

**PROCESINLEIDING IN CASSATIE BIJ DE HOGE RAAD DER NEDERLANDEN
ALS BEDOELD IN ART. 407 LID 1 (NIEUW) RV**

Eisers tot cassatie zijn

- (1) **Maria Josefina Dijkhoff** **Henriquez,**
- (2) **Maria Antonilla Henriquez,**
- (3) **Germaine Geneviève Henriquez,**
- (4) **Alexander Dijkhoff,**

hierna tezamen te noemen de nabestaanden te dezer zake woonplaats kiezende te (6221 CC) Maastricht aan de Alexander Battalaan 65, ten kantore van de advocaat bij de Hoge Raad der Nederlanden **mr. C. Reijntjes-Wendenburg**, die eisers tot cassatie als hun advocaat aanwijzen om in dit geding in cassatie als zodanig op te treden en hen te vertegenwoordigen.

Verweerder in cassatie is

de **STAAT DER NEDERLANDEN** (Ministerie van Veiligheid en Justitie), zetelend te (2511 EK) -Gravenhage aan de Korte Voorhout 8 (hierna te noemen: de Staat), die te dezer zake laatstelijk woonplaats heeft gekozen ten kantore van zijn (proces)advocaat uit de vorige instantie, **mr. W. Heemskerk**, kantoorhoudende te (2594 AC) -Gravenhage aan de Bezuidenhoutseweg 57 (Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn N.V.).

De nabestaanden stellen door indiening van deze procesinleiding op de voet van art. 407 (nieuw) Rv beroep in cassatie in tegen het arrest van het gerechtshof Den Haag, afdeling civiel recht, gewezen onder **zaaknummer 200.215.340/01** en uitgesproken op **4 juli 2017** tussen de nabestaanden als appellanten, eisers in eerste aanleg, en de Staat als geïntimeerde, gedaagde in eerste aanleg.

Verweerder kan in deze procedure **ten laatste verschijnen op dinsdag 19 september 2017**, (niet in persoon maar) door tussenkomst van en vertegenwoordigd door een advocaat bij de Hoge Raad der Nederlanden. De enkelvoudige civiele kamer van de Hoge Raad behandelt de zaken, vermeld op het in art. 15 van het Besluit orde van dienst gerechten bedoelde overzicht van zaken, op de vrijdagen die worden genoemd in hoofdstuk 1 van het Procesreglement van de Hoge Raad voor civiele vorderingszaken (Stcrt. 2017/5928) om 10:00 uur. De behandeling van de zaken vindt plaats in het gebouw aan het Korte Voorhout 8 (2511 EK) te -Gravenhage.

Bevoegde rechter in deze is de Hoge Raad der Nederlanden aan de Korte Voorhout 8 te (2511 EK) -Gravenhage.

INLEIDING

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan:

- Op 27 juni 2015 is de heer Michel Henriquez (hierna: Mitch) op een muziekfestival in Den Haag door vijf politieagenten aangehouden en overmeesterd. Nadat werd geconstateerd dat Mitch geen hartslag meer had, is hij na reanimatiepogingen en overbrenging naar een ziekenhuis op zondag 28 juni 2015 overleden.
- De Rijksrecherche heeft naar het handelen van de vijf betrokken politieagenten een onderzoek verricht. Zij heeft een proces-verbaal opgemaakt dat is gesloten op 9 november 2016. Daarin geeft zij aan dat het zeer wenselijk zou zijn dat de identiteit van de betrokkene agenten onbekend blijft, omdat verschillende bedreigingen tegen het leven van de agenten zijn geuit, hevige protesten en rellen bij verschillende politiebureaus hebben plaatsgevonden waarbij 243 verdachten voor onder meer openlijke geweldpleging, brandstichting, bedreiging en mishandeling zijn aangehouden, en meer dan één jaar later □ in de buurt waar Henriquez werd aangehouden □ posters zijn opgehangen met de tekst "Fuck the police it's time to fight back," alsmede een tekening van een man die door de politie tegen de grond wordt geduwd.
- Het Openbaar Ministerie heeft besloten om twee van de vijf agenten te vervolgen. Zij worden in het strafdossier aangeduid als DH01 en DH02. De strafzaken van de andere drie agenten, die in het strafdossier worden aangeduid als DH03, DH04 en DH05, zijn geseponeerd.
- De nabestaanden hebben bij het gerechtshof klaagschriften als bedoeld in artikel 12 van het Wetboek van Strafvordering (Sv) ingediend, waarin zij zich beklagen over de niet-vervolgving van DH03, DH04 en DH05 en over de niet-vervolgving ter zake van bepaalde feiten van DH01 en DH02. Bij beschikking van 30 maart 2017 heeft het gerechtshof het beklag afgewezen.
- Op 20 februari 2017 heeft in de strafzaken tegen DH01 en DH02 een regiezitting plaatsgevonden. In de processen-verbaal van deze zitting staat, voor zover hier relevant, het volgende vermeld:

□De rechtbank heeft in deze zaak stukken gezien waaruit voldoende blijkt dat de veiligheid van de verdachte het noodzakelijk maakt dat hij in dit proces anoniem optreedt. Daarom is daarvoor gekozen. De verdachte bevindt zich, zoals reeds eerder vermeld, in een afgeschermd ruimte, die alleen voor de rechtbank en de officier van justitie zichtbaar is. Voorts is de stem van de verdachte vervormd. Zijn naam komt in geen enkel stuk in het dossier voor. De rechtbank weet dat de persoon die zij nu in de afgeschermd ruimte ziet zitten de verdachte is waar het in deze zaak om gaat, omdat de voorzitter en de griffier voor de aanvang van de zitting zijn identiteit hebben vastgesteld aan de hand van een geldig identiteitsdocument□

Bij deze gelegenheid heeft de raadsman van de nabestaanden verzocht om te bepalen dat aan zijn cliënten, in elk geval aan hem, de personalia van de verdachten zullen worden bekend gemaakt. De rechtbank heeft op dit verzoek als volgt beslist:

Het desbetreffende verzoek is gebaseerd op artikel 51b van het Wetboek van Strafvordering dat gaat over het recht van het slachtoffer op inzage in en afgifte van processtukken. In de processtukken van deze zaak komt de naam van de verdachte niet voor. De naam op zich valt niet aan te merken als een processtuk dat in aanmerking zou kunnen komen voor inzage of afgifte. Het verzoek vindt dus geen grondslag in artikel 51b van het Wetboek van Strafvordering. Een andere grond is genoemd noch gebleken. Het verzoek wordt dan ook afgewezen.

- Op 6 april 2017 heeft opnieuw een regiezitting plaatsgevonden. Namens de nabestaanden is toen wederom verzocht de namen van de verdachten kenbaar te maken, op welk verzoek de rechtbank op 20 april 2017 heeft beslist als volgt:

Openbaar maken van de namen van de verdachten.

De rechtbank stelt voorop dat zij reeds op de regiezitting van 20 februari 2017 te kennen heeft gegeven dat zij van oordeel is dat er voor het anoniem optreden van de verdachten in deze zaak aanleiding is, gelet op stukken waarvan de rechtbank kennis heeft genomen en waaruit voldoende blijkt dat de veiligheid van de verdachten een dergelijk anoniem optreden noodzakelijk maakt. Op diezelfde zitting heeft de rechtbank een verzoek van de raadslieden van de nabestaanden tot het verstrekken van de namen van de verdachten afgewezen. De rechtbank heeft daartoe overwogen dat in de processtukken van deze zaak (die reeds zijn afgegeven) de namen van de verdachten niet voorkomen en dat die namen op zich niet vallen aan te merken als processtukken die in aanmerking zouden kunnen komen voor inzage of afgifte. () De rechtbank () ziet geen reden om van dat oordeel af te wijken en handhaaft haar op de zitting van 22 februari 2017 gegeven beslissing.

Voorts heeft mr. Korver het verzoek om afgifte uitgebreid tot stukken op basis waarvan de rechtbank de identiteit van de verdachten heeft vastgesteld. Dat verzoek is gegrond op de stelling dat dergelijke stukken zijn aan te merken als processtukken ().

Zoals reeds herhaaldelijk door de rechtbank is overwogen, komen de namen van verdachten niet in de processtukken voor. Naar aanleiding van het verzoek van mr. Korver heeft de voorzitter ter zitting van 6 april 2017 medegedeeld op welke wijze de rechtbank van de namen van de verdachten op de hoogte is geraakt. Dat is aldus geschied, dat door de officier van justitie aan de voorzitter een exemplaar van de dagvaarding ter hand is gesteld, waarop de naam van de respectieve verdachte staat vermeld. Anders dan door mr. Korver is aangevoerd, kan een dergelijk stuk niet gelden als een processtuk. De geanonimiseerde dagvaarding is dat wel, en die is dan ook aan de raadslieden afgegeven. Het aan de voorzitter ter hand gestelde stuk betreft een intern stuk, uitsluitend bedoeld om de rechtbank in staat te stellen de verdachten te identificeren, hetgeen voorafgaand aan de zitting van 20 februari 2017 ook is gebeurd. Hetzelfde geldt voor het op naam gestelde uittreksel uit het justitieel documentatieregister dat, zoals door de voorzitter ter zitting van 6 april 2017 is medegedeeld, door de officier van justitie aan hem is getoond. Ook dat is anders dan het geanonimiseerde uittreksel geen processtuk, maar een stuk, bedoeld om de rechtbank zekerheid te verschaffen omtrent de tenaamstelling van het uittreksel.

- De nabestaanden hebben een kort-geding tegen de Staat aanhangig gemaakt. Zij hebben, kort samengevat, gevorderd om gedaagde te bevelen de namen van de vijf betrokken agenten aan hen te verstrekken. Bij vonnis d.d. 31 maart 2017 heeft de voorzieningenrechter de vordering afgewezen.
- De nabestaanden hebben tegen het voornoemde vonnis hoger beroep ingesteld. Bij arrest d.d. 4 juli 2017 heeft het gerechtshof het vonnis van de voorzieningenrechter bekrachtigd.

ESSENTIE VAN DE ZAAK

- 0.1. De vordering van Henriquez is gebaseerd op onrechtmatig handelen van gedaagde (artikel 6:162 BW). Daarmee is de bevoegdheid van de burgerlijke rechter gegeven. Zij is ingesteld bij de voorzieningenrechter.
- 0.2. Naar het oordeel van de rechtbank fungeert deze als restrechter, indien een rechtzoekende nergens anders heen kan om zijn doel te bereiken. Dat is het geval als voor de rechtzoekende geen (andere) met voldoende waarborgen omklede (snelle) rechtsingang openstaat. Volgens de rechtbank heeft voor de nabestaanden een dergelijke rechtsgang opengestaan, te weten bij de strafrechter waar zij al een gelijkkluidend verzoek hebben gedaan, zodat via de voorzieningenrechter de beslissing van de strafrechter niet kan worden aangevochten. De rechtbank verwijst naar HR 27 januari 1989, NJ 1989/588 en 24 oktober 2003 (ECLI:NL:HR:2003:AM2625), waarin een uitzondering is gemaakt voor gevallen, waarin de rechtsmacht geheel ontbreekt.¹
- 0.3. Ook naar het oordeel van het Hof is het onverenigbaar met het gesloten stelsel van rechtsmiddelen dat de juistheid van de beslissing van de strafrechter of de aanvaardbaarheid van de procesgang die tot die beslissing heeft geleid, aan de burgerlijke rechter ter toetsing wordt voorgelegd.
- 0.4. De volgende vraag ligt thans in cassatie voor: Is hier de leer het gesloten stelsel van rechtsmiddelen van toepassing? Zo ja, heeft het Hof terecht geoordeeld dat hier geen gronden zijn om dat te doorbreken?

De nabestaanden voeren, op grond van art. 407 lid 2 Rv, tegen voormeld arrest van het gerechtshof aan als

MIDDEL TOT CASSATIE

schending van het recht en/of tot nietigheid leidend verzuim van (wezenlijke) vormen, doordat het hof heeft overwogen en beslist op de wijze als vermeld in het bestreden arrest, en op die gronden heeft recht gedaan als in het dictum van dit arrest is omschreven, welk dictum als hier herhaald en ingelast moet worden beschouwd, ten onrechte, zulks om één of meer van de volgende, voor zover nodig (mede) in onderling verband en samenhang bezien te lezen en te beoordelen, redenen.

¹ Vonnis rechtbank d.d. 31 maart 2017, r.o. 4.2.

KLACHTEN

Onderdeel 1: Naar het oordeel van het hof hebben de nabestaanden bij de strafrechter het verzoek kunnen doen (onder meer) tot het verstrekken van de namen, en daarmee het opheffen van de anonimiteit van de bij de strafzaak betrokken agenten. Dat oordeel getuigt van een onjuiste rechtsopvatting, omdat er geen wettelijke grondslag bestaat om een dergelijk verzoek bij de strafrechter neer te leggen. Dat er geen strafvorderlijke wettelijke grondslag bestaat, in elk geval dat die niet is gelegen in artikel 51b van het Wetboek van Strafvordering, volgt ook uit de beslissing van de strafrechter, waarnaar het Hof heeft verwezen. Voor zover het oordeel van het Hof niet van een onjuiste rechtsopvatting zou getuigen, is het innerlijk tegenstrijdig en derhalve, in elk geval zonder nadere motivering, onbegrijpelijk. Het Hof had het vonnis van de rechtbank niet mogen bevestigen.

