

Openbaar Ministerie en advocatuur: balanceren tussen belangen

P.P.J. van der Meij

22.1 Een eerste inventarisatie van conflicterende belangen

Het Openbaar Ministerie heeft tot taak strafbare feiten op te sporen in samenwerking met de politie en andere opsporingsdiensten, en de daders strafrechtelijk te vervolgen. Waarheidsvinding staat daarbij als belang voorop en dat genereert op zichzelf al een bepaalde bescherming voor in het strafproces betrokken burgers: alleen de daadwerkelijk schuldige behoort te worden gestraft. Het feit dat opsporing en vervolging dienen plaats te vinden binnen de kaders die het Wetboek van Strafvordering en de beginselen van een goede procesorde daaraan stellen en dat het OM daarvoor verantwoordelijkheid draagt (en verantwoordelijk kan worden gehouden als het mis gaat), genereert eveneens rechtsbescherming in de breedste zin van het woord. Toch kan het belang van de rechtsbescherming juist vanwege de ingrijpende bevoegdheden en dwangmiddelen die bij opsporing en vervolging tegen een concrete verdachte worden ingezet, niet alleen bij het OM zijn gewaarborgd. Een verdachte heeft in het kader van het strafproces fundamentele rechten die weliswaar in de wet zijn verankerd, maar die ook in de praktijk dienen te worden geëffectueerd. Het belang van de rechtsbescherming die een verdachte kan invoeren, is individueel georiënteerd en kan daarom haaks staan op de belangen van waarheidsvinding en rechtsbescherming zoals het OM die dient. Waar het OM van zijn bevoegdheden gebruik zal willen maken de daadwerkelijk schuldige aan een strafbaar feit met succes te vervolgen, dient de verdachte te worden beschermd tegen een onterechte veroordeling en eveneens tegen al te ingrijpend overheidsoptreden gedurende de fasen van opsporing en vervolging. De procespositie van de verdachte dient actief en effectief te worden beschermd en die taak is in de meeste zaken belegd bij diens advocaat die namens de verdachte de verdediging voert. Dit schetst in een notendop de spanning tussen de belangen die spelen en de strijd die het strafproces kenmerkt. Die strijd in het strafproces wordt doorgaans geleverd door de officier van justitie en de advocaat.

Het OM en de strafrechtadvocatuur zijn op enig moment in het strafproces allebei volledig betrokken, al is dat meestal pas in een laat stadium. In de vroegste fase van het strafrechtelijk onderzoek is van betrokkenheid van de advocatuur meestal nog geen sprake. In omvangrijke strafzaken zoals die tegen de georganiseerde criminaliteit zal vaak sprake zijn van een langlopend opsporingstraject en de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden. Dat is een heimelijk traject dat zich aan het zicht van de verdachte en

diens advocaat onttrekt en pas veel later zou kunnen worden gecontroleerd. In reguliere, kleinere strafzaken, zoals ontdekkingen op heterdaad die leiden tot een OM-hoorzitting of een politierechterzitting, vertrekken beiden – OM en strafrechtadvocatuur – weliswaar ongeveer op hetzelfde moment maar zal de nadruk in de eerste fase liggen op de bewijsgaring onder gezag van de officier van justitie en op diens afdoeningsbeslissing. Behoudens de aanwezigheid bij een politieverhoor heeft de advocaat geen grote rol in de fase van de opsporing en de dossiervorming, al zou die wel enige invloed kunnen uitoefenen, bijvoorbeeld door ontlastend materiaal aan te dragen. Feitelijk zal de verdediging zowel bij omvangrijke zaken als bij reguliere strafzaken pas na afronding van het dossier een rol van betekenis kunnen gaan spelen door het indienen van onderzoekswensen of het voeren van verweren ten aanzien van het verrichte onderzoek of de toegepaste opsporingsbevoegdheden en (vrijheidsbenemende) dwangmiddelen. Anders gezegd: in de eerste fase van het opsporingsonderzoek is sprake van een beperkte bemoeienis van de verdediging terwijl dat voor de waarheidsvinding nog altijd een bepalende fase is.¹ Naarmate het onderzoek vordert en de zaak richting vervolging en afdoening gaat, zal de verdediging zich nadrukkelijker manifesteren in haar poging ten gunste van de verdachte het beeld dat uit het dossier naar voren komt, bij te stellen en achteraf de rechtmatigheid en betrouwbaarheid van het verrichte onderzoek te controleren.

De officier van justitie en de advocaat worden vanwege de belangen die zij behartigen in de beeldvorming gemakkelijk tegenover elkaar geplaatst. Naarmate de strijd tegen de (georganiseerde) criminaliteit intensiveert en als belang vermengd raakt met dat van de waarheidsvinding, is die polariteit des te voelbaarder. Als voor verdachten meer op het spel staat, komt steeds meer nadruk te liggen op het controleren van de rechtmatigheid van het overheidsoptreden. Dat betekent niet per definitie dat sprake is van een steeds verdergaande polarisering,² maar op zijn minst genomen wel dat een spanningsveld tussen beide procesdeelnemers bestaat dat constant aan verandering onderhevig is. Het betekent ook dat van het OM in het kader van die opsporing mag worden verwacht dat het de grenzen van het eigen optreden goed bewaakt en de verdediging in de gelegenheid stelt haar rechtsbeschermende taak uit te oefenen. In het verlengde daarvan is het verwijf dat het OM te lichtzinnig omspringt met de inzet van ingrijpende bevoegdheden en opsporingsmethoden al snel gemaakt. Het gevoelde structurele wantrouwen van de verdediging kan schuren, maar doet niet af aan het belang dat met die controle wordt nagestreefd. Andersom laden advocaten in de verwezenlijking van de rechten van de verdachten al snel de verdenking op zich dat zij het strafproces doelbewust vertragen of zelfs de waarheidsvinding traineren.³

1 Zie de bekende beschouwing van Pompe 1959.

2 Zie Spronken 2022.

3 Zo is recent nog het afwijzen van getuigenverzoeken door het Hof Amsterdam gepresenteerd als 'een streep zetten door de vertragungstactiek van strafrechtadvocaten (...) welke werkwijze van advocaten recent vaker voorkomt en funest is voor de kwaliteit en de effectiviteit van de strafrechtpleging' (zie ECLI:NL:GHAMS:2023:457 en ECLI:NL:GHAMS:2023:457458 en het persbericht (!) <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Gerechtshoven/Gerechtshof-Amsterdam/Nieuws/Paginas/Hof-zet-streep-door-vertragungstactiek-strafrechtadvocaten.aspx>). Een ander voorbeeld is de gelukte wraking van een rechter-commissaris die zijn overtuiging uitsprak dat de toegekende onderzoekswensen van de verdediging alleen maar bedoeld waren om te vertragen (zie ECLI:NL:RBAMS:2023:2388).

Nu is het zo dat slechts in een beperkt aantal processen de verhoudingen tussen OM en de betrokken advocaten ernstig versjeurd zijn, wat bepaald niet representatief is voor de daadwerkelijke verhoudingen in de strafrechtspleging. De vraag is hoe die verhoudingen dan wel liggen en of het beeld van elkaars functioneren een realistische weergave vormt van de wijze waarop bijvoorbeeld de officier van justitie en de strafrechtadvocaat hun werk doen. In het boek 'Misdad en straf in de polder' wordt een uitvoerig verhaal van binnenuit de organisatie van het OM verteld waarin ook aandacht is voor reflectie op het eigen functioneren – en op dat van de advocatuur.⁴ De vraag aan individuele officieren van justitie of zij zichzelf als *crimefighter* of als magistraat zien, lijkt vooral een definitiekwestie te zijn waarin voor de eerste categorie bepalend is dat zij bereid zijn de uiterste grenzen op te zoeken van het wettelijk toelaatbare en voor de tweede categorie dat zij bereid zijn op grond van waarheidsvinding en het pleidooi van de advocaat hun mening bij te stellen ten aanzien van de schuld van de verdachte. Hoewel zeker de nodige waardering bestaat voor de strafrechtadvocatuur en een aantal opgevoerde officieren van justitie zelf ook advocaat is geweest en 'zich goed in de rol van de ander kan verplaatsen', doen de typering in het boek niet altijd recht aan de rol van de advocaat. "Veel zittingen verlopen [...] volgens voorspelbare patronen, maar het knettert natuurlijk geregeld. De emoties kunnen hoog oplopen, maar vaak wordt de hoge toon ingezet om de eigen positie ten behoeve van de verdachte op te poetsen, of de ander in kwaad daglicht te stellen."⁵ Er wordt door een aantal OM-ers geschetst dat advocaten 'gevangen zouden zitten in het verhaal van de cliënt', dat 'het OM bouwt aan een product dat advocaten proberen te slopen' en dat de advocatuur 'de enige professionele partij is die mag liegen in de rechtszaal en dat ook nog vaak met veel retoriek en demagogie gestalte geeft'.⁶ Voor de duidelijkheid: het zijn geen breed gedragen opvattingen, zo volgt wel uit het boek, maar het zijn wel beschouwingen die aanleiding geven dieper in te gaan op de belangen waarvoor de verdediging staat en de rol die daar voor de strafrechtadvocatuur bij past ten opzichte van de belangen van het OM.

Waar polariteit in de belangenbehartiging door de procesdeelnemers eigen is aan ons strafproces en geen negatieve connotatie heeft,⁷ bedreigt een verdergaande polarisering juist de verwezenlijking van die belangen. Het is goed om de voedingsbodem voor een dergelijke polarisering aan de hand van een bespreking van de geïntensiveerde criminaliteitsbestrijding, van de misvatting dat advocaten aan de leiband van hun clientèle lopen en van de noodzaak van bescherming van enkele voor de waarheidsvinding onwettelijke (voor)rechten van de verdachte in kaart te brengen. Met die inzichten kan wellicht ook de dreigende polarisering worden tegengegaan. Vervolgens is het zaak het beeld bij te stellen van de belangenstrijd met een schets van de grootste zaakstroom waarin de officier van justitie en de strafrechtadvocaat zijn betrokken. Het is goed voorstelbaar dat zowel het belang van de waarheidsvinding als dat van de rechtsbescherming beter wordt gediend als beide procesdeelnemers meer op elkaar gericht zijn en bijvoorbeeld de verdediging eerder bij het proces wordt gehaald en beter wordt geïnformeerd over de aard en inhoud

4 Zie Van Liempt 2022. Zie in het bijzonder Hoofdstuk 2, 'Dilemma's en afwegingen en de buitenwereld'.

5 Zie Van Liempt 2022, p. 65-66.

6 Zie Van Liempt 2022, respectievelijk p. 67, 104 en 289.

7 Zie Spronken 2022, p. 118.

van de zaak en de verdenking. De schets zou kunnen helpen in de beeldvorming, namelijk dat in het merendeel van de strafzaken de tegenstelling tussen *crimefighting* enerzijds en trainerende advocaten anderzijds helemaal niet op de voorgrond staat. Tot slot kan aan de hand van voorbeelden uit de strafrechtspleging worden geïllustreerd welke winst te behalen is door een betere communicatie en meer onderlinge afstemming tussen OM en verdediging aan de hand van ZSM, OM-zittingen en het maken van procesafspraken. Weg van de dreigende polarisering, op weg naar meer begrip voor elkaars procesposities en onderliggende belangen: waarheidsvinding en rechtsbescherming.

