

Herbezinning op (de grondslagen van) het Wetboek van Strafvordering

Preadviezen van

Prof. mr J. Remmelink

Prof. mr G. Knigge

Prof. mr Th.A. de Roos

Mevr. mr W. Sorgdrager

ISBN 90 271 3912 1

Lay-out en omslag Fivelien de Vries Robbé

CIP-GEGEVENS KONINKLIJKE BIBLIOTHEEK, DEN HAAG

Rommelink, J.

Herbezinning

Herbezinning op (de grondslagen van) het Wetboek van Strafvordering /
Preadviezen van J. Rommelink ... [et al.]. – Zwolle : W.F.J. Tjeenk Willink.
– (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging; jrg. 124, dl. 1994-1)

ISBN 90-271-3912-1

NUGI 691 Trefw.: *Wetboek van Strafvordering.*

Preadviezen over het onderwerp: *Herbezinning op (de grondslagen van) het Wetboek van Strafvordering.*

Woord vooraf, v

PREADVIES PROF. MR J. REMMELINK

Deel I – Herbezinning op de grondslagen van het Wetboek van Strafvordering, 1

PREADVIES PROF. MR G. KNIGGE

Deel II – Strafvordering in het geding, 37

PREADVIES PROF. MR 'TH.A. DE ROOS

Deel III – Herziening van het Strafproces: de verdediging uitgespeeld? 117

PREADVIES MEVR. MR W. SORGDRAGER

Deel IV – Strafvordering en criminaliteitsbestrijding, 191

Afkortingen, 243

Het bestuur van de NJV heeft onmiskenbaar een gelukkige hand bij de keuze van onderwerpen die in de jaarvergaderingen worden besproken. Zelden of nooit wordt hierop kritiek geleverd. Dat geldt ook voor de topic waarmee wij ons de afgelopen maanden intensief hebben beziggehouden: de vraag of ons Wetboek van Strafvordering nog wel aan de eisen van de tijd voldoet. Daarbij komt, zoals wij in onze beschouwingen ook hebben belicht, de klassieke tegenstelling aan de orde: de bescherming van de maatschappij tegen de gevolgen van de criminaliteit en die van de al of niet terecht verdachte burger tegen mogelijk te ver gaande of onrechtmatige strafvorderlijke bemoeiing. Dat probleem doet zich in deze tijd, waarin onmiskenbaar sprake is van een toegenomen onveiligheid, anderzijds ook van een door internationale gestimuleerde en gegarandeerde rechtspositie van de burger, waarbij ook meer dan vroeger aandacht werd besteed aan het slachtoffer, in vele landen voor. Zo is er, zoals door een onzer nog terloops vermeld, recentelijk, namelijk van 20 tot 23 december 1993 zelfs een internationale door de universiteit van Jeruzalem georganiseerde conferentie geweest, waaraan door juristen uit de hele wereld werd deelgenomen: behalve uit Israël zelf, o.m. ook uit de VS, Groot-Brittannië, Denemarken, Duitsland, Oostenrijk en Griekenland. Van Nederlandse zijde traden op prof. Swart uit Utrecht en de Leidse universitaire hoofddocent dr Hans Nijboer.

Hoevel wij het ons opgegeven onderwerp vanuit een verschillende hoek hebben belicht, hetgeen wellicht ook tot uiting komt in de geverieerde titels, resp. Strafvordering en criminaliteitsbestrijding (Sorgdrager), De strafvordering in het geding (Knigge), en Herziening van het strafproces: de verdediging uitgespeld? (De Roos), terwijl het als algemene inleidende bedoelde essay van Remmelink vaart onder de lading dekkende vlag Herbezinning op de grondslagen van het Wetboek van Strafvordering, is er onmiskenbaar toch een sterke

complementariteit, die, voor zover wij zien, nochtans niet tot hinderlijke overlapping heeft geleid.

Doch hoe dat ook zij, wij hopen in ieder geval met het door ons geschrevene een vruchtbare bodem te hebben gelegd voor een levendige discussie op de Leeuwardense vergadering van 10 juni, en wellicht ook voor de zo noodzakelijke verdere studie van dit belangrijke en actuele onderwerp.

J. Remmelink
G. Knigge
Th.A. de Roos
W. Sorgdrager

DEEL I

HERBEZINNING OP DE GRONDSLAGEN
VAN HET WETBOEK VAN
STRAFVORDERING

Preadvies prof. mr J. Rummelink

Aard en functie van het strafproces, 4
Strafproccsrecht en het (nieuwe) bestuursprocesrecht, 11
Overtreding van de spelregels, 13
Crime prevention/due process I, 14
Crime preventious/due process II, 18
Stimulansen EVRM en SC, 20
Opnieuw een omslag? 22
Slotsom, 27

*Deel I – Herbezinning op de grondslagen van het Wetboek van
Strafvordering*

Dit bescheiden geschrift* is bestemd als inleiding tot de majeure preadviezen van de collegae mevrouw Sorgdrager, Knigge en De Roos die daarin rekenschap afleggen van hun herbezinning op – ‘herdenking’ van, zouden onze Belgische vrienden zeggen – de grondslagen van ons Wetboek van Strafvordering. Wat zijn die grondslagen, en wat hebben wij ervan gemaakt? En is het noodzakelijk deze te corrigeren en aan te passen aan de huidige tijdsomstandigheden? Verwacht werd dat het resultaat van deze reflecties gedifferentieerd zou zijn, ook al omdat de schrijvers het onderwerp uit een verschillende hoek (grof gezegd), die van resp. magistraat, geleerde⁽¹⁾ en advocaat, zullen belichten, zodat een overkoepelende beschouwing de discussies ter vergadering zou kunnen vergemakkelijken. Zo althans heb ik mijn opdracht opgevat.

Mijn verhaal zal als volgt verlopen: Eerst zal ik wat algemene gedachten over aard en functie van ons strafproces, zijn grondslagen, zo men wil, formuleren om vervolgens in grove lijnen aan te geven hoe in de loop van de tijd, en onder invloed daarvan, rechter, wetenschap en wetgever daarmee zijn omgegaan. Natuurlijk kom ik dan terecht in de huidige crisissituatie, die tot onze reflectie-opdracht aanleiding heeft gegeven, en bij de commissie-Moons, die in diverse rapporten belangrijke voorstellen heeft gedaan om ons wetboek aan de eisen van de huidige tijd aan te passen. Tot slot van dit overzicht, waarbij ik profiteerde van het werk van mijn collegae, een weinig verrassende eindconclusie, aangevuld met wat goed bedoelde suggesties met het oog op de toekomstige ontwikkeling, om af te ronden met het doorgeven van enkele elders opgediepte grondwaarheden.

* Met grote dank aan mevrouw Elly Pilon, secretaresse van de vakgroep Strafrecht van de RUG te Groningen, voor de tekstverwerking.

(1) Dat zijn de twee anderen uiteraard ook nog.

Proces, afgeleid van *processus*, dus van *procedere*=voortuitgaan, is, zoals Dooyeweerd⁽²⁾ dit ooit heeft geformuleerd, het voortschrijden van een onzekere tot een zekere rechtssituatie, hetgeen dan geschiedt door een (wettelijk) geregelde rechtsstrijd. Doel is te komen tot een oordeel, dat in materiële zin juist is, volgens de regels tot stand is gekomen, en dat – zo mogelijk – de rechtsvrede herstelt of creëert. In ons geval een beslissing van de rechter over de door het OM (wij spreken verderop doorgaans over de Officier van Justitie als *de* centrale figuur) voorgelegde vraagstelling, of de in de dagvaarding beschreven historische gebeurtenis (gedraging) inderdaad is veroorzaakt door degene die daarvan wordt verdacht, en of deze te rubriceren is onder de in de wet als strafbaar omschreven feiten, en of zulks (kort samengevat) onrecht en schuld impliceert. En vervolgens, welke overheidsreactie is (eventueel) geïndiceerd? Wij spraken hier van het procesthema in het strafrecht. In het civiele recht zal dat (grof samengevat) zijn des eisers vordering (*Anspruchsbehauptung*).⁽³⁾

Overbodig is de opmerking, dat ondanks een op zich zelf onberispelijk gevoerd proces het oordeel vaak niet optimaal, soms zelfs helemaal niet met de materiële rechtssituatie zal overeenkomen. Zo zal soms een onschuldige worden veroordeeld, maar ook kan een evident schuldige bijvoorbeeld door geoorloofd gebruikmaken van de ten behoeve van een behoorlijke procesvoering opgestelde waarborgbepalingen de dans ontspringen.

Zoals elk proces, zelfs een chemisch proces, verloopt ook het onze in fasen, waarbij wij echter doelen op de diverse beslissingen, en de daaraan ten grondslag liggende redengeving, die aan 's rechters einduitspraak voorafgaan, zij het dat deze soms niet uitdrukkelijk genomen hoeven te worden, bijvoorbeeld die dat de officier in zijn vervolging ontvankelijk is. Een negatieve tussenbeslissing zal normaliter betekenen, dat de rechter niet meer in staat zal zijn ant-

(2) Encyclopaedie der rechtswetenschap, hoofdstuk IX, p. 49.

(3) Jürgen Rüdiger, *Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens*, Berlijn enz. 1973, stelt op p. 3 niet ten onrechte: 'Der juristische Prozess hat die logische Form des Beweises.' Daarmee bedoelt hij uiteraard niet zozeer het feitenbewijs, maar (wat het strafprocesrecht betreft) het op rationele wijze aannemelijk maken, dat al het zoëven gestelde inderdaad op de in staat van beschuldiging gestelde man van toepassing is.

woord op de hoofdvraag te geven. Ik laat even uit de classic van James Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage/Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Berlin 1925, p. 507 de term 'Strafurteilsbestandsvoraussetzung' vallen. In ons strafprocesrecht kan men overigens van die voorbeslissingen niet afzonderlijk appelleren, hetgeen in overeenstemming is met het beginsel, dat het strafproces zoveel mogelijk zonder onderbreking wordt voortgezet: het concentratiebeginsel; vergelijk art. 406. In het civiele model is dat anders.

Wij kunnen 'fase' ook in ruimere zin opvatten. Dan denken wij wat het strafproces betreft, aan het voorafgaande voorbereidende onderzoek. Dat doen zo men weet, de Straatsburgse instanties: strafproces omvat de *investigation stage*. Wij zouden ons hier echter hoofdzakelijk willen beperken tot het hoofdgeding. Wij kunnen ook nog aan de slotfase denken, waarin, zo in Frankrijk, ook een rechter, de executierechter, het voor het zeggen heeft. Bij ons is dat echter anders. Bovendien rekent men ten onzent in de strafrechtswetenschap deze slechts op de gevolgen van de eindbeslissing betrekking hebbende fase doorgaans tot het penitentiaire recht.⁽⁴⁾

In de literatuur, o.a. ook bij Goldschmidt, kan men veel lezen over de vraag, of ons proces een statisch of dynamisch karakter heeft. Zoals meer juridische strijdvragen, bijvoorbeeld de vraag of men de gevolgen van een daad al of niet kan willen dan wel deze zich slechts kan voorstellen (von Hippel contra Frank) heb ik enigszins de neiging deze kwestie te rubriceren als *much ado about nothing*.

Doch hoe dat ook zij, het is in ieder geval duidelijk, dat de waarheid niet tevoren al vaststaat, en dat met name ook over onrecht en schuld pas aan het einde van een soms langdurige zitting een oordeel verkregen kan worden. Voorts herinner ik aan het hiervóór gestelde over de diverse 'fasen'. Conclusie: het procesrecht heeft een dynamisch karakter. In dit opzicht verschilt het wellicht van het materiële recht, dat, voor zover ik zie, juist wel een statisch karakter heeft. Dat richt zich nl. tegen iedere (schuldige) dader – men leze slechts de tekst van de strafbaarstelling in art. 287: hij die opzettelijk een ander van het leven berooft wordt als schuldig aan doodslag (daarna) gestraft met -, terwijl de procesregels – wij stelden dat al – uit-

(4) Elders zal dat niet altijd het geval zijn. Ook vroeger niet. Zo verstaat Von Kries, *Strafprozessrecht*, 1892, p. 2. onder strafproces: 'die Ermittlung, die Aburteilung und der Vollzug'. Ik vraag mij af met Hans Nijboer, of het penitentiaire recht op den duur niet in een apart wetboek moet worden opgenomen.

gaan van de specifieke man die ervan verdacht wordt (schuldige) dader te zijn.

En ook in zoverre is er verschil: de processuele regels zijn anders dan de materiële niet gekoppeld aan een bepaald rechtsgoed, bijvoorbeeld de eigendom of het leven, welke relatie ongetwijfeld invloed heeft op de interpretatie. Sommigen, in Duitsland Binding, in Nederland Enschedé (RMTh. 1974, p. 605), menen zelfs, dat het strafrecht slechts sanctierecht is; de normen zelf behoren tot andere rechtsdisciplines, zoals het civiele recht en het bestuursrecht. Doch hoe dat ook zij, hier gaat het slechts om door de rechter te handhaven voorschriften om een faire rechtsstrijd mogelijk te maken. Men kan ze spelregels noemen, en daarmee signaleren wij met De Roos, maar ook met Röling, dat zich in deze wijze van beslissen de voor onze maatschappij überhaupt zo karakteristieke spelfactor – wij laten de woorden oorlog en liefde vallen; anders gezegd de Huizingaanse homo ludens – niet verloochent. Het recht is nu eenmaal niet los te maken van de mechanismen van de samenleving.⁽⁵⁾ Misschien dat Reijntjes, die van de kwalificatie 'strafproces=speel' niet wil weten (Rareitenkabinet 1993, p. 72) dat ook niet zal ontkennen, want hij zal vermoedelijk bedoelen dat het geen spelletje (*l'art pour l'art*) mag zijn. In deze zin versta ik ook mijn zo gezaghebbende collega Van Veen (RMTh. 1991, p. 219) die eveneens de term 'play' afwijst, anderzijds ook niet kan vermijden te spreken over belangen die in het strafproces 'meespelen' (p. 217).⁽⁶⁾

Het procesrecht beïnvloedt overigens het materiële. Het onderscheid dat wij al ruim drie kwart eeuw maken tussen schuld- en rechtvaardigingsgronden is bijvoorbeeld ongetwijfeld in de hand gewerkt door onze strafvordering, die sinds 1886 werkt met het onderscheid tussen niet-strafbaarheid van feit resp. dader. Anders gezegd met Löwe-Rosenthal, *Die Strafprozessungsordnung und das Gerichtsverfahrensrecht*, Bd I, Berlijn 1988 het strafprocesrecht heeft 'strafrechtsgestaltende Kraft'.

Partijen in het strafproces zijn derhalve de Officier van Justitie (met

(5) 'De schepping is een spel waarin wij uitgenodigd worden mee te spelen': Aldus de hoogleraar informatica D.B.B. Rijsenbrij in zijn VU-oratie (1993) 'Automatisering: Vloek of zegen?', p. 34. En – aldus Miskotte, *Om de waarheid te zeggen*, 1971, p. 179 – 'het spel is een hoger ernst dan de utiele arbeid'.

(6) Ik citeer nog even uit het straks nader te noemen NJV-advies van A.F.M. Brenninkmeijer (p. 224): 'Procederen is oorlog'.

deze naam betitelt ik hier het OM) en de verdachte. In het centrale geding worden zij als gelijkwaardige partijen (ook de verdachte is 'sujet', geen object van het geding) behandeld, schoon de eerste tot de magistratuur behoort, anders dan zijn wederpartij in beginsel 'onkwetsbaar' is en bovendien opererend vanuit een groot en hoog gekwalificeerd juridisch en technisch apparaat in de voorfase, die van het voorbereidende onderzoek, zelfs als dominus litis opereert. De verdachte wordt echter niet zelden bijgestaan door een rechtsgeleerde raadsman, de advocaat, die hem echter niet vertegenwoordigt (al kan dat soms het geval zijn, bijvoorbeeld in kantongerechtszaken, en misschien – zie verderop – in de toekomst ook in verstekzaken). Beiden, officier en advocaat, zou men als adviseurs van de rechter kunnen beschouwen. Ook de officier, want zijn requisitoir is, zo men weet, geen petitum. Hij tracht niet als een civiele procespartij zijn vordering gehonoreerd te krijgen, waarbij de belangen van zijn wederpartij hem niet interesseren. Het grote verschil tussen de officier en de advocaat is, dat deze laatste uitoefenaar is van een vrij beroep, niet tot het ambtelijk apparaat behoort en – extemiteiten daargelaten – slechts te maken heeft met de belangen van de verdachte, terwijl de officier krachtens zijn ambtseed, die dezelfde is die van de rechter (zie art. 29 RO, waaruit ik het woord onzijdigheid citeer), naast het belang van de handhaving van de 'wetten', dus van het recht en de rechtsorde,⁽⁷⁾ ook te letten heeft op dat van de verdachte. Ongetwijfeld zal echter in de praktijk bij hem het eerste doel voorop staan, maar ook het laatste zal hij niet mogen verwaarlozen. Zulks impliceert, dat de officier ook voor ontlastend materiaal moet zorgen, en bijvoorbeeld een advocaat moet corrigeren die een belangrijk voor de verdachte mogelijk bevrijdend argument vergeet te noemen, terwijl omgekeerd de advocaat niet hoeft te roepen, dat meneer de officier in zijn telastelegging het bestanddeel 'opzettelijk' heeft vergeten enz. Ook de rechter zal de officier niet waarschuwen, en evenmin zal hij hem processuele misslagen vergeven. Hier geldt: Noblesse oblige!

(7) Ook tegenover de rechter. Hij zal derhalve wanneer deze de wet verkeerd toepast moeten appelleren, eventueel als het gaat om een vormfout ter zitting (de rechter vergeet een getuige te beëdigden) daarop moeten attenderen. Soms is het bevorderen van een cassatie in het belang der wet – beslissing te overwegen. Ik attendeer hier nog op het recente (1994) boek van A.C. 't Hart, Openbaar Ministerie en rechtshandhaving.

De keuze van onze wetgever voor het 'strijdmodel' betekent, dat er tussen straf- en civiel proces enige gelijkennis bestaat. Maar, zoals uit het voorgaande reeds blijkt, ook verschil. Zo is de officier natuurlijk – anders dan in het civiele proces – geen gewone partij. Hij heeft een functionele verhouding met de strafrechtspleging. Hij bevordert niet zijn eigen belangen, maar die van de rechtsgemeenschap. Anders dan de verdachte streeft hij een bovenpersoonlijk doel na (De Roos). Hierbij merk ik op, dat hij in toenemende mate ook behartigt de belangen van de gelaedeerde, vooral in de voorfase, doch vooral sinds 1 april 1993 ook op de zitting. Ik doel natuurlijk op de alleen nog maar voor de arrondissementen Den Bosch en Dordrecht geldende schadevergoedingsmaatregel (art. 36f). Maar nogmaals: de officier zelf is geen benadeelde. Ook is de rechter in ons procesmodel niet als zijn civiele collega, een scheidsrechter, die zich tegenover alles wat partijen aanvoeren passief opstelt, nec hij is dominus litis (ons strafproces heeft een paternalistische inslag; De Roos), hij zal zo nodig ambtshalve getuigen doen oproepen, of de zaak voor nader onderzoek naar de R-C verwijzen, ook hij is onderzoeker naar de waarheid. Kortom het gaat hier om publieke rechten en plichten. Rechter en officier, dragers van resp. het jus puniendi en het vervolgingsrecht (in dat laatste komt het publiekrechtelijk karakter van het strafproces het duidelijkst uit, zegt Simons, *Strafvordering*, zesde druk, p. 10), hoezeer individuen als een ander, hebben hun perceptie te onderwerpen aan de selectieve en regulerende inmenging van de strafrechtspleging. Aldus Melai, *Albert Mulderbundel*, 1988, p. 128.

In dit verband signaleer ik even de onlangs door M.A.B. Chao-Duyvis in de *Groninger Opmerkingen en Mededelingen/Magazijn* voor leerstellige rechtsvergelijking, X, 1993, p. 1 besproken mogelijkheid, die blijkbaar in de VS vrij reëel is, dat de gelaedeerde langs civielrechtelijke weg (ook) schadevergoeding als straf (vergelding) vordert (punitive damage). Dat het civiele recht, dat anders dan het strafrecht, dat zich alleen met 'uitschieters' bezighoudt, derhalve het recht slechts fragmentair verwerkt (het is een 'gesloten systeem': art. 1 lid 1 Sr), alle mogelijke tussen burgers denkbare problemen omvat, en derhalve op processueel niveau de partijen eveneens in dit opzicht welhaast volstrekte vrijheid biedt (ik laat hier even de term 'open systeem' vallen), ook dit typisch tot het strafrecht behorend onderwerp zou kunnen worden toegewezen waag ik overigens te betwijfelen. Wij hebben hier dus te maken, zo voeg ik hieraan toe, met

het omgekeerde model van de zoëven genoemde door de strafrechter op te leggen en aan de gelaedeerde uiteindelijk ten goede komende schadevergoeding(s) (maatregel).

Tot dusverre hebben wij vermeden tegenover het materiële, het 'sachliche' recht, zeggen de Duitsers, de term formeel recht te bezigen. Naar klassieke-Griekse trant onderscheiden wij echter ook hier vorm en inhoud, waarbij wij de strafwet als de inhoud van het recht, en de regels die bepalen hoe deze moet worden toegepast, 'gerealiseerd' tot de vorm, de forma, moeten rekenen. Welnu, deze regels zijn in beginsel (zie art. 1) exclusief te vinden in ons Wetboek van Strafvordering (men zal bijvoorbeeld in een APV wel materieel strafrecht, doch geen bewijsregels, of een niet-ontvankelijkheidsbepaling vinden), maar er zijn uitzonderingen. Zo zal men ook in ons materiële wetboek veel procesrecht kunnen aantreffen, bijvoorbeeld inzake de beslissing over de vordering tot tenuitvoerlegging van een VV, en zijn er ook topics, die bij ons tot het materiële recht gerekend worden, elders niet zelden tot het formele. Ik noem even het ne bis in idem (ten onzent art. 68 Sr, maar in België art. 246, 360 Sv B en in Duitsland art. 246 St.P.O.).

De formele bepalingen in het strafrecht willen, dat binnen een zo kort mogelijke tijd wordt vastgesteld, of degene die vermoed wordt de dader van het strafbaar gestelde feit te zijn inderdaad de schuldige is, en mitsdien (zo nodig) gestraft wordt, en anderzijds de vervolgde burger in zijn menselijke en processuele rechten wordt beschermd: De realisering van het (straf)recht geschiedt niet 'um jeden Preis'. Dit in de praktijk vaak tot spanning aanleiding gevende tweeledig doel, waarover wij uiteraard straks meer zullen zeggen, heeft meegebracht (wij deden dat al uitkomen), dat onze straffordering talloze vormen en daarmee gelijk te stellen regels kent, waaraan de adressaten, rechter en officier – de verdachte meer als dulder – gebonden zijn.

Nu gaat in de samenleving, ook in het recht, grotere vrijheid voor de een, doorgaans gepaard met een kleinere voor de ander. Zulks impliceert dat in het civiele proces de beschikkingsvrijheid van partijen meebrengt dat de rechter (wij deden dit al uitkomen) slechts een beperkte mogelijkheid tot ingrijpen heeft. Zo zal hij gebonden zijn aan hetgeen door hen wordt aangevoerd, ook wat de bewijsvoering betreft (art. 176 Rv), terwijl de strafrechter ten onzent, gebruik makende van voormeld netwerk van regels, het heft in handen kan houden, en anderszijds bijvoorbeeld ondanks een dampende schotel vol

bewijsmateriaal, zijn geweten raadplegende tot vrijspraak kan komen. Ook in een geval waarin de verdachte zelf *coûte que coûte* veroordeeld wil worden. De officier kan zelfs in zo'n geval weigeren een strafvervolgning te beginnen.

Voorts zal in het civiele proces de persoon van partijen doorgaans niet van belang zijn. Die worden daar vertegenwoordigd door hun procureur, terwijl het geding bovendien grotendeels is verschriftelijkt.

Het strafgeding is, zij het dat zulks in de prille voorfase soms niet duidelijk is, en daar de zaak zelf nog vooropstaat (soms is er zelfs geen met *personalia* aan te duiden verdachte), persoonsgericht, afgestemd *ad personam*. Het mikt, ook anders dan in het straks nog wat zijn formele kant te noemen bestuursrecht niet, althans niet de in de misdrijfsector, op de burger *q.q.*, maar op de individuele mens met zijn goede en slechte eigenschappen. Het is, zoals ik ergens in de door mij geraadpleegde dikke Duitse boeken las, een 'verdachte-proces'. In beginsel wordt deswege verwacht (in het buitenland is dat allemaal nog duidelijker in de wet vastgelegd; wij spreken daarover nog verderop als het verstek ter sprake komt) dat de verdachte aanwezig is, en als hij niet in staat is het proces bij te wonen (ik knoop hier uiteraard aan bij art. 14) zal de rechter de zaak moeten aanhouden, hetgeen – Menten was daar destijds ook op uit door zich krankzinnig te houden; hij was niet van plan ooit weer beter te worden – inhoudt, dat de officier *in facto* (voorlopig) niet ontvankelijk wordt verklaard.

Deze aanwezigheidsveronderstelling impliceert ook, dat de informatie-uitwisseling mondeling is. Ook wat het bewijs betreft geldt het *fides ex auditu* of, als u het minder christelijk geformuleerd wil hebben, het oraliteitsbeginsel. De praktijk, zo zal men van alle kanten worden tegengeworpen, is echter anders. Momenteel lijkt het strafproces soms op een verificatievergadering, en berust bijvoorbeeld het bewijs op het pv van de politie (art. 344 lid 2) op het gvo van de R-C. Dus ook hier verschriftelijking.

Tenslotte teken ik nog aan, dat het strafproces, dat veel meer dan het civiele, de belangstelling van de media geniet, een sociaal-hygiënische betekenis heeft. De ongrust geworden samenleving ervaart nu wat er zich heeft afgespeeld. (Vergelijk over dit punt A.A.G. Peters, *diss.*, p. 291.)

In het historische deel van zijn preadvies leert Knigge ons, dat in het verleden, eeuwenlang, tussen civiel- en strafproces geen waterschei-

ding bestond, en dat in het strafproces zaken van minder grote importantie *civielijk* werden afgedaan. In de Code d'Instruction, die wij in facto in 1838 overnamen is deze variant echter niet meegenomen. Ik voeg hier wederom op voetspoor van Knigge aan toe, dat met name in de voorfase het proces zeer inquisitoir was, maar dat in het hoofdgeding het 'openbare' strijdmodel gold, zij het anders dan in Frankrijk, zonder jury. Men zou kunnen denken, dat deswege dit proces ten onzent nog meer inquisitoir was dan in Frankrijk, maar daar staat tegenover dat een aantal oorspronkelijk voor het juryproces geschreven regels (wellicht het bepaalde in de art. 277 en 320, die – wat voor een strafproces als het jury-geding eenvoudig een must is – moeten bewerkstelligen, dat het proces in énen verloopt) ook bij ons is blijven gelden.

Strafprocesrecht en het (nieuwe) bestuursprocesrecht

Hiervoor maakten wij reeds terloops een paar vergelijkingen tussen straf- en civielproces met het doel de eigen aard van het eerste wat te verduidelijken. Daarbij deden wij o.m. uitkomen, dat de toepassing van het strafrecht door de overheid gemonopoliseerd is. Alleen staatsorganen zijn met vervolging en berechting belast. Bovendien wordt het (zij het in afnemende mate vanwege de uitbreiding van de transactiemogelijkheid, voor eenvoudige misdrijven zelfs toegestaan aan de politie) slechts in de praktijk gebracht door middel van een proces. Wil men iemand in de gevangenis hebben, dan zal een strafproces noodzakelijk zijn. In het civiele recht kan, uitzonderingen daargelaten, alles buiten de rechter om worden geregeld.

Dit laatste is, zo ik zie, ook met het bestuursrecht het geval. Dit brengt mij op de gedachte, die blijkbaar bij de gerenommeerde schrijvers⁽⁸⁾ hierover nog nauwelijks is opgekomen, enkele springende punten van het bestuursprocesrecht dat, op 1 januari 1994 toen de Algemene wet bestuursrecht (Stb. 1992, 315) van kracht werd, in werking is getreden, te vergelijken met die van het strafprocesrecht.

(8) Eén van de uitzonderingen is A.F.M. Brenninkmeijer, De toegang tot de rechter, 1987. Ik raadpleegde voorts de bundel Nieuw bestuursprocesrecht (red. J.B.J.M. ten Berge), 1992; voorts de NJV-pleidvieszen 1992 van A.F.M. Brenninkmeijer, P.C.E. van Wijmen en J.H. Blaauw, en op de valreep de bijdragen in het NJB van 7 januari 1994, waarvan voor ons vooral die van Brenninkmeijer, p. 12 van belang was.

Allereerst is het goed op te merken, dat anders dan in het strafproces, waar het *nemo iudex sine actore*-beginsel lückenlos geldt, in het bestuursproces de burger de initiatiefnemer is. Hij acht zich (onrechtmatig) getroffen door een overheidsbesluit, bijvoorbeeld een WAO-vaststelling of een ontslag als ambtenaar (niet de burger, maar de overheid is dus hier de 'dader'), en adieert, na zonder succes een bezwaarschrift te hebben ingediend, de rechter met een beroepschrift. In het civiele recht stelt men dat als dan gesproken kan worden van een rechtsbetrekking. Ook in het bestuursrecht doet men dat. Voor het strafproces is dat gecompliceerder. De officier is immers geen 'echte' wederpartij van de verdachte.⁽⁹⁾ Anders dan in het strafproces, en ook vaak in het civiele, is niet de dagvaarding het inleidende papier. Bovendien mist men in de bestuursproces de figuur van de mede de belangen van de (verdachte) burger waarnemende Officier van Justitie. Ook het doel is totaal anders. De kans, dat een diffamerende veroordeling (ethisch Unwerturteil), met name een gevangenisstraf volgt, is uitgesloten. Dat alles zal uiteraard op de inrichting, ook op de sfeer,⁽¹⁰⁾ van het proces invloed hebben, al zijn er ongetwijfeld ook weer raakvlakken. Zo wordt ook het bestuursproces anders dan het civiele liefst ononderbroken voortgezet, dus geen zelfstandige toetsing van tussenbeslissingen. Verder signaleer ik, dat het hier eveneens primair gaat om een vaststelling *ex tunc*, derhalve om de materiële waarheid. Ook is er, zo begrijp ik, een zekere beperking van het geschil, nl. gebondenheid aan de omvang, zoals het aan de rechter wordt voorgelegd, al is hierover de nodige discussie; verder geen *reformatio in peius*. Het *non extra petitum* geldt, zo men weet, in het strafrecht ook, zij het dat ook bij ons hierover (zo wij zullen zien) zich discussie ontwikkelt. Een *reformatio in peius*-verbod kennen wij in het strafrecht niet: De rechter in appel kan zwaardere straffen dan die in eerste aanleg en in beide instanties kan het OM worden overtroefd. Als echter alleen de verdachte in appel is gegaan, kan de appelinstantie slechts met algemene stemmen tot een hogere straf besluiten, (art. 424 lid 2 Sv), en

(9) Hij behartigt immers ook de belangen van verdachte. Alleen bij de transactie is er een regelrecht relatie. Zie ook De Roos en de inaugurele oraties van Schalken (VU, 1987, o.m. p. 14) en Mevrouw Cleiren (Erasmus, 1992, p. 13 en 22).

(10) Het strafproces is, althans in de misdrijfsector niet, zoals het nieuwe bestuursprocesrecht dat vooral wil zijn, 'burgervriendelijk' (M. Scheltema, De Volkskrant, 3 januari 1994).

de officier mag geen misbruik maken van deze regeling door alleen deswege in appel te gaan. Ook in cassatie wordt de verdachte beschermd. Zo profiteert hij van het ambtshalve door de Hoge Raad casseren. Het OM niet.

De bestuursrechter is vrij in de waardering van het bewijs, hetgeen hij dus gemeen heeft met zijn strafrechtelijke collega, wiens overtuiging alleen als hij bewijs aanneemt gebonden is aan de bewijsmiddelen en daarmee gelijk te stellen voorschriften (art. 338), waarmee de bestuursrechter weer niet of nauwelijks van doen heeft. In dit opzicht is hij zelfs vrijer dan zijn civiele collega, die bijvoorbeeld te maken heeft met art. 189 Rv e.v. Stel- en bewijslast worden naar redelijkheid en billijkheid verdeeld, dus net als in het civiele proces, maar weer anders in het strafproces, waar formeel de rechter, maar *in facto* de officier de grote bewijzer is.

Tenslotte neem ik nog, dat ook in het bestuursproces geopteerd wordt voor rechtsbescherming van de burger (boven de vroeger door Loef verdedigde toezichtsfunctie op de overheid) en dat ook de straks nader te noemen beginselen van goede procesorde door Hoge Raad en Centrale Raad van Beroep worden gchantoord (hoor en wederhoor, behoorlijke motivering enz.). De rechter is in dit model, evenals de strafrechter, 'actief'. Deze laatste kan anders dan zijn bestuurscollega de veroordeelde echter niet in de proceskosten verwijzen. Interessant is, dat de rechter (wat vroeger niet kon) de burger een schadevergoeding kan toekennen. Zo men weet is dat in het strafproces niet mogelijk. De burger moet daarvoor een aparte procedure beginnen. Vergelijk art. 98 en 591 e.v.

Overtreding van de spelregels

Aan vormen, normen of – wat ik nu maar stel – spelregels heb je weinig, wanneer ze niet worden nageleefd. Die naleving is toevertrouwd aan de rechter. Die zorgt bijvoorbeeld dat getuigen mededelen, wat ze hebben waargenomen, dat deskundigen naar beste weten en geweten verklaren, dat de verdachte het laatste woord krijgen enz. En als een procesdeelnemer zich niet aan zijn instructies houdt, zal hij ingrijpen. Hij zal een verdachte die onzin gaat uitkramen of begint te schelden, het woord ontnemen, en een weigerachtige getuige gijzelen (art. 289).

Quid, wanneer de rechter zelf te kort is geschoten, zoals bijvoorbeeld kan blijken uit het pv van de terechtzitting? Afgezien van casus non

dabiles als het opzettelijk onjuiste gegeven (doen) vermelden in het pv, hetgeen valsheid in geschrift zal inhouden, zal zo'n *error quoad processum* betekenen dat zijn vonnis in appel door de hogere rechter nietig wordt verklaard, normaliter dus door het Hof, dat dan doorgaans de zaak opnieuw behandelt (art. 422 lid 1). Soms zal dat gebeuren door de Hoge Raad, die dan vaak de zaak naar een ander Hof stuurt om haar opnieuw te onderzoeken (art. 441). Zolang nietigverklaring door een hogere rechter achterwege blijft wordt een serieus vonnis, hoe fout ook, voor bestaand gehouden. Vergelijk A-G Lijten vóór HR 16 oktober 1987, NJ 1988, 841.

Ik hoef, kan althans, hier niet uiteen te zetten, dat wij onderscheiden tussen in de wet uitdrukkelijk met nietigheid (dus eigenlijk met vernietigbaarheid) bedreigde vormfouten, en de (ik meen door de Hoge Raad op 6 maart 1911, W 9162 geïntroduceerde) substantiële nietigheden. De wettelijke nulliteiten zijn, zoals verderop ook nog even zal blijken, langzamerhand door de Hoge Raad, met name als de vormschending geen nadeel opleverde, gerelativeerd, tenzij het ging om zeer belangrijke, die – om een uitdrukking van Röling te gebruiken – het procesniveau moeten garanderen, zoals bijvoorbeeld het niet houden van het proces in het openbaar (art. 362; zie voorts 121 Gr.w en 20 RO).

Ook in de voorfase kunnen ongelukken gebeuren. Aanvankelijk heeft men, afgezien van bijvoorbeeld de sanctie nietigheid van de dagvaarding, de rechter, vóór het geding een aanvang, nam in de gelegenheid gesteld het verzuim te herstellen (art. 256) zonder dat zulks verder doorwerkte op het proces, maar in de loop van de tijd (wij zullen dat verderop ook nog zien) leidde dat tot niet-ontvankelijkheid van de officier, soms ook tot besmetverklaring van het onrechtmatig verkregen bewijs, en daarmee niet zelden tot frustrering van het jus puniendi.

Crime prevention/due process I

Wij zullen ons – het bleek reeds uit het voorgaande – voortdurend voor ogen moeten houden, hetgeen de Amerikaan H.L. Packer in zijn in 1968 verschenen publikatie *The limits of the criminal sanction* heeft gedemonstreerd met behulp van de slogans 'crime prevention' (ik vertaal dat maar met bescherming van de maatschappij tegen criminaliteit) en 'due process'. Of om Duitse termen te bezigen: 'Funktionstüchtigkeit' tegenover 'Justizförmigkeit'. Aan de ene

kant dus de noodzaak, dat de overheid de criminaliteit bteugelt (inperkt) – uitroeien zoals fascistische, communistische en fundamentalistische regimes wel trachten te praktizieren is onmogelijk-, anderzijds zal de methode, dus met name de procesvoering, behoorlijk dienen te zijn. Geen veroordelingsmachines dus, zoals die van André Wysjinski of Roland Freisler. Het blijkt echter, dat ook in een cultuurstaat als de onze met een respectabele, de rechtvaardigheid nastrevende, overheid over het juiste evenwicht tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming (Foqué/'t Hart) in de loop van de tijd verschillend is gedacht.

Er zijn perioden aanwijsbaar, waarin het accent sterk is gelegd op het eerste, de bescherming van de maatschappij, maar ook tijden, waarin dat anders was. De befaamde VU-theoloog H.M. Kuitert stelt ergens: de theologie kan niet over de grenzen van haar tijd springen. Welnu, dat geldt ook hier. Onze discipline bevindt zich niet in het luchtledige, maar in een bepaalde maatschappelijke en culturele context. En zelfs uit de rechtspraak van het Europese Hof, waarover wij op gezag van collega Meijers verderop nog een paar vluchtige opmerkingen maken heeft Schermers afgeleid, dat het EVRM 'must be interpreted in the light of the present-day conditions'. Kortom, een statisch evenwicht is, zo kan men gerust zeggen nooit aanwijsbaar: Wanneer in de maatschappij het overheidsgezag meer 'power' krijgt, zal reflex zijn, dat ook de handhaving van het overheidsrecht, zoals dat in het strafproccsrecht wordt gerealiseerd, een zwaarder accent krijgt. De werkelijkheid is natuurlijk niet zo simpel. Zo zal er niet zelden sprake zijn van een samengaan, of van een noodzaak het overheidsgezag te versterken, louter omdat de criminaliteit uit de hand dreigt te lopen.

Maar misschien ben ik er niet volkomen naast (ik maak nu een paar geweldige hazesprongen door de geschiedenis) wanneer ik stel, dat in de vorige eeuw, ook in de tijd dat ons Wetboek van Strafvordering danig werd gewijzigd (1886), het overheidsgezag, een heilige althans uiterst respectabele zaak was, kortom veel sterker was dan nu, hoezeer de onderdaan, primair de gezeten burger (ik ontleen dit aan Röling), maar ook de op burgerschap aanspraak makende mindere man, in de Nachtwakerstaat tegen regels overschrijdende autoriteiten met behulp van de *law of the books* werd beschermd. Rechter en officier, beiden typische vertegenwoordigers van de sociale bovenlaag namen echter in het processuele gebeuren een dominerende plaats in, en het effect van de beschermende normen en vormen was,

gelet op de legalistische aanpak geringer. Dat zal a fortiori gegolden hebben voor de voor-fase. In het proces zelf – wij kunnen dat allemaal lezen bij Knigge – werkte men, zij met handhaving van de inquisitoire impact, met het partij-model, en golden bijvoorbeeld voor het bewijs strikte voorschriften. Zo mocht geen recht worden gedaan op verklaringen van getuigen die neerkwamen op relazen van hetgeen ze van een ander hadden gehoord. Zie bijvoorbeeld HR 18 januari 1848, W 910.

De makers van ons wetboek – ik denk met name aan de commissie van voorbereiding – hebben, zo bij mevrouw Sorgdrager kunnen wij lezen, het strafproces een meer contradictoir karakter willen geven en ook het onmiddellijkheidsbeginsel, zoals dat ook in Duitsland werd gepraktiseerd, duidelijk willen accentueren. Ik denk aan het zoëven genoemde de auditu-verbod (art. 342), en een bepaling als 341 lid 3, dat een verklaring van een verdachte niet mag strekken tegen een medeverdachte. En in art. 29 werd bepaald, dat de verdachte vóór het verhoor moest worden medegedeeld, dat hij niet tot antwoorden verplicht was, de zg. cautie. Maar, zo kan men eveneens van mevrouw Sorgdrager vernemen, helemaal geslaagd is men in dat streven niet. Zo is het invoeren van de in het angelsaksische accusatoire model passende cross-examination niet gelukt.

Maar ook hetgeen wél in het wetboek kwam, kwam niet altijd uit de verf. Zo bepleitte kort na de invocring Taverne, invloedrijk lid van de strafkamer van de Hoge Raad, dat zo'n getuige ook inhoudelijk zou mogen worden aanvaard (TvS 36, p. 115) en het duurde niet lang, 26 december 1926, NJ 1927, 85, of de Hoge Raad ging overstag. Een soortgelijk lot trof het zoëven genoemde art. 342 lid 3, door de Hoge Raad aldus opgevat, dat het verbod slechts gold ten aanzien van verdachten in dezelfde strafzaak, zodat formele splitsing van de zaak bij het begin van de terechtzitting, hetgeen een factisch gelijktijdige behandeling derhalve niet uitsloot, voldoende was. Taverne noemde dat 'de moderne behandeling van vormvoorschriften'. Zie zijn noot onder HR 14 oktober 1935, NJ 1936, 56. Ik voeg hieraan nog toe HR 14 januari 1935, NJ 1935, 494, waar het verbod om het bewijs te doen steunen op één getuige (unus testis, nullus testis) werd afgezwakt doordien goed gevonden werd, dat zulks niet verhinderde, dat de essentie van het bewijs op zo'n enkele verklaring mocht rusten. Tenslotte noem ik het niet met nietigheid sanctioneren van het cautiegebod: HR 23 februari 1931, NJ 1932, 654, en HR 8 juni 1931, NJ 1932, 1550, waar het verbod van art. 341 lid 4 het

bewijs enkel te laten rusten op de verklaring van de verdachte op vergelijkbare wijze werd verzacht. Zo was bij verduistering van geld door een postbesteller voldoende: 's mans bekentenis + de verklaring van iemand anders dat de man postbesteller was.

Natuurlijk had dat te maken met de praktische instelling van Taverne (Hans Nijboer heeft er terecht op gewezen, dat Taverne de pest had aan alle dogmatisme), maar misschien ook met zijn ongeremde sympathie voor de Duitse (rechts)cultuur en een dienovereenkomstige afkeer van die van het perfide Albion, een trek die hij – ik ontleen dit aan mondelinge informatie van Röling, familielid van Taverne – met meer oud-marine-officiëren gemeen had.

Doch hoe dat ook zij, deze gedachten pasten wonderwel in een in het Europa van de jaren dertig allerwegen te signaleren cultuurgolf, die men wel als de autoritaire kwalificeert en die in Duitsland, Italië en Rusland op den duur de staat met inbegrip van de justitie in een volslagen criminele organisatie veranderde. Deze richting, die in het Nederlandse strafrecht doorgaans door volstrekt integere mensen die alleen maar de bedoeeling hadden de democratie tegen voormelde uitwassen veilig te stellen werd vertegenwoordigd – ik laat de namen vallen van de rechters Nico Muller en A.J. Marx – vindt men ook in de architectuur (waarover de NRC 24 juni 1988). Een goed voorbeeld was de imposante zittingszaal van het vroegere Hoge Raadsgebouw aan het Plein, voltooid in 1938.

Sterk was deze voorkeur ook aanwijsbaar in de NJV-vergadering 1934, met name aangewakkerd door het preadvies van Hooykaas. (11) Ik herinner slechts aan het met 43 tegen 28 stemmen met ja beantwoordd vraagpunt: Komt bij de bescherming van de individuele vrijheid de gemeenschap te kort? Deze tendens heeft zich na WO II voortgezet. Ik noem bijvoorbeeld het arrest van de Hoge Raad van 25 oktober 1949, NJ 1950, 127: De rechter mag een verklaring van een verdachte splitsen, en bijvoorbeeld, ook als de strekking ervan in haar geheel ontkennend is, toch onderdelen uithalen die wel voor het bewijs kunnen dienen.

Ook de wetgever liet zich niet onbetuigd. Zo werd in de jaren dertig (Wet van 22 mei 1937, Stb. 202) de cautie weer afgeschaft, en werd in de Wet op de economische delicten, ingevoerd in 1951 o.m. bepaald (art. 57), dat vormverzuimen niet tot cassatie mochten leiden, als door het verzuim de procespartijen, met name de verdachte dus,

(11) Het andere was van Marx.

niet kon zijn geschaad. Ook in het Besluit Bijzondere Gerechtshoven werd in 1947 (Stb. H 206) zo'n bepaling opgenomen, hetgeen tot gevolg had, dat een beroep op vormverzuim (denk aan de processen Mussert, Rauter, en later – gevoerd voor de Hoge Raad – Menten) door de cassatierechter doorgaans werd afgewezen. Ik noem hier slechts BRvC 8 november 1948, NJ 1948, 66; 20 maart 1950, NJ 1950, 304 en 20 maart 1950, NJ 1950, 305.

Tenslotte verwijs ik nog naar de in cassatie in strafzaken door de Hoge Raad opgetrokken papieren muur, die eveneens de mogelijkheden een in strijd met essentiële bepalingen gevoerd proces vernietigd te krijgen uitsloot. Voorbeeld: Geklaagd wordt dat de R-C naderhand als politierechter op de zaak heeft gezeten, zulks in strijd met art. 268. De klacht was ongegrond volgens de Hoge Raad, omdat 'naar het beginsel van de cassatieprocedure' de feitelijke grondslag niet bewezen was. HR 3 oktober 1927, NJ 1927, 1451, W 11733.

Crime preventious/due process II

Langzamerhand kwam er echter een kentering. Reeds in 1962, dus in de dageraad van de volgende periode, wees de Hoge Raad een opmerkelijk arrest betrekking hebben de op de bloedproef die aan chauffeurs, die van te veel drankgebruik worden verdacht, wordt afgenomen. Die mocht alleen maar tot het bewijs meewerken, wanneer de bloedprik was gedaan met toestemming van de verdachte chauffeur: HR 26 juni 1962, NJ 1962, 40, het zg. tweede bloedproef-arrest. Belangrijker is echter te melden, dat nog in 1956 niemand minder dan Feber, later president van de Hoge Raad, in een NJV-preadvies kon stellen, dat er geen enkele reden was, waarom een verdachte niet tot afgifte van zo'n bloedmonster zou mogen worden verplicht. De vergadering was echter (reeds) tegen, en wel met 'tamelijk grote meerderheid'.

In de jaren zeventig zette de omslag goed door. Het werd tijd voor (wat men in Haagse kringen wel noemde; zie ook Bronkhorst-bundel, p. 218) 'detavernisering'. Sociologisch gezien had deze wending te maken met de overgang van de hiervóór gans algemeen aangeduide beperkte, zo men wil selectieve, democratie naar de massademocratie. Die impliceerde een groeiende onwil tot het accepteren van een vormhandhaving die niet uit het concrete belang te begrijpen viel. De contestatie van het gezag (Berkeley, Parijs en Maagdenhuis), de ni-

velling van de ondergeschiktheidsverhoudingen en de vergroting van de persoonlijke vrijheden zal dit alles gestimuleerd hebben.

Als voorbeeld noem ik HR 19 oktober 1971, NJ 1972, 493: Het ging hier om iemand uit Nijkerk (ik meen een aanhanger van boer Koeboek), die een bezwaarschrift tegen de dagvaarding (inhoudende het verwijt dat zijn melk niet was goedgekeurd) had ingediend. Hij kreeg op 24 mei tien voor zeven het bericht (toen werd hem de betreffende oproep uitgereikt), dat hij de volgende dag om twaalf uur voor de Rb in Utrecht moest verschijnen. Toen hij niet kwam heeft de Rb de zaak toch afgedaan en hem naar de openbare zitting verwezen. De man ging in cassatie, en de Hoge Raad heeft toen eigenhandig de dagaanzegging bekeken en gezegd, dat je niet kon zeggen, dat de man in dat geval behoorlijk was opgeroepen, schoon de oproep niet behoorde tot de stukken, 'waarvan de Hoge Raad kennis placht te nemen'. M.a.w. – aldus ook Bronkhorst in zijn noot – in de papieren muur was een flinke bres geschoten. En zo is deze gesloopt, net als de Berlijnse muur, die eveneens verhinderde dat het recht de werkelijkheid bereikte.

Belangrijk was, dat de Hoge Raad er langzamerhand toe overging de gemaakte vormfouten niet te relateren aan de schending van een of meer wetsartikelen, of een samenstel daarvan (voorbeeld HR 15 februari 1949, 1949, 305, toen het uitbrengen van een tweede dagvaarding 'pending a proceeding for the same offence', ongeoorloofd werd geacht), maar aan, wat ik nu maar korthedshalve noem (beginselen van) een goede procesorde. Als voorbeeld noem ik HR 25 mei 1978, NJ 1979, 358, het eerste Menten-arrest: Had Mr Donker, de toenmalige Minister van Justitie Menten inderdaad toegezegd dat hij nooit meer vervolgd zou worden voor hem wel aangewreven oorlogsmisdaden, dan zou de vervolging die nochtans plaats had gevonden in strijd zijn met een goede procesorde. Hier mis ik nog het woordje beginselen, maar die zijn er legio aan te wijzen. Ik noem bijvoorbeeld HR 12 december 1978, NJ 1979, 142. Zie ook HR 29 mei 1979, NJ 1979, 495: Toetsing (overigens negatief uitgevallen) van het opsporingsbeleid van het OM aan fundamentele beginselen van de rechtsorde. J.A.W. Lensing heeft over deze ontwikkeling in DD 1988, p. 960 een bociend artikel geschreven en noemt tientallen voorbeelden. Hetzelfde geldt voor mevrouw C.P.M. Cleiren, Beginselen van een goede procesorde, diss. Leiden, 1989. Van de beginselen, ook aanwijsbaar in de andere hiervóór aangeduide civiele- en administratieve procesmodellen en onmiskenbaar grotendeels afge-

leid uit de beginselen van behoorlijk bestuur,⁽¹²⁾ door hen aangehaald, noem ik hier het vertrouwensbeginsel, het verbod van détournement de pouvoir (officier gaat alleen in appel om te voorkomen, dat de appelrechter slechts met een eenparigheid van stemmen een hogere straf kan opleggen: HR 22 juni 1982, NJ 1983, 73), het gelijkheidsbeginsel, het recht op voorbereiding van de verdediging (het anti-verrassingsprincipe; wij gaven hiervoor een voorbeeld). En zo zijn er nog veel meer.

Deze accentuering van de processuele bescherming van de verdachte heeft in criminalibus de verhouding van het procesrecht tot het materiële recht danig veranderd. Het strafrecht werd vanaf die tijd sterk processualistisch benaderd: 'De meest essentiële beginselen en regels zijn die welke de procedure betreffen. Van de procedure zal het afhangen of de premissen van het materiële recht kunnen worden gerealiseerd.' Aldus in zijn in 1956 te Leiden verdedigde dissertatie 'Opzet en schuld in het strafrecht' A.A.G. Peters, spoedig daarna een van de leidende juristen in de neo-Utrechtse school. In die voorstelling is de advocaat geen 'beggar for clemency', maar zal hij zich inzetten voor de bescherming van de mens, als rechtssubject tegen op macht berustend overheidsoptreden, en voor de emancipatie van de niet zelden door gebrekkige en onrechtvaardige wetten achtergestelde en ingeklemde burgers en groepen. Kortom, de 'mondige' burger deed ook in het strafproces zijn intree.

Stimulansen EVRM en SC

De zoëven geschetste ontwikkeling kreeg sedert het eind van de jaren zeventig een krachtige stimulans: In 1954 was ons land nl. toegetreden tot het in 1950 te Rome gesloten Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), dat echter jarenlang voor Nederland slapend is gebleven. Het was om Corstens te citeren uit een opstel in de Franse bundel *Les atteintes à la Liberté avant jugement en droit pénal comparé* (red. Jean Pradel), Parijs 1992, al die tijd slechts 'une belle déclaration qui avait peu d'importance pour une

(12) Aldus ook A.J.A. van Dorst, *Vervolgingsbeletselen*, Zwolle 1989, p. 91. Toch zijn er essentiële verschillen, waarover mevrouw C.P.M. Cleiren, DD 1990, p. 497, omdat wij hier, ook in de voorfase nu eenmaal met recht, niet met bestuur te maken hebben.

Etat de droit comme les Pays Bas', (13) zulks ondanks vele inspirende NJCM-artikelen e.d. van Egbert Myjer, de huidige Haagse A-G, en anderen. Maar eind zeventig, begin tachtig, toen ook de Straatsburgse rechtspraak evolueerde, begon de invloed merkbaar te worden. Zo verklaarde het Bossche Hof met goedkeuring van de Hoge Raad met een beroep op art. 6 EVRM, dat voorschrijft dat een proces moet plaatsvinden 'within a reasonable time' een Officier van Justitie niet-ontvankelijk in zijn strafvervolgning, omdat de zaak te lang was blijven liggen: HR 29 september 1980, NJ 1981, 116.

Nadien zijn nog vele arresten gevolgd. Ik verwijs hiertoe naar: Van Dijk-Van Hoof, de prachtige Groningse introcere de van collega Meijers: Verdrag en Strafproces (1993), en naar het boek van de Groningse strafjuristen A.E. Harteveld, B.F. Keulen en H.G.M. Krabbe, Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht. Centraal staat bij dit alles de eis, dat er behoorlijk geprocedeerd moet worden, door Keulen terecht het 'kernrecht' van art. 6 genoemd.

Daarnaast is ongetwijfeld ook van invloed geweest de rechtspraak van het Amerikaanse Supreme Court, destijds onder het presidiaat van Earl Warren. Ik denk hier met name aan het verbod gebruik te maken van onrechtmatig verkregen bewijs, hetwelk men overigens ook op art. 6 kan baseren. Daarvan heeft de Hoge Raad aanvaankelijk, nl. in het zgn. Marconist-arrest van 7 december 1972, NJ 1972, 197 misschien nog niet willen weten, maar op 18 april 1978, NJ 1978, 365 ging hij in ieder geval om: Het Hof had mochten beslissen op een desbetreffend verweer. Er was in een woning onderzoek gedaan door een onbevoegde. Bewijsmateriaal was dus onrechtmatig verkregen. Zie ook het bekende HR 12 december 1978, NJ 1979, 142. Hier was bewijs verzameld doordien de politie onrechtmatig de deur van een tuindeur had ingedrukt, een woning was binnengekomen. Huisvredebreuk dus.

De in het EVRM vermelde rechten vindt men overigens ook in het Internationaal Verdrag voor de burgerlijke en politieke rechten van de VN, het zg. Bupo-verdrag (met name art. 14). Ook daarop heeft de Hoge Raad zich wel beroepen, bijvoorbeeld in HR 11 november 1986, NJ 1967, 464.

Het grote verschil tussen EVRM en Bupo is echter, dat het eerstgenoemde verdrag, na gedane klacht, door echte rechters wordt uit-

(13) Men vindt dit alles uitstekend beschreven in het preadvies van collega Sorgdrager.

gelegd, nl. door het Straatsburgse Hof voor de Rechten van de Mens (bovendien voorgelicht door de Commissie voor de Rechten van de Mens; een OM als te Luxemburg ontbreekt, en zal er ook niet komen, wanneer Hof en Commissie 'binnenkort' fuseren). En deze rechtspraak wordt door de Hoge Raad als bindend aanvaard, zij het dan dat wordt aangenomen dat er voor de toepassing op de nationale verhoudingen enige nuancering mogelijk is, de margin of appreciation. Ik citeer Meijers (o.c. p. 5): Er bestaat ruimte voor het oordeel of een inperking van een gewaarborgd recht in concreto onvermijdelijk is. Een en ander heeft te maken met het subsidiair karakter van het beschermingsinstrumentarium van het verdrag ten opzichte van de nationale wet. Zie hierover ook Martens, NJB 1991, p. 471. Als illustratie mag wellicht verwezen worden naar de wijziging die de Hoge Raad heeft aangebracht in zijn jurisprudentie op het stuk van de anonieme getuigen. Vond de cassatierechter het aanvaardbaar goed, dat het bewijs in een strafzaak uitsluitend beruiste op twee anonieme getuigen, na het befaamde Kostovski-arrest van 20 november 1989, A 166 (1990), p. 21 ging het college om, HR 2 juni 1990, NJ 1990, 692, zij het dat aan deze vorm van bewijs niet geheel werd losgelaten (ik laat even het woord 'mainly' vallen), zulks tot teleurstelling van hen, die een loyaler nakoming hadden verwacht. Niet uitgesloten is, dat ook de rechtspraak van de Hoge Raad betreffende de mogelijkheid dat een zaak bij verstek wordt afgedaan, ook al is er een advocaat die zich bereid verklaart de verdachte te vertegenwoordigen, zal moeten worden verruimd, zulks gelet op het nogal radicale rapport van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens van 4 mei 1993. Zie hierover o.m. de NRC van 20 september 1993 en Egbert Myjer in NJCM-bulletin 811. Behalve de rechtspraak heeft ook de wetgever gereageerd. Zo is, ditmaal geïnspireerd door de rechtspraak van het Amerikaanse SC, nl. het in 1969 gewezen Miranda-arrest, de cautie weer ingevoerd in art. 29 (Wet van 29 okt. 1977, Stb. 509). En zij fungeert, anders dan haar in de jaren dertig gesneuveld voorganger, niet als een *lex imperfecta*: Het in strijd daarmee verkregen bewijs wordt (in beginsel) voor tainted gehouden en schending op de zitting leidt tot nietigheid.

Opnieuw een omslag?

Zoals algemeen bekend (men leze hierover echter vooral de inleidende opmerkingen in het preadvies van mevrouw Sorgdrager) is Ne-

derland sinds een kleine tien jaar 'in de ban van de criminaliteit' geraakt, aldus Hans Boutellier in de Volkskrant van 23 december 1993. En de burgerij legt een verband tussen dit verschijnsel en de in de hiervoor aangeduide periode waarin in de rechtspraak veel waarde werd toegekend aan de bescherming van de verdachte. Met name enkele vreemde vrijspraken in zware drugszaken en het wegzenden van de verdachte René in de RaRa-zaak, wekten de nodige irritatie. Deze onrust vond – op zich zelf uiteraard correct – haar weerslag in de volksvertegenwoordiging, kortom in de politiek. De toenmalige Minister van Justitie Korthals Altes reageerde met zijn in 1987 te Assen gehouden 'bergrede' (Gerard Spong), waarin hij stelde, dat de rechtsbescherming inderdaad te ver was doorgeschoten en pleitte voor herstel van het evenwicht. Ook zijn opvolger Hirsch Ballin heeft zich in deze zin uitgelaten. Ik citeer uit een vrij recent interview in Trouw (22 september 1993): 'Ik vind het niet zo fraai, dat zes van de tien Nederlanders zich onveilig voelen. Ik geloof dat iedereen er nu toch van overtuigd is, dat er krachtig moet worden opgetreden. Neem de vormfouten. Ik vind dat een van de ergstelijkste kwesties waarmee we te maken hebben'.

Direct gevolg is geweest, dat nog onder het bewind van Korthals Altes bij Ministerieel Besluit van 13 september 1988 (Stert. 199), aangevuld bij Besluit van 13 januari 1990 (Stert. 109) een commissie ingesteld, die het Wetboek van Strafvordering zou moeten herijken, (14) naar haar voorzitter, de oud-president van de Hoge Raad C.M.J.A. Moons, de commissie-Moons geheten. De tien adviezen zijn inmiddels gepubliceerd in handige pockets. Het eerste, verschenen in 1990, Herziening van het gerechtelijk vooronderzoek is (naar men mag aannemen) geredigeerd door E.P. von Brucken Fock, raadsheer in het Hof te Den Haag, en de andere twee over '1989-1992' resp. '1993' door collega C.J.M. Corstens. Voorts zijn er in opdracht van de commissie diverse studies verricht, waaronder waardevol rechtsvergelijkend onderzoek, o.a. naar het fenomeen vormverzuim in Duitsland, Frankrijk en Italië door collega Tak c.s., en werd de rechtspraak onderzocht door Evert Stamhuis. Ook dit is bijna allemaal boekmatig gepubliceerd.

Heel kort samenvattend en veel te veel weglatend (bijvoorbeeld het

(14) De term 'herijken' zal wel zijn ontleend aan de openingsrede van mr H. Schootstra voor de NJV-vergadering 1978 (HNJV 2, p. 10), en is volgens mr Schootstra afkomstig van professor J.J.M. van der Ven, RMTb 1978, p. 119.

rapport over de voorlopige hechtenis) zou ik als belangrijkste voorstellen willen noemen de afschaffing van alle formele nietigheden op een paar na (bijvoorbeeld de zitting moet openbaar zijn, art. 273, en je moet een verdachte die het getuigenverhoor niet heeft meegeemaakt, vertellen wat de getuige heeft gezegd, art. 292 lid 2), waarbij de rechter (die wordt derhalve de grote afweger van de processuele belangen) overigens maar moet zien, wat hij met de formele nietigheden doet: fout herstellen, straf verlagen, bewijs uitsluiten of OM niet-ontvankelijk verklaren. De *substantiële* nietigheden blijven overigens wel gehandhaafd. En het OM zou méér, de rechter misschien ook, bevoegdheid moeten krijgen fouten in de telastelegging te corrigeren. Belangrijk is echter ook te melden, wat de commissie niet wil. Zo wil zij het gvo van de R-C overeind houden.

De rapporten zijn op 15 september jl. in een zeer druk bezocht, in de VU gehouden, symposium door de Nederlandse strafjuristen besproken zie DD november 1993. De ontvangst was gereserveerd: zo'n 64% van de aanwezigen vond dat de voorstellen nog niet rijp waren, en nadere studie dringend gewenst was, al kan niet ontkend worden, dat de rapporten tot stand zijn gekomen uit het overleg van zeer gezaghebbende strafjuristen, van wie ik om voor de hand liggende redenen noem de voorzitter, Moons, destijds als A-G, later als lid en president van de strafkamer, de grote promotor van de due process-gedachte, en Van Veen, die reeds in 1981 samen met andere oud-leerlingen van Vrij het boekje 'Strafrechtspleging onder spanning/Gedachten over het functioneren van ons strafproces' publiceerde, hetwelk men als een eerste ritseling van een komende verandering zou kunnen beschouwen.

Doch hoe dat ook zij, in ieder geval heeft de wetgever, in facto derhalve de Minister van Justitie en de Staatssecretaris, al het nodige werk verricht. Zo is sinds kort de Wet van 11 november 1993, Stb. 603 inzake de anonieme getuige, waarin op voetspoor van de Hoge Raad en een in 1986 ingestelde adviescommissie het anoniem horen door de R-C gehandhaafd blijft. Verder noem ik de Wet van 23 december 1992, Stb. 1993, 33, waarbij het legitiem af luisteren (etc.) van de telefoon wordt uitgebreid tot fax en computer, alsmede de Wet van 24 maart 1993, Stb. 182 inzake de anonieme verdachte. Penitentiare ingrepen – ik denk alleen al aan de versterkte cellenbouw enz. – laat ik hier maar buiten beschouwing. Eveneens de materiële, al zal ik daar straks nog iets over zeggen. Verder staat er nog het een en ander op stapel, bijvoorbeeld het inmiddels als tot Stb.

1993, 596, opgerukt voorstel inzake het DNA-onderzoek en dat inzake de inzet van richtmicrofoons tegen georganiseerde misdaad (22 047), in Duitsland eveneens aan de orde, en daar aangeduid als 'der grosse Lauschangriff'. Dan noem ik nog het voorstel tot modernisering van het gvo waarbij aan de politie ruimere bevoegdheden worden toegekend (Stcrt. 30 juli 1993, 143) en dat tot verbetering van de betekenisvoorschriften, zodat een dagvaarding aangeboden kan worden aan het officiële woonadres zonder dat zulks na verhuizing complicaties kan geven (Stcrt. 20 augustus 1993).

Voorts is er het reeds oude voorstel, (21 225) de inverzekeringstelling te regelen in verband met de uitspraak van het EHRM, 29 november 1988, A. 145-B (1989) in de Brogan-case: de termijn wordt verlengd van twee tot drie dagen vóór de verdachte wordt voorgeleid (i.c. dan de R-C.) Voorts het wetsvoorstel (TK 23 178) tot uithreiding van de gevallen en gronden voor voorlopige hechtenis, bijvoorbeeld bij recidive van verdachten van vermogensdelicten. In overweging is ook de figuur van de 'kroongetuige' te introduceren.

Het accent valt bij dit alles duidelijk op crime-prevention. Maar zo nu en dan treft men ook iets aan, dat in de due process-rubrick past. Zie de Wet van 8 november 1993 (i.w.tr. 1 januari 1994) inzake de openbaarheid van de raadkamerprocedure. Het na de forse kritiek, ook in de commissie-Moons, intrekken van wetsvoorstel betreffende het verkorte zittingspv en de vereenvoudigde procedure voor de bekende verdachte (TK 19 488) bij brief aan de TK van 19 oktober 1993, nr. 9 kan men misschien ook zo rubriceren, al is, zo vernam ik, *reculer pour mieux sauter* niet uitgesloten.

De Hoge Raad, die derhalve direct met Straatsburg te maken heeft, heeft, voor zover ik zie, zijn in de jaren zeventig sub praeside Moons vastgestelde koers niet duidelijk gewijzigd. Gebruik makende van de margin of appreciation worden vormfouten ook nu gerelativeerd, wanneer de verdachte niet in zijn verdediging is geschaad. In het preadvies van collega De Roos kan men vele voorbeelden vinden, en niet altijd is deze daarmee gelukkig. Hier noem ik even de relativeering van de gevolgen van het cautieverzuim door de politie met het argument: hoewel de verdachte was bijgestaan door een advocaat heeft op de zitting geen beroep gedaan op dat verzuim, dus geen nietigheid in dit geval: HR 13 maart 1979, NJ 1979, 268. Zie ook HR 2 juni 1992, NJ 1992, 731: Verdachte had niet afgezien van door of namens hem opgeroepen, doch niet verschenen getuigen. Hof had toen de zaak zonder hen afgedaan, waartegen men in cassatie pro-

testeerde. HR: verdachte en raadsman hadden ter terechtzitting niets van zich laten horen, dus geen nietigheid.

In dit ameublement past ook de rechtspraak, ingezet met HR 7 april 1987, NJ 1987, 587, toen op voetspoor van het Duitse BGH in het geval van undue delay de mogelijkheid werd geopend de overschrijding te verdisconteren in de strafoplegging, derhalve in een dienovereenkomstige verlaging.

De door de Hoge Raad aangehouden lijn vindt, voor zover ik dit in dit stadium kan nagaan, ook bij de preadviseurs bcgrip, het minst zo wij reeds deden uitkomen bij De Roos, maar die kijkt als advocaat uiteraard extra-kritisch. Hier noem ik nog het door hem niet aanvaarde HR 16 juni 1987, DD 1987.567, waar de raad akkoord ging met het niet opgeroepen zijn van de raadsman. Dat het college zich enigszins distantieert van de m.i. inderdaad wel erg ver gaande mensenrechtenbescherming door de Straatsburgse instanties (ik denk bijvoorbeeld aan het befaamde Borgers-arrest van 30 oktober 1991, NJ 1992, 73, waar, wat vaker gebeurt, de *appearance* en niet de *reality* beslissend werd geacht) heeft uiteraard iets te maken met de omstandigheid, dat een nationale toprechter nu eenmaal ook (rechtstreeks) de bescherming van de maatschappij ter harte gaat (waarmee niet wordt gezegd dat dit topic de Straatsburgers koud zou laten: Meijers, o.c. p. 20). Had de Hoge Raad helemaal op Straatsburgse kompas gevaren, dan had zich gelet op de hiervóór aangeduide ongerustheid van publiek, parlement en regering een conflict kunnen voordoen als in de jaren zestig dreigde in de VS, toen men zich in het congres grote zorgen begon te maken over de rechtspraak van het Earl Warren-court, en men aanstalten maakte deze rechtspraak met wetgeving te doorkruisen. Vergelijk over dit alles de conclusie van het OM vóór HR 18 april 1978, NJ 1978, 365, waar wordt geattendeerd op de beschrijving van dit conflict door Fred P. Graham, correspondent bij het SC, in zijn boek *The due process revolution* (9e druk 1977/8). Maar ook daar is alles 'goed' afgelopen: Earl Warren is in 1969 vervangen door de conservatieve Burger, en onder diens leiding (en die van zijn opvolger Rehnquist) is op een wijze vergelijkbaar als ten onzent toegepast door de Hoge Raad de destijds zo liberale aanpak wat afgezwakt. Zo werd de rechtspraak inzake het tainted verklaren van onrechtmatig bewijs o.m. beperkt doordien zulks niet werd aangenomen als sprake was van goede trouw bij de politie (de good faith-theorie).

Ik wil overigens niet verhelen dat de afzwak-methode in Nederland

naast (kritisch) begrip ook wel irritatie opwekt. Als voorbeeld citeer ik een passage uit de in het Ned. Dagblad van 9 juni 1991 vermelde rede van UvA-collega Rüter: 'De HR is sinds enige tijd bevangen door een ziekte die men in Amsterdam juist probeert te bestrijden: de gedoogziekte. Dit hoge college heeft een stempel laten maken, waarmee het bijna iedere uitspraak in een strafzaak waarbij iets is misgegaan met vreugde voorziet van de afdruk: Moet kunnen'. Ook mevrouw Cleiren (o.c., p. 35) acht alsdan wettelijke permissie nodig.

Slotsom

Mijn conclusie is, dat ondanks de grote veranderingen in maatschappij en recht de grondgedachte van de makers van het wetboek, en daarmee van onze strafvordering, dat er gestreefd moet worden naar een evenwicht – de MvT bezigt het woord verzoening⁽¹⁵⁾ – tussen bevoegdheidstoebedeling aan de opsporende en vervolgende overheid vanwege (wat de Belgische schrijver Franchimont in zijn Manuel procédure pénal, 1989 Luik ergens noemt) de 'nécessité collective' en toebedeling van rechten aan de verdediging vanwege de evenzo gewichtige 'nécessité du respect de la personne, de sa liberté en de ses droits', overeind is gebleven,⁽¹⁶⁾ en daarmee de gulden snede van het wetboek, waar in de voor-fase het inquisitoire moment zwaar weegt, en in het hoofdgeding het accusatoire. Dat het belang van de gemeenschap zou vergen, dat wij terug moeten naar de negentiende eeuwse toestanden wordt door niemand serieus betoogd, en evenmin is aannemelijk, dat de ruimere erkenning van de verdedigingsrechten van de verdachte, zoals die door de hiervóór vluchtig aangewezen oorzaken ('beginselen' en invloed van EVRM en zijn uitleggers) zijn ontstaan zal leiden tot een procesvoering naar anglo-amerikaanse stijl. In deze zin ook minister Hirsch Ballin, in zijn bijdrage in de Bundel Hercodificatie Wetboek van Strafvordering (red. D.R. Doorenbos en R.J. Verweij), 1991, p. 22. Ik betwijfel ook, of zo'n *adversary system*, waarbij men het moet hebben van het

(15) 't Hart (o.c., p. 284) pleit voor een 'relationele rechtsopvatting'.

(16) 'De twee aspecten (...) bevoegdheidstoebedeling en anderzijds begrenzing (daarvan) zijn wezenlijk met elkaar verbonden.' Aldus (ongeveer) G.J.M. Corstens in zijn in december 1993 uitgekomen opus magnum Het Nederlandse strafproces, p. 6.

tegenover elkaar stellen van eenzijdige standpunten ter terechtzitting, (17) terwijl in de voorfase de politie, hoogstens gehinderd door een te hulpgevraagde advocaat, haar gang heeft kunnen gaan, de waarheid 'beter' wordt achterhaald dan bijvoorbeeld ten onzent, waar de R-C in de voorfase zo'n gewichtige rol speelt en het justitiële OM (als het goed is) (18) de politie controleert. Toen ik een paar jaar geleden in Indonesië was, waar men na de bevrijding de Amerikaanse toer is opgegaan, werd mij van gezaghebbende zijde gezegd dat men met die systeemverandering toch niet zo onverdeeld gelukkig was, en bijstelling werd overwogen. Zelfs in Engeland schijnt men, na de vele daverende miscarriages of justice (Birmingham six etc.) een royal commission te hebben ingesteld om te onderzoeken of correctie niet geïndiceerd is. (19) Wij verkeren in het strafrecht derhalve niet in de situatie van Curaçao, Aruba en Suriname, waar men met de bijgestelde koloniale versie van ons oude Wetboek van 1838 werkt, en in die waarin tot voor kort het bestuursrecht zich bevond, waar het, om Scheltema te citeren (De Volkskrant, 3 januari 1994) een rommeltje was. Ik geef toe, dat daar nu iets fraais, iets 'eigens' tot stand is gekomen, waarvan ik overigens zou willen opmerken – het is ook af te leiden uit de vergelijkende opmerkingen die ik hier vóór maakte – dat het bij het civielrechtelijke en het strafrechtelijke model goed aansluit – er zijn telkens begrijpelijke 'gemene veelvouden' (20) te signaleren, dan weer met het civiele, dan weer met het strafmodel – hetgeen misschien een aanwijzing is, dat de strafvorderlijke structuur van 1926 nog niet zo gek was.

Wel zal – en dat wordt, zo wij zagen ook voorgesteld – hier en daar aanvulling of bijstelling dienen plaats te vinden, zo dat niet al gebeurd is. Het accent zal daarbij vallen op betere aanpassing aan de

(17) De uitslag wordt dan eerder bepaald door de alertheid, gevatheid van de wederzijdse raadslieden dan door de merites van de zaak zelf, zegt Bronkhorst in z'n Tilburgse dies-rede, 1974, p. 17. Bronkhorst had zich in Engeland hierover georiënteerd.

(18) Maar het gaat niet altijd goed; daarmee zal de commissie Donner zich nu bezighouden.