1.1. In het arrest van het Hof valt het volgende te lezen:²

□Het is aan de strafrechter om beslissingen te nemen op verzoeken die procesdeelnemers met betrekking tot (het voeren van) de strafzaak aan de rechter doen. In dat verband hebben de nabestaanden bij de strafrechter, ten behoeve van hun deelname aan de strafzaak, het verzoek kunnen doen (onder meer) tot het verstrekken van de namen, en daarmee het opheffen van de anonimiteit van de bij de strafzaak betrokken agenten. De strafrechter heeft hiertoe voldoende gelegenheid geboden en hij heeft ook tijdig een beslissing genomen, namelijk op een regiezitting (ruim) voor de inhoudelijke behandeling van de strafzaak. Het is onverenigbaar met het gesloten stelsel van rechtsmiddelen dat de juistheid van de beslissing van de strafrechter of de aanvaardbaarheid van de procesgang die tot die beslissing heeft geleid, aan de burgerlijke rechter ter toetsing wordt voorgelegd□

In het arrest van het Hof valt, voor zover hier relevant, eveneens te lezen:³

□Op 20 februari 2017 heeft in de strafzaken tegen DH01 en DH02 een regiezitting plaatsgevonden. Daarvan zijn processen-verbaal opgemaakt. Ten aanzien van de behandeling van de zaak is in beide processen-verbaal onder meer opgenomen:

□De rechtbank heeft in deze zaak stukken gezien waaruit voldoende blijkt dat de veiligheid van de verdachte het noodzakelijk maakt dat hij in dit proces anoniem optreedt. Daarom is daarvoor gekozen (□).□

Ten aanzien van het kenbaar maken van de namen van de verdachten wordt in de processen-verbaal melding gemaakt van, kort gezegd:

- het voor de zitting ontvangen verzoek van de raadsman van de nabestaanden, alsmede van de raadsman van andere nabestaanden, ieder voor zich, om □te bepalen dat aan hun cliënten, in elk geval aan de raadslieden, de personalia van de verdachten in deze zaak zullen worden bekend gemaakt. □□

- (□)□

- de beslissing die de rechtbank, na zich in raadkamer te hebben teruggetrokken voor beraad op het verzoek, heeft genomen, te weten:

□Het desbetreffende verzoek is gebaseerd op artikel 51b van het Wetboek van Strafvordering dat gaat over het recht van het slachtoffer op inzage in en afgifte van processtukken.

In de processtukken van deze zaak komt de naam van de verdachte niet voor. De naam op zich valt niet aan te merken als een processtuk dat in aanmerking zou kunnen komen voor inzage of afgifte. Het verzoek vindt dus geen grondslag in artikel 51b van het Wetboek van Strafvordering. Een andere grond is genoemd noch gebleken. Het verzoek wordt dan ook afgewezen. □

² Arrest gerechtshof d.d. 4 juli 2017, r.o. 4.

³ Arrest gerechtshof d.d. 4 juli 2017, r.o. 1.4.

- 1.2. Uit het door het Hof weergegeven citaat uit het proces-verbaal van de regiezitting d.d. 20 februari 2017 volgt dat naar het oordeel van de strafrechter artikel 51b Sv slechts een wettelijke basis biedt om inzage of afgifte van processtukken te verzoeken. Artikel 51b Sv biedt, zoals de strafrechter terecht heeft geoordeeld, geen wettelijke grondslag om kennisneming resp. openbaarmaking van de namen van de verdachten te verzoeken, omdat een naam niet valt aan te merken als processtuk.
- 1.3. De strafrechter heeft in artikel 51b Sv géén grondslag gezien voor het verzoek van de nabestaanden om kennisneming resp. openbaarmaking van de namen van de verdachten. Het oordeel van het Hof - dat de nabestaanden bij de strafrechter hun verzoek hebben kunnen doen tot het verstrekken van de namen, en daarmee tot het opheffen van de anonimiteit van de bij de strafzaak betrokken agenten, en dat de strafrechter hen hiertoe voldoende gelegenheid heeft geboden - getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. Het oordeel is in elk geval niet begrijpelijk. Het is immers in strijd met het door het Hof vastgestelde, namelijk de inhoud van het proces-verbaal van de regiezitting d.d. 20 februari 2017, waaruit onomstotelijk blijkt dat de strafrechter artikel 51b Sv noch een andere strafvorderlijke bepaling toepasselijk heeft geacht waarop een verzoek om kennisneming resp. openbaarmaking van de namen van de verdachten kan worden gebaseerd.
- 1.4. Door het vonnis van de rechtbank te bevestigen, en daarmee haar conclusie te delen dat het gesloten stelsel van rechtsmiddelen zich ertegen verzet om het onderhavige verzoek aan de burgerlijke rechter voor te leggen, getuigt het oordeel van het Hof van een onjuiste rechtsopvatting, in elk geval is het □ gelet op het hiervoor uiteengezette □ onbegrijpelijk.

Onderdeel 2: Voor zover het Hof terecht zou hebben geoordeeld dat het Wetboek van Strafvordering, in het bijzonder artikel 51b Sv, in een grondslag voorziet om een verzoek te doen om kennisneming resp. openbaarmaking van de namen van de verdachten, richt zich onderdeel 2 in alle subonderdelen tegen het oordeel van het Hof dat zich hier een situatie voordoet waarop de leer van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen van toepassing is. Voor zover deze leer wel van toepassing zou zijn, getuigt het oordeel van het Hof - dat zich hier geen geval voordoet waardoor het gesloten stelsel moet worden doorbroken □ van een onjuiste rechtsopvatting, althans is het zonder nadere motivering onbegrijpelijk.

In de subonderdelen worden de volgende rechts- en motiveringsklachten aangevoerd:

Onderdeel 2 a: Het Hof heeft de leer van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen miskend.

- 1.5. Het strafrecht kent een gesloten stelsel van rechtsmiddelen. Beslissingen dragen een definitief karakter, tenzij uitdrukkelijk in een rechtsmiddel is voorzien. Onherroepelijke beslissingen kunnen in dezelfde strafzaak niet meer ter discussie worden gesteld,⁴ en dezelfde beslissing kan ook nooit meer dan één keer worden aangetast.⁵ Dit houdt echter

⁴ HR 18 oktober 1994, NJ 1995/118 m.nt. Van Veen (bevel tot vervolging) en HR 15 februari 2000, NJ 200/500, m.nt. Reijntjes (nieuwe termijn).

⁵ Zie J.M. Reijntjes, *Minkenhof* Nederlandse Strafvordering, Kluwer: Deventer 2017, p. 501-502.

niet in dat een door de strafrechter genomen beslissing niet kan worden aangetast anders dan in het Wetboek van Strafvordering is voorzien. De weg naar de burgerlijke rechter staat open als het wetboek helemaal geen, geen doeltreffende of geen tijdige voorziening biedt.⁶

- 1.6. In Onderdeel 1 is al aangevoerd dat de strafrechter *zelf* heeft geoordeeld dat het Wetboek van Strafvordering geen voorziening biedt om kennisneming resp. openbaarmaking van de namen van de verdachten te verzoeken. De strafrechter heeft zich beperkt tot het geven van een oordeel over de kennisneming van processtukken; dat is ook wat artikel 51*b* Sv van hem vergt. Vergelijkbaar is de rechtmatigheidstoets door de rechter-commissaris, die strikt de rechtmatigheid van aanhouding en inverzekeringstelling beoordeelt; dat is immers wat artikel 59*a* Sv van hem vergt. Wat bij de rechter-commissaris niet aan de orde kan worden gesteld, behoort de rechtbank te beoordelen.⁷ Wat bij de strafrechter niet aan de orde kan worden gesteld, behoort de burgerlijke- of bestuursrechter te beoordelen. De weg naar de burgerlijke rechter met een onrechtmatige daad actie zou al om die reden moeten openstaan.
- 1.7. Ook op het gesloten stelsel van rechtsmiddelen in burgerlijke zaken heeft Uw Raad al meermalen een uitzondering aangenomen, namelijk als schending van een zo fundamenteel beginsel van behoorlijke rechtspleging zich heeft voorgedaan dat er geen sprake is van een eerlijke en onpartijdige behandeling als bedoeld in art. 6 lid 1 EVRM.⁸
- 1.8. Uit het voorgaande blijkt dat het Hof de leer van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen heeft miskend, althans dat zijn oordeel onbegrijpelijk is. Het Hof heeft in elk geval een onjuiste en te beperkte beoordelingsmaatstaf gehanteerd.

Onderdeel 2 b: Voor zover het Hof de leer van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen niet zou hebben miskend geldt dit stelsel hier niet. Voor zover het wel zou gelden, had het moet worden doorbroken als er inbreuk wordt gemaakt op verdragsrechten met rechtstreekse werking, zoals zijn neergelegd in het EVRM. Het Hof had moeten toetsen of inbreuk wordt gemaakt op enig door het EVRM, en hier in het bijzonder de artikelen 1, 6 lid 1 en 13 EVRM, of op een door een ander verdrag met rechtstreekse werking beschermd recht. Het Hof heeft een onjuist, in elk geval te restrictief, beoordelingskader gehanteerd. Had het Hof het juiste beoordelingskader gehanteerd, dan had het tot de conclusie moeten komen dat in casu een inbreuk wordt gemaakt op fundamentele rechtsbeginselen en rechten, in het bijzonder op de artikelen 1, 6 lid 1 en 13 EVRM. Voor zover het Hof wel van het juiste beoordelingskader is uitgegaan, heeft het Hof ten onrechte geoordeeld dat daarop geen inbreuk is gemaakt, althans is het oordeel van het Hof, in elk geval zonder nadere motivering, onbegrijpelijk.

De strafrechter heeft in strijd met het recht en het systeem van de wet aan het beginsel van de openbaarheid een niet in de wet voorziene beperking aangebracht door a) over te gaan tot de berechting van een anonieme verdachte, b) de op naam gestelde dagvaarding niet als processtuk aan te merken, en c) het recht van de nabestaanden te miskennen om actief in het strafproces te mogen optreden, alsmede zelf

⁶ HR 16 maart 1990, NJ 1990/500 m.nt. Van Veen en HR 15 juni 1990, NJ 1990/678 m.nt. Van Veen. Zie ook Zie J.M. Reijntjes, *Minkenhof's Nederlandse Strafvordering*, Kluwer: Deventer 2017, p. 502.

⁷ Bijv. machtigingen tot aanwenden van een dwangmiddel, zie bijv. HR 15 mei 2007, NJ 2007/301 (GVO), HR 28 oktober 2008, NJ 2009/72 m.nt. Reijntjes (tapmachtiging) en HR 21 november 2006, NJ 2007/233 m.nt. Mevis.

⁸ H.J. Snijders & A. Wendels, *Civiel appel*, 4. Kluwer: Deventer, 2003, nr. 319.

onderzoek te kunnen laten verrichten, terwijl dat voortvloeit uit nationale en internationale regelgeving, alsmede de Aanwijzing review (tweede beoordeling) van het College van procureurs-generaal, welke als recht in de zin van artikel 79 RO dient te worden aangemerkt.

Het Hof heeft zijn oordeel in navolging van de rechtbank op de overwegingen van de strafrechter gebaseerd. Het oordeel van het Hof in onder meer r.o. 6.6 - 6.9 dat jegens de nabestaanden niet is gehandeld anders dan op de wijze zoals bij de wet is voorzien en dat door de beslissing van de strafrechter geen fundamentele rechtsbeginselen, zoals bedoeld in artikel 6 lid 1 EVRM of 1 Sv zijn veronachtzaamd - getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. De strafrechter heeft juist maatregelen genomen die geen grondslag vinden in enige wettelijke bepaling, zoals artikel 1 Sv dat eist, en die in strijd zijn met de fundamentele rechtsbeginselen die voortvloeien uit artikel 6 en 13 EVRM. In elk geval is dat oordeel van het Hof zonder nadere motivering onbegrijpelijk. Het Hof is ook niet ingegaan op hiertegen gerichte grieven, zodat het ten onrechte, en dat zonder nadere motivering, is voorbijgegaan aan essentiële stellingen van de nabestaanden, die echter wel van belang zijn voor de uitkomst van de procedure. Tevens heeft het Hof onder meer in r.o. 8.1 8.4 miskend dat in strijd met de artikelen 1, 6 en 13 EVRM het recht van de nabestaanden om zich tot de (in dit geval) civiele rechter te kunnen wenden door de door de overheid genomen maatregelen *de facto* zodanig wordt beperkt dat het een illusoir en praktisch niet uitvoerbaar recht voor hen is geworden. Hen wordt namelijk *de facto* onmogelijk gemaakt om door de rechter *in rechte* al dan niet onrechtmatig handelen van de betrokken agenten te laten vaststellen. Het oordeel van het Hof, dat de nabestaanden niet worden beperkt in hun recht om zich tot de rechter te wenden, is in elk geval onbegrijpelijk.

1.9. Hierna zullen eerst de algemene uitgangspunten worden geformuleerd, alvorens nader in te gaan op de klachten tegen het oordeel van het Hof.

Algemene uitgangspunten:

1.10. Het volgende uitgangspunt moet worden vooropgesteld: artikel 6 lid 1 EVRM is van toepassing op de benadeelde partij in de strafprocedure.⁹

1.11. Het is geen nieuws dat aan de bepalingen van het EVRM rechtstreekse werking toekomt, zodat elke rechter in Nederland gebonden is om daaraan toepassing te geven. Dat is ook het geval als dat in strijd zou zijn met het nationale recht en/of de jurisprudentie van Uw Raad. Het Luxemburgse Hof heeft ook voor EU-recht in zaak Ognyanov¹⁰ vastgesteld, en herhaalt het in C-554/14,¹¹ dat die taak niet alleen op de hoogste rechter rust; de lagere rechter moet uitspraken van de hoogste rechter die met het EU-recht strijden op eigen gezag terzijde schuiven dus ook als zij zijn vervat in bindende *rulings*. De hoogste rechter heeft immers, waar het de uitleg van EU-recht betreft, niet het laatste woord; en bij de uitleg van het EVRM is dit niet anders.