22.2 Polarisering als bedreiging van belangen

De strijd van de justitiële autoriteiten tegen de georganiseerde drugscriminaliteit is in de 21ste eeuw enorm geïntensiveerd. In die strijd worden eclatante successen geboekt, met name door het hacken van ooit geheime cryptocommunicatie van mogelijk verdachte burgers en de inzet van onorthodoxe opsporingsmethoden die net iets verder lijken te gaan dan de wettelijke bevoegdheden waarop die worden gebaseerd.⁸ De opsporing en vervolging van die georganiseerde criminaliteit legt beslag op een groot deel van de beschikbare capaciteit in de strafrechtspleging.⁹ Waar enerzijds gepropageerd wordt dat het criminele milieu verhardt, wordt anderzijds duidelijk dat de justitiële autoriteiten nog maar weinig middelen schuwen om die criminaliteit op te sporen. De verhevigde criminaliteitsbestrijding verhoogt zonder meer de inzet van het strafgeding, zodat in de processtrategie de focus meer en meer is komen te liggen op de controle van de rechtmatigheid van de inzet van die bevoegdheden. De grote strafzaken staan de laatste jaren vooral in het teken van de strijd van de advocatuur om de EncroChat- en SKY ECC-hack te kunnen reconstrueren en controleren. De verweren die daarbij worden gevoerd zien vooral op het gebrek aan transparantie van de kant van het OM en op de rechtmatigheid van de hacks en het op grote schaal delen van de verkregen informatie. Voor wat betreft de waarheidsvinding lijkt het OM aan het langste eind te trekken. Het gaat in de verweren van de verdediging met name om de volledigheid van de weergegeven chats en de doorzoekbaarheid,¹⁰ de context waarin die chats dienen te worden geplaatst en of de chats daadwerkelijk aan de specifieke verdachte kunnen worden toegeschreven, zonder dat die verweren al te grote kans van slagen hebben. Wat daarentegen in de chats te lezen is en op die manier kan worden gereconstrueerd, geeft een schrikbarend beeld van de strafbare feiten die hebben plaatsgevonden en de wereld daarachter, met geheide veroordelingen en hoge straffen tot gevolg. Nu meer van de uitkomst van de strafzaken afhangt, verhardt de strijd in de zittingszaal.

8 Denk aan de herintroductie van de criminele burgerinfiltrant (<https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Rechtbanken/Rechtbank-Noord-Nederland/Nieuws/Paginas/Uitspraak-in-onderzoek-Vidar.aspx>) en aan de inzet van de inmiddels vaak gesanctioneerde en veel bekritiseerde Mr. Big-methode (zie verderop in deze bijdrage).

9 Zie de Kroniek Straf(proces)recht 2022.

10 Zie Egberts 2022 en Galic 2022.

22.2.1 Marengo

Een omvangrijk strafproces als Marengo en daarmee in zekere zin samenhangende strafzaken als Pulheim (moord op Derk Wiersum), Iraklia en Hendon (moord op Peter R. de Vries respectievelijk het opdracht geven daartoe), laten de complexiteit van de strijd tegen de georganiseerde criminaliteit en de toenemende polarisering in volle omvang zien. De zaak Marengo staat bol van incidenten die soms een opmaat tot wraking vormden,¹¹ waarbij vooral de verhoudingen tussen de procesdeelnemers (inclusief de betrokken rechters) flinke deuken opliepen. Zo beklagde een rechter-commissaris zich over de procesopstelling van een advocaat die beweerdelijk aan zijn vraagstelling teveel persoonlijke informatie uit het dossier ten grondslag zou hebben gelegd, welke te scherpe bewoordingen van de rechter-commissaris leidden tot een wrakingsverzoek dat werd afgewezen waarna de rechter-commissaris zich later overigens uit het onderzoek terugtrok.¹² Het OM had zich in deze kwestie achter de rechter-commissaris geschaard door te stellen dat de opmerking waarvoor de wraking was verzocht, terecht was gemaakt. Rondom Marengo werden ook meerdere kort gedingen gevoerd over publicaties die verband houden met de strafzaak.¹³ Het OM uitte op zitting gedurende het onderzoek een aantal keren de nog altijd niet bewezen verdachtmaking richting de advocatuur dat die stukken zou lekken naar de organisatie van de hoofdverdachte in Marengo, welke verdachtmakingen ironisch genoeg eerder bij de pers bekend waren dan bij de advocaten. Ook laadde de verdediging van de medeverdachte die in Columbia was aangehouden en pas later aan Nederland werd uitgeleverd, de verdenking op zich het strafproces te willen vertragen door de nietigheid te bepleiten van het onderzoek wegens gebreken in de oproeping ten tijde van de uitleveringsdetentie in Columbia.¹⁴ Het dieptepunt was lange tijd de opdracht van het OM om twee advocaten te laten schaduwen tijdens hun reis naar Dubai in de hoop de verblijfplaats van de hoofdverdachte – die nota bene niet eens de cliënt was van die advocaten – te kunnen achterhalen. Deze ‘observatie’ kwam overigens niet aan het licht door een mededeling van het OM zelf, maar slechts door onderzoek van journalisten. Het OM deed deze wanhoopsdaad af met de mededeling dat het belang om de verblijfplaats

11 Een opmerking van de rechters ten aanzien van een van de advocaten dat die op de gang in het Marokkaans met de broer van zijn cliënt, tevens medeverdachte, had gesproken en dat onwenselijk was, werd niet doorgezet als wraking (zie *Parool*, 13 augustus 2020, ‘Rechters blijven op proces tegen Taghi, na ophef om “foute opmerking”’). De advocaten van de kroongetuige wraakten de rechtbank zonder succes omdat die besloot de bespreking van persoonlijke omstandigheden waarom die kroongetuige die zittingsdag geen verklaring kon afleggen, niet achter gesloten deuren te houden (ECLI:NL:RBAMS:2021:3068); de advocaten van de andere verdachten wraakten de rechtbank omdat die de bespreking van de onderzoekswensen ten aanzien van berichten uit de mobiele telefoon die bij de kroongetuige op cel was aangetroffen, juist wel achter gesloten deuren wilde behandelen (ECLI:NL:RBAMS:2021:5207). Ook het feit dat de rechter-commissaris de getuigenverhoren niet wilde aanhouden ondanks ziekte van een van de advocaten, leidde tot een wrakingsverzoek (ECLI:NL:RBAMS:2021:7174).

12 Zie ECLI:NL:RBAMS:2020:4415.

13 Ten aanzien van een van de beschuldigde advocaten oordeelde de civiele rechter dat de krant en een van de voormalig advocaten van de kroongetuige onrechtmatig handelden met reputatieschade als gevolg. Zie ECLI:NL:RMBNE:2021:3805. Zie ook ECLI:NL:RBAMS:2021:5058 voor een ander K-G.

14 Zie ECLI:NL:RBAMS:2021:7401.

van de hoofdverdachte te achterhalen heel groot was,¹⁵ zonder daarbij een woord te wijden aan het feit dat naast de schending van fundamentele rechten van verdediging, zoals het recht van een verdachte zich vrijelijk tot een advocaat te kunnen wenden, mogelijk daarbij het leven van de twee advocaten in de waagschaal was gelegd.¹⁶ De absolute dieptepunten in deze zaak moesten toen nog komen, met in oktober 2021 de aanhouding van een van de advocaten van de hoofdverdachte (tevens diens neef) die uiteindelijk werd veroordeeld als loopjongen voor de criminele organisatie (de zaak Mandel)¹⁷ en de aanhouding van Inez Weski in april 2023 op grond van eenzelfde verdenking. Het eerste incident vormde al aanleiding voor de toenmalige Minister van Rechtsbescherming om te laten onderzoeken of wet- en regelgeving aanpassing behoeven om zware georganiseerde criminaliteit nog beter tegen te kunnen gaan en of de bevoegdheden van de instanties om, preventief dan wel repressief, op te treden tegen (voortgezet) crimineel handelen door of via geprivilegieerde personen, nog voldoen in het licht van de praktijken waarvan de zware georganiseerde criminele organisaties zich bedienen.¹⁸ Kortom: Marengo heeft de verhoudingen in de strijd tegen de georganiseerde criminaliteit op scherp gezet en geen van de betrokken procesdeelnemers komt ongeschonden uit die strijd.¹⁹

22.2.2 Verdachtmakingen van de advocatuur

De vraag dringt zich op of Marengo exemplarisch is voor de verharde verhoudingen tussen de betrokken procesdeelnemers en een vergaande polarisering. Dat lijkt niet het geval te zijn, al zijn er uiteraard genoeg voorbeelden van zaken waarin die strijd daarin uitmondt. In de zaak Pulheim bijvoorbeeld bevochten de advocatuur en het OM elkaar in de zittingszaal en in de media,²⁰ wat misschien niet eens zo heel opmerkelijk is gezien de aard van de strafzaak. Hetzelfde geldt voor andere 'grote' zaken zoals die omtrent de strafrechtelijke vervolging van Jos B. of van de oprichter van motorclub No Surrender, Klaas O.²¹ Toch wordt een verdachtmaking vanuit het OM naar de advocatuur dat die te dicht betrokken is op de cliëntèle maar zelden hardop uitgesproken. Uitzondering vormde een pro forma-zitting in een overzichtelijke strafzaak waarin de officier van justitie de advocaat van beide verdachten indirect verweet het verlengstuk te zijn van de criminele organisatie. Het leidde tot een kort geding waarin de betrokken advocaat rectificatie eiste, en kreeg.²² Wat de officier stelde over het 'werken volgens het boekje

15 Zie het persbericht van 21 augustus 2020, 'OM-reactie over observeren advocaten in zoektocht naar Ridoan T.', <https://www.om.nl/actueel/nieuws/2020/08/21/om-reactie-over-observeren-advocaten-in-zoektocht-naar-ridouan-t>.

16 Zie het bericht in het Advocatenblad van 21 augustus 2020 'Advocatuur ontzet over schaduwen advocaten door politie', <https://www.advocatenblad.nl/2020/08/21/advocatuur-ontzet-over-schaduwen-advocaten-door-politie/>.

