

Tilburg University

Het vooronderzoek in strafzaken. Algemeen deel

Groenhuijsen, M.S.

Published in:

Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001

Publication date:

2001

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

Citation for published version (APA):

Groenhuijsen, M. S. (2001). Het vooronderzoek in strafzaken. Algemeen deel. In M. S. Groenhuijsen, & G. Knigge (Eds.), *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001* (pp. 3-89). Gouda Quint.

General rights

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

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

Take down policy

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

Het vooronderzoek in strafzaken. Algemeen deel

prof. mr. M.S. Groenhuijsen

1 Inleiding

1.1 De opzet van dit rapport

In dit boek wordt verslag gedaan van de resultaten van het tweede jaar van het onderzoeksproject Strafvordering 2001. In deze periode is studie verricht naar het vooronderzoek in strafzaken. Het voorbereidend onderzoek omvat die fasen van het strafgeding in ruime zin die voorafgaan aan de terechtzitting. In het vigerende wetboek staan daarin het opsporingsonderzoek, de voorlopige hechtenis en het gerechtelijk vooronderzoek centraal.

Het belang van het voorbereidend onderzoek is vanouds vooral gelegen in het verzamelen van informatie omtrent vermoedelijk gepleegde strafbare feiten. Die informatie dient vervolgens een verantwoorde vervolgingsbeslissing mogelijk te maken. En wanneer de zaak door middel van een dagvaarding aanhangig wordt gemaakt ter terechtzitting, vindt het openbare eindonderzoek plaats op basis van het materiaal dat in de voorbereidende fasen aan het licht is gebracht.

Gedurende het voorbereidend onderzoek moet dus informatie worden verzameld op grond waarvan uitsluitel kan worden gegeven omtrent de betrokkenheid van personen bij bepaalde delicten. Wat dat betreft staat het vooronderzoek ten dienste van de waarheidsvinding. Daarbij dient evenwel te worden bedacht dat impressies of persoonlijke overtuigingen omtrent datgene wat zich zou hebben voorgedaan, in deze fase van het geding steeds een voorlopig karakter hebben. De uiteindelijke oordeelsvorming omtrent de materiële waarheid is nadrukkelijk voorbehouden aan de rechter, na een daartoe strekkende openbare terechtzitting. Ook moet worden aangetekend dat het voorbereidend onderzoek de omgeving bij uitstek is waar de traditionele spanning tussen waarheidsvinding enerzijds en bescherming van persoonlijke vrijheidsrechten anderzijds in volle scherpte aan het licht treedt. Het verrichten van onderzoek door politieke en justitiële autoriteiten gaat veelvuldig gepaard met inbreuken op grondrechten van burgers. Daarom is juist in deze fase van het geding de vraag aan de orde hoe ver de overheid in dit opzicht mag gaan en op welke wijze de grenzen dienen te worden afgebakend en vastgelegd.

Tegen deze achtergrond kan reeds aanstonds worden gewezen op enkele prangende vragen omtrent de systematische grondslag van het voorbereidend

onderzoek in strafzaken. In het eerste interimrapport hebben wij de belangrijkste hiervan al aangestipt.¹ Zo is algemeen erkend dat de betekenis van het voorbereidend onderzoek ingrijpend is beïnvloed door het *de auditu*-arrest uit 1926. Daargelaten de vraag of de ontwerpers van het huidige wetboek zelf ook reeds mogelijkheden zagen voor toelating van ‘verklaringen van horen zeggen’ als bewijsmiddel², staat toch wel vast dat de praktijk van de omgang met in het vooronderzoek afgelegde getuigenverklaringen sterk afwijkt van het model dat in het wetboek als basispatroon is neergelegd. Dit heeft niet alleen implicaties voor de systematische inrichting van het onderzoek ter terechtzitting, maar evenzeer leidt het tot de noodzaak van een fundamentele reflectie op de vormgeving van rechtsbeschermende elementen gedurende het vooronderzoek.

In gelijke zin hebben wij melding gemaakt van de principiële veranderingen in het object van onderzoek in de voorbereidende fase. Was voorheen de aandacht vooral³ gericht op situaties waarin één individu werd verdacht van het plegen van één delict, in het laatste kwart van de twintigste eeuw kreeg justitie veelal te maken met aanmerkelijk gecompliceerder vormen van criminaliteit. Daarbij zijn vaak grote reeksen van burgers betrokken - al dan niet in georganiseerd verband - en wordt bovendien de noodzaak gevoeld om niet alleen aandacht te besteden aan reeds gepleegde delicten maar ook aan strafbare feiten die naar alle waarschijnlijkheid in de voorzienbare toekomst zouden plaatshebben.

Het bestaande wetboek biedt evenmin systematische aanknopingspunten voor een antwoord op de vraag naar de verhouding tussen de daarin geregelde opsporingsbevoegdheden enerzijds en de in bijzondere wetten voorkomende controlebevoegdheden anderzijds. Op dit punt werd het beeld nog onoverzichtelijker door de uitbouw van vormen van repressief toezicht in een bestuursrechtelijke omgeving, waarvan de relatie met strafvorderlijk ingrijpen op z’n minst onduidelijk is. Ook de opkomst van nieuwe technische hulpmiddelen - waarvan het DNA-onderzoek en de AIDS-test als voor de hand liggende voorbeelden worden genoemd - noopten tot nieuwe afwegingen van in aanmerking komende belangen, terwijl een structureel kader voor zo’n afweging niet voorhanden is.

Voor de inrichting van het voorbereidend onderzoek is voorts van belang dat de institutionele verhoudingen tussen de betrokken autoriteiten sinds de invoering van het wetboek drastisch zijn veranderd. De politie is, vooral in de afgelopen decennia, in hoog tempo geprofessionaliseerd; er heeft een sterke

1 M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Groningen: 1999, Algemeen Deel, paragraaf 2.

2 Daarover meer in paragraaf 6 van dit Algemeen deel.

3 Situaties als bestreken door art. 140 Sr in zijn oorspronkelijke betekenis - gericht op boevenbendes - behoorden nadrukkelijk tot de uitzonderingen. Vergelijk M.J.H.J. de Vries-Leemans, *Art. 140 Wetboek van Strafrecht. Een onderzoek naar de strafbaarstelling van deelneming aan misdaadorganisaties* (diss. Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1995.

proliferatie in de kring van buitengewone opsporingsambtenaren plaatsgevonden; de rol van bijzondere opsporingsdiensten (BOD's) is kwalitatief sterk geprononceerd; en het openbaar ministerie is van een primair op strafvervolging gericht orgaan geëvolueerd tot een instelling met een geheel eigen karakter, die zoveel taken kreeg toebedeeld dat het korthedshalve wel werd aangeduid als de spin in het web van de strafrechtelijke rechtshandhaving.⁴ Al deze ontwikkelingen vonden plaats zonder een bijpassende herbezinning op het wettelijk kader zoals dat werd geboden door het vigerende wetboek van strafvordering.⁵

Een soortgelijk tekort deed zich voor in relatie tot het gerechtelijk vooronderzoek. In de structuur van het wetboek van 1926 had het gerechtelijk vooronderzoek een centrale plaats in het voorbereidend onderzoek, met - als vanzelfsprekend gevolg daarvan - een dominante positie voor de rechter-commissaris. De praktijk week gaandeweg steeds verder af van het in het wetboek gefixeerde model. Het opsporingsonderzoek won in de meeste zaken terrein op het GVO, de officier van justitie werd doorgaans belangrijker dan de rechter-commissaris.

Tenslotte zijn nogal wat systematische ankers onder de wettelijke regeling van het vooronderzoek uitgeslagen door de voortschrijdende internationalisering van het strafprocesrecht. We volstaan hier korthedshalve met de vermelding van de sterk geïntensiveerde internationale samenwerking en de invloed van de Straatsburgse rechtspraak op basis van het EVRM.

De gesignaleerde fricties en systematische disharmonieën leidden niet alleen tot theoretische problemen. Ook de rechtspraak heeft in toenemende mate te lijden gehad onder het gebrek aan samenhang in de regelgeving van het wetboek. Uiteraard is de meest pijnlijke manifestatie hiervan gelegen in het rapport van de Parlementaire Enquêtecommissie inzake bijzondere opsporingsmethoden.⁶ De commissie signaleerde een 'crisis in de opsporing', die uit verschillende dimensies bestond. Voor ons is vooral van belang dat zowel een gezagscrisis werd geconstateerd als een normeringscrisis. De bestaande organisatiestructuur bleek tekort te zijn geschoten om effectief toezicht op het opsporingsapparaat mogelijk te maken. Ook bleken de in het wetboek vastgelegde rechtswaarborgen rond de inzet van opsporingsmethoden naar het oordeel van de commissie ontoereikend om een adequaat niveau van rechtsbescherming te garanderen.

4 Hieromtrent A.C. 't Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving*, Arnhem: Gouda Quint 1994; zie ook het pleidooi van T.M. Schalken voor een terugkeer naar de kerntaken van het OM in: 'Een nieuwe lente voor het OM', *NJB* 1995, p. 16-17; 'Het openbaar ministerie moet niet meer, maar minder gaan sturen' (samen met G.J. Lind), *NJB* 1995, p. 455-456; en 'Het vergeten Openbaar Ministerie', *NJB* 1995, p. 862-863.

5 Daarentegen vond wel een meer gerichte aanpassing plaats van de institutionele c.q. organisatorische wetgeving in de Politiewet en de wet RO.

6 *Inzake opsporing*, Den Haag: SDU uitgevers 1996.

Als reactie op deze bevindingen werd betrekkelijk korte tijd later de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden ingevoerd.⁷ Bedoeld als de oplossing voor het door de enquêtecommissie vastgestelde normeringsprobleem - en in menig opzicht als zodanig ook geslaagd te noemen - moet thans worden vastgesteld dat de wet vanuit systematisch oogpunt juist nieuwe complicaties en ongerijmdheden in het leven heeft geroepen. Die nieuwe complicaties moeten in deze studie omtrent het voorbereidend onderzoek onder ogen worden gezien. Hetzelfde geldt voor de recente herziening van het gerechtelijk vooronderzoek.⁸ Onvrede met de geldende positionering van de rechter-commissaris en de bestaande koppeling van sommige dwangmiddelen aan het instellen van een GVO leidde tot een aanpassing van de wettelijke bepalingen, maar het resultaat kan allerm minst worden beschouwd als de uitwerking van een heldere visie op de rol van de rechter in het vooronderzoek of op de betekenis van het GVO als zelfstandig juridisch kader waarin opsporingshandelingen en dwangmiddelen een natuurlijke plaats hebben. Ook op dit punt lijkt de systematische basis van het wetboek door de nieuwe wetgeving eerder verstoord dan versterkt.

De voorafgaande opmerkingen omtrent evidente fricties binnen de uitgangspunten van het voorbereidend onderzoek in strafzaken vormen de achtergrond - alsmede de verklaring en de rechtvaardiging - van de opbouw van dit boek. Evenals het eerste interimrapport bestaat het uit twee delen. In het *Bijzonder deel* zijn zeven deelrapporten opgenomen. Achtereenvolgens komen daarin de volgende onderwerpen aan de orde.

Eerst zal worden ingegaan op de verhouding tussen het strafprocesrecht en het bestuursprocesrecht. Door de sterke toename van bestuurlijke handhavingmechanismen⁹ heeft de vraag naar de afbakening van strafvordering en bestuursrecht aan belang gewonnen. De vraag is of er een wezenlijk verschil tussen beide rechtsgebieden bestaat en welke gevolgen het antwoord op die vraag heeft voor de ordening van de stof binnen het wetboek van strafvordering respectievelijk de Algemene wet bestuursrecht. Aan dit onderwerp kan des te minder voorbij worden gegaan in het licht van de verschijning van het voorontwerp vierde tranche van de Awb in 1999, waarin een algemene regeling wordt gegeven voor de oplegging van bestuurlijke boetes.

Het tweede deelrapport sluit hier nauw op aan. Daarin gaat het over het opsporingsbegrip. Wat verstaan we onder 'opsporing'? Welke verhouding is er

7 Wet van 18 mei 1999, *Stb.* 243, inwerking getreden per 1 februari 2000.

8 Wet van 18 mei 1999, *Stb.* 245, eveneens inwerking getreden per 1 februari 2000.

9 Zie o.a. G.J.M. Corstens, *Een stille revolutie in het strafrecht*, afscheidsrede Nijmegen: Gouda Quint 1995; A.R. Hartmann & P.M. van Russen Groen, *Contouren van het bestuursstrafrecht* (diss.), Rotterdam: Gouda Quint 1998; en het rapport *Handhaven op niveau* van de Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, alle met uitvoerige literatuuropgave.

tussen opsporing als taak en de daarbij passende of daaruit voortvloeiende bevoegdheden? En waar - en hoe - moeten die bevoegdheden worden geregeld, gelet op de samenhang of gelijkenis met toezichthoudende bevoegdheden uit het bestuursrecht?

Het derde deelrapport betreft de internationale ontwikkelingen. De praktijk laat zien dat geografische grenzen steeds minder belangrijk zijn bij het opsporen en vervolgen van strafbare feiten. Er vindt niet alleen intensieve politie en justitiële samenwerking plaats, maar bovendien is de aard van die samenwerking veranderd. Was het grondpatroon vroeger dat een nationale overheid ten behoeve van een eigen strafzaak soms de hulp inriep van een ander land, thans wordt veelal gezamenlijk onderzoek verricht terwijl in het geheel nog niet vast staat in welke rechtsorde uiteindelijk een vervolging zal plaatshebben. Het bestaande wetboek is systematisch niet berekend op deze stand van zaken. Het onderscheid tussen opsporing en rechtshulp moet worden geproblematiseerd. Is opsporing in beginsel beperkt tot de nationale wetshandhaving of is rechtshulpverlening ook opsporing? Hoe zit het met de normering van rechtshulpverlening? Wat zijn de uitgangspunten wanneer Nederlandse opsporingsambtenaren in het buitenland optreden - en omgekeerd: als buitenlandse autoriteiten in ons land officiële handelingen verrichten - en welk regiem is van toepassing op het gebruik van onderzoeksresultaten die in den vreemde zijn vergaard ten behoeve van een Nederlandse strafzaak?

In het vierde deelrapport worden de complicaties belicht die het gevolg zijn van de omstandigheid dat de onderlinge verhouding tussen de rol van de rechter-commissaris en die van de officier van justitie sinds de introductie van het huidige wetboek ernstig is veranderd. Dit duo opereert thans in een systematisch schemergebied. Van een tandem met nauwkeurig op elkaar afgestemde rollen is al lang geen sprake meer. De negatieve effecten daarvan blijken onder andere in de situatie waarin onderzoeken betrekking hebben op een veelheid van verdachten en/of een ruim aantal verschillende feiten. Hoe valt in dergelijke gevallen een goede rechtsbescherming te waarborgen? Daartoe moet worden nagegaan wat de leidinggevende rol van het OM in de opsporingsfase precies inhoudt. In het verlengde daarvan moet aandacht worden besteed aan de mogelijk nadelige gevolgen van fragmentering van het vooronderzoek. Wie houdt het overzicht over de verschillende activiteiten, vooral wanneer die zich in verschillende arrondissementen afspelen? Hoe kunnen de termijnen worden bewaakt, die mede een vlotte afwikkeling van de zaak in het belang van de verdachte beogen? En hoe moet het recht op inzage in de stukken worden vormgegeven indien er verschillende dossiers zijn in samenhangende strafzaken?

Het vijfde deelrapport gaat over het gerechtelijk vooronderzoek, of nauwkeuriger gezegd: over de rechterlijke bemoeienis met het voorbereidend onderzoek. De vraag die daarin centraal staat, komt voort uit het gegeven dat in

het huidige recht voor de inschakeling van de rechter-commissaris in het vooronderzoek veel vaker een machtigingsprocedure of een mini-instructie (art. 36a Sv e.v.) is voorzien dan een GVO. Bij die stand van zaken is in feite compleet aan het zicht onttrokken wat nu eigenlijk exact wordt beoogd met de inschakeling van een rechter in de voorbereidende fase van het geding. Pas wanneer die doelstelling helder is geformuleerd, kan een systematisch - dus: meer bevredigend - antwoord worden gegeven op de vraag of het wenselijk is het GVO te behouden als een structuur waarbinnen nader omschreven onderzoekshandelingen het beste een plaats kunnen krijgen.

Het dan volgende, zesde, deelrapport heeft betrekking op het voorarrest. Vrijheidsbeneming, niet zelden van langdurige aard, is het meest ingrijpende dwangmiddel dat in het vooronderzoek kan worden toegepast. Het is dan ook niet verwonderlijk dat wettelijke regelingen daaromtrent voortdurend ter discussie staan, regelmatig worden veranderd, met als gevolg dat op een gegeven moment nauwelijks nog dragende grondgedachten achter die onderdelen van het wetboek kunnen worden ontwaard. Het deelrapport beoogt een herkenbare structuur van gevallen en gronden van voorarrest te herstellen, waarbij aansluiting wordt gezocht bij enkele centrale keuzen die in het eerste interimrapport zijn gemaakt.

In het zevende deelrapport gaat het over een andere 'crucial stage' in het voorbereidend onderzoek, te weten het politieverhoor. De belangrijkste vraag die daar wordt onderzocht is of de verdachte in die fase van het geding het recht toekomt om te worden bijgestaan door een raadsman. Op grond van Straatsburgse rechtspraak en ervaringen die elders in Europa met deze kwestie zijn opgedaan, blijkt dat de vraag een genuanceerde benadering vraagt, waarin niet kan worden geabstraheerd van andere wettelijke waarborgen voor een aannemelijk verloop van het politieverhoor.

In het eerste interimrapport zijn de contouren geschetst van een drie sporen-proces. Het zogenoemde derde spoor heeft betrekking op een buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten. In het interimrapport werd aangekondigd dat gedurende het tweede projectjaar precieze invulling zou worden gegeven aan deze procedure. De onderwerpen die daarbij aan de orde moeten komen zijn erg gevarieerd en zonder uitzondering gecompliceerd. Het gaat bijvoorbeeld om een afbakening van de sancties die in dit traject kunnen worden opgelegd en de verhouding tot traditionele afdoeningswijzen als de transactie, het voorwaardelijk sepot en de voeging 'ad informandum'. Een ander wezenlijk probleem waarop we zijn gestuit betreft het vraagstuk van de mogelijkheid van vervangende hechtenis in situaties waarin het Openbaar Ministerie een boete heeft opgelegd. Wij zijn tot de slotsom gekomen dat deze onderwerpen nadere studie behoeven, onder andere vanuit rechtsvergelijkend perspectief. Dit zijn kwesties waarin niet zomaar knopen kunnen worden doorgehakt of waarin rechtspolitieke preferenties eenvoudig de

doorslag mogen geven. Daarom is de uitwerking van de normering van de buitengerechterlijke afdoening doorgeschoven naar het derde projectjaar. In het volgende interimrapport zal daaraan een afzonderlijk deelrapport worden gewijd.

Tot zover de onderwerpen die in de deelrapporten aan de orde komen. Het *Algemeen deel* is als volgt opgebouwd. Na deze inleidende beschouwingen volgt eerst een paragraaf waarin een nadere toelichting wordt gegeven op de doelstellingen van het onderzoeksproject. Gebleken is dat de titel 'Strafvordering 2001' hier en daar tot misverstanden aanleiding heeft gegeven. Dit is een goede gelegenheid om nog eens nauwkeurig aan te geven waar het ons om te doen is. De paragraaf gaat voor een belangrijk deel over 'systematische uitgangspunten'. Daarin wordt niet aangekondigd welke systematische uitgangspunten tot dusverre zijn ontwikkeld, maar gaat het er om uiteen te zetten wat wij nu eigenlijk verstaan onder het concept van systematische uitgangspunten. Deze explicatie zal tevens worden aangegrepen om duidelijk te maken hoe de resultaten van dit onderzoeksproject zich verhouden tot een onderneming van daadwerkelijke hercodificatie van het wetboek van strafvordering. In paragraaf 3 worden vervolgens de algemene uitgangspunten vermeld die gedurende het tweede projectjaar zijn ontwikkeld omtrent de inrichting van het voorbereidend onderzoek. Uiteraard zal dit gebeuren in nauwe aansluiting op de knelpunten die zijn blootgelegd in de bestaande regelingen in het wetboek. Bovendien zullen de uitgangspunten in verband worden gebracht met de keuzen die zijn beschreven en verantwoord in het eerste interimrapport. Paragraaf 4 biedt een beschouwing over meer onderwerp-specifieke uitgangspunten met daaraan gekoppeld een integrerend overzicht van de voorstellen die in het *Bijzonder deel* zijn uitgewerkt. Uiteraard wordt daarin de nadruk gelegd op de onderlinge samenhang tussen de verschillende voorstellen. In paragraaf 5 worden dan de consequenties van de tot dusverre bereikte resultaten besproken voor het derde en vierde projectjaar. Paragraaf 6 tenslotte is gewijd aan een 'reply to critics'. Nu één van de doelstellingen van het project Strafvordering 2001 is het bevorderen van het wetenschappelijk debat over basisvragen van strafprocesrecht, vormt het een vanzelfsprekend onderdeel van dit boek om recht te doen aan de reacties die in de rechtsgeleerde literatuur zijn verschenen op het gedachtengoed uit ons eerste interimrapport.

Nog een enkele afrondende opmerking achten wij gepast. In de literatuur wordt - terecht - herhaaldelijk verwezen naar de individuele auteurs van deelrapporten in dit project. Ter voorkoming van misverstand herhalen wij hier evenwel de in het eerste interimrapport opgenomen passage waarin wordt benadrukt dat het rapport in zijn geheel het product is van de gezamenlijke inspanning van de onderzoeksgroep en in zijn totaliteit door de gehele onderzoeksgroep wordt gedragen.

1.2 Samenstelling onderzoeksgroep

Leiding

- prof. mr. G. Knigge, hoogleraar straf- en strafprocesrecht RUG
- prof. mr. M.S. Groenhuijsen, hoogleraar straf- en strafprocesrecht KUB

Onderzoekers (gerangschikt per instelling)

Vakgroep Strafrecht en Criminologie Rijksuniversiteit Groningen

- mr. A.E. Harteveld
- mr. N.J.M. Kwakman
- mr. E.F. Stamhuis

Vakgroep strafrechtswetenschappen Katholieke Universiteit Brabant

- mr. Y.G.M. Baaijens-van Geloven
- prof. dr. C.J.C.F. Fijnaut
- mr. J.B.H.M. Simmelink

Vakgroep strafrechtswetenschappen Erasmusuniversiteit Rotterdam

- mr. J. uit Beijerse
- mr. A.R. Hartmann

1.3 Samenstelling begeleidingscommissie

Door de afdeling Externe Wetenschappelijke Betrekkingen van het WODC is een begeleidingscommissie ingesteld die de volgende samenstelling kent:

- mr. G.J.M. Corstens, raadsheer bij de Hoge Raad der Nederlanden (voorzitter)
- mr. I.M. Abels, Directie Wetgeving, Ministerie van Justitie
- prof. mr. C.P.M. Cleiren, Directeur-Generaal Wetgeving, Rechtshandhaving en Rechtspleging, Ministerie van Justitie; sinds 1 januari 2000 hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden
- prof. mr. J.W. Fokkens, advocaat-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden en hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam
- mr. drs. B.F. Keulen, Directie Wetgeving, Ministerie van Justitie
- prof. mr. P.A.M. Mevis, hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Erasmusuniversiteit te Rotterdam
- prof. dr. A. De Nauw, hoogleraar strafrecht aan de Vrije Universiteit te Bussel
- mr. D.J.M.W. Paridaens, Bureau Juridische en Beleidsondersteunende Aangelegenheden, Directoraat-Generaal Rechtshandhaving, Ministerie van Justitie

- prof. mr. Th.A. de Roos, hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit te Leiden
- mr. W.M. de Jongste, WODC, Ministerie van Justitie (secretariaat)

2 Het karakter van het onderzoeksproject ‘Strafvordering 2001’. Relatie met bestaande praktijk

2.1 Aard en betekenis van de systematische uitgangspunten

Het onderzoeksproject draagt als titel: ‘Strafvordering 2001’. Uit verschillende reacties is gebleken dat deze aanduiding is opgevat als een beoogde einddatum van onze inspanningen. Dat is niet het geval. Het jaartal in het opschrift heeft niets van doen met de kalendrische planning van werkzaamheden¹⁰, maar vormt een metafoor voor de strekking van het project. Het gaat er om een systeem van straffvordering te ontwerpen dat is berekend op de eisen van de huidige tijd. Aangezien de huidige tijd samenvalt met het begin van een nieuwe eeuw¹¹, is gekozen voor de vermelding van het jaartal dat symbool staat voor de niet al te krap bemeten toekomst.

Daarnaast is bij sommigen de indruk ontstaan dat het project is gericht op het ontwerpen van een geheel nieuw wetboek van straffvordering. Wij moeten erkennen zelf soms onbedoeld aan die gedachte te hebben bijgedragen, bijvoorbeeld door in de aankondiging van de eerste twee congressen over de bereikte tussenresultaten als subtitel gewag te maken van de woorden: ‘Naar een nieuw wetboek van straffvordering’. Nu deze passus niet (tenminste) is voorzien van een vraagteken, kan zij gemakkelijk worden misverstaan. Vandaar dat het nuttig is om op deze plaats nauwkeuriger inzicht te bieden in de aard en reikwijdte van de doelstellingen van het onderzoeksproject.

‘Strafvordering 2001’ is niet bedoeld om een nieuw wetboek te ontwerpen. Het beoogt geen complete hercodificatie van het strafprocesrecht in de gangbare zin van het woord.¹² In plaats daarvan is het onderzoek gericht op de vraag of het mogelijk is om een stelsel van systematisch samenhangende uitgangspunten te ontwerpen die ten grondslag zouden kunnen worden gelegd aan een eventueel nieuw tot stand te brengen wetboek. De achtergrond van deze probleemstelling is gelegen in de gedocumenteerde constatering - die in de literatuur breed wordt

10 Daarover kan simpel worden vastgesteld dat het onderzoek een totale looptijd heeft van 4 jaar. Het project zal derhalve worden afgerond aan het eind van 2002.

11 Het lijkt in dit verband minder passend om te spreken over het begin van een nieuw millennium.

12 Zie omtrent het begrip codificatie J.F. Nijboer, *De doolhof van de Nederlandse strafwetgeving. De systematische grondslag van het algemeen deel van het W.v.Sr.*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1987, p. 134 e.v. met nadere bronvermelding.

onderschreven - dat het *bestaande* wetboek vanuit systematisch oogpunt vele gebreken vertoont en dat de rechtspraktijk slechts in beperkte mate aansluit bij de normering in het wetboek.¹³ De vraag naar de wenselijkheid van een nieuw wetboek kan naar ons oordeel niet in een juridisch vacuüm worden beantwoord, maar is mede afhankelijk van de beschikbaarheid van een alternatief. Met andere woorden: als het mogelijk zou blijken te zijn om een samenhangend stelsel van uitgangspunten uit te werken dat een betere basis voor de strafvordering biedt dan het huidige wetboek, is *dat* de belangrijkste reden om vervolgens daadwerkelijk het ontwerp van zo'n nieuw wetboek te beproeven. Vanuit dit gezichtspunt is dus *niet* de kernvraag of een nieuw wetboek van strafvordering 'noodzakelijk' is, waarbij de maatstaf voor beantwoording van die vraag zou worden gezocht in gebleken pertinente behoeften vanuit de rechtspraktijk.¹⁴

Dit brengt ons tot enkele nadere opmerkingen omtrent de relatie tussen het wetboek en de rechtspraktijk. Naar aanleiding van de presentatie van de resultaten van het eerste jaar van het onderzoeksproject is wel als bezwaar naar voren gebracht dat onze voorstellen op veel punten niet erg ver afwijken van de bestaande praktijk. Als dat zo is, zou wetswijziging - laat staan het denkbeeld van hercodificatie - weinig opportuun zijn. En daarnaast is geopperd dat sommige andere onderdelen van het eerste interimrapport juist in strijd zijn met de huidige manier van procederen in strafzaken, hetgeen evenzeer een contra-indicatie zou zijn voor het overnemen van de desbetreffende voorstellen. Kort samengevat: waar de ideeën stroken met de rechtspraktijk is wetswijziging overbodig, waar ze afwijken van die praktijk is aanpassing van de wet onwenselijk. Wij zien dit anders. Om te beginnen kan de genoemde redenering natuurlijk ook worden omgedraaid. Waar een hecht verankerd systeem van uitgangspunten aansluit bij bestaande praktijk, kan dat een nieuwe - stelselmatige - legitimatie voor die praktijk opleveren. Dat vormt op zichzelf al een argument om het wetboek dan beter te laten aansluiten op de in de rechtspleging gegroeide werkwijzen. En waar een vanuit heldere uitgangspunten beredeneerde aanbeveling wezenlijk anders is dan een gangbare manier van procederen, lijkt er nogal wat te zeggen voor zowel een juridische als een feitelijke bijstelling van die praktijk. Maar er is meer. Los van deze enigszins abstracte en formele repliek op de ingebrachte bezwaren, kan ook meer inhoudelijk worden uitgelegd waarom - en in welke opzichten - onze benadering kan leiden tot een zinvol alternatief stelsel met een duidelijke meerwaarde ten opzichte van het vigerende wetboek resp. de op basis daarvan gegroeide praktijk. Daartoe is het nodig iets langer stil te staan bij het concept van systematische uitgangspunten en de relatie daarvan met de taak van de strafwetgever.

13 Zie paragraaf 2 van het Algemeen Deel van het eerste interimrapport.

14 Vergelijk K. Rozemond, 'Strafvordering 2001: is een nieuw Wetboek van Strafvordering noodzakelijk?', *RM Themis* 2000, p. 212-222.

Systematische uitgangspunten van strafvordering worden naar ons oordeel beheerst door een afweging van in aanmerking komende belangen. Dat betekent dat zowel voor de strafvordering als geheel en voor de verschillende onderdelen of fasen daarvan doeleinden moeten worden geëxpliciteerd en inzicht moet worden verschaft in de, vaak contrasterende, belangen die aan de realisering daarvan zijn verbonden. Het gaat daarbij niet alleen om het inventariseren van belangen die onderling een zekere spanning vertonen - want dat grenst niet zelden aan het blootleggen van evidenties - maar ook om het beargumenteren van de wijze waarop die belangen dienen te worden afgewogen. Zo komen we in abstractie niet veel verder met de aanbeveling dat het belang van materiële waarheidsvinding moet worden afgewogen tegen de grenzen van de individuele vrijheidssfeer van de burger, op grond waarvan sommige geschikte middelen tot waarheidsvinding op normatieve gronden ontoelaatbaar worden geoordeeld (bijvoorbeeld het verbod op pressie). In het eerste interimrapport is aangegeven hoe we hier een stap verder kunnen komen. Vanuit de centrale doelstelling om in het strafgeding schuldigen te veroordelen en onschuldigen vrijuit te laten gaan - en zelfs zo min mogelijk lastig te vallen - moet worden aangenomen dat er een redelijke verhouding dient te bestaan tussen de zekerheden die het strafproces biedt en de kosten die dat meebrengt.¹⁵ Een deugdelijk genormeerde waarheidsvinding moet bovendien worden afgewogen tegen het belang van derden, bijvoorbeeld tegen de in het EVRM gewaarborgde rechten van getuigen. En het recht op een *fair hearing* moet mede een ijkpunt vinden in het belang van een vlotte afdoening van zaken. Richtsnoeren voor de wijze waarop dergelijke afwegingen moeten plaatshebben zijn onder andere gelegen in de ingrijpendheid van de rechtsgevolgen die in verschillende situaties aan de orde zijn. Vanuit dat *vertrekpunt* kunnen dan systematische uitgangspunten worden ontwikkeld omtrent differentiaties aan de hand van de soort beslissing die aan de orde is, de ernst van de sanctie die een verdachte boven het hoofd hangt, en de proceshouding van de verschillende actoren in het geding. Wij hebben dergelijke uitgangspunten ontwikkeld ten aanzien van de rol van de rechter ter zitting (niet lijdelijk), het optimaliseren van de rechten van de verdediging, een evenwichtige benutting van de zittingscapaciteit, een groter accent op de interactie van procesdeelnemers, de erkenning van een zelfstandige positie van slachtoffers en getuigen, en een differentiatie van procesvormen in drie sporen.¹⁶

In het onderhavige boek is op dezelfde wijze gewerkt aan centrale richtpunten die het voorbereidend onderzoek beheersen. Het gaat op deze plaats niet om het inhoudelijk recapituleren van deze uitgangspunten, maar vooral om het ophelderen van de (wetenschaps-)theoretische status en de betekenis daarvan. De uitgangspunten vormen de gemotiveerde rechtspolitieke of dogmatische keuzen die de

15 Zie paragraaf 3.4 van het Algemeen Deel van het eerste interimrapport.

16 Zie paragraaf 4 van het Algemeen Deel van het eerste interimrapport.

verbindende gezichtspunten moeten opleveren tussen de verschillende onderdelen van het wetboek van strafvordering. Die ankerpunten beogen normatieve eenheid tot stand te brengen. Dat is wat wij verstaan onder een systematische ordening van de rechtsstof. Het is van belang hieraan toe te voegen dat de eerste twee interimrapporten duidelijk maken dat de uitgangspunten geen *ad hoc* keuzen bevatten die op grond van een iets andere afweging van belangen (andere prioritering, ander soortelijk gewicht toekennen aan conflicterende belangen) ook precies de andere kant hadden kunnen uitvallen. Er ligt daarentegen aan iedere set van normatieve gezichtspunten onderzoek ten grondslag, en wel binnen een welbepaald referentiekader: het wetboek moet een ‘open structuur’ krijgen, berekend zijn op Europese rechtsontwikkelingen, ruimte laten voor een actieve inbreng van partijen, etc.

