

19 september 2008

## **Elies van Sliedregt**

hoogleraar Strafrecht, Vrije Universiteit

### **Oratie**

#### **Mevrouw de rector, dames en heren,**

De 10 tegen 1 regel is een belangrijke regel in het strafrecht. Het gaat vandaag niet over statistiek in de rechtzaal; al was dat een uiterst actueel onderwerp geweest met Lucia de B. in het achterhoofd. Ook heb ik de verleiding kunnen weerstaan om de Kansspelenwet - die naar verluidt grondig toe is aan vernieuwing - onderwerp te maken van deze rede. Niets van dat al. Tien tegen één is een verwijzing naar het bekende adagium van Blackstone in zijn *Commentaries on the Laws of England* "Better that ten guilty persons escape, than that one innocent person suffers" oftewel "beter tien schuldigen vrijuit dan één onschuldige veroordeeld". Dit is het adagium dat we kennen als de verwijzing naar de onschuldpresumptie.

#### *1.1 Onschuldpresumptie en het debat over veiligheid*

De onschuldpresumptie staat in de belangstelling. In 2004 schreef de toenmalige minister van justitie Donner een stuk met de titel: 'Beter tien schuldigen vrijgesproken dan één onschuldige veroordeeld?'. Achter het adagium plaatste hij een vraagteken. Donner verdedigde in het stuk de stelling dat de bedreiging van het moderne terrorisme vraagt om het opnieuw doordenken van belangenafwegingen die in het verleden zijn gemaakt. De 10 tegen 1 regel drukt een terughoudendheid uit in het aanwenden van strafprocessuele bevoegdheden; daar zou anders tegenaan gekeken moeten worden in het licht van de dreiging van terroristische aanslagen.

Donner's woorden klinken door in de woorden van zijn partijgenoot en voormalig fractievoorzitter van het CDA, Maxime Verhagen toen deze op 14 april 2004 in de kamer zei – ik citeer: – "De ijzeren regel van het strafrecht, 'beter tien schuldigen op straat dan één onschuldige in de cel' gaat niet op bij terrorisme (..) Wij zullen moeten doorpakken. Dat houdt ook in dat wij ons niet teveel moeten bezighouden met juridische beren op de weg".

Dergelijke retoriek is niet tot Den Haag beperkt. De Duitse minister van Binnenlandse Zaken Wolfgang Schäuble zei in een interview dat de 10 tegen 1 regel niet geldt bij de dreiging van terrorisme. Het is immers onhoudbaar om te zeggen: we laten liever 10 aanslagen plaatsvinden dan één persoon ervan weerhouden die misschien geen aanslag wilde plegen. Tony Blair, in zijn speech op het jaarlijkse Labour congres in 2005, suggereerde hetzelfde, zij het in bedekte termen toen hij zei:

"The whole of our system starts from the proposition that its duty is to protect the innocent from being wrongly convicted. Don't misunderstand me. That must be the duty of any criminal justice system. But surely our primary duty should be to allow law-abiding people to live in safety. It means a complete change of thinking. It doesn't mean abandoning human rights. It means deciding whose come first".

Met andere woorden, het recht van terrorismeverdachten om als onschuldige behandeld te worden, wordt van minder belang geacht dan de bescherming van hen die dreigen het slachtoffer te worden van terrorisme.

Deze uitspraken hebben tot kritiek geleid, uit mensenrechtelijke hoek, in wetenschappelijke kring en van de zijde van strafrechtbeoefenaars. Ik zal daar straks meer over zeggen.

## *1.2 Probleemstelling*

De aandacht voor de onschuldpresumptie doet de vraag rijzen naar de precieze betekenis van het beginsel. De woorden van Donner, Schäuble en Blair dat het beginsel tegenwoordig anders dient te worden ingevuld, dagen uit tot nader onderzoek. Genoeg reden dus om deze inaugurale rede te wijden aan de betekenis van de onschuldpresumptie in de huidige tijd. De centrale vraag daarbij is: is de onschuldpresumptie bestand tegen terrorisme? Om die vraag te beantwoorden ga ik na wat de kern is van de onschuldpresumptie.

Ik maak drie gedachtestappen. In een eerste stap bespreek ik antiterrorismewetgeving en hoe deze kan worden getypeerd aan de hand van een aantal kenmerken. In een tweede gedachtestap oriënteer ik me op de betekenis van de onschuldpresumptie aan de hand van vier hoedanigheden waarin de presumptie zich manifesteert. Dit deel eindigt met een reflectie op de aard en betekenis van het beginsel. In een derde gedachtestap toets ik de terrorismewetgeving aan de onschuldpresumptie en zal ik bezien of met antiterrorismewetgeving de onschuldpresumptie als uitgangspunt wordt verlaten.

