



# Een accusatoir vooronderzoek onder constructie?

## EEN DECENNIUM AAN WIJZIGINGEN IN WETGEVING, BELEID EN PRAKTIJK

**Door wetswijzigingen in de positie van de verdediging en de rechter-commissaris kan het strafrechtelijk vooronderzoek een accusatoir karakter krijgen. Als daarbij echter andere ontwikkelingen in wetgeving, beleid en praktijk worden betrokken, dient die verwachting te worden getemperd.**

### 1 Inleiding

Aan het einde van de jaren vijftig van de vorige eeuw stelde Pompe in het *Tijdschrift voor Strafrecht* de destijds al min of meer retorische vraag of voor een strafzaak het eindonderzoek dan wel het vooronderzoek beslissend was.<sup>1</sup> Hoewel de rechter de belangrijkste beslissingen, zoals de bewezenverklaring en de schuldvraag, nam naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting, werd ook in die tijd geconstateerd dat die beslissingen met name waren terug te voeren op onderzoeksresultaten die tijdens het vooronderzoek werden behaald. Het opmerkelijke aan die vaststelling was dat de invloed van de verdediging op dat onderzoek vooral was voorzien voor de fase van het eindonderzoek of voor het gerechtelijk vooronderzoek, de laatste fase van het voorbereidend onderzoek. Het feit dat het zwaartepunt van het onderzoek ook toen al in de voorfase en met name in het opsporingsonderzoek was gelegen en dat de verdediging in die fase slechts een beperkte rol speelde, werd teruggevoerd op de inquisitoire traditie van ons strafproces. Opmerkelijk genoeg had de wetgever aan het begin van de 20ste eeuw juist met die traditie willen breken door de verdediging in de wet een substantiële positie toe te bedelen in het (gerechtelijk) vooronderzoek en in die procesfase tegenspraak te organiseren. In de tijd van Pompe was die positie voor de verdediging ondanks de bedoelingen van de wetgever echter nog niet gerealiseerd.

Vanaf de jaren zestig zouden zich tal van ontwikkelingen voordoen die enerzijds bevestigden dat het vooronderzoek inderdaad de belangrijkste fase in het strafproces was, maar die anderzijds ook illustreerden dat het voor de verdediging niet eenvoudig was een duidelijke positie in de praktijk van het vooronderzoek te realiseren.<sup>2</sup> Tegenover de emancipatie van de verdachte als rechtssubject, de intensivering van diens rechtsbijstand in het vooronderzoek, en de invloed van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) op de normering van de opsporing en vervolging, stonden de enorm toegenomen deskundigheid en zelfstandigheid van de politie, de leidende rol van de officier van justitie in het vooronderzoek ten koste van die van de rechter-commissaris, het in onbruik raken van het gerechtelijk vooronderzoek als kader waarin de verdediging invloed op het onderzoek kon uitoefenen, en het definitief verschuiven van het zwaartepunt in het vooronderzoek naar de fase van de opsporing en zelfs de zogenoemde vroegsporing.<sup>3</sup>

Wat mijns inziens het meeste opvalt aan deze en andere ontwikkelingen die zich in de loop der tijd hebben voorgedaan ten aanzien van het vooronderzoek, is dat de positie van de verdediging – zoals door de wetgever in 1913 voorzien voor

1 Zie W.P.J. Pompe, 'Vooronderzoek of eindonderzoek beslissend?', *TvS* 1959, p. 141-151.

2 Zie P.P.J. van der Meij, *De driehoeksverhouding in het strafrechtelijk vooronderzoek*, Deventer: Kluwer 2010, met name p. 238-242 en p. 566-573. Zie over de ontwikkeling van de positie van de verdediging tot aan de 21ste eeuw T. Spronken, *Verdediging. Een onderzoek naar de normering van het optreden van advocaten in strafzaken*, Arnhem: Gouda Quint 2001.

3 Zie G.J.M. Corstens, 'Vroegsporing', *DD* 1995, p. 1-4.

het gerechtelijk vooronderzoek – nooit is mee verschoven met het zwaartepunt van het vooronderzoek, naar de beginfase van de opsporing. De idee dat de verdediging een substantiële positie in het strafproces toekomt zodra het onderzoek zich richt op de verdachte is immers een uitgangspunt dat in de vele wijzigingen in wetgeving, beleid en praktijk zonder al te veel principiële en praktische bezwaren had kunnen worden gerespecteerd. Hetzelfde geldt voor de idee dat compensatie voor de afwezige verdediging in het vooronderzoek – vaak noodzakelijk geacht in het kader van een effectieve (vroeg) opsporing – zou kunnen worden gevonden in de betrokkenheid van of controle door de rechter-commissaris. Voor de eerste jaren van de 21ste eeuw geldt ook dat bij tal van wijzigingen meer dan eens aan deze ideeën voorbij is gegaan: zo is bijvoorbeeld, behoudens de figuur van de mini-instructie, niet voorzien in nieuwe mogelijkheden voor de verdediging om de loop van het onderzoek vroegtijdig te beïnvloeden of daarin effectieve rechtsbijstand te verlenen. Zo is in de regeling van de bijzondere opsporingsbevoegdheden nauwelijks een controlerende rol weggelegd voor de rechter-commissaris. En dat terwijl in de jaren negentig met de IRT-affaire al schrikbarend duidelijk was geworden dat de opsporing van strafbare feiten niet zonder enige vorm van controle en tegenspraak kon worden overgelaten aan politie en Openbaar Ministerie. Een bevinding die in de loop van het eerste decennium van de 21ste eeuw zou worden bevestigd in het evaluatieonderzoek in de zaak van de Schiedammer parkmoord.