17 Zie over het verloop van die zaak <https://www.rechtspraak.nl/Bekende-rechtszaken/Mandel> en ECLI:NL:RBAMS:2023:195.

18 Zie Brief van de Minister voor Rechtsbescherming, 8 oktober 2021, *Kamerstukken II 2021/22*, 29911, nr. 332.

19 Zie bijv. Meeus 2022.

20 Zie AD 20 juli 2021, 'Openbaar Ministerie haalt fel uit naar advocaten in moordzaak Derk Wiersum'.

21 Zie hierover Van der Meij 2018 (1).

22 Zie ECLI:NL:RBDHA:2021:11447.

Narconomics; How to run a drug cartel' sloeg door naar de advocatuur die ten aanzien van ondermijningszaken rechtsbijstand verleent: "Wij hebben te maken met grote organisaties, criminele organisaties die lijken op legale organisaties. Een criminele organisatie heeft ook een juridische afdeling. Die afdeling moet ervoor zorgen dat degene die spelers zijn niet teveel over elkaar en over hun directe contacten zeggen en al helemaal niet over hun directe opdrachtgever. Vanuit mijn kennis en ervaring is dit een zaak die inhoudelijk niet ingewikkeld is. Alles is volgens het boekje gegaan, maar vanuit het belang van de achterliggende organisatie is het handig om één advocaat te hebben die beide heren verdedigt. Daarom wordt er zo op gehamerd dat diezelfde advocaat de verdediging moet voeren. Dat is in zijn algemeenheid gebruikelijk in dit soort zaken."²³ De rectificatie die de rechtbank voorschreef en de excuses die daarmee werden gemaakt, zijn in verhouding tot de inhoud van de verdachtmaking en de schade die het de advocatuur kan berokkenen zuinig te noemen. Indien bij herhaling erop wordt gewezen dat in dit soort zaken 'de advocatuur' in het verlenen van de rechtsbijstand doorschiet en het verlengstuk vormt van het handelen van de criminele organisatie, loopt die beroepsgroep bovendien risico's, zowel ten aanzien van de belangenbehartiging waarvoor de advocatuur staat, als voor de eigen veiligheid.²⁴

Het lijkt erop dat niet altijd een juist beeld bestaat bij de betrokken procesdeelnemers over elkaars rol in het strafproces en onder welke omstandigheden die gestalte wordt gegeven. Dit beeld dreigt bovendien in een tijdperk van geïntensiveerde criminaliteitsbestrijding verder vertekend te raken. Het nadeel van polariseren, 'grenslopen' zoals Spronken dit noemt, is dat het contraproductief werkt. "Het gaat dan bijvoorbeeld om het betichten van de andere partij van misbruik van procesrecht of van opsporingsbevoegdheden, of het spelen op de persoon van de betrokken advocaat of officier van justitie en het in twijfel trekken van elkaars integriteit. [...] Het heeft tot gevolg dat het afleidt van de dingen waar het werkelijk om draait. Zeker als de integriteit in twijfel wordt getrokken, gaan emoties spelen die de bovenhand gaan voeren. Vanuit het perspectief van de verdediging bezien is het vaak maar zeer de vraag wat de cliënt ermee opschiet als zijn raadsman en de officier van justitie rollebollend over straat gaan of als er veel irritatie ontstaat tussen de rechter en de verdediging op de zitting omdat zij in elkaars ogen nodeloos over de schreef gaan."²⁵ De neiging tot polarisering is wat Spronken betreft echter niet nieuw en doet zich steeds weer in meer of mindere mate voor, als in een golfbeweging, afhankelijk van het tijdsgewricht en de situatie waarin de strafrechtspleging verkeert. Niettemin is de discussie over polarisering pas voor het eerst gaan spelen toen de strafrechtadvocatuur enige rol van betekenis ging spelen en dat is een interessante gedachte. De discussie laaide namelijk op in de jaren negentig toen de georganiseerde criminaliteit met buitenwettelijke opsporingsmethoden werd bestreden en waarin de strafrechtadvocatuur als tegenwicht tegen de intensieve opsporing veel formele en principiële verweren voerde, net als in het huidige tijdsgewricht waarin de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit eveneens de beleidsagenda's dicteert. Het patroon is aldus vergelijkbaar: het OM zoekt de grenzen op en krijgt het verwijt dat de magistratelijkheid ver te zoeken is, de rechtbank krijgt het

23 Zie ECLI:NL:RBDHA:2021:11447, r.o. 2.4.

24 Zie Den Blanken & Van der Meij 2021.

25 Zie Spronken 2022, p. 118.

verwijt dat zij dit oogluikend toelaat, en de verdediging krijgt het verwijt dat zij alles op alles zet om de resultaten uit dat opsporingsonderzoek te bekritisieren. Daar komt aan het adres van de strafrechtadvocatuur het verwijt nog eens bij dat die met alle formele (felle) verweren teveel op de hand te zijn van de verdachte en de nuance uit het oog verliest. Als veel op het spel staat en de justitiële autoriteiten de grenzen opzoeken, zal de verdediging zich schrap zetten. Dit terwijl het andersom – verdediging voert intensief verweer en het OM gaat daardoor intensiever opsporen – zich minder gemakkelijk laat voorstellen.

22.2.3 Effectieve verdediging of frustreren?

Spronken noemt in haar bijdrage over de polarisering een tweetal voorbeelden van discussies ten aanzien van het optreden van de strafrechtadvocatuur die wat haar betreft dienen te worden beslecht omdat die altijd in verband worden gebracht met een kant van de verdediging die verdacht kan worden gemaakt: het verschoningsrecht van de advocaat en de vraag naar financiering van de advocatuur.²⁶ Voor de verhouding tussen het OM en de verdediging en de belangen waarvoor beiden staan is vooral de kwestie rond het verschoningsrecht interessant. Over de financiering van de advocatuur als relevant aspect voor die verhouding valt niet zoveel te zeggen, behalve dan de uitlatingen van voormalig *crimefighter* en latere Staatssecretaris van Justitie Teeven die bezuinigingen op de rechtsbijstand aanwendde om opsporing en vervolging meer armslag te geven. “Het is een andere manier om hetzelfde effect te bereiken. Als je aan een advocaat niet al te veel tijd geeft om aan een verdachte te besteden, dan wordt het ook niet zo veel, die verdediging.”²⁷ Wat mij betreft kunnen aan het onderwerp verschoningsrecht nog twee discussiepunten worden toegevoegd, te weten het vaak gegeven advies door advocaten aan hun cliëntèle om gebruik te maken van het zwijgrecht en de opvatting dat de verdediging de mogelijkheid tot het indienen van onderzoekswensen aangrijpt om de procesgang te vertragen.

22.2.4 Het verschoningsrecht

Het verschoningsrecht van de strafrechtadvocaten is een fundamenteel recht dat rechtstreeks samenhangt met de regel dat die advocaten vanwege hun ambt verplicht zijn tot geheimhouding. In de beroepsregels zoals die zijn vervat in art. 10a Advocatenwet is naast onafhankelijkheid, partijdigheid, deskundigheid en integriteit als vijfde regel opgenomen dat de advocaat een vertrouwenspersoon is die geheimhouding in acht neemt binnen de daartoe in de wet- en regelgeving geldende grenzen. Art. 11a Advocatenwet bepaalt dat dat geldt ten aanzien van alles waarvan hij uit hoofde van zijn beroepsuitoefening als zodanig kennisneemt.²⁸ Voor diverse beroepsgroepen, zoals medici en notarissen, is het verschoningsrecht eveneens een principieel uitgangspunt, maar voor de strafrechtadvocaat is dit des te belangrijker, juist omdat de advocaat doorgaans door het contact met een

26 Zie Spronken 2022, p. 120: “Ik noem ze omdat bij deze twee kwesties de verhoudingen tussen het OM en de advocatuur iedere keer weer op scherp komen te staan en daarom ook bijdragen aan vaak energieverslindende polarisering.”

27 Zie Beunders 2017.

28 Dit behoudens wettelijke uitzonderingen, bijvoorbeeld die zijn opgenomen in de Advocatenwet en die zich richten op de bedrijfsvoering en kwaliteitseisen van de advocatuur.

cliënt wetenschap heeft van zaken die relevant zijn in het strafrechtelijk onderzoek in welk verband de informatie de advocaat is toevertrouwd. Het verschoningsrecht hindert als het ware de waarheidsvinding, omdat voor de opsporing en vervolging relevante informatie die mogelijk anders nooit bekend raakt, wordt achtergehouden, maar juist de verdachte die onderwerp is van dat onderzoek behoeft daaromtrent rechtsbijstand en zou zonder risico daarover overleg moeten kunnen hebben. Het komt erop neer dat 'het maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijke belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden'.²⁹ De keerzijde van de geheimhoudingsplicht is dat het verbreken daarvan door de advocaat strafbaar is gesteld in art. 272 Sr.

Uiteraard heeft de inhoud van de contacten tussen de advocaat en de verdachte de bijzondere belangstelling van de opsporingsinstanties. Het is echter niet toegestaan te proberen die informatie te achterhalen en te gebruiken. Het kan zijn dat vertrouwelijke telefoongesprekken tussen verdachte en diens raadsman per ongeluk worden opgenomen. Zo werd in 2018 en 2019 door een softwarefout en problemen in het systeem van nummerherkenning op grote schaal het telefonisch contact dat gedetineerde verdachten zochten met hun advocaat stelselmatig opgenomen.³⁰ Het is ook vaker voorgekomen dat dergelijk contact een bijvangst was in het strafrechtelijk onderzoek omdat met het af luisteren van de telefoon van de verdachte ook de gesprekken met diens advocaat waren opgenomen waarvan de inhoud in sommige gevallen zelfs een opmaat vormde naar een uitgebreider strafrechtelijk onderzoek of de aanleiding vormde tot de aanhouding van de verdachte.³¹ In de gevallen dat de geprivilegieerde gesprekken worden opgenomen is het regel dat die per ommekeer worden vernietigd (conform art. 126aa Sv), niet worden uitgewerkt en al helemaal niet worden gebruikt in het strafproces, maar ook daar worden fouten gemaakt. Als de gesprekken niet zijn vernietigd of nog erger, zijn gebruikt, en dat raakt bekend, zal de rechter dergelijke vormfouten doorgaans sanctioneren aan de hand van art. 359a Sv.

Het verschoningsrecht wringt echter het meest in de verhouding tussen OM en advocatuur als het gaat om relevante gegevens en documenten die bij de verdachte in beslag zijn genomen en waarbij de verdediging zich op het standpunt stelt dat het gaat om vertrouwelijke informatie tussen cliënt en advocaat. De vraag of die gegevens en documenten geprivilegieerde informatie bevatten is vooral in meer omvangrijke financieel-economische onderzoeken aan de orde en wordt lang niet altijd gemakkelijk beantwoord. Zolang onduidelijkheid bestaat dient de in beslag genomen informatie te worden bewaard door de rechter-commissaris en mogen de justitiële autoriteiten geen onderzoek daaraan verrichten. Vooral als het gaat om het contact met de advocaten in dienst van de rechtspersoon die verdachte is, wordt van de kant van het OM meer dan eens de beschuldiging geuit dat het verschoningsrecht slechts wordt aangewend om relevante belastende informatie uit

29 Dit is sinds jaar en dag standaardjurisprudentie, HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066.

30 Zie het rapport van de Commissie Telefonie Voor Justitiabelen, Den Haag, oktober 2019 en *Kamerstukken II* 2019/20, 24587, nr. 756.