De lijn van mijn betoog zal zijn dat de kernwaarde van de onschuldpresumptie het voorkomen van ‘wrongful convictions’ is, dat wil zeggen een verbod op het bestraffen van onschuldigen. De presumptie is daarmee primair een procesrechtelijk beginsel dat de strafrechtelijke grondslag biedt voor de bewijslastverdeling en de bewijswaardering normeert. Uit dat laatste vloeit voort dat de rechter onbevooroordeeld moet zijn en bij twijfel moet vrijspreken

## *1.3 Terminologie*

Een laatste inleidende opmerking betreft de terminologie. De term onschuldpresumptie of onschuldvermoeden kan gemakkelijk leiden tot misverstand. Het gaat hier niet om een feitelijk vermoeden. De verdachte wordt niet feitelijk vermoed onschuldig te zijn. Het gaat daarentegen om een juridisch adagium: bij de procesvoering wordt uitgegaan van de hypothetische onschuld van de beschuldigde, en diens schuld kan daarom pas als resultaat van een eerlijk proces door de rechter worden vastgesteld. Het adagium geeft uitdrukking aan de rechtsstaatgedachte: de staat mag zijn burgers geen leed aandoen tenzij hij zijn recht daartoe in rechte heeft aangetoond.

## **2. Antiterrorismewetgeving**

In een eerste gedachtestap bespreek ik kort de terrorismewetgeving in Nederland. Ik begin met een terugblik.

### *2.1 Antiterrorismewetgeving in Nederland*

Nederland had in de jaren '70 te maken met terrorisme in de vorm van de Molukse acties. De overheid reageerde met beleid dat in het teken stond van dialoog en onderhandeling; dit stond in het buitenland bekend als ‘the Dutch approach’. Een kleine anekdote illustreert hoe de Nederlandse houding ten aanzien van terreur is veranderd.

Toen een groep Molukse jongeren in 1970 de ambtswoning van de Indonesische ambassadeur in Wassenaar bezetten, begaven premier De Jong en minister van Buitenlandse Zaken Luns zich naar Wassenaar. Daar namen zij hun intrek in een tegenoverliggende woning vanwaar zij de onderhandelingen met de gijzelnemers leidden. Op een goed moment gaan beide heren op onderzoek uit in de tuin van de woning en, zoals één van hen later nog trots weet te vertellen, komen ze zelfs binnen schotafstand van de Molukkers. Luns probeert zelfs over het ijzeren hek te klimmen maar deze actie mislukt; hij zakt door het hek en komt daarbij heel ongelukkig, op zijn edele delen terecht. Alles wordt op de gevoelige plaat vastgelegd. In de eerstvolgende aflevering van het destijds populaire programma 'Force Majeur' wordt de val van Luns als 'running gag' meerdere keren herhaald waarbij klokkenspel is te horen op het moment dat hij door het hek zakt.

Deze bijna naïeve manier van terreurbestrijding - die overigens goed afloopt, de gijzelnemers gaven zich na enkele uren over - is vanwege het gebrek aan professionaliteit misschien niet representatief voor de *gehele* jaren '70. Bij latere acties werden professionele onderhandelaars ingezet en werd gewerkt met een crisiscentrum, ver van de plek des onheils. Het voorbeeld illustreert *wel* heel goed het primaat van onderhandelen.

Een groot verschil tussen terreurbestrijding in de jaren '70 en de huidige tijd is dat de overheid sinds 11 september 2001 zijn heil zoekt bij de criminalisering van terrorisme. De 'Dutch approach' van onderhandelen is geheel naar de achtergrond verdwenen. Kunt u het zich voorstellen, naar analogie van de anekdote: Balkenende en Bot die zich in 2004 naar het Laakkwartier spoedden om daar met leden van de Hofstadgroep te onderhandelen over overgave? Nee, dat zou in de huidige tijd ondenkbaar zijn. Natuurlijk, het islamitisch terrorisme is van geheel andere aard dan het Moluks terrorisme. Dat was niet religieus geïnspireerd, bleef als beweging tot Nederland beperkt en streefde nauw gedefinieerde politieke doelen na. Echter daarmee was het niet minder gevaarlijk. Integendeel, de Molukse acties, waaronder twee treinkapingen en de bezetting van een lagere school, hebben in Nederland meer slachtoffers geëist dan het islamitisch terrorisme dat sinds de aanslagen op het WTC de wereld in de greep houdt.

Welke maatregelen heeft de Nederlandse wetgever sinds 2001 doorgevoerd? Ik noem de meest in het oog springende:

*Ten eerste:* een verruiming van strafrechtelijke aansprakelijkheid door strafbaarstelling in de voorfase; *voordat* er sprake is van een schadetoebrengende gedraging. Met de Wet terroristische misdrijven (WTM) wordt het plegen van bepaalde (commune) delicten met een terroristisch oogmerk zwaarder gestraft, is strafbare samenspanning uitgebreid en is werving ten behoeve van de gewapende strijd een strafbaar feit. De meest recente loot aan de stam van verruiming van aansprakelijkheid is het deelnemen en meewerken aan een terroristisch trainingskamp.

*Ten tweede:* een verruiming van mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven. 'Aanwijzingen' van een terroristische misdrijf is reeds voldoende voor het inzetten van bijzondere opsporingsbevoegdheden, terwijl voorheen een 'redelijke verdenking' was vereist. Bewaring, een vorm van voorlopige hechtenis, kan op grond van een 'gewone' verdenking in plaats van de strengere eis van 'ernstige bezwaren'. Deze kan voortduren tot aanvang van het onderzoek ter terechtzitting met een maximum van ruim 27 maanden. Gedurende die periode kan verdachte de mogelijkheid tot inzage van processtukken worden onthouden.