In *Strafblad*, het 'nieuwe' *Tijdschrift voor Strafrecht*, is in de afgelopen tien jaren sinds de oprichting veel aandacht besteed aan het strafrechtelijk vooronderzoek, aan de belangrijkste procesdeelnemers daarin en aan de ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan.<sup>4</sup> Een beschouwing van een aantal van die ontwikkelingen in onderlinge samenhang laat zien dat in wetgeving, beleid en praktijk keuzes zijn gemaakt – of soms: zijn geforceerd – die uiteindelijk tegemoet zouden kunnen komen aan de hierboven genoemde abstracte ideeën achter de inrichting van het vooronderzoek. Het beste voorbeeld van een dergelijke ontwikkeling is de doorwer-

king van de Salduz-jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in de Nederlandse strafrechtspraktijk. Deze jurisprudentie heeft aanvankelijk geleid tot een enigszins beperkte beleidswijziging,<sup>5</sup> maar heeft vervolgens mede de inhoud van het Conceptwetsvoorstel Rechtsbijstand en politieverhoor bepaald, waarin de verdachte niet alleen het recht krijgt zijn raadsman voorafgaand aan het politieverhoor te consulteren, maar waarin de raadsman ook de politieverhooren mag bijwonen.<sup>6</sup> Een globale lezing van het genoemde conceptwetsvoorstel en de Wet versterking positie rechter-commissaris die inmiddels door de Eerste Kamer is aangenomen,<sup>7</sup> zou de indruk kunnen wekken dat anno 2012 – honderd jaar na het schrijven van de memorie van toelichting bij ons Wetboek van Strafvordering – eindelijk echt wordt gebroken met de inquisitoire traditie van ons strafrechtelijk vooronderzoek en dat misschien voorzichtig mag worden gesproken van een (gematigd) accusatoir vooronderzoek. Een dergelijke stelling kan echter voorbarig zijn als daarbij andere ontwikkelingen in wet, beleid en praktijk worden betrokken die zich eveneens in de laatste tien jaar ten aanzien van het vooronderzoek hebben voorgedaan en zich nog steeds voordoen. Hieronder volgt een beknopt overzicht van de recente wijzigingen in de rollen van de procesdeelnemers, waaruit in elk geval moge blijken: het strafrechtelijk vooronderzoek is nog altijd 'onder constructie'.

## 2 Wijzigingen in de positie van de verdediging in het vooronderzoek

De belangrijkste wijziging in de positie van de verdediging is in de inleiding al genoemd: de wetgever heeft in het Conceptwetsvoorstel Rechtsbijstand en politieverhoor het recht op consultatie van een raadsman voorafgaand aan en aanwezigheid van een raadsman bij het politieverhoor geformuleerd voor ernstige strafzaken. Deze wijziging vloeit rechtstreeks voort uit een lange stroom aan jurisprudentie van het EHRM waarin keer op keer de regel uit de *Salduz*-uitspraak van eind 2008 is bevestigd en verder is uitgebouwd.<sup>8</sup> Deze uitspraak vormde veel voer voor discussie: hoe verstrekkend is het geschetste aanwezigheidsrecht en is aanpassing van de wet onvermijdelijk? Geldt een dergelijk recht voor elke verdachte of alleen voor minderjarigen en de zwakkere geesten onder de volwassenen? En bedoelt het EHRM met de zinsnede '*the benefit of the assistance of a lawyer*' en '*access to a lawyer*' rechtsbijstand voorafgaand aan, tijdens of rondom

4 Zie recentelijk onder meer het themanummer over het opportuniteitsbeginsel in 2010 onder redactie van C.P.M. Cleiren en P.M. Frielink; F. Vellinga-Schootstra, 'Versterking van de positie van de rechter-commissaris in strafzaken? Enkele opmerkingen naar aanleiding van het gelijknamige wetsvoorstel', *Strafblad* 2010, p. 439-456; P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Verdedigingsrechten in het vooronderzoek in Nederland', *Strafblad* 2011 (februari), p. 8-24; P.W. van der Kruijs, 'Concept-wetsvoorstel rechtsbijstand en politieverhoor', *Strafblad* 2011 (juli), p. 3-6; P.T.C. van Kampen, 'De strafrechtadvocatuur anno 2011', *Strafblad* 2011 (september), p. 29-35; en L. de Jonge & A.T. van Nederpelt, 'Het Openbaar Ministerie werkt, leert en ontwikkelt', *Strafblad* 2011 (september), p. 41-47.

5 Zie de Aanwijzing rechtsbijstand politieverhoor van het College van procureurs-generaal, *Strct.* 4003, 16 maart 2010.

6 Zie [www.internetconsultatie.nl/rechtsbijstandpolitieverhoor](http://www.internetconsultatie.nl/rechtsbijstandpolitieverhoor).

7 Zie *Kamerstukken I* 2010/11, 32 177, nr. A.

8 EHRM 27 november 2008, *NJ* 2009, 214, m.nt. J.M. Reijntjes.

het politieverhoor.<sup>9</sup> Deze onbestemdheid bood de wetgever de gelegenheid zich terughoudend op te stellen ten aanzien van het scheppen van een algemeen aanwezigheidsrecht. In de jurisprudentie van de Hoge Raad werd aan de hand van de zogenoemde *Salduz*-uitspraken die tot dan toe waren gedaan, gesteld dat met een recht op consultatie van een raadsman *voorafgaand* aan het verhoor zoals geformuleerd in de richtlijn van het College van procureurs-generaal kon worden volstaan.<sup>10</sup>

Allengs is ook in de jurisprudentie van het EHRM duidelijk geworden dat de rechtsbijstand na de aanhouding van de verdachte niet beperkt mag worden uitgelegd. Uitspraken in onder meer de zaken *Pischalnikov*, *Dayanan*, *Brusco* en *Sebalj* hebben de omvang van de rechtsbijstand rondom het politieverhoor steeds verder ingevuld,<sup>11</sup> en steeds concreter omschreven waaruit een effectieve verdediging in de beginfase van het strafproces behoort te bestaan. Het antwoord op de vraag of de verwachtingen die bijvoorbeeld binnen de advocatuur leven ten aanzien van de genoemde uitspraken met recht zo hoog zijn, is echter niet gemakkelijk te geven: zowel in de literatuur als in de rechtspraak worden deze namelijk ook wel weer getemperd.<sup>12</sup> Het heeft er echter alle schijn van dat de steeds meer dwingende uitspraken niettemin eraan hebben bijgedragen dat het aanwezigheidsrecht van de raadsman bij het politieverhoor uiteindelijk wel als recht in het conceptwetsvoorstel is opgenomen.

