

Tilburg University

Het recht op kennisneming van de processtukken in het Wetsvoorstel tot verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven

Kooijmans, T.; Simmelink, J.B.H.M.

Published in:
Delikt en Delinkwent

Publication date:
2006

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Kooijmans, T., & Simmelink, J. B. H. M. (2006). Het recht op kennisneming van de processtukken in het Wetsvoorstel tot verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven. *Delikt en Delinkwent*, 10(79), 1107-1126.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Het recht op kennisneming van de processtukken in het Wetsvoorstel tot verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven**

79 *Het geamendeerde Wetsvoorstel 30 164 tot verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven bevat een voorziening die een vergaande en langdurige inbreuk kan bewerkstelligen op het recht op kennisneming van processtukken. In deze bijdrage wordt onderzocht hoe het wetsvoorstel zich op dit punt verhoudt tot de rechtspraak van het EHRM, wordt een amendement geanalyseerd dat strekt tot versterking van de processuele positie van de verdachte en wordt bezien welke procedurele waarborgen mogelijk zijn voor de verdachte tegen beperking van het inzagerecht.*

I Inleiding

De bestrijding van het 'moderne' terrorisme is een complexe aangelegenheid en vergt inspanningen en samenwerking van velerlei instanties. Inzet van het terrorismebestrijdingsbeleid is het vroegtijdig opsporen van personen of groeperingen die zich bezig houden met de voorbereiding van terroristische activiteiten, waardoor het daadwerkelijk plegen van terroristische aanslagen kan worden voorkomen. Bij dit op preventie van terroristische aanslagen gerichte beleid is een belangrijke rol weggelegd voor het strafrecht.¹ Strafrechtelijke mogelijkheden om personen die terroristische activiteiten voorbereiden op te

* *Beiden universitair hoofddocent straf(proces)recht Universiteit van Tilburg.*

** Citeerwijze: T. Kooijmans & J.B.H.M. Simmelink, 'Het recht op kennisneming van de processtukken in het Wetsvoorstel tot verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven', *DD* 2006, 79.

I Zie voor een overzicht H. de Doelder, *Terrorisme en de rol van de rechter*, Den Haag: BJu 2006.

sporen, te vervolgen, te berechten en te bestraffen vormen namelijk het 'sluitstuk van een adequate terrorismebestrijding'.²

Ter versteviging van de strafrechtelijke mogelijkheden om preventief op te kunnen treden tegen terroristische dreigingen zijn verschillende belangrijke veranderingen in het Wetboek van Strafrecht aangebracht. Zo is in het kader van de bestrijding van de financiering van terrorisme de strafbaarstelling van de voorbereiding van artikel 46 Sr verruimd door het schrappen van het bestanddeel 'in vereniging'.³ Verder is ten behoeve van de implementatie van het Kaderbesluit inzake terrorismebestrijding⁴ het wetboek verrijkt met de opsomming van terroristische misdrijven in artikel 83 Sr, de opname van het terroristische oogmerk in artikel 83a Sr en de invoering van een afzonderlijke strafbepaling inzake de deelneming aan een terroristische organisatie (artikel 140a Sr). Deze implementatie is aangegeven om ook strafbepalingen in te voeren betreffende de samenspanning tot terroristische misdrijven en de werving voor de gewapende strijd.⁵

In aansluiting op deze materieelstrafrechtelijke wijzigingen staan thans ook bijzondere strafvorderlijke veranderingen op stapel. Het wetsvoorstel opsporing en vervolging van terroristische misdrijven⁶ leidt ertoe dat in het Wetboek van Strafvordering voorzieningen worden geïntroduceerd op grond waarvan ver in de voorfase van het strafbare feit een verkennend onderzoek kan worden ingesteld en bijzondere opsporingsbevoegdheden kunnen worden toegepast. Bovendien voorziet dit wetsvoorstel, bij verdenking van een terroristisch

2 *Kamerstukken II* 2002/03, 27 925, nr. 94, p. 7.

3 Rijkswet van 20 december 2001 ter uitvoering van het Verdrag van New York ter bestrijding van de financiering van terrorisme (*Trb.* 2000, 12), *Stb.* 2001, 675. In het in deze bijdrage besproken wetsvoorstel (*Kamerstukken I* 2005/06, 30 164, A) wordt voorgesteld om in artikel 46 lid 1 Sr het woordje 'kennelijk' te laten vervallen. Zie daarover nader E. Gritter & E. Sikkema, 'Bestemming onbekend', *DD* 2006, 15, p. 277-302.

4 Kaderbesluit 2002/475/JBZ van de Raad van 13 juni 2002 inzake terrorismebestrijding, *Pb EG* 2002, L 164/3.

5 Zie over deze strafbaarstellingen: M.J. Borgers, 'Strafbaarstellingen in de strijd tegen terrorisme', in: A.H.E.C. Jordaans e.a. (red.), *Praktisch strafrecht* (Reijntjes-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 25-44; specifiek over de samenspanning: J. Lintz, 'Samenspanning in de Wet terroristische misdrijven', *DD* 2005, 79, p. 1130-1148.

6 *Kamerstukken I* 2005/06, 30 164, A (Wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en enige andere wetten ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven). Hierover: P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Terrorismebestrijding door marginalisering strafvorderlijke waarborgen', *NJB* 2005, p. 397-400.

