

## Convergentie en weerstand in het Schotse strafproces

### 1. Inleiding

Het begrippenpaar adversair-inquisitoir wordt vaak voorgesteld als een continuüm. Met de begrippen wordt dan bedoeld op theoretisch geïdealiseerde procesvormen die lijnrecht tegenover elkaar staan. Concrete strafprocessystemen kunnen op de tussenliggende lijn worden geplaatst.<sup>1</sup> Deze voorstelling is een nuttige tegenwerping aan hen die menen dat het begrippenpaar heeft afgedaan omdat geen strafprocessysteem tegenwoordig nog zuiver inquisitoir of adversair is.<sup>2</sup> Maar de lijngedachte kan ook misleidend zijn. Zij kan namelijk leiden tot de conclusie dat convergentie – het naar elkaar toegroeien van processystemen zodat ze niet meer *fundamenteel* van elkaar verschillen – een onproblematisch of in ieder geval lineair proces is omdat het enkel het verschuiven van systemen over die lijn, naar de ene of de andere kant of meer naar het midden, zou omvatten.<sup>3</sup>

In deze bijdrage wil ik betogen dat convergentie complexer is dan de lijnanalogie doet vermoeden.<sup>4</sup> Dat zal ik doen aan de hand van een recent voorbeeld uit het Schotse strafproces, dat een adversaire grondslag heeft maar waar onlangs het uitgangspunt is ingevoerd dat de staat naar al het relevante bewijs – dus ook in het belang van de verdediging! – moet zoeken en het ontlastende materiaal aan de verdediging moet ontsluiten (*disclosure*). Dat lijkt een verschuiving in inquisitoire richting te impliceren.<sup>5</sup> Bij nadere beschouwing blijkt de continuüm-analogie echter niet op te gaan. Om uit te leggen waarom, zal ik eerst duidelijk maken wat ik bedoel met convergentie, en dan met name met de opmerking dat het om iets fundamenteels gaat (paragraaf 2). Daarna komen achtereenvolgens de kenmerken van het Schotse strafproces (paragraaf 3), de invoering en gevolgen van disclosure (paragraaf 4) en de weerstand tegen inquisitoire tendensen aan bod (paragraaf 5). Ik sluit af met een conclusie (paragraaf 6).

### 2. Convergentie

Dat traditioneel verschillende processystemen karaktertrekken van elkaar overnemen, is evident – misdaadbestrijding, efficiëntie, effectiviteit en het EVRM nopen daartoe.<sup>6</sup> Maar dat betekent nog niet dat de traditionele grondslagen van

---

<sup>1</sup> Zie bijvoorbeeld C. Brants, 'Comparing Criminal Process as Part of Legal Culture', in D. Nelken (red.), *Comparative Criminal Justice and Globalization*, Surrey: Ashgate, p. 49-66; J. Jackson & M. Langer, 'Introduction: Damaška and Comparative Law', in: J. Jackson, M. Langer & P. Tillers, *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context*, Oxford: Hart 2008, p. 1-27.

<sup>2</sup> Bijvoorbeeld S.J. Summers, *Fair Trials: the European criminal procedural tradition and the European Court of Human Rights*, Oxford: Hart 2007.

<sup>3</sup> P.J. Schwikkard, *Possibilities of Convergence: An outside perspective on the convergence of criminal procedures in Europe*, Deventer: Kluwer 2008.

<sup>4</sup> Zie ook J.D. Jackson, 'The Effect of Human Rights on Criminal Evidentiary Process: Towards Convergence, Divergence or Realignment?', 68 (2005) *Modern Law Review*, pp. 737-764. Jackson stelt echter dat er een nieuw (participatie-)model ontstaat, terwijl ik zal betogen dat convergentie en weerstand de functionele coherentie kunnen ondermijnen.

<sup>5</sup> P. Duff, 'Disclosure in Scottish criminal procedure: another step in an inquisitorial direction?', *International Journal of Evidence & Proof* 2007, p. 153-180