*Ten derde:* de mogelijkheid ambtsberichten van de AIVD te gebruiken als bewijs in een strafzaak en de voorziening van een bijzondere procedure waarbij een AIVD-ambtenaar als afgeschermd getuige door de rechter-commissaris wordt gehoord.

*Tot slot* noem ik de mogelijkheid tot het verbieden van terroristische organisaties die op een VN of EU sanctieijst staan met als gevolg dat banktegoeden worden bevroren en bezittingen kunnen worden vereffend. Deelneming aan de voortzetting van de activiteiten van een dergelijke organisatie is strafbaar met 1 jaar gevangenisstraf.

## 2.2 *Antiterrorismewetgeving buiten Nederland*

Duidelijk is dat de ontwikkelingen in Nederland niet op zichzelf staan. In de ons omringende landen zijn na 11 september 2001 *ook* maatregelen genomen om terrorisme te bestrijden. In de geschreven versie van deze rede schets ik kort de ontwikkelingen in Italië, Duitsland, Engeland en de VS.

## 2.3 *Kenmerken van antiterrorisme wetgeving*

Uit het overzicht van maatregelen, in Nederland en daarbuiten, leid ik een aantal kenmerken af: kenmerken van antiterrorismewetgeving.

*Ten eerste*, strafbaarstelling in de vroege voorfase, of zoals de Duitsers dat zo mooi noemen: ‘Vorfeldkriminalisierung’. In alle onderzochte landen is daarvan sprake. Strafbaarstelling in de vroege voorfase kan op verschillende manieren; op een ‘uiterlijke’ objectieve manier, door het strafbaarstellen van bepaalde gevaarzettende handelingen, *en* op een ‘innerlijke’ subjectieve manier via strafbaarstelling van het oogmerk waarmee een bepaalde handeling wordt verricht. In Engeland zijn gedragingen in de voorfase veelal gemodelleerd op basis van het objectieve model; het zijn gevaarzettingsdelicten. In Nederland is vanwege het centraal stellen van het terroristisch oogmerk gekozen voor een subjectief model van strafbaarstelling.

*Ten tweede*, verruiming van opsporingsbevoegdheden. Ik noemde net al het minder strikte toepassingscriterium ‘aanwijzingen’ in Nederland. In Italië is het toepassingscriterium zelfs helemaal losgekoppeld van een concreet strafbaar feit. Vertrouwelijke communicatie kan worden opgenomen ‘wanneer het onontbeerlijk is ter preventie van terroristische activiteiten’ Rasterfahndung in Duitsland gaat eveneens ver. Zonder dat er sprake is van een verdenking kunnen bestanden van banken, bibliotheken en universiteiten worden doorzocht om via een bepaald profiel slapende cellen in het vizier te krijgen.

*Ten derde*, de uitbreiding van de mogelijkheid van de voorlopige hechtenis, in Nederland reeds mogelijk op grond van een ‘gewone’ verdenking. In Engeland is de mogelijkheid van hechtenis zonder ‘charge’ onlangs verruimd van 28 naar een maximale duur van 42 dagen. In Italië is 5 dagen preventieve hechtenis mogelijk, zonder concrete verdenking waarbij betrokkene bovendien kan worden verhoord zonder bijstand van een advocaat.

*Ten vierde*, het gebruik van niet-strafrechtelijke maatregelen teneinde een soortgelijk repressief effect te bereiken. Het meest illustratief voor deze praktijk is detentie van ‘vijandelijke strijders’ in Guantanamo Bay. Ook kan worden genoemd de Engelse praktijk van ‘control orders’ een soort huisarrest. De sanctielijsten horen eveneens in dit rijtje thuis. Opmerkelijk is dat bij een aantal van deze maatregelen het strafrecht via de achterdeur alsnog

wordt ‘binnengesmokkeld’. Overtreding van een ‘control order’ is een strafbaar feit. Deelneming aan een organisatie die op een sanctielijst staat ook.

#### 2.4 *Kritiek*

Deze maatregelen zijn op kritiek gestuit, binnen en buiten Nederland. De antiterrorisme wetgeving wordt in strijd geacht met strafrechtelijke beginselen waaronder de onschuldpresumptie. Zo wordt bekritiseerd het gebruik van wettelijke vermoedens in het kader van Vorfeldkriminalisierung. Strafbaarstelling in de vroege voorfase zou tot gevolg hebben dat de verdachte in de positie komt dat hij zijn onschuld moet bewijzen. De discussie over de onschuldpresumptie is het meest pregnant bij de verruiming van de mogelijkheid voorlopige hechtenis toe te passen. Voorts wordt de onschuldpresumptie als onderdeel van due process gebruikt om de ongrondwettigheid van het Guántanamo beleid aan te tonen. Strafbaarstelling via de achterdeur bij ‘control orders’ en deelneming aan een organisatie die op een sanctielijst staat, wordt eveneens geacht de onschuldpresumptie te miskennen. Met deze regelgeving wordt de werking van het strafrecht en de presumptie immers buiten toepassing verklaard.

### 3. **De onschuldpresumptie in perspectief**

Ik kom aan bij de tweede gedachtestap. Op zoek naar de kern van de betekenis van de onschuldpresumptie bespreek ik dit beginsel vanuit vier verschillende perspectieven of hoedanigheden:

de onschuldpresumptie als stelregel in de zin van 10 tegen 1;  
de onschuldpresumptie als ‘non-derogable right’ (als mensenrecht dat te allen tijd dient te worden gerespecteerd);  
de onschuldpresumptie als bewijs- en beslisregel;  
en tot slot de onschuldpresumptie als beperking van het voorarrest.