Het aanwezigheidsrecht van de raadsman bij het politieverhoor is bovendien in de periode van 2008 tot 2010 bij wijze van pilot op kleine schaal (en beperkt tot levensdelicten) getest bij een tweetal politiebureaus in Rotterdam en Amsterdam. Deze pilot werd mede opgestart naar aanleiding van het rapport van advocaat-generaal Posthumus over de misstanden in de opsporing en vervolging van de Schiedammer

parkmoord en in het kader van Programma Versterking Opsporing en Vervolging.<sup>13</sup> Op de pilot bestond vooral vanuit de advocatuur van meet af aan veel kritiek, omdat deze niet zodanig werd ingericht dat de raadsman ook daadwerkelijk effectieve rechtsbijstand kon geven en hem slechts werd toegestaan zwijgend, buiten het zicht van de cliënt, het verhoor gade te slaan. Uiteindelijk is in de evaluatie van de pilot door Stevens en Verhoeven een min of meer positief geluid te horen: 'De standpunten van de politie en de advocatuur ten aanzien van de uitbreiding van de rechtsbijstand van verdachten bleken op veel punten tegenover elkaar te staan. Het experiment is hierdoor niet geblokkeerd geraakt. Integendeel, het verschil in standpunten heeft tot interessante inzichten geleid over de uitbreiding van de rechtsbijstand van verdachten, de wijze van verhoren door de politie en hoe advocaten hierbij een rol (kunnen) spelen.'<sup>14</sup>

De advocaten hebben zich ondanks de bezwaren vooraf toch aan het protocol gehouden, maar hebben bijvoorbeeld wel ingegrepen op het moment dat de zwijgende of ontkennende verdachte het moeilijk had, dan wel dat zich mogelijk een schending van het pressieverbod zou voordoen. Bij dit laatste wordt in de evaluatie echter de kanttekening geplaatst dat de advocaat al te snel van mening is dat sprake zou zijn van pressie: de gestelde vragen zouden naar de stand van de jurisprudentie in veel gevallen de toets aan het pressieverbod door de rechter kunnen doorstaan. De conclusie in het onderzoek is helder: het recht op consultatie vergroot de kans dat een verdachte gebruik maakt van zijn zwijgrecht, waardoor de politie eerder geneigd zou zijn de verdachte onder zwaardere druk te zetten tijdens het verhoor. De aanwezigheid van de raadsman bij dat verhoor lijkt weer te zorgen voor een minder intimiderend optreden door de politie. Op grond van deze bevindingen wordt in het rapport geconstateerd dat 'consultatie voorafgaand' en 'aanwezigheid tijdens' feitelijk niet los van elkaar kunnen worden gezien.

Deze inzichten in combinatie met de ontwikkelingen in de EHRM-jurisprudentie hebben aldus bijgedragen aan het Conceptwetsvoorstel Rechtsbijstand en politieverhoor. De aangehouden verdachte krijgt in dit wetsvoorstel de gelegenheid voorafgaand aan het eerste verhoor te overleggen met zijn raadsman. Van dit consultatierecht kan vrijwillig en welbewust afstand worden gedaan, maar in geval de verdenking bestaat in feiten met een maximumstraf van zes jaar of meer kan die afstand pas worden aanvaard nadat de verdachte door een raadsman over de consequenties daarvan is ingelicht. De verdachte kan verzoeken om verhoorbijstand

9 Zie als eerste reacties onder meer R. Malewicz en G.P. Hamer, "U kunt er nu niet bij" is niet langer acceptabel, *Advocatenblad* 2008, p. 787; M.J. Borgers, 'Een nieuwe dageraad voor de raadsman bij het politieverhoor?' en T. Spronken, 'Ja, de zon komt op voor de raadsman bij het politieverhoor!', *NJB* 2009, respectievelijk p. 88-93 en p. 94-100; en P.P.J. van der Meij, 'Het EHRM en het recht op toegang tot een raadsman vanaf het eerste politieverhoor. Over de hooggespannen verwachtingen omtrent het aanwezigheidsrecht van de raadsman in het strafrechtelijk vooronderzoek', *Strafblad* 2009, p. 74-87.

10 Zie Hoge Raad 30 juni 2009, *NJ* 2009, 349.

11 Zie respectievelijk EHRM 24 september 2009, *NJ* 2010, 91 (*Pischalnikov*), EHRM 13 oktober 2009, *NJ* 2010, 92 (*Dayanan*), EHRM 14 oktober 2010, *NJ* 2011, 386 (*Brusco*) en EHRM 28 juni 2011, nr. 4429/09.

12 Zie bijvoorbeeld M.J. Borger, 'De ijdele hoop van Pischalnikov en Brusco', *NJB* 2010, p. 2818-2819 en Rb Zwolle-Lelystad 8 september 2011, *NJFS* 2011, 293, waarin de EHRM-zaak *Sebalj* beperkt is uitgelegd: 'Uit EHRM 28 juni 2011 inz. *Sebalj* tegen Kroatië kan niet de conclusie worden getrokken dat personen "charged with a criminal offence" het recht hebben op fysieke aanwezigheid van een raadsman bij de politieverhoren.'

13 Zie respectievelijk *Kamerstukken II* 2005/06, 29 800 VI, nr. 168 (bijlage) en *Kamerstukken II* 2005/06, 30 300 VI, 32 (bijlage).