(19) Zij heeft in juli 1993 een kritisch rapport uitgebracht, waarvan ik echter nog geen kennis heb genomen. *Addendum*: Zie hierover echter thans Chr. Brants, DD januari 1994, p. 28.

(20) Wij ontleenen die term aan de interventie van collega Meijers in de NJ-vergadering 1991, die daar terecht aanbeval om de wetboeken van burgerlijk procesrecht en strafprocesrecht, mitsgaders het bestuursprocesrecht op hun 'kleinste gemene veelvoud' te onderzoeken. Ik meen, dat in Tilburg zo'n studie is gestart.

huidige tijdsomstandigheden die nu eenmaal worden gekenmerkt door kwantitatieve en (dis)qualitatieve groei van criminaliteit.

Mevrouw Sorgdrager, wier preadvies ik vrijwel geheel afgewerkt mocht ontvangen zou zich eveneens tot noodzakelijke correcties willen beperken, waarbij zij zich zou willen aansluiten bij collega Meijers, die in een bijdrage in voormelde 'codificatiebundel' (p. 65) voor deze herijking enkele richtlijnen heeft opgesteld, die hierop neerkomen: aanvulling is noodzakelijk als procesregels botsen met rechtersrecht of hindernissen blijken te zijn, en als de maatschappelijke ontwikkeling eenvoudig tot bijstelling dwingt. Uit wat ik van haar twee collegae tot dusver te lezen kreeg, hield ik ook de indruk over dat zij de principiële opzet van het wetboek willen respecteren, schoon met name Knigge wel enkele ingrijpende technische wijzigingen wil.⁽²¹⁾ Zeer sprak mij aan zijn voorstel de huidige transactieregeling, die bovendien momenteel in beide wetboeken te vinden is (art. 74 e.v. Sr en art. 511c Sv), en die, zo men weet, als het bijvoorbeeld gaat om economische- en fraudezaken tonnen gelds kan betreffen, af te schaffen en te vervangen door een enigszins met die van de lex Mulder te vergelijken procedure, waarbij de verdachte in beroep kan bij de rechter die dan de 'beschikking' des officiers beoordeelt. Terecht stelt Knigge, dat de transactie haar oorspronkelijke karakter de verdachte in de gelegenheid stellen een hem drukkende (openbare) terechtzitting te besparen goeddeels heeft verloren.

Ook wil Knigge – maar daarbij zal hij althans niet op mijn instemming kunnen rekenen – het gvo aan de R-C onttrekken. Eveneens wil hij de pro-actieve optredens in het Wetboek van Strafvordering geregeld hebben, waarvoor hij verwijst naar wetsontwerp 23 251, waar men het af luisteren van de telefoon wil onderbrengen in een art. 162i. Tenslotte signaleer ik zijn idee het voorarrest niet uitsluitend te relateren aan zware delicten. Een boeiend onderwerp, dat de tongen ter vergadering danig in beroering zal brengen. De commissie-Moons acht een herziening die ook de grondslagen van ons wet-

(21) Zien wij goed, dan zou men Knigge's voorstellen kunnen rubriceren onder de titel die collega Groenhuijsen destijds aan zijn bijdrage in de hercodificatiebundel heeft meegegeven 'Naar een geïntegreerde herziening van het Wetboek van Strafvordering', waarmee uiteraard niet wordt gesuggereerd, dat de inhoud ook dezelfde zou zijn. Hetzelfde geldt voor ideeën van Schalken (VU-oratie 1987, p. 24) en Hans Nijboer, Doolhof van de Nederlandse strafwetgeving, 1987.

boek zou omvatten ook niet nodig. In deze geest C.J.M. Corstens zijn inleiding tot het laatste rapportenboek, 1993, p. 3. Haar voorstellen, hoezeer technisch ingrijpend, snijden dan ook niet in het levende vlees. Evenmin die van de minister.

Slechts bij de inschakeling van de rechter bij de uiteindelijke vaststelling van de tclasteclegging kan men aarzelen, want hier zijn de onzijdigheid van de rechter en de vrijheid van de raadsman in het geding(22), schoon men moet erkennen, dat de bemoeiing van de rechter, wanneer een bezwaarschrift tegen de dagvaarding(23) is ingediend, eigenlijk ook bevoegdheid tot een dergelijke ingreep impliceert, al gaat deze niet zo ver als vroeger. Zie thans art. 250 lid 6. Op de VU-bijeenkomst op 13 september was het enthousiasme onder de advocaten, maar ook bij het OM maximaal minicm resp. niet groot.

Ook de inschakeling van undercover-agents zal uiterst beperkt dienen te worden. Met Franzheim (NJW 1979, p. 2014) zou ik menen, dat in elk geval provocatie van een 'innocent person' (deze term ontleen ik aan een uitspraak van het SC van 1932) zou indruisen tegen 'die Würde des Menschen, weil der zum Zwecke der Überführung Angestiftete zum blossen Objekt staatlichen Handelns herabgewürdigt wird'. Zo men weet beperkt de Hoge Raad de toelaatbaarheid tot personen die reeds het opzet hadden tot het verboden gedrag. En zo kan men het bezigen van een kroongetuige met Leijten in strijd met het gelijkheidsbeginsel achten, schoon het rechtsvergelijkend onderzoek van collega Tak positief is uitgevallen, en Minister en TK-meerderheid geen bezwaar meer hebben (NRC 12 februari 1994).

Wij verwachten, dat de Hoge Raad zijn voorzichtige rechtspraak met name ook t.a.v. de Straatsburgse interpretaties van het EVRM binnen het raam van het huidige wetboek zal (kunnen) voortzetten, zodat de handhaving van de in de jaren zeventig en later de ver-

(22) De Minister is in zoverre bekeerd, dat hij wel uitbreiding voor het OM wil, maar niet de rechter die bevoegdheid wil geven, Stort. 24 december 1993, 248.

(23) De afschaffing van het hoger beroep voor de verdachte (hiervóór abusievelijk niet genoemd) vind ik ook gelegitimeerd, gelet op de nodeloze verlenging van de procedures, want heel vaak had het beroep niet het doel de verdachte een (openbare) terechtzitting te besparen maar tijdwinst, zodat er na zoveel jaren in kleinere zaken nauwelijks meer een verantwoorde straf kon worden opgelegd. M.a.w. het instituut dreigde zijn zin te verliezen. In Knigge's preadvies las ik ergens: 'Redelijke toepassing is soms het behoud van iets'.

dachte toegekende grondrechten gerespecteerd zullen blijven, en anderzijds de ruimte voor nationale nuancering zal worden benut. Misschien zal het college, ook waar het EVRM niet van toepassing is, bijvoorbeeld op het terrein van de motivering (daar hebben wij te maken met de Gr.w, nl. met art. 121) de verdachte wat meer tegemoetkomen. Terecht is destijds door Schalken gemopperd over de magere motivering van het arrest, inzake het rectaal onderzoek, HR 8 november 1988, NJ 1989, 667, dat overigens werd gewezen tegen de achtergrond van een werkelijk briljante en informatieve conclusie van de A-G professor Meijers, waarmee de Hoge Raad zich zeker zal hebben verenigd. Maar het was natuurlijk mooier geweest, wanneer hij dat ook even had laten blijken.

Andere punten, voor ons thema van belang, en door De Roos en/of Knigge knap geanalyseerd, zijn: de soms wat te summiere wijze waarop ook overigens verweren worden verworpen, bijvoorbeeld de vaststelling, dat het aangevoerde geen steun vindt in het recht; de vraag of een waiver (het door de verdachte blijkbaar niet willen profiteren van een EVRM-recht) niet toch moet worden gecorrigeerd, wanneer de beginselen van het nationale procesrecht zich verzetten (vergelijk o.m. HR 31 maart 1987, DD 87, 398), en de moeilijke kwestie in hoeverre fouten, gemaakt door een advocaat op rekening geschreven mogen worden van de verdachte. Soms denk je met De Roos: de man was beter afgeweest zonder zijn advocaat. Hij had beter maar niet mondig kunnen zijn.

In DD 1993, 621 betogen mevrouw L.J. Keyscr-Ringnalda en K. Rozemond dat ook de Nederlandse strafrechtswetenschap wel te kort schiet, waarbij zij, gebruik makend van een boek van Douglas Walton (*Slippery Slope Arguments*, Oxford, 1992) stellen, dat in de strafrechtelijke discussie over en weer niet zelden overdreven argumenten worden aangevoerd, bijvoorbeeld wordt gesuggereerd, dat het invoeren van bepaalde strafvorderlijke bevoegdheden tot politiestaatachtige toestanden zal leiden of dat, omgekeerd, een ware *war on crime* wordt geproclameerd. Ook de op zich zelf woest knappe beschouwingen van A.A.G. Peters over het machtsideologisch denken van het Ministerie van Justitie gaan mij te ver. Vergelijk zijn bijdrage in de bundel *Scherp toezicht* (red. Fijnaut e.a.). Soms is misschien het zware woord 'scare tactic' op zijn plaats. Ik moet echter toegeven, dat men met zo'n methode veel kan bereiken (ik herinner aan het effect van het vlugschrift van mevrouw Dessaur en Rutenfrans over de euthanasie: 'Mag de dokter doden?'), en dat het

aanhoren van zo'n betoog (ik denk aan de speech van Gerard Spong op het VU-congres, zie DD 1993, p. 921) vaak aanzienlijk aangename is dan lezing van een geschrift waarbij men tot de knieën toe door de noten moet waden.

Toch heeft Knigge overigens in zijn precadvies terecht betoogd, dat wij bij de noodzakelijke afwegingen zakelijk te werk moeten gaan, dus concrete waarden en belangen moeten vergelijken dus: schendt in casu de openbaarheid de privacy van de verdachte?, hoezeer dit alles ook geschiedt binnen het kader van de algemene hiervoor geschetste tegenstelling, die overigens soms helemaal niet blijkt te bestaan. Dat geldt bijvoorbeeld de toepassing van (wat de Duitsers noemen) het Beschleunigungsprinzip, dus, om het in het Nederlands te formuleren, het undue delay-beginsel: èn de verdachte, èn de maatschappij hebben er immers belang bij, dat een proces binnen redelijke tijd is afgelopen. En even terecht heeft De Roos gesteld (in de trant van Meijers dus), dat aantasting van verdedigingsrechten alleen maar *in de hoogste nood* geoorloofd mag zijn. Anders dan wel wordt gedacht meen ik, dat een *dergelijke situatie* zich heeft voorgedaan toen de wetgever het horen van bedreigde getuigen aldus heeft geregeld dat dit verhoor door de R-C, en wel anoniem, mocht geschieden. Zou de wetgever dat niet hebben gedaan, en zou zulks bijvoorbeeld onder invloed van de ruime interpretatie van de Straatsburgse jurisprudentie ontoclaatbaar zijn verklaard, dan zouden wij zijn geconfronteerd met de situatie, dat de onderwereld in Nederland in facto zou uitmaken wie er als getuige op de zitting zou komen. Persoonlijk vind ik de beperking tot zeer zware misdrijven al glad verkeerd. Ik vind, dat in een gezonde democratie de overheid in dit opzicht niet zou moeten toegeven, al zal uiteraard telkens zorgvuldig moeten worden nagegaan, of de betrokken zaak gelet op alle omstandigheden zo'n ingreep wettigt. Dat is dan het werk van de officier en de R-C. Ook de raadsman zal daarin een belangrijke stem hebben. Maar vastlegging in de wet, zoals nu, zodat men kan stellen: boven een bepaalde grens (misdrijven met kort gezegd een strafbedreiging van 8 jaar) heeft de overheid het voor 't zeggen, en daaronder de drugsharonnen, frauduleuze organisaties of criminele families. Ook in praktisch opzicht heeft zo'n 'vaste' grens bezwaren. Ik denk aan het geval dat een werknemer aangifte doet bij de politie over frauduleuze zaken in zijn onderneming of over het de hand lichten met de Arbowet. Hij zou echter onbekend willen blijven, want zo zijn naam bekend wordt, zal hij worden ontslagen, althans

zal hem het leven zo zuur gemaakt worden, dat hij beter kan vertrekken. Ik meen gehoord te hebben, dat er in Ser-kringen over dit probleem is gesproken. Daar komt nog bij, dat ik de verdachte die zich erover beklagt dat op deze wijze bewijs tegen hem wordt geleverd niet zo zielig kan vinden, want hij zelf, of zijn belangengroep, is (dat kan men gerust aannemen) de oorzaak van deze processuele onvolkomenheid. Om professor Richard Friedman van de universiteit van Michigan te citeren (verslag van een conferentie over Rights of the Accused etc., gehouden van 20–23 december 1993 te Jeruzalem): Zo iemand heeft zijn recht op confrontatie verbeurd.

Voor zover ik zie is in de gepubliceerde overwegingen het Ontwerp Wetboek van Strafvordering van de NA (resp. Aruba),⁽²⁴⁾ waarvan collega Schalken de grote man is, tot dusverre weinig betrokken.⁽²⁵⁾ Toch bevat het waardevolle ideeën, waarbij ik met name met het oog op de vele voorgestelde wettelijke ingrepen denk aan het voorstel een strafvorderlijk kort geding in te voeren. Ik merk dat ook deswege op, omdat in voormelde bundel Corstens wijst op de in Nederland door de KG-rechters opengebroken weg dat bijvoorbeeld in verzekering gestelden, aan wie nog geen rechtsmiddel ter beschikking staat, vrijlating kunnen vragen. En zo kan men nog meer voorbeelden van de grillige groei van het Kort Geding noemen. De actie is doorgaans gericht tegen de officier, maar onlangs, zo konden wij vernemen uit een NRC-artikel, 12 januari 1994, van Mr B.J. Asscher, groot promotor van deze mogelijkheid⁽²⁶⁾, heeft zelfs de officier daarvan met succes gebruik gemaakt tegen een veroordeelde die zijn vonnis niet nakwam. Welnu, dan zou men dit beter kunnen regelen in het Wet-

(24) De behandeling stagneerde enkele jaren geleden, maar de kans op voortzetting is weer aanzienlijk groter geworden, nu het van zijn scherpe kantjes is ontdaan en het accent wat minder op het *due process* is komen te liggen. Misschien kan men zeggen, dat het destijds derhalve nogal progressieve ontwerp – toch al moeilijk te ‘verkoop’ in deze onmiskenbaar wat behoudender cultuur dan de Nederlandse; zou daar de euthanasienoodtoestand ook kunnen worden aangenomen? – in het inmiddels gewijzigde tijdsbeeld (bezorgdheid over de sterk toegenomen, vaak georganiseerde, criminaliteit) niet meer paste.

(25) Een uitzondering is het Rapport van de commissie-Moons inzake het gvo, waar op p. 33 wordt gewezen op de (door de commissie overgenomen) idee de R-C in te schakelen, bijvoorbeeld voor een telefoontap, zonder dat daaraan het vorderen van een compleet gvo is gekoppeld, de zgn. mini-instructies.

(26) Zie voor België Marcel Storme in zijn artikel ‘Het KG kan ook in strafzaken’, *Liber amicorum Jules d’Haenens*, Gent 1993, p. 277.

boek van Strafvordering, en de daarin aangewezen autoriteit exclusief bevoegd verklaren. (27)

Tenslotte doe ik de suggestie art. 36 (verklaring van de rechter dat een zaak is geëindigd, op verzoek van de verdachte) te verruimen, zodat de rechter zulks ook kan doen op vordering des officiers of ambtshalve. Zo'n beslissing zou zin kunnen hebben, wanneer bijvoorbeeld door de R-C in het gvo een onherstelbare fout is begaan. Of, wanneer zonder dat de officier iets verweten kan worden, de vervolging zinloos is geworden.

Nog één vraag: Wij hebben hiervoor iets gezegd over de invloed die het procesrecht heeft op de eigentijdse toepassing van het (materiële) strafrecht. Ook het omgekeerde kan zich voordoen, zodat men wel spreekt van een wisselwerking. Zie hierover de in 1993 gehouden Tilburgse oratie van J.J. de Hullu, Zijn er grenzen aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid? p. 46 en Nicboer in zijn befaamde Schets, 1991, p. 162. Zo kunnen de hiervoor aangeduide processuele moeilijkheden soms langs deze materieelrechtelijke weg interpretatiegewijs worden opgelost. Als voorbeeld noem ik de aanvaarding door de Hoge Raad van het voorwaardelijk opzet, en het krakersarrest (NJ 1971, 241), waarmee processuele problemen inzake bewijs en vervolgbaarheid werden opgeheven. Ook de wetgever kan hier corrigerend optreden bijvoorbeeld doordien hij bepaalde bewijsmoeilijkheden betreffende een delict opvangt door ook reeds de voorbereidende fase strafbaar te stellen. Ik denk hier bijvoorbeeld aan (wat ik nu maar noem) de voorbereidingsdelicten van art. 10a Opiumwet. En aan een vergelijkbaar wetsvoorstel (22 268) (28) tot

(27) Ik citeer de drie eerste leden van het betreffende artikel uit het ontwerp NA, resp. Aruba (art. 42):

1. In alle gevallen, waarin het belang van een goede strafrechtsbedeling een voorziening dringend noodzakelijk maakt en het wetboek daarin niet zelf voorziet, kan een verzoek om zodanige voorziening worden gedaan door de verdachte of degene die bij de voorziening een rechtstreeks hem bepaaldelijk aangaand belang heeft.

2. Op gelijke wijze komt het Openbaar Ministerie de bevoegdheid toe een zodanige voorziening te vorderen.

3. Op het verzoek of de vordering wordt tijdens het voorbereidend onderzoek beslist door de rechter-commissaris en, na de aanvang of de beëindiging van het onderzoek ter terechtzitting, door de rechter die over de zaak oordeelt of het laatst heeft geoordeeld. Is de zaak bij het Hof aanhangig of aanhangig geweest, dan is het voltallige college bevoegd.

(28) Inmiddels door het parlement aanvaard. Zie Wet van 27 januari 1994, Stb. 60. De inwerkingtreding is bepaald op 1 april 1994.

invoering van voorbereidingshandelingen in het Wetboek, waarvan wordt gezegd, dat het primaire doel is opsporingsambtenaren bevoegdheden te geven. Vgl. daartoe bijv. de Nota n.a.v. het Eindverslag (TK 1992-1993, 22 268, nr. 7, p. 6): Een en ander betekent dat de verdenking ex art. 27 Sv eerder kan ontstaan. Een stokoud, en obsolet, voorbeeld is nog de invoering in 1911 van het inmiddels ook al weer verdwenen art. 251 bis, strafbaar stellend het in behandeling nemen van een vrouw te kennen gevende dat daardoor zwangerschap kan worden verstoord enz., omdat onder vigeur van art. 296, afdrijving strafbaar stellend, bewezen moest worden, dat de vrucht nog leefde, hetgeen echter een probatio diabolica bleek. Vergelijk HR 24 mei 1897, W 6978.

Ik rond af met een verwijzing naar enkele uitspraken van het Duitse Bundesverfassungsgericht van resp. 15 december 1970 (30,1) en 25 februari 1975 (39,1), waarin, kort samengevat, wordt gesteld dat het belang van een strijdbare democratie(29), dus van een door het recht verbonden gemeenschap van vrije mensen (R), kan meebrengen, dat bij een afweging waarover wij het hier hebben, het belang van de individu moet wijken, tenzij daardoor de onvoorwaardelijk te respecteren kern van de menselijke persoon wordt getroffen.(30) Of, om het wat wolliger te zeggen met de Franse schrijver Georges Barnanos (1888-1948), van wie ik in het Belgische Rechtskundig Weekblad, 25 december 1978, de volgende uitspraak aantrof: 'Une civilisation a toujours été une sorte de compromis entre le pouvoir de l'Etat et la liberté de l'individu.'

(29) Aldus ook minister Hirsch Ballin in zijn Tilburgse diesrede op 18 november 1993: Nederland moet zijn: een weerbare democratie en een rechtstaat.

(30) Dan zal men moeten denken aan ingrepen in de essentie van het menselijk lichaam (afnemen van wangslim resp. haarwortels, of de bloedprik zou ik hiertoe niet of nauwelijks willen rekenen), of in de menselijke psyche. Kortom waar art. 3 EVRM aan de orde is.

DEEL II

DE STRAFVORDERING IN HET GEDING

Preadvies prof. mr G. Knigge

1. Inleiding, 39
2. Het stelsel bezien, 42
 - 2.1. *Historische wording*, 42
 - 2.2. *Op zoek naar ijkpunten*, 49
 - 2.2.1. *Eenvormigheid of verscheidenheid*, 49
 - 2.2.2. *Onmiddellijkheidsbeginsel*, 50
 - 2.2.3. *Inquisitoir of accusatoir*, 55
 - 2.2.4. *De vrijheid van de verdachte*, 60
 - 2.2.5. *Legaliteit en deformalisering*, 64
 - 2.3. *Afsluitende opmerkingen*, 70
3. Van verandering, 72
 - 3.1. *Eenvoudige procedures en bekende verdachten*, 72
 - 3.2. *Vooronderzoek*, 80
 - 3.3. *Voorarrest en bereikbaarheid verdachte*, 87
 - 3.4. *Recht, vorm en vonnis*, 92
 - 3.4.1. *Inleiding*, 92
 - 3.4.2. *Vormfouten*, 93
 - 3.4.3. *Verkorte vonnissen en bekende verdachten*, 101
 - 3.4.4. *Partieel appel*, 106
 - 3.5. *Op de grondslag van de telastelegging*, 107
4. Ten slotte, 114

Deel II – De strafvordering in het geding

1. INLEIDING

In 1970 signaleerde Ars Acqui in een vermaard geworden themanummer een 'leemte in de rechtshulp'.⁽¹⁾ Ook de rechtsbijstand in strafzaken werd onder de maat bevonden. 'Goede strafrechtadvocaten zijn er in Nederland zeer weinig; de meeste strafzaken worden overgelaten aan junioren zonder ervaring, omdat de ouderen hiervoor geen tijd en ambitie hebben. Dit wil overigens niet zeggen, dat de junioren in strafzaken niet hun best doen; het tegendeel is vaak waar. Echter enthousiasme alleen is niet voldoende'. Deze constatering was destijds wellicht schokkend. Wat tegenwoordig, meer dan twintig jaar later, vooral verbijstert, is dat toen als het grote tekort van de advocatuur werd aangewezen dat zij zich 'te eenzijdig' concentreerde op de 'formeel juridische aspecten van het strafproces'. De straftoemeting zou namelijk veel belangrijker zijn. Omdat de strafrechtadvocaten op dat terrein 'volledig ondeskundig' waren, was hun invloed op het strafproces gering. 'Hun voorlichtings- en adviestaken zijn overgenomen door psychiaters, sociologen, criminologen en reclasseringsfunctionarissen'. De 'formeel juridische verdediging ten processe' was in het geheel van de strafrechtspleging van 'ondergeschikt belang' en zou, zo werd voorspeld, 'van steeds minder belang worden'.

Die voorspelling is niet uitgekomen. Mede dankzij een sterk verbeterde financiering heeft de rechtsbijstand in strafzaken duidelijk aan kwaliteit gewonnen. Daardoor kon juist *meer* accent gelegd worden op het juridisch aspect. Dat uitte zich in een toegenomen aandacht voor de rechtspositie van de verdachte en de rechten van de

(1) Th.M.A. Claessens, M.I. 't Hooft, J.I.M. Jacobs, J. Keerweer en Pia Sassen, De balie: een leemte in de rechtshulp?, AA 1970, m.n. p. 289 e.v.

verdediging. Het onrechtmatig verkregen bewijs, de beginselen van een goede procesorde en het vereiste van een *fair hearing* lagen voor de beschouwers in 1970 nog achter de horizon. In 1988 daarentegen vormde de 'overaccentuering van het due-process-belang' voor minister Korthals Altes een reden om de commissie-Moons in het leven te roepen.⁽²⁾

Er was ook nog een andere reden. De criminaliteit was in omvang en ernst toegenomen. De strafrechtspleging was daardoor onder spanning komen te staan.⁽³⁾ Het justitiële apparaat bleek op de toestroom van zaken niet berekend en boette aan geloofwaardigheid in. Verdachten werden bij gebrek aan celruimte heengezonden, zaken bleven liggen of smoorden na verloop van tijd in *undue delay*. De criminaliteit organiseerde zich en het strafrecht kon, vond de minister, daarbij niet achter blijven. Hij vroeg om meer bevoegdheden voor politie en justitie en om stroomlijning van het strafproces.

Dat pleidooi werd en wordt gedragen door de onrust die de gestegen criminaliteit in de samenleving wekt. In het bijzonder de 'vormfouten', waardoor verdachten 'ten onrechte' de dans ontspringen, leiden tot grote maatschappelijke onvrede. Of werkelijk meer fouten worden gemaakt dan vroeger, is daarbij de vraag. Het zou kunnen zijn dat de overbelasting onzorgvuldigheid in de hand werkt. Daarnaast speelt een rol dat een alert geworden advocatuur onregelmatigheden minder vaak onopgemerkt laat passeren. Bovendien doen fouten er meer toe dan voorheen door de buitenwettelijke sancties die in de rechtspraak zijn ontwikkeld. De belangrijkste factor echter is wellicht, dat de toegenomen gevoelens van onzekerheid en onveiligheid het publiek gevoelig, zo niet overgevoelig hebben gemaakt. De frustraties worden afgereageerd op de 'missers' van de justitie.

De maatschappelijke onrust beheerst de discussie. De aandacht richt zich op de vormverzuimen, en niet op de problematiek waarvan zij hooguit een symptoom zijn. Die problematiek is een lastige. Het is maar de vraag of met de 'toegenomen rechtsbescherming' en

(2) Zie de installatierede, als bijlage opgenomen in het door Gouda Quint uitgegeven eerste rapport van de commissie (Herziening van het gerechtelijk vooronderzoek, Arnhem 1990, p. 282 e.v.). Ook de andere rapporten van de commissie zijn bij de genoemde uitgever verschenen. Als ik verwijs, is het naar die uitgaven.

(3) Daarop was reeds eerder gewezen. Zie de bundel Strafrechtspleging onder spanning, Arnhem 1981.

het veranderde criminaliteitspatroon de kern van de problematiek is geraakt. Niet onwaarschijnlijk lijkt mij, dat deze betrekkelijk recente ontwikkelingen samenhangen met de veranderingen die zich sinds de industriële revolutie in de samenleving hebben voltrokken. Die samenleving is anoniemer, opener, pluriformer en vooral onoverzichtelijker geworden. De overheidsbemoeienis is enorm toegenomen en daarmee de door straffen te handhaven regelgeving. De politie en het Openbaar Ministerie hebben zich ontwikkeld tot machtige organen met grote discretionaire bevoegdheden. Het zou kunnen zijn dat de 'toegenomen rechtsbescherming' daarop een min of meer logische reactie is. Het zou voorts kunnen zijn dat de strafrechtspleging onvoldoende berekend is op de opgaven waarvoor zij in een moderne samenleving wordt gesteld. Misschien liep de rechterlijke organisatie al lang achter, was haar werkwijze verouderd en het procesrecht uit de tijd, en viel dat alleen niet op doordat die organisatie niet werd belast en de advocatuur de kwaliteit miste om de vinger op de zere plek te leggen. Als dat juist is zijn de ontwikkelingen van de laatste twintig jaar niet de oorzaak van de kwaal, maar hebben zij die kwaal slechts aan het licht gebracht.

Op de problemen is gereageerd met een stroom van wetswijzigingen en voorstellen daartoe. In deze studie staat de vraag centraal of die verandering van de regelgeving vanuit een oogpunt van rechtsbescherming verantwoord is en of zij kan bijdragen aan een geloofwaardiger justitie-optreden. Het bestaande stelsel van strafverordening zal daarbij kritisch worden onderzocht. Is dat stelsel nog van deze tijd?

De wijsheid van de vraagstelling rechtvaardigt enige beperking. De vraag of de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit vergt dat politie en justitie meer bevoegdheden krijgen, laat ik onbesproken. Mijn aandacht richt zich op het 'gewone werk' en de belasting die dat voor het justitiële apparaat oplevert. Is 'stroomlijning' van de strafrechtspleging mogelijk zonder dat daardoor de rechtspositie van de verdachte op onaanvaardbare wijze wordt aangetast?

Voor alle duidelijkheid zij opgemerkt, dat ik er niet bij voorbaat van uit ga, dat de problemen door wetswijziging kunnen worden opgelost. Onderzocht zal juist moeten worden of en in hoeverre verandering van procesrecht daaraan kan *bijdragen*. Niet uitgesloten is dat de oplossing mee in andere richting moet worden gezocht. Ik noem slechts uitbreiding van het 'apparaat' en een efficiënter gebruik van

de bestaande capaciteit. Dat ik die mogelijkheden laat voor wat zij zijn, ligt besloten in de (beperkte) vraagstelling.

Ik teken daarbij aan dat bij die vraagstelling aan capaciteitsoverwegingen geen zelfstandige betekenis toekomt. Overbelasting vormt wel een gereede aanleiding om te bezien of 'zuiniger' kan worden geprocedeerd, maar rechtvaardigt op zich geen ingrepen in het strafprocesrecht. De rechten van de verdediging en de zorgvuldigheid van de afdoening mochten te allen tijde zijn gewaarborgd. Het mag niet zo zijn dat de kwaliteit van de strafrechtspleging wordt bepaald door de beschikbare capaciteit. Het is eerder andersom: de capaciteit moet zodanig zijn dat een *fair hearing* kan worden gegarandeerd. Tenslotte nog dit. Dit preadvies is bedoeld als discussiestuk. Daarbij moest een veel omvattende materie in kort bestek behandeld worden. Ik koos daarom voor een globale behandeling van de hoofdzaken. Die keuze heeft haar prijs. Details blijven achterwege, nuances gaan verloren en vragen blijven open. Ook de argumentatie is aan de summierc kant; bij het innemen van standpunten ga ik dikwijls kort door de bocht. Zo treed ik wel in debat met de commissie-Moons, maar naar een bespreking van de in de literatuur verdedigde opvattingen zal tevergeefs worden gezocht. Ik heb die literatuur wel betrokken bij het bepalen van mijn eigen standpunt, maar een expliciete verantwoording op dit punt ontbreekt. Voor een discussiestuk is dat misschien geen onoverkomelijk bezwaar: er blijft nog wat over voor de discussie.

2. HET STELSEL BEZIEN

2.1. Historische wording

In de rede waarmee hij de commissie-Moons installeerde, stelde minister Korthals Altes het Wetboek van Strafvordering voor als een produkt van afwegingen die in de jaren twintig van deze eeuw zijn gemaakt op basis van de toen bestaande politieke en maatschappelijke opvattingen. Die voorstelling van zaken is maar ten dele juist. De wetgever schiep in 1926 geen compleet nieuw procesrecht. Hij paste aan en stelde bij, maar handhaafde tegelijk wat voldeed. Daardoor leefde veel van het oude procesrecht in het nieuwe wetboek voort. Het tegenwoordige stelsel van strafvordering kan dan ook beter gezien worden als het produkt van een ontwikkeling waar-

in de totstandkoming van het wetboek slechts een schakel vormt. Wie dat stelsel historisch wil 'plaatsen' zal verder terug moeten in de tijd.

In deze paragraaf zal de geschiedkundige ontwikkeling van het stelsel van strafvordering heknopt worden weergegeven. Die excursie naar het verleden dient een beperkt doel: het verkrijgen van een beter zicht op die 'eigenaardigheden' van het procesrecht die thans ter discussie staan.

In het Vlaamse procesrecht van de zestiende eeuw moet, zo maakt Montballyu aannemelijk, onderscheid gemaakt worden tussen civiele en criminele strafprocessen.⁽⁴⁾ Dit onderscheid hing samen met de zwaarte van het te bestraffen vergrijp. De strafvordering moest 'crimineel' worden ingesteld als sprake was van een 'capitaal' misdrijf, dat wil zeggen een misdrijf waarop de doodstraf, een zware lijfstraf of langdurige verbanning stond. In geval van 'niet-capitale' of 'civiele' misdrijven werd de strafvordering 'civiel' ingesteld. Het ging daarbij om straffen als een geldboete, een 'profijtelijke betering' (het in het openbaar afsmeken van vergiffenis), een boetebedevaart of een korte verbanning. Het civiele karakter van deze straffen blijkt hieruit, dat de oplegging daarvan ook door het slachtoffer of zijn verwanten als *schadeloosstelling* kon worden gevorderd. Die vordering tot schadeloosstelling (die ook ingeval van een kapitaal misdrijf kon worden ingesteld) leek dus bedriegelijk veel op de publieke of strafvordering die ingeval van een niet-kapitaal misdrijf werd ingesteld door de openbare aanklager of gerechtsofficier. De manier van procederen was geheel gelijk. Men kende in de civiele strafprocessen 'dezelfde rechtsingang, dezelfde procesfasen, dezelfde termijnen, dezelfde verstekprocedure en dezelfde bewijslevering als in een gewoon burgerlijk proces'.⁽⁵⁾ Dit strafproces was dus volgens hedendaagse begrippen volkomen *accusatoir* van aard. 'In een civiel strafproces bestreden de gerechtsofficier en de verdachte elkaar als gelijkwaardige partijen met gelijke wapens in een rechts-

(4) J. Montballyu, Het onderscheid tussen de civiele en de criminele en de ordinaire en de extraordinaire strafrechtspleging in het Vlaamse recht van de 16e eeuw, in: H.A. Diederiks en H.W. Roodenburg (red.), *Misdaad, zoen en straf, Aspecten van de middeleeuwse strafrechtsgeschiedenis in de Nederlanden*, Hilversum 1991, p. 120 e.v.

(5) Montballyu, a.w., p. 124.

strijd waarbij de strafrechter zoals in burgerlijke zaken een lijdelijke rol speelde'.(6)

Anders was het bij de misdrijven die 'criminelijk' werden vervolgd. Hier werd de verdachte voorwerp van ambtelijk onderzoek. Hij kon worden onderworpen aan alle maatregelen (waaronder de tortuur) die de rechters voor de ontdekking van de materiële waarheid nodig oordeelden. Criminele strafprocessen waren kortom *inquisitoir* van karakter. Dat gold ook voor de betrekkelijk uitzonderlijke gevallen waarin nog *ordinair* werd geprocedeerd. Anders dan dikwijls wordt aangenomen, gaat het bij het onderscheid tussen de ordinaire en de extraordinaire strafprocedure om verschillende varianten die binnen het criminele, inquisitoire proces bestonden.(7) Het kenmerkende van de extraordinaire procedure was, dat een bepaalde procesfase uit de ordinaire procedure eenvoudig werd overgeslagen. Het volgende moge dit verduidelijken.

Ieder crimineel proces begon, in tegenstelling tot een civiel strafproces, met een 'informatie préparatoire'. Dit was een voorbereidend onderzoek waarin allerhande getuigen door een afvaardiging van de rechtbank in het geheim en onder ede werden gehoord. Ook andere maatregelen konden worden getroffen, zoals een gerechtelijke plaatsopneming, een lijkschouwing, een huiszoeking of een inbeslagneming. Waren op deze wijze voldoende bezwaren tegen een bepaald persoon verzameld, dan werd diens aanhouding bevolen. (8) De verdachte moest spoedig na de aanhouding door de rechters ondervraagd worden. Die ondervraging kon naar believen worden herhaald, maar op een gegeven moment moest toch beslist worden hoe de zaak diende te worden afgehandeld. In de meeste gevallen was dat voldoende duidelijk. De verdachte had bijvoorbeeld bekend, zodat onmiddellijk tot veroordeling kon worden overgegaan. Ook kon het zijn dat de rechters tot de conclusie kwamen dat de

(6) Idem, p. 145.

(7) Montballyu keert zich, op grond van uitgebreid archiefonderzoek, tegen de gangbare opvatting waarin de ordinaire procesvorm wordt verbonden met de aloude, accusatoire wijze van procederen en (alleen) het extraordinaire proces als inquisitoir wordt bestempeld.

(8) Met deze aanhouding eindigden de 'voorlopige informatiën' en richtte het onderzoek zich tegen een 'beklaagde'. Op dit onderscheid tussen *inquisitio generalis* en *inquisitio specialis* greep de regeling van het vooronderzoek in het Wetboek van Strafvordering van 1838 terug. Zie A.E. Harteveld, *De rechter-commissaris in strafzaken*, Arnhem 1990, p. 6 e.v.

verdachte onschuldig was of dat zijn vergrijp geen crimineel misdrijf opleverde. Niet zelden ook werd het bewijsmateriaal onvoldoende geoordeeld voor een veroordeling, maar wel genoeg om de verdachte op de pijnbank te leggen.

Soms echter was over de verdere afhandeling discussie mogelijk. Daarover werd dan op 'ordinaire' wijze geprocedeerd tussen de gerechtsofficier en de verdachte, die zich daarbij door een advocaat kon laten bijstaan. Het ging om een goeddeels schriftelijk debat, dat gevoerd werd volgens de regels van het gewone civiele proces. Beide partijen konden daarbij tot het bewijs van door hen gestelde feiten worden toegelaten. Uiteindelijk beslisten de strafrechters. Zij konden eindvonnis wijzen, maar ook tot een onderzoeksmaatregel als de tortuur besluiten.

Het bijzondere van het ordinaire strafproces was dus, dat in het overigens inquisitoire proces een accusatoire tussenfase werd ingelast. In het extraordinaire proces werd die tijdrovende en kostbare tussenfase overgeslagen. Deze vorm van 'snelrecht' werd al gauw de regel.⁽⁹⁾

Het in 1809 verschenen, nooit in werking getreden Wetboek op de regterlijke instellingen en rechtspleging in het koninkrijk Holland draagt nog duidelijk de sporen van het oud-vaderlandse procesrecht. In dit Wetboek werd zowel het civiele als het strafproces geregeld. 'Kleine' strafzaken werden volgens de regels van het civiele

(9) Overigens dient niet uit het oog te worden verloren dat het procesrecht van die dagen zich kenmerkte door grote verscheidenheid. Het onderzoek van Montballyu is op Vlaamse bronnen gebaseerd. Fabers' onderzoek naar de Amsterdamse strafrechtspleging geeft een ander beeld te zien. Hier werd bijna steeds inquisitoir geprocedeerd, dus ook als het om lichtere vergrijpen ging. Van rechtsbijstand was geen sprake, laat staan van een uitwisseling van schriftelijke conclusies zoals in het civiele proces. Verschil was er in zoverre, dat de lichtere vergrijpen niet *beneden* (in de kelder van het stadhuis), maar *boven* (in de 'Schepens Kamer') werden afgedaan. Als *boven* werd geprocedeerd bevond de verdachte zich op vrije voeten en kon, niet onbelangrijk, de tortuur niet worden toegepast. Zie S. Faber, Strafrechtspleging en criminaliteit te Amsterdam, 1680-1811, Arnhem 1983, in het bijzonder p. 29 e.v. en p. 260 e.v.

proces behandeld.(10) In criminele zaken kon eveneens op civiele wijze worden geprocedeerd. Art. 1166 bepaalde dat 'in alle zaken, waarin door den regter aan den openbaren aanklager is verleend de derde regts-ingang, of last tot gewone dagvaarding, zal worden geprocedeerd op dezelfde wijze, als in gewone civiele zaken is voorgeschreven'. Volgens art. 1052 moest de derde rechtsingang verleend worden 'wanneer de beschuldiging is over zoodanige misdaad, waartegen de wet geene de minste lijfstraf of bannissement voorschrijft'. Als op het feit alleen een geldboete stond, golden dus de regels van het civiele proces.

De inlijving bij Frankrijk bracht een apart wetboek voor de regeling van het strafproces, de Code d'Instruction Criminelle. De mogelijkheid om strafzaken 'civielijk' af te doen ging daarmee verloren. Wel verschilde de procedure al naar gelang de zwaarte van de bedreigde straf. Misdaden, wanbedrijven en overtredingen kenden elk hun eigen processuele regeling. In de wijze van procederen die in geval van een misdaad was voorgeschreven, waren trekken van het oude criminele strafproces te herkennen. Begonnen werd met een geheime instructie, waarin de beklaagde geen rechten had. Hoger beroep was, als vanouds, uitgesloten. Nieuw was dat, als tegenwicht tegen het geheime vooronderzoek, een openbare terechtzitting was voorgeschreven waarin de verdachte zich tegen de ingebrachte beschuldiging kon verdedigen. De functies van onderzoeksrechter en zittingsrechter waren daarbij scherp van elkaar gescheiden. De *juge d'instruction* was belast met het vooronderzoek, ter zitting oordeelde, althans tot 1813, de jury.

Ingeval van een wanbedrijf was een instructie niet verplicht, ingeval van een overtreding was zij zelfs uitgesloten. Hoger beroep stond in beginsel steeds open. De civielrechtelijke herkomst van deze procedures deed zich vooral gelden als de verdachte niet ter zitting verscheen.(11) Dat was zijn goed recht. Er werd, net zo als in het civiele proces, verstek verleend, waarbij de verdachte het recht van verzet

(10) Het Tweede Boek (Regtspleging of manier van procederen in civiele zaken) bevatte in het 15e hoofdstuk van Titel V een aparte regeling voor 'kleine zaken'. Art. 790 luidde: 'Ook zal de schout, of zoodanig ander persoon, als met de calanges tot geldboeten wegens overtreding van wetten, keuren en reglementen, tot onderhoud van goede politie, zal zijn belast, de boeten op dezelfde wijze kunnen vorderen, mits dezelve niet te bovengaan de som van vijftig guldens'.

(11) Zie nader G. Knigge, Van afwezend gebleven beklaagden, Groninger opmerkingen en mededelingen IX (1992), p. 78 e.v.

had. Maakte hij daarvan geen gebruik, dan ging het verstekvonnis in kracht van gewijsde. Geheel anders was de regeling als wegens misdaad werd vervolgd. Het oude criminele strafproces was zonder de aanwezigheid van een verdachte als 'object van onderzoek' niet goed denkbaar. De vervolging begon als vanzelfsprekend met zijn gevangenneming. De Franse wetgeving bracht daarin weinig verandering. Was de verdachte voortvluchtig, dan werd hij wederspanning aan de wet verklaard, hetgeen onder meer tot gevolg had dat zijn burgerschapsrechten werden opgeschort en zijn gehele vermogen onder gerechtelijke bewaring werd gesteld. Er volgde bovendien, na een uiterst summier proces waaraan geen jury te pas kwam, een veroordeling, maar de gevolgen daarvan bleven beperkt. Als de wederspanning werd gevat verviel namelijk de veroordeling van rechtswege en volgde alsnog een berechting op de gewone wijze.

Er bleven dus belangrijke verschillen bestaan tussen de wijze van procederen in zware en in lichte strafzaken. Toch was de kloof tussen de verschillende procedures minder diep dan voorheen. Dat kwam doordat in alle zaken gold dat de rechter een onderzoek moest instellen naar de materiële waarheid. Van het 'civiel' afhandelen van minder ernstige feiten was dus afstand genomen. Ook op een ander punt werden de procedures gelijk getrokken. Er vond steeds een openbaar (eind)onderzoek plaats waar de verdachte zich kon verdedigen. In dit opzicht althans werd het oude criminele proces afgezworen. Het resultaat van een en ander was een zekere toenadering: de berechting van zware misdrijven was minder inquisitoir, die van lichte vergripen minder civiel dan voorheen.

De gelijkenschakeling die zich in de Code d'Instruction Criminelle reeds aftekende, heeft zich later inderdaad voltrokken. In 1838 werd de Code vervangen door een 'eigen' Wetboek van Strafvordering, dat in feite niet veel meer was dan een aangepaste versie van zijn Franse voorganger. Tal van bepalingen zijn daaruit bijna letterlijk overgenomen. Van de verschillen verdient hier één de aandacht. De Code regelde het rechtsgeding in criminele zaken (misdaden), dat in correctionele zaken (wanbedrijven) en de berechting van overtredingen telkens als aparte grootheden. Opvallend daarbij is, dat de rechtsgang in criminele zaken tot in de details werd voorgeschreven, in tegenstelling tot de beide andere procedures, die slechts een summier regeling vonden. Het Wetboek van 1838 bracht daarin verandering. De Regering zag, aldus De Bosch Kemper, 'te regt in, dat, na de afschaffing der regtspleging door gezworenen, geen afzonderlijke

vorm van rechtspleging, bij de vervolging van wanbedrijven en overtredingen, moest worden voorgeschreven; maar dat deze rechtspleging slechts uitzonderingen moest bevatten van de gewone wijze van rechtspleging, bij misdaden voorgeschreven'. (12) Het resultaat was dat de uitvoerige zittingsvoorschriften die ooit waren ontworpen met het oog op jury-rechtspraak, overeenkomstige toepassing vonden bij de berechting van wanbedrijven en overtredingen.

De Code d'Instruction Criminelle kende geen bewijsstelsel: de *conviction intime*, de bloot gemoedelijke overtuiging was voldoende voor veroordeling. Het Wetboek van 1838 voerde een negatief-wettelijk bewijsstelsel in en greep daarbij terug op de bewijsregeling in het Crimineel Wetboek voor het koninkrijk Holland. (13) Deze regeling had uiteraard alleen betrekking op de criminele feiten, en niet op de vergripen die in een civiel proces werden afgehandeld. In 1838 verviel deze beperking. Het negatief-wettelijke bewijsstelsel (met de daaraan in de loop der tijd verbonden motiveringsvoorschriften) verkreeg algemene gelding.

Het in 1886 ingevoerde Wetboek van Strafrecht schafte de driedeling van de strafbare feiten in misdaden, wanbedrijven en overtredingen af. De wanbedrijven en de misdaden werden daarbij samengevoegd tot één nieuwe categorie: de misdrijven. Dat vergde uiteraard aanpassing van het Wetboek van Strafvordering. Voor de verschillen die waren blijven bestaan tussen de rechtspleging in criminele zaken en die in correctionele zaken was geen plaats meer. Alle misdrijven moesten op dezelfde wijze worden berecht. De wetgever werkte de verschillen weg door telkens te kiezen voor de wijze waarop voorheen in correctionele zaken werd geprocedeerd. Zo werd de tot dan voor misdaden geldende verplichte instructie (en bijbehorende verwijzingsregeling) afgeschaft. De misdaden werden voortaan (als misdrijven) in eerste aanleg door de rechtbank berecht en in hoger beroep, dat voordien niet open stond, door het hof. Afgeschaft werd ook de wederspanningverklaring aan de wet die voorheen volgde als een van misdaad beschuldigde zich aan de berechting onttrok. Ook de zwaarste misdrijven konden voortaan bij verstek worden afgedaan. Daarmee was de gelijkschakeling compleet. Alle

(12) J. de Bosch Kemper, Wetboek van Strafvordering, naar deszelfs beginselen ontwikkeld (enz), Amsterdam 1838-1840, deel III, p. 4.

(13) Idem, p. 491.

strafbare feiten werden en worden in beginsel op dezelfde wijze be-recht.

2.2. Op zoek naar ijkpunten

2.2.1. *Eenvormigheid of verscheidenheid*

Een belangrijk kenmerk van ons strafprocesrecht is, zo bleek uit het voorafgaande, dat tussen zware en lichte zaken weinig onderscheid wordt gemaakt. De wijze van procederen is telkens in opzet dezelfde. Dat heeft het voordeel van de eenvoud en de overzichtelijkheid. Een nadeel is echter dat minder goed recht gedaan kan worden aan wat, om met het Europese Hof te spreken, 'at stake' is. De eisen die in Straatsburg worden gesteld hangen mee af van de zwaarte van de bedreigde straf. Een procesgang die aanvaardbaar is als alleen een geldboete op het spel staat, kan *unfair* zijn als de verdachte gevangenisstraf boven het hoofd hangt. Zo is het de vraag of het bij verstek berechten van *zware* misdrijven in Straatsburg zal worden aanvaard. Nederland staat daarin in Europa betrekkelijk alleen: in Engeland, Frankrijk en Duitsland is de aanwezigheid van de verdachte een voorwaarde om voor dergelijke feiten te kunnen veroordelen. Het Hof heeft zich tot nu toe gereserveerd opgesteld. In onder meer het Colozza-arrest werd overwogen dat in casu niet beslist hoefde te worden 'whether and under what conditions an accused can waive exercise of his right to appear at the hearing'. Er moet rekening mee worden gehouden dat het gemak waarmee wij, ongcacht de zwaarte van de bedreigde straf, gewoon zijn een 'waiver' aan te nemen, in strijd met het verdrag zal worden geoordeeld. Zie daarover verder hierna, onder 2.2.4.

Het gestelde heeft ook een keerzijde. Waarborgen die bij de berechting van zware misdrijven niet gemist kunnen worden, kunnen bij de berechting van minder ernstige feiten te veel van het goede zijn. In de loop der tijd zijn voor kantongerechts- en politierechterzaken tal van vereenvoudigingen doorgevoerd. Deze afwijkingen van het gemeenschappelijke model moeten telkens gepresenteerd worden als concessies, als noodgedwongen inbreuken op wat de rechtsbescherming eigenlijk zou vereisen. De vraag is of we zo niet op het verkeerde been worden gezet. Het werkelijke probleem is mijns inziens dat een regeling die is toegesneden op hetgeen voor de verdachte op het spel staat, ontbreekt.

Een te zwaar opgetuigde regeling kan averechts werken. Strafzaken worden in toenemende mate buitengerechtelijk afgedaan (transactie). Garanties voor een zorgvuldige besluitvorming ontbreken daarbij zo goed als geheel (zie nader hierna, onder 2.2.3). Een andere vorm van 'ontduiking' is de administratiefrechtelijke afdoening. Met de Wet Mulder is een eerste stap gezet. De kans is groot dat het daar niet bij zal blijven. Op zich is het, gezien de enorme vlucht die het orderingsstrafrecht heeft genomen, begrijpelijk dat naar eenvoudiger handhavingssystemen wordt omgezien. Uit een oogpunt van rechtsbescherming is dat ook niet onoverkomelijk.⁽¹⁴⁾ Een bezwaar is echter wel dat de eenheid en de overzichtelijkheid verloren gaat. De Wet Mulder trekt de grens tussen strafrecht en bestuursrecht dwars door de wegenverkeerswetgeving heen. Iedere afzonderlijke handhavingssystemen roept bovendien haar eigen procedurele problemen op.⁽¹⁵⁾ Doordat de band met zowel de strafvordering als het materiële strafrecht wordt doorgesneden, moet het wiel telkens opnieuw worden uitgevonden. Op algemene leerstukken kan niet worden teruggegrepen, in allerlei zaken (zoals bijvoorbeeld dwangmiddelen) zal telkens apart moeten worden voorzien. De dreigende diversiteit werkt fouten in de hand.

Door de toegenomen transactiemogelijkheden en de voortschrijdende 'vermuldering' van het strafrecht wordt de oorzaak van het probleem, het bestaande stelsel van strafvordering, niet aangepakt, maar omzeild. Dat stelsel dwingt er toe alle strafzaken over dezelfde kam te scheren. Ik meen dat daarin verandering moet worden gebracht. Onder 3.1 zal een voorstel worden gedaan voor een *driesporenproces*, waarin de buitengerechtelijke afdoening een plaats krijgt en waardoor de administratiefrechtelijke afdoening min of meer overbodig wordt.

2.2.2. Onmiddellijkheidsbeginsel

De Code d'Instruction Criminelle bracht, als tegenwicht tegen het geheime vooronderzoek, een openbare behandeling van de zaak ten

(14) Art. 6 EVRM blijft, ondanks de wisseling van etiket, van toepassing. De procedure kan zo worden ingericht, dat aan de verdragsreizen wordt voldaan.

(15) In het fatsoeneren van de procedure die in de Wet Mulder is voorzien, heeft de Hoge Raad al veel energie moeten steken. Zie onder meer HR 11 februari 1992, NJ 1992, 693 en HR 16 mei 1992, NJ 1992, 697 m.nt. C onder NJ 1992, 692.

overstaan van een jury. Op die openbare behandeling kwam alles aan.⁽¹⁶⁾ De jury droeg van tevoren geen kennis van de zaak. Zij werd eerst op de dag zelf door loting aangewezen. Dat betekende dat het volledige bewijsmateriaal op de terechtzitting moest worden gepresenteerd: alle getuigen werden (opnieuw) gehoord. De idee daarbij was, dat een directe en onbevooroordeelde confrontatie met het bewijsmateriaal een waarborg was voor een goede besluitvorming. De jury moest dan ook beslissen als de indrukken nog vers waren en de herinnering nog niet was vertroebeld door latere gebeurtenissen. Bovendien diende beïnvloeding van buitenaf te worden vermeden. Daarom moest de jury onmiddellijk na afloop van het onderzoek beraadslagen in een door de gendarmerie bewaakt vertrek. Om dezelfde reden bepaalde art. 353 dat het onderzoek op de zitting zonder onderbreking, en zonder enigerlei verbinding met de buitenwereld, moest worden voortgezet. Wel mochten de nodige rustpozen worden genomen. Een en ander bracht mee dat het onderzoek op de zitting pas een aanvang kon nemen als alle getuigen aanwezig waren. Het overleggen en vaststellen van de getuigenlijst was dan ook een gewichtig moment. Was een van de getuigen niet komen opdagen, dan moest de zaak naar een andere zitting worden verwezen (art. 354). De jury werd in 1813 bij het bekende Gesel en worgbesluit (Stb. 1813, 10) afgeschaft. Art. 16 van het besluit bepaalde eenvoudig dat de Hoven van Assisen voortaan gehouden zouden worden zonder jury, en dat 'de Regters in dezelve' (17) uitspraak zouden doen. Voor het overige werd de Code 'provisioneel' gehandhaafd. De zittingsvoorschriften bleven dus ongewijzigd van kracht. Zij keerden voor een groot deel, soms bijna woordelijk gelijk, in het Wetboek van 1838 terug. Zo bepaalde art. 219 (vergelijk het tegenwoordige art. 277 Sv) dat, zodra met het horen van de getuigen een aanvang was gemaakt, het rechtsgeding onafgebroken moest worden voortgezet; alleen een schorsing om 'aan regters, getuigen en beschuldigten de vereischte rust te verschaffen' was toegestaan. De Bosch Kemper legde dit voorschrift nog geheel in de geest van het onmiddellijkheidsbeginsel uit. 'Tegen de Wet strijdt derhalve een rechtsgeding, waarin (...) tusschentijds andere zaken worden behandeld, ja zelfs, indien dit geschiedt, nadat het onderzoek is gesloten, en voordat het

(16) Vergelijk Geert Bossers, 'Welk eene natie, die de jurij gehad heeft, en ze weder afschaft!', Delft 1987, p. 32 e.v.

(17) Het assisenhof bestond tot dan uit twaalf gezworenen en vijf beroepsrechters.

vonnis wordt uitgesproken. (...) Niets is toch nadeeliger voor een juist en regtvaardig vonnis, dan indien de regter gevaar loopt, verschillende zaken met elkander te verwarren'. Daarom diende de rechter 'dadelijk na het sluiten van het onderzoek te raadplegen en te vonnissen'. Viel aan een onderbreking niet te ontkomen, bijvoorbeeld omdat het horen van een nieuwe, niet op de lijst geplaatste getuige 'noodzakelijk' was (art. 181 jo. 203 sub 2), dan behoorde het onderzoek 'weder op nieuws' te worden aangevangen. Een behandeling van de zaak 'in termijnen' was uit den boze. (18)

Hoe anders werd ten tijde van het oud-vaderlandse recht geprocedeerd in zaken die 'civielijk' werden afgehandeld. De procesvoering was niet mondeling, maar overwegend schriftelijk. En er werd juist wel in termijnen geprocedeerd. De partijen kregen telkens veertien dagen of langer de tijd om elkaar te bestoken met op schrift gestelde conclusies van eis en antwoord, van repliek en dupliek. Waren ze uitgeconcludeerd, dan konden zij tot het bewijs van hun stellingen worden toegelaten, en werden zo nodig getuigen gehoord. Daarop kon dan weer worden gereageerd met bezwaren en tegenbewijs. Met het vonnis dat uiteindelijk werd gewezen, was de zaak niet afgelopen. De partijen konden de rechtsstrijd in appel voortzetten. (19)

Hoewel de wetgever van 1838 alles op de kaart zette van de onmiddellijke bewijislevering ter zitting, is de procesvoering in de loop der tijd steeds civielier geworden. Het tussentijds afdoen van andere zaken, De Bosch Kemper nog een gruwel, is regel geworden. (20) Hervatting van het onderzoek na een maandenlange schorsing in de stand waarin de zaak zich bevond, wordt niet onverantwoord geacht. Er is bijna steeds de mogelijkheid van een herkansing in appel. Bij dit alles komt dat niet zelden uitsluitend op de stukken recht wordt gedaan. De verdachte kan verstek laten gaan, getuigen worden veelal niet gehoord. Als er wel getuigen zijn, wordt de 'natuurlijke' volgorde die het wetboek aanhoudt, omgedraaid. Eerst

(18) A.w., deel III, p. 607 e.v. Vergelijk p. 539.

(19) Montballyu, a.w. p. 124.

(20) Het is misschien niet te gewaagd om te veronderstellen dat dit opschuiven in civiele richting mee veroorzaakt is door de boven beschreven 'gelijkschakeling'. De gedingvoering in correctionele zaken had van oudsher een civielrechtelijke inslag. Het is gezien niet toevallig dat het euvel van het tussentijds afhandelen van zaken zich, zoals De Bosch Kemper meldt, bij *rechtbanken* voordeed. Het waren immers de rechtbanken die de correctionele misdrijven berechten.

wordt de verdachte gehoord, en dan pas de getuigen. Ook dat is 'civielijk' gedacht. Het getuigenverhoor kan zich zo concentreren op de punten in de aanklacht die worden bestreden. Op wat in confesso is richt de bewijislevering zich niet.

Ik meen dat deze ontwikkeling positief moet worden gewaardeerd. De gedachte dat een goede oordeelsvorming afhangt van een 'onmiddellijke' kennisneming van het bewijsmateriaal, is terecht losgelaten. De beslissing dient niet gebaseerd te worden op indrukken die vervliegen als kennis wordt genomen van andere zaken, maar op argumenten die stand houden als ze aan het papier worden toevertrouwd. Steun voor deze opvatting komt uit onverdachte hock. In hun geruchtmakende *Dubieuze zaken* stellen Crombag, Van Koppen en Wagenaar dat uit onderzoek gebleken is dat uit de wijze waarop getuigen hun beweringen doen moeilijk af te leiden is of zij de waarheid spreken. Het gebruik van op schrift gestelde verklaringen lijkt daarom 'niet onverstandig'. Weliswaar denken veel mensen 'dat zij met het ongewapende oog waarheid van leugen kunnen onderscheiden', maar dat is 'waarschijnlijk een illusie'. Door die illusie kan 'de "onmiddellijkheid" van het proces een eigen bron van fouten (...) worden'.⁽²¹⁾

Op zich bestaat er dus geen bezwaar tegen het gebruik van eerder afgelegde, op schrift gestelde verklaringen. Iets anders is dat de verdachte voldoende gelegenheid moet hebben om de juistheid van die verklaringen te betwisten. Daarvoor is minimaal nodig dat de verklaringen op de zitting 'ter sprake' zijn gebracht. Het recht om de getuigen (zelf) te ondervragen is een ander uitvloeisel van het recht op betwisting. De (nadere) ondervraging kan ongerijmdheden aantonen en de andere helft van de waarheid aan het licht brengen. Met onmiddellijke bewijsvoering heeft dat weinig te maken. De verdachte heeft, evenals de gedaagde in civiele zaken, recht op een *contradictoire* behandeling. In art. 6 EVRM is het ondervragingsrecht ingebed in het recht op een 'public hearing with a view to adversarial argument'. Zijn recht op een *openbare* behandeling brengt mee dat de verdachte in beginsel het recht heeft de getuige *op de zitting* te ondervragen, zijn recht op *tegenspraak* brengt mee dat het gebruik van niet op de zitting afgelegde verklaringen in beginsel ontoelaatbaar is als hij *in geen enkel stadium* van het proces de gelegenheid tot ondervra-

(21) H.F.M. Crombag, P.J. van Koppen en W.A. Wagenaar, *Dubieuze zaken*, de psychologie van strafrechtelijk bewijs, Amsterdam/Antwerpen 1992, p. 49 en p. 246.

ging heeft gehad. Als de verdachte de getuige bij de R-C aan de tand heeft kunnen voelen, is (als ondervraging op de zitting niet kan worden gerealiseerd) het gebruik van de verklaring dan ook als regel niet in strijd met het verdrag. Dat gebruik is eveneens niet unfair als de verdachte op ondervraging geen prijs stelt.

Het onmiddellijkheidsbeginsel moet dus niet, zo is mijn conclusie, verward worden met het recht op een contradictoire behandeling. Het laatste is heilig, het eerste niet.

Kenmerkend voor het Nederlandse stelsel van strafvordering is, dat niet alles afhangt van die ene openbare behandeling ter zitting. In het voorstadium van de procedure worden de zwakke zaken reeds door politie en OM uitgezeefd. Een strafzaak van enige importantie wordt voorts, als de verdachte dat wenst, in twee instanties berecht. Tenslotte kan de procesgang nog door de cassatierechter worden gecontroleerd. In deze opeenvolging van procesfasen en aaneenschakeling van beslismomenten ligt de kracht van het stelsel. Er mag enerzijds worden voortgebouwd op wat in een eerdere fase is verricht en beslist, terwijl anderzijds de eerdere verrichtingen en beslissingen telkens aan de kritiek en de controle van een 'hogere' instantie kunnen worden onderworpen. In dat contradictoire element ligt een belangrijke waarborg voor een zorgvuldige besluitvorming. De verschillende schakels van de processuele keten moeten in hun onderlinge samenhang worden gezien. De waarborgen die elders in de keten zijn ingebouwd bepalen mee hoe het onderzoek op de zitting moet worden ingericht. Omgekeerd geldt, dat leunen op de resultaten van het vooronderzoek alleen verantwoord is als er voldoende garanties zijn dat in die fase zorgvuldig wordt gewerkt. Daarin ligt een argument om de rechtsbescherming in de voorfase te vergroten. Controle in de vorm van uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs kan voorts niet worden gemist.

Voorwaarde voor een meer 'civiele' vorm van procederen is overigens, dat de verdachte daadwerkelijk in staat is om als tegenpartij op te treden. Alleen dan immers is het verantwoord het onderzoek ter zitting te richten op de punten die worden aangevochten. Dat betekent in beginsel dat in goede rechtsbijstand moet zijn voorzien.

2.2.3. *Inquisitoir of accusatoir*

Naar wij onder 2.1 zagen maakten de Code d'Instruction Criminelle en het Wetboek van 1838 aan het 'civielijk' afdoen van strafzaken een eind. 'Een strafgeding als een geding te beschouwen tusschen het Openbaar Ministerie, als eischer, en den aangeklaagde, als verweerder, was overeenkomstig de beginselen van het oude Hollandse en oude Fransche regt. Volgens het nieuwe regt', schrijft De Bosch Kemper, 'schijnt ons zoodanige beschouwing een in de gevolgen verderfelijk dwaalbegrip toe'. (22) De vraag is welke die 'gevolgen' zouden zijn.

Volgens De Bosch Kemper was de 'aard' van de strafvordering een andere dan die van de civiele vordering. De strafvordering bestond niet in het requireren van straf, maar slechts 'in het provoceren van regterlijke beslissingen'. Daarom oefende de officier die tot vrij spraak requireert, wel degelijk het recht tot strafvordering uit. Daarom ook gold, anders dan in burgerlijke zaken, de regel *ne ultra petita* niet. De rechter mocht zwaarder straffen dan was geëist en niettegenstaande de gevorderde vrij spraak veroordelen. Hoewel De Bosch Kemper het accent legde op deze voor de verdachte negatieve kant van de medaille, blijkt ook de keerzijde uit zijn betoog. Omdat het OM 'geene partij, maar slechts een voorlichtend ambtenaar' is, behoort het vorderen van vrij spraak tot zijn taak. Van het OM wordt geen partijdige, maar een onpartijdige opstelling verwacht. Hij is er als magistraat mee verantwoordelijk voor dat geen onschuldigen worden gestraft.

Het achterliggende uitgangspunt is, dat recht moet worden gedaan overeenkomstig de materiële waarheid. Bestrafing van onschuldigen zou anders immers geen punt zijn. Ook de verantwoordelijkheid van de rechter wordt door dit uitgangspunt bepaald. Voor zijn besluitvorming kan niet beslissend zijn hoe de verdachte zich als partij opstelt. Zelfs als de verdachte zich uitdrukkelijk akkoord verklaart met de gevorderde straf, is de rechter niet ontslagen van zijn plicht om een onderzoek in te stellen naar de materiële waarheid.

Ik meen dat aan dit *inquisitoire* uitgangspunt moet worden vastgehouden. De taak van de strafrechter is niet het beslechten van een particulier conflict tussen twee partijen, maar de publieke veroordeling van een burger op basis van diens vastgestelde schuld. Het pu-

(22) A.w., Deel I, p. 38.

blikrechtelijk karakter van het strafrecht vertaalt zich mede hierin, dat bestraffing van onschuldigen ook dan onaanvaardbaar is als de betrokkene er zelf mee instemt.

Het inquisitoire strafproces staat in een kwade reuk. De sympathie gaat uit naar het accusatoir procesmodel, omdat 'adversarial argument' daarin een vanzelfsprekende plaats heeft. Toch is het niet juist om een contradictoir proces te vereenzelvigen met een accusatoir proces. Een recht op tegenspraak is niet in strijd met het inquisitoire uitgangspunt. Sterker nog, een contradictoire behandeling vergroot de kans dat de materiële waarheid gevonden wordt. De verdachte komt immers het recht van verdediging toe omdat daardoor willekeurige bestraffing (bestrafing van onschuldigen) kan worden voorkomen. Het is dan ook niet zo dat art. 6 EVRM noopt tot het geheel loslaten van het inquisitoire model. Het verdragsartikel vraagt om een contradictoir proces, niet om een accusatoir proces.

'Adversarial argument' als waarborg tegen willekeurige bestraffing veronderstelt dat de verdachte in staat en bereid is als tegenstander de rechtsstrijd aan te gaan. Dat vormt de achilleshiel van het accusatoire model. Veel hangt af van de kwaliteit van de verdediging. Bovendien kan de verdachte op grond van 'oneigenlijke' motieven afzien van het voeren van verweer. Als enige waarborg tegen bestraffing van onschuldigen schiet het recht op tegenspraak dus te kort. 'Ambtshalve' onderzoek naar de materiële waarheid vormt een *extra* waarborg die alleen kan worden gebaseerd op een inquisitoir uitgangspunt.

Onder 2.2.1 is betoogd dat de belangen die op het spel staan, mee bepalen welke waarborgen in het proces moeten worden ingebouwd. Dat betekent dat de verantwoordelijkheid van het OM en de rechter voor een 'juiste' (met de waarheid overeenstemmende) uitkomst van het geding toeneemt naarmate de straf die kan worden opgelegd, zwaarder wordt. Het inquisitoire element in onze strafvordering wint dan aan gewicht. Het is daarom onaanvaardbaar dat een vrijheidsbenemende sanctie door middel van een figuur als transactie wordt 'opgelegd'. In de sfeer van de geldboete daarentegen hoeft buitengerechtelijke afdoening niet zonder meer te worden afgewezen. In het navolgende zal aan die afdoening aandacht worden besteed. Juist omdat bij transactie alles aan de 'partijen' wordt overgelaten, is deze figuur uitermate geschikt om het belang van een inquisitoire invulling van het strafproces te demonstreren.

Het zal niet geheel toevallig zijn dat met het 'civielijk' afdoen van strafzaken ook de *compositie* uit ons strafproces verdween.⁽²³⁾ Strafpogging vereiste een onderzoek naar de materiële waarheid. Dat standpunt kwam in de 19e eeuw meer en meer onder druk te staan. De belangen van de procespartijen liepen daarbij parallel. Het OM zocht naar mogelijkheden om lichte zaken efficiënt af te doen, menig verdachte wenste terechtstaan in het openbaar (en de daaraan verbonden kosten) te vermijden. De Wet vereenvoudiging van de rechtspleging bracht in 1921 de compositie (transactie) in ons strafproces terug.⁽²⁴⁾

Van oudsher is de vraag geweest hoe misbruik van deze vorm van afdoening moet worden tegengegaan. Het feit dat de verdachte niet 'tegenspreekt', ja zelfs akkoord gaat, levert, zo leert de historie, geen voldoende waarborg op tegen willekeurige bestraffing. Een principiële vraag daarbij is of van 'ontercchte' bestraffing ook sprake is als een verdachte die in feite onschuldig is, toch transigeert, bijvoorbeeld omdat hij de zaak tegen elke prijs uit de publiciteit wenst te houden. Ik beantwoord die vraag bevestigend. Het *publieke* belang dat geen onschuldigen worden gestraft, mag niet tegen particuliere belangen worden weggestreept. Hier blijkt dat de rechtsbescherming zich tegen de individuele verdachte kan keren. Een vergelijking met de openbaarheid van de zitting ligt hier voor de hand. Aan een verzoek van de verdachte om de deuren te sluiten wordt meestal geen gevolg gegeven. Het algemene belang dat zittingen openbaar zijn, weegt doorgaans zwaarder dan het belang van de verdachte. Daarbij zij aangetekend, dat de afweging die plaatsvindt, uitsluitend betrekking heeft op de *wijze* waarop wordt geprocedeerd (in het openbaar of niet). De procedure blijft erop gericht bestraffing van onschuldigen te voorkomen. Trekt men deze lijn door naar de transactie, dan is de conclusie de volgende. Het particuliere belang van de verdachte mag meewegen bij de keuze voor deze niet-openbare wijze van afdoening, mits maar voldoende is gewaarborgd dat alleen schuldigen transigeren. Wat voldoende is hangt daarbij af van wat er op het spel staat.

Door De Doelder is betoogd dat in de positie van het OM als onderdeel van de rechterlijke macht een garantie ligt tegen misbruik. Van

(23) Art. 254 van het Wetboek van 1838 stond voorkoming van strafvervolgning alleen nog toe als de verdachte vrijwillig de maximumboete betaalde.

(24) Zie P. Osinga, *Transactie in strafzaken*, Arnhem 1992, p. 119 e.v.

de OvJ als 'magistraat' mag worden verwacht dat hij geen transactie aanbiedt als de vervolging niet haalbaar is. Gaat het om grote bedragen dan mag worden geëist dat het transactieaanbod is gestaafd door een opgave van de bewijsmiddelen.⁽²⁵⁾ Het uitgangspunt is hier terecht inquisitoir: de officier is er verantwoordelijk voor dat de afdoening overeenstemt met de materiële waarheid, en daarom moet het transactieaanbod berusten op een door hem ingesteld onderzoek naar de schuld van de verdachte. Dat onderzoek vormt een zekere waarborg tegen willekeurige bestraffing.

Daarmee is overigens niet gezegd dat de huidige transactiepraktijk de toets der kritiek kan doorstaan. Bij de forse bedragen die soms over tafel gaan is het moeilijk vol te houden dat er weinig op het spel staat. Daarbij komt dat het transactieaanbod soms wordt ingegeven door de wens een ingewikkeld en tijdrovend onderzoek te voorkomen. Die wens spoort wonderwel met het grote belang dat in het bijzonder bedrijven hechten aan het vermijden van negatieve publiciteit. Willekeurige bestraffing is dan, juist doordat de zaak niet goed behoeft te worden uitgezocht, allesbehalve denkbeeldig.

Transactie stuit ook op bezwaren van andere orde. Het doel van de strafvordering is niet het binnenhalen van geldsbedragen, maar het handhaven van de wet. Normvorming en generale preventie vragen om een publieke veroordeling van schuldigen. Strafoplegging die binnenskamers blijft, sorteert weinig effect, leedtoevoeging waaruit geen veroordeling spreekt, is zonder betekenis. Juist voor de diskwalificatie die in de veroordeling besloten ligt, betonen verdachten zich dikwijls gevoelig. Transactie is voor sommigen dan ook een middel om aan veroordeling te ontkomen. De verdachte betaalt 'om hem moverende redenen' en kan publiekelijk volhouden dat het OM het bij het verkeerde eind had. Voor de justitiebegroting is dat mischien een succes, voor de wetshandhaving een nederlaag.

Wanneer de bestraffing aan de 'partijen' wordt overgelaten dreigt zowel de rechtsbescherming als de wetshandhaving tekort te komen. Dat is precies het bezwaar dat tegen het accusatoire procesmodel kan worden ingebracht. De rechtsbescherming verwordt tot een persoonlijk belang van de individuele verdachte, de wetshandhaving wordt versmald tot het 'winnen' van het proces. Rechtsbescherming en wetshandhaving komen daardoor tegenover elkaar te staan,

(25) H. de Doelder, Het OM in positie, Arnhem 1988, p. 25.

waarbij het 'conflict' kan worden opgelost doordat partijen het op een akkoord gooien. Wordt daarentegen het publiekrechtelijk karakter van de strafvordering tot uitgangspunt genomen, dan zijn rechtsbescherming en wetshandhaving elkaars complement. Het publieke belang dat geen onschuldigen worden gestraft, sluit naadloos aan bij het publieke belang dat schuldigen worden veroordeeld. Willekeurige bestraffing is dan ook contraproductief: de veroordeling verliest daardoor haar zeggingskracht.

Een inquisitoir model doet aan dit publiekrechtelijke uitgangspunt recht. De OvJ draagt daarin als magistraat medeverantwoordelijkheid voor een juiste uitkomst van het proces. Zijn positie vertoont een zekere gelijkenis met die van de overheid in een administratieve procedure. Van een bestuursorgaan wordt bij de behandeling van bijvoorbeeld een vergunningaanvraag een onpartijdige afweging van belangen verwacht. Die afweging kan vervolgens aan het oordeel van de rechter worden onderworpen. De vervolgingsbeslissing van het OM dient eveneens te berusten op een onpartijdige beoordeling van de zaak.⁽²⁶⁾ Die overeenkomst verklaart waarom de stap naar de administratiefrechtelijke afdoening zo gemakkelijk kan worden gezet.⁽²⁷⁾ Als crop mag worden vertrouwd dat de 'administratie' de zaak zorgvuldig beoordeelt, kan controle door de rechter afhankelijk worden gesteld van het initiatief van de getroffene.