misdrijf, in een verlenging van de voorlopige hechtenis bovenop de eerste periode van 90 dagen⁷ voorafgaande aan de terechtzitting met een termijn van twee jaren. Deze wettelijke verlenging van de preventieve hechtenis moet het mogelijk maken om enerzijds een ingewikkeld en omvangrijk opsporingsonderzoek naar terroristische activiteiten, met eventueel internationale vertakkingen, te kunnen voltooien, en anderzijds de verdachte de kennisneming van de resultaten van het opsporingsonderzoek tijdelijk te kunnen onthouden. Deze onthouding strekt ertoe te voorkomen dat het onderzoek openbaar wordt en daardoor wellicht stukloopt, doordat eventuele medeverdachten op de hoogte raken van het lopende onderzoek of dat anderszins opsporingsactiviteiten worden gefrustreerd. Verder moet een in het Wetboek van Strafvordering op te nemen regeling van de 'afgeschermden getuige' bewerkstelligen dat informatie van de AIVD in het strafproces voor het bewijs kan worden gebruikt.⁸ Door Prakken is de vraag opgeworpen of de met de 'afgeschermden getuige' gepaard gaande 'inbreuk op het beginsel van tegensprekelijkheid in het strafproces de Straatsburgse toets zal kunnen doorstaan'.⁹ In dezelfde zin heeft Frielink over de 'afgeschermden getuige' opgemerkt dat de desbetreffende regeling onvoldoende lijkt te voorzien in compensatie voor de verdediging op de inbreuk op de rechten van de verdediging, als gevolg waarvan het gebruik van AIVD-informatie voor het bewijs moeilijk valt te rijmen met artikel 6 EVRM.¹⁰

In lijn met de opmerkingen van Prakken en Frielink over de 'afgeschermden getuige' willen wij in deze bijdrage enige opmerkingen maken over de hiervoor genoemde beperking voor de verdachte om tijdens de verlengde gevangenhouding inzage te verkrijgen in de processtukken. Daartoe zullen wij eerst een korte schets geven van de huidige regeling van deze materie (paragraaf 2) en van het wetsvoorstel (paragraaf 3). Vervolgens zullen wij de voorgestelde regeling belichten vanuit het perspectief van de rechtspraak van het EHRM (paragraaf 4). Tot besluit zullen wij een voorstel formuleren waarmee de beperkingen op het inzagerecht en de daaruit voortvloeiende handicaps voor de verdediging door processuele waarborgen kunnen worden gecompenseerd (paragraaf 5-6).

7 Verder in deze bijdrage aan te duiden als: de verlengde gevangenhouding.

8 *Kamerstukken I* 2004/05, 29 743, A (Wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met het treffen van een regeling inzake het verhoor van afgeschermden getuigen en enkele andere onderwerpen (afgeschermden getuigen)).

9 E. Prakken, 'Terrorisme en het strafproces', *Strafblad* 2004, p. 228-236.

10 P.M. Frielink, 'Terreurbestrijding en strafwetgeving', *Strafblad* 2004, p. 239-245.

2 De huidige Nederlandse regeling in vogelvlucht¹¹

In het Nederlandse strafprocesrecht kan het tijdens het voorbereidend onderzoek aan de verdachte op diens verzoek worden toegestaan om kennis te nemen van de processtukken die betrekking hebben op zijn strafzaak. Dit inzagerecht is ingegeven door de gedachte dat de verdachte 'ook reeds tijdens het vooronderzoek (...) zich als procespartij kan doen gelden'¹² en dient de interne openbaarheid en de tegensprekelijkheid van het strafgeding. Doordat de verdachte ook al tijdens het voorbereidend onderzoek op de hoogte geraakt van het verloop en de resultaten van het onderzoek is hij in staat om gebruik te maken van verdedigingsrechten en een bijdrage te leveren aan de waarheidsvinding. In dit verband kan worden gewezen op de mogelijkheid tot het doen van een verzoek tot een mini-instructie (artikel 36a Sv) of tijdens het gerechtelijk vooronderzoek een verzoek aan de rechter-commissaris tot het horen van getuigen of de inschakeling van een deskundige (artikel 208 Sv). Ruime mogelijkheden tot het leveren van tegenspraak in het voorbereidend onderzoek dienen de efficiënte afdoening van het strafbare feit ter terechtzitting. Het dossier biedt immers een 'completer' beeld van de zaak. Daardoor zal er minder aanleiding bestaan om de zaak aan te houden voor nader onderzoek.

Het spreekt welhaast vanzelf dat het inzagerecht van de verdachte in de voorbereidende fase van de strafrechtelijke procedure aan beperkingen kan worden onderworpen. Een volledig inzagerecht kan immers op gespannen voet staan met belangen van opsporing. Deze kunnen meebrengen dat de verdachte tijdelijk onbekend moet blijven met behaalde onderzoeksresultaten. Met het oog daarop kan de officier van justitie (tijdens het gerechtelijk vooronderzoek: de rechter-commissaris), indien het belang van het onderzoek dit vordert, de verdachte de kennisneming van bepaalde processtukken dan ook onthouden. Op basis van artikel 32 Sv kan de verdachte daartegen binnen veertien dagen een bezwaarschrift indienen bij de rechtbank. Ingevolge artikel 33 Sv mag de kennisneming van alle processtukken de verdachte niet meer worden onthouden zodra het gerechtelijk vooronderzoek is gesloten of geëindigd of, indien een gerechtelijk vooronderzoek niet heeft plaatsgehad, zodra de kennisgeving van

¹¹ Uitvoerder: S.V. Pelsser, artikelen 30 t/m 34 (suppl. 148, augustus 2005), in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen e.a., *Het wetboek van strafvordering*, Deventer: Kluwer (losbladig).

¹² *Bijl. Hand. II* 1913-1914, 286, nr. 3, p. 56 (MvT).

verdere vervolging of de dagvaarding ter terechtzitting in eerste aanleg aan hem is betekend. Ten behoeve van de voorbereiding van de verdediging op de terechtzitting geldt vanaf dat moment het inzage-recht ongeclausuleerd.