14 Zie het Rapport Raadsman bij politieverhoor, *Kamerstukken II* 2010/2011, 32 500 VI, nr. 15 (bijlage).

door een raadsman, maar dit recht vindt beperkingen in de ernst van het feit ('een strafbaar feit waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf is gesteld van zes jaar of meer') en het belang van het onderzoek (getoetst door de officier van justitie).<sup>15</sup> Indien de raadsman niet bij het verhoor wordt toegelaten, wordt dat verhoor opgenomen. Onduidelijk is nog of dat een audiovisuele registratie betreft, wat mijns inziens uitdrukkelijk de voorkeur zou hebben. Onduidelijk is ook of de verplichting tot opnemen ook geldt voor de verhoren waartoe de raadsman geen toegang heeft omdat de verdenking geen 'zesjaarsfeit' betreft, wat met enig juridisch muggenziften in de conceptwettekst is te lezen, maar allicht niet zo is bedoeld door de wetgever. Laat hier nog maar eens gezegd zijn dat de wetgever beter de knoop kan doorhakken en kan beslissen dat alle verhoren gewoonweg audiovisueel worden geregistreerd, hetgeen duidelijke voordelen met zich brengt voor de waardering van bekentenissen uit het vooronderzoek en de toetsing van verweren daaromtrent. Op het punt van de samenstelling van het dossier blijkt de wetgever in de memorie van toelichting bij het conceptwetsvoorstel voorzichtig een knoop door te hakken: 'Te verwachten is dat deze registraties een vast onderdeel van de processtukken zullen uitmaken.'<sup>16</sup> Het lijkt er thans dat de wetgever het belang en de meerwaarde van de registratie van verhoren in alle opzichten heeft meegewogen. De beperking in het aanwezigheidsrecht naar zesjaarsfeiten hoeft in de praktijk overigens niet bezwaarlijk te zijn, aangezien de politie bij het formuleren van de verdenking vaak voor de zwaarst mogelijke interpretatie gaat: een eenvoudige mishandeling is al snel een poging tot zware mishandeling of zelfs poging tot doodslag, afhankelijk van de vraag waar op het lichaam is geschopt; een diefstal wordt al snel opgerekt tot een '311' of '312' als hard aan de tas is getrokken en het slachtoffer ten val is gekomen of gebruik is gemaakt van een geprepareerde winkeltas. Een belangrijke zorg bij het realiseren van een verbeterde positie van de verdachte en diens raadsman in het strafrechtelijk vooronderzoek bestaat in de wijze van vergoeden van de rechtsbijstand en in de voornemens van de staatssecretaris om drastisch in die kosten voor de overheid te snoeien.<sup>17</sup> De verwachtingen ten aanzien van de vergoedingen voor een intensieve en hoognodige bijstand in het vooronderzoek kunnen wat mij betreft nooit hooggespannen zijn, aangezien bijvoorbeeld het bijwonen van het politieverhoor van een

minderjarige al is gedoteerd met anderhalve forfaitaire punt (thans à € 106,34 per punt), ook al duurt dat verhoor een hele middag. Het is op die manier zelfs onzeker of het aanwezig zijn bij het verhoor voor een advocaat wel 'financieel haalbaar' zal zijn. Bovendien heeft de politie gedurende de periode van het ophouden voor verhoor en de in verzekeringstelling de gelegenheid de verdachte meerdere keren te ondervragen, en zal het voor een strafadvocaat met een drukke praktijk nooit mogelijk zijn al die verhoren bij te wonen. Het conceptwetsvoorstel regelt de mogelijkheid van vervanging, maar laat ongewis of dat bijvoorbeeld door een niet-advocaat zou mogen gebeuren. De scepsis ten aanzien van de financiële haalbaarheid wordt tevens gevoed door de onduidelijkheid of een forfaitaire vergoeding voor een verhoorbijstand meer dan een keer wordt uitgekeerd, dat wil zeggen voor alle politieverhoren die plaatsvinden. Zo bezien wordt de audiovisuele registratie steeds belangrijker, terwijl de wet niet de verplichting tot opname regelt voor het geval dat de advocaat niet bij het verhoor *kan* zijn. Een laatste opmerking ten aanzien van het conceptwetsvoorstel houdt ook verband met de vergoeding van de kosten voor rechtsbijstand. Verdekt in het wetsvoorstel is de bepaling opgenomen dat de kosten van een aangewezen raadsman geheel of ten dele op de veroordeelde kunnen worden verhaald, indien diens draagkracht daar aanleiding toe geeft. Een dergelijke bepaling bestaat al in het huidige artikel 49 WvSv, met de connotatie dat dit kan geschieden als de Minister van Justitie dat wenselijk oordeelt. Blijkbaar was dat tot op heden nog nooit het geval. De memorie van toelichting stelt voor de toekomst: 'Door de voorgestelde wijziging en het voorbereiden van een algemene maatregel van bestuur is het dit kabinet ernst met het realiseren van verhaal in de gevallen waarin de verdachte over voldoende draagkracht beschikt om een gedeeltelijke of gehele bijdrage te leveren aan de te zijnen behoeve gemaakte kosten voor rechtsbijstand.'<sup>18</sup> Daarmee legt de wetgever in elk geval zijn kaarten op tafel.

### 3 Versterking van de positie van de rechter-commissaris?

De positie van de verdediging in het vooronderzoek wordt voor een deel ook beïnvloed door de wijzigingen die in wetgeving en praktijk zijn of worden doorgevoerd in de positie van de rechter-commissaris. De belangrijkste wijzigingen houden uiteraard verband met de Wet versterking positie rechter-commissaris, waarin de inrichting van het strafrecht-

15 Zie artt. 28a en 28b WvSv in het conceptwetsvoorstel.

16 Zie de MvT bij conceptwetsvoorstel, p. 45.

17 Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 31 753, 39 (Brief van de staatssecretaris over rechtsbijstand): de eigen bijdrage voor de verdachte wordt verhoogd en in tal van situaties zal een nieuwe eigen bijdrage van de verdachte worden verzocht (bij aanvraag extra uren en bij de overstap naar een andere advocaat).