#### 3.1 *Oschuldpresumptie als stelregel*

Allereerst, de onschuldpresumptie als 10 tegen 1 regel. Waar komt deze regel vandaan? Waarom 10 schuldigen? Nadere bestudering leert dat het een betrekkelijk willekeurig getal is. In de negende eeuw zou de Engelse koning Alfred nog een 1 tegen 1 regel hebben gepropageerd in een zaak waar een rechter werd opgehangen voor de veroordeling van een onschuldige. Chief justice John Fortescue daarentegen hanteerde in 1471 een 20 tegen 1 regel. Tweehonderd jaar later schrijft Matthew Hale, bekend geworden van Hale’s *Pleas of the Crown*, dat de verhouding 5 tot 1 is als het gaat om misdrijven waar de doodstraf op staat. En dan komt rond 1760 Blackstone met zijn tien tegen één regel. Uit het niets. Zoals één auteur fijntjes opmerkt: waarschijnlijk schreef hij (Blackstone) zijn *Commentaries* met een fles wijn naast zich en is de verdubbeling van Matthew Hale’s 5 tegen 1 regel een kwestie geweest van dubbel zien. Wat er van zij, in 1823 wordt de 10 tegen 1 regel in de Engelse rechtspraak bevestigd. Vervolgens is het Thomas Starkie geweest die een jaar later in zijn beroemde boek *Evidence*, de numerieke regel verbindt met de onschuldpresumptie. Het is duidelijk, de 10 tegen 1 regel heeft in zijn numerieke verhouding vooral symbolische kracht. Zoals een Amerikaanse rechter eens zei, it is “[j]ust something we have always said”. Toch heeft deze stelregel een onomstreden kern die in wisselende numerieke verhouding onaangetast blijft: beter ten onrechte vrijgesproken dan ten onrechte veroordeeld.

### 3.2 Onschuldpresumptie als ‘non-derogable right’

Dan de tweede hoedanigheid. Volgens Amnesty International is “The presumption of innocence one of the fundamental fair trial rights that is non-derogable and must be respected at all times”. Afgaand op het aantal internationale documenten waarin de onschuldpresumptie is gecodificeerd en de geografische spreiding van deze instrumenten kan zonder meer gezegd worden dat het vermoeden van onschuld een breed gedragen, zo niet universeel beginsel is. De onschuldpresumptie is in een veelvoud van instrumenten vastgelegd. Deze kunnen worden onderverdeeld in zes categorieën:

De presumptie is neergelegd:

- (i) in *regionale mensenrechteninstrumenten* ik noem art. 6 lid 2 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), maar ook in het African Charter on Human and Peoples’ Rights en the Asian Human Rights Charter;
- (ii) in *mondiale mensenrechteninstrumenten* zoals het Internationaal Verdrag voor Burgelijke en Politieke Rechten (IVBPR), maar ook kan worden genoemd de minder bekende Cairo Declaration on Human Rights in Islam;
- (iii) in verdragen die rechten garanderen van een *specifieke (kwetsbare) groep*, zoals kinderen, migranten en gedetineerden.
- (iv) in documenten die *basisbeginselen* van een eerlijke *strafprocedure* uitdrukken bijvoorbeeld Basic Principles on Independence of the Judiciary; en de ‘Kopenhagen criteria’ waar toekomstige EU lidstaten aan moeten voldoen;
- (v) in Statuten van *internationale straftribunalen* en *–hoven*
- (vi) tot slot in instrumenten die zien op een *specifieke situatie*, zoals een gewapend conflict of terrorisme. Ik noem in dit verband beide toegevoegde protocollen bij de Geneefse Conventies en de Guidelines on Human Rights and the Fight Against Terrorism.

Dit is een indrukwekkend overzicht. In geen van deze bepalingen is de onschuldpresumptie geformuleerd als een ‘qualified right’, een recht dat beperkt kan worden indien dat noodzakelijk is in een democratische samenleving. Sterker nog, de Human Rights Committee oordeelde in General Comment 29 bij art. 4 van het IVBPR (afwijking bij algemene noodtoestand) dat nu bepaalde elementen van het recht op een eerlijk proces expliciet zijn gegarandeerd in het humanitair recht, en dus gelden in situaties van een gewapend conflict, er geen rechtvaardiging bestaat om in noodsituaties van deze rechten af te wijken. Het Comité noemt als één van deze rechten de onschuldpresumptie.

De EVRM praktijk, voor Nederland van groot belang, wijst uit dat de onschuldpresumptie en de rechten die er uit voortvloeien, *niet* onvoorwaardelijk en absoluut gelden. Zo kan verwezen worden naar de ‘Guidelines on Human Rights and the Fight against Terrorism’. Dit document bevat een weerslag van EHRM jurisprudentie in terrorismezaken. De onschuldpresumptie is *niet* opgenomen als ‘non-derogable right’. Dat is wel het geval met het recht op leven, het folterverbod en het legaliteitsbeginsel. De onschuldpresumptie is neergelegd in lid 2 van de bepaling over juridische procedures tegen terrorismeverdachten.