1.12. Artikel 6 lid 1 EVRM ziet op een openbare behandeling van burgerlijke- en strafzaken en luidt als volgt:

⁹ EHRM 12 februari 2004, Perez t. Frankrijk, appl.no. 47287/99. Overigens is ook het tweede lid van artikel 6 EVRM op de benadeelde partij in de strafprocedure van toepassing, vgl. EHRM, Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights Right to a fair trial (criminal limb), p. 38, par. 210, met verwijzing naar EHRM 12 juli 2013, Allen t. VK, appl.no. 25424/09, § 104.

¹⁰ HvJEU 5 juli 2016, arrest Ognyanov (C-614/14, ECLI:EU:C:2016:514).

¹¹ HvJEU 8 november 2016, arrest Ognyanov (C 554/14, ECLI:EU:C:2016:835).

□ Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging heeft een ieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. De uitspraak moet in het openbaar worden gewezen maar de toegang tot de rechtszaal kan aan de pers en het publiek worden ontzegd, gedurende de gehele terechtzitting of een deel daarvan, in het belang van de goede zeden, van de openbare orde of nationale veiligheid in een democratische samenleving, wanneer de belangen van minderjarigen of de bescherming van het privé leven van procespartijen dit eisen of, in die mate als door de rechter onder bijzondere omstandigheden strikt noodzakelijk wordt geoordeeld, wanneer de openbaarheid de belangen van een behoorlijke rechtspleging zou schaden □

- 1.13. Artikel 6 lid 1 EVRM heeft betrekking op de interne en de externe openbaarheid. Het noemt de gevallen waarin het recht op een openbare behandeling van de zaak mag worden beperkt. Het EHRM eist echter dat beperkingen voorzienbaar en voor een ieder kenbaar zijn, en dus een wettelijke grondslag moeten hebben. De uitzonderingsgronden van artikel 6 lid 1 EVRM zijn sinds 1 januari 1994 opgenomen in artikel 269 Sv,¹² artikel 4 RO en artikel 121 GW. Zij zien allen op sluiting van de deuren gedurende het onderzoek ter terechtzitting, en dus op de externe openbaarheid. Voorts zijn er over het wetboek verspreid voorschriften te vinden die betrekking hebben op de handhaving van de orde tijdens terechtzittingen en bij andere ambtsverrichtingen, die zowel de interne als de externe openbaarheid raken.

De externe openbaarheid

- 1.14. De openbaarheidseis (externe openbaarheid) verwijst niet slechts naar de formele openbaarheid (dat de rechter de behandeling achter gesloten deuren heeft bevolen), maar heeft ook een materiële betekenis, omdat dan pas het recht op een openbare zitting niet *theoretiscal and illusory* maar *practical and effective* is.¹³ In de zaak Riepan zet het EHRM deze materiële openbaarheidseis als volgt uiteen:¹⁴

29. (□) However, the Court observes that the holding of a trial outside a regular courtroom, in particular in a place like a prison, to which the general public in principle has no access, presents a serious obstacle to its public character. In such a case, the State is under an obligation to take compensatory measures in order to ensure that the public and the media are duly informed about the place of the hearing and are granted effective access.

30. The Court will therefore examine whether such measures were taken in the present case □

- 1.15. In de zaak Riepan waren onvoldoende compenserende maatregelen genomen, zodat het EHRM een schending van artikel 6 lid 1 EVRM heeft vastgesteld. In de onderhavige zaak blijkt weliswaar niet van enige formele rechterlijke beslissing om de terechtzitting achter gesloten deuren te behandelen, als bedoeld in artikel 269 Sv, maar vormt de wijze waarop de terechtzitting wordt gehouden, te weten dat de verdachte zich in een afgeschermd, alleen voor de rechtbank en de officier van justitie zichtbare ruimte bevindt en de stem van de verdachte wordt vervormd,¹⁵ een zodanige materiële beperking van de

¹² Wet van 8 november 1993, Stb. 1993, 591.

¹³ L. van Lent, Externe openbaarheid in het strafproces, Boom: Den Haag 2008, p. 56.

¹⁴ EHRM 14 november 2000, Riepan t. Oostenrijk, appl.no. 35115/97, par. 29.

¹⁵ Arrest Hof d.d. 4 juli 2017, r.o. 1.4.

externe openbaarheid dat het Hof dit ten onrechte niet onder ogen heeft gezien, en eveneens ten onrechte heeft nagelaten om na te gaan of er voldoende compenserende maatregelen zijn genomen.

1.16. In dit kader doemt een andere vraag op: bevat artikel 4 lid 2 RO □ naast de in de Grondwet en het Wetboek van Strafvordering genoemde gronden □ een zelfstandige grond voor het sluiten van de deuren (daaronder moet ook worden begrepen: materiële beperkingen van de externe openbaarheid¹⁶) wegens □gewichtige redenen□? Van Lent beantwoordt deze vraag in haar dissertatie ontkennend, omdat de opvatting dat □gewichtige redenen□ een zelfstandige grond vormen in strijd zou zijn met de limitatieve opsomming van gronden in artikel 6 lid 1 EVRM.¹⁷

1.17. Hoe zit het dan met de door de strafrechter, en in navolging het Hof, genoemde veiligheid van de verdachte en zijn familie?

In artikel 6 lid 1 EVRM is te lezen dat de externe openbaarheid mag worden beperkt als de bescherming van het privé leven van procespartijen dat eist. Artikel 269 lid 1 Sv specificeert deze groep personen en noemt onder anderen de verdachte en andere bij de zaak betrokkenen. In de onderhavige zaak wordt naar de familie van de verdachte verwezen, zonder deze nader te specificeren en zonder aan te geven waarom zij als □andere bij de zaak betrokkenen□ heeft te gelden. Wat maakt hen bij de zaak betrokken? Kennelijk heeft noch de rechtbank noch het Hof zich deze vraag gesteld, zodat hun oordeel - dat ook de veiligheid van de familie van de verdachte de beperking van de externe openbaarheid rechtvaardigt - in dat opzicht onbegrijpelijk is.

De bescherming van het privé leven van de verdachte kan nopen tot al dan niet gedeeltelijk sluiten van de deuren. Openbaarheid van de terechtzitting betekent hoe dan ook een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte wiens gegevens en privé-omstandigheden daar de revue passeren. De keuze voor een openbare zitting betekent echter dat deze inbreuk op de privacy in het algemeen wordt geaccepteerd. De wetgever heeft dit nadeel onder ogen gezien.¹⁸ Ook veiligheidsproblemen zijn een algemeen verschijnsel in een strafprocedure; maar rechtvaardigen ook nog niet dat de openbaarheid van de terechtzitting wordt beperkt.¹⁹

□34. The Court considers that the present case concerning ordinary criminal proceedings cannot be compared to that of *Campbell and Fell v. the United Kingdom*, where it held that a requirement that disciplinary proceedings against convicted prisoners should be held in public would impose a disproportionate burden on the authorities of the State (judgment of 28 June 1984, Series A no. 80, p. 42, § 87). The Court would add that security problems are a common feature of many criminal proceedings, but cases in which security concerns justify excluding the public from a trial are nevertheless rare. In the present case, although there were apparently some security concerns, the Steyr

¹⁶ Wanneer in deze procesinleiding wordt gesproken over □het sluiten van de deuren□ dient dit begrip overeenkomstig de Straatsburgse jurisprudentie ruim te worden opgevat als □beperking van de materiële externe openbaarheid□

¹⁷ L. van Lent, *Externe openbaarheid in het strafproces*, Boom: Den Haag 2008, p. 80. De visie van Van Lent strookt met die van de wetgever: vgl. Kamerstukken II 1991/1992, 22584, nr. 3, p. 8.

¹⁸ Kamerstukken II 1913/14 386, nr. 3, p. 117. Daarom is afgezien om in de wet de verplichte aanwezigheid van de verdachte ter zitting op te nemen, maar aan de verdachte de bevoegdheid toegekend om niet te verschijnen en zich bij verstek te laten berechten.

¹⁹ EHRM 14 november 2000, *Riepan t. Oostenrijk*, appl.no. 35115/97, par. 34.

Regional Court did not consider them serious enough to necessitate a formal decision under Article 229 § 1 of the Code of Criminal Procedure excluding the public (□)□

- 1.18. Evenals de belangen van de verdachte leveren de belangen van de getuige sinds jaar en dag een contra-indicatie voor openbaarheid, omdat zij bang zijn voor represailles en/of publiciteit, zodat hier een vergelijking met de bedreigde/anonieme getuige niet achterwege mag blijven.

De bedreigde/anonieme verdachte versus de getuige

- 1.19. Sommige getuigen willen alleen een verklaring afleggen indien hun identiteit geheim wordt gehouden. De beoordeling van de betrouwbaarheid van de getuige en zijn verklaring wordt door anonimiteit echter ernstig bemoeilijkt, terwijl verhoor ter terechtzitting, een fundamenteel recht van de verdediging, nauwelijks uitvoerbaar is zonder de getuige bloot te stellen aan herkenning. In het wetboek werd voor de anonieme getuige aanvankelijk dan ook geen plaats ingeruimd. De noden van de praktijk bleken echter zo ernstig dat Uw Raad het gebruik van anonieme verklaringen onder bepaalde voorwaarden toch toeliet. Nadat het EHRM bezwaar had gemaakt tegen de ruimhartigheid, waarmee dit gebeurde,²⁰ greep de wetgever in en schiep een expliciete regeling:²¹ de Wet getuigenbescherming.²² Voorafgaand is het probleem door de Commissie bedreigde getuigen in kaart gebracht. Zij wees op het verschijnsel van de toenemende, ernstige, georganiseerde criminaliteit, die de toenmalige wetgever niet voor mogelijk zou hebben gehouden.²³

Het EHRM erkent dat het probleem van de georganiseerde criminaliteit de invoering van passende maatregelen noodzakelijk maakt, maar acht de beperkingen die anonieme getuigen voor de verdedigingsrechten, die uit artikel 6 lid 1 EVRM voortvloeien, meebrengen onacceptabel:²⁴

44. (□) Although the growth in organised crime doubtless demands the introduction of appropriate measures, the Government's submissions appear to the Court to lay insufficient weight on what the applicant's counsel described as "the interest of everybody in a civilised society in a controllable and fair judicial procedure". The right to a fair administration of justice holds so prominent a place in a democratic society (see the Delcourt judgment of 17 January 1970, Series A no. 11, p. 15, § 25) that it cannot be sacrificed to expediency. The Convention does not preclude reliance, at the investigation stage of criminal proceedings, on sources such as anonymous informants. However, the subsequent use of anonymous statements as sufficient evidence to found a conviction, as in the present case, is a different matter. It involved limitations on the rights of the defence which were irreconcilable with the guarantees contained in Article 6 (art. 6). In fact, the Government accepted that the applicant's conviction was based "to a decisive extent" on the anonymous statements.

45. The Court therefore concludes that in the circumstances of the case the constraints affecting the rights of the defence were such that Mr Kostovski cannot be said to have received a fair trial. There was

²⁰ EHRM 20 november 1989, Kostovski t. Nederland, appl.no. 11454/85, NJ 1990/245, m.nt. Alkema, Ars Aequi 1990, p. 315, m.nt. Swart.

²¹ J.M. Reijntjes, *Minkenhof's Nederlandse Strafvordering*, Kluwer: Deventer 2017, p. 181.

²² Wet van 11 november 1993, Stb. 1993, 603, gebaseerd op het Rapport van de commissie bedreigde getuigen (1986).

²³ Rapport Commissie bedreigde getuigen d.d. 11 juni 1986, p. 7.

²⁴ EHRM 20 november 1989, Kostovski t. Nederland, appl.no. 11454/85, par. 44-45.

accordingly a violation of paragraph 3 (d), taken together with paragraph 1, of Article 6 (art. 6-3-d, art. 6-1)□

1.20. De arresten van het EHRM in de hiervoor genoemde zaak Kostovski en in de zaak, Windisch²⁵ zijn in de Wet bedreigde getuigen geïmplementeerd en nader uitgewerkt.

1.21. Thans hebben wij te maken met een omgekeerde situatie. Hier vindt een beperking in de effectieve uitoefening van de rechten van een andere procesdeelnemer, de benadeelde partij (hier: de nabestaanden), plaats. Een a-contrario-redenering leidt tot de slotsom dat aan haar bij (wettelijke) regeling toegekende rechten door de figuur van de anonieme verdachte geen beperkingen zouden mogen ondervinden, in elk geval niet zonder wettelijke grondslag.