31 Vergelijk de niet-ontvankelijkheid van het OM die het Hof Den Bosch in het arrest wijst (ECLI:NL:GHSGR:2007:BA2127) met de cassatie door de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2009:BH2678).

het zicht van justitie te houden. In een langsepende procedure tussen advocaten van het kantoor Stibbe die een vermogensbeheerder bijstaan in een strafrechtelijke procedure en het OM (in de civiele procedure vertegenwoordigd door de landsadvocaat), draait het bijvoorbeeld om vertrouwelijke e-mailcommunicatie – als gevolg van het opvragen van miljoenen e-mails bij de telecomprovider van de verdachte waartussen ook de mails met de advocaten – die wat justitie betreft gewoonweg mag worden doorzocht, terwijl de advocaten zich beroepen op de vertrouwelijkheid daarvan.³² Voor de waarheidsvinding uiterst hinderlijk, maar in het kader van de rechtsbescherming van verdachten gaat het hier om een recht op vrij verkeer tussen cliënt en advocaat. Zo oordeelde ook de Hoge Raad dat het verschoningsrecht van de advocaat van fundamenteel belang is voor een goede rechtsbedeling en mede voor de advocaat om zijn taak naar behoren te kunnen vervullen.³³ In kort geding werd de discussie dat het OM ten onrechte de in beslag genomen documenten had gebruikt in het onderzoek beslecht in het voordeel van de advocaten (onrechtmatig overheids-handelen door het OM)³⁴ en ook in het hoger beroep daartegen stelde het Hof Den Bosch vast dat het verschoningsrecht van de advocaten op structurele wijze was geschonden. Omdat namens het OM wel werd erkend dat fouten waren gemaakt maar dat die fouten 'per ongeluk' en van incidentele aard waren en de kwestie in overeenstemming met 'de procedure' was aangepakt, stelde het gerechtshof bovendien prejudiciële vragen aan de Hoge Raad met betrekking tot de uitleg van art. 126aa Sv.³⁵ Wat het gerechtshof betreft, had het OM tot dan toe de regels van art. 126aa Sv verkeerd uitgelegd en toegepast. Vanwege de vrees dat dit nog steeds niet op orde zou zijn en de problematiek ook speelt in andere onderzoeken legt het gerechtshof de uitoefening van de onderzoeksbevoegdheden van het OM in de tussentijd aan banden. Uit de mond van de advocaat in kwestie werd in elk geval opgetekend dat het 'elke keer weer teleurstellend [is] om tot de conclusie te moeten komen dat het OM zo verfrissend incapabel is en het zelfreinigend vermogen actief onbenut laat'.³⁶ Zo lijkt de vraag naar de reikwijdte van het verschoningsrecht in elk geval rechtstreeks van invloed op de polariteit tussen OM en verdediging, juist omdat de belangen van waarheidsvinding en rechtsbescherming niet in elkaars verlengde liggen.

Het is zeker niet zo dat de informatie die wordt gedeeld tussen advocaat en cliënt nooit zou kunnen worden gebruikt in het strafrechtelijk onderzoek. Niet alles wat wordt uitgewisseld valt onder de reikwijdte van het verschoningsrecht, maar dat zal tegelijkertijd dan ook niet relevant zijn voor het opsporingsonderzoek. De meest bijzondere situatie waarin dat anders kan zijn, is die waarin de advocaat in kwestie zelf verdachte wordt van het plegen van ernstige strafbare feiten, bijvoorbeeld in het kader van het samenwerken met een cliënt in een criminele organisatie.³⁷ Nu is het zoals gezegd ronduit gevaarlijk om een strafrechtadvocaat als juridisch medewerker van een dergelijk crimineel samenwerkingsverband aan te merken,³⁸ maar juist in het eerder genoemde

32 Zie Doorenbos & Rosing 2020.

33 Zie HR 19 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:273.

34 Zie ECLI:NL:RBOBR:2022:1035.

35 Zie Hof Den Bosch 2 mei 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:1329.

36 Zie Polman 2023.

37 Vergelijk HR 27 mei 2008, NJ 2008/407 met HR 21 oktober 2008, NJ 2008/630.

38 Zie ook Baumgardt, Felix & Kelder 2022.

Marengo-proces speelt dit maar liefst twee keer. Zelfs in een dergelijke situatie dienen de inbeslaggenomen gegevens en documenten zorgvuldig te worden gescand opdat niet overige vertrouwelijke informatie buiten die verdenking ten onrechte in strafrechtelijke onderzoeken wordt betrokken.³⁹

22.2.5 Het zwijgrecht

Sinds jaar en dag is het zwijgrecht van de verdachte onderwerp van discussie, ondanks het feit dat dit zwijgrecht in het Wetboek van Strafvordering, het EVRM en tal van andere regelingen zo uitdrukkelijk is onderkend als fundamenteel recht. Vooral in het kader van een effectieve criminaliteitsbestrijding gaan bij tijd en wijle gedachten op het recht dat de verdachte niet verplicht is een verklaring af te leggen, in te perken, of in elk geval een zwijgende proceshouding van de verdachte in een latere fase van het strafrechtelijk onderzoek van consequenties te voorzien.⁴⁰ Een uitgebreide beschouwing over de aard en inhoud van het zwijgrecht en meer in het bijzonder het *nemo tenetur*-beginsel gaat het bestek van deze bijdrage evenwel te buiten.⁴¹ Hoewel het zwijgrecht (en de daarbij horende cautieplicht van verhorende opsporingsambtenaren) vooral worden geplaatst in het belang van de rechtsbescherming van de individuele verdachte, is dat recht om te zwijgen toch ook in zekere zin van waarde voor de waarheidsvinding.⁴² Het zwijgrecht vormt een waarborg dat een verdachte niet kan worden gedwongen een (valse) bekentenis af te leggen, zodat het opsporingsonderzoek daar als het goed is van verschoond blijft. Op een meer concreet niveau van bijvoorbeeld het politieverhoor staat zwijgrecht haaks op het belang van de waarheidsvinding, vooral omdat een verdachte mogelijk opheldering kan geven ten aanzien van wat precies is voorgevallen en wat zijn aandeel daarin is geweest. Misschien omdat het zwijgrecht ook op onbegrip stuit, doet de polariteit tussen de justitiële autoriteiten die de zaak willen ophelderen en de verdediging die daar vooralsnog niets over wenst te zeggen, zich zo sterk voelen. “De ene officier van justitie beschouwt het zwijgrecht van de verdachte als fundamenteel (ook als dat soms onrechtvaardig aanvoelt), terwijl de ander omstandigheden onderkent waarin dit beginsel zijn absolute werking zou moeten verliezen bij de beoordeling van bewijs. ‘Het geeft soms een groot gevoel van onrecht, maar het is nu eenmaal zo dat iemand het recht heeft om te zwijgen (...). Dat betekent dat je soms moet slikken. Je leert hier: gelijk hebben is niet altijd gelijk krijgen. Dat moet je motto zijn als officier of als politiemann, op een grote tegel boven de deur.’”⁴³

Zeker in grote onderzoeken waarin jarenlang heimelijk is opgespoord zonder dat de verdediging daarvan op de hoogte is of kennis heeft genomen van de processtukken, zal het devies tijdens de eerste verhoren ‘zwijgen’ zijn. Als een verdachte niet weet waarvan hij wordt verdacht en een concrete tenlastelegging in zijn zaak nog niet is opgesteld, is het in de ogen van menig strafrechtadvocaat onverantwoord een cliënt te adviseren vroeg in het strafrechtelijk onderzoek een verklaring af te leggen. Mogelijk blijft zwijgen de enige optie voor een verdachte, bijvoorbeeld als gevolg van druk vanuit de criminele

39 Zie bijvoorbeeld HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:223.

40 Zie bijvoorbeeld Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 84-85.

41 Zie daarvoor bijvoorbeeld Stevens 2005.

42 Zie hieromtrent Crijns & Van der Meij 2005; Van der Meij 2008.

43 Kort, 2020.

organisatie of medeverdachten anderszins en op grond van angst voor represailles. In veel andere gevallen zal de verdediging, na overleg op basis van het dossier en bijvoorbeeld de conclusie dat het bewijs rond is, ervoor kiezen de kant van de verdachte te belichten door middel van het afleggen van een verklaring. Hoewel het zwijgrecht een fundamenteel recht is, kan de verdachte die zich al dan niet op advies van zijn raadsman daarop beroept, later in het proces wel degelijk de rekening gepresenteerd krijgen.⁴⁴ Dit geldt met name in zaken waarin sprake lijkt van een zekere bewijslastomkering, zoals bij witwassen,⁴⁵ maar steeds vaker kan op zitting uit het requisitoir worden opgetekend dat de verdachte te laat heeft verklaard om nog geloofwaardig te zijn in die verklaring, wordt het bewijs als voldoende gezien door de officier van justitie juist omdat dat niet wordt weerlegd door een verklaring van de verdachte, of wordt het zwijgen de verdachte aangerekend door een hogere straf te eisen. “Wanneer er aanwijzingen zijn voor zijn betrokkenheid bij een strafbaar feit hebben officieren van justitie vaak het gevoel dat de verdachte de plicht heeft zich hierover te verklaren. Meerdere officieren menen dat rechters op zitting meer zouden moeten doorvragen wanneer de verdachte door het beschikbare bewijs de schijn tegen heeft en dit ‘schreeuwt om een verklaring’. Daarnaast lijkt de opvatting van sommige officieren te zijn dat aanhoudend zwijgen van een verdachte tijdens het strafproces eerder moet leiden tot overtuiging van schuld bij de rechters.”⁴⁶ In de meeste gevallen wordt het inroepen van rechtsbescherming op die manier verwerkt tot het vaststellen van een soort formele waarheid: de stelling van het Openbaar Ministerie wordt niet weerlegd, dus is het gestelde waar. De spanning tussen de belangen die het OM en verdediging vertegenwoordigen doet zich ook hier voelen.

Vooral waar de opsporing wordt geïntensiveerd, en weer met een voorbeeld ten aanzien van ernstige strafbare feiten of zaken waarin criminele organisaties een rol spelen, staat het zwijgrecht onder druk. Denk daarbij bijvoorbeeld aan de inzet van bijzondere opsporingsmethodes, zoals de zogenoemde Mr. Big-methode⁴⁷ of anderszins de inzet van infiltratieacties. In dat soort zaken zal het bewijs tegen een verdachte in belangrijke mate (waarom anders de ingrijpende bevoegdheden inzetten) bestaan uit diens eigen verklaring, zonder dat hij moet hebben beseft dat hij die ten overstaan van één of meer opsporingsambtenaren heeft afgelegd. In zaken waarin de Mr. Big-methode,⁴⁸ de Jailplant-methode⁴⁹ of bijvoorbeeld een criminele burgerinfiltrant⁵⁰ wordt ingezet, hangt bovendien het verwijt boven het dossier dat de verdachte tot meer en misschien wel heftiger strafbare feiten is aangezet dan wel uitgelokt door betrokkenen die worden aangestuurd door de officier van justitie. Juist de zaken die stuklopen met de inzet van bijzondere opsporingsmethoden kenmerken zich door een gebrek aan waarborgen omtrent de totstandkoming van die verklaringen en een gebrek aan inzicht hoe de

44 Zie daaromtrent bijvoorbeeld Meijer & Ter Haar 2018.

45 Zie Van der Rijst 2022.

46 Kort, 2020.

47 Zie Ganzeboom 2019.

48 Zie Crijns & Dubelaar 2020 en Van Toor e.a. 2022.

49 Zie als voorbeeld HR 22 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:947.

50 Zie Groothoff 2023.

methoden zijn ingezet.⁵¹ Kenmerkend is dat de verdediging bij de toepassing van dit soort opsporingsmethoden waarbij de verklaringvrijheid van de verdachte in het geding is, pas achteraf de inzet op rechtmatigheid en betrouwbaarheid kan controleren. Dat brengt met zich dat verweren ten aanzien van die inzet altijd gericht zijn op de spanning tussen waarheidsvinding en criminaliteitsbestrijding enerzijds en rechtsbescherming anderzijds. Het is opnieuw een voorbeeld van de wisselwerking tussen actie en reactie: waar de justitiële autoriteiten de inspanningen intensiveren zal de verdediging zich meer laten gelden en neemt de kritiek op de verdediging toe.