De regeling omtrent de kennisneming van de processtukken houdt verband met de termijnen van de voorlopige hechtenis. Het bevel tot gevangenhouding is van kracht gedurende een door de rechtbank te bepalen termijn van ten hoogste negentig dagen: artikel 66 lid 1 Sv. Begint het onderzoek ter terechtzitting binnen die door de rechtbank bepaalde termijn van maximaal negentig dagen, dan blijft het bevel op basis van artikel 66 lid 2 Sv van kracht totdat zestig dagen na de dag van de einduitspraak zijn verstreken. Het voordeel van deze regeling – bezien vanuit het perspectief van het openbaar ministerie – is evident. De verdachte hoeft niet na ommekomst van de termijn van negentig dagen in vrijheid te worden gesteld, maar kan voorlopig gedetineerd blijven, terwijl het (pro forma) onderzoek ter terechtzitting krachtens artikel 282 Sv kan worden geschorst. De keerzijde – wederom bezien vanuit het perspectief van het openbaar ministerie – van deze stand van zaken is dat de verdachte door de betekening van de (eventueel overeenkomstig artikel 261 lid 3 Sv summier) dagvaarding vanaf dat moment een onbeperkt recht op kennisneming van de processtukken heeft. Dat niet meer aan beperkingen onderhevige inzage-recht maakt een onbelemmerde uitoefening van verdedigingsrechten mogelijk, waarmee niet alleen de op de terechtzitting te leveren tegenspraak kan worden voorbereid, maar ook de noodzakelijkheid van de voortzetting van de voorlopige hechtenis kan worden betwist.

3 Het Wetsvoorstel opsporing en vervolging van terroristische misdrijven en het recht op kennisneming van de processtukken

In het wetsvoorstel tot Wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en enige andere wetten ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven wordt voorgesteld aan artikel 66 lid 3 Sv twee volzinnen toe te voegen, luidende:

‘In het geval de verdenking een terroristisch misdrijf betreft kan de duur van het bevel tot gevangenneming of gevangenhouding na negentig dagen gedurende ten hoog-

ste twee jaren worden verlengd met periodes die een termijn van negentig dagen niet te boven gaan. De behandeling van een vordering tot verlenging vindt in dat geval in het openbaar plaats.¹³

Het betreft hier de uitwerking van een eerder door de Minister van Justitie en de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aangekondigd voornemen om het 'langer onvolledig houden van de processtukken bij terrorisme' mogelijk te maken.¹⁴ De achterliggende gedachte is dat 'voortijdige' openbaarmaking van alle processtukken in complexe, vaak internationaal georiënteerde terrorismezaken niet alleen een adequate voorbereiding van de strafzaak tegen de verdachte kan bemoeilijken, maar dat zij ook schadelijk kan zijn voor de opbouw van strafzaken tegen eventuele medeverdachten.¹⁵

In de loop van de parlementaire behandeling is bij amendement in het wetsvoorstel de mogelijkheid opgenomen om, nadat een eerste bezwaarschrift is ingediend tegen de onthouding van het kennisnemen van processtukken, daarna telkens met perioden van negentig dagen een bezwaarschrift in te dienen.¹⁶ In de toelichting is aangegeven dat met het amendement wordt beoogd 'periodieke rechterlijke toetsing van onthouding van processtukken open te stellen'. Het zou gaan om een 'uitbreiding van de rechterlijke controle op de geheimhouding van processtukken'. Aldus ligt aan het amendement de veronderstelling ten grondslag dat de voorgestelde regeling in de oorspronkelijke vorm met onvoldoende waarborgen was omkleed, en dat de processuele positie van de verdachte diende te worden versterkt. Het is de vraag of die veronderstelling wel helemaal juist is. In de regeling zoals die thans geldt – ten aanzien van welke regeling op dit punt door het oorspronkelijke wetsvoorstel geen wijziging werd voorgesteld¹⁷ – staat niets eraan in de weg dat de verdachte na een eerdere onthouding van inzage in stukken een nieuw verzoek tot kennisneming doet. Als daarop wederom wordt medegedeeld dat die inzage wordt geweigerd, sluit artikel 32 Sv niet uit dat tegen die beslissing wederom een bezwaarschrift wordt ingediend. De indiening van een dergelijk 'vervolgbezwaarschrift' is thans niet door termijnen aan beperkingen onderhevig. De consequentie van het aangenomen amendement is dat de toegang tot de bezwaarschriftrechter nu wel aan termijnen wordt gebonden. Dat lijkt geen uitbreiding, maar eer-

13 Zie *Kamerstukken I* 2005/06, 30 164, A (Gewijzigd voorstel van wet).

14 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 754, nr. 1, p. 13.

15 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 164, nr. 3, p. 28 en 34.

16 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 164, nr. 17.

17 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 164, nr. 2.

der een beperking van de rechterlijke controle op de onthouding van inzage in processtukken. In de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer heeft de Minister van Justitie opgemerkt dat het amendement moet worden gezien als 'een welkome aanvulling', omdat artikel 32 Sv maar een keer de mogelijkheid tot het indienen van een bezwaarschrift zou bieden.¹⁸ Deze opmerking is voor tweeërlei uitleg vatbaar. Als de minister bedoelt te zeggen dat het zou gaan om een aanvulling in de sfeer van de rechtsbescherming, dan is die opvatting bepaald onjuist. In de strekking van het wetsvoorstel ziet het 'welkom' per saldo op een beperking van de rechtsbescherming, en dat zal de minister niet hebben bedoeld.

Het wetsvoorstel zoals dat in conceptvorm ter consultatie was voorgelegd aan verschillende instanties is wat betreft de onthouding van de kennisneming van processtukken niet zonder kritiek gebleven.¹⁹ In die kritiek is onder meer gerefereerd aan jurisprudentie van het EHRM.²⁰ In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel wordt ingegaan op deze kritiek. Opgemerkt wordt:

'Uit geen van deze arresten vloeit evenwel voort dat een voorziening als voorgesteld met de artikelen 5 en 6 EVRM onverenigbaar zou zijn. Ter illustratie zij verwezen naar EHRM 13 februari 2001, nr. 25116/94, Schöps v. Germany, EHRC 2001, nr. 21, waarin wordt aangegeven:

"Equality of arms is not ensured if counsel is denied access to those documents in the investigation file which are essential in order effectively to challenge the lawfulness of his client's detention."

Uit artikel 6 EVRM volgt, zo wordt herhaald, dat deze bepaling ook tot op zekere hoogte van toepassing is in het vooronderzoek.

"It thus follows that, in view of the dramatic impact of deprivation of liberty on the fundamental rights of the persons concerned, proceedings conducted under Article 5 par. 4 of the Convention should in principle also meet, to the largest extent possible under the circumstances of an ongoing investigation, the basic requirements of a fair trial, such as the right to an adversarial procedure."