De vraag rijst of de figuur van de transactie aan de magistratelijke positie die het OM bij de buitengerechtelijke afdoening inneemt, recht doet. De eigen verantwoordelijkheid van het OM voor deze vorm van afdoening komt mijns inziens beter uit de verf als de transactiebevoegdheid wordt omgevormd tot een bevoegdheid om (bij beschikking of per strafbevel) boetes op te leggen, waartegen de verdachte dan in beroep kan gaan bij de rechter. Deze gedachte zal hierna, onder 3.1, worden geconcretiseerd in een voorstel tot invoering van een *drie-sporenproces*. Het verschil met administratiefrechtelijke

(26) Dat de positie van het OM in het strafproces vergelijkbaar is met die van een bestuursorgaan in een administratieve procedure, zegt niets over de vraag hoe OM en overheid zich in het strafproces tot elkaar verhouden. Het OM maakt geen deel uit van de overheid en vertegenwoordigt haar ook niet. Het zal zich bij de wetshandhaving soms tegenover de overheid moeten opstellen.

(27) Aandacht verdient wel, dat het OM door die stap tot bestuursorgaan wordt gemaakt en als zodanig deel uitmaakt van de overheid. Het OM wordt daarmee een dubbelrol opgedrongen die zijn magistratelijke positie in het strafproces zou kunnen aantasten.

lijke afdoening is, dat de afhandeling blijft ingebed in het grote geheel van de strafvordering. Het OM wordt dan ook geen bestuursorgaan, maar behoudt zijn magistratelijke positie.

2.2.4. *De vrijheid van de verdachte*

Zoals wij onder 2.1 zagen, eiste het Wetboek van 1838 ingeval van vervolging wegens misdaad de aanwezigheid van de verdachte ter zitting. Was de verdachte voortvluchtig, dan kon hij slechts 'weder-spannig aan de wet' worden verklaard. Een en ander betekende in de praktijk dat de verdachte vanaf het moment dat hij werd gevat, werd vastgehouden. Hij bevond zich ten tijde van de berechting in voorlopige hechtenis en diende te verschijnen 'vergezeld (...) van bewaarders, om zijne ontkoming te beletten' (art. 173). Correctionele zaken daarentegen konden bij verstek worden berecht. Onduidelijk was daarbij of de (gehechte) verdachte verplicht was te verschijnen. Het lijkt er op dat de herkomst van het instituut van de verstekverlening (in het civiele proces heeft de gedaagde ongetwijfeld het recht om verstek te laten gaan) zich hier deed gelden. Na de 'gelijkschakeling' in 1886, toen alle zaken bij verstek konden worden afgedaan, en niet-verschijnen geen wederspanning meer opleverde, kon de civiele benadering veld winnen. De MvT op het Wetboek van 1926 stelde uitdrukkelijk dat de verdachte het recht had weg te blijven. (28)

De gevolgen van deze stille revolutie deden zich eerst op termijn gevoelen. De praktijk van de voorlopige hechtenis veranderde in 1886 niet. Verdachten van een ernstig misdrijf werden als vanouds vastgezet. Daar kwam nog bij, dat bedelarij en landloperij strafbare feiten waren die tot langdurige vrijheidsbenemingen aanleiding gaven. Dat betekent denk ik, dat de meeste verdachten die zich op vrije voeten bevonden, een bekende woon- of verblijfplaats hadden. De betekening van de dagvaarding zal daarom niet echt een probleem zijn geweest. Daarbij kan nog bedacht worden dat de mobiliteit destijds gering, de sociale controle daarentegen groot was. Wat het hele dorp wist, kon de verdachte moeilijk onbekend blijven. Het achterlaten van de dagvaarding bij de burgemeester zal dan ook zeker geen formaliteit zijn geweest.

Op termijn echter tikte het loslaten van de verschijnplicht door. Als

(28) Zie G. Knigge, a.w., p. 94 e.v.

het de verdachte vrij stond om van de zitting weg te blijven, kon de vrees dat hij zich aan de berechting zal onttrekken, moeilijk meer een argument zijn om hem voorlopig te hechten. Wat altijd vanzelf had gesproken, was problematisch geworden. De voorlopige hechtenis vereiste een *bijzondere* rechtvaardiging. De 'gevallen en gronden' werden in de loop der tijd dan ook steeds verder aangescherpt. Het *gevaar voor vlucht* werd daarbij betrokken, niet op de berechting, maar op de executie van de straf. Zolang er geen reden was om aan te nemen dat de verdachte zich later, mocht een onherroepelijke veroordeling volgen, aan de straf zou onttrekken, moest hij kunnen gaan en staan waar hij wilde. Dat hij in de tussentijd niet bereikbaar was, was niet zijn probleem, maar dat van de justitie. Daarbij speelde een rol, dat de samenleving toleranter werd. Het opsluiten van landlopers en bedelaars begon men gènant te vinden. Verdachten zonder vaste woon- of verblijfplaats behoorden niet anders behandeld te worden dan de gezeten burger.

Deze liberale opstelling begon zich te wreken toen de samenleving mobieler en anoniemer werd. De wetgever zocht de oplossing in een verandering van de betekenisregeling. De verdachte kon voortaan 'opgehangen' worden aan zijn formele adres, het adres waarop hij blijkens het bevolkingsregister stond ingeschreven. Dat is consequent: de verdachte wordt behandeld als een gezeten burger van wie verwacht mag worden dat hij zijn adreswijzigingen aan de gemeente doorgeeft. Of die behandeling realistisch is, is een andere vraag. In feite wordt het risico dat de verdachte met de zitting onbekend blijft, vergroot. Dat risico komt voor rekening van de verdachte.

Met de betekenisproblematiek hangt de regeling van de rechtsmiddelen nauw samen. Was aanvankelijk in criminele zaken geen appel mogelijk, na de gelijkschakeling in 1886, toen in alle zaken verstek kon worden verleend en verzet gedaan, had iedere verdachte de mogelijkheid zijn zaak in vier feitelijke instanties te laten berechten. Hij kon zowel in eerste aanleg als in appel verstek laten gaan, en had dan telkens het recht van verzet. Aanvankelijk gaf deze royale regeling weinig problemen. Dat kwam vermoedelijk doordat de verdachte verplicht was de kosten van de verstekbehandeling te betalen, zelfs als hij na verzet werd vrijgesproken. Wegblijven was dan misschien wel het goed recht van de verdachte, maar gelet op zijn doorgaans geringe draagkracht was het weinig aantrekkelijk daarvan gebruik te maken. Dat veranderde toen in 1896 de veroordeling

in de proceskosten in haar geheel werd afgeschaft. Toen stak de zogeheten verzetplaag de kop op. Rechters moesten knarsetandend toezien hoe de niet verschenen verdachte op de publieke tribune plaats nam. Die ergernis leidde tot de vrijwel gehele afschaffing van het verzet bij de Bezuinigingswet van 1935. De verdachte moest de vrijheid die hem was toegedacht (hij mocht wegblijven) dus uiteindelijk bekopen met een vermindering van zijn rechtsmiddelen. Aan de vrijheid zelf werd niet getornd.

De huidige regeling, die van de hier geschetste ontwikkelingen het gevolg is, is om twee redenen problematisch. De eerste reden houdt verband met het in art. 6 EVRM gegarandeerde aanwezigheidsrecht. Het is bepaald niet uitgesloten dat een verdachte door onbekendheid met de zittingsdatum tot twee keer toe (zowel in eerste aanleg als in appel) bij verstek wordt veroordeeld. De vraag is of dat aanvaardbaar is. De tweede reden houdt verband met de eis van berechting binnen redelijke termijn. Doordat op het punt van de bereikbaarheid aan de verdachte geen eisen worden gesteld, gaat met het betekenen van dagvaarding, oproepingen en uitspraken telkens veel tijd en energie verloren. Daarbij moet bedacht worden dat de termijnen van hoger beroep en cassatie eerst beginnen te lopen als vaststaat dat de verdachte van de bij verstek gewezen uitspraak op de hoogte is. Daardoor kan passiviteit, gevoegd bij een oneigenlijk gebruik van rechtsmiddelen, een lonende strategie zijn. De kans dat uitstel op den duur tot afstel leidt is niet denkbeeldig. Wij behandelen de verdachte als een gedaagde in een civiele procedure. De vraag is of dat gelukkig is. In het burgerlijk procesrecht wordt het belang van de eiser afgewogen tegen dat van de gedaagde. Die afweging maakt aanvaardbaar, dat onbekendheid met de dagvaarding (en het vonnis) een risico is dat voor rekening van de gedaagde komt. Het verstekvonnis kan ten uitvoer gelegd; gaat de gedaagde tijdig in verzet, dan moet hij steeds, ook als hij in het gelijk wordt gesteld, de (extra) kosten die het gevolg zijn van de verstekbehandeling, dragen. Passiviteit loont hier dus niet. Daarbij komt dat de (dreigende) veroordeling in de proceskosten een rem zet op de aanwending van rechtsmiddelen. Tegenover de vrijheid die de gedaagde wordt gegund staan voor hem derhalve aanzienlijke risico's. In het strafproces is voor dergelijke risico's geen plaats. Dat maakt de vrijheid problematisch. Hoewel het recht om weg te blijven een grondbeginsel van ons straf-

procesrecht lijkt te zijn geworden, is daarvoor in het EVRM weinig steun te vinden. Zoals wij zagen (onder 2.2.1) is het voor het Europese Hof nog maar de vraag of een verdachte afstand kan doen van zijn recht ter zitting aanwezig te zijn. Ook hier blijkt dat rechtsbescherming niet mag worden versmald tot het particuliere belang van de individuele verdachte. Het voorkomen van willekeurige bestraffing is een publiek belang, zodat een 'paternalistische' inrichting van het strafproces gerechtvaardigd kan zijn. (29) Rechtsstelsels als het Engelse, het Duitse en het Franse, waarin de zware misdrijven niet buiten aanwezigheid van de verdachte kunnen worden berecht (en waar dus maatregelen noodzakelijk zijn om die aanwezigheid af te dwingen), zouden daarom in Straatsburg wel eens op meer sympathie kunnen rekenen dan het onze. (30) In ieder geval is het niet onwaarschijnlijk dat ingeval van een zwaar misdrijf aan de ondubbelzinnigheid van een 'waiver', indien toelaatbaar, hoge eisen zullen worden gesteld. Het maakt natuurlijk een groot verschil of, om twee uitersten te noemen, een verdachte na overleg met zijn raadsman expliciet weigert ter zitting te verschijnen, dan wel of een verdachte niet komt opdagen als de dagvaarding ter griffie is betekend. Erg 'unequivocal' is de afstand in dat laatste geval niet. (31)

Aandacht in dit verband verdient ook art. 5 lid 1 sub c EVRM. Hier wordt 'the purpose of bringing him (de verdachte) before the competent legal authority' als zelfstandige grond voor vrijheidsbeneming genoemd. Vanzelfsprekend spelen beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit op dit punt een beperkende rol. Het Europese Hof toetst of het voorarrest *reasonable* is. Daarbij wordt het Hof strenger naarmate de vrijheidsbeneming langer duurt. (32) Dat strookt met het derde lid van het verdragsartikel, waarin de vrijheidsbeneming

(29) Vergelijk EHRM 25 september 1992, NJ 1993, 526 (Croissant), waarin de toevoeging van een derde raadsman tegen de wil van de verdachte (die bovendien de daaruit voortvloeiende kosten moest betalen) niet in strijd met het verdrag werd geoordeeld. Het Hof overweegt daarbij dat 'the interests of justice' het noodzakelijk kunnen maken de wensen van de verdachte op dit punt te negeren ('to override those wishes').

(30) Het recht om weg te blijven is overigens in het Nederlandse recht niet absoluut. De rechter kan immers de medebrenging bevelen (art. 272 Sv).

(31) Strijd met het verdrag heeft dat niet op te leveren, omdat de verdachte nog een 'herkansing' heeft in de vorm van hoger beroep. Problematisch wordt het als hij ook in appel met de zittingsdatum onbekend is gebleven.

(32) Zie A.E. Harteveld in: Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht, Groningen 1992, p. 52 e.v.

wordt gekoppeld aan een aanspraak van de verdachte op een snelle berechting *of* ('or') op 'release pending trial'. Die vrijlating 'may be conditioned by guarantees to appear for trial'.

De conclusie kan zijn, dat (dwang)maatregelen die de aanwezigheid van de verdachte tijdens de berechting garanderen of die zijn bereikbaarheid gedurende het proces vergroten (zodat de ondubbelzinnigheid van een eventuele afstand buiten kijf is), niet in strijd zijn met het EVRM en misschien zelfs wel door dat verdrag worden gevorderd.

Ook op het punt van de rechtsmiddelen lijken wij liberaler te zijn dan het verdrag eist. Veelzeggend is EHRM 2 maart 1987, NJ 1991, 165 (Monnell en Morris), waarin werd geoordeeld over het Engelse appelstelsel. Dat stelsel staat de appelrechter toe ingeval van een kansloos beroep te bevelen dat de 'verloren tijd' niet meetelt bij de strafexecutie, zodat de totale duur van de detentie wordt verlengd. Het Hof stelde vast dat deze bevoegdheid diende als een 'deterrent' tegen kennelijk ongegronde beroepen 'which, if not discouraged, would unacceptably clog the process of dealing with appeals of some merit'. Aangezien het verdrag berechting binnen redelijke termijn voorschrijft, leed het volgens het Hof geen twijfel dat het nagestreefde doel (ontmoediging) 'is a legitimate one in the interests of the proper administration of justice for the purposes of Art. 6'. Nu wil ik bepaald niet betogen dat alles wat niet met het verdrag strijdt, hier navolging verdient. Wel meen ik dat maatregelen die oneigenlijk gebruik van rechtsmiddelen beogen tegen te gaan, niet op voorhand met een beroep op heilige principes kunnen worden verworpen. Daarbij teken ik aan dat, zoals het voorbeeld van de verzetplaag leert, een onbeheerst gebruik van beroepsmogelijkheden op den duur kan leiden tot het schrappen van die mogelijkheden. Het bevorderen van een gepast gebruik kan dus wel eens het behoud van het rechtsmiddel blijken te zijn.

2.2.5. Legaliteit en deformatisering

Art. 310 van de Code d'Instruction Criminelle bepaalde dat de beschuldigde ongeboeid ter zitting moest verschijnen en dat hij slechts vergezeld werd door bewakers om te beletten dat hij ontvluchtte. Het vergelijkbare art. 173 uit het Wetboek van 1838 luidde, voor zover hier van belang: 'Wanneer (de beschuldigde) zich in hechtenis

bevindt, zal hij vergezeld zijn van bewaarders, om zijne ontkoming te beletten'. Weggelaten was dus dat de beschuldigde niet geboeid mocht worden. Volgens De Bosch Kemper was dit omdat de onderzinking had geleerd dat boeien 'soms noodig is, om mishandelingen van den rechter te voorkomen'. (33) In het huidige wetboek wordt ook niet meer van de aanwezigheid van bewakers gesproken. Volstaan wordt met een aantal algemene bepalingen, waarin de voorzitter van het college met de zorg voor de handhaving der orde wordt belast en hem de bevoegdheid wordt gegeven de nodige maatregelen te nemen (art. 274 jo. 124 Sv). Of er boeien om moeten en of er bewakers nodig zijn laat de wetgever dus tegenwoordig over aan de rechter.

Dit voorbeeld is illustratief voor een ontwikkeling, waarin de wetgever steeds verder is teruggetreden. Aanvankelijk werd aan het legaliteitsbeginsel, volgens welke de strafvordering plaatsheeft op de wijze bij de wet voorzien, een nogal letterlijke invulling gegeven. In de Code d'Instruction werd precies aangegeven, hoe het onderzoek op de zitting diende te verlopen. Voorgeschreven werd wat de rechter achtereenvolgens moest doen en zelfs welke bewoordingen hij diende te bezigen. Zo droeg art. 314 de voorzitter op om de beschuldigde na voorlezing van de akte van beschuldiging te wijzen op wat die akte inhield en hem te zeggen: 'Daarvan wordt gij beschuldigd; gij zult nu horen welke bezwaren tegen u aangevoerd worden'. Deze regeldrift was niet helemaal onbegrijpelijk. De Code bracht revolutionair procesrecht, dat een einde maakte aan de voordien bestaande verscheidenheid en waarin gebroken werd met de inquisitoire procespraktijk onder het *ancien régime*. Het voorschrift dat de beschuldigde ongeboeid diende te verschijnen had dan ook een sterk symbolische lading. Het prentte de rechter in dat hij geen *voorwerp van onderzoek* tegenover zich had.

De wetgever wilde destijds, juist omdat hij de rechtspraktijk wenste te veranderen, weinig aan de rechter overlaten. Dat is tegenwoordig anders. Wie de regeling van het onderzoek ter zitting er op naleest, krijgt bepaald geen getrouw beeld van de feitelijke gang van zaken. Zo gaat naar reeds werd opgemerkt de ondervraging van de verdachte dikwijls aan die van de getuigen vooraf. Het is de rechter die op basis van zijn deskundigheid en ervaring bepaalt hoe de zaak moet worden 'aangepakt'. Wij hebben daar geen moeite mee. Ons

(33) A.w., deel II, p. 417.

vertrouwen in de rechter en de wijze waarop hij zijn taak vervult is in het algemeen groot. Daardoor kan het legaliteitsbeginsel een andere invulling krijgen. De wet schrijft daarbij niet voor wat de rechter moet doen en laten, maar draagt hem de zorg op voor de belangen die in het geding zijn. De bescherming van die belangen wordt dan niet gezocht in de strikte naleving van starre vormvoorschriften, maar in een behoorlijke taakvervulling door de voor die bescherming verantwoordelijke rechter.

Deze ontwikkeling doet zich bijna over de gehele linie voor. Het Openbaar Ministerie heeft zich in de loop der tijd als orgaan verzelfstandigd ten opzichte van de rechter en is meer en meer belast met eigen taken en bevoegdheden. Veel wordt daarbij aan het 'beleid' van het OM overgelaten. Zo zagen wij dat tegenwoordig in de magistratelijke positie van het OM een waarborg wordt gezien tegen misbruik van de aanmerkelijk verruimde transactiebevoegdheid. Vertrouwen in een behoorlijke taakuitoefening leidt hier tot het geheel terzijde stellen van de formele procesgang.

Aandacht bij dit alles verdient, dat ook in toenemende mate wordt vertrouwd op de mondigheid van de verdachte en de deskundigheid en de toewijding van zijn raadsman. Ook dat leidt tot deformalisering. De noodzaak om de verdachte te beschermen door dwingende, tot rechter en OM gerichte gedragsvoorschriften neemt immers af als de behartiging van het verdedigingsbelang in handen kan worden gelegd van een daadwerkelijk optredende raadsman. Zo kon in 1886 de verplichte rechtsingang worden afgeschaft. Het toegenomen vertrouwen in mondigheid van de verdachte (hij kan een bezwaarschrift indienen) maakte, dat het toezicht van de rechter op de vervolgingsbeslissing achterwege kon worden gelaten. Dat vereenvoudigde de procedure aanmerkelijk. Een ander, recent voorbeeld is het voorstel van de commissie-Moons om de verplichte maandelijkse toetsing van de gevangenhouding te laten vervallen. Ook hier wordt een wissel getrokken op de mondigheid van de verdachte. Het initiatief wordt bij hem gelegd. Hij moet als daar reden voor is zelf om invrijheidstelling verzoeken.

Deze verlegging van het initiatief is alleen verantwoord als de verdachte wordt bijgestaan door een raadsman. Meer in het algemeen geldt dat de afschaffing van dwingende procedurevoorschriften slechts mogelijk is bij de gratie van kwalitatief goede rechtsbijstand. Zo kan de ordehandhaving op de zitting aan de rechter worden overgelaten, mede omdat de 'vrije' taakuitoefening een tegenwicht vindt

in het optreden van de raadsman. Die kan bezwaar maken als de verdachte zonder reden in de boeien wordt geslagen. Zo ook dient de ruime bevoegdheid tot transigeren een tegenhanger te vinden in de mondigheid van de verdachte, die tenminste de mogelijkheid moet hebben zich met een advocaat te verstaan.

Bij een 'moderne' invulling van het legaliteitsbeginsel vertalen de in het geding zijnde belangen zich in taken en verantwoordelijkheden, toegekend aan de deelnemers aan het strafproces. De wetgever omschrijft de bevoegdheden en schept het kader, waarbinnen de procesdeelnemers op basis van die bevoegdheden opereren. Dat kader dient zodanig te zijn, dat een behoorlijke taakvervulling is gewaarborgd en misbruik van bevoegdheden kan worden tegengegaan. Dat vraagt om een stelsel van 'checks and balances', waarbij de deelnemers aan het proces elkaar over en weer controleren en waarbij de bevoegdheid van de een haar tegenwicht vindt in die van de ander. Deze benadering betekent niet het einde van alle vormvoorschriften, maar wel een relativering daarvan. Doordat de procesdeelnemers op de achterliggende belangen zijn georiënteerd (dat brengt een goede taakuitoefening mee), kan soepeler met de regels worden omgesprongen. Zo behoeft schending van de regels niet altijd consequenties te hebben (relativering van nietigheden). De opstelling van de procesdeelnemers speelt daarbij een belangrijke rol. Als bijvoorbeeld door de rechter vergeten wordt de cautie te geven, mag van de raadsman als procesbewaker verwacht worden dat hij de rechter daarop attendeert. Laat hij dit na, dan wordt aangenomen dat de verdediging bij naleving van de regel geen (zwaarwegend) belang heeft. Ook hier blijkt dat er op wordt vertrouwd dat de raadsman zijn taak naar behoren uitoefent. Kwalitatief goede rechtsbijstand is derhalve ook voor deze vorm van deformalisering een voorwaarde. Het vertrouwen in een goede taakvervulling dient niet blind te zijn. Net zoals de naleving van formele procesregels aan de controle van een hogere rechter moet kunnen worden onderworpen, zo moet die rechter ook de wijze waarop taken en bevoegdheden zijn uitgeoefend, kunnen toetsen. De rechter kan daarbij moeilijk anders dan zich baseren op ongeschreven regels en beginselen. De enorme groei van het ongeschreven procesrecht is zagezien het noodzakelijke complement van het proces van deformalisering. Het terugtreden van de wetgever vraagt om rechtersrecht.

Krampachtige codificatie van ongeschreven procesrecht staat, zo

volgt uit het voorgaande, haaks op de geschetste 'moderne' invulling van het legaliteitsbeginsel. Dat neemt niet weg dat telkens zorgvuldig afgewogen moet worden, wat aan de rechter kan worden overgelaten en wat om regeling door de wetgever vraagt. Die afweging is een lastige. Een belangrijke factor daarbij is uiteraard, hoe groot het vertrouwen is dat in een behoorlijke taakuitoefening kan worden gesteld. Als, om maar eens een voorbeeld te noemen, op een verantwoord gebruik van rechtsmiddelen door de advocatuur mag worden vertrouwd, zullen *wettelijke* maatregelen om misbruik tegen te gaan, minder nodig zijn.

Art. 1 Sv heeft ook betrekking op het vooronderzoek. Aandacht verdient, dat de wetgever van 1838 nog weinig vertrouwen in de politie stelde. Tekenend is, dat art. 11 Sv-oud alleen opsporingsbevoegdheid toekende aan 'de directeuren en commissarissen van policie'. De gewone politieagent had die bevoegdheid niet. Als hij een strafbaar feit constateerde, moest hij daarvan aangifte doen bij de commissaris. Die maakte daarvan proces-verbaal op en stuurde dat 'onverwijld' (art. 34 Sv-oud) naar de OvJ die, zo nodig na het inwinnen van 'narigten', de stukken deed toekomen aan de rechter-commissaris (art. 29, 30 Sv-oud). De achterliggende gedachte was, dat het onderzoek naar mogelijk gepleegde strafbare feiten een zaak was van de rechter. Als de eenvoud van de zaak maakte dat geen vooronderzoek nodig was, dan diende de OvJ 'rauwelijks' te dagvaarden. Het onderzoek door de rechter vond dan op de zitting plaats. Was wel een voorafgaande instructie nodig, dan had de rechter ook bij dat onderzoek de leiding. Voor een door de politie zelfstandig uitgevoerd opsporingsonderzoek was dus geen plaats. Voor 'policie-overtredingen' werd echter een kleine uitzondering gemaakt. Hier dienden de processen-verbaal niet 'onverwijld', maar 'ten langste binnen den tijd van drie dagen' te worden ingezonden (art. 18 Sv-oud). Aan de inhoud van de processen-verbaal werden ook hogere eisen gesteld. 'Dezelve moeten', aldus De Bosch Kemper, 'zoo volledig zijn, dat daarop dadelijk de behandeling der zaak voor het kantongerecht kan geschieden'. De verklaring voor dit verschil is, dat bij overtredingen een instructie uitgesloten was. Er moest dus wel enig onderzoek aan de politie worden toevertrouwd.(34)

De situatie is inmiddels drastisch gewijzigd. De gedachte dat het

(34) De Bosch Kemper, deel I, p. 130.

onderzoek naar vermoedelijk begane strafbare feiten een zaak voor de rechter is, leeft nauwelijks meer. Een gerechtelijk vooronderzoek wordt bijna alleen nog gevorderd als daaraan, vanwege de toepassing van dwangmiddelen, niet valt te ontkomen. De rechter-commissaris heeft dan een belangrijke controlerende, rechtsbeschermende rol, maar van leidinggeven komt weinig terecht. De 'parallelle' opsporing gaat langs hem heen. Ook op de zitting komt van daadwerkelijk onderzoek weinig terecht. De rechter onderzoekt niet, maar verifieert.⁽³⁵⁾ De resultaten van het door de politie ingestelde opsporingsonderzoek vormen voor hem het uitgangspunt van beoordeling.

Opmerkelijk is dat deze aardverschuiving zich heeft kunnen voltrekken zonder ingrijpende wijziging van het Wetboek van Strafvordering. Meer personen dan voorheen zijn 'belast' met opsporing en het aantal dwangmiddelen dat zij ten behoeve van die opsporing zelfstandig mogen uitoefenen, heeft enige uitbreiding ondergaan. Daar houdt het echter mee op. Aan het legaliteitsbeginsel is hier wel zeer 'modern' invulling gegeven. Er wordt een bijna onbegrensd vertrouwen gesteld in de wijze waarop de politie haar taak vervult. Zij mag het geheel zelf uitzoeken. De enige activiteit die wel is gereguleerd, is het opmaken van processen-verbaal en het opnemen van aangiften en klachten. De bepalingen die daarop betrekking hebben, stammen dan ook uit een tijd waarin het verzamelen en op schrift stellen van klachten en aangiften nog de belangrijkste taak van de politie was.

De uitvoerige regeling van het onderzoek ter zitting staat in schril contrast met de spaarzame bepalingen die aan het opsporingsonderzoek zijn gewijd. Het wetboek weerspiegelt een strafprocessuele praktijk die inmiddels ver achter ons ligt. De discrepantie die is ontstaan, wordt althans ten dele ondervangen door een explosieve groei van het rechtersrecht. Daarbij zijn dysfunctioneel geworden wettelijke bepalingen uitgehold en hebben beginselen en verdragsrecht de leemten in de regelgeving opgevuld. De vraag daarbij is, of het evenwicht niet zoek is geraakt. Kan nog gezegd worden dat de straffordering plaatsheeft op de wijze bij de wet voorzien?

(35) Th. W. van Veen, *Bij afwezigheid veroordeeld*, DD 1985, p. 3.

2.3. Afsluitende opmerkingen

Het stelsel van strafvordering zoals wij dat thans kennen is een produkt van een historische ontwikkeling waarin elementen ontleend aan het oude criminele proces en elementen afkomstig van het civiele strafproces tot een geheel zijn versmolten. Het gevolg was dat lichte en zware zaken over één kam moesten worden geschoren. Daarbij kwam dat het verschil in oorspronkelijk uitgangspunt een onderhuidse spanning veroorzaakte die maakte dat het stelsel ging werken. Het aan het criminele strafproces ontleende onmiddellijkheidsbeginsel eiste van de rechter een volledig onderzoek naar de materiële waarheid waarbij alle getuigen moesten worden gehoord en de verdachte niet kon ontbreken. Het civiele proces, waarin de rechter afwacht of de gedaagde verweer wenst te voeren, was wat dat betreft een stuk praktischer. Juist doordat de regeling ook gold voor de berechting van overtredingen en lichte misdrijven, waarbij het praktische argument zwaar woog, heeft het civiele uitgangspunt het van het onmiddellijkheidsbeginsel kunnen winnen. De verantwoordelijkheid werd meer en meer naar de verdachte geschoven. Als hij verstek wenste te laten gaan was dat zijn eigen zaak, als hij de tegenover de politie afgelegde verklaringen niet betwistte moest hij dat zelf weten. De toegenomen liberaliteit had, doordat het procesverloop afhankelijk werd gemaakt van de opstelling van de verdachte, ook averechts effecten. Die deden zich gevoelen toen de bereikbaarheid van de verdachte afnam: passiviteit werd een lonende strategie. Door het loslaten van het onmiddellijkheidsbeginsel kon het accent verschuiven van het eindonderzoek naar het opsporingsonderzoek. De strafprocessuele praktijk maakte zich, daarbij geholpen door de corrigerende en relativiserende werking van ongeschreven procesrecht, meer en meer los van de wettelijke regeling. Op den duur wreekt zich dat. Het zicht op de wettelijke regeling gaat verloren en de naleving van wettelijke voorschriften verwordt tot het vervullen van zinloze en lastige formaliteiten. Daar valt nog wel mee te leven als de hoeveelheid af te handelen zaken de strafrechtspleging niet onder druk zou zetten en de advocatuur niet bij machte zou zijn op elk slakje zout te leggen. Die tijd echter hebben we achter de rug. Mijns inziens moet de lawine aan wetswijzingen en voorstellen daartoe tegen de hier geschetste achtergrond begrepen worden. Het ingrijpen van de wetgever kan dan ook niet simpel worden afgedaan als een aantasting van de rechtsbescherming ten behoeve van de

misdaadbestrijding. Het handhaven van verouderde voorschriften enkel omdat ze het proces compliceren en dus voor de verdachte gunstig kunnen uitpakken, heeft met rechtsbescherming weinig te maken. Het gaat bij die rechtsbescherming zoals gezegd uiteindelijk niet om het particuliere belang van de individuele verdachte, maar om het publieke belang dat niet willekeurig wordt gestraft. Het voorkomen van de bestraffing van onschuldigen staat dan ook niet haaks op het streven schuldigen te bestraffen. Een efficiëntere rechtspleging behoeft daarom aan de rechtsbescherming niet tekort te doen. Integendeel, een doelmatige en op de merites van de zaak afgestemde afdoening kan tijd en energie vrijmaken voor een zorgvuldige bcoordeling van zaken die dat verdienen. Aan maatregelen die overbelasting van het apparaat tegengaan, wordt door het Europese Hof niet voor niets een *legitimate aim* toegeschreven (zie onder 2.2.4).

Het gaat mijns inziens niet om een soort kwantitatieve verschuiving, waarbij meer *crime control* minder *due process* oplevert. Het vraagstuk is ten dele een van vormgeving: op welke wijze dient de rechtsbescherming in het strafproces gestalte te krijgen? In hoeverre bijvoorbeeld moet die bescherming gezocht worden in strikte naleving van procedureregels en in hoeverre kan vertrouwd worden op een behoorlijke belangenbehartiging door de procesdeelnemers? Ten dele ook is het vraagstuk een van belangenafweging. Het belang dat niet willekeurig wordt gestraft, moet afgewogen worden, niet tegen het belang van de wetshandhaving (want beide belangen lopen parallel en verenigen zich in het belang van een deugdelijk onderzoek naar de materiële waarheid), maar tegen andere (grond)rechten en belangen van burgers. Zo moet het belang van een *openbare* berechting afgewogen worden tegen het belang dat de verdachte heeft om de zaak buiten de publiciteit te houden, en tegen het recht dat het slachtoffer en andere betrokkenen hebben op privacy. Zo ook moet het recht getuigen te ondervragen afgewogen worden tegen de bescherming die bedreigde getuigen verdienen. Evenzo moet het belang dat de verdachte in zijn aanwezigheid wordt berecht (zodat hij van zijn verdedigingsrechten optimaal gebruik kan maken), afgewogen worden tegen het recht van de verdachte op persoonlijke vrijheid. Bij die afwegingen geldt telkens dat het belang dat geen onschuldigen worden gestraft, zwaarder gaat wegen naarmate er meer op het spel staat.

Dat ik de noodzaak van wetswijziging onderschrijf, betekent nog niet dat ik mij in de voorgestelde en reeds ingevoerde wijzigingen

kan vinden. Enigszins vooruitlopend op het vervolg, stel ik alvast dat het grootste bezwaar dat tegen de gehele operatie kan worden ingebracht het fragmentarische, onstelselmatige en tot op zekere hoogte eenzijdige karakter ervan is. De operatie is gericht op het wegnemen van knelpunten en krijgt daardoor het karakter van symptoombestrijding. Het wettelijke stelsel blijft het uitgangspunt van denken, maar sommige voorstellen passen slecht in dat stelsel. Zij vergroten de ondoorzichtigheid van de regelgeving en verergeren daardoor de kwaal. De eenzijdigheid van benadering blijkt vooral op het punt van het opsporingsonderzoek: het tekort aan wettelijke regelgeving krijgt geen aandacht.

Deze kritiek maakt dat ik gemeend heb mij in het navolgende niet te moeten beperken tot het bespreken van een aantal van de wijzigingsvoorstellen. Ik zal tevens aangeven welke aanpassingen van het wettelijk stelsel mij voor ogen staan.

3. VAN VERANDERING

3.1. Eenvoudige procedures en bekende verdachten

In november 1992 bracht de commissie-Moons een rapport uit waarin werd voorgesteld een vereenvoudigde procedure voor bekende verdachten in te voeren. Volgens de toelichting is de inzet van het geding in gevallen waarin de verdachte bekend, 'niet de vraag of de verdachte het feit heeft begaan, maar de vraag welke straf of maatregel moet worden opgelegd'. Het onderzoek op de zitting en de motivering van het vonnis zouden daar dan ook op moeten zijn afgestemd. De commissie wijst er op dat dit in de praktijk door een functionele (door de commissie onderschreven) toepassing van vormvoorschriften al is gerealiseerd. Wat de zitting (en de daarop toepasselijke wetsbepalingen) betreft, verandert er, behalve dat zij officieel als vereenvoudigd wordt bestempeld, dan ook eigenlijk niets.⁽³⁶⁾ Alleen voor de inhoud van het vonnis maakt het uit: een uitgewerkte

(36) Hoofdreel is dat de gewone voorschriften op de vereenvoudigde procedure van toepassing zijn (art. 366a lid 1). Het enige aparte voorschrift dat wordt voorgesteld, heeft betrekking op de voorlezing van stukken (art. 366b). Hier wordt als regel geformuleerd wat het bestaande art. 297 lid 4 reeds als mogelijkheid kent. Van die mogelijkheid wordt praktisch gesproken altijd gebruik gemaakt.

bewijsmotivering kan achterwege blijven. Het voorstel kan op dit punt moeilijk los worden gezien van de kop-staart problematiek. In het voorontwerp van wet dat thans circuleert, (37) is die problematiek dan ook 'meegenomen'.

Het commissievoorstel heeft nogal wat stof doen opwaaien. Dat komt doordat een aparte procedure voor bekende verdachten associaties wekt met de *guilty plea*, en daarmee met het accusatoire procesmodel. Van een echte breuk met het inquisitoire uitgangspunt is mijns inziens echter geen sprake. De normale zittings-, bewijs- en beraadslagingsvoorschriften blijven immers van toepassing. De commissie stelt uitdrukkelijk dat de rechter verantwoordelijk blijft voor de materiële waarheidsvinding. Haar voorstel accentueert het toegenomen *contradictoire* karakter van ons strafproces (38) en sluit aan bij de hiervoor (onder 2.2.5) beschreven deformaliseringstendens. Doordat vertrouwd wordt op de mondigheid van de van rechtsbijstand voorziene verdachte concentreert de gedingvoering zich op de punten die worden tegengesproken. De commissie wil formaliseren wat in de praktijk is gegroeid.

Ik vind het voorstel om een aantal onderling samenhangende redenen weinig gelukkig. Mijn eerste bezwaar is dat onduidelijk blijft waarom moet worden geformaliseerd. Formalisering kan aangewezen zijn als zou blijken dat de huidige, gedeformaliseerde praktijk onvoldoende waarborgen biedt voor een zorgvuldige beoordeling. Formele regels dienen dan de speelruimte die de procesdeelnemers wordt gelaten, in te perken. De commissie onderschrijft echter zoals gezegd de functionele uitleg die aan de toepasselijke bepalingen wordt gegeven. Haar voorstel brengt dan ook niet mee, hoewel die suggestie wel een beetje wordt gewekt, dat in zaken waarin de verdachte *niet* bekend, voortaan niet eenvoudig, maar *full dress* moet worden geprocedeed. (39) Als dat de bedoeling zou zijn, zouden de

(37) Een eerder voorontwerp is 'overwegend negatief' ontvangen (E.P. von Brucken Fock, De commissie Herijking Wetboek van Strafvordering: een terugblik, Justitiële Verkenningen jrg. 19 nr. 8, p. 23).

(38) Naar onder 2.2.3 is betoogd moet een *contradictoire* behandeling niet vereenzelvigd worden met een accusatoir proces.

(39) Van een bekende verdachte is volgens het voorstel alleen sprake als de verdachte verklaart alleen op het punt van de straftoemeting verweer te zullen voeren. Als hij een beroep doet op de nietigheid van de dagvaarding of een ondergeschikt onderdeel van de telastelegging bestrijdt, kan de vereenvoudigde procedure dus niet worden toegepast.

besparingen op de werklust die de commissie meent te bewerkstelligen, wel eens in hun tegendeel kunnen omslaan. (40)

Mijn tweede bezwaar is dat de voorgestelde formalisering zich slecht verdraagt met de ook door de commissie positief beoordeelde gedeformaliseerde procesvoering. Het voorstel creëert een tweedeling tussen bekende en ontkennende verdachten die geen recht doet aan de vele nuanceringen die het standpunt van de verdachte kan vertonen. De soepelheid die aan een gedeformaliseerde praktijk eigen is, verdwijnt op slag als gepoogd wordt die praktijk in formele regels te vangen. De drie bij het commissierapport gevoegde *dissenting opinions* laten zien welke problemen daarmee in huis worden gehaald.

Mijn derde en meest fundamentele bezwaar is, dat door de formalisering aan de proceshouding van de verdachte een zelfstandige betekenis wordt toegekend. In de situatie zoals die nu is, zorgt de *interactie* tussen de procesdeelnemers er voor, dat het proces zich richt op de merites van de zaak. De opstelling die de verdachte in de procedure kiest, is daarbij dus een sturende factor naast andere. In het voorstel van de commissie wordt die opstelling losgepeld uit haar procedurele context en gemaakt tot een zelfstandige grootheid waaraan allerlei rechtsgevolgen kunnen worden verbonden. Het creëren van een aparte procedure is dan een eerste stap, die gemakkelijk gevolgd kan worden door andere, zoals het beperken van de mogelijkheden van beroep. Bovendien wordt de weg vrijgemaakt voor het verbinden van procedurele consequenties aan standpunten die in het opsporingsonderzoek zijn ingenomen. (41)

De principiële betekenis van het voorstel is gezien vele malen groter dan de praktische. Aan het inquisitoire uitgangspunt is weliswaar vastgehouden, maar de kiem voor een accusatoir procesmodel is door de zelfstandige betekenis die aan de opstelling van de verdachte wordt toegekend, wel gelegd. Niet voor niets noemt de com-

(40) Opgemerkt zij daarbij, dat de meest vereenvoudigde wijze van procederen die wij thans kennen, zich voordoet in kantongerechts- en politierechterzaken waarin de verdachte verstek laat gaan. Hier pleegt de OvJ, zeker als er geen publiek in de zaal is, meteen te requireren waarna onmiddellijk uitspraak volgt. Er kunnen zo in korte tijd heel wat zaken worden 'doorgejaagd'.

(41) In het eerste op het commissievoorstel gebaseerde voorontwerp van wet werd die stap inderdaad gezet. De vereenvoudigde procedure werd gekoppeld aan de betekenis die door de niet van rechtsbijstand voorziene verdachte tegenover de politie aflegt. In het voorstel dat thans circuleert is hiervan teruggekomen.

missie de transactie 'een soort bijzondere procedure voor 'bekennende' verdachten'. Zij voegt daaraan toe dat 'niet valt in te zien waarom de gedachtengang die hieraan ten grondslag ligt niet kan worden doorgetrokken naar het onderzoek ter terechtzitting'. Ik zou daar tegenover willen stellen dat aan de transactie een gevaarlijke gedachtengang ten grondslag ligt. Hiervoor (onder 2.2.3) heb ik betoogd, met de transactie als niet geheel toevallig voorbeeld, dat het inquisitoire procesmodel extra waarborgen biedt tegen willekeurige bestraffing. Juist omdat die waarborgen bij de transactie goeddeels ontbreken, is het bezwaarlijk deze wijze van afdoening tot uitgangspunt van denken te verheffen. In de argumentatie van de commissie herhaalt zich de geschiedenis. Doordat de wet geen onderscheid meer maakte tussen zware en lichte zaken werd het gehele strafproces steeds 'civiel' van aard (hiervoor, onder 2.3). Ook de commissie gaat er van uit dat de afdoening van lichte zaken model kan staan voor de berechting van zware.

Ik meen dat niet de proceshouding van de verdachte de eenvoud van de procedure dient te bepalen, maar de sanctie die kan worden opgelegd (hiervoor, onder 2.2.1). Hoe lichter de (mogelijke) sanctie is, hoe eenvoudiger de procedure kan zijn en hoe groter ook de verantwoordelijkheid mag wezen die bij de verdachte wordt gelegd. De te volgen procedure hangt in deze zienswijze niet af van de opstelling van de verdachte, maar van de procedure hangt af of en in hoeverre aan die opstelling betekenis toekomt.

Tegen onderscheid in procedures ben ik niet. Mij staat een *driesporen-proces* voor ogen, waarbij de eenvoudigste procedure betrekking heeft op de oplegging van geldboetes, de middelzware procedure op vrijheidsstraffen van niet meer dan zes maanden en de zwaarste procedure op de vrijheidsstraffen van langere duur.⁽⁴²⁾ In het navolgende zal dit driesporen-proces in ruwe lijnen worden geschetst. Veel illusies dat het geschetste ooit in die vorm geldend recht zal worden, koester ik daarbij niet. De bedoeling is vooral de gedachten te bepalen en daardoor de discussie te richten.

Op basis van de onder 2.2.3 ontwikkelde argumentatie zou ik er voor willen pleiten de transactie af te schaffen en te vervangen door een administratiefrechtelijk getinte procedure. Als de OvJ van oordeel is

(42) De grens van zes maanden is uiteraard arbitrair, al greep ik haar niet uit de lucht. Zij is ontleend aan de procedure voor de politierechter.

dat de zaak met een geldboete dient te worden afgedaan, kan hij die boete bij beschikking opleggen.⁽⁴³⁾ De verdachte kan van de hem betekende beschikking binnen een bepaalde termijn (die pas begint te lopen als de verdachte met de beschikking bekend is) in beroep gaan bij de rechter. De rechter beoordeelt de door de OvJ gegeven beschikking, waarbij de daartegen ingebrachte bezwaren centraal staan. Dat brengt mee, dat hij wel de straf kan verlagen, maar niet verhogen.

De huidige transactie is, hoewel formeel nog steeds een middel om strafvervolgning te voorkomen, in feite een vorm van buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten. De hier voorgestelde procedure doet aan dat gegeven recht. Zo kan de afdoening zonder meer meetellen bij het bepalen van recidive ⁽⁴⁴⁾ en kan de beschikking van de OvJ aangemerkt worden als een daad die de verjaring stuit.⁽⁴⁵⁾ Bovendien wordt de verantwoordelijkheid van de OvJ voor deze vorm van afdoening zichtbaar gemaakt. Zonneklaar is immers dat hier de opgelegde straf haar grond vindt, niet in de acceptatie door de verdachte, maar in het 'magistratelijke' oordeel van de OvJ.⁽⁴⁶⁾ De risico's die aan buitengerechtelijke afdoening kleven, springen daarvoor in het oog. Die risico's acht ik alleen acceptabel als er voor de verdachte betrekkelijk weinig op het spel staat. Daarom zal de hoogte van de op te leggen boete aan een maximum gebonden moeten worden.⁽⁴⁷⁾ De OvJ die van oordeel is dat een hogere boete op haar plaats is, zal moeten dagvaarden (middelzware procedure).⁽⁴⁸⁾ Winst acht ik dat de verdachte van de gang naar de rechter niet minder kan worden. Daardoor kan de vrees voor een hogere straf

(43) De procedure blijft, ondanks de administratiefrechtelijke inslag, strafvorderlijk van aard. De OvJ beslist dus als 'magistraat', en niet als orgaan van het bestuur (vergelijk hiervoor, m.n. noot 27). Er is zogezien meer verwantschap met het Strafbefehlsverfahren dan met het Bußgeldverfahren.

(44) Vergelijk de conclusie van A-G Leijten bij HR 10 september 1985, NJ 1987, 233.

(45) Een transactieaanbod stuit de verjaring niet. Zie HR 19 november 1991, NJ 1992, 265 m.nt. ThWvV.

(46) In bepaalde gevallen zal de beslissing, evenals thans bij de transactie het geval is, aan de politie kunnen worden gedelegeerd.

(47) Bij het bepalen van het maximum zou rekening gehouden kunnen worden met de aard van het delict. Zo kan ik mij voorstellen dat in het economisch strafrecht een hoger maximum wordt aangehouden dan in het commune strafrecht.

(48) Daarbij zij opgemerkt dat de OvJ in geen geval verplicht is het eenvoudigste spoor te volgen. Als de zaak feitelijk of juridisch ingewikkeld is, is dat eveneens een reden om de zaak via de middelzware procedure aan te kaarten. Vergelijk art. 369 Sv.

niet, zoals thans wel het geval is, een oneigenlijk motief vormen om van tegenspraak af te zien. (49) Een voordeel van andere orde is, dat het tijdverlies dat een niet geaccepteerd transactieaanbod oplevert, wordt vermeden. In de hier voorgestelde procedure wordt van de verdachte activiteit verlangd. Stilzitten loont niet. Het bezwaar dat een dubbele betekening (eerst van de beschikking, daarna van de oproeping voor de zitting) nodig is, zou ik willen ondervangen door van de verdachte die in beroep gaat, te eisen dat hij domicilie kiest. Toezending van de oproeping aan het opgegeven adres, mits gedaan binnen een door de wet bepaalde termijn van bijvoorbeeld een maand, kan gelijk worden gesteld aan betekening in persoon. Van de verdachte die geen bericht heeft ontvangen, mag verlangd worden dat hij naar de zittingsdatum informeert. (50)

Ik stel mij de verdere gang van zaken als volgt voor. De verdachte die dat wenst, kan zijn beroep vergezeld doen gaan van een met redenen omkleed verweerschrift. De OvJ heeft de bevoegdheid om, als het verweerschrift daartoe aanleiding geeft, de beschikking te herzien. Maakt hij van die bevoegdheid geen gebruik, dan wordt de verdachte voor de zitting opgeroepen. De oproeping bevat de (zonedig aangevulde) omschrijving van het feit ter zake waarvan de boete is opgelegd. (51) Die feitsomschrijving fungeert als telastelegging op basis waarvan de rechter de vragen van 348 en 350 Sv dient te beantwoorden. (52) Hoewel de rechter dus ook ambtshalve de beschikking kan vernietigen, zal de behandeling ter zitting zich kunnen concentreren op de door de verdachte mondeling of schriftelijk naar voren gebrachte bezwaren. (53) De motivering van een afwijzende

(49) Om misbruik van het rechtsmiddel tegen te gaan zou overwogen kunnen worden, een vast (dus niet aan de hoogte van de boete gerelateerd) bedrag aan griffierechten te heffen. Dit bedrag kan gering zijn, en worden teruggegeven als het beroep slaagt. Het voordeel van deze constructie is, dat de verdachte precies kan inschatten welke risico's hij loopt.

(50) Vergelijk de huidige oproepingsprocedure (met name art. 385 lid 3 en 392 lid 2 Sv) en het daarop betrekking hebbende HR 29 juni 1993, NJ 1994, 49 m.nt. Kn.

(51) Verdedigbaar is ook dat de beschikking van meet af aan een complete feitsomschrijving moet bevatten.

(52) De hier geschetste procedure blijft deel uitmaken van de strafvordering. De 'normale' criteria zijn daarom op de besluitvorming van toepassing.

(53) De eis dat verweren ter zitting moeten worden gevoerd (art. 358 lid 3 Sv), behoeft mijns inziens gezien de administratiefrechtelijke inslag van de procedure niet te worden gesteld.

uitspraak zal beperkt mogen blijven tot een weerlegging van die bewaren.

Ik meen, mede gelet op het feit dat de door de OvJ op te leggen boete aan een maximum is gebonden, dat tegen de uitspraak van de rechter geen hoger beroep behoeft te worden open gesteld. Met cassatie kan worden volstaan. Daarbij mag weer van de verdachte worden geëist dat hij domicilie kiest. Bovendien zou, om misbruik van het rechtsmiddel tegen te gaan, van de verdachte zekerheidstelling gevraagd kunnen worden.⁽⁵⁴⁾

De capaciteitswinst die de hier geschetste eenvoudige procedure oplevert, kan gestoken worden in een zorgvuldige behandeling van zaken waarin forse tot zeer forse sancties kunnen worden opgelegd. Als gezegd zou ik willen onderscheiden in een middelzware en een zware procedure. Die tweedeling sluit aan bij het bestaande onderscheid tussen behandeling door de politierechter en behandeling door de meervoudige kamer. In het oog springende verschillen zijn nu al gelegen in het aantal rechters (één of drie), in het mondelinge vonnis en in de tijd die voor de behandeling wordt uitgetrokken. Dat laatste is een feitelijk verschil dat kon ontstaan doordat zittingsvoorschriften functioneel worden uitgelegd. Mij staan verdergaande (accent) verschillen tussen beide procedures voor ogen, die deels kunnen worden gerealiseerd door wetswijziging, deels ook door gebruik te maken van de mogelijkheden die functionele uitleg biedt. Het gaat met andere woorden mede om een wijziging van de processuele praktijk.

De procedure voor de politierechter behoeft in mijn ogen weinig verandering. Haar 'civiele' inslag kan behouden blijven. Dat betekent dat de verdachte in beginsel het recht heeft om niet te verschijnen en dat het horen van getuigen ter zitting in sterke mate afhankelijk is van de initiatieven die de verdediging ontplooit. De behandeling door de meervoudige kamer daarentegen zal op een wat andere leest geschoeid moeten worden. Daarbij denk ik in het bijzonder aan het horen van getuigen, aan de aanwezigheid van de verdachte en aan de rechtsbijstand. Ik meen, om met het laatste punt te beginnen, dat

(54) Vergelijk art. 11 van de Wet Mulder. Zie voor de toelaatbaarheid van een dergelijke maatregel de conclusie van A-G Meijers bij HR 11 februari 1992, NJ 1992, 692. Een niet onbelangrijk verschil met de Wet Mulder is, dat hier de zekerheidstelling wordt gevraagd *nadat* de zaak aan de feitenrechter is voorgelegd.

iedere verdachte die terechtstaat voor de meervoudige kamer, recht heeft op een toegevoegde raadsman. Goede rechtsbijstand is hier een basisvoorwaarde om een gedeformaliseerde gedingvoering verantwoord te doen zijn. De toevoeging dient dus, anders dan nu het geval is, ook plaats te hebben als de verdachte geen voorlopige hechtenis heeft ondergaan. Op dit punt is wetswijziging nodig.

Wat het horen van getuigen betreft, zal de eigen verantwoordelijkheid die de rechter ten aanzien van de waarheidsvinding heeft, beter uit de verf moeten komen. Uitgangspunt zou moeten zijn dat, als de verdachte in het vooronderzoek heeft ontkend, de (belangrijkste) getuigen à charge ter zitting worden opgeroepen en gehoord. Daarvan kan worden afgeweken als de verdediging vóór de zitting te kennen geeft, van de uitoefening van het ondervragingsrecht af te zien. Het initiatief moet hier dus verlegd worden van de verdachte naar rechter en OM. Dat ligt in de lijn van de rechtspraak van het Europees Hof.⁽⁵⁵⁾

Aan het contradictoire karakter van de behandeling wordt ernstig afbreuk gedaan als de verdachte niet ter zitting aanwezig is. Dat klemmt als de verdachte in het vooronderzoek heeft ontkend. Ook de aanwezigheid van een bekende verdachte echter draagt bij aan een goede oordeelsvorming. Daarom meen ik dat in deze 'zware' procedure berechting in aanwezigheid regel, verstekverlening daarentegen uitzondering zou moeten zijn (vergelijk hiervoor, onder 2.2.4). Dat vertaalt zich ten aanzien van verdachten die zich in voorlopige hechtenis bevinden, in voorgeleiding.⁽⁵⁶⁾ De (raadsman van de) verdachte kan tegen die voorgeleiding bezwaar maken, waarop dan door de rechtbank moet worden beslist. Ook van de niet gehechte verdachte kan in beginsel gevergd worden dat hij ter zitting verschijnt. Die verplichting zou dan als voorwaarde aan een schorsing van de voorlopige hechtenis kunnen worden verbonden. Voor zover de verdachte de vrijheid wordt gelaten om weg te blijven, zullen aan de ondubbelzinnigheid van de 'waiver' hoge eisen moeten worden gesteld. Dat betekent dat de verdachte bereikbaar moet zijn, zodat een betekening in persoon kan worden gerealiseerd. Een en ander vergt een andere toepassing van de voorlopige hechtenis. Veran-

(55) Vergelijk de (verzamel)noot van E.A. Alkema onder EHRM 15 juni 1992, NJ 1993, 711.

(56) Naar geldend recht is dit te realiseren door het geven van een bevel tot medebrenging.

dering van de regelgeving is daarvoor noodzakelijk. Zie hierna, onder 3.3.

Hoger beroep dient zowel in de middelzware als in de zware procedure open te staan. Van een compleet nieuwe behandeling heeft mijns inziens echter geen sprake te zijn. Naar onder 2.2.2 is betoogd ligt de kracht van ons stelsel in de aaneenschakeling van verschillende beslismomenten. Zoals in eerste aanleg mag worden voortgebouwd op de resultaten van het vooronderzoek, zo zou in appel voortgebouwd moeten kunnen worden op de behandeling in eerste aanleg. De wet zou op dit punt moeten worden gewijzigd. Thans doet zich de merkwaardige situatie voor, dat op het gebruik door de appelrechter van een in eerste aanleg afgelegde verklaring een groter taboe rust dan op het gebruik van een tegenover de politie afgelegde verklaring.

Wanneer de appelbehandeling wordt ingericht als een *voortzetting* van het geding voor een hogere rechter, dan kan die behandeling zich concentreren op de bezwaren die tegen de zitting in eerste aanleg en het op grond daarvan gewezen vonnis worden ingebracht. Onder 3.4 zal hierop nader worden ingegaan. Ook de bekende verdachte duikt daar weer op. Een aparte procedure voor die verdachte is ongewenst. Iets anders is, dat de inhoud van het vonnis in een contradictoir proces tot op zekere hoogte mag (en misschien zelfs wel moet) afhangen van de processuele opstelling van de verdachte. Dat element uit het commissievoorstel verdient afzonderlijke aandacht.

3.2. Vooronderzoek

Het strafprocesrecht van vóór de Franse revolutie was al dan niet opgetekend gewoonterecht. De 'styl crimineel' bestond 'uit *wat de rechters deden*, of beter gedurende een nooit nader bepaalde periode erkennen gedaan te hebben'.⁽⁵⁷⁾ De gedachte dat het onderzoek naar mogelijk gepleegde strafbare feiten het werk van de *rechter* was, bleef in het Wetboek van 1838 behouden. De politie (of wat daarvoor moest doorgaan) was niet veel meer dan een doorgeefluik voor klachten en aangiften (zie hiervoor, onder 2.2.5). Ook de taak van de OvJ was een beperkte. Hij was belast met enige 'nasporing' (art. 22)

(57) Montballyu, a.w., p. 122 (curs. van mij).

(58) en met de vervolging. Die vervolging bestond uit 'het provo-
ceren van regterlijke beslissingen'. (59) De OvJ stond daarbij onder
het toezicht van de rechter. Als de rechtbank of het hof 'op de klagte
van den belanghebbende, of op eene andere voldoende wijze' be-
vond dat er 'verzuim' plaatshad in het vervolgen van een misdaad of
wanbedrijf, konden zij de vervolging bevelen (art. 31 en 82 Sv; art.
73 RO). De OvJ had wel een taak, maar nog nauwelijks een eigen
verantwoordelijkheid. Die lag bij de rechter.

Vervolgen kon de OvJ op twee manieren. Hij kon rauwelijks dag-
vaarden en hij kon een gerechtelijk vooronderzoek (gvo) vorderen.
Geheel vrij in zijn keuze was de OvJ daarbij niet: ingeval van een
misdad was een voorafgaande instructie verplicht. Aangezien de
rechter-commissaris met dat onderzoek was belast, sprak het van-
zelf dat de onderzoeksbevoegdheden (dwangmiddelen) aan hem
waren toegekend. De voorlopige hechtenis was een van de maat-
regelen die (alleen) in het kader van een tegen de verdachte ingesteld
gvo kon worden bevelen.

Het uitgangspunt van de wetgever van 1838 is niet langer het onze.
Het rekerchewerk is niet langer een zaak van de rechter, maar van
de onder de verantwoordelijkheid van het OM vallende politie. Ons
wettelijk stelsel is echter nog steeds dat van 1838. Ons wetboek kan
met recht een wetboek van *strafvordering* genoemd worden. Het regelt
tot in de puntjes wat moet geschieden als de OvJ vervolgt, dat wil
zeggen door middel van een vordering de rechter(-commissaris) in-
schakelt. Wat aan die vervolging voorafgaat, de opsporing, wordt
nog steeds behandelt als een noodzakelijke *inleiding* tot de strafvor-
dering. Vandaar dat de rechtspositie van de vervolgte verdachte
wel, die van de (nog) niet vervolgte verdachte daarentegen niet in
de wet is geregeld. Vandaar ook dat wat aan de opsporing nog voor-
afgaat, de repressieve controle en de proactieve opsporing, buiten

(58) Volgens De Bosch Kemper (a.w., deel I, p. 180) omvatte *nasporing* meer dan
opsporing. Met opsporing werd alleen aangeduid 'de verplichting, om de eerste berigten
wegens misdrijven aan te nemen, en dezelve dadelijk aan eenen hooger ambtenaar
mede te deelen'. Nasporing sloot ook de bevoegdheid in 'om voorloopige narigten in
te winnen'. Met die bevoegdheid greep de wetgever terug op de *voorloopige informatie*
uit het Oud-vaderlandse recht (idem, p. 210; vergelijk hiervoor, onder 2.1). De na-
sporing was dan ook inderdaad een voorlopig (in afwachting van het optreden van de
rechter ingesteld) onderzoek.

(59) De Bosch Kemper, Deel I, p. 37. Vergelijk hiervoor, onder 2.2.3.

beeld blijft. Op beide punten zal in het navolgende worden ingegaan.

Volgens vaste jurisprudentie begint de opsporing op het moment waarop sprake is van een vermoedelijk begaan strafbaar feit. Die opvatting heeft rechtshistorisch gezien sterke papieren. De wetgever van 1838 beoogde te regelen wat er moest gebeuren als ontdekt werd dat een strafbaar feit was gepleegd. Daarbij moet bedacht worden dat een modern opsporingsapparaat zoals wij dat thans kennen, niet bestond. Opsporen kwam neer op het op heterdaad betrappen van wetsovertreders en voor het overige op het doorsluizen van aangiften. Aan proactieve opsporing werd niet gedaan. De repressieve controle was niet geheel onbekend, maar diende zich volgens De Bosch Kemper, die van *opsporing ex officio* sprak, te beperken tot 'policeiovertredingen en overtredingen der belastingwetten'. Deze activiteit lijkt door De Bosch Kemper niet tot de strafvordering te zijn gerekend. Zij was het werk van 'de administrative autoriteiten, voornamelijk de politie' en behoorde dan ook 'meer tot de administrative, dan tot de rechterlijke magt'.⁽⁶⁰⁾

De Bosch Kemper beoogde de burger te beschermen tegen een te indringend justitietoetreden.⁽⁶¹⁾ Het effect van de beperkte uitleg van het begrip opsporing is echter averechts geweest. Repressieve controle noch proactieve opsporing zijn daardoor buiten de deur gehouden. Hun wettelijke basis vinden deze activiteiten (althans voor zover zij door de politie worden verricht) volgens de Hoge Raad in art. 28 Politiewet. Omdat echter van 'strafvordering' geen sprake is, geldt de bescherming die het Wetboek van Strafvordering geeft, niet. Art. 1 Sv is niet van toepassing, zodat een wet in formele zin niet is vereist. Bovendien vallen deze activiteiten buiten het toezicht dat het OM krachtens art. 140 Sv op de opsporing dient te houden.⁽⁶²⁾ Eerst bij Wet van 14 december 1988, Stb. 576 is het gezagsvacuüm opgevuld door wijziging van de Politiewet (art. 36 lid 1). Op de vele bijzondere opsporings- en controlediensten heeft deze wet echter geen betrekking. Over de repressieve controle die deze 'administra-

(60) A.w., deel I, p. 113 e.v.

(61) In het bijzonder moest voorkomen worden dat er 'als in vroegere dagen' *stille waarheden* werden belegd (idem, p. 112).

(62) Volgens dit artikel waakt de P-G voor de 'richtige' opsporing binnen zijn ressort. Het gaat daarbij mee om een faire en normconforme opsporing.

tive autoriteiten' uitoefenen, heeft het OM nog steeds geen zeggenschap.

De opsporing van het Wetboek van Strafvordering ligt in het verlengde van de repressieve controle. Proactieve opsporing gaat naadloos over in strafvorderlijk optreden. De gemeenschappelijke gerichtheid op de criminaliteitsbestrijding maakt dat deze activiteiten in de praktijk nauw met elkaar zijn verweven. Ook dat pleit er voor die activiteiten onder een en hetzelfde wettelijke regime te brengen. De inzichtelijkheid van de regelgeving wordt daardoor bevorderd. Het is dan ook op zich begrijpelijk, dat de ontwerpwetgever zowel het af luisteren door middel van richtmicrofoons als het af luisteren van telefoongesprekken geheel, dus ook voor zover het om proactief af luisteren gaat, in het Wetboek van Strafvordering zoekt te regelen. Met het wettelijk stelsel valt dat echter niet te rijmen. Dat wordt in de MvT wel onderkend, maar desondanks niet als een onoverkomelijk bezwaar gezien.⁽⁶³⁾ De praktijk lijkt sterker dan de leer.

Het tegenwoordige wetboek, dat in 1926 in werking trad, bracht een evenwichtig geregeld gvo. De rechtspositie van de verdachte werd aanzienlijk verbeterd. Het ging daarbij om zaken als de aanwezigheid van de raadsman bij het verhoor, het bijwonen van getuigenverhoren, de beïnvloeding van de loop van het onderzoek, de binding van de OvJ aan termijnen en de rechtsgevolgen van niet verdere vervolging. Dit fraai opgetuigde gvo werd echter meer en meer het vlaggeschip van een moddervloot. In 1926 had het gvo, mede doordat sinds 1886 in geen geval instructie meer verplicht was, al terrein verloren. Tegenwoordig heeft nog maar in 3% van de rechtbankzaken een gvo plaats.⁽⁶⁴⁾ De leiding die de R-C dan geeft beperkt zich doorgaans tot de onderzoekshandelingen die hij zelf verricht. Parallel aan het gvo loopt het opsporingsonderzoek gewoon door. Het is mooi als de R-C daarvan op de hoogte wordt gehouden. Het opsporingsonderzoek mist de waarborgen waarmee het gvo is omringd. De wet laat de verdachte hier zo goed als geheel in de steek. In aanwezigheid van de raadsman bij het verhoor is niet voorzien,

(63) Bijl. Hand. II 1992/93, 23047, nr. 3, p. 7 e.v. Het proactief af luisteren van de telefoon wordt mogelijk gemaakt door het in wetsontwerp 23 251 (herziening van het gerechtelijk vooronderzoek) voorgestelde nieuwe art. 126i Sv.

(64) Zie het eerste rapport van de commissie-Moons (Herziening van het gerechtelijk vooronderzoek), p. 14.

het recht om de getuigenverhoren bij te wonen is niet gegeven, wettelijke mogelijkheden om het onderzoek bij te sturen zijn er niet. Het gebrek aan wettelijke regeling wordt ten dele gecompenseerd door verdragsrecht en ongeschreven beginselen. Zo voorziet het leerstuk van het *undue delay* bij gebreke van wettelijke termijnen in een 'informele' voortgangscontrole, en is vervolging na een informeel sepot in strijd met het vertrouwensbeginsel.

Dit verschil in wettelijke regeling is tegenwoordig niet meer te rechtvaardigen. Ernst noch ingewikkeldheid van de zaak zijn redenen om de R-C met het onderzoek te belasten. De belangrijkste reden om een gvo te vorderen is in de praktijk dat gebruik gemaakt moet worden van een bevoegdheid die uitsluitend aan de R-C is toegekend. De bescherming die de verdachte geniet, is daarmee afhankelijk geworden van 'toevallige' omstandigheden. Het effect daarvan is, dat het met waarborgen omringde gvo in toenemende mate wordt gezien als nutteloze omslag, als een reeks formaliteiten die om onnaspeurbare redenen is verbonden aan de uitoefening van een bepaald dwangmiddel.

De commissie-Moons heeft in een zorgvuldig beargumenteerd en evenwichtig rapport ingrijpende wijzigingen in de wettelijke regeling van het vooronderzoek voorgesteld. Hier van belang is dat enkele dwangmiddelen, waaronder de telefoontap en de spoedhuiszoeking, naar het voorbeeld van de voorlopige hechtenis (die al in 1886 van de instructie werd losgekoppeld), uit het gvo worden 'geknipt'. De R-C wordt (net zoals bij de toepassing van voorlopige hechtenis) nog wel ingeschakeld, maar hij wordt daarmee niet langer tegelijk tot leider van het onderzoek gebombardeerd. Dat betekent in de praktijk, dat de 'omslag' die het gvo meebrengt, in nog meer gevallen dan thans al het geval is, kan worden vermeden.

De commissie heeft zich niet gewaagd aan een fundamentele herziening van het gehele stelsel. Zij handhaaft, anders dan door velen is bepleit, het gvo. Het wettelijk vervolgingsbegrip (inschakeling van de rechter op vordering van de OvJ) blijft uitgangspunt van regeling. Een deel van de voorstellen is echter weinig stelselmatig. Bij de spoedhuiszoeking wordt wel de R-C ingeschakeld (hij moet verlof verlenen), maar onduidelijk is of daarmee de vervolging aanvangt en welke consequenties dat heeft voor de rechtspositie van de verdachte. Een soortgelijke opmerking kan worden gemaakt met betrekking tot de hemoeienis van de R-C met de telefoontap. Opmerkelijk is dat het wetsontwerp waarin de voorstellen van de commissie

hebben geresulteerd, hier een nieuw vervolgingsbegrip introduceert. Naast vervolging van een *verdachte* blijkt plotseling ook de vervolging van een *zaak* tot de mogelijkheden te behoren. (65) Deze terminologische vondst is nodig om te bereiken dat de verdachte met het onderzoek en de beslissingen omtrent verdere vervolging onbekend blijft. In feite wordt op het stelsel, dat de verdachte beschermt indien tot vervolging wordt overgegaan, fors inbreuk gemaakt. Uitgangspunt is steeds geweest dat de vervolging zich richt tegen een, zij het misschien nog onbekende, persoon. (66) Dat is ook terecht: men kan toch niet in gemoede volhouden dat rechtsbescherming niet nodig is als de vervolging zich niet tegen de verdachte richt, maar 'slechts' tegen een zaak?

Een tweetal 'onstelselmatige' voorstellen van de commissie verdient bijzondere aandacht. Een bezwaar van parallelle opsporing is, dat de rechtsbescherming die het gvo biedt, kan worden omzeild. De commissie stelt daarom voor die bescherming uit te breiden tot de parallelle opsporing: in beginsel mag de verdachte de getuigenverhooren bijwonen en zich bij zijn eigen verhoor laten bijstaan door een raadsman. De ontwerpwetgever heeft dit voorstel niet overgenomen. De argumentatie komt er kort gezegd op neer, dat de rechtsbescherming waarop de verdachte volgens het wettelijk stelsel recht heeft, de opsporing te zeer zou bemoeilijken. (67)

Het tweede voorstel van de commissie bedoelt de terugdringing van het gvo en het daarmee gepaard gaande verlies aan rechtsbescherming enigszins te ondervangen door de verdachte tijdens het opsporingsonderzoek de bevoegdheid te geven zich tot de R-C te wenden met het verzoek bepaalde onderzoekshandelingen te verrichten. Ook dit voorstel is door de ontwerpwetgever niet overgenomen. Het belangrijkste argument lijkt te zijn dat het voorstel niet in het wettelijk stelsel past. De R-C mag, zo wordt gesteld, alleen onderzoekshandelingen verrichten in het kader van een door het OM opgestelde formele inbeschuldigingstelling. (68) Hier wordt treffend on-

(65) Zie het voorgestelde art. 125c Sv en de daarop gegeven toelichting (wetsontwerp Herziening gerechtelijk vooronderzoek, Bijl. Hand. II, 23251 nr. 3, p. 31).

(66) Er zij hier aan herinnerd dat in het Oud-vaderlandse recht de 'voorlopige informatiën' eindigden zodra het onderzoek zich op een bepaalde persoon richtte. Vanaf dat moment begon de *inquisitio specialis*. In 1838 greep de wetgever op dit onderscheid terug (hiervoor, onder 2.1).

(67) MvT op wetsontwerp 23251, p. 9 e.v.

(68) Idem, p. 7.

der woorden gebracht hoe weinig er nog van het wettelijk stelsel is overgebleven. Het stelsel bedoelde te waarborgen dat een onderzoek dat voor de verdachte buitengewoon belastend kan zijn, niet dan door een rechter op basis van een formele beschuldiging wordt verricht. Thans vormt het ontbreken van een formele beschuldiging het argument om de verdachte iedere vorm van wettelijke bescherming te onthouden.

Naar mijn mening vereist een rationele regeling van het vooronderzoek een totale breuk met het bestaande stelsel en de daaraan ten grondslag liggende uitgangspunten. De nieuwe uitgangspunten zouden moeten zijn (1) dat alle op de berechting van de daders gericht onderzoek naar begane en nog te begane strafbare feiten onder de 'strafvordering' valt en (2) dat dat onderzoek wordt verricht door opsporingsambtenaren onder verantwoordelijkheid van het OM.

Voor een gerechtelijk vooronderzoek is dan geen plaats. Als de R-C wordt ingeschakeld is dat op incidentele basis (stelsel van mini-instructies). De R-C neemt daarbij niet de leiding van het onderzoek op zich, maar heeft een toetsende, rechtsbeschermende rol. Daarmee is niet gezegd dat de feitelijke bemoeienis van de R-C met het onderzoek minder zal worden. Hoe vaak de R-C wordt ingeschakeld en hoe 'mini' de instructie zal zijn, hangt mee af van de wettelijke regeling en de taakopvatting van de R-C. Zo zal de R-C om te kunnen beoordelen of een telefoontap noodzakelijk is, inzicht moeten hebben in het totaal van de opsporingsactiviteiten. Denkbaar is voorts dat de wet infiltratie in criminele organisaties aan rechterlijk toezicht bindt.

Omdat inschakeling van de rechter in het vooronderzoek het karakter draagt van een incident, zal het wettelijk vervolgingsbegrip moeten worden losgelaten. De rechtsbescherming van de verdachte kan daar dus niet langer van afhankelijk worden gemaakt. Het gehele vooronderzoek is een opsporingsonderzoek geworden. De vraag is met welke waarborgen dat opsporingsonderzoek moet zijn omringd. Ik meen dat wij ons niet kunnen permitteren niet over die vraag na te denken. Het is als gezegd (hiervoor, onder 2.2.2) alleen verantwoord op de resultaten van het vooronderzoek te bouwen als een *fair* verloop van dat onderzoek in voldoende mate is gegarandeerd. Een vraag daarbij is in hoeverre de rechtsbescherming moet worden geformaliseerd en in hoeverre vertrouwd kan worden op ongeschre-

ven beginselen. Moeten bijvoorbeeld de rechtsgevolgen van een beslissing om niet te dagvaarden door de wet geregeld worden of geeft het vertrouwensbeginsel voldoende bescherming? Naar onder 2.2.5 is betoogd hangt de mate waarin een procedure kan worden gedeformaliseerd, mee af van de positie die de verdachte daarin heeft. Dat betekent dat het voorstel van de commissie-Moons om de verdachte de bevoegdheid te geven zich tot de rechter te wenden, serieuze overweging verdient.⁽⁶⁹⁾ Zo is het misschien niet nodig om de OvJ bij het nemen van de vervolgingsbeslissing aan een wettelijke termijn te binden, als de verdachte de mogelijkheid heeft de rechter om een termijnstelling (of een verklaring dat de zaak is geëindigd) te verzoeken.

3.3. Voorarrest en bereikbaarheid verdachte

In wetsontwerp 23 178, dat gebaseerd is op een in juni 1992 uitgebracht advies van de commissie-Moons, worden voorstellen gedaan om enkele 'knelpunten' met betrekking tot de toepassing van de voorlopige hechtenis uit de weg te ruimen. De MvT noemt als belangrijkste knelpunt dat de vrees voor recidive betrekking moet hebben op een misdrijf waarop zes jaar gevangenisstraf of meer is gesteld (art. 67a lid 2 sub 2e Sv). Dit heeft tot gevolg dat de politie een verdachte die (bijvoorbeeld) voortdurend winkeldiefstallen pleegt, 'niet in voorlopige hechtenis kan houden, maar na het opmaken van een proces-verbaal weer de straat op zal moeten laten gaan, ook al is er het gevaar aanwezig dat hij, wellicht dezelfde dag nog, opnieuw een dergelijk feit zal begaan. Dit is zowel voor de opsporingsambtenaren als het slachtoffer onbevredigend en veroorzaakt onrust in de samenleving'.⁽⁷⁰⁾

Naar mijn mening is hier niet zo zeer sprake van een eenvoudig te verhelpen knelpunt, als wel van een symptoom van een veel dieper liggende problematiek. Doordat wij de verdachte zijn gaan behandelen als een gedaagde in een civiele procedure (zie hiervoor, onder 2.2.4), hebben wij ons zelf tot onmacht veroordeeld. De verdachte

(69) Het stelsel staat daar, als het huidige vervolgingsbegrip wordt losgelaten, niet aan in de weg. Uiteraard zal de wet moeten regelen of, in welke gevallen en met welk doel de verdachte zich tot de rechter kan wenden. Dat geldt echter ook voor de bevoegdheid van de OvJ om de rechter in te schakelen.

