

Mind the Gap

Modernisering Wetboek van Strafvordering: consequenties voor de verdediging

Samenvatting

Prof. mr. P.T.C. van Kampen
Prof. mr. D.V.A. Brouwer
Dr. L. van Lent
Dr. M.C. van Wijk



MONTAIGNE
CENTRUM
VOOR RECHTSSTAAT
EN RECHTSPLEGING



Samenvatting

Aanleiding voor het onderzoek

In 2015 werd door de toenmalige minister van Justitie en Veiligheid de (definitieve) aanzet gegeven voor het ontwerpen van een gemoderniseerd Wetboek van Strafvordering. Daartoe zagen in 2017 de ontwerp teksten voor de Boeken 1 t/m 6 het licht. In de concept Memorie van Toelichting (MvT) bij (met name) het ontwerp voor Boek 1 wordt verwezen naar verschillende ontwikkelingen die een ingrijpende modernisering van het wetboek rechtvaardigen. Eén van die ontwikkelingen is dat de rechten en vrijheden van de verdachte en andere procesdeelnemers een belangrijkere plaats in het strafproces zijn gaan innemen. Dat brengt naar het oordeel van de (ontwerp-)wetgever ook een andere rol voor de verdediging in strafzaken met zich. In het beoogde nieuwe wetboek wordt de verdediging niet langer gekoppeld aan de inschakeling van de rechter, maar aan de uitoefening van opsporingsbevoegdheden. Aldus komt een grotere nadruk te liggen op het vooronderzoek met het oog op een goed verloop van de zitting. De stijl van procederen (in het vooronderzoek) krijgt daarmee naar het oordeel van de (ontwerp-)wetgever meer contradictoire elementen. Deze wijzigingen in de procesvoering (in het vooronderzoek) werken door in de fase van de zitting in eerste aanleg en in hoger beroep.

Het is deze (grotere) nadruk op het contradictoire karakter van het strafproces en hetgeen in het kader van een goede taakvervulling door de verdediging van de verdediging wordt verwacht, dat het aangrijpingspunt vormt voor het onderhavige onderzoek.

Doelstelling van het onderzoek

Centrale vraag van het onderhavige onderzoek is – kort gezegd – wat het beoogde nieuwe wetboek van de verdediging *verwacht* en de verdediging aan instrumentarium *biedt* om die verwachting en de daarop gebaseerde verantwoordelijkheid gestalte te (kunnen) geven. De vraag is voorts *in welke mate* het in de moderniseringsvoorstellen voorgestelde strafprocessuele model voor het bereiken van een juiste toepassing van het materiële strafrecht afhankelijk is van de wijze waarop de verdediging (al dan niet) inhoud geeft aan haar contradictoire rol: wat betekent die afhankelijkheid in termen van randvoorwaarden en instrumenten die nodig zijn om aan die rol en verantwoordelijkheid (adequaat) uitdrukking te geven?

Dit onderzoek heeft zich evenwel niet uitsluitend gericht op de vraag welke wijzigingen het gemoderniseerde wetboek als zodanig met zich brengt voor de verdediging in strafzaken. De (concept) voorstellen die in het kader van het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering zijn gedaan ten aanzien van de verdediging, zullen immers landen in het veld van – kort gezegd – contradictoire elementen, dat door recente wetwijzigingen en jurisprudentie al in het huidige strafproces is aangelegd en die het beoogde nieuwe wetboek deels zullen worden gecodificeerd. Het onderhavige onderzoek heeft zich om die reden allereerst gericht op de vraag welke rol en verantwoordelijkheden de verdediging naar huidig recht toekomen, mede gelet op de jurisprudentie van de Hoge Raad, alvorens (en ten einde) de vraag te (kunnen) beantwoorden welke rol en verantwoordelijkheden de verdediging naar komend recht toekomen en in welke mate die rol en verantwoordelijkheid een actieve proceshouding van de verdediging veronderstellen.