<sup>6</sup> J.R. Spencer, 'Introduction', in: M. Delmas-Marty en J.R. Spencer, *European Criminal Procedures*, Cambridge: CUP 2002, p. 1-75; R. Coulson & S. Field, *The Transformation of Criminal Justice*,

die systemen verlaten worden. Zoals bekend wordt een *legal transplant* gevolgd door een receptieproces dat juist sterk door traditie en rechtscultuur wordt bepaald.<sup>7</sup> Dat geldt in het bijzonder voor het strafprocesrecht, dat als doel onder meer heeft het op systematische wijze legitimeren van rechterlijke oordelen over de schuld of onschuld van de verdachte. Voor het in normatieve zin aanvaardbaar maken van zulke oordelen is niet alleen vereist dat een voldoende zekere versie van de waarheid wordt gevonden – daarin verschillen inquisitoire en adversaire systemen niet<sup>8</sup> – maar ook dat dat op een eerlijke manier gebeurt. Die koppeling tussen eerlijkheid en waarheid maakt duidelijk dat er verschillende ideeën kunnen bestaan over hoe de waarheid gevonden moet worden: legitimiteit vereist naast een voldoende mate van zekerheid ook eerlijkheid, terwijl een eerlijk proces op zich een (relatieve) garantie is voor waarheidsvinding.<sup>9</sup> Deze noties over eerlijke waarheidsvinding worden bepaald door (nationale) tradities.<sup>10</sup> De inquisitoire traditie gaat uit van een onderzoek vanwege de staat; de adversaire traditie daarentegen is gebaseerd op het idee dat de waarheid gevonden moet worden door een passieve rechter die geconfronteerd wordt met de tegengestelde visies van twee partijen die elk hun eigen onderzoek hebben kunnen doen.<sup>11</sup>

Fundamenteel aan elk strafproces is dus het soort eerlijke waarheidsvinding waar het systeem naar streeft. Daarbij wordt met reden gesproken van het strafproces als systeem. Om ervoor te zorgen dat aan de fundamentele vereisten van eerlijke waarheidsvinding wordt voldaan, bestaat elk strafproces uit onderdelen die nauw op elkaar zijn ingespeeld teneinde legitieme uitkomsten te garanderen. Elke participant krijgt taken en bevoegdheden toebedeeld waarmee hij een bijdrage aan de eerlijke waarheidsvinding levert. En het strafproces bevat diverse garanties die ervoor zorgen dat iedereen doet wat van hem verwacht wordt. Dit samenspel van *checks and balances* maakt van het strafproces een coherent systeem. In een inquisitoir systeem hangt de eerlijke waarheidsvinding af van de integriteit van de actoren die vanwege de overheid in het proces zijn betrokken – politie, officieren van justitie en rechters – die zich actief moeten inspannen om al het relevante

---

Parijs: L'Harmattan 2011; J.D. Jackson & S.J. Summers, *The Internationalisation of Criminal Evidence*, Cambridge: CUP 2012; E. Luna & M. Wade, *The Prosecutor in Transnational Perspective*, Oxford: OUP 2012.

<sup>7</sup> P. Legrand, 'European Legal Systems are not Converging', *International and Comparative Law Quarterly* 1996, p. 52-81; M. Langer, 'From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure', *Harvard International Law Journal* 2004, p. 2-64.

<sup>8</sup> Inquisitoire en adversaire systemen kunnen wel verschillen in hun bereidwilligheid de waarheidsvinding op te offeren aan andere doeleinden. Zie daarover M. Damaška, 'Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study', *University of Pennsylvania Law Review* 1972-1973 (vol. 121), p. 506-589. Dat heeft echter te maken met rechtscultuur waarin die procestypen geworteld zijn: in een *common law*-cultuur, met haar wantrouwen jegens de staat, is een van de belangrijke doelen van het strafproces de normering van het gedrag van de overheid.

<sup>9</sup> C. Brants, 'Legal Culture and Legal Transplants', *Electronic Journal of Comparative Law* 2010 (vol. 14.3); J. Jackson, 'The Function of the Criminal Trial in Legal Inquiry', in: A. Duff e.a. (red.), *The Trial on Trial: Truth and Due Process*, Oxford, Hart 2004, p. 121-146.

<sup>10</sup> Zie S. Field, 'Fair Trials and Procedural Tradition in Europe', *Oxford Journal of Legal Studies* 2009, p. 365-387.

<sup>11</sup> C.H. Brants & A. Ringnalda, *Issues of Convergence*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers 2011.

incriminerende en exculperende bewijs te verzamelen. Systematische garanties daarvoor zijn de opleiding van die actoren, gebondenheid aan wet en ethische voorschriften, en hiërarchische controle.<sup>12</sup> In een adversair systeem is eerlijke waarheidsvinding alleen mogelijk als aanklager en verdediging de mogelijkheid hebben gehad om op gelijke voet hun standpunt naar voren te brengen. Garanties zijn de mogelijkheid voor de verdediging om bewijs te vergaren en te presenteren, een advocaat in een vroeg stadium van het proces, gelijke wapenen (onder andere door financiële rechtsbijstand, ook voor de bewijsgaring), en beperkte mogelijkheden voor de aanklager om de verdachte als bron van informatie te gebruiken (zwijgrecht, beperkte termijn van vasthouden en verhoren, borgtocht).