(70) Bijl. Hand II 1992/93, 23 178 nr. 3 (MvT), p. 2.

wordt bekeurd en kan weer gaan. Misschien wordt hij ooit nog eens berecht, maar dan zal de justitie hem wel moeten zien te bereiken. Ons liberale uitgangspunt, volgens welke de verdachte geen strobreed in de weg mag worden gelegd zolang hij niet onherroepelijk is veroordeeld, verhindert met andere woorden een adequate en geloofwaardige reactie op crimineel gedrag.

Onder 2.2.4 is betoogd, dat het liberale uitgangspunt geen steun vindt in de art. 5 en 6 EVRM. Art. 5 lid 1 sub c EVRM staat toe dat een verdachte tegen zijn wil voor de rechter wordt gebracht teneinde te worden berecht.⁽⁷¹⁾ Daarbij staat tegenover de vrijheidsbeneming een plicht tot snelle berechting. Als die berechting niet direct mogelijk is, zal moeten worden onderzocht of er andere, minder ingrijpende middelen zijn om te verzekeren dat de verdachte zich niet aan de berechting onttrekt (subsidiariteitsbeginsel). Art. 5 lid 3 noemt in dit verband de vrijlating onder voorwaarden. Ook het proportionaliteitsbeginsel is van belang bij de vraag of voortzetting van de vrijheidsbeneming nog *reasonable* genoemd kan worden. Hoe langer de vrijheidsbeneming duurt, hoe strenger het Europese Hof wordt. De noodzaak van berechting alleen kan op den duur de vrijheidsbeneming niet meer rechtvaardigen. Er moeten dan extra argumenten op tafel komen. Daarbij moet in het bijzonder gedacht worden aan *vluchtgevaar* en *gevaar voor recidive* (art. 5 lid 1 sub c).

Art. 5 EVRM maakt geen onderscheid tussen misdrijven en overtredingen, tussen ernstige en minder ernstige delicten.⁽⁷²⁾ Passende maatregelen om een snelle en effectieve berechting van de vermoedelijke dader mogelijk te maken, zijn dus (als het nationale recht daarvoor een voldoende basis biedt) in beginsel steeds toelaatbaar. Daarbij sluit aan, dat de tijd die na veroordeling in eerste aanleg in voorlopige hechtenis wordt doorgebracht, verdragsrechtelijk gezien geen *voorarrest* is, maar *na-arrest*. De vrijheidsbeneming valt dan onder art. 5 lid 1 sub a EVRM, hetgeen betekent dat de veroordeling als zodanig een voldoende grond oplevert om de vrijheidsbeneming voort te zetten. Bijzondere redenen (zoals vluchtgevaar) zijn dan dus niet meer vereist.

(71) Het arrest moet wel 'lawful' zijn. Dat betekent dat het nationale recht in de vrijheidsbeneming moet voorzien.

(72) Wel zal de zwaarte van het delict indirect, via het proportionaliteitsbeginsel, een rol spelen. Daarbij komt dat, juist omdat er voor de verdachte zoveel op het spel staat, voor de voorbereiding op de zitting meer tijd moet worden uitgetrokken.

Wij missen de slagvaardigheid waarvoor art. 5 EVRM alle ruimte laat. De voorgestelde oplossing voor het gesignaleerde knelpunt illustreert dat. Het voorstel maakt voorlopige hechtenis voor onder meer winkeldiefstal mogelijk als (kort gezegd) de verdachte minder dan vijf jaar geleden voor een soortgelijk delict tot gevangenisstraf is veroordeeld en er bovendien voor recidive moet worden gevreesd. Hier wordt alleen voor de zwaarste gevallen een voorziening getroffen. Daarbij valt op, dat de toelaatbaarheid van de vrijheidsbeneming grotendeels wordt bepaald door wat in het verleden is gebeurd en door wat in de toekomst mogelijk kan gebeuren. De in het heden bestaande situatie, en de bezwaren die daarin tegen de verdachte zijn gerezen, schuift naar de achtergrond. Dat komt doordat de vraag welke maatregelen (in de gegeven situatie) gepast zijn om de berechting van de verdachte te verzekeren, in ons stelsel van strafvordering niet centraal staat. Ik zet een aantal onderling nauw samenhangende bezwaren tegen dat stelsel op een rij.

- (1) De voorlopige hechtenis is bij ons een paardemiddel dat is gereserveerd voor de zwaarste vormen van criminaliteit. Bij minder ernstige feiten staan we vrijwel met lege handen.
- (2) De gronden voor voorlopige hechtenis zijn afgestemd op langdurige vrijheidsbenemingen. Onderscheid naar de duur van de vrijheidsbeneming maken wij niet of nauwelijks. Bijna van meet af aan moeten de voorwaarden zijn vervuld die bedoeld zijn om tenminste drie maanden hechtenis te rechtvaardigen.
- (3) De gronden voor voorlopige hechtenis zijn niet gekoppeld aan de noodzaak van een snelle en effectieve afdoening. Ons liberale uitgangspunt verhindert dat van de verdachte wordt geëist dat hij zich niet aan de berechting onttrekt. De rechtvaardiging van de vrijheidsbeneming moet daarom in bijkomende omstandigheden (zoals een veroordeling in het verleden) worden gezocht.
- (4) De mogelijkheden die de artikelen 370 en 386 lid 2 Sv bieden om de verdachte onmiddellijk voor de bevoegde rechter te geleiden, zijn vreemde eenden in de bijt. Ze zijn niet ingepast in de regeling van het voorarrest. De reden lijkt te zijn dat de vrijheidsbeneming hier wel gekoppeld is aan de noodzaak van (snelle) berechting.
- (5) In de gevallen die zich niet lenen voor onmiddellijke voorgeleiding, maar waarin het paardemiddel disproportioneel zou zijn, kan vrijlating onder voorwaarden geen redelijk alternatief vormen. Schorsing van voorarrest is pas na enige dagen, nadat de

bewaring is bevolen, mogelijk. Bovendien moet dan aan de zware voorwaarden zijn voldaan die de wet aan langdurig vrijheidsbeneming stelt.

- (6) De toetsing van de voorlopige hechtenis is een statisch gebeuren. Het recidivegevaar dat bij het begin van de bewaring aanwezig is, is dat maanden later nog steeds. Een actieve, en naar mate de tijd vordert steeds kritischer wordende controle op de voortvarendheid waarmee de zaak door het OM wordt aangebracht, blijft achterwege.
- (7) De discrepantie tussen motivering en motief is soms groot. In de Amsterdamse snelrechtpraktijk is het voorarrest juist wel gekoppeld aan een snelle berechting: de verdachte staat terecht vóór de termijn van de bewaring is verstreken. Die bewaring wordt, *indien* recidivegevaar aanwezig is, bevolen met de *bedoeling* om 'lik op stuk' mogelijk te maken.⁽⁷³⁾ Een vergelijkbare spanning tussen wettelijke regeling en processuele praktijk doet zich voor bij de recente experimenten die er op zijn gericht de verdachte pas weer de straat op te sturen als hij de dagvaarding op zak heeft. De ophouding *voor verhoor* en de invezekeringstelling (die in het belang van het *onderzoek* kan worden bevolen) worden hier gebruikt om betekening van de dagvaarding in persoon mogelijk te maken. Dat riekt naar oneigenlijk gebruik.

Het zal na het voorgaande niet verbazen, dat ik van mening ben dat de regeling van het voorarrest toe is aan een grondige herziening. De berechting van de verdachte binnen redelijke termijn zou daarbij als zelfstandig doel van vrijheidsbeneming moeten worden erkend. De regeling zou daarbij enigszins moeten worden gedeformaliseerd. Dat betekent dat de rechtsbescherming niet wordt gezocht in starre wettelijke criteria, maar dat de redelijkheid van de vrijheidsbeneming wordt gewaarborgd door het contradictoire debat ten overstaan van de rechter. De rol van de rechter wint daardoor aan gewicht.

Concreet stel ik mij voor, dat de vrijheidsbeneming vanaf het moment van arrestatie mede mag worden gebruikt om de verdachte op korte termijn voor de rechter te geleiden of hem een dagvaarding in

(73) De achterliggende vraag is of het bij art. 67a Sv gaat om *gronden* of *voorwaarden* voor voorlopige hechtenis. De wet zelf is op dit punt niet duidelijk. Art. 78 lid 2 Sv spreekt van 'de in artikel 67a gestelde voorwaarden'.

persoon te betekenen.(74) De experimenten die er op zijn gericht de dagvaarding op het politiebureau uit te reiken, krijgen daarmee een duidelijke wettelijke basis. Binnen twee of drie dagen wordt (tenzij het voorarrest inmiddels is beëindigd) de rechter-commissaris ingeschakeld. Bij de toetsing of het voortduren van de vrijheidsbeneming redelijk is, staat het 'plan van aanpak' van de OvJ centraal. Het maakt nogal verschil of de verdachte al binnen een week voor de politierechter zal moeten verschijnen of dat hij pas over drie maanden 'terecht' kan bij de meervoudige kamer. Zo maakt het ook verschil of de OvJ stelt nog enkele dagen nodig te hebben om de dagvaarding in persoon te betekenen, of dat hij in het geheel niet kan aangeven wanneer het onderzoek zal zijn afgerond.

Het voordeel van deze benadering is, dat 'Brogan' een natuurlijke plaats krijgt in de wettelijke regeling. In het huidige stelsel vormt inpassing een probleem omdat de snelle toetsing van de rechtmatigheid van de in verzekeringstelling moet samenvallen met de beoordeling van de vordering bewaring.(75) In mijn voorstel verdwijnt de scherpe ccsuur tussen in verzekeringstelling en bewaring. Er is sprake van een glijdende schaal, waarbij de eisen zwaarder worden naarmate de vrijheidsbeneming langer duurt. Dat betekent, dat bij de bewaring nog niet getreden behoeft te worden in de vraag, of er voldoende grond is voor gevangenhouding. Als de OvJ de bewaring vraagt omdat hij tijd nodig heeft om te onderzoeken of gevangenhouding noodzakelijk is, kan de rechter-commissaris er mee volstaan de redelijkheid daarvan te beoordelen.

De duur van de bewaring dient afgestemd te zijn op de 'aanpak' waarvoor de OvJ heeft gekozen. De bewaring kan daarom in een aantal gevallen voor aanmerkelijk minder dan de maximale tien dagen worden bevolen. Ook zal beperking van voorarrest bereikt kunnen worden door invrijheidstelling onder voorwaarden. Ik meen daarbij dat als voorwaarde gesteld moet kunnen worden dat de verdachte domicilie kiest, bijvoorbeeld ten kantore van zijn raadsman. Betekening aan het gekozen adres binnen een door de wet gestelde termijn geldt dan weer als betekening in persoon (vergelijk hiervoor,

(74) Dat brengt verandering in de gronden voor (het voortduren van) vrijheidsbeneming, niet in de gevallen waarin zij is toegestaan. In verzekeringstelling en aanhouding buiten heterdaad blijven dus gebonden aan de in art. 67 Sv opgesomde 'gevallen'.

(75) Zie de moeizame (voor)geschiedenis van wetsontwerp 21 225.

onder 3.1).(76) Voor die gevallen waarin de persoonlijke verschijning ter zitting voor de beoordeling van de zaak gewenst is, zal het mogelijk moeten zijn die verschijning als voorwaarde aan de schorsing te verbinden (hiervoor, onder 3.1).

Ernstige overweging verdient tenslotte, *na*-arrest niet te behandelen als voorarrest. Dat wil zeggen dat na veroordeling in eerste aanleg als regel geldt, dat de voorlopige hechtenis voortduurt tot de opgelegde straf is uitgezeten. De verdachte moet daarbij wel de mogelijkheid houden aan de appelrechter zijn invrijheidstelling te verzoeken.(77) Van de verdachte die zich ten tijde van de einduitspraak op vrije voeten bevindt, mag misschien worden gevergd dat hij bij het instellen van hoger beroep domicilie kiest.(78) Daarmee ligt, alles bij elkaar genomen, een totaalpakket op tafel dat de betekenningsproblematiek tot aanvaardbare proporties kan terugbrengen.

3.4. Recht, vorm en vonnis

3.4.1. Inleiding

In juni 1993 bracht de commissie-Moons de twee laatste van haar in totaal tien rapporten uit. Het negende rapport, *Recht in vorm*, had betrekking op de sanctionering van vormvoorschriften. De aanleiding voor dit rapport was gelegen in de 'maatschappelijke onvrede over de wijze waarop op vormverzuimen wordt gereageerd'.(79) Het tiende rapport, dat zonder pakkende titel door het leven gaat, ging over de uitwerking van het vonnis en het proces-verbaal van de zitting (kop-staartproblematiek). Beide rapporten hebben veel met

(76) In het Duitse strafproces is dit geen onbekende figuur. Zie in het bijzonder de art. 116a en 127 lid 3 StPO. Ik ontleende dit gegeven aan het rechtsvergelijkend onderzoek dat Laméris-Tebbenhoff Rijnenberg aan de RU Groningen verricht naar de betekening van de dagvaarding.

(77) Bovendien kan nodeloze vertraging worden tegen gegaan door het voorschrijven van een termijn waarbinnen de zaak moet zijn aangebracht. In die geest de commissie-Moons in *Recht in vorm*, p. 60 e.v. Mogelijk echter kan hetzelfde ook bereikt worden met behulp van de aangescherpte eisen van het EHRM op het stuk van de *undue delay*.

(78) Daartegenover zal dan weer de verplichting moeten staan de zaak snel aan te brengen. Het uitwerken van het vonnis vormt daarbij een struikelblok. Zie daarover hierna, onder 3.4.3.

(79) *Recht in vorm*, p. 9 en 12.

elkaar te maken, al was het alleen maar omdat het niet uitwerken van het vonnis een vormfout oplevert.

Het negende rapport heeft inmiddels geleid tot een voorontwerp van wet, waarin de voorstellen van de commissie in grote lijnen zijn overgenomen. Op het punt van de binding aan de telastelcggng (grondslagproblematiek) wijkt de ontwerpwetgever echter van de commissie af. Aan dit punt zal hierna, onder 3.5, apart aandacht worden besteed.

Ook het tiende rapport heeft inmiddels een vervolg gekregen. De voorstellen van de commissie zijn samen met de eerder gedane voorstellen inzake de vereenvoudigde procedure in strafzaken verwerkt tot één (concept)voorstel van wet. De samenhang tussen die voorstellen is inderdaad nauw: omdat in de vereenvoudigde procedure een bewijsmotivering achterwege blijft, kan het uitwerken van het vonnis geen probleem zijn. Die samenhang maakt, dat aan de bekende verdachte in het onderstaande opnieuw aandacht zal worden besteed (zie ook hiervoor, onder 3.1).

3.4.2. Vormfouten

De commissie maakt een scherp onderscheid tussen vormvoorschriften enerzijds, en hun sanctionering anderzijds. Zij introduceert op grond daarvan een nieuwe taakverdeling tussen wetgever en rechter. Het uitgangspunt van de commissie is, dat de wetgever de vormvoorschriften vaststelt en dat de rechter bepaalt welke rechtsgevolgen schending van die voorschriften heeft. De commissie baseert zich daarbij op de tegenwoordige gedeformaliseerde procespraktijk, 'waarin de gang van zaken tijdens het proces in grote mate aan de deelnemers wordt overgelaten'. Het proces heeft daardoor een 'meer dynamisch' karakter gekregen. Daarbij past, dat de weging van processuele belangen niet in abstracto (door de wetgever), maar in concreto (door de rechter) geschiedt. De commissie wijst daarbij op de rechtspraak, waarin formele nietigheden worden gerelativeerd en substantiële geschapen. De commissie trekt daaruit de conclusie dat de meeste nietigheden uit het wetboek dienen te worden geschrapt. 'Een vormvoorschrift dat door de wetgever met nietigheid is bedreigd, doch dat niet absoluut wordt gehandhaafd, schept', aldus de commissie, 'rechtsonzekerheid en dient daarom geen belang'. Al-

leen daar blijft de nietigheid in de wet gehandhaafd waar 'geen geval denkbaar is waarin deze sanctie te zwaar is'. (80)

Hocwel de commissie de rechter dus grote vrijheid toekent, meent zij wel dat de sancties die de rechter toepast, een wettelijke grondslag dienen te hebben. Het wetboek zou 'een gesloten systeem van processuele vormvoorschriften' bevatten 'waarbij de rechtsgevolgen van het niet naleven van deze voorschriften wettelijk zijn vastgelegd'. De buitenwettelijke sancties die in de rechtspraak tot ontwikkeling zijn gekomen (niet-ontvankelijkheid OM, bewijsuitsluiting en strafvermindering), acht de commissie om die reden 'niet goed verenigbaar met het legaliteitsbeginsel'. Dat beginsel 'vergt' voor die sancties een wettelijke basis, die door de commissie wordt gelegd in een nieuw art. 359a Sv. (81) Daarbij wordt de sanctionering aan voorwaarden gebonden; het vormverzuim moet niet kunnen worden hersteld en de wet moet de rechtsgevolgen niet hebben geregeld.

Aan de vermindering van de gesignaleerde maatschappelijke onvrede lijken deze voorstellen geen bijdrage te leveren. Het aantal vormfouten zal daardoor niet afnemen. Een ingrijpende verandering in de sanctionering van die fouten lijkt de commissie voorts niet te beogen. Afgaande op de argumentatie wordt alleen 'vorm' gegeven aan de inmiddels gegroecide rechtspraktijk. In feite echter haalt de commissie nogal wat overhoop. Beter wordt het daarvan mijns inziens niet.

Onbegrijpelijk vind ik, dat de commissie geen onderscheid maakt naar de soort vormfout en naar de processuele context waarin de vraag naar de sanctionering speelt. Vernietiging van het vonnis in eerste aanleg door de appelrechter, cassatie door de Hoge Raad, nietigverklaring van de dagvaarding in eerste aanleg, bewijsuitsluiting wegens onrechtmatig verkregen bewijs, niet-ontvankelijkheid van het OM omdat de vervolging strijdt met een gedane toezegging: voor de commissie is alles één pot nat. Die 'verwarring' van zaken werkt door in het voorgestelde art. 359a Sv, waarin de rechter ook bij schending van een zittingsvoorschrift de keuze krijgt uit bewijsuitsluiting, strafvermindering en niet-ontvankelijkheid OM. Hoe dit zich verhoudt tot art. (441 lid 1 jo. art.) 99 RO, volgens welk de Hoge

(80) Idem, p. 16 e.v.; zie ook de samenvatting op p. 9.

(81) Idem, p. 23 e.v. en p. 32 e.v.

Raad ingeval van schending van een essentiële vorm moet *vernietigen*, is verre van duidelijk.(82)

De bron van de verwarring is gelegen in het onderscheid dat gemaakt wordt tussen vormvoorschrift en sanctionering. Daardoor worden beide zaken uit elkaar getrokken en kunnen alle sancties onder één noemer worden gebracht. Er is mijns inziens echter geen goede grond om sanctioneringsvoorschriften als een aparte en afgescheiden categorie te behandelen. Een eenvoudig voorbeeld kan dat verduidelijken. Nog niet zo lang geleden leidde dagvaarding op te korte termijn (art. 265 Sv) tot nietigheid van de dagvaarding. De wet van 27 november 1991, Stb. 663 bracht daarin verandering: tegenwoordig moet de behandeling van de zaak aangehouden worden. De rechtsgevolgen van het verzuim worden dus ook nu nog door de wet geregeld.(83) Het verschil tussen de oude en de nieuwe regeling is daarbij minder groot dan op het eerste gezicht misschien lijkt. Beide regelingen komen er op neer dat de zaak op een later tijdstip zal moeten worden behandeld.

Het voorbeeld leert, dat sanctionering van voorschriften met bestraffing weinig te maken heeft. Een sanctioneringsvoorschrift is een procedurevoorschrift als ieder ander. Het geeft aan hoe er in een gegeven situatie (verder) geprocedeerd moet worden. Nietigverklaring en herstel van verzuimen vormen dan ook, anders dan de commissie doet voorkomen, geen tegenstelling. Nietigverklaring van de dagvaarding is een procedurele maatregel die bewerkstelligt dat de fout wordt hersteld. De OvJ moet immers (als hij de zaak wil doorzetten) de dagvaarding opnieuw uitbrengen. Met de vernietiging in cassatie is het niet anders. Er wordt niet gestraft, maar geconstateerd dat een nieuwe behandeling noodzakelijk is. Soms kan de Ho-

(82) Misschien heeft de commissie het oog op de rechter in eerste aanleg die bij de beraadslaging tot de ontdekking komt dat op de zitting iets fout is gegaan. Geen van de drie genoemde sancties is dan echter aangewezen. De enige begaanbare weg lijkt mij het herstellen van de fout door de behandeling geheel of gedeeltelijk over te doen. De wettelijke basis daarvoor ligt in 346 Sv (heropening onderzoek).

(83) De vraag is of dat zich verdraagt met het uitgangspunt van de commissie. Volgens de commissie dient immers de rechter (en niet de wetgever) uit te maken hoe op het verzuim moet worden gereageerd. Ook op een ander punt lijkt mij de commissie niet consequent. Zij handhaaft art. 256 lid 2 Sv. Als de sanctionering aan de rechter moet worden overgelaten, is het niet aan de wetgever om te bepalen in welke gevallen *geen* nietigheid kan volgen.

ge Raad de zaak zelf afdoen. Art. 442 Sv laat fraai zien hoe zeer nietigheid en herstel in elkaars verlengde liggen.

Uit het voorgaande volgt, dat de door de commissie voorgestane taakverdeling tussen wetgever en rechter berust op een ondeugdelijke onderscheiding. Ook afgezien daarvan vermag ik niet in te zien dat een formele nietigheid 'geen belang' dient als het betrokken vormvoorschrift niet 'absoluut' wordt gehandhaafd. Kan niet met even veel recht geponeerd worden dat vormvoorschriften die niet absoluut worden *nageleefd* (omdat zij niet naar de letter, maar functioneel worden uitgelegd) uit het wetboek dienen te worden geschrapt? In feite stelt de commissie zich op een legistisch standpunt: in een wetboek dienen alleen maar bepalingen te worden opgenomen waarvan nooit kan worden afgeweken. Mijns inziens is de taak van de wetgever in een gedeformaliseerde procespraktijk een andere. Hij dient voorschriften te geven die *als regel* kunnen gelden. Dat de rechter met die voorschriften functioneel omgaat en daarvan *bij wijze van uitzondering* afwijkt, ontnemt die voorschriften geenszins hun belang. Fokkens heeft overtuigend laten zien, dat dit ook voor de wettelijke nietigheden geldt. (84)

Door het legisme van de commissie worden 'supernieuigheden' gecreëerd. Voor enige relativering is geen plaats. Dat bergt het gevaar in zich van verstarring. (85) Dat is ook op een ander punt het geval. Met haar betoog dat het gesloten stelsel van de wet meebrengt dat 'sancties' (zoals het uitsluiten van onrechtmatig verkregen bewijs) een wettelijke basis dienen te hebben, grijpt de commissie terug op een reeds lang verlaten standpunt. Communis opinio was dacht ik, dat ongeschreven recht dat de rechtsbescherming *vergroot*, niet in

(84) J.W. Fokkens, *Recht in vorm?*, DD 1993, p. 904 e.v.

(85) In dit verband verdient aandacht, dat de commissie voorstelt de nietigheden van art. 338 lid 3 en 339 lid 9 Sv te handhaven. Dat verbaast aangezien de Hoge Raad motiveringsgebreken nogal eens met de mantel der liefde pleegt te bedekken (bijvoorbeeld omdat vast staat dat de beslissing juist is). Ook art. 338 lid 3 Sv is door de Hoge Raad gerelativeerd: het *verzuim* om op het verweer te reageren leidt dan niet tot nietigheid. De commissie ziet hierin merkwaardig genoeg juist een reden om de sanctie te handhaven (*Recht in vorm*, p. 30 e.v.). Misschien heeft zij alleen gedacht aan het geval waarin het vonnis geen enkele motivering bevat. De art. 338 en 339 Sv schrijven echter niet alleen een motivering voor, maar ook een *deugdelijke* motivering. Iedere ondeugdelijke motivering levert dus een vormverzuim op dat door de 'absolute' nietigheid wordt getroffen.

strijd is met het legaliteitsbeginsel. (86) Aanvaarding van het uitgangspunt van de commissie betekent, dat er voor sanctionering buiten art. 359a Sv om geen ruimte meer is. Zo is niet in de wet geregeld dat de voorlopig gehechte verdachte in vrijheid moet worden gesteld als de zitting na schorsing niet binnen drie maanden wordt hervat. Deze sanctie op de niet-naleving van een zittingsvoorschrift wordt in art. 359a niet genoemd, zodat zij de straks noodzakelijke wettelijke basis ontbeert. Op grond van de huidige jurisprudentie kan het OM niet-ontvankelijk worden verklaard wegens *undue delay* als de appelbehandeling te lang op zich laat wachten. Art. 359a Sv biedt daarvoor echter geen basis; het 'verzuim' deed zich immers noch tijdens het voorbereidend onderzoek, noch tijdens het onderzoek ter zitting voor. (87)

Als processuele sancties niet als een aparte categorie worden behandeld, is er geen enkele reden buitenwettelijke sancties anders te behandelen dan ander ongeschreven procesrecht. De rechter mag dus ook op dat punt de wet aanvullen. Een belangrijk criterium is daarbij, of de gekozen oplossing past in het systeem van de wet. Er moet dan echter wel een systeem zijn. De commissie heeft daar weinig van heel gelaten.

Schrapping van formele nietigheden is misschien een daad waarmee een Minister van Justitie politiek goed uit de voeten kan, een oplossing echter biedt zij niet. Integendeel, er wordt een rookgordijn gelegd dat het zicht op de problematiek beneemt en daardoor het vinden van werkelijke oplossingen bemoeilijkt. Ik meen dat er op tenminste twee punten iets te verbeteren valt.

Het is niet zozeer de nietigverklaring van de dagvaarding die het publiek verontrust, als wel de opheffing van de voorlopige hechtenis die daaraan door de wet wordt verbonden (art. 72 lid 3 Sv). De wetgever heeft daaraan de afgelopen jaren gesleuteld. Art. 265 Sv is, zoals wij reeds zagen, gewijzigd, zodat het dagvaarden op te korte

(86) Iets anders is dat art. 1 Sv uitdrukking geeft aan het *codificatie-ideaal*. Voor codificatie van bijvoorbeeld het onrechtmatig verkregen bewijs valt dus best iets te zeggen. Van die codificatie hangt de bewijsuitsluiting echter niet af. Dat de wetgever er niet in slaagt het ideaal te realiseren, kan geen argument vormen om van rechtsbescherming af te zien.

(87) Zie in dit verband ook HR 5 december 1989, NJ 1990, 719 m.nt. Sch.

termijn niet meer tot nietigheid van de dagvaarding leidt.(88) Bovendien is bij Wet van 16 april 1992, Stb. 214 een uitzondering gemaakt op de regel van art. 72 lid 3. Als het gaat om een misdrijf waarop acht jaar gevangenisstraf of meer is gesteld, kan de rechter de voorlopige hechtenis niettegenstaande de nietigheid verlengen (art. 72 lid 6).(89) Aan de regel zelf is door de wetgever dus niet getornd. De vraag is of dat terecht is.

Van Dorst heeft laten zien, dat bij de totstandkoming van de regel eigenlijk alleen gedacht is aan de vrijspraak en het ontslag van rechtsvervolging.(90) Dat ook de formele einduitspraken onder de regel vielen werd vermoedelijk niet als bezwaar gezien omdat men er van uitging dat de OvJ die de zaak wenste door te zetten, onmiddellijk tot aanhouding kon overgaan en daarna opnieuw de bewaring kon vorderen. Alleen ingeval van onbevoegdverklaring was een nieuwe bewaring niet onmiddellijk mogelijk, omdat daaraan een OvJ uit een ander arrondissement (die de zaak niet kende) te pas moest komen. Daarom kreeg de rechter hier de bevoegdheid de voorlopige hechtenis met zes dagen te verlengen.(91) De wettelijke regeling zoals de wetgever die destijds voor ogen stond, was dus niet onevenwichtig. Zij is dat geworden door de absolute betekenis die men later is gaan toekennen aan het beginsel *nemo debet bis vexari*. Daardoor ontstond een mijns inziens niet te motiveren verschil tussen de onbevoegdverklaring en de andere formele einduitspraken. Het sterkste argument dat voor de regel pleit, is van wetssystematische aard. Nietigverklaring van de dagvaarding is een einduitspraak die een einde maakt aan de vervolging. Omdat de voorlopige hechtenis aan die vervolging is gekoppeld (hiervoor, onder 3.2) moet die hechtenis wel tegelijk met de vervolging eindigen.(92) Met het uitbrengen van een nieuwe dagvaarding begint een nieuwe vervol-

(88) Bij dezelfde wet is art. 590 lid 2 gewijzigd. Voorlopig gehechten zullen zich daardoor nog hoogst zelden op fouten in de betekening kunnen beroepen.

(89) In haar vierde rapport heeft de commissie positief over deze wetswijziging geadviseerd.

(90) A.J.A. van Dorst, *Opheffing der voorlopige hechtenis: imperatief of facultatief?*, DD 1985, p. 93 e.v.

(91) Zie Blok-Besier, deel I, p. 238, 239.

(92) De wettelijke regeling is iets ingewikkelder. De vervolging eindigt als de einduitspraak onherroepelijk is geworden. Doordat art. 73 Sv bevelen tot opheffing van de voorlopige hechtenis bij voorraad uitvoerbaar verklaart, eindigt die hechtenis eerder dan de vervolging.

ging. De oude moet dan wel eerst zijn afgewikkeld. Aan deze logica heeft de wetgever van 1926 zich gehouden. De zes dagen termijn die ingeval van onbevoegdverklaring mogelijk is, begint pas te lopen nadat de *opheffing* onherroepelijk is geworden (art. 72 lid 2). Met het nieuwe art. 72 lid 6 echter is de wetgever dwars door het wettelijk systeem heen gefictst. De rechter behoeft in de daar omschreven gevallen de voorlopige hechtenis ondanks de nietigverklaring van de dagvaarding *niet* op te heffen, maar kan haar verlengen. De voorlopige hechtenis loopt dan dus door hoewel de vervolging is geëindigd. Het kon zover komen doordat het wettelijk vervolgingsbegrip inmiddels volkomen losstaat van de realiteit. In die realiteit is het opnieuw uitbrengen van de dagvaarding niet het begin van een nieuwe vervolging, maar een voortzetting van de oude.

Onder 3.2 is bepleit het wettelijk vervolgingsbegrip te laten varen. Dat opent de weg naar een rationele regeling, ook van de onderhavige problematiek.⁽⁹³⁾ Het wettelijk stelsel dwingt dan niet meer tot opheffing van de voorlopige hechtenis. De hoofdregel ingeval van een formele einduitspraak kan daarom mijns inziens eenvoudig zijn dat de hechtenis nog (bijvoorbeeld) drie weken doorloopt.⁽⁹⁴⁾ Binnen die termijn zal de OvJ de verlenging moeten vorderen.⁽⁹⁵⁾ De rechter beoordeelt die vordering op redelijkheid aan de hand van een door de OvJ gepresenteerd 'plan van aanpak' (hiervoor, onder 3.3).

Het tweede punt betreft de onduidelijke functie van de nietigheden in de appelrechtspraak. Volgens de huidige doctrine dient de appelrechter het beroepen vonnis te vernietigen als dat vonnis motiveeringsgebreken vertoont of als het onderzoek ter zitting in eerste aanleg aan nietigheid 'lijdt'. Laat de appelrechter dit na, dan staat zijn eigen arrest aan cassatie bloot. Zekerheidshalve wordt daarom het vonnis steeds vernietigd. Die vernietiging is daarmee een formaliteit

(93) Daarbij zij nog opgemerkt dat de wettelijke regeling er door de recente ingrepen van de wetgever niet inzichtelijker op is geworden. Zo kan ik art. 75 lid 4, tweede volzin niet rijmen met art. 72 lid 2 en lid 6, tweede volzin: waarom is verlenging na het instellen van beroep nodig als het bevel nog zes resp. dertig dagen van kracht nadat *onherroepelijk* op dat beroep is beslist?

(94) Met dien verstande dat de rechtbank op voet van art. 69 Sv tot dadelijke opheffing *kan* overgaan.

(95) Als tegen de einduitspraak appel is aangetekend zal het hof over de verlenging moeten oordelen.

geworden. Daar staat tegenover dat de Hoge Raad op basis van een analoge toepassing van art. 423 lid 2 Sv is gaan eisen, dat het hof de zaak terugwijst naar de rechtbank als de behandeling in eerste aanleg ernstige manco's vertoont. Er heeft zich met andere woorden een daadwerkelijke toetsing van de behandeling in eerste aanleg ontwikkeld, die de tot formaliteit geworden beoordeling die de wet vraagt, heeft verdrongen. Stamhuis heeft er terecht op gewezen dat de commissie-Moons aan die ontwikkeling geheel voorbij is gegaan. (96)

Er is gezien deze stand van zaken veel voor te zeggen, het dogma dat 'nietige' vonnissen niet kunnen worden bevestigd, los te laten. Nietige vonnissen zijn *vernietigbaar*: zij *kunnen* vanwege daaraan klevende gebreken vernietigd worden. Of vernietiging *moet* hangt af van de taak van de rechter. Vernietiging wegens verzuim van vormen is bij uitstek de taak van de cassatierechter (art. 99 RO). Het ligt helemaal niet voor de hand die taak ook aan de appelrechter toe te kennen. Het hof is een feitenrechter die zelf de zaak beoordeelt. Als hij op grond van *die* beoordeling het vonnis van de eerste rechter bevestigt, betekent dat niet meer, dan dat hij zich inhoudelijk met de gegeven beslissingen kan verenigen.

Het voordeel van deze benadering is, dat de vraag welke consequenties gebreken in eerste aanleg hebben, in hoger beroep een duidelijke eigen plaats krijgt. De meeste gebreken zullen in de appelbehandeling zelf een *remedy* kunnen vinden. Zo zal een getuige die door de rechtbank ten onrechte niet is opgeroepen, alsnog door het hof kunnen worden gehoord. Soms echter zal aan terugwijzing niet zijn te ontkomen. Of en op welke wijze 'herstel' plaatsvindt hangt mede af van de activiteiten die de verdediging ontplooit.

Een tweede voordeel is, dat de formaliteit van de (standaard)vernietiging achterwege kan blijven. Ook een gebrekkig gemotiveerd vonnis kan worden bevestigd. Daardoor kan een 'informele' variant van het *partieel appel* worden gerealiseerd. Zie daarover hierna, onder 3.4.4.

(96) E.F. Stamhuis, Absoluut nietig ... en dan?, Justitiële Verkenningen 1993 nr. 8, p. 100 e.v.

3.4.3. Verkorte vonnissen en bekende verdachten

De wet eist dat het rechterlijk oordeel wordt neergelegd in een schriftelijk en gemotiveerd vonnis. Dat vonnis moet gereed zijn op de dag waarop het wordt uitgesproken. (97) In de praktijk komt daar weinig van terecht. Er wordt volstaan met een 'kop-staart-vonnis', dat wordt uitgewerkt als appel wordt ingesteld. Het vonnis wordt dan alsnog van een bewijsmotivering voorzien. Ook het proces-verbaal van de zitting wordt dan pas opgemaakt. Deze met de wet strijdige praktijk zou voortkomen uit capaciteitsproblemen: het uitwerken van de bewijsmiddelen is een hele klus. Een rol speelt echter ook de op zich gezonde neiging om zinloze arbeid te vermijden: als geen rechtsmiddel wordt ingesteld werkt men alleen 'voor het archief'.

De oplossing die de commissie voor staat, is een tweeledige. Als de verdachte heeft gekozen voor een vereenvoudigde procedure, worden aan de inhoud van het vonnis geen hoge eisen meer gesteld. Een uitgewerkte bewijsmotivering is dan niet langer nodig. Aan dit voorstel ligt de principiële overweging ten grondslag dat de motivering van het vonnis afgestemd moet zijn op de 'inzet van het geding' (zie hiervoor, onder 3.1). Voor de gevallen waarin de vereenvoudigde procedure niet is gevolgd, houdt de commissie vast aan de bestaande motiveringseisen. Zij kiest hier voor een pragmatische oplossing, die neer komt op legalisering van de gegroide praktijk. De meervoudige kamer van de rechtbank zal, zolang tegen de uitspraak geen beroep is ingesteld, kunnen volstaan met een 'verkort vonnis', dat een eigen, zelfstandige status krijgt. (98) De eventuele latere uitwerking van het vonnis en het proces-verbaal van de zitting is daarbij aan een (sanctieloze) termijn gebonden. (99)

De commissie stelt uitdrukkelijk voorop, dat de bestaande wettelijke regeling 'uit een oogpunt van kwaliteit van de strafrechtspiegeling' de

(97) De ondertekening van het vonnis dient binnen twee maal vierentwintig uur na de uitspraak te geschieden (art. 365 lid 1 Sv). Het hier gestelde heeft betrekking op het vonnis van de meervoudige kamer. Voor het mondelinge vonnis van kanton- en politierechter geldt een aparte regeling.

(98) Wat de kanton- en politierechter betreft verandert er weinig. Hier was al regel, dat alleen wordt 'uitgewerkt' (door aantekening van het vonnis in het proces-verbaal van de zitting) als een rechtsmiddel is aangewend.

(99) Als de verdachte gedefinieerd is moet de uitwerking binnen een maand na de instelling van het rechtsmiddel plaats hebben. In andere zaken geldt een termijn van drie maanden.

voorkeur verdient. Omdat echter handhaving van die regeling niet 'haalbaar' blijkt en de bestaande praktijk 'redelijk lijkt te voldoen', wordt voor legalisering gekozen. (100) Erg principieel is die benadering niet. De vraag of de voorgestelde regeling uit kwalitatief oogpunt *aanvaardbaar* is, wordt gesteld noch beantwoord. Er wordt vast gehouden aan de motiveringseis, maar in het midden blijft op welke wijze een motivering die alleen bij wijze van uitzondering en eerst achteraf wordt gegeven, bijdraagt aan de kwaliteit van de strafrechtspleging. Wat is het belang van een motivering die in de regel achterwege kan blijven? Heeft het weken of maanden later uitwerken van een vonnis enige zin?

De motivering vervult in het recht verschillende functies. Als eerste noem ik de *zelfcontrole*: de rechter wordt gedwongen zich rekenschap te geven van de juistheid van zijn beslissing. De motiveringseis draagt zo bij aan de zorgvuldigheid van de besluitvorming. Dat echter veronderstelt gelijktijdigheid. Het achteraf motiveren kan immers niet leiden tot bijstelling van de beslissing. Wat overblijft is misschien, dat het besef dat de beslissing later moet kunnen worden gemotiveerd, de rechter tot voorzichtigheid noopt.

De tweede functie die kan worden genoemd is die van de *explicatie*: het inlichten en zo mogelijk overtuigen van de proccesdeelnemers, van derden en van het publiek. Uitleg kan ook achteraf gegeven worden, maar verliest als hij lang uitblijft veel van zijn waarde. Uitleg is voorts steeds zinvol en dient derhalve niet afhankelijk te worden gesteld van het instellen van rechtsmiddelen. (101) Uitleg tenslotte dient zich te richten op hetgeen verduidelijking behoeft. Dat betekent in het bijzonder, dat de verdachte antwoord moet krijgen op de verweren die hij heeft gevoerd. Als de verdachte bekend behoeft de bewezenverklaring hem niet te worden uitgelegd. Als hij de betrouwbaarheid van de bewijsmiddelen heeft aangevochten, vormt de uitwerking van die bewijsmiddelen in het vonnis daarop geen antwoord.

Een derde functie is de *controlefunctie*: de hogere rechter kan aan de hand van de motivering (tot op zekere hoogte) nagaan of het vonnis juist is gewezen. Deze vorm van controle vereist (alleen) motivering

(100) Rapport, p. 101 en p. 105.

(101) Een verbetering ten opzichte van de bestaande situatie is het voorstel van de commissie om de proccesdeelnemers de bevoegdheid te geven uitwerking van het vonnis te verzoeken of te vorderen (art. 365c Sv).

als een rechtsmiddel is ingesteld. Achteraf motiveren is vanuit controleperspectief bezien dus geen bezwaar. Aandacht verdient dat het vooral de controle *in cassatie* is, die een uitgewerkt vonnis vergt. De Hoge Raad beoordeelt de beslissing aan de hand van het vonnis en het proces-verbaal van de zitting. De motiveringseisen zijn op die controle afgestemd. Zo is opneming van de inhoud van de bewijsmiddelen in het vonnis voorgeschreven omdat de Hoge Raad anders niet kan nagaan of de feitenrechter zich aan het wettig bewijsstelsel heeft gehouden.⁽¹⁰²⁾ Wat voor de Hoge Raad geldt, geldt echter niet voor het hof in hoger beroep. De appelrechter geeft een eigen oordeel over de zaak op grond van een in beginsel volledig onderzoek naar de feiten. Dat levert een 'controle' op die veel vollediger is dan die waartoe de Hoge Raad in staat is. Een uitgewerkt vonnis is daarvoor niet nodig.

Als vierde functie moet misschien *werkbeparing* genoemd worden. Een uitgewerkt vonnis scheelt de appelrechter werk. De voorbereiding van de zitting wordt er door vergemakkelijkt. Bovendien kan dat vonnis als basis dienen bij het concipiëren van het arrest. Het gaat hier om een werkverdeling waarvan de vraag is of zij efficiënt is. Zij leidt tot vertraging en dubbel werk. De rechter in eerste aanleg moet zich (als met de kop en de staart is volstaan) opnieuw inwerken. Vervolgens doet het hof de motivering geheel of gedeeltelijk over. Het behoeft gezien niet te verwonderen dat sommige rechtbanken op basis van een met het hof gemaakte afspraak geheel afzien van het uitwerken van de bewijsmiddelen.

De verschillende functies van de motivering leiden tot verschillende uitkomsten. De invulling van de motiveringseis is daarom mede een kwestie van afweging. De commissie lijkt door haar pragmatische opstelling niet aan enige afweging te zijn toegekomen. Het resultaat vind ik in ieder geval weinig evenwichtig. Mijn kritiek richt zich in het bijzonder op de volgende punten.

(1) Een bewijsmotivering mag alleen achterwege blijven als de vereenvoudigde procedure is gevolgd. Dat betekent dat de bewijsmiddelen wel moeten worden uitgewerkt als de verdachte weliswaar bekend, maar een beroep doet op bijvoorbeeld de nietigheid van de dagvaarding. Hetzelfde geldt als de verdachte slechts een deel van

(102) Daarbij zij opgemerkt dat deze motiveringseis stamt uit een tijd waarin de 'papieren muur' nog recht overeind stond. De Hoge Raad was toen volledig aangewezen op het vonnis en het proces-verbaal van de zitting.

de feiten ontkent. Zelfs als de rechtbank die ontkenning honoreert moet zij de bewezenverklaring van de wel erkende feiten motiveren. Dat is weinig rationeel. De achterliggende gedachte (de motivering wordt bepaald door de 'inzet' van het geding) verdient bredere uitwerking: motivering van de bewezenverklaring is alleen vereist indien en voor zover de tenlastelegging is bestreden.

(2) De motiveringseis wordt bepaald door de toetsing in cassatie. Dat is onzinnig als tegen het vonnis geen cassatie, maar appel open staat. Mijns inziens kan in veel gevallen met een aanduiding van de bewijsmiddelen worden volstaan. Daarvan kan in bijzondere gevallen worden afgeweken, waarbij ik met name denk aan de situatie waarin het bewijs in hoge mate indirect is. Het accent kan zo komen te liggen op het weerleggen van verweren. Verweren die betrekking op de betrouwbaarheid van het bewijs zou ik daarbij niet willen uitzonderen. Dat die betrouwbaarheid bij de controle in cassatie nauwelijks een rol speelt, ontslaat de rechter niet van de plicht zijn vonnis op dit punt toe te lichten.

(3) Het verkorte vonnis doet geen recht aan de beide eerst genoemde functies van de motivering. De kwaliteit van onze strafrechtspleging wordt daardoor ernstig aangetast. Capaciteitsproblemen kunnen daarvoor geen rechtvaardiging vormen. Ik denk ook niet dat overbelasting de echte oorzaak is van de huidige illegale praktijk. De wortel van het kwaad lijkt mij te zijn gelegen in de weerszin 'voor het archief' te moeten werken. Daar echter valt op eenvoudige wijze wat aan te doen. Volgens art. 365 lid 3 Sv heeft de verdachte alleen recht op *inzage* van het vonnis. Die bepaling stamt uit een tijd waarin het carbonpapier en de kopicermachine nog moesten worden uitgevonden. Tegenwoordig is het eigenlijk beschamend dat de verdachte niet eenvoudig een afschrift van het vonnis krijgt thuis gestuurd. Ook voor de pers zou een exemplaar beschikbaar moeten zijn. De explicatiefunctie van het vonnis wordt daardoor nieuw leven ingeblazen. Als de eisen daarop (en niet op de toetsing in cassatie) zijn afgestemd, kan het maar zo zijn dat het motiveren van het vonnis weer als een zinvolle bezigheid wordt ervaren.

(4) Volgens het voorstel van de commissie kan uitwerking van het verkorte vonnis in verstekzaken achterwege blijven als het rechtsmiddel niet binnen drie maanden is ingesteld. Het argument is dat het na verloop van tijd steeds lastiger wordt om zich de zaak weer voor de geest te halen. Ik zou daartegen als bezwaar willen aanvoeren dat berechting bij verstek een riskante aangelegenheid is. De

waarborg die gelegen is in een contradictoire behandeling ontbreekt hier immers (vergelijk hiervoor, onder 2.2.4). Het is die waarborg die het verantwoord maakt een bewijsmotivering achterwege te laten als de verdachte de tclastelegging niet bestrijdt. Als de mogelijkheid van tegenspraak heeft ontbroken, dient de gebrekkige behandeling ter zitting juist een tegenwicht te vinden in een strenge motiveringseis. De eerste functie van de motivering (zelfcontrole) treedt hier sterk op de voorgrond. Ik meen dan ook dat een verstekvonnis van een uitgewerkte bewijsmotivering moet zijn voorzien. Daarvan kan worden afgeweken als de dagvaarding in persoon is betekend. De *mogelijkheid* van tegenspraak heeft dan niet ontbroken. (103)

De hier ontwikkelde gedachtengang komt er kort gezegd op neer, dat de verdachte recht heeft op een gemotiveerd vonnis dat hem bij of kort na de uitspraak wordt uitgereikt of toegezonden. Aan de motivering worden daarbij andere, in de regel minder zware eisen gesteld dan thans het geval is. De bewijsmotivering verandert daardoor van gedaante: het accent ligt op de weerlegging van verweren. Het proces-verbaal van de zitting behoeft naar mijn mening niet op de dag van de uitspraak gereed te zijn. Dit processtuk heeft bijna uitsluitend een controlefunctie. (104) Het is daarom verantwoord het uitwerken van het proces-verbaal afhankelijk te stellen van de aanwending van een rechtsmiddel.

Een en ander behoeft natuurlijk nadere uitwerking. Daarvoor is hier geen plaats. Daarom laat ik in het midden hoe geoordeeld moet worden ten aanzien van het mondelinge vonnis van de politierechter. Denkbaar is dat de afweging hier enigszins anders uitvalt, aangezien er voor de verdachte minder op het spel staat en het mondelinge vonnis (als het goed is) steeds mondeling wordt gemotiveerd.

(103) In mijn opvatting dient berechting in aanwezigheid bij de behandeling door de meervoudige kamer regel te zijn (hiervoor, onder 3.1). Betekening in persoon dient te worden nagestreefd door daarop gericht gebruik van voorarrest (hiervoor, onder 3.3).

(104) Het proces-verbaal van de zitting is voor de Hoge Raad de enige kenbron bij de vraag, of de zittingsvoorschriften zijn nageleefd. Ook de appelrechter moet kunnen beoordelen of de zitting in eerste aanleg correct is verlopen. Vergelijk hiervoor, onder 3.4.2.

3.4.4. *Partieel appel*

Van de zijde van de rechterlijke macht is aangedrongen op de invoering van de mogelijkheid van partieel appel. Het bezwaar daarvan is dat de appelrechter gedwongen kan worden om te veroordelen tegen zijn overtuiging in. Ik zou dan ook vast willen houden aan het uitgangspunt dat de zaak in appel in volle omvang wordt beoordeeld. Iets anders is dat bij de behandeling ter zitting kan worden voortgebouwd op hetgeen in eerste aanleg is geschied. Die behandeling kan zich concentreren op die onderdelen van het vonnis, waarmee de verdachte (of het OM) het niet eens is (vergelijk hiervoor, onder 3.1). Deze benadering heeft ook gevolgen voor de motiveringsplicht. Ik zou willen verdedigen dat het hof de beslissingen die niet zijn aangevochten (en waarmee het hof zich verenigt) niet behoeft te motiveren.⁽¹⁰⁵⁾ Hij kan er mee volstaan die beslissingen zonder nadere motivering te bevestigen. Dat aan het vonnis motiveringsgebreken kleven, doet daarbij niet ter zake. Bevestiging betekent (in de hiervoor, onder 3.4.2 ontfouwde opvatting) immers alleen dat het hof tot dezelfde beslissing is gekomen. Dat biedt grote voordelen. Als bijvoorbeeld de bewijsmotivering van de rechtbank rammelt, maar de verdachte alleen bezwaar maakt tegen de opgelegde straf, kan het hof de bewezenverklaring toch 'kaal' bevestigen. De gebrekkige bewijsmotivering wordt daarmee niet door het hof over genomen. Het hof behoeft die motivering ook niet door een betere te vervangen. Een beslissing die niet is aangevochten vereist immers geen motivering.

Dat levert een enorme werkbesparing op. Niet alleen voor het hof, maar ook voor de Hoge Raad. In het gegeven voorbeeld is het arrest van het hof, doordat kaal mocht worden bevestigd, op het punt van de bewezenverklaring vrijwel onaantastbaar geworden. In cassatie zullen in de regel alleen nog die beslissingen ten toets kunnen komen, waarvan reeds in appel een 'punt' is gemaakt. Ik acht dat juist. Van de verdachte en het OM mag worden verwacht dat zij hun bezwaren niet tot het allerlaatste moment opzouten.

(105) Vergelijk het 'grievensstelsel' dat in burgerlijke zaken wordt gehanteerd. Een belangrijk verschil blijft, dat het hof ook 'ambtshalve' anders kan beslissen dan de rechtbank.

3.5. Op de grondslag van de telastelegging

Soms gaan verdachten vrijuit vanwege een fout in de telastelegging. Dat is, zeker als het om een ernstig delict gaat, moeilijk te verteren. Het is dan ook begrijpelijk dat de commissie-Moons heeft getracht een oplossing voor dit probleem te vinden. Zij stelt voor de zinsnede 'op den grondslag der telastelegging' in de art. 348 en 350 Sv te vervangen door 'naar aanleiding van de telastelegging'. Dit voorstel lijkt onder grote tijdsdruk tot stand te zijn gekomen. Wat de commissie precies voor ogen staat is in ieder geval niet geheel duidelijk. Nu eens lijkt het te gaan om een verruiming van de mogelijkheid om misslagen te herstellen, dan weer lijkt een radicale breuk met het grondslagstelsel voor te liggen. Op dat laatste wijst het standpunt van de meerderheid van de commissie, dat de rechter voor een ander feit (in de zin van art. 68 Sr) zal mogen veroordelen.⁽¹⁰⁶⁾ Op het eerste gezicht is de eveneens voorgestelde wijziging van art. 261 Sv (de telastelegging moet ook de toepasselijke strafbepalingen vermelden) daarmee in tegenspraak. De 'nature' van de beschuldiging (art. 6 lid 3 sub a EVRM) lijkt zo immers juist te worden gefixeerd. Het zal daarom zijn dat de commissie het uitwijken naar een andere strafbepaling aan een voorwaarde bindt. Als de rechter het feit anders kwalificeert dan de OvJ moet dat 'uitdrukkelijk ter zitting aan de orde zijn geweest'.⁽¹⁰⁷⁾ Hoe de rechter de beschuldiging kan veranderen zonder de schijn van partijdigheid te wekken en zonder vooruit te lopen op de beraadslaging, blijft daarbij in het duister.⁽¹⁰⁸⁾

De ontwerpwetgever heeft wel het voorstel tot wijziging van art. 261 Sv overgenomen, maar niet het voorstel met betrekking tot de art. 348 en 350 Sv. In plaats daarvan wordt voorgesteld ook in hoger beroep wijziging van de telastelegging mogelijk te maken. Ik zal op beide 'opties' ingaan.

De commissie meent dat de taak van de rechter door de *tirannie van de*

(106) Recht in vorm, p. 38.

(107) Idem, p. 37. Het proces-verbaal van de zitting moet daarvan melding maken.

(108) De commissie besteedt ook aandacht aan het geval waarin de rechter 'pas' in raadkamer tot de conclusie komt dat het feit anders moet worden gekwalificeerd. Zij lijkt daarmee geheel uit het oog te verliezen, dat de rechter alleen maar conclusies mag trekken nadat het onderzoek is gesloten. Bovendien mag de rechter blijkens art. 350 Sv eerst over de kwalificatie oordelen als hij het ten laste gelegde bewezen acht.

telastelegging is 'uitgehouden'. Door de rechter de bevoegdheid te geven van de telastelegging af te wijken zou hij weer in staat worden gesteld een 'zelfstandige' beslissing te nemen over de bewezenverklaring en de kwalificatie. 'Taken en bevoegdheden van de Officier van Justitie enerzijds en de rechter anderzijds worden zodoende uitdrukkelijker van elkaar onderscheiden'. (109) Wat daarbij de eigen taak van de OvJ is, vermeldt het rapport niet.

De commissie heeft zich laten inspireren door het onderzoek dat door Boksem is verricht naar de historische ontwikkeling van het grondslagstelsel. (110) Uit dat onderzoek blijkt dat de rechter aanvankelijk een grote vrijheid had de feiten naar eigen inzicht te kwalificeren. Boksem schrijft dat toe aan de techniek van telasteleggen uit die dagen, die een uitvoerig feitelijk relaas meebracht gevolgd door een kwalificatief slot. Aandacht verdient dat het hier gaat om een techniek die in criminele zaken werd gehanteerd. De rechtsgang was hier oorspronkelijk afgestemd op juryrechtspraak (zie hiervoor, onder 2.1). Dat de 'akte van beschuldiging' een uitvoerige uiteenzetting van de feiten en het verzamelde bewijsmateriaal bevatte, is in dat licht begrijpelijk. De jury-leden werden pas op de dag van de terechtzitting door loting aangewezen. De uitvoerigheid van de akte van beschuldiging moest dan ook het totaal ontbreken van enige voorbereiding compenseren. Daar kwam bij dat de jury uit leken bestond, die alleen over de feiten mochten oordelen. De kwalificatie van die feiten was voorbehouden aan de beroepsrechters in het hof. De akte moest daarom wel een 'puur' feitelijke weergave van het gebeuren bevatten, die gescheiden was van de aan het slot van de akte voorkomende kwalificatie. Aan die kwalificatie waren de beroepsrechters niet gebonden. Dat bleef zo toen de jury werd afgeschaft.

Met een taakverdeling tussen OM en rechter had de kwalificatievrijheid dus weinig te maken. Die vrijheid was terug te voeren op een taakverdeling tussen lekerrechters en beroepsrechters, en op een daarvoor noodzakelijke scheiding tussen feiten en recht. Daarbij verdient opmerking, dat de akte van beschuldiging weliswaar door de procureur-generaal werd opgesteld, maar dat deze daarbij gebonden was aan het door de raadkamer van het hof gewezen arrest van beschuldiging. Het was dus uiteindelijk de rechter die uitmaak-

(109) Recht in vorm, p. 36, 37.

(110) J. Boksem, Grondslagen van het grondslagstelsel, Groninger opmerkingen en mededelingen IX (1992), p. 1 e.v.

te waarvoor de beschuldigde terecht had te staan. Dat paste bij de toenmalige verdeling van bevoegdheden, waarbij de verantwoordelijkheid voor de vervolging en berechting bij de rechter lag (hiervoor, onder 3.2). De vraag is of de commissie daar werkelijk naar terug verlangt.

De rechtsgang in correctionele zaken was een andere. Hier werd niet geprocedeerd op basis van een akte van beschuldiging, maar op basis van een in de dagvaarding vervatte telastelegging. Boksem vermeldt dat de belangrijkste vereisten die aan de feitsomschrijving werden gesteld, die van duidelijkheid, begrijpelijkheid en concreetheid waren. Bij die omschrijving mocht met kwalificatieve aanduidingen worden gewerkt.⁽¹¹¹⁾ Van een krampachtige scheiding van feiten en recht was dus geen sprake. Voor beroepsrechters was dat ook niet nodig.

Ik betwijfel of de rechters hier in de praktijk grote vrijheid hadden bij het kwalificeren.⁽¹¹²⁾ Tot 1860 eiste de Hoge Raad dat de telastelegging een strafbaar feit bevatte en werd de dagvaarding nietig verklaard als een bestanddeel ontbrak. Het arrest van 9 oktober 1860, W 2212 bracht daarin verandering: voortaan moest in een dergelijk geval ontslagen worden van rechtsvervolging.⁽¹¹³⁾ Van meet af aan lijkt derhalve vereist te zijn geweest, dat het strafbare feit juridisch correct in de telastelegging was verwerkt. In HR 18 november 1872, W 3538 werd geoordeeld dat een uiterwaard kon worden gekwalificeerd als 'grond, met rijpe of rijpende vruchten bezet' aangezien die uiterwaard met gras was 'bezet'. Van dat laatste bleek echter niet uit de telastelegging. Het arrest leidde daarom tot verontwaardigde reacties.⁽¹¹⁴⁾ Zo schreef A.F. de Savornin Lohman in W 3541 dat het arrest 'van de tot nog toe bestaande jurisprudentie geheel afwijkt'. 'Zeer wenschelijk schijnt het ons', zo besluit hij zijn

(111) Idem, p. 12 e.v.

(112) Zowel voor criminele als voor correctionele zaken geldt dat het beeld wordt vertroebeld doordat (naar ik althans meen te begrijpen) subjectieve bestanddelen als opzet en schuld niet tot de te bewijzen 'daadzaken' (het corpus delicti) werden gerekend, maar beschouwd werden als een toerekeningskwestie die de kwalificatie beïnvloedde. De voorbeelden die Boksem geeft hebben bijna allemaal betrekking op de beoordeling van de subjectieve kant van het delict.

(113) Idem, p. 14.

(114) Idem, p. 20.

bijdrage, 'dat de tot nog toe geldige leer van den Hoogen Raad moge behouden worden'.

De wortels van de grondslagleer liggen, zo vermoed ik, niet in het criminele proces, maar in het correctionele geding. Als dat juist is, is het verdwijnen van de door Boksem geconstateerde kwalificatievrijheid meteen verklaard. In 1886 werd het onderscheid tussen misdaden en wanbedrijven opgeheven en bijgevolg ook het onderscheid in de wijze van berechting. Alle misdrijven werden vanaf toen correctioneel afgehandeld (hiervoor, onder 2.1). Het einde van de kwalificatievrijheid viel dus samen met de afschaffing van de aparte procedure voor criminele zaken. (115)

Nog niet verklaard is waarom de rechter zich in het correctionele geding aan de telastelegging gebonden achtte. Ik waag mij aan een tweetal, elkaar aanvullende, veronderstellingen. De eerste is, dat het bewijsstelsel een rol speelde. De jury oordeelde op grond van haar 'bloot gemoedelijke overtuiging'. Van een *wettig* bewijsstelsel was dus geen sprake. Dat de heroepsrechter bij de kwalificatie gegevens betrok die niet wettig waren bewezen, was dus geen bezwaar. Dat veranderde toen in 1838 wel bewijsregels in de wet werden opgenomen. De kwalificatievrijheid in criminele zaken stond daarmee op gespannen voet. De grondslagleer die in correctionele zaken werd gehanteerd, deed wel recht aan het uitgangspunt dat het oordeel dat een strafbaar feit was begaan, diende te steunen op feiten die wettig bewezen waren.

De tweede veronderstelling is dat de civielrechtelijke herkomst van het correctionele geding zich deed gevoelen. De rechter stelde zich hier veel lijdelijker op. De door de OvJ opgestelde, in een dagvaarding vervatte telastelegging werd, anders dan de door de raadkamer gedicteerde akte van beschuldiging, behandeld als de conclusie van eis in civiele zaken. De vordering van de OvJ kon met andere woorden alleen toegewezen worden als de door hem *gestelde* feiten daarvoor de grondslag boden. Dat betekent dat de OvJ in het correctio-

(115) Zo schematisch als ik haar hier weergeef zal de werkelijkheid niet zijn geweest. Niet onwaarschijnlijk is dat de eisen die aan een akte van beschuldiging en aan een telastelegging werden gesteld, elkaar over en weer hebben beïnvloed. Zo valt te verklaren dat het 'criminele' model zich ook na 1886 deed gelden. Ik denk met name aan de tirannieke werking die de Hoge Raad lange tijd bleef toekennen aan het woord 'door' (zie D.H. de Jong, *De macht van de telastelegging*, Arnhem 1981, p. 28). De telastelegging werd op die wijze, net als voorheen de akte van beschuldiging, gesplitst in een feitelijk deel en een kwalificatie waaraan de rechter niet was gebonden.

nele geding een min of meer 'eigen' positie had. Hij was geen ondergeschikte die slechts beslissingen 'provoceerde', maar werd tot op zekere hoogte gelijk gesteld aan de eisende partij in civilibus. Die eigen positie is, zo waag ik voorts te veronderstellen, in de loop der tijd uitgegroeid tot de *dominus litis*-positie die het OM thans heeft.

Wie aan het grondslagstelsel komt, morrelt aan de *dominus litis*-positie van het OM en komt in de knoop met het bewijsrecht. Dat stelsel vormt dan ook een hoeksteen van ons strafprocessuele bestel. Ik noem puntsgewijs een aantal functies die het daarin vervult.

- (1) Het stelsel berust op een taakverdeling tussen OM en rechter die inhoudt dat het OM de beschuldiging formuleert en de rechter over de beschuldiging oordeelt. Het stelsel bevordert daardoor de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van het rechterlijk oordeel.
- (2) Het stelsel dwingt de rechter de vervolgingsbeslissing van het OM te respecteren. Daarmee wordt bereikt dat de rechter niet treedt in het onder de politieke verantwoordelijkheid van de Minister van Justitie vallende vervolgingsbeleid. Een stelsel dat de verantwoordelijkheid voor de vervolging bij de onafhankelijke rechter legt, kan zich vanwege de ontbrekende democratische controle geen opportunitéitsbeginsel permitteren.
- (3) Het stelsel verschaft de verdachte de mogelijkheid zich te verdedigen doordat de beschuldiging is vastgelegd in een telasteclegging waaraan de rechter is gebonden.
- (4) Het stelsel waarborgt dat het rechterlijk oordeel dat de verdachte een voorafgaande strafbepaling heeft overtreden, berust op feiten die wettig en overtuigend bewezen zijn.
- (5) Het stelsel bevordert de doelmatigheid van de rechtspleging. Het OM zal bij voorkeur die feiten ten laste leggen die gemakkelijk 'hard' te maken zijn en terzijde laten wat voor betwisting vatbaar is. Dat scheelt de rechter veel onderzoek op de zitting. Hij kan zich beperken tot het verifiëren van de door het OM uitgezeefde feiten. Doordat ook de verdediging zich alleen behoeft te richten op het tenlastegelegde, kan het proces uitermate vlot verlopen.
- (6) Het stelsel vereist een nauwgezette zittingsvoorbereiding en draagt daardoor bij aan de zorgvuldigheid van de besluitvorming. Het opstellen van de telasteclegging vraagt van het OM dat het zich beraadt op de resultaten van het vooronderzoek en zich

een voorlopig oordeel vormt over de strafbaarheid van de verdachte. De OvJ die de zitting 'doet', zal het dossier moeten bestuderen om te zien of de telastelegging klopt.

Het voorgaande dwingt niet tot de conclusie dat het grondslagstelsel behouden moet blijven. Wel laat het zien dat het loslaten daarvan vergaande consequenties zal hebben en fundamentele ingrepen in de gehele strafvordering vergt. Wat de commissie precies voor ogen staat, is als gezegd niet duidelijk. Maar als werkelijk de bedoeling is dat de rechter 'zelfstandig' gaat oordelen 'naar aanleiding van' een door de OvJ aangedragen feitencomplex, dan wordt de klok ver terug gezet. Het commissievoorstel betekent dan een complete breuk met het huidige procesmodel, waarin de rechter alleen heeft te oordelen over de door de OvJ opgestelde beschuldiging. Mijns inziens wordt daarmee het kind met het badwater weggegooid. Ik zou het kind willen behouden en alleen wat badwater willen lozen.

De kritiek richt zich vooral op het feit dat de verdachte kan profiteren van onbenullige vergissingen. Dat is echter een bezwaar dat zich niet richt tegen het grondslagstelsel zelf, maar tegen de formalistische toepassing die daaraan wordt gegeven. De geschiedenis illustreert dat. Art. 223 van het Wetboek van 1838 schreef alleen voor dat de telastelegging een opgave van het *feit* moest bevatten. De eis van duidelijkheid en concreetheid die de Hoge Raad aan die opgave stelde, bracht echter mee dat vermelding van tijd en plaats *meestal* vereist was. Kleine onjuistheden in de opgave van tijd en plaats stonden daarbij aan een bewezenverklaring niet in de weg. (116) De gedachte daarbij was vermoedelijk, dat die onvolkomenheden aan de duidelijkheid geen afbreuk deden. In 1886 werden de eisen die de Hoge Raad aan de feitsopgave stelde gecodificeerd. Art. 143 Sv schreef voortaan wel de vermelding van tijd en plaats voor. Dat heeft er toe geleid dat de achterliggende gedachte uit het zicht is verdwenen. Het ontbreken van tijd of plaats leidde steeds tot nietigheid. Een verkeerde opgave van tijd en plaats was steeds 'dodelijk'. Een minder legistische wetstoepassing kan hier wonderen doen.

Ook op het punt van de interpretatie van de telastelegging kan mijns inziens zonder veel bezwaar worden gedeformaliseerd. Vaste jurisprudentie is reeds, dat kennelijke vergissingen mogen worden recht gezet. Bij de vraag wat *kennelijk* is wordt echter niet veel verder gekeken dan de telastelegging lang is. Wat uit het dossier blijkt telt niet

(116) J. Boksem, a.w. p. 13 en p. 19.

mee. Ik zie niet goed in waarom daar een grens moet worden getrokken. Als uit de voor alle procesdeelnemers kenbare gegevens overduidelijk blijkt dat het OM zich heeft verschreven, wordt het grondslagstelsel geen geweld aan gedaan als die verschrijving wordt gecorrigeerd.

Bij de interpretatie van de telastelegging zou verder, meer dan thans al het geval is, gelet moeten worden op haar strekking. In de telastelegging wordt de verdachte verweten een bepaalde strafbepaling te hebben overtreden. Uit de gekozen bewoordingen blijkt doorgaans genoegzaam om welke strafbepaling het gaat. De voorgestelde wijziging van art. 261 Sv schept op dit punt alleen maar meer duidelijkheid. Dat betekent dat het ontbreken van een bestanddeel eigenlijk altijd als een vergissing moet worden aangemerkt. Redelijke uitleg van de telastelegging brengt dan mee, dat de ontbrekende term wordt 'ingelezen'. In een enkel geval zal daarvan het gevolg zijn dat de dagvaarding, doordat de ingelezen wetsterm onvoldoende feitelijke betekenis heeft, nietig moet worden verklaard.⁽¹¹⁷⁾ De fout kan dan hersteld worden door het uitbrengen van een nieuwe dagvaarding.

Voor deze deformalisering behoeft slechts een geringe prijs te worden betaald. Er is een klein verlies aan efficiency. De prikkel voor de OvJ om zijn zaakjes op orde te hebben verliest voorts iets van zijn scherpte. Voor het overige echter blijven de voordelen van het grondslagstelsel behouden. Een nadeel van de hier verdedigde oplossing is wellicht, dat deformalisering niet door middel van wetswijziging kan worden afgedwongen. Aanzetten voor een minder formalistische benadering zijn echter nu reeds in de jurisprudentie te bespeuren. De wetgever zal nog even geduld moeten hebben.

De vraag is of aan een verruiming van de mogelijkheid om de telastelegging te wijzigen nog behoefte bestaat als de deformaliseringstendenzen zich doorzet. Dat is een kwestie van afweging. Deformalisering biedt geen oplossing voor alle kwalen. Als de OvJ de vervolging op het verkeerde delict baseert (bijvoorbeeld diefstal in plaats van heiling), zal dat in de regel niet door middel van interpretatie zijn recht te breien. Daar staat tegenover dat wijziging van de telastelegging in

(117) Die nietigheid kan, als art. 261 Sv vermelding van het wetsartikel voorschrijft, ook als volgt beredeneerd worden. Doordat de feitelijke omschrijving niet overeenstemt met de daaraan (door het vermelden van de overtreden strafbepaling) gegeven kwalificatie, is de telastelegging innerlijk tegenstrijdig.

appel niet zonder bezwaren is. De kracht van ons strafvorderlijk bestel is, dat de zorgvuldigheid van de besluitvorming wordt gewaarborgd door een aaneenschakeling van beslismomenten, waarbij in de opeenvolgende fasen van het geding wordt voortgebouwd op wat eerder is geschied (hiervoor, onder 2.2.2). Daarbij past dat de appelbehandeling wordt 'omgebouwd' van een geheel nieuwe behandeling van de zaak tot een voortzetting van het geding voor een hogere rechter (hiervoor, onder 3.1 en 3.4.4). In dat procesmodel past niet goed dat de telastelegging aan het einde van de rit wordt gewijzigd. In feite verliest de verdachte daardoor zijn recht op behandeling van de zaak in twee instanties.

Ik sta om die reden afwijzend tegenover het voorstel van de ontwerp-wetgever. Als wij de verantwoordelijkheid voor de vervolging bij het OM leggen, zullen wij moeten aanvaarden dat de door de OvJ gemaakte keuze consequenties heeft. Dat geldt in ieder geval als het om betrekkelijk lichte delicten gaat. Bij de meest ernstige vormen van criminaliteit moet het belang dat schuldigen worden gestraft, misschien zwaarder wegen. Mijn subsidiaire standpunt is daarom, dat de ontwerp-wetgever zijn voorstel moet aanpassen. Wijziging van de telastelegging in appel moet beperkt blijven tot de zaken van de meervoudige kamer (tot de zware procedure in het door mij voorgestelde *drie-sporenproces*). Bovendien zal de zaak, als het Hof wijziging toestaat, in beginsel moeten worden teruggewezen naar de rechtbank. Daarmee wordt bereikt dat die wijziging hoge uitzondering blijft en het OM zich derhalve genoodzaakt zal blijven voelen de zaak van meet af aan goed op de rails te zetten.

4. TEN SLOTTE

Centraal in mijn betoog staat de stelling, dat de opeenstapeling van partiële wijzigingen niet voldoende is om de noodzakelijke modernisering van het strafprocesrecht te bewerkstelligen. Daarvoor is een fundamentele en ingrijpende herziening van het strafvorderlijk stelsel zelf nodig. Vanuit dat gezichtspunt heb ik enkele van de door de commissie-Moons gedane voorstellen gekritiseerd. Ik heb tevens aangegeven in welke richting het stelsel mijns inziens moet worden bijgesteld. Een puntsgewijze samenvatting:

- Het voorterrein (proactieve opsporing; repressieve controle) moet onder het regime van de strafvordering worden gebracht.

- Het vervolgingsbegrip moet als uitgangspunt van regeling worden losgelaten. Daardoor wordt de weg vrij gemaakt voor een rationele regeling van de positie van de verdachte in het vooronderzoek. De bemoeienis van de R-C met dat onderzoek zal daarbij op andere leest moeten worden geschoeid (stelsel van mini-instructies).
- De regeling van de voorlopige hechtenis moet grondig worden herzien. De berechting van de verdachte binnen redelijke termijn zou daarbij als zelfstandig doel van vrijheidsbeneming moeten worden erkend.
- Wenselijk is verplichte domiciliekeuze te introduceren als een voorwaarde gekoppeld aan de schorsing van voorarrest en de instelling van rechtsmiddelen.
- Met de eenvormigheid van de gehanteerde procesvorm moet gebroken worden. Voorgesteld wordt een drie-sporenproces in te voeren. Onderdeel daarvan vormt een administratiefrechtelijk getinte procedure voor zaken waarin alleen een geldboete op het spel staat.
- De motiveringseis moet worden bijgesteld. Voorop moet staan dat de verdachte antwoord krijgt op de gevoerde verweren. Wat niet omstreden is behoeft daarentegen geen motivering. Iedere verdachte dient hij of kort na de uitspraak een uitgewerkt exemplaar van het vonnis te krijgen.
- De behandeling in appel moet ingericht worden als een voortzetting van het geding waarbij de tegen het vonnis in eerste aanleg ingebrachte bezwaren centraal staan. Door bijstelling van de motiveringseis kan een informele variant van het partieel appel gerealiseerd worden. Ook de Hoge Raad wordt daardoor ontlast.
- Voor de verandering moet er ook iets behouden blijven: het grondslagstelsel. Wel dient de toepassing daarvan te worden geformaliseerd.