22.2.6 *Het recht om belastende getuigen te mogen horen*

Dat laatste volgt duidelijk uit een derde voorbeeld van de polariteit tussen OM en verdediging die toeneemt als de verdediging zich laat gelden, namelijk met betrekking tot de mogelijkheid van het indienen van onderzoekswensen in de loop van het strafrechtelijk onderzoek in eerste aanleg of hoger beroep. Dat onderzoek inclusief de dossiervorming ligt in handen van de justitiële autoriteiten en de verdediging kan doorgaans pas achteraf daarop reageren. Het bijzondere aan die situatie is dat als de verdediging in het kader van waarheidsvinding en rechtsbescherming tegenonderzoek entameert, dat uiteraard een vertragende werking heeft op de loop van het onderzoek waarvan het OM vindt dat dit al is afgerond. Een verwijt van de verdediging dat zij zich bedient van vertragingstactieken is dan al snel gemaakt. Recente voorbeelden daarvan zijn al eerder aangehaald.

Dergelijke verwijten lijken samen te hangen met de omstandigheid dat op basis van EHRM-jurisprudentie tegen de Nederlandse staat, het de laatste jaren voor de verdediging in zekere zin laagdrempeliger is geworden belastende getuigen te mogen ondervragen. Sinds de Vidgen-⁵² en Keskin-⁵³ jurisprudentie van het EHRM hoeft de verdediging minder uitgebreid te motiveren waarom het horen van een eventuele getuige in het belang is voor het beantwoorden van de vragen van het beslissingsmodel van art. 348 en 350 Sv dan wel – indien de verdediging ‘te laat’ zou zijn – het vanuit het perspectief van de rechter noodzakelijk is in het kader van de waarheidsvinding. Het komt er kort gezegd op neer dat indien een getuige belastend heeft verklaard over de verdachte en diens aandeel in het ten laste gelegde feit, daarmee op grond van het EVRM een recht tot ondervraging van die getuige is ontstaan en bij afwijzing van een dergelijke getuige de verklaring in elk geval niet zonder meer mag worden gebruikt, tenzij compenserende maatregelen zijn getroffen voor het niet kunnen uitoefenen van dat ondervragingsrecht en de verklaring niet geheel of in belangrijke mate beslissend is voor de bewezenverklaring. Hoewel de zittingsrechter in Nederland zeker naar wegen zoekt om wel te vonnissen zonder dat de

51 Zie de Kaatsheuvel-zaak, Hof Den Haag 16 februari 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:205 (waarin de Hoge Raad had gecasseerd omdat het Hof Den Bosch eerder ten onrechte de verklaringen waaromtrent te weinig was vastgelegd om de gang van zaken te controleren voor het bewijs had gebezigd). Zie voorts als voorbeeld de Posbank-zaak, Hof Den Haag 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:293 (Hof sloot verklaringen uit van het bewijs maar kwam desondanks tot bewezenverklaring) en HR 19 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:498.

52 Zie als enigszins tegenvallend sluitstuk van deze zaak HR 6 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1017 en Brinkhoff 2018.

53 Zie EHRM 19 januari 2021, nr. 2205/16 (*Keskin/Nederland*); Dubelaar & Pitcher 2021; De Graaf 2022.

getuige is gehoord, wat aanvankelijk door de Hoge Raad al ten tijde van de Vidgen-jurisprudentie bepaald niet werd ontmoedigd⁵⁴ en ook nu nog zuinig wordt benaderd,⁵⁵ blijkt de EHRM-jurisprudentie ten aanzien van de Nederlandse strafrechtspleging zonder meer bestendig. Recent werd in de zaken *Safssafi* en *Caliskan* opnieuw geoordeeld dat de verdediging geen effectieve en behoorlijke mogelijkheid was geboden belastende getuigen in die zaken te ondervragen, met een herziening door de Hoge Raad tot gevolg.⁵⁶

Het is zo bezien zeer de vraag of het Hof Amsterdam in de hierboven aangehaalde zaak ermee weg komt de belastende getuige uit die onderzoeken niet te horen en de verdediging en passant te verwijten enkel uit te zijn op vertraging.⁵⁷ Cassatiespecialist Baumgardt staat wat uitgebreider stil bij de aard van het betreffende hoger beroep en komt tot de conclusie dat de verdediging niet zoveel te verwijten valt met het late verzoek om meerdere redenen: het was een OM-appel, het OM wijzigde in hoger beroep de tenlastelegging met een verruimde pleegperiode en het gerechtshof bleek wel bereid op basis van die getuigenverklaringen zwaarder te straffen dan in eerste aanleg.⁵⁸ De eerdere inactiviteit van de verdediging was vooral te wijten aan de omstandigheid dat zij had aangegeven geen behoefte aan het hoger beroep te hebben en de wens duidelijk had gemaakt met het OM in overleg te willen treden of die zijn hoger beroep zou kunnen intrekken.

Het lijkt al met al een sluimerend patroon in de Nederlandse strafrechtspleging dat naarmate in het belang van de waarheidsvinding (en uiteraard de criminaliteitsbestrijding) de inzet van het OM indringender wordt, de behoefte aan effectuering van het belang van rechtsbescherming navent groter wordt. Niet zelden wordt die tegenkracht vanuit de verdediging gesteund vanuit de jurisprudentie van het EHRM,⁵⁹ net zo vaak worden de extra inspanningen van de verdediging versleten als tactiek en vereenzelviging door de advocaat met de belangen van de cliënt.

22.3 Op zoek naar meer evenwicht tussen de belangen in een eerder stadium

Het is ongewis hoe deze tegenstelling in de praktijk kan worden ondervangen. Zoals Spronken al schetst is polariteit een inherent onderdeel van het strafproces en dient vooral te worden gewaakt tegen een verdergaande polarisering. Vanuit dat perspectief lijkt inzicht in de slingerbeweging tussen de noodzaak van meer rechtsbescherming als het belang van de waarheidsvinding meer vermengd raakt met het doel van de criminaliteitsbestrijding, onontbeerlijk. De sleutel kan worden gevonden in een relativering van het beeld dat een zaak als *Marengo* en andere omvangrijke zaken van georganiseerde criminaliteit of ondermijningszaken oproepen als bepalend beeld voor de gang van

54 Zie Van der Meij 2018 (2).

55 Zie Franken 2022.

56 Zie HR 9 mei 2023, ECLI:NL:HR:2023:684 (*Caliskan*) en ECLI:NL:HR:2023:685 (*Safssafi*).

57 Zie Hof Amsterdam 23 februari 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:457 en ECLI:NL:GHAMS:2023:458.

58 Zie <https://www.bacas.nl/actueelitems.php?p=76> (14 april 2023).

59 Zie bijvoorbeeld ten aanzien van de voorlopige hechtenis Van der Meij 2011; Jansen, Van den Emster & Trotman 2017 ten opzichte van Sam-Sin & De Jonge 2021 en de EHRM-oordelen ten aanzien van de Nederlandse praktijk EHRM 9 februari 2021, nr. 69491/16 (*Zohlandt/Nederland*); EHRM 9 februari 2021, nr. 73329/16 (*Hasselbaink/Nederland*); EHRM 9 februari 2021, nr. 10982/15 (*Maassen/Nederland*).

zaken in de Nederlandse strafrechtspleging. Daarnaast is het goed aan de hand van het overgrote deel van de strafzaken te doorgronden hoe die werkelijke verhouding tussen OM en verdediging ligt. Inzicht in elkaars procesposities kan bijdragen in meer begrip voor een bepaalde manier van handelen van de andere procesdeelnemer en het moment waarop daarvoor wordt gekozen. Factoren als werkdruk, achterstanden in de afdoening en een tekort aan officiers van justitie in combinatie met het streven naar meer efficiëntie bij het OM enerzijds, ten opzichte van een gebrekkige informatiepositie, afhankelijkheid van de cliënt en structurele onderfinanciering van de gesubsidieerde rechtsbijstand bij de verdediging anderzijds, zouden over en weer meer begrip voor elkaars positie in de praktijk kunnen bewerkstelligen. Belangrijker nog is dat de premisse dat in het kader van het zoeken naar de waarheid bepaalde voorzieningen van rechtsbescherming zouden tegenwerken, naar de ervaring leert juist in de strafrechtpraktijk niet lijkt op te gaan. Meer en vooral ook tijdige rechtsbescherming kan juist die waarheidsvinding dienen en zelfs het strafrechtelijke onderzoek stroomlijnen.

De verdediging raakt in de meeste strafzaken pas in een laat stadium betrokken, met een grote achterstand in kennis ten aanzien van de handel en wandel van cliënt en de aard en inhoud van de zaak. Er kan wel onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds zaken die zonder voorafgaand opsporingsonderzoek ontstaan, bijvoorbeeld door het doen van aangifte of een ontdekking op heterdaad, en anderzijds de doorgaans veel ernstiger en omvangrijkere strafzaken met een langlopend onderzoekstraject waarin gebruikt wordt gemaakt van afgeschermd informatie, bijzondere opsporingsbevoegdheden en uitgebreide documentatie van de onderzoeksresultaten. Feitelijk komt de betrokkenheid van de verdediging altijd na de initiële betrokkenheid van de justitiële autoriteiten, met dien verstande dat de informatieachterstand van de verdediging bij de eerste categorie (veel) minder groot is dan bij de laatstgenoemde categorie. Voor de meeste zaken die uiteindelijk leiden tot een strafrechtelijke vervolging en een procedure is het eerste moment dat de verdediging om informatie kan vragen het politieverhoor. Dat geldt voor zowel de uitgenodigde, niet aan te houden verdachte als voor de aangehouden verdachte. De grondslag voor het op de hoogte geraken van de inhoud van het dossier is art. 30 Sv, waarin is bepaald dat de officier van justitie de verdachte op diens verzoek de kennisneming van processtukken verleent en dat dat in elk geval is toegestaan vanaf het eerste verhoor na aanhouding. De ervaring leert dat in het geval de verdachte is uitgenodigd voor verhoor, vaak de kennisname van processtukken aan de verdediging wordt onthouden in het belang van de waarheidsvinding ook al zijn die stukken al beschikbaar.⁶⁰ Het is dan lastig voor de verdediging een inschatting te maken wat het feit is naar aanleiding waarvan een verdenking is ontstaan, maar ook waartegen de verdachte zich heeft te verweren en of die dat wel kan. Net zo min als het vooraf verstrekken van de processtukken als vanzelfsprekend zou betekenen dat de waarheidsvinding wordt gehinderd, betekent het niet dat een verhoor waarin de processtukken worden achtergehouden zal bijdragen aan de waarheidsvinding. Het is de verdachte vaak niet eens duidelijk waarvan hij wordt verdacht, zelfs niet als die op heterdaad is aangehouden, en dat wordt hem ook lang niet

60 Dit is opmerkelijk omdat in de memorie van toelichting juist ervan uit werd gegaan dat de verdachte zo snel mogelijk kennis zou nemen, wat ook indien dat mogelijk zou zijn betekende voorafgaand aan het verhoor. Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32468, nr. 3, p. 20.

altijd medegedeeld.⁶¹ Daar komt bij dat de meeste lichte strafzaken, zeker als sprake is van aanhouding op heterdaad, bewijstechnisch wel rond zijn zodat het politieverhoor niet eens het zwaartepunt vormt maar eerder een eindpunt. Als de verdediging op de hoogte geraakt van (de hoeveelheid aan) belastende informatie, kan de advocaat de verdachte beter adviseren een (bekennende) verklaring af te leggen waarmee het onderzoek kan worden afgerond en waarbij nuancerende kanttekeningen in het belang van die verdachte kunnen worden geplaatst. Een goed en duidelijk politieverhoor draagt bij aan een efficiënte afdoening bij een hoorzitting van het OM of de inhoudelijke behandeling ten overstaan van de zittingsrechter. Het kunnen maken van de afweging om een verklaring af te leggen over wat daadwerkelijk is voorgevallen, voorkomt daarentegen dat door het afleggen van een valse verklaring de politieorganisatie weer extra wordt belast, bijvoorbeeld met het doen van nader onderzoek of het controleren van alibi's.