Het voorgaande leidt tot de constatering dat de onschuldpresumptie in verschillende internationale en regionale verdragen en documenten is neergelegd. Zij is verwoord als een onvoorwaardelijk recht dat ook tijdens een gewapend conflict dient te worden gerespecteerd. Toch is de onschuldpresumptie niet *algemeen* aanvaard als ‘non-derogable’. Wel heeft zij een grote argumentatieve waarde. In de woorden van Taekema en Van Den Burg zou je kunnen spreken van een ideaal zonder specifieke invulling maar met een sterk retorische functie.

### 3.3 Onschuldpresumptie als bewijs- en beslisregel

De derde hoedanigheid ziet op de vertaling van het beginsel naar de structuur van het bewijsrecht: de onschuldpresumptie als bewijs- en beslisregel. Glanville Williams in zijn handboek over bewijsrecht verwoordt het als volgt: “When it is said that a defendant to a criminal charge is presumed to be innocent, what is really meant is that the burden of proving his guilt is upon the prosecution.” In het deel van de wereld dat het common law stelsel kent, is de onschuldpresumptie in de eerste plaats een regel van bewijslastverdeling. Lord Starkey noemde het de “[g]olden thread that runs through the web of the English criminal law”. De bewijslast, en daarmee het bewijsrisico, ligt op de schouders van de vervolgende instantie, en ‘proof’ moet ‘beyond reasonable doubt’ zijn voordat een schuldigverklaring kan worden uitgesproken.

Het uitgangspunt dat de beschuldigde geen bewijslast draagt behoeft nuancering. Zo kan van hem worden gevraagd iets nader toe te lichten of een beroep op een strafuitsluitingsgrond nader te onderbouwen. Op hem rust dan de *evidential* burden of proof, dat in de praktijk neerkomt op twijfel zaaien. Deze burden moet onderscheiden worden van de *legal* burden of proof waarbij de jury overtuigd moet worden ‘beyond reasonable doubt’ dat de verdachte schuldig is. De onschuldpresumptie bepaalt dat de legal burden op de schouders van de prosecution rust.

Deze regel van bewijslastverdeling is doorbroken in ordeningswetgeving en het verkeersstrafrecht. Via de techniek van een wettelijke vermoeden wordt de beschuldigde in de positie gebracht dat hij ‘beyond reasonable doubt’ de jury van zijn onschuld moet overtuigen. Twijfel zaaien is niet voldoende. Kan deze regel worden doorbroken in terrorismewetgeving? In de zaak *Kebilene* was een wettelijk vermoeden gebruikt bij de vervolging terzake van een terroristisch misdrijf. Het ging om strafbaarstelling van ‘possession of an article’ in omstandigheden die zouden duiden op gebruik ten behoeve van een terroristisch doel. De beschuldigde kon aan veroordeling ontkomen door ‘beyond reasonable doubt’ te bewijzen dat de voorwerpen die hij in zijn bezit had (chemische middelen, CD rom’s en geld), niet strekten tot een dergelijk doel; hij moest zijn onschuld bewijzen. De House of Lords maakte de werking van deze bepaling ongedaan. De bewijsmaatstaf werd met een beroep op de onschuldpresumptie omgezet van een legal naar een evidential burden of proof.

De EHRM-rechtspraak ten aanzien van wettelijke vermoedens is in dit kader ook van belang. Ik beperk me tot de conclusie dat in de ‘leading cases’ *Salabiaku* en *Pham Hoang* het gebruik van een wettelijk vermoeden van schuld werd geaccepteerd. Het Hof verplicht Staten wel bewijsvermoedens in redelijkheid te beperken, daarbij rekening houdend met ‘what is at stake’. De woorden ‘what is at stake’ zijn niet nader bepaald. In *Salabiaku* en *Phan Hoang* ging het om douanevergrijpen waar geen gevangenisstraf op staat. In meer recente rechtspraak ging het om belasting- en verkeerszaken. Trechsel leidt daaruit af dat ‘what is at stake’ voornamelijk ziet op lichtere vergrijpen. Het blijft echter gissen waar het Hof precies de grens trekt. De casuïstiek maakt het moeilijk algemene conclusies te trekken. Het EHRM heeft een echte omkering *vooralsnog* niet toegelaten.

Ik laat buiten beschouwing de Straatsburgse rechtspraak inzake bewijsvermoedens in ontnemingszaken. In de geschreven versie wordt daar verder op ingegaan.

Een andere kwestie die eveneens aan de onschuldpresumptie als bewijsregel raakt, is het verbinden van gevolgtrekkingen, ‘adverse inferences’, aan het zwijgen van de verdachte. In de Britse zaak *Murray*, een zaak tegen een IRA-lid, werd dit geaccepteerd. Het Hof oordeelde dat het verbinden van gevolgtrekkingen aan het zwijgen van de verdachte niet leidt tot een omkering van de bewijslast. Waarde werd gehecht aan het feit dat er zonder ‘adverse inferences’ al een *prima facie* zaak lag. Ook is volgens het Hof van belang dat de gevolgtrekking noodzakelijk was, in de zin dat geen andere conclusie mogelijk was.