Deze voorstellen maken het naar mijn mening mogelijk slagvaardiger op crimineel gedrag te reageren zonder dat de kwaliteit van de rechtspleging wordt aangetast. Die kwaliteit zou zelfs kunnen verbeteren, in het bijzonder doordat sneller kan worden geprocedeerd en doordat de vrijkomende capaciteit kan worden benut voor een zorgvuldige behandeling van zaken die dat verdienen. Een en ander hangt overigens, naar reeds in de inleiding werd gesteld, niet alleen

van de regelgeving af. In onze gedeformaliseerde procespraktijk wordt een zware wissel getrokken op de inzet, de deskundigheid en de integriteit van de politie, het OM, de advocatuur en de rechter (hiervoor, onder 2.2.5). Dat betekent dat de kwaliteit van de strafrechtspleging staat of valt met de kwaliteiten van de procesdeelnemers. De zorg dient zich mede daarop te richten.

DEEL III

HERZIENING VAN HET STRAFPROCES: DE VERDEDIGING UITGESPEELD?

Preadvies prof. mr Th.A. de Roos

Inlciding: Proces als spel, 121

1. Is de verdediging 'partij'? 126
2. Consequenties proceshouding; misbruik van procesrecht? 129
3. De betekenis van de rechtsbijstand, 132
4. De mondige verdachte; gevolgen van ingenomen proceshouding, 134
5. De afwezige verdachte, 146
6. De rechter committeert de raadsman, 150
7. Eisen aan verweren, 153
8. Eisen aan verzoeken, 155
9. De bekennde verdachte, 157
10. Een contradictoir vooronderzoek? 162
11. Het laatste woord, 169
12. De verdachte advocaat; het verschoningsrecht op de helling?
171
13. Verdediging en getuige, 175

14. Ethiek en gedragsregels, 181

Evaluatie en perspectief, 187

*Deel III – Herziening van het strafproces: de verdediging
uitgespeeld?*

INLEIDING

Proces als spel

Naar aanleiding van de discussie over het zogenaamde grondslagstelsel (de 'tirannie' van de telastelegging) is de connotatie van proces en spel meer dan eens aan de orde gesteld. Het rapport Recht in vorm van de commissie-Moons⁽¹⁾ haalt een uit 1940 daterend artikel van Van Bemmelen aan⁽²⁾ waarin deze auteur het volgende betoogt: 'De wedstrijd tussen raadsman en OM in het ontdekken van fouten en onvolledigheden in de dagvaarding mag meermalen geen hartverheffend schouwspel opleveren, het is toch goed dat van de zijde van advocaten en ook van de zijde der rechters het OM telkens tot nauwkeurigheid wordt gedwongen. Uiteindelijk is daarmee de rechtszekerheid gediend en worden ongemotiveerde vervolgingen voorkomen'. Ook B.V.A. Röling wordt genoemd, die zich in zijn noot onder HR 15 februari 1949, NJ 1949, 305 verzette tegen de gedachte om aan de Officier van Justitie de mogelijkheid te geven ook na pleidooi de telastelegging aan te passen met een beroep op het spelelement: 'Wanneer slagen of falen der vervolging "op het spel" staat kan de rechtsorde erop vertrouwen dat de bij het proces betrokkenen geprikkeld worden het uiterste van hun kunnen te leveren'.

Anderen daarentegen hebben moeite met deze metafoor. Voor zover men het strafproces al als een spel zou kunnen opvatten, zeggen zij,

(1) Opgenomen in: G.J.M. Corstens (red.), *Rapporten berijking strafvordering* 1993, Arnhem (Gouda Quint) 1993, p. 9-91.

(2) Naschrift bij A.J. Marx, *Wijze der te laste legging* (p. 296), NJB 1940, p. 281.

moet in het oog worden gehouden dat het niet om het spel gaat maar om de knikkers.(3)

Nu is deze zegswijze: 'Het gaat om de knikkers, niet om het spel' in feite een staaltje van verward denken. Wat hebben die knikkers voor zin zonder spel? Natuurlijk laat zich een andere context denken, waarin de knikkers een niet-speelse zin krijgen. Maar de voorstelling als zou men de context 'spel' kunnen uitsluiten en dan iets op zichzelf zinvols overhouden is absurd.

Onlangs wees Reijntjes met stelligheid de spel-connotatie van de hand. Hij juicht het toe wanneer de rechter de Officier van Justitie attendeert op evidente misslagen of omissies in de telastelegging en schrijft in dat verband: 'De opvatting, dat afbreuk zou worden gedaan aan het 'spelelement' verwerp ik – het strafproces *is* geen spel'.

(4) Ik ben geneigd met even grote stelligheid het tegendeel te beweren. Zoals J. Huizinga in zijn befaamde *Homo ludens* toont(5) zijn de fenomenen religie en rechtspleging door de gehele geschiedenis van de mensheid heen steeds nauw verbonden geweest met de noties 'spel' en 'wedstrijd'. De uit de mensenrechtenverdragen bekende idee van 'fair trial' (vooral het begrip fairness) laat zich eveneens met wedstrijd, sport, spel associëren. Weliswaar is de gedachte van fairness in het strafrecht een loot aan de stam van de Verlichting, maar de gedachte dat een conflict tussen leden van de gemeenschap op gestileerde wijze, volgens strikte regels en omgeven door rituelen moet worden uitgevochten om te voorkomen dat deze gemeenschap door voortdurend onderling geweld wordt ontwricht, gaat veel verder terug. Het voorstel van G.P. Hoefnagels om rituelen uit het strafproces te bannen (gedaan in zijn originele Rotterdamse intrede) (6) kreeg destijds weliswaar bijval – geen wonder in een tijd waarin

(3) Vergelijk J. van der Vinne, Niet het spel, maar de knikkers, in: Eigenlijk een eenvoudige zaak. Opstellen aangeboden aan A.G. Bosch, Leeuwarden 1990, p. 73-78.

(4) J.M. Reijntjes, Over hekers, stelers en rechters, in: A.A. Franken, A.M. van Woensel, Een rariteitenkabinet. Opvallende bepalingen in de strafwetgeving, Nijmegen (Ars Acqui Libri) 1993, p. 89-74, m.n. p. 72. Overigens is Reijntjes geen voorstander van de voorstellen van de commissie-Moons met betrekking tot het grondslagstelsel.

(5) J. Huizinga, *Homo ludens*. Proeve ener bepaling van het spelelement der cultuur. Zesde druk. Groningen (H.D. Tjeenk Willink) 1974.

(6) Rituelen ter terechtzitting. Een voorstudie van emoties, attitudes en interacties tijdens het strafproces ter terechtzitting om te komen tot een methode van strafprocesvoering. Tweede druk. Deventer (Kluwer) 1977.

het afbreken van patriarchaal vertoon een vrij algemeen streven was – maar had uiteindelijk geen enkele invloed. Kennelijk gaat het in het strafproces om functionele rituelen. Er is wel communicatie, maar per definitie ‘dwangcommunicatie’(7), en juist daarom moet de fairness door, maar ook tegenover de rechter voortdurend worden bewaakt. Het proces is zijn naam alleen waard als ook de verdachte ‘speelruimte’ krijgt.

Het is voor mij geen vraag of het strafproces ‘ernst’ of ‘spel’ is; het heeft alle kenmerken van een spel, met spelers, spelregels, winnaars en verliezers. Zinvoller is de vraag, wat voor soort spel het is. Het wordt niet omwille van zichzelf – puur om het spelgenot – gespeeld. De inzet en de uitkomst wijzen uit boven het spel zelf; zij vormen het ethisch gehalte ervan. ‘Wie in de eeuwige wenteling van het spel-ernstbegrip zijn geest voelt duizelen, vindt het steunpunt, dat hem in het logische ontzoonk, terug in het ethische (...). In ieder zedelijk bewustzijn dat gegrond is in erkenning van gerechtigheid en genade, komt de vraag spel of ernst, die tot het laatst toe onoplosbaar bleef, voor goed tot zwijgen’ – aldus de laatste regels van *Homo ludens*.(8) In ons Nederlands strafproces, dat in dit opzicht niet wezenlijk verschilt van dat van de ons omringende landen op het continent, wordt de positie van de rechter sterk beklemtoond, ten koste van de bewegingsruimte van de procespartijen. Hij is niet alleen een arbiter die de spelers het spel laat spelen en slechts intervenicert wanneer zij de regels overtreden, maar hij is ook verantwoordelijk voor de waarheidsvinding en de oplegging van sancties. Zo combineert hij de functies van scheidsrechter en ordehandhaver met die van onderzoeker en straffer. De commissie-Moons wil hem zelfs ten dele de functie van de aanklager laten overnemen. Omdat het de verantwoordelijkheid van de rechter is om de waarheid te achterhalen wordt minder aan de partijen overgelaten (voor zover van ‘partijen’ kan worden gesproken; daarop kom ik nog terug) dan in een puur ‘adversarial’ procestype. Door de grote rol die de rechter speelt in het proces, en de grote beslissingsmarges die hem zijn toevertrouwd

(7) Vergelijk P. Bal, *Dwangcommunicatie in de rechtszaal*. Arnhem (Gouda Quint) 1988 (diss. R.U.U.).

(8) Huizinga, t.a.p. , p. 209.

(bijvoorbeeld ook bij de bepaling van de sanctie) heeft ons strafproces een paternalistische inslag.⁽⁹⁾

Toch wordt het ook gekenmerkt door accusatoire en consensuele elementen, die meer uit de verf komen naarmate het onderzoek verder voortschrijdt. De invloed van de mensenrechtenverdragen, vooral van art. 6 EVRM en de rechtspraak van de Straatsburgse organen, heeft ervoor gezorgd dat de contradictoire kant van het proces zich kon handhaven ('equality of arms').⁽¹⁰⁾ Maar deze invloed heeft ook gezorgd voor onzekerheid en rolverwarring. Hoe actief moet de verdediging, hoe lijdelijk mag de rechter zijn?

Deze juridische ontwikkeling verloopt in nauwe samenhang met maatschappelijke en rechtspolitieke ontwikkelingen, die de bestrijding van de criminaliteit hoog op de politieke agenda hebben doen plaatsen, zowel op nationaal als op internationaal niveau. Dat heeft geleid tot een waar offensief van verdragen en vooral wetgeving op strafrechtelijk en strafprocesrechtelijk gebied. Herziening van bestaande en introductie van nieuwe strafbaarstellingen,⁽¹¹⁾ stroomlijning van diverse strafprocesrechtelijke regelingen en invoering van nieuwe dwangmiddelen,⁽¹²⁾ reorganisatie van de politie en rechtspolitieke belcidsvorming bij het Openbaar Ministerie in over-

(9) Vergelijk A.A.G. Peters, Gezag in de Nederlandse strafrechtspleging, in: *Recht als kritische discussie. Een selectie uit het werk van A.A.G. Peters*, Arnhem (Gouda Quint) 1993, p. 107-143, m.n. p. 122 e.v., en A.H.J. Swart, Die Europäische Menschenrechtskonvention und das niederländische Strafprozessrecht, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1993, p. 48-76. Deze auteurs wijzen erop dat de rechter in Nederlands vanouds een 'vaderfiguur' is, wat bijvoorbeeld bij de straftoemeting duidelijk naar voren komt: daar wordt aan de rechter een grote discretionaire ruimte toevertrouwd (zo kent ons recht geen minimumstraffen, zoals Duitse strafrecht). Swart trekt die lijn daar naar de bewijsvoering. T.a.p., p. 54-55.

(10) Vergelijk over deze ontwikkeling A.E. Harteveld, B.F. Keulen, H.G.M. Krabbe, *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, Groningen (Wolters-Noordhoff), 1992, met name hoofdstuk 3.

(11) O.m. de aanscherping van de helingsbepalingen (art. 416 e.v. Sr), de invoering van de strafbaarheid van voorbereidingshandelingen in het algemeen deel van het wetboek (art. 46 Sr), de verruiming van de valsheid in geschrift-bepaling (art. 225 Sr), de aangekondigde herziening van de artt. 140 en 141 Sr. Daarover J. de Hullu, *Zijn er grenzen aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid?* Rede 'Tilburg 1993, Arnhem (Gouda Quint) 1993.

(12) Het DNA-onderzoek met lichaamsmateriaal van de verdachte, dat krachtens art. 195a e.v. Sv nu ook tegen de wil van de verdachte mag worden afgenomen; de voorgestelde regeling voor af luisteren met o.a. richtmicrofoons (voluit: Wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met de regeling van het opnemen van gesprekken met een technisch hulpmiddel, wetsontwerp 23 047),

leg met tal van maatschappelijke organisaties en overheden. (13) Ik ga niet in op de zin en onzin van de criminaliteitsbestrijding in het algemeen, noch op de 'hardheid' van de empirische basis daarvoor. Het vertrekpunt voor dit preadvies is de constatering dat de rechtspositie van de verdachte, en daarmee van de verdediging, onder grote druk staat. Dat laat zich kort typeren door de stelling van de regering, dat de rechtsbescherming van de verdachte de laatste decennia ten opzichte van de belangen van slachtoffer en maatschappij zou zijn overgewaardeerd, zodat het tijd wordt voor een inhaalmanoeuvre. (14) Nog twee andere factoren moeten in dit verband vermeld. Dat zijn de overbelasting van de rechterlijke macht (in ruime zin, dus inclusief de staande magistratuur) en de moeilijke positie waarin professionele hulpverleners en met name de advocatuur is beland door de aandachtsgolf voor de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit. (15)

In het navolgende analyseer ik de gevolgen van deze ontwikkelingen voor de positie van de verdediging in het strafproces. IJkpunt is steeds de vraag of de verdachte als partij wordt behandeld, en in hoeverre hij de vrijheid heeft zijn proceshouding te bepalen. Is er, om tot het 'spel' terug te keren, nog ruimte voor eerlijk spel? Is er sprake van spelbederf of -verloedering, zodat het strafproces tot een leeg ritueel dreigt te verworden? Het zal blijken, dat een doemscenario weliswaar overtrokken zou zijn, maar reden voor zorg is er zeker. Bijzondere aandacht besteed ik aan de rol van de raadsman, zowel in diens relatie met de verdachte (zijn cliënt) als in diens relatie tot de overheidsfunctionarissen in het strafproces (politie en Openbaar Ministerie, rechter). Omdat een uitputtende bespreking, ook vanuit deze beperkte optiek, van het gehele strafproces volstrekt ondoenlijk is, is mijn aanpak thematisch, aan de hand van kernpunten. Onderzoeksmateriaal is (vooral recente) rechtspraak, en enkele voorstellen voor komende wetgeving.

(13) Daarover het preadvies van W. Sorgdrager.

(14) Voor een kritiek op deze theorie van de 'doorgeslagen rechtsbescherming' zie: Th.A. de Roos, Normhandhaving en rechtsbescherming – een permanente spanningsrelatie, in: A. Soeteman, Raio-congrescommissie 1993 (red.), Om de norm. Een kwestie van regels en handhaving. Lelystad (Kon. Vermande) 1993, p. 109–118.

(15) Vergelijk voor wat betreft de benadering van dit fenomeen door de centrale overheid de nota 'De georganiseerde criminaliteit in Nederland; dreigingsbeeld en plan van aanpak' (TK 22 838 nr. 1) en de voortgangsrapportage, aan de Kamer gezonden – en aldaar inmiddels besproken – op 1 juli 1993 (22 838 nr. 5).

De indeling van dit preadvies is als volgt:

1. Is de verdediging 'partij'?
 2. Consequenties proceshouding; misbruik van procesrecht?
 3. De betekenis van de rechtsbijstand.
 4. De mondighe verdachte; gevolgen van ingenomen proceshouding.
 5. De afwezige verdachte.
 6. De rechter committceert de raadsman.
 7. Eisen aan verweren.
 8. Eisen aan verzoeken.
 9. De bekende verdachte.
 10. Een contradictoir vooronderzoek?
 11. Laatste woord.
 12. De verdachte advocaat; het verschoningsrecht op de helling?
 13. Verdediging en getuige.
 14. Ethiek en gedragsregels.
- Slot-overzicht en perspectief.

1. Is de verdediging 'partij'?

De vraag of de verdachte als procespartij mag worden gezien is behandeld door Cleiren.⁽¹⁶⁾ Zij geeft om te beginnen een 'ideaaltypische beschrijving' van het begrip: de partij staat in het proces tegenover een andere partij (persoon of groep) en deze beide partijen kunnen elkaar – ten overstaan van een door beide erkende onafhankelijke 'rechter' die het conflict tussen beide moet beslechten – met gelijke wapens bestrijden. Daarbij behoren absoluut gelijkwaardigheid van de strijdende partijen en een zekere wederkerigheid in hun rechtsbetrekkingen.

Cleiren signaleert daarbij direct al het probleem dat de relatie tussen overheid en verdachte niet als een 'wederkerige rechtsbetrekking' (17) kan worden opgevat. De eenzijdigheid springt immers in het oog: de verdachte – dat is de burger tegen wie een redelijk vermoeden is gerezen dat hij een strafbaar feit heeft gepleegd – wordt onvrijwillig het strafproces binnengeloofd. Hij is daarbinnen niet al-

(16) C.P.M. Cleiren, Een grensoverschrijdende verdachte? in: Grensoverschrijdend strafrecht, Arnhem (Gouda Quint) 1990, p. 141–164, m.n. p. 149 e.v.

(17) T.a.p., p. 150. Terecht achtte Cleiren deze terminologie tautologisch, omdat de wederkerigheid (rechten-plichten) inherent is aan het rechtsbegrip.

leen in het overwegend inquisitoire vooronderzoek, maar ook tijdens het meer accusatoire onderzoek ter terechtzitting object van onderzoek. De rechter is niet gebonden aan bewijsthema's die de partijen aangeven, maar heeft een zelfstandige taak bij de waarheidsvinding: 'Deze positie brengt niet alleen mee dat hij moet waken voor de volledigheid en deugdelijkheid van het onderzoek, maar deze geeft hem een zelfstandige verantwoordelijkheid voor de uitkomst van het geding'. Dit hangt samen met de opvatting van Cleiren over het Wetboek van Strafvordering: een belangrijk deel van de bepalingen in dit wetboek bevat bevoegdheidsverlenende gedragsnormen die primair tot de justitiële organen zijn gericht: 'Het Wetboek van Strafvordering constitueert dus bevoegdheden voor justitiële organen, die bovendien – soms meer, soms minder – worden genormeerd door middel van vormvoorschriften. M.a.w., primair is de overheid, en daarmee het OM en de rechter, normadressaat van de bepalingen en niet de verdachte (...). De bevoegdheden en rechten van de verdachte zijn als gevolg van de het publiekrechtelijk karakter van de strafprocedure steeds onzelfstandig en die zin dat zij alleen kunnen worden gerealiseerd indien de justitiële organen gebruik maken van de hun toegekende bevoegdheden'. (18) Anders dan OM en rechter heeft de verdachte ook geen publieke taak te vervullen.

Op de vraag, of dit nu ook betekent dat op het handelen van de verdachte de beginselen van een goede procesorde niet van toepassing en de verdachte niet 'misbruik van procesrecht' zou kunnen maken kom ik nog terug. Hier gaat het er om vast te stellen dat van 'gelijke partijen' in het strafproces niet, of slechts tot op zeer beperkte hoogte sprake kan zijn.

Toch is het verantwoord en zinvol om van 'partijen' te blijven spreken. OM en verdachte streven uiteenlopende, niet per se contraire doeleinden na. Dat van het OM is bovenpersoonlijk, dat van de verdachte heeft een hem persoonlijk betreffend karakter. De verdachte behoeft zich niet zonder meer neer te leggen bij en te conformeren aan de benadering van de publieke aanklager en vervolger, al mag hij dat wel. Naar de mate waarin hij middelen ter beschikking heeft gekregen om de loop van het proces te beïnvloeden is hij meer partij, soms – in het gerechtelijk vooronderzoek en vooral ter terechtzitting – met equal arms, soms – met name in het vooronder-

(18) T.a.p., p. 50-51.

zoek – als voorwerp van onderzoek, indirect en zelfs direct (eventueel zelfs aan den lijve).

Wanneer de Officier van Justitie eenmaal in eerste feitelijke aanleg heeft gerequireerd (art. 311 lid 1 Sv) heeft hij (althans naar geldend recht, want er ligt reeds een voorstel om daarin verandering te brengen) zijn kruit verspeeld wat betreft de inzet van het geding (de aanklacht), terwijl de verdachte (althans in feitelijke instantie) met nieuwe verweren kan komen, oude kan intrekken, zijn proceshouding kan wijzigen (van spreken naar zwijgen, van bekennen naar ontkennen of vice versa). Aanvullende opsporingen zijn niet geheel uitgesloten, maar moeten met omzichtigheid en respect voor de rechten van de verdediging worden verricht.⁽¹⁹⁾ Beide partijen kunnen in appel met (ook nieuwe) getuigen en deskundigen, en eventueel met ander bewijsmateriaal aankomen, maar het Openbaar Ministerie is dan strikt gebonden aan de telastelegging zoals deze eruit zag op het tijdstip van requireren in eerste instantie. De partijen kunnen ook de appelrechter trachten te bewegen een nader onderzoek van de Rechter-Commissaris te bevelen. De omstandigheid dat het Openbaar Ministerie zich heeft vastgelegd dan wel zich heeft 'blootgegeven' is een voordeel voor de verdachte en de verdediging. Die kan nu zich er op toeleggen de immobiele stellingen van de openbare aanklager te bestoken. Daarbij mag worden aangetekend, dat het OM in hoger beroep – uit hoofde van zijn magistraatelijkheid – ook zelf afstand kan nemen van standpunten en argumenten die zijn vertegenwoordiger in eerste instantie heeft vertolkt (bijvoorbeeld door vrijspraak, ontslag van alle rechtsvervolging, een andere straftoemeting of zelfs zijn eigen niet-ontvankelijkheid in de strafvervolging te eisen). In theorie kan in appel een harder standpunt jegens de verdachte worden ingenomen, bijvoorbeeld op grond van inmiddels – na de eerste aanleg – bekend geworden feiten en omstandigheden of een veranderde proceshouding van de verdachte, of op grond van een andere afweging. Maar als regel heeft hier m.i. te gelden (zeker wanneer het OM zelf niet heeft (mee)geap-

(19) Zie voor gevallen waarin werd afgestraft dat het Openbaar Ministerie in het opsporingsonderzoek in strijd met beginselen van behoorlijk strafprocesrecht handelde door de verdediging buiten spel te zetten: HR 22 november 1983, NJ 1984, 805 m.nt. ThWvV; HR 2 juni 1987, NJ 1988, 180, en HR 5 december 1989, NJ 1990, 719 m.nt. Sch.

pelleerd) dat de representant van het OM in hoger beroep zich niet ten nadele van de verdachte kan geheel losmaken van de in eerste instantie betrokken stellingen zonder sterke rechtvaardiging. Het OM riskeert immers dan het verwijt van willekeur en inconsistentie. Of het daardoor tevens beginselen van een goede procesorde zou schenden is misschien een interessante kwestie, maar met het oog op de grote beslissingsvrijheid van de appelrechter niet van groot praktisch belang.

De enigszins voordeliger positie van de verdachte in hoger beroep moet echter worden gerelativeerd. De in eerste instantie afgelegde, eventueel belastende verklaringen (bijvoorbeeld een bekentenis) kunnen in principe ook door de appelrechter voor het bewijs worden gebezigd. Een wijziging van de proceshouding in appel kan de verdachte worden ingepeperd; voor wat het bewijs betreft bijvoorbeeld door de door de verdachte in hoger beroep afgelegde verklaring die ertoe strekt een bekentenis te herroepen als kennelijk leugenachtig voor de bewijsvoering te benutten⁽²⁰⁾, en door het 'draaien' van de verdachte in de straftoemeting te verdisconteren. In die zin is dus ook de verdachte 'gebonden' aan de eis van consistentie en geloofwaardigheid, en is een eenmaal genomen beslissing met betrekking tot de processuele tactiek en strategie niet vrijblijvend. Dat levert een argument op tegen de gedachte, om in de vereenvoudigde procedure voor bekende verdachte het hoger beroep te beperken tot de strafmaat en het de in eerste instantie veroordeelde verdachte onmogelijk te maken nog op zijn bekende verklaring terug te komen.

2. Consequenties proceshouding; misbruik van procesrecht²

Al is de verdachte tot op zekere hoogte 'partij' in het geding, zijn processueel gedrag kan m.i. niet worden getoetst aan beginselen van behoorlijk procesrecht. Toepassing van die beginselen is gereserveerd voor het handelen van overheidsorganen, in het bijzonder het Openbaar Ministerie. Dat wil niet zeggen, dat de rechter geen consequenties zou kunnen verbinden aan gedragingen, beslissingen en keuzes van de verdediging. Dat is niet vanzelfsprekend, omdat – uitgaande van de *presumptio innocentiae* en van het zwijgrecht – in een 'accusatoire' benadering past, dat de rechter neutraal staat te-

(20) Zie bijvoorbeeld HR 6 mei 1986, NJ 1987, 60 en HR 23 april 1989, NJ 1989, 866.

genover de keuze van de proceshouding van de verdachte (meewerken aan de waarheidsvinding door zelf verklaringen af te leggen of niet). Toch is het ten onzent door de rechtspraak geaccepteerd, dat bij de strafmaatbepaling een gebrek aan coöperativiteit (of erger) ten nadele van de verdachte wordt verrekend. Mijn inziens mag het de verdachte in ieder geval niet worden aangerekend dat hij van hem toekomende rechtsmiddelen en bevoegdheden gebruik maakt, ook al leidt dat tot complicaties en vertraging van het proces.

De vraag kan worden gesteld of de verdachte, bij het gebruik maken van die mogelijkheden, toch de grenzen van een goede procesorde kan overschrijden, en welke gevolgen de rechter daaraan mag verbinden. Deze kwestie kwam aan de orde in een recente zaak die leidde tot Hof Amsterdam 15 april 1993, NJ 1993, 478.(21)

Het Hof overwoog: 'De zaak is in hoger beroep aanvankelijk ahangig gemaakt bij dagvaarding van 17 oktober 1991, in afschrift aan de raadsman gezonden op 29 oktober 1991. Die dagvaarding is bij arrest van het hof van 2 december 1991 nietig verklaard op de grond dat het bepaalde in artikel 588 lid 6 van het Wetboek van Strafvordering niet in acht was genomen. De procureur-generaal heeft verdachte vervolgens andermaal doen dagvaarden op 9 januari 1992. Van die dagvaarding is op 24 januari 1992 aan de raadsman afschrift verzonden. Op 3 maart 1992, derhalve kort voorafgaande aan de behandeling in hoger beroep op de tweede dagvaarding op 9 maart 1992, is door de raadsman van de verdachte namens deze, beroep in cassatie ingesteld van voormeld arrest, welk beroep is verworpen bij arrest van de Hoge Raad van 8 december 1992. In verband echter met de omstandigheid dat door voormeld cassatieberoep het voornoemde arrest van 2 december 1991 toen nog niet onherroepelijk was, is de procureur-generaal bij, bij verstek gewezen, arrest van het Hof van 9 maart 1992 in zijn vervolging op de tweede dagvaarding in hoger beroep niet-ontvankelijk verklaard. De procureur-generaal heeft, na 's Hogen Raads arrest, op 15 februari 1993 verdachte ten derden male gedagvaard in hoger beroep tegen de zitting van het Hof van 1 april 1993. De desbetreffende dagvaarding is in afschrift aan de raadsman verzonden op 25 februari 1993. Wederom kort voor de behandeling in hoger beroep op de derde dag-

(21) Zie daarover J.M. Sjöcrona en P.W.J. van der Spek, Misbruik van strafprocesrecht door de verdediging? Over het aanwenden van rechtsmiddelen als vertragingstrategie, in: *Advocatenblad* 1993, p. 632-634.

vaarding, namelijk op 30 maart 1993, is namens verdachte door de raadsman opnieuw beroep in cassatie ingesteld, nu van voormeld arrest van het Hof van 9 maart 1992'.

Het Hof acht de handelwijze van de verdachte 'naar de regels van goede procesorde niet wel te begrijpen', en meent dat het laatst ingediende beroep in cassatie 'onmiskenbaar moet worden aangeduid als misbruik van procesrecht'. Het enige doel is klaarblijkelijk te trachten te voorkomen dat het Hof aan een beoordeling van de zaak toekomt. Aanwending van rechtsmiddelen mag er, aldus het Hof, niet toe leiden dat behandeling en beoordeling van de zaakodeloos wordt uitgesteld, zulks mede gezien het recht van verdachte op berechting binnen redelijke termijn respectievelijk het belang van de gemeenschap dat strafzaken tijdig worden berecht'.

Hierbij zij aangetekend dat de verwijzing naar het belang van de gemeenschap terzake is, maar de verwijzing naar het recht van de verdachte op berechting binnen een redelijke termijn niet. Dat recht dient immers het belang van de verdachte, en het staat hem vrij zich er al of niet op te beroepen, en hij kan er dus ook afstand van doen (uiteraard moet niet te lichtvaardig worden aangenomen dat inderdaad afstand is gedaan, maar dat is een andere kwestie).

In zijn beslissing in de zaak Poitrimol tegen Frankrijk van 23 november 1993 (Series A Vol. 277-A) stelt het Europees Hof vast dat het van Capital importance² is dat de verdachte komt opdagen, zowel met het oog op het recht om gechoord te worden als met het oog op de waarheidsvinding en de belangen van het slachtoffer. Daarom mag de nationale wetgeving ongerechtvaardigde afwezigheid van de verdachte ontmoedigen. In de onderhavige zaak echter achtte het Hof de ontzegging aan de verdachte (die zich schuilhield voor justitie omdat tegen hem een arrestatiebevel was uitgevaardigd) van de mogelijkheid tot verdediging via zijn raadsman 'disproportioneel'.

Het arrest is overigens met de kleinst mogelijke meerderheid gewezen. De twee dissenting opinions vertolken een diametraal tegen gestelde opvatting.

Het casuïstische karakter van deze uitspraak wordt beklamtoond door de A-G Fokkens voor HR 1 maart 1994, nr. 95 705 (niet gep.) De enkele omstandigheid dat de verdachte dakloos is geworden en voor de raadsman onbereikbaar is wordt in dit arrest (in afwijking van het advies van de A-G) niet als 'klemmende reden' erkend. Vrees voor arrestatie voortaan wel?

Vooralsnog heerst grote onduidelijkheid. Ik merk nog op, dat wan-

neer de verdachte voor zijn raadsman onbereikbaar is, een probleem kan ontstaan met betrekking tot het mandaat. Heeft deze factor voor de Hoge Raad een rol gespeeld? Veel vragen, geen antwoorden.

Het Hof laat nog een belangwekkende overweging ten overvloede volgen: 'Gerede twijfel (kan) bestaan omtrent de bevoegdheid van de raadsman namens verdachte – andermaal – beroep in cassatie in te stellen, nu de raadsman ter terechtzitting in hoger beroep (...) betreffende de door hem aangevoerde klemmende redenen van niet verschijning van verdachte desgevraagd heeft meegedeeld geen antwoord te willen geven op de vraag, wanneer hij voor het laatst contact heeft gehad met de in Italië woonachtige verdachte'.

In dit obiter dictum wordt een signaal gegeven: advocaten zitten fout wanneer zij zonder opdracht van hun cliënten zand in de justitiële machine gooien (wat op zichzelf al kwalijk genoeg is!).

Maar misschien slaat het Hof hier de plank mis, en heeft de raadsman in kwestie wel degelijk in goed overleg met zijn cliënt tot de gewraakte strategie besloten. In ieder geval kan hij zich volkomen terecht op het standpunt stellen dat het de rechter niet aangaat wanneer hij zijn cliënt het laatst heeft gesproken, of welke andere informatie over het contact met zijn cliënt dan ook. Wanneer het verschaffen van informatie over de cliënt/verdachte – of het nu gaat om diens verblijfplaats of om andere de persoon betreffende gegevens – ertoe kan leiden dat de justitie meer 'grip' op hem zou kunnen krijgen, zou de raadsman beroepsmatig gezien zonder meer onjuist handelen door zich coöperatief op te stellen.

3. De betekenis van de rechtsbijstand

De advocaat is beroepsmatig partijdig deelnemer aan het proces. De partijdigheid brengt met zich mee, dat hij onverkort het belang van zijn cliënt als koers heeft; de professionaliteit impliceert dat hij het tekort in kennis, vaardigheden en het gebrek aan voor zakelijke beoordelingen noodzakelijke afstandelijkheid van zijn cliënt als het ware aanvult. Het eminente belang van rechtsbijstand door een deskundig hulpverlener is in algemene zin buiten discussie⁽²²⁾, maar het is duidelijk dat goede rechtsbijstand in de ene zaak er meer toe

(22) Zie bijvoorbeeld G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*. Arnhem (Gouda Quint) 1993, p. 89 e.v. met bronvermeldingen. Corstens onderscheidt de functies rechtsgeleerd adviseur, vertrouwensman en partijdig woordvoerder.

doet dan in de andere. Soms moet de rechter over de gevolgen van het ontbreken van de raadsman in de concrete situatie een oordeel vellen, waarbij het er meestal om zal gaan of de zaak moet worden behandeld of aangehouden. In het algemeen is het fataal, wanneer niet blijkt dat een raadsman is toegevoegd terwijl de wet dat voorschrijft⁽²³⁾, en de rechtspraak tilt ook zwaar aan het verzuim afschriften van bepaalde kardinale stukken aan de raadsman te zenden conform art. 51 Sv.⁽²⁴⁾ Toch komt het voor, dat het belang van de rechtsbijstand het moet afleggen tegen de 'productiedwang' van de magistratuur.

Illustratief is in dit opzicht een beslissing van de Hoge Raad van 16 juni 1987, DD 87-465.⁽²⁵⁾ Aan de raadsman was geen bericht gezonden van de behandeling in raadkamer van de vordering tot het stellen van een nieuwe termijn op grond van art. 255 lid 4 Sv, zulks in strijd met art. 51 Sv. Het Hof had feitelijk vastgesteld dat de verdachte door deze omissie niet in zijn verdediging was geschaad. De Hoge Raad laat dit oordeel in stand met de overweging, dat een eventueel aanwezige raadsman het oordeel van de rechtbank niet had kunnen beïnvloeden nu dat was gebaseerd op de ernst van het feit. Het gaat dus niet om een belangenafweging tussen het algemeen belang bij vervolging van ernstige feiten enerzijds en het belang van de verdachte om daarvan, nu de desbetreffende termijn is overschreden, verschoond te blijven, maar uitsluitend om de toetsing van de ernst van het feit. M.i. maakt de Hoge Raad hier een denkfout. Wanneer de verdachte wordt opgeroepen om op zo'n vordering te worden gehoord gaat de wet er – terecht – van uit dat hij, als hij aan de oproep gehoor geeft, iets belangrijks te zeggen zou kunnen hebben over de ernst-toetsing. Datzelfde geldt dan uiteraard voor zijn raadsman. Wanneer men, zoals het hof en Hoge Raad in deze zaak, er bij voorhaat van uitgaat dat de inbreng van de raadsman over dit punt de rechterlijke beoordeling niet zou kunnen beïnvloeden miskent met het beginsel van de procedure op tegenspraak, dat ook raadkamerprocedures als de onderhavige beheerst.

De betekenis van de rol van de raadsman moet niet te beperkt worden opgevat, noch ter zitting, noch in enige andere fase van het ge-

(23) HR 21 juni 1988, NJ 1989, 214.

(24) Zie o.m. HR 7 juni 1983, NJ 1983, 707; Corstens t.a.p., p. 97.

(25) E.F. Stamhuis, Jurisprudentie vormvoorschriften. Commissie Herijking Wetboek van Strafvordering (supplement 1), p. 9.

ding. Zo acht ik ook niet juist HR 25 mei 1990, NJ 1990, 754, waar de Hoge Raad – verwijzend naar de A-G Fokkens – oordeelt dat het Hof de rol van de raadsman bij preventieve vrijheidsbeneming van de verdachte rechtens juist heeft geapprecieerd door te oordelen dat het nalaten van onmiddellijke toevoeging op grond van art. 40 lid 2 Sv zonder procesrechtelijk gevolg kan blijven nu de verdachte in het geheel geen verklaringen heeft afgelegd. Zo'n gevolg zou alleen kunnen intreden wanneer de verdachte als gevolg van het ontbreken van rechtsbijstand verklaringen heeft afgelegd. Dit laatste criterium is echter onbruikbaar, omdat eenvoudig niet valt vast te stellen of het afleggen van verklaringen moet worden toegeschreven aan het ontbreken van een raadsman. Belangrijker is nog, dat de rol van de raadsman kan bestaan in het adviseren, dat juist wél verklaringen moesten worden afgelegd! Door beslissingen als deze wordt de functie van de raadsman te zeer verschaald.

Gelukkig worden minimalistische interpretaties van de feitenrechter ook wel eens door de Hoge Raad afgestraft. Naast de vaste jurisprudentie met betrekking tot de substantiële betekenis van art. 41 lid 2 Sv kan als voorbeeld daarvan worden genoemd HR 24 februari 1987, NJ 1987, 983. Het Hof had daar – volgens de Hoge Raad ten onrechte – een beroep op de nietigheid van het onderzoek in eerste feitelijke aanleg verworpen met de overweging dat aldaar geen behandeling van de zaak zelve had plaatsgevonden. Op zitting was slechts een vordering tot wijziging van de telastelegging gedaan, behandeld en toegewezen, waarna het onderzoek was geschorst teneinde de gewijzigde telastelegging conform art. 314 lid 1 aan de verdachte te betekenen.

4. De mondighe verdachte; gevolgen van ingenomen proceshouding

L.C.M. Meijers (Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad) heeft in zijn intrede als bijzonder hoogleraar in Groningen⁽²⁶⁾ sterk de nadruk gelegd op de 'alerte' proceshouding, die in het strafproces van de verdachte (en van de verdediging) zou worden verwacht in het licht van het Europees Verdrag, waarbij hij zich beroept op het Car-

(26) Verdrag en strafproces. Gedachte over een methode van werken. Zwolle (W.E.J. Tjeenk Willink) 1993.

dot-arrest van 19 maart 1991.⁽²⁷⁾ In dit arrest kwam het hof tot de slotsom, dat de klager de nationale rechtsmiddelen niet had uitgeput (en dus in zijn klacht niet-ontvankelijk was) omdat hij noch in eerste instantie, noch in appel een verzoek had ingediend om bepaalde getuigen te doen horen. Bovendien zou hij zijn klacht te vaag, en niet uitdrukkelijk gefundeerd op art. 6 lid 3 EVRM of tenminste op het algemene beginsel van art. 6 lid 1 EVRM in cassatie naar voren hebben gebracht. Een opmerkelijke beslissing, ook al omdat de Commissie de klager unaniem ontvankelijk had geacht. Daarbij had zij zwaar laten wegen dat de veroordeling van Cardot was gebaseerd op verklaringen, afgelegd door medeverdachten in hun eigen processen, waarin Cardot geen partij was (hij werd stevast als de grote organisator van het criminele gebeuren aangewezen). Volgens Meijers heeft het Hof in het Cardot-arrest uitgemaakt, dat 'de toepassing van het verdrag primair de taak (is) van de nationale rechter (...) en dat, als het over een strafzaak gaat, verdragsaanspraken dáár eerst aan de orde moeten zijn gesteld'.⁽²⁸⁾ P. van Dijk heeft deze lezing gekritiseerd als 'enerzijds overtrokken, anderzijds niet geheel juist'.⁽²⁹⁾ Volgens Van Dijk heeft het Hof hooguit de eis aangescherpt, dat de exceptie 'in substance' voor de nationale rechter moet zijn voorgedragen (en dan niet voor het eerst in cassatie). Ik meen met Van Dijk, dat de betekenis van de Cardot-beslissing – overigens genomen door een zeer verdeeld Hof – beperkt is, en sterk gebonden aan de casus. Dat wordt bevestigd door de latere beslissing inzake Saïdi tegen (opnieuw) Frankrijk.⁽³⁰⁾ In die zaak achtte het hof de klager wel ontvankelijk, al was niet ten overstaan van de nationale (feiten)rechter met zoveel woorden een beroep op schending van art. 6 lid 3 onder d EVRM gedaan. Wél had de klager materieel ('in substance') zijn wens om getuigen te horen kenbaar gemaakt. Ook had één van de betrokken rechterlijke instanties zich over die wens uitgelaten.

Het lijkt er dus op, dat 'Straatsburg' een minder grote wissel trekt op de alertheid van de verdediging dan Meijers veronderstelt. Terecht, want in een in vrij hoge mate inquisitoir ingesteld strafproces als het

(27) EHRM 19 maart 1991, A 200, NJ 1993, 709 m.m. EAA.

(28) Meijers, t.a.p., p. 11.

(29) Recensie van Meijers' oratie in RMTh 1993 (nr. 10), p. 524-528; m.n. p. 527.

(30) EHRM 20 september 1993, A261-C. Daarover Alkema in zijn in noot 25 genoemde annotatie.

onze heeft de verdachte burger meer behoefte aan actieve rechterlijke bescherming door het schild van de mensenrechtenverdragen dan in een stelsel, waarin hij in principe geen object is van (rechterlijk) onderzoek, maar ten overstaan van een jury, in een positie die op het moment dat het proces zich afspeelt althans gelijk is aan die van de staat, moet aantonen dat hij 'een zaak heeft'. Maar het Cardot-arrest toont wél aan, dat het hof allerm minst een duidelijke koers heeft bepaald ten aanzien van de vereiste mate van rechterlijke activiteit in strafzaken. De boodschap die Meijers aan de verdediging heeft gegeven is daarom in ieder geval nuttig. Maar het gaat te ver de 'alerte verdachte' tot 'Leitbild' te promoveren. Dat gebeurt in de nationale strafrechtspraak weliswaar niet over de gehele linie, maar er zijn (te) veel voorbeelden van een zekere neiging om die richting in te slaan.

Aan de hand van recente rechtspraak zal ik nu nagaan, welk Leitbild de rechter (zowel de nationale als de internationale) voor ogen heeft van de verdachte. Anders gezegd: welke kenmerken worden de rol van de 'ideale verdachte' toebedeeld? Welke mate van activiteit, mondigheid en alertheid worden van hem verwacht? Daarop aansluitende vraag is dan, hoe het aandeel van de raadsman zich tot die rol van de verdachte verhoudt.

Alvorens in de casuïstiek te duiken een algemene beschouwing. De rol van de verdachte moet worden omschreven in de feitelijke en normatieve context van ons strafproces. Die wordt bepaald door een verhoudingsgewijs actieve zittingsrechter. Het moge dan zo zijn dat in de praktijk de zitting niet erg zwaar weegt omdat de zaak in het vooronderzoek, dat veel meer inquisitoir van aard is, wordt voorgekookt, en dat in de bulk van zaken geen gecompliceerde feitelijke of juridische verweren worden voorgedragen zodat de aandacht vooral is gericht op de straftoemeting (die trouwens op haar beurt vaak ook sterk is gestandaardiseerd en geroutiniseerd), toch is de reëel aanwezige mogelijkheid van grondige controle ter zitting van het grootste belang. Van de zittingsrechter worden kwaliteiten verlangd die niet gemakkelijk met elkaar te rijmen zijn: onbevangenheid enerzijds, attribueert van de rol van procesbewaker; een actieve, op het ontdekken van de waarheid gerichte attitude anderzijds. Omdat de rechter niet mag afwachten wat partijen hem zo al aan verzoeken dan wel vorderingen, en bewijsvoorstellen en andere informatie (mogelijkheden) voorschotelen maar ambtshalve onderzoeker is, zal hij ook informatie die niet, of niet adequaat door de partijen wordt ge-

presenteerd (al of niet met het stempel 'verweer' erop) maar die hem uit de stukken of ter terechtzitting blijkt in zijn nadere onderzoek en zijn besluitvorming moeten verwerken. Het mes snijdt daarbij aan twee kanten: soms zal hij ten nadele van de verdachte punten die door het OM niet eens zijn opgemerkt maar die voor bewezenverklaring, kwalificatie of strafmaat (of enige andere beslissing) relevant zijn zelfstandig (moeten) aankaarten. Aan de andere kant zal hij desnoods de verdachte tegen een slecht functionerende en (of) weinig rolvaste advocaat in bescherming moeten nemen. De gebondenheid aan het door de telastelegging geboden kader moet dan ook worden gezien als een check op deze almacht, en alleen al daarom zijn de voorstellen ter zake van de commissie-Moons (verlating van het grondslagstelsel) bedenkelijk.⁽³¹⁾ Een tweede correctief bestaat in de rol van de raadsman. Daarom dient elke beslissing die buiten de aanwezigheid van een raadsman om wordt genomen met extra argwaan te worden bezien. Dat geldt voor beslissingen bij verstek aan de voorbereiding waarvan geen raadsman te pas is gekomen, en ook voor de optie voor de toekomstige procedure voor bekende verdachten, wanneer de verdachte geen raadsman heeft geraadpleegd. Wanneer geen raadsman ambtshalve is toegevoegd (art. 40 Sv), en ook wanneer de verdachte om financiële redenen (wanneer ook op strafrechtelijk terrein de eigen bijdrage is ingevoerd) afziet van het inschakelen van een advocaat, zal dit noodzakelijke correctief vervallen.

Onze cassatierechter houdt de ratio van het systeem op dit onderdeel in het oog, wat moge blijken uit de volgende beslissing: het Hof Den Haag had de zaak tegen een verdachte tegen wie verstek was verleend behandeld, terwijl aan die verdachte, tegen wie door de rechter-commissaris een vordering tot inbewaringstelling was toegewezen, in hoger beroep niet ambtshalve een raadsman was toege-

(31) Zie o.m. de kritiek van J.W. Fokkens in de Delikt en Delinkwent-special over Recht in vorm: Recht in vorm? DD 1993, p. 904-915, m.n. 910 e.v., en in hetzelfde themanummer G. Spong, Vormverzuimen in het strafrecht, DD 1993, p. 916-924. Het heeft verbazing gewekt, dat de problematiek van het grondslagstelsel door de commissie-Moons in één adem met de vormverzuimen is behandeld; vergelijk D.H. de Jong, De grondslagleer: véél recht in één vorm. De commissie-Moons en het Nederlandse telasteleggingsstelsel, in: DD 1993, p. 1026-1041, en Th.A. de Roos, Vormen, waarden en maatschappelijke onvrede; het rapport Recht in vorm en de uitgangspunten van het Wetboek van Strafvordering, in: Justitiële Verkenningen 1993 nr. 8 (Herijken van strafvordering), p. 32-54, m.n. p. 48.

voegd. Het bevel tot bewaring was evenwel door de rechter-commissaris onmiddellijk geschorst. Het Hof achtte de omissie van de ontbrekende toevoeging (er had zich ook niet een gekozen raadsman gesteld) niet fataal in een geval als dit, 'waarin aan het bevel tot bewaring geen uitvoering is gegeven' – een formulering die ook omvat de gevallen waarin de bewaring niet is geschorst maar de verdachte wegens cellengebrek is heengezonden. Het hof past dus een functionele redenering toe, waaraan kennelijk de gedachte ten grondslag ligt dat het niets uitmaakt of de voorlopige hechtenis al of niet ten uitvoer wordt gelegd, omdat van de verdachte op vrije voeten mag worden verwacht dat hij uit zichzelf desgewenst een raadsman inschakelt. Hier bespeurt men dus het Leitbild van de geëmancipeerde, mondige verdachte die zonder mankeren met de procesuele gevolgen van zijn doen en nalaten mag worden geconfronteerd. De Hoge Raad (in een ambtshalve beslissing!) houdt zich echter stipt aan de wet: art. 41 lid 1 aanhef en onder b Sv maakt geen uitzondering voor het geval dat aan de voorlopige hechtenis geen uitvoering is gegeven op grond dat deze met onmiddellijke ingang is geschorst (van gevallen van heenzending wegens cellengebrek spreekt de Hoge Raad niet, maar ik neem aan dat de redenering in die gevallen niet anders zou luiden).

Maar de Hoge Raad beperkt zich niet tot de tekst van de wet, en dat ligt ook voor de hand omdat immers volgens zijn eigen rechtspraak lang niet alle inbreuken op vormvoorschriften (al of niet uitdrukkelijk met nictigheid bedreigd) leiden tot nictigverklaring van de behandeling ter terechtzitting of een andere sanctie. Ook de strekking van de regeling wordt erbij betrokken: 'Dit in het belang van de verdachte gegeven voorschrift is van zo grote betekenis dat – ook al wordt zulks niet uitdrukkelijk in de wet bepaald – niet nakoming daarvan aan een geldige behandeling van de zaak ter terechtzitting in de weg staat' – de formulering die in de jurisprudentie van de cassatierechter over art. 41 en art. 50 Sv telkens terugkeert. (32)

Dat de Hoge Raad hierbij niet in formalisme vervalt blijkt uit HR 10 januari 1993, NJ 1993, 530, in welke zaak in strijd met art. 41 lid 1 aanhef en sub b Sv was nagelaten tot toevoeging van een raadsman over te gaan, terwijl zich evenmin een raadsman had gesteld. Evenmin bleek uit het dossier dat aan een raadsman een kopie van de

(32) Zie bijvoorbeeld HR 26 januari 1988, NJ 1988, 1022 en HR 5 maart 1991, NJ 1991, 546.

dagvaarding was gezonden. Uit het proces-verbaal van het verhoor door de rechter-commissaris ter gelegenheid van de behandeling van de vordering tot bewaring bleek evenwel, dat het tijdstip van de (snelrecht)zitting van de politierechter, waarvoor de verdachte werd gedagvaard, was meegedeeld. Ook de beschuldiging was aan verdachte en raadsman bekend. Op zichzelf lijkt mij dat nog niet voldoende om nietigheid uit te sluiten, omdat de raadsman in de piketfase (waarvan de behandeling van de vordering tot bewaring de tweede fase is) niet automatisch de raadsman in de opvolgende fasen hoeft te zijn. Hoewel het buiten twijfel is, dat de piketadvocaat zich verantwoordelijk moet weten voor een goede overdracht aan een opvolger als hij niet zelf het vervolg van de zaak voor zijn rekening kan of wil nemen, gaat het niet aan eventuele bedrijfsongelukken of misverstanden voor risico van de verdachte te laten komen. Het is immers ongewenst dat de gedetineerde verdachte, die een onvoorwaardelijke vrijheidsstraf boven het hoofd hangt van rechtsbijstand verstoken is. In deze zaak telde echter nog een ander punt: in hoger beroep was op dit punt geen verweer gevoerd. In hoger beroep was wel een raadsman toegevoegd (anders zou zich wel een fataal verzuim hebben voorgedaan). Hier wordt dus weer de figuur van de rechtsverwerking-door-stilzitten toegepast.

Een andere – wat acceptabeler – figuur is te karakteriseren als de rechtsverwerking-door-toestemming, anders gezegd: het actief be-willigen in een bepaalde processuele gang van zaken. In de zaak die leidde tot HR 16 maart 1993, NJ 1993, 585 had het Hof – naar de cassatierechter vaststelde – het recht geschonden omdat het op de vordering van de beledigde partij had beslist terwijl deze in hoger beroep niet was verschenen. De politierechter had in eerste instantie, in strijd met art. 361 Sv, verzuimd op die vordering (de beledigde partij was aldaar wel verschenen) een beslissing te nemen. De verdachte stelt incidenteel beroep in cassatie in (33), betogend dat het hof, nu de beledigde partij in appel niet opnieuw haar vordering heeft ingediend, die vordering niet had kunnen toewijzen. De Hoge Raad acht het middel gegrond. Het kan echter niet tot cassatie leiden ‘aangezien de belangen van de verdachte daardoor niet zijn ge-

(33) De hoofdzaak betrof een beroep van de procureur-generaal met als inzet de betekenis van het vertrouwensbeginsel, naar aanleiding van foutieve informatie zij-dens de griffie over de termijn waarbinnen een rechtsmiddel kon worden ingesteld.

schaad' omdat het Hof op in cassatie onaantastbare wijze heeft vastgesteld 'dat de verdachte instemde met het behandelen van bedoelde vordering ter terechtzitting en met toewijzing van deze vordering'. Waaruit had het Hof dat nu wel afgeleid? Blijkens het proces-verbaal van de terechtzitting in hoger beroep had de raadsman van de verdachte verzocht 'onder meer rekening te houden met de omstandigheid dat geen nieuwe feiten bekend zij geworden en voorts dat zijn cliënt bereid is om de schade van de beledigde partij (...) te vergoeden'. Hieruit viel dus 'kennelijk en niet onbegrijpelijk' de conclusie te trekken dat de verdachte door het vormverzuim niet in zijn verdediging is geschaad, waarmee – zoals Knigge het in zijn NJ-annotatie zegt – weer eens lippendienst wordt bewezen aan de vaste jurisprudentie volgens welke de uitleg van een ter zitting afgelegde verklaring is voorbehouden aan de feitenrechter. Maar, zoals Knigge terecht constateert, die verklaring was 'allesbehalve onduidelijk'. Het is zelfs niet helemaal duidelijk of (zoals ook de A-G Meijers blijkens zijn conclusie aanneemt) het belang van de beledigde partij, die in appel niet was opgetreden en daar misschien redenen voor had, met deze oplossing 'praeter legem' (of wellicht toch 'contra legem?') was gediend. Voor de lijn van mijn betoog is met name de slotzin uit Knigge's noot interessant: 'Het arrest illustreert dat het voor de verdachte niet altijd voordelig is dat hij als procespartij steeds serieuzer wordt genomen. De opstelling die de verdachte in het proces kiest, bepaalt wat in cassatie als zijn belang kan gelden. Daarom kan hij niet klagen over een gang van zaken waarmee hij eerder akkoord ging'.

Nog een tweetal voorbeelden van een verwachtingspatroon dat bij de (feiten)rechter opgeld doet met betrekking tot de verdachte, maar dat door de cassatierechter (vooralsnog?) wordt gecorrigeerd. In beide hier besproken zaken wordt het de verdachte ingepeperd dat hij niet 'straight' is, niet open kaart speelt en niet – vanuit het gezichtspunt van de objectieve waarheidsvinding – meewerkt aan het bereiken van een optimaal procesresultaat. Hij gedraagt zich, kortom, niet als 'model-verdachte'.

Een man genaamd Pietersen, die wordt verdacht van valsheid in geschrift wordt door de politierechter onder een valse naam (Jansen) veroordeeld. Deze Pietersen had in eerste aanleg verklaard dat hij bij de bank, waar hij een deposito, onder de naam Jansen bekend stond (het ging om het in depot geven van 'zwart' geld). Nadat zijn

raadsman namens 'een persoon, zich noemende Jansen' in appel is gegaan en de procureur-generaal per brief van de ware naam van zijn cliënt (Pietersen) op de hoogte heeft gesteld, wordt betrokkene in hoger beroep voor het Hof Amsterdam gedagvaard als 'Pietersen, zich noemende Jansen'. Ter zitting verklaart hij: 'Ik heet geen Jansen, ik noem mij niet zo en ik heb dat ook nooit gedaan (enz.)'. Het Hof overweegt nu, dat blijkens zijn brief aan de procureur-generaal de raadsman heeft bedoeld hoger beroep in te stellen voor Pietersen, terwijl Pietersen ter zitting heeft verklaard niet te zijn Jansen, respectievelijk zich geen Jansen te noemen en zich ook nooit Jansen te hebben genoemd. Daaruit trekt het Hof de slotsom dat de in hoger beroep gekomen persoon, nu het vonnis waarvan beroep kennelijk niet tegen hem is gewezen, in het daartegen ingestelde hoger beroep niet ontvankelijk dient te worden verklaard. De Hoge Raad acht echter 's hofs overweging dat het vonnis niet tegen Pietersen is gewezen onbegrijpelijk: 'De verklaring van Pietersen dat hij zich nooit Jansen heeft genoemd is kennelijk ingegeven door zijn wens het hem ten laste gelegde feit te ontkennen en mitsdien kan die verklaring niet dienen ter motivering van de beslissing dat Pietersen niet degene is die in eerste aanleg is veroordeeld'. Volgt vernietiging en verwijzing. De A-G Leijten had in zijn conclusie verklaard de stellige indruk te hebben 'dat het hof hiermede heeft geprobeerd een slimme verdachte toch te slim af te zijn', omdat het aan het hof volstrekt duidelijk moet zijn geweest dat Jansen een valse naam voor Pietersen was. Maar dit vastpinnen op een proceshouding is kennelijk voor de Hoge Raad wat te kort door de bocht. (34)

Dit college had al eerder uitgemaakt, dat de vraag of de verdachte zonder zijn naam prijs te geven een rechtsmiddel (in casu hoger beroep) kon instellen, positief dient te worden beantwoord. Noch art. 404 Sv, noch enige andere wetsbepaling stelt de eis dat de appellante de naam vermeldt van degene namens wie het hoger beroep wordt ingesteld, en evenmin verzetten zich beginselen van een behoorlijke procesorde zich ertegen dat men anoniem in beroep gaat, mits maar duidelijk is dat degene namens wie hoger beroep is ingesteld dezelfde is als degene die daartoe gerechtigd was. (35) Ook hier

(34) HR 12 oktober 1993, NJB 1993 nr. 224.

(35) HR 27 oktober 1992, NJ 1993, 352 m.nt C (zie ook hierover J.F. Schitzler in *Advocatenblad* 1993 nr. 3, p. 75).

geldt dus dat de verdachte ook bij het aanwenden van rechtsmiddelen vrij is in het bepalen van zijn proceshouding. De Hoge Raad laat in deze beslissing overigens in het midden of de beginselen van een behoorlijke (goede) proccsorde ook het gedrag van de verdachte reguleren. Maar de verdachte, die de vrijheid van spreken en zwijgen is toegekend, mag die vrijheid ook gebruiken door zijn naam te verzwijgen. Wordt hij dan op een andere aanduiding dan zijn naam veroordeeld, dan zou het weinig consequent zijn wanneer die vrijheid bij het aanwenden van rechtsmiddelen opeens zou moeten worden prijsgegeven. Deze uitspraak is echter slecht gevallen bij annotator Corstens, die in zijn kritiek op het arrest het ideaalbeeld van de mondige, geëmancipeerde verdachte oppoetst. Omdat in deze noot het thema van de gelijke partijen, in een kritische reactie op cassatieschriftuur, arrest en conclusie van het Openbaar Ministerie principieel aan de orde wordt gesteld ga ik op Corstens betoog wat dieper in. Hij neemt in de eerste plaats onder vuur de in de cassatieschriftuur betrokken stelling dat het, wanneer het mogelijk is een anoniemus te vervolgen en te veroordelen, ook mogelijk moet zijn om tegen die veroordeling als anoniemus een rechtsmiddel in te stellen. De steller van het middel verwees ter ondersteuning van dit standpunt naar art. 6 EVRM en naar Hof Amsterdam, beschikking van 17 april 1990, NJ 1990, 615, waar werd uitgemaakt dat deze stelling berustte op een beginsel van een goede proccsorde. Dit standpunt nu ligt volgens Corstens wel voor de hand, maar gaat uit van de zijns inziens foutieve stelling dat in het strafproces twee in alle opzichten gelijkwaardige partijen tegenover elkaar staan. 'Daarvan is geen sprake. Het Openbaar Ministerie moet opkomen voor de belangen van de samenleving waaronder dat van de verdachte is te begrijpen, terwijl de verdachte alleen voor zijn eigen belang behoeft op te komen. Dit neemt niet weg dat tijdens het onderzoek ter zitting het fatsoenlijk, beschaafd wordt geacht dat daar beide partijen zoveel mogelijk gelijkelijk worden behandeld'. M.i. worden hier twee aspecten door elkaar gehaald. Ter terechtzitting (en tot op zekere hoogte ook in het vooronderzoek) dienen OM en verdachte (verdediging) op grond van verdragen, wet en ongeschreven recht als *partijen* te worden behandeld. Dat een doeltreffende bewaking van deze geclausuleerde gelijkheid uiteindelijk veel met fatsoen en beschaving van doen heeft zou ik niet willen betwisten. Vanuit de optiek van de verdachte bezien gaat het hier echter om een *recht*, en niet om een kwestie van (rechterlijke) beleefdheid of

fatsoen. Het heeft alleen maar dan zin om het begrip van procespartij te gebruiken wanneer een zelfstandige set van middelen ter beschikking staat die ertoe strekken de uitkomst van het proces te beïnvloeden, ten overstaan van de onafhankelijke rechter. De 'gelijkheid van wapenen' heeft dan betrekking op een specifieke inbreng in het proces: het aanvoeren en betwisten – over en weer – van de empirische en normatieve grondslagen voor de uitkomst van het proces. Achter de hierboven weergegeven visie op de 'gelijkheid' van de partijen in het strafproces schuilt het Leitbild van de mondige verdachte en de mondige burger, die verwant is aan de meergenoemde opvatting van L.C.M. Meijers. Corstens formuleert deze visie kernachtig als volgt: 'De samenleving bestaat uit individuen aan wie rechten toekomen, maar op wie ook plichten drukken. Het individu kan aanspraken doen gelden, maar kan ook verantwoordelijk worden gesteld. Strafrechtspleging bestaat bij uitstek in het verantwoordelijk stellen van mensen van mensen, in de terechtwijzing. De strafvorderlijke overheid mag daarbij allerlei dwangmiddelen hanteren, mits zij zich aan de door het recht gestelde regels houdt. Individuen kunnen aldus worden aangesproken op hun verantwoordelijkheden. De rechtsstaat verplicht hen niet verbaal aan hun eigen veroordeling mee te werken, maar zij hebben wel bepaalde maatregelen te ondergaan. De anonymus onttrekt zich bij uitstek aan zijn individuele verantwoordelijkheid. Hij zegt niet wie hij is. Hij verschuilt zich in anonimiteit, tracht zich immuun te maken voor strafvervolgning'. Dat kan er, afgezien van de ophouding voor verhoor en identificatie en in ernstiger zaken de toepassing van voorlopige hechtenis, toeliden dat uiteindelijk sanctietoepassing onmogelijk is. Hetgeen volgens Corstens in redelijkheid niet van de strafvorderlijke overheid worden verlangd: 'Dan wordt de strafrechtspleging niet voor enig doel waarvoor zij bestemd is gebruikt'.

Ik wil hier de praktische problemen bij de tenuitvoerlegging van sancties tegen anoniemi even buiten beschouwing laten, en mij beperken tot de kern van het betoog. Ik meen dat het onjuist is het niet openbaren van de identiteit anders te bezien dan het weigeren andere informatie aan de justitie verstrekken. Het kan een onderdeel vormen van een contesterende proceshouding. De burger-verdachte, tegen wie een overmacht van staatsmaatregelen kan worden ingezet die hij zich – onder een aantal strikte, in de wet verankerde condities – moet laten welgevalen, behoeft het spel niet mee te spelen. Hij kan een 'grens overschrijden' die de justitiële organen die-

nen te respecteren. Wanneer hij er in eerste feitelijke instantie voor heeft gekozen de identiteit niet te onthullen is het willekeurig om het de verdachte te beletten die lijn in hoger beroep of cassatie vol te houden. Juist het feit dat de partijen verschillende rollen spelen geeft de ene speelruimte die de ander niet is toegekend. Maar dat sluit niet uit dat zij toch als 'partij' kunnen optreden. Het uitdelen van 'straffen' wegens het innemen van een bepaalde proceshouding valt hiermee niet te verenigen, evenmin als het dwingen tot openbaren van bepaalde gegevens. Ook hier stuiten wij op het nemo tenetur-beginsel in zijn nauwe relatie met het vermoeden van onschuld, die in het Funke-arrest door de Europese rechter is onderstreept. (36)

Niet alleen in de literatuur en de rechtspraak, ook in de wet treft men hier en daar de model-verdachte aan. Ik wijs allereerst op art. 422 lid 3 Sv: geschiedt de behandeling in hoger beroep bij verstek, dan mag van in eerste aanleg afgelegde getuigenverklaringen voor het bewijs gebruik worden gemaakt zelfs wanneer zij aldaar zijn betwist. Terecht schrijft Groenhuijsen hierover: 'Op deze wijze wordt een premie gesteld op aanwezigheid, en aan afwezigheid een niet in ons stelsel passend vermoeden van onverschilligheid ontleend'. (37)

Dat de verdachte enige risico's bij het bepalen van zijn proceshouding moet aanvaarden (verstek laten gaan, zwijgen enzovoort) is redelijk, maar dat is nog geen voldoende grond om het onmiddellijkheidsbeginsel nu maar geheel buiten de deur te zetten.

Dat het beeld van de mondige verdachte als algemene leidraad niet waarheidsgetrouw en daarom misleidend is heeft ook De Hullu betoogd in een beschouwing over het 'recht' op het doen van afstand van een rechtsmiddel. (38) De Hullu wijst o.m. op HR 20 september 1982, NJ 1983, 220, waar een verdachte figureert die verklaarde van de behandeling in eerste aanleg (aan het eind waarvan hij afstand had gedaan van hoger beroep) niet veel te hebben begrepen. Met

(36) EHRM 25 februari 1993 (Funke tegen Frankrijk), A 256-A, NJ 1993, 485 m.nt. Kn en AAe 1993, p. 672 e.v. m.nt. AHJS.

(37) M.S. Groenhuijsen, Naar een geïntegreerde herziening van het Wetboek van Strafvordering, in: D.R. Doorenbos, R.J. Verwey (red.), Hercodificatie Wetboek van Strafvordering. Tijd voor een integrale herziening? Nijmegen (Ars Aequi Libri) 1991, p. 43.

(38) J. de Hullu, De afstand tot de gemiddelde verdachte: over het recht ter zitting afstand te doen van rechtsmiddelen en de moderne benadering van 'de verdachte', in: Een rariteitenkabinet. Nijmegen (Ars Aequi Libri) 1993, p.

name snapte hij niet de strekking van het doen van afstand: 'Omdat ik niets van de hele gang van zaken begreep, ben ik later naar een advocaat gegaan'. Deze verdachte – waarschijnlijk meer een benadering van de doorsnee verdachte dan van het ideaalbeeld van Corstens, Meijers en de commissie-Moons – werd door de Hoge Raad nog gered, maar dat zal voor vele anderen niet het geval zijn. Uiteraard maakt het wel uit of de verdachte door een raadsman wordt bijgestaan. In dat geval mag de rechter er in het algemeen (afgezien van uitzonderlijke gevallen zoals evidente incompetentie) van uitgaan dat alle beslissingen 'well advised' worden genomen. Maar vele politierechterzaken worden afgehandeld zonder dat er een raadsman aan te pas komt.

Gelukkig gaat de Hoge Raad niet zo ver wanneer door de raadsman een verkeerd rechtsmiddel is aangewend. Toen een advocaat tegen een door de politierechter de Groningen gewezen vonnis beroep in cassatie instelde terwijl daartegen het rechtsmiddel van verzet stond, converteerde de Hoge Raad het beroep in cassatie in verzet en verwees weer naar de politierechter.⁽³⁹⁾

Dit contrasteert met een strenge behandeling van het Openbaar Ministerie, wanneer dit het verkeerde rechtsmiddel aanwendt. De Officier van Justitie te Almelo, die tegen een vonnis van de economische politierechter aldaar beroep in cassatie aantekende, had over het hoofd gezien dat gelet op art. 55 lid 1 Wet chemische afvalstoffen door het in de telastlegging bezigen van de woorden 'al dan niet opzettelijk' primair een misdrijf, subsidiair een overtreding ten laste was gelegd. En omdat primair een misdrijf ten laste was gelegd stond voor de officier hoger beroep open, zodat hij in zijn beroep in cassatie gezien art. 96 lid 1 RO niet-ontvankelijk was. De Hoge Raad converteerde dus niet.⁽⁴⁰⁾ Tot voor kort was de Hoge Raad tegenover de verdachte-met-raadsman ook een stuk strenger dan nu. Von Brucken Fock en Van Dorst vermelden nog een curieus geval, dat wel wat weg heeft (maar dan in spiegelbeeld) van de evenvermelde Almeloze zaak: de politierechter veroordeelde ter zake van een misdrijf en van een overtreding; de raadsman stelde voor zijn cliënt beroep in cassatie in. De Hoge Raad hield het ervoor dat het

(39) HR 2 november 1993 nr. 95.124 (niet gep.).

(40) HR 26 oktober 1993, NJB 1993, nr. 234. De A-G Meijers had dit punt overigens niet opgemerkt, maar kwam op een andere grond tot dezelfde conclusie. Het arrest is met vijf raadsheren gewezen.

beroep in cassatie was beperkt tot de overtreding, 'in aanmerking genomen dat het rechtsmiddel niet door de verdachte persoonlijk is aangewend, maar namens hem door een advocaat'.⁽⁴¹⁾ Een pragmatisch aannemelijkheidsoordeel, want het kan inderdaad zo geweest zijn dat de advocaat het beroep heeft willen beperken. Maar als dat niet zo was heeft zijn cliënt wel pech gehad.

5. De afwezige verdachte

In de zaak S.P. tegen Nederland⁽⁴²⁾ ging het om een verstekbehandeling in hoger beroep tegen een in Mauritius woonachtige en zich daar ten tijde van de behandeling bevindende verdachte. Deze was voor onopzettelijk binnen Nederlands grondgebied brengen van heroïne (subsidiair ten laste gelegd) tot 6 maanden hechtenis veroordeeld. Zijn raadsman vroeg het Hof de verdachte bij diens afwezigheid als gemachtigde in de zin van art. 270 Sv te mogen vertegenwoordigen, hetgeen (uiteindelijk) werd geweigerd, omdat op het primair ten laste gelegde feit gevangenisstraf stond. De 'klemmende redenen' waren op een eerdere zitting aangevoerd, maar na onderbreking en voortzetting van de zaak voor een Hof in gewijzigde samenstelling niet herhaald. Het komt er dus op neer dat de raadsman niets wat tot verdediging had kunnen strekken te berde heeft kunnen brengen. Nogal wrang was daarom, dat de betrokkene in appel tot negen jaar gevangenisstraf werd veroordeeld voor het primair ten laste gelegde opzettelijk, welke uitspraak door de Hoge Raad in stand werd gelaten. De Commissie nam unaniem een schending aan van art. 6 lid 3 onder c EVRM, en overwoog daartoe onder meer als volgt: 'The Commission is of the opinion that the position adopted in Dutch law, that an accused who does not attend his trial in person in principle loses his right to defend himself through his counsel, is incompatible with the respect for the fundamental guarantees which every person charged with a criminal offence should enjoy. The need to secure the attendance of an accused at the trial of his case cannot justify proceeding to judgment against him without hearing the de-

(41) HR 20 oktober 1987, NJ 1988, 264. Zie hiervoor E.P. von Brucken Fock, A.J.A. van Dorst, *Cassatie in strafzaken*, Zwolle (Tjeenk Willink) 1993, p. 49-50.

(42) European Commission of Human Rights, Application No. 16737/90 (S.P. against the Netherlands), Report adopted on 4 May 1993. Daarover E. Myjer, *De Raadsman en de afwezige verdachte*, NJCM-bulletin 1993, p. 811-822.

fence he wishes to put forward through his counsel'. (43) De paternalistische en ook moralistische inslag van het Nederlands strafprocesrecht(44) botst hier met een meer liberaal denken, dat primair op tegenspraak is georiënteerd. De burger-verdachte heeft (geheel in de lijn van Corstens) het recht zich te verdedigen, maar daarbij behoort de 'plicht' om aanwezig te zijn in persoon ter terechtzitting, op straffe van verlies van tegenspraaksmogelijkheden. Slechts bij uitzondering (namelijk in minder ernstige zaken) is vertegenwoordiging mogelijk. Systematisch staat voorop de nauwe vervlechting van verdediging en waarheidsvinding: wie zich ter zitting verdedigt moet aanvaarden dat hij tevens object is van onderzoek.

Bijzondere aandacht verdient de formulering in de laatste zinsnede: '(...) the defence he *wishes* to put forward through his counsel'. Het gaat in de benadering van de Commissie dus kennelijk om de wil van de verdachte zoals deze ter zitting blijkt. Dat punt is van belang, omdat ook situaties voorkomen waarin wel een raadsman ter zitting verschijnt, maar dat de verdachte wil dat de behandeling wordt aangehouden, zodat hij alsnog zelf kan verschijnen. Een rigide uitleg van het Commissierapport in die zin, dat als de raadsman die ter zitting verschijnt terwijl zijn cliënt afwezig is maar de kans krijgt het woord te voeren reeds aan alle vereisten van een fair trial zou zijn voldaan, lijkt mij onjuist.

Gaat men uit van een liberaler opvatting, dan is er – mits duidelijk is dat de verdachte dat wenst – niets tegen dat de raadsman voor hem datgene ter zitting naar voren brengt wat tot zijn verdediging zou kunnen strekken. Dat betekent dan wel, dat de verdediging is gekortwiekt, omdat feitelijke en feitelijk te onderbouwen juridische verweren vaak geloofwaardiger worden wanneer zij ten overstaan van de zittingsrechter, de rechter dus die het eindoordeel moet vellen, tenminste mede door de eerst-betrokkene zelf, om wie de zitting uiteindelijk draait omdat de uitspraak hem bij uitstek (be)treft, wordt gepresenteerd. Aan het beginsel der onmiddellijkheid wordt dus afbreuk gedaan, zowel waar het om het gemeenschapsbelang van de objectieve waarheidsvinding, als waar het om het verdedigingsbelang van de verdachte gaat. Er is meer: tijdens de zittingen kunnen zich wendingen voordoen die niet zijn voorzien (bijvoor-

(43) Gelijkluidende overwegingen komen voor in de zaak-Lala tegen Nederland van dezelfde datum (appl. no. 14681/89).

(44) Zie noot 10.

beeld verrassende getuigen- of deskundigenverklaringen), en moeten soms ook door de verdediging knopen worden doorgehakt. Dan moet de raadsman (ook als hij niet als gemachtigde in de zin van art. 270 Sv optreedt) naar bevind van zaken handelen, waarbij hij zijn cliënt in de regel niet zal kunnen raadplegen. Hij committeert zijn cliënt intussen wel. Wanneer verzoeken om aanhouding louter en alleen zouden worden afgewezen omdat de raadsman aanwezig is en het dus wel goed uitkomt om hem het woord te laten voeren (dat is immers tegenspraak genoeg in het licht van de Conventie!) zou dat een slechte zaak zijn. De raadsman wordt dan in zekere zin gebruikt tegen het belang van zijn cliënt in. Zou hij afzien van de verdediging, dan is er weliswaar geen sprake van een behandeling van de zaak op tegenspraak, maar de rechter zal kunnen oordelen dat de verdachte via zijn kans heeft gehad en door die niet te nemen, zijn recht op een behandeling in zijn aanwezigheid verspeeld.