Het politieverhoor en het pas in 2016 ingevoerde recht op rechtsbijstand door een advocaat tijdens dat verhoor vormen ook een goed voorbeeld van de evolutie van een voorziening van rechtsbescherming die de waarheidsvinding minst genomen niet hoeft te schaden maar mogelijk zelfs ook dient. De evaluaties van de nieuwe wetgeving wijzen ook uit dat de ervaringen van de betrokken politieambtenaren en strafrechtadvocaten positiever zijn dan aanvankelijk was voorspeld.⁶² Door de huidige opzet van het politieverhoor heeft de advocaat in een veel vroeger stadium contact met de politieambtenaren die betrokken zijn bij het verhoor, wat feitelijk – mits beiden zich inspannen om de communicatie goed te laten verlopen – de gevoelde weerstand en sluimerende polariteit doet afnemen. Een punt van aandacht blijft dat de aangehouden verdachte wel goed dient te worden geïnformeerd over het recht op rechtsbijstand. Hieraan schort het in de praktijk nog wel eens omdat het de eerste keer niet doordringt tot de verdachte (verslavingsproblematiek, psychiatrische problematiek, verstandelijk beperktheid) of omdat de medewerkers van het cellencomplex bij een slecht aanspreekbare verdachte al snel noteren dat die afstand doet van zijn rechten. In het arrondissement Amsterdam heeft om die reden een pilot gedraaid om te achterhalen of de zogenoemde 'neezeggers' ook ten overstaan van een advocaat nog altijd afstand zouden doen van dat recht. De ervaring wijst hier uit dat die verdachten juist wel degelijk gebruik wensen te maken van die rechtsbijstand maar dat het recht daarop door de genoemde factoren onvoldoende duidelijk was. In het licht van de praktijk dat het effectueren van het recht op rechtsbijstand de waarheidsvinding ten goede kan komen en het strafproces mogelijk efficiënter doet verlopen, is het inmiddels de vraag waarom niet elke aangehouden verdachten standaard een consultatie met een

61 Zie Den Blanken 2018.

62 Zie de Langetermijnmonitor 'Raadsman bij verhoor' van het WODC, Cahier 2018-16 en Cahier 2021-13. Zie p. 7: "De initiële weerstand bij verhoorders en de eerdere problemen bij de politie zijn volgens de portefeuillehouders vrijwel volledig verdwenen. De meeste geënquêteerde strafpiketadvocaten ervaren het ingevoerde recht als een meerwaarde. Waarborgen dat de verklaring van de verdachte juist in het proces-verbaal wordt opgenomen, voorkomen van pressie op de verdachte, beter op de hoogte zijn van het dossier, opbouwen van een vertrouwensband met de verdachte en het bieden van morele steun worden door meer dan 80% van de strafpiketadvocaten (heel) belangrijk gevonden. Een meerderheid van de strafpiketadvocaten ziet bovendien als meerwaarde dat het verhoor zaakgerichter is en invloed kan worden uitgeoefend op de verklaringsbereidheid van de verdachte."

piketadvocaat krijgt om zo afgewogen een beslissing te maken of hij die advocaat bij het verhoor wenst.

Er zijn veel verschillende afdoeningsmogelijkheden voor de officier van justitie en in lichte zaken zullen de beslissingen daartoe worden genomen aan de zogenoemde ZSM-tafel. ZSM staat in dit geval voor het Zo Selectief, Snel, Samen, Slim, Simpel en Samenlevingsgericht Mogelijk afdoen van strafzaken.⁶³ “De essentie van de ZSM-werkwijze is dat het [OM] en de politie, in samenwerking met hun ketenpartners (Reclasseringsorganisaties (3RO), Slachtofferhulp Nederland (SHN) en de Raad voor de Kinderbescherming (RvdK)), parallel werken in plaats van volgtijdelijk, om eenvoudige misdrijfzaken – die kunnen worden gerubriceerd onder de noemer ‘veelvoorkomende criminaliteit’ – snel(er) te kunnen beoordelen.”⁶⁴ Opvallend is dat de strafrechtadvocatuur niet aanschuift aan deze tafel. Dit is vanuit het perspectief van de verdediging deels te verklaren, omdat het faciliteren van een snelle berechting lang niet altijd in het belang van de cliënt hoeft te zijn. Het ontbreken van contact tussen het OM en de verdediging is echter ook een gemiste kans omdat het niet ondenkbaar is dat de advocaat meer kennis heeft van wat speelt bij de verdachte dan de ketenpartners of in elk geval een afdoeningsbeslissing kan beïnvloeden. Ongeacht of de advocaat feitelijk als ketenpartner wordt gezien, is het ook in deze fase van het proces essentieel dat de procesdeelnemers elkaar weten te vinden. Het gaat er dan niet alleen om dat de advocaat contact opneemt met het OM om de afdoeningsbeslissing te vernemen, maar ook dat andersom het OM relevante informatie ophaalt bij de advocaat, zeker als dat een voorkeursadvocaat is die al langer bij de verdachte in kwestie betrokken is en die bijvoorbeeld kan vertellen over het lopend toezicht, huisvesting en de strafrechtelijk relevante handel en wandel van de verdachte. Opmerkelijk genoeg leert de praktijk dat de noodzaak voor dat contact bij het OM niet zozeer wordt gevoeld, juist vanwege de andere ketenpartners die iets over de verdachte kunnen zeggen.⁶⁵ Zo ontstaat niet alleen het gevaar dat het strikt individuele belang van de verdachte niet wordt meegewogen in de vervolgingsbeslissing, wat de efficiëntie van de vervolging geen goed doet bijvoorbeeld vanwege de mogelijkheden tot het doen van verzet en het niet nakomen van voorwaarden, maar gaat ook een belangrijk contactmoment verloren waardoor het proces zich eerder kan gaan voortslepen en de strafrechtketen vervuild en verstopt. Meer contact tussen de beide procesdeelnemers in die procesfase rondom de vervolgingsbeslissing zou de belangen van waarheidsvinding en rechtsbescherming eenvoudig kunnen dienen, terwijl ook criminaliteit wordt bestreden en aan efficiëntie en vooral effectiviteit wordt gewonnen. Overigens is het inmiddels zo dat indien de vervolgingsbeslissing bijvoorbeeld betekent dat een strafbeschikking wordt uitgevaardigd jegens de verdachte die nog niet eerder een advocaat heeft gesproken, het OM faciliteert dat die verdachte over die afdoening overleg kan hebben met een piketadvocaat. Dat is dan weliswaar niet ingegeven door eigen initiatief vanuit de officier van justitie met het oog op de bescherming van de belangen van de verdachte en wel slechts door het feit dat

63 Zie Bac & Vink 2014, p. 80-81.

64 Zie – overigens ook voor de bevindingen ten aanzien van deze werkwijze – Van Lent, Thomas & Van Kampen 2016, p. 2753.

65 Dit is overigens anders in de arrondissementen waar de strafrechtadvocatuur standaard aanwezig is op het politiebureau in het kader van te verlenen consultatie- en verhoorbijstand en goed toegankelijk is voor de officier van justitie.

dit recentelijk als verplichting in het werkproces is opgenomen, maar het betreft zeker een effectuering van rechtsbescherming die de waarheidsvinding niet hoeft te schaden en mogelijk leidt tot een vroege consensus over de afdoening in strafzaken.

Het feit dat de sleutel voor een efficiënte afdoening in strafzaken met oog voor zowel het belang van de waarheidsvinding als dat van de rechtsbescherming, kan worden gevonden in communicatie, komt voor elke fase van het strafrechtelijk onderzoek naar voren. Dit lijkt een tegenwicht te zijn tegen de aan het strafproces inherente polariteit zoals die eerder is beschreven. Het lijkt bovendien te voorkomen dat de onderlinge verhoudingen tussen OM en strafrechtadvocatuur polariseren. Afstemming ten aanzien van de inhoud van de vervolgingsbeslissing en het moment van de zitting vormen een belangrijke opmaat tot het beperken van complexe tenlasteleggingen en vorderingen tot wijzigingen daarvan die bij gebrek aan mogelijkheden voor de officier van justitie om eerder naar een zaak te kijken (werkdruk, capaciteitstekorten) steevast te elfder ure worden gedaan. Het zo vroeg mogelijk verstrekken van relevante informatie over de verdenking en het daarop vroegtijdig in kaart brengen van eventuele verweren en onderzoekswensen, maken dat de verdediging daadwerkelijk in staat is de inhoud van de strafrechtelijke vervolging te beïnvloeden en door het effectueren van rechtsbescherming bij kan dragen aan de waarheidsvinding. Het contact tussen OM en strafrechtadvocatuur kan helpen voorkomen dat zaken tevergeefs worden gepland en dienen te worden aangehouden, met verwijzing naar de rechter-commissaris voor onderzoek dat bij een andere of beperktere tenlastelegging wellicht overbodig zou zijn geweest en in elk geval al eerder had kunnen plaatsvinden. Meer evenwicht in belangen door meer onderlinge communicatie.