Juist omdat de coherentie van een processysteem door traditie bepaald is en dus voor elk systeem een geheel eigen aard heeft, kunnen proceselementen niet zomaar uitgewisseld worden. Een en hetzelfde element kan in een verschillende systematische context een geheel andere functie vervullen.<sup>13</sup> Systemen uit beide tradities kunnen dus op elkaar gaan lijken terwijl ze toch fundamenteel verschillend blijven. In de woorden van Jörg, Field en Brants in een vroeg artikel over convergentie: er is weliswaar sprake van toenadering tussen strafprocessystemen, maar daarmee worden die systemen nog niet 'variations on a single theme'.<sup>14</sup> Dat is pas het geval, aldus Jörg, Field en Brants, wanneer (voor Nederland en Engeland) 'the UK placed active duties on the state to seek out and present all germane evidence or when the Netherlands abandoned such a duty'.<sup>15</sup> Aan de hand van ons Schotse voorbeeld kunnen we zien wat er bij overschrijding van deze veronderstelde grens tussen de inquisitoire en adversaire kanten van het continuüm gebeurt.

### 3. *Adversaire waarheidsvinding en inquisitoire tendensen in Schotland*

Het moderne Schotse strafproces, dat zijn wortels vindt in 19<sup>e</sup> eeuwse codificaties die op een Engelse procedurele leest zijn geschoeid, heeft op het eerste gezicht een overwegend adversair karakter. Rechter en jury zijn louter passief betrokken bij de waarheidsvinding. Een instructierechter in het vooronderzoek ontbreekt.<sup>16</sup> Het is aan de openbaar aanklager om zijn aanklacht tegen de verdachte *beyond reasonable doubt* te bewijzen; hij is niet verantwoordelijk voor het ontlastende bewijs. Verdachte en verdediging zijn relatief autonoom. Zij worden geacht om, indien zij dat wensen, zelf met ontlastend bewijs te komen of anderszins te trachten de zaak van de aanklager onderuit te halen (bijvoorbeeld door *cross-examination* van getuigen van de aanklager). De verdediging kan, gedekt door rechtsbijstand, zelf

---

<sup>12</sup> C. Brants, 'Tunnel vision, belief perseverance and bias confirmation: only human?', in: C.R. Huff en M. Killias (red.), *Wrongful Convictions and Miscarriages of Justice*, New York: Routledge 2013, p. 161-192.

<sup>13</sup> M. Damaška, 'The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments', *American Journal of Comparative Law* 1997, p. 839-852.

<sup>14</sup> N. Jörg, S. Field, en C. Brants, 'Are Inquisitorial and Adversarial Systems Converging?' in P. Fennell, C. Harding, N. Jörg, and B. Swart (red.), *Criminal Justice in Europe: A Comparative Study*, Oxford Clarendon 1995, p. 55.

<sup>15</sup> Jörg, Field & Brants (1995), p. 55.

<sup>16</sup> Inmiddels vinden echter wel *pre-trial hearings* plaats teneinde de efficiëntie van de terechtzitting te verbeteren: P. Duff, 'Intermediate Diets and the Agreement of Evidence: A Move Towards an Inquisitorial Culture?', *Juridical Review* 1998, p. 349 e.v.

onderzoekshandelingen verrichten. Ter voorbereiding heeft zij zelfs het recht om voorafgaand aan de zitting (potentiële) getuigen *à charge* en *à décharge* onder ede te ondervragen in het bijzijn van een rechter (de *precognition*). De bewijsvoering is aldus geheel in de handen van de partijen, en de waarheidsvinding vindt derhalve ter zitting plaats.<sup>17</sup> Als partijen het onder elkaar eens worden over de waarheid, dan hoeft geen proces plaats te vinden (*plea bargaining*).