Op het stuk van de klemmende redenen lijkt de Hoge Raad onder invloed van de beslissingen van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens in de zaken *Lala* en *S.P.* tegen Nederland wat soepeler te zijn geworden.⁽⁴⁵⁾ Een verdachte vreemdeling die was uitgezet en bij verstek werd berecht had geen contact met zijn raadsman gehad. Deze laatste verzocht het Hof in de omstandigheden, dat zijn cliënt na het opheffen van diens vreemdelingenbewaring het land had moeten verlaten (via de 'Roosendaal-procedure'; het ging om een man uit het voormalige Joegoslavië) en niet meer kon terugkomen omdat hij dan bij het passeren van de grens zou worden gearresteerd, een 'klemmende reden' te zien die deze verdachte belette ter terechtzitting te verschijnen. Het Hof wees dit verzoek af met de motivering dat van de zijde van de verdachte niet is gebleken van enige poging tot het verkrijgen van een grens vrijgeleide opnemen van contact met zijn raadsman, teneinde hem mee te delen dat hij om klemmende redenen niet ter zitting aanwezig zou kunnen zijn. De A-G Meijers acht het hiertegen opkomende middel ongegrond, met een verwijzing naar HR, NJ 1988, 638 waar het ging om een dreigende arrestatie ter executie van een straf, en naar de noot van Van Veen onder HR 1987, 622 die aldaar opmerkt dat de omstandigheid dat de verdachte niets van zich heeft laten horen een rol kan spelen bij de beoordeling van een verzoek van de raadsman op na-

(45) HR 30 november 1993, nr. 94-599; NJB 1994 nr. 2.

mens zijn afwezige cliënt het woord te voeren. De Hoge Raad begint met de herhaling van een eerder gebezigde formule (zie HR, NJ 1988, 794:(46) 'Van een klemmende reden welke een verdachte – gelet op alle relevant te achten omstandigheden – in redelijkheid niet kan worden gevergd ter terechtzitting te verschijnen, en deze er derhalve op mag vertrouwen dat hetzij de behandeling van de zaak zal worden aangehouden tot een tijdstip waarop hij geacht mag worden wél te kunnen verschijnen, hetzij zijn raadsman zal worden toegelaten om als zodanig op te treden'. Daarop laat de Raad zijn oordeel volgen, dat – behoudens niet vastgestelde bijzondere omstandigheden – uitzetting op grond van de Vreemdelingenwet een klemmende reden oplevert, waarna cassatie volgt. Het ontbreken van (aantoonbare) activiteiten van de zijde van de verdachte is dus geen 'bijzondere omstandigheid' die afdoet aan de algemene regel: uitzetting betekent klemmende reden. Deze beslissing strookt met de conclusie van de A-G Fokkens in een andere zaak(47), waarom de beslissingen van de Europese Commissie inzake Lala en S.P. worden ghekeld maar wel – en m.i. terecht – wordt gepleit voor een afzwakking van het criterium 'klemmende redenen', en voor een ruimhartiger beleid ten aanzien van verzoeken van raadslieden om voor hun afwezige cliënten het woord te voeren. Al met al is een royaal rechterlijk beleid tegenover verzoeken om aanhouding, in combinatie met een wat minder strenge hantering van de 'klemmende redenen' een lijn die past bij het nationale zowel als het internationale recht.

Het Colozza-arrest van het Europees Hof voor de rechten van de mens(48) machtigt de rechter, het belang van een voortvarende rechtspleging af te wegen tegen het belang van de verdachte om ter zitting aanwezig te zijn (zijn aanwezigheid aldaar dient overigens ook het algemene belang van een goede rechtspleging). Corstens (49) pleit voor afspraken tussen magistratuur en balie om aanhoudingsverzoeken aan tijdslimieten te binden, teneinde heilloze gaten in de zittingsroosters te voorkomen. Ook een andere mogelijkheid wordt wel toegepast, namelijk het honoreren van aanhoudingsverzoeken te koppelen aan het criterium van 'overmacht'. M.i. is dat

(46) HR 16 februari 1988, NJ 1988, 794. Zie W.F. de Haan, F.H. Koster, Optreden raadsman bij afwezigheid verdachte, in: Advocatenblad 1988, p. 267–268.

(47) Gepubliceerd in: NJCM-bulletin 1993, p. 899–901.

(48) EHRM 12 februari 1998, NJ 1986, 685.

(49) Het Nederlandse strafprocesrecht, p. 520.

acceptabel, mits dat criterium niet al te zuinig wordt toegepast. In 'overmachtsituaties' zou de wel verschenen raadsman, gezien de klemmende redenen die uit die situaties voortvloeien, het woord moeten krijgen 'if he so wishes', en uiteraard na goed overleg met, althans geleid door het belang van zijn cliënt.(50)

6. De rechter committeert de raadsman

De rechter kan zich niet mengen in de vertrouwelijke relatie tussen de raadsman en zijn cliënt, de verdachte. Maar in de rechtspraak wordt de verdachte wel degelijk opgezadeld met de actie of het gebrek aan actie van zijn raadsman. Een recent voorbeeld biedt HR 29 juni 1993, NJ 1993, 717 m.nt. ThWvV. De casus is als volgt. Het Openbaar Ministerie roept na aanhouding van de behandeling ter terechtzitting de verdachte – die tot dusver met zijn raadsman ter zitting aanwezig is geweest – op voor de voortzetting van de terechtzitting. De verdachte is inmiddels van adres veranderd, wat hij noch zijn raadsman aan de procureur-generaal (het betreft een behandeling in hoger beroep) hebben doorgegeven. Desgevraagd (door de voorzitter) verklaart de raadsman 'niet in te zien waarom hij de procureur-generaal omtrent deze adreswijziging van verdachte had moeten inlichten'. Na beraad geeft het Hof als tussenbeslissing, dat de oproeping geldig is, waarbij het overweegt: 'Het had op de weg van verdachte of zijn raadsman gelegen van zijn hernieuwde inschrijving in de bevolkingsregistratie, en wel te D., kennis te geven aan de procureur-generaal'.

In deze casus dienen zich twee vragen aan:

- a. in hoeverre mag in situaties als deze (verhuizing na aanhouding van de terechtzitting zodat opnieuw moet worden opgeroepen, al of niet in hoger beroep) enige activiteit van de verdachte worden verwacht teneinde het OM op de hoogte te stellen van de adreswijziging?
- b. mag in een dergelijke situatie enige activiteit van de raadsman worden verlangd?

(50) Er kan zich bijvoorbeeld een situatie voordoen waarin de cliënt zijn wil niet kan uiten of tijdelijk onbereikbaar is, maar waarin de raadsman toe (al is het noodzakelijkerwijs gebrekkig) de verdediging kan en moet voeren. Maar in dergelijke gevallen zal een verzoek om aanhouding toch al gauw de voorkeur verdienen.

De cassatieschriftuur beantwoordt vraag a. strikt formeel: betekening van de oproeping dient plaats te vinden aan de woonplaats van de verdachte ten tijde van die betekening. Dat impliceert het volgen van de antwoord op vraag a: van de verdachte mag geen enkele activiteit worden verlangd. De toelichting bij het desbetreffend middel verwijst naar de conclusie van de A-G Leijten voor HR 25 januari 1983, NJ 1983, 414, waar na wikken en wegen wordt gekozen voor de formele lijn: 'Dat wie geoordeeld kan worden, vooraf in de gelegenheid zal zijn te worden gehoord, is van zo eminent belang dat zolang een fout daartegen gecorrigeerd kan worden, zulks, dunkt mij, ook zou moeten gebeuren'.

Dezelfde A-G komt in deze zaak echter tot een andere afweging. Hij meent dat het Hof terecht het nietigheidsverweer heeft gepasseerd, omdat het ditmaal niet ging om een (appel)dagvaarding – een eerste aankondiging dat de zaak behandeld zou worden – maar om een aangehouden zaak waarbij de verdachte aanwezig was geweest, en zelf om schorsing had gevraagd. Voorts acht Leijten het van belang, dat de inschrijvingen in de diverse bevolkingsregisters niet op elkaar aansluiten. Betrokkene is dus even 'zoek' geweest.

Maar de Hoge Raad is het met de requirant in cassatie op dit punt eens. De oproeping is niet overeenkomstig art. 588 lid 5 Sv en derhalve niet geldig uitgebracht. 'Onjuist, want noch steunend op de wet noch op een ter terechtzitting gemaakte afspraak, is voorts 's Hofs oordeel dat het op de weg van de verdachte en zijn raadsman had gelegen van de hernieuwde inschrijving van de verdachte in de bevolkingsregistratie kennis te geven aan de Procureur-Generaal bij het Hof'.

Maar dit leidt niet tot cassatie, en daarmee komen wij aan het antwoord op vraag b. De schriftuur betrof de stelling dat de raadsman niet gehouden is de rechtsgang 'procedureel te bevorderen'; hij is geen 'officer of the court' of een orgaan van de rechtspleging. Op dit punt zou de requirant tot cassatie steun hebben kunnen onlenen aan het kersverse standaardwerk van Corstens: de raadsman 'komt op voor de belangen van zijn cliënt. Hij is principieel partijdig. In zoverre is het ook onjuist hem aan te duiden als orgaan van de strafrechtspleging'. (51) Een tweede argument luidt dat het eigenmachtig het adres van de cliënt aan de justitie rapporteren een schending

(51) G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafproceesrecht*. Arnhem (Gouda Quint), 1993, p. 90.

van het professioneel beroepsgeheim van de raadsman zou opleveren.

De A-G laat deze kwestie in het midden. De Hoge Raad geeft een indirect antwoord. Hij overweegt: 'Het Hof heeft het beroep van de raadsman op onbekendheid van de verdachte met de datum van de nadere terechtzitting immers terecht verworpen, in aanmerking genomen dat de raadsman geen feiten en omstandigheden heeft aangevoerd die hem hebben verhinderd zelf de verdachte van die datum op de hoogte te stellen'.

Eigenlijk omzeilt de Raad op deze manier de opgeworpen principiële grieven. De raadsman behoeft justitie niet wijzer te maken dan zij is; ook een eventuele schending van zijn beroepsgeheim komt niet aan de orde. De Hoge Raad gaat ervan uit dat de raadsman – die blijkens zijn verschijning van de datum van voortgezette behandeling op de hoogte was – zijn cliënt voor zover nog nodig op de hoogte stelt van dat tijdstip. En dat lijkt me niet een werkelijkheidsvreemde veronderstelling: een advocaat die in zo'n geval opzettelijk of uit laksheid verzuimt deze informatie door te geven handelt niet zoals een behoorlijk advocaat betaamt (art. 46 Advocatenwet). Tenzij dus de raadsman, die zonder cliënt op de hervatte zitting is verschenen, desgevraagd aanvoert dat hij zijn cliënt niet op de hoogte heeft *kunnen* stellen (in zoverre moet hij dus wel enige activiteit tentoonspreiden) mag de rechter er van uitgaan dat de verdachte weet heeft van het tijdstip der hervatting. Toch heeft deze opvatting het grote bezwaar, dat de raadsman als een verlengstuk van het Openbaar Ministerie wordt gebruikt, hetgeen de vertrouwensrelatie met zijn cliënt slechts kan schaden. De verhouding raadsman-client is te complex en de verantwoordelijkheid van de advocaat te specifiek, dan dat de rechter aan een non-mededeling van de raadsman consequenties zou moeten verbinden.

Het feit dat de verdachte een raadsman heeft kan dus tegen hem gebruikt worden. Als hij al niet zelf had moeten begrijpen wat er van hem werd verwacht, dan is de mogelijkheid om te beschikken over juridische bijstand voldoende compensatie en wordt de verdachte geacht daarmee een voldoende quodum aan mondigheid te bezitten. Een voorbeeld. De verdachte, een rechtspersoon, is ter zake van een economisch delict gedagvaard voor de politierechter te Amsterdam, terwijl een bestuurder van de verdachte op hetzelfde tijdstip is gedagvaard ter zake van het feitelijk leiding geven aan de aan de ver-

dachte telastegelegde gedraging voor de *economische* politierechter te Amsterdam. Op grond daarvan heeft het hof geoordeeld dat het voor de verdachte rechtspersoon duidelijk moet zijn geweest dat zij niet voor de politierechter, maar voor de economisch politierechter diende te verschijnen. De Hoge Raad beslist dat dit – feitelijk – oordeel niet onbegrijpelijk is, ‘mede in aanmerking genomen de omstandigheid dat ingevolge art. 39, eerste lid, WED de behandeling van economische delicten bij uitsluiting geschiedt door economische kamers van de rechtbank *alsmede de omstandigheid dat de verdachte een raadsman had*’ (cursivering van mij, De R.). Het beroep van de verdediging op nietigheid van de inleidende dagvaarding wordt daarmee verworpen; een relativering derhalve van de geconstateerde nietigheid. Pikant is, dat het Hof had vastgesteld (en de schriftuur ook bevestigt) dat de verdachte niet was verschenen op advies van de raadsman, en dat in de toelichting op het desbetreffende middel ook wordt toegegeven dat de rechtspersoon door de foutieve oproeping niet in haar belang was geschaad (zoals het Hof eveneens had vastgesteld). De A-G Fokkens had zo ver niet willen gaan: ‘Ook als voor verzoekster (in cassatie, de rechtspersoon dus – De R.) vast kon staan dat de Economische Politierechter bedoeld was (...) dan nog had zij de ‘vrijheid’ om vanwege die fout verstek te laten gaan met het bovenvermelde gevolg (vergelijk NJ 1986, 386)’. De Hoge Raad (52) gunt de verdachte echter die ‘vrijheid’ niet, onder meer omdat deze werd bijgestaan door een raadsman. Daarmee wordt toch wel een principiële stap gezet, en wat mij betreft niet in de goede richting. Die stap zou aanvaardbaarder zijn wanneer over de gehele linie de consequenties zouden worden getrokken uit een meer accusatoire, op gelijke ‘partijen’ afgestemde procesvoering, waarbij bijvoorbeeld ook past een vertegenwoordiging van de afwezige verdachte door zijn raadsman (in de lijn van de recente beslissingen over Nederlandse verstekbehandeling van de Europese Commissie voor de rechten van de mens). (53) Zie daarover onder 5.

7. Eisen aan verweren

De Hoge Raad stelt ook aan de presentatie van verweren de eis van ondubbelzinnigheid en vasthoudendheid. Dat geldt zowel voor de

(52) HR 28 september 1993, nr. 93.760 E, NJB 1993, nr. 213.

(53) Zie de noten 43 en 44.

preliminaire verweren als voor beroepen op strafuitsluitingsgronden. Een voorbeeld: de verdachte verblijft bij de aanvang der terechtzitting – volgens de opgave van de raadsman – in een ziekenhuis in het buitenland. De zaak wordt aangehouden. Op het tijdstip van de hervatting is de verdachte opnieuw niet verschenen. Zijn raadsman verklaart dat hij er van uitgaat dat de verdachte de oproeping niet heeft ontvangen. Het Hof doet de zaak af, op dit punt overwegende dat het geen redenen aanwezig ziet om de behandeling van de zaak andermaal aan te houden. In cassatie wordt aangevoerd dat ‘gelet op het feit dat een woon- of verblijfplaats op Curaçao bekend was’ de evenbedoelde verklaring van de raadsman ‘bezwaarlijk anders kan worden opgevat dan als een verweer inhoudende dat de oproeping nietig is’. De Hoge Raad oordeelt evenwel, dat het hof kennelijk en niet onbegrijpelijk de bewuste verklaring niet heeft opgevat als een verweer dat de oproeping van de verdachte nietig is. De conclusie van de A-G Fokkens geeft daarvoor nog een reden op: het hof heeft de verklaring kennelijk begrepen als een mogelijke reden voor het niet-verschijnen van de verdachte. Bij deze beslissing mag nog wel worden aangetekend, dat het Hof, had het de verklaring wel opgevat als een art. 330 Sv-verzoek, stellig een afwijzende beslissing zou hebben genomen. Immers, er waren geen redenen aangevoerd voor de niet-verschijning; enkel veronderstellingen, en het was volkomen onduidelijk of de verdachte na een herhaalde aanhouding wel zou komen opdagen. (54)

Ook een beroep op een strafuitsluitingsgrond moet voldoende duidelijk, en het liefst als zodanig (hoewel dat aan de ene kant niet altijd strikt nodig, aan de andere kant ook niet altijd zonder meer voldoende is), worden voorgedragen. Het is aan de raadsman om zo’n verweer, als hij er ook maar iets in ziet, uit de feitelijke verklaringen van zijn cliënt te destilleren. Neem bijvoorbeeld de volgende verklaring van een verdachte die in eerste instantie wegens moord was veroordeeld en ter zitting in hoger beroep onder meer het volgende zei: ‘Ik was bang dat M. mij zou laten doden (...). Ik werd op 5 en 6 december bedreigd door M. Ik bevond mij in de macht van hem. Hij dreigde mij en mijn kinderen te doden. M. misbruikte mij. Ik moest er voor zorgen dat iemand ging betalen’. Het Hof had hierop niet gerespondeerd, en in cassatie klaagde de verdachte (inmiddels dus verzoeker tot cassatie) dat het Hof dit verhaal ten onrechte niet had

(54) HR 26 oktober 1993, NJB 1993, nr. 230.

opgevat en behandeld als een beroep op psychische overmacht, waarop uitdrukkelijk moet worden beslist en dat alleen gemotiveerd mag worden verworpen (art. 358 lid 3 jo. 359 lid 2 Sv). Maar de Hoge Raad meent overeenkomstig de conclusie van de A-G Leijten, dat het Hof mocht opvatten 'als niet meer behelzende dan een verklaring voor verdachtes handelen', en dus niet als een verontschuldiging ervan.⁽⁵⁵⁾ De raadsman heeft dus een belangrijke taak bij de juridische 'vertaling' van feitelijke mededelingen en verklaringen van zijn cliënt. De karigheid bij de motivering, die de Nederlandse strafrechtspraak kenmerkt, brengt al gauw met zich mee dat opmerkingen van de verdachte die met enige welwillendheid als een juridisch verweer opgevat zouden kunnen worden, zonder kenbare rechterlijke weerklank blijven, tenzij de raadsman ingrijpt.

8. Eisen aan verzoeken

Het is aan de raadsman, om ervoor zorg te dragen dat een verweer als verweer, en een verzoek als verzoek wordt herkend. Daartoe is nog niet voldoende het overleggen van een pleitnotitie waarin verweer of verzoek zijn vastgelegd, met het verzoek deze te insereren in het proces-verbaal van de terechtzitting. Aan de presentatie worden door de Hoge Raad nadere eisen gesteld:

'Artikel 330 veronderstelt een verzoek tot het doen verrichten van welomschreven onderzoekshandelingen, zoals het horen van een met name genoemde getuige of het inwinnen van een deskundigenbericht omtrent een welomschreven vraagstelling'. Zie Stambuis' overzicht Jurisprudentie vormvoorschriften⁽⁵⁶⁾, waar wordt gesteld dat maatstaf voor de Hoge Raad is dat een verzoek duidelijk en op niet voor misverstand vatbare wijze moet worden gepresenteerd. Het doen van een voorstel of een suggestie voldoet daaraan niet.

Het verzoek behoeft niet per se ter zitting te worden gedaan. Als zich in het dossier een schriftelijk aanhoudingsverzoek bevindt van of namens de verdachte kan de feitenrechter dat verzoek niet stilzwij-

(55) Vergelijk ook Von Brucken Fock en Van Dorst, a.w., p. 202 e.v.: 'Niet vereist is dus dat de verdachte of diens raadsman een (juist) etiket op zijn feitelijk betoog plakt. Het is overigens niet altijd eenvoudig om uit te maken of er inderdaad een beroep op een schulditsluitingsgrond is gedaan, want dikwijls kan het betoog van de verdachte ook zo worden uitgelegd, dat hij daarmee aangeeft waarom hij heeft gehandeld als hij gedaan heeft'. De auteurs noemen nog andere sprekende voorbeelden.

(56) T.a.p. (noot 25), p. 173.

gend passeren. Hij zal dus moeten onderzoeken of het een sericus karakter heeft. Is dat het geval, dan meen ik met Von Brucken Fock en Van Dorst⁽⁵⁷⁾ dat art. 6 EVRM dwingt tot de honorering ervan, ook al is het niet ter zitting gedaan.^(58, 59)

De maatstaf die de rechter bij de beoordeling moet toepassen is of de noodzaak van hetgeen is verzocht is gebleken. Is dat niet het geval, dan moet worden gemotiveerd waarom.⁽⁶⁰⁾

Geen verzoek ex art. 330 Sv is een verzoek tot schorsing om te onderzoeken of een getuige de waarheid heeft gesproken. De verdediging moet er dus voor zorgen dat precies wordt aangegeven

- a. dat een bepaalde getuigenverklaring onbetrouwbaar of onduidelijk is (dan wel een deskundigenbericht niet concludent of aanvechtbaar is), en
- b. welke onderzoekshandelingen (dan wel: wat voor deskundigenbericht) noodzakelijk is om – gegeven de gestelde gebreken in het reeds geproduceerde bewijs – de waarheid aan het licht te brengen. Of – om het bescheidener uit te drukken, en meer overeenkomstig de invalshoek van de verdediging – om effectief te toetsen of het gepresenteerde materiaal inderdaad gebrekkig is met het oog op de waarheidsvinding.

De eis van de Hoge Raad om de beoogde getuige met name te noemen kan te streng zijn. Men denke bijvoorbeeld aan in het dossier met aliassen of als N.N. aangeduide personen. Fair is hoogstens de eis, dat de verdachte of zijn raadsman zo precies mogelijk de gewenste getuige aanduiden. Zo'n aanduiding kan dus – in deze gedachtengang – vrij vaag zijn. Onder omstandigheden kan het op de weg van het Openbaar Ministerie komen te liggen enige recherches te verrichten naar (het bestaan van) een getuige. Natuurlijk moet het verzoek aan eisen van redelijkheid voldoen, en dus niet zomaar een schot in de lucht zijn.

De commissie-Moons stelt in haar rapport Recht in vorm voor (p. 46) om de nietigheid die de wet momenteel verbindt aan de schen-

(57) T.a.p., p. 229.

(58) Vergelijk HR 4 december 1984, NJ 1985, 340.

(59) Anders: A. Minkenhof, *De Nederlandse Strafvordering*, zesde druk, herzien door J.M. Reijntjes, Arnhem (Gouda Quint) 1993, p. 263.

(60) Zie bijvoorbeeld HR 14 september 1992, NJ 1993, 53.

ding van art. 330 Sv te handhaven. Dat wil nogal wat zeggen, in aanmerking genomen het uitgangspunt van het rapport en het voorgestelde art. 359a Sv. Het loont daarom de moeite kennis te nemen van de motieven die het rapport in dit verband aanvoert. De commissie acht art. 330 Sv in het strafproces van wezenlijk belang 'aangezien door het doen van vorderingen of verzoeken de deelnemers positie kiezen in het proces en zij laten blijken of en in welke mate zij van hun processuele rechten gebruik willen maken (...)'. In een proces van enige omvang worden door de deelnemers vaak veel uitlatingen gedaan. Niet elke losse opmerking is evenwel te beschouwen als een vordering of verzoek in de zin van dit artikel. In de jurisprudentie is als – nadere – eis gesteld dat de procesdeelnemers erop dienen te staan dat aan hun wens gehoor wordt gegeven. Tegenover deze eis van vasthoudendheid stelt de rechtspraak evenwel nietigheid, indien de rechter niettemin geen beslissing neemt. Hierin kan de commissie zich vinden (...)’.

Enkele kanttekeningen hierbij. In de eerste plaats verdient opmerking, dat dit één van de punten is waar de equality of arms uit de verf komt: tegenover de vordering van het Openbaar Ministerie staat het verzoek van de verdachte; het verschil in terminologie – te verklaren uit de uiteenlopende functies en rollen in het strafproces – impliceert geen verschil in status of kans op succes. Voorts is van belang dat hier een mogelijkheid voor de verdachte is neergelegd om de procesgang te beïnvloeden, zodat hij zich niet hoeft te beperken tot weerspreken ('verweren', typisch voor 'de verdediging') maar ook zelf initiatieven kan ontplooien. Dat beantwoordt bij uitstek aan een meer accusatoire inslag van het onderzoek ter terechtzitting. De zittingsrechter heeft een grote macht: hij (d.w.z. de voorzitter van de meervoudige kamer of de alleenzittende rechter) is souverain in het bepalen van de orde ter zitting, zij het binnen de grenzen van de verdragen en van de wet en met inachtneming van beginselen van een goede procesorde. Zijn macht is tenminste niet volstrekt ongecontroleerd, wanneer een uitdrukkelijke respons wordt geëist en een minimum aan motivering bij afwijzing van het verzoek.

9. De bekende verdachte

In de praktijk vergen de vragen die art. 350 Sv aan de rechter opdraagt te beantwoorden zelden alle evenveel moeite. Dat is met name het geval wanneer de verdachte bekend het ten laste gelegde feit

te hebben begaan. Als er dan ook nog een aangifte ligt en er sprake is van betrapting op heterdaad, is ter zitting (meestal die van de politierechter) de straftoemeting (de laatste in art. 350 Sv genoemde vraag) het punt dat de meeste discussie oplevert.

Onderzoek heeft uitgewezen dat in het gros van de misdrijfzaken (de percentages variëren van 85 tot 90) bekend dan wel geen verweer voert met betrekking tot het bewijs (wat nog wel iets anders is).⁽⁶¹⁾ De inzet van het geding is dan beperkt tot de straftoemeting. Met het oog daarop, en tegen de achtergrond van de 'functionele' omgang van de rechter met de vormvoorschriften (dat wil zeggen: het in acht nemen van vormen heeft alleen dan zin, wanneer daardoor in het concrete geval daadwerkelijk belangen worden gewaarborgd) heeft de regering besloten om – in aansluiting bij het rapport ter zake van de commissie-Moons⁽⁶²⁾ – een wetsontwerp voor te bereiden dat voorziet in een vereenvoudigde procedure tegen bekende verdachten. Zowel binnen als buiten de commissie-Moons heeft deze gedachte tot soms scherpe kritiek geleid, die zowel een praktische als een meer principiële inhoud had.⁽⁶³⁾

In de (concept)memorie van toelichting worden voor de vereenvoudigde procedure de volgende argumenten aangevoerd:

- kwaliteitsverhoging van de procesvoering, omdat het proces zich kan concentreren op de punten waarom het werkelijk gaat. Dat is bij bekende verdachten zoals gezegd de kwestie of en zo ja welke sanctie(s) moet(en) worden opgelegd;
- tijdwinst, die vaak ook de verdachte, maar steeds het slachtoffer welkom is;
- er bestaat behoefte aan om de lijn van specifieke procedures, gedifferentieerd naar zwaarte/soort van het delict of de leeftijd van de verdachte (politierechter, kinderrechter, kantonrechter, maar ook de transactie) door te trekken; dit blijkt uit de praeter legem toegepaste figuur van de voeging ad informandum;
- ook in appel en cassatie kan de aandacht op de straftoemeting worden toegespitst;

(61) G. Corstens (red.), *Rapporten herijking strafvordering 1989–1992*. Arnhem (Gouda Quint) 1993, p. 186 (noot 1).

(62) Opgenomen in de bundel, genoemd in noot 61.

(63) O.m. gebundeld in de symposiumuitgave M. Hildebrandt, P.T.C. van Kampen, J.F. Nijboer, H. Wiersinga, *Een afzonderlijke procedure voor de bekende verdachte?* Arnhem (Gouda Quint) 1993.

– werkbesparing.

De memorie van toelichting anticipeert (deels in navolging van de commissie-Moons)(64) op twee bezwaren. In de eerste plaats de grief, dat de verdachte rechten zou inleveren. Dat is overkomelijk, aldus de minister, omdat de verdachte zijn keuze voor de eenvoudige procedure ten overstaan van de rechter maakt(65), en omdat hij nog tijdens de rit op zijn keuze kan terugkomen. Hier wordt dus het concept van de 'mondige verdachte' gehanteerd. Voorts zou een tegenwerping kunnen zijn dat het bestaan van de procedure tot 'plea bargaining' zal leiden. Maar, zo stelt de minister, dat kan nu ook al en het gebeurt ook; denk aan transactie of lagere eis dan wel selectief vervolgen in ruil voor een bekentenis (die veelal tegen ontkennende medeverdachten voor het bewijs kan worden gebruikt). Er is uitdrukkelijk niet gekozen voor een puur accusatoir model, waarin de rechter een niet betwiste partijstelling voor waar moet aannemen: 'De rechter blijft verplicht te onderzoeken of de bekentenis strookt met de overige bewijsmiddelen en hij bepaalt of uit de inhoud van de bewijsmiddelen een bewezenverklaring van hetgeen ten laste gelegd is kan volgen'. Tenslotte wijst de MvT erop dat de proceshouding ook nu al een rol mag spelen bij de rechterlijke beslissing over de strafmaat.(66)

Wat wordt onder een 'bekenkende verdachte' verstaan? De definitie is opgenomen in het voorgestelde art. 366a lid 2 Sv:

'Onder bekenkende verdachte wordt verstaan de verdachte van een strafbaar feit die, nadat de Officier van Justitie de zaak heeft voorgehouden, daartoe door de voorzitter gevraagd, mondeling verklaart het ten laste gelegde feit te hebben begaan en voornemens te zijn geen verweer voor te dragen of geen ander verweer dat betrekking heeft op de op te leggen straf of maatregel'.

Het onderdeel 'voornemens te zijn geen verweer voor te dragen enz.' kwam in het voorstel van de commissie-Moons (en in het daaropvolgend departementaal ontwerp) niet voor, en is onder invloed van

(64) T.a.p., p. 188.

(65) In een departementaal ontwerp dat onmiddellijk na aanbidding van het rapport van de commissie-Moons ter consultatie onder de diverse adviesorganen in het 'veld' had gecirculeerd, was voorgesteld deze keuze reeds op het politiebureau te laten maken. Wegens de kritiek daarop is de minister naar de variant van de commissie-Moons teruggekeerd. Zie MvT, p. 2.

(66) Daarbij wordt verwezen naar HR 18 december 1984, NJ 1985, 358 en HR 24 februari 1987, NJ 1987, 1019.

de kritiek van verschillende adviesorganen nu opgenomen.(67) Dat is een verstandige beslissing, want door erkenning van 'de feiten' wil men nog niet zeggen dat men geen verweren zal voordragen.

Ik zie hier af van een gedetailleerde bespreking van dit ontwerp, omdat het mij gaat om de positie van de verdediging in het algemeen. Vastgesteld kan worden dat dit ontwerp – een verbeterde versie van het voorstel van de commissie-Moons – de 'mondige verdachte' onder supervisie heeft gesteld van de rechter. Dat klopt met de paternalistische inslag van ons strafproces. Het betekent ook, dat een grote wissel wordt getrokken op de attitude van de rechter (is hij, lijdend onder de case load, al snel geneigd de verdachte een keuze voor de vereenvoudigde procedure 'op te dringen', of is hij – ander uiterste – geneigd bij het minste of geringste signaal dat de zaken wel eens gecompliceerder zouden kunnen liggen dan aanvankelijk gedacht – de zaak in de baan van de normale procedure te leiden?) en op de toevallige omstandigheid van het optreden van een raadsman (wat juist in zaken als waarover het hier gaat steeds minder vanzelfsprekend wordt, zeker wanneer de eigen bijdrage voor door de overheid gefinancierde rechtsbijstand wordt ingevoerd).(68) Het cruciale punt lijkt mij vooral, dat aan het bekennen geen premie wordt gekoppeld. Jörg heeft dat punt fraai in dramatische vorm uitgewerkt.(69) Als de politierechter aan de verdachte Jansen de vraag krijgt voorgelegd of hij de feiten bekend en of hij van plan was een ander verweer te voeren dan een verweer over de op te leggen straf stelt deze (kennelijk niet op zijn achterhoofd gevallen) de weder-vraag: 'Wat schiet ik er mee op als ik alleen over de straf ga praten, en niet over andere dingen?' Uiteindelijk wil Jansen – die terecht staat wegens dronken rijden – het behoud van de rijbevoegdheid claimen als premie voor zijn coöperatieve opstelling, maar dat wijst de politierechter af: '(...) deze zaal hier is niet de juiste plek voor het bedrijven van kochandel'. En wanneer deze politierechter vervolgens overschakelt naar de gewone procedure blijkt dat er toch nog een vrijspraak 'op technische gronden' uitkomt. De politierechter

(67) MvT, p. 14.

(68) Wetsontwerp 22 3464. Daarover Th.A. de Roos, De eigen bijdrage van niet-gedetineerde verdachten voor rechtsbijstand, in: *Rechtshulp* 1994, nr. 1, p. 6–9.

(69) N. Jörg, Waarom bekennen? in: M. Hildebrandt, P.T.C. van Kampen, J.F. Nijboer, H. Wiersinga (red.), *Een afzonderlijke procedure voor de bekennende verdachte?* Arnhem (Gouda Quint), 1993, p. 87–92.

die Jörg in zijn minidrama opvoert is zeer gewetensvol, maar het is de vraag of hij een typische vertegenwoordiger is van zijn soortgenoten. Want wanneer de routine toeslaat is het aannemelijk dat de overstap naar de gewone procedure in een dergelijk geval lang niet altijd zal worden gemaakt.

Heel karakteristiek in dit verhaal ('we need stories', nietwaar?)(70) is ook de *dédain* voor *plea bargaining* of 'koehandel'. De apologetische houding tegenover dit uit het Angelsaksische recht afkomstige verschijnsel kwam al naar voren in de hierboven geciteerde memorie van toelichting. Ik denk dat Jörg terecht hier de *condition humaine* in rekening brengt. Dat lijkt mij een vruchtbaarder benadering dan de door een misplaatst misprijzen van de 'calculerende burger' gekenmerkte benadering die een moralistisch getint beroep doet op de 'mondige burger', om mee te werken aan het algemeen belang. In dit verband verdient ook vermelding de suggestie van T. Prakken(71), om de op zichzelf niet verwerpelijke gedachte van een eenvoudige procedure niet voor te houden aan de bekende verdachte, maar in plaats daarvan deze route beschikbaar te stellen voor alle verdachten, die op een aanbod om daarvan gebruik te maken om hen moverende redenen in willen gaan. Daaraan verbindt zij wel de voorwaarde, dat de verdachte alvorens te kiezen rechtsbijstand heeft genoten, zodat sprake is van 'informed consent'. Zij redeneert vanuit een duidelijk meer accusatoir model van strafprocesvoering, waarin de rol van de rechter marginaler is maar de betekenis van de rechtsbijstand extra sterk wordt benadrukt. In die benadering past het abstraheren van de proceshouding, wat met name heilzaam is tegenover uit andere (rechts)culturen afkomstige verdachten voor wie bekennen eenvoudigweg geen reële optie is.

Het wetsvoorstel wil die weg niet inslaan, maar omdat het – in navolging van de commissie-Moons – wel consequenties verbindt aan de proceshouding van de verdachte terwijl het toch wil profiteren – en naar mijn opvatting toch eerst en vooral om redenen van werkbesparing en efficiency – van de idee van de partij-autonomie die een kenmerk is van het accusatoir model, blijft het in halfslachtigheid steken. Dat blijkt ook uit de vrijblijvende manier waarop de MvT zich uitlaat over de voeging *ad informandum*: deze praktijk kan blij-

(70) J.C.M. Leijten, *We need stories*. Zwolle (W.E.J. Tjeenk Willink) 1991.

(71) T. Prakken, *Naar een tweesporig strafproces?* in: NJB 1992, p. 1299-1300 (m.n. p. 1299-1300).

ven bestaan, al is het mogelijk dat zaken die nu ad informandum worden gevoegd onder het voorgestelde regime te brengen. Maar dan rijst de vraag, waarom niet de ad informandum-praktijk wordt gelegaliseerd, in die zin dat verplicht wordt gesteld dat de rechter de beslissing over de straftoemeting baseert op zaken die volgens de voorgestelde procedure zijn behandeld. (72)

10. Een contradictoir vooronderzoek?

Het Leitbild van de mondige verdachte wordt tot een spookbeeld in de discussies over de georganiseerde criminaliteit. Daarin wordt benadrukt, dat de moderne en geraffineerde crimineel over onuitputtelijke fondsen beschikt die onder meer worden gebruikt om door de wol geverfde advocaten in te schakelen, die erop uit zijn om alle mogelijkheden tot tegenspel, inclusief verdragings- en verstoringstactieken, uit te buiten. Duidelijk komt dit naar voren waar in de memorie van toelichting bij wetsontwerp 23 251 (Partiële wijziging van het Wetboek van Strafvordering (herziening van het gerechtelijk vooronderzoek)). De commissie-Moons had in haar rapport *Herziening van het gerechtelijk vooronderzoek*(73) voorgesteld een nieuwe reeks artikelen (36a tot en met 36f Sv) in te voeren, die de verdachte jegens wie door of vanwege de staat een handeling is verricht waaraan hij in redelijkheid de verwachting kan ontleenen dat tegen hem ter zake van een bepaald feit in Nederland een vervolging zal worden ingesteld het recht geven de rechter-commissaris te verzoeken 'dienaangaande' 'enig onderzoek' in te stellen. Dit verzoek, dat schriftelijk en gemotiveerd moet worden ingediend (lid 2), kan in de voorstelling van de commissie ook worden gedaan wanneer de vervolging nog niet is ingesteld (er heeft bijvoorbeeld (nog) geen huiszoeking plaats gevonden). Aan de R-C komt een grote discretionaire bevoegdheid toe bij de beslissing op het verzoek. Hij zal met name moeten toetsen of voldaan is aan de eis dat tegen betrokkene een 'criminal charge' in de zin van art. 6 lid 1 EVRM is gericht (want dat is de niet dwingend uit de voorgestelde tekst volgende uitleg die de commissie daaraan geeft).(74) Een enkel verhoor als

(72) Zie daarover de kritiek van A.A. Franken, *Voeging ad informandum in strafzaken* (diss. KUB), Arnhem (Gouda Quint) 1993, m.n. p. 235-236.

(73) Arnhem (Gouda Quint), 1990.

(74) T.a.p. , p. 69.

verdachte zal nog niet voldoende zijn, tenzij bijvoorbeeld een (gedeeltelijk) bekennde verklaring is afgelegd en het duidelijk is dat de politie over meer belastend materiaal beschikt. De commissie wil de drempel dus vrij hoog houden; zo wil zij geen beroep toestaan tegen een afwijzende beslissing op het verzoek. Zij geeft er zich rekenschap van dat haar idee niet past in het systeem van het wetboek, dat er immers van uitgaat dat de R-C alleen aan het werk kan wanneer een formele 'charge' voorligt, maar zij meent krachtige argumenten te hebben aangevoerd ter rechtvaardiging van deze uitzondering (die overigens wel een systematisch aanknopingspunt heeft binnen het stelsel, nl. art. 184 Sv). Het mes snijdt namelijk aan twee kanten. Enerzijds heeft de verdachte een mogelijkheid om zo vroeg mogelijk – wanneer de politie en de Officier van Justitie niet staan te springen om voor de verdachte ontlastende verklaringen te vergaren – te zijnen gunste materiaal te verzamelen dat mogelijk later niet meer beschikbaar is. Anderzijds wordt voorkomen dat de verdachte straks ter zitting getuigen wil doen horen die niet meer te achterhalen zijn, en die hij in geen enkele fase van de procedure heeft kunnen ondervragen, zodat een schending van art. 6 lid 3 onder d EVRM niet denkbeeldig is. (75) Voorts kan de efficiency van het proces worden gediend wanneer de verdachte of zijn raadsman niet met zinnige verzoeken behoeven te wachten tot de zitting. Tenslotte, en dat is een meer principiële grond: een wettelijke regeling die ook de verdachte de mogelijkheid geeft een gerechtelijk vooronderzoek uit te lokken verschaft het gerechtelijk vooronderzoek een meer contradictoair karakter en komt de onpartijdige positie van de R-C ten goede. (76)

Het wetsontwerp heeft dit voorstel van de commissie-Moons niet overgenomen. De Minister van Justitie gaf blijkens de memorie van toelichting (77) gehoor aan bezwaren vanuit het OM en de politie, die deels ook in de literatuur waren geopperd. Zo heeft de Vergadering van procureurs-generaal aangevoerd dat de voorgestelde regeling 'vooral de opsporing in zaken tegen professionele, zich op hun

(75) T.a.p., p. 65, waar naar de zaak *Unterpertinger* van het EHRM wordt verwezen (EHRM 24 november 1986, A 110, NJ 1988, 745 m.nt. EAA).

(76) Instemmend Th.A. de Roos, *Naar een contradictoair vooronderzoek? Mini-instructie op verzoek van de verdachte*, in: G.P.M.F. Mols, *Schaduwen vooruit. Rechtsgeleerde opstellen over het voorbereidend onderzoek in strafzaken*. Arnhem (Gouda Quint), 1992, p. 11-23.

(77) MvT, TK 1992-1993, 23 251, p. 6-7.

zwijgrecht beroepende wetsovertreders (vaak reeds ook tevoren al bijgestaan door diverse (juridische) adviseurs bemoeilijkt'. (78)

Juist in de paar honderd grote en complexe zaken per jaar zal deze mogelijkheid worden gebruikt, omdat in dergelijke zaken een maximaal gebruik van de wettelijke mogelijkheden pleegt te worden gemaakt. Het valt op dat in deze passage sprake is van 'wetsovertreders', terwijl de term 'verdachten' toch de enig juiste is.

Zo'n veelzeggende 'vergissing' komen we opnieuw tegen wanneer de bezwaren van de Vereniging voor Rechtspraak worden vermeld. Deze vreest namelijk dat het 'misbruik' dat werd gemaakt van de vroegere procedure inzake het bezwaarschrift tegen de dagvaarding in een nieuwe gedaante zou kunnen herleven, wanneer de voorgestelde artikelen 36a c.v. Sv zouden worden ingevoerd. Al te lichtvaardig wordt hier een veelvuldig gebruik van wettelijke verdedigingsmogelijkheden, die voor de justitie bezwarend zijn omdat zij tijd en energie kosten en de procesgang vertragen, als misbruik bestempeld. Dat verraaft m.i. een principieel verkeerde opvatting van where it's all about in het strafproces.

Met een zekere gretigheid pikt de memorie van toelichting het aangeveertje van de commissie-Moons, dat de voorgestelde regeling niet zou passen in het systeem van strafvordering, op: zij staat op gespannen voet met het opportuniteitsbeginsel en het monopoliebeginsel (strafvervolgning alleen door organen van de staat), en miskent de centrale betekenis van de formele inbeschuldigingstelling in ons strafproces: enerzijds het geven voor het rechterlijk onderzoek, anderzijds de burgerbeschermende functie doordat zij de verdachte kenbaar maakt waarop hij zijn verdediging moet richten. Het nieuwe art. 36a doorbreekt die duidelijke afbakening tussen OM en R-C. Daardoor kunnen conflicten ontstaan. 'Het Openbaar Ministerie is immers vanuit zijn rechtshandhavende taak primair zaaksgericht bezig en legt zijn kaarten pas op tafel wanneer de vervolging als rechtshandavingsinstrument voor gebruik geschikt is, terwijl de rechter-commissaris vanuit een door hem geconstrueerde inbeschuldigingstelling primair persoonsgericht bezig is en onderzoekt of de verdedigingsbelangen van de verdachte tot een ingrijpen van

(78) MvT, p. 6. Op de gevaren voor het onderzoek is ook wel sprekend gewezen door de Bredase hoofdofficier De Wit, vergelijk o.a. L.J.A.M. de Wit, Herziening van het gerechtelijk vooronderzoek. De commissie-Moons, Advisering in z'n achteruit. DD 1991, p. 392-398.

zijn kant nopen en zodoende bewust of onbewust het onderzoek in de zaak kan belemmeren'. (79) So what, zou men kunnen zeggen, want elk rekening houden met verdedigingsbelangen *kan* het onderzoek belemmeren – althans, het onderzoek zoals de justitiële organen dat zich hadden voorgesteld. Want het is zeer wel mogelijk dat het onderzoek naar de materiële waarheid door het initiatief van de verdachte tot onderzoekshandelingen die niet in het justitieel straatje passen juist wordt bevorderd. In aansluiting aan bovengeciteerde passage komt in de memorie van toelichting de aap van de georganiseerde criminaliteit uit de mouw: 'Het gevaar bestaat dat sommige verdachten de door de commissie voorgestelde verzoekschriftprocedure uitsluitend of in hoofdzaak zullen gebruiken om informatie te verkrijgen omtrent een tegen hem of zijn medeverdachten lopend opsporingsonderzoek. De kans op een oneigenlijk gebruik van de verzoekschriftprocedure en de negatieve effecten daarvan op het opsporingsonderzoek acht ik te groot'. Geen pottekijkers in het vooronderzoek, zo luidt de boodschap. Opmerking verdient nog, dat het begrip 'misbruik' hier wordt vermeden ten gunste van de term 'oneigenlijk gebruik'.

De Raad van State had juist de omstandigheid dat de R-C vanuit een andere invalshoek opereert ('persoonsgericht') een waarborg gezien voor de eerlijkheid van de procedure. Dit college tilt in zijn advies niet zwaar aan de bezwaren van de regering. Fricties tussen OvJ en R-C lijken niet waarschijnlijk nu de regeling slechts ziet op het doen verrichten van een enkele, exact omschreven onderzoekshandeling. En oneigenlijk gebruik kan door de discretionaire bevoegdheid van de R-C worden tegengegaan: hij kan kennelijk ongegronde verzoeken afwijzen, en hij kan bij toewijzing rekening houden met de belangen van de opsporing (bijvoorbeeld door de mini-instructie wanneer het belang van het onderzoek zulks vordert niet terstond uit te voeren). (80) Het is de Raad niet ontgaan dat dit voorstel voor de commissie-Moons van grote betekenis was, omdat het voor haar in het teken stond van de fairness van de gehele procedure, de uitgewogenheid van de belangen van opsporing en verdediging in de verschillende fasen van het proces. De mini-instructie op verzoek van de verdachte zal in belangrijke mate 'bijdragen aan de "fair-

(79) MvT, p. 7-8.

(80) Advies Raad van State, TK 1992-1993, 23 251, B, p. 5.

ness" van het strafproces', aldus de Raad, die er terecht op wijst dat de commissie-Moons aan dit element in haar voorstellen de rechtvaardiging ontleende om het gerechtelijk vooronderzoek in ons strafproces te handhaven. Als de regering dit integrerend bestanddeel dus uit de voorstellen van de commissie licht, gaat hetgeen overblijft mank aan een tekort aan contradictoire mogelijkheden.

Het valt op hoe schrap de regering zich zet tegen het voorstel. Enig opportunisme in de argumentatie schuwt zij daarbij niet. In het Nader Rapport(81) wordt betoogd dat in slechts 0,3 % van de gevallen waarin een gerechtelijk vooronderzoek wordt ingesteld zulks op verzoek van de verdachte (op grond van art. 184 lid 2 Sv) geschiedt, en dat terwijl die bevoegdheid zwaarder weegt nu de verdachte daarmee zijn invrijheidstelling kan bevorderen. Kennelijk, zo luidt de redenering, bestaat er nauwelijks behoefte aan de bestaande regeling, en dat geldt a fortiori voor de voorgestelde regeling. Onduidelijk is, hoe deze constatering te rijmen is met de vrees voor grootscheeps oneigenlijk gebruik van de voorgestelde art. 36a e.v.

Het bezwaar van de 'systeembreuk' wordt door de regering zwaar aangezet. 'Een dergelijke fundamentele wijziging van ons stelsel is alleen aanvaardbaar als zwaarwegende belangen daartoe nopen'. In de literatuur was het name Harteveld, die dit standpunt heeft verdedigd.(82) Volgens deze auteur is de rede zoek. De R-C wordt stuurloos losgelaten in het vooronderzoek, omdat zijn optreden niet feitelijk is begrensd door een vordering van de OvJ.(83)

Naar mijn mening valt het nogal mee met de stuurloosheid, omdat aan het verzoek van de verdachte betrekkelijk hoge eisen (kunnen) worden gesteld, vergelijkbaar met het concretiseringscriterium dat aan verzoeken in de zin van de art. 328 en 330 Sv wordt aangelegd. Terecht spreekt ook de Raad van State van 'exact omschreven' onderzoekshandelingen. Het is zelfs onjuist om te spreken van 'systeembreuk', omdat de R-C in het geheel niet treedt in de bevoegdheden en verantwoordelijkheden van het Openbaar Ministerie. Hij is niet een extra kapitein die op het schip van de vervolging stapt. Wél is hij een arbiter, die een ander schip met een andere kapitein

(81) P. 2, met verwijzing naar: C. van der Werff, M.W. Bol, Het gerechtelijk vooronderzoek in woord en daad, Arnhem (Gouda Quint) 1991, p. 31-32.

(82) A.E. Harteveld, Het stelsel van strafvordering en het rapport van de commissie-Moons, DD 1991, p. 565-591.

(83) T.a.p., p. 586-587.

(de verdachte) kan toelaten tot de wateren van het strafproces, zij het door een vrij nauwe sluis. Dat verdediging en vervolgingsorganen daardoor in elkaars vaarwater kunnen komen, en ook wat eerder dan naar huidig recht het geval is, is duidelijk. De rechtvaardiging daarvoor is – naast de reeds ter sprake gekomen argumenten van de commissie-Moons en de Raad van State – de achterstand die de verdachte door de sterk toegenomen mogelijkheden voor proactief opsporingsonderzoek al heeft opgelopen op het moment dat hij ‘verdachte’ wordt in de betekenis van art. 27 Sv.

Ik wijs er nog op dat ook de rechter die oordeelt over vorderingen tot (verlenging van de) voorlopige hechtenis, met zijn beslissingen zeer wel het onderzoek kunnen doorkruisen, zonder dat men daarin een systeembreuk kan zien. Men kan mij tegenwerpen dat in die situaties een vordering vanwege het OM voorligt, die de beslissingen van de rechter kan inkaderen. Dat is echter een ander punt, dat zorgvuldig moet worden onderscheiden van het bezwaar van de frustratie van het onderzoek. Het is ook een ernstig te nemen argument, want hoewel er ‘stuurloosheid’ geen sprake behoeft te zijn is het juist dat het OM bij invoering van dit voorstel al voordat het met een formele omschrijving van vermoedelijk begaan strafbaar feit naar de rechter stapt, rekening moet houden met vanwege de verdachte geïnitieerde onderzoekshandelingen. Maar het is bepaald niet zo dat de R-C, die een desbetreffend verzoek honoreert, de verantwoordelijkheid voor de koers van het vooronderzoek zelfs maar gedeeltelijk overneemt; hij beperkt zich immers strikt tot de verzochte, concreet aangegeven onderzoekshandelingen. Pas wanneer een gerechtelijk vooronderzoek is geopend valt een deel van het vooronderzoek onder zijn competentie en verantwoordelijkheid, maar ook in die fase kan het OM – zij het rekening houdend met wat de R-C doet – zijn ‘parallele opsporingsonderzoek’ voortzetten.

Nog een enkele opmerking over de belangrijke voorwaarde voor de ontvankelijkheid die luidt, dat er een ‘criminal charge’ moet zijn. Dat is meer dan een enkele verdenking. De voorgestelde tekst begint met het begrip: verdachte, en formuleert vervolgens het criterium van de redelijkerwijs aan te nemen toekomstige vervolging, zoals die in de redelijke termijn-rechtspraak wordt gehanteerd. Daar zit een zekere rek in, wat de memorie van toelichting aangrijpt om de vrees te uiten voor ‘eindeloze discussies’ tussen R-C, verdachte, en Officier van Justitie over de vraag of aan het criterium is voldaan. Maar zo groot is die rek, die discretionaire ruimte nu ook weer niet, en

zeker niet groter dan die bij andere van de rechter verwachte beslissingen. Er moet meer aan de hand zijn dan een aanhouding en (of) een verhoor, wat de Raad van State in navolging van de Vereniging voor Rechtspraak had gesuggereerd, maar dergelijke gebeurtenissen scheppen wel een stevige basis voor het verzoek. Wanneer er bijvoorbeeld bijkomt een bekennende verklaring van de verdachte, of het gegeven dat in verwante zaken is of wordt vervolgd, of het feit dat de verdachte heeft ervaren dat mensen in zijn omgeving als getuige of verdachte naar aanleiding van hetzelfde feitencomplex door de politie zijn gehoord, is de kritische drempel naar ik meen wel overschreden.

Wanneer wij nu de argumentatie van de regering bij het wetsontwerp herziening gerechtelijk vooronderzoek in verband brengen met de eerder gesignaleerde tendens om de verdachte als 'mondig' te behandelen – wat er vooral op neer komt dat tijdig zijn kansen moet grijpen en weinig ruimte wordt gegeven voor herkansingen –, dan valt op dat die mondigheid niet wordt doorgetrokken naar een actieve rol in het vooronderzoek. Daarmee stelt de regering zich bloot aan het verwijt dat zij gelegenheidsargumenten bezigt.

Koudwatervrees leidt hier tot inconsequente redeneringen. Ter geruststelling van degenen die rampen verwachten van een eventuele invoering van het onderhavige voorstel van de commissie-Moons wijs ik erop, dat de verdachte die een verzoek ex art. 36a Sv zou indienen zich in zekere zin ook blootgeeft, omdat hij de justitie op ideeën zou kunnen brengen. Zijn actieve proceshouding is dus niet vrijblijvend. Van den Hout en Valkenburg stellen zelfs, dat de verzoeker de 'wrange vruchten' plukt van een 'gevaarlijke verlokking'. Wie zegt immers dat de verzoeker de justitiële autoriteiten niet zal verblijden met nog onbekende informatie, 'te meer omdat de R-C volgens het voorgestelde art. 36b Sv wordt verplicht om onverwijld – dus voordat hij daarover heeft beslist – een afschrift van het verzoek te zenden aan de OvJ?'. (84) Mede daarom is het volstrekt onaanvaardbaar dat dergelijke verzoeken veelvuldig en at random zouden worden gedaan. Dat geldt ook voor de vele grote zaken (fraudezaken, milieuzaken), waarin het trouwens gebruikelijk is dat de raadsman bij het politieverhoor wordt toegelaten (dit wordt afgenomen

(84) P.J. van den Hout, W.E.C.A. Valkenburg, *Herijking, vrijrijking?* DD 1990, p. 931.

door bijzondere diensten zoals de ECD, FIOD, Postale Recherche, AID enzovoort).

11. Het laatste woord

Het recht op het laatste woord heeft, zoals het rapport Recht in vorm het uitdrukt (noot p. 45) een 'hoge symboolwaarde'.

Schending van dit voorschrift is door de wetgever uitdrukkelijk met nietigheid bedreigd (art. 311 lid 4 Sv). De commissie-Moons acht het willekeurig dat dit voorschrift een formele nietigheid meekrijgt, terwijl bijvoorbeeld de cautieverplichting (art. 29 lid 2 Sv) het zonder moet doen. Het gaat om twee verschillende, en beide dragende pijlers van het strafproces. In het geval van de cautie is de verklaaringsvrijheid en het nemo tenetur-principe aan de orde; bij het laatste woord gaat het om het beginsel van de tegenspraak. Volgens de rechtspraak werkt dit principe ook door wanneer de verdachte niet is verschenen en zijn raadsman voor hem bij verstek wil optreden. In zo'n geval moet de raadsman alle rechten die de verdachte bij wel verschijnen toekomen kunnen waarnemen, inclusief dat van het laatste woord (HR 19 mei 1987, NJ 1987, 217). Niet nakoming van deze regel levert een substantiële nietigheid op.

De Hoge Raad interpreteert het voorschrift wel naar de strekking. Deze wordt als volgt omschreven: '(...) dat geen onderdeel van het onderzoek hetwelk ten bezware van de verdachte zou kunnen strekken door deze onweersproken behoeft te blijven'. Zo kan het feit, dat wél de verdachte, maar niet diens raadsman (conform art. 331 Sv) het laatste woord kreeg, niet tot nietigheid te leiden omdat aan de ratio van de bepaling niet is getornd. In verband met deze relativerende jurisprudentie stelt de commissie-Moons voor de wettelijke nietigheid te schrappen.(85)

Ik kan met de afschaffing van de formele nietigheid op zichzelf nog wel vrede hebben, maar teken bezwaar aan tegen willekeurige beperkingen van het onderhavige recht. De rechtspraak dienaangaande geeft enige redenen tot bezorgdheid. Dat de verdachte en niet de raadsman het laatste woord heeft gehad behoeft niet per se problematisch te zijn, maar het zou onjuist zijn wanneer de raadsman het woord had gevraagd en vervolgens niet gekregen.

(85) Recht in vorm, p. 46.

In HR 23 maart 1993, NJ 1993, 696 ging het om een onjuiste beperking van de pleitvrijheid van de raadsman, waarbij ook het laatste woord erbij was ingeschoten. Het proces-verbaal van de tweede terechtzitting in hoger beroep bevat de volgende passage: 'Het hof is van oordeel dat de zaak ter terechtzitting van (volgt de datum van de eerdere zitting, waarop de zaak is aangehouden) ten gronde door dit hof is behandeld en dat de zaak slechts is aangehouden teneinde de raadvrouw van verdachte in de gelegenheid te stellen de telefoontaps af te luisteren. De raadsman en de procureur-generaal krijgen de gelegenheid het woord te voeren naar aanleiding van hetgeen de verdachte heeft verklaard en/of met betrekking tot de Nederlandse telefoontaps'. Vervolgens spreekt de raadsman nog slechts een gedeelte van zijn voorbereide, op schrift gestelde pleidooi uit. De A-G Fokkens wijst erop, dat deze ingreep niet door de beugel kan en merkt daarbij op: 'Tot in het zgn. laatste woord hebben verdachte en raadsman de bevoegdheid nieuwe kwesties aan te snijden of verzoeken te doen'. Hij meent echter dat dit niet tot cassatie behoeft te leiden, en de Hoge Raad volgt hem daarin, wijzend op de inhoud van aan het proces-verbaal van de terechtzitting gehechte (gedeeltelijk doorgestreepte en blijkens de procesgang deels achterhaalde) pleitnotities. Daaruit wordt afgeleid dat de verdachte door de gemaakte fout niet in zijn verdediging is geschaad. Deze beslissing houdt echter geen rekening met de mogelijkheid, dat de raadsman andere opmerkingen zou hebben geplaatst, geheel buiten die pleitnotities om.

Het laatste woord is overigens meer dan alleen maar tegenspraak, en dat 'meer' maakt mede de symbolische waarde ervan uit. Remmelink heeft de historische verankering van dit instituut uiteengezet. (86) Het kan bijvoorbeeld worden benut om de principiële visie van de verdachte op zijn zaak, bepaalde juridische en politieke kwesties die (min of meer, maar in de opvatting van de verdachte kennelijk meer) met de zaak te maken hebben over het voetlicht te brengen. Daardoor wordt onderstreept dat de rechtszaal ook de verdachte een publiek forum biedt. Het is één van de vormen waarin de 'speelruimte' van de verdachte en de verdediging kan worden ingevuld.

(86) T.a.p., m.n. p. 211-212.

12. De verdachte advocaat; het verschoningsrecht op de helling?

In een belangrijke recente uitspraak (HR 29 juni 1993, NJ 1993, 692) heeft de cassatierechter buiten twijfel gesteld dat de telefoon- of andere telecommunicatieverbindingen van een advocaat (of andere geheimhouders, al spelen die in deze zaak geen rol) kunnen worden afgetapt. Voorwaarde is wel dat de advocaat zelf verdachte is. De in de cassatieschriftuur verdedigde stelling dat het verschoningsrecht van de advocaat ook in die situatie zijn prohibitieve werking bezit wordt door de Hoge Raad op wetshistorische en grammaticale gronden verworpen: 'Art. 125g Sv maakt geen onderscheid tussen verdachten naar gelang deze al dan niet verschoningsgerechtigd zijn, terwijl ook de wetsgeschiedenis geen aanknopingspunt biedt voor het maken van zodanig onderscheid.' En daarmee wordt tevens de slotsom verworpen die Van Veen had getrokken uit HR 10 april 1979, NJ 1979, 374 in zijn noot onder dat arrest.(87) Maar de Hoge Raad zegt in dit arrest nog meer. De verzoeker in cassatie was subsidiair nog voor een ander anker gaan liggen met de stelling, dat toepassing van het onderhavige dwangmiddel ten aanzien van de geheimhouder-verdachte slechts in zeer uitzonderlijke gevallen zal mogen geschieden. Die stelling kwam niet uit de lucht vallen, omdat zij aansloot bij de rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot de huiszoeking ter inbeslagneming bij verschoningsgerechtigden. Deze is niet geoorloofd wanneer zij gepaard gaat met schending van het beroepsgeheim (i.c. van de advocaat), behoudens in zeer uitzonderlijke omstandigheden.(88) Wat moet daaronder worden verstaan? De Hoge Raad zegt daar zelf niets over. In zijn conclusie voor het hier besproken arrest zegt de A-G Meijers daar, zich baserend op diverse auteurs(89) het volgende over: 'M.i. moet het gaan om in concreto zeer ernstige feiten, waarbij ingeval de waarheid niet aan het daglicht komt ernstig gevreesd moet worden voor de veiligheid van personen. Ik noem als voorbeeld: kidnapping. Dreigende ver-

(87) Zie ook de A-G Rummelink voor HR 19 november 1985, NJ 1986, 533, waarnaar 't Hart in zijn noot onder het in de tekst besproken arrest verwijst. 't Hart zelf nam al eerder een minder strikt standpunt in, vergelijk HR 20 oktober 1987, NJ 1988, 447 m.nt. 't H.

(88) HR 14 oktober 1986, NJ 1987, 490.

(89) O.m. G.J.M. Corstens in: Kroniek van het strafrecht 1987, Arnhem (Gouda Quint) 1988, p. 31 (advies bij een ontvoering; een advocaat die 'tot over zijn oren in een criminele organisatie zit').

mogensschade van een onaanvaardbare omvang zou ook en grond kunnen opleveren, maar bijvoorbeeld het ernstige vermoeden dat de advocaat is betrokken bij het witwassen van door drugshandel verkregen vermogens, is m.i. onvoldoende'. Bovendien wil de A-G nog een extra drempel, namelijk 'ernstige aanwijzingen dat de geheimhouder zich aan dergelijke feiten heeft schuldig gemaakt'. Tenslotte stelt hij voor dat er waarborgen getroffen zouden moeten worden om te voorkomen dat door derden wordt kennis genomen van de inhoud van gesprekken die onder het verschoningsrecht vallen.'

De Hoge Raad behandelt de telecommunicatietap echter anders dan de huiszoeking ter inbeslagneming op dit punt en overweegt in dit verband: 'Het is aan de wetgever te beoordelen of een andere afweging van de in het geding zijnde belangen behoort te leiden tot een – door het middel voorgestane – beperking van het aantal gevallen waarin een advocaat die tevens verdachte is, kan worden afgeluisterd, en tot aanvullende regels met betrekking tot de waarborgen waarmee in een zodanig geval het af luisteren moet worden omgeven'. Wel acht de Raad – ten overvloede overwegend – bijzondere maatregelen onder de huidige regeling wenselijk om ervoor te waken dat mededelingen door of aan een geheimhouder conform art. 125h lid 2 Sv onverwijld worden vernietigd, waarbij hij denkt het inwinnen van het oordeel van de plaatselijk deken – een praktijk die overigens reeds vanuit de balie wordt bepleit.

Privé-aansluitingen van de geheimhouder mochten volgens de Hoge Raad reeds worden afgeluisterd (vergelijk HR 9 juni 1992, NJ 1992, 776). In het hier afgesproken arrest wordt deze lijn doorgetrokken, aldus ook annotator 't Hart.

Op de argumentatie is m.i. wel af te dingen. Dat de wettekst geen onderscheid maakt en dat de wetsgeschiedenis zwijgt is in het licht van art. 218 Sv, waar de tekst en wetsgeschiedenis evenmin aanknopingspunten bieden voor het maken van onderscheid tussen wel en niet-geheimhouders, weinig opzienbarend.

In de civiele zaak die leidde tot HR 22 november 1991, NJ 1992 315 m.nt. ThWvV en EAAL werd uitgemaakt dat brieven en geschriften die voorwerp van het strafbaar feit uitmaken of tot het begaan daarvan hebben gediend (de objecta et instrumenta delicti) niet door verschoningsrecht worden bestreken (kort geding aangespannen door een notaris tegen dreigende inbeslagneming van documenten op zijn kantoor). Maar daaraan voegde de Hoge Raad wel toe dat het oordeel, of die documenten inderdaad objecta of instrumenta

delicti zijn toekomt aan de geheimhouder, 'tenzij er redelijkerwijs geen twijfel over kan bestaan dat dit oordeel onjuist is'.

De geheimhouder krijgt dus letterlijk het voordeel van de twijfel. M.i. moet deze lijn tenminste worden doorgetrokken naar het af luisteren van advocaten die verdacht worden van een strafbaar feit. Tapmateriaal dat naar het oordeel van de advocaat onder zijn beroepsgeheim valt moet dus worden vernietigd, tenzij het volstrekt evident is dat de opgenomen mededelingen van een door de advocaat behoren tot de (kern van de) criminele activiteit zelve. Men moet zich realiseren dat de hier gesignaleerde rechtspraak het beroepsgeheim op de tocht zet, gezien de actuele beleidsontwikkelingen bij de criminaliteitsbestrijding om het vangnet zeer breed uit te zetten. Met name juridisch-financiële diensten aan cliënten die – naar later blijkt – betrokken zijn bij georganiseerde misdaad zoals handel in verdovende middelen en de opbrengsten van die bezigheid via allerlei ingewikkelde routes willen witwassen kan de verdenking opleveren van bijvoorbeeld heling (art. 416 Sr) en zelfs art. 140 Sr. Aangezien de werkelijke criminelen er geen belang bij hebben hun (bona fide) advocaat het naadje van de kous te laten weten kan het heel goed zijn dat de verdenking wegens schuldheiling of opzetheling uiteindelijk geen stand houdt, maar dan kan het kwaad – de inbreuk op het beroepsgeheim – al geschied zijn. En omdat het begrip 'georganiseerde criminaliteit' geen juridische categorie met enig houvast is, maar een weinig omljnd crimineel-politiek begrip, is de kans niet denkbeeldig dat het toepassen van dwangmiddelen, gepaard gaande aan inbreuken op het verschoningsrecht langzamerhand uitwaaien.

Ook annotator 't Hart vraagt in zijn noot onder NJ 1993, 692 de aandacht voor dit probleem, in een situatie waarin 'de verhouding tussen Justitie (politie en Openbaar Ministerie) enerzijds en anderzijds de balie in strafzaken antagonistischer is geworden. Hij refereert aan uitspraken van J.M. van Dijk, die publiekelijk had gecrept van een lijst van advocaten die rechtstreeks bij de leiding van het bendewezen betrokken zouden zijn (het bestaan van zo'n lijst is later ontkend). (90) 'In een dergelijk klimaat', zo vervolgt 't Hart, 'zou

(90) Over de beruchte lijst van 'consiglieri', zie W.F. van Zant, Van Dijk, ga op huis aan, in: *Advocatenblad* 1993, p. 314; en het weerwoord: J.M. van Dijk, mr van Zant: being too blind to have desire to see? in: *Advocatenblad* 1993, p. 385.

een verdenking tegen een advocaat van betrokkenheid bij de lucratieve zaken van belangrijke strafcliënten – zeker wanneer ook voorbereidingshandelingen strafbaar zijn gesteld – wel eens wat eerder kunnen rijzen'. Dit laatste is inmiddels geschied (art. 46 Sr).⁽⁹¹⁾ Ik teken hierbij nog aan, dat het niet in de eerste plaats om strafrecht-advocaten gaat, maar dat de problemen vooral bij in de civielrechtelijke en fiscale sfeer actieve leden van de balie kunnen rijzen.

Terecht spreekt 't Hart in dit verband van een 'onderbelicht gebleven' probleem, dat door de wetgever, nu de zaak met de voorstellen van de commissie-Moons en de daarop gebaseerde wetsvoorstellen toch al op de helling staat, moet worden opgelost, of waarvoor tenminste door richtlijnen en afspraken met de balie. Ook de Hoge Raad zinspeelt daarop in de hierboven geciteerde overweging ten overvloede in NJ 1993, 692, waar ook – om zolang de wetgever niet heeft ingegrepen – als voorlopige oplossing het inwinnen van een oordeel van de deken wordt gesuggereerd. 't Hart wijst erop dat een vergelijkbare regeling bij de huiszoeking wordt gehanteerd (zie HR 20 juni 1988, NJ 1989, 213) maar vraagt zich af of deze regeling bij een langdurige affaire als het af luisteren in gecompliceerde zaken vaak zal zijn, praktisch uitvoerbaar is. Wel kan de deken betrokken worden bij het beoordelen van de tap-transcripties. Maar op deze wijze kan niet worden voorkomen dat de justitie toch (al is het maar even) informatie tot zich kan nemen die door het verschoningsrecht wordt bestreken (dat is bij de huiszoeking ter inbeslagneming ook het geval).

Zelf acht ik het bezwaarlijk dat van de lijn wordt afgeweken die door de civiele kamer van de Hoge Raad wordt uitgezet, namelijk dat het aan de geheimhouder zelf is (verdachte of geen verdachte) om uit te maken tot hoever het verschoningsrecht strekt, behoudens evidente gevallen van criminele besmettheid. De deken kan, wanneer een advocaat en diens kantoor doelwit is van justitieel onderzoek, over de evidentie van dergelijke gevallen zijn licht laten schijnen. Pas nadat dat is gebeurd zouden in beslag te nemen stukken en tap-transcripties aan het dossier mogen worden toegevoegd.

Daarnaast zou de deken moeten worden gekend in tapbeslissingen, gericht tegen advocaten, waarbij ook de privé-aansluitingen betrokken zouden moeten worden.

(91) Wetsontwerp 22 268.

Het antagonisme tussen justitie en balie blijkt ook uit een recent pleidooi van een Amsterdamse Officier van Justitie voor afschaffing van het verschoningsrecht van onder meer advocaten. De Dekken van de Nederlandse Orde van Advocaten T. de Waard zag zich genoodzaakt daartegen stelling te nemen.⁽⁹²⁾ Terecht noemt hij het verschoningsrecht de 'basis' van het advocatenvak: 'Zonder dat zou de vertrouwelijke relatie, voorwaarde voor goed contact tussen advocaat en cliënt, ontbreken en is een goede rechtsbedeling niet goed voorstelbaar'. De nu in wetsontwerp 23 047 voorgestelde uitbreiding van de tapmogelijkheden waarbij de verdenkingseis vervalt, karakteriseert De Waard als een 'omtrekkende beweging' bij de aanval op het verschoningsrecht.⁽⁹³⁾

13. Verdediging en getuige

Kwantitatief gezien is de bekennende verklaring, vaak in combinatie met een aanhoudings-proces-verbaal naar aanleiding van een 'heterdaadje', het belangrijkste bewijsmiddel. Maar in zaken waarin wordt ontkend (althans partiel) en het technisch bewijs niet een centrale rol vervult (zoals bij art. 26 WvW en diverse milieudelicten zoals die van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren) is het bewijs door middel van getuigen van doorslaggevende betekenis. Het is aan de verdediging om de betrouwbaarheid van het 'à charge' aangevoerd geheel van getuigenverklaringen te doen testen. De meeste auteurs die zich meer dan terloops met dit onderwerp hebben beziggehouden stellen zich op het standpunt dat deze test bij uitstek ter openbare terechtzitting moet geschieden: dat is een uitvloeisel van het onmiddellijkheidsbeginsel.⁽⁹⁴⁾ De kersverse wetgeving met betrekking tot de bedreigde getuige, en al eerder de rechtspraak met betrekking tot de anonieme getuige-infiltrant, zetten het beginsel – dat ik nog steeds een beginsel zou willen noemen –

(92) T. de Waard, Verschoningsrecht, in: Advocatenblad 1993, p. 631.

(93) Voorstel van wet, Wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met de regeling van het opnemen van gesprekken met een technisch hulpmiddel, ingediend op 11 maart 1993. Daarover (lichtelijk verbijsterd) een redactioneel commentaar van Th.W. van Veen in RM Themis 1993, p. 313–315 onder de titel: Af luisteren met richtmicrofoons.

(94) Over dit beginsel G.P.M.F. Mols, Over het onmiddellijkheidsbeginsel in strafzaken, in de Ars Acqui-special 'Rechtsbeginselen', Nijmegen (Ars Aequi) 1991, p. 160–173.

dat getuigen *ter zitting* worden gehoord, tenzij de procespartijen daarop geen prijs stellen, steeds meer in een obscuur hoekje.

Helaas is het niet zo dat in 'grote' zaken in het algemeen mag worden aangenomen dat de getuigen inderdaad de waarheid, en niets dan de waarheid vertellen. Vaak worden zij 'bewerkt': geïntimideerd of gekocht. Daarom moet de rechter uiterst voorzichtig met het hanteren van getuigenbewijs omgaan, en zeker niet alleen wanneer het gaat om getuigen 'á décharge'. Voor de verdediging is de situatie nog hachelijker. Want wat moet de raadsman, die wordt geconfronteerd met een aanbod van een niet direct te verwachten maar voor zijn cliënt gunstige getuigeverklaring doen? En wat kan de raadsman zich veroorloven ten opzichte van getuigen 'á charge' (de wet kent overigens de termen á charge en á décharge niet)?

Ik stel voorop dat het de advocaat in geen geval betaamt druk uit te oefenen op getuigen of anderszins het onderzoek te frustreren. Evenzeer dient hij een verstrengeling van zijn persoonlijke belangen met die van zijn cliënt te allen tijde strikt te vermijden – juist omdat er per definitie sprake is van enige parallelle van belangen. De raadsman is partijdig, maar tevens in alle opzichten onafhankelijk die-naar van het recht.(95)

Een interessant licht op de rol van de verdediging en de aan de activiteit daarvan te stellen eisen werpt de conclusie van de A-G Leijten voor HR 8 juni 1993, NJ 1993, 716 m.nt. Kn.