22.4 Procesafspraken als sluitstuk

Inmiddels laat de strafrechtspleging een beeld zien van lange doorlooptijden⁶⁶ en enorme achterstanden in het afdoen van zaken en een tekort aan capaciteit om het tij te keren. Dit houdt enerzijds verband met de enorme wissel die de grote strafzaken op de beschikbare capaciteit trekken, maar is anderzijds het gevolg van bezuinigingsrondes uit het verleden en de niet aflatende criminaliteitsbestrijdingsagenda van de wetgever en van beleidsmakers. De consequenties van deze achterstanden zijn ingrijpend. Het OM zag zich in verschillende arrondissementen genoodzaakt tot het schrappen van strafzaken. De belangrijkste oorzaak voor de achterstand wordt gevonden in een banaal personeelstekort. Vanwege eerdere jarenlange bezuinigingen zijn er tegenwoordig te weinig zittingsrechters en officiers van justitie. Het leidt bijvoorbeeld tot het op grote schaal seponeren van strafzaken.⁶⁷ Het OM seponerde in juni 2022 meer dan 1.500 zaken die in de Rechtbank Gelderland zouden dienen.⁶⁸ In de Rechtbank Den Haag vorderde het OM in oktober 2022 in 52 strafzaken en ontnemingszaken de eigen niet-ontvankelijkheid.⁶⁹

66 Zie <https://www.strafrechtketen.nl/onderwerpen/doorlooptijden>.

67 Zie <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Rechtbanken/Rechtbank-Gelderland/Nieuws/Paginas/Personeelstekort-rechtbank-noodzaak-tot-sepot-zaken.aspx>.

68 Zie <https://www.mr-online.nl/tekort-aan-rechters-1500-zaken-geschrap-ontzettend-pijnlijk-dat-dit-nodig-is/>.

69 Zie <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Rechtbanken/Rechtbank-Den-Haag/Nieuws/Paginas/Openbaar-Ministerie-niet-ontvankelijk-verklaard-in-52-strafzaken.aspx>.

In december 2022 gebeurde iets soortgelijks in de Rechtbank Haarlem ten aanzien van 82 verdachten.⁷⁰ Het leidde tot verontwaardigde reacties in de Tweede Kamer wat ook ironisch is te noemen gezien de omstandigheid dat de capaciteitstekorten vanwege alle bezuinigingsrondes toch voorspelbaar moeten zijn geweest.⁷¹ Deze ontwikkeling maakt in elk geval inzichtelijk dat door de volledige focus op de criminaliteitsbestrijding en te weinig capaciteit om de strafzaken goed af te doen, het belang van de waarheidsvinding het onderspit delft. Dat dit uiteraard weer vergaande consequenties voor het belang van de rechtsbescherming kan hebben, volgt uit de zoektocht naar andere mogelijkheden om de afdoening van strafzaken vergaand te vereenvoudigen. In de Rechtbank Amsterdam worden zogenoemde bulkzittingen georganiseerd waarin op één zitting een veelvoud aan simpele strafzaken die de afvoer verstoppen, versneld wordt afgedaan: de zitting duurt maximaal vijftien minuten, de officier van justitie vordert niet het onderste uit de kan en de verdediging krijgt maar zeer beperkt de ruimte om de zaak te bepleiten.⁷² Efficiëntie als bedreiging voor waarheidsvinding en rechtsbescherming. Hoewel de ervaringen vooralsnog positief zijn, draagt een dergelijke hyperefficiëntie-afdoening altijd het risico in zich de nieuwe maatstaf te worden voor bijvoorbeeld reguliere politierechterzittingen. Het is ook in deze context aan de procesdeelnemers contact met elkaar te zoeken op het moment dat een zaak zich niet leent voor een dergelijke bulkzitting, wat feitelijk neerkomt op de verdediging die aan de bel trekt omdat het OM juist de selectie voor die categorie zittingen heeft gemaakt in samenspraak met de rechtbank.

De strafrechtpraktijk laat met het op grote schaal schrappen van zaken en het organiseren van bulkzittingen zien dat de justitiële autoriteiten de zaakstroom niet meer aankunnen. Voor lichte zaken is het misschien aanvaardbaar dat die na jaren worden geseponeerd of veel lichter worden bestraft, maar dat is voor de omvangrijke strafzaken geen oplossing. De legitimiteit van het strafproces zou daardoor gemakkelijk op het spel kunnen worden gezet. Het probleem van de capaciteitstekorten is echter ook in dat segment zaken onverminderd groot. Tegen die achtergrond laat een heel andere ontwikkeling zich zien die de laatste jaren een vlucht heeft genomen, namelijk het maken van procesafspraken – ook wel: vonnisafspraken – tussen het OM en de verdediging met betrekking tot het verloop van de procedure en de uiteindelijke berechting door de zittingsrechter. Een precieze definitie laat zich lastig geven, juist omdat procesafspraken overal in kunnen bestaan. Het komt erop neer dat het OM en de verdediging in zaken die door de rechter dienen te worden afgedaan – omdat het arsenaal aan buitengerechtelijke afdoeningsmogelijkheden niet geschikt is voor de zaak, de inhoudelijke behandeling al is aangevangen of de zaak zelfs al loopt in hoger beroep – afspraken kunnen maken over (de omvang van) de feiten op de tenlastelegging, de interpretatie van de feiten, het al dan niet indienen van onderzoekswensen door de verdediging, de hoogte van de ontnemingsvordering, de hoogte van de straf en wat al niet meer. De inhoudelijke behandeling op zitting zou kunnen volstaan met een korte bespreking van de feiten en het gesprek met de

70 Zie <https://nos.nl/artikel/2454677-capaciteitsprobleem-bij-de-rechtbank-82-verdachten-ontlopen-straf>.

71 Zie <https://nos.nl/artikel/2454765-tweede-kamer-boos-over-vele-geschrapte-strafzaken-maar-oplossing-niet-nabij>.

72 Zie <https://www.nrc.nl/nieuws/2023/01/30/het-strafrecht-raakt-verstopt-tenzij-rechters-erinslagen-in-bulk-te-gaan-werken-a4155751>.

verdachte waarna zonder een al te uitgebreid requisitoir en pleidooi de rechter volgens de regelen der kunst (het beslissingsmodel) vonnis wijst, maar bijvoorbeeld niet hoeft te responderen op allerlei verweer dat anders zouden worden gevoerd. Het ligt ook voor de hand dat indien de procesafspraken worden gevolgd het OM noch de verdediging van rechtsmiddelen gebruik zou willen maken. Dat realiseert verderop in de keten een enorme besparing. In omvangrijke zaken scheelt het dat met procesafspraken in een vroeg stadium een eindeloze reeks pro forma- en regiezittingen kan worden vermeden en dat het kabinet van de rechter-commissaris kan worden ontlast omdat daar niet een hele serie getuigen hoeft te worden verhoord, welke verzoeken zo gemakkelijk aan de hand van de Keskin-jurisprudentie dienen te worden ingewilligd. Hoewel het uitgangspunt wat vreemd aandoet dat de verdediging een aanzienlijk deel van haar rechtsbeschermende voorzieningen vrijwillig opgeeft om de gaten voor de justitiële autoriteiten te helpen dicht te lopen, zijn procesafspraken schering en inslag. Omdat de strafeis (en daarmee strafoplegging) doorgaans lager is en de verdachte eerder weet waar die aan toe is, zijn er evenwel ook voordelen voor de verdediging. Ten aanzien van die lagere strafeis zou nog kunnen worden gedacht dat 'de strafkorting' na jaren van verharding van het strafklimaat en wijzigingen ten nadele van de verdachte in bijvoorbeeld de regeling van de voorwaardelijke invrijheidstelling met de maximering tot twee jaren, een sigaar uit eigen doos is, maar dat staat tegenover dat bij een reguliere berechting in grote strafzaken de eis van de officier van justitie bepaald niet mals zal zijn en dat daarop met de procesafspraken wordt geanticipeerd. Het direct uitzitten van de opgelegde straf bij voorlopig gehechte verdachten is in elk geval een voordeel voor het OM en de uitvoeringsinstanties en soms ook een psychologisch voordeel voor de verdachten.

Het onderwerp staat al jaren wetenschappelijk op de kaart,⁷³ maar wordt nu pas aangegrepen om de noodlijdende strafrechtpraktijk te ontlasten. De praktijk van de procesafspraken laat na een wat rommelige start een bestendige lijn zien, waar de conclusie van de procureur-generaal en het oordeel van de Hoge Raad een belangrijke steen aan de uniformering hebben bijgedragen.⁷⁴ Ook al laat een aangekondigde richtlijn voor procesafspraken vanuit het OM op dit moment nog op zich wachten, het wordt aan de hand van bestudering van casus in de jurisprudentie steeds duidelijker hoe de hazen lopen. Relevant daarbij is dat in een van de eerste vonnissen waarin de procesafspraken zijn gelukt, die afspraken zijn geïnitieerd door de rechtbank zelf.⁷⁵ Hoewel het OM en de verdediging door het voorstel werden overvallen,⁷⁶ zijn die direct met elkaar aan de slag gegaan om in een latere regiezitting de afspraken te presenteren. Nadat de rechtbank zich had vergewist dat ook de (ontkennende!) verdachte zich in de afspraken kon vinden, heeft de rechtbank weer op de gebruikelijke wijze, zij het in verkorte vorm, vonnis gewezen.⁷⁷ Nu in de Rotterdamse zaak in zekere zin de kans van slagen op het maken van procesafspraken was vergroot omdat de voorzitter daar een actieve rol in speelde, is het interessant te bezien hoe die zich ontvouwen als het initiatief daartoe van een van de

73 Zie Peters 2012; Peters & Outhuijse 2016; Peters 2019.

74 Zie Parket bij de HR 14 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022:566 respectievelijk HR 27 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1252.

75 Zie het proces-verbaal van de zitting van 4 oktober 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:9953.

76 Zie <https://magazines.openbaarministerie.nl/opportuun/2022/02/pionieren-met-procesafspraken>.

77 Zie Rb. Rotterdam 24 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12699.

twee andere procesdeelnemers komt. In de Maastrichtse zaak die mede als het beginpunt van deze ontwikkeling wordt gezien, lag dat initiatief bij het OM en de verdediging en werd de rechtbank op haar beurt min of meer overvallen. Die zaak in kwestie sleept zich al ongeveer tien jaar voort met af en toe eens een nieuwe regiezitting, waarbij op de meest recente regiezitting uiteindelijk een gezamenlijk voorstel aan de rechtbank werd gepresenteerd. Ook de Maastrichtse rechtbank ging overstag en wees vonnis conform de gemaakte afspraken.⁷⁸ Opvallend aan die zaak was dat de verdachte niet op zitting was verschenen en diens instemming met de procesafspraken niet was gebleken, wat uiteindelijk de opmaat vormde tot de cassatie in het belang der wet waarin de Hoge Raad het uiteindelijke palet aan voorwaarden schilderde. In een stroom aan jurisprudentie sindsdien dienen alle smaken procesafspraken en zaken zich aan, en zal de rechtbank de ene keer niet maar steeds vaker wel die procesafspraken overnemen in een vonnis.⁷⁹

De ontwikkeling van het maken van procesafspraken is een mooi voorbeeld van hoe de beide procesdeelnemers toenadering tot elkaar kunnen zoeken en verantwoordelijkheid nemen voor een snelle en goede afwikkeling van een complexe strafzaak. Het is dan ook een voorbeeld waarin de belangenbehartiging door beiden – waarheidsvinding en rechtsbescherming – volledig tot recht kan komen met de waarborg dat de rechter daar controle op uitoefent. Waar het daadwerkelijke initiatief ligt maakt feitelijk niet uit, juist omdat zowel het OM als de verdediging voordelen kan behalen met de procesafspraken. Uiteraard zijn er nog genoeg hobbels te nemen omdat zeker in grote strafzaken veel beslissingen zich aandienen rondom de financiële afwikkeling (ontneming, beslag, schadevergoeding) en de hoogte van de straf en omdat de aanwezigheid van één of meer medeverdachten of het slachtoffer en de benadeelde partijen, de zaak en onderhandelingen kunnen compliceren. Juist het vooraf nadenken over dergelijke aspecten en de communicatie tussen de betrokkenen leidt tot consensus en leidt weg van polarisatie. Ook hier vormt communicatie de sleutel, waarbij de beide procesdeelnemers de andere(n) schetsen wat hun mogelijkheden zijn en wat de beperkingen zijn waar een ieder voor zich tegenaan loopt. Opmerkelijk is dat de rechter hier geen partij is, of, beter gezegd, pas laat partij wordt, wat eveneens de polariteit minder doet gevoelen dan in een regulier strafproces. Als OM en verdediging op elkaar zijn aangewezen, is daar een momentum waarop een meer gezamenlijk resultaat kan worden geboekt en waarbij zowel de waarheidsvinding als rechtsbescherming zich volledig kunnen doen gelden wat tevens recht doet aan het streven naar meer efficiëntie en een effectieve bestrijding van de criminaliteit.