Afbakening van het onderzoek

De wijzigingen die in het kader van de modernisering zijn voorgesteld, zijn omvangrijk en voor de verdachte in vrijwel alle opzichten wezenlijk. Dat geldt bijvoorbeeld voor de voorgestelde wijzigingen in relatie tot opsporingsmethoden en de voorstellen tot introductie van een aantal

nieuwe opsporingsbevoegdheden. Vanuit het vertrekpunt van een (meer) contradictoir proces is er evenwel voor gekozen om het onderhavige onderzoek te beperken tot de verdediging *ten gronde* – hier opgevat als de mogelijkheid om verweer te (kunnen) voeren tegen de jegens de verdachte ingestelde (of nog in te stellen) strafvervolging, alsmede tot de vraag welke verwachtingen en verantwoordelijkheden van de verdediging in de voorstellen te dien aanzien besloten liggen. Wijzigingen in relatie tot bijvoorbeeld de voorlopige hechtenis en het verschoningsrecht raken die verdediging niet zonder meer. Om die reden zijn deze en andere wijzigingen in dit onderzoek buiten beschouwing gelaten.

Met het oog op een tijdig af te ronden analyse van de verwachtingen en verantwoordelijkheden ten aanzien van de verdediging is een verdere beperking aangebracht door deze analyse verder te concentreren op vier thema's: het verhoor van de verdachte, het recht op inzage in en afschrift van de processtukken, het horen van getuigen en deskundigen en de inschakeling van deskundigen, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep. Aan de keuze van deze thema's ligt geen andere gedachte ten grondslag dan dat deze vier onderwerpen voor het beginsel van tegenspraak van cruciaal belang zijn. Het verhoor van de verdachte is dat, omdat dit verhoor als het ware het 'summum' van het recht op tegenspraak vertegenwoordigt. Het recht op inzage in en op afschrift van de processtukken is daarvoor wezenlijk, omdat zonder kennis van die stukken geen tegenspraak mogelijk is; de stukken behelzen immers datgene waartegen de tegenspraak moet worden geboden. Het horen van getuigen en deskundigen en de inschakeling van deskundigen zijn instrumenten om die tegenspraak te kunnen verwezenlijken.

Probleemstelling en onderzoeksvragen

Aan het onderzoek ligt de volgende probleemstelling ten grondslag:

Welke verwachtingen liggen in het (huidige en) komende nationale strafproces(-recht) ten aanzien van de verdediging in strafzaken besloten in relatie tot de verdediging ten gronde, welke randvoorwaarden en instrumenten behoeft de verdediging (nog) om aan die verwachtingen te kunnen voldoen en op welke wijze kunnen binnen dat kader de gevolgen van en de risico's voor een verdachte zonder (adequaat functionerende) raadsman worden gemitigeerd?

Deze probleemstelling valt uiteen in de volgende (negen) onderzoeksvragen:

- A. Welke verwachtingen ten aanzien van de verdediging liggen in het huidige en komende strafproces(-recht) besloten in relatie tot de verdediging *ten gronde* (in eerste aanleg en in hoger beroep) en op welke wijze wordt/is het niet voldoen aan die verwachtingen gesanctioneerd?
- B. Welke verantwoordelijkheden voor de verdediging liggen daarin besloten?
- C. Welke noodzakelijke randvoorwaarden dienen aanwezig te zijn en over welke instrumenten dient de verdediging te kunnen beschikken, ten einde aan deze verantwoordelijkheden adequaat invulling te kunnen geven en welke strafvorderlijke instrumenten en voorzieningen daarvan zijn beschikbaar binnen het kader van het nieuwe wetboek?
- D. In welke aanvullende (buiten-)strafvorderlijke voorzieningen en gereedschappen zou de wetgever in het licht daarvan moeten voorzien?
- E. Welke maatregelen of aanpassingen zijdens de (strafrecht-)advocatuur zijn in het licht daarvan noodzakelijk of wenselijk, onder meer ten aanzien van ICT-voorzieningen (in relatie tot dossiervorming)?
- F. Welke maatregelen of aanpassingen zijdens de rechterlijke macht, OM en (nationale) politie (en/of bijzondere opsporingsdiensten) zijn in het licht daarvan noodzakelijk of wenselijk?
- G. Welke overige maatregelen zijn denkbaar?