De Commissie bedreigde getuigen heeft vastgesteld dat de figuur van de anonieme getuige in sommige gevallen niet kan worden gemist. De wetgever wenste geen onbegrensde bescherming van de bedreigde getuige, hoewel artikel 6 lid 1 EVRM het belang van een goede rechtspraak uitdrukkelijk als een beperkingsgrond met betrekking tot het recht op een openbare behandeling noemt. De wetgever maakte om die reden een koppeling met artikel 8 lid 2 EVRM dat een inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven door de overheid toestaat, voor zover zulks bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is ter bescherming van de daarin genoemde belangen. De wetgever heeft de burger willen kunnen verplichten om een getuigenis af te leggen.²⁶ Volgens het EHRM is de noodzaak voor een inmenging, dus de verplichting om een getuigenis af te leggen, in geval van een ernstig bedreiging van die getuige, pas aangetoond, als daarvoor een dringende maatschappelijke noodzaak bestaat en de inmenging evenredig is aan het doel dat daarmee wordt beoogd.²⁷ Bij de opstelling van het wetsvoorstel is getracht de hiervoor genoemde fundamentele rechten en belangen van de verdachte en getuige waar mogelijk te eerbiedigen en in geval van botsende rechten en belangen een zo zorgvuldig mogelijke afweging te doen plaatsvinden, en dat met inachtneming van de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit.²⁸ De wetgever achtte, evenals de Commissie bedreigde getuigen, de noodzaak van een wettelijke regeling aanwezig, maar dat om heel andere redenen. Volgens de Commissie was een wettelijke regeling nodig omdat de jurisprudentie van Uw Raad niet kon worden afgewacht.²⁹ De wetgever wees echter heel expliciet op artikel 1 Sv. Hij heeft dat als volgt verwoord:³⁰

□Ik acht het bovendien □gelet op artikel 1 Sv, dat bepaalt dat strafvordering alleen plaats heeft op de wijze bij de wet voorzien □niet verantwoord dat de regeling van de procesrechtelijke positie van de verdachte en de getuige in geval van een ernstige bedreiging van die getuige geheel en al aan de rechtspraak wordt overgelaten. Dit is, ook volgens de uitgebrachte adviezen, primair de taak van de wetgever□

²⁵ EHRM 27 september 1990, Windisch t. Oostenrijk, appl.no. 12489/86.

²⁶ Kamerstukken II 1991-1992, 22 483, nr. 3, p. 5-6.

²⁷ EHRM 24 maart 1988, Olsson t. Zweden, appl.no. 10465/83, §67 en EHRM 22 juni 1989, Eriksson t. Zweden appl.no. 11373/85, § 69.

²⁸ Kamerstukken II 1991-1992, 22 483, nr. 3, p. 5-6.

²⁹ Rapport Commissie bedreigde getuigen d.d. 11 juni 1986, p. 5.

³⁰ Kamerstukken II 1991-1992, 22 483, nr. 3, p. 7.

De wetgever heeft bij het maken van die wettelijke regeling bij veel aspecten stil moeten staan, zoals:³¹

- Volledige anonimiteit alleen voor bedreigde getuigen;
- Het begrip bedreigde getuige;
- De aan een bedreigde getuige te stellen eisen;
- De met het oog op de erkenning als bedreigde getuige te volgen procedure;
- Het verhoor van de bedreigde getuige;
- Anonimisering of vernietiging van stukken betreffende een bedreigde getuige;
- De bevoegdheid van de officier van justitie om dagvaarding van een (bedreigde) getuige te weigeren;
- De voorwaarden om de verklaring van een bedreigde getuige tot het bewijs te bezigen;
- De voorwaarden om een schriftelijke verklaring van een anoniem tot het bewijs te bezigen;
- Geen bewijsbeslissing uitsluitend op grond van verklaringen van anoniem;
- Het verschoningsrecht in geval van een verhoor van een bedreigde getuige;
- Toekenning van beperkte anonimiteit;
- Motiveringsplicht van de rechter bij het gebruik van verklaringen van anoniem voor het bewijs;
- De strafbaarstelling van het doen van uitingen die de verklaringsvrijheid van personen kunnen belemmeren enz.

1.22. Door de Wet getuigenbescherming werd voor bedreigde en afgeschermd getuigen in een wettelijke grondslag (artt. 226a □ 226s Sv) en in een afzonderlijke procedure voorzien. De wet voorziet niet in de figuur van de bedreigde/aniemi verdachte. Het EHRM heeft de beperkingen, die de anonimiteit van een getuige met zich meebrengen, voor de effectieve uitoefening van de in artikel 6 EVRM gegarandeerde rechten, onder de destijds in Nederland gegeven omstandigheden, onacceptabel geacht. Daarop volgde de Wet bedreigde getuigen. Deze wettelijke grondslag was nodig omdat artikel 1 Sv dat eist. Waarom zou dat bij de bedreigde/aniemi verdachte anders zijn? Het Hof heeft ten onrechte nagelaten om dat uit te leggen. Voor zover het van oordeel was dat er een wettelijke grondslag bestaat ofwel geen wettelijke grondslag nodig zou zijn, getuigt het oordeel van het Hof van een onjuiste rechtsopvatting, althans is dat oordeel zonder nadere motivering onbegrijpelijk.

Ordemaatregel als wettelijke grondslag?

1.23. Het huidige Wetboek van Strafvordering noch een andere wettelijke regelgeving voorziet in de wijze van berechting, zoals door de strafkamer is bepaald. Het is weliswaar gissen, maar het lijkt vrijwel ondenkbaar dat de strafkamer niet over de wettelijke grondslag, althans het ontbreken daarvan, heeft nagedacht alvorens zij heeft bepaald dat de veiligheid van de verdachte het noodzakelijk maakt dat hij in het proces anoniem optreedt, de verdachte zich in een afgeschermd, alleen voor de rechtbank en de officier van justitie zichtbare ruimte bevindt, de stem van de verdachte is vervormd en zijn naam in geen enkel stuk van het dossier voorkomt. De strafkamer gebruikt deze term weliswaar niet, maar zou zij geen ordemaatregel op het oog hebben gehad?

1.24. Over het wetboek verspreid zijn voorschriften te vinden die betrekking hebben op de handhaving van de orde tijdens terechtzittingen en bij andere ambtsverrichtingen.³² De

³¹ Kamerstukken II 1991-1992, 22 483, nr. 3, p. 17-39.

artikelen 288a, 289 lid 3 en 297 lid 2 Sv voorzien in de bevoegdheid van de voorzitter om de verschillende procesdeelnemers, zoals verdachte en nabestaanden, te scheiden; dat heeft echter slechts betrekking op het horen (van/als getuigen). Artikel 272 Sv geeft aan de voorzitter, als leider van het onderzoek ter terechtzitting, een algemene bevoegdheid om de nodige bevelen te geven. Deze bepaling vindt nadere uitwerking in artikel 5 lid 2 Besluit orde van dienst gerechten, waarin staat dat de rechter de orde tijdens de zitting handhaaft. Ordehandhaving heeft twee aspecten: het gedrag van de aanwezigen (de orde in engere zin, waaronder begrepen de openbare orde) en het geregelde verloop van zaken (zodat ieder op tijd het zijne doet, overbodige activiteiten achterwege blijven en alles wat nodig is werkelijk gebeurt: de regeling van de diensten).³³ Voor zover het plaatsen van de verdachte in een alleen voor de rechtbank en de officier van justitie zichtbare ruimte en het vervormen van zijn stem hieronder te brengen zijn, geldt dat echter niet voor het anoniem laten optreden van de verdachte in het strafproces. Dat kan ook niet het geval zijn als de voorzitter zou menen dat deze maatregel nodig is voor de algemene, en niet tot de terechtzitting beperkte, veiligheid van de verdachte en zijn familie. Het aannemen van een onbeperkte reikwijdte van de voorzittersbevoegdheid voor het treffen van hem noodzakelijk lijkende, niet in de wet genoemde en zich buiten de orde van de zitting uitstreckende maatregelen, strijdt met de beginselen van rechtszekerheid (voorzienbaarheid), de externe en interne openbaarheid en equality of arms, dus □ kort gezegd □ met artikel 6 lid 1 EVRM.

- 1.25. Deze zaak herinnert aan Coëme t. België,³⁴ waar het ontbrak aan bij nationale wet voorziene procedureregels. Deze zaak had betrekking op cassatieprocedures, waaraan de *Cour de cassation* zelf invulling had gegeven. De klacht van Coëme hield, kort gezegd, in dat de *Cour de cassation* als rechter en wetgever tegelijk is opgetreden door *zelf* procedureregels te scheppen. In de onderhavige zaak heeft de strafkamer bij gebrek aan wetgeving, en dus wellicht bij wijze van ordemaatregel, bepaald dat de verdachte in het proces anoniem blijft om de door haar genoemde redenen.

In de zaak Coëme heeft het Straatsburgse Hof het volgende overwogen:³⁵

□02. The Court reiterates that the principle that the rules of criminal procedure must be laid down by law is a general principle of law. It stands side by side with the requirement that the rules of substantive criminal law must likewise be established by law and is enshrined in the maxim □*nullum iudicium sine lege*□. It imposes certain specific requirements regarding the conduct of proceedings, with a view to guaranteeing a fair trial, which entails respect for equality of arms. The principle of equality of arms requires that each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent (see, among other authorities, the *De Haes and Gijssels v. Belgium* judgment of 24 February 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-I, p. 238, § 53).

³² Zie voor een uitgebreid overzicht J.M. Reijntjes, *Minkenhof* □ *Nederlandse Strafvordering*, Kluwer: Deventer 2017, p. 199 □201.

³³ J.M. Reijntjes, *Minkenhof* □ *Nederlandse Strafvordering*, Kluwer: Deventer 2017, p. 200.

³⁴ EHRM 22 juni 2000, Coëme t. België, appl.nos. 32492/96, 32547/96 en 32548/96.

³⁵ EHRM 22 juni 2000, Coëme t. België, appl.nos. 32492/96, 32547/96 en 32548/96, par. 102-103.

The Court further observes that the primary purpose of procedural rules is to protect the defendant against any abuse of authority and it is therefore the defence which is the most likely to suffer from omissions and lack of clarity in such rules.

103. Consequently, the Court considers that the uncertainty caused by the lack of procedural rules established beforehand placed the applicant at a considerable disadvantage vis-à-vis the prosecution, which deprived Mr Coëme of a fair trial for the purposes of Article 6 § 1 of the Convention□

- 1.26. Het zou met de hiervoor genoemde Straatsburgse opvatting strijden om het gebrek aan wetgeving (nu de wet niet in het anonimiseren van de verdachte voorziet) bij wijze van ordemaatregel in te vullen. Ordemaatregelen zien namelijk evident op het handhaven van de orde en diensten ter zitting, waaronder de veiligheid *aldaar* valt. De orde ter zitting is overigens ook door een minder ingrijpende maatregel (inzet van de parketpolitie) te waarborgen. Een ordemaatregel kan derhalve niet als wettelijke grondslag dienen om de verdachte in het proces anoniem te laten optreden, hem in een afgeschermd, alleen voor de rechtbank en de officier van justitie zichtbare ruimte te plaatsen, zijn stem te vervormen en zijn naam uit het procesdossier te houden.
- 1.27. Voor zover de strafrechter de maatregelen op basis van een ordemaatregel heeft genomen, en het Hof in navolging dit oordeel juist heeft geacht en tot het zijne heeft gemaakt, getuigt dat van een onjuiste rechtsopvatting. In elk geval is het zonder nadere motivering, gelet op het voorgaande onbegrijpelijk.

De interne openbaarheid: de geanonimiseerde dagvaarding (geen processtuk:

- 1.28. De interne openbaarheid in strafzaken wordt doorgaans verbonden met het recht van de verdachte om kennis te nemen van de processtukken en in het bijzonder van het bewijsmateriaal in zijn eigen zaak. De zaak *Edwards t. VK*³⁶, waarin dit recht in strafzaken voor het eerst als zodanig werd erkend, was echter slechts het vervolg op de zaak *Feldbrugge t. Nederland*³⁷ waarin het Straatsburgse Hof al had uitgemaakt dat de procedure voor de voorzitter van de Raad van Beroep in strijd was met artikel 6 lid 1 EVRM (de interne openbaarheid), omdat klaagster o.a. niet in de gelegenheid was gesteld het bewijsmateriaal te raadplegen. Uit de rechtspraak van het Straatsburgse Hof kan worden afgeleid dat het recht op interne openbaarheid dus ook toepassing zou moeten vinden op de rechten van de benadeelde partij in strafzaken.
- 1.29. Een fair trial, als bedoel in artikel 6 lid 1 EVRM, omvat het beginsel van *equality of arms* dat voor strafzaken en civiele zaken geldt en inhoudt dat:³⁸

Each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case - including his evidence - under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent□

- 1.30. Het gaat er niet om of zich daadwerkelijke ongelijkheid heeft voorgedaan,³⁹ hetgeen hier overigens wel het geval is, maar

³⁶ EHRM 16 december 1992, *Edwards t. VK*, appl.no. 13071/87.

³⁷ EHRM 29 mei 1986, *Feldbruggen t. Nederland*, appl.no. 8562/79, NJ 1987/432.

³⁸ EHRM 27 oktober 1993, *Dombo beheer t. Nederland*, appl.no. 14448/88, par. 33

the procedural deficiency in itself is a breach of the right to a fair trial⁴⁰

1.31. Deze *procedural deficiency* doet zich al voor doordat de andere procesdeelnemers, dus de officier van justitie, de rechter en de verdachten met hun advocaten, op de hoogte zijn van de identiteit van de individuele verdachten. Maar één groep wordt uitgesloten: de nabestaanden van het slachtoffer. Artikel 17 Besluit orde van dienst gerechten bevat een algemene regeling voor de inzage van de processtukken in strafzaken, waarin de benadeelde partij – naast het parket van Uw Raad, het OM en de (advocaat van) de verdachte wordt genoemd. Onmiskenbaar moeten hier onder benadeelde partij ook de slachtoffers worden gerekend, die nog geen vordering hebben ingediend, maar dat kennelijk wel ernstig overwegen. Alle hier bedoelde procesdeelnemers komt daarom het inzagerecht van artikel 17 van het Besluit toe met betrekking tot de stukken die aan de griffie ingevolge de wet dienen te worden toegezonden. Uit artikel 21a van het Besluit volgt eveneens dat aan hen afschriften van processtukken, waarvan de kennisneming is toegestaan, worden verstrekt, tenzij toepassing aan artikel 32 Sv is gegeven, dus de officier van justitie bij schriftelijke kennisgeving heeft bepaald om stukken te onthouden. Dat is hier niet gebeurd, en dat heeft bovendien rechtbank noch Hof vastgesteld, zodat het ervoor moet worden gehouden dat er geen toepassing is gegeven aan artikel 32 Sv. De nabestaanden hebben dus, zoals de andere procesdeelnemers in deze strafzaak, recht op kennisneming van *dezelfde* processtukken; anders zou zich een *procedural deficiency* voordoen.