Een uitzondering op deze adversaire karakteristiek moet hier genoemd worden. Schotland kent een lange traditie van openbare vervolging. Hoewel *private prosecutions* onder strikte voorwaarden nog mogelijk zijn, geldt reeds sinds 1587 als algemene regel dat de staat vervolgt.<sup>18</sup> De openbaar aanklager – thans de *Crown Office and Procurator Fiscal Service* (COPFS) – heeft bovendien zeggenschap over de politie. Dat betekent dat de COPFS, net als het Nederlandse Openbaar Ministerie, verantwoordelijk is voor het opsporingsonderzoek.<sup>19</sup>

#### 4. Disclosure

In 2010 vond een wetwijziging plaats waarbij een ogenschijnlijk inquisitoir element werd geïntroduceerd. Toen werd namelijk, na een voorgeschiedenis in de rechtspraak die reeds in 1952 aanving, een systeem van *disclosure* ingevoerd.<sup>20</sup> Disclosure betekent dat de aanklager verplicht wordt zijn bewijs voorafgaand aan de terechtzitting aan de verdediging ter beschikking te stellen, althans voor zover het betreft 'any statement or other material of which [the COPFS] is aware and which would either materially weaken the Crown case or materially strengthen the defence case.'<sup>21</sup> Deze ontwikkeling had twee redenen. Ten eerste het bevorderen van efficiëntie door verrassingen ter zitting te voorkomen een vroege bekentenissen aan te moedigen; ten tweede het versterken van de partij-gelijkheid die voor een eerlijk adversair proces is vereist.

Een dergelijke verplichting duidt niet noodzakelijk op een inquisitoire grondslag. In een inquisitoir systeem is 'disclosure' (in de vorm van inzage in het dossier) immers in theorie onnodig omdat OM en rechter reeds instaan voor de onpartijdigheid en volledigheid van het onderzoek; betrokkenheid van de verdediging is een aanvullende, geen noodzakelijke garantie voor eerlijke waarheidsvinding. Bovendien kan disclosure heel goed in een adversair systeem passen, ook al is het daarin in theorie eveneens overbodig omdat de partijen op grond van de gelijkheid en autonomie zonder hulp van elkaar hun zaak moeten kunnen voorbereiden. De compatibiliteit hangt hierbij echter af van het doel dat

---

<sup>17</sup> Ook hier kan een recente uitzondering genoemd worden. Onlangs is een *duty to agree uncontroversial evidence* ingevoerd. Partijen zijn verplicht om voorafgaand aan de terechtzitting schriftelijk vast te leggen over welk bewijsmateriaal zij het niet oneens zijn. Deze verklaring wordt dan ter zitting als ware het bewijs voorgelezen, zodat de bewijsmiddelen – met name getuigen – niet ter zitting behoeven te worden onderzocht. Een rechter kan tijdens een *pre-trial hearing* zulke overeenkomsten afdwingen. P. Duff, 'Changing Conceptions of the Scottish Criminal Trial: The Duty to Agree Uncontroversial Evidence' in: Duff e.a. (red.) (2004), p. 29-50.

<sup>18</sup> J. Irvine Smith, 'Criminal Procedure', in: Paton (red.), *Introduction to Scottish Legal History* (The Stair Society, XVIII), 1958, p. 426-448.

<sup>19</sup> A. Ringnalda, 'Inquisitorial or Adversarial? The Role of the Scottish Prosecutor and Special Defences', *Utrecht Law Review* 2010, p. 119-140.

<sup>20</sup> Criminal Justice and Licensing (Scotland) Act 2010 (CJLA 2010).

<sup>21</sup> McDonald v HMA, 2008 SLT 993, p. 1003; Art. 118 en 121 CJLA 2010.

disclosure dient. Ontsluiting van de aanklacht en (eventueel) het belastende bewijs dient er bijvoorbeeld toe de verdediging in staat te stellen haar strategie voor te bereiden en zo de adversaire tegenspraak optimaal te laten functioneren. Adversaire disclosure kan zelfs nog iets verder gaan door te vereisen dat de aanklager ook zijn *unused material* aan de verdediging ter beschikking stelt – dat wil zeggen het materiaal dat de politie heeft verzameld maar dat niet ten bewijze dient, en dat dus eventueel ook potentieel ontlastend materiaal omvat. Deze vorm van disclosure bevordert de adversaire gelijkheid: de politie moet niet louter ten dienste staan van de aanklager, maar ook van de verdediging, die haar voordeel moet kunnen doen met bewijsmateriaal dat de politie heeft vergaard (*equality of information*, zou men kunnen zeggen). Dit soort disclosure impliceert echter niet dat de verdediging in feitelijke zin afhankelijk wordt van het politieonderzoek; de verdediging wordt immers nog steeds geacht zelf bewijs te verzamelen, maar kan daarnaast haar voordeel doen met hetgeen de politie heeft gevonden.