- H. Welke (*efficiency*- en procedurele) risico's voor het functioneren van het stelsel draagt het ontworpen stelsel met zich indien de verdachte niet over een raadsman beschikt, dan wel de raadsman in zijn taak tekortschiet?
- I. Op welke wijzen kunnen deze risico's worden ondervangen of gemitigeerd?

In dat kader verdient op voorhand opmerking dat in feite nog steeds sprake is van een *moving target*; van een gedachtewisseling over de inhoud van het gemoderniseerde wetboek, die nog niet is voltooid. Er valt, ook tegen de achtergrond van de literatuur, bovendien veel meer te zeggen over de verdediging ten gronde en hetgeen in dat kader van de verdediging wordt verwacht, dan in dit rapport tot uitdrukking komt.

Het gegeven dat de discussie omtrent de exacte inhoud van het beoogde nieuwe wetboek nog steeds gaande is, betekent ook dat delen van dit onderzoeksrapport potentieel reeds in meer of mindere mate achterhaald zijn op het moment van verschijnen van dit rapport.

Opzet en methoden

Om de probleemstelling en de onderzoeksvragen te kunnen beantwoorden is een combinatie van twee onderzoeksmethoden toegepast, namelijk (a) de bestudering van wet en jurisprudentie, parlementaire stukken, de inmiddels gepubliceerde concept teksten van de Boeken 1 t/m 6 en de daarbij behorende concept MvTs (in combinatie met informatie beschikbaar gesteld via de begeleidingscommissie bij het onderhavige onderzoek met betrekking tot de coconcept voorstellen) en literatuur (*desk research*) en (b) focusgroep interviews met leden van het openbaar ministerie en de strafrechtadvocatuur.

Bij de vraag wat van de verdediging kan worden verwacht, is volgens de aan de concept wetsvoorstellen voorafgaande Contourennota een goede taakvervulling door de verdediging – in wisselwerking met (een goede taakvervulling door) de zittende en staande magistratuur – het ijkpunt. Deze taakopvatting wordt in de voorstellen niet beschreven en blijft in zoverre in zekere zin onbepaald. Tegelijkertijd geldt dat die taakopvatting wezenlijk is met het oog op de vraag wat van de verdediging wordt verwacht en feitelijk kan worden verwacht. Om die reden wordt in hoofdstuk 2 allereerst een beschrijving gegeven van de verschillende taakopvattingen ten aanzien van strafrechtadvocatuur, strafrechter en officier van justitie. Daarna volgt een analyse van het huidige recht inzake de vier geselecteerde thema's (hoofdstuk 3), in hoofdstuk 4 gevolgd door een analyse van de conceptvoorstellen in relatie tot diezelfde vier thema's. Hoofdstuk 5 vormt een verslag van de twee focusgroep interviews. In hoofdstuk 6 komen wij terug op de in de Contourennota geschetste 'beweging naar voren' en schetsen wij onze bevindingen met betrekking tot de moderniseringsvoorstellen, toegespitst op drie archetypen van zaken/verdachten (te weten het onderscheid tussen (a) voorlopig gehechte verdachten en 'vrije voeters', (b) berechting door een meervoudige dan wel een enkelvoudige strafkamer, en (c) natuurlijke personen en rechtspersonen). Hoofdstuk 7 bevat onze conclusies in relatie tot de gestelde onderzoeksvragen.

Taakopvatting(en) als vertrekpunt voor de analyse

De oorsprong van het Nederlandse strafproces ligt in het inquisitoire procesmodel. Daardoor is zijn structuur grotendeels gevormd naar de rol en de bevoegdheden van de zittende en staande magistratuur. Van de raadsman wordt in het stelsel van het wetboek van 1926 verwacht dat hij de verdachte adviseert omtrent de te maken processuele keuzes en dat hij – door gebruik te maken van de rechten en mogelijkheden die de verdediging in het vooronderzoek en bij het onderzoek ter terechtzitting worden geboden – het verweer van de verdachte handen en voeten geeft door getuigen te ondervragen, mogelijk nieuwe stukken in te brengen en te proberen de rechter in zijn besluitvorming te beïnvloeden. Bij de uitoefening van zijn beroep dient de

raadsman zich te laten leiden door de vijf uitgangspunten of kernwaarden van de advocatuur, te weten onafhankelijkheid, partijdigheid, deskundigheid, integriteit en vertrouwelijkheid.