Buiten het cassatiemiddel om bespreekt de A-G een tussenbeslissing van het Hof Den Bosch, waarin dit college aangaf geen termen aanwzig te achten de zaak (zoals verzocht door de verdediging) aan te houden teneinde een politie-agent als getuige ter zitting te horen, 'nu de verdediging voldoende gelegenheid heeft gehad om deze getuige ter zitting te doen oproepen'. Dat lijkt dus een ander criterium te zijn dan het door de rechtspraak gemunte noodzaak-criterium. Leijten acht het in een naar zijn zeggen ajuridische redenering heel zinnig in een geval als het onderhavige: 'Metten aan het begin van de zitting aanhouding vragen omdat men een getuige wil (doen) horen, die men niet heeft opgeroepen of doen oproepen, betekent dat men er niets aan gedaan heeft om op deze zitting de zaak rond te krijgen en

(95) Zie de Inleiding op de Gedragsregels 1992, Vademecum Kantoor Organisatie Advocatuur (Iosbl.), Samsom H.D. Tjebck Willink, Regelgeving B-2000 p. 1-8, m.n. p. 7.

dat is obstructief. Natuurlijk ligt het anders, zo vervolgt Leijten, wanneer tijdens de loop van het onderzoek blijkt van de noodzaak om (al of niet door de inbreng van de verdediging) om alsnog nieuwe getuigen te horen en daartoe de zitting aan te houden.

Overigens speelde ook hier een te weinig geprofileerde presentatie van het aanhoudingsverzoek, omdat de raadsman het niet voor eigen rekening nam maar het Hof voorstelde een brief van zijn niet aanwezige cliënt in die zin op te vatten.

Als er sprake is van obstructie, dan moet de rechter – dat ben ik met Leijten eens – de voortgang van de procedure kunnen veiligstellen. Anders dan de A-G denk ik echter, dat men er met het noodzaak-criterium wel uit kan komen, en dat het niet nodig is om daartoe het noodzaak-criterium aan te vullen met een ‘anti-obstructiecriterium’. Weliswaar maakt het Hof het wat ingewikkeld door de ‘geen termen’-formulering te bezigen, maar ik neem aan dat in deze zaak – en vergelijkbare zaken zou kunnen vaststellen dat uit de stukken niet blijkt van de noodzaak, en dat ook de verdachte of diens raadsman niets hebben aangevoerd dat die noodzaak indiceert. Wanneer de verdediging immers een getuige niet tijdig voor de zitting (of aangehouden zitting, art. 321 Sv) heeft opgegeven aan het OM, zijn er twee mogelijkheden: ofwel er heeft zich een onvoorziene ontwikkeling voorgedaan die pas na de uiterste termijn van art. 263 Sv was verstreken bij de verdediging bekend werd, maar die moet leiden tot het oordeel dat het zoeken naar de waarheid schade zou lijden wanneer een bepaalde getuige over die ontwikkeling niet aan de tand zou worden gevoeld: ofwel er is sprake van obstructie omdat de verdediging nalaat aan te geven wat de relevantie zou kunnen zijn van de af te leggen verklaring. Maar wat, als de verdediging laks is geweest en de rechter vindt dat hij de bedoelde ontwikkeling wel had kunnen voorzien? Dan kan het heel goed zijn dat de rechter redeneert: heel vervelend dat deze verdachte (en vooral zijn raadsman natuurlijk!) met deze getuige niet tijdig op de proppen is gekomen, maar wat hij aangeeft als reden om hem of haar te horen snijdt hout (tot zo’n conclusie kan de rechter trouwens ook komen, en dat zal vaak heel praktisch zijn, nadat de behandeling eerst althans ten dele is afgewikkeld). Hij moet het verzoek dus honoreren. Wanneer de rechter daarentegen meent dat het verzoek nergens op slaat kan hij het, toetsend aan het noodzaak-criterium, gewoon afwijzen. Een redenering in de zin van: de noodzaak is er wel, maar de verdediging had er

maar tijdig mee moeten komen, is onacceptabel en strijdig met de eigen verantwoordelijkheid van de rechter in ons bestel.

In hetzelfde arrest wordt ook op een andere manier een zijlicht geworpen op de rol van de raadsman. Het ging in deze zaak om een getuige tegen wie ter zitting in hoger beroep proces-verbaal meeneed werd opgemaakt toen hij in afwijking van een eerder afgelegde voor de verdachte belastende verklaring een voor deze laatste gunstiger verhaal ten beste gaf. Daarop volgde een onderzoek in de zin van art. 293 Sv, (96) waar de getuige door de politie als verdachte werd gehoord. Ter zitting had de verdediging van deze getuige afstand gedaan. Wellicht er van uitgaand dat de getuige bij zijn laatste versie zou blijven. Toen de getuige tijdens zijn verhoor als verdachte opnieuw 'omging' en de procureur-generaal had meegedeeld hem niet opnieuw als getuige ter zitting te willen laten komen, heeft de raadsman nagelaten zijn dagvaarding te verzoeken op grond van art. 321 jo. 263 Sv. Wel verzocht hij ter zitting de aanhouding van de zaak teneinde de getuige alsnog te laten komen, hetgeen door het Hof werd geweigerd, met de motivering dat het Hof tot de inwilliging daarvan 'geen termen' aanwezig achtte. In cassatie werd er nu over geklaagd (althans, zo leest de Hoge Raad ietwat restrictief het cassatiemiddel) dat het Hof het proces-verbaal van het politieverhoor, waar de getuige zijn verklaring dus andermaal had herroepen, niet had mogen gebruiken zonder de getuige op de zitting te laten komen, en voorts dat de raadsman van de verdachte (in de hoofdzaak) ten onrechte niet in de gelegenheid is gesteld het politieverhoor van de getuige bij te wonen. Anders dan de A-G Leijten, die meent dat de verdediging door de geschetste gang van zaken er wel wat te bekaaid vanaf is gekomen, vindt de Hoge Raad geen aanleiding om te casseren. De eerste grief wordt afgewezen met de redenering die wij hierboven al tegenkwamen: uit de stukken blijkt niet, en de verdediging heeft ook niet gedocumenteerd, dat de ter zitting afgelegde getuigenverklaring mogelijk ten onrechte door het Hof als meinedig is aangemerkt. En aangaande de tweede klacht overweegt de Hoge Raad: 'Geen rechtsregel schrijft voor dat bij een verhoor ter zake van verdenking wegens meeneed de raadsman van degene die belang kan hebben bij het resultaat van het naar die meeneed ingestelde strafrechtelijk onderzoek aanwezig dient te zijn'.

Helaas komt de Raad niet toe aan de bespreking van de (kennelijk te

(96) Althans, daar lijkt het op; zie over dat punt de noot van Knigge onder 1.

impliciet verwoorde) klacht, dat het verzoek tot aanhouding en dagvaarding van de getuige ten onrechte, dan wel met toepassing van een onjuist criterium is afgewezen. Over dat criterium zwijgt het middel, maar wel wordt ervan gerept dat het Hof 'ten onrechte geen termen aanwezig heeft geacht om de zaak aan te houden' voor het opnieuw horen van de bewuste getuige.

Knigge betoogt in zijn noot, dat de Hoge Raad in feite toch een oordeel heeft gegeven over de begrijpelijkheid van de afwijzing van het verzoek: was er een concrete reden aanwijsbaar geweest om aan de juistheid van de afgelegde meenedbekentenis te twijfelen, dan had het Hof deze verklaring (die formeel weliswaar niet in het kader stond van de opsporing in de hoofdzaak maar door toevoeging aan het dossier natuurlijk toch de waarheidsvinding in die zaak diende) niet mogen gebruiken zonder de getuige opnieuw op de zitting te horen.

Duidelijk is in ieder geval wel dat als de verdediging serieus de getuige aan de tand wil voelen, de weg van art. 321 jo. 263 Sv moet worden bewandeld, omdat dan niet het noodzaak-criterium van art. 315 Sv maar het zwaardere criterium van art. 280 lid 4 moet worden toegepast.⁽⁹⁷⁾ De Hoge Raad geeft zelf immers aan, dat de verdachte in een zaak als deze 'belang kan hebben' bij het resultaat van het onderzoek naar de meened. Daarmee staat dan vast, dat de verdachte door het niet horen van de getuige in zijn verdediging kan worden geschaad.

Nu kan het natuurlijk zijn (ook annotator Knigge speculeert daarover) dat de verdediging niet serieus de getuige op de zitting wilde hebben, omdat zij bijvoorbeeld aannam dat de getuige niet voor de derde maal door de wind zou gaan. In zo'n situatie kan de raadsman mikken op wat Knigge een 'Unterpertinger-situatie' noemt. Of zo'n tactiek uiteindelijk, ook wanneer zij op de korte baan zou slagen, veel oplevert is de vraag. Men kan bijvoorbeeld hopen dat de getuige, na vernietiging en verwijzing, niet meer beschikbaar is zodat de hele zaak stukloopt, maar die kans lijkt mij in het algemeen niet groot. Ook kan het streven de voorlopige hechtenis te doen beëindigen een rol spelen. De rechter die sterk de indruk heeft dat op dergelijke 'oneigenlijke' (maar daarom nog niet onoirbare) doelstaven

(97) Ik deel de mening van Knigge, dat dit criterium ook geldt in het kader van toepassing van art. 321 Sv.

wordt gemikt zal niet bijster welwillend staan tegenover het desbetreffend verzoek en de neiging hebben 'als het even kan' voor een waterdichte verwerping te zorgen. En dat mocht de raadsman uiteraard ook incalculeren.

Blijft over de raadsman naar geldend recht – zoals de Hoge Raad nu heeft uitgemaakt – niet het recht heeft aanwezig te zijn bij het verhoor van de mogelijkerwijs meinedige getuigen, dat wordt afgenomen in het kader van het opsporingsonderzoek tegen deze laatste maar tevens van direct belang is in de zaak tegen de verdachte in de hoofdzaak. Dat is onbevredigend, nu het om een zeer toegespitste situatie gaat waar voor de verdachte een vitaal belang op het spel staat. Alleen de wetgever kan hier soulaas bieden. Te denken valt aan een verplicht verhoor door de rechter-commissaris, in plaats van de discretionaire bevoegdheid van art. 293 lid 4 voor de rechter. De 'gewone' strafvervolgning is dan uitgesloten.⁽⁹⁸⁾ Tevens dient art. 293 Sv dan te worden aangevuld in die zin, dat de verdachte, of tenminste diens raadsman, in de gelegenheid wordt gesteld het verhoor door de R-C in het kader van het gerechtelijk vooronderzoek tegen de mogelijk meinedige bij te wonen en daar vragen te stellen. Aangezien de beweerdelijk meinedige getuige zich als verdachte ook door een raadsman zal kunnen doen bijstaan is er een dubbele waarborg tegen undue influence. Naar geldend recht heeft de verdediging niet eens het recht om bij het politieverhoor als procesbewaker aanwezig te zijn, en dat gebrek wordt m.i. niet gecompenseerd door de mogelijkheid de bewuste getuige andermaal voor de te hervatten zitting te doen oproepen.

Deze perikelen vormen de juridische uitdrukking van de grimmiger geworden strafrechtelijke werkelijkheid. Stellig moet ook benadrukt worden, dat op de advocatuur een zware verantwoordelijkheid drukt om zorgvuldig met getuigen om te gaan, ook in die zin, dat er – met alle respect voor de vertrouwensrelatie met de cliënt voor moet worden gewaakt dat belastende getuigen onder onoirbare druk – of het nu belofde voordelen of bedreigde nadelen, of een combinatie daarvan betreft – hun verklaringen bijstellen. Maar anderzijds zijn de mogelijkheden van de raadsman, juist vanwege die vertrouwensrelatie beperkt; het ligt immers niet op zijn weg uitgebreide recherche-activiteiten te entameren. En het is wel zo, dat de raadsman het volste recht heeft om niet mee te werken aan het oproepen van een

(98) Vergelijk HR 17 december 1934, NJ 1935, 275.

getuige – al was het maar omdat hij ernstig vreest voor complicaties als in de hierboven besproken casus –, dat laat onverlet dat de verdachte zelf zijn recht terzake zal kunnen uitoefenen. En dan is het maar zeer de vraag of de raadsman de vrijheid heeft om de verdediging neer te leggen.

14. Ethiek en gedragsregels

Nog steeds wordt aan de raadsman in het strafproces ruimte gegeven voor een effectieve verdediging van zijn cliënt, de verdachte. De positie van de raadsman is in de codificatie van 1926 zo stevig verankerd, dat op de basis daarvan een traditie zich verder heeft kunnen ontwikkelen waarin de mensenrechtenverdragen uitstekend pasten. Maar ook dit instituut is niet immuun voor de hausse van criminaliteitsbestrijding waarvan wij de laatste jaren getuige zijn. Die heeft geleid tot wetgeving waarin de positie van de verdachte, en daarmee van de raadsman, minder gunstig is geworden, een tendens die zich nog steeds doorzet. Eén en ander is in het voorafgaande al aan de orde geweest. Maar om een evenwichtig beeld te schetsen van de situatie waarin de raadsman momenteel moet functioneren dient ook gewezen op een ander aspect: door de ontwikkelingen in de fenomenologie van de misdaad, en met name van de (al of niet) internationale georganiseerde misdaad brengt verlokkingen met zich mee, waarvoor ook advocaten (die niet per definitie beter of nobeler zijn dan andere mensen) kunnen bezwijken. De advocaat, ook – en misschien zelfs vooral – de civielrechtelijke specialist, kan bezwijken voor de verleiding om tegen riante betaling gemene zaak te maken met zijn even vermogende als criminele cliënten.

Toch ligt hier niet het grootste probleem gezien vanuit rechtspolitieke en ethische optiek. Bewust meedoen aan strafbare activiteiten van de cliënt is zonder meer strafbaar en ethisch afkeurenswaardig. Strafrechtelijk gesproken zal er in voorkomende gevallen sprake zijn van overtreding van bepalingen als de art. 416 Sr (heling), 225 Sr (valsheid in geschrift), 140 Sr (deelneming aan een organisatie met misdadig oogmerk), of deelneming aan overtreding van de Opiumwet (de art. 2 jo. 10 en 10a). Dit zijn bijzonder ernstige feiten, en moreel extra verwerpelijk waar de advocaat misbruik maakt van zijn wettelijke privileges. Daarmee wordt het voortbestaan van die privileges bovendien op het spel gezet.

Dergelijke gedragingen dienen tot strafrechtelijke en ook tuchtrech-

telijke reacties te leiden. Problematischer is echter het grijze gebied waar geen sprake is van bewuste en opzettelijke criminele betrokkenheid van de advocaat, maar waar deze toch binnen het steeds ruimer wordend strafrechtelijk vangnet dreigt te belanden.

Een voorbeeld daarvan is de verdenking, dat de raadsman die in een (grote) strafzaak optreedt zich 'uit de buit', althans met op misdadige wijze verworven middelen laat betalen. Maakt hij zich schuldig aan (schuld)heling? De regering wilde van een professionele exceptie (geen strafbaarheid bij 'normale' declaraties) voor advocaten, zoals bij amendement voorgesteld door ex-advocaat Ina Brouwer (Groen Links) niet weten, en de balie moet nu in dergelijke zaken opereren in forse onzekerheid.⁽⁹⁹⁾ Hoewel het Openbaar Ministerie (althans voorshands) terughoudend is met betrekking tot het vervolgen van advocaten in situaties als deze is er geen enkele zekerheid dat het beleid op dit punt niet zal worden aangescherpt. De cruciale vraag is dan, in hoeverre van de advocaat kan worden verlangd dat hij actief nagaat waar de middelen voor zijn honorarium precies vandaan komen ('rechercheplicht'). Het moge duidelijk zijn, dat een zeer actieve opstelling van de raadsman het totstandkomen van de noodzakelijke vertrouwensrelatie niet zal bevorderen. Daar staat tegenover, dat onder omstandigheden van de raadsman mag worden verlangd, dat hij wel informeert naar de herkomst van voor zijn honorarium bestemd geld.⁽¹⁰⁰⁾ Wanneer hij dan geen bevredigend antwoord krijgt, dan wel een antwoord dat de criminele herkomst bevestigt, zal hij deze wijze van betaling moeten weigeren, en – bij een definitief verstoorde relatie – de verdediging moeten neerleggen. Bij dit alles blijft hij echter strikt gebonden aan zijn geheimhoudingsplicht (en zal hij zo nodig een beroep moeten doen op zijn verschoningsrecht, ook wanneer het gaat om betalingen die niet rechtstreeks van zijn cliënt afkomstig zijn). Zie daarover par. 12. Ook is hij verantwoordelijk voor een goede overdracht van de zaak aan een confrère of collega.

Hierbij is de reële dreiging zelf in strafrechtelijk vaarwater te komen niet eens het belangrijkste motief. Dat is veeleer de noodzaak, ten allen tijde ook tegenover de cliënt onafhankelijk te blijven. De advo-

X (99) Vergelijk F.H. Koster, *Advocatenblad* 1990, p. 79-83.

(100) Th.A. de Roos, J. Serrarens, *Advocaten in strafzaken en criminele gelden*, in: P.C. van Duyne, J.M. Reijntjes, C.D. Schaap (red.), *Misdaadgeld*. Arnhem (Gouda Quint) 1993, p. 125-145, m.n. p. 136 e.v.

caat die zich in ondoorzichtige, chantageachtige situaties laat manoeuvreren, kan zijn rol van onafhankelijk – zij het partijdig – procesdeelnemer niet meer vervullen.

In de gedragsregels 1992 is deze waarschuwing als volgt geformuleerd:

Regel 2 lid 1: De advocaat dient te vermijden dat zijn vrijheid en onafhankelijkheid in de uitoefening van het beroep in gevaar zouden kunnen komen.

En in de toelichting op deze (uit eerdere versies van de gedragsregels overgenomen) regel luidt het: 'De advocaat moet te allen tijde bedacht zijn op de situatie dat hij ten opzichte van zijn cliënt niet meer de vrijheid en de onafhankelijkheid bezit om deugdelijk te adviseren en te representeren, waarbij ook de indruk die bij derden wordt gewekt een rol kan spelen'.

Lastiger nog is de positie van de advocaat in andere dan strafzaken, als de justitie verdenkingen koestert tegen, en overgaat tot vervolging van zijn cliënt. Deze problematiek is vooral actueel geworden door de rechtspolitieke belangstelling voor het zogenaamde 'witwassen' van gelden.⁽¹⁰¹⁾ De bonafide advocaat kan worden 'gebruikt' door zijn cliënten om hun door (vaak georganiseerde, niet zelden in internationaal verband) misdrijven verkregen inkomsten aan het oog van de justitie te onttrekken. Het probleem is, dat de dienstverlening in kwestie op zichzelf genomen volkomen legaal kan zijn, maar er in de ogen van de vervolgende autoriteiten heel verdacht kan uitzien (denk aan belastingontwikkelingsconstructies, Bahamaroutes, 'sluizen' van gelden naar banken in Luxemburg en Liechtenstein waar (nog) geen meldingsafspraken of -plichten met betrek-

(101) Vergelijk over het fenomeen van het witwassen: E. Udink, *Criminele geldstromen: schijn en werkelijkheid. Een onderzoek naar het witwassen van crimineel geld in Nederland*. Arnhem (Gouda Quint) 1993; over de advocatuur in dat verband de p. 88–92.

king tot ongebruikelijke transacties gelden).⁽¹⁰²⁾ Juist naarmate – zoals dat wordt geformuleerd – criminelen er beter in slagen in de ‘bovenwereld’ door te dringen en met crimineel verworven middelen legale ondernemingen over te nemen, is het voor de advocaat in de regel niet inzichtelijk wat voor vlees hij in de kuip heeft. Dat is het zelfs voor overheden niet, die aan dergelijke dubieuze ondernemers veelal de vereiste vergunningen niet onthouden. Voor de advocaat komt daarbij, dat hij met het oog op de vertrouwensrelatie niet met rechercheplicht kan worden opgezadeld. Niettemin ligt hier een reëel probleem, dat ook door de balie niet kan worden weggewuifd. En dat gebeurt ook niet, getuige de actieve deelneming van de beroepsorganisatie in initiatieven en netwerken die beogen die werkzaamheid van de georganiseerde criminaliteit terug te dringen. Het is echter nog niet zo eenvoudig tot de formulering van specifieke vuistregels te komen. Geopperd is het ‘screenen’ van nieuwe cliënten bij kantoorgenoten.⁽¹⁰³⁾ Men kan ook denken aan standaardprocedures met betrekking tot de declaratie en de wijze van betaling (altijd giraal bijvoorbeeld). Van belang is ook, dat de schijn moet worden vermeden dat de advocaat zich in de affaire van zijn cliënt mengt al was het maar om zijn honorarium veilig te stellen (hoe legitiem dat op zichzelf moge zijn). Een ‘passieve’ houding wat het honorarium betreft strekt tot aanbeveling. Meer in het algemeen moet de advocaat zich telkens (en meer dan vroeger) afvragen, wat ‘des advocaten’ is, waarbij strikte beperking tot puur juridische hulpverlening (in adviserende zin en als procesbijstand) richtsnoer moet zijn. Het Hof van Discipline heeft uitgemaakt, dat de advocaat ‘de belangen van zijn cliënt dient te behartigen aan de hand van feitenmateriaal dat zijn cliënt hem verschaft en dat hij in het algemeen mag afgaan op de juistheid van dat feitenmateriaal en slechts

(102) Over de gevolgen van de Wet melding ongebruikelijke transacties voor de advocaat, zie D.R. Doorenbos, *Money laundering. De rol van de financiële sector*, DD 1993, p. 764–779, m.n. p. 770–772. Zo is het onverstandig, wanneer de advocaat zich contant laat uitbetalen, zeker wanneer dat geschiedt in vreemde valuta of ‘ongewone verpakking’. Voor mij staat het overigens vast, dat de advocaat die zich zo laat uitbetalen nimmer de betaling (hoe ‘ongebruikelijk’ ook) zal mogen melden, tenzij zijn cliënt hem daar uitdrukkelijk toestemming voor geeft. Maar dat wil weer niet zeggen, dat zijn geheimhoudingsplicht in zo’n situatie altijd een overmachtsexceptie zou opleveren.

(103) Wat de advocaat betaamt. Rede van de Algemeen Deken mr W.G. van Hassel tijdens de Jaarvergadering in Den Haag, 2 oktober 1992, in: *Advocatenblad* 1992, p. 509–513.

in uitzonderingsgevallen gehouden is de juistheid daarvan te verifiëren'. (104) Dit werd overwogen in het kader van de verplichtingen van de advocaat om geen feiten te poneren waarvan hij de onwaarheid kent of redelijkerwijs kan kennen, en ter nuancering van dat uitgangspunt (zie ook Gedragsregels 1992, regel 30), maar m.i. geldt dit uitgangspunt ook voor de hulpverlening in het algemeen en ten aanzien van de herkomst van het honorarium. Hoe meer de balie zich verwijdt van de harde kern (bijstand bij strafvervolgning, of voorbereiding of preventie daarvan), des te minder rechtvaardiging zal er zijn voor het over de gehele linie in stand houden van de privileges. Het gehele advocatentuchtrecht alsmede de (niet bindende, maar oriënterende) (105) gedragsregels, zijn bij uitstek gericht op de functie van de advocaat 'in foro'. De zelfregulerende betekenis van deze normen en code voor de beroepsgroep staat of valt met de specifieke binding van de balie aan de rechtspleging. Daar ligt ook het publieke belang dat een onafhankelijke, professionele organisatie van de rechtsbijstand vertegenwoordigt. Zie ook de beschouwingen in par. 12 over het verschoningsrecht in criminalibus.

Binnen die dienstbaarheid aan de rechtspleging, die in alle onafhankelijkheid gestalte moet krijgen en daarom niet met termen als 'Organ der Rechtspflege' of 'officer of court' kan worden aangeduid, dient de vrijheid van handelen van de raadsman zeer groot te zijn.

Grievende uitlatingen (jegens de tegenpartij of jegens autoriteiten) zijn toegestaan, tenzij zij niet functioneel zijn (dat wil zeggen, wanneer er redelijkerwijze geen cliënten belang mee gediend is). 'Zand in de machine' van de justitie strooien is slechts als doel op zichzelf ongeoorloofd, en overigens alleen dan wanneer de raadsman zich buiten de wettelijke kaders begeeft. Ook 'misbruik van procesrecht' (par. 2) is m.i. tuchtrechtelijk niet laakbaar, al is het zeer de vraag of dat (uiteindelijk) een verstandige strategie is.

In uitzonderlijke situaties kan een zorgvuldige afweging van belangen door de raadsman er zelfs toe leiden, dat de bedoeling van de wet en de belangen van de rechtspleging geweld wordt aangedaan zonder dat hen tuchtrechtelijk iets te verwijten valt. Zo achtte het Hof van Discipline een klacht ongegrond tegen een advocaat, die zijn cliënt had geadviseerd geen gehoor te geven aan een dagvaarding

(104) HvD 22 april 1991, nr. 1479, S. Boekman, p. 82.

(105) Inleiding op de Gedragsregels 1992, t.a.p. (noot 95).

om als getuige in de strafzaak tegen een medeverdachte op te treden. Het Hof overwoog dat een dergelijke handelwijze slechts door bijzondere, overmacht opleverende omstandigheden kan worden gerechtvaardigd. Deze waren in casu aanwezig, omdat de advocaat pas vlak voor de strafzitting op de hoogte kwam van de dagvaarding van zijn cliënt als getuige, en geen andere mogelijkheid zag om te bevorderen dat het zwijgrecht van zijn cliënt optimaal tot zijn recht zou komen. (106)

Zo benadrukt de tuchtrechter zowel de grote eigen verantwoordelijkheid als de grote vrijheid die in ons recht aan de raadsman mocht worden gelaten. Deze lijn kan worden doorgetrokken naar het verschoningsrecht, waar eveneens het uitgangspunt geldt dat de geheimhouder-advocaat dient uit te maken waartoe zijn verschoningsrecht zich uitstrekt.

De gedragsregels zijn nauwelijks specifiek op het strafrecht afgestemd, terwijl er wel vele regels zijn die betrekking hebben op de civiele procedure. Dat neemt niet weg dat de algemene bepalingen zonder meer opgaan voor het doen en laten van de raadsman in strafzaken. Regel 16 lid 2 Gedragsregels 1992 luidt: 'In strafzaken zal de advocaat zich ervan onthouden getuigen die door het Openbaar Ministerie zijn gedagvaard of opgeroepen vooraf te horen'. Deze regel is (ondanks de uitzondering in het derde lid) te rigide geformuleerd, reeds omdat hij in het algemeen niet geldt voor getuigen die *op initiatief van de verdediging* zijn opgeroepen. De ratio van de regel is het voorkomen van ongeoorloofde beïnvloeding, of sterker: zelfs de schijn ervan. Die ratio moet zeer ernstig worden genomen in een tijdsgewricht waarin het uitoefenen van druk op getuigen helaas tot de meer gebruikelijke fenomenen is gaan behoren. Het uitoefenen van enige vorm van druk op een getuige om terug te komen van een voor zijn cliënt belastende verklaring is uit den boze. Hier geldt dus een gebod van terughoudendheid.

Omzichtig moet de raadsman ook opereren in prillere fasen van het strafproces. Hij dient zich te onthouden 'van alles wat, naar redelijkerwijs valt te verwachten, aan de rechtmatige waarheidsvinding door de justitiële autoriteiten nadeel zal berokkenen'. Contact op-

(106) Vergelijk G.P.M.F. Mols, V. Malherbe, *Tuchtrechtspraak voor advocaten*. Nederlandse Orde van Advocaten/W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1990, p. 43-44; Hof van Discipline 11 oktober 1982, nr. 689.

nemen met een medeverdachte van de cliënt kan tuchtrechtelijk verwijtbaar zijn. (107) Anderzijds is onjuist een extensieve interpretatie van regel 16 lid 2 in die zin, dat het advocaten niet zou zijn toegestaan (in welke fase van het proces dan ook) 'getuigen' te benaderen, met name niet wanneer deze nog door de justitiële ambtenaren gehoord zullen worden. Het checken vooraf van wat een potentiële getuige 'à décharge' mogelijk zou kunnen verklaren behoort wel degelijk bij het professionele advocatenwerk; het dient bovendien de waarheidsvinding en de efficiency van de strafrechtpleging. (108)

EVALUATIE EN PERSPECTIEF

Het streven naar meer armslag voor de justitiële autoriteiten mag de 'speelruimte' voor alle partijen niet wegnemen. Het strafproces heeft zeker een spelkarakter, en dat moet ook zo blijven. Er is geen betere vorm om in onze imperfecte samenleving de hoge ethische waarden die bij de bescherming van die samenleving tegen schadelijke en immorele gedragingen een rol spelen, op elkaar af te stemmen en tot hun recht te laten komen. De positie die ons strafprocesrecht aan de verdediging toekent is verbonden met en afhankelijk van de rol die de rechter speelt, en de mate van activiteit dan wel lijdelijkheid die deze rol kenmerkt. Momenteel heerst onzekerheid op dit punt. Van de verdachte (en zijn raadsman) wordt mondigheid en alertheid verwacht, maar de rechter behoudt een eigen verantwoordelijkheid. Waar liggen de grenzen? Wordt niet te snel aangenomen dat de verdachte zijn beurt voorbij heeft laten gaan, of een verweer of verzoek maar duidelijker had moeten presenteren? En wordt niet te gemak-

(107) HvD 18 december 1989, nr. 1193, zie S. Boekman, Het huidige advocaten-tuchtrecht, Zwolle (W.E.J. Tjeenk Willink) 1993, p. 76; Th.A. de Roos, Verdediging van belangen. Het belang van de verdediging. Arnhem (Gouda Quint) 1991, p. 45.

(108) Vergelijk G.P.M.F. Mols, Advocatuur, ethiek en criminaliteit, in: Vereniging de Jonge Balie Utrecht (red.), Er zijn grenzen. Over samenwerking, beperkingen en mogelijkheden van de advocatuur. Zwolle (W.E.J. Tjeenk Willink), 1993, p. 11-24, m.n. p. 17-18. Mols vermeldt een contrair standpunt van het OM in een casus, waarin de raadsman, nadat de politie terzake - ondanks herhaald aandringen door de raadsman - nagelaten had een alibi-getuige te horen, zelf met deze getuige contact had opgenomen). Zie dezelfde auteur uitvoerig en kritisch over de (voorgangster) van deze regeling: Getuigen in het voorbereidend onderzoek in strafzaken, in: G.P.M.F. Mols (red.), Schaduwen vooruit. Rechtsgeleerde opstellen over het voorbereidend onderzoek in strafzaken. Arnhem (Gouda Quint) 1992, p. 47-78, m.n. p. 49-57.

kelijk een vormverzuim 'gerelativeerd' met een verwijzing naar de opstelling van de verdachte? Een algemeen antwoord op die vragen is moeilijk te geven, maar op grond van dit precadvies wordt wel duidelijk dat er reden is voor ongerustheid.

De signalen uit Straatsburg zijn soms verwarrend en vaak weinig voorspelbaar (vergelijk de rechtspraak over de redelijke termijn en over behandeling bij verstek).

De positie van de verdediging is echter vooral door ontwikkelingen in de wetgeving ongunstiger geworden, getoetst aan het 'evenwichtsmodel' van de codificatie van 1926. Niet de rechtsbescherming van de verdachte is de laatste decennia overgewaardeerd; het tegenovergestelde is het geval.

Het antwoord dat de wetgever de laatste jaren geeft op de – inderdaad verontrustende, maar ook nog onvoldoende onderzochte – ontwikkelingen in de criminaliteit maakt de burger, zelfs als hij (nog) niet verdachte is, te zeer tot voorwerp van onderzoek, door het overmatige accent op het pro-actieve element en op 'onorthodoxe' onderzoeksmethoden. Is die burger eenmaal verdachte, dan staat hij in het strafproces op een zo grote achterstand, dat alleen het verruimen van de mogelijkheden tot tegenspraak voor herstel van het evenwicht kan zorgen.

Ik heb in het voorafgaande slechts enkele facetten van de positie van de verdediging kunnen onderzoeken, aan de hand van recente rechtspraak en wets(voor)ontwerpen. Het ging om de vraag: behoudt de verdediging, gezien de tendensen in wetgeving en rechtspraak, voldoende speelruimte? Oriëntatiepunt bij de beantwoording van die vraag is de in mijn ogen nog steeds geldige evenwichtskonceptie van het wetboek van 1926.⁽¹⁰⁹⁾ Bespiegelingen over een 'fundamentele' herziening van het wetboek zijn zo langzamerhand een academische bezigheid geworden, gelet op wat er aan wetgeving in adembenevend tempo over ons heen spoelt, en de onzekerheden die de Straatsburgse jurisprudentie met zich brengt. Ondanks eeuwige Straatsburgse 'correcties' zoals op het gebied van de ondervragingen van getuigen á charge is het inquisitoire element in het strafpro-

(109) Daarover uitgebreid mijn bijdrage aan de Special van Justitiële Verkenningen, *Herijken van strafvordering: Vormen, waarden en maatschappelijke onvrede. Het rapport Recht in vorm en de uitgangspunten van het Wetboek van Strafvordering*, JV 1993, p. 32-54.

ces in opmars, mede door toedoen van dogmatisch nauwelijks in te passen regelingen zoals het strafrechtelijk financieel in het kader van de toepassing van het nieuwe artikel 36e Sr, en – straks – het af luisteren van (nog) niet-verdachten. Van Veen heeft terecht het oneigenlijk gebruikt dat in laatstbedoeld wetsontwerp van het wetboek wordt gemaakt gegistpt.(110) Tegen die achtergrond is het gevaar groot, dat het vooronderzoek in nog sterkere mate beslissend wordt dan al het geval is, omdat effectieve controle door het ontbreken van de mogelijkheid tot tegenspraak en tegenonderzoek onmogelijk wordt. Niet alle stroomlijningen zijn onaanvaardbaar, al kunnen zij voor de verdachte ongunstig uitpakken (bijvoorbeeld omdat hij niet meer kan profiteren van fouten die het gevolg zijn van ingewikkelde termijnenregelingen bij de sluiting van het gerechtelijk vooronderzoek, of omdat hij niet op vrije voeten komt wanneer de nietigheid van de dagvaarding wordt uitgesproken). Evenmin is de invoering van bepaalde nieuwe dwangmiddelen a priori onacceptabel. Belangrijk is dan wel, dat een reële rechterlijke toetsing mogelijk is, en niet een pseudotoetsing zoals in het wetsontwerp-richtmicrofoons voorzien. En last but not least moet het evenwicht, dat nu ruimschoots ten nadele van de verdachte wordt verbroken (een legislatieve ontwikkeling waartegen de rechter zich over het algemeen niet voldoende schrap zet, maar ook door vastberaden tegengas van de nationale en vooral de internationale rechter onvoldoende kan worden gekeerd) het contradictoire element in het vooronderzoek worden versterkt. Ik heb daarom ruim aandacht besteed aan de kwestie van de mini-instructie op verzoek van de verdachte. Daarnaast moet vermeld de aloude strijdvraag van de aanwezigheid van de raadsman bij het politieverhoor, die naar geldend recht een gunst is maar geen recht. Hoewel onder deskundigen en strafrechtelijke professionals veel steun is voor de invoering van een wettelijk recht op rechtsbijstand op het politiebureau inclusief het bijwonen van de verhoren door de raadsman, heeft deze gedachte politiek geen kans gekregen. Maar daar kan verandering in komen – er is alle aanleiding om dit dossier te heropenen.

(110) Th.W. van Veen, Afluisteren met richtmicrofoons (Redactionele kanttekeningen), in: RMTb 1993, p. 313-315.

DEEL IV

STRAFVORDERING EN
CRIMINALITEITSBESTRIJDING

Preadvies mevr. mr W. Sorgdrager

1. Grondslagen: Waarom deze discussie?, 195
 - 1.1. *Criminaliteit en onveiligheid*, 195
 - 1.2. *Zondebokken*, 196
2. Het wetboek van strafvordering, 200
 - 2.1. *Kort overzicht van de geschiedenis van het wetboek*, 200
 - 2.2. *Hoofdbeginselen van het ontwerp*, 202
 - 2.3. *Ontwikkelingen na de Tweede Wereldoorlog*, 204
 - 2.3.1. *Het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden*, 205
 - 2.4. *Aanpassingen en jurisprudentie na de jaren zeventig*, 212
3. Ontwikkelingen in de criminaliteit, 214
 - 3.1. *Politiestatistieken*, 215
 - 3.2. *Oorzaken*, 217
4. Opsporing en vervolging van strafbare feiten, 218
5. Eerste conclusie: het straf(proces)recht heeft bij de bestrijding van de criminaliteit slechts een beperkte functie, 219
6. Als de criminaliteit niet met het strafrecht bestreden kan worden, hoe dan wel? 220
 - 6.1. *Prioriteiten*, 220
 - 6.2. *Rechtshandhaving, rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid*, 221
7. Het strafrecht als sluitstuk, 225
 - 7.1. *Functie van het straf(proces)recht*, 225

- 7.2. *Zijn er redenen om de grondslagen van het strafprocesrecht te verlaten?*, 226
- 7.3. *Herijking van het Wetboek*, 228
 - 7.3.1. *commissie-Moons*, 229
- 7.4. *Hercodificatie?*, 234
 - 7.4.1. *Aanpassingen aan de ontwikkelingen in de criminaliteit*, 234
- 8. *Slotbeschouwingen*, 239

Met dank aan Karin Fontein en Wim van de Ven voor het verzamelen van literatuur en jurisprudentie.

Deel IV – Strafoordering en criminaliteitsbestrijding

1. GRONDSLAGEN: WAAROM DEZE DISCUSSIE?

1.1. Criminaliteit en onveiligheid

Criminaliteit is een veelbesproken onderwerp. De kranten staan er vol van. Criminaliteit, spectaculaire strafbare feiten, zijn nieuws. Iedereen praat erover: in de politiek, in speciaal opgerichte netwerken, op verjaardagsvisites. De een beïnvloedt de ander, de burger wordt voortdurend via de media geconfronteerd met overvallen, straatroof en wat dies meer zij. Als hij al niet verontrust was, wordt hij het wel. Wanneer hij bovendien wordt geconfronteerd met verloederung van zijn eigen omgeving en eventueel zelf slachtoffer wordt van een misdrijf is er niet veel meer nodig om een groot gevoel van onveiligheid teweeg te brengen.

De tijd dat we tegen 'de verontruste burger' zeiden dat hij beter een andere krant zou kunnen lezen is voorbij. En dat niet alleen omdat er nu geen krant meer is die niet uitgebreid verslag doet van alle criminele ellende in onze samenleving.

Criminaliteit is een van de belangrijkste oorzaken van onveiligheidsgevoelens van burgers. Of deze nu objectief of subjectief zijn doet er niet zo veel toe. Het zijn gevoelens waarmee terdege rekening moet worden gehouden.

In april 1993 verscheen de Integrale Veiligheidsrapportage, uitgebracht door een aantal departementen. Deze rapportage begint met de volgende constatering:

'Onveiligheid scoort hoog bij burgers als hen wordt gevraagd om de maatschappelijke problemen te rangschikken. In sommige gemeenten wordt onveiligheid zelfs als eerste genoemd, nog voor werkloosheid, milieuverontreiniging, oorlog en fraude. Behalve gevoelens van onveilig-

heid en individuele schade vertegenwoordigt de maatschappelijke schade die wordt veroorzaakt door onveiligheid in brede zin een bedrag van bijna 12 miljard gulden⁽¹⁾.

Criminaliteit staat hoog op de politieke agenda. Politici tonen zich verontrust, vragen aan de Minister van Justitie die voor de aanpak van dit probleem verantwoordelijk wordt geacht hoe dat zo maar kan en wat hij eraan denkt te doen. De politiek reageert op incidenten en naar aanleiding van die incidenten worden ad hoc oplossingen of schijnoplossingen bedacht. Denk aan de verdachte van een ernstig delict die wegens celgebrek wordt vrijgelaten uit de voorlopige hechtenis. Dat is een incident, maar het gevolg van een structureel probleem waarvoor tot voor kort veel te weinig aandacht was. Er wordt een gedetailleerde regeling bedacht die moet voorkomen dat zoiets zich herhaalt. Maar elke dag worden er mensen weggezonden, die eigenlijk in voorlopige hechtenis hadden moeten blijven, worden er straffen niet helemaal uitgezeten omdat de gestraften plaats moeten maken voor nieuwe verdachten. Dat laatste valt minder op dan een verdachte uit de voorlopige hechtenis te ontslaan en zo voorkomen we tijdelijk een nieuw incident. En een echt structurele oplossing is er nog niet. Nieuwe cellen, ja, maar wie betaalt die? Justitie, maar hoe? Er komt geld, maar tegelijkertijd moet er voor een groter bedrag bezuinigd worden. Waarop? Op de rechterlijke organisatie? In absolute machteloosheid wordt dan gekeken of er misschien nog iets is te halen uit de opbrengsten van boetes en transacties. En dat in plaats van een principiële keuze voor regeringsbrede, integrale, aandacht voor de veiligheid in de samenleving. En niet alleen aandacht in woorden, maar in prioriteitstelling. Misschien wat minder carpoolstrook, wat meer departementale efficiëntie, wat minder beleid, wat meer handhaving.

1.2. Zondebokken

Niemand weet natuurlijk hoe het probleem van de steeds maar groeiende overlast van criminaliteit in al zijn vormen moet worden opgelost. De neiging om iets of iemand de schuld te geven is mense-

(1) Integrale Veiligheidsrapportage, uitgebracht door de Ministeries van Binnenlandse Zaken, Justitie, Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Verkeer en Waterstaat en van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieu, april 1993.

lijk en ook aan 'de politiek' is niets menselijks vreemd. Men zoekt naar een zondcbok en in dat verband worden er verscheidene ten tonele gevoerd.

De politie

De politie doet niets, komt niet als er iets aan de hand is, gedraagt zich klantenvriendelijk als iemand naar het bureau komt om aangifte te doen van een strafbaar feit, is alleen maar bezig met reorganiseren en met de eigen rechtspositie; de politietop zorgt wel heel goed voor zichzelf.

Zo is er nogal wat kritiek op de politie.(2) Daar doet de stoere taal die zo nu en dan uit die kringen te horen is, weinig aan af. Misschien leidt dat slechts de aandacht af van de werkelijke problemen.

Het aantal ter kennis gekomen misdrijven (uit het Wetboek van Strafrecht) per 100 000 inwoners is van 1950 tot 1990 gestegen van 928 tot 6966. Dat is ongeveer 7,5 keer zoveel. Het ophelderingspercentage is gedaald van ongeveer 60% tot 19%. Het aantal opgehelderde misdrijven per rechercheur is echter in de loop van de tijd ongeveer gelijk gebleven (ongeveer 55 per jaar).(3)

De individuele politieman of -vrouw lijkt dus in de loop van de jaren geen slechter werk af te leveren (in de cijfers is echter de inschakeling van de geüniformeerde dienst bij de afhandeling van kleine criminaliteit niet verdisconteerd; de invloed van de generale taakstelling kon evenmin meegewogen worden).

Het aantal opgehelderde zaken is eveneens de laatste jaren ongeveer gelijk gebleven: rond de 240 000(4), bij een overigens stijgend aantal geregistreerde misdrijven.

De vraag kan dus gesteld worden in hoeverre de groei van het totale aantal politiefunctionarissen ten goede is gekomen aan de bestrijding van de criminaliteit in het algemeen.

Het Openbaar Ministerie

Een krakkemikkige organisatie die voortdurend fouten maakt. 'Vormfouten' heet dat in de wandeling en gemakshalve wordt ook

(2) Zie ook de uitkomsten van de eerste landelijke politie-monitor bevolking, gepubliceerd in het najaar 1993.

(3) Cijfers uit: CBS, Recht en statistiek nr. 13 1950-1990 en Belcidsplan Samenleving en Criminaliteit.

(4) O.a.: Recht in Beweging, belcidsplan voor Justitie p. 24.

alles maar onder die noemer geschoven. Officiëren van Justitie die blunderen, hun zaken niet kennen en zich alleen maar met 'beleid' bezighouden omdat je daarin alleen maar carrière kan maken. De enorme kritiek op het OM, mede gestimuleerd door de media, heeft inmiddels geleid tot het door de Tweede Kamer gevraagde onderzoek naar 'de wijze waarop het Openbaar Ministerie zijn taken in de toekomst het beste kan vervullen'. (De commissie-Donner)

Fouten vallen op, dingen die goed gaan niet. Een bevolkingsonderzoek naar de waardering van het publiek voor het Openbaar Ministerie, zoals dat bij de politie gebeurt, is nog niet gehouden. Omdat het publiek in het algemeen niet zo bekend is met en geïnteresseerd is in het werk van het Openbaar Ministerie(5), doch zich wel zorgen maakt over 'al die vormfouten' zou een dergelijk onderzoek wel eens heel negatief voor het OM kunnen uitvallen.

Natuurlijk gaan er dingen fout en er is ook veel terechte kritiek uit te oefenen, maar het beeld dat de rechtsstaat in gevaar is door disfunctioneren van het Openbaar Ministerie is toch wat overdreven. Overigens draagt de soms wat masochistische, soms cynische houding van het OM zelf ook enigszins bij aan het beeld dat de buitenwereld van het OM heeft.

Enkele cijfers:

In 1990 werden bij de parketten ongeveer 261 000 zaken ingeschreven. Daarvan werden er 141 000 door het OM zelf afgedaan en 88 000 aan de rechter voorgelegd. Van deze 88 000 eindigden ruim 83 000 (bijna 93%) in een schuldigverklaring.(6)

Dat het in de overige 7% niet tot een schuldigverklaring is gekomen, is niet in alle gevallen te wijten aan fouten van het OM. Vrijspraak en ontslag van rechtsvervolgning kunnen op heel andere, juridische

(5) Dr Elly Rood-Pijpers schrijft in haar analyse van meningen in de bevolking, in de media en in vijf politieke partijen 'Openbare mening en misdaad' (1989): 'Voor het Openbaar Ministerie is nauwelijks belangstelling vanuit de bevolking, doch beslissingen in het kader van het vervolgingsbeleid worden nogal eens beïnvloed door de omvang en intensiteit van het protest uit de bevolking tegen bepaalde situaties en gedragingen (Windlesham 1987). Hierbij kan de pers overigens een tamelijk bedenkelijke rol spelen (...). Recente voorbeelden zijn te vinden op de terreinen van incest en pedofilie. Door de publiciteit naar aanleiding van enkele opzienbarende zaken zijn zij zichtbaar gemaakt en acute, justitiële problemen geworden, hetgeen consequenties heeft voor de opsporing, de aangifte en de vervolging.'

Ditzelfde mechanisme speelt een rol in de discussie over vormfouten.

(6) Jaarverslag Openbaar Ministerie 1991.

gronden worden uitgesproken. Anderzijds is het natuurlijk zo dat in de voorfase zaken geseponeerd kunnen worden omdat er bijvoorbeeld fouten zijn gemaakt bij de opsporing waardoor een veroordeling niet meer mogelijk is.

Het hierboven al genoemde onderzoek naar het Openbaar Ministerie zal zich ook richten op vormfouten en wellicht dat daaruit een realistisch beeld zal komen omtrent de omvang en betekenis daarvan.

De advocatuur

Advocaten denken alleen maar aan het belang van hun cliënt. En soms niet alleen daaraan, ook aan hun eigen belang. Advocaten strooien met opzet zand in de machine in de hoop dat er een procedurele fout wordt gemaakt die ertoe leidt dat de verdachte zijn straf ontloopt.

Er zijn advocaten die juridische adviezen geven aan misdadige organisaties opdat die zo goed mogelijk geëquipeerd hun verboden activiteiten kunnen ontplooiën.

Dit zijn onderwerpen die binnen de Orde van Advocaten in discussie zijn, hetgeen de noodzakelijke bewustwording binnen de beroepsgroep stimuleert.

Natuurlijk mag een raadsman in het belang van zijn cliënt gebruik maken van de mogelijkheden die de wet hem biedt. Wanneer is zoiets ethisch niet meer acceptabel? Hoe weet een advocaat dat hij adviezen geeft aan een criminele organisatie?

Is het echt zo dat er advocaten in dienst zijn van criminele organisaties? Misschien wel, maar dergelijke verschijnselen mogen niet geprojecteerd worden op de advocatuur als geheel.

De rechters

Sommige rechters geven zware criminelen een schorsing van de voorlopige hechtenis als ze een of ander examen moeten doen. Logisch dat die niet meer terugkomen. Ze laten zomaar een zware crimineel los als er een foutje is gemaakt.

Ze laten zich in de luren leggen door hulpverleners die zeggen dat detentie voor de cliënt desastreus is.

Rechters moeten de wet en het recht toepassen. Dat leidt wel eens tot situaties die moeilijk uit te leggen zijn, maar dat kan de rechter in de meeste gevallen niet worden aangerekend.

Het Wetboek van Strafvordering

Als we dat nu maar vereenvoudigen, dan zal alles beter gaan. Er moeten meer bevoegdheden komen voor politie en justitie, zeggen sommigen. De rechtsbescherming is veel te veel doorgeslagen naar de kant van de verdachte.

Als politie en justitie zich niet meer behoeven te bekommeren om allerlei formaliteiten en termijnen, dan kunnen de advocaten de zaak niet meer frustreren en kunnen de rechters beslissingen nemen die meer in overeenstemming zijn met de wensen van de publieke opinie.

Zou dat werkelijk zo zijn? En als we dat doel bereikt hebben, kunnen we dan nog spreken van 'de rechtsstaat' die wij toch allen wensen? Anderen daarentegen vinden dat de verworvenheden op het gebied van rechtsbescherming nu maar eens gecodificeerd en wellicht verder ontwikkeld moeten worden.

De wet is een afspiegeling van de tijdgeest. Zij wordt door de politiek gemaakt en als we de geluiden die daar soms opklinken serieus moeten nemen, zou er wel eens een tendens kunnen ontstaan naar een zodanige 'vereenvoudiging' van het strafproces dat de balans, die nu misschien iets te veel ten gunste van de verdachte is komen te liggen, geheel naar de andere kant doorslaat. En we moeten ons al helemaal niet laten leiden door de gedachte: het Openbaar Ministerie kan het allemaal niet meer aan, we moeten minder van het OM verwachten en het de Officier van Justitie procedureel niet te moeilijk maken.

Wat is 'recht'? Wat is 'rechtvaardigheid'? Is dat naar plaats en tijd bepaald?

Over de laatste zondebok, het Wetboek van Strafvordering, gaat nu de discussie.

2. HET WETBOEK VAN STRAFVORDERING

2.1. Kort overzicht van de geschiedenis van het wetboek

In 1838 werd de tot dan geldende Code d'Instruction Criminelle vervangen door een Nederlands Wetboek van Strafvordering. Dit wetboek had veel overeenkomsten met de Code. Al in 1848 werd in wetenschappelijke kring aangedrongen op algehele herziening, om-

dat men het verouderd vond. Toch duurde het nog tot 1910 voordat er een staatscommissie werd ingesteld voor het ontwerpen van een geheel nieuw Wetboek van Strafvordering.⁽⁷⁾ In 1914 werd het ontwerp voor het huidige wetboek bij de Tweede Kamer ingediend. Geprobeerd werd de verschillende wensen, die in de loop van de jaren met betrekking tot het strafproces waren geuit, tot hun recht te laten komen. De strafprocedure werd 'gematigd accusatoir', aldus de Memorie van Toelichting.

In die tijd werd in wetenschappelijke kringen al gediscussieerd over de vraag of een inquisitoir dan wel een accusatoir strafproces de voorkeur zou verdienen. Heel bewust heeft men het accusatoire karakter van het Anglo-Amerikaanse proces niet overgenomen, hoewel de Commissie van Voorbereiding van de Tweede Kamer daar wel voor voelde.

Volgens de Memorie van Toelichting bij het ontwerp wachtte het Wetboek van Strafvordering

'reeds lang op een algehele herziening. Het strafproces moet, althans ten dele, op nieuwe grondslagen worden opgetrokken. Het Wetboek van 1838 was, behoudens zeer belangrijke afwijkingen, toch in zoverre een navolging van de Code, dat de in dat wetboek gemaakte scherpe onderscheiding tussen de beginselen, die het voor- en die het eindonderzoek beheersten, ook in onze wetgeving werd overgenomen.

(...)

Nog altijd draagt dus ons vooronderzoek het beeld van de bijna twee en een halve eeuw geleden vastgestelde franse ordonnantie en het behoelt weinig betoog, dat sinds die tijd de denkbeelden over de goede en juiste beginselen van het strafproces geheel zijn gewijzigd.'

In het ontwerp werd dan ook veel aandacht besteed aan de rechten van de verdachte en de verdediging, vooral in het vooronderzoek, als reactie op het zeer inquisitoire karakter van het vooronderzoek van de Code. Ook op het gebied van het bewijsrecht werden belangrijke veranderingen aangebracht.

'En eindelijk behoeft het geen betoog, dat de wijze van berechting van overtredingen dringend herziening en vereenvoudiging behoeft en een snelle afdoening van kleine zaken in het belang van openbare orde, ver-

(7) Bij KB van 8 april 1910, no 17 werd de Staatscommissie-Ort ingesteld.

keer en kracht en frisheid in de rechtsbedeling ook ten onzent niet langer mag ontbreken.'

Dat klinkt verrassend modern: het enige verschil is de waardering van wat wordt genoemd 'kleine zaken'.

De Tweede Kamer behandelde het ontwerp op 11 mei 1920 en de Eerste Kamer op 14 januari 1921. Op 1 januari 1926 trad het uiteindelijk in werking. Opmerkelijk is de in vele kringen heersende mening dat het zichzelf in feite al had overleefd.

De literatuur over het ontwerp was schaars, de parlementaire behandeling zonder animo. In de Tweede Kamer zei minister Heemskerk ronduit dat de herziening eigenlijk niet heel veel bijzonders was. Het Wetboek is eigenlijk een negentiende-eeuws produkt en kwam in de twintigste eeuw te laat om nog bijzonder enthousiasme te wekken.(8)

Toch gelden de hoofdbeginselen van het Wetboek nog steeds en is er, althans op dit moment, geen algemeen dringende behoefte aan herziening.

2.2. Hoofdbeginselen van het ontwerp

Allereerst moet worden gewezen op de relatie tussen de inrichting van het strafproces en van de rechterlijke organisatie. In ons strafproces wordt sedert 1813 alleen gewerkt met beroepsrechters en daardoor kan een groot accent op het vooronderzoek komen te liggen, mits daarin de rechten van verdachte en verdediging voldoende tot hun recht komen. Ook zal het feit dat het onmiddellijkheidsbeginsel niet in alle volheid is ontwikkeld daarmee te maken hebben. In de wijze van berechting wordt, in afwijking van vele stelsels in Europa, geen onderscheid gemaakt in misdrijven van een ernstige of minder ernstige aard.

Wel is op dat punt onderscheid gemaakt in bijvoorbeeld de toepassing van dwangmiddelen. Dit onderscheid is in de loop van de jaren vergroot door de uitbreiding van aantal en soort dwangmiddelen. Voorts de Memorie van Toelichting:

'Een goed ingericht strafproces moet zoveel mogelijk bevorderen de toepassing van de strafwet op de werkelijk schuldige en tevens de veroorde-

(8) Mr. A. Minkenhof, de Nederlandse Strafvordering.

ling, kan het zijn, de vervolging van de niet-schuldige naar vermogen verhinderen. Aan politie en justitie moeten dus de middelen worden in handen gegeven, die zij behoeven om misdrijven en schuldigen op te sporen, om zich met bekwaame spoed van de beschikbare bewijzen te verzekeren, om alle maatregelen te treffen, nodig om de vermoedelijke schuldige zo spoedig mogelijk voor de rechter te kunnen brengen. De met opsporing en vervolging belaste autoriteiten moeten snel en krachtig kunnen optreden, kunnen doen wat de omstandigheden vereisen, niet belemmerd worden door enge, te zeer bindende voorschriften. Aan hun oordeel en inzicht moet veel worden overgelaten.

Worden de regelen van het strafproces aldus gesteld, dan kan inderdaad een krachtige repressie verkregen worden, doch dan kunnen tevens de rechten en vrijheden van het individu, niet alleen van de verdachten doch ook van anderen die met een vermoedelijk gepleegd misdrijf op enigerlei wijze in betrekking staan of daarvan verdacht worden, zeer in het gedrang komen en meer dan nodig worden prijsgegeven. Met het doel de vermoedelijk schuldige te vatten en gevangen te houden kunnen maatregelen worden getroffen welke de belangen van niet-schuldigen, van derden, zeer ernstig kunnen schaden. Bij elke regeling van het strafproces vertoont zich een zodanig conflict en moet dus naar een verzoening tussen tegenstrijdige belangen worden gestreefd. Die verzoening kan op tweeërlei wijze worden verkregen. Men kan aan de vervolgende Overheid hare rechten zo zuinig mogelijk toebedelen, haar niet meer macht toekennen dan streng noodzakelijk, teneinde op die wijze de belangen van de individuen zo min mogelijk te treffen, en dan daartegenover ook de rechten van het individu bij het optreden van die Overheid aan zeer beperkende maatregelen binden, dat wil zeggen men kan uit wantrouwen tegenover beide partijen, aan beide niet meer bevoegdheden toekennen dan even noodzakelijk is. Of wel, men kan, vertrouwend op het beleid der personen, die met de vervolgingstaak zijn belast hun ook tegenover de bijzondere personen alle bevoegdheden verlenen, welke zij naar de omstandigheden kunnen behoeven, doch dan tevens aan alle bij het onderzoek betrokkenen zoveel rechten verlenen als met het onderzoek slechts even bestaanbaar is. Men kan ruime rechten toekennen aan politie en justitie, doch de uitoefening daarvan voor zover dit mogelijk is, stellen onder controle van de onafhankelijke rechter, tegen de beslissingen van de lagere beroep openstellen op de hogere rechter, er voor zorgen, dat iedere betrokkene in zijne belangen door de rechter kan worden gehoord, hem voor de behartiging van die belangen toestaan zich te allen tijde met een raadsman te beraden.

Met andere woorden men kan beproeven het noodzakelijke compromis op zodanige wijze te vinden dan aan de vervolging alle rechten worden gegeven, die zij voor haar taak behoeft, aan de verdachten en aan de

verdediging alle bevoegdheden, welke met het doel van het strafproces niet onvoorwaardelijk in strijd komen.

De voordelen van laatstbedoelde regeling liggen voor de hand en daarvoor is dan ook gekozen.'

(...)

'Ook bij het eindonderzoek, waar reeds thans Openbaar Ministerie en beklaagde meer als gelijkgerechtigde tegenover elkaar staan, is, in vergelijking met het bestaande recht, nog enige verbetering aangebracht. Het spreekt intussen wel vanzelf dat in het Ontwerp het theoretisch beginsel om de verdachte tijdens het vooronderzoek volkomen als procespartij te erkennen, niet steeds ook daar kon worden aanvaard, waar het openbaar belang, dat wil zeggen het benaderen van de materiële waarheid ter bescherming der gemeenschap, dit niet gedooft. Weliswaar versterkt het Ontwerp de positie van de verdachte in zo krachtige mate dat met het stelsel van het bestaande recht praktisch is gebroken, doch aan de andere zijde is evengenoemd openbaar belang genoegzaam in het oog gehouden om dat theoretisch beginsel voor een voor het Staatsgezag aannemelijke praktische verwezenlijking vatbaar te doen zijn.'

Ik citeer de Memorie van Toelichting zo uitgebreid, omdat een tekst als deze in een memorie van toelichting van vandaag niet zou misstaan. Weliswaar is de inhoud van sommige begrippen in de loop van de tijd wat veranderd, maar principes zoals die in de Memorie van 1926 zijn opgenomen houden ook nu nog stand.

In de loop van de tijd zijn wijzigingen in het Wetboek aangebracht, de jurisprudentie heeft her en der grenzen gesteld, mogelijkheden geschapen. Toch is het nu niet zo dat algemeen wordt gesnakt naar herziening van het wetboek. De grondslagen staan mijns inziens dan ook nog onverkort overeind. Wij spreken over 'herijking', maar dat woord bestond in 1926 ongetwijfeld nog niet.

2.3. Ontwikkelingen na de Tweede Wereldoorlog

Vooraf na de Tweede Wereldoorlog zijn talrijke wijzigingen in het strafproces aangebracht, sommige van ondergeschikt, sommige van wezenlijk belang. In 1958 is de inbeslagneming in verband met verbodverklaring opnieuw geregeld. Het kinderstrafprocesrecht is herzien in 1961 en daarna nog eens in 1987. In 1973 is voorlopige hechtenis geheel herzien.

Waren het tot en met de jaren zeventig voornamelijk wijzigingen in verband met de rechtsbescherming van de verdachte, daarna kwa-

men wijzigingen die een uitbreiding van de bevoegdheden van politie en justitie inhielden. Een afspiegeling van de tijdgeest: het strafrecht moest in de jaren zeventig dienen om de macht van de overheid, de regenten, te beknootten en de positie van de individuele daader tegenover die overheid te versterken. Later bleek, dat de instrumenten van de overheid dikwijls te kort schoten en dat de voortgang van de techniek dan weer noopte tot nieuwe bevoegdheden (de Wet Computercriminaliteit, direct af luisteren), dan weer nieuwe onderzoeksmethoden mogelijk maakte, die dan ook in de wet moesten worden vastgelegd (DNA-onderzoek). Ook de ontwikkeling van de criminaliteit inspireerde de wetgever tot de invoering van nieuwe bepalingen. (Wet ontneming wederrechtelijk verkregen voordeel en andere vermogenssancties, in de wandeling voorzien van de afgrijpselijke termen: 'Pluk-ze en Pluk-ze-internationaal'.)

2.3.1. Het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden

Tegen de achtergrond van de Tweede Wereldoorlog werd in 1950 het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) gesloten. Daarmee werden het Europese Hof voor de rechten van de mens (EHRM) in Straatsburg en de Europese Commissie voor de rechten van de mens (ECRM) in het leven geroepen.

Toen Nederland toetrad tot het Verdrag verkeerde men, evenals de andere verdragsluitende partijen, in de veronderstelling dat dit geen gevolgen zou hebben voor de Nederlandse situatie.

In de Tweede Kamer verwoordde het toenmalige lid Bruins Slot dit als volgt:

'Voor Nederland verandert er niet veel. De rechten die dit verdrag waarborgt zijn rechten die reeds lang in de Nederlandse samenleving als vanzelfsprekend worden erkend en zij liggen in de Nederlandse rechtsorde verankerd. Alle landen die het verdrag aanvaardden denken er wat hen betreft net zo over. Zodoende heeft het verdrag ondanks zware en omvangrijke instellingen als Commissie en Hof, die tegen de overtreding van bepalingen van het Verdrag moeten optreden, weinig meer dan declaratoire waarde'. (9)

(9) Handelingen Tweede Kamer, zitting 1953-1954, p. 819.

Tot in de jaren zeventig kon men in deze veronderstelling leven. Inmiddels weten we wel beter. Het EVRM en de daarop gebaseerde jurisprudentie van het Europese Hof heeft behoorlijk ingegrepen in de Nederlandse strafrechtspleging. Zodanig, dat in sommige kringen de mening te horen is dat het beter zou zijn het Verdrag voor wat Nederland betreft maar op te zeggen.

In 1976 deed het Hof zijn eerste uitspraak in een zaak tegen Nederland. Het ging om regels van vrijheidsbeneming in het militair strafen tuchtrecht die de toets van 'Straatsburg' niet konden doorstaan. (10) Waarschijnlijk doordat deze zaak de militaire rechtspraak betrof heeft de uitspraak niet veel aandacht in de Nederlandse literatuur gekregen.

Mede als gevolg van een groeiende bekendheid van de verdediging met 'Europa', hebben latere uitspraken, ook als die een zaak betroffen waarin Nederland niet was betrokken, veel meer implicaties voor het Nederlandse strafprocesrecht gehad.

Zo heeft de bekende Brogan-case, waarin het habeas corpus beginsel in het geding was zelfs een kleine paniek bij het Ministerie van Justitie teweeggebracht. (11)

Rechterlijke toetsing van vrijheidsbeneming

Artikel 5 van het EVRM luidt: een ieder die gearresteerd is of gevangen wordt gehouden heeft het recht om onmiddellijk ('promptly') voor een rechter te worden geleid.

Wat is 'promptly'? De Commissie achtte in haar advies aan het Hof in de zaak Brogan een termijn van vier dagen en elf uren nog rechtmatig; het Hof bepaalde echter dat een termijn van vier dagen en zes uren al in strijd is met art. 5 lid 3 van het Verdrag.

En dat terwijl de Nederlandse termijn van vrijheidsbeneming voordat er een rechter aan te pas komt vier dagen en vijftien uren kan bedragen. Na een periode van chaotische jurisprudentie van rechtbanken en hoven werden richtlijnen van de procureurs-generaal ingevoerd, inhoudende dat de Officier van Justitie een vordering tot bewaring bij de rechter-commissaris op een zodanig tijdstip indient

(10) 8 juni 1976, Engel e.a. tegen Nederland, NJ 1978, 223.

(11) 29 november 1988, Brogan e.a. tegen het Verenigd Koninkrijk, NJ 1989, 815.

dat voorgeleiding binnen drie dagen na de aanvang van de inverzekeringstelling kan plaatsvinden.⁽¹²⁾

Aan de Commissie Hering Strafvordering (commissie-Moons) is vervolgens gevraagd een wetsontwerp voor te bereiden met het doel de regeling van de inverzekeringstelling in overeenstemming te brengen met de jurisprudentie van het Europese Hof. Dit wetsontwerp is er inmiddels, is ook al een aantal malen gewijzigd, maar is nog steeds geen wet.

De Europese Commissie (niet het Hof) heeft intussen in een zaak tegen Nederland op 4 juli 1991 beslist dat een voorgeleiding voor de rechter-commissaris 72 uren na de vrijheidsbeneming nog voldoet aan het vereiste 'promptly' van art. 5 derde lid.

En intussen gelden de richtlijnen van de procureurs-generaal nog steeds en wordt er wat dit betreft in Nederland geen nieuwe jurisprudentie meer gevormd. Misschien valt het dus allemaal nog wel mee, zeker als het Europese Hof de gehele Nederlandse regeling van de voorlopige hechtenis in beschouwing neemt. Een verdachte is immers veel slechter af als hij weliswaar reeds na enige uren voor een rechter wordt geleid maar zijn vrijheidsbeneming vervolgens pas weer na enkele maanden wordt getoetst.

Verstreking van stukken

Het Hof besliste in de zaak Lamy tegen België dat aan de procedurele waarborgen van art. 5 EVRM niet is voldaan wanneer de beslissing tot gevangenhouding wordt genomen op basis van een procedure waarbij de verdediging niet over het volledige dossier heeft kunnen beschikken. Getransponeerd naar de Nederlandse situatie zal dat kunnen inhouden dat in ieder geval voorafgaand aan de raadkamerbehandeling van de vordering gevangenhouding het gehele dossier ter beschikking zal moeten zijn. Echter ook voor de beslissing van de rechter-commissaris met betrekking tot de inbewaaringstelling zou dit arrest gevolgen kunnen hebben.

Deze consequenties lijken strijdig met het karakter van het Nederlandse gerechtelijk vooronderzoek. De rechter-commissaris heeft met de Officier van Justitie de leiding over het vooronderzoek en uit dien hoofde heeft hij ook de bevoegdheid om in het belang van het onderzoek bepaalde stukken aan de verdediging te onthouden.

Misschien zijn wij ooit genoodzaakt een splitsing te maken in de

(12) Stcrt. 31 maart 1989, nr. 99.

rechter die zich bezighoudt met het gerechtelijk vooronderzoek en de rechter die zich bezighoudt met de vrijheidsbeneming.

Een eerlijk proces binnen een redelijke termijn

Artikel 6 EVRM geeft 'een ieder het recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak binnen een redelijke termijn.'

– De redelijke termijn

Het EVRM heeft in verscheidene zaken uitgesproken dat de vaststelling van wat een redelijke termijn is afhangt van

- de ingewikkeldheid van de zaak
- het gedrag van de verdachte
- het gedrag van de onderzoekende en vervolgende instantie.

De (over)belasting van het gerechtelijk apparaat is naar het oordeel van het Hof geen valide argument om een verdachte niet binnen een redelijke termijn te berechten.

Wat is nu in de praktijk een redelijke termijn en wat is het gevolg van overschrijding daarvan?

Naar aanleiding van de Straatsburgse jurisprudentie heeft de Hoge Raad een groot aantal arresten gewezen. Daaruit kan worden afgeleid dat een termijn van maximaal ongeveer twee jaar als vuistregel kan worden aangehouden. Bovengenoemde criteria kunnen daarin variatie aanbrengen.

Een gevolg van een te lange termijn voordat berechting plaatsvindt kan zijn dat het Openbaar Ministerie niet langer ontvankelijk is in de strafvervolgung, of – een latere variant – dat de rechter een lagere straf oplegt dan wanneer er geen sprake zou zijn geweest van schending van het recht op berechting binnen een redelijke termijn. Wanneer de termijn tussen berechting in twee instanties te lang is kan het Openbaar Ministerie eveneens niet-ontvankelijk worden verklaard; ook wanneer de overschrijding van de redelijke termijn in het geheel niet aan het Openbaar Ministerie te wijten is, maar bijvoorbeeld aan de rechterlijke instantie die er veel te lang over heeft gedaan het vonnis (arrest) uit te werken en de zaak naar de volgende instantie toe te zenden.

Overigens is het wel opvallend dat de Hoge Raad aanvankelijk een overschrijding van de redelijke termijn onverbiddelijk bestraft met

een niet-ontvankelijkheid en later de sanctie meer heeft gezocht in verlaging van de straf. Onlangs wees ons hoogste rechtscollege een arrest in een zaak waarin de redelijke termijn was overschreden en het gerechtshof het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk verklaarde. De Hoge Raad constateert dat het Hof dit een zware zaak vindt en acht het dan onbegrijpelijk dat het Hof zonder nadere motivering de niet-ontvankelijkheid uitsprekt. 'Het Hof moet de belangen van de rechtsgemeenschap bij handhaving van de norm afwegen tegen de belangen van de verdachte'. Vervolgens verlaagt de Hoge Raad zelf de door de rechtbank opgelegde straf van vier jaar tot drie jaar en acht maanden.⁽¹³⁾

Advocaat-generaal bij de Hoge Raad Leijten heeft in zijn conclusie bij het arrest van het Hoge Raad van 9 juni 1992, NJ 1992, 732 zijn mening gegeven over te hanteren termijnen tussen instellen van een rechtsmiddel en behandeling van de zaak.

De 'redelijke termijn' stelt het 'rechtsbedrijf' echter wel voor problemen. De twee-jaarsgrens blijkt in de praktijk al snel bereikt wanneer het een ingewikkelde zaak betreft. Vertragingen door welke oorzaak dan ook brengen weer andere vertragingen met zich mee. En die vertragingen kunnen in alle stadia van de procedure optreden.

Snelheid en doeltreffendheid van de strafprocedure is dus van zeer groot belang, niet alleen voor het functioneren van het strafproces gezien vanuit het standpunt van de rechtshandhavers, maar ook vanuit het gezichtspunt van de bescherming van de rechten van de verdachte, zoal dit tegenstrijdige doelen zouden zijn.

- Onmiddellijkheidsbeginsel/anonieme getuigen

Ons Wetboek van Strafvordering gaat er in beginsel van uit dat getuigen in een strafzaak ter terechtzitting worden gehoord. Daarvan is in de praktijk niet meer zo veel over. Zeer veel zaken worden vrijwel alleen op de stukken afgedaan en als de verdachte verstek laat gaan meestal louter op de stukken.

In de zaak Cardot tegen Frankrijk heeft de Commissie uitgesproken dat een verdachte het recht heeft getuigen die een voor hem belas-

(13) HR 9 februari 1993, NJ 1993, 603.

tende verklaring afleggen op de zitting te doen horen. Het Europese Hof is niet aan een uitspraak over deze kwestie toegekomen aangezien de klager niet-ontvankelijk was verklaard omdat nog niet alle nationale rechtsmiddelen waren uitgeput. Had het Hof de Commissie echter gevolgd, dan had dat voor de Nederlandse strafrechtpleging enorme consequenties gehad. Overigens heeft het Hof wel overwogen dat het beroep op het fair trial-beginsel niet slaagt, indien de verdachte niet uitdrukkelijk in feitelijke instantie heeft verzocht de getuigen op de zitting te doen horen. Het door de officier niet ambtshalve dagvaarden van zo'n getuige schendt het recht op een eerlijke procesvoering derhalve niet.

A contrario: als de verdachte of de verdediging erom vraagt moeten wel alle getuigen op de zitting gehoord worden? De Hoge Raad is nog niet zover. Als de rechtbank of het Hof maar voldoende motiveert waarom een getuige niet wordt opgeroepen, wordt dat acceptabel geacht.

Doorvoering – of weder invoering – van het onmiddellijkheidsbeginsel in het Nederlandse strafproces zou er wel toe leiden dat het meer gaat lijken op andere Europese stelsels. Dat wil zeggen voor kapitale zaken; in vele landen wordt in de wijze van berechting een onderscheid gemaakt in soorten misdrijven. In de zaak tegen de ontvoerder van G.J. Heijn sprak de Franse krant *Le Monde* met verbazing over 'Un procès TGV', constaterende dat de hele berechting niet meer dan een halve dag had geduurd.

In de zaak *Kostovski* tegen Nederland⁽¹⁴⁾ heeft het EHRM het gebruik van anonieme getuigenverklaringen als bewijsmiddel aan banden gelegd. Hoofddregel in het fair trial-beginsel is dat de verdachte of de verdediging in de gelegenheid moet worden gesteld om direct na het verhoor aan een getuige vragen te stellen naar aanleiding van de afgelegde verklaring. Deze hoofddregel heeft betrekking op alle getuigenverhooren. Het doel hiervan is dat de verdediging de betrouwbaarheid van de getuige en diens afgelegde verklaring moet kunnen testen. Anonimiteit van de getuige beperkt dit recht.

Ten behoeve van de bewijsvoering in het strafproces mag van de verklaring van anonieme getuigen gebruik worden gemaakt mits de procedure nog als 'fair trial' kan worden aangemerkt. Daartoe is

(14) 20 november 1989, NJ 1990, 245.

vereist dat de getuige op enig moment in het strafproces door of namens de verdachte kan worden ondervraagd. Het enkele opgeven van vragen is niet voldoende, de verdediging moet in de gelegenheid zijn de getuige na het afleggen van de verklaring voor de verhorende rechter hetzij direct hetzij na ontvangst van de schriftelijke weergave daarvan vragen te stellen.