Echter, als de gelijkheidsgedachte te ver wordt doorgevoerd, kan disclosure wijzen op een schending van de adversaire autonomie van de verdediging. Dat gebeurde in Schotland. Met het oog op de eerlijkheid werd gesteld dat het proces niet meer aan de eigen, adversaire grondslagen voldeed omdat de onderzoeksmiddelen van de verdediging niet waren opgewassen tegen die van de steeds machtigere aanklager.<sup>22</sup> De *equality of resources* moest hersteld worden, en wel door politie en COPFS te verplichten 'to pursue all reasonable lines of enquiry, including any line of enquiry that might point away from the accused as the perpetrator of the offence'.<sup>23</sup> Vervolgens is het aan de COPFS om de relevante resultaten van het onderzoek (relevant in belastende en ontlastende zin) te selecteren en aan de verdediging te ontsluiten. Wat Jörg, Field en Brants als fundamenteel omslagpunt op het continuüm hebben aangemerkt, wordt hier dus overschreden: de staat (de aanklager) wordt verantwoordelijk gemaakt voor de volledigheid van de bewijsgaring.

Dergelijke disclosure omwille van *equality of resources* heeft ook belangrijke gevolgen voor de rol van de verdediging. Hoewel zij *de jure* in staat blijft zelf onderzoek te doen en haar eigen bewijs te presenteren, gaat het systeem er niet langer van uit dat de verdediging daarmee voldoende de eerlijke waarheidsvinding kan garanderen. Daarmee verliest de verdediging *de facto* haar autonomie. Er kan immers alleen nog sprake zijn van eerlijke waarheidsvinding als de verdediging kan vertrouwen op het onderzoek van en disclosure door de staat. Deze feitelijke afhankelijkheid wordt nog eens versterkt door de inperking van de rechtsbijstandsvergoeding voor diverse onderzoekshandelingen: men wil nu eenmaal niet betalen voor dubbel werk.<sup>24</sup> Bovendien is de verdediging verplicht om in een vroeg stadium haar verdedigingsstrategie te bepalen en aan de aanklager bekend te maken, zodat die ermee rekening kan houden bij het bepalen van de 'lines of inquiry'.

---

<sup>22</sup> The Rt Hon Lord Coulsfield, *Review of the Law and Practice of Disclosure*, Edinburgh 2007.

<sup>23</sup> § 3.3.1-3.3.3, *COPFS Disclosure Manual*, Edinburgh 2010.

<sup>24</sup> Zie betreffende de zogenaamde *summary proceedings* voor kleinere vergrijpen die niet door een jury worden afgedaan: F. Stephen and C. Tata, *Impact of the Introduction of Fixed Payments into Summary Criminal Legal Aid: Report of an Independent Study*, Edinburgh 2007, para. 94 e.v.

Inderdaad krijgt het Schotse strafproces door deze wijziging een inquisitoire karaktertrek.<sup>25</sup> En inderdaad lijkt het systeem de middengrens van het continuüm in inquisitoire richting te hebben overschreden. Toch kan men niet stellen dat het Schotse systeem nu uitgaat van een inquisitoir soort eerlijke waarheidsvinding. Daarvoor ontbreken allerlei kenmerken van een coherent inquisitoir systeem. Zo is er geen sprake van een actieve rechter, noch van rechterlijke betrokkenheid in het vooronderzoek. Evenmin zijn openbaar aanklagers in Schotland opgeleid als rechterlijke magistraten. Bovendien – en dat is bijzonder belangrijk – blijft de bewijsvoering geheel in handen van de partijen. Het is aan de verdediging om uit te maken of zij het aan haar ontsloten (ontlastende) bewijs wil gebruiken. De COPFS legt geen 'dossier' aan de rechter voor. Het proces is dus niet als zoektocht naar de materiële waarheid geconstrueerd. Tot slot is onduidelijk wat de plicht van politie en COPFS om 'all reasonable lines of inquiry' te onderzoeken nu precies inhoudt. Ook in zuiver adversaire systemen dient de aanklager oog te hebben voor ontlastend materiaal: het gaat nu eenmaal niet aan om op grond van zwak bewijs vervolging in te stellen. Dat wil echter nog niet zeggen dat hij het werk van de verdediging moet overnemen.