Om te kunnen beoordelen of het gemoderniseerde wetboek de verdachte alle benodigde mogelijkheden biedt voor een effectieve verdediging, wordt in dit onderzoek rekening gehouden met twee scenario's. Het eerste daarvan is het scenario dat de verdachte zichzelf verdedigt en geen gebruik maakt van zijn recht op rechtsbijstand. Het tweede scenario houdt in dat de verdachte wel wordt bijgestaan door een raadsman. Dit onderscheid is relevant, omdat van de verdachte die rechtsbijstand ontvangt, eerder zal worden verwacht dat hij geïnformeerde en weloverwogen keuzen maakt, dan van de verdachte die zichzelf verdedigt.

In het tweede scenario wordt onderscheid worden gemaakt tussen de raadsman die 'optimaal' functioneert en de raadsman die 'suboptimaal' functioneert. Eén van die redenen waarom een raadsman niet optimaal zou kunnen functioneren, is dat hij (door zijn cliënt) uit financiële overwegingen in zijn taakuitoefening wordt beperkt. Zo is voor een verdachte rechtspersoon een zakelijke afweging om de kosten van een te verwachten sanctie economisch af te wegen tegen de kosten die met het voeren van verweer tegen de beschuldiging gemoeid zullen zijn. Indien een verdachte natuurlijke persoon niet in aanmerking komt voor een (ambtshalve) toevoeging, dan worden de kosten voor het voeren van verweer ook voor deze verdachte een beperkende omstandigheid. Dergelijke beperkingen kunnen zich evenwel ook voordoen in gevallen waarin aan verdachten wel ambtshalve een raadsman is toegevoegd, gelet op het sinds 1 maart 2017 in art. 43 lid 3 Wet op de rechtsbijstand (Wrb) bepaalde en de daarop gebaseerde Maatregel kostenverhaal draagkrachtig veroordeelden. Deze terugvorderingsmaatregel brengt met zich dat ook in de zwaarste strafzaken (namelijk de zaken waarin voorlopige hechtenis is toegepast, wat heeft geleid tot een ambtshalve toevoeging van een raadsman) een deel van de verdachten niet op basis van gefinancierde rechtshulp procedeert, maar op slechts op basis van bevoorschotting, nu de kosten voor hun verdediging bij een veroordeling zullen worden teruggevorderd. Ook in geval van een ambtshalve toevoeging kan derhalve sprake zijn van suboptimale rechtsbijstand als gevolg van financiële belemmeringen. Het onderscheid tussen een raadsman die optimaal functioneert en een raadsman die suboptimaal functioneert is relevant, omdat in geval de raadsman niet optimaal functioneert, een onjuist beeld kan ontstaan over de wijze waarop de verdediging wordt gevoerd, bijvoorbeeld doordat wordt aangenomen dat bepaalde beslissingen (denk met name aan het uitblijven van een verweer of verzoek) bewust zijn genomen.

Omdat onze analyse zich ook richt op de vraag welke risico's of (mogelijke) consequenties voor de uitkomsten van een strafzaak zijn verbonden aan het ontbreken van rechtsbijstand en aan een suboptimaal functionerende raadsman, is het van belang om stil te staan bij de uitgangspunten die in dit onderzoek ten aanzien van het functioneren van andere procesdeelnemers dan de verdediging worden gehanteerd. Immers, voor de analyse van de gevolgen die een suboptimaal functionerende raadsman heeft voor de uitkomst van de zaak, is van belang welke (impliciete) veronderstellingen men heeft over de mate waarin andere procesdeelnemers – rechter, officier van justitie – de tekortkomingen van de raadsman zullen compenseren. Die analyse kan pas vruchtbaar zijn, als wij die als een 'stress-test' modelleren en derhalve als uitgangspunt nemen de vraag welke consequenties aan het tekortschieten van de raadsman verbonden kunnen zijn, als de meeste omstandigheden tegen zitten.