18 Zie de MvT bij conceptwetsvoorstel, p. 65.

lijk vooronderzoek aanzienlijk op de schop wordt genomen.<sup>19</sup> De wetgever heeft ervoor gekozen het gerechtelijk vooronderzoek als onderzoekskader voor de rechter-commissaris af te schaffen en de rechter-commissaris in het opsporingsonderzoek zijn onderzoek te laten verrichten, waar nodig slechts incidenteel.<sup>20</sup> Voor de verdediging verandert gezien de creatie van de mini-instructie met de eerdere herziening van het gerechtelijk vooronderzoek aan het begin van de 21ste eeuw niet veel, behalve dat het eerste moment om die mini-instructie te kunnen verzoeken nog gekoppeld was aan de voorwaarde dat de verdachte in redelijkheid mocht verwachten dat tegen hem een vervolging zou worden ingesteld. In het nieuwe artikel 181 WvSv is de mogelijkheid voor het vroegtijdig entameren van eventueel ontlastend onderzoek geboden aan de persoon die als verdachte is verhoord of die ter zake van een strafbaar feit wordt vervolgd. Nu de 'mini-instructie nieuwe stijl' zelfs niet is gekoppeld aan de voorwaarde dat de verdachte dient te zijn aangehouden, zou dit de rechter-commissaris ook toegankelijk maken voor de verdachte die door de politie is aangehouden voor verhoor en nadien is heengezonden. Dat is in theorie in elk geval een waardevolle wijziging, die enigszins aan waarde inboet als wordt bedacht dat de rechter-commissaris in dergelijke zaken zich allicht terughoudend zal opstellen – 'wacht eerst maar eens het onderzoek van de politie af' – en daargelaten dat de verdediging juist in het begin van de strafrechtelijk onderzoek tegen de verdachte juist om allerlei redenen de kaarten nog even tegen de borst zal willen houden.

## 'wacht eerst maar eens het onderzoek van de politie af'

De wijzigingen in de positie van de rechter-commissaris gedurende de afgelopen tien jaar zijn talrijk en verdeeld over veel verschillende wetswijzigingen.<sup>21</sup> Nagenoeg alle bevoegdheden die de rechter-commissaris had in het kader

van het gerechtelijk vooronderzoek, werden in de loop der tijd daarvan losgekoppeld, met als laatste de bevoegdheid tot het doorzoeken van woningen. Dat het gerechtelijk vooronderzoek een overbodig onderzoekskader was geworden en dat het in de praktijk draaide om het opsporingsonderzoek onder leiding van de officier van justitie, werd daarmee nog maar eens bevestigd. Aan de andere kant werden aan de rechter-commissaris zelf wel de nodige nieuwe bevoegdheden toegekend, waardoor in elk geval de schijn bleef bestaan dat ook de wetgever belang zag in de onderzoeksfunctie van de rechter-commissaris: naast het verhoor van de bedreigde getuige, werd de rechter-commissaris ook belast met het verhoor van de afgeschermde getuige (de AIVD- en MIVD-ambtenaren) en de onderhandelende getuige (de 'kroongetuigen' die in ruil voor een beloning verklaarden), en ook (de tegenspraak in) het deskundigenonderzoek werd georganiseerd in zijn kabinet.

Met de nieuwe wet ter versterking van diens positie schept de wetgever eindelijk helderheid over de lastig te duiden en vaak wisselende waarde die aan de rechter-commissaris en diens gerechtelijk vooronderzoek wordt toegekend. Het feit dat de rechter-commissaris toch niet helemaal (of helemaal niet) wordt afgeschreven, houdt onder meer verband met de bevindingen in het evaluatieonderzoek naar de Schiedammer parkmoord: 'Het onderzoek in een aantal geruchtmakende strafzaken heeft de afgelopen jaren evenwel gewezen op het grote belang dat is gemoeid met een evenwichtige bewijsverzameling, waarin voldoende onderzoek à charge en à décharge plaatsvindt. Het toezicht hierop is bij uitstek een taak voor de rechter: tijdens het onderzoek ter terechtzitting voor de zittingsrechter en tijdens de bewijsverzameling in het vooronderzoek voor de rechter-commissaris.'<sup>22</sup> De rechter-commissaris heeft, zo volgt uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel, een belangrijke functie als 'rechter in het vooronderzoek' die toezicht houdt op het goede verloop van het vooronderzoek en die op verzoek van de officier van justitie en de verdediging onderzoekshandelingen verricht. Die rechterlijke betrokkenheid dient onder meer ter controle op de rechtmatigheid en de voortgang van de opsporing en op de volledigheid en evenwichtigheid van het dossier op basis waarvan de zittingsrechter uiteindelijk de zaak heeft te berechten.

Een consequentie van de herplaatsing van de rechter-commissaris in het vooronderzoek is de definitieve afschaffing van diens onderzoekskader: de wetgever geeft aan dat de opening van een gerechtelijk vooronderzoek als voorwaarde voor de inschakeling van de rechter-commissaris te weinig flexibiliteit in zich heeft en voorts miskent dat de rechter-

19 Zie *Staatsblad* 2011, 600, p. 1 t/m 15. Het moment van nwerkingtreding is nog niet bekend.

20 Vergelijk hiermee enkele voorstellen uit het tweede deelrapport van het onderzoeksproject *Strafvordering 2001*, M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 497-588.

21 Zie voor een overzicht P.P.J. van der Meij, a.w., 2010, p. 521-562. Zie over de rechter-commissaris en het gerechtelijk vooronderzoek ook uitgebreid P.M. Verrest, *Raison d'être. Een onderzoek naar de rol van de rechter-commissaris in ons strafproces*, Boom Juridische uitgevers 2011. Zie voor een bespreking van het wetsvoorstel versterking positie rechter-commissaris onder meer P.P.J. van der Meij, 'De rechter-commissaris als onmisbare schakel in het strafrechtelijk vooronderzoek', *Trema* 2010, p. 331-338; P.A.M. Mevis, 'Wetsvoorstel versterking rol R-C: toch maar doen', *DD* 2009, nr. 50 en F. Vellinga-Schootstra, a.w., 2010.