Dat het Schotse systeem op deze punten onduidelijk en soms zelfs incoherent lijkt, is het gevolg van weerstand tegen de introductie van inquisitoire elementen en de neiging vast te willen houden aan adversaire uitgangspunten en garanties. Die weerstand tegen niet-adversaire kenmerken wordt duidelijk als we de ontwikkeling van disclosure in Schotland nader beschouwen.

## 5. *Weerstand*

De wetgeving die het adversaire proces in 1887 in Schotland introduceerde kende een zeer beperkte vorm van disclosure: de verdachte ontving een *indictment* die de tenlastelegging bevatte en tevens was voorzien van een lijst met getuigen en bewijsstukken die de aanklager voornemens was ter zitting aan te voeren.<sup>26</sup> Zo kon de verdachte zijn verdediging voorbereiden, al werd hem het belastende bewijs zelf niet ter beschikking gesteld.<sup>27</sup> In 1928 werd een en ander nog eens door de hoogste Schotse rechter in strafzaken, de High Court of Justiciary (HCJ) bevestigd.<sup>28</sup>

In 1952 was de situatie veranderd. Toen overwoog de HCJ dat in de tussenliggende tijd een praktijk was ontstaan waarbij de openbaar aanklager de verdediging behulpzaam was met het aanwijzen van potentieel ontlastende getuigen en bewijsmiddelen, en wel door deze aan de *indictment* toe te voegen. Die behulpzaamheid was gebaseerd op de overweging dat de aanklager beschikt over 'opportunities for the investigation which are not enjoyed by the defence'.<sup>29</sup> In deze zaak ziet men dus een eerste erkenning van het belang van het disclosure

---

<sup>25</sup> Zie in die zin: Duff (2007); Coulsfield (2007).

<sup>26</sup> Art. 21 Criminal Procedure Act 1887.

<sup>27</sup> De verdediging kon natuurlijk gebruik maken van *precognitions* om de getuigen van de aanklager te ondervragen. Bovendien was er (en is er) de mogelijkheid om via het civiele recht door middel van een zogenaamde *commission and diligence* de rechter te verzoeken de COPFS te dwingen documenten beschikbaar te stellen indien die voor een juridische procedure noodzakelijk zijn: *Hasson v HMA*, 1971 JC 35.

<sup>28</sup> *Slater v HMA*, 1928 JC 94; 1928 SLT 602.

<sup>29</sup> *Smith v HMA*, 1952 JC 66; 1952 SLT 286, p. 289.

voor de (adversaire) partijelijkheid. De HCJ leek daar niet echt blij mee te zijn. Enigszins afkeurend werd opgemerkt 'that the tendency in recent years has been for the defence to expect from the Crown, and indeed for the Crown to afford, a measure of assistance beyond what would have been in the contemplation of any previous generation of Scots lawyers.'<sup>30</sup> De rechters lijken te willen zeggen dat het niet de bedoeling is dat de verdediging haar bewijsrechtelijke verantwoordelijkheden naar de aanklager verschuift. Daarom maakten zij de nodige voorbehouden omtrent disclosure. In de eerste plaats werd gesteld dat de COPFS bij het ontsluiten van ontlastend bewijs niet handelt op grond van een verplichting. Het kan dan wel zo zijn dat de aanklager de verdediging soms te hulp schiet, maar het strafproces vereist dat niet en – zo lijkt de redenering – de verdediging mag aan die praktijk dan ook geen rechten of verwachtingen ontnemen. Deze opvatting werd in 1990 bevestigd.<sup>31</sup>

Dat de verdediging niet teveel mag varen op het staatsonderzoek blijkt bovendien nog uit een tweede voorbehoud dat de HCJ introduceerde. Wat de verdediging precies aan disclosure heeft, hangt af van de omvang van het staatsonderzoek. Pas als dat onderzoek zowel de kant van de aanklager als die van de verdediging dient te omvatten, kan sprake zijn van een inquisitoir soort afhankelijkheid (disclosure omwille van *equality of resources*). Ook daarin wil de HCJ niet te ver gaan: '[T]he practice [of disclosure] has not been pressed so far as to mean that the Crown is under any obligation to *discover* a line of defence [...] [I]f there is nothing in the material before the Crown to suggest a possible line of self-defence it would appear unnecessary for the Crown to include something in the indictment just because it might have a possible bearing on such a defence if taken. It is a matter of degree.'<sup>32</sup> Met andere woorden: het is niet de bedoeling dat de aanklager het werk van de verdediging overneemt. Pas als zich in het politieonderzoek met een zekere mate van duidelijkheid een verdedigingslijn aandringt, dient de aanklager daarop in te gaan.