2.2 De taak van de wetgever

De uitgangspunten bieden bovendien belangrijke aanknopingspunten voor een beschouwing omtrent de taak van de wetgever. Reeds bij een tamelijk oppervlakkige beschouwing kan worden vastgesteld dat ook vanuit deze invalshoek het huidige wetboek van strafvordering tekort schiet. En wel in twee opzichten. Enerzijds is er teveel en te gedetailleerd geregeld, terwijl andere onderwerpen evident zijn ondergenormeerd. Dat is gemakkelijk gezegd, maar de vraag is dan natuurlijk wel waar de maatstaf voor de juiste balans moet worden gevonden. Wij zijn begonnen vanuit de - nog tamelijk algemene - gedachte dat het wetboek een open en flexibel systeem zou moeten vormen, dat uit z'n aard bestand is tegen nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen of invloeden vanuit de internationale rechtspraktijk (denk aan het EVRM). Gaandeweg is dit denkbeeld geconcretiseerd in het standpunt dat het wetboek geen keurslijf van strakke regels moet bevatten, maar een structuur dient te bieden waarbinnen de actoren zinvol en doelgericht kunnen opereren.¹⁷ De woorden ‘zinvol’ en ‘doelgericht’ verwijzen daarbij naar een taakvervulling die zich richt op de in het geding zijnde belangen.¹⁸ En daarmee is de link gelegd tussen de systeembepalende uitgangspunten enerzijds en het programma van wetgevende activiteiten anderzijds. Uit de voorstellen van het eerste projectjaar kan hier bij wijze van illustratie worden gewezen op onze aanbevelingen omtrent de motivering van het strafvonnis. De gedetailleerde voorschriften van het huidige art. 359 Sv hebben vooral geleid tot vrij lege standaardoverwegingen waar de betrokkenen niet veel wijzer van worden. Knigge spreekt in dit verband dan ook

17 Aldus paragraaf 1.2 en 4.4 van het Algemeen Deel van het eerste interimrapport.

18 Dit kernpunt van het eerste interimrapport is geëxpliciteerd en uitgewerkt in G. Knigge, ‘Een wetboek van elastiek’, *D&D* 2000, p. 222-232.

over 'een beschamend geschuif met de bouwstenen uit het modelvonnis'.¹⁹ In plaats daarvan volgt uit ons systematisch uitgangspunt dat een rechter alleen moet worden verplicht te motiveren als er ook echt iets uit te leggen valt. Overeenkomstig de eisen van een contradictoir proces (een kernelement in onze stelselmatige grondslag) dient een verdachte die expliciet verweer voert (en dus een bepaalde proceshouding kiest, die mede bepalend is voor de agenda van het geding) hetzij gelijk te krijgen, of een antwoord te krijgen waarin hem inhoudelijk wordt uitgelegd waarom de rechter zijn visie niet kan volgen. Die benadering vergt een raambepaling, waarin de materiële grondslag van de motiveringsverplichting in algemene bewoordingen tot uitdrukking wordt gebracht. Zijn de belangen die op het spel staan erg groot, zoals in meervoudige kamerzaken per definitie het geval is, dan dient steeds een afschrift van het met redenen omklede vonnis aan de betrokkenen te worden verstrekt (dus differentiatie al naar gelang de ernst van de beschuldiging, een ander algemeen uitgangspunt). Op deze wijze bepalen de systematische uitgangspunten aan de ene kant de materiële inhoud van procesrechtelijke voorschriften en verschaffen ze aan de andere kant ook indicaties voor het niveau van gedetailleerdheid van die bepalingen.

Deze benadering wordt in het onderhavige interimrapport verder doorgetrokken. In het deelrapport omtrent het opsporingsbegrip wordt eveneens vanuit een principiële conceptuele analyse en daarop gebaseerde systematische uitgangspunten beredeneerd hoe de inhoud en de graad van gedetailleerdheid van wettelijke regelingen omtrent opsporingshandelingen vorm zou moeten krijgen. Anders dan vaak wordt betoogd, zijn wij van oordeel dat de wettelijke regeling van de opsporingstaak méér dient te omvatten dan alleen de toekenning van bevoegdheden om inbreuk te maken op grondrechten van burgers. Er zijn goede redenen die buiten de bescherming van grondrechten zijn gelegen om toch een wettelijke basis voor opsporingshandelingen te eisen, bijvoorbeeld met het oog op de transparantie en de controleerbaarheid van het optreden. Andere argumenten die hiervoor pleiten kunnen onder andere zijn gelegen in de *potentiële* inbreuk op grondrechten, in de betrouwbaarheid van de bewijsgaring, in het afbreukrisico, in de corruptiegevoeligheid van de methode en in het recht van de verdachte op een *fair hearing*. Om slechts een enkel voorbeeld te noemen: het verdient dringend aanbeveling om de 'confrontatie' als opsporingsmiddel inhoudelijk te normeren, niet zozeer vanwege het grondrechtenschendende karakter, maar om de betrouwbaarheid van de daarmee te verkrijgen onderzoeksresultaten te bevorderen.

Méér regelen dan in het huidige wetboek wil evenwel niet zeggen dat aan meer gedetailleerde wetsartikelen moet worden gedacht. Wij geven in belangrijke opzichten de voorkeur aan een tamelijk globale regelgeving. Daaraan liggen twee

19 A.w., p. 224.

samenhangende gedachten ten grondslag. Enerzijds de idee dat de betreffende opsporingshandelingen in de jurisprudentie nader moeten worden genormeerd aan de hand van ongeschreven rechtsbeginselen. En anderzijds de notie, waaraan in bestaande literatuur doorgaans weinig aandacht wordt besteed, dat in allerlei bepalingen *steunbevoegdheden* zijn *geïmpliceerd*. Als voorbeelden kan worden gewezen op de voorschriften rond het staande houden en aanhouden van verdachten. In de desbetreffende wetsartikelen wordt impliciet aangenomen dat enig fysiek geweld mag worden gebruikt bij de toepassing van het dwangmiddel. Hoe ver dit mag gaan wordt vooral beheerst door de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Vast staat dat bijvoorbeeld bij de aanhouding soms inbreuk mag worden gemaakt op het grondrecht van fysieke integriteit of op het eigendomsrecht (denk aan het klem rijden van een vluchtauto), hoewel de wet daartoe niet een uitdrukkelijke machtiging inhoudt. In deze benadering wordt de kernvraag dus steeds of een bepaalde opsporingshandeling, die niet met zoveel woorden in het wetboek wordt genoemd, past in het systeem van de wet en besloten ligt in het samenstel van daarin geregelde bevoegdheden. Daarnaast denken wij aan de constructie waarin voorschriften uit het wetboek van strafvordering op ruimere schaal dan thans het geval is worden aangevuld (resp. ingevuld) door bepalingen in een AmvB of in richtlijnen van het College van procureurs-generaal. Voor voorbeelden verwijzen wij naar het deelrapport omtrent het opsporingsbegrip.²⁰

Het stelsel dat ons voor ogen staat wordt dus ontwikkeld vanuit samenhangende normatieve uitgangspunten en het kernbegrip van een ‘behoorlijke taakvervulling’, dat wil zeggen een taakvervulling die is georiënteerd op de in het geding zijnde belangen. Opgemerkt moet worden dat in onze theoretische onderbouwing van concrete voorstellen de zojuist bedoelde uitgangspunten ook afstralen op de in het eerste interimrapport genoemde kernprofielen van de deelnemers aan het geding. Wij hebben die kernprofielen eerder aangeduid als een verschijningsvorm van de systeembepalende gezichtspunten.²¹ Nu kan iets precieser worden aangegeven wat daarmee wordt bedoeld. De kernprofielen bieden vanuit een andere invalshoek dezelfde mogelijkheden als de normatieve uitgangspunten om de ijkpunten te definiëren van een krachtens zijn aard steeds veranderbare positiefrechtelijke regeling. Ook hier gaat het om het stellen van buitengrenzen (‘piketpalen’) in procesposities die door de wetgever moeten worden gerespecteerd bij het inrichten van de strafvordering.²² Anderzijds - en hier komt het concept van een

20 Bovendien vindt een verdere uitwerking van deze gedachte plaats in het derde onderzoeksjaar, waarin het ‘systeem van dwangmiddelen’ nader vorm wordt gegeven.

21 Eerste interimrapport, p. 32.

22 Een voorbeeld kan worden ontleend aan de jurisprudentie over de ‘veiligheidsfoullering’: HR 16 december 1975, *NJ* 1976, 491; en HR 29 november 1983, *NJ* 1984, 458. De daarin omschreven eis dat de toepassing in verhouding tot het beoogde doel redelijk en gematigd dient te zijn, is vervolgens door de wetgever gerespecteerd in het nieuwe art. 8 lid 5 Politiewet

behoorlijke taakvervulling pregnant terug - bepalen de kernprofielen mede op welke wijze de actoren gebruik kunnen maken van de wettelijk aan hen toegekende bevoegdheden. Om opnieuw met een enkel voorbeeld te volstaan: het is onverenigbaar met de procespositie van het openbaar ministerie als de officier van justitie hoger beroep instelt met het uitsluitende oogmerk om de in het belang van de verdachte geschreven regel van art. 424 lid 2 Sv uit te sluiten.²³

De voorafgaande beschouwingen beogen duidelijk te maken hoe wij de verhouding zien tussen de bestaande rechtspraak en onze uitgangspunten omtrent een systematische (her)inrichting van het wetboek van strafvordering. Het betoog kleurt tevens ons standpunt omtrent de relatie met sociaal-wetenschappelijk onderzoek op dit terrein. Wij menen dat in de aangegeven benadering het verantwoord is om structurele voorstellen te doen zonder dat die een basis vinden in grootschalig empirisch onderzoek. Onze uitgangspunten berusten op een *kwalitatieve* analyse. In het eerste projectjaar is bijvoorbeeld een oplossing voorgesteld van het probleem van de slechte bereikbaarheid van veel verdachten.²⁴ De normatieve achtergrond van de desbetreffende voorstellen wordt gevormd door de overweging dat alle doeleinden van het strafgeding worden bevorderd door de fysieke aanwezigheid van de verdachte ter terechtzitting.²⁵ Vandaar het uitgangspunt dat aanwezigheid regel zou moeten zijn, en berechting bij verstek tot uitzonderingsgevallen moet worden beperkt. Daaruit volgde de concrete voorstellen om voorarrest mogelijk te maken teneinde dagvaarding in persoon te bewerkstelligen en om in de betekenisregeling uit te gaan van een gekozen adres in plaats van het GBA-adres. Waar het op deze plaats om gaat is dat die voorstellen naar ons oordeel voldoende zijn beargumenteerd als zij passen in het samenhangende normatieve kader en er bovendien een empirische evidentie is dat de bereikbaarheid in de praktijk regelmatig problemen pleegt op te leveren. Is dat het geval²⁶, dan is het niet nodig om vervolgens een precieser getalsmatig inzicht in de omvang van het probleem te verwerven door middel van uitgebreid sociaal-wetenschappelijk onderzoek.

1993.

23 Zie HR 22 juni 1982, *NJ* 1983, 73. Andere voorbeelden zouden gemakkelijk kunnen worden ontleend aan de oude jurisprudentie over de zogenaamde inhaaldagvaarding (zie o.a. HR 15 februari 1949, *NJ* 1949, 305).

24 *Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, deelrapport 2, 'Berechting in aanwezigheid en betekening van de dagvaarding' (H.M.E. Laméris-Tebbenhoff/Rijnenberg), p. 91 e.v.

25 Dat wordt meer dan aannemelijk gemaakt door M.J.A. Plaisier, *Het verstek in strafzaken*, diss. Tilburg, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

26 En dat is zo. De problemen als geïnventariseerd door A.J.A. van Dorst, 'Betekenisperielen in strafzaken', *NJB* 1988, p. 1135-1143 zijn na de latere wetswijzigingen slechts gedeeltelijk verdwenen.

Op deze wijze beogen wij een juridische en maatschappelijke inbedding te bewerkstelligen van het project Strafvordering 2001. Het onderzoek vindt zijn vertrekpunt in de problemen die zich daadwerkelijk manifesteren in de bestaande strafrechtspleging. Wat waardevol is en probleemloos functioneert kan daarbij behouden blijven.²⁷ De opmerkingen in deze paragraaf bieden een oriëntatie die als toelichting kan fungeren op de karakterisering van het project als een vorm van fundamenteel juridisch onderzoek met een strategisch karakter.

3 Algemene uitgangspunten omtrent de inrichting van het vooronderzoek

3.1 Algemene beschouwing; aansluiting op de voorstellen uit het eerste projectjaar

De algemene uitgangspunten omtrent de inrichting van het voorbereidend onderzoek worden geformuleerd tegen de achtergrond van de belangen die in deze fase van het strafgeding op het spel staan. Tot die belangen behoren in de eerste plaats de primaire doeleinden van het vooronderzoek, te weten:

- waarheidsvinding ten behoeve van de strafrechtelijke afdoening; en
- verzekeren van de mogelijkheid tot executie van de eventuele sanctie.

Daarnaast zien wij als derde zelfstandig doel van het vooronderzoek het bijdragen aan de realisering van een *fair hearing*. In ons strafprocesrecht is er een nauwe band tussen het voorbereidend onderzoek en het eindonderzoek. De behandeling ter terechtzitting steunt in belangrijke mate op de resultaten die gedurende het vooronderzoek zijn verkregen. Vanuit het gezichtspunt van rechtsbescherming zijn hieraan ingrijpende gevolgen verbonden. Zo blijkt uit de Straatsburgse jurisprudentie dat de uitvoering van het vooronderzoek geen onherstelbare schade mag toebrengen aan het recht op een behoorlijke verdediging. Anderzijds kan de wijze waarop het vooronderzoek is uitgevoerd mogelijke tekortkomingen in het onderzoek ter zitting compenseren. Daarbij kan in het bijzonder worden gedacht aan de mogelijkheden om getuigen te ondervragen.

Naast deze drie doelstellingen van het vooronderzoek kunnen nog andere belangen worden vermeld waarmee rekening dient te worden gehouden bij het vormgeven van de wettelijke regeling. Ten eerste uiteraard de (grond)rechten en andere rechtmatige belangen van de verdachte en van derden. Hier raken we aan de meest traditionele strafvorderlijke vraag, die tot op heden nog niets aan actualiteit heeft

²⁷ Eerste interimrapport, p. 1.

ingeboet: hoe kan het belang van materiële waarheidsvinding worden afgewogen tegen de klassieke vrijheidsrechten zoals die laatstelijk zijn geformuleerd in het eerste hoofdstuk van de Grondwet van 1983? Voorbeeldsgewijs noemen we het recht op vrijheid van meningsuiting (art. 7 GW), het recht op fysieke vrijheid (art. 15 GW), het recht op fysieke integriteit (art. 11 GW), het huisrecht (art. 12 GW), het telefoongheim (art. 13 GW) en het recht op privacy (art. 10 GW). Op al deze rechten moet gedurende het voorbereidend onderzoek in strafzaken met grote regelmaat inbreuk worden gemaakt.²⁸ Het wetboek van strafvordering dient dan waarborgen te bieden tegen onnodige of willekeurige machtsuitoefening en zal garanties moeten bieden voor een evenwichtige afweging van belangen.

Een ander belang dat moet worden verdisconteerd is het recht van de verdachte op berechting binnen een redelijke termijn. De vraag is derhalve of en in hoeverre - en: waar - wettelijke voorzieningen moeten worden getroffen om een vlotte afhandeling van het vooronderzoek te verzekeren.

Tenslotte wijzen wij op de legitieme aanspraak van verdachten op rechtszekerheid (*ne bis vexari*). Dit belang leidt tot de vraag tot op welke hoogte de gebondenheid aan (vervolgings)beslissingen in de wet moet worden vastgelegd.

De belangen van de rechtstreeks bij het geding betrokkenen die gedurende het vooronderzoek op het spel staan bepalen in verstrekkende mate de desiderata die de wettelijke regeling moeten beheersen. Maar er zijn nog andere factoren waarmee eveneens rekening moet worden gehouden. Het gaat dan om meer algemene belangen die binnen en door de strafrechtelijke rechtsorde dienen te worden behartigd.

In de eerste plaats is daarbij te denken aan het zelfstandige belang van *transparantie* van het vooronderzoek. De handelingen die door de overheid in het verband van het voorbereidend onderzoek worden verricht moeten (in ieder geval achteraf) inzichtelijk en toetsbaar zijn. Transparantie bevordert de rechtmatigheid van het optreden en vergroot uiteindelijk ook de betrouwbaarheid van de onderzoeksresultaten. Bovendien worden hiermee ook niet strafvorderlijke belangen als integriteitsbewaking gediend. Transparantie in de aangegeven zin stelt eisen aan de verslaglegging van datgene wat gedurende het vooronderzoek aan opsporingshandelingen is verricht (vergelijk het huidige art. 152 Sv). Transparantie is ook één van de kerngedachten achter de eis van inwendige openbaarheid van het geding. Dat wil zeggen: behoudens enkele strikt genormeerde uitzonderingen - die naarmate de procedure vordert steeds verder moeten worden beperkt - heeft

28 Zie J.B.H.M. Simmelink, *De rechtsstaatgedachte achter art. 1 Sv. Gedachten over de betekenis van art. 1 Sv voor het handelen van de overheid in de opsporingsfase*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 39 e.v., met verwijzing naar J. De Bosch Kemper, *Wetboek van Strafvordering*, deel I, 1838. Zie ook C.P.M. Cleiren in A.L. Melai c.s. (red.), *Het wetboek van strafvordering*, Arnhem: Gouda Quint, z.j., commentaar op art. 1.

de verdediging toegang tot de schriftelijke stukken van het geding. De samenstelling van - en de toegang tot - het dossier wordt daarmee een belangrijk thema in de systematische wettelijke vormgeving van het vooronderzoek.²⁹

In het eerste interimrapport is ten aanzien van het onderzoek ter terechtzitting bij de algemene uitgangspunten gewezen op het belang van een evenwichtige benutting van de zittingscapaciteit.³⁰ Uiteraard moet ook gedurende het vooronderzoek rekening worden gehouden met de eisen van de praktijk en speelt bijgevolg het belang van *efficiency* een rol. De capaciteit van het opsporingsapparaat is per definitie beperkt en daarvan moet dus een optimaal gebruik worden gemaakt. Dat brengt ook eisen met zich mee omtrent de toepasselijke regelgeving. Die moet 'werkbaar' zijn. Concreet betekent dit dat het wetboek geen overmaat aan als bureaucratisch ervaren voorschriften mag bevatten. Zinloze formaliteiten moeten worden vermeden. Hier ligt ook een meer principiële overweging aan ten grondslag. De ervaring leert dat een 'overnormering' van bepaalde activiteiten gemakkelijk een averechts effect kan hebben. Als het opsporingsapparaat niet uit de voeten kan met een te grote regeldichtheid ligt het gevaar op de loer dat er sluiptwegen worden verkend buiten de marges van de voorschriften. Informatie die op die manier in een grijs gebied wordt verzameld, zou dan bij veronderstelde of gebleken bruikbaarheid worden 'witgewassen' in een traject dat alsnog beantwoordt aan de geldende regels. Het is evident dat dergelijke risico's in een systematische opzet van het wetboek van strafvordering zoveel mogelijk dienen te worden beperkt.

Gelet op de onderlinge betrokkenheid van vooronderzoek en eindonderzoek ligt het voor de hand dat bij het ontwerpen van algemene uitgangspunten voor de inrichting van het voorbereidend onderzoek structureel wordt teruggegrepen op de centrale keuzen die in het eerste interimrapport zijn gemaakt en verantwoord. Dat gebeurt in de navolgende onderdelen van het onderhavige boek op twee niveau's. Ten eerste op het niveau van de concrete vormgeving van bepaalde onderwerpen in het voorbereidend onderzoek. Zo hebben wij vorig jaar aangegeven waarom er binnen de strafvordering meer ruimte zou moeten komen voor differentiatie van procesvormen, afhankelijk van de zwaarte van de sanctie die er voor de verdachte - en voor de samenleving als geheel - op het spel staat.³¹ De gekozen maatstaf houdt in dat er zoveel mogelijk moet worden gekeken naar de ernst van het delict *in concreto*. Het gaat dus meer om de sanctie die in het individuele geval te verwachten is dan om de abstracte wettelijke strafbedreiging

29 Zie deelrapport 4, 'Vervolg en rechtsbescherming' (J.B.H.M. Simmelink & Y.G.M. Baaijens-van Geloven).

30 Eerste interimrapport, p. 24-25.

31 Eerste interimrapport, p. 27-28 en het daarin opgenomen deelrapport 1, 'Buitengerechtelijke afdoening' (A. Hartmann), p. 59-90.

tegen het delict terzake waarvan verdenking bestaat. Die benadering is in het onderhavige rapport consequent doorgetrokken. Dat blijkt onder andere uit de voorstellen omtrent de voorlopige hechtenis, waarin méér dan in de huidige regeling het accent is gelegd op de concrete ernst van het feit en het concrete gevaar dat van de individuele verdachte uitgaat.³² Andere voorbeelden van onderwerpen waarbij de inhoud van de voorgestelde regeling een rechtstreeks gevolg is van de vorig jaar gemaakte afwegingen hebben onder andere betrekking op het ondervragingsrecht van getuigen³³ en het aanwezigheidsrecht van de verdachte ter zitting.³⁴

Maar van meer structurele aard is het tweede niveau waarop de beschouwingen uit het eerste interimrapport doorwerken in onze visie op het voorbereidend onderzoek in strafzaken. Het gaat daarbij om de uitgangspunten omtrent een contradictoire gedingstructuur (als vervanging van het terminologische geklungel met inquisitoire en accusatoire procesvormen), een groter accent op de interactie tussen procesdeelnemers, en het optimaliseren van de rechten van de verdediging. Vanuit deze gezichtspunten schiet de regeling van het vooronderzoek in het huidige wetboek ernstig tekort. De voorstellen in dit boek beogen daarin verandering te brengen. De rode draad die door de verschillende deelrapporten loopt is dat de rechtsbescherming van burgers gedurende het vooronderzoek moet worden versterkt. En wel - overeenkomstig de algemene uitgangspunten - vooral op de punten waarop daadwerkelijk behoefte aan die bescherming bestaat. Rechtsbescherming behoeft dus niet steeds als een automatisme te worden gekoppeld aan bepaalde (al dan niet voorgenomen) verrichtingen, maar kan veelal worden aangeboden resp. worden geactiveerd wanneer de verdediging of een andere betrokkene daar prijs op stelt. Ter illustratie kunnen opnieuw enkele voorbeelden worden genoemd.

Naar geldend recht vindt er iedere dertig dagen een rechterlijke toetsing plaats van het voortduren van de gevangenhouding. Een (in beginsel) meerhoofdig samengestelde raadkamer komt daartoe steeds bijeen, ook in het zeer grote aantal gevallen dat op voorhand vaststaat dat de voorlopige hechtenis dient te worden voortgezet en ook wanneer de verdachte zelf dit volstrekt vanzelfsprekend vindt en niet eens wenst te worden gehoord.³⁵ Dit is een zeer inefficiënt gebruik van

32 Zie deelrapport 6, 'Voorarrest' (J. uit Beijerse & J.B.H.M. Simmelink).

33 Vergelijk deelrapport 7 uit het eerste interimrapport, 'De getuige in het strafprocesrecht; voorstellen voor een nieuwe regeling' (A. den Hartog) met deelrapport 5 uit het onderhavige boek, 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek' (A.E. Hartevelde & E.F. Stamhuis).

34 Vergelijk deelrapport 2 uit het eerste interimrapport, 'Berechting in aanwezigheid en betekening van de dagvaarding' (H.M.E. Laméris-Tebbenhoff Rijnenberg) met deelrapport 6 uit het onderhavige boek, 'Voorarrest' (J. uit Beijerse & J.B.H.M. Simmelink).

35 Zie M.S. Groenhuijsen, 'De nabije toekomst van de voorlopige hechtenis, in het bijzonder in het licht van de onschuldpraesumptie', in: J. de Hullu & W.E.C.A. Valkenburg (red.), *Door Straatsburg geïnspireerde grondnormen voor het Nederlandse strafproces*, Deventer: W.E.J.

schaarse middelen en valt niet goed in te bedden in een op systematische keuzen gebaseerde allocatie van rechtsbeschermende elementen. Daarom stellen wij voor om de rechterlijke toetsing van voorarrest meer op maat te doen geschieden. Niet als automatisme - en dus niet als zinloos ritueel - maar steeds wanneer daaraan concrete behoefte bestaat. Dit versterkt (optimaliseert) de positie van de verdediging en het sluit aan bij ons algemene desideratum dat de wettelijke regeling zoveel mogelijk ruimte moet laten voor een zinvolle invulling op basis van de interactie tussen de procesdeelnemers.³⁶

Het tweede voorbeeld betreft het notoir moeilijke vraagstuk van de verplichte toelating van een raadsman bij het politieverhoor. Het staat vast dat in het geldende stelsel het politieverhoor één van de 'crucial stages' is binnen de gehele strafrechtelijke procedure. Wat daar gebeurt en wat daar wordt gezegd heeft veelal een blijvende betekenis voor het verdere verloop - en voor de uitkomst - van het totale strafgeding. Vandaar dat het voor de hand ligt om juist in die fase te zoeken naar sterke rechtswaarborgen teneinde een acceptabel verloop van het verhoor te verzekeren. Het aan de verdachte toekennen van een recht om zich aldaar te laten bijstaan door een raadsman lijkt dan op het eerste gezicht opportuun. Maar bij nadere beschouwing - onder andere gebaseerd op rechtsvergelijkende bevindingen - blijkt de kwestie aanmerkelijk gecompliceerder te liggen. Zo noopt een dergelijk recht bijvoorbeeld tot een groot aantal gedetailleerde regels omtrent de randvoorwaarden en de uitoefening daarvan. Daarnaast leidt het tot gecompliceerde aanpassingen van organisatorische omstandigheden. En tenslotte is voorzienbaar dat het recht op rechtsbijstand tijdens een politieverhoor allerlei onbedoelde en ongewenste neveneffecten heeft, waarvan wellicht de belangrijkste is de verplaatsing van het zwaartepunt van het onderzoek naar een eerdere fase, hetgeen de feitelijke betekenis van de rechtswaarborg weer vergaand zou ondermijnen.³⁷ Daarom past het veel beter bij onze algemene uitgangspunten om in de fase van het politieverhoor de versterking van de rechten van de verdediging niet zozeer te zoeken in een formele maximalisering maar in een materiële optimalisering. Dat kan door iedere verdachte het recht te geven voorafgaand aan het verhoor een raadsman te consulteren en de politie te verplichten om ieder verdachtenverhoor audio-visueel (dus op videoband) te registreren. Ook deze voorstellen sluiten dus aan op de in dit project centraal gestelde gezichtspunten van contradictoire gedingstructuur, ruimte voor interactie tussen procesdeelnemers, en het optimaliseren van de rechten van de verdediging.

Tjeenk Willink 2000, p. 87 e.v. Nota bene: dit gebeurt zelfs in de fase tussen de eerste aanleg en het hoger beroep in situaties waarin de verdachte al tot langdurige vrijheidsstraf is veroordeeld.

36 Zie deelrapport 6 infra, met nadere argumentatie en bronvermelding.

37 Zie over dit alles uitvoeriger deelrapport 7, 'De toelating van de raadsman tot het politiek verdachtenverhoor' (C.J.C.F. Fijnaut).

Het is van belang de grote lijn van het betoog goed vast te houden. De normatieve - systeembepalende - uitgangspunten omtrent de inrichting van het vooronderzoek zijn uiteraard in de eerste plaats afhankelijk van de doeleinden die in deze fase van het geding worden nagestreefd. Daarom zijn wij deze paragraaf begonnen met het vermelden van die zelfstandige doelen. Uit die doeleinden kunnen (soms tegenstrijdige) belangen worden afgeleid, die op een evenwichtige manier in een wettelijke regeling dienen te worden verdisconteerd. Daarnaast hebben wij meer algemene belangen geïdentificeerd (transparantie, efficiency) die evenzeer herkenbaar ten grondslag moeten liggen aan een goede structuur van het voorbereidend onderzoek. En zojuist is aangegeven langs welke wegen de onderhavige beschouwingen omtrent het vooronderzoek voortbouwen op de centrale uitgangspunten die in het eerste interimrapport zijn verantwoord. De genoemde bouwstenen in onderling verband bezien stellen ons nu in staat om meer in het algemeen onze systeembepalende uitgangspunten voor de inrichting van het voorbereidend onderzoek op te helderen.

Een systematische wettelijke regeling veronderstelt een weloverwogen antwoord op de volgende vragen. Wat willen we precies regelen omtrent het voorbereidend onderzoek? Waar moet de regeling worden ondergebracht? En hoe moeten de desbetreffende voorschriften er in grote lijnen uit zien?

Deze vragen kunnen alleen adequaat worden beantwoord als er een gefundeerd standpunt is ontwikkeld omtrent de verhouding tussen het straf(proces)recht enerzijds en het bestuursrecht anderzijds. Een helder zicht op de betrekkingen tussen overheid en burger in beide rechtsgebieden is immers onontbeerlijk om te weten welke delen van de stof waar geregeld dienen te worden. Hetzelfde geldt voor het strafvorderlijke opsporingsbegrip in relatie tot nauw verwante toezichthoudende bestuurlijke taken. Ook hier is conceptuele precisie een onmisbaar vereiste voor een verantwoorde ordening van de stof. Het vooronderzoek in strafzaken kan alleen wettelijk op een systematische wijze worden genormeerd indien aan de hand van deze kernbegrippen een helder idee bestaat omtrent de inhoud van de te normeren taken en bevoegdheden. Daarmee is tevens aangegeven welke nauwe band er bestaat tussen de inhoud van deelrapport 1 (over de verhouding tussen strafrecht en bestuursrecht) en deelrapport 2 (over het opsporingsbegrip c.a.). Op gelijke wijze kan worden gemotiveerd waarom beantwoording van de gestelde vragen (wat moet waar worden geregeld en hoe?) een voorbereidende beschouwing vergt omtrent de betekenis van de sterk geïntensiveerde internationale samenwerking. Het probleem is dan of het traditionele onderscheid tussen opsporing en rechtshulp in de huidige omstandigheden nog hout snijdt en welke consequenties

daaraan verbonden zijn voor de inhoud en de plaats van wettelijke regelingen van deze materie.³⁸

De ontwikkeling van onze algemene uitgangspunten voor een systematische wettelijke regeling van het vooronderzoek vindt daarom plaats aan de hand van de kerngedachten uit de drie eerste deelrapporten. De overige, meer onderwerp-specifieke uitgangspunten, worden belicht in paragraaf 4 van dit algemeen deel.

3.2 De verhouding tussen strafprocesrecht en bestuursrecht

Volgens de klassieke indeling in rechtsgebieden vormen het burgerlijk recht, het staats- en bestuursrecht en het straf(proces)recht afzonderlijke domeinen die elk door een geheel eigen discours³⁹ worden beheerst. Voor ons onderwerp kan de verhouding tussen strafvordering en civiel recht thans in het midden worden gelaten. Het gaat hier vooral om de onderdelen van het *publiekrecht* die vanouds vrij sterk uit elkaar zijn gehaald. Het strakke onderscheid tussen strafrecht en bestuursrecht heeft historisch gezien tamelijk sterke papieren.⁴⁰ Vooral drie principiële verschillen springen in het oog. Ten eerste was er een saillant verschil in ontwikkeling. Aangezien straffen werden beschouwd als de meest vergaande aantasting van de rechten en vrijheden van burgers, werd het strafrecht omgeven met rechtswaarborgen die elders onbekend waren. Vooral het legaliteitsbeginsel (*nulla poena ...*) en een stelsel van gedetailleerde wettelijke regels in combinatie met de zogenoemde ‘procesverplichting’ tekenden dit aparte karakter van strafrechtelijke interventies. Het tweede wezenlijke verschil heeft betrekking op de handelende actoren. Het strafrecht was met name gericht op de rechter, terwijl in het bestuursrecht de administratie werd gezien als de belangrijkste normadressaat. En ten derde was er sprake van een fundamenteel verschil in doel of karakter. Het strafrecht had een punitieve strekking (en was dus per definitie reactief), het bestuursrecht zou vooral preventief van aard zijn, dus vooral sturend en op de toekomst gericht.

In de loop van de tijd zijn deze drie verschillen hetzij verdwenen, hetzij van hun principiële karakter ontdaan. Wat het eerste punt betreft kan worden vastgesteld dat het bestuursrecht in de afgelopen decennia een verstrekkende dogmatische ontwikkeling heeft doorgemaakt en juridisch sterk is geëmancipeerd. De toegenomen overheidsbemoeienis leidde ook op dit terrein tot de wens naar intensieve rechtsbescherming. Het gevolg was dat bijvoorbeeld het legaliteitsbeginsel in het bestuursrecht een rol is gaan spelen die niet wezenlijk meer afwijkt van

38 Zie nader deelrapport 3, ‘Strafvordering en rechtshulp’ (Y.G.M. Baaijens-van Geloven).

39 Dit woord gebruiken we op deze plaats als verzamelbegrip voor de problemen, concepten en principes die anders moeilijk onder één noemer zijn te brengen.

40 Zie het eerste deelrapport ‘De verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht’ (G. Knigge); deze beschouwing is voornamelijk gebaseerd op G. Knigge, ‘De verkalking voorbij. Over de verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht’, *RM Themis* 2000, p. 83-96.

het wetmatigheidsvereiste in het strafrecht.⁴¹ Ook het verschil ten aanzien van de actoren is vervaagd. In het administratieve recht werd steeds meer regelgeving gericht op het handelen van de bestuursrechter⁴². Het strafrecht daarentegen geeft een vrijwel omgekeerd beeld te zien. Daar is steeds meer het accent komen te liggen op de centrale beleidsvoerende rol van het openbaar ministerie, de buitengerechtelijke afdoening en op een grote discretionaire ruimte voor de administratie in het executietraject.⁴³ En ook het aanvankelijk zo grote verschil in doel is vergaand gerelativeerd. Afgezien van de vrijheidsstraf - die het strafrecht principieel natuurlijk blijvend een aparte dimensie geeft - treffen we in de beide rechtsgebieden inmiddels vele sancties aan die inhoudelijk nauwelijks van elkaar verschillen. Bijkomende straffen als de ontzegging van de rijbevoegdheid of de ontzetting uit het recht om een bepaald beroep uit te oefenen liggen dicht aan tegen de administratieve intrekking van een vergunning. Daar komt nog bij dat het strafrecht als geheel minder eenzijdig reactief is geworden. Vooral in de sector van het ordeningsrecht vindt er veel toezicht en controle plaats - waarbij de eis van voorafgaande verdenking geen rol speelt - hetgeen primair een op de toekomst gerichte - preventieve - functie heeft. De convergentie is verder voortgeschreden doordat het bestuursrecht op zijn beurt juist punitiever is geworden. De bestuurlijke boete, in toenemende mate beschikbaar en vaak tot zeer hoge bedragen, is inhoudelijk en naar aard in het geheel niet te onderscheiden van de strafrechtelijke vermogenssancties.⁴⁴

De slotsom moet dan zijn dat het historisch zo duidelijke verschil tussen de beide rechtsgebieden sterk is gereduceerd. Dit leidt tot verschillende nieuwe vragen. Is het strafvorderlijke optreden van het openbaar ministerie, de politie en het gevangeniswezen wellicht in de loop der tijd ondergenormeerd geraakt in vergelijking met het bestuursrecht? En zijn resterende verschillen in rechtsbescherming - waarbij het bestuursrecht nog over de hele linie gebruik maakt van een 'piepsysteem' - nog te rechtvaardigen nu het bestuursrechtelijk optreden niet meer generiek kan worden gezien als minder ingrijpend dan strafrechtelijke interventies? Men zegt wel: de vraag stellen is de vraag beantwoorden. Dat is hier tot op zekere hoogte ook het geval. Op grond van de geschetste ontwikkelingen valt klemmend

41 Uiteraard volstaan we niet met algemene beweringen hieromtrent. Deelrapport 2 (par. 6.2.3) bevat een uitvoerige beschouwing over de plaats van het legaliteitsbeginsel in het moderne bestuursrecht.