1.32. Het Hof heeft de volgende overweging van de strafkamer tot uitgangspunt voor zijn oordeel genomen:⁴¹

Naar aanleiding van het verzoek van mr. Korver heeft de voorzitter ter zitting van 6 april 2017 medegedeeld op welke wijze de rechtbank van de namen van de verdachten op de hoogte is geraakt. Dat is aldus geschied, dat door de officier van justitie aan de voorzitter een exemplaar van de dagvaarding ter hand is gesteld, waarop de naam van de respectieve verdachte staat vermeld.

Anders dan door mr. Korver is aangevoerd, kan een dergelijk stuk niet gelden als een processtuk. De geanonimiseerde dagvaarding is dat wel, en die is dan ook aan de raadslieden afgegeven. Het aan de voorzitter ter hand gestelde stuk betreft een intern stuk, uitsluitend bedoeld om de rechtbank in staat te stellen de verdachten te identificeren, hetgeen voorafgaand aan de zitting van 20 februari 2017 ook is gebeurd. Hetzelfde geldt voor het op naam gestelde uittreksel uit het justitieel documentatieregister dat, zoals door de voorzitter ter zitting van 6 april 2017 is medegedeeld, door de officier van justitie aan hem is getoond. Ook dat is – anders dan het geanonimiseerde uittreksel – geen processtuk, maar een stuk, bedoeld om de rechtbank zekerheid te verschaffen omtrent de tenaamstelling van het uittreksel (–).

1.33. Naar het oordeel van het Hof brengt een en ander jegens de nabestaanden geen handelen anders dan op de wijze bij de wet voorzien, met zich. ⁴² Dit oordeel is om meerdere redenen onjuist, althans onbegrijpelijk. Het enkele feit dat zij niet over *dezelfde*

³⁹ EHRM 22 februari 1996, Bulut t. Oostenrijk, appl.no. 17358/90, par. 49.

⁴⁰ Harris, O'Boyle & Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press: Oxford 2009, p. 251.

⁴¹ Arrest Hof d.d. 4 juli 2017, r.o. 1.6.

⁴² Arrest Hof d.d. 4 juli 2017, r.o. 6.6.

informatie beschikken als de andere procesdeelnemers maakt al dat zich een *procedural deficiency* voordoet. Voorts heeft het Hof, evenals de rechtbank en de strafkamer, het begrip processtukken miskend.

- 1.34. Volgens artikel 1 Besluit processtukken in strafzaken zijn dat stukken als bedoeld in artikel 149 lid 2 Sv. Onder procesdossier wordt verstaan de verzameling van processtukken die tijdens het opsporingsonderzoek aan het dossier zijn of worden toegevoegd. Blijkens artikel 149 lid 2 Sv behoren tot de processtukken alle stukken die voor de ter terechtzitting door de rechter te nemen beslissing redelijkerwijs van belang kunnen zijn. Dat zijn de door de rechter te beantwoorden vragen uit de artt. 348/350 Sv, waaronder begrepen de grondslag van de tenlastelegging en de geldigheid van de dagvaarding. Artikel 261 Sv bepaalt de inhoud van de dagvaarding, te weten een opgave van het ten laste gelegde feit en de wettelijke strafbaarstelling. Uit het systeem van de wet volgt dat de dagvaarding van oudsher twee functies heeft: een oproepingsfunctie en een beschuldigingsfunctie.⁴³ De oproeping ter terechtzitting geschied door betekening van de dagvaarding aan de verdachte.
- 1.35. Hoewel artikel 261 Sv noch enige andere wettelijke bepaling op straffe van nietigheid voorschrijft dat het ontbreken van de naam van de verdachte op de dagvaarding tot dat rechtsgevolg leidt, heeft Uw Raad geoordeeld dat een dagvaarding tegen N.N. zonder meer rechtsgeldig is. Uw Raad heeft daaromtrent het volgende overwogen:

[dat wat het ontbreken van verdachtes naam en voornamen in de dagvaarding betreft, noch art. 261 Sv., noch enige andere wettelijke bepaling op straffe van nietigheid voorschrijft, dat de dagvaarding deze gegevens moet vermelden, terwijl uit art. 357 Sv. inhoudende voor zoveel hier van belang, dat het vonnis voor zoveel mogelijk naam en voornamen van de verdachte moet behelzen, kan worden afgeleid, dat de Wetgever dagvaarding van en een vonnis tegen een niet met name aangeduide verdachte toelaatbaar heeft geacht; dat hieruit nog niet volgt, dat een dagvaarding [p. 399 | p. 400] tegen een niet nader aangeduid persoon, bijv. tegen N. N. zonder meer, rechtsgeldig is, daar Wij van oordeel zijn dat uit aard en wezen van een dagvaarding en van een vonnis volgt, dat de persoon aan wie het in de dagvaarding vermelde feit wordt te laste gelegd en tegen wie het daarop gewezen vonnis wordt gewezen, zodanig bepaald moet zijn, dat door de persoonsomschrijving in dagvaarding en vonnis de identiteit van de verdachte vaststaat (□)□⁴⁴

In deze zaak heeft het ontbreken van de naam van de verdachte op de dagvaarding niet tot nietigheid geleid, omdat de verdachte door signalement en dactyloscopische opnamen voldoende identificeerbaar bleek. In de inleidende dagvaarding werd de verdachte als volgt omschreven:

[lengte: 1.91 m; postuur: slank; gelaatsvorm: ovaal; gelaatskleur: gezond; haar: donkerblond, glad, scheiding links; ogen: grijs-bruin; oren: groot, afstaand, ovaal, oorlel los; neus: fors, brede neusvleugels; gebit: goed onderhouden met veel vullingen; bijzonderheden: geen zichtbare littekens; geschatte leeftijd: 26 à 27 jaar; (blootshoofds) kleding: grijze overjas met enkele rij knopen en gulsluiting; donkerrode wollen das; bruin gestreept (witte en rode strepen) colbertjasje; bruin-grijze plus-four; lage bruine schoenen (Amerikaans model); witte schapenwollen slip-over; licht bruin-grijs

⁴³ A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a., *Wetboek van Strafvordering*, artikel 261, aantekening 10.

⁴⁴ Hoge Raad 17 mei 1949, NJ 1950/235.

overhemd; rood-bruine stropdas met witte stippen; aan zijn linkerhand een gladde ring; aan zijn rechterhand een gouden zegelring met donkere ovale steen; vingerafdrukken volgens aangehecht dactyloscopisch signalement (□).□

Deze persoonsomschrijving bevat specifieke de verdachte eigen kenmerken. Een nummer, zoals DH 01 en DH 02, dat aan de verdachten in de onderhavige zaak is gegeven, is dat niet.

- 1.36. Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat de dagvaarding zodanige persoonlijke kenmerken van de verdachte moet bevatten dat deze identificeerbaar is. Doorgaans wordt de verdachte door zijn naam geïdentificeerd. De dagvaarding vermeldt derhalve zijn naam in de plaats van andere specifieke persoonskenmerken. In het onderhavige geval bevat de dagvaarding de naam van de verdachte noch andere specifieke persoonskenmerken. Ingevolge de artikelen 348/350 dient de rechter zich een oordeel te vormen over de geldigheid van de dagvaarding. Ingevolge artikel 149 lid 2 Sv behoren tot de processtukken alle stukken, waarover de rechter zich een oordeel moet vormen. Dat maakt de op naam gestelde dagvaarding tot processtuk. Een bevel ex artikel 32 Sv is niet gegeven, zodat de nabestaanden recht hebben op kennisneming van *alle* en *dezelfde* processtukken als de rechter, het OM en de advocaten van de verdachten. Anders zou zich een *procedural deficiency* voordoen, en dat is niet geoorloofd. Het Hof heeft de overwegingen van de strafrechter ten grondslag aan zijn eigen oordeel gelegd dat jegens de nabestaanden niet is gehandeld anders dan op de wijze bij de wet voorzien. Dat oordeel getuigt echter op grond van het voorgaande van een onjuiste rechtsopvatting. In elk geval is het zonder nadere motivering onbegrijpelijk.

Het recht om actief aan het strafproces deel te nemen (en om zelf onderzoek te (laten) verrichten):

- 1.37. In grief 3 hebben de nabestaanden aangevoerd dat zij in een (acute) noodtoestand komen te verkeren. In de toelichting wordt □kort samengevat □aangevoerd dat zij worden beperkt in de rechten die hen als slachtoffer (nabestaanden) toekomen; zij worden als procesdeelnemers in het strafproces volledig buiten spel gezet. Naar hun mening heeft het OM geen onderzoek naar de achtergrond van de verdachten verricht. Dat leiden zij af uit de inhoud van het strafdossier dat hen ter hand is gesteld. Zij opperen de mogelijkheid dat uit eigen onderzoek mogelijk informatie naar boven kan komen die een rol kan spelen bij de bewezenverklaring. Deze stelling wordt geconcretiseerd door thans al een significante tekortkoming van het onderzoek te signaleren, namelijk dat alle verdachten - ook de drie agenten die niet worden vervolgd - deel uitmaakten van dezelfde Whatsapp-groep van het parate peloton, waarbinnen de verdachten overleg met elkaar over de onderhavige zaak hebben kunnen voeren. Kort gezegd, het OM heeft naar mening van de nabestaande onvoldoende onderzoek gedaan. Zij wijzen op twee arresten van het EHRM,⁴⁵ waaruit volgt dat niet relevant is of daadwerkelijk overleg heeft plaatsgevonden, maar de *public scrutiny* eist dat bij overlijden door overheids geweld, onderzoeken niet aan dit soort tekortkomingen te leiden.⁴⁶ Door de namen van de verdachten niet te kennen worden hun

⁴⁵ EHRM 15 mei 2007, Ramsahai t. Nederland, appl.no. 52391/99.

⁴⁶ Memorie van grieven, randnummers 32-39.

rechten illusoir, zoals het recht om stukken aan het dossier toe te voegen (art. 51b lid 2 Sv), zelf een bedrijf in te huren om verhaalsonderzoek in te stellen (denk aan slachtoffers van oplichting), de uitoefening van het spreekrecht en van andere bijv. uit de EU-richtlijn ter bescherming van slachtoffers voortvloeiende rechten.⁴⁷

1.38. Het Hof heeft omtrent deze stellingen het volgende overwogen:

6.7 () Dat de nabestaanden door dit handelen niet alle informatie hebben die de verdachten, het Openbaar Ministerie en de strafrechter wel hebben, is door de wetgever voorzien. De Minister heeft immers over de fundamentele rechten van het slachtoffer in de Tweede Kamer gezegd: *„Het is van belang om daarbij de goede verbinding te leggen, waarbij ik doel op het evenwicht ten opzichte van de schending van privacyrechten van de verdachte. Het is niet de bedoeling dat klakkeloos het gehele procesdossier aan de slachtoffers en hun advocaten wordt verstrekt.”* (handelingen Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 30143, nr. 28 p. 21).

6.8 De nabestaanden worden in het strafproces niet *„buiten spel gezet”* zoals zij zelf aanvoeren. Het strafproces kan plaatsvinden en zij kunnen daarbij aanwezig zijn en spreken, zoals geregeld in de wet. Eveneens hebben zij via de procedure van artikel 12 Sv het niet vervolgen aan de (straf)rechter kunnen voorleggen. Zij hebben toegang tot de Nederlandse rechter en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens behouden. Het Openbaar Ministerie en ook de verdediging verrichten onderzoek naar (de oorzaak van) de dood van Henriquez. Uit niets blijkt dat de onderzoeksresultaten daarvan niet aan de (straf)rechter zullen worden voorgelegd waarbij ook de nabestaanden de doodsoorzaak van Henriquez, zo deze bekend kan zijn, kunnen vernemen. Ook kunnen zij hun vordering benadeelde partij indienen en ter terechtzitting ter sprake (laten) brengen. De in de strafzaak reeds door de agenten afgelegde verklaringen bevinden zich in het strafdossier en kunnen door de nabestaanden worden ingezien. De terechtzitting vindt in het openbaar plaats, in het bijzijn van de nabestaanden en ook in aanwezigheid van pers en andere belangstellenden. Wanneer de agenten ter terechtzitting verschijnen, kunnen zij aldaar aan de hand van de nummers DH01 t/m DH05 worden onderscheiden van andere personen en (anoniem) in ieders bijzijn verklaringen afleggen en vragen beantwoorden.