Pas in 1997 aanvaardden de rechters van de HCJ dat de ontsluiting van ontlastend bewijs een plicht is.<sup>33</sup> Inmiddels had het EHRM in *Edwards* duidelijk gemaakt dat een eerlijk proces toegang tot relevant bewijsmateriaal van de aanklager vereist.<sup>34</sup> De HCJ leidde uit de rechtspraak van het EHRM ook af dat de verdediging alleen recht heeft op de ontsluiting van relevant materiaal en dus geen toegang behoeft te krijgen tot al het bewijsmateriaal dat de politie heeft verzameld. Dat is een wat merkwaardige ontwikkeling. Ontsluiting van al het bewijs (dus ongeacht de relevantie) past immers beter in een adversair systeem omdat het de verdediging niet afhankelijk maakt van de onpartijdige selectie door de aanklager. Toch was zulke selectie in het Schotse strafproces mogelijk, aldus de rechters, die daarbij verwezen naar zowel de traditioneel inquisitoire, onpartijdige rol van de COPFS (die dus met de behartiging van de belangen van de verdediging kan worden vertrouwd), als ook naar de adversaire, autonome positie van de verdediging (eigen onderzoek, *precognitions* e.d.). Ook hier zien we dus dat men vast blijft houden aan de adversaire positie van de verdediging

---

<sup>30</sup> Smith v HMA, p. 289.

<sup>31</sup> Higgins v HMA, 1990 SCCR 268.

<sup>32</sup> Smith v HMA, p. 289 (cursivering toegevoegd).

<sup>33</sup> McLeod v HMA, 1998 SLT 223, p. 244. Vgl. Duff 2007, p. 163.

<sup>34</sup> EHRM 16 december 1992, Edwards v. Verenigd Koninkrijk, appl. nr. 13071/87. De Human Rights Act was nog niet van kracht, maar de Schotse rechters verwezen al wel naar het EVRM.

als garantie voor eerlijke waarheidsvinding, ook naast een eventueel inquisitoir opererende aanklager.<sup>35</sup>

Zelfs in 2008 bleek dit vasthouden aan adversaire garanties nog, ook al was toen, na de inwerkingtreding van de Human Rights Act en de verdere jurisprudentiële ontwikkeling van disclosure, reeds duidelijk geworden dat de verdediging niet langer in staat kon worden geacht om geheel zelfstandig haar onderzoek en bewijsvoering voor te bereiden. Toch overwoog de Privy Council (op dat moment de hoogste rechter in kwesties betreffende de Human Rights Act) bij monde van de Schotse rechter Lord Roger als volgt:

"The Crown's duty of disclosure is not its principle duty. The Crown's job is to prosecute, not to defend: defending is the job of the accused's representatives and art. 6 [EVRM] contains guarantees which are designed to ensure that they are in a position to do their job. The success of our adversarial system of trial depends on both sides duly performing their respective roles. Of course, a prosecutor must always act as a "minister of justice" and this means that, when carrying out his duty of prosecuting, the prosecutor must do his best to ensure that the accused receives a fair trial. So the prosecutor must be alert to examine and re-examine the Crown case in the light of known and emerging lines of defence and must disclose any disclosable material of which he is aware or becomes aware while carrying out that duty. Disclosure is simply one aspect of the overall duty to prosecute the case fairly. By contrast, a duty on the prosecutor to set about investigating all the possible lines of defence to the case would be quite different and would go much further – really into defence territory. [...] [T]he representatives of the Crown are under no such duty. Rather, they must disclose disclosable material of which they become aware, or to which their attention is drawn, while diligently carrying out their core duties of preparing and prosecuting the case."<sup>36</sup>

Hier zien we een poging om ondanks de neiging om het onderzoek steeds meer bij de staat te leggen toch sterk te onderscheiden tussen de taken van de aanklager en die van de verdediging. Het mag dan wel zo zijn dat de COPFS zich magistratelijk gedraagt en toeschietelijk is, maar uiteindelijk blijft in het denken over eerlijke waarheidsvinding het adversaire uitgangspunt van een autonome en gelijkwaardige verdediging die zelf bewijs verzamelt en een strategie bepaalt zonder afhankelijk te zijn van de aanklager een cruciale garantie. Ook in het wetgevingsproces kwam deze gedachte naar voren.<sup>37</sup> Disclosure moet aldus niet de *equality of resources* maar hoogstens de *equality of information* dienen.