42 Zie onder andere W.J.M. Voermans e.a., *Ervaringen met de Awb. Het bestuursprocesrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

43 Zie over dit laatste punt de principiële beschouwing van F.W. Bleichrodt, *Onder voorwaarde. Een onderzoek naar de voorwaardelijke veroordeling en andere voorwaardelijke modaliteiten* (diss. KUN), Deventer: Gouda Quint 1996, met als één van de centrale stellingen dat door modificaties in het executietraject op gezag van de administratie zelfs het verschil tussen vrijheidsbenemende en niet-vrijheidsbenemende sancties is verwaterd.

44 Zie voor nadere bronverwijzingen het eerste deelrapport hieronder.

te betogen dat het niet langer productief is om standpunten te motiveren vanuit oude rubriceringen met bijpassende karakteristieken die veel van hun realiteitswaarde hebben verloren. We moeten door de etiketten heen naar de inhoud kijken. Vanuit die benadering ligt het voor de hand om datgene wat gemeenschappelijk is, en dat is nogal wat, ook gemeenschappelijk te regelen. De vraag wanneer algemene regels inhoudelijk bevredigend zijn, kan vervolgens alleen worden beantwoord aan de hand van een *theorie* die de traditionele grenzen tussen strafrecht en bestuursrecht overstijgt. Centrale onderdelen van zo'n theorie gaan bijvoorbeeld over de ingrijpendheid van bepaalde sancties⁴⁵ en de daarbij passende vorm van rechtsbescherming.⁴⁶

Bij een gemeenschappelijke regeling ligt het natuurlijk om te beginnen voor de hand om te kijken welke mogelijkheden de Algemene wet bestuursrecht biedt. Daarin komen diverse regelingen voor die zich in principe lijken te lenen voor toepassing op de opsporing en vervolging. Te denken valt aan betrekkelijk oncontroversiële onderwerpen als het verkeer tussen bestuursorganen en burgers en de daarbij te hanteren taal (hoofdstuk 2 Awb). Ook een typisch juridisch leerstuk als dat van delegatie en mandaat zou in aanmerking kunnen komen (titel 10.1 Awb). Meer omstreden is het om ook de bepalingen over de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op het strafrechtelijk domein van toepassing te achten.⁴⁷ Wij zien bijvoorbeeld op voorhand geen overwegende bezwaren om in elk geval de afdelingen 3.1, 3.2 en 3.7 van de Awb op het strafrecht van toepassing te doen zijn. Voor een onderwerp als de schadevergoeding na strafvorderlijk optreden kan de regeling van de bestuurscompensatie model staan, zij het dat op sommige punten

45 Zie daaromtrent onder andere A.M. van Kalmthout, 'Meten met gelijke maten; een nieuw perspectief voor de straftoemeting?', in: *Justitiële Verkenningen* 4/00, p. 33-43. Zie ook *Sancties in perspectief*, Beleidsnota inzake de heroriëntatie op de toepassing van vrijheidsstraffen en vrijheidsbeperkende straffen bij volwassenen, Ministerie van Justitie, SDU februari 2000; *Enige gedachten over de vrijheidsstraf*, Den Haag: Centrale Raad voor Strafrechtstoepassing, april 2000; en J.P. Balkema & F.W. Bleichrodt, *Aanzetten tot herijking van het strafrechtelijk sanctiestelsel*, *NJB* 2000, p. 877-883.

46 Wanneer komt de rechter in beeld, wanneer mag de sanctie door een bestuursorgaan worden opgelegd? Als het laatste het geval is, in welke situaties treedt het OM op, wanneer andere organen? Welke maatstaven moeten gelden voor een beroep op de strafrechter of de bestuursrechter? Moeten controle- en opsporingsbevoegdheden verschillen al naar gelang de sanctie wordt opgelegd door een bestuursorgaan of door de rechter? Zie ook P.G. Wiewel, *Rechtsbescherming tegen bestraffing. Een onderzoek naar de rechterlijke toetsingsgronden bij het opleggen van bestuurlijke boeten en de vergelijkbare beslissingen in strafzaken* (diss. Amsterdam), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001.

47 'Tegen' is C.P.M. Cleiren, 'Identiteit van beginselen van behoorlijke strafrechtspiegeling en beginselen van behoorlijk bestuur', *D&D* 1990, p. 497-514; 'vóór' is O.J.D.M.L. Jansen, *Het handhavingsonderzoek. Behoren het handhavingstoezicht, het boeteonderzoek en de opsporing verschillend te worden genormeerd? Een interne rechtsvergelijking* (diss. Amsterdam), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, m.n. hoofdstuk 8. Zie voorts de literaturopgave in ons eerste deelrapport.

van de toekomstige voorschriften in de Awb dient te worden afgeweken.⁴⁸ Nader onderzoek is nodig omtrent de vraag of het Awb-procesrecht van toepassing zou kunnen zijn op strafvorderlijke beklagprocedures. Anderzijds kan vanuit de eerder vermelde maatstaven vrij snel en vrij dwingend worden aangegeven dat de regeling omtrent ‘bezwaar en beroep’ *niet* moet worden gevolgd, omdat het bestuursrechtelijke begrippenstelsel rond deze vorm van rechtsbescherming slechts in uitzonderingsgevallen adequaat is in het kader van het opsporingsonderzoek.

Wat gemeenschappelijk is, kan gemeenschappelijk worden geregeld. Dat kan natuurlijk geen eenrichtingverkeer zijn. Een deel van de strafvorderlijke onderwerpen kan onder het regiem van de Awb worden geplaatst, maar omgekeerd zouden bepalingen van materieel en formeel strafrecht heel goed toegepast kunnen worden op bepaalde onderdelen van het bestuursrecht. Naar ons oordeel zou deze benadering bij uitstek vruchtbaar kunnen zijn in relatie tot de bestuurlijke boete. In plaats van het wiel voor de tweede keer uit te vinden in het voorontwerp vierde tranche Awb, zou in beginsel simpel volstaan kunnen worden met het van overeenkomstige toepassing verklaren van het Algemeen Deel van het wetboek van strafrecht.⁴⁹ Onderwerpen als strafuitsluitingsgronden, daderschap en deelneming (inclusief het daderschap van de rechtspersoon) zouden in elk geval - anders dan nu wordt voorgenomen - op beide terreinen uniform geregeld dienen te worden. Wij benadrukken dat de strafrechtelijke voorschriften niet intrinsiek *beter* zijn. Moderne inzichten uit het bestuursrecht kunnen heel wel aanleiding zijn om de inhoud van de oude vertrouwde regels bij te stellen. Maar waar het om gaat is dat in beide sectoren in wezen dezelfde materie aan de orde is, zodat - vanuit het perspectief van de eenheid van de rechtsorde - een verschil in materieelrechtelijke optiek niet functioneel is.⁵⁰ Gelet op de aard van de bestuurlijke boete, en gezien het feit dat het verschil tussen de handelende autoriteiten niet doorslaggevend kan worden geacht, is het voorts welhaast vanzelfsprekend om ook het toepasselijke procesrecht gemeenschappelijk te regelen, en wel in het wetboek van strafvordering. Het gaat om een wijze van afdoening van wetsovertredingen. De kern daarvan is dat een boete - of een andere sanctie van nader te bepalen ingrijpendheid - wordt opgelegd door een bestuursorgaan. In beginsel is deze bevoegdheid primair gereserveerd voor het openbaar ministerie. Maar daarmee is niet uitgesloten dat in het ordeningsrecht de bevoegdheid tot beboeting *alsmede* de bevoegdheid tot

48 Het gaat hier om het weergeven van een bepaalde gedachtegang. Inhoudelijke beantwoording van sommige van de geopperde vragen vindt ten gronde plaats in latere fasen van het onderzoeksproject. De onderwerpen mandaat en delegatie alsmede de bestuurscompensatie komen bijvoorbeeld in het derde en vierde projectjaar aan de orde.

49 Vergelijk L.J.J. Rogier (red.), *Commentaren op het Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht Vierde tranche*, Rotterdam: Gouda Quint 2000.

50 Zie ook G.J.M. Corstens, *Een stille revolutie in het strafrecht*, afscheidsrede KUN, Arnhem: Gouda Quint 1995.

het instellen van strafvervolgning bij bijzondere wet ook kan worden toegekend aan andere bestuursorganen.⁵¹ Het gaat hier om een gedachte die nog de nodige ruimte voor nadere invulling openlaat, zoals dat naar ons oordeel past in een afbakening van systematische uitgangspunten. Bij een positiefrechtelijke invulling van dergelijke noties kan vervolgens de preciese reikwijdte aan de orde komen. Dan komt bijvoorbeeld de vraag aan de orde of ook sancties als de bestuursdwang en de punitieve intrekking van vergunningen onder het bereik van de gemeenschappelijke regeling zouden moeten vallen.

3.3 *Het opsporingsbegrip. Taak, bevoegdheid en normering*

Nogmaals, de kernvraag bij het omlijnen van centrale uitgangspunten omtrent het vooronderzoek luidt: welke materie moet waar worden geregeld en hoe moet de grondstructuur van die regeling er dan uitzien? We hebben gezien dat bij de beantwoording van die vraag slechts in beperkte mate gewicht toekomt aan het even traditionele als abstracte onderscheid tussen strafrecht en bestuursrecht. Vanuit de voorafgaande beschouwing kan het betoog nu verder worden verdiept door een nadere analyse van het opsporingsbegrip. Daarbij worden we opnieuw geconfronteerd met een aantal vragen die enerzijds zorgvuldig moeten worden onderscheiden maar die anderzijds onderling nauw samenhangen. Het gaat vooral om de volgende kwesties. Wat begrijpen we onder de term opsporing? Als we weten wat we onder dit begrip moeten verstaan: wat is geoorloofd, dus wat mag worden gedaan in het kader van de opsporing? En: *wie* mogen opsporen? Pas daarna kan worden toegekomen aan de vraag: *waar* moet de opsporing worden geregeld en *hoe* moet die regeling eruit zien? En tenslotte moeten al deze vragen in verband worden gezien met het begrip 'strafvordering', onder andere gelet op het voorschrift van art. 1 Sv.

Bij een nadere beschouwing van de eerstgenoemde vraag - wat begrijpen we eigenlijk onder opsporing? - kunnen we terugvallen op de gedachtegang omtrent de verhouding tussen strafrecht en bestuursrecht. Het gaat nu evenwel, toegespitst, om de verhouding tussen de begrippen opsporing, controle en toezicht. Opsporing is naar geldend recht omschreven in art 132a Sv. Het is 'het onderzoek onder leiding van de officier van justitie naar aanleiding van het redelijk vermoeden:

- dat een strafbaar feit is begaan, of

51 Vergelijk bijvoorbeeld de thans reeds bestaande constructie van art. 37 WED, op grond waarvan de transactiebevoegdheid kan worden verleend aan 'door Ons bijzonderlijk aangewezen lichamen of personen, met een publieke taak belast, binnen door Ons te stellen grenzen tot wederopzeggens toe ...'. Zie voorts het experiment in milieuzaken (met ingang van 1 november 2000, doorlopend tot 1 mei 2003) waarin een dergelijke transactiebevoegdheid - onder toezicht van het openbaar ministerie - is verleend aan colleges van B&W, het dagelijks bestuur van waterschappen en aan de directeur van de Algemene Inspectiedienst.

- dat in georganiseerd verband misdrijven worden beraamd of gepleegd, als omschreven in art. 67 eerste lid Sv, die gezien hun aard of samenhang met andere misdrijven die in dat georganiseerd verband worden beraamd of gepleegd een ernstige bedreiging van de rechtsorde opleveren, met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen.’

Voorafgaand aan de verdenkingsfase hoeft de politie niet steeds stil te zitten. De zogenoemde ‘vroegsporing’⁵² kan worden gebaseerd op art. 2 Politiewet. Naast opsporing staat toezicht. Voor het uitoefenen van toezicht wordt geen verdenkings-eis (het redelijk vermoeden dat ...) als bedoeld in art. 132a Sv gesteld. Toezicht omvat volgens de heersende leer zowel de preventieve als de repressieve controle. Opsporing behoeft een formeel-wettelijke basis (art. 141 en 142 Sv) en is doorgaans geregeld in het wetboek van strafvordering⁵³; het toezicht, preventieve en repressieve controle daaronder begrepen, is behoudens uitzonderingen genormeerd in de Awb (afdeling 5.2 & art. 5:14 Awb).

Waar het nu om gaat is dat dit ogenschijnlijk heldere - en historisch verklaarbare⁵⁴ - onderscheid tussen opsporing en toezicht in de praktijk minst genomen is vervaagd en in ieder geval reeds naar de maatstaven van het geldende recht disfunctioneel is geworden. Wij vermelden hier de meest in het oog springende van de vele ongerijmdheden en andere fricties die in kaart kunnen worden gebracht. Om te beginnen blijkt het uitoefenen van toezicht niet te stoppen nadat door de toezichthouder een strafbaar feit wordt geconstateerd. De fase van verdenking vormt dus geen natuurlijke grens voor de afbakening van de toezicht-houdende taak. Dit blijkt ook uit de omstandigheid dat het boeteonderzoek in het voorontwerp vierde tranche Awb deel uitmaakt van het handhavingsonderzoek. Van een systematisch in de wet doorgevoerd verschil tussen verdenkingsstadium en voorfase is dus ook hier geen sprake, zodat de vraag rijst waarom dat in een strafvorderlijke context noodzakelijk zou zijn. Voorts is een aanwijzing dat opsporing en toezicht niet wezenlijk van elkaar verschillen te ontleen aan de omstandigheid dat controlebevoegdheden mede mogen worden aangewend ten behoeve van de opsporing.⁵⁵ Kortom: in de praktijk lopen voorfase en opsporing vloeiend in elkaar over. Dat geldt ook voor de normering daarvan: opsporing en repressieve controle zijn niet wezenlijk anders gereguleerd. Daarom - en dat

52 Term van G.J.M. Corstens, ‘Vroegsporing’, *D&D* 1995, p. 1-4, alsmede diens *Het Nederlands strafprocesrecht*, 3e druk, passim.

53 Met incidentele verruimingen van het opsporingsbegrip in bijzondere wetten als de WED.

54 Het onderscheid hing immers nauw samen met het wezenlijke verschil tussen strafrecht en bestuursrecht, waarvan zojuist is gebleken dat dat in de huidige omstandigheden niet langer een werkbaar aanknopingspunt biedt.

55 Vergelijk EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 699, m.nt. Kn (Saunders tegen Verenigd Koninkrijk).

is een kwestie die de grondstructuur van het wetboek raakt - biedt het oorspronkelijk beperkte opsporingsbegrip⁵⁶ ook niet meer de rechtsbeschermende werking die het aanvankelijk had. Er zijn immers allerlei vormen van de burgers belastend optreden mogelijk voordat er een verdenking van welke aard dan ook bestaat.⁵⁷

Dit alles leidt tot de conclusie dat de in het geldende recht gehanteerde afbakening tussen opsporing en toezicht niet kan worden gehandhaafd. Verdenking als kritieke grens, hoe dat begrip ook wordt opgerekt of ingeperkt (art. 27 Sv, art. 132a Sv), leidt altijd tot onoplosbare problemen van conceptuele en praktische aard. Daarvoor kan een nieuw uitgangspunt in de plaats worden gesteld. De vraag naar de essentie van het opsporings*begrip* - dus de vraag: wat *is* opsporing - blijkt op de aangegeven gronden tamelijk onvruchtbaar te zijn. In plaats van die traditionele ontologische vraagstelling benadrukken wij het belang van een meer functionele benadering. Vanuit die invalshoek kan de opsporing vooral worden geanalyseerd als een taak. En dat opent nieuwe perspectieven op het geheel van vragen waarvoor wij ons gesteld zien. De eerste daarvan heeft dan betrekking op het bijzondere karakter van de opsporing als taak. Aan de hand van welk criterium kunnen de verschillende *taken* (een kernbegrip in onze beschouwingen) die in de strafvordering aan de orde zijn, worden onderscheiden? Die maatstaf is gelegen in het *gezag* dat over de desbetreffende handelingen behoort te worden uitgeoefend. Het normatieve uitgangspunt zou moeten zijn dat opsporing onder leiding staat van de officier van justitie.⁵⁸ Vanuit dat uitgangspunt kan vervolgens opnieuw worden onderzocht hoe op een inhoudelijk zinvolle manier onderscheid kan worden gemaakt tussen de opsporingstaak en de controletaak. Dit blijkt mogelijk te zijn door een aanknopingspunt te zoeken in het *doel* van het onderzoek. Opsporing kan dan worden opgevat als ieder van overheidswege uitgevoerd onderzoek dat is gericht op het nemen van strafvorderlijke beslissingen. In deze visie is opsporing dus - in aansluiting op de elementen die in paragraaf 2 van dit algemeen deel zijn uitgewerkt - vooral op te vatten als een *taak*. Die taak houdt in het verrichten van onderzoek gericht op strafrechtelijke sanctionering. En dan vallen allerlei stukjes van een voorheen gecompliceerde puzzel opeens logisch op hun plaats. Ogenscheinlijk ver uiteenlopende activiteiten als het verkennend onderzoek (art. 126gg Sv) en het CID-traject zijn onmiskenbaar gericht op strafrechtelijke beslissingen en vallen derhalve onder deze begripsmatige afbakening van het opsporingsonderzoek.

56 Te weten het optreden nadat verdenking als bedoeld in art. 27 Sv is ontstaan (dus vóór de uitbreiding in art. 132a Sv per 1 februari 2000).

57 In het voorbijgaan wijzen we nog op de bevoegdheid van art. 552 Sv.

58 Het komt er dus op neer dat wat ons betreft de verwijzing in het eerste zinsdeel van art. 132a Sv naar 'onder leiding van de officier van justitie' belangrijker is dan de referentie naar 'naar aanleiding van een redelijk vermoeden dat ... (etc.)'.

Wanneer langs deze weg zicht is verkregen op de vraag wat opsporing *is* (maar wel in een functionele, niet-ontologische zin), kan vervolgens worden ingegaan op de vraag hoe⁵⁹ - en waar - deze taak dient te worden genormeerd. Daarbij kunnen twee uitgangspunten voorop worden gesteld. Ten eerste: dat een ruime omschrijving van de opsporingstaak nog niet impliceert dat er ook ruime bevoegdheden nodig zijn om die taak adequaat te kunnen vervullen. En ten tweede: dat niet op voorhand vaststaat dat alle bevoegdheden in een geschreven wettelijke regeling moeten worden gespecificeerd. Wij moeten derhalve nagaan hoe ver de mogelijkheden van ongeschreven recht in dit verband reiken.

Wanneer is een wettelijke verankering van bevoegdheden onmisbaar? Doorgaans wordt deze vraag beantwoord aan de hand van een grondwettelijk criterium. Als door strafvorderlijk optreden resp. door opsporingshandelingen grondrechten van burgers worden geschonden of aangetast, dan zou een wettelijke basis vereist zijn. En omgekeerd: indien geen inbreuken op grondrechten dreigen, dan is er geen taak voor de (formele) wetgever weggelegd.

Wij zijn van oordeel dat deze benadering tekort schiet.⁶⁰ Drie problemen springen in het oog. Ten eerste is gebleken dat de exclusieve aandacht voor grondrechten leidt tot ondernormering van bepaalde delen van de opsporing. Er zijn namelijk ook andere overtuigende redenen dan dreigende inperking van grondrechten om opsporingshandelingen wettelijk te regelen.⁶¹ Soms is dat nodig om de betrouwbaarheid van onderzoeksresultaten te waarborgen - hetgeen met het oog op de bewijsbestemming daarvan een zwaarwegend belang vormt in de opsporingsfase. In andere situaties kan bijvoorbeeld de corruptiegevoeligheid van een gehanteerde methode een zelfstandige - bij de structuur van onze uitgangspunten passende - grond zijn om tot regeling in het wetboek te besluiten. De gangbare benadering leidt niet alleen tot ondernormering, maar ook - het tweede probleem - tot een onduidelijke begrenzing van bevoegdheden. Een voorbeeld hiervan is de observatie. Volgens de wet BOB is het 'stelselmatig volgen' resp. het 'stelselmatig aanwezigheid en gedrag waarnemen' gekoppeld aan de inbreuk op het grondwettelijke recht op privacy. Gelet op de weinig scherpe, en in de tijd ook niet constante, afbakening van de buitengrenzen van dit grondrecht schiet de regeling in helderheid tekort.

Daar komt bij dat wettelijke regeling ook is geïndiceerd wanneer de opsporingsmethode niet steeds een *actuele* grondrechtsschending oplevert, maar

59 Ter voorkoming van misverstand: de vraag *hoe* de opsporing moet worden geregeld is vooral een vraag naar de vorm, de wijze waarop de normering moet plaatshebben (wettelijk of buitenwettelijk). Het gaat derhalve niet om de concrete inhoud van de desbetreffende voorschriften. De wetstechnische uitwerking of invulling valt buiten het bestek van dit project.

60 Zie de uitvoerige verantwoording van dit standpunt in deelrapport 2, 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak' (Knigge & Kwakman).

61 Dit is trefwoordsgewijs al aangegeven in paragraaf 2 van dit Algemeen deel.

wel intrinsiek een *potentiële* schending inhoudt. Normering in het wetboek is dan aangewezen indien bij toepassing van een bepaalde methode gemakkelijk inbreuk op de privacy *kan* worden gemaakt.

Het derde desideratum van waaruit de hier bekritiseerde benadering tekort schiet heeft betrekking op de dreigende verstarring als voor iedere inbreuk op grondrechten een expliciete wettelijke machtiging is vereist. Hier kan opnieuw het grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer als voorbeeld worden genoemd. De vigerende wettelijke regeling is afgestemd op een bepaalde interpretatie van het bereik van dit grondrecht. Onder andere de zogeheten ‘vuilnissnuffel’ is buiten de normering in het wetboek gehouden, aangezien de wetgever van oordeel was dat dit opsporingsmiddel niet rechtstreeks inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer. Als nu het Straatsburgse hof bij de uitleg van art. 8 EVRM in bepaalde omstandigheden tot een andere conclusie zou komen op dit punt, zal - op basis van *ad hoc* afwegingen - moeten worden overwogen of de wet dient te worden aangepast. Vanuit deze achtergrond pleiten wij voor een minder starre regeling, die beter berekend is op ontwikkelingen die zich naar hun aard wel maar naar de inhoud niet laten voorspellen.⁶²

Deze uitgangspunten leiden tot een structuur van de regeling in het wetboek waarvan de contouren al in paragraaf 2 van dit Algemeen Deel zijn weergegeven. Twee elementen daarvan brengen wij hier opnieuw - maar nu voorzien van nadere invulling en toelichting - onder de aandacht.

Ten eerste de *plaats* waar verschillende onderdelen van de rechtsstof moeten worden geregeld, gelet op de overlap van regelsystemen in de strafvordering en het bestuursrecht. Wij hebben eerder betoogd dat al hetgeen gemeenschappelijk is, ook gemeenschappelijk kan worden geregeld. Wat de plaats van de regeling betreft, volgt uit het voorafgaande dat er veel voor te zeggen is om de opsporing in ruime zin (dus: alle handelingen gericht op het nemen van strafrechtelijke beslissingen) en de vervolging onder te brengen in het wetboek van strafvordering.⁶³ Dit standpunt is ingebed in een bredere visie op het begrip ‘strafvordering’ en op de betekenis van art. 1 Sv. Onder strafvordering verstaan wij namelijk in beginsel al datgene waarop het strafprocesrecht betrekking heeft. Het gaat, ontdaan van alle franje en dus simpel gezegd, om alle fasen van de procedure in strafzaken: van het vroegste begin tot en met de executie van sancties. Er is met andere woorden

62 Hier wordt dus de lijn doorgetrokken die al in het eerste interimrapport is uitgezet: het wetboek van strafvordering dient geen keurslijf van strakke regels te zijn, maar een structuur te bieden waarbinnen de procesactoren zinvol en doelgericht kunnen opereren; de structuur dient bovendien berekend te zijn op toekomstige (Europese) ontwikkelingen.

63 Met dien verstande dat de kern van de regeling een plaats moet vinden in het wetboek. Bijzondere onderwerpen - als voorbeelden komen hieronder nog aspecten van particuliere opsporing en internationale opsporingsactiviteiten aan de orde - zouden heel goed een plaats kunnen krijgen in bijzondere wetten.

geen reden om de strafvordering te beperken tot de momenten nadat er een bepaalde verdenking is gerezen. Ten aanzien van art. 1 Sv proberen wij eveneens meer te redeneren vanuit achterliggende beginselen dan vanuit formele afbakeningsprincipes. Wij beschouwen dit kernartikel vooral als een uitdrukking van meerdere, onderling samenhangende rechtsbeginselen. Het is natuurlijk de meest directe uitdrukking van het legaliteitsbeginsel, maar daarnaast vormt het meer in het algemeen een articulatie van de rechtsstaatgedachte (geen willekeurig overheidsop treden) en belichaamt het de codificatiegedachte en het daardoor gediende beginsel van rechtseenheid. Tenslotte vermelden wij het democratiebeginsel, waarin mede een waarborg is gelegen tegen *onnodige* overheidsbemoeyenis. Ons uitgangspunt is derhalve dat art. 1 Sv wordt gedragen door diverse samenhangende rechtsgronden.⁶⁴ Een 'hard' criterium voor regeling bij wet - of in het wetboek - levert dat niet op, maar duidelijk is wel dat alle genoemde beginselen in onderling verband een wetgevingsprogramma opleveren dat omvangrijker is dan wanneer alleen zou worden uitgegaan van het legaliteitsbeginsel. Het strafproces in zijn geheel dient in hoofdlijnen in het wetboek te worden geregeld, dus ook die onderdelen en onderwerpen die niet rechtstreeks voor de burger belastende handelingen met zich meebrengen.

Bij de vraag *hoe* die regeling er vervolgens in hoofdlijnen uit zou moeten zien, verwijzen wij terug naar de eerder vermelde opmerkingen omtrent het samenspel tussen (formele en materiële) wetgever en rechter. In deze benadering is vooral ook meer dan thans het geval is ruimte gelaten voor een combinatie van wettelijke en andere vormen van regelgeving.⁶⁵ De deelrapporten in het Bijzonder Deel bevatten diverse voorbeelden en uitwerkingen van deze algemene gedachte.

3.4 Een complicatie: opsporing door burgers

In het pre-Van Traa-tijdperk werd in strafvorderlijk verband nogal eens de vraag opgeworpen of de overheid in het kader van de opsporing alles mag doen wat ook gewone burgers kunnen zonder expliciete wettelijke grondslag. Mogen opsporingsambtenaren al datgene ondernemen wat voor burgers in het onderling verkeer gangbaar, althans niet-onrechtmatig is? Tegenwoordig is die vraag in een ander licht komen te staan - want over de normering van het overheidshandelen zijn wat dat betreft duidelijke conclusies bereikt - maar is het omgekeerde juist steeds intrigerender aan het worden: tot welke hoogte en met welke middelen mogen de burgers bijdragen aan de opsporing?

64 Zie voor de uitwerking van deze gedachte deelrapport 2, 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak' (Knigge & Kwakman).

65 Zie paragraaf 2 van dit Algemeen deel, en voor concrete voorbeelden deelrapport 2, *a.w.* (Knigge & Kwakman).

Daarbij wordt voorop gesteld dat een doeltreffende strafrechtspleging voor een deel gewoon afhankelijk is van de medewerking van het publiek. Een zekere medewerking door particulieren (aangifte, informatieverstrekking) is zowel vanzelfsprekend als van vitaal belang voor het functioneren van het systeem.⁶⁶ De vraag is dan hoe ver dit kan gaan en welke bemoeienis de overheid mag hebben met het bijspringen door particulieren. In dat verband formuleren wij drie algemene uitgangspunten. Ten eerste: justitie is gerechtigd om gebruik te maken van door burgers verstrekte informatie. Daarbij hoeft de overheid niet ledig af te wachten tot er iets binnen komt, maar mag zij ook mededelingen uitlokken. Wel zijn regels nodig (jurisprudentie en/of wetgeving) die de buitengrenzen normeren. Het tweede uitgangspunt is dat de burger ook gerichte waarnemingen mag doen als het zijn *oogmerk* is om de resultaten daarvan te melden aan justitie. Voor de burger wordt het bereik van zijn mogelijkheden dan beperkt door de gewone regels van burgerlijk recht; voor de bijdrage van de overheid aan dergelijke activiteiten zouden nadere wettelijke regels kunnen worden gesteld.⁶⁷ Het derde uitgangspunt sluit ook aan bij het geldende recht: in de wet kunnen burgers bevoegdheden worden toebedeeld ten behoeve van de strafrechtelijke rechtshandhaving.

De vraag is evenwel of die bevoegdheden in het wetboek van strafvordering of - eventueel voor een gedeelte - in een bijzondere wet dienen te worden ondergebracht. Die vraag kan in deze stand van het onderzoeksproject nog niet ten gronde worden beantwoord. Dat is vooral het gevolg van de kwalitatieve veranderingen die in de rechtspraktijk zijn opgetreden door de opkomst, de groei en de professionalisering van de particuliere beveiligingsindustrie. Daarnaast heeft het particuliere speuren een nieuwe dimensie gekregen door het ontstaan van televisieprogramma's die zich indringend en grootschalig bezig houden met het oplossen van strafbare feiten. Deze fenomenen geven een totaal andere draagwijdte aan de vragen die in beginsel steeds al waren verbonden aan de samenwerking tussen justitie en gewone burgers. In dit interimrapport komen wij tot de voorlopige slotsom dat de uitoefening van een typische overheidstaak door particulieren minst genomen problematisch is. In het derde projectjaar zal daarom nader worden ingegaan op de normering van dit type activiteiten in relatie tot de structuur van het wetboek van strafvordering.

3.5 *Strafvordering en rechtshulp*

66 Zie de verschillende bijdragen in A.B. Hoogenboom e.a. (red.), *Privatisering van toezicht en opsporing*, Den Haag: Koninklijke Vermande 2000; en A.B. Hoogenboom, 'Financieel rechercheren in het private domein', *D&D* 2000, p. 1012-1037.

67 Wij tekenen hierbij in deelrapport 2 nog aan dat de politieke betrokkenheid bij particuliere opsporing enerzijds en de inschakeling van burgers bij de justitiële opsporing anderzijds weliswaar verschillende rechtsfiguren zijn, maar dat dit een overkoepelende regeling niet in de weg staat aangezien het in beide gevallen gaat om 'het optreden van opsporingsambtenaren'.

Bij de schets van een samenhangend stelsel van de algemene uitgangspunten omtrent de vormgeving van het vooronderzoek in strafzaken rest nu nog één verschijnsel dat thematische uitwerking behoeft. Het gaat daarbij om de toegenomen internationalisering van de strafrechtspleging. Internationale samenwerking in strafzaken kan niet langer worden beschouwd als een randverschijnsel waarmee alleen specialisten zich bezig houden en dat als een soort restpost kan worden geregeld in de marge van het wetboek. Integendeel: de toegenomen internationale vervlechting raakt inmiddels het hart van de begripsvorming die vooraf gaat aan een adequate regeling van het vooronderzoek in ons nationale wetboek van strafvordering. Zo is inmiddels de vraag onontkoombaar in hoeverre de intensivering van grensoverschrijdende samenwerking moet leiden tot harmonisatie van strafprocessuele bepalingen. Daarnaast worden we geconfronteerd met de vraag of grensoverschrijdende opsporing nog wel adequaat wordt getypeerd met de term rechtshulp. Zijn opsporing en (kleine) rechtshulp überhaupt nog wel scherp te onderscheiden? En: moet de kleine rechtshulp wel of niet in samenhang met de ‘gewone’ opsporing worden geregeld?⁶⁸

Bij de behandeling van deze onderwerpen sluiten wij uiteraard zoveel mogelijk aan bij de overige algemene gezichtspunten die tot dusverre in het onderzoeksproject zijn ontwikkeld. Zo analyseren wij de internationale dimensie primair vanuit de handelingen die worden verricht en minder vanuit het gezichtspunt van de daarbij betrokken autoriteiten. In deze studie is daarom het verschil tussen politie en justitie samenwerking niet van wezenlijke betekenis: het gaat ons veeleer om de aard en het doel van de handelingen die in grensoverschrijdend verband plaatshebben. De moderne interstatelijke samenwerking mist veelal twee kenmerken van traditionele rechtshulp, te weten een uitdrukkelijk *verzoek* van de ene staat aan de andere, en de inkadering in *een bepaalde strafzaak*. In plaats daarvan wordt er tegenwoordig vaak samengewerkt nog voordat er een concrete verdenking bestaat en in omstandigheden waarin nog allerminst zeker is of er een strafzaak komt, en zo ja, waar die dan wordt gevoerd. Deze nieuwe vormen van coöperatie worden wel aangeduid als ‘internationale opsporing’, een begrip dat de klassieke dichotomie strafvordering-rechtshulp zou overstijgen. Toch is de vraag of het nieuwe verschijnsel het oude begrippenpaar geheel obsoleet maakt. Naar ons oordeel is dit niet het geval. In de kern genomen gaat het om het doel van het optreden. In dat doel moet de legitimatie van het handelen worden gezocht. Is de handeling gericht op de toepassing van Nederlands strafrecht, dan is er in beginsel sprake van strafvordering.⁶⁹ Staat vast dat de interventie uitsluitend een bijdrage beoogt te leveren aan een buitenlandse strafzaak, dan is er nog onverminderd reden om

68 Zie over deze vragen deelrapport 3, ‘Strafvordering en rechtshulp’ (Y.G.M. Baaijens-van Geloven).

69 Dit sluit ook aan bij de begripsvorming in paragraaf 3.3 hierboven.

te spreken over rechtshulp. Dit onderscheid blijft noodzakelijk zolang er niet één de landsgrenzen overstijgende rechtsruimte bestaat. Binnen de Europese Unie is dat (nog) niet het geval en daarbuiten is daar al helemaal geen sprake van.