Van oudsher wordt de Nederlandse strafrechter getypeerd als een actieve rechter. Die typering houdt in dat aan de rechter zelf verantwoordelijkheid wordt toegedicht ten aanzien van de vaststelling van de feiten. Die verantwoordelijkheid brengt met zich dat de rechter zelf op zoek gaat naar de materiële waarheid. Het uitgangspunt van de actieve rechter staat evenwel nergens met zoveel woorden in een wettelijke bepaling voorgeschreven of omschreven. Er zijn rechters die van opvatting zijn dat de actieve waarheidsvinding in beginsel slechts dient plaats te vinden op basis van het door het openbaar ministerie verrichte onderzoek en het aangeleverde dossier.

Er zijn ook rechters die de opvatting huldigen dat de opdracht tot materiële waarheidsvinding óók met zich brengt dat – bij een tekortschietend straf dossier – de rechter zélf aanvullend onderzoek zal hebben te entameren, bijvoorbeeld om een ‘ongewenste’ vrijspraak te vermijden.

Men zou zich kunnen afvragen of de ontwikkeling naar een meer contradictoire procesvorm, zoals die door de moderniseringswetgever wordt voorgestaan, hier verandering in zal brengen en mogelijk zal leiden tot een meer uniforme taakopvatting van rechters. De onderzoeksgroep Strafvordering 2001 plaatste het door hen voorgestane procesmodel mede in het licht van het concept ‘partijautonomie’. Daaraan verbond deze onderzoeksgroep destijds de notie dat de keerzijde van de vrijheid van de verdachte om een eigen procespositie te kiezen is, dat aan de door de verdachte gemaakte keuzen ook rechtsgevolgen kunnen worden verbonden. In de gepubliceerde conceptvoorstellen voor het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering is eenzelfde lijn zichtbaar. Uit de gepubliceerde concept MvTs volgt, dat aan het ontbreken van een actieve proceshouding aan de zijde van de verdediging door de rechter consequenties kunnen en mogen worden verbonden. Welke consequenties dat precies zouden kunnen zijn en hoe ver de rechter daarbij kan of mag gaan, wordt niet duidelijk. De boodschap aan de rechter lijkt wel te zijn dat de verantwoordelijkheid tot tegenspraak in belangrijke mate op de verdediging wordt gelegd, met gelijktijdige vermindering van de verantwoordelijkheid van de rechter om zélf actief te speuren naar ontlastend materiaal, waar de verdediging nalaat op het mogelijke bestaan van zulk materiaal te wijzen.

Deze conclusie lijkt van meer brandstof te worden voorzien door de introductie van een nieuw beslissingsmodel in hoger beroep. Samengenomen leiden de in dat kader voorgestelde bepalingen er namelijk toe, dat de rechter in hoger beroep, buiten de tegen het vonnis geformuleerde bezwaren om, alleen de verplichting heeft om ambtshalve te toetsen op de drie in art. 5.4.4.10 lid 6 genoemde punten: het recht tot strafvordering, de kwalificatie en wettelijke strafmaxima. Voor het overige kan en mag de rechter zelf invulling geven aan hetgeen de rechter in het belang van een goede rechtsbedeling noodzakelijk acht.

Wij menen dat deze ontwikkelingen aanleiding geven om te veronderstellen dat het *gemiddelde* in de rechterlijke opvattingen eerder in de richting van een meer reactieve rechter zal bewegen, dan in de richting van een toenemend actieve invulling van die rol. Bezien vanuit het perspectief van een individuele zaak brengen deze ontwikkelingen met zich dat, ten opzichte van de huidige kansverdeling, de kans dat men in een concrete zaak een reactief ingestelde rechter zal treffen, alleen maar kan toenemen. Uitgangspunt voor de toetsing in het verband van dit onderzoek dient aldus te zijn dat de rechter geen taak ziet in het bijspringen van de verdediging als de verdediging naar zijn opvatting steken laat vallen, tenzij de verdachte niet is voorzien van rechtsbijstand.