De weerstand tegen het verlaten van de adversaire grondslag is nog op andere punten merkbaar. Zo werd bij de voorbereiding van de disclosure-wetgeving overwogen dat het beter zou zijn om een rechter te laten toezien op disclosure, maar dat het adversaire systeem nu eenmaal geen rechterlijke toezicht in het vooronderzoek toestaat.<sup>38</sup> Ook de weerstand tegen *defence*

<sup>35</sup> McLeod v HMA, p. 243, 246.

<sup>36</sup> McDonald v HMA, 2008 SLT 993, p. 1004 (§60).

<sup>37</sup> Coulsfield (2007), p.6.

<sup>38</sup> Coulsfield (2007), p. 34.



*disclosure* vanwege het zwijgrecht moet vanuit de adversaire eerlijke waarheidsvinding worden begrepen.<sup>39</sup> In een adversair systeem kan de verdachte geen bron van informatie zijn, omdat dat zijn autonomie zou schenden en zou leiden tot ongelijkheid ten opzichte van de aanklager.<sup>40</sup> Daarom is het nalaten van *defence disclosure* in Schotland niet met een sanctie bedreigd, terwijl de COPFS wel geacht wordt onderzoek te doen naar 'lines of inquiry' die voor de verdediging van belang zijn. Daartoe moet de CPS over informatie van de verdachte moet kunnen beschikken – iets dat gelet op de resterende autonomie van de verdachte in het Schotse strafproces lastig is.

## 6. Conclusie

Omdat een strafprocessysteem een specifieke, door traditie gevormde coherentie heeft, is het niet verwonderlijk dat er onder wetgevers, rechters en participanten een neiging bestaat vast te willen blijven houden aan de traditionele uitgangspunten en garanties.<sup>41</sup> Zo tracht men in een adversair systeem te vermijden dat de verdediging afhankelijk wordt van de bewijsgaring door de staat, omdat een van de essentiële garanties voor eerlijke waarheidsvinding in de adversaire traditie juist is gelegen in het dubbele onderzoek en de confrontatie tussen twee onafhankelijk van elkaar tot stand gekomen visies op de feiten. In de woorden van de Engelse House of Lords: '[...] the fairness of a trial should not largely depend on the diligent performance of their duties by the prosecuting authorities.'<sup>42</sup> Die weerstand maakt convergentie onwaarschijnlijk. Zelfs in Schotland, dat een vruchtbare bodem voor inquisitoire tendensen kent, wordt alles in het werk gesteld om een potentieel inquisitoir element in de adversaire systematiek van taken, rollen en garanties te integreren.

Weerstand brengt echter ook gevaren met zich mee. In Schotland ontstaat een vreemd soort mengvorm tussen inquisitoire en adversaire kenmerken. Van de aanklager wordt verwacht dat hij de verdediging helpt, maar tegelijkertijd wordt benadrukt dat hij daarbij niet te ver mag gaan. Het systeem voorziet dan ook niet in garanties en voorzieningen die passen bij een echt inquisitoir staatsonderzoek. Formeel gesproken blijft de verdediging autonoom, maar tegelijkertijd wordt wel erkend dat de verdediging het praktisch niet zonder onderzoekshulp van de staat kan stellen. De bewijsvoering blijft in handen van de partijen, maar het is onduidelijk wie nu precies in welke mate verantwoordelijk is voor het onderzoek.

Anders dan de continuüm-metafoor suggereert, schuift het Schotse systeem niet over het middelpunt, maar valt het zagezegd abrupt van de lijn af en belandt het in een grijs gebied alwaar de aard van de fundamentele systeemcoherentie kwestieus is. De adversaire en inquisitoire ideaaltypen liggen wat convergentie betreft waarschijnlijk niet op een doorgaande lijn; van soepele verschuiving en transitie is althans geen sprake. Dat toont aan dat de lijn-analogie niet behulpzaam is bij het doorgronden van convergentie.

---

<sup>39</sup> J. Sprack 'Will defence disclosure snap the Golden Thread?', *The International Journal of Evidence and Proof* 1998, p. 224-231.

<sup>40</sup> Damaška (1972-1973), p. 563.

<sup>41</sup> Brants & Ringnalda (2011).

<sup>42</sup> R v Davis, [2008] UKHL 36, para. 31 per Bingham LC].