De helderheid en consistentie van de wettelijke regeling is er mee gediend als de normering van de opsporingstaak wordt toegesneden op de eigen, nationale wetshandhaving. Opsporing ten behoeve van het buitenland wordt daarbij gezien als een aparte taak die in beginsel afzonderlijk genormeerd wordt. Deze systematische keuze lijkt op gespannen voet te staan met de toenemende internationale politieke en justitiële samenwerking bij de bestrijding van criminaliteit. Bij gezamenlijke onderzoeken is het aanvankelijk - omdat de strafzaak zich nog onvoldoende laat specificeren en de verantwoordelijkheden gezamenlijk worden gedragen - veelal niet duidelijk in welk land de berechting uiteindelijk zal plaatsvinden. Ook hier doet zich derhalve het 'probleem' van de dubbele of alternatieve doelstelling voor.⁷⁰ Hierbij kan wel worden aangetekend dat het onderscheid opsporing - rechtshulp niet per definitie uitsluit dat bepalingen die betrekking hebben op het 'nationale' opsporingsonderzoek van overeenkomstige toepassing worden verklaard op de opsporing ten behoeve van het buitenland. Op deze wijze kan, afhankelijk van de stand van de ontwikkelingen van het internationale recht, toch een min of meer uniforme normering bewerkstelligd worden. De vraag of en in hoeverre de opsporing zich mag richten op strafrechtelijke sanctionering in den vreemde en in hoeverre de regels die zijn geschreven voor de nationale opsporing daarbij van toepassing zijn, dient echter haar beantwoording te vinden in het (nationale en internationale) rechtshulprecht.

Het uitgangspunt dat er ook in de toekomst ruimte moet zijn voor een fundamenteel onderscheid tussen strafvordering en rechtshulp heeft verschillende consequenties. Ten eerste betekent het dat de rechtshulpverlening apart moet worden geregeld. Dat kan in een afzonderlijke sectie van het Wetboek van Strafvordering, het kan ook in een aparte rechtshulpwet tezamen met de andere varianten van rechtshulp.⁷¹ Daarnaast, dus ten tweede, moet binnen het Wetboek van Strafvordering een hechtere basis tot stand worden gebracht voor de transnationale verrichtingen die (mede) het oog hebben op Nederlandse strafzaken. Voorbeelden zijn onder andere het grensoverschrijdende optreden eventueel in het kader van gezamenlijke onderzoeksteams en handelingen die ten behoeve van

70 Wij hanteren het uitgangspunt dat zolang onhelder is ten behoeve van welke jurisdictie wordt opgetreden omdat de strafzaak zich nog onvoldoende laat specificeren en de verantwoordelijkheden gezamenlijk worden gedragen, iedere autoriteit in beginsel (mede) handelt ten behoeve van de rechtshandhaving in het eigen land. Wanneer gaandeweg het onderzoek duidelijk wordt dat de zaak beter elders kan worden afgedaan, moet het optreden (verder) worden aangemerkt als rechtshulpverlening.

71 Voor de ene of de andere optie zijn geen dwingende argumenten beschikbaar. Beide opties zijn verdedigbaar, al geven wij de voorkeur aan de laatstgenoemde mogelijkheid.

Nederlandse zaken in het buitenland moeten worden verricht. Wij bepleiten in dat verband ook dat serieus onder ogen moet worden gezien of er in de toekomst niet - omgekeerd aan het bepaalde in art. 539a Sv - een meer algemene bepaling in het Wetboek moet worden opgenomen die buitenlandse opsporingsambtenaren machtigt om met inachtneming van de overige regels een bijdrage te leveren aan de Nederlandse rechtshandhaving.

Bij grensoverschrijdend optreden rijst bovendien de vraag welk recht van toepassing is. In het stelsel dat ons voor ogen staat moet ook wat dit betreft verschil worden gemaakt tussen situaties van strafvordering en van rechtshulp. Indien Nederland rechtsmacht heeft en het optreden verband houdt met nationale rechtshandhaving, zijn de bepalingen van het Wetboek van strafvordering in beginsel van toepassing, ongeacht de vraag of dat optreden hier te lande of buitengaats plaatsheeft.⁷² Wij willen hiermee geen afbreuk doen aan het traditionele principe dat de regels worden toegepast van het land waar de handelingen worden verricht (*locus regit actum*), doch houden daarmee wel vast aan het uitgangspunt dat de bruikbaarheid van de resultaten van grensoverschrijdend optreden (in beginsel) getoetst moet worden aan het nationale recht. Wanneer er sprake is van rechtshulpverlening is er naar onze mening ruimte om rekening te houden met het recht van het land waar de berechting zal plaatshebben (*forum regit actum*). Tot op heden heeft de Nederlandse wetgever voor dergelijke situaties niet verwezen naar regels van buitenlands procesrecht. In onze gedachtegang zou het passend zijn als dit in de toekomst wel zou gebeuren. Uiteraard met de clausulering dat de toepassing van vreemd recht nooit zo ver mag gaan dat daardoor in strijd wordt gehandeld met nationale fundamentele rechtsbeginselen of met verdragsrechtelijk gewaarborgde mensenrechten.

72 Uiteraard zijn wij ons bewust van de beperkingen van het volkenrecht en het feit dat de buitenlandse opsporingsambtenaren in beginsel niet ondergeschikt zijn aan de regels van onze nationale strafvordering.

4 Overzicht van de meer onderwerp-specifieke uitgangspunten en concrete voorstellen

4.1 Inleiding

In de voorafgaande paragraaf zijn de algemene uitgangspunten geschetst waarop het vooronderzoek in een modern Wetboek van strafvordering naar ons oordeel zou moeten berusten. Daarmee is in verreikende mate vooruitgelopen op de inhoud van de deelrapporten in het Bijzonder Deel van dit boek. De beschouwingen omtrent de verhouding tussen strafrecht en bestuursrecht, over het opsporingsbegrip, en de relatie tussen strafvordering en rechtshulp zijn immers al uitgebreid aan de orde geweest. In deze paragraaf zullen we de inhoud van de overige deelrapporten weergeven en in samenhangend perspectief plaatsen. De volgorde van bespreking weerspiegelt een zekere logica. Eén van onze conclusies in paragraaf 3.3 hierboven luidde dat het opsporingsonderzoek onder leiding staat van het openbaar ministerie. Die slotsom vraagt om een nadere plaatsbepaling van het OM ten opzichte van de overige betrokkenen bij de onderhavige fase van het strafgeding. Meer in het bijzonder moet daarbij ook aan de orde komen hoe een voldoende mate van rechtsbescherming kan worden gegarandeerd als compensatie voor een gebleken erosie van de betekenis van het gerechtelijk vooronderzoek. In rechtstreeks verband daarmee komt vervolgens de rol van de rechter in de voorbereidende fase van het geding aan de orde. Officier van justitie en rechter hebben in zekere zin een complementaire rol. Opgehelderd moet worden hoe hun functies zich onderling verhouden en welke consequenties daaraan verbonden zijn voor het processuele kader waarbinnen hun activiteiten behoren te worden ingebed. Pas als omtrent deze beide onderwerpen uitsluitend is geboden, is het zinvol om in te gaan op een tweetal meer specifieke regelingen: respectievelijk die van het voorarrest en die van het politieverhoor, met bijzondere aandacht voor de aanwezigheid van de raadsman daarbij. Tenslotte komen wij terug op een deel van de stof die al in het eerste interimrapport werd bestreken, te weten de afdoening buiten geding. Daarbij zal vooral de verhouding aan de orde komen tussen het zogenoemde ‘derde spoor’ en de thans bestaande andere modaliteiten om een strafzaak af te wikkelen zonder de verdachte te dagvaarden.

4.2 Vervolging en rechtsbescherming

Het hart van de thematiek die hier aan de orde is, ligt in de verhouding tussen de begrippen vervolging en rechtsbescherming. In het Wetboek van strafvordering van 1838 waren deze termen nauw aan elkaar gekoppeld. De juridisering van de procedure was in feite verbonden aan de vervolgingsfase. Rechtsbescherming in

de opsporingsfase ontbrak vrijwel volledig, maar dit was ook wel te billijken in het licht van de omstandigheid dat in het kader van de opsporing nauwelijks dwangmiddelen tegen een verdachte konden worden aangewend. De verdachte kreeg pas een echte procespositie⁷³ vanaf het moment dat het er voor hem om ging spannen: de fase van de vervolging - toen de 'geregelijke instructie' geheten - waarbij de verantwoordelijkheid voor het onderzoek lag bij de rechter, en dus niet (langer) bij de officier van justitie. Het grondpatroon van dit systeem werd overgenomen in het Wetboek van 1926. De versterkingen van de verdedigingspositie van de verdachte die toen werden ingevoerd hadden vrijwel allemaal betrekking op de fase van het GVO. Rechtsbijstand en kennisneming van de processtukken waren daarvoor ook reeds in beperkte mate mogelijk, maar bijvoorbeeld de mogelijkheid om deskundigenonderzoek te beïnvloeden is een bevoegdheid die alleen in de fase van de vervolging werd toegekend. In de opsporingsfase is er voorts geen recht om tot in detail te worden geïnformeerd omtrent de beschuldiging, wordt de verdachte niet als een procespartij in staat gesteld bij de rechter voor zijn belangen op te komen, zijn er geen voorzieningen om een spoedig verloop van het onderzoek te bevorderen, en is er voor de verdachte geen aanspraak om duidelijkheid te verkrijgen omtrent het verdere verloop van het onderzoek. Dit zijn de kenmerkende systematische verschillen tussen de opsporingsfase en de vervolgingsfase in het Wetboek van 1926. Wij stipuleren dat deze verschillen op twee niveau's achterhaald zijn en thans als disfunctioneel moeten worden beschouwd. Ten eerste is het beeld sterk veranderd ten opzichte van het type strafzaak en het soort onderzoek dat de wetgever van 1926 voor ogen stond. Daar komt bij dat - ten tweede - nieuwe vormen van strafvorderlijke interventies zijn ontstaan die problemen oproepen die binnen het systeem van dat Wetboek helemaal niet bevredigend kunnen worden opgelost. Wij lichten dit toe.

De rechterlijke bemoeienis met het vooronderzoek is op onderdelen toegenomen zonder de 'bijbehorende' processuele rechten voor de verdachte.⁷⁴ Anderzijds is de rechtsbeschermende functie van het GVO uitgehold, onder andere door de introductie van de telefoontap in 1971. Het verschijnsel van de 'parallele opsporing' deed zijn intrede, zodat verschillende autoriteiten náást elkaar verantwoordelijk werden voor een correcte uitvoering van het voorbereidend onderzoek. Het GVO, dat in de systematiek van de wetgever van 1926 de dragende pijler was van het vooronderzoek⁷⁵, werd een kader dat alleen nog in een klein deel van de strafzaken werd benut. Het is dit kader, vastgekoppeld als het is aan

73 Overigens zonder hem al vanaf dat moment te erkennen als 'procespartij'.

74 Voorbeelden die in deelrapport 4 worden genoemd zijn onder andere de machtiging tot het opnemen van vertrouwelijke communicatie (art. 126l en 126s Sv) en een onderzoek van telecommunicatie (art. 126m en 126t Sv).

75 Zie het nog altijd lezenswaardige boek van Arthur Frid, *Panklaar voor de zitting. De praktijk van het strafproces rondom de rechter-commissaris*, Arnhem: Gouda Quint 1982.

het traditionele vervolgingsbegrip, dat niet langer een deugdelijk aanknopingspunt kan vormen voor een systematische regeling en organisatie van de rechtsbescherming.

Deze diagnose dringt zich nog sterker op wanneer daarbij wordt betrokken dat het criminaliteitsbeeld sterk is veranderd.⁷⁶ Ten aanzien van het klassieke beeld van criminaliteit - één delict, één vermoedelijke dader - is het wettelijk systeem ná 1926 ingrijpend gewijzigd. Opsporing heeft tegenwoordig steeds vaker betrekking op ingewikkelde netwerken van personen en organisaties. Deze zijn veelal territoriaal zodanig gespreid dat er meerdere arrondissementen bij betrokken zijn (even daargelaten de eerder besproken grensoverschrijdende complicaties). Bovendien gaat het om een samenstel van feiten, niet zelden een combinatie van delicten die reeds gepleegd zijn en allerlei andere feiten die worden voorgenomen of voorbereid, waarbij het typisch op de *personen* geconcentreerde onderzoek een vooraanstaande plaats inneemt. Dat is onder meer de achtergrond van de nieuwe titel V van het eerste boek in het huidige Wetboek en van het in art. 126gg Sv geregelde ‘verkenkend onderzoek’. Ook hieruit blijkt dat de systematische grondslag van het Wetboek van 1926 voor wat betreft de koppeling van ‘rechtsbescherming’ aan ‘vervolging’ ieder bestaansrecht heeft verloren.

We moeten derhalve op zoek naar een hechtere systematische grondslag. De ijkpunten daarbij worden gevormd door de volgende desiderata, die voortbouwen op de in de vorige paragraaf ontwikkelde uitgangspunten. Er moeten voldoende waarborgen zijn voor de *rechtmatigheid* van de uitvoering van het vooronderzoek. Dat vereist toereikende regelgeving (zie paragraaf 2 en 3 hierboven), het vergt tevens een adequate toezichtstructuur. De opsporing dient bovendien *transparant* te zijn: alleen een helder, doorzichtig patroon van activiteiten leent zich voor juridische toetsing en controle. In dit licht moet ook de *inwendige openbaarheid* van het voorbereidend onderzoek worden beoordeeld. De contradictoire gedingstructuur die ons voor ogen staat⁷⁷ veronderstelt dat de verdediging - behoudens zorgvuldig te omlijnen uitzonderingen - weet wat er tegen de verdachte wordt ondernomen. In een systematisch uitgewerkt idee van rechtsbescherming moet ook de *mogelijkheid van de verdediging* worden betrokken *om invloed uit te oefenen* op de loop van het onderzoek. En tenslotte zijn regels nodig omtrent de *bewaking van de voortgang* van het onderzoek

Tegen deze achtergrond moet allereerst de positie van het openbaar ministerie in het vooronderzoek worden belicht. Uit onze uitgangspunten volgt dat het OM in volle omvang zeggenschap heeft over al datgene wat in het kader van de opsporing wordt verricht (vergelijk de huidige art. 132a en 148 Sv). Anders dan in het systeem van het Wetboek van 1926 zien wij de officier van justitie in beginsel

76 Zie paragraaf 2 van het Algemeen Deel van ons eerste interimrapport.

77 Zie paragrafen 4.4 en 5.2 van het Algemeen Deel in het eerste interimrapport.

als de leidende figuur in het vooronderzoek. Die positie past bij de verantwoordingsstructuur tijdens het onderzoek ter terechtzitting. Tijdens het openbare eindonderzoek kan de vertegenwoordiger van het OM worden aangesproken op de wijze waarop het gezag over de opsporingsambtenaren is uitgeoefend.⁷⁸ Zeggenschap en verantwoording worden op deze wijze aan elkaar gekoppeld. Het OM is krachtens zijn magistratelijke positie gehouden er zorg voor te dragen dat het vooronderzoek op een evenwichtige wijze wordt uitgevoerd. Evenwichtig, dat wil zeggen: met een gelijk oog voor belastende gegevens en voor informatie die de verdachte zou kunnen exonereren. Evenwichtigheid omvat ook de juridische controle op de inzet van opsporingsmiddelen, de toetsing aan regels en beginselen van ongeschreven recht daaronder begrepen. Daarbij dient evenwel te worden aangetekend dat de aansturing van het opsporingsapparaat afhankelijk van de omstandigheden van het geval sterk kan wisselen. Voorop staat dat de officier van justitie zich in principe niet mengt in tactisch-operationele vraagstukken. De officier is, zo is wel gezegd, geen ‘superspeurder’.⁷⁹ Zijn gezag zal vaak niet meer dan latent een rol spelen, bijvoorbeeld in de grote groep van zaken waarin de politie tamelijk routinematig te werk gaat. Maar het gezag kan plotseling manifest en specifiek worden, hetzij op initiatief van de officier van justitie, danwel wanneer de opsporingsinstantie zelf behoefte heeft aan raad of sturing. Naarmate het gewicht of de complexiteit van de zaak toeneemt, zal de officier er in de regel nauwer bij betrokken zijn en kan zijn leiding over de opsporing een meer concrete invulling krijgen. ‘Gezag’ vatten wij in dit verband dus op als een vlottend begrip dat meer of minder kan worden geactiveerd afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

Het aanmerken van de officier van justitie als de leidende autoriteit in het vooronderzoek heeft vooral ook voordelen in relatie tot de hierboven genoemde ‘moderne’ vormen van criminaliteit. Waar meerdere arrondissementen bij een onderzoek zijn betrokken en waar proactief en reactief handelen in elkaar overlopen, is het OM uit zijn aard beter geschikt om afstemming en coördinatie te bewerkstelligen dan het rechter-commissariaat.⁸⁰

Die afstemming staat mede in functie van het waarborgen van rechtsbescherming voor de betrokken justitiabelen. Vanuit dat gezichtspunt komen de overige genoemde onderwerpen in beeld, te weten het bewaken van een vlotte voortgang,

78 Evenals het OM verantwoording moet afleggen over de wijze waarop het opportuniteitsbeginsel heeft toegepast.

79 Dezelfde uitdrukking wordt met betrekking tot de rechter-commissaris gebruikt door C. Von Meyenfeldt, ‘Het gerechtelijk vooronderzoek’, *NJB* 1988, p. 1131-1134.

80 In dit verband wijzen we onder andere op het instellen van een ‘landelijk parket’ binnen het OM. Zie de Wet van 19 april 1999 tot wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie, het Wetboek van Strafvordering, de Politiewet 1993 en andere wetten (reorganisatie openbaar ministerie en instelling landelijk parket), *Stb.* 1999, 194.

het verzekeren van transparantie en het waarborgen van een adequate inwendige openbaarheid van het geding. De eerste vraag die daarbij een systematische beantwoording behoeft is vanaf welk moment een verdachte aanspraak kan maken op een samenhangend pakket van rechtsbeschermende voorzieningen. De vervolgingsbeslissing (vordering GVO), die in de structuur van het huidige Wetboek het belangrijkste scharniermoment vormt, is gelet op onze voorafgaande beschouwingen ontoereikend als startpunt. Ook de zogeheten *criminal charge* als bedoeld in het EVRM achten wij een minder geschikt punt om de waterscheiding aan te brengen.⁸¹ Het lijkt beter om de grens te leggen bij een vast te fixeren proceshandeling. Wij opteren daarbij voor het eerste verhoor in de hoedanigheid van verdachte.⁸² Vanaf dat moment zouden de samenhangende beschermende voorschriften gedurende het voorbereidend onderzoek van toepassing moeten zijn. Het betreft dan een aanspraak om door de officier van justitie op de hoogte te worden gehouden omtrent het verdere verloop van de procedure; het recht op inzage in de stukken van het geding; en het recht voor de verdachte om zich tot de rechter-commissaris te wenden met het verzoek om nadere onderzoekshandelingen te verrichten.⁸³

Ten aanzien van de transparantie van het opsporingsonderzoek en - daarmee samenhangend - de inwendige openbaarheid van het geding moet dieper worden ingegaan op de inhoud en de betekenis van de stukken van het geding. Transparantie vereist dat op schrift verslag wordt gedaan van de relevante opsporingshandelingen. Het model van de huidige art. 152 en 126aa Sv vormt hierbij een geschikt vertrekpunt. Aantekening verdient dat ook die verrichtingen in een proces-verbaal moeten worden opgenomen die - vanuit het oogpunt van justitie - vruchteloos zijn geweest, dat wil zeggen geen voor de verdachte belastende informatie hebben opgeleverd (bijvoorbeeld een confrontatie waarbij een getuige de verdachte *niet* heeft herkend). De desbetreffende stukken worden in het dossier gevoegd. Op grond van de algemene uitgangspunten die in dit onderzoeksproject zijn ontwikkeld⁸⁴ is het evenwel nodig om een uitvoeriger, meer op de inhoud gerichte, wettelijke regeling te ontwerpen dan in het geldende Wetboek is neergelegd. Daarin moeten bijvoorbeeld ook de uitzonderingen op de verbaliseringsplicht worden opgenomen. Voor een deel zijn die thans al in de jurisprudentie aanvaard. De gevallen van

81 De redenen voor dit standpunt worden uiteraard uitgewerkt in deelrapport 4, 'Vervolging en rechtsbescherming' (Simmelink & Baaijens-van Geloven).

82 Natuurlijk zijn met deze aanduiding niet alle complicaties verdwenen. De afbakening van de term 'verdachtenverhoor' komt nader aan de orde in het genoemde deelrapport over vervolging en rechtsbescherming.

83 De huidige 'mini-instructie' van art. 36a Sv e.v. is pas mogelijk vanaf een later stadium in de procedure, namelijk wanneer er sprake is van een *criminal charge* als bedoeld in het EVRM.

84 In het bijzonder de contradictoire gedingstructuur en de nadruk op de procespositie van de actoren ter bepaling van de agenda van het geding.

politieesepot - waarin op voorhand vaststaat dat het parket geen vervolging zou instellen - vallen hier bijvoorbeeld onder. Maar ook in situaties waarin de te relateren verrichtingen geen enkele relevantie hebben voor het onderzoek en geen enkele invloed kunnen hebben op enige te nemen beslissing, mag een proces-verbaal achterwege blijven. Tenslotte geldt hetzelfde na toepassing van een weinig ingrijpend dwangmiddel als de staande houding, wanneer verder geen enkel gevolg aan de zaak wordt gegeven. Waar het echter in al deze varianten om gaat is dat de verantwoordelijkheid voor het afzien van het opmaken van een proces-verbaal - overeenkomstig onze algemene uitgangspunten omtrent het opsporingsonderzoek - berust bij het openbaar ministerie. Deze verantwoordelijkheid kan, afhankelijk van de omstandigheden, vorm krijgen aan de hand van richtlijnen, aanwijzingen, instructies en het achteraf verlenen van instemming.⁸⁵ Het evengemelde uitgangspunt brengt ook met zich mee dat de officier van justitie in het Wetboek expliciet moet worden aangewezen als de autoriteit die verantwoordelijk is voor de samenstelling van het dossier. De wet dient daarnaast het criterium te fixeren voor de selectie van op te nemen stukken. Het gaat daarbij om alle stukken (in de ruime zin van het woord) die *relevant* zijn voor *enige* rechterlijke beslissing in de zaak.⁸⁶ Wij stellen twee maatregelen voor die - tegen de achtergrond van onze algemene bespiegelingen over de aard van het voorbereidend onderzoek - meer materiële garanties moeten bieden voor de volledigheid van het dossier. Ten eerste: de verdediging moet bevoegd zijn om zelf stukken te doen toevoegen (zie het huidige art. 126aa lid 5 Sv). En ten tweede: de stukken dienen inzicht te verschaffen in *eventueel parallel lopend onderzoek* dat voor de te nemen rechterlijke beslissing relevant kan zijn. Daarmee wordt de complicatie opgevangen die in moderne, soms nogal vertakte zaken met verschillende betrokkenen een bedreiging vormt voor de overzichtelijkheid.⁸⁷

Is de samenstelling van het dossier bekend, dan volgt de vraag wie op welk moment daarvan kennis mag nemen. Ook in een nieuwe regeling kunnen de huidige art. 30 e.v. Sv het uitgangspunt vormen. De verdediging mag vanaf het eerste

85 Ook hier kan een verband worden gelegd met de algemene uitgangspunten in deze studie. Het ruimere opsporingsbegrip zoals weergegeven in paragraaf 3.3 hierboven, brengt met zich mee dat er ook een grotere variëteit van handelingen onder dat kader te brengen is; dat brengt op zijn beurt met zich mee dat er dan ook meer reden is om uitvoeriger te regelen welke activiteiten er in welke omstandigheden op een bepaalde wijze schriftelijk moeten worden verantwoord.

86 Vergelijk G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Gouda Quint 1999 (derde druk), p. 232-233. Zie HR 7 mei 1996, *NJ* 1996, 687 m.n. Sch.; en HR 4 januari 2000, *NJ* 2000, 537 m.n. Sch.

87 In deze benadering wordt eveneens een dam opgeworpen tegen de toepassing van het huidige art. 187d Sv, waarin soms informatie voor de verdediging wordt afgeschermd door een artificiële splitsing van inhoudelijk samenhangende zaken. Dezelfde grondgedachte ligt ook besloten in HR 2 juni 1987, *NJ* 1988, 180, waarin parallelle opsporing wordt verboden voorzover die is gericht op het onredelijk verkorten van verdedigingsrechten.

verhoor het dossier inzien, behalve wanneer dit strijdt met het belang van het onderzoek. Deze uitzondering valt weg vanaf de vordering tot verlenging van de gevangenhouding bij de raadkamer van de rechtbank. Na dit moment is een beperking van het inzagerecht nog slechts mogelijk in zeer bijzondere omstandigheden en na rechterlijke toetsing.⁸⁸ De beperking moet *noodzakelijk* zijn met het oog op limitatief in de wet omschreven belangen (zwaarwegende opsporingsbelangen of voorkoming van ernstige overlast voor een getuige). Dit geldt zowel voor onderzoeksresultaten ten behoeve van het bewijs als voor gegevens die betrekking hebben op de rechtmatigheid van opsporingshandelingen.⁸⁹

In het huidige Wetboek is de vervolgingsbeslissing in relatie tot het GVO ook het scharnierpunt voor een zorgvuldige regeling van de overloop naar opvolgende fasen in het proces. De wet bevat gedetailleerde voorschriften omtrent de sluiting van het GVO en de rechtsgevolgen van een kennisgeving van verdere vervolging. Ook het afzien van verdere vervolging is voor dat geval tamelijk precies geregeld. Daarentegen is in het vigerende stelsel vrijwel niets bepaald omtrent de soortgelijke handelingen na afloop van het opsporingsonderzoek. In de systematische uitgangspunten die wij hiervoor hebben beschreven past het om daar juist wel in te voorzien. Het Wetboek dient derhalve op hoofdlijnen een regeling te bevatten omtrent het instellen, het niet-instellen of het voortzetten⁹⁰ van strafvervolging. Ten opzichte van de huidige situatie brengt dit tenminste op de volgende punten vernieuwingen met zich mee. Er moeten termijnen worden gesteld voor de verdere afdoening van zaken waarin voorlopige hechtenis is toegepast. De kennisgeving van verdere vervolging ‘nieuwe stijl’ dient te worden geregeld (inhoud, verhouding tot de dagvaarding). De rechtsgevolgen van een sepot dienen wettelijk te worden vastgelegd. En tenslotte moet de verdachte een wettelijk recht hebben zich tot de rechter-commissaris te wenden met het oog op de voortgangscntrole in de zaak.

88 De details worden uitgewerkt in paragraaf 5.5.2 van deelrapport 5, ‘De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek’ (Harteveld & Stamhuis). Zie ook deelrapport 4, ‘Vervolging en rechtsbescherming’ (Simmeling & Baaijens-van Geloven).

89 Het is tegenwoordig niet ongebruikelijk om - in het voetspoor van de commissie-Kalsbeek - te onderscheiden tussen zogenaamde ‘bewijsgetuigen’ en ‘rechtmatigheidsgetuigen’; zie Y. Buruma, ‘De rechtmatigheidsgetuige’, *D&D* 2000, p. 859-875.

90 Wij gaan hier conceptueel uit van het traditionele vervolgingsbegrip, waarin ‘het betrekken van een rechter bij de zaak’ centraal staat. Dan is technisch gezien sprake van ‘voortzetting’ van de vervolging indien tijdens het opsporingsonderzoek voorlopige hechtenis is toegepast of de rechter anderszins bij het onderzoek is betrokken. Zie omtrent de verschillende ongerijmdheden in het traditionele vervolgingsbegrip naar geldend recht F.G.H. Kristen in A.L. Melai c.s., *Het Wetboek van strafvordering*, Arnhem: Gouda Quint z.j., aant. 5 en 6 op art. 14-20 (suppl. 118).

4.3 De rechterlijke bemoeienis met het voorbereidend onderzoek

Zo'n 10 jaar geleden is er intensief debat gevoerd over het zelfstandig bestaansrecht van het gerechtelijk vooronderzoek. In de literatuur werd van diverse zijden betoogd dat het GVO beter kon worden afgeschaft, omdat het zijn oorspronkelijke functies niet (meer) goed zou vervullen.⁹¹ Daartoe werden vooral twee argumenten aangevoerd, die beide teruggaan op de tijd waarin het huidige Wetboek werd geconcipieerd. In de eerste plaats het zogeheten 'rechtspolitieke argument', dat inhoudt dat de rechter-commissaris als onderzoeker van de feiten een grotere waarborg voor onpartijdigheid en objectiviteit biedt dan een officier van justitie. En daarnaast het 'pragmatische argument': het GVO zou een vlotte afwikkeling ten goede komen omdat de R-C toch al moet worden benaderd in verband met het toepassen van een aantal ingrijpende dwangmiddelen. De genoemde auteurs gaven aan dat beide argumenten hun kracht verloren hebben. Door allerlei ontwikkelingen - onder andere in bijzondere strafwetgeving - zou de rechtsbeschermende functie van de RC sterk zijn uitgehold en in elk geval geen principiële betekenis meer hebben; terwijl de praktijk bovendien had uitgewezen dat het raamwerk van het GVO eerder vertragend dan bespoedigend werkt in de strafzaken waarin van deze rechtsfiguur gebruik wordt gemaakt. Vervolgens boog de commissie-Moons zich over deze kwestie. Dit (omvangrijke) gezelschap van gezaghebbende strafrechtsexperts kwam met een zeer uitvoerig rapport waarvan de slotsom luidde dat het GVO dient te worden gehandhaafd.⁹² Vanuit fundamenteel wetenschappelijk oogpunt is het meest interessant dat de commissie zich voor dit basisstandpunt vooral⁹³ beroept op precies dezelfde twee argumenten die de critici naar voren hadden gebracht om voor afschaffing te pleiten. De commissie oordeelde namelijk dat het 'rechtspolitieke' en het 'pragmatische argument' in essentie nog steeds niet aan waarde hebben ingeboet. Bij die stand van zaken was er in feite

91 Zie onder andere A.J.M. Machielse, *Een requiem voor het gerechtelijk vooronderzoek*, oratie Nijmegen, Arnhem: Gouda Quint 1989; en C. Von Meyenfeldt, 'Het gerechtelijk vooronderzoek', *NJB* 1988, p. 1131-1134.

92 Commissie Moons, *Herziening van het gerechtelijk vooronderzoek. Een rapport van de Commissie herijking Wetboek van Strafvordering*, Arnhem: Gouda Quint 1990. Het rapport bevat voorstellen tot een groot aantal wijzigingen in de bestaande regeling van het GVO, die grotendeels later door de wetgever zijn overgenomen.

93 Naast de hoofdargumenten werden ook bijkomende overwegingen aangevoerd, waaronder de nuttige functie van het GVO in de bijzondere categorie van 'gevoelige strafzaken', waarin bijvoorbeeld functionarissen van de overheid voorwerp van onderzoek zijn.

een soort patstelling ontstaan in de gedachtevorming rond het gerechtelijk vooronderzoek.⁹⁴

Gelet op deze recente discussie - met de wet herziening GVO per 1 februari 2000 als voorlopige uitkomst - achten wij het niet zinvol om een nieuwe ronde in het debat vorm te geven aan de hand van dezelfde twee gezichtspunten die 10 jaar geleden de meningen verdeeld hielden. Het zou nauwelijks vruchtbaar zijn om nogmaals het relatieve gewicht te bepalen van de beide argumenten die door iedereen belangrijk worden gevonden maar die kennelijk tot verschillende - zelfs haaks op elkaar staande - uitkomsten kunnen leiden. Daarom hebben wij in dit project omtrent de systematische grondslagen van een eventueel nieuw te ontwerpen Wetboek gezocht naar andere wegen om de oude vraag naar de betekenis van het GVO te benaderen. In het deelrapport omtrent de rechterlijke bemoeienis met het voorbereidend onderzoek worden twee vernieuwende benaderingswijzen uitgewerkt. In de eerste plaats wordt het vertrekpunt in de probleemstelling niet gezocht in de vraag of er iets moet worden afgeschaft. Onze aandacht is er veeleer op gericht om te bezien wat er zou moeten worden opgebouwd. Welke wettelijke ingrepen zijn er nodig om een effectieve toegang van de procesactoren tot de rechter-commissaris mogelijk te maken gedurende het vooronderzoek? En in de tweede plaats - maar natuurlijk in nauwe samenhang daarmee - is een nadere bezinning vereist op de kerntaken van een rechter in het voorbereidende onderzoek. Het is onbetwist dat de rechter op enigerlei wijze belast moet kunnen worden met het uitvoeren van bepaalde onderzoekshandelingen. Het staat evenzeer vast dat de rechter in een aantal situaties zal moeten worden geadieerd om de toepassing van ingrijpende dwangmiddelen te toetsen - en vervolgens de uitoefening daarvan mogelijk te maken. Onze benadering is er nu op gericht om deze twee kerntaken inhoudelijk consistent en systematisch te normeren en in te bedden in de overige uitgangspunten die wij omtrent het vooronderzoek hebben geformuleerd. Pas in de laatste fase, en als afgeleide daarvan, komt dan alsnog de vraag aan de orde of het voor de toekomst wenselijk is om het GVO als zelfstandig juridisch onderzoekskader te behouden.

De paragraaf over 'vervolgning en rechtsbescherming' werd geopend met een korte beschouwing over de gewijzigde verhouding tussen de vervolgingsfase en de opsporingsfase. Aangetoond werd dat het Wetboek van 1926 (in het voetspoor van dat van 1838) in zijn grondstructuur sterk heeft geleund op de vervolgingsfase

94 Zie M.S. Groenhuijsen, 'De herziening van het GVO als onderdeel van de taakverdeling tussen politie, justitie en het rechter-commissariaat', in: C. Fijnaut, E. Kolthoff (red.), *Afschaffing of herziening van het gerechtelijk vooronderzoek?*, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 23-46; en dezelfde, 'De hervorming van het GVO in het bredere perspectief van het stelsel van strafvordering', *D&D* 1991, p. 542-564.

als het startpunt voor de erkenning van de verdachte als procespartij, met alle bijbehorende bevoegdheden. Wij hebben andere uitgangspunten geformuleerd, die met zich meebrengen dat een eind wordt gemaakt aan de structurele ondernorming van de opsporingsfase.

Wanneer we nu de positie van de rechter in het vooronderzoek nader belichten, moet de analyse van het historische stelsel - en van de veranderingen die daarin later zijn opgetreden - verder worden verdiept. We kunnen voor dit onderwerp niet volstaan met globale aanduidingen, maar moeten meer in detail ingaan op de vraag wat naar geldend recht - en wat in onze visie voor de toekomst - de functie en de taak is van de rechter in het voorbereidend onderzoek.