Het feit dat de nabestaanden niet zelf onderzoek kunnen doen naar achtergronden van de geanonimiseerde agenten, dat zij niet goed kunnen controleren of er anonimiseringsfouten in het dossier voorkomen of dat zij worden gehinderd doordat zij de namen van de vijf betrokken agenten niet kennen, brengt hen niet in een (acute) noodtoestand, nog daargelaten of dit een grondslag voor deze vordering bij de civiele rechter zou kunnen zijn. Een concretisering van die toestand hebben zij niet gegeven. Evenmin vormt dit een belang dat zwaarder moet wegen dan het recht op leven (in veiligheid) van de agenten en hun gezinnen ()⁴⁸

Het Hof heeft uit de kamerstukken inhoudende een wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met de invoering van de Wet schadefonds geweldsmisdrijven ter versterking van de positie van het slachtoffer in het strafproces geciteerd. Het Hof heeft daarbij echter de geciteerde passage uit zijn context getrokken. Het volledige antwoord van de minister luidt:

„Minister Hirsch Ballin: Ik begrijp het punt. Ik herken de aandacht die de fractie van de heer Anker pleegt te besteden aan de bescherming van persoonsgegevens. Die bescherming is belangrijk. Er zijn echter ook andere gewichtige belangen, belangen die beschermingswaardig zijn en die wij rekenen tot de fundamentele rechten. Een daarvan geldt ook naar huidig Europees inzicht. Ik verwijs ook naar het onderzoek van Intervict waaruit blijkt dat er terecht een brede internationale beweging is om de rechten van het slachtoffer beter te verankeren. Recent heeft de directeur van Intervict, professor Groenhuijsen,

⁴⁷ Pleitnota zitting d.d. 6 juni 2017 in hoger beroep, randnummers 14 en 16.

⁴⁸ Arrest Hof d.d. 4 juli 2017, r.o. 6.7-6.8.

ervoor gepleit om deze rechten in een internationaal bindend kader, dus een verdrag neer te leggen. Dat onderstreept hetgeen wij ook in Nederland steeds meer zijn gaan inzien, namelijk dat de positie van het slachtoffer een fundamenteel recht is dat in een behoorlijke procesvoering aan de orde moet komen. Het is van belang om daarbij de goede verbinding te leggen, waarbij ik doel op het evenwicht ten opzichte van de schending van privacyrechten van de verdachte. Het is niet de bedoeling dat klakkeloos het gehele procesdossier aan de slachtoffers en hun advocaten wordt verstrekt. Ik gaf al aan dat de psychiatrische rapportage niet behoort tot de documenten waarover het slachtoffer zal kunnen beschikken. Er zijn misschien uitzonderlijke situaties voorstelbaar waarin dat anders zou liggen, maar dat is dan een afwijking van de hoofdregel. Een en ander mag overigens niet betekenen dat wij van de weeromstuit gaan bepalen dat het slachtoffer maar helemaal niets te zien mag krijgen. Ik wijs er verder op dat zowel nationaal als internationaal het gewicht van de rechten van het slachtoffer op goede gronden toeneemt en meer profiel krijgt. Ik meen dat dit op een behoorlijk evenwichtige manier in dit wetsvoorstel is neergelegd⁴⁹

Anders dan het Hof uit het antwoord van de minister heeft afgeleid, heeft de wetgever □ mede gelet op de internationale beweging om de rechten van slachtoffers te beschermen □ juist gepleit voor het toenemend gewicht dat daaraan moet worden gehecht. Natuurlijk wijst hij ook op een bepaalde mate van privacybescherming van de verdachte, maar hij denkt daarbij aan □ en dat geeft hij ook als voorbeeld □ het verstrekken van een over de verdachte opgemaakte psychiatrische rapportage aan de slachtoffers; die maakt volgens hem geen deel uit van de aan hen te verstrekken processtukken. Hij rept echter met geen woord over anonimiseren van alle stukken en berechten van een verdachte wiens identiteit bij de slachtoffers en het publiek onbekend blijft. Het is dan ook onbegrijpelijk hoe het Hof heeft kunnen vaststellen dat □ de nabestaanden door dit handelen niet alle informatie hebben die de verdachte, het Openbaar Ministerie en de strafrechter wel hebben, door de wetgever is voorzien⁵⁰ (zie citaat hierboven).

1.39. De versterkte positie van slachtoffers in het strafproces volgt juist uit zeer recent geïmplementeerde internationale regelgeving.

Op 1 april 2017 zijn in werking getreden⁵¹ het Besluit slachtoffers van strafbare feiten⁵² en de Wet van 8 maart 2017⁵³ houdende de implementatie van de EU-richtlijn tot vaststelling van minimumrechten, de ondersteuning en de bescherming van slachtoffers van strafbare feiten.⁵⁴ Daarbij is de positie van het slachtoffer⁵⁵ in het strafproces verruimd en de informatieplicht uitgebreid. Voor de onderhavige zaak is artikel 10 van de richtlijn in het bijzonder van belang, luidend:

□. De lidstaten zorgen ervoor dat het slachtoffer in de loop van de strafprocedure kan worden gehoord en bewijselementen kan aanvoeren. Wanneer een kindslachtoffer gehoord moet worden, moeten de leeftijd en het ontwikkelingsniveau van het kind op passende wijze in aanmerking worden genomen.

⁴⁹ Kamerstukken II 2007-2008, 30143, nr. 28 p. 20-21.

⁵⁰ Arrest Hof d.d. 4 juli 2017, r.o. 6.7.

⁵¹ Stb. 2017, 128.

⁵² Stb. 2016, 310.

⁵³ Stb. 2017, 90.

⁵⁴ Richtlijn 2012/29/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 tot vaststelling van minimumnormen voor de rechten, de ondersteuning en de bescherming van slachtoffers van strafbare feiten, en ter vervanging van Kaderbesluit 2001/220/JBZ.

⁵⁵ Onder de begripomschrijving van de definitie □slachtoffer□vallen ook nabestaanden.

2. De procedurevoorschriften op grond waarvan het slachtoffer tijdens de strafprocedure kan worden gehoord en bewijselementen kan aanvoeren, worden door het nationale recht bepaald⁵⁶

De wetgever heeft geen reden gezien om daaraan in de nationale wet een nadere uitwerking te geven, omdat hij meende:

[De mogelijkheid om bewijselementen aan te voeren is in Nederland voorzien in art. 51b, tweede lid Sv⁵⁷

Artikel 51b lid 2 Sv houdt het recht van het slachtoffer in om de officier van justitie te verzoeken om stukken, die hij relevant acht voor de beoordeling van de zaak tegen de verdachte, aan het dossier te (doen) toevoegen. Dit recht is echter van minder vergaande strekking dan het uit artikel 10 richtlijn volgende recht om bewijselementen aan te kunnen voeren. Hier is derhalve sprake van een implementatiegebrek van artikel 10 naar nationaal recht. Het Hof heeft dat ten onrechte miskend.

Het aan het slachtoffer toekennen van een actieve rol in het strafproces, en daarbij behoort de mogelijkheid om zelf onderzoek te kunnen (laten) verrichten zoals de nabestaanden dat in de onderhavige zaak wensen te doen, is in de geest van de richtlijn:

[Gerechtigheid kan niet daadwerkelijk worden bereikt als het slachtoffer niet de kans krijgt om de omstandigheden van het strafbare feit uit te leggen en bewijzen aan te voeren op een manier die voor de bevoegde autoriteiten begrijpelijk is. Voorts is het belangrijk ervoor te zorgen dat het slachtoffer op een respectvolle manier wordt behandeld en hem in staat te stellen toegang te hebben tot zijn rechten. Daarom moet hij tijdens ondervragingen en om hem in staat te stellen actief aan de terechtzitting deel te nemen, kosteloos door een tolk worden bijgestaan, overeenkomstig de rol van het slachtoffer in het toepasselijke strafrechtstelsel (□)⁵⁸

Juist om die actieve rol te kunnen vervullen is ook het recht op een kosteloze tolk geregeld. Het uitgangspunt is actieve deelname aan het strafproces, die naar de geest van de richtlijn niet beperkt mag blijven tot het aan de officier van justitie mogen verzoeken om stukken aan het dossier toe te voegen. Dat is slechts één van de laatste stappen. Voor zover daaronder dient te worden begrepen het aanvoeren van bewijselementen, moet het slachtoffer ook in staat zijn om bewijselementen te kunnen vergaren. Of met andere woorden: zelf onderzoek te (laten) verrichten. Dat geldt in het bijzonder wanneer het meent dat het onderzoek dat door de politie/justitie is uitgevoerd tekort schiet. Dat is naar mening van de slachtoffers hier het geval. Zij hebben een significante tekortkoming van het onderzoek gesignaleerd, namelijk dat alle verdachten - ook de drie agenten die niet worden vervolgd - deel uitmaakten van dezelfde Whatsapp-groep van het parate peloton, waarbinnen de verdachten overleg met elkaar over de onderhavige zaak hebben kunnen voeren, en dat er geen enkel onderzoek is gedaan naar de achtergrond van de verdachten en de drie agenten wier zaak is geseponeerd.

⁵⁶ Artikel 10 van Richtlijn 2012/29/EU.

⁵⁷ Kamerstukken II 2014-2015, 34236, nr. 3, p. 37.

⁵⁸ Overweging (34) van Richtlijn 2012/29/EU.

Op 1 januari 2013 is de Aanwijzing review van het College van Procureurs-generaal in werking getreden. Op verzoek van slachtoffers en nabestaanden kan bij delicten, zoals het onderhavige, een verzoek om herbeoordeling van het strafrechtelijk opsporingsonderzoek worden verzocht, wanneer dat geen duidelijk resultaat heeft opgeleverd. Het doel is onder meer om vast te kunnen stellen of het onderzoek volgens de regelen van de kunst is uitgevoerd en er echt alles uit is gehaald. Voor een verzoek tot review is de gesignaleerde tekortkoming van het opsporingsonderzoek echter te mager. Hieruit volgt al dat zij *de facto* geen gebruik van deze mogelijkheid kunnen maken, zonder eerst zelf nader onderzoek te (laten) verrichten, teneinde hun verzoek nader te kunnen motiveren. Dat is namelijk een eis dat aan een dergelijk verzoek wordt gesteld.

- 1.40. Uit het voorgaande volgt dat aan de nabestaanden *de jure* diverse rechten zijn toegekend. De wijze waarop het strafproces wordt gevoerd, en het geheim houden van de identiteit van de verdachte voor de nabestaanden, maakt echter *de facto* een actieve deelname aan het strafproces en effectieve uitoefening van hun rechten onmogelijk, en dus illusoir. Het Hof heeft dat miskend, in het bijzonder dat aan het slachtoffer een actievere rol is toegekend dan voorheen het geval was. Daarbij behoort het recht om in de loop van de strafprocedure bewijselementen aan te voeren. Het Hof heeft deze ontwikkeling in het recht miskend. Het heeft ook miskend dat hier sprake is van een implementatiegebrek, althans heeft artikel 51b lid 2 Sv een feitelijke en ook naar de letter van de wet minder verstreckende reikwijdte. Het Hof had in elk geval een richtlijnconforme uitleg moeten geven, maar heeft dit nagelaten. Het oordeel van het Hof, dat de nabestaanden niet [buiten spel gezet worden] en zij bij het strafproces aanwezig kunnen zijn en kunnen spreken zoals geregeld in de wet, getuigt van een verkeerde rechtsopvatting, in elk geval is het [gelet op het hiervoor aangevoerde] onbegrijpelijk.

Onderdeel 2 c: Het Hof heeft miskend dat door overheidshandelen [in strijd met de uit artikel 1 EVRM voortvloeiende beschermingsverplichting] inbreuk wordt gemaakt op het recht van de nabestaanden om zich tot de rechter te kunnen wenden, zoals bedoeld in de artikelen 6 lid 1 en 13 EVRM. De nabestaanden wordt namelijk belet om de in het Burgerlijk Wetboek verzekerde rechten in te roepen, in het bijzonder om *in rechte* het onrechtmatig handelen van de agenten door de rechter te laten vaststellen. Zij kunnen *de facto* geen beroep op artikel 6:162 (en overigens ook niet op 6:170) BW bij de rechter doen. Het burgerlijk procesrecht staat nu eenmaal het dagvaarden van personen op nummer (DH01, DH02, DH03, DH04 en DH05) niet toe; het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering voorziet evenmin in anonieme gedaagden. De eisen van een goede procesorde brengen al met zich mee om in de civiele procedure te weten wie de wederpartij is. Het enige wat de nabestaanden weten is dat het agenten van de politie betreft. Het is *de facto* niet mogelijk om een civiele vordering in te stellen en met bewijs te staven zonder nader onderzoek te kunnen verrichten (de wederpartij is immers anoniem), teneinde aan de wettelijke stelplicht te kunnen voldoen.