Het arrest van de Hoge Raad van 9 februari 1993, NJ 1993, 603 zal waarschijnlijk niet aan deze vereisten voldoen. In deze zaak had de rechter-commissaris buiten aanwezigheid van de verdachte of zijn raadsman, mede naar aanleiding van door de raadsman op schrift gestelde vragen, een slachtoffer/getuige van een zedendelict gehoord. Het meisje was zwakzinnig en werd door de rechter-commissaris niet in staat geacht op een zitting te verschijnen noch door haar (R-C) opnieuw gehoord te worden naar aanleiding van nadere vragen.

De verklaring in een proces-verbaal van de politie van een anonieme getuige die buiten aanwezigheid van de verdachte of diens raadsman is gehoord, mag niet als dragend bewijsmiddel worden gebruikt als het politieverhoor niet in een later stadium van de strafrechtelijke procedure door een voldoende tegenwicht biedende rechterlijke procedure is gevolgd. Wat 'een voldoende tegenwicht biedende procedure' precies kan zijn, is nog niet uitgekristalliseerd in de Nederlandse jurisprudentie. In elk geval zal toch ten minste een rechter (de rechter-commissaris) de betrouwbaarheid van de getuige moeten toetsen.

In enkele arresten⁽¹⁵⁾ bepaalde de Hoge Raad dat ten aanzien van het gebruik van verklaringen van anonieme getuigen voor het bewijs als uitgangspunt kan gelden dat in een proces-verbaal neergelegde verklaringen slechts bruikbaar zijn voor het bewijs indien is voldaan aan bepaalde voorwaarden. De belangrijkste daarvan zijn dat de verklaring is afgenomen door een rechter die zelf de identiteit van de getuige kent, die in het van het verhoor opgemaakte proces-verbaal gemotiveerd heeft doen blijken van zijn oordeel omtrent de betrouwbaarheid van de getuige en omtrent de door deze opgegeven redenen voor zijn wens anoniem te blijven, en die de verdediging in de gele-

(15) o.a. HR 2 juli 1990, NJ 1990, 692; HR 15 januari 1991, NJ 1991, 382; HR 26 maart 1991, NJ 1991, 614; HR 13 oktober 1992, NJ 1993, 143.

genheid heeft gesteld op enigerlei wijze aan de getuige vragen te stellen.

Als de problematiek van de anonieme (de bedreigde) getuige op deze wijze opgelost kan worden en als men weet dat men er als getuige absoluut zeker van kan zijn dat de anonimiteit gewaarborgd is, zal de praktijk zich hiermee wel kunnen redden. Het komt echter steeds meer voor dat mensen bang zijn om te getuigen en ook daadwerkelijk worden bedreigd. Dat kan variëren van een boze buurtbewoner tot bedreiging en de uitvoering daarvan door leden van een criminele groepering. Met dat laatste wordt ook serieus rekening gehouden bij de bestrijding van georganiseerde criminaliteit en het heeft geleid tot gedachten omtrent een wetsvoorstel ter bescherming van de bedreigde getuige.

Het recht op privacy

Het af luisteren van telefoongesprekken is in beginsel een inbreuk op het 'respect for the privacy and family life'. Zo'n inbreuk is echter volgens het Hof toelaatbaar indien deze is 'in accordance with the law'. 'Law' is in dit geval de wet, maar ook vaste jurisprudentie. De wet moet voldoende garanties bieden tegen eventueel misbruik: er moet worden aangegeven voor welke delicten het af luisteren mogelijk is, er moeten termijnen aan worden gesteld, verslaglegging plaatsvinden, de opnamen moeten volledig zijn, er moet een regeling zijn omtrent de vernietiging van de opnamen, etc. De Nederlandse wet voldoet hier niet aan, de praktijk, waarvoor richtlijnen zijn uitgevaardigd, echter wel.

2.4. Aanpassingen en jurisprudentie na de jaren zeventig

Bij de advocatuur bestond van oudsher weinig aandacht voor het strafrecht. Er waren nauwelijks in het strafrecht gespecialiseerde advocaten en dat had tot gevolg dat er niet veel jurisprudentie was op dat gebied. Toen de grote leerstukken eenmaal een plaats hadden gekregen volgde er niet veel meer. De overheid heeft in het begin van de jaren zeventig het strafrechtelijk specialisme in de advocatuur bewust bevorderd. Deze speciale aandacht van de overheid is er al lang niet meer; misschien is een vergelijking met de tovenaarsleerling nu op zijn plaats.

De discussie die er was, vond in hoofdzaak in wetenschappelijke

kring plaats; in de jaren zeventig waren de begrippen Crime Control en Due Proces van de Amerikaan Packer onderwerp van heftige discussies tussen 'rechts' en 'links', 'reactionair' en 'progressief'.⁽¹⁶⁾ Melai besteedt in zijn losbladig commentaar op het Wetboek van Strafvordering uitvoerig aandacht aan deze discussie.

De ontwikkeling van de jurisprudentie vindt vervolgens vooral plaats op het gebied van het strafprocesrecht. Dat komt overeen met datgene wat A.A.G. Peters in 1992 aan het slot van zijn oratie opmerkte:

'De meest essentiële beginselen en regels van het strafrecht betreffen de procedure. Daarvan zal afhangen of de premissen van het materiële recht worden gerealiseerd'.

Het strafproces is wat men wil dat het is

De discussies van de jaren zeventig en later leidden tot wijzingen van de wet, maar meer nog tot jurisprudentie op het gebied van de rechtsbescherming van de verdachte. De belangrijkste wetswijziging is de gehele herziening van de regeling van de voorlopige hechtenis in 1973, de belangrijkste ontwikkelingen in de jurisprudentie betreffen regels van behoorlijk procesrecht, de Nederlandse vertaling van de Europese tendensen.

In de jaren tachtig echter keert het tij, waarschijnlijk mede in relatie met de ontwikkeling van de criminaliteit. De tolerantie van de jaren zestig en zeventig maakt plaats voor een zekere verharding en een rationalisering van de maatschappij in het algemeen.

De transactiemogelijkheid voor het Openbaar Ministerie voor misdrijven werd in 1983 ingevoerd, tien jaar later gevolgd door dezelfde mogelijkheid voor de politie. Kop-staart-vonnissen worden eerst, in de praktijk, om snelheids- en efficiency-redenen geaccepteerd, inmiddels is er een wetsvoorstel om deze praktijk te legaliseren. In eenvoudige zaken kan in hoger beroep met een alleensprekend rech-

(16) H.L. Packer, *The limits of the criminal sanction*, 1968

The Crime Control Model is basically an affirmative model, emphasizing at every turn the existence and exercise of official power, its validating authority is ultimately legislative (although proximately administrative).

The Due Process Model is basically a negative model, asserting limits on the nature of official power and on the models of exercise, its validating authority is judicial and requires an appeal to supra legislative law, to the law of the Constitution.

ter worden volstaan, de voorschriften voor betekening van de dagvaarding worden minder stringent.

De mogelijkheden voor politie en justitie worden vergroot: een van een ernstig misdrijf verdachte persoon kan worden gedwongen een DNA-test te ondergaan, afluisteren door middel van richtmicrofoons etc. is toegestaan.

De jurisprudentie van het Europees Hof beweegt zich nog altijd ten gunste van de verdachte en dat maakt dat het Europees Verdrag in sommige kringen sterk aan populariteit inboet.

De jurisprudentie van de Hoge Raad is echter meer in overeenstemming met de tijdgeest. Leidde de overschrijding van de redelijke termijn in enige fase van het strafproces aanvankelijk onverbiddeijk tot een niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie, later werd strafvermindering een meer passende sanctie geacht.

Vormverzuimen kunnen formele nietigheden betreffen. Deze zijn er niet zoveel. Meer wordt de substantiële nietigheid gehanteerd, voortkomend uit schending van de beginselen van een goede procesorde of schending van de verdragsbepalingen. Toch worden ook hier de gevolgen van een dergelijke nietigheid verzacht door invoering van de vraag of door een dergelijke schending de verdachte in zijn verdediging is geschaad. Wanneer er geen redelijk belang is geschaad heeft deze 'vormfout' verder geen gevolg.

Het gaat om eerlijkheid en onpartijdigheid én een evenwicht tussen de bescherming van de verdachte en de kwaliteit van de waarheidsvinding. Dit is geen vaststaand evenwicht; het verschuift al naar gelang de maatschappelijke opvattingen omtrent recht en rechtvaardigheid.

3. ONTWIKKELINGEN IN DE CRIMINALITEIT

Criminaliteit is van alle tijden. Er is altijd een groot aantal gedragingen geweest dat als ontoelaatbaar werd beschouwd: de aantasting van iemands lichaam, de aantasting van eigendom, de aantasting van de 'publieke orde'. Dergelijke feiten zijn op de meeste plaatsen in de wereld op een of andere wijze strafbaar gesteld. Bij ons zijn dat de delicten van het Wetboek van Strafrecht, de 'commune delicten'. Ten tijde van de invoering van het Wetboek van Strafvordering wa-

ren er ook niet zoveel andere strafbare feiten dan deze (afgezien van feiten die door lagere wetgevers strafbaar waren gesteld).

Met de invoering van het nieuwe wetboek werd het legaliteitsbeginsel officieel verlaten en het opportuniteitsbeginsel ingevoerd, hetgeen overigens in feite legalisering van de bestaande praktijk betekende. Toch werd er aanvankelijk niet zo vaak van vervolging afgezien. 'Vervolgen, tenzij' was het uitgangspunt. Dat is later veranderd. In de jaren zeventig was een goede Officier van Justitie iemand, die royaal gebruik maakte van de mogelijkheid tot seponeren om reden van het algemeen belang, geconcretiseerd in 'omstandigheden van de verdachte', 'gering feit', 'verhouding tot benadeelde geregeld'. Bij de politie was een dergelijke officier echter niet zo geliefd; men had immers het gevoel veel werk voor niets te hebben gedaan en de officier moest dat dan wel even uitleggen. Op dit moment is het beleidsscept niet meer zo populair; er moet, als er een proces-verbaal is opgemaakt als het enigszins mogelijk is, wel een reactie komen. Een 'strafrechtelijke interventie' heet dat tegenwoordig. 'Kale beleidsscepten' mogen niet meer dan 5% uitmaken van het totaal aantal vervolgbare zaken. (17)

3.1. Politicostatistieken

Helaas bestonden er in de twintiger jaren nog geen politiestatistieken. Ik ben namelijk wel benieuwd naar het aantal strafbare feiten dat in die tijd ter kennis van de politie kwam en naar de hoogte van het ophelderingspercentage. De wijze waarop de procedures zijn geregeld doet vermoeden dat het allemaal nog wel te overzien was. Of week de werkelijkheid toen ook al behoorlijk af van de wens?

De eerste politiestatistieken zijn van april 1948. Over het jaar 1949, het eerste gehele jaar dat statistisch is beschreven, kwamen 98 300 misdrijven ter kennis van de politie. Het ophelderingspercentage bedroeg 64%.

Sedertdien is het aantal geregistreerde misdrijven meer dan vertien-

(17) Doelstelling voor 1995 uit het Beleidplan Strafrecht met Beleid.

voudigd (in 1992 bedroeg dat aantal meer dan 1,2 miljoen) en is het ophelderingspercentage afgenomen tot minder dan 19%.⁽¹⁸⁾

De grootste stijging zit vooral in vermogensdelicten en de zogenaamde ruwheidsdelicten. De ophelderingspercentages liggen daar het laagst: resp 17% en 15% (1986).⁽¹⁹⁾

Volgens schattingen van het CBS op basis van een slachtoffer-enquête zijn er in 1992 ten nadele van individuele burgers 6,7 miljoen misdrijven gepleegd die behoren tot de zogenaamde veel voorkomende criminaliteit. Een lichte stijging van de veel voorkomende criminaliteit in 1992 komt vooral voor rekening van woninginbraak, diefstal uit auto's, diefstal van portemonnee, fietsdiefstal en vernielingen. Voor woninginbraak en diefstal uit auto's geldt dat er in Nederland nog nooit zoveel van deze delicten zijn gepleegd. Daarnaast is de laatste jaren de toename van enkele vormen van zware vermogens- en geweldscriminaliteit opvallend.⁽²⁰⁾

Autodiefstal geeft in de jaren tachtig een redelijk stabiel beeld te zien, maar is in 1991 plotseling met ruim 20% gestegen. Het stijgingspercentage in 1992 is iets minder sterk: 10 à 15 %. Deze stijging is niet alleen te verklaren uit de groei van het autopark.

Het aantal overvallen is in 1992 met 20 à 25 % gestegen. Dit betekent een sterkere stijging dan in 1991, toen er sprake was van een percentage van rond de 7. In 1991 had de toename vooral betrekking op geldinstituten, in 1992 juist op overige objecten. Ook nu ligt de verklaring zeker niet in een toename van het aantal instellingen.⁽²¹⁾ Deze laatste cijfers betreffen de geregistreerde criminaliteit, de eerste zijn verkregen uit slachtofferenquêtes. Dat betekent dat ook futiliteiten zijn opgenomen. Het grote aantal moet dus in die context bekeken worden. Wat echter tevens moet worden opgemerkt is, dat het alleen delicten tegen individuele burgers betreft. Dus niet bedrijven, die regelmatig het slachtoffer zullen zijn van inbraken, diefstal (winkel-diefstal), oplichting (verzekeringsmaatschappijen) en ook geen delicten tegen de overheid: sociale zekerheidsfraude, belastingdelic-

(18) Daarbij moet bedacht worden dat de aangiftebereidheid in 1948 veel hoger geweest zal zijn dan nu. Voor het stelen van een fiets, voor beschadiging van andermans eigendommen werden toen in verhouding hoge straffen opgelegd. Aangiftebereidheid neemt af naarmate meer wordt gedacht 'er wordt toch niets aan gedaan'.

(19) Bron: CBS.

(20) Conclusie op basis van de cijfers van de politiestatistiek en van de CRI.

(21) Uit: Criminaliteitsbeeld in Nederland, 1992.

ten, Eurofraude. Deze laatste komen ook niet voor in de politiestatistieken omdat deze in het algemeen niet door de reguliere politie worden geregistreerd.

Ten slotte is er nog de criminaliteit die niemand merkt (delicten zonder direct slachtoffer) of die gewoon niet wordt opgespoord: drugshandel, milieumisdrijven, fraude.

Dit alles overziende is het een wonder dat de maatschappij nog functioneert zoals die functioneert. Daarom past dus wel enige relativiteit bij dit alles: hoe 'erg' is het?

Toch kunnen deze feiten niet alle op die wijze weggeredeneerd worden. Het is wel degelijk zo dat in sommige delen van het land voor sommige groepen van de bevolking de leefbaarheid in het geding begint te komen.

De vraag naar de 'erigheid' speelt nog sterker wanneer we kijken naar het in Nederland betrekkelijk nieuwe fenomeen van de georganiseerde criminaliteit. Een aparte categorie die sinds kort nogal in de belangstelling staat. Een ongrijpbaar verschijnsel dat men ook getracht heeft in beeld te brengen.

De Centrale Recherche en Informatiedienst (CRI) heeft hierover een rapport uitgebracht waarin wordt beschreven hoe het er wat dat betreft in Nederland uit ziet: met toepassing van een aantal criteria komt men tot een aantal van ongeveer 600 groepen die zich in Nederland bezighouden met zware, georganiseerde criminaliteit.

En meer zoeken levert grotere aantallen op. Het blijkt dat dergelijke groeperingen nogal wat invloed hebben op het geldverkeer en op bepaalde bedrijfstakken. Zij houden zich met uiteenlopende activiteiten bezig; de meest lucratieve lijken op dit moment fraude en drugshandel, maar ook met andere illegale activiteiten wordt veel geld verdiend: handel in bedreigde diersoorten, in de afvalbranche, vrouwenhandel. Overigens is niet alle criminaliteit waarmee deze groeperingen zich bezighouden even 'zwaar' en zijn niet alle groeperingen even 'georganiseerd'.

Corruptie lijkt zich in Nederland in slechts milde vormen voor te doen; de aandacht ervoor doet echter anders vermoeden.

3.2. Oorzaken

Over de oorzaken van de toegenomen criminaliteit wordt veel geschreven. Deze oorzaken zullen zeer divers van aard zijn en niet

geïsoleerd bekeken kunnen worden. F.W.M. Huls bijvoorbeeld vat deze in 'Geregistreerde criminaliteit 1948-1984'(22) als volgt samen:

1. toename van het aantal potentiële daders door allerlei ontwikkelingen van demografie, sociale en economische factoren zoals werkloosheid, lage inkomensgroepen, drugsgebruik, burgerlijke staat, leeftijd, levensstijl, e.d.
2. toename van het aantal te stelen voorwerpen en gelegenheden van waaruit gestolen kan worden, zoals huizen, auto's, bedrijven, winkels, sportcomplexen, e.d.
3. toename van het aantal in wettelijke bepalingen omschreven strafbare gedragingen.

Omtrent de oorzaken bestaan nog wel andere idcën, zoals bijvoorbeeld aangegeven in de nota Recht in Beweging van de Minister van Justitie. Daarin wordt onder andere de nadruk gelegd op de betekenis van maatschappelijke binding, aan gezin, kerk, sociale groeperingen. Weer een andere omschrijving is gegeven in de probleemstelling bij de adviesaanvraag aan de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid omtrent rechtshandhaving.(23)

Hoe ook, de oorzaken zijn zo divers dat uitgebreide beschouwingen daarover mijns inziens niet zoveel zin hebben. Wanneer men bij een poging om de criminaliteit terug te dringen zich als gevolg van de feitelijke situatie richt op bepaalde groepen of verschijnselen kunnen beter in die context naar oorzaken worden gezocht en maatregelen worden genomen.

4. OPSPORING EN VERVOLGING VAN STRAFBARE FEITEN

Van de veelheid van misdrijven kwamen er in 1992 ruim 1,2 miljoen ter kennis van de politie. Daarbij moeten dus worden opgeteld de misdrijven die door de bijzondere opsporingsdiensten worden geregistreerd, voor zover die niet ook in de politiestatistieken terecht komen.

Het ophelderingspercentage van de misdrijven die ter kennis komen

(22) Een opstel in de bundel Redenen van Wetenschap, opstellen over de politie veertig jaar na het Politiebesluit 1945, 1985.

(23) Zie hoofdstuk 7.

van de reguliere politie ligt op iets minder dan 19%. Voor de bijzondere opsporingsdiensten zal dit de 100% benaderen omdat men in het algemeen opspoort zonder dat tevoren aangifte is gedaan van een strafbaar feit.

Dat betekent dat van de 1,2 miljoen geregistreerde misdrijven er ongeveer 228 000 bij het Openbaar Ministerie terecht komen.⁽²⁴⁾

Van deze 228 000 wordt ongeveer 50% door het Openbaar Ministerie zelf afgedaan door middel van transactie of sepot.

Er worden dus ruim 100 000 zaken aan de rechter voorgelegd (inclusief zaken die ter berechting of ad informandum zijn gevoegd).

Op deze zaken is dus de vervolgings- en berechtingsprocedure van het Wetboek van Strafvordering van toepassing.⁽²⁵⁾

Van deze 100 000 zaken wordt 8,4 % afgedaan door de meervoudige strafkamer, de overige door de politierechter (82,8%, inclusief economische en belastingzaken), de kinderrechter (5,7%) en de militaire rechter (3,2%).⁽²⁶⁾

In de ongeveer 8 400 zaken die door de meervoudige kamer worden behandeld komt het strafprocesrecht pas ten volle tot zijn recht; zeker wanneer er ook sprake is van een gerechtelijk vooronderzoek. Dit is overigens lang niet altijd het geval.

Hoe belangrijk is het strafprocesrecht? Hoe belangrijk is het dat er in sommige gevallen misbruik wordt gemaakt van de mogelijkheden die het biedt?

Wat wordt beoogd met het straf(proces)recht?

5. EERSTE CONCLUSIE: HET STRAF(PROCES)RECHT HEEFT BIJ DE BESTRIJDING VAN DE CRIMINALITEIT SLECHTS EEN BEPERKTE FUNCTIE

Sterker nog: het doel van het straf(proces)recht is ook niet, althans niet direct, de bestrijding van de criminaliteit. Toch is de maat-

(24) Dit is het aantal bij het OM ingekomen strafzaken in 1992. Bron: jaarverslag Openbaar Ministerie 1992.

(25) Opmerkelijk is dat de regeling van de OM-transactie voor misdrijven, en ook die voor de politietransactie, is geregeld in het Wetboek van Strafrecht. Deze regeling is nauwelijks aan vaste wettelijke procedures gebonden.

(26) Bron: jaarverslag Openbaar Ministerie 1992.

schappelijke impact van het strafrecht enorm. Wanneer het niet goed loopt, wanneer een gepakte dader zijn straf ontloopt door een hapering in het strafproces, is de maatschappelijke verontwaardiging – terecht – groot. Die verontwaardiging is er ook, wanneer het publiek, via de media, kennis krijgt van een ernstig strafbaar feit. Wanneer echter de dader van zo'n feit niet wordt gepakt is dat geen nieuws en leidt dat, behalve in de directe omgeving van een slachtoffer van dat feit, niet tot verontwaardiging van het publiek. (Wel tot frustratie van het opsporingsteam.)

Alleen al het feit dat het straf(proces)recht bestaat en dat het kan worden ingezet om een gepakte dader te berechten en deze berechting ook tot een succesvol einde komt doordat de dader adequaat wordt gestraft geeft dat de burger een gevoel van veiligheid en een gevoel dat 'recht is gedaan'.

6. ALS DE CRIMINALITEIT NIET MET HET STRAFRECHT WORDT BESTREDEN, HOE DAN WEL?

6.1. Prioriteiten

Inventarisaties van wat er in ons land aan criminaliteit voorkomt zijn er inmiddels vele. En steeds komt daar meer bij naarmate men meer gaat onderzoeken. Een recent voorbeeld is de gegevensuitwisseling tussen de Belastingdienst en de Sociale Diensten en de Sociale Diensten en de Informatiseringsbank. Daaruit komt, na onderzoek van deze gegevens, een enorm aantal fraudegevallen naar voren: het ontluisterende beeld dat het ideaal van ons op de solidariteitsgedachte gebouwde stelsel van sociale voorzieningen door misbruik in zijn voortbestaan wordt bedreigd.

De vraag rijst wat we hoe moeten aanpakken. De illusie dat we met wat voor middelen dan ook alle vormen van criminaliteit kunnen uitbannen ligt al ver achter ons. En toch wil men er 'hard tegen aan' als ik de politieke stemming zo peil. Links en rechts lopen elkaar voorbij als het gaat om het opperen van ideeën om fraude met sociale uitkeringen tegen te gaan, om bestuurlijke corruptie te bestrijden, om cellen te bouwen.

Ongestructureerd overal achteraan gaan heeft geen zin. Allereerst

zal uitgesproken moeten worden wat als de grootste probleemgebieden wordt gezien. Op dit moment zijn dat, concluderende uit landelijke en lokale beleidsplannen en andere geschriften, politieke beslissingen, de volgende:(27)

– delicten met een slachtoffer en dan vooral:

- woninginbraken
- roofovervallen
- agressie in het algemeen
- andere vormen van overlast

– fraude in alle vormen

– milieudelicten

– zware, georganiseerde criminaliteit

Hoeveel wil de samenleving investeren in het aanpakken van deze problemen? Is de samenleving bereid prioriteiten te stellen bij de aanpak van criminaliteit in het algemeen? Zo ja, wie stelt dan die prioriteiten?

Welke middelen wil men inzetten voor de aanpak van de problematiek?

Hoeveel politie en justitie willen wij?

Deze vragen zijn in deze samenhang nog niet aan de orde geweest. Er wordt gevraagd om 'meer politie'. We moeten 'meer doen' aan preventie. Justitie moet 'beter functioneren'.

6.2. Rechtshandhaving, rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid

Aan de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid is in 1987 gevraagd een advies uit te brengen over rechtshandhaving:

'Gegeven veranderde en veranderende maatschappelijke ontwikkelingen doet zich de vraag voor hoe de overheid haar gedrag in ruime zin moet inrichten om minder frequent en minder ernstig regeloverschrijdend gedrag van burgers te bewerkstelligen'.

(27) Een 'overall'-inventarisatie van de belangrijkste probleemgebieden, die door alle partners in de rechtshandhaving ook als zodanig wordt erkend bestaat niet. Ieder orgaan heeft zijn eigen belangen. Bovendien worden regelmatig in de politiek nieuwe prioriteiten naar voren gebracht als gevolg van bepaalde onderzoeken of zelfs naar aanleiding van bepaalde gebeurtenissen. Daarom is het de taak van het Openbaar Ministerie om al deze belangen met elkaar te verenigen en een algemeen plan voor de aanpak van de criminaliteit op te stellen.

In de adviesaanvraag worden vier probleemgebieden onderscheiden:

1. de gewijzigde maatschappelijke omstandigheden
 - het tempo van de maatschappelijke veranderingen
 - de welvaartsgroei, verhoging van sociale mobiliteit
 - minder bindingskracht van religieuze levensbeschouwingen
 - vergroting van de complexiteit en differentiatie van de samenleving
 - verschuiving van normen en waarden en de toegenomen mogelijkheden voor actoren om zich aan de controle van de overheid te onttrekken.
2. gewijzigde en minder dichte patronen van sociale controle, zowel in formele als in informele zin.
3. minder vanzelfsprekend overheidsgezag in het algemeen bij gelijktijdige toename van omvang en frequentie van het overheids-optreden.
4. gedragingen van overheden, met name waar een handelende, actief optredende overheid door middel van regels, subsidies en andere voorzieningen, normoverschrijdend gedrag van burgers en instellingen duldt of zelfs in de hand werkt. (28)

De WRR onderscheidt de 'misdaad van alle tijden' die in het Wetboek van Strafrecht is opgenomen en de regelgeving behorende bij de sociale rechtsstaat. Voor wat betreft de commune regelgeving liggen de problemen op het gebied van de handhaving. Bij de (instrumentele) regelgeving van de sociale rechtsstaat ligt het probleem ook in de regelgeving zelf. (29)

De Raad concludeert dat ten aanzien van de instrumentele beleidswetgeving preventieve maatregelen in alle schakels van de beleidsketen, alsmede niet-strafrechtelijke sancties een betere oplossing bieden dan het strafrecht. Bij de bestrijding van de commune criminaliteit zal, onverlet het zoeken naar geëigende vormen van preventie, de strafrechtelijk rechtshandhaving een meer centrale plaats innemen, mede als ondersteuning van preventie.

De Raad gelooft in het strafrecht als middel om iets te doen aan de

(28) Deze probleemgebieden houden in feite oorzaken in van 'normoverschrijdend gedrag', in andere bewoordingen door vele anderen eveneens aangegeven. Vide bijvoorbeeld de in hoofdstuk 4 opgenomen analyse van F.W.M. Huls.

(29) Rechtshandhaving, rapporten aan de regering nr. 35, 1988.

omvang van de commune criminaliteit. Preventie wordt ook genoemd; de Raad komt echter niet veel verder dan datgene wat ook – de commissie-Roethof, die adviseerde over de aanpak van veel voorkomende criminaliteit, al naar voren bracht.

Alcohol en drugs

Interessant is echter wel de vraag naar wat strafbaar wordt gesteld. Dat geldt natuurlijk in de eerste plaats de beleidswetgeving, maar ook op het gebied van de commune(30) criminaliteit speelt dat een rol.

Verkoop en gebruik van alcohol zijn niet strafbaar. Toen dat in de Verenigde Staten van Amerika wel het geval was, is daar, zo wordt althans algemeen aangenomen, de georganiseerde criminaliteit geboren. Deze betrof in het begin inderdaad voornamelijk de productie en verspreiding van alcohol, maar men hield zich al snel ook met andere winstgevendende projecten bezig, zoals de wapenhandel. De georganiseerde criminaliteit heeft inmiddels al lang geen belangstelling meer voor alcohol, omdat dat financieel niet meer interessant is. Men heeft het werktelein verlegd en de drugshandel neemt nu een grote plaats in. De parallellie met de alcohol ligt voor de hand.

Toch speelt alcohol een grote rol in de commune criminaliteit. Veel processen-verbaal over vecht- en steekpartijen, waarvan vele met dodelijke afloop, (voetbal)vandalisme, maar ook diefstallen en inbraken, druipen van de alcohol. Ik durf de stelling wel aan dat als er geen alcohol werd gebruikt de omvang van dit soort criminaliteit behoorlijk zou afnemen, vooral in de geweldssfeer. 'Toch leidt dat niet tot een pleidooi voor verbod op handel in en gebruik van alcohol.

Veel delicten in de sfeer van veel voorkomende criminaliteit kunnen worden aangemerkt als 'drugs-related crime'. De WRR besteedt daar in haar rapport uitgebreid aandacht aan.

In 'De illegale heroïenemarkt' gaf J.C. Hoekstra(31) het volgende overzicht van de middelen van bestaan van de zwaar aan heroïne verslaafde:

(30) Op deze plaats wordt daarmee bedoeld alle strafbaarstellingen die niet te rubriceren zijn onder 'beleidswetgeving'.

(31) J.C. Hoekstra, De illegale heroïenemarkt, in Economisch Statistische Berichten, 26 december 1984.

- legale inkomsten f 46,- per dag
- illegale inkomsten gemiddeld f 565,- per dag, waarvan
 - 42% van diefstal of inbraak
 - 33% van dealen van heroïne
 - 25% van andere misdrijven, prostitutie en gokken.

Dit staatje is van 1984, maar de situatie nu zal niet veel anders zijn. Als we dat afzetten tegen de toegenomen vermogenscriminaliteit en, in de grote steden, de straatroof, sedert 1970 is de veronderstelling gewettigd dat de toename van deze vormen van criminaliteit voor een groot deel samenhangt met de komst van heroïne op grote schaal, en in het voetspoor daarvan van andere verdovende middelen, sedert ongeveer 1972.

Bij de opsporing van drugshandel zijn door politie en justitie in de loop van de jaren flinke successen geboekt. Dat heeft echter niet geleid tot een verminderde beschikbaarheid van verdovende middelen. Het repressief optreden legt een zware belasting op de opsporings-, vervolgings- en executiecapaciteit. Bovendien vormen drugs, zowel het gebruik als de handel, in de detentiesituatie een bedreiging voor een aantal van onze penitentiaire beginselen.

Het Nederlandse tweesporenbeleid: hulpverlening aan verslaafden, geen bestraffing voor gebruik van drugs, maar wel bestraffing voor de drugsgebonden criminaliteit, leidt uit strafrechtelijk oogpunt tot dweilen met de kraan open. Voor de delicten wordt gestraft, zoals iedere niet-verslaafde ook wordt gestraft. Dat wil dus zeggen: een periode in (voorlopige) detentie, als daar tenminste plaats voor is. Dan weer in vrijheid en de geschiedenis begint opnieuw.

Zou dit alles niet moeten leiden tot een discussie over het drugsbeleid? Over liberalisering? Ik weet ook wel dat dat in Nederland niet los van de rest van de wereld kan gebeuren. Ook dat er uit volksgezondheidsoogpunt wel het een en ander tegen in te brengen is. Ook dat de georganiseerde criminaliteit zich zal gaan richten op andere winstgevende projecten, die misschien voor de samenleving schadelijker zijn en die qua opsporing en vervolging nog meer capaciteit vergen. Maar toch. Laten we eerst eens kijken wat we moeten weten voordat we de discussie kunnen voeren.

7. HET STRAFRECHT ALS SLUITSTUK

7.1. Functie van het straf(proces)recht

Het strafprocesrecht heeft twee hoofdfuncties: waarheidsvinding en bescherming van de burger. Daarnaast heeft het een wat wel wordt genoemd: besluitvormende functie. Deze functies moeten in alle stadia van de strafrechtelijke keten een rol spelen. Zij krijgen in verschillende tijdsperiodes verschillende betekenis. Was het aanvankelijk zo dat de aandacht naast waarheidsvinding in het bijzonder kwam te liggen op rechtsbescherming van de burger, de verdachte in casu, nu wordt onder de bescherming van de burger nadrukkelijk ook het belang van het slachtoffer gerekend.

De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid formuleert het aldus:

‘Hoe groot ook de intrinsieke waarde van een met vele processuele waarborgen omgeven strafproces en van uitgebreide administratieve rechtsbescherming is, als enige uitdrukking van de rechtsstaat schieten zij te kort indien in de samenleving de materiële normen van het recht onvoldoende tot gelding kunnen komen doordat zij niet afdoend kunnen worden toegepast, bewaakt, en, zonodig gesanctioneerd. De rechtsstaat impliceert kortom de rechtsplicht tot rechtshandhaving.’⁽³²⁾

Het strafrecht is, zoals al is opgemerkt⁽³³⁾, niet hét middel om de criminaliteit te bestrijden. Het is ook niet, zoals soms wordt gedacht en zelfs met kracht geprobeerd, een middel om slachtoffers van misdrijven genoegdoening te verschaffen. De wijze waarop wordt getracht het slachtoffer als procespartij in te voeren past niet bij ons strafrechtelijk systeem. De Wet Terwee is in dit verband een poging, die hoogstwaarschijnlijk aan het doel niet zal kunnen beantwoorden. Aandacht voor het slachtoffer kan mijns inziens beter gebeuren door een pendant van de reclassering op te richten die zich bezighoudt met zowel de materiële als immateriële gevolgen van misdrijven.

Het strafrecht moet, ten slotte, ook niet worden gebruikt als een instrument om allerlei beleidsmaatregelen af te dwingen door aan

(32) Rechtshandhaving, p. 19 e.v.

(33) Zie de hoofdstukken 5 en 6.

een overvloed van regelgeving strafrechtelijke sancties bij niet-naleving te verbinden. Het maatschappelijk doel dat men wil bereiken staat in dat geval geheel los van het strafrecht; er is geen sprake van 'recht' maar van een machtsmiddel.(34)

7.2. Zijn er redenen om de grondslagen van het strafprocesrecht te verlaten?

De Memorie van Toelichting bij het Wetboek van Strafvordering:

'(...) met andere woorden: men kan beproeven het noodzakelijke compromis op zodanige wijze te vinden, dat aan de vervolging alle rechten worden gegeven, die zij voor haar taak behoeft, aan de verdachte en aan de verdediging alle bevoegdheden, welke met het doel van het strafproces niet onvoorwaardelijk in strijd komen.'

In feite denken we er nog net zo over. Alleen is de wijze waarop dit uitgangspunt in de praktijk gestalte krijgt afhankelijk van de opvattingen van de tijd. Jurisprudentie is een afspiegeling van de tijdgeest. Enerzijds zijn er nu de ontwikkelingen in de richting van eerbiediging van de mensenrechten en anderzijds een verharding van de opstelling tegen diegenen die verantwoordelijk zijn voor verstoring van de maatschappelijke orde. Maar ook is er het besef dat mensenrechten meer zijn dan rechten van het individu dat wordt 'helaagd' door de overheid. Mensenrechten hebben ook te maken met het recht om veilig te leven, met het recht van integriteit van lijf en goed. Met andere woorden: als we het hebben over mensenrechten moeten we het niet alleen hebben over de rechten van hen die worden aangesproken op hun gedrag maar ook over de rechten van slachtoffers, individuele slachtoffers, maar ook de samenleving als geheel als slachtoffer. Wanneer er sprake is van een democratische rechtsstaat, en wij vinden nog altijd dat Nederland dat is, en als wij

(34) De instrumentalistische visie ziet het strafrecht als (machts)middel om bepaalde beleidsdoelen te verwezenlijken. Tegenover deze visie staat de machtskritische visie op het strafrecht, die in zijn uiterste vorm alleen oog heeft voor de specifieke juridische dimensie van het strafrecht die gelegen is in de bescherming van het individu tegen de staat.

Zie voor een uitgebreide beschrijving van deze twee visies het artikel van R. Foqué en A.C.'t Hart in de bundel 'Scherp Toezicht': Strafrecht met Belcid: de instrumentaliteit van rechtsbescherming.

ervoor kiezen dat dat zo moet blijven dan moet er alles aan gedaan worden om dat zo te houden. Dat betekent zoeken naar een evenwicht, of, zoals de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid het formuleert:

‘Het evenwicht tussen de rechtsstaat als waarborg en de rechtsstaat als resultaat moet steeds opnieuw worden gezocht en gevonden. De noodzaak om zorgvuldig te blijven letten op het bewaren van het evenwicht tussen de rechtsstaat als waarborg en de rechtsstaat als resultaat kan onder omstandigheden – zij lijken zich thans voor te doen – meebrengen dat de belangrijkste oplossing voor de rechtshandavingsproblematiek moet worden gezocht in een verruiming van de capaciteit van het met de daadwerkelijke handhaving van het recht belaste apparaat’.

Redenen om de grondslagen van het Wetboek van Strafvordering als geheel te verlaten zijn er niet. De noodzakelijkheid tot herziening van het wetboek, zoals die in 1926 werd gevoeld, is er ook niet.

‘Een wetboek van procesrecht is goed als de keuzen waarop het berust vandaag nog worden onderschreven en het Wetboek geen van de belangen die nu als algemene of individuele procesbelangen worden beschouwd over het hoofd ziet’

Aanpassing moet plaatsvinden

– wanneer bestaande procesrechtelijke regels in strijd blijken met duidelijk en bestendig rechtersrecht

– wanneer processuele regels als onnodige hindernissen worden ervaren

– wanneer een maatschappelijke ontwikkeling naar objectief oordeel dwingt tot uitbreiding van het bestaande strafprocesrechtelijke instrumentarium’ (35)

Natuurlijk is aanpassing van sommige regels omtrent rechtswaARBorgen niet uitgesloten. Het gaat immers ook om de maatschappelijke context waarin die waarborgen tot gelding moeten komen. Als die maatschappelijke context zo is veranderd dat de keerzijde van het rechtsstaatsbeginsel, namelijk de verplichting om het recht tot gelding te brengen, in het gedrang komt, kan de tijd gekomen zijn om alles wat we de afgelopen decennia hebben ontwikkeld nog eens aan een kritische beschouwing te onderwerpen.

(35) L.C.M. Meijers in zijn bijdrage aan de bundel ‘Hercoördinatie Wetboek van Strafvordering’, uitgegeven naar aanleiding van het congres van het Criminologisch Dispuut dr Nico Muller in 1991.

Minister Hirsch Ballin formuleerde het op het congres dat het Criminologisch Dispuut dr Nico Muller in 1991 ter gelegenheid van zijn vijfde lustrum organiseerde, als volgt:

‘Praktisch-politiek is voor mij de eerste vraag, welke wijzigingen in het bestaande Wetboek nodig zijn om een behoorlijke en effectieve strafrechtspleging in veranderde omstandigheden mogelijk te maken. Gezien de ernst van het criminaliteitsprobleem en de dringende noodzaak, de werkwijze in de strafrechtspleging te verbeteren, mag daarmee niet worden getalmd’.

Het motto van mevrouw Minkenhof bij haar ‘De Nederlandse Strafvordering’ zal hem aanspreken: ‘The criminal procedure must not only work fairly, it must also work’.

De WRR waarschuwde echter al in 1988:

‘Waar vereenvoudigde en stroomlijnende maatregelen de rechtspositie van de burger in zijn verschillende hoedanigheden bij de toepassing van het strafrecht gaan raken, is echter grote voorzichtigheid op haar plaats. De marges waarbinnen deze maatregelen kunnen worden genomen zijn ook uit een internationaalrechtelijk gezichtspunt, tamelijk krap. Deze maatregelen moeten worden getoetst aan meer algemene beginselen van rechtsstatelijkheid.

Bovendien moet zorgvuldig worden nagegaan of de ervan verwachte winst aan doelmatigheid bij de rechtshandhaving wel opweegt tegen de verliezen aan legitimiteit die een te gemakkelijk wijzigen van ons reeds lang gecodificeerde strafrecht kan meebrengen.

Een te eenzijdig beleidsinstrumentele opstelling van de wetgever is hier riskant.’(36)

7.3. Herijking van het wetboek(37)

In 1964 werd de commissie Partiële herziening van het Wetboek van Strafvordering ingesteld: de commissie-Feber/Duk. Op instigatie van deze commissie zijn inderdaad enkele veranderingen in het Wetboek aangebracht, waarvan de belangrijkste zijn de herziening van de regels omtrent de voorlopige hechtenis, de herziening van het

(36) Rechtshandhaving, p. 19 e.v.

(37) Zie voor een uitgebreider overzicht van de herijking van het Wetboek van Strafvordering sedert 1964 het artikel van E.P. von Brucken Fock, lid en secretaris van de commissie- Moons, in *Justitiële Verkenningen* 1993 nr. 8.

beklag over niet (verder) vervolgen van strafbare feiten en de herziening van de regeling omtrent het dagvaarden en horen van getuigen en deskundigen. De commissie heeft ook een aantal adviezen gegeven die niet zijn opgevolgd.

Ook na de opheffing van de commissie zijn op verzoek van de minister voorstellen voor partiële herzieningen gedaan, waarvan sommige al tot wet zijn geworden of al als wetsontwerp bij de Tweede Kamer ingediend: De Wet Administratiefrechtelijke Handhaving Verkeersvoorschriften (Wet Mulder), de Wet Computercriminaliteit, wijziging van het kinderstraf- en strafprocesrecht, de Wet Terwee (positie slachtoffers), de Wet Ontneming wederrechtelijk verkregen voordeel en andere vermogenssancties, de mogelijkheid tot (afgedwongen) DNA-test.

Veranderingen die uit efficiency-overwegingen zijn ingegeven: het hoger beroep bij een alleensprekend rechter en de inperking van de mogelijkheden bezwaar te maken tegen dagvaarding of verdere vervolging.

7.3.1. commissie-Moons

Naar aanleiding van de bekende 'Assense rede' van minister Kort-hals Altes op 28 september 1987 hebben de voorzitters van de ressortelijke adviescommissies bij het Openbaar Ministerie op 13 september 1988 een advies met betrekking tot herijking van strafvordering aan de minister uitgebracht. Dit advies is gesplitst in onderwerpen die weinig nadere studie vereisten en onderwerpen waarover nader advies uitgebracht moest worden. Voor deze laatste werd de commissie-Moons ingesteld, op 13 september 1988.

Deze commissie heeft op de volgende punten advies uitgebracht:

De regeling van de voorlopige hechtenis

In eerste instantie een advies naar aanleiding van de Europese jurisprudentie in de zaak Brogan; dit advies werd niet opgevolgd. Zwaarwegende kritiek uit de praktijk leidde tot nadere bewerking van het advies en het werd ten slotte als wetsontwerp bij de Tweede kamer ingediend, waar het nog eens werd gewijzigd. Inmiddels heeft de Tweede Kamer het wetsontwerp aanvaard. Het wachten is nog op de Eerste Kamer. In de praktijk doen zich geen problemen voor nu de richtlijnen van de procureurs-generaal een regeling inhouden die voldoet aan de eisen van 'Straatsburg'.

Verder wordt voorgesteld de gronden voor de voorlopige hechtenis uit te breiden zodat ten aanzien van vermogensdelicten de voorlopige hechtenis kan worden toegepast op de zelfstandige grond van recidive binnen vijf jaar, zodat de herhalingsgrond niet te geforceerd gehanteerd behoeft te worden. Overigens geldt het geforceerd toepassen van een grond in sommige gevallen ook voor de 'geschokte rechtsorde' bij een misdrijf waarop een straf is gesteld van 12 jaar of meer. Na enige tijd is die schok wel voorbij, zeker na de zoveelste verlenging van de voorlopige hechtenis in hoger beroep (en dat blijft gelden in de nieuwe voorstellen waarin deze wordt beperkt tot twee maal negentig dagen). Er zou dan alle reden zijn om een verdachte van een eenmalige doodslag in een kring van bekenden heen te zenden; maatschappelijk is dat echter moeilijk aanvaardbaar.

Overigens is het voorstel tot een eenmalig bevel gevangenhouding van de rechtbank voor maximaal 90 dagen en idem voor het Hof mijns inziens niet zo'n goede gedachte. Sommige rechtbanken zullen een kortere termijn opleggen waarbinnen de Officier van Justitie (en de rechter-commissaris) het vooronderzoek onmogelijk kunnen voltooien, andere rechtbanken zullen misschien altijd negentig dagen opleggen in de veronderstelling dat de verdachte zelf wel een verzoek tot opheffing indient als hij van mening is dat de tijd daartoe gekomen is. Op deze manier wordt de Officier van Justitie misschien weer te weinig geprikkeld ervoor te zorgen dat het vooronderzoek binnen een redelijke termijn gereed is. Het argument dat in de huidige regeling door overschrijding van de termijnen van telkens dertig dagen het risico voor vormverzuimen te hoog is, gaat mijns inziens niet op. Vormverzuimen in deze categorie komen – zeer zelden voor. Vaker is er sprake van het verzuim de tekstverwerker de 'klemmen-de reden' te laten uitprinten wanneer een zaak tegen een zich in voorarrest bevindende verdachte langer dan een maand moet worden aangehouden 'omdat het zittingsrooster eerdere behandeling niet toestaat'. Daarom is schrappen van dit voorschrift inderdaad het opheffen van een zinledige bepaling.

Voor de praktijk is het van groot belang dat na nietigverklaring van de dagvaarding van een verdachte die zich in voorlopige hechtenis bevindt deze van rechtswege nog 30 dagen voortduurt na de uitspraak. De huidige situatie heeft in vele gevallen geleid tot maatschappelijk onaanvaardbare situaties: bijvoorbeeld de zaak tegen de Zettense psychiater op wiens dagvaarding het stempel van de datum en plaats van de terechtzitting ontbrak, terwijl hij, mede door mede-

delingen tijdens de verlengingszittingen daarvan exact op de hoogte was. Hij verscheen 'dus' niet en na nietigverklaring van de dagvaarding werd hij op vrije voeten gesteld.

Ten slotte is het goed de Officier van Justitie de mogelijkheid te geven tot wijziging of aanvulling van het feit omschreven in het bevel voorlopige hechtenis.

De bekende verdachte

Deze regeling zal eveneens als efficiency-maatregel bedoeld zijn. Als argumenten worden aangevoerd dat er minder voorlezing van stukken behoeft plaats te vinden (dat vindt in de praktijk, ook in hoger beroep, al nauwelijks plaats) en dat er minder tijd op de zitting aan de feiten besteed behoeft te worden. Ook dat gebeurt in de praktijk al zeer summier als de verdachte inderdaad bekent. Wat dat laatste betreft zijn er wel wat haken en ogen. Wanneer bekent een verdachte? Vaak gaat het om halve bekentenissen, ziet een verhaal er in hoger beroep toch weer anders uit dan bij de rechtbank. En als ook de bekentenis bij de politie als uitgangspunt beschouwd kan worden, zoals in het uiteindelijke wetsvoorstel is neergelegd, dan vrees ik dat de verdachte te zeer in het nadeel komt en de druk op het afleggen van een bekentenis te groot.

Wanneer een verdachte terugkomt op zijn bekentenis kan hij worden verwezen naar de gewone procedure. Dat kost extra tijd.

Al met al denk ik dat de nadelen van dit voorstel veel groter zijn dan de voordelen.

Het gerechtelijk vooronderzoek:

De commissie concludeert dat art. 6 EVRM niet dwingt tot verandering van de regeling van het gerechtelijk vooronderzoek. Het fair trial-beginsel strekt zich immers uit tot het gehele proces en datgene wat in het vooronderzoek niet aan de vereisten voldoet, kan in de latere fase hersteld worden.

Van groot belang voor de praktijk is de constatering dat het EVRM zich ook niet verzet tegen een inperking van het recht van de verdachte op kennisneming van de processtukken, aanwezigheid van de raadsman bij verhoor van verdachten, getuigen en deskundigen. De procedures in het gerechtelijk vooronderzoek dienen volgens de commissie gestroomlijnd te worden.

Een belangrijk punt voor de praktijk is de dagvaardingstermijn na sluiting van het gvo. Deze is nu op 30 dagen gesteld. Wanneer deze

termijn is verstreken (en er geen nieuwe termijn aan de rechtbank is gevraagd en verkregen) is de mogelijkheid tot vervolging definitief afgesloten. Het komt voor dat een raadsman zijn cliënt, die zich niet in voorlopige hechtenis bevindt, adviseert juist rond dat moment te verhuizen. De kans op een nietige dagvaarding en dus op het ontlopen van de berechting is dan zeer groot.

Vormvoorschriften

De commissie gaat uit van het beginsel dat vormvoorschriften door de wetgever worden vastgesteld en dat de rechter de gevolgen van schending bepaalt; hij moet in concreto de in het geding zijnde belangen afwegen en binnen de grenzen door de wetgever gesteld de gevolgen bepalen. Schending van slechts enkele vormvoorschriften moet altijd tot nietigheid leiden; voor het overige moeten de ook nu al gehanteerde sancties in de wet worden vastgelegd (niet-ontvankelijkheid, bewijsuitsluiting, strafvermindering). Sanctie moet pas aan de orde zijn als het verzuim ook niet meer hersteld kan worden.

Het lijkt een goede, verstandige regeling, mits daar in de praktijk ook verstandig mee wordt omgegaan. Het Openbaar Ministerie mag hierdoor niet worden geïnspireerd minder zorgvuldig met de procedures om te gaan; rechtbanken moeten de sancties op een verstandige manier hanteren. Afweging aan de hand van een individueel geval kan zeer wel leiden tot een zekere mate van willekeur. Er zijn rechtbanken in den lande die wel heel snel concluderen tot een zodanige schending dat niet-ontvankelijkheid op zijn plaats is. Weliswaar kan een dergelijke uitspraak door het Hof worden gecorrigeerd, maar er zijn inmiddels al wel gevolgen aan verbonden, zoals invrijheidstelling van een verdachte. Andersom zijn er misschien rechtbanken die fouten van het Openbaar Ministerie te veel zouden willen herstellen, hetgeen voor een goede procesvoering evenmin bevorderlijk is.

De telastelegging

Een van de belangrijkste voorstellen van de commissie-Moons die merkwaardigerwijze wordt gerubriceerd onder het hoofd 'vormvoorschriften' is het verlaten van de tyrannie van de telastelegging. De rechter zou niet meer moeten beslissen op de grondslag van de telastelegging, maar naar aanleiding van de telastelegging. De rechter beslist zelf over bewezenverklaring én kwalificatie. Dit voorstel roept nogal wat discussie op en ik denk dat deze discussie ook ruim

de tijd moet krijgen. Wanneer dit voorstel wordt gevolgd zal inderdaad een van de belangrijkste grondslagen van ons strafprocesrecht worden verlaten en zal hercodificatie van het strafprocesrecht waarschijnlijk nodig zijn. Het is namelijk een wijziging die gevolgen heeft voor alle fasen van het strafproces.⁽³⁸⁾ De Officier van Justitie wordt van dominus litis tot de instantie die niet meer beslist dan dat een zaak aan de rechter wordt voorgelegd. Wat er dan verder gebeurt, heeft hij niet in de hand.

Is dit nu het resultaat van 'de algemene onvrede over het functioneren van het Openbaar Ministerie waardoor er zoveel fouten worden gemaakt in de telastelegging dat er veel zaken niet tot een goed einde worden gebracht?' Dit is binnen het OM een veel gehoorde reactie. Hij is te beperkt, maar bij de discussie zal dit aspect ongetwijfeld een rol hebben gespeeld. Toegegeven, de telastelegging is voor een normaal mens vaak moeilijk begrijpbaar, maar in de regel weet een verdachte heel goed waar het over gaat. Bovendien heeft hij dikwijls een raadsman en ik neem aan dat hij wel in staat is de vaak wat gekunstelde taal te begrijpen. 'De telasteleggingen komen dikwijls uit de tekstverwerker (uit 'Compas') en de officieren kunnen zelf geen dagvaarding meer maken.' Dat is zo. En daar moet verbetering in komen.

Waarom kan een dagvaarding niet in gewoon Nederlands worden opgesteld? Met enige creativiteit kunnen we daarin een eind komen maar een aantal standaardformules in de kwalificatie zal toch onontkoombaar zijn. We zouden moeten zoeken naar een mogelijkheid het ten laste gelegde in gewoon Nederlands te omschrijven, maar wel zodanig, dat de daaraan gegeven kwalificatie voor rekening van de Officier van Justitie komt. De rechter kan daar niet buiten gaan. Wel moet de Officier van Justitie in de gelegenheid zijn de telastelegging te wijzigen (en eventueel ook de kwalificatie). Van belang is, dat deze mogelijkheid ook in hoger beroep wordt geschapen. Het komt steeds meer voor dat raadslieden hun munitie tot de behandeling in hoger beroep bewaren en daar getuigen doen oproepen die zodanig verklaren dat er een ander licht op de zaak wordt geworpen.

(38) De commissie-Moons over het gerechtelijk vooronderzoek: 'De opzet van het voorbereidend onderzoek in Nederland is ten nauwste verbonden met het geldende strafrechtelijke bewijsrecht en de specifieke betekenis van de telastelegging in ons strafproces als grondslag voor het onderzoek ter terechtzitting en de einduitspraak door de rechter'. Mutatis mutandis geldt dit dus ook voor de telastelegging.

Het Openbaar Ministerie moet dan in de gelegenheid zijn daarop te reageren.

7.4. Hercodificatie?

Inmiddels is inderdaad een groot aantal wijzigingen in het Wetboek van Strafvordering aangebracht en zal nog aangebracht worden als de voorstellen van de commissie-Moons, al is het slechts voor een deel, wet zijn geworden.

In de Memorie van Toelichting op de begroting voor 1993 kondigde de minister een notitie aan waarin een totaalbeeld gegeven zou worden van de sedert 1926 tot stand gekomen wijzigingen in het Wetboek van Strafvordering met een oordeel over de vraag of dit alles nog recht zou doen aan de beginselen en uitgangspunten van dit wetboek. Sedertdien is niets meer van dit voornemen vernomen. Toch zou dit, eventueel na afsluiting van de nu aan de orde zijnde operaties, interessant zijn. Het is niet onwaarschijnlijk dat de conclusie uit een dergelijk overzicht zal moeten zijn dat een geïntegreerde herziening onontkoombaar is. Dat de minister niet zoveel voelt voor een totale hercodificatie is begrijpelijk. Een dergelijke operatie zou aanleiding zijn de hele discussie over ons strafvorderlijk systeem nog weer eens van voor af aan te beginnen en daaraan heeft op dit moment niet iedereen behoefte, nog afgezien van de vraag of dat werkelijk tot iets zou leiden.

En: wat zou het doel daarvan zijn?

7.4.1. Aanpassing aan ontwikkelingen in de criminaliteit

Zoals hierboven in hoofdstuk 6 al is aangegeven: het doel van het strafrecht is niet, althans niet direct, de bestrijding van criminaliteit. We moeten ook niet denken dat met het strafrecht, of met een andere strafrechtelijke procedure de criminaliteit effectief kan worden bestreden. Het strafrecht levert er wel een bijdrage aan en daarom zijn veranderingen in de procedure, zonder dat de grondslagen werkelijk worden verlaten noodzakelijk, juist in verband met de ontwikkelingen in de criminaliteit. Ik zou die ontwikkelingen willen toespitsen op twee elementen: de massaliteit en de georganiseerde criminaliteit.

De massaliteit

De grote stroom zaken op het gebied van de veelvoorkomende criminaliteit vraagt om een efficiënte, bedrijfsmatige afhandeling. Daarvoor hoeven echter niet de grondslagen van het Wetboek van Strafvordering te veranderen. Wel de werkwijze van de 'strafrechtelijke keten' en waarschijnlijk de interne organisatie van het Openbaar Ministerie.

Men zou in dit verband nog kunnen denken aan, wat in andere stelsels wel voorkomt, een wettelijk onderscheid tussen ernstige en minder ernstige misdrijven. De zaken die als minder ernstig worden gekwalificeerd worden echter ook nu al efficiënter afgedaan, door middel van een transactie. In die richting wordt door het Openbaar Ministerie ook doelbewust gewerkt, conform de doelstelling van het beleidsplan Strafrecht met Beleid.

In zekere zin wordt nu ook in de wet een dergelijk onderscheid aangebracht door de invoering van de politietransactie voor eenvoudige misdrijven zoals dronken rijden en winkeldiefstal. En hoewel dat nu niet met zoveel woorden wordt gezegd, verwacht ik nog wel een uitbreiding van het aantal delicten.

Overigens mogen ook de pogingen van het Openbaar Ministerie om in de zogenaamde 'bulkzaken' efficiënter en bedrijfsmatiger te werken niet onvermeld blijven. Natuurlijk is een optimale situatie nog niet bereikt, maar deze mag in de toekomst niet uitgesloten worden. Er is tenslotte op dit gebied de laatste jaren al heel wat tot stand gebracht.

Georganiseerde criminaliteit

De georganiseerde criminaliteit is in Nederland een verschijnsel in opkomst. Nog niet zo lang gelden geloofde men er niet in dat zich dat ook in ons land zou voordoen, maar ook daarin is Nederland geen eiland: wanneer je zoekt, vind je iets. Er is gezocht, geanalyseerd en er is gevonden. Genoeg om verontrust te zijn, maar we moeten ons niet zo laten opjagen dat we voor de enkele zaken die opgespoord kunnen worden en waarvan de daders berecht kunnen worden ons toch mooie systeem omver werpen. Wel moeten we zorgen dat het systeem goed werkt en een zekere stroomlijning waardoor de kans op misbruik zo gering mogelijk wordt, moet zeker plaatsvinden. En dan nog zal ons strafproces nauwelijks bestand zijn tegen het raffinement van werkelijk grote criminelen. Maar zou dat niet gelden voor ieder

systeem dat voldoet aan de kwalificatie 'due process' (= behoorlijk proces)?

Een behoorlijk proces, met de nodige waarborgen voor de verdachte, moet ook gelden voor personen die worden verdacht van een of andere vorm van georganiseerde criminaliteit, hoe verwerpelijk dat ook kan zijn en welke methoden zij ook gebruikt hebben. De discussie over aantasting van de rechtsstaat door het verschijnsel zware georganiseerde criminaliteit moet daar niet aan tornen.

We moeten ons realiseren dat 'de georganiseerde misdaad' ons altijd voor zal blijven. In communicatie- en andere apparatuur, in de hoeveelheid te besteden geld, misschien zelfs wel in deskundigheid, als wij geen zeer hoge eisen stellen aan de deskundigheid van degenen die betrokken zijn bij de opsporing, vervolging en berechting.

Maar dat wil niet zeggen dat we moeten stilzitten. In de preventieve sfeer, in die zin dat moet worden voorkomen dat deze vorm van criminaliteit te veel verweven raakt met onze samenleving als geheel, kan het een en ander gedaan worden. Vanuit het binnenlands bestuur, vanuit justitie en het bedrijfsleven is de discussie hierover op gang gekomen.

In de repressieve sfeer zal goed nagedacht moeten worden welke bevoegdheden aan politie en justitie worden geven en met welke waarborgen deze moeten worden omgeven.

Onderzoeken in de pro-actieve fase zijn van belang. Ten eerste om een beeld te kunnen krijgen van criminele organisaties. Preventie kan immers het beste resultaat hebben als bekend is waartegen men zich moet weren.

Maar ook ten behoeve van de opsporing is de pro-actieve fase van belang: het verkrijgen van gegevens tegen een persoon of een groep die (nog) niet als verdachte in strafvorderlijke zin kan worden aangemerkt.

– Observatie en infiltratie

Het onderscheid tussen opsporingsonderzoeken in het kader van het Wetboek van Strafvordering en het zogenaamde 'CID-onderzoek' is van belang. Iedereen die in de praktijk met het strafrecht bezig is, kent wel de zinsnede 'uit CID-informatie is het volgende verkregen'. En dan komt de reden waarom iemand als verdachte kan worden aangemerkt, bijvoorbeeld als grond voor een verzoek om een machting tot afluisteren van telefoongesprekken. Een enkele keer wordt

dan op de zitting stevig doorgevraagd wat de 'CID-informatie' dan wel was en hoe die was verkregen. Pseudokoper A115 moet, al dan niet in vermomming, op de zitting verschijnen.

Art. 8 EVRM en art. 10 Grondwet staan voor de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Inbreuk daarop mag alleen geschieden op grond van de wet. Een voorbeeld van die inbreuk is de regeling van de telefoontap en nu ook het onderzoek van telecommunicatie in het algemeen en van gegevens in geautomatiseerde bestanden. Het gebruik van de richtmicrofoon als middel om direct af te luisteren is een nieuw dwangmiddel dat eveneens onder de vigeur van het Wetboek van Strafvordering gebruikt kan gaan worden. De rechter-commissaris is de centrale figuur bij het gebruik van deze opsporingsmiddelen. Hij moet immers, op vordering van de Officier van Justitie, zijn toestemming daarvoor geven. Dat kan alleen als er een persoon als verdachte in de zin van art. 27 Sv kan worden aangemerkt⁽³⁹⁾.

Een andere inbreuk op het beginsel wordt – volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad – geschapen door art. 28 van de Politiewet. Pro-actieve opsporing valt niet onder het Wetboek van Strafvordering. De Hoge Raad vindt dat observeren (schaduwten) valt binnen de 'in art. 28 Politiewet omschreven algemene taak van de politie om te zorgen voor – onder meer – de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde'. Geldt dat ook voor het gebruik van video- en filmapparatuur? Het geluid daarbij valt onder de bepalingen van Strafvordering, maar als het nu wordt gebruikt in de fase dat men aan Strafvordering, aan art 27, nog niet toe is?

Formeel zijn de grenzen wel duidelijk: als iemand in de zin van art. 27 als verdachte kan worden aangemerkt, vallen de te gebruiken opsporingsmiddelen die een inbreuk inhouden op de persoonlijke levenssfeer onder de verantwoordelijkheid van de rechter-commissaris. In de praktijk is het echter moeilijker. In de opsporing van een zeer zwaar delict kan men bijvoorbeeld wel eens voor de vraag komen te staan of een niet-wettelijk middel moet worden ingezet.

Anderzijds zijn de aanwijzingen dikwijls nog zo vaag dat er niet

(39) Dan kan ook een zogenaamde NN-verdachte zijn, bijvoorbeeld als bekend is dat vanuit een bepaald pand door de vermoedelijke verdachte getelefoneerd wordt en de personalia van deze verdachte niet bekend zijn.

gesproken kan worden van een verdachte in de zin van art. 27 Sv. Wat moet er dan gebeuren?

De gedachte om het gehele pro-actieve onderzoek aan wettelijke bepalingen te binden lijkt aantrekkelijk. Er kan dan ook een rechterlijke toetsing plaatsvinden. Voorkomen moet echter worden dat een latere verdachte volledig inzicht krijgt in de gebruikte methoden en, belangrijker nog, in de namen van personen die in die fase behulpzaam zijn geweest. Er zijn nog altijd burgers die bereid zijn mee te werken aan de opsporing van ernstige misdrijven, bijvoorbeeld door toe te staan dat opsporingsambtenaren van hun woning gebruik maken om – al dan niet met gebruik van opname-apparatuur – een potentiële verdachte te observeren.⁽⁴⁰⁾

Het zal echter niet altijd houdbaar zijn de gebruikte methoden in het vooronderzoek voor de verdachte verborgen te houden. Het moet immers wel duidelijk worden of er geen methoden zijn gebruikt die een zodanige inbreuk maken op de behoorlijke procesorde dat, na afweging van de in het geding zijnde belangen, het belang van de verdachte onevenredig is geschaad.

Het kan een oplossing zijn om de wettelijke regeling alleen daaruit te laten bestaan dat inzet van middelen die inbreuk maken op de persoonlijke levenssfeer in welke fase van een onderzoek dan ook worden onderworpen aan rechterlijke toetsing. Voor zover deze toetsing uitdrukkelijk in de wet is geregeld, is dit in het algemeen de rechter-commissaris.⁽⁴¹⁾ Voor zover het pro-actief onderzoek betreft⁽⁴²⁾ zou de toetsing moeten worden opgedragen aan een bijzondere raadkamer, op voorstel van de Officier van Justitie.

Het feit dat een dergelijke toetsing heeft plaatsgevonden moet vervolgens voldoende waarborg bieden voor de procedure ter terechtzitting. De afwegingen van proportionaliteit en subsidiariteit zijn dan al door de raadkamer gemaakt en hoeven in de procedure niet

(40) C. Fijnaut gaat in zijn bijdrage: 'Observatie en infiltratie' aan het congres van het Criminologisch Dispuut dr Nico Muller in 1991 over hercodificatie van Strafvordering in op de discussie over observatie en infiltratie. Uit dit artikel blijkt dat de discussie verandert naarmate de tijd en de ontwikkelingen voortschrijden.

(41) De door de commissie-Moons voorgestelde regeling met betrekking tot doorzoeking van woningen en andere plaatsen laat ik hier buiten beschouwing.

(42) In een onderzoek naar een zeer ernstig misdrijf kan het gebruik van op zich niet-wettelijke middelen noodzakelijk zijn. Het gaat er in dat geval om een juiste afweging van belangen te maken; deze afweging kan het beste door een rechterlijk college geschieden in plaats van door nauw bij het onderzoek betrokkenen.

nog eens aan de orde te komen. Dit is belangrijk, omdat dikwijls personen die in het vooronderzoek een rol hebben gespeeld bescherming behoeven.

Op deze wijze wordt inbreuk op het beginsel van bescherming van de persoonlijke levenssfeer op grond van de wet geregeld. De vraag is echter wel of een dergelijke wettelijke regeling in overeenstemming is met het Europees Verdrag. Het is echter anderzijds de vraag of de huidige werkwijze in overeenstemming is met wet en jurisprudentie.

De inzet van niet-wettelijk geregelde opsporings- en informatiemethoden (infiltratie, pseudokoop) kan vooraf worden onderworpen aan toestemming van een landelijke (OM)commissie.

8. SLOTBESCHOUWINGEN

In dit preadvies heb ik geprobeerd een verbinding te leggen tussen de discussies die in verschillende kringen worden gevoerd: de wetenschappelijk-juridische discussie, de criminologische, de ethische, de bedrijfsorganisatorische, de politieke discussie. Het aardige – en tevens het onbevredigende – van de functie van procureur-generaal bij een gerechtshof is, dat het werk met al deze discussies te maken heeft en dat bij vele beslissingen verschillende aspecten een rol spelen. Dat heeft vaak tot gevolg dat niemand echt tevreden is met de genomen beslissing; de beslisser zelf ook niet, omdat nooit aan alle aspecten voldoende recht kan worden gedaan. Een preadvies als dit lijdt aan hetzelfde euvel. Wat ik wil betogen is echter dat geen enkele discussie op zichzelf staat en dat beslissingen altijd gevolgen hebben op velerlei gebied.

In het licht van de bestrijding van de criminaliteit is de functie van het strafrecht een zeer betrekkelijke, die van het strafprocesrecht nog betrekkelijker. Slechts tien procent van de geregistreerde criminaliteit wordt in de vorm van een strafzaak aan de rechter voorgelegd. En in slechts een deel daarvan spelen alle facetten van het strafprocesrecht (bijvoorbeeld het gerechtelijk vooronderzoek) een rol. Het strafrecht heeft echter een grote symboolwaarde. Het houdt potentiële daders af van het plegen van strafbare feiten, omdat er toch nog altijd de (weliswaar kleine) kans is dat men gepakt wordt. Als een gepakte dader op een voor het publiek waarneembare ade-

quate manier wordt berecht geeft dat een gevoel van rechtvaardigheid en veiligheid. Het functioneren van het strafprocesrecht is in dat licht van een niet te onderschatten belang. Zolang de samenleving vertrouwen heeft in de strafrechtspleging kan de rechtsstaat zo blijven functioneren dat hij die kwalificatie ook verdient. Er moet dus alles aan gedaan worden om de organen van de strafrechtspleging voldoende voor hun taak uit te rusten.

Het Nederlandse strafrecht is een 'daderstrafrecht'. Het invoeren van het slachtoffer als procespartij of anderszins het strafrecht een bevredigende functie geven ter behartiging van de belangen van slachtoffers is niet goed mogelijk. Daarvoor zullen andere mogelijkheden in het leven geroepen moeten worden.

Er zijn twee ontwikkelingen in het beeld van de criminaliteit die de discussie over aanpassingen van het Wetboek van Strafvordering hebben bevorderd: de massaliteit van strafbare feiten en de opkomst van de zware georganiseerde criminaliteit. De eerste ontwikkeling noopt tot efficiency, tot stroomlijning van de procedure, zo men wil. Of zelfs tot het maken van onderscheid in ernstige en minder ernstige misdrijven. Een zekere stroomlijning van de procedures is nuttig en nodig; de tijden zijn sedert 1926 veranderd. De praktijk, waarbij veel relatief eenvoudige zaken door middel van een transactie worden afgedaan – en voor sommige misdrijven wordt in de nabije toekomst zelfs de politietransactie wettelijk mogelijk – komt tegemoet aan de wens tot snelheid en doelmatigheid. Daarnaast zullen bedrijfsorganisatorische aanpassingen binnen het Openbaar Ministerie verdere efficiency tot gevolg kunnen hebben, zonder dat wezenlijk tekort gedaan wordt aan de belangen van verdachten.

Snelheid en consequent optreden zijn van belang, naast verhoging van de ophelderingspercentages en vergroting van de mogelijkheden tot executie van de straf. Dit laatste geldt zowel voor de inning van geldboetes (waarvan de opbrengst soms minder is dan de kosten) als voor de executie van alternatieve sancties als voor de penitentiaire capaciteit.

De opkomst van de zware georganiseerde criminaliteit trekt een behoorlijke wissel op het denken over 'het recht'. Het evenwicht tussen

de belangen van de samenleving als geheel en het individu in het bijzonder is in het geding.

Maar we moeten het verschijnsel van de georganiseerde criminaliteit niet overdrijven. De situatie is ernstig, de samenleving in West-Europa zou wel eens aan geld, hebzucht en normverval ten gronde kunnen gaan, maar met het strafprocesrecht, hoe dat er ook uit zou zien, is dat niet tegen te houden.

In een minder pessimistische visie staat de vraag centraal wat nu werkelijk de omvang is van de georganiseerde criminaliteit en hoe erg dit is. Ook in deze visie dient het strafprocesrecht niet op grond van deze ontwikkelingen radicaal te worden herzien. Het gaat om een relatief gering aantal, weliswaar spectaculaire, zaken waarin ons procesrechtelijk systeem het onderspit delft. Maar elk systeem dat aan de kwalificatie 'due process' voldoet zal niet tegen het raffinement van sommige organisaties en hun adviseurs opgewassen zijn. Het is belangrijk dat de samenleving weerbaar is tegen deze vormen van criminaliteit, dat de mogelijkheden tot het genot van de criminele winsten tot een minimum worden beperkt.

Preventie is van belang. Daarvoor is nodig een inzicht in de situatie. Misdaadanalyse is een van de middelen om dat inzicht te verkrijgen. Repressief optreden moet, uiteraard, ook plaatsvinden. In dat verband is van belang dat de politie, onder toezicht van Openbaar Ministerie en rechter, gebruik kan maken van geavanceerde opsporingsmiddelen en methodieken.

Ons strafprocesrecht voldoet, al dan niet met enkele voorgestelde wijzigingen nog steeds aan de eisen die de rechtsstaat daaraan stelt. Het moet niet gebruikt worden als machtsmiddel om beleidsdoelen die op zich weinig draagvlak hebben, toch te bereiken. Het Openbaar Ministerie is niet het orgaan dat op die manier als instrument moet worden ingezet.

De taak van het OM is de handhaving van het recht. Dat wil zeggen handhaving van de rechtsorde, door welke interpretatie het Openbaar Ministerie is gelegitimeerd om zich met zo veel meer bezig te houden dan de opsporing en vervolging van strafbare feiten in enge zin.

Ons strafproces is duur. Handhaving van 'het recht', betekent afweging van belangen, aandacht voor de rechtsbescherming van de burger en voor de belangen van de samenleving als geheel. Geldelij-

ke overwegingen mogen niet tot gevolg hebben dat het strafproces aan kwaliteit inboet; integendeel, het zal op dit moment vele investeringen vergen om de kwaliteit van de rechtshandhaving op peil te houden en op de daarvoor noodzakelijke punten te verhogen.

Uiteindelijk gaat het om politieke keuzes. In hoeverre willen wij grote maatschappelijke problemen op regeeringsniveau aanpakken? In hoeverre voelt de gehele regering zich verantwoordelijk voor de veiligheid in de samenleving? Bij de kabinetsformatie zullen prioriteiten gesteld moeten worden en wellicht moet dan voorrang worden gegeven aan investeringen in veiligheid, in preventie van criminaliteit op brede schaal, in plaats van aan grote infrastructurele projecten. Alle departementen zullen daaraan hun bijdrage moeten leveren. Niet alleen door meer middelen voor Justitie te bestemmen, maar ook door het eigen beleid af te stemmen op het voorkomen van criminaliteit en anderszins ongewenst gedrag.

En: hoeveel hebben wij over voor de kwaliteit van de strafrechtelijke handhaving?

Ik sprak over het zoeken naar zondebokken. Overal gaan dingen mis en dat zal zo blijven, welke maatregelen ook worden genomen. We moeten oppassen het heil te verwachten van fundamentele wijzigingen in het strafproces, of van een perfect opererend Openbaar Ministerie, of van een zeer omvangrijk politiekorps. Alles hangt met alles samen; oorzaken van de maatschappelijke problemen van nu liggen in de maatschappij als geheel. Je kunt daarin wel verbeteringen op onderdelen aanbrengen, en dat zal ook moeten, maar dat lost de problemen niet op.

Afkortingen

A-G	advocaat-generaal
BGH	Benelux Gerechtshof
DD	Delikt en Delinkwent (voorheen: Tijdschrift voor Strafrecht)
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	(Europees) Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
gvo	gerechtelijk vooronderzoek
Gr.W	Grondwet
KG	Kort Geding
MvT	memorie van toelichting
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJV	Nederlandse Juristen-Vereniging
OM	Openbaar Ministerie
OvJ	Officier van Justitie
P-G	procureur-generaal
R-C	rechter-commissaris
RO	Wet op de rechterlijke organisatie
SC	Supreme Court
Sr	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden
Stcrt.	Nederlandse Staatscourant
Sv	Wetboek van Strafvordering
TK	Tweede Kamer der Staten-Generaal
TvS	Tijdschrift voor Strafrecht (thans: Delikt en Delinkwent)
W	Weekblad van het Recht (opgegaan in NJ)