Een derde kwestie betreft de maatstaf van bewijswaardering; de onschuldpresumptie als beslisregel. De presumptie vergt dat er bij redelijke twijfel geen veroordeling volgt (dit wordt ook wel de *in dubio pro reo* regel genoemd). Het common law equivalent is ‘proof beyond reasonable doubt’. Straatsburgse rechtspraak is er vooral ten aanzien van vooringenomenheid, nauwelijks ten aanzien van de bewijswaardering. Dat is niet vreemd. Het aspect van twijfel, dat een mogelijke schending zou opleveren, is immers niet altijd zichtbaar. Het is onderdeel van een innerlijk proces. Bovendien voelt het Hof zich niet geroepen als een soort 4<sup>e</sup> feitelijke instantie aan bewijswaardering te doen. Toch kan in dit verband één zaak worden genoemd. In een IJslandse motivering werd gesproken van ‘..she is more likely to be innocent than guilty’. Het spreekt vanzelf dat dit de toets van art. 6 lid 2 niet kon doorstaan.

Concluderend kan worden gesteld dat de onschuldpresumptie als uitgangspunt meebrengt een verbod op bewijslastomkering. Dit sluit niet uit dat er sprake kan zijn van een zekere bewijslastverdeling tussen aanklager en beschuldigde. Daar zijn wel grenzen aan gesteld. Een *echte* omkering is (vooralsnog) niet geaccepteerd, maar zeker in Straatsburgse sferen geldt dat een ruim gebruik van bewijsvermoedens is toegelaten. De normerende werking van de onschuldpresumptie in het Engelse recht is duidelijk. Duidelijker dan in Straatsburg. Het besliskader dat het Europese Hof op dit punt aanreikt is niet heel concreet, maar er zijn regels aan te ontlenen, getuige het proefschrift van Borgers. De normerende werking van de onschuldpresumptie is evidentier met betrekking tot het wel of niet toestaan van ‘adverse inferences’. De regel dat bij redelijke twijfel geen veroordeling volgt is een beslisregel die tot het wezen van de onschuldpresumptie behoort. De regel is onbetwist maar de werking ervan soms moeilijk verifieerbaar.

### 3.4 *Onschuldpresumptie als beperkingsregel in verband met het voorarrest*

De vierde en laatste hoedanigheid betreft de onschuldpresumptie als beperkingsregel in verband met de voorlopige hechtenis. De onschuldpresumptie omvat het recht op behandeling als onschuldige. Dit betekent dat geen straf wordt ondergaan vóór veroordeling en dat dwangmiddelen terughoudend worden gebruikt. Beccaria is de grondlegger van deze interpretatie. Hij betrok de werking van het beginsel op het voorarrest en de tortuur.

De relatie tussen onschuldpresumptie en voorlopige hechtenis (en dwangmiddelen in het algemeen) is geen vanzelfsprekende. Sterker nog, het blijkt een zeer ongemakkelijke relatie te zijn. Zoals De Pinto schreef in 1852, het is “een groote onregtvaardigheid, omdat men iemand op bloote, min of meer gewigtige, vermoedens opsluit, vóórdat zijn schuld is bewezen”. En zoals Corstens opmerkt anno 2008, de onschuldpresumptie is een ‘merkwaardig uitgangspunt’ wanneer je het afzet tegen een ander uitgangspunt van ons strafrecht: dat er eerst een verdenking van een strafbaar feit moet zijn voordat strafprocessuele bevoegdheden kunnen worden gehanteerd. In de ons omringende landen wordt de relatie tussen onschuldpresumptie en voorlopige hechtenis eveneens geproblematiseerd. Het is in dat opzicht interessant te verwijzen naar de Italiaanse Grondwet waar het beginsel is neergelegd in art. 27 als het beginsel van ‘non-colpevolezza’ (niet-schuld). Het woord onschuld zou geen recht doen aan de bevoegdheid om op basis van een verdenking dwangmiddelen toe te passen. In het parlementair debat over de naoorlogse Grondwet werd zelfs betoogd dat ‘innocenza’ een te romantische bijklank heeft en miskent dat een verdachte halverwege schuldigverklaring is! Tegen deze laatste uitspraak zou ik fors stelling willen nemen vanwege de aanname die er aan ten grondslag ligt, maar zij maakt *wel* duidelijk dat er spanning bestaat tussen de onschuldpresumptie en voorlopige hechtenis.

Het probleem dat de Italiaanse discussie illustreert is het verwarren van de juridische onschuldpresumptie met feitelijke onschuld. De onschuldpresumptie heeft immers geen

cognitieve pretentie maar schrijft het hypothetisch uitgangspunt van een eerlijke rechtsgang voor. Het verdachte-begrip is daarentegen wel gestoeld op een feitelijk vermoeden. Dwangmiddelen als de voorlopige hechtenis zijn gebaseerd op een ‘redelijk vermoeden van schuld’ zijn daarom niet in strijd met de onschuldpresumptie, die erop neerkomt dat bij de bewijsvoering moet worden *uitgegaan* van de onschuld van de verdachte.