22 Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 31 277, nr. 3, p. 1-4.



commissaris soms voor een enkele onderzoekshandeling door de officier van justitie of de verdediging wordt aangewend. De mogelijkheid tot aanwending van de rechter-commissaris voor onderzoek wordt in de wetswijziging echter ontegenzeggelijk noodzakelijk geacht, en dat is een groot verschil ten opzichte van de jaren negentig van de vorige eeuw. Tot slot maken ook andere recente wetsvoorstellen duidelijk dat de rol van de rechter-commissaris in de 21ste eeuw zeker niet is uitgespeeld: zo krijgt de rechter-commissaris in de Wet herziening regels betreffende de processtukken in strafzaken opnieuw een beslissende rol, ditmaal bij geschillen tussen de verdediging en het Openbaar Ministerie, onder meer over het verschaffen dan wel achterhouden van (delen van) het dossier en over de weigering processtukken van de verdediging aan het dossier toe te voegen door de officier van justitie.<sup>23</sup> De vraag is nu hoe deze wetswijzigingen en vooral hoe de versterking van de positie van de rechter-commissaris in de praktijk vorm zal krijgen. Het uitgangspunt in theorie is veelbelovend, maar de eerlijkheid gebiedt te zeggen dat dit eerder het geval is geweest, en veel sterker. Niettemin lijkt de Raad voor de rechtspraak zich op te maken voor een vorm van een nieuw soort rechter-commissaris, die meer deskundig is, meer flexibel kan worden ingezet en meer 'op' het opsporingsonderzoek zit. De Projectgroep Versterking positie rechter-commissaris heeft onlangs een rapport geschreven over hoe dit zou kunnen worden bewerkstelligd.<sup>24</sup> In het rapport wordt in elk geval duidelijk gemaakt dat de plannen van de minister nogal wat van de nieuwe rechter-commissaris vergen: 'Om al zijn taken [...] goed uit te kunnen voeren moet de rechter-commissaris, naast het bezitten van kennis en vaardigheden die samenhangen met de inzet van opsporings- en dwangmiddelen, fysiek in staat zijn om de zware functie uit te oefenen en daarvoor de juiste attitude hebben. Niet iedere (straf)rechter beschikt over de eigenschappen om aan de functie van rechter-commissaris op adequate wijze invulling te geven. De bijzondere functie-eisen ten opzichte van een strafrechter vereisen een proces van werving, selectie en specifieke opleiding van de rechter-commissaris. Een referentieprofiel en opleidingsprogramma is daartoe ontwikkeld.'<sup>25</sup>

Hoewel de plannen inderdaad stroken met een taakopvatting en opstelling die op grond van de nieuwe wetgeving is vereist, en alle plannen in zoverre consequent en consistent zijn, maakt het verbeteringsprofiel ook duidelijk dat 'het nog niet zo ver is'. Deze vaststelling draagt het gevaar in zich dat weldra het nieuwe strafrechtelijk vooronderzoek over een strafrechtspraktijk wordt gelegd die op zichzelf niet is toegesneden op de versterkte rol van de rechter-commissaris – een rechter-commissaris die zich feitelijk met het gehele vooronderzoek mag bemoeien –, maar ook dat de ophanden zijnde veranderingen direct weer naar de bestaande situatie worden toegetrokken. Er wordt – met andere woorden – hard gewerkt aan een culturomslag in het kabinet van de rechter-commissaris, maar die is nog niet gerealiseerd en daarin schuilt een risico.<sup>26</sup> Daarentegen moet worden erkend dat als de Wet versterking positie rechter-commissaris uitwerking krijgt zoals de wetgever heeft geschetst, als de rechter-commissaris zijn versterkte rol volledig vervult en als de verdediging zich volledig bewust is van de bevoegdheden van de rechter-commissaris en zij de rechter-commissaris daadwerkelijk aanwendt, een (gematigd) accusatoir vooronderzoek zowaar zou kunnen worden gerealiseerd.

#### 4 De complexiteit van de opsporing en de veelheid aan keuzes in de vervolging

De officier van justitie is de onbetwiste leider van het opsporingsonderzoek, dat is uitdrukkelijk en allicht ten overvloede aangegeven in de Wet versterking positie rechter-commissaris. Wat zijn bevoegdheden betreft zij opgemerkt dat de officier van justitie aan het begin van de 21ste eeuw al veel nieuwe wettelijke bevoegdheden toebedeeld had gekregen met de inwerkingtreding van de Wet BOB.<sup>27</sup> De bijzondere opsporingsbevoegdheden zijn in de laatste tien jaren uitgebreid met soortgelijke, maar eerder en ruimer toepasbare bevoegdheden in het kader van de bestrijding van het terrorisme.<sup>28</sup> Bovendien is de mogelijkheid het gegevensverkeer van verdachten in de breedste zin des woords te onderscheppen of op te vragen, aanzienlijk uitgebreid aan de hand van de Wet computercriminaliteit II en andere wetten. In dit verband wordt getracht op het gebied van opsporing

23 Zie *Staatsblad* 2011, 601, p. 1 t/m 7. Zie over deze wet R.H. Hermans, 'Kennismaking van processtukken in het voorbereidend onderzoek in strafzaken', *DD* 2009, nr. 39 en over de samenstelling van en kennisname van het dossier A.A. Franken, 'Regels voor het strafdossier', *DD* 2010, p. 403-418.

24 Zie het rapport *Tussen Accusatoir en Inquisitoir. Naar een regievoerende rechter-commissaris*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak & LOVS 2011. Zie ook de voorloper van dit rapport *De Strafrechter en Profiel. Deskundigheidsbevordering van de strafrechter*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak & LOVS 2010.

25 Zie het rapport, p. 7.

26 Vergelijk P.P.J. van der Meij, 'De wankele status van de rechter-commissaris', *NJB* 2008, p. 2444-2450.

27 Zie voor de totstandkoming en invulling van de Wet BOB F.P. Ölçer, *Eerlijk proces en bijzondere opsporing*, Nijmegen: Wolff Legal Publishers 2006.