Over de taakopvatting en -invulling van het openbaar ministerie kunnen wij korter zijn. Leden van het openbaar ministerie worden gerekend tot de rechterlijke ambtenaren (art. 1 Wet RO). Het openbaar ministerie maakt onderdeel uit van de rechterlijke macht en wordt uit dien hoofde geacht magistraal te opereren. Vanuit zijn magistraal rol dient de officier van justitie mede oog te hebben voor de belangen van de verdachte en de verdediging en daarbij tevens oog te hebben voor (bewijs)materiaal dat in ontlastende zin aan de waarheidsvinding kan bijdragen. Tegelijkertijd is het openbaar ministerie één van de twee partijen in de strafprocedure – met alle mogelijk denkbare effecten van dien. Wij stellen voorop dat het ook een magistraal opererende officier van justitie vrij staat om in voorkomende gevallen de grenzen van zijn bevoegdheden op te zoeken, indien de door het openbaar ministerie te behartigen belangen daartoe aanleiding geven. Binnen de wettelijke grenzen, en waar relevant onderworpen aan rechterlijke toetsing, kan het openbaar ministerie niet het recht worden ontzegd om de toegekende bevoegdheden maximaal in te zetten. Dat brengt met zich dat in het verband van de ‘stress-test’ die onderhavige onderzoek mede is, het uitgangspunt moet zijn dat

de aan het openbaar ministerie toegekende bevoegdheden maximaal kunnen – en in de concrete zaak dus ook zullen – worden ingezet.

De opdracht aan de officier van justitie om mede oog te hebben voor de belangen van de verdachte en de verdediging brengt geenszins met zich dat de officier van justitie steeds (of onder bepaalde omstandigheden) verplicht is om aan die belangen voorrang te geven boven de belangen van de opsporing. De weging van die belangen kan ook van officier tot officier verschillen. De magistratelijke opdracht brengt evenmin mee de verplichting om de verdachte steeds te hulp te schieten waar de verdediging verzuimt of nalaat verweer te voeren. In het geval dat de verdachte is voorzien van rechtsbijstand, zal de officier van justitie daarin bovendien uiterst terughoudend zijn, omdat de officier van justitie niet kan beoordelen of het (in zijn ogen tekortschietende) optreden van de raadsman of de verdediging is gedreven door bewuste strategische of tactische keuzes. In het geval dat de verdachte geen raadsman heeft, proberen officieren van justitie de verdachte in de regel te prikkelen om rechtsbijstand te zoeken; men is zeer terughoudend om zélf stukjes van de verdediging in te vullen. Dit alles brengt ons tot de conclusie dat een ‘somber-realistisch’ scenario voor de taakopvatting van de officier van justitie inhoudt dat deze zich niet goed in staat acht, dan wel het niet tot zijn taak rekent, om de verdediging bij te springen als de verdediging naar zijn opvatting steken laat vallen.

De verdediging naar huidig recht: verwachtingen en verantwoordelijkheden

Onze bevindingen met betrekking tot het huidige strafproces(-recht) kunnen als volgt kernachtig worden samengevat: waar het gaat om de vraag (a) welke verwachtingen en verantwoordelijkheden op de verdediging rusten om haar rechten te verwezenlijken en (b) in hoeverre het juridisch kader haar daartoe voldoende instrumenten geeft, moet worden geconcludeerd dat het huidig juridisch kader van de verdediging veel ‘vraagt’, maar daartoe niet noodzakelijk voldoende *geeft*.

Naar huidig recht is niet gegarandeerd dat de verdediging over voldoende informatie beschikt, ten einde zich een adequaat oordeel te kunnen vormen over de vraag of, en zo ja welke actie vanuit de verdediging noodzakelijk is om de verdediging ten gronde adequaat vorm te geven. Evenmin is gegarandeerd dat de verdachte en zijn raadsman aan deze verdediging vorm kunnen geven op de wijze waarop de verdediging daaraan vorm wenst te geven. De eisen die op grond van de jurisprudentie aan verzoeken van de verdediging ten aanzien van het horen van getuigen en deskundigen worden gesteld, veronderstellen dat de verdediging voldoende is geïnformeerd; het wettelijk kader biedt die garantie niet. Evenmin biedt het wettelijk kader voldoende garantie dat de verdachte daadwerkelijk in de gelegenheid is om datgene voor het voetlicht te brengen, wat hem (of zijn raadsman) uit het oogpunt van de verdediging ten gronde relevant voorkomt op het moment dat hem dat geraden voorkomt.