De Straatsburgse rechtspraak die een besliskader biedt voor de toepassing van het voorarrest is ontwikkeld in de context van art. 5 lid 3 EVRM dat een beperking op het vrijheidsrecht behelst. Dus *niet* in het kader van de onschuldpresumptie in art. 6 lid 2. Terwijl het Hof bij zijn overwegingen in art. 5 lid 3 een centrale plaats inruimt voor de onschuldpresumptie, heeft dat beginsel nauwelijks beperkende werking. Met Van Kempen en Kristen kan gezegd worden dat de onschuldpresumptie slechts een abstracte rol op de achtergrond speelt. Dit is ook niet zo vreemd. Uit de verhouding tussen het stelsel van fundamentele rechten volgt dat het recht waar het meest direct een inbreuk op wordt gemaakt, het vrijheidsrecht is. Het ontwikkelen van criteria op basis waarvan voorlopige hechtenis kan worden toegepast, vindt logischerwijs plaats binnen dat kader. Dat vervolgens blijkt dat de rechtspraak van het EHRM inzake art. 5 lid 3 EVRM *ook* weinig houvast, zoals onlangs Stevens heeft laten zien, doet de onschuldpresumptie nog meer naar de achtergrond geraken.

Is er dan beperking in de eis dat het voorarrest geen punitief karakter mag hebben? Ook op *dit* punt vindt normering plaats binnen het kader van 5 EVRM. Voorlopige hechtenis die een punitief karakter draagt, valt immers niet binnen de gronden van voorlopige hechtenis zoals neergelegd in artikel 5 lid 1 sub c. Van art. 6 lid 2 valt niet veel te verwachten. Dit blijkt onder andere uit de zaak *Peers t. Griekenland* waar de voorlopig gehechte zich beklaagde over het feit dat hij onder hetzelfde regime was gedetineerd als veroordeelden. Het Hof stelde vast dat geen schending van art. 6 lid 2 EVRM had plaatsgevonden nu het Verdrag niet voorziet in een zelfstandig recht op een apart behandelingsregime voor verdachten.

Dit leidt tot de conclusie dat de onschuldpresumptie geen beperkend beginsel is met betrekking tot het voorarrest. Dit doet niets af aan de rechtstatelijke betekenis van de presumptie, ik herhaal: de staat mag zijn burgers geen leed aandoen tenzij hij zijn recht daartoe in rechte heeft aangetoond. Integendeel, als zodanig stelt het een grens aan excessen zoals Guántanamo Bay. Echter in de toepassing, als sturende regel in het vooronderzoek, wordt normering via andere rechten verwezenlijkt. De onschuldpresumptie is dan slechts een ondersteunend argument.

### 3.5 *Tussenconclusie*

Dit is het moment voor een korte tussenconclusie. Wat levert deze oriëntatie op de verschillende betekenissen van de onschuldpresumptie op? Binnen het betekenisveld dat hierboven is geschetst, manifesteert zich de onschuldpresumptie in verschillende hoedanigheden. In die hoedanigheden bevindt zij zich op verschillende niveaus, op een abstract beginsel niveau en op een concreet uitwerkingsniveau. Als het goed is, staan de verschillende niveaus met elkaar in verbinding. Alleen dan is er sprake van een beginsel met draagvlak, een beginsel dat normerende werking heeft. De onschuldpresumptie als bewijs- en beslisregel is een directe uitwerking van de stelregel: liever een schuldige vrijgesproken dan een onschuldige bestraft. In de eigenlijke strafzaak – het onderzoek ter terechtzitting, de beraadslaging en de uitspraak – kan ze een specifieke functie vervullen. Eenzelfde verbinding is er niet ten aanzien van de onschuldpresumptie in verband met het voorarrest. In het vooronderzoek heeft de onschuldpresumptie vooral betekenis in het vermijden van excessen, dat wil zeggen: willekeurige of punitieve toepassing van de voorlopige hechtenis. Die vrijheidsberoving moet worden genormeerd, maar die normering vloeit niet (rechtstreeks)

voort uit de onschuldpresumptie. Weliswaar speelt de gedachte dat iemand ook zou kunnen worden vrijgesproken een zekere rol, maar de kerngedachte 'beter ten onrechte vrijgesproken, dan ten onrechte veroordeeld' laat zich in deze fase van het strafproces niet operationaliseren. Relevante gezichtspunten voor de normering zijn veeleer: het bestaan van een verdenking, de ernst van het strafbare feit, de belangen van het onderzoek, proportionaliteit en subsidiariteit. Normering is gekoppeld aan het vrijheidsrecht.

Uit het voorgaande leid ik af dat de onschuldpresumptie in de kern een verbod is op wrongful convictions. Het houdt in dat (1) de beschuldigde zijn onschuld niet hoeft te bewijzen, en dat (2) veroordeling alleen mag plaatsvinden 'beyond a reasonable doubt'. Een verbod op wrongful convictions is een verbod op het bestraffen van onschuldigen. Als zodanig is het een krachtig uitgangspunt. Martens noemt het met een beroep op Kant, een moreel gebod en Rozemond beschouwt het bestraffen van onschuldigen zelfs als een vorm van misdaad; het valt in dezelfde categorie als de schending van rechten van individuen door een misdadiger. Dworkin formuleert het als een 'profound right of people not to be convicted of crimes of which they are innocent'. Als verbod op wrongful convictions is de onschuldpresumptie wel degelijk een 'non-derogable right'.