Het EHRM geeft daarmee expliciet aan dat het onderzoeksbelang grond kan vormen om verdedigingsrechten in het vooronderzoek te beperken. Tegelijk kan uit deze rechtspraak worden afgeleid dat inzage in processtukken die van essentieel belang zijn voor beslissingen inzake voorlopige hechtenis verleend moet worden.²¹

18 *Kamerstukken I* 2006/07, 30 164 D, p. 19-20; zie ook p. 6-7.

19 Vgl. ook *Kamerstukken II* 2004/05, 30 164, nr. 5, p. 5-6, en G.J.M. Corstens, 'Dijkdoorbraken in de strafrechtspleging', *NJB* 2005, p. 89.

20 Het gaat met name om de zaak Schöps v. Germany (EHRM 13 februari 2001, appl. nr. 25116/94).

21 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 164, nr. 3, p. 29-30.

Dit is een op het eerste gezicht opmerkelijke redenering. De Minister van Justitie leidt uit de door hem geciteerde passages van het Schöps-arrest primair af dat beperking van verdedigingsrechten in het voorbereidend onderzoek mogelijk is, en suggereert vervolgens dat het verwezenlijken van het recht op inzage in processtukken daarop een uitzondering kan vormen, maar dan wel slechts voorzover het gaat om 'processtukken die van essentieel belang zijn voor beslissingen inzake voorlopige hechtenis'. Vooralsnog zijn wij geneigd de in het citaat weergegeven bewoordingen uit het Schöps-arrest anders uit te leggen.²²

Nu is het inderdaad zo, dat het EHRM het recht op een fair trial beoordeelt in het licht van de gehele procedure en dat het Hof het in dat perspectief toelaatbaar oordeelt dat verdedigingsrechten tijdens het voorbereidend onderzoek worden beperkt. Belangrijke randvoorwaarde is wel dat op enig moment in de procedure compensatie dient te worden geboden voor die beperkingen.²³ Maar aan evenvermelde passages uit het Schöps-arrest kan een dergelijk – zoals de minister stelt: expliciet – oordeel niet worden ontleend. Hoogstens kan worden beweerd dat in de overweging dat '*to the largest extent possible*' impliciet besloten ligt dat een (zo gering mogelijke) beperking op verdedigingsrechten – in dit geval: de interne openbaarheid – is toegestaan en dat daarbij moet zijn voldaan aan 'the basic requirements of a fair trial'.

Belangrijker is echter dat uit de even weergegeven opmerkingen van de minister lijkt te kunnen worden afgeleid dat bij terrorismeverdachten het beperken van het recht op kennisneming van processtukken niet problematisch is en dat op die beperking slechts in bijzondere omstandigheden een uitzondering zou moeten worden gemaakt, namelijk voorzover het gaat om 'processtukken die van essentieel belang zijn voor beslissingen inzake voorlopige hechtenis'. Deze laatste constatering roept de vraag op hoe dit standpunt zich verhoudt tot de Straatsburgse jurisprudentie op dit punt, en in het bijzonder ten aanzien van artikel 5 lid 4 EVRM. Die vraag is van belang omdat kennisneming van de processtukken dienstig kan zijn voor betwisting

22 Zie in dit verband ook Th.A. de Roos, 'Opsporingsbevoegdheden verruimd in strijd tegen terrorisme. De nieuwe wetsvoorstellen helpen niet', *Advocatenblad* 2006, p. 176-180, die opmerkt: 'Het is voor mij niet zo duidelijk dat deze passages de argumenten van de regering krachtig ondersteunen. Het omgekeerde lijkt eerder het geval'.

23 Zie o.a. EHRM 26 maart 1996, *NJ* 1996, 741 m.nt. Kn (Doorson v. Nederland); EHRM 23 april 1997, *NJ* 1997, 635 m.nt. Kn (Van Mechelen v. Nederland) en EHRM 16 februari 2000, appl. nr. 27052/95 (Jasper v. Verenigd Koninkrijk).

van de rechtmatigheid of noodzakelijkheid van de voorlopige hechtenis of voor het doen van een verzoek tot opheffing of schorsing.

4 De rechtspraak van het EHRM

Op basis van artikel 5 lid 4 EVRM heeft een ieder, wie door arrestatie of detentie zijn vrijheid is ontnomen, het recht voorziening te vragen bij het gerecht opdat deze spoedig beslist over de rechtmatigheid van zijn detentie en zijn invrijheidstelling beveelt, indien de detentie onrechtmatig is. Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat de gegarandeerde rechterlijke voorziening moet zijn omkleed met enkele processuele waarborgen. Zo dient aan het rechterlijk oordeel in de zin van artikel 5 lid 4 EVRM een adversaire procedure ten grondslag te liggen die wordt gekenmerkt door een 'equality of arms' tussen openbaar ministerie en verdediging. Over de toepassing van deze garanties in de procedure waarin wordt beslist over de voorlopige hechtenis overweegt het Hof bijvoorbeeld in het arrest *Wloch v. Poland*:

'Although it is not always necessary that the procedure under Article 5 § 4 be attended by the same guarantees as those required under Article 6 § 1 of the Convention for criminal or civil litigation, it must have a judicial character and give to the individual concerned guarantees appropriate to the kind of deprivation of liberty in question. (...) In the case of a person whose detention falls within the ambit of Article 5 § 1 (c), a hearing is required. (...) In particular, in proceedings in which an appeal against a detention order is being examined, equality of arms between the parties, the prosecutor and the detained person must be ensured.'²⁴

In deze overweging geeft het Hof aan dat de rechterlijke voorziening van artikel 5 lid 4 EVRM niet in alle opzichten hoeft te voldoen aan de procedure waarin wordt beslist over de gegrondheid van de strafvervolging in de zin van artikel 6 lid 1 EVRM. Bij de 'hearing' dient echter wel gelijkheid tussen de partijen te worden gegarandeerd. Over de mate waarin de aan artikel 6 ontleende garanties van een 'hearing' op basis van 'equality of arms' gelding hebben binnen de procedure van artikel 5 lid 4 hanteert het Hof in de al eerder genoemde zaak *Schöps v. Germany* scherpere bewoordingen:

'These requirements are derived from the right to an adversarial trial as laid down in Article 6 of the Convention, which means, in a criminal case, that both the prosecution and the defence must be given the opportunity to have knowledge of and comment on the observations filed and the evidence adduced by the other party. Accor-

²⁴ EHRM 19 oktober 2000, nr. 27789/95.

ding to the Court's case-law, it follows from the wording of Article 6 – and particularly from the autonomous meaning to be given to the notion of “criminal charge” – that this provision has some application to pre-trial proceedings. (...) It thus follows that, in view of the dramatic impact of deprivation of liberty on the fundamental rights of the person concerned, proceedings conducted under Article 5 § 4 of the Convention should in principle also meet, to the largest extent possible under the circumstances of an ongoing investigation, the basic requirements of a fair trial, such as the right to an adversarial procedure.’