28 Zie over de 21ste eeuwse wetgeving in het kader van terrorismebestrijding M.A.H. van der Woude, *Wetgeving in een Veiligheidscultuur. Totstandkoming van antiterrorismewetgeving bezien van maatschappelijke en (rechts)politieke context*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

van misdrijven gelijke pas te houden met de ontwikkelingen op het technologisch vlak, bijvoorbeeld door het gebruik van scanapparatuur (IMSI-catchers), zendmastgegevens en triangulatiemetingen. Deze ontwikkelingen op het gebied van wetgeving illustreren dat de opsporing van strafbare feiten zeker in grote strafzaken, feitelijk steeds meer zal kunnen bestaan in het vergaren van gegevens voordat een persoon als verdachte kan of zal worden aangemerkt, en als zodanig zal worden aangehouden en verhoord. Dit vermoeden sluit aan bij de opmerking uit de inleiding dat het voor de hand ligt de verdediging vanaf het moment van de aanhouding van de verdachte een duidelijke rechtspositie te verschaffen, vooral omdat de mogelijkheid van effectieve opsporing zonder inmenging van de verdediging door de geschetste uitbreiding in het arsenaal van de officier van justitie alleen maar groter is geworden. Anders gezegd: het is een hele krachttoer voor de verdachte te blijven ontkennen dat hij iets met het strafbare feit te maken heeft als het aan de hand van allerlei technisch en forensisch onderzoek maar al te waarschijnlijk is dat hij ten tijde van het feit op de plaats delict moet zijn geweest. Ten aanzien van de geschetste situatie valt een tweetal zaken op. In de eerste plaats is dat de relatief bescheiden rol die de rechter-commissaris speelt bij de controle op de uitoefening van de bijzondere opsporingsbevoegdheden. Voor een aantal bevoegdheden is weliswaar voorzien in een rol voor de rechter-commissaris als machtigingsrechter, en is vooraf diens toestemming nodig bij de inzet daarvan. Dit is echter niet geregeld voor enkele ingrijpende bevoegdheden zoals de stelselmatige observatie en infiltratie. Waar het de toetsing van het afluisteren van telefoongesprekken of het direct afluisteren betreft, valt het op dat de betrokkenheid van de rechter-commissaris vrij incidenteel is. Hier is in elk geval niet of slechts zeer beperkt de abstracte idee doorgevoerd dat de onvermijdelijke afwezigheid van controle door de verdediging dient te worden gecompenseerd door de aanwezigheid van een rechter-commissaris. Het zou een mogelijkheid zijn geweest de rechter-commissaris het zogenoemde BOB-dossier te laten beheren, om hem bij de inzet, duur en intensiviteit van de bevoegdheden een vinger aan de pols te houden en om hem te laten bepalen wanneer dat aan de verdediging ter beschikking kan worden gesteld of wanneer het onderzoek gesloten zou moeten worden. Deze gedachte is door mij eerder getoetst tijdens lezingen voor verschillende parketten en kabinetten door de jaren heen, maar die werd steeds direct en resoluut van de hand gewezen door beide instanties. De ondraaglijke werklast werd meestal als argument opgevoerd van de kant van de rechters-commissarissen, waarbij het voorstel om dan de proportionaliteits- en subsidiariteitstoets bij de inzet van de telefoontap veel strikter te doen uitvallen van de hand werd gewezen. Het vooropgestelde vertrouwen

werd meestal als argument opgevoerd van de kant van het Openbaar Ministerie, waarbij enkele geconstateerde misstanden in de opsporing en de problemen met het vernietigen van geheimhoudersgesprekken in grote strafzaken werden afgedaan als incidenten die inmiddels onder controle waren. Zo is in de loop van 2011 een automatisch systeem van nummerherkenning in gebruik genomen waarbij dagelijks de geregistreerde telefoonnummers van advocaten worden geupload naar een server, zodat de opname van een gesprek dat een verdachte 'die onder de tap zit' met een dergelijk nummer voert, automatisch zou afslaan. Niettemin bestaat nog altijd een marge voor fouten in deze registratie. Bovendien laat dit systeem onverlet dat de verkeersgegevens die los van de inhoud van de gesprekken ontstaan, wel mogen worden gebruikt in de opsporing van strafbare feiten. In de tweede plaats valt op dat de verhouding tussen het Openbaar Ministerie en de politie nog niet is ontgaan van enkele problemen die samenhangen met de min of meer gespleten rol van de officier van justitie in het opsporingsonderzoek. Van de officier van justitie wordt verwacht dat hij zich betrokken toont op het opsporingsonderzoek door dat concreet en met gezag aan te sturen, maar ook dat hij voldoende afstand bewaart om magistratelijke afwegingen te maken. Dit laatste wordt echter begrijpelijkerwijze bemoeilijkt door het voortschrijden van het onderzoek en de overtuiging van schuld van de verdachte die allengs zal ontstaan. Dat een dergelijke betrokkenheid ook uit de hand kan lopen, is bijvoorbeeld schrijnend aan het licht gekomen in het evaluatieonderzoek naar de Schiedammer parkmoord en hangt in meer of mindere mate boven enkele dossiers die door de Commissie Evaluatie Afgesloten Strafzaken opnieuw zijn doorgelicht. In het laatste decennium is in elk geval duidelijk geworden dat aan de kant van het Openbaar Ministerie en de politie moet worden gewaakt voor een zogenoemde tunnelvisie en dat steeds oog dient te worden gehouden voor plausible alternatieve lezingen, die al dan niet door de verdediging na bestudering van het dossier worden aangedragen. Tot slot valt ten aanzien van de rol van de officier van justitie in het vooronderzoek op dat diens keuzemogelijkheden inzake de vervolging van strafbare feiten in het afgelopen decennium enorm zijn toegenomen. Het opportuniteitsbeginsel op grond waarvan de officier van justitie al dan niet een vervolging tegen een verdachte instelt, heeft een keur aan keuzemomenten erbij gekregen. In dat kader wordt niet zozeer bedoeld op de overlap van de aloude bevoegdheid tot transigeren en het uitvaardigen van strafbeschikkingen, omdat de eerstgenoemde bevoegdheid indien het toepassingsbereik van de strafbeschikking volledig is, zal verdwijnen. Een feit is wel dat naast de strafbeschikking afdoeningsmodaliteiten bestaan die voor eenzelfde geval een andere traject

mogelijk maken, zoals de oplegging van een bestuurlijke boete door de gemeente of een navordering op grond van een stukgelopen ontnemingsdossier door de Belastingdienst.<sup>29</sup> De keuzemogelijkheden doen zich echter wat het vooronderzoek betreft op grote schaal voor aan de selectietafel ZSM die in de loop van 2011 door het Openbaar Ministerie in gebruik is genomen. Het project is vooral erop gericht de slagkracht bij het aanpakken en afhandelen van veelvoorkomende criminaliteit op te voeren, zodat slachtoffers, verdachten en de samenleving sneller weten waar ze aan toe zijn. 'Niet alleen vindt versnelling plaats, ook wordt door de ZSM-werkwijze de administratieve last sterk teruggedrongen en wordt het strafrecht waar nodig selectief ingezet: als er andere, betere oplossingen zijn dan het strafrecht kan daar in een vroeg stadium voor gekozen worden door politie en OM. De kracht van ZSM zit in het feit dat alle relevante informatie die nodig is voor een afdoeningsbeslissing zo spoedig mogelijk door de betreffende ketenpartners beschikbaar wordt gesteld en dat op basis daarvan snel en zichtbaar een effectieve sanctie wordt opgelegd.'<sup>30</sup>