Volgens het huidige Wetboek heeft de rechter-commissaris in het verband van het GVO beide genoemde taken: onderzoek naar de feiten en het toetsen van ingrijpende dwangmiddelen. Buiten het kader van het GVO is alleen de laatstgenoemde functie aan de orde. Gedurende de afgelopen decennia is dit beeld nader ingekleurd, en daarbij onmiskenbaar inhoudelijk veranderd, door een aantal ontwikkelingen. Ten eerste zijn er nieuwe voorzieningen getroffen *binnen de omlijning van het oude GVO*. Te noemen zijn het beslag op vorderingen⁹⁵, de invoering van de telefoontap c.a. (1971), de regeling omtrent inzage in computergegevens, het DNA-onderzoek en de regeling omtrent de getuigenbescherming.⁹⁶ Als we deze regelingen overzien, valt op dat het karakter van de inzet van de rechter-commissaris verandert. Hoewel zijn inbreng wordt verlangd binnen het kader van het GVO, heeft hij niet langer de rol van spelbepaler. Hij houdt op deze punten de zaak niet compleet bijeen, hij is niet belast met de verantwoordelijkheid voor het gehele onderzoek. De doelstelling van zijn optreden is beperkt en precies afgebakend. Dat is soms verklaarbaar vanwege het *toetsende* karakter van zijn activiteit, maar ook waar hij een bijdrage levert aan het *onderzoek* blijkt de wetgever al lang de gedachte te hebben aanvaard van een GVO met een *beperkte* omvang en doelstelling. Opmerkelijk is voorts dat de leiding van het vooronderzoek in al deze gevallen bij de officier van justitie blijft berusten. De slotsom is dat bij deze 'doel-GVO's' inhoud en vorm niet meer bij elkaar passen en dus systematische fricties opleveren. Deze conclusie wordt nog versterkt als we de ontwikkelingen bezien waarin nieuwe regelingen *naast het oude GVO* zijn geplaatst. Daarbij moet vooral worden gewezen op de wetgeving omtrent de voordeelsontneming, waarin procesrechtelijk de rechter-commissaris erg afhankelijk is geworden van de officier van justitie.⁹⁷ Het voorlopig eindpunt van deze rechtsontwikkeling wordt gevormd

95 Ingevoerd in 1958, weer afgeschaft in 1993.

96 De drie laatstgemelde wetten dateren alle uit 1993.

97 Genoemd kan ook worden het ontwerp omtrent de zogenoemde 'richtmicrofoons', dat uiteindelijk werd ingetrokken, maar waaruit ook de gedachte bleek van het streven naar een uniforme regeling van opsporingshandelingen voor verschillende fasen van het geding, waarbij de rechter-commissaris meer als toezichthouder dan als leider werd beschouwd (dat werd de

door de meergenoemde wet BOB en de wet herziening GVO per 1 februari 2000. Ook hierin wordt de rechter-commissaris vooral in uiteenlopende opzichten bij het vooronderzoek betrokken als machtigingsrechter, buiten het geformaliseerde kader van het gerechtelijk vooronderzoek. Overzien we het wettelijk stelsel zoals dat in de loop der tijd is aangepast, dan staat vast dat er in verstrekkende mate afstand is genomen van de gedachte dat het de primaire functie van een rechter-commissaris is om de zaak in volle omvang ‘panklaar’ te maken voor de zitting. De rechter wordt nog slechts met nauwkeurig bepaalde doeleinden ingezet tijdens het vooronderzoek; het probleem is dat de basisstructuur van het Wetboek in het geheel niet is aangepast aan deze principiële veranderingen.

Vandaar dat wij een radicaal ander vertrekpunt zoeken voor de inbedding van de rechterlijke bemoeienis met het vooronderzoek. De structuur moet de missie volgen, niet andersom. Wanneer de kerntaken van de rechter voorafgaand aan de openbare terechtzitting zijn gedefinieerd als toetsing van dwangmiddelen (‘machtiging’) enerzijds en onderzoek op geïsoleerde punten anderzijds, dan dient dit takenpakket de systematische grondslag van het Wetboek te domineren. Daarbij moet eerst nader worden opgehelderd wat precies de betekenis is van deze specifieke interventies. Uitgangspunt is dat de leidinggevende positie van het openbaar ministerie in het vooronderzoek onvermijdelijk met zich meebrengt dat de officier van justitie een zekere verbondenheid met de loop van het onderzoek zal ervaren.⁹⁸ Dat brengt als natuurlijk tegenwicht een versterkte behoefte aan rechtsbescherming met zich mee. Die bescherming moet uitgaan van de inschakeling van een onafhankelijke rechter. Vanuit deze invalshoek nemen we de beide taken van de rechter in het vooronderzoek nader onder de loep.⁹⁹

Eerst de toetsende functie. De rechter die hiermee is belast duiden wij aan als ‘machtigingsrechter’. Rechterlijke toetsing vormt binnen het stelsel van strafvordering de hoogste graad van juridische expertise en afstandelijkheid in het toezicht op concrete opsporingshandelingen. Het stelsel dat ons daarbij voor ogen staat, moet onder andere antwoord geven op de volgende vragen: In welke situaties is rechterlijke toetsing aangewezen? Aan welke normen wordt getoetst? Op welk moment moet worden getoetst? De *gevallen* kunnen in abstractie worden omlijnd als ‘de meest ingrijpende dwang- of opsporingsmiddelen’. Wanneer daar

officier van justitie).

98 Dat dit het geval is, is niet goed meer tegen te spreken sedert de verschijning van het boek H.F.M. Crombag, P.J. van Koppen & W.A. Wagenaar, *Dubieuze zaken. De psychologie van strafrechtelijk bewijs*, Amsterdam: Contact 1994 (2e herziene druk). Zie ook de recente empirische studie van Francis J. Pakes, *Spiders in the Web. Public Prosecutors at work* (diss. Leiden), Leiden 2001.

99 Opgemerkt moet worden dat deze taken niet door dezelfde persoon of functionaris behoeven te worden vervuld. Binnen het kader van het GVO is de rechter-commissaris belast met onderzoek en met toetsing; in ons type regeling kunnen er goede redenen worden aangevoerd om die taken juist niet in één hand te leggen.

in concreto van moet worden gesproken, is uit de aard der zaak mede afhankelijk van rechtspolitieke waarderingsen, die op hun beurt naar tijd en omstandigheden kunnen variëren. De vrijheidsbenemende dwangmiddelen vallen hier ontegenzeggelijk onder.¹⁰⁰ Aan de Grondwet vallen voorts sterke aanwijzingen te ontleen om ook inbreuken op het briefgeheim en het telefoon- en telegraafgeheim in aanmerking te nemen. Op grond van art. 8 EVRM geldt hetzelfde voor onderzoek in woningen (het afluisteren van aldaar gevoerde gesprekken daaronder begrepen) en het onderscheppen van gegevensverkeer. De meest ingrijpende inbreuken op het eigendomsrecht zouden het ook niet zonder rechterlijke machtiging kunnen stellen. Idem voor de ernstige schendingen van de lichamelijke integriteit, tegen de achtergrond van art. 11 GW en art. 3 EVRM. Mede gelet op de technische ontwikkelingen, die de bereikbaarheid van de rechter via telecommunicatie en andere vormen van informatietechnologie sterk hebben vergroot, is het naar ons oordeel mogelijk en wenselijk om in vergelijking met het geldende recht vaker de waarborg van voorafgaande rechterlijke toetsing in het Wetboek op te nemen. Dat brengt ons op de *vormgeving* van het rechterlijk fiat. Meestal zal de machtiging moeten worden verkregen voorafgaand aan het uitvoeren van de handeling. Het stelsel voorziet in een *machtiging*, niet in een *bevel* van de rechter.¹⁰¹ Daardoor wordt de indruk vermeden dat de rechter treedt in een beoordeling van de opportuniteit van de toepassing van het dwangmiddel. Hij toetst uitsluitend de rechtmatigheid van de voorgenomen actie. Dat wil zeggen: de rechter controleert of de wettelijke gevallen en gronden voor de uitoefening van de bevoegdheid bestaan en of de toepassing daarvan in het belang van het onderzoek is (dus in onze terminologie: is gericht op het nemen van strafrechtelijke beslissingen). Daarbij verdient het aanbeveling om de belangrijkste van de thans ongeschreven regels en beginselen waaraan het voornemen moet voldoen, in de wet te verankeren. Tenslotte zijn enkele *algemene bepalingen* nodig die de toetsing reganderen. De machtigingsrechter kan alleen op vordering van de officier van justitie worden ingeschakeld. Op een enkele uitzondering na wordt de verdachte en zijn raadsman gehoord. De beschikking van de rechter is schriftelijk, is met redenen omkleed, en wordt door de officier van justitie bij de processtukken gevoegd.

Er zijn verschillende redenen om de rechter gedurende het vooronderzoek ook te belasten met een *onderzoeksfunctie*. In de eerste plaats kan het zijn dat sommige onderzoeksinspanningen in het voorbereidend onderzoek uit hun aard een vrij definitief karakter hebben, bijvoorbeeld omdat verificatie van het daaruit voortkomende materiaal ter terechtzitting op voorhand vrijwel uitgesloten lijkt. Alsdan moeten de rechtswaarborgen voor de verdediging zoveel mogelijk

100 Zie de nadere uitwerking van het navolgende in paragraaf 5.3 van deelrapport 5.

101 Met uitzondering van het bevel tot voorlopige hechtenis, om redenen die in paragraaf 5.3.7 van deelrapport 6, 'Voorarrest' (Uit Beijerse & Simmelink) worden opgehelderd.

overeenstemmen met die van de zittingsfase, hetgeen het beste kan worden bereikt door inschakeling van een rechter (die dan de functie heeft van ‘voorpostrechter’). Daarnaast - dus in de tweede plaats - moeten in het vooronderzoek sommige beslissingen worden genomen omtrent de voortzetting van de zaak die dermate verstrekkend zijn dat een evenwichtige feitelijke voorbereiding daarvan eigenlijk alleen gewaarborgd is door de inschakeling van een rechter. Zowel het openbaar ministerie als de verdachte kunnen er behoefte aan hebben met het oog daarop de rechter te adiëren. Het grondpatroon voor de normering in het Wetboek zou er als volgt uit moeten zien. De rechter voert op vordering van het OM bepaalde onderzoekshandelingen uit wanneer op voorhand vaststaat dat zulks niet op de zitting kan gebeuren. Voorbeelden zijn het horen van (bedreigde of zieke) getuigen of het uitlokken van een deskundigenrapport.¹⁰² Een vordering kan alleen worden gedaan op basis van een welomschreven verdenking van een bepaald strafbaar feit; de rechter is krachtens zijn rol niet bevoegd die verdenking aan te vullen of te veranderen. De vordering kan ook betrekking hebben op het verkrijgen van voor de verdachte ontlastend materiaal (horen van een getuige á decharge). Aangezien de opsporingsfase onder leiding staat van de officier van justitie, treedt de rechter niet ten gronde in een beoordeling van de vraag of de onderzoekshandeling werkelijk nodig is in het belang van het onderzoek. Er vindt een meer marginale toets plaats: de vraag is of de handeling in redelijkheid een bijdrage zou kunnen leveren aan het onderzoek. Daarvan is bijvoorbeeld geen sprake indien niet wordt voldaan aan eisen van proportionaliteit en subsidiariteit of als er misbruik van procesrecht wordt gemaakt. De verdediging wordt - indien mogelijk - op de vordering gehoord. Gaat de rechter vervolgens tot onderzoek over, dan wordt het resultaat vastgelegd in een proces-verbaal, dat aan de actoren ter hand wordt gesteld. De officier van justitie - dus niet de onderzoekende rechter - voegt het p-v bij de stukken van het geding.

Als gezegd is ook de *verdachte* bevoegd de rechter op de genoemde wijze te activeren. Wij stellen diverse verbeteringen voor ten opzichte van de huidige ‘mini-instructie’ ex art. 36a e.v. Sv. De achtergrond hiervan is dat het in het stelsel van strafvordering vanuit het oogpunt van rechtsbescherming niet geheel en al aan de officier van justitie mag worden overgelaten om te zoeken naar de verdachte ontlastende gegevens. De verdediging krijgt daarom de mogelijkheid de rechter te adiëren, vanaf het moment van het eerste verhoor in de hoedanigheid van verdachte¹⁰³ - wanneer er dus een duidelijke verdenking jegens hem is uitgesproken, waaraan de gevraagde onderzoekshandeling moet worden gekoppeld - en voorzover hij daarbij een redelijk belang van enig gewicht heeft. Daarmee wordt, anders dan

102 De wet zou geen limitatieve opsomming van onderzoekshandelingen moeten bevatten, maar wel enige algemene beperkingen moeten aanbrengen. Zie paragraaf 5.4 van deelrapport 5.

103 Zie paragraaf 4.2 hierboven.

in de huidige wettelijke regeling, de mogelijkheid van notoire ‘fishing expeditions’ uitgesloten. Er wordt geen inhoudelijke afbakening gegeven van de onderzoekshandelingen waar de verdachte om kan vragen; wel zullen verzoeken worden afgewezen die betrekking hebben op verrichtingen die naar alle waarschijnlijkheid toch al deel zullen uitmaken van het door politie en justitie geregisseerde opsporingsonderzoek.

Een laatste onderwerp dat bespreking behoeft, betreft het vooronderzoek in de zogenaamd ‘gevoelige zaken’. We hebben gezien dat de commissie-Moons aan dit type zaken een (aanvullend) argument ontleende voor de handhaving van het GVO als eigenstandig onderzoekskader. In de door ons geschetste opbouw van het voorbereidend onderzoek moet eveneens rekening worden gehouden met de bijzondere aard van dergelijke precaire strafzaken. Maar het zou onwenselijk zijn om zelfs in die relatief uitzonderlijke gevallen het (voor)onderzoek primair onder de volle verantwoordelijkheid te brengen van een rechter. In plaats daarvan dienen aanvullende waarborgen binnen het openbaar ministerie te worden geschapen die de integriteit en de waarheidsvinding in de opsporing bevorderen.¹⁰⁴ In ieder geval dient een apart besluitvormingstraject te worden voorzien, waarin bijvoorbeeld het College van procureurs-generaal een prominente rol kan spelen. Complementair daaraan kan juist in dit type zaken de rijksrecherche - als afgescheiden eenheid binnen de politie - een belangrijke functie vervullen. Deze oplossing heeft drie voordelen die aansluiten op de systematische grondslag van het Wetboek van strafvordering dat ons voor ogen staat. Wij vatten zeer beknopt samen. Ten eerste: de procesrechtelijke verhouding tussen openbaar ministerie en rechter in het vooronderzoek wordt consequent in acht genomen. Ten tweede: het verband tussen verdenking, onderzoek, en vervolgingsbeslissing blijft intact. En ten derde: in deze oplossing is het gemakkelijker om de ministeriële verantwoordelijkheid voor strafvorderlijke trajecten daadwerkelijk inhoud te geven.¹⁰⁵

4.4 Voorarrest

Eén van de meest dynamische onderdelen van de strafvordering is de regeling van het voorarrest. Dat is ook niet zo vreemd. Voorarrest kan vrijheidsbeneming van zeer aanmerkelijke duur betekenen zonder dat bij rechterlijk gewijsde is vastgesteld dat iemand inderdaad schuldig is aan het plegen van een delict. Het is het meest

104 Deze denkbeelden worden uitgewerkt in paragraaf 5.4.2 van deelrapport 5.

105 Zie ook de regeling van het huidige art. 128 lid 6 RO.

ingrijpende dwangmiddel in het Wetboek van strafvordering.¹⁰⁶ Toepassing daarvan kan daarom eigenlijk niet zonder min of meer kwaad geweten geschieden. Al in de vorige eeuw werd zowel door de wetgever als in de literatuur over het voorarrest gesproken als een 'noodzakelijk kwaad'.¹⁰⁷ Een 'kwaad', onder andere vanwege de gespannen verhouding met de *praesumptio innocentiae*.¹⁰⁸ Maar ook 'noodzakelijk', omdat ieder rechtsstelsel wordt geconfronteerd met de onvermijdelijkheid om gedurende het voorbereidend onderzoek bepaalde verdachten fysiek ter beschikking van justitie te houden. Vanuit deze gezichtspunten valt goed te begrijpen dat iedere regeling van het voorarrest eigenlijk op voorhand gedoemd is tot imperfectie. Daarom stelt het handboek van de Verenigde Naties omtrent beginselen die dit dwangmiddel moeten beheersen zonder veel omhaal vast: 'No country can claim a pre-trial detention system that could not be improved'.¹⁰⁹ Deze benadering - of: grondhouding - heeft er zowel historisch alsook in de huidige tijd toe geleid dat de wetgever, in Nederland en elders, voortdurend pogingen heeft ondernomen om de toepassing van preventieve vrijheidsbeneming te beperken. Dat vormt tevens de verklaring van de omstandigheid dat de regeling nogal eens is gewijzigd, overigens zonder dat dit ooit tot volle tevredenheid heeft geleid omtrent het bereikte resultaat.

In het onderzoeksproject 'Strafvordering 2001' staat opnieuw de ambitie centraal om de toepassing van voorarrest tot het onvermijdelijke minimum te beperken. En waar dit dwangmiddel in aanmerking komt, moet het worden beheerst door de algemene uitgangspunten die in de andere onderdelen van het project zijn ontwikkeld. Dat levert hier en daar nieuwe gezichtspunten op. De regeling die in het navolgende wordt toegelicht berust primair op de gedachte dat er een effectiever rechterlijk toezicht nodig is op de toepassing en de duur van vrijheidsbeneming gedurende het vooronderzoek. Tevens wordt gezien langs welke weg de schorsing van voorlopige hechtenis op ruimere schaal kan plaatshebben dan thans het geval is.

106 J.M. Reijntjes, *Voorarrest*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994; en de uitvoerige losbladige commentaar van J.M. Reijntjes op art. 63-88 in A.L. Melai c.s. (red.), *Het Wetboek van strafvordering*, Arnhem: Gouda Quint z.j. (suppl. 114 en 115).

107 Zie deelrapport 6, 'Voorarrest' (Uit Beijerse & Simmelink); en het daaraan op onderdelen ten grondslag liggende boek van Jolande uit Beijerse, *Op verdenking gevangen gezet. Het voorarrest tussen beginselen en praktische behoeften*, diss. Rotterdam, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998.

108 Zie specifiek omtrent dit aspect M.S. Groenhuijsen, 'De nabije toekomst van de voorlopige hechtenis, in het bijzonder in het licht van de onschuldpraesumptie', in: J. De Hullu, W.E.C.A. Valkenburg, *Door Straatsburg geïnspireerde grondnormen voor het Nederlandse strafproces*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 87-103.

109 *Human Rights and Pre-trial Detention. A Handbook of International Standards relating to Pre-trial Detention*, United Nations, New York/Geneva: 1994, p. 4.

De analyse van het geldende recht op dit punt vindt plaats aan de hand van het onderscheid tussen de materiële grondslag (gevallen, verdenkingseis, gronden), de bevoegdheidstoedeling (verschillende fasen van vrijheidsbeneming) en de procedurele waarborgen (hoorrecht, rechtsbijstand etc.).¹¹⁰ Een element dat aparte vermelding verdient is dat de inverzekeringstelling - onbekend in het Wetboek van 1838, ingevoerd in 1926 - een ander karakter heeft dan de bewaring en gevangenhouding als vormen van voorlopige hechtenis. De eerstgenoemde modaliteit is volgens de wetgever namelijk niet in de eerste plaats zelfstandig gericht op vrijheidsbeneming, maar houdt een ordemaatregel in die verzekert dat de verdachte gedurende vrij korte tijd beschikbaar blijft voor justitie - uitsluitend - in het belang van het onderzoek. Een andere karakteristiek van de geldende regeling is dat een waarborg voor beperking van de duur van het voorarrest werd gezocht in de 'ontsnappingsmogelijkheden' die de regeling biedt. Zo zijn er voor de aanhouding, de inverzekeringstelling en voor de voorlopige hechtenis bepalingen opgenomen die voorzien in tussentijdse invrijheidstelling ('in elke stand van het geding' of woorden van gelijke strekking). In 1974 kwam daar nog het anticipatiegebod van art. 67a, lid 3, Sv bij: de insluiting mag in ieder geval niet langer duren dan de bij berechting te verwachten straf. Overzien we de rechtsontwikkeling als geheel, dan kunnen twee conclusies worden getrokken.¹¹¹ Ten eerste een verschuiving van materiële naar procedurele waarborgen. De inhoudelijke beperkingen door de wettelijke fixering van gevallen en gronden zijn gaandeweg verwaterd, hetgeen tot op zekere hoogte - maar niet volledig - werd gecompenseerd door toevoeging van nieuwe procedurele waarborgen. En ten tweede: in de jaren 90 van de twintigste eeuw zijn zowel de inhoudelijke als de procedurele wettelijke instrumenten tot beperking van voorarrest afgekald. Exemplarisch in dit verband zijn de invoering van de eenmalige bewaringstermijn van 10 dagen (1992), de langere termijn van inverzekeringstelling (1994) en de nieuwe grond voor voorlopige hechtenis bij recidiverende vermogensdelinquenten (1995).

De vraag is nu hoe het systematisch karakter van de regeling omtrent het voorarrest kan worden versterkt. Daartoe grijpen wij terug op de uitgangspunten die eerder in dit project zijn ontwikkeld. Een belangrijk onderdeel daarvan houdt in dat de procesvoering in uiteenlopende opzichten mede dient te worden beheerst door de concrete ernst van het feit terzake waarvan verdenking bestaat.¹¹² Niet de abstracte zwaarte van het feit zoals die tot uitdrukking komt in het wettelijke strafmaximum vormt de primaire maatstaf, maar de hoogte van de sanctie zoals die in de omstandigheden van het geval te duchten is. Dit brengt met zich mee dat ook voor de afbakening van de *gevallen* die zich lenen voor voorlopige

110 Deze indeling is ontleend aan Uit Beijerse, *a.w.*, *passim*.

111 Uit Beijerse, *a.w.*, p. 178 e.v.

112 Dat is onder andere de achtergrond van de differentiatie in het drie-sporen-proces.

hechtenis in eerste instantie op dit criterium wordt teruggegrepen. Het uitgangspunt van de regeling van art. 67 Sv wordt derhalve verlaten. In plaats van het abstracte 4 jaars-criterium plus opsomming van bijzondere strafbare feiten wordt een inhoudelijke maatstaf voorgesteld die de duur van de te verwachten vrijheidsstraf stipuleert. Als 'veiligheidsklep' kan dan een uitzondering worden toegevoegd die voorlopige hechtenis uitsluit bij misdrijven waartegen geen hogere straf is bedreigd dan bijvoorbeeld één jaar gevangenisstraf. Voor wat betreft de *gronden* van voorlopige hechtenis zoeken we ook naar een koppeling aan concrete strafprocessuele doelstellingen. De bestaande gronden van collusiegevaar (waarheidsvinding) en vluchtgevaar (verzekeren van de mogelijkheid tot executie) zijn het minst problematisch en kunnen worden gehandhaafd. Het in art. 67a Sv thans genoemde herhalingsgevaar en de geschokte rechtsorde zijn beide meer omstreden, vooral omdat de toepassing daarvan in de praktijk niet zelden een punitieve gerichtheid lijkt te behelzen.¹¹³ Wij stellen voor om deze gronden te handhaven, maar in de hantering daarvan nauwer aan te sluiten bij het karakter van het voorarrest als middel om een onmiddellijke en aanwijsbare verstoring van de openbare orde af te wenden. Als nieuwe gronden zouden - in overeenstemming met de in het voorafgaande uiteengezette principes - in aanmerking moeten komen: de betekening van de dagvaarding in persoon, het bevorderen van de aanwezigheid van de verdachte ter terechtzitting, en het streven naar een snelle afdoening van het feit op een terechtzitting.¹¹⁴

Tot zover de voorstellen omtrent de 'materiële grondslag' van de preventieve vrijheidsbeneming. Voor wat betreft de 'bevoegdheidstoedeling' beogen wij het voorarrest zodanig vorm te geven dat daarvan maximale prikkels uitgaan om het onderzoek voortvarend af te wikkelen. Dat veronderstelt een combinatie van juridische en organisatorische maatregelen.¹¹⁵ In het algemeen kan daarover worden opgemerkt dat wij van oordeel zijn dat bij iedere beslissing in dit verband moet worden nagegaan of het onderzoek wel voldoende voortgang heeft. Omtrent de eerste fase van vrijheidsbeneming, het ophouden voor verhoor, dient in de wet te worden bepaald dat dit ook kan strekken tot het verrichten van andere onderzoekshandelingen, zoals het afnemen van vingerafdrukken, het confronteren met een getuige, en voor het uitreiken van een dagvaarding. De in verzekeringstel-

113 Vergelijk S.A.M. Stolwijk, *Voorarrest. Kanttekeningen bij tien jaar toepassing van voorlopige hechtenis*, oratie UvA Amsterdam, Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 8.

114 Onze voorstellen sluiten als geheel genomen goed aan bij de maatstaven die zijn geformuleerd in het eerder genoemde *United Nations Handbook of International Standards relating to Pre-trial Detention*, a.w., p. 8: '... pre-trial detainees may be placed only under such restraints, and under such conditions, as will ensure their appearance at trial, prevent their interference with evidence, and prevent further offences'.

115 Bij de organisatorische context blijkt bijvoorbeeld vooral de sluiting van de rechtbank in het weekend het bestaande wettelijk systeem te doorkruisen; zie paragraaf 3.2 van deelrapport 6 hieronder.

ling kan vervolgens in duur worden teruggebracht van drie naar twee dagen. Daarbij kan dan de verplichte inschakeling van de rechter-commissaris ex art. 59a Sv worden vervangen door een rechtmatigheidstoets *op verzoek* van de verdediging. Het onderscheid tussen bewaring en gevangenhouding kan scherper dan in het huidige Wetboek worden geprofileerd. Bewaring moet een reële mogelijkheid openen om het onderzoek af te ronden opdat de langduriger insluiting in de vorm van gevangenhouding achterwege kan blijven. Thans is dit in de praktijk veelal nauwelijks mogelijk.¹¹⁶ Daarom wordt voorgesteld de bewaringstermijn te verlengen tot twee weken. Opgemerkt moet worden dat deze termijn ook ruimere mogelijkheden biedt om een goed onderbouwd schorsingsverzoek te doen of voor te bereiden. Schorsing is binnen het stelsel dat ons voor ogen staat een belangrijk instrument om de daadwerkelijke toepassing van voorarrest terug te dringen.¹¹⁷ Teneinde het daadwerkelijke gebruik van dit middel te bevorderen en het zelfstandig belang daarvan te onderstrepen, stellen wij voor de schorsing om te vormen tot een *voorwaardelijke oplegging* resp. een *voorwaardelijke opheffing* van de voorlopige hechtenis. De mogelijkheden daartoe zouden dan ook systematisch aan de orde moeten worden gesteld in de raadkamer waarin voor de eerste maal over de gevangenhouding wordt beslist. De raadkamer dient bijgevolg meer tijd in te ruimen voor deze cruciale beslissing; de oordelende rechters moeten zich intensiever en actiever met de noodzaak tot voortgezette vrijheidsbeneming bezig houden dan thans het geval pleegt te zijn. Anderzijds kan de raadkamer - het is in het voorafgaande reeds gemeld¹¹⁸ - de gevangenhouding gelasten voor een periode van maximaal 90 dagen. De verdachte heeft de mogelijkheid om tussentijds steeds opheffing, al dan niet onder het stellen van voorwaarden, te verzoeken en moet in dat verband in beginsel steeds worden gehoord.¹¹⁹

Zowel de huidige regeling als het stelsel dat wij daarvoor in de plaats zouden willen stellen berust op de gedachte om het voorarrest zoveel mogelijk te beperken. Naar geldend recht is daartoe een gefixeerd maximum van 90 dagen gevangenhouding gekozen, waarna de zaak in ieder geval ter zitting behandeld moet worden.

116 In het deelrapport wordt aangetoond dat van de wettelijke termijn van 10 dagen er als gevolg van ingesloten werkwijzen vaak slechts 4 echte onderzoeksdagen beschikbaar zijn voordat een nieuw rechterlijk oordeel wordt gegeven over verlenging van het voorarrest.

117 F.W. Bleichrodt, *Onder voorwaarde. Een onderzoek naar de voorwaardelijke veroordeling en andere voorwaardelijke modaliteiten*, diss. Nijmegen, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 204 meldt dat zowel van de schorsing voor bepaalde tijd als die voor onbepaalde tijd 'veelvuldig gebruik' wordt gemaakt. De door ons vergaarde gegevens bevestigen deze constatering niet; onze voorstellen beogen dan ook de bestaande praktijk op dit punt te verbeteren; zie Jolande uit Beijerse & Daphne Kunst, 'Het huis van bewaring voorbij. De schorsing van de voorlopige hechtenis onder bijzondere voorwaarden in de praktijk', *Trema* 2000, p. 417-422.

118 Zie paragraaf 3.1 hierboven.

119 Met als vanzelfsprekende uitzondering dat het verzoek onmiddellijk wordt ingewilligd of kennelijk ongegrond is omdat het een herhaling vormt van een kort daarvoor gedaan verzoek.

In de praktijk is het vooronderzoek dan niet zelden nog niet afgerond - om voor de hand liggende redenen, zoals: het onderzoek naar de feiten is niet voltooid of de rapportage van het Pieter Baan Centrum is nog niet klaar. De zogenaamde 'pro forma-zitting' die dan in de praktijk pleegt te worden gehouden biedt naar ons oordeel in dergelijke situaties geen optimale structuur om de voorlopige hechtenis tot een onvermijdelijk minimum te beperken. Het probleem is dat de rechters in die gevallen weten dat er geen inhoudelijke behandeling zal plaatshebben en op grond van die wetenschap nogal oppervlakkig studie maken van de stukken van het geding. Daar komt nog bij dat de dagvaarding in dat stadium een zodanig karakter heeft (korte omschrijving van het feit, ontleend aan de vordering tot bewaring) dat inhoudelijke beoordeling ook nauwelijks mogelijk is. Daarom is het systematisch meer verantwoord om in plaats van zo'n pro forma-zitting, in de uitzonderlijke gevallen waarin de zaak na de maximale gevangenhouding nog niet aan berechting toe is, een meervoudige raadkamerprocedure te regelen waarin de voortzetting van het voorarrest intensiever kan worden getoetst. De raadkamer moet dan specifiek controleren of het onderzoek met voldoende voortvarendheid is en wordt uitgevoerd en of er - gelet op de Straatsburgse jurisprudentie - een noodzaak bestaat om de preventieve detentie te continueren. De officier van justitie kan bij die gelegenheid verlenging voor maximaal drie maanden vorderen, de raadkamer kan dat in een gemotiveerde beschikking alleen toestaan als daarvoor klemmende redenen kunnen worden genoemd. De procedure wordt voorzien van twee bijzondere waarborgen. Ten eerste krijgt de verdachte definitief uitsluitel over de feiten waarvoor hij na de verlenging van het voorarrest zal worden vervolgd. Sepot is niet meer mogelijk voor de feiten waarvoor de officier van justitie bij die gelegenheid heeft aangekondigd te zullen dagvaarden. Ten tweede vormt de bedoelde verlengingsvordering het uiterste moment waarop het recht van de verdediging om de stukken van het geding in te zien niet langer aan beperkingen mag worden onderworpen.^{120/121}

Voor de fase van het hoger beroep ligt een belangrijke vereenvoudiging in de rede. Overeenkomstig de rechtspraak over art. 5 EVRM mag onder 'lawful detention' worden begrepen de insluiting op basis van een rechterlijk oordeel dat aan een hogere rechter is voorgelegd en derhalve nog niet onherroepelijk is. Zolang de voorlopige hechtenis niet langer duurt dan de vrijheidsstraf die door de eerste rechter is opgelegd, kan - ook hier in overeenstemming met onze algemene

120 Behoudens de zeer uitzonderlijke - wettelijk geregelde - gevallen waarin dit gebeurt op last van de rechter-commissaris.

121 De vraag of de onderhavige raadkamerprocedure *in het openbaar* moet plaatsvinden - waarvoor *prima facie* veel te zeggen lijkt - wordt ten gronde behandeld in het vierde projectjaar.

uitgangspunten - *automatische* periodieke toetsing achterwege blijven. De verdachte behoudt het recht om steeds om opheffing of schorsing te vragen.¹²²

4.5 De raadsman en het politieverhoor

Hiervóór stuiten we bij de vraag naar een optimale inrichting van het voorbereidend onderzoek in relatie tot het zelfstandig bestaansrecht van het GVO op een patstelling in de literatuur. Ten aanzien van sommige andere pertinente vragen rond deze fase van het geding kunnen soortgelijke verschijnselen worden waargenomen. Eén daarvan betreft de al langer slepende vraag naar de wenselijkheid om een raadsman toe te laten bij het politiële verdachtenverhoor.

Het is voor iedereen duidelijk dat juist deze verhoorsituatie van het grootste belang is voor de opvolgende fasen van het strafgeding. Wat hier wordt gezegd, bepaalt niet zelden de uitkomst van de zaak. Het proces-verbaal van het politieverhoor is dan ook een van de centrale stukken in het dossier. Bij deze stand van zaken is evenzeer onbetwist dat dit verhoor correct dient te verlopen. De basisnorm in dit verband is neergelegd in art. 29 lid 1 Sv: de verhorende ambtenaar onthoudt zich van alles wat de strekking heeft een verklaring te verkrijgen, waarvan niet gezegd kan worden dat zij in vrijheid is afgelegd. Dat is één kant van de medaille. De andere kant is dat het politiële verdachtenverhoor een belangrijke bron van informatie is. Het verhoor draagt in aanzienlijke mate bij aan de waarheidsvinding, en dat is een functie die past bij de algemene uitgangspunten die in dit onderzoeksproject zijn ontwikkeld.

De vraag is nu hoe deze belangen op de meest evenwichtige wijze kunnen worden gediend. Welke waarborgen zijn nodig om een behoorlijk verloop van het verhoor te garanderen, met behoud van de op waarheidsvinding gerichte functie daarvan? Deze vraag is in het verleden nogal eens toegespitst op de aanwezigheid van de raadsman van de verdachte. In Nederland heeft Fijnaut in 1987 in een omvangrijke studie geconcludeerd dat de toelating van de raadsman een passende voorziening is om een aannemelijk verloop van het verhoor te bevorderen.¹²³ De minister van justitie gaf na het verschijnen van deze studie te kennen dat hij dit voorstel niet wilde overnemen. Enerzijds leek daarbij het kostenaspect een rol te spelen, anderzijds gaf de minister te kennen dat de juridische argumenten die aan buitenlandse stelsels konden worden ontleend niet overtuigend waren om tot een zo ingrijpende wetswijziging over te gaan. Het parlement bleek deze zienswijze

122 In paragraaf 5.3.6 van deelrapport 6 wordt nog een uitzondering besproken voor gevallen waarin de eerste rechter een beslissing heeft gegeven als bedoeld in art. 349 Sv.