Uitgangspunt voor het Europese Hof is aldus dat, vergelijkbaar met het onderzoek ter terechtzitting, in de procedure waarin wordt beslist over de toepassing of voortzetting van de voorlopige hechtenis in het vooronderzoek zoveel mogelijk het tegensprekelijke karakter dient te worden gegarandeerd. De rechtvaardiging daarvoor is dat ‘*the appraisal of the need for a remand in custody and the subsequent assessment of guilt are (...) closely linked*’.²⁵

Essentieel voor het tegensprekelijke karakter van de procedure is dat de verdediging de gelegenheid heeft ‘*to inspect the files prior to the hearing before the (...) Court (...) in order to be able effectively to challenge the lawfulness of the applicant's detention on remand*’.²⁶ Het beginsel van de interne openbaarheid brengt derhalve mee dat aan de verdediging inzage in de processtukken moet worden geboden. De door het EHRM gelegde verbinding tussen de artikelen 5 lid 4 en 6 lid 1 EVRM impliceert dat op dit uitgangspunt alleen ‘noodzakelijke’ beperkingen kunnen worden toegestaan. Deze implicatie volgt uit rechtspraak van het EHRM over de betekenis van het beginsel van de interne openbaarheid voor het onderzoek ter terechtzitting. In dat stadium acht het Hof beperkingen op de interne openbaarheid toegelaten voorzover die noodzakelijk zijn ter bescherming van ‘*the fundamental rights of another individual or to safeguard an important public interest*’.²⁷ Naar ons oordeel volgt uit de ‘vooruitlopende’ werking van artikel 6 lid 1 EVRM in de procedure van artikel 5 lid 4 EVRM, dat alleen deze belangen beperkingen op het inzage-recht bij de beslissing over de voorlopige hechtenis, zoals beoogd met het wetsvoorstel opsporing en vervolging van terroristische misdrijven, kunnen rechtvaardigen.

25 EHRM 30 maart 1989, appl. nr. 10444/83 (Lamy v. België), par. 29.

26 EHRM 13 februari 2001, appl. nr. 25116/04 (Schöps v. Duitsland), par. 51.

27 Zie bijvoorbeeld EHRM 16 februari 2000, appl. nr. 27052/95 (Jasper v. UK). Vgl. A.A. Franken, ‘Kennisneming van stukken: naar Straatsburg en weer terug’, in: A.H. Klip e.a. (red.), *KriTies* (Prakken-bundel), Deventer: Kluwer 2004, p. 19-28.

Het inzagerecht dient de verdediging in staat te stellen om in volle omvang de rechtmatigheid van de voorlopige hechtenis te betwisten: *'equality of arms is not ensured if counsel is denied access to those documents in the investigation file which are essential in order effectively to challenge the lawfulness of his client's detention'*.²⁸ Bij de beoordeling van de *'lawfulness'* van de voorlopige hechtenis gaat het niet enkel om procedurele aspecten, maar met name over de materiële voorwaarden voor het voorarrest. Deze materiële voorwaarden hebben betrekking op de gronden voor de verdenking en de redenen die preventieve detentie van de verdachte noodzakelijk maken.²⁹ Processtukken die medebepalend zijn voor de waardering van de verdenking – en die daarmee de legitimatie bieden voor het voorarrest – mogen aan de verdediging dan in ieder geval niet worden onthouden.³⁰

De *'equality of arms'* en het beginsel van de interne openbaarheid lijken echter meer te verlangen dan inzage in de stukken die ten grondslag liggen aan de beslissing tot voorlopige hechtenis. Met het oog op de zoveel mogelijk te realiseren eerlijkheid van het proces en de verwezenlijking van verdedigingsrechten dient de verdediging ook in procedures waarin het gaat over de voorlopige hechtenis in beginsel in staat te worden gesteld om tegenspraak te leveren tegen het verzamelde bewijsmateriaal. In dit verband overweegt het EHRM in de Schöps-zaak:

*'it is hardly possible for an accused to challenge properly the reliability of such an account (of the facts; K&S) without being made aware of the evidence on which it is based. This requires that the accused be given a sufficient opportunity to take cognisance of statements and other pieces of evidence underlying them, such as the results of the police and other investigations, irrespective of whether the accused is able to provide any indication as to the relevance for his defence of the pieces of evidence to which he seeks to be given access.'*³¹

Met name in gevallen waarin de voorlopige hechtenis van een verdachte van terroristische activiteiten berust op de verdenking van samenspanning, voorbereiding of deelname aan een terroristische organisatie is de mogelijkheid van betwisting van bewijsmateriaal van groot belang. Bij een verdenking ter zake van deze delicten kan het

28 EHRM 25 maart 1999, nr. 31195/96 (Nikolova v. Bulgarije), par. 58 en EHRM 13 februari 2001, nr. 25116/94 (Schöps v. Duitsland), par. 44.