- 1.41. Uit artikel 1 EVRM vloeit de algemene verplichting van de lidstaten voort om door het verdrag beschermde rechten en vrijheden te verzekeren jegens een ieder die ressorteert onder hun rechtsmacht. Daaronder valt ook de verplichting tot het verzekeren van de in de artikelen 6 en 13 EVRM neergelegde rechten. Het is dus aan de lidstaten om erop toe te zien dat daarop door overheidshandelen geen inbreuk wordt gemaakt. Artikel 6 lid 1 EVRM heeft ook gelding voor procedures tussen burgers onderling, en ziet op het *effectief*

en *de facto* kunnen uitoefenen van dat recht zich tot een rechter te kunnen wenden. Het EHRM heeft dat als volgt verwoord:

The right of access to a court must be *practical and effective*.⁵⁹ For the right of access to be effective, an individual must *have a clear, practical opportunity to challenge an act that is an interference with his rights*.⁶⁰

Het recht om zich tot de rechter te kunnen wenden, houdt niet slechts het recht in om procedures te voeren, maar heeft een bredere reikwijdte, namelijk:

To obtain a determination of the dispute by a court.⁶¹

1.42. Uit de inleidende vordering van de nabestaanden blijkt dat zij de verdachten en de overige drie betrokken agenten op basis van onrechtmatig handelen *in persoon* aansprakelijk willen stellen en al om die reden recht en belang hebben bij het verkrijgen van bepaalde informatie (dus de namen van de betrokken agenten).⁶² In het vonnis van de rechtbank staat vermeld dat zij die grondslag ter zitting hebben laten vallen.⁶³ Uit grief 4 volgt echter dat zij hun eis in hoger beroep met *dezelfde* grondslag hebben vermeerderd, te weten de civiele aansprakelijkheidsstelling van de vijf agenten.⁶⁴ Ter zitting in hoger beroep hebben zij nader toegelicht waarom zij wensen om de vijf agenten civielrechtelijk aansprakelijk te stellen en bijgevolg daarvoor hun namen nodig hebben.⁶⁵ Deze toelichting luidt als volgt:

Civiele aansprakelijkstelling

27. Cliënten begrijpen het betoog van de Staat aangaande de civiele aansprakelijkstelling als volgt. De Staat stelt dat uit het feit dat mr. Roethof geen schikking met de politie heeft kunnen bereiken, nog niet volgt dat cliënten dat ook niet zouden kunnen. Dat is natuurlijk juist, alleen voor cliënten is de brief van Centraal Beheer Archmea van 22 maart 2017 reden geweest om de aangevoerde grondslag, ergo hun recht hun schade te verhalen op degene die daarvoor aansprakelijk is - hetgeen dus wel degelijk een grondslag in deze procedure is en geen wens, zoals door de Staat aangevoerd in te trekken, aangezien zij op basis van deze brief de indruk hadden dat er coulant zou worden omgegaan met het vergoeden van schade. Echter is thans gebleken, door het feit dat mr. Roethof al vrij snel heeft aangegeven dat hij er onderling niet is uitgekomen met de politie, dat er helemaal geen sprake is van een dergelijke coullance. Dat blijkt ook wel uit de memorie van antwoord. In ieder geval maakt dit dat cliënten er thans veel minder vertrouwen in hebben dat hun schade door de politie zal worden vergoed.

28. Juist ook ten aanzien van DH03, DH04 en DH05 - die niet terechtstaan -, waardoor een eventueel onrechtmatig handelen van hen en hun aansprakelijkheid dus niet in een strafproces zal worden vastgesteld, heeft te gelden dat cliënten hen dan civiel aansprakelijk willen stellen, of althans de mogelijkheden daartoe willen onderzoeken. Dit lijkt ten aanzien van deze agenten immers de enige mogelijke overgebleven weg. Uit het betoog van de Staat blijkt namelijk, vide overweging 4.1.8 van haar memorie van antwoord, dat als de aansprakelijkheid niet (cliënten begrijpen in rechte) wordt

⁵⁹ EHRM 4 december 1995, Bellet t. Frankrijk, appl.no. 23805/94, § 38.

⁶⁰ EHRM 10 april 2003, Nunes Dias t. Portugal, appl.no. 69829/01 en 2672/03, § 36.

⁶¹ EHRM 1 maart 2002, Kutid't. Kroatië, appl.no. 48778/99, § 25 en 32; EHRM 9 oktober 2003, Adimovid't. Kroatië, appl.no. 61237/00, §41 en EHRM 13 juli 2004, Beneficio Cappella Paolini t. San Marino, appl.no. 40786/98, § 29.

⁶² Dagvaarding eerste aanleg, randnummer 14.

⁶³ Vonnis rechtbank d.d. 31 maart 2017, r.o. 4.5.

⁶⁴ Memorie van Grieven, grief 4, randnummer 42.

⁶⁵ Pleitnota zitting hoger beroep d.d. 6 juni 2017, randnummers 27-35.

vastgesteld, er geen gehoudenheid bestaat voor de verzekeraar om tot vergoeding van schade over te gaan. Cliënten vragen zich dan ook af wat de Staat precies bedoelt met haar stelling in paragraaf 4.4.5 dat met de brief van Centraal Beheer Archmea volledig aan hun belangen tegemoet zou worden gekomen, omdat de verzekering in een 'voorkomend geval' dekking zou bieden.

29. Voor cliënten betekent dit allesbehalve een geruststelling, aangezien zij ook op deze manier, volledig afhankelijk worden gemaakt van het oordeel van de Strafrechter en de welwillendheid van de politie en/of diens verzekeraar. Immers, als DH01 en DH02 zouden worden vrijgesproken, zouden cliënten geen andere mogelijkheid meer hebben voor het verhalen van hun schade dan genoeg nemen met het mogelijke aanbod dat de politie hen zou doen. Over het (onrechtmatig) handelen van de overige agenten wordt dan bovendien niet eens beslist, zodat cliënten menen dat de enige mogelijkheid voor waarheidsvinding en aansprakelijkstelling de civiele weg is.

30. Daar komt bij dat in de brief van de verzekeraar een verwijzing wordt gemaakt naar de polisvoorwaarden van de politie. Deze hebben cliënten, ondanks daartoe de Staat expliciet meermalen te hebben verzocht, niet mogen ontvangen. Cliënten kunnen dus ook niet nagaan waar de stelling van de Staat dat de verzekering in een 'Voorkomend geval' dekking zou bieden precies op ziet, noch inschatten wat hun kansen om hun schade te verhalen via de verzekeraar zijn, nu het volstrekt onduidelijk is wat onder in een 'voorkomend geval' wordt verstaan.

Cliënten vrezen dan ook dat zij met lege handen zullen achterblijven.

31. Wel volgt uit de brief dat de verzekeraar al meent dat door de agenten niet is beoogd om schade te veroorzaken en de schade niet het zekere gevolg zou zijn van hun handelen of nalaten, kennelijk ongeacht wat een Strafrechter daarvan vindt. Gelijk de hoofdcommissaris Bouman zich eerder al uitliet. De verzekeraar meent al dat de opzet ontbreekt, en stelt derhalve dat een opzetclausule niet van toepassing zou zijn. Cliënten vragen zich echter af of de verzekeraar daarbij zou blijven als de Strafrechter zou oordelen dat er wel sprake van opzet is. Dat roept eveneens de vraag op of de verzekeraar in dat geval bij haar stelling zal blijven dat aan artikel 6:170 BW geen verweer zal worden ontleend zal blijven, en dus ook in geval van opzet (of bewuste roekeloosheid) zou uitkeren. Indien dat niet zo is, komen cliënten alsnog bij de agenten zelf uit.

32. Verder wordt in de brief artikel 7:954 BW aangehaald. In dit artikel staat in lid 6 dat de benadeelde die ter zake van zijn schade door dood of letsel een rechtsvordering instelt tegen de verzekeraar, daartoe slechts bevoegd is indien hij er zorg voor draagt dat de verzekerde tijdig in het geding wordt opgeroepen. De verzekeraar stelt dat cliënten een beroep op deze bepaling kunnen doen, maar ook in dat geval zouden zij de agenten dus in het geding moeten oproepen.

33. Tot slot wordt in de brief van de verzekeraar een verwijzing gemaakt naar artikel 51f Sv.

Gesteld wordt dat een toegewezen vordering benadeelde partij onder de verzekering valt. Wij wijzen uw Hof erop dat krachtens artikel 36f Sr, de Staat hoe dan ook gehouden zou zijn om een vonnis van de Strafrechter uit te voeren en voor te schieten. Voor mijn cliënten maakt dat derhalve niet veel uit. Behalve dan dat mijn cliënten vinden dat verdachten moeten betalen. Daar ziet artikel 36f Sr. ook op. Immers, de Staat zal - normaal gesproken - proberen een eventuele strafrechtelijke veroordeling tot schade proberen te verhalen op de verdachten zelf. Het lijkt erop dat wordt gesteld dat als het komt tot een strafrechtelijke veroordeling, deze agenten niet zelf hoeven te betalen, maar dat de Staat dan wel de verzekeraar die kosten voor haar rekening zal nemen. Dan worden de woorden van de heer Bouman dus toch de waarheid, die woorden zij op cliënten overgekomen als "wat er ook gebeurt, wij redden je hachje wel". Dat is nou net niet de bedoeling van een integer strafvorderlijk systeem. Als de Strafrechter oordeelt dat een verdachte schuldig is aan een strafbaar feit en dat die daarvoor de schade moet betalen, dan dient indien mogelijk ook die verdachte dat te betalen en niet een derde, al helemaal niet de Staat of diens verzekeraar.

34. Verder heeft te gelden dat zelfs als cliënten in een strafproces al hun schade zouden hebben gevorderd, hetgeen niet het geval is - zij hebben bijvoorbeeld de gemaakte kosten voor alle andere procedures naast de strafzaak daar niet gevorderd - dan nog is, ook als DH01 en DH02 veroordeeld zouden worden, de kans aanzienlijk dat niet al hun schade zal worden toegewezen, omdat in een strafrechtelijke procedure wegens onevenredige belasting van het strafgeding (een gedeelte) van de schadevergoeding met enige regelmaat wordt verwezen naar de civiele rechter. Cliënten menen dat hen thans, door het niet verstrekken van de namen, deze toegang tot de civiele rechter wordt belemmerd, hetgeen zij in strijd achten met artikel 13 EVRM.

35. Kort gezegd wensen cliënten DH01, DH02, DH03, DH04 en/of DH05 civiel aansprakelijk te kunnen stellen, waarvoor zij beschikking over de namen nodig hebben. Ook om die reden stellen zij dat hun verzoek dient te worden toegewezen

1.43. Artikel 6:162 BW bevat het recht om *hem* (dus de persoon), die schade heeft veroorzaakt, aansprakelijk te stellen. Artikel 6:170 BW heeft betrekking op de aansprakelijkstelling voor schade van ondergeschikten. Daaruit volgt dat in beginsel degene, in wier dienst de ondergeschikte zijn taak vervult, aansprakelijk is voor door hem berokkende schade. In beide gevallen kan *de persoon* die de schade heeft veroorzaakt de daaruit voortvloeiende verplichting tot schadevergoeding op derden (bijv. degene aan wie de persoon ondergeschikt is en/of de verzekeringsmaatschappij) afwentelen. In het onderhavige geval zal de verplichting tot schadevergoeding worden afgewenteld op het Rijk (de politie) respectievelijk de verzekeraar van het Rijk, Centraal Beheer Achmea. De afwenteling van de aansprakelijkheid is echter een vervolgstap, namelijk *nádat in rechte* is komen vast te staan dat *de persoon* een norm heeft overtreden, waardoor *hij* schade heeft veroorzaakt, waarvoor *hij* aansprakelijk is.

1.44. Blijkens de memorie van antwoord is de aansprakelijkheid van het Rijk voor de betreffende agenten, en afwenteling van de verplichting tot schadevergoeding op Centraal Beheer Achmea, niet zonder meer gegeven. Zij lijkt afhankelijk te zijn van het oordeel van de strafrechter. In de memorie van antwoord is daaromtrent het volgende te lezen:⁶⁶

4.1.8 (): de verzekeraar zal uitkeren in geval van aansprakelijkheid van de agenten, en ook als een vordering tot schadevergoeding van een benadeelde partij in de strafzaak wordt toegewezen. Voorts heeft de verzekeraar duidelijk gemaakt dat ook de politie kan worden aangesproken voor het handelen of nalaten van de bij het geweldsincident betrokken politiemedewerkers, en dat aan artikel 6:170 BW geen verweer zal worden ontleend. Als er echter geen aansprakelijkheid wordt vastgesteld of ter zake van die aansprakelijkheid niet een minnelijke schikking wordt bereikt, of als een vordering tot schadevergoeding van een benadeelde partij niet wordt toegewezen, dan bestaat er uiteraard geen gehoudenheid van de verzekeraar om tot uitkering over te gaan ()

1.45. Het Hof heeft, na het hieromtrent gevoerde partijdebat, het volgende overwogen:⁶⁷

3.1 De nabestaanden hebben in hoger beroep ook aangevoerd dat zij een (spoedeisend) belang hebben bij het kennen van de namen van de betrokken vijf agenten, omdat zij in een civiele procedure de agenten aansprakelijk willen stellen voor de door hen geleden schade, of althans de mogelijkheden daartoe willen onderzoeken. Dienaangaande overweegt het hof het volgende.

8.2 De Staat heeft onbetwist aangevoerd dat de nabestaanden hun schadeclaim kunnen indienen bij de politie, zodat zij langs die weg en langs de weg van benadeelde partij in de strafzaak hun schades vergoed kunnen krijgen. Indien er geschillen rijzen over de aansprakelijkheid of de schade, kunnen zij die aan de civiele rechter voorleggen in een procedure tegen de politie.

Bovendien heeft de Staat een brief overgelegd van de verzekeraar van de politie d.d. 22 maart 2017, waarin staat dat de politie verzekerd is voor schade door handelen of nalaten van ondergeschikten, dat de aansprakelijkheid van politiemedewerkers wegens onrechtmatige daad en/of toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis is verzekerd zowel voor personenschade als voor zaakschade en dat de uitsluitingsclausule voor opzet niet van toepassing is. Ter zitting in hoger beroep

⁶⁶ Memorie van antwoord, randnummer 4.1.8.

⁶⁷ Arrest Hof d.d. 4 juli 2017, r.o. 8.1-8.2.

heeft de Staat onbetwist naar voren gebracht dat de nabestaanden, hoewel daartoe door de verzekeraar uitgenodigd, nog geen claim bij (de verzekeraar van) de politie hebben ingediend.