123 Cyrille Fijnaut, *De toelating van raadsliden tot het politiële verdachtenverhoor*, Antwerpen: Kluwer Rechtswetenschappen, Arnhem: Gouda Quint 1987. Zie ook de kort daarop verschenen rechtsvergelijkende studie van J.A.W. Lensing, *Het verhoor van de verdachte in strafzaken*, diss. KUN, Arnhem: Gouda Quint 1988.

te delen. Vanaf dat moment is het debat over deze vitale kwestie zo ongeveer doodgeslagen. Degenen die de rechtspositie van de verdachte tijdens het politieverhoor wilden versterken bleven zich routinematig beroepen op het door Fijnaut in 1987 verzamelde materiaal, terwijl de opposenten van zo'n hervorming net zo voorspelbaar bleven volhouden dat dit materiaal onvoldoende klemmende redenen aanreikt om de raadsman structureel toegang te verlenen tot het politieverhoor.

Deze impasse kan alleen worden doorbroken door middel van onbevungen nieuw onderzoek van rechtsvergelijkende en verdragsrechtelijke aard, dat structureel is geënt op de uitgangspunten die in het project 'Strafvordering 2001' centraal staan. Van dat onderzoek wordt verslag gedaan in het zevende deelrapport.¹²⁴

Op supranationaal niveau biedt de Straatsburgse jurisprudentie een ambivalent beeld. Het EHRM benadrukt enerzijds het belang van (het onderhavige deel van) het politieonderzoek in relatie tot de eis van een *fair trial*. Daaruit vloeit voort dat vaststaat dat een aangehouden verdachte in een vroeg stadium vrijelijk moet kunnen overleggen met zijn raadsman. Maar anderzijds heeft het hof nooit expliciet beslist dat het recht op rechtsbijstand in art. 6(3)(c) EVRM ook het recht op bijstand gedurende het politieverhoor omvat. In enkele beslissingen is wel die indruk gewekt¹²⁵, in andere zaken is duidelijk gemaakt dat zodanige bijstand een belangrijke waarborg vormt tegen inbreuken op het zwijgrecht van de verdachte¹²⁶, maar van een principieel bevestigende uitspraak op dit punt is nadrukkelijk afgezien, hetgeen des te opmerkelijker is omdat zulks in een aantal gevallen voor de hand had gelegen.¹²⁷ Het beeld dat uit deze jurisprudentie naar voren komt wordt verder vertroebeld door het weinig scherpe taalgebruik van het Europese hof. De termen 'detention' en 'interrogation' worden niet systematisch uit elkaar gehouden, waardoor het des te moeilijker is om dwingende conclusies te trekken omtrent de vraag die ons hier bezig houdt.

Een geheel ander beeld komt naar voren uit de oordelen van het Europees Comité ter Voorkoming van Marteling en Onmenselijke of Vernederende Behandeling of Bestrafing (CVM).¹²⁸ Het comité produceert rapporten met aanbevelingen omtrent de verbetering van de bescherming van personen die van hun vrijheid zijn beroofd tegen marteling of onmenselijke dan wel vernederende behandeling. Ter voorbereiding van die rapporten worden regelmatig werkbezoeken

124 *De toelating van de raadsman tot het politiële verdachtenverhoor. Een status questionis op de drempel van de eenentwintigste eeuw* (C.J.C.F. Fijnaut).

125 EHRM 24 november 1993, *Publ. ECHR, Series A Vol. 275 (Imbrioscia v. Switzerland)*.

126 EHRM 2 mei 2000, nr. 35718/97 (*Condron v. United Kingdom*).

127 EHRM 8 februari 1996, *NJ 1996, 725 m.n. Kn (John Murray v. United Kingdom)*; EHRM 28 juli 1999, nr. 25803/94 (*Selmouni v. France*).

128 Dit comité berust op het *Europees Verdrag ter Voorkoming van Marteling en Onmenselijke of Vernederende Behandeling of Bestrafing* uit 1987, als uitvloeisel van art. 3 EVRM.

afgelegd aan de betrokken landen. Uit de rapporten blijkt dat het comité van oordeel is dat uit art. 3 EVRM een recht op rechtsbijstand voortvloeit vanaf de aanvang van de vrijheidsbeneming door de politie. Dit recht omvat volgens het comité zowel de mogelijkheid van vrij verkeer met een raadsman alsook een aanspraak voor de verdachte dat zijn raadsman de politieverhoren mag bijwonen. De achtergrond van deze visie is dat alleen op deze wijze een fundamentele garantie kan worden geboden tegen marteling en andere vormen van mishandeling tijdens het verhoor.¹²⁹ De raadsman wordt in deze benadering dus primair gezien als een bescherming tegen extreme fysieke intimidatie van de verdachte. Dan ligt het ook voor de hand om slechts enkele uitzonderingen op het aanwezigheidsrecht te erkennen. Volgens het comité is dat alleen gerechtvaardigd als spoedheidshalve alvast wordt begonnen met het verhoor voordat de raadsman is gearriveerd en als de toegang tot een bepaalde advocaat wordt uitgesteld uit vrees voor misbruik van het aanwezigheidsrecht. Daarnaast wordt toelaatbaar geacht om een raadsman te verwijderen die het verhoor onoirbaar frustreert. In beide laatstgenoemde gevallen moet zo snel mogelijk naar een vervanger worden omgezien. Uit de rapporten blijkt voorts dat het comité ook pleit voor flankerende maatregelen als de audio-visuele registratie van verhoren en het implementeren van gedragscodes voor verhoorsituaties, maar dergelijke complementaire voorzieningen kunnen nooit in de plaats komen van het recht van de verdediging om de verhoren te laten bijwonen door de raadsman.

Het standpunt van het comité is niet onweersproken gebleven. Diverse staten die onder de door het comité gestelde norm blijven, hebben gemotiveerd aangegeven waarom zij menen dat in de rapporten een verkeerde maatstaf wordt aangelegd. Daarbij zijn onder andere argumenten ingebracht die wijzen op organisatorische problemen ten aanzien van een ongeclausuleerd aanwezigheidsrecht, het risico dat de waarheidsvinding in het gedrang komt, het gevaar van misbruik, en de mogelijkheid van onnodige vertraging van het politieonderzoek. Opmerkelijk is dat deze bezwaren door het comité nooit inhoudelijk zijn besproken, laat staan weerlegd. Mede als gevolg hiervan hebben de rapporten van het CVM wel geleid tot een inventarisatie van relevante gezichtspunten, maar niet tot een vruchtbaar debat omtrent de relatieve bijdrage van verschillende in aanmerking komende mogelijkheden om het gebruik van geweld in verhoorsituaties uit te sluiten.

Wanneer de blik wordt gericht op de ons omringende landen, valt op dat alleen in Engeland en Wales het onderhavige aanwezigheidsrecht bestaat. En ook alleen in deze rechtsorde wordt het politionele verdachtenverhoor elektronisch (dat wil zeggen: audio-visueel) geregistreerd. Wat betreft het - minder verstrekkende - recht

129 De benadering van het comité valt goed te begrijpen indien men in de rapporten leest welke excessieve vormen van geweld tijdens verhoren plegen te worden aangewend in sommige verdragsstaten, ook in landen waarvan men dat op het eerste gezicht niet zou verwachten.

op vrij verkeer tussen verdachte en raadsman lopen de voorschriften in de verschillende landen ver uiteen. In België en Frankrijk verloopt het meeste tijd tussen aanhouding en het eerste contact met de raadsman: bijna een etmaal. Nederland volgt naar geldend recht met 6 resp. 15 uur. In Duitsland heeft de verdachte in beginsel direct aanspraak op contact met zijn raadsman. Dit kan er onder omstandigheden toe leiden dat het politieverhoor wordt opgeschort of onderbroken. In het Verenigd Koninkrijk bestaat er in principe steeds direct recht op vrij verkeer met de raadsman. Opgemerkt moet worden dat de desbetreffende voorschriften deel uitmaken van een zeer uitvoerige regeling omtrent het politieverhoor.

Vanuit deze basisgegevens komen wij tot de volgende afweging voor de Nederlandse situatie. Naar ons oordeel moet worden onderscheiden tussen het vrij verkeer tussen verdachte en raadsman enerzijds en het recht om de raadsman het politionele verdachtenverhoor te laten bijwonen anderzijds. Het recht op vrij verkeer strekt er toe de verdachte informatie te verschaffen omtrent zijn (rechts)-positie en hem bijstand te verlenen. Die informatie kan de verdachte nodig hebben om weloverwogen een proceshouding te kiezen in de eerste - maar vaak doorslaggevende - fase van het geding. Het past in onze uitgangspunten omtrent de positie van de verdachte en zijn verdediging¹³⁰ om een consultatiemogelijkheid te openen voorafgaand aan het politieverhoor. Anderzijds volgt uit de eerdergenoemde uitgangspunten dat de op waarheidsvinding gerichte functie van het verhoor moet worden behouden. Daarmee zou nog wel verenigbaar zijn de passieve aanwezigheid van een raadsman die zich tot luisteren beperkt, maar niet een raadsman in de rol van medespeler in de verhoorsituatie. De conclusie is dan dat aan zo'n passieve tegenwoordigheid van de raadsman geen inhoudelijke meerwaarde toekomt boven andere vormen van controle op een correct verloop van het verhoor.

Het CVM heeft zijn rapporten vooral opgesteld vanuit het oogmerk om marteling en andere vormen van fysieke mishandeling uit te sluiten, hetgeen ook past bij de achtergrond van art. 3 EVRM. Als het gaat om de normering van de Nederlandse rechtspraak, moet evenwel worden vastgesteld dat het uitsluiten van *psychologische pressie* een meer acute zorg oplevert dan het tegengaan van grof fysiek geweld.¹³¹ Het zijn in onze rechtscultuur bij uitstek de meer of minder subtiele vormen van psychologische manipulatie of intimidatie die de verklaringsvrijheid van de verdachte materieel onder druk kunnen zetten. Daarom is het van zo groot belang dat de hoge raad de zogenoemde 'Zaanse verhoormethode' van

130 Zie de kernprofielen van de verdachte en de raadsman in het eerste interimrapport, p. 33 e.v.

131 In het zevende deelrapport (paragraaf 3.6) wordt dan ook niet zonder reden bevestigd dat in de onderscheiden landen de kwestie van de toelating van de raadsliden tot het politieële verdachtenverhoor *een heel verschillende politieke lading* heeft.

de hand heeft gewezen.¹³² Het opvoeren van de druk op de verdachte door zeer langdurige ondervraging, gekoppeld aan middelen als het voorhouden van een papier met de namen van de kinderen van de verdachte, het voortdurend confronteren met foto's van het overleden slachtoffer, laat staan het liegen en dreigen door politiemensen omtrent niet-bestaande verdenkingen of het tegen elkaar uitspelen van verdachte en zijn raadsman, is absoluut onverenigbaar met de grondbeginselen van onze strafvordering.¹³³ Het zijn vooral deze en dergelijke vormen van ondermijning van de verklaringsvrijheid van de verdachte die moeten worden uitgesloten door een deugdelijke normering van de verhoorsituatie. Enige drang is inherent aan de ondervraging, maar dwang moet worden uitgesloten. Het is de verantwoordelijkheid van de wetgever om te voorkomen dat de morele identiteit van de verhorende ambtenaar in Nederland kan eroderen met een beroep op het belang van de oplossing van vaak ernstige delicten.¹³⁴

Tegen deze achtergrond kan worden vastgesteld dat de audio-visuele registratie van politieverhoren een *beter* instrument is voor de controle op de rechtmatigheid van de ondervraging dan de aanwezigheid van de raadsman. Het elektronisch vastleggen¹³⁵ biedt bijvoorbeeld ook derden (de officier van justitie, de rechter) de mogelijkheid een oordeel te vellen omtrent de gebezigde verhoormethoden. In combinatie met het hiervoor reeds genoemde consultatierecht voorafgaand aan het verhoor zien wij hierin een hechte kern van de normering van het politieke verdachtenverhoor in een eventueel nieuw Wetboek van strafvordering.¹³⁶ Die kern kan wat ons betreft nog worden aangevuld met een buiten het Wetboek van strafvordering omschreven gedragscode, een constructie waarmee ook in het buitenland goede ervaringen zijn opgedaan. Deze oplossing sluit ook aan bij de in het eerste interimrapport ontwikkelde inzichten omtrent het onderzoek ter terechtzitting. De beschikbaarheid van videobeelden van het politieverhoor kan een eind maken aan de thans veelvuldig voorkomende onbevredigende situatie die ontstaat wanneer de verdediging stelt dat de verdachte bij de ondervraging onredelijk onder druk is gezet. Ten eerste leidt zo'n verweer niet zelden tot schorsingen teneinde de verbaliserende ambtenaar als getuige op te roepen, hetgeen aanmerkelijke vertragingen tot gevolg heeft. Maar vervolgens blijft vaak ook na het horen van die getuige een onduidelijk beeld van de situatie bestaan als gevolg

132 HR 13 mei 1997, *NJ* 1998, 152 m.n. Sch.

133 HR 22 september 1998, *NJ* 1999, 104 m.n. JdH. Zie ook T.M. Schalken & K. Rozemond, 'Nieuwe opsporingsmethoden: dient elke onrechtmatigheid te worden gesanctioneerd?', *NJB* 1997, p. 1365-1371.

134 Zie de noot van Buruma onder HR 9 mei 2000, *NJ* 2000, 521.

135 Uiteraard op een wijze die volledig inzicht biedt in het verloop van zaken: dus onder andere met een meelopende tijdaanduiding in beeld om onzichtbare hiaten te voorkomen.

136 In paragraaf 3.1 hierboven zijn de voornaamste argumenten tegen het verdergaande middel van de verplichte bijwoning van het verhoor door de raadsman al geresumeerd. Voor de uitwerking zie het meergenoemde deelrapport 7 van Fijnaut.

van een verschil in perceptie van het voorgevallene door de verschillende betrokkenen. De Engelse ervaring leert dat elektronische registratie in dit opzicht grote procesrechtelijke voordelen biedt. De politie zal zich bij de bejegening van de verdachte bewust zijn van de meelopende camera - hetgeen normconform gedrag in de hand werkt - en bij latere bezwaren van de verdediging heeft de rechter een objectief aanknopingspunt voor een eigen beoordeling van de situatie.

5 Implicaties voor het vervolgonderzoek

De uitgangspunten die gedurende de eerste twee onderzoeksjaren zijn ontwikkeld en de concrete voorstellen die daaraan zijn verbonden hebben uiteraard consequenties voor de invulling van het restant van het project. Ten aanzien van de eerstvolgende fase van het onderzoek kunnen twee hoofdgroepen worden onderscheiden.¹³⁷ Ten eerste de verdere uitwerking van de basisideeën omtrent de inrichting van het vooronderzoek. En daarnaast het systematisch doordenken van de implicaties van de achtergrond en de vormgeving van het onderzoek ter terechtzitting in eerste aanleg voor de meest wenselijke regeling van de rechtsmiddelen.

Voorzover het gaat om een nadere beschouwing omtrent bijzondere onderwerpen binnen het voorbereidend onderzoek, komen de volgende thema's aan de orde:

- a. Het systeem van dwangmiddelen. In de onderhavige studie zijn algemene gezichtspunten ontworpen omtrent de aard en de intensiteit van het wetgevende programma. Die inzichten moeten in het derde projectjaar worden vertaald naar een concrete structuur van een nieuwe regeling van de dwangmiddelen. Een onderdeel daarvan waar apart de aandacht op moet worden gevestigd is de zogenaamde bestuurlijke ophouding. Deze vorm van vrijheidsbeneming (zie thans de art. 154a en 176a Gemeentewet) moet op een evenwichtige manier in verband worden gebracht met de hoofdlijnen van onze beschouwingen omtrent het strafvorderlijke voorarrest, tegen de achtergrond van de in deze studie ontwikkelde zienswijze op de verhouding tussen strafrecht en bestuursrecht.¹³⁸ Een ander thema dat in het verlengde van de dwangmiddelen moet worden belicht betreft de schadecompensatie.¹³⁹ Op welke wijze moet worden

137 Met dien verstande dat in het derde onderzoeksjaar tevens een verdere uitwerking zal plaatshebben van de afdoening buiten geding (soort feiten, op te leggen sancties, relatie met andere afdoeningsmodaliteiten, vervangende hechtenis, etc.). Zie paragraaf 1.1 hierboven.

138 Zie hieromtrent het recente proefschrift van M.A.D.W. de Jong, *Orde in beweging. Openbare orde handhaving en de persoonlijke vrijheid* (diss.), Utrecht, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

139 Dit onderwerp zal in het vierde projectjaar ten gronde worden bestudeerd.

omgesprongen met schade die de verdachte of derden lijden als gevolg van het rechtmatig of onrechtmatig toepassen van dwangmiddelen en andere opsporingshandelingen? Uiteraard moet daarbij vooral de bruikbaarheid van het model van de bestuurscompensatie in de Awb worden onderzocht.

- b. De positie van getuigen en van slachtoffers. In het eerste interimrapport is aangegeven dat zowel slachtoffers als andere getuigen een eigen procespositie in het Wetboek van strafvordering moeten krijgen. Voor een belangrijk deel moet dit algemene uitgangspunt nog worden ingevuld. Ten aanzien van de *getuige* moet bijvoorbeeld antwoord worden gevonden op de vraag hoe diens verhoor gedurende het vooronderzoek dient te worden geregeld. Wanneer is een rol voor de rechter-commissaris aangewezen? In welke omstandigheden geldt een spreekplicht en is beëdiging geïndiceerd? Wat is de rol van de verdediging bij het getuigenverhoor in het vooronderzoek? En: in welke gevallen dient het verhoor van getuigen op video te worden opgenomen? De positie van het *slachtoffer* gedurende het vooronderzoek wordt op dit moment grotendeels geregeld in richtlijnen. De vraag is of de desbetreffende voorschriften inhoudelijk aanpassing behoeven en of ze een plaats zouden moeten krijgen in het Wetboek. Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat het slachtoffer in onze uitgangspunten een betekenis voor de strafvordering heeft die uitstijgt boven de gereduceerde hoedanigheid van benadeelde partij.
- c. Attributie en mandaat alsmede de rol van particuliere opsporingsdiensten. In de onderhavige studie is de onderlinge verhouding opgehelderd tussen opsporingsambtenaren, de officier van justitie en de rechter gedurende het vooronderzoek. De vraag resteert evenwel in welke situaties bevoegdheden van - vooral - vertegenwoordigers van het openbaar ministerie kunnen worden verschoven naar andere ambtenaren die op het parket werken of naar politiefunctionarissen resp. andere opsporingsdiensten. Dit probleem noopt tot een principiële benadering van de verhouding tussen bevoegdheid en het ambt waaraan die bevoegdheid is verbonden. Een ander resterend punt is de positie van particuliere opsporingsdiensten. Hierboven is kort ingegaan op het verschijnsel van de particuliere opsporing, waaruit duidelijk naar voren is gekomen dat de proliferatie van commerciële activiteiten op dit terrein vraagt om een intensiever beschouwing van de juridische haken en ogen die daaraan zijn verbonden.

De tweede categorie onderwerpen ten aanzien waarvan de consequenties van eerder ingenomen standpunten moeten worden bepaald wordt gevormd door de gewone rechtsmiddelen. Het voert te ver om hier een overzicht te bieden van alle - of zelfs maar de meest in het oog springende - vragen die zich op dit omvangrijke gebied aandienen. We volstaan met één voorbeeld, waarin tot uitdrukking kan worden

gebracht dat het in menig opzicht echt gaat om *implicaties* van in de eerste twee projectjaren ontwikkelde ideeën. In het gedifferentieerde drie-sporen-procesrecht wordt met name het eerste spoor, voor de ernstigste strafzaken, in vergelijking met het geldende recht zwaar aangezet. Dat komt onder andere tot uitdrukking in verschillende nieuwe rechtswaarborgen voor de verdediging, die een optimaal - contradictoir - verloop van het geding bevorderen. Van de verdediging mag dan in beginsel worden verwacht, in het kader van een juiste rolvervulling, dat de geboden mogelijkheden daadwerkelijk worden benut. Vanuit dit vertrekpunt zal in het derde projectjaar moeten worden nagegaan in hoeverre het hoger beroep in alle omstandigheden ruimte moet bieden voor een compleet nieuwe en integrale behandeling van de zaak. Het zijn dit type grondslagvragen die in het volgende interimrapport uitvoerig aan de orde moeten komen.

6 Reacties op de voorstellen van het eerste projectjaar

6.1 Inleiding

Het onderzoeksproject Strafvordering 2001 is mede bedoeld om het wetenschappelijk debat omtrent de grondslagen van het strafprocesrecht te bevorderen. Een hechte systematische basis voor een eventueel nieuw Wetboek kan moeilijk tot stand worden gebracht zonder intensieve communicatie met schrijvers in de rechtsgeleerde literatuur. In de voorafgaande paragrafen van dit algemeen deel is reeds herhaaldelijk ingegaan op kanttekeningen die door anderen zijn geplaatst bij de eerste resultaten van onze onderzoeksgroep. Wij hebben aandacht besteed aan de rol van empirisch veldonderzoek (in paragraaf 2.2) en aan de relatie tussen onze voorstellen enerzijds en de vigerende rechtspraktijk anderzijds (in paragraaf 2.1). In dat verband zijn we meer in het bijzonder ingegaan op twee kernpunten van kritiek die door Rozemond naar voren zijn gebracht.¹⁴⁰ In de eerste plaats hebben wij geantwoord op diens mening dat onvoldoende aannemelijk zou zijn gemaakt dat een nieuw Wetboek ‘noodzakelijk’ is (zie paragraaf 2.1). Vervolgens hebben wij uitvoerig stilgestaan bij de opvatting van deze auteur dat het Wetboek van 1926 op essentiële punten breekt met de grondstructuur van het Wetboek van 1838. In de paragrafen 4.2 en 4.3 is toegelicht waarom naar ons oordeel weliswaar over belangrijke verschillen tussen beide wetboeken mag worden gesproken, maar dat er vanuit systematisch oogpunt wel degelijk moet worden geconcludeerd dat de

140 K. Rozemond, ‘Strafvordering 2001: is een nieuw Wetboek van Strafvordering noodzakelijk?’, *RM Themis* 2000, p. 212-222.

basisbeginselen van het huidige Wetboek onverkort hun oorsprong vinden in de eerste helft van de negentiende eeuw.¹⁴¹

In deze paragraaf bespreken wij de andere reacties op de voorstellen die we in het eerste projectjaar hebben gedaan. Aan de orde komen vooral de reeds genoemde beschouwing van Rozemond alsmede de referaten van Van Dorst, Schalken en Verstraeten tijdens het eerste congres in het kader van het onderhavige onderzoeksproject.¹⁴² Wij houden in de bespreking in principe de volgorde aan van de deelrapporten in het eerste interim-rapport.

Eind 2000 verscheen voorts nog een bundel met interessante publicaties omtrent het legaliteitsbeginsel in strafzaken, waarin ook aanmerkingen zijn gemaakt op de wijze waarop wij de taak van de strafvorderlijke wetgever onder ogen hebben gezien.¹⁴³ Het lijkt ons niet opportuun om deze kwestie thans ten gronde te bespreken. In paragraaf 2.2 hebben wij reeds enkele actuele opmerkingen gemaakt omtrent dit thema. Wij stellen ons voor aan het eind van het project - dus in het vierde jaar van het onderzoek - uitvoeriger terug te komen op de betekenis van het legaliteitsbeginsel voor de inrichting van een Wetboek van strafvordering.

6.2 Algemene uitgangspunten

Ten aanzien van de algemene uitgangspunten in het project staan wij eerst opnieuw stil bij de maatstaf die moet worden gehanteerd om te bepalen of het wenselijk is systematische grondslagen voor een eventueel nieuw Wetboek van strafvordering te ontwerpen. In paragraaf 2.1 is reeds betoogd dat de kernvraag in dat verband *niet* kan zijn of een nieuw Wetboek ‘noodzakelijk’ is, waarbij vooral gevaren zou moeten worden op het kompas van de gebleken wensen vanuit de praktijk, de strafrechtadvocatuur, de wetenschap of de politiek.¹⁴⁴ Het gaat ons daarentegen om een set van uitgangspunten die in vergelijking met het geldende recht een hechter systematisch fundament voor een Wetboek kunnen vormen. Dit comparatie-

141 Dit wordt inhoudelijk uitgewerkt in deelrapport 4, ‘Vervolging en rechtsbescherming’ (Simmelink & Baaijens-van Geloven) en deelrapport 5, ‘De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek’ (Harteveld & Stamhuis).

142 K. Rozemond, *a.w.*; A.J.A. van Dorst, ‘Strafvordering 2001’, *D&D* 2000, p. 233-246; T.M. Schalken, ‘Naar een open systeem van strafvordering’, *D&D* 2000, p. 247-253; en R. Verstraeten, ‘Enkele bedenkingen van een buitenstaander bij het eerste interim-rapport “Naar een nieuw Wetboek van Strafvordering”’, *D&D* 2000, p. 254-261.

143 P.C. Bogert & T. Kooijmans (red.), *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, Rotterdam: Sanders Instituut/Gouda Quint 2000; en in het bijzonder daarin: P.A.M. Mevis, *Introductie: de betekenis van het legaliteitsbeginsel in de rechtsontwikkeling naar een eigentijds strafrecht*, p. 1-35.

144 Zoals gesuggereerd door Rozemond, *a.w.* p. 214-215.

ve element is belangrijk.¹⁴⁵ Rozemond meldt (p. 215) dat wij niet aannemelijk hebben gemaakt dat de uitgangspunten van 1926 achterhaald zijn. En wij zouden niet wezenlijk afwijken van de uitgangspunten en beginselen van 1914/1926 (p. 215, 217). Voor een deel is dit inderdaad het geval. Wij hebben steeds beargumenteerd dat het vigerende Wetboek veel goeds bevat, dat kan worden behouden. Het probleem is evenwel tweërlei. Enerzijds zijn *niet alle* van de door ons uitgewerkte uitgangspunten ook ten grondslag gelegd aan het bestaande stelsel van strafvordering. En voorzover de basiskeuzen wel overeenstemmen, moet anderzijds worden vastgesteld dat die kenmerken - die systeembepalend zouden moeten zijn - in hun positiefrechtelijke uitwerking gaandeweg sterk verwaterd zijn en niet meer als zodanig herkenbaar zijn. Deze twee gegevens vormen in combinatie een toereikende legitimatie om te werken aan een nieuwe, hechte systematische grondslag voor een wettelijke regeling.

Ter illustratie noemen we het voorbeeld van massaal voorkomende delicten. Wij hebben dat verschijnsel aangemerkt als een fenomeen waar de toenmalige wetgever niet op heeft gerekend en waar het Wetboek dus ook niet systematisch op is ingericht. Voor ons is dat één van de belangrijke argumenten om tot aanpassing van de systematische grondslagen over te gaan. Van Dorst (p. 236-237) relateert deze overweging. Massale criminaliteit bijvoorbeeld zou niet zo nieuw zijn, gelet op de 100.000 'foute' burgers die na de oorlog moesten worden berecht. Ook de voorzieningen in de WED, die voor een deel zijn overgenomen in het commune straf(proces)recht, zouden reeds zijn toegesneden op de snelle en effectieve afdoening van veel voorkomende criminaliteit. Wij stellen daar tegenover dat de uitgangspunten *van het Wetboek* allerminst rekening houden met de gesignaleerde verschijnselen - in 1926 niet en nu nog steeds niet. Het Wetboek kent geen voorzieningen om adequaat te reageren op een verdachte die een grote reeks delicten heeft gepleegd. De transactie is niet in het Wetboek geregeld, het voorwaardelijk sepot is in het geheel niet inhoudelijk genormeerd, en de voor de praktijk zo belangrijke voeging *ad informandum* is een buitenwettelijke rechtsfiguur. Niet zonder reden heeft Franken geconcludeerd dat de benadering van personen die met grote regelmaat strafbare feiten plegen, één van de moeilijkste problemen van het strafrecht vormt.¹⁴⁶ Zo'n probleem dient naar ons oordeel te worden verdisconteerd in de structuur van het Wetboek van Strafvordering. Vandaar het door ons voorgestelde drie sporen-model, met een aparte afdoeningsmodaliteit

145 Daarom is het ook zinloos om (zoals Rozemond aanbeveelt, p. 214) in een soort luchtledige de vraag op te werpen hoe het draagvlak voor een integrale herziening van strafvordering ligt binnen het departement van justitie. Zo'n draagvlak moet vooral vorm krijgen doordat de resultaten van ons project een aantrekkelijk alternatief blijken te vormen ten opzichte van het bestaande Wetboek.

146 A.A. Franken, *Voeging ad informandum in strafzaken* (diss. Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 233.

voor lichtere delicten, die moet uitmonden in een nauwkeurige plaatsbepaling ten opzichte van de huidige transactie, het voorwaardelijk sepot en de voeging ad informandum.¹⁴⁷

6.3 De verhouding tussen vooronderzoek en eindonderzoek

Een ander kernpunt in de beschouwingen betreft de verhouding tussen het voorbereidend onderzoek en het openbare eindonderzoek in strafzaken. Vooropgesteld kan worden dat alle schrijvers het er over eens zijn dat beide fasen van het strafgeding zorgvuldig op elkaar afgestemd dienen te zijn (zo ook Verstraeten p. 256). De vraag blijft evenwel in welke volgorde de normering het beste aan de orde kan worden gesteld. Wij hebben gekozen voor het onderzoek ter terechtzitting als vertrekpunt. De uitgangspunten en beginselen die in die fase gelden, hebben vervolgens consequenties voor de inrichting van het voorbereidend onderzoek. Schalken (p. 249-251) betwijfelt de juistheid van deze aanpak. Hij suggereert meer aan te sluiten bij de chronologie van het strafproces: eerst de opsporingsfase regelen, dan de fase van de vervolging en pas daarna de eigenlijke berechting. De voordelen van die werkwijze blijven een beetje in het midden. Wel wijst hij op twee concrete tekortkomingen in de door ons gekozen benadering: een fundamenteel standpunt omtrent de toelaatbaarheid van onderhandelingen in het strafrecht ontbreekt, en wij gaan er ten onrechte van uit dat het een voorrecht voor de verdachte is als zijn zaak in het openbaar ten overstaan van een rechter wordt behandeld.

Bij wijze van vooropmerking kan om te beginnen worden vastgesteld dat wij in het vierde en laatste projectjaar nog in extenso terug komen op de onderlinge samenhang tussen de diverse behandelde onderwerpen. De verhouding tussen vooronderzoek en eindonderzoek komt daarbij vanzelfsprekend nogmaals aan bod. Maar belangrijker is dat nu reeds kan worden vastgesteld dat het vooronderzoek - de benaming zegt het al - ergens op voorbereidt: dan moet je in onze visie natuurlijk wel weten *wat* je gedurende die fase aan het voorbereiden bent. Tegen die achtergrond zien wij twee principiële argumenten om de normering van het onderzoek ter zitting als eerste uit te werken. Het eerste betreft de omgang met de zogenoemd *de auditu*-verklaringen¹⁴⁸; het tweede is gelegen in de verantwoor-

147 Van Dorst (p. 237) veronderstelt terecht dat zijn pleidooi voor een sterke uitbreiding van de buitengerechtelijke afdoening van strafzaken (A.J.A. van Dorst, 'Een mogelijk recept tegen de kwaal der trage strafrechtspleging', in: J. De Hullu & W.E.C.A. Valkenburg (red.), *Door Straatsburg geïnspireerde grondnormen voor het Nederlandse strafproces*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, m.n. p. 42-45) in onze onderzoeksgroep niet onopgemerkt is gebleven. In het nog komende deelrapport omtrent de verdere uitwerking van het 'derde spoor' zal daarop nader worden ingegaan.

148 Daarover aanstonds meer in de hoofdttekst.

dingsstructuur binnen het strafgeding. Natuurlijk: het vooronderzoek dient op een adequate wijze de rechtspositie van alle betrokkenen af te bakenen. Maar aan deze eis wordt alleen voldaan - zie paragraaf 4.2 hierboven en deelrapport 4 hieronder - indien er sprake is van een toereikende regelgeving *en* een goede toezichtstructuur (met flankerende eisen als transparantie en inwendige openbaarheid). Rechtmatigheid en legitimiteit van overheidsop treden in de voorbereidende fasen van het geding moeten kunnen worden getoetst, en wat dat betreft zal de rechter ter zitting in het door ons gekozen stelsel uiteindelijk per definitie het laatste woord moeten hebben. Wij sluiten aan bij de reductie van de betekenis van het voorschrift van art. 256 Sv en bij de moderne benadering van onregelmatigheden in het vooronderzoek waarvan het grondpatroon is neergelegd in art. 359a Sv. In feite ligt het doorslaggevende argument voor de door ons geprefereerde volgorde besloten in een van de slotopmerkingen van Schalken zelf (p. 253): 'Het hele strafproces is een geritualiseerde dialoog over de eerlijkheid van de procesvoering in nauwe relatie tot de controle op de betrouwbaarheid van het bewijs'. Die dialoog omvat het verloop van de aan de zitting voorafgaande stadia van het geding. Aldus beschouwd vormt het tableau van de in art. 359a Sv weergegeven sancties op onregelmatigheden het processuele kader waarin gestalte wordt gegeven aan de verplichting van de overheid om rekenschap af te leggen over de wijze waarop de autoriteiten gedurende het vooronderzoek zijn opgetreden.

Hadden wij méér moeten zeggen over de mogelijkheid van onderhandelingen tussen verdediging en politie en justitie? Misschien wel. Inderdaad ontbreekt een abstracte beschouwing omtrent de principiële grenzen die op dat punt moeten worden gesteld. Anderzijds kan deze kwestie vruchtbaar aan de orde worden gesteld in de door ons gekozen volgorde van onderwerpen. Voorzover onderhandelingen plaatshebben in de zware strafzaken, bieden onze uiteenzettingen omtrent het dialoogkarakter van het geding en de nadruk op de processuele strategie van de procesdeelnemers aanknopingspunten om al dan niet geslaagde onderhandelingen aan het oordeel van de rechter te onderwerpen. Daarbij zijn al enkele duidelijke grenzen gesteld. Enerzijds vloeit uit onze doelomschrijving van het strafproces in termen van materiële waarheidsvinding reeds een belangrijke beperking van de onderhandelingsruimte voort. Anderzijds is dit ook het geval op grond van de in het eerste interimrapport ontwikkelde *kernprofielen* van de deelnemers aan het geding.¹⁴⁹ En waar het 'derde spoor' in beeld komt, zal bij de uitwerking van de desbetreffende procedures nog ruim aandacht worden besteed aan de grenzen van de zogeheten consensuele afdoening.

