vereist dat de rechtspleging op efficiënte wijze plaatsvindt. Deze twee componenten, gezag en efficiëntie, zijn daarom als randvoorwaarden voor een goede strafrechtspleging aangemerkt. Tot slot is de vrijheid van meningsuiting als 'tegenkracht' beschreven, omdat deze op gespannen voet kan staan

423 EHRM 20 april 2010, appl.no. 18788/09 (*Le Pen v. France*); EHRM 16 juli 2009, appl.no. 15615/07 (*Féret v. Belgium*).

424 Zo kunnen van overheidswege gedane mededelingen over specifieke strafzaken in strijd komen met de onschuldpresumptie, bijv. EHRM 26 maart 2002, appl.no. 48297/99 (*Butkevicius v. Lithuania*), zie verder par. 3.3.1.3. Zie ook par. 3.3.2.2.

425 EHRM 9 januari 2018, appl.no. 50538/12 (*Meslot v. France*), par. 47.

met de verschillende aspecten van een goede strafrechtspleging, in het bijzonder het eerlijk proces- en het gezagsaspect.

In dit hoofdstuk is duidelijk geworden dat de verschillende belangen en beginselen die kunnen worden geschaard onder het begrip goede (straf)rechtspleging geen absolute waarden zijn en onderling of tegen andere belangen moeten worden afgewogen. Tegelijkertijd is helder dat aan deze beginselen een dermate gewicht toekomt dat zij een inbreuk op andere rechten kunnen rechtvaardigen. Strafbepalingen of andersoortige maatregelen om de goede rechtspleging te kunnen waarborgen zijn dan ook – onder bepaalde voorwaarden – toelaatbaar en soms zelfs noodzakelijk. In de volgende hoofdstukken zal worden ingegaan op de wijze waarop contempt of court voorziet in waarborgen voor die goede strafrechtspleging.