Onder het devies 'less is more' stel ik voor de hedendaagse invulling van de onschuldpresumptie te beperken. De onschuldpresumptie is in de kern een verbod op wrongful conviction. Daarmee is het in de eerste plaats een bewijs- en beslisregel. Daarnaast is het een beperking op excessen in het vooronderzoek.

#### **4. Onschuldpresumptie & antiterrorismewetgeving**

Dit brengt mij bij de derde en laatste gedachtestap: het terugplaatsen van de onschuldpresumptie in de context van antiterrorismewetgeving. Waar ontstaat de meeste spanning? Niet bij de uitbreiding van de mogelijkheid van voorlopige hechtenis, zoals wellicht te verwachten viel. De relativering van de betekenis van de presumptie in het vooronderzoek brengt mee dat de onschuldpresumptie op dit punt weinig beperkend werkt, tenzij het gaat om excessen.

De grootste spanning tussen de onschuldpresumptie en terrorismewetgeving ontstaat bij Vorfeldkriminalisierung. Ik licht dit toe. Wanneer de grens van strafwaardig gedrag chronologisch naar voren schuift, wordt de grens tussen strafbare gedraging en niet-strafbare, alledaagse, gedraging steeds moeilijker te trekken. Dit heeft gevolgen voor de bewijslast, deze wordt verzwaard. Zou dat niet het geval zijn dan zou verinnerlijking van strafwaardig gedrag kunnen leiden tot het strafbaar stellen van intenties of, in geval de gedraging als gevaarzettingsdelict is vorm gegeven, tot aanvaarding van objectieve aansprakelijkheid. Verzwaring van de bewijslast heeft twee mogelijke gevolgen. Ten eerste de verruiming van het toepassingsbereik van indringende opsporingsmethoden. Deze verruiming vormt een van de kenmerken van recente antiterrorisme wetgeving en is daarmee realiteit. Ten tweede, verzwaring van de bewijslast kan leiden tot een ruimer gebruik van bewijsvermoedens waarmee de verdachte in de positie kan komen dat hij zijn onschuld moet bewijzen. Ook dit is geen ondenkbeeldig gevolg gebleken. Ik verwijs naar de ontwikkelingen in Engeland en met name de zaak *Kebilene*.

In de context van Vorfeldkriminalisierung, waar het gaat om misdrijven die vanwege hun aard moeilijk te bewijzen zijn, is een rol weggelegd voor de onschuldpresumptie en kan zij tegengewicht bieden tegen een vergaand gebruik van wettelijke vermoedens. Ook kan het beginsel disciplinerend werken met betrekking tot bewijswaardering, in terrorismezaken niet onbelangrijk. Verifiëring van informatie van geheime diensten, zoals AIVD ambtsberichten is

slechts één voorbeeld van situaties waarin de presumptie als bewijs- en beslisregel een concrete functie heeft. De normerende werking van de onschuldpresumptie is in deze context het sterkst.

## 5. Onschuldpresumptie in de huidige tijd

Het wordt tijd terug te keren naar de vraag gesteld in de inleiding: ‘is de onschuldpresumptie bestand tegen terrorisme?’ Het antwoord is ‘ja’ met betrekking tot de presumptie als bewijs en beslisregel tijdens het onderzoek ter terechtzitting. Het antwoord is moeilijker ten aanzien van het voorarrest; op dat punt mag men niet te veel van de onschuldpresumptie verwachten. Het stelt een grens aan excessen in het vooronderzoek.

De herwaardering van de onschuldpresumptie kwam tot stand tegen de achtergrond van antiterrorisme wetgeving, maar geldt over de gehele linie van het strafrecht. Het zou interessant zijn te kijken of het gebruik van schakelbewijs de toets van de onschuldpresumptie doorstaat. De Wilde heeft onlangs deze praktijk langs de lat van de onschuldpresumptie gelegd en is kritisch. Meer onderzoek is nodig op dit vlak. Ook onderzoek naar de bewijslastverdeling in het Nederlandse strafproces verdient meer aandacht. Borgers en Kristen, in één van de zeldzame stukken over deze thematiek, betogen dat er wel degelijk kan worden gesproken van een dergelijke verdeling. Vooral nog heeft hun voorbeeld weinig navolging gekregen. Dat de onschuldpresumptie nadrukkelijker in verband dient te worden gebracht met het bewijsrecht kan ook worden afgeleid uit Europese ontwikkelingen. Met het Groenboek over de onschuldpresumptie start de Europese Commissie een raadplegingsronde over bewijsrecht in de verschillende Lidstaten.

Binnen welke kaders er plaats is voor een belangenafweging waartoe Donner oproept vergt nader onderzoek. Het Straatsburgse kader biedt in ieder geval ruimte voor een belangenafweging via ‘what is at stake’ bij bewijsvermoedens. Mijn gedachte zou zijn dat juist vanwege de relativering van de onschuldpresumptie in het vooronderzoek de onschuldpresumptie ter terechtzitting een krachtig beginsel is dat weinig ruimte laat voor relativering. Tegen die achtergrond heb ik moeite met het Wetsvoorstel afgeschermd getuige. Daar staat tegenover dat de kern van de onschuldpresumptie een onwrikbaar uitgangspunt is. Een ijzeren regel die geldt in verschillende numerieke verhoudingen. Kortom, de 10 tegen 1 regel is geen ijzeren regel maar het *niet* veroordelen van onschuldigen wel!