Ten aanzien van het andere punt van kritiek moet worden toegegeven dat ons rapport inderdaad de indruk wekt dat het onverkort gunstig voor een verdachte

149 Zie ook paragraaf 6.4 hieronder.

is om bij een rechter terecht te staan. Schalken wijst terecht op de nadelen die in het mediatijdperk voor een verdachte verbonden kunnen zijn aan een openbare behandeling van de zaak.¹⁵⁰ Dit neemt niet weg dat uit een oogpunt van kwaliteit van de procedure - de rechtsbescherming voor het individu daar nadrukkelijk onder begrepen - de contradictoire behandeling ten overstaan van een rechter onmiskenbaar superieur is aan andere afdoeningsmodaliteiten. De ongewenste neveneffecten van intensieve media-aandacht mogen niet worden genegeerd¹⁵¹, maar kunnen daaraan vanuit een principieel juridisch oogpunt geen afbreuk doen.

Wat ons betreft de belangrijkste kwestie in verband met de relatie tussen het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting is gelegen in de waardering van de *de auditu*-jurisprudentie. In ons eerste interimrapport hebben we geschreven dat de structuur van de wettelijke regeling van 1926 in feite sterk was geënt op het Wetboek van 1838, dat op zijn beurt in velerlei opzichten een getrouwe kopie was van de daarvoor geldende Code d'Instruction Criminelle met het daarvan deel uitmakende jury-proces. Dit is vooral ook zichtbaar in de regelingen omtrent het onmiddellijkheidsbeginsel. Wij stellen vast dat het *de auditu*-arrest vooral vanuit het gezichtspunt van dit beginsel verstrekkende systematische gevolgen voor de strafvordering heeft gehad. In praktisch opzicht, zo noteerden wij vorig jaar, verschoof het zwaartepunt van de strafrechtelijke procedure hierdoor naar het vooronderzoek.

Deze visie is weinig verrassend en sluit aan bij de heersende leer. Niettemin meent Rozemond dat onze beschouwing op dit punt tekort schiet. Hij zet zwaar aan: 'De projectleiders van Strafvordering 2001 gaan voorbij aan de wetshistorische, grammaticale en systematische argumenten voor een wettelijke basis van schriftelijk vastgelegde getuigenverklaringen uit het vooronderzoek als bewijsmiddel.'¹⁵² De beschouwing van Rozemond ter staving van dit oordeel is uitvoerig. In de kern genomen is zijn stelling dat het *de auditu*-arrest helemaal geen fundamentele systeembreuk heeft opgeleverd en dus niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor de daarna gevolgde stijl van procederen. Het arrest is volgens deze auteur niet meer dan de toepassing van het beginsel van materiële waarheidsvinding en de vrije bewijsleer zoals die reeds besloten lagen in de memorie van toelichting van 1914 (p. 217). Zowel de tekst als het systeem van art. 344 Sv bevatten

150 Waar wij dit facet onderbelicht hebben gelaten, wordt het wellicht overbelicht - of sterk uitgegroot - in de benadering van P.J. Baauw, *Eerlijke berechting en bijzonder straf(proces)-recht*, (oratie Utrecht) Deventer: Gouda Quint 1999.

151 Zie A. Ellian & I.M. Koopmans (red.), *Media en strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 2001.

152 A.w., p. 219. Zie ook Klaas Rozemond, *Strafvorderlijke rechtsvinding* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Gouda Quint 1998, m.n. p. 111-126; en Klaas Rozemond, 'De mythe van het de auditu-bewijs', *Ars Aequi* 1999, p. 144-150.

aanknopingspunten voor de toelating van schriftelijk vastgelegde verklaringen uit het vooronderzoek als bewijsmiddel (ibidem).¹⁵³

De literatuur omtrent het *de auditu*-arrest is overvloedig en vrij goed bekend. Het heeft daarom geen zin hier een algemeen overzicht te presenteren van de diverse standpunten die hieromtrent zijn ingenomen. Wij concentreren ons op enkele hoofdlijnen. Daartoe laten wij eerst Pompe aan het woord: 'Het arrest is in zoverre naar de geest van ons strafrecht en strafprocesrecht, als hierbij de vrijheid van de strafrechter in hoge mate is verruimd. De vrijheid voor de rechter lijkt mij principieel van waarde en praktisch onvermijdelijk. Het is de rechter die uiteindelijk bepaalt wat de betekenis van de wet is die hij moet toepassen. Wel blijft het een vraag of de rechter tegen de duidelijke tekst en onmiskenbare bedoeling van de wet mag ingaan. In het kader van het onderwerp dat ik thans behandel lijkt er mij een ernstig gevaar aanwezig dat langs de weg van het voorafgaande bestuderen der stukken de door de wet gestelde en bedoelde beslissende betekenis van het onderzoek ter terechtzitting verloren gaat ten bate van het voorbereidend onderzoek'.¹⁵⁴ Het is van belang dat ook in dit citaat vooropgesteld wordt dat het arrest niet in alle opzichten afwijkt van tekst en systeem van het Wetboek. Het sluit, zoals Pompe terecht signaleert, onder andere aan op de ruime mate van rechterlijke vrijheid die in het Wetboek besloten ligt in relatie tot de bewijsbeslissing. Dit spoot ook goed met de constatering van Rozemond dat schriftelijk vastgelegde verklaringen uit het vooronderzoek niet categorisch door de wetgever van de hand zijn geweest als kenbron met bewijsbestemming. Art. 344 lid 1 Sv laat daartoe ruimte - daar kan geen misverstand over bestaan. Maar daarmee is allerminst gezegd dat het toelaten van verklaringen van horen zeggen op de wijze die in de *de auditu*-jurisprudentie is gebillijkt ook strookt met het stelsel van strafvordering dat de wetgever voor ogen stond. Pompe meent van niet, en hij legt uit waarom. In modernere studies omtrent het onmiddellijkheidsbeginsel is deze zienswijze - in het licht van de ervaringen die in de afgelopen driekwart eeuw zijn opgedaan - herhaaldelijk bevestigd. Garé concludeert bijvoorbeeld: 'Geheel in strijd met de bedoeling van de wetgever heeft het 'De auditu arrest' de deur open gezet voor een strafproces dat (...) in vergaande mate wordt gekarakteriseerd door zijn schriftelijk karakter.'¹⁵⁵ Voor de wetgever van 1926 waren de schriftelijke stukken als bedoeld in art. 344 lid 1 sub 5 Sv hooguit een *aanvullende* bron van informatie; door de onderhavige jurisprudentie is het in de doorsnee strafzaak

153 Zie ook p. 218: 'Uit de bewijsrechtelijke bepalingen van het Wetboek van Strafvordering kan echter niet worden afgeleid dat processen-verbaal van getuigenverhoren uit het vooronderzoek als bewijsmiddelen zijn uitgesloten.'

154 W.P.J. Pompe, 'Vooronderzoek of eindonderzoek beslissend?', in: *Vijfopstellen van Willem Pompe*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, z.j., p. 61.

155 Dorotheé Garé, *Het onmiddellijkheidsbeginsel in het Nederlandse strafproces* (diss. Maastricht), Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 102.

veeleer een *primaire* kenbron geworden, die alleen in bijzondere gevallen nog aanleiding geeft tot het mondeling horen van getuigen en deskundigen ter zitting. Als de kwestie vanuit die optiek nader wordt beschouwd, blijkt dat tegenover de door Rozemond geponeerde exegese van art. 344 lid 1 sub 5 Sv een veel groter aantal systeembepalende vindplaatsen kan worden vermeld die aanzienlijk moeilijker verenigbaar zijn met de stijl van procederen die onder invloed van het *de auditu*-arrest gangbaar is geworden. De inventarisatie die Nijboer in 1982 maakte is op onderdelen weliswaar gedateerd, maar biedt in essentie nog steeds een goed beeld van waar het om gaat.¹⁵⁶ Het verschil dat naar geldend recht nog steeds bestaat tussen de eisen die aan een ‘overbrengende verklaring’ worden gesteld in vergelijking met de ‘overgebrachte verklaring’ heeft geleid tot een uitholling van allerlei waarborgen omtrent de controleerbaarheid en de herkomst van bepaalde gegevens. Ten eerste kan worden gewezen - wij noemen slechts enkele voorbeelden - op het vereiste van de beëdiging van informanten die ter zitting worden gehoord. Daarnaast kan de verklaring van iemand die een beroep zou kunnen doen op een verschoningsrecht, *de auditu* een geldige kenbron voor de rechter zijn. Verklaringen van getuigen kunnen voorts langs schriftelijke weg worden ingebracht in de eindfase van het geding, ook als ze later door de betrokkene zijn ingetrokken. Via een derde kunnen bovendien verklaringen worden ingebracht van een getuige ex art. 216 lid 2 Sv, zonder dat acht wordt geslagen op de beschermende voorziening van art. 360 lid 1 Sv. Deze situaties maken duidelijk dat het fenomeen van de ‘verklaring van horen zeggen’ allerlei kwaliteitsbepalende voorzieningen in het Wetboek doorkruist. De omstandigheid dat de hoge raad in latere jaren wel degelijk ook eisen is gaan stellen aan de ‘overgebrachte verklaring’¹⁵⁷ doet daaraan slechts zeer ten dele af. Tegen deze achtergrond komen wij tot een tweeledige slotsom naar aanleiding van de kritiek van Rozemond. Ten eerste menen wij dat Rozemond de *de auditu*-rechtspraak te zeer exclusief beschouwt als een vraagstuk van bewijsrecht. Zijn opmerkingen naar aanleiding van de memorie van toelichting van 1914 - en met name ook zijn ‘vondst’ dat de wetgever ook op schrift gestelde getuigenverklaringen uit het vooronderzoek als bewijsmiddel accepteert - gaat langs datgene heen wat voor ons de kern van de zaak is. Wij hebben willen benadrukken dat *de auditu*-verklaringen vooral van belang zijn gebleken in de *combinatie* van bewijsrecht enerzijds en de inrichting van zittingsvoorschriften en de normering van het vooronderzoek anderzijds. Vanuit *dit* perspectief is de

156 J.F. Nijboer, *Algemene grondslagen van de bewijsbeslissing in het Nederlandse strafprocesrecht* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1982, aant 18 op art. 338. Zie ook J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, 2e druk Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995, m.n. p. 105 e.v.

157 Zie J.F. Nijboer, ‘Een nieuwe restrictie op het gebruik van het testimonium *de auditu* in strafzaken’, *NJB* 1985, p. 631-633; en G.J.M. Corstens, ‘Van Cri de justice naar anonieme getuigenverklaring: 75 jaar *de-auditu*-jurisprudentie’, in: *NJ 1913-1988. Annotatoren kijken terug*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 34-44.

omgang met ‘verklaringen van horen zeggen’ zoals die in de rechtspraak gangbaar is geworden wel degelijk een werkwijze die het door de wetgever beoogde systeem grondig heeft verstoord. Men hoeft het Wetboek van 1926 maar gewoon letterlijk te lezen, en dan doemt een beeld van de procesvoering op dat radicaal afwijkt van de stijl van procederen die in de praktijk van de afgelopen driekwart eeuw is gegroeid. Daarmee is overigens niet gezegd - en nu komen we aan onze tweede slotsom op dit punt - dat wij de *de auditu*-jurisprudentie inhoudelijk over de hele linie van de hand wijzen. Integendeel. In bepaalde zaken, denk aan situaties waarin de bewijsbaarheid van het telastegelegde feit tamelijk onproblematisch is, bijvoorbeeld omdat de verdachte het gemaakte verwijt erkent, zien ook wij belangrijke voordelen in de gegroeide werkwijze. Maar waar wij aandacht voor hebben gevraagd, is dat de systematische grondslagen van het Wetboek voor die situaties integraal dienen te worden aangepast aan een algemeen als adequaat ervaren praktijk. Concreet betekent dit dat de bewijsrechtelijke voorschriften omtrent toelaatbare kenbronnen niet los mogen worden gezien van de normering van het (voorbereidend) onderzoek waarin die informatie wordt achterhaald. Dat is de achtergrond van ons standpunt dat de *de auditu*-jurisprudentie de systematische grondslag van het bestaande stelsel heeft ontworpen. En dat vormt tevens de basis van onze uitgangspunten en voorstellen omtrent het onderzoek ter terechtzitting - in het onderhavige rapport aangevuld met daaraan aangepaste voorzieningen in het voorbereidend onderzoek - die een heldere systematiek, met ruimte voor differentiaties afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, moeten herstellen.

6.4 Object en regie van het eindonderzoek

In de commentaren op het eerste interim-rapport heeft niemand betwist dat het in een strafzaak moet gaan om het achterhalen van de materiële waarheid. Een veroordeling is uiteraard alleen mogelijk indien met een toereikende mate van zekerheid kan worden vastgesteld dat de verdachte daadwerkelijk de strafwet heeft overtreden. Dat ligt voor de hand. Van Dorst signaleert evenwel dat in veel strafzaken het zwaartepunt niet zozeer gelegen is in een beoordeling van het gedrag van de verdachte, maar dat de behandeling vooral gaat over de vraag naar de rechtmatigheid van het optreden van politie en justitie (p. 249). Hij verbindt daaraan de suggestie om nog eens na te denken over de mogelijkheid om de behandeling van dergelijke verweren los te koppelen van de eigenlijke berechting.

Ook wij zijn van oordeel dat de openbare terechtzitting primair in het teken behoort te staan van een beoordeling van het gedrag van de verdachte en niet het beeld zou moeten wekken van een proces tegen de overheid. Dit uitgangspunt kan vervolgens met zich meebrengen dat er ten aanzien van ‘rechtmatigheidsgetuigen’ -

in de praktijk, maar niet in het wettelijk systeem - een iets ander regiem wordt gehanteerd dan bij 'bewijsgetuigen'.¹⁵⁸ Zij zouden bijvoorbeeld in beginsel vaker kunnen worden gehoord door een rechter-commissaris. Vervolgens zou in een regie-zitting vooral voor deze getuigen overleg kunnen worden gevoerd omtrent de reële meerwaarde die nog kan worden geboekt door hen opnieuw ter zitting aan de tand te voelen. Maar verder zouden wij niet willen gaan. Vanuit de gedachte dat de agenda van het geding in verstrekkende mate dient te worden bepaald door datgene wat partijen in concreto verdeeld houdt, moet het mogelijk zijn de rechtsstrijd ook in de beslissende fase te concentreren op vermeende onregelmatigheden in opsporing en vervolging. Nu het in een strafproces niet alleen gaat om de vraag of een verdachte 'het' gedaan heeft, maar wel degelijk ook om de vraag of met juridisch betamelijke middelen kan worden vastgesteld of zulks het geval is, kan het laatstbedoelde type vragen niet categorisch aan het *objectum litis* worden onttrokken. De finale beslissing omtrent dit thema kan - mede in het licht van art. 359a Sv - niet volledig worden losgeweekt van een zorgvuldige besluitvorming omtrent de vragen van art. 348 en 350 Sv. Ook hier behoudt de zittingsrechter een eindverantwoordelijkheid in de sleutel van een eerlijke procesvoering, zij het dat die verantwoordelijkheid ten aanzien van de organisatie van de toetsing nader kan worden ingevuld in nauw overleg met de verdediging en de vervolgende instantie.

De regiezitting in strafzaken - waar overigens in de tijd rond het verschijnen van het eerste interim-rapport in de praktijk reeds belangrijke vorderingen mee worden gemaakt op een informele basis - is nauw verbonden met het dialoogkarakter van het strafproces en, in het verlengde daarvan, met het idee dat de inzet van het geding vooral moet worden bepaald door de punten waarop de betrokkenen van mening verschillen. Meer in het algemeen zou in het stelsel dat ons voor ogen staat sterker dan voorheen belang moeten worden toegekend aan de proceshouding die de verdachte aanneemt.¹⁵⁹ De vraag is natuurlijk waar dan de grenzen liggen. Van Dorst (p. 242) werpt in dit verband twee kwesties op, waarover in het interimrapport niet expliciet standpunt wordt ingenomen: 'Wat moet de rechter doen

- a. als partijen geen beroep hebben gedaan op of, wat ik wel eens heb meegemaakt, zelfs uitdrukkelijk afstand hebben gedaan van een rechtsregel die van openbare orde is en dus ambtshalve moet worden toegepast (bijvoorbeeld de soms vereiste klacht, de voorgeschreven termijnen, de verjaring of de evidente onrechtmatigheid van de bewijsgaring), en

158 In die zin ook Y. Buruma, 'De rechtmatigheidsgetuige', *D&D* 2000, p. 859-874.

159 Wij stellen vast dat de gedachte van een regiezitting en het principe dat veel belang moet worden gehecht aan de opstelling van de partijen in het proces, instemming vinden vanuit de Belgische ervaringen; zie Verstraeten p. 255 en 257.

- b. wanneer de verdachte verstek laat gaan? Mag in dit laatste geval, aangenomen dat aan alle eisen voor veroordeling is voldaan, de civielrechtelijke verstekformule worden gebruikt dat de vordering niet onrechtmatig noch ongegrond voorkomt?’

De vruchtbaarheid van onze algemene uitgangspunten moet vooral ook blijken in de confrontatie met vragen die in ons rapport niet expliciet aan de orde zijn gekomen. De door Van Dorst opgeworpen kwesties bieden wat dat betreft een mooie toetssteen. Wij denken dat de genoemde vragen inderdaad gemotiveerd kunnen worden beantwoord vanuit de algemene systeembepalende keuzen die in dit onderzoeksproject centraal zijn gesteld. Het uitgangspunt van een groter accent op de interactie tussen de procesdeelnemers en de nadruk op het contradictoire karakter van het geding is in het eerste interimrapport uitgewerkt in zogenoemde kernprofielen. Die hebben onder andere de functie om de handelingsruimte van de verschillende actoren nader te omlijnen - en de grenzen daarvan aan te geven. Uit het kernprofiel van de rechter ter terechtzitting vloeit het antwoord voort op de omgang met rechtsregels die - in de termen van Van Dorst - van openbare orde zijn. De rechter is en blijft verantwoordelijk voor een compleet en zorgvuldig onderzoek ter terechtzitting. Dit onderzoek heeft betrekking op alle voorwaarden die moeten worden vervuld om tot strafbaarheid van de verdachte te kunnen besluiten. Voorschriften omtrent verjaring en klachten, die het vervolgingsrecht van het openbaar ministerie rechtstreeks raken, vallen daar onmiskenbaar onder. Hetzelfde geldt voor de bedoelde evidente onrechtmatigheden in de bewijsgaring, die in ons stelsel tot gevolg hebben dat de daarmee verkregen onderzoeksresultaten van een bewijsbestemming moeten worden uitgesloten. In al deze gevallen zal de rechter eigener beweging met dergelijke impedimenten rekening moeten houden. Omstandigheden die naar objectief geldend recht een obstakel vormen voor een veroordeling, kunnen door betrokkenen niet aan de agenda van het strafgeding worden onttrokken. De processuele opstelling van de betrokkenen heeft - zelfs in relatie tot objectieve voorwaarden voor veroordeling - wél implicaties voor de wijze waarop de rechter zijn vonnis moet inrichten. Verweer schept in beginsel een plicht tot antwoord. Dat vloeit voort uit het dialoogkarakter van het geding. Wordt in het geheel geen verweer gevoerd, dan doet dit geen afbreuk aan de onderzoeksplicht van de rechter (zoals zojuist is uiteengezet) maar kan de verantwoording van de wijze waarop dit onderzoek heeft plaatsgehad en van de resultaten waartoe dit heeft geleid, beperkter zijn. Verstek laten gaan is een processuele strategie die inhoudt dat de verdachte afziet van het voeren van

verweer.¹⁶⁰ Het vonnis behoeft dan in beginsel geen aparte uitleg te geven van de overwegingen van de rechter op de voorvragen van art. 348 Sv of omtrent de tweede en de derde vraag van art. 350 Sv. Ten aanzien van de bewijsvraag volstaat een korte aanduiding van de wettige bewijsmiddelen die de rechter tot de overtuiging hebben gebracht dat het telastegelegde feit daadwerkelijk is begaan. De opgelegde sanctie wordt bondig gemotiveerd. Dat is van belang in het verkeer met de veroordeelde; het heeft ook een functie in de communicatie met de rechtsgemeenschap. Het vonnis houdt dus méér in dan de lege civielrechtelijke formule dat de vordering niet onrechtmatig is noch ongegrond voorkomt (met name de strafoplegging is strikt genomen niet een beslissing op een vordering die in rechte als petitum geldt), maar anderzijds kan de aankleding op vrijwel alle punten tamelijk beperkt blijven.

6.5 Onpartijdigheid en onbevangenheid van de rechter ter zitting

Onpartijdige rechtspraak is een vanzelfsprekende basisvoorwaarde bij de inrichting van het strafproces. De Straatsburgse jurisprudentie heeft evenwel in de afgelopen decennia aangetoond dat er ook op dit vitale onderdeel redenen zijn om het geldende Nederlandse strafprocesrecht te problematiseren.¹⁶¹ Op grond van de beslissing in de Hauschildt-case¹⁶² en daarop volgende uitspraken moeten we voortaan niet alleen letten op feitelijke vooringenomenheid van oordelende rechters, maar ook op de *schijn* van ontoereikende distantie. De vraag is hoe deze nieuwe benadering dient te worden uitgewerkt in ons nationale Wetboek van strafvordering. In het eerste interimrapport hebben wij geconstateerd dat de Hoge Raad een tamelijk beperkte invulling geeft aan het Straatsburgse gedachtegoed, door sterk de nadruk te leggen op de zogenoemde 'objectieve test' waarin het vertrekpunt wordt gevormd door de aanname dat de rechter krachtens zijn benoeming geacht kan worden voldoende onpartijdig en onbevangen te zijn. Naar ons oordeel zijn er dwingende redenen om de kwestie in te bedden in een strakker regiem. Bijgevolg hebben wij een lijst van *absolute uitsluitingsregels*¹⁶³ geformuleerd, aangevuld met een -

160 Wij zien hier even af van complicaties als de afwezigheid van de verdachte berust op overmacht. Overigens wijzen we er op dat in het door ons uitgewerkte eerste spoor - de afdoening van de ernstigste feiten - berechting bij verstek ten opzichte van de huidige praktijk sterk zou moeten worden teruggedrongen.

161 Zie vooral M.I. Veldt, *Het EVRM en de onpartijdige strafrechter* (diss. Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1997.

162 EHRM 24 mei 1989, NJ 1990, 627 m.nt. PvD.

163 Hieronder vallen vier categorieën: a. gevallen van familiebetrekkingen of vriendschappelijke relaties tussen de rechter en een betrokkene bij het proces; b. gevallen waarin de rechter enig belang heeft bij de uitkomst van de zaak; c. gevallen waarin de rechter in een andere hoedanigheid - bijvoorbeeld die van officier van justitie of advocaat - bij de zaak betrokken is geweest; en d. enkele nader omliggende gevallen van *iudex in sua causa*.

enuntiatieve - opsomming van *relatieve uitsluitingsregels*.¹⁶⁴ Als algemene wrakingsgrond zou bovendien moeten gelden het bestaan van feiten of omstandigheden waardoor bij de verdachte redelijkerwijze de vrees kan ontstaan dat de rechter jegens hem niet onpartijdig of onbevangen zal optreden.

Zowel Schalken (p. 249) als Van Dorst (p. 238) zet vraagtekens bij de gekozen aanpak. Een lijst van criteria zou per definitie incompleet zijn en onnodig verstarrend werken. Schalken: 'Ik zou juist menen dat er in het geheel geen criteria moeten worden opgenomen. Onpartijdigheid is een typisch begrip waarover in de vaderlandse en Straatsburgse jurisprudentie regelmatig uitspraken worden gedaan.' Wij zijn nog niet overtuigd door deze tegenwerpingen. Inderdaad worden met enige regelmaat - op nationaal en verdragsrechtelijk niveau - uitspraken gedaan over dit onderwerp. Maar deze rechterlijke beslissingen berusten op een perspectief dat voor de toekomst niet erg aanspreekt en worden voorts gevoed door een casuïstisch aanbod dat onvoldoende mogelijkheden schept voor een coherente rechtsontwikkeling. Wat het perspectief betreft past het bij de in ons interimrapport ontwikkelde uitgangspunten - en de aannemelijkheid daarvan is noch door Schalken, noch door Van Dorst aangevochten - om het vertrekpunt niet te zoeken in de veronderstelde onpartijdigheid van de rechter, die uit zijn benoeming zou voortvloeien behoudens dwingende aanwijzingen voor het tegendeel. In plaats daarvan moet de centrale maatstaf zijn of er redenen zijn die maken dat de verdachte, of objectieve omstanders, *in redelijkheid* vrees of twijfel kan hebben of de rechter voldoende onpartijdig en onbevangen zal optreden. De vereiste redelijkheid van de twijfel leent zich gedeeltelijk voor objectivering. Er zijn allerlei omstandigheden af te bakenen waarin die twijfel per definitie aanwezig is en niet door andere factoren kan worden gecompenseerd. Voorzover over die maatstaven consensus bestaat - en de rechtsvergelijking leert dat zulks voor een aantal categorieën het geval is - bevordert het de rechtszekerheid om die in de wet op te sommen (zie onze absolute uitsluitingsregels). Voorzover de omstandigheden verschillend gewogen kunnen worden door de deelnemers aan het proces, meer in het bijzonder door de verdediging, ligt het voor de hand om de betekenis van het beletsel mede te laten bepalen door de perceptie van de betrokkenen. Dat is uitgewerkt in de relatieve uitsluitingsregels, hetgeen aansluit bij het algemene desideratum om het procesverloop, voorzover de openbare orde niet in het geding

164 Dit betreft situaties waarin de rechter niet automatisch gediskwalificeerd is om aan de berechting deel te nemen, maar waarin hij van deze taak wordt ontheven wanneer de verdediging het beletsel inroept. Het gaat hierbij vooral om situaties waarin de rechter voorafgaand aan het eindonderzoek een beslissing heeft genomen waarvan de inhoud of het gevolg betrokken is in het eindonderzoek. Ten aanzien van de berechting van mededaders wordt hier uitdrukkelijk beoogd een strengere maatstaf aan te leggen dan nu volgens de rechtspraak van de Hoge Raad het geval is.

is, mede te laten bepalen door de opstelling van partijen.¹⁶⁵ De casuïstiek blijft in deze benadering een aanvullende rol spelen. Voor onvoorziene gevallen is een ruimte gereserveerd in de algemene wrakingsgrond. Wij zien zo'n open restcategorie - met Schalken en Van Dorst - als een onmisbare voorziening ten behoeve van de rechtsontwikkeling.

Van Dorst (p. 238) signaleert nog een ander bezwaar: 'Het voorstel (...) om - ongeveraagd - vóór de zitting de namen van de rechters bekend te maken, geeft blijk van een groot optimisme in de goedheid van de mens. Of het verstandig is, is iets anders. Het gevolg is immers dat rechters tussendoor niet meer ziek mogen worden, maar ook dat zij of hun dierbaren voorwerp kunnen worden van ongezonde belangstelling van de zijde van verdachten of hun kompanen, een verschijnsel dat zich thans ook al wel voordoet en in hoge mate als bedreigend wordt ervaren.' Eerst iets over de bijzaken. Over zieke rechters gaat het natuurlijk niet. Ziekte leidt, afhankelijk van de stand van het geding, tot uitstel (schorsing) of vervanging. Daar zijn altijd aparte bepalingen voor nodig. Moet de informatie omtrent de persoon van de rechter automatisch worden gegeven of alleen op verzoek? De bedoeling is dat iedere rechtsgenoot die terecht staat effectief in de gelegenheid wordt gesteld om na te gaan of er aanwijzingen zijn die afbreuk kunnen doen aan de vereiste onpartijdigheid en onbevangenheid van de rechter. Wetstechnisch zou dit best kunnen worden uitgewerkt door de onderhavige informatie alleen beschikbaar te stellen na een daartoe strekkend verzoek van de zijde van de verdediging.

Maar nu het kernpunt. Van Dorst suggereert dat wij hier een tamelijk naïef voorstel doen, dat de persoonlijke veiligheid van magistraten in gevaar zou kunnen brengen. Dat is een ernstige bedenking, die ons aanleiding heeft gegeven tot een herbezinning op het ingenomen standpunt. De navolgende argumenten en overwegingen moeten naar ons oordeel de doorslag geven. In de eerste plaats is het in de huidige praktijk (dat is wat anders dan: naar geldend recht) niet zo dat de samenstelling van de rechtbank systematisch als een vertrouwelijk gegeven wordt beschouwd, dat tot aan het begin van de zitting voortdurend wordt afgeschermd voor de verdediging. In plaats daarvan is het doorgaans van toevalligheden afhankelijk of de raadsman hier al dan niet kennis van krijgt. Vooral wanneer het gaat om raadslieden die regelmatig voor een college optreden, wordt informeel nogal eens meegewerkt aan het verschaffen van dit soort informatie, waarvan het belang voor alle betrokkenen buiten kijf staat.¹⁶⁶ Van misbruik van

165 Voor de hier verdedigde visie op de betekenis van relatieve uitsluitingsregels kan voorts nog een wetssystematisch argument worden aangevoerd: het voorstel strookt met het standpunt van de regering in de Nota naar aanleiding van het verslag inzake de 'Wet toezeggingen aan getuigen in strafzaken', *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 294, nr. 6, p. 40-41.

166 In dit verband merken wij nog op dat de samenstelling van het college is vermeld op de zittingsrol. Bovendien is algemeen bekend dat vele rechterlijke instanties werken met vaste kamers op vaste zittingsdagen.

dergelijke inlichtingen is ons, anders wellicht dan Van Dorst, niet of niet noemenswaard gebleken. Daar komt bij dat in de grotere strafzaken - waar partijdigheid en wraking relatief vaker in beeld kunnen komen - vanaf de aanvang van de zitting de samenstelling van het oordelende college uiteraard wel bekend is. Wordt vervolgens de zaak om wat voor reden dan ook aangehouden, dan zou er volgens de bedenking van Van Dorst in de periode tot de hervatting eveneens een risico moeten bestaan van bedreiging of intimidatie. Ook hiervan is ons bij navraag niets gebleken wat op een structureel probleem zou kunnen wijzen. Wij noteren een derde overweging. Binnen de rechterlijke macht wordt een register bijgehouden van nevenfuncties van rechters. Het register is openbaar. Dit algemeen toegankelijke document beoogt de rechtzoekenden in de gelegenheid te stellen zelf na te gaan of de oordelende magistraat wellicht op de een of andere wijze een bepaald belang zou kunnen hebben bij de uitkomst van de zaak. Dit zou de rechter diskwalificeren om aan de behandeling deel te nemen. De ratio van deze registratieplicht annex het openbare karakter van het register sluit moeilijk aan op een praktijk waarin de justitiabele pas bij het betreden van de zittingszaal bemerkt met welke rechter hij van doen krijgt. Dan is het immers te laat om inzicht te krijgen in diens nevenfuncties; dus kan moeilijk worden vastgesteld of daarin een reden gelegen is om aan de vereiste onbevangenheid te twifelen. De enige 'oplossing' lijkt dan te zijn dat iedere raadsman na het uitroepen van de zaak de gelegenheid neemt om schorsing te vragen teneinde op dit punt naspeuringen te doen. Dat is een omslachtige en weinig verkieslijke werkwijze. Op dezelfde wijze bezien wij de indicatoren die zijn opgenomen in de absolute en de relatieve uitsluitingsregels. Daarin gaat het om omstandigheden die een basisvoorwaarde voor publieke rechtspraak kunnen aantasten. Voor een belangrijk deel staat daarbij voorts centraal dat uitgesloten moet worden dat *bij de verdachte* het redelijke vermoeden kan postvatten dat de rechter niet onpartijdig of niet onbevangen is. Dan is het toch passend om de verdediging een reële mogelijkheid te bieden om te verifiëren of aan die maatstaf wordt voldaan. Naar ons oordeel kan hier alleen anders over worden gedacht indien er klemmende - en op het concrete geval toegesneden - redenen bestaan om te vermoeden dat er op een onoirbare wijze zou worden omgesprongen met de onderhavige inlichtingen. Tegen deze achtergrond handhaven wij voorshands ons standpunt dat in beginsel desgevraagd aan de verdediging moet worden opgegeven welke rechters over de zaak zullen oordelen. Over eventuele uitzonderingen op dit uitgangspunt kan uiteraard nader worden nagedacht, waarbij praktijkervaringen een vanzelfsprekend gewicht in de schaal leggen.¹⁶⁷

167 Van Dorst (p. 238) heeft voorts bezwaar tegen ons voorstel om berechting met schending van de onderhavige uitsluitingsregels nietig te achten, terwijl uitgerekend het Europese Hof in Straatsburg het mogelijk acht dat inbreuk op dit verdragsrecht in hoger beroep wordt

6.6 De positie van slachtoffers in het strafproces

In een hedendaagse beschouwing over de systematische grondslagen van het Wetboek van strafvordering mag de rol van het slachtoffer niet ontbreken. Juist op dit terrein is in de afgelopen decennia zoveel in beweging gebracht, dat het noodzakelijk is de traditionele dogmatische inzichten te spiegelen aan nieuwe procesrechtelijke verhoudingen. In het eerste interimrapport hebben wij aangegeven waarom het wenselijk is het slachtoffer in strafvorderlijk verband verder te emanciperen. Het slachtoffer zou een eigen procespositie moeten krijgen, die gedeeltelijk wordt ontkoppeld van de hoedanigheid van schadelijgende partij. Dit zou onder andere tot uitdrukking komen in informatierechten, de aanspraak op rechtsbijstand en de bevoegdheid om ter terechtzitting het woord te voeren omtrent de gevolgen die het delict teweeg heeft gebracht. Anderzijds zou het slachtoffer niet de status van een echte ‘partij’ moeten krijgen en in ieder geval niet in de positie van opponent van de verdachte moeten worden gebracht.

Deze ideeën hebben aanleiding gegeven tot kritische kanttekeningen. De meest fundamentele tegenwerping is gemaakt door Van Dorst (p. 240-241), die zich afvraagt waarom de onderzoeksgroep niet een voorziening heeft bepleit in de trant van de Duitse Privat- of Nebenklage of van de Frans/Belgische citation directe. Zo’n aanbeveling zou in zijn ogen het enig logische uitvloeisel zijn van de algemene gedachten die in het interimrapport zijn ontvouwd omtrent de positie van het slachtoffer. Het standpunt dat het slachtoffer juist niet in de rol mag worden geplaatst van een partij die het tegen de verdachte opneemt berust daarentegen volgens Van Dorst op een ‘niet opgehelderd a priori’. De gemaakte keuze is wellicht niet onjuist, maar de motivering daarvan laat naar zijn smaak te wensen over.