22.5 Uitleiding

Van dreigende polarisering naar meer communicatie en onderlinge afstemming naar een gezamenlijke verantwoordelijkheid voor het eindproduct. Deze bijdrage maakt inzichtelijk hoe het OM met de waarheidsvinding en de advocatuur met de rechtsbescherming ten opzichte van elkaar andere belangen voorstaan, die met elkaar kunnen botsen maar die zeker ook in elkaars verlengde kunnen werken naar een juiste uitkomst van een strafrechtelijke procedure. Het is goed daarbij bewust te zijn van de altijd aanwezige en aan ons strafproces

⁷⁸ Zie Rb. Limburg 9 december 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:9266.

⁷⁹ Zie Van der Meij 2022.

inherente polariteit tussen de belangen en vooral tussen het optreden van het OM en de verdediging. Daarbij dient te worden gewaakt voor een verdergaande polarisering die op de loer ligt indien het OM de strijd tegen de (georganiseerde) criminaliteit intensiveert en de verdediging de hakken in het zand zet met een beroep op fundamentele rechten. Als in die zaken het optreden van het OM zich laat controleren en de verdediging haar rol kan spelen, wordt het strafproces geen schade berokkent. Het is goed te beseffen dat het effectueren van rechtsbescherming ook zeker kan bijdragen aan waarheidsvinding, al frustreert het misschien andere belangen als criminaliteitsbestrijding en efficiëntie. Communicatie tussen de beide procesdeelnemers blijkt steeds weer de sleutel: niet alleen in het tegengaan van die polarisering maar juist ook in het bewerkstelligen van een optimaal resultaat. Het is daarmee duidelijk hoe het evenwicht tussen het belang van de waarheidsvinding enerzijds en het belang van de rechtsbescherming anderzijds met de juiste invulling van de procespositie van het OM en de strafrechtadvocatuur in de strafrechtpraktijk, beter kan worden bereikt.

Literatuur

Bac & Vink 2014

Bac, J. & M. Vink, 'ZSM, Zo selectief mogelijk... Triage in de strafrechtsketen', *Proces* 2014/1

Baumgardt, Felix & Kelder 2022

Baumgardt, R.J., T. Felix & T.J. Kelder, 'Consiglieri', *DD* 2022, p. 352-356

Beunders 2017

Beunders, H., 'Onrust en botte bijen', *De Groene Amsterdammer* 2017, nr. 20

Blanken 2018

Blanken, C.J.M. den, "'Vraag dat maar aan uw cliënt!'" Over het recht op informatie over de verdenking', in: *Aan de slag* (Liber Amicorum Gerard Hamer), Sdu 2018, p. 19-25

Blanken & Van der Meij 2021

Blanken, C.J.M. den & P.P.J. van der Meij, 'Vertrouw erop dat advocaten onafhankelijk het recht dienen', *NRC* 16 september 2021

Brinkhoff 2018

Brinkhoff, S., 'De netto opbrengst van de Vidgen-jurisprudentie: De relativering van de gevolgen van het ontbreken van een effectieve en behoorlijke ondervragingsmogelijkheid van getuigen in strafzaken', *DD* 2018/7

Crijns & Dubelaar 2020

Crijns, J.H. & M.J. Dubelaar, 'Mr. Big een maatje te groot voor Nederland? Over de toelaatbaarheid en de normering van undercoveroperaties', *AA* 2020, p. 748-764

Crijns & Van der Meij 2005

Crijns, J.H. & P.P.J. van der Meij, 'Over de grenzen van de materiële waarheidsvinding', in: R.H. Haveman & H.C. Wiersinga (red.), *Langs de randen van het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 45-69

Doorenbos & Rosing 2020

Doorenbos, D.R. & M.E. Rosing, 'Recht doen aan het verschoningsrecht', *Tijdschrift voor Sanctierecht en Onderneming*, december 2020, p. 217-224

Dubelaar & Pitcher 2021

Dubelaar, M.J. & K.M. Pitcher, 'Post-Keskin: Enkele reflecties op de nieuwe lijn van de Hoge Raad inzake de uitoefening van het ondervragingsrecht', *Bsb* 2021-4, p. 139-147

Egberts 2022

Egberts, M.M., 'De reikwijdte van het inzagerecht en "equality of arms" in het licht van grote datasets, Hansken en toekomstige ontwikkelingen', *TBS&H* 2022, nr. 2, p. 119-129

Franken 2017

Franken, A.A., 'Frustraties over de voorlopige hechtenis', *Strafblad* 2017 (1), 11

Franken 2022

Franken, A.A., 'De kloof', *Bsb* 2022 nr. 4, p. 126

Galic 2022

Galic, M., 'De rechten van de verdediging in de context van omvangrijke datasets en geavanceerde zoekmachines in strafzaken: Een suggestie voor uitbreiding', *Bsb* 2021, nr. 2, p. 41-49

Ganzeboom 2019

Ganzeboom, C., 'De Mr. Big-methode: Een uitzondering op het zwijgrecht?', *DD* 2019/52

De Graaf 2022

Graaf, F.C.W. de, 'Belastende en ontlastende getuigen in de rechtspraak van het EHRM', *DD* 2022/3

Groenhuijsen & Knigge 2004

Groenhuijsen M.S. & G. Knigge, 'Algemeen deel', in: *Afronding en verantwoording: Slotrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2004

Groothoff 2023

Groothoff, B., 'De terugkeer van de criminele burgerinfiltrant in de rechtspraak: Een analyse van de regelgeving omtrent criminele burgerinfiltratie aan de hand van de Vidar-zaak', *DD* 2023/6

Jansen, Van den Emster & Trotman 2017

Janssen, J.H., F.W.H. van den Emster & T.B. Trotman, 'Strafrechters over de praktijk van de voorlopige hechtenis', *Strafblad* 2013 (6), 68

Kort 2020

J. Kort, *Politiemensen, officieren en rechters over strafrecht. Een onderzoek naar opvattingen van drie groepen professionals over de strafrechtspleging in Nederland (Staat en Recht nr. 49)* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020

Kroniek Straf(proces)recht 2022

Kroniek Straf(proces)recht, *Advocatenblad* 2022 nr. 10, p. 89-91

Van Lent, Thomas & Van Kampen 2016

Lent, L. van, M.S. Thomas & P.T.C. van Kampen, 'De ZSM-werkwijze in de praktijk. Op zoek naar balans', *NJB* 2016/1884

Van Liempt 2022

Liempt, P. van, *Misdaad en straf in de polder: Het OM aan het woord*, Prometheus 2022

Meeus 2022

Meeus, J., 'Gefrustreerde advocaten en nerveuze rechters: Het Marengo-proces loopt leeg', *NRC Handelsblad* 29 maart 2022

Van der Meij 2008

Meij, P.P.J. van der, 'De raadsman bij het politieverhoor en de audiovisuele registratie: De verdedigingsrol bij de materiële waarheidsvinding in het strafrechtelijk vooronderzoek', in: J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij & J.M. ten Voorde (red.), *De waarde van waarheid: Opstellen over waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht*, Den Haag: Boom juridisch uitgevers 2008, p. 55-93

Van der Meij 2011

Meij, P.P.J. van der, 'Slijtage van het stelsel van vrijheidsbenemende dwangmiddelen', in: *De vogel vrij* (Moerings-bundel), Den Haag: Boom 2011, p. 197-205

Van der Meij 2018

Meij, P.P.J. van der, 'De ijdelheid van wraken en het wraken van ijdelheid', in: *Aan de slag* (Liber Amicorum Gerard Hamer), Sdu 2018 (1), p. 171-184

Van der Meij 2018

Meij, P.P.J. van der, 'Een dichotomie in de benadering van de ongehoorde getuige', in: J.L. Baar, J.L.F. Groenhuijsen & E.M. Steller (red.), *Verstoord evenwicht*, Sdu Uitgevers 2018, p. 119-138

Van der Meij 2022

Meij, P.P.J. van der, 'De rafelranden van procesafspraken', *Bsb* 2022 (4), p. 140-150

Meijer & Ter Haar 2018

Meijer, G.H. & R. ter Haar, 'Zwijgrecht en procesopstelling: Het toenemende belang van het uitblijven van een aannemelijke verklaring op de bewijsbeslissing', *TPWS* 2018/23

Peters 2012

Peters, L.J.J., *Vonnisafspraken in strafzaken: Een rechtsvergelijkende studie naar een vorm van onderhandelingsjustitie in Italië, Duitsland en Frankrijk* (dissertatie Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012

Peters 2019

Peters, L.J.J., 'Cymbal en de alternatieve afdoening van ondermijningsdossiers: Een bespreking van 's lands eerste procesafpraak', *Strafblad*, 2019, 17(5), p. 7-13

Peters & Outhuijse 2016

Peters, L. & A. Outhuijse, *Proces- en vonnisafspraken: Een rechtsvergelijkend onderzoek uitgevoerd in opdracht van het Landelijk Parket en het Functioneel Parket*, Rijksuniversiteit Groningen 2016

Polman 2023

Polman, J., 'Rechter legt bevoegdheden OM aan banden in lopende strafzaken', *FD* 2 mei 2023

Pompe 1959

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

Van der Rijst 2022

Rijst, T.J. van der, 'Zwijgen als bewijs? De rol van het zwijgen van de verdachte bij het bewijzen van witwassen, diefstal en moord/doodslag', *Bsb* 2022, nr. 6, p. 279-282

Sam-Sin & De Jonge 2021

Sam-Sin, C. & B. de Jonge, 'Vrijheid – blijheid: Of: Nederland vogelvrij?', *NJB* 2021/2888

Spronken 2022

Spronken, T.N.B.M., 'Polarisering: All in the game?', *BOOMStrafblad* 2022, nr. 4, p. 118-122

Stevens 2005

Stevens, L., *Het nemo-teneturbeginsel in strafzaken: Van zwijgrecht naar containerbegrip* (dissertatie Tilburg), Wolf legal publishers 2005

Van Toor e.a. 2022

Toor, D.A.G. van, e.a., 'De Mr. Big-methode: op of over de grenzen van waarheidsgetrouwheid?', *DD* 2022/61