29 Zie in dit verband EHRM 24 juli 2003, NJ 2005, 550 m.nt. Sch (Smirnova v. Russia).

30 EHRM 13 februari 2001, appl. nr. 25116/94 (Schöps v. Duitsland), par. 44.

31 EHRM 13 februari 2001, nr. 25116/94 (Schöps v. Duitsland), par. 50.

gaan om weinig 'hard' bewijsmateriaal, maar om een selectie en interpretatie van informatie, waarbij alleen de wijze van selectie en interpretatie indicatief is voor een strafbare samenspanning, voorbereiding of deelneming in de zin van artikel 140a Sr. Dat is recent nog eens geïllustreerd in een drietal samenhangende terrorismezaken die hebben geleid tot evenzoveel uitspraken van de Hoge Raad.³² Om te voorkomen dat op een verdachte ten onrechte het stigma van 'terrorist' komt te rusten en te lichtvaardig wordt overgegaan tot (langduriger) voorlopige hechtenis, is het van belang dat al in een vroeg stadium aan de verdediging de gelegenheid wordt geboden om de selectie en interpretatie waarop de verdenking is gebaseerd, te betwisten.

Tegen deze achtergrond menen wij dat de opmerkingen in de parlementaire stukken bij het wetsvoorstel opsporing en vervolging van terroristische misdrijven blijk geven van een te beperkte visie omtrent het te garanderen recht tot inzage van de processtukken bij gelegenheid van de beslissing tot toepassing en verlenging van de voorlopige hechtenis. Exemplarisch is een opmerking in de nota naar aanleiding van het verslag. Over de omvang van het te garanderen inzage-recht wordt gesteld dat verzekerd moet worden 'dat het procesdossier voor de beoordeling van de beslissingen inzake de verlenging van de voorlopige hechtenis een deugdelijke basis biedt. Als gezegd betreft de enige wijziging die wordt voorgesteld het mogelijk maken van langer uitstel van volledige kennisgeving van de processtukken.'³³ Daartegenover lijkt ons de strekking van de rechtspraak van het EHRM te zijn dat het inzage-recht in beginsel in volle omvang dient te worden

32 HR 5 september 2006, *LJN AV4122*, *AV4144* en *AV4149*. De Hoge Raad oordeelde, kort gezegd, dat, mede gelet op de wetsgeschiedenis van de Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (1987 en 2002), geen rechtsregel zich verzet tegen het gebruik van door een inlichtingen- en veiligheidsdienst verstrekte informatie als zogenaamde startinformatie voor het instellen van een strafrechtelijk onderzoek. Zulke informatie kan indien de gegevens voldoende grond opleveren voor een verdenking, een zelfstandige grond vormen voor het aanwenden van dwangmiddelen, zoals aanhouding of doorzoeking. De Hoge Raad is daarnaast van oordeel dat geen rechtsregel zich verzet tegen het gebruik van door een inlichtingen- en veiligheidsdienst vergaard materiaal tot het bewijs in een strafzaak. Daarbij heeft hij wel aangetekend dat de strafrechter van geval tot geval met de nodige behoedzaamheid zal moeten beoordelen of het materiaal, gelet op de soms beperkte toetsbaarheid, tot het bewijs kan meewerken, zulks gelet op de eisen die het EVRM stelt aan een eerlijk proces. In dat verband gaat de Hoge Raad nader in op de vraag wanneer sprake kan zijn van onrechtmatigheid of onbetrouwbaarheid van het materiaal en wat daarvan de gevolgen zouden kunnen zijn. In de onderhavige zaken zijn overigens alleen enkele tapgesprekken als van de BVD afkomstig materiaal voor het bewijs gebruikt.

33 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 164, nr. 7, p. 34-35.

erkend, waarbij moet worden aanvaard dat belangen van derden of publieke belangen een zodanig contragewicht in de weegschaal kunnen leggen, dat beperkingen op het inzagerecht 'noodzakelijk' moeten worden geacht. Maar dat zijn dan wel uitzonderingen op de hoofdregel.

Het gegeven dat de hiervoor genoemde rechtspraak betrekking heeft op commune criminaliteit en niet op strafzaken met betrekking tot terrorisme, maakt in relatie tot het wetsvoorstel en de gevallen waarvoor de voorgestelde regeling bedoeld is, naar ons oordeel geen verschil. Het EHRM heeft immers herhaaldelijk uitgemaakt dat de bestrijding van terrorisme de met opsporing en vervolging belaste instanties weliswaar voor bijzondere problemen stelt, maar dat de bestrijding van terrorisme als zodanig geen bijzondere rechtsgrond oplevert die inbreuken op de garanties van het EVRM kan rechtvaardigen. Binnen de toetsingskaders van het EHRM is de bestrijding van terrorisme een factor die wordt 'meegenomen' bij de invulling van de beperkingsgronden van het EHRM, in die zin dat de terrorismebestrijding een inbreuk op een van de garanties 'noodzakelijk' kan maken of 'noodzakelijk is in een democratische samenleving'.³⁴ Wij wijzen in dit kader op de zaak O'Hara v. UK. In deze zaak gaf het Hof een oordeel over de vrijheidsbeneming op grond van artikel 5 lid 1 sub c EVRM ten aanzien van een verdachte van terroristische activiteiten. In het kader van de beoordeling van de redelijkheid van de verdenking die tot de aanhouding en het voorarrest van de verdachte heeft geleid, overweegt het EHRM:

'terrorist crime poses particular problems, as the police may be called upon, in the interests of public safety, to arrest a suspected terrorist on the basis of information which is reliable but which cannot be disclosed to the suspect or produced in court without jeopardising the informant. However, though Contracting States cannot be required to establish the reasonableness of the suspicion grounding the arrest of a suspected terrorist by disclosing confidential sources of information, the Court has held that the exigencies of dealing with terrorist crime cannot justify stretching the notion of "reasonableness" to the point where the safeguard secured by Article 5 § 1 (c) is impaired. Even in those circumstances, the respondent Government have to furnish at least some facts or information capable of satisfying the Court that the arrested person was reasonably suspected of having committed the alleged offence.'³⁵

34 Zie o.a.: EHRM 6 september 1978 (Klass e.a. v. Germany), EHRM 29 november 1988, NJ 1989, 815, m.nt. EAA (Brogan v. UK), EHRM 15 november 1996, NJ 1997, 301, m.nt. PJB (Chahal v. UK).