Deze kritiek is begrijpelijk. Waarschijnlijk hebben wij te snel gedacht in dezelfde lijn als Verstraeten (p. 258), waar deze auteur opmerkt: ‘De discussie omtrent het toekennen van een direct actierecht om de strafvordering in werking te stellen (...) is 200 jaar oud: ik ga ze niet opnieuw voeren.’¹⁶⁸ In een verantwoording van de systematische uitgangspunten van een modern stelsel van strafvordering

gerepareerd (‘Moeten we op dit punt werkelijk veeleisender willen zijn dan het EVRM en EHRM ...?’) Wij zullen deze kwestie in het derde onderzoeksjaar opnieuw aan de orde stellen, omdat de sterkste oplossing nog beter kan worden gemotiveerd vanuit een principiële visie omtrent het karakter van het hoger beroep (hetzij een voortzetting van de behandeling in eerste aanleg, danwel een geheel nieuwe behandeling, of een combinatie van beide).

168 De laatste keer dat er een toegespitste discussie over dit onderwerp in Nederland is gevoerd was naar aanleiding van een voorstel van de *Benelux-studiecommissie inzake een verdrag betreffende de positie van het slachtoffer in het strafproces* om de dagvaarding door het slachtoffer ook bij ons in te voeren. Zie N.J. Polak, ‘De “beledigde partij” in ere hersteld’, *NJB* 1980, p. 21-29; en T.M. Schalken, ‘De rechtspositie van de benadeelde partij in het systeem van de Nederlandse strafvordering’, *D&D* 1980, p. 266-278. Van het voorstel is nadien nooit meer vernomen.

is het niettemin passend om aan dat punt afzonderlijk aandacht te besteden. Er moet overigens een duidelijk onderscheid worden gemaakt tussen de rechtsfiguur van de Privatklage (of citation directe) enerzijds en de Nebenklage anderzijds. Over beide onderwerpen maken we enkele opmerkingen.

Waarom zijn wij geen voorstander van invoering van een rechtstreeks vervolgingsrecht voor slachtoffers van misdrijven? Daarvoor hebben wij - tot de essentie teruggebracht - twee onderling nauw samenhangende argumenten: het zou niet goed zijn voor het slachtoffer en het is niet goed in te passen in het systeem van strafvordering. In het eerste interimrapport is een vertrekpunt voor onze beschouwingen gezocht in het doel van het strafgeding. In de desbetreffende passages komt het slachtoffer slechts terloops ter sprake.¹⁶⁹ Wij meldden slechts dat een goed ingericht strafproces ook de belangen van het slachtoffer dient te verdisconteren (p. 16). En: 'Doel van het strafprocesrecht is te bevorderen dat de reactie op een vermoedelijk gepleegd strafbaar feit in alle opzichten adequaat is' (ibidem). Vooral deze laatste passage laat teveel impliciet. Er ligt een nogal veel omvattende gedachtewereld aan ten grondslag. De vraag namelijk naar een adequate reactie op een strafbaar feit kan niet los worden gezien van een achterliggende visie op de aard van een delict. En vooral in dat opzicht is er een ontwikkeling waar te nemen in de dogmatiek van materieel en formeel strafrecht. Werd het delict lange tijd exclusief gezien als een schending van de publieke rechtsorde, later is steeds meer het besef doorgedrongen dat de criminele handeling daarnaast toch ook primair een schending inhoudt van de subjectieve rechten van de benadeelde.¹⁷⁰ En dit inzicht heeft verstrekkende gevolgen. Volgens de traditionele conceptie van een strafbaar feit (een aantasting van het gezag van de overheid) zou het strafproces *dus* ook vrijwel geheel in het teken staan van het herstel van de deuk in de rechtsorde; waar het criminele onrecht werd gezien als een aantasting van het algemeen belang, zou het strafgeding moeten onderstrepen dat de samenleving - de gemeenschap - de delinquent ter verantwoording roept. In de modernere begripsmatige visie op een delict verdwijnt deze notie niet, maar wordt zij aangevuld met een andere component.¹⁷¹ Indien het misdrijf primair ook een inbreuk vormt op de individuele rechten van de gedupeerde, ligt het voor de hand om in de nasleep van dat feit ook expliciet aandacht te besteden aan die gevolgen. Van

169 Verstraeten (p. 258) noemt het opvallend dat het slachtoffer niet wordt vernoemd bij de formulering van de doelstellingen van het strafproces.

170 Zie ook o.a. H Zehr, *Changing Lenses: A New Focus for Criminal Justice*, Scottsdale: Herald Press 1990.

171 Zie uitvoeriger over dit onderwerp Marc Groenhuijsen, 'The Development of Victimology and its Impact on Criminal Justice Policy in The Netherlands', in: Ezzat Fattah & Tony Peters (eds.), *Support for Crime Victims in a Comparative Perspective. A Collection of Essays Dedicated to the Memory of prof. Frederic McClintock*, Leuven: University Press 1998, p. 37-54.

daaruit kan - of beter gezegd: moet - een rijkere invulling worden gegeven aan het doel van het strafproces dat werd omlind als het bieden van een adequate reactie op vermoedelijk gepleegd crimineel onrecht. Een reactie kan immers alleen als adequaat worden getypeerd als daarin een evenwichtig antwoord wordt geboden aan de verstoring van de *status quo ante*. Langs deze weg kan proces theoretisch worden beredeneerd dat het tot de hoofddoelstellingen van het strafgeding behoort om daarin mede aandacht te besteden aan de belangen van degene die door het delict is getroffen.

De volgende vraag is dan uiteraard welke belangen van het slachtoffer in het strafproces bescherming verdienen. Omschreven op het abstracte niveau van de doelstellingen van het strafgeding, gaat het vooral om twee typen belangen. Ten eerste dient de procedure zodanig te worden ingericht dat daaruit zo min mogelijk nieuw leed voortvloeit voor slachtoffers van de delicten die daarin aan de orde zijn. Het nadeel door het misdrijf dient niet te worden verhevigd door bepaalde kenmerken van de publieke reactie op dat feit. In het daarvoor ontwikkelde jargon: secundaire victimisatie dient zoveel mogelijk te worden vermeden of beperkt. Dat is een vanzelfsprekende opgave van het Wetboek van strafvordering en de connexe regelgeving. En ten tweede zou het strafgeding ruimte moeten bieden om tot herstel te komen van de nadelen die zijn ontstaan door de schending van de individuele rechten van de gelaedeerde. Een 'adequate' reactie op het delict brengt met zich mee dat bezien wordt of er ruimte is voor rechtsherstel jegens de benadeelde, voorzover dat niet in strijd komt met andere doelstellingen van het strafproces, zoals het vereiste van een eerlijke en zorgvuldige bejegening van de verdachte.¹⁷²

Voor de duidelijkheid recapituleren we het voorgaande in een korte tussenbalans. De aannemelijkheid van een particulier vervolgingsrecht is afhankelijk van de principiële achtergrond van de procespositie van het slachtoffer. Die positie moet worden ontleend aan - of herleid tot - de doelstellingen van het strafgeding. Van daaruit is aangegeven dat een adequate respons op waarschijnlijk gepleegde delicten in elk geval vereist dat aan het slachtoffer gedurende de procedure zo min mogelijk nieuw leed wordt toegevoegd en dat waar mogelijk een bijdrage wordt geleverd aan concreet rechtsherstel. Het is van belang om te benadrukken dat deze redenering geheel is opgezet vanuit de doeleinden die in een strafrechtelijke procedure centraal moeten staan. Daaruit blijkt namelijk dat het behartigen van de hier omlind belangen van het slachtoffer een *publieke taak* betreft. Voorkomen van secundaire victimisatie en bevorderen van rechtsherstel jegens de benadeelde raakt een *algemeen belang* dat in de loop van het geding moet worden gerespec-

172 Zie hieromtrent ook de beschouwing van N. Kwakman, 'De mateloosheid van de solidariteit: het onvermijdelijke gevolg van een slachtoffergericht strafproces? Een onderzoek naar de verenigbaarheid van een slachtoffergericht strafproces met het vanouds dadergerichte strafrecht', *RM Themis* 1999, p. 183-193.

teerd. Daarmee wordt ook op procesrechtelijk niveau afgerekend met de verouderde notie dat bijvoorbeeld schadeherstel een individueel en particulier belang zou zijn waaraan slechts incidenteel aandacht zou kunnen worden besteed in de op het algemeen belang georiënteerde omgeving van het strafproces.¹⁷³

Vanuit deze uitgangspunten kan de vraag worden besproken naar de verantwoordelijkheid voor het nemen van kernbeslissingen in het strafgeding, zoals de beslissing om tot strafvervolgning over te gaan. Van Dorst stelt dat het recht om zelf een vervolging te kunnen entameren pas een echte erkenning zou betekenen van de eigen procespositie van het slachtoffer en een afdoende rem vormt op willekeurig niet-vervolgen door het openbaar ministerie. Wij zien dit anders. Erkenning van legitieme belangen van slachtoffers betekent niet dat de beslissingsmacht aan hen moet worden overgedragen. Dat zou een te oppervlakkige benadering van het belang van het slachtoffer inhouden, en het zou onvoldoende rekening houden met de publiekrechtelijke context van het strafgeding. Wij werken beide overwegingen kort uit.

In een document van het European Forum for Victim Services is het volgende beginsel neergelegd: 'Throughout Europe, the State has assumed responsibility for prosecuting offenders and has removed from the victim the burden of responsibility for determining any action to be taken in respect of the offender. The acceptance of responsibility by the State should be recognised as a fundamental right of victims of crime, and no attempts should be made to erode this by returning the responsibility for decision making to victims.'¹⁷⁴ Hier wordt niet zonder reden gesproken over de 'burden of responsibility'. Deze verantwoordelijkheid drukt zwaar en mag niet op de schouders van het slachtoffer worden gelegd. De ervaringen die in andere rechtsstelsels zijn opgedaan met de 'citation directe' bevestigen dit principe. De figuur van de rechtstreekse dagvaarding door het slachtoffer bestaat in diverse jurisdicties maar werkt nergens bevredigend.¹⁷⁵ Van

173 Het project *Strafvordering 2001* is er mede op gericht om ingesloten valse tegenstellingen bloot te leggen en op te heffen. Zo werd vroeger ook wel gedacht dat in de strafrechtelijke context instrumentaliteit een algemeen belang zou zijn, terwijl rechtsbescherming meer het privé-belang van verdachten zou regarderen. Sinds het verschijnen van R. Foqué & A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem/Antwerpen: Gouda Quint/Kluwer Rechtswetenschappen 1990, treft men die gedachte nauwelijks meer aan. Zie voor een publiekrechtelijke - op het algemeen belang georiënteerde - fundering van de positie van het slachtoffer in het strafproces ook A.C. 't Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 280-285 (vgl. ook p. 209-265); en A.C. 't Hart, *De Meerwaarde van het Strafrecht*, Den Haag: SDU 1997, p. 116 e.v.

174 European Forum for Victim Services, *Statement of Victims' Rights in the Process of Criminal Justice*, z.p. 1996, p. 5.

175 Zie M.E.I. Brienens & E.H. Hoegen, *Victims of Crime in 22 European Criminal Justice Systems. The Implementation of Recommendation (85) 11 of the Council of Europe on the Position of the Victim in the Framework of Criminal Law and Procedure* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Productions 2000.

de voorziening wordt slechts weinig gebruik gemaakt, en als dat wel gebeurt is het resultaat onveranderlijk teleurstellend voor de betrokken slachtoffers. De risico's blijken vooral te zijn gelegen in druk of intimidatie door daders, in de kans op een kostenveroordeling en in negatieve rechtsmaatregelen indien de vervolging niet op een veroordeling uitloopt. In al deze opzichten is de 'action indirecte' zoals wij die kennen in de art. 12-procedure superieur aan het ogenschijnlijk zo slachtoffervriendelijke instrument van de rechtstreekse dagvaarding.

En ook vanuit andere in aanmerking te nemen aspecten van de publiekrechtelijke inbedding pleit er veel tegen de Privatklage.¹⁷⁶ Het hoofdbezwaar is dat de uitoefening van een particulier initiatief tot strafvervolging niet met voldoende waarborgen voor de verdachte kan worden omgeven. Strafvervolging is dermate ingrijpend dat iemand alleen mag worden gedagvaard indien er een geobjectiveerde mate van verdenking bestaat. En daar komt bij dat vervolging niet willekeurig mag plaatshebben. Het vervolgingsbeleid van het openbaar ministerie - dat een volgens vaste criteria beheerste en gecontroleerde praktijk met zich meebrengt - mag niet zomaar worden doorkruist door gesties van individuen die zich, begrijpelijkerwijze, vooral laten leiden door het niet altijd welbegrepen eigenbelang. Dit leidt er toe dat een particulier vervolgingsrecht alleen zou kunnen worden overwogen indien daaraan een intensief rechterlijk toezicht op de uitoefening daarvan wordt gekoppeld. Maar een dergelijk toezicht zou enerzijds de essentie van de bevoegdheid weer ondermijnen: de benadeelde zal de beoordeling door de rechter zien als een premature inmenging die afbreuk doet aan zijn autonomie om een strafproces op gang te kunnen brengen. Anderzijds is het in strijd met de systematische uitgangspunten van onze strafvordering om de selectie van zaken die aan de beslissing van de strafkamer worden onderworpen langs de aangegeven weg sterker dan thans te onderwerpen aan de zeggenschap van de rechter. Kortom: zowel vanuit de subjectieve belangen van het slachtoffer als vanuit de meer systematische gezichtspunten zijn overwegende bezwaren verbonden aan het idee van een 'citation directe' in strafzaken.

Het theoretisch raamwerk dat hiervoor kort is geschetst, geeft aanleiding om de beschouwing op één punt te extrapoleren buiten het domein van het vervolgingsrecht. Op de aangegeven gronden is het meer in het algemeen onwenselijk om het slachtoffer absolute veto-rechten toe te kennen in het strafgeding.¹⁷⁷ Anders dan in buitenlandse rechtsstelsels wel gangbaar is of wordt bepleit, verdient het geen aanbeveling om het slachtoffer een *doorslaggevende* inbreng te geven bij

176 Dit onderdeel van de argumentatie staat nog centraal bij M.S. Groenhuijsen, *Schadevergoeding voor slachtoffers van delicten in het strafgeding* (diss. Leiden), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1985, p. 289-291.

177 Dit laat onverlet de bestaande mogelijkheid van klachtdelicten, waarmee de benadeelde een negatieve uitkomst van de vervolgingsbeslissing in de hand heeft.

beslissingen omtrent voorlopige hechtenis, omtrent de inhoud van het requisitoir door de officier van justitie (de strafeis), of in het verband van de vervroegde of voorwaardelijke invrijheidstelling.¹⁷⁸

De Nebenklage is een andere rechtsfiguur dan de Privatklage. Twee kenmerken springen in het oog. Anders dan bij de Privatklage gaat het hier om situaties waarin het openbaar ministerie een strafvervolgning heeft ingesteld of heeft overgenomen. De Nebenkläger heeft in die procedure de rol van een soort tweede aanklager. Hij staat naast de officier van justitie en heeft soortgelijke bevoegdheden: hij mag getuigen en deskundigen dagvaarden en hen ter zitting vragen stellen en hij kan vorderingen resp. verzoeken doen die doorgaans alleen aan het openbaar ministerie toekomen. Hij mag aan het eind van de zitting over alle aspecten van de strafzaak het woord voeren; en hij heeft de mogelijkheid om rechtsmiddelen aan te wenden tegen het vonnis. Het doel van deze positie als 'schaduw-aanklager' is tweërlei. Enerzijds verschaft het de gelegenheid om de officier van justitie te controleren. De Nebenkläger kan door zijn interventies waarborgen dat de staat met voldoende alertheid de vervolging ter hand neemt. Als de officier bepaalde stukjes bewijs onderbelicht laat, kan het slachtoffer¹⁷⁹ dat onder de aandacht van de rechter brengen. Anderzijds is deze rechtsfiguur in het leven geroepen om tegemoet te komen aan het zogenoemde 'Genugtuungsverlangen des Verletzten'. De bedoeling is om ideële voldoening, emotionele satisfactie aan het slachtoffer te bieden.

De Nebenklage wordt in het Duitse recht tamelijk veelvuldig gebruikt.¹⁸⁰ Dat betekent overigens allerminst dat de ervaringen met dit instituut onverdeeld gunstig zijn. Zo blijkt dat de inbreng van de Nebenkläger steevast tot - veelal aanzienlijke - vertraging in de procedure leidt. Daarnaast blijkt (dreiging met) deze procesrechtelijke status vaak te worden misbruikt om een voor het slachtoffer gunstige schaderegeling af te dwingen.¹⁸¹ Er is zelfs herhaaldelijk betoogd dat de bepalingen omtrent de Nebenklage in strijd zouden zijn met de Duitse grondwet, omdat ze afbreuk zouden doen aan een behoorlijke verdediging voor de verdachte¹⁸²; een opvatting die niet is verdwenen nadat deze klacht in de jurisprudentie

178 Zie Marc Groenhuijsen, 'Victims' Rights in the Criminal Justice System: A Call for More Comprehensive Implementation Theory', in: Jan van Dijk et al (eds.), *Caring for Crime Victims. Selected Proceedings of the 9th International Symposium on Victimology*, Monsey, New York: Criminal Justice Press 1999, p. 85-114.

179 Ook nabestaanden van hen die als gevolg van wederrechtelijke handelingen om het leven zijn gekomen kunnen de hoedanigheid van Nebenkläger verwerven.

180 Ursula Hoelzel, *Das Institut der Nebenklage. Einer Betrachtung unter rechtshistorischen, rechtsdogmatischen und rechtspolitische Gesichtspunkten* (diss.), Erlangen-Nürnberg, 1980, m.n. p. 75-76.

181 J.J. Prinz, 'Die Nebenklage - ein überholtes Rechtsinstitut', *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1971, p. 129; K.P. Freundorfer, 'Nebenklagekosten und zivilrechtlicher Schadensersatz', *Neue Juristische Wochenschrift* 1977, p. 2254.

182 Vooral H. Sauer, 'Zur Verfassungsmässigkeit der Nebenklagebestimmungen', *Deutsche Richterzeitung*, 1970, p. 349-351.

van de hand is geweest.¹⁸³ Recent onderzoek heeft geen nieuw licht op de toepassingspraktijk van de Nebenklage geworpen.¹⁸⁴

Het is interessant dat Verstraeten (p. 259) ook 'huivert voor het (...) systeem waar de burgerlijke partijstelling kan worden losgekoppeld van een schadevergoedingsclaim en de wil tot het leveren van een bijdrage tot de bestraffing voldoende is om alle rechten te kunnen uitoefenen.' Deze auteur ziet wel ruimte voor het slachtoffer om in het geding een bijdrage te leveren aan de bewijsvoering van het delict, maar dan 'steeds in functie van de burgerlijke vordering, en waarbij de rechter erop toeziet dat de benadeelde zich niet bezondigt aan een pleidooi over de straftoemeting' (ibidem). Onze onderzoeksgroep neemt in zekere zin een tussenpositie in. Wij gaan niet zo ver als het Duitse recht, waarin het slachtoffer publiekrechtelijke bevoegdheden krijgt om het strafgeding tot een goed einde te brengen. En wij zijn van oordeel, net als Verstraeten, dat het slachtoffer niet de ruimte moet krijgen om ter zitting standpunten in te nemen omtrent de door de rechter op te leggen straf. Voor een deel zijn de belangrijkste argumenten voor dit standpunt gelegen in de nadelen die verbonden blijken te zijn aan de Duitse figuur van de Nebenklage. Twee principiële overwegingen kunnen evenwel worden toegevoegd. De eerste is dat slachtofferemancipatie nooit ten koste mag gaan van een eerlijke berechting van verdachten.¹⁸⁵ Aandacht voor de noden van benadeelden mag niet ten koste gaan van een zorgvuldige en evenwichtige inrichting van de procedure, uitmondend in een correcte beoordeling van de strafzaak. De tweede overweging is spiegelbeeldig van aard. Wij wijzen publiekrechtelijke bevoegdheden voor het slachtoffer van de hand, evenals veto-rechten en uitlatingen omtrent een gewenste strafmaat, omdat dergelijke voorzieningen tot een ongewenste vorm van polarisatie leiden. Dat is wat in het eerste interimrapport is bedoeld met de waarschuwing dat het slachtoffer niet in de positie mag worden gebracht van een 'partij' die het tegen de verdachte opneemt. Zou het slachtoffer dit type verstrekken-de bevoegdheden krijgen, dan vereist de notie van een eerlijk proces dat de verdediging de gelegenheid krijgt om zich daartegen teweer te stellen. De daaruit voortvloeiende confrontatie zal veelal hard, onaangenaam en pijnlijk zijn. Waar het om gaat is dat het slachtoffer in dergelijke omstandigheden doorgaans de meest kwetsbare persoon blijkt te zijn. En dan blijkt opnieuw dat maatregelen die worden

183 Bundesverfassungsgericht 3 juni 1969, *JZ* 1969, 509 en *NJW* 1969, 1423.

184 M.E.I. Brienens, E.H. Hoegen, *a.w.* p. 353-388.

185 Uitvoeriger hieromtrent: Marc Groenhuijsen, 'Conflicts of Victims' Interests and Offenders Rights in the Criminal Justice System: A European Perspective', in: Chris Sumner et al (eds.), *International Victimology: Selected Papers from the 8th International Symposium*, Canberra 1996, p. 163-176; en dezelfde, 'Mensenrechten van slachtoffers van delicten en verdachten in het strafproces', in: C.H. Brants, C. Kelk & M. Meetings (red.), *Er is meer. Opstellen over mensenrechten in internationaal en nationaal perspectief*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 169-179.

bedacht met het oog op het welzijn van benadeelden, in hun toepassing het omgekeerde effect hebben van wat ermee wordt nagestreefd. Daarom zijn onze voorstellen op essentiële punten terughoudender dan de inhoud van het Duitse recht.

Maar in een ander opzicht gaan wij verder dan door Verstraeten wordt aanbevolen. Wij zien wel degelijk ruimte voor processuele aanspraken los van een vordering tot schadevergoeding. Uit de hiervoor gegeven uiteenzetting omtrent het doel van het strafgeding blijkt dat er ook los van het financiële schadeherstel principiële redenen zijn om in de overheidsreactie op strafbare feiten rekening te houden met de belevingswereld van de slachtoffers. Slachtoffers hebben een legitieme aanspraak op erkenning. De autoriteiten in het strafgeding moeten met hun belangen rekening houden, zonder dat die belangen de te nemen beslissingen kunnen dicteren. Dat is de achtergrond van het recht op informatie, een recht op rechtsbijstand, en uiteindelijk ook van het spreekrecht ter terechtzitting. Het spreekrecht heeft in dit verband een dubbelfunctie. Enerzijds staat het in het teken van voorlichting van de rechtbank, anderzijds beoogt het als participatiemogelijkheid een bijdrage te leveren aan de procedurele rechtvaardigheid. Door een zorgvuldige afbakening van gevallen waarin deze bevoegdheid wordt verleend en van de thema's waarover de verklaring zich mag uitstrekken, kan in verschillende opzichten worden bewerkstelligd dat het strafgeding aan kwaliteit wint.¹⁸⁶

6.7 Bewijsrecht

Over het bewijsrecht is hierboven al heel wat gezegd in verbinding met de *de auditu*-jurisprudentie. Daar ging het vooral om de gevolgen van bewijsrechtelijke basisnormen voor de stijl van procederen in strafzaken. Thans moet nog aandacht worden besteed aan enkele onderwerpen die de inrichting van het bewijsrecht in engere zin betreffen.

Van Dorst (p. 242-244) heeft drie punten van kritiek. Ten eerste zou het eerste interimrapport geen duidelijke definitie bevatten van de 'rechterlijke bewijsbeslissing'. Ten tweede heeft hij moeite met de voorgestelde responsieplicht met betrekking tot de selectie en waardering van de beschikbare bewijsmiddelen. En ten derde spreekt hem de codificatie van de restrictieve rechtspraak inzake de

186 De commentaren op onze voorstellen bevatten geen uitvoerige kanttekeningen omtrent de inrichting van de voegingsprocedure of het voorbereiden van een mogelijke oplegging van de schadevergoedingsmaatregel. Dat is ook begrijpelijk, aangezien deze kwesties in het eerste interimrapport een ondergeschikte rol spelen. Wel melden wij nog dat Verstraeten (p. 260) opnieuw aandacht vraagt voor de mogelijkheid van een soort 'schadestaatprocedure' in geval van iets ingewikkelder vorderingen door benadeelden. Voor de argumenten tegen zo'n oplossing verwijzen wij naar M.S. Groenhuijsen, J.M. van Dijk, 'Schadevergoedingsmaatregel en voeging: de civielrechtelijke invalshoek', *NJB* 1993, p. 163-167.

huidige bewijsminima niet aan, een kwestie die ook naar voren is gebracht door Rozemond (p. 219). Wij bespreken deze onderwerpen in de aangegeven volgorde.

Op welke feitelijke vaststellingen zou het bewijsrecht van toepassing moeten zijn? In de inleiding van het desbetreffende deelrapport is aangegeven dat een van de deelvragen waarop het onderzoek een antwoord moet geven betrekking heeft op het bewijsthema, dus op de vraag of het bewijsrecht beperkt moet zijn tot enkel de vaststelling van het telastegelegde feit. In de verantwoording van de keuze van uitgangspunten volgt dan een antwoord op deze vraag. Het bewijsrecht is enkel van toepassing op de eerste vraag van art. 350 Sv. Feitenvaststellingen ten behoeve van andere deelbeslissingen in het vonnis van de strafrechter worden uitdrukkelijk uitgesloten van het bewijsthema. Voor de toekomst wordt in het interimrapport nog een uitzondering geopperd ten aanzien van feitelijke gegevens die ten grondslag worden gelegd aan de beslissing omtrent de op te leggen straf of maatregel. Tot zover sluit onze uiteenzetting aan bij het geldende recht en lijkt er weinig reden om van onduidelijkheid te spreken. Niettemin heeft Van Dorst gelijk dat wij niet apart en expliciet zijn ingegaan op de vraag of ook het oordeel omtrent de rechtmatigheid van de bewijsgaring onder het regiem van het bewijsrecht valt. Met deze auteur menen wij dat zulks niet het geval is. Concreet betekent dit dat net als voorheen uiteenzettingen van de officier van justitie en van de raadsman voor de rechter een doorslaggevende kenbron kunnen zijn om tot een beslissing hieromtrent te komen. Een voor de hand liggend voorbeeld betreft het niet zelden gevoerde verweer dat er in het vooronderzoek onvoldoende verdenking bestond om tot het toepassen van bepaalde dwangmiddelen over te gaan. Over zo'n kwestie kan uitsluitel worden verkregen door het debat tussen de raadsman en de vertegenwoordiger van het openbaar ministerie ter terechtzitting.

Gecomplieerder ligt het vraagstuk van de verantwoording van de door de rechter gebruikte bewijsmiddelen. Van Dorst merkt terecht op dat ons voorstel op dit punt een radicale breuk betekent met de heersende leer. Hij is overigens niet enthousiast over deze wending. Het zou niet gemakkelijk zijn om in een vonnis op te schrijven waarom de ene getuige geloofwaardiger is dan een andere. En het valt niet mee om uit te leggen waarom een verklaring uit het vooronderzoek meer waarde heeft dan de daarvan afwijkende verklaring ter zitting door dezelfde persoon. Met Fokkens is Van Dorst van mening dat de nadere motivering van de selectie van het bewijsmateriaal weinig zal bijdragen aan de kwaliteit van de bewijsvoering. Wij kijken hier toch net iets anders tegenaan. Het verschil is vooral gelegen in het perspectief van waaruit de bewijsmotivering wordt benaderd. Van Dorst beziet het vraagstuk vooral vanuit het blikveld van de rechter. De rechter is gewend te opereren aan de hand van de bekende formule uit de vaste cassatierechtspraak, volgens welke de selectie en de waardering van de bewijsmiddelen is overgelaten aan de feitenrechter. Dat betekent dat de rechter in feitelijke aanleg

een vrijwel onbegrensde discretionaire ruimte heeft om een keuze te doen uit de beschikbare onderzoeksresultaten. Van alle afgelegde verklaringen mag hij kiezen welke hij in de bewijsconstructie opneemt, zonder dat die keuze enige verantwoording behoeft.¹⁸⁷ Vanuit het gezichtspunt van de rechter is dit ook begrijpelijk: er is altijd - althans veelvuldig - veel belastend materiaal en daarnaast zijn er gegevens die, indien juist bevonden, tot vrijspraak zouden moeten leiden. Vanuit de rechter bezien is het dan logisch dat de doorslag wordt gegeven door de vanzelfsprekende maatstaf van de geloofwaardigheid. De rechter gebruikt de bron die hij betrouwbaar acht en laat de overige onderzoeksresultaten - die daarmee onverenigbaar zijn - terzijde, zonder daar een woord aan vuil te maken. Maar vanuit het perspectief van de verdediging is deze gangbare werkwijze allerminst vanzelfsprekend. We hebben het hier niet over gevallen waarin de verdachte het telastegelegde erkent. Dan is ook in onze visie de rechter snel klaar met de bewijsmotivering. Het gaat om situaties waarin de verdediging met redenen omkleed betwist het verweten feit te hebben begaan. Voor de verdachte is dan in eerste instantie de bewijsvraag de primaire inzet van het geding. De agenda van de zitting is daarop geconcentreerd. Naar onze overtuiging brengt het dialoogkarakter van het geding dan noodzakelijkerwijs met zich mee dat een verdachte die ongelijk krijgt, ook ten aanzien van de cruciale bewijsbeslissing krijgt uitgelegd *waarom* de rechter zijn visie niet kan delen.¹⁸⁸ Natuurlijk zal die uitleg niet zelden - of zelfs: vaak - een tamelijk apodictisch karakter hebben. Uiteraard zal de rechter in veel gevallen niet veel méér kunnen melden dan dat de getuigen á charge geloofwaardiger zijn dan de ontkennende verklaring van de verdachte. Maar dat is toch tenminste een begin van uitleg. Dat is een schamel minimum aan communicatie dat onder het regiem van de thans heersende jurisprudentie totaal achterwege mag worden gelaten. Voor *juristen* (en meer in het bijzonder voor hen die de zaak vanuit een cassatieperspectief bezien, hetgeen ook het blikveld van Van Dorst en Fokkens tekent) is zo'n verwijzing naar verschillende graden van geloofwaardigheid wellicht een zinloos ritueel dat weinig toegevoegde waarde heeft. Wij menen evenwel dat een op de selectie en waardering gerichte motiveringsplicht voor de *verdachte* wel degelijk een begin van inzicht kan bieden in de afweging die aan het rechterlijk oordeel ten grondslag ligt. Daar komt bij dat de rechter die voor de taak staat dit begin van uitleg te verschaffen, in nogal wat situaties wel degelijk ook factoren kan bedenken (en in zijn vonnis kan opsommen) *waarom* hij de ene verklaring

187 Mits hij de uitzonderingen respecteert die zijn opgesomd in de noot van 't Hart onder HR 30 maart 1999, *NJ* 1999, 451.

188 Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat de aandachtspunten die voor de motivering van belang zijn dus vooral worden aangedragen in een desbetreffend verweer door de verdachte.

betrouwbaarder vindt dan alternatieve voorstellingen van zaken.¹⁸⁹ Uiteindelijk gaat het om de bereidheid om enige vorm van dialoog aan te gaan. Natuurlijk kan die bereidheid maar in beperkte mate worden bevorderd door wettelijke motiveeringsplichten. Maar het past bij een consequente uitwerking van het dialoogkarakter van het geding om de rechter zonder voorbehoud het principe in te scherpen dat hij ook op dit vitale onderdeel behoort te responderen op gemotiveerde standpunten van de zijde van de verdediging.

Tenslotte de kwestie van de bewijsminima. Het bewijs dat de verdachte het telastegelegde feit heeft begaan, kan door de rechter niet worden aangenomen enkel op de verklaring van één getuige of van de verdachte zelf (art. 341 lid 4 resp. 342 lid 3 Sv). En de 'overige geschriften' van art. 344 lid 1 sub 5 Sv kunnen - in de woorden van de wet - alleen gelden in verband met de inhoud van overige bewijsmiddelen. Het is algemeen bekend dat deze voorschriften in de rechtspraak bepaald restrictief zijn uitgelegd. Volgens vaste jurisprudentie is één verklaring of document voldoende wettig bewijs, mits op enig punt van de telastelegging ondersteund door een daarvan onafhankelijk ander bewijsmiddel. Ons voorstel om die rechtspraak te codificeren wordt van de hand gewezen door Van Dorst (p. 244) en door Rozemond (p. 219). Als wij het goed zien, is geen van de schrijvers van mening dat *de inhoud* van de desbetreffende vaste jurisprudentie moet worden gecorrigeerd. En ook onze onderzoeksgroep vindt dat het Nederlandse systeem op dit punt in moeilijke situaties - denk aan zedendelicten en andere gevallen van één-op-één confrontaties zonder andere getuigen -, mits prudent gehanteerd, een nuttige functie kan hebben. De kernvraag is dan vooral of het wenselijk is om de toepasselijke (uitgeklede) norm in het Wetboek vast te leggen. Binnen de door ons ontwikkelde systematische uitgangspunten is dat het geval. Doorslaggevend is dat wij een verdere liberalisering van het bewijsrecht bepleiten door af te stappen van de limitatieve opsomming van toegelaten bewijsmiddelen. Voortaan zou de rechter iedere kenbron moeten kunnen benutten waaraan betrouwbare informatie valt te ontleen omtrent de toedracht van het telastegelegde feit. Daarbij past een voorschrift waarin als uitgangspunt wordt neergelegd dat een veroordeling altijd moet berusten op tenminste twee onderling onafhankelijke bronnen waarop de rechterlijke overtuiging omtrent de schuld van de verdachte berust. De eis van dubbele bevestiging - ook al wordt die niet afzonderlijk gesteld voor ieder onderdeel van de telastelegging - blijft in die visie een grondnorm die de rechter tot grote alertheid moet prikkelen in alle gevallen waarin de voor de verdachte belastende informatie vooral is gelegen in één verklaring of in een enkel document.

189 Daarbij maakt het nogal verschil welk type argument door de verdediging naar voren wordt gebracht. De stelling dat een getuige *liegt* vraagt bijvoorbeeld om een anderssoortig antwoord dan het verweer dat een getuige een bepaald feit zintuiglijk niet kán hebben waargenomen.