Aan de selectietafel behoren onder andere voorwaardelijke septs, afdoeningen bij wijze van transactie of strafbeschikking, toepassing van (super)snelrecht en de gang van het reguliere strafproces tot de keuzemogelijkheden van de officier van justitie. Voor een verdachte kan veel afhangen van de keuze die ten aanzien van hem wordt gemaakt. Een belangrijk punt van kritiek is tot op heden dat de gemaakte keuze – als die behoort tot de buitengerechtelijke afdoening – vaak aan de verdachte wordt voorgelegd tegelijk met de keuze of hij een raadsman (al dan niet op eigen kosten) wil aanwenden. Het gevaar bestaat zo dat de verdachte zich rijk rekent met de hem geboden 'milde' afdoening zonder daadwerkelijk rechtsbijstand te hebben genoten en alle consequenties van het aanvaarden van het aanbod te kunnen overzien. Dit brengt een grote verantwoordelijkheid met zich voor de vertegenwoordiger van het Openbaar Ministerie die de verdachte de keuze voorhoudt: zou de zaak hebben geleid tot een veroordeling als die voor de rechter zou zijn gebracht? Wat is er af te dingen op het schijnbaar afgeronde onderzoek door de politie? Wat betekent deze wijze van afdoening voor de verdachte in toekomst, bijvoorbeeld voor de aanvraag van een verklaring omtrent gedrag? Toch zou aan de selectietafel ook goed weerstand kunnen worden geboden aan de ontwikkeling dat de wetgever geneigd is de keuzevrijheid van de rechter in de oplegging van bepaalde straf te beperken.

Een goed voorbeeld is de wet die bij bepaalde delicten de rechter beperkt in zijn mogelijkheid enkel een taakstraf op te leggen; indien een onvoorwaardelijke gevangenisstraf echt onwenselijk is gezien het concrete strafbare feit, dan kan het Openbaar Ministerie aan de selectietafel immers echt magistraatelijke keuzes maken.<sup>31</sup>

## 5 Uitleiding

Ongrijpbare factoren bij het bepalen van de uitwerking van de hierboven geschetste wijzigingen in de positie van de verdediging en de rechter-commissaris in het vooronderzoek zijn nog altijd de praktijk waarin een wijziging zijn beslag heeft te krijgen en de aard en inhoud van andere wijzigingen in wet, beleid en praktijk die zich tegelijkertijd manifesteren. Voor het antwoord op de vraag of het vooronderzoek of het eindonderzoek beslissend is, maakt deze onbestemdheid niet veel uit. Dat antwoord was namelijk in de tijd van Pompe al gegeven. Het maakt het echter wel lastig te beoordelen of anno 2012 de verwachting is gerechtvaardigd dat in het strafrechtelijk vooronderzoek eindelijk ook een substantiële rol voor de verdediging is weggelegd en definitief wordt gebroken met de inquisitoire traditie van dat vooronderzoek, of de rechter-commissaris daadwerkelijk een actieve rol zal kunnen spelen in het strafrechtelijk vooronderzoek en of de officier van justitie met al zijn bevoegdheden en keuzemogelijkheden de verleiding kan weerstaan zich in de opsporing en vervolging hoofdzakelijk te richten op een snelle, effectieve bestrijding van de criminaliteit. Voor deze kwesties geldt dat het strafrechtelijk vooronderzoek nog lang niet is uitontwikkeld.

31 Zie in dit verband de uitspraak van het Hof Amsterdam op 23 december 2011, LJN BU9326: 'Het hof hecht eraan om in het kader van deze zaak op te merken dat binnen afzienbare tijd [...] geen taakstraf meer zal kunnen worden opgelegd onder meer in geval van veroordeling voor een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van zes jaar of meer is gesteld en dat een ernstige inbreuk op de lichamelijke integriteit van het slachtoffer ten gevolge heeft gehad. [...] Onder de geldende wetgeving is het hof nog in de gelegenheid om in bijzondere gevallen als waarvan in de onderhavige zaak sprake is bij het bepalen van de strafmaat maatwerk toe te passen [...]. De omstandigheden die het hof bij de keuze van de strafmodaliteit in de onderhavige zaak in aanmerking heeft genomen zien op het feit dat het onder 1 tenlastegelegde feit bij het wijzen van dit arrest (ondanks de eenvoudige bewijsvoering) drie jaren en elf maanden geleden is gepleegd, dat verdachte terzake van het tenlastegelegde nooit in voorlopige hechtenis heeft gezeten, dat verdachte na het plegen van het onder 1 bewezenverklaarde feit direct de politie heeft geïnformeerd, dat verdachte bij de behandeling van zijn strafzaak in eerste aanleg verstoken is gebleven van rechtsbijstand en voorts dat de zaak in hoger beroep eerst twee jaar en ruim zeven maanden na het instellen van hoger beroep wordt afgedaan.'

29 Zie over deze verschillende keuzemogelijkheden en vooral de positie die de officier van justitie daarin bekleedt J.H. Crijns, *De strafrechtelijke overeenkomst. De rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie op het grensvlak van publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

30 Zie [www.om.nl/onderwerpen/zsm/](http://www.om.nl/onderwerpen/zsm/) (bezoekt op 27 januari 2012).