8.3 Gelet op een en ander vormt de wens van de nabestaanden om langs de civielrechtelijke weg een schadevergoeding van de betrokken agenten te krijgen, onvoldoende spoedeisend belang om thans de anonimiteit van de agenten op te heffen. Hierbij weegt het hof mee dat uit het ter gelegenheid van het pleidooi door de Staat overgelegde mutatie rapport van 29 mei 2017 volgt dat de (eerdere) bedreiging van de agenten nog steeds actueel is. De nabestaanden hebben niet voldoende onderbouwd dat het voor het verhaal van hun civiele vordering noodzakelijk is dat zij reeds op dit moment over de namen van de betrokken agenten beschikken. Hun stelling dat zij afhankelijk zijn van de welwillendheid van de verzekeraar van de politie is onjuist aangezien zij hun stelling dat er onrechtmatig is gehandeld in ieder geval in een procedure tegen de (rechtspersoonlijkheid bezittende) politie aan de rechter kunnen voorleggen. De eventuele aansprakelijkheid van de politie jegens de nabestaanden wordt niet bepaald door de polisvoorwaarden van de verzekering van de politie (die de verhouding verzekeraar-politie regelt), zodat niet relevant is dat de nabestaanden stellen die niet te kennen. Onder al die omstandigheden is er in dit kort geding, mede met het oog op de hierboven beschreven veiligheidsbelangen van de betrokken agenten, geen ruimte om de Staat thans te veroordelen de namen aan de nabestaanden te verstrekken□

1.46. Volgens het Hof heeft de Staat onbetwist aangevoerd dat de nabestaanden een schadeclaim *kunnen* indienen bij de politie, en dat zij, hoewel daartoe door de verzekeraar uitgenodigd, aldaar nog geen claim hebben ingediend. Dat heeft het Hof terecht vastgesteld. Het Hof heeft ook terecht vastgesteld dat de politie verzekerd is voor schade door handelen of nalaten van ondergeschikten uit onrechtmatige daad en/of □kort gezegd □wanprestatie. Het Hof heeft echter het partijdebat miskend, en gaat aan de door partijen ingenomen, essentiële standpunten klakkeloos voorbij. Het partijdebat ging niet (zozeer) over het kunnen verkrijgen van financiële compensatie, maar over het recht van de nabestaanden om de (civiele) rechter *in rechte* te laten vaststellen dat de agenten zonder rechtvaardigingsgrond een inbreuk hebben gemaakt op een recht (zoals bijv. het recht op leven van Mitch) en/of hebben gehandeld of nagelaten te handelen in strijd met een wettelijke plicht of hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Het Hof is in zijn beoordeling, hetgeen overigens onbegrijpelijk is, slechts ingegaan op de tweede stap, namelijk de daaropvolgende aansprakelijkheidsstelling en financiële compensatie (schadevergoeding), die van ondergeschikt belang is.

1.47. Het Hof is ook ten onrechte niet ingegaan op de essentiële stelling van de nabestaanden dat de verzekeraar niet tot vergoeding van schade zal overgaan als de aansprakelijkheid van de agenten niet (in rechte) komt vast te staan.⁶⁸ Het Hof heeft miskend dat de strafrechter een andere toets aanlegt dan de civiele rechter. De strafrechtelijke aansprakelijkheid moet worden onderscheiden van civielrechtelijke aansprakelijkheid. In het civiele recht kan het handelen of nalaten in strijd met geschreven of ongeschreven normen tot aansprakelijkheid leiden. De strafrechter heeft echter een veel beperkter beoordelingskader; hij is immers gebonden aan de grondslag van de tenlastelegging en de strafrechtelijke norm die zou zijn overtreden. Dat de strafrechter tot het oordeel komt dat geen strafrechtelijke normen zijn overtreden, zou nog niet betekenen dat de agenten geen inbreuk hebben gemaakt op een recht en/of hebben gehandeld of

⁶⁸ Pleitnota zitting hoger beroep d.d. 6 juni 2017, randnummers 28, onder verwijzing naar de stelling van de Staat in zijn memorie van antwoord, randnummer 4.1.8.

nagelaten te handelen in strijd met een wettelijke plicht of hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, dus een onrechtmatige daad hebben gepleegd. Het betreft hier immers een veel breder beoordelingskader.

- 1.48. Het Hof is ook ten onrechte, en dat zonder nadere motivering, aan de essentiële stelling van de nabestaanden voorbijgegaan dat de weg naar de civiele rechter met betrekking tot de agenten die niet vervolgd worden (DH03, DH04 en DH05) en wier handelen in een strafproces niet zal worden beoordeeld, de enige mogelijke overgebleven weg is om de onrechtmatigheid en aansprakelijkheid *in rechte* te laten vaststellen.⁶⁹
- 1.49. Het Hof heeft de hiervoor genoemde stellingen niet, in elk geval niet zonder nadere motivering, mogen passeren. Het zijn immers geen ongeloofwaardige stellingen die derhalve direct gepasseerd mogen worden. Voorts hebben de nabestaanden een uitgebreide onderbouwing in de pleitnota gegeven,⁷⁰ zodat het Hof zonder nadere motivering daaraan niet voorbij had mogen gaan. In elk geval is, gelet op de uitvoerige toelichting in de pleitnota, het oordeel van het Hof dat zij onvoldoende hebben onderbouwd dat voor het verhaal van hun civiele vordering noodzakelijk is dat zij reeds op dit moment over de namen van de betrokken agenten beschikken, onbegrijpelijk.
- 1.50. Het hiervoor uiteengezette laat zien dat het de nabestaanden door overheidshandelen (van de Staat) *de facto* onmogelijk wordt gemaakt om effectief gebruik te maken van hun recht om aan de rechter voor te leggen of de agenten al dan niet, kort gezegd, onrechtmatig hebben gehandeld en dat dus *in rechte* te laten vaststellen. De overheid voldoet niet aan haar uit artikel 1 EVRM voortvloeiende verplichting door *de facto* de rechtsingangen van de nabestaanden te beperken tot de strafrechter (als benadeelde partij) en een civiele actie tegen de politie, terwijl de wet, in het bijzonder artikel 6:162 BW (en ook art. 6:170 BW), hen de mogelijkheid biedt om het handelen ofwel nalaten van de betreffende agenten ter toetsing aan de rechter voor te leggen. Het Hof heeft miskend dat de Staat hierdoor - en door het nalaten om de namen van de agenten aan de nabestaanden mede te delen - een inbreuk maakt op het recht om zich tot de rechter te wenden, zoals bedoeld in artikel 6 EVRM. Dat recht geldt voor *alle* in de wet voorziene procedures en mag feitelijk niet worden beperkt.
- 1.51. Dat het recht op toegang tot de rechter, zoals bedoeld in artikel 6 lid 1 EVRM, geen absoluut recht is, maar dat daaraan invulling moet worden gegeven door de lidstaten die daarbij een zekere *margin of appreciation* hebben, volgt uit de rechtspraak van het Straatsburgse Hof. Dat neemt echter niet weg dat beperkingen van dat recht een legitiem doel moeten dienen, bij wet moeten zijn voorzien en proportioneel dienen te zijn, dus de beperking dient in redelijke verhouding tot het doel te staan.⁷¹
- 1.52. Naar het oordeel van Hof is de wens van de nabestaanden om langs de civielrechtelijke weg een schadevergoeding te krijgen van onvoldoende spoedeisend

⁶⁹ Pleitnota zitting hoger beroep d.d. 6 juni 2017, randnummers 28.

⁷⁰ Arrest Hof d.d. 4 juli 2017, r.o. 8.1-8.2.

⁷¹ EHRM 17 januari 2012, Stanev t. Bulgarije, appl.no. 36760/06, § 230.

belang, om thans de anonimiteit op te heffen. Het heeft, kort samengevat, overwogen dat de bedreiging van de agenten nog steeds actueel is, de nabestaanden niet voldoende hebben onderbouwd dat het voor het verhaal van hun civiele vordering noodzakelijk is dat zij reeds op dit moment over de namen van de betrokken agenten beschikken, en dat onder al die omstandigheden er in kort geding, mede met het oog op de veiligheidsbelangen van de betrokken agenten, geen ruimte is om de Staat thans te veroordelen de namen van de nabestaanden te verstrekken.⁷² Dat is echter niet de toets, die naar het oordeel van het EHRM moet worden aangelegd voor een gerechtvaardigde beperking:

□Where access to a court is restricted by law or in practice, the Court examines whether the restriction affects the substance of the right and, in particular, whether it pursues a legitimate aim and whether there is a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved□⁷³

Het Hof heeft in geen enkele rechtsoverweging in zijn arrest vastgesteld dat de door de agenten geuite bedreigingen afkomstig zijn van de nabestaanden. Dat heeft ook de rechtbank noch de strafrechter vastgesteld. Uit de door het Hof gedane vaststellingen (zie r.o. 6.1) kan niet meer dan een algemene dreiging tegen de politie worden afgeleid, maar geen concrete dreiging tegen deze vijf agenten (DH01, DH02, DH03, DH04 en DH05). Uit de weergave van de inhoud van het proces-verbaal van bevindingen van de Rijksrecherche d.d. 9 november 2016 volgt □ en dat zonder nadere concretisering □ dat bedreigingen tegen het leven van politieagenten zijn geuit. Daaruit volgt niet dat het om *concrete* bedreigingen van *deze* vijf agenten gaat. Evenmin volgt eruit door *wie* de bedreigingen zijn geuit. Er wordt slechts vermeld dat het om bedreigingen uit *diverse bronnen* gaat. Uit het voorgaand kan niet de conclusie worden getrokken, en die conclusie heeft het Hof ook niet getrokken, dat de nabestaanden bedreigingen tegen het leven van de betrokken agenten hebben geuit. Het belang van de nabestaanden om zich tot de rechter te kunnen wenden teneinde het onrechtmatig handelen van de agenten *in rechte* te laten vaststellen wordt derhalve onevenredig beperkt.

1.53. Voorts getuigt het van een onjuiste, in elk geval onbegrijpelijke, rechtsopvatting dat het spoedeisend belang ontbreekt om thans de anonimiteit van de agenten op te heffen. Spoedeisend belang is namelijk te allen tijde gegeven als een beperking van een fundamenteel recht in het geding is. Het ligt er al in besloten om onmiddellijk een einde aan de inbreuk te kunnen maken. Als deze mogelijkheid ontbreekt, bestaat er geen effectief rechtsmiddel in de zin van artikel 13 EVRM.

Conclusie:

1.54. De wijze van berechten van een verdachte, zoals deze thans in de onderhavige zaak aan de orde is, en wiens identiteit onbekend blijft, maakt inbreuk op de artikelen 1, 6 lid 1 en 13 EVRM en de daarin besloten beginselen, te weten de externe en interne openbaarheid, equality of arms en toegang tot de rechter, zonder dat daarvoor een wettelijke grondslag in de nationale wet aan te wijzen is, terwijl de nationale wet, in het bijzonder artikel 1 Sv, dat eist. Het Hof heeft dat miskend, zodat zijn oordeel □ dat niet

⁷² Arrest Hof d.d. 4 juli 2017, r.o. 8.3.

⁷³ EHRM 28 mei 1985, Ashingdane t. VK, appl.no. 8225/78, § 57.

van een inbreuk op fundamentele beginselen is gebleken □ van een onjuiste rechtsopvatting getuigt, in elk geval zonder nadere motivering, die op diverse plaatsen tekortschiet, onbegrijpelijk is. Voor zover hier de leer van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen toepassing zou vinden, had deze wegens inbreuk op een of meer van deze fundamentele beginselen moeten worden doorbroken. Het Hof heeft dat ten onrechte nagelaten.

BELANG VAN DE ZAAK:

De positie van slachtoffers van delicten, maar ook die van personen die ervan worden beticht dader te zijn, staat de laatste jaren sterk in de aandacht. Dat vergt ook nogal wat van de rechter; denk aan de zaak van de Bossche badmeester, de Amsterdamse kinderopvang en de Valkenburgse prostitutie. Soms kan hij oplossingen bieden; maar waar fundamentele ingrepen nodig zijn, die een veel ruimer bereik hebben dan de individuele strafzaak, moet hij terugtreden. Daar is het woord aan de wetgever. Zolang deze niet heeft gesproken, kan de rechter niets anders dan de wet toepassen, zoals zij heden luidt □ en niets anders. Kennelijk is het nodig dat dit nog eens duidelijk wordt gemarkeerd.

=□ =

Gegrondbevinding van één of meer klachten van deze middelonderdelen betekent dat al wat het hof, op zijn daarin bestreden oordelen voortbouwend, ook overigens heeft geoordeeld en beslist in de besteden en in de overige overwegingen en in het daarop voortbouwende dictum van zijn eindarrest, niet in stand zal kunnen blijven en dit arrest in zoverre dient te worden vernietigd.

MITSDIEN het de Hoge Raad behage het in cassatie bestreden, tussen de nabestaanden en de Staat onder zaaknummer 200.215.340/01 en op 4 juli 2017 gewezen en uitgesproken, eindarrest van het gerechtshof De Haag, te vernietigen met zodanige verdere voorziening, mede ten aanzien van de proceskosten in alle instanties, als de Hoge Raad in goede justitie geraden voorkomt waarbij de nabestaanden tevens vorderen dat de toe te wijzen proceskostenvergoeding wordt vermeerderd met de wettelijke rente daarover, te rekenen vanaf veertien dagen na de datum van het arrest van de Hoge Raad.

Maastricht, 19 augustus 2017

Advocaat