35 EHRM 16 oktober 2001, appl. nr. 37555/97 (O'Hara v. UK), par. 35.

Laatstgenoemde verplichting om inzage te verschaffen in de feiten en omstandigheden die de verdenking schragen, zal ook van toepassing zijn bij de nationale rechterlijke toets die op basis van artikel 5 lid 4 EVRM moet worden aangelegd, en zal in het licht van het voorgaande tevens met zich meebrengen dat de verdachte – ook de persoon die wordt verdacht van terroristische misdrijven – daarvan kennis moet kunnen nemen. Zulks hangt nauw samen met het doel van artikel 5 EVRM: het bieden van een waarborg tegen willekeurige vrijheidsontneming.

5 Compensatie

In het advies van de NVvR over het wetsvoorstel opsporing en vervolging van terroristische misdrijven wordt aangegeven dat de thans bestaande regeling betreffende de kennisneming van processtukken afdoende is om te voldoen aan de behoefte om ook de verdachte van terroristische activiteiten tijdelijk onbekend te laten met onderzoeksresultaten.³⁶

Dit standpunt lijkt ons juist. Zowel op het punt van de mogelijkheden tot afscherming als van de rechtsbescherming menen wij dat er geen aanleiding bestaat om voor de eerste fase van de gevangenhouding van maximaal 90 dagen ten aanzien van het inzagerecht voor verdachten van terroristische misdrijven of van commune strafbare feiten verschillende voorzieningen te creëren. Dat ligt echter anders als het gaat om de beperking van het inzagerecht gedurende de bijzondere verlenging van de gevangenhouding overeenkomstig het wetsvoorstel met maximaal twee jaar. Het wetsvoorstel gaat uit van de gedachte dat op de wijze van kennisneming, de daarop aan te leggen beperkingen en de te bieden rechtsbescherming de artikel 30 t/m 34 Sv 'gewoon' van toepassing zijn. Naar ons oordeel is in het voorgestelde verlengde stadium van de voorlopige hechtenis de huidige regeling evenwel onvoldoende omkleed met waarborgen, teneinde te garanderen dat de beslissing tot verlenging van de voorlopige hechtenis tot stand is gekomen met inachtneming van de door het EHRM in artikel 5 lid 4 EVRM ingelezen garanties. In het bijzonder gaat het dan om het vereiste dat een noodzakelijk te achten beperking op het inzagerecht moet worden gecompenseerd door procedurele waarborgen: *'any difficulties caused to the defence by a limitation on its rights must be sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the*

³⁶ Advies van 24 december 2004, Den Haag, p. 3.

judicial authorities'. Die procedures moeten er op zijn gericht om 'adequate safeguards to protect the interests of the accused' te bieden, waardoor de procedure in zijn geheel, ondanks de beperking van verdedigingsrechten, 'complied with the requirements to provide adversarial proceedings and equality of arms'.³⁷

De bevoegdheid tot indiening van een bezwaarschrift tegen de onthouding van kennisneming van stukken zien wij, zeker na aanvaarding van het amendement waarbij het indienen van een bezwaarschrift aan termijnen van 90 dagen is gebonden, niet als een afdoende procedurele compensatie. De raadkamer heeft bij de beoordeling van het bezwaarschrift namelijk maar een beperkte toetsende taak, beperkt tot de vraag of de officier van justitie dan wel rechter-commissaris terecht de kennisneming van stukken hebben onthouden omdat 'het belang van het onderzoek' dit zou vorderen. Bij deze toets gaat het uitsluitend om een waardering van gegrondheid en ernst van de redenen die aan kennisneming van de stukken door de verdediging in de weg staan. Wat verder voor de verdediging de consequenties zijn van de beperking in verband met de voortzetting van de voorlopige hechtenis of meer in het algemeen de uitoefening van verdedigingsrechten in het vooronderzoek, valt buiten het kader van deze raadkamerprocedure. Daarom menen wij dat aanvullende waarborgen dienen te worden gecreëerd.

Door Van Kempen is voorgesteld om de beperking van het inzagerecht tijdens de verlengde gevangenhouding afhankelijk te maken van een door de rechter-commissaris, op vordering van de officier van justitie, te verlenen bevel. Voorts lijkt het hem wenselijk dat de raadkamer, alvorens te beslissen over de verlenging van de gevangenhouding, kennis neemt van de informatie die aan de verdediging is onthouden. Omdat het gaat om een procedure in het voorbereidend onderzoek waarin nog geen definitieve beslissingen worden genomen over de gegrondheid van de strafvervolging, weegt voor hem het hieruit voortspruitende nadeel voor de tegensprekelijkheid van de procedure minder zwaar dan de met kennisneming door de rechter gediende effectiviteit van de rechterlijke controle over de voortzetting van de gevangenhouding.³⁸

Met Van Kempen achten wij een versterking van de positie van de rechter-commissaris ten aanzien van de afscherming van infor-

³⁷ Zie EHRM 16 februari 2000, appl. nr. 27052/95 (Jasper v. UK), par. 52 en 53. Deze compensatiegedachte geldt ook ten aanzien van beperkingen op het ondervragingsrecht van getuigen. Deze rechtspraak veronderstellen wij bekend.

³⁸ Van Kempen 2005, p. 398.

matie van de verdediging zeer wenselijk. Deze versterking dient echter niet de vorm aan te nemen van een bevels- of machtigingsconstructie. Vergeleken met de huidige bezwaarmogelijkheid wordt inhoudelijk dan niet veel gewonnen. Meer winst wordt geboekt als de rechter-commissaris niet alleen dient te beslissen over de onthouding van kennisneming, maar ook actief moet waken over de belangen van de verdediging in de loop van het voorbereidend onderzoek. Dit veronderstelt dat de rechter-commissaris op de hoogte is van alle informatie die aan de verdediging wordt onthouden en toeziet op het belang van die informatie in relatie tot in het voorbereidend onderzoek genomen en voor de verdachte bezwarende beslissingen, zoals de toepassing van voorlopige hechtenis. Indien de informatie van substantiële betekenis is voor de te nemen beslissing, dient de rechter-commissaris de beslissende rechter daarvan mededeling te doen. De consequentie kan dan zijn dat de informatie alsnog wordt onthuld, of dat wordt afgezien van de voor de verdachte bezwarende beslissing.

Tegen de achtergrond van de door het EHRM aangenomen vooruitlopende werking van facetten van het eerlijke proces van artikel 6 lid 1 in de rechterlijke procedure van artikel 5 lid 4 EVRM, hebben wij de inspiratie voor deze positie van de rechter-commissaris ontleend aan de rechtspraak van het EHRM over de Engelse disclosure-procedure. In deze rechtspraak gaat het om de vraag welke procedurele waarborgen moeten worden geboden bij beperkingen op de interne openbaarheid bij de berechting van de verdachte op de openbare terechtzitting. Rode draad in deze rechtspraak is dat de beslissing om de verdediging bij het aanbrenge van de zaak ter terechtzitting niet te informeren over resultaten van het vooronderzoek niet mag worden overgelaten aan de vervolgende instantie³⁹, maar dat een actieve vorm van rechterlijk toezicht op zijn plaats is.⁴⁰

In breder verband zouden wij de bemoeienis van de rechter-commissaris met de beperkingen op het inzagerecht tijdens de verlengde gevangenhouding willen incorporeren in een meer algemene regeling waarin de rechter-commissaris een actieve toezichhoudende taak heeft met betrekking tot beperkingen op de interne openbaarheid van het strafgeding.⁴¹ Aanzetten voor zo'n algemene regeling be-

39 Vgl. EHRM 24 september 2003, appl. no. 39482/98 (Dowsett v. UK)

40 Zie naast de al eerder genoemde Jasper-zaak ook: EHRM 16 februari 2000, appl. nr. 28901/95 (Rowe & Davis v. UK), EHRM 16 februari 2000, appl. no. 29777/96 (Fitt v. UK) en EHRM 27 oktober 2004, appl. nrs. 39647/98 & 40461/98 (Edwards & Lewis v. UK).

41 Zie in deze zin ook: J.B.H.M. Simmelink & Y.G.M. Baaijens-van Geloven, 'Vervolgving en rechtsbescherming', en A.E. Harteveld & E.F. Stamhuis, 'De rechter-

→

vat het Wetboek van Strafvordering al. Gewezen kan worden op het horen van bedreigde getuigen en op de op stapel staande regeling van het horen van afgeschermd getuigen. Onderdeel van een dergelijke algemene regeling dient ook te zijn de bemoeienis van de rechter-commissaris met de samenstelling en opmaak van processtukken, als de officier van justitie zou menen dat op grond van zwaarwegende belangen relevante informatie niet in de van de opsporing op te maken processen-verbaal zou kunnen worden vermeld.⁴² Eerder heeft de Parlementaire Enquêtecommissie Opsporingsmethoden voorgesteld om een dergelijke regeling in het wetboek op te nemen.⁴³ De wetgever heeft bij de totstandkoming van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden evenwel niet van zo'n regeling willen weten en heeft volstaan met een beperkte afschermingsmogelijkheid bij het horen van getuigen door de rechter-commissaris (artikel 187d Sv). Aangezien het bij de afscherming van informatie van de verdediging op grond van belangen van derden of van publieke belangen gaat om een conflict tussen verdedigingsrechten en belangen bij opsporing en vervolging, dat zich op diverse momenten in de strafvordering kan manifesteren, zijn wij van oordeel dat het wetboek thans onvoldoende waarborgen bevat om op een afgewogen en evenwichtige wijze met dit conflict om te gaan. Een algemene en samenhangende regeling waarin een actieve rol is weggelegd voor de rechter-commissaris, achten wij daarom wenselijk. Een dergelijk rol sluit ook goed aan bij de functie van de rechter-commissaris in het voorbereidend onderzoek, ook buiten het gerechtelijk vooronderzoek.⁴⁴

Wij zijn geen voorstander van het tweede voorstel van Van Kempen, om de niet ter kennis van de verdediging gebrachte informatie wel voor te leggen aan de rechter die heeft te beslissen over de voortzetting van de voorlopige hechtenis. Het gebruik van informatie

lijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek', beide in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2001, p. 483-494 en 579-583; M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink, 'Bijzondere opsporingsbevoegdheden en het systeem van het Wetboek van Strafvordering in het post-Van Traa tijdperk', in: *Getuigend straitsrecht* (Koekkoek-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 313-346; M. Alink, 'AIVD-informatie als bewijs in het strafproces', in: *Via Straatsbur* (Myjer-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 155-179.

42 Vgl. HR 7 mei 1996, *NJ* 1996, 687 m.nt. Sch.

43 Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24 072, nr. 11, p. 454-456 (Eindrapport Enquête Opsporingsmethoden).

44 Vgl. A.A. Franken, 'De rol van de rechter-commissaris: tussen ideaal en praktijk', *DD* 2006, 14, p. 266-276.

beroep door de raadkamer gesauveerde) beslissing van de rechter-commissaris dat de verdachte inzage niet mag worden onthouden, persisteert in de weigering de verdachte kennis te doen nemen van de desbetreffende afgeschermdde processtukken, dient de rechter-commissaris de 'raadkamer gevangenhouding' daarvan in kennis te stellen. Indien het naar het oordeel van de rechter-commissaris informatie betreft die van wezenlijk belang is voor de beoordeling van de vordering verlenging gevangenhouding, dient de 'raadkamer gevangenhouding' laatstgenoemde vordering af te wijzen. Dat is de prijs die de terreurbestrijding dient te betalen in een Europa waar terechte eisen worden gesteld aan een eerlijk proces.

derzoek uitsluitend heeft plaatsgevonden op grond van artikel 316, tweede lid, en de rechter- of raadsheer-commissaris ook aan het verdere onderzoek ter terechtzitting kan deelnemen.' Artikel 268 lid 2 Sv luidt: 'De rechter die als rechter-commissaris enig onderzoek in de zaak heeft verricht, neemt, behoudens bij toepassing van artikel 316, tweede lid, op straffe van nietigheid aan het onderzoek op de terechtzitting geen deel.'