De concept voorstellen voor een gemoderniseerd Wetboek van Strafvordering: de positie van de verdediging

De aansluitend te beantwoorden vraag is welke wijzigingen ten opzichte van het huidige recht worden voorgesteld in het kader van Modernisering Strafvordering, alsmede de vraag welke betekenis de voorgestelde wijzigingen hebben voor – kort gezegd – de op de verdediging rustende verantwoordelijkheden met het oog op (de voorbereiding van) de verdediging ten gronde.

In de concept MvTs bij de verschillende voorgestelde Boeken wordt (steeds) het standpunt ingenomen dat de positie van de verdediging door de gedane voorstellen wordt versterkt, of reeds zodanig is versterkt door recente wetswijzigingen dat een verdere versterking niet nodig

is. Op onderdelen is zeker sprake van een versterking van de positie van de verdediging als gevolg van de moderniseringsvoorstellen. Dat geldt bijvoorbeeld waar de verdachte naar komend recht uit principiële overwegingen in beginsel ook zelf een aanwezigheids- en ondervragingsrecht toekomt in relatie tot verhoren van getuigen en deskundigen door de rechter-commissaris, al zal de verdachte, wat de strafrechtadvocaten in de focusgroep betreft, veel vaker niet dan wel aanwezig zijn. Dat principiële recht heeft ook betekenis voor de berechting in hoger beroep, waarbij – kort gezegd – het noodzakelijkheids criterium alleen geldt voor getuigen en deskundigen die hetzij ter zitting in eerste aanleg reeds zijn verhoord, hetzij zijn verhoord bij de rechter-commissaris in aanwezigheid van de verdachte (art. 5.4.4.5 lid 3).

In andere opzichten is het voorgestelde wetboek veel minder revolutionair, althans wat de verdediging betreft veel minder in beweging. In relatie tot de vier geselecteerde onderwerpen valt vooral op dat een groot deel van de bepalingen die op deze onderwerpen betrekking hebben, niet of nauwelijks worden herzien. Dat houdt met name verband met het feit dat een belangrijk deel van deze regelingen van relatief recente datum is. Uitgangspunt in de concept MvTs is, dat de positie van de verdediging daarin reeds voldoende adequaat is versterkt en daarmee reeds voldoende invulling wordt gegeven aan het gezochte tegensprekelijke karakter van het strafproces.

Bij nadere beschouwing in context lijkt die conclusie echter geen stand te kunnen houden, althans niet indien de centraal gestelde ‘beweging naar voren’ – en de (mede-) verantwoordelijkheid die de verdediging in dat kader wordt toegedicht – (verder) wordt doordacht en daarbij ook wordt nagedacht over de vraag onder welke omstandigheden en voorwaarden binnen een dergelijke beweging een adequate verdediging realiseerbaar is.

Het uitgangspunt van de wetgever is dat een verdachte vanaf het eerste verhoor na aanhouding, voorzien van rechtsbijstand, over zijn rechten is geïnformeerd en derhalve alsdan zijn procespositie kan bepalen. Dit in de concept MvTs tot uitdrukking gebrachte uitgangspunt is evenwel niet zonder meer juist. Allereerst is informatieverplichting over rechten van de verdachte naar huidig en komend recht (art. 1.4.1.6/ 1.4.1.3) beperkt, in ieder geval waar het gaat om de verdediging ten gronde. Daarnaast is ook het recht op gefinancierde rechtsbijstand beperkt. In alle gevallen waarin de verdachte niet, dan wel voor een beperkte duur, rechtsbijstand kan genieten, is niet verzekerd – en daarmee is ook niet op voorhand de verwachting gerechtvaardigd – dat de verdachte zijn procespositie adequaat kan bepalen. Daarmee is ook niet verzekerd dat de verdachte uitvoering geeft aan zijn recht om *desgevraagd* kennis te nemen van de processtukken, ook als hij daarover is geïnformeerd.

De kennelijke veronderstelling van de minister dat een raadsman zijn cliënt adequaat zal informeren en van het recht op kennisneming van de processtukken (art. 1.4.2.2.4 lid 1) gebruik zal maken, is evenmin gerechtvaardigd. Nadat de fase waarin en waarvoor hij is toegevoegd is verstreken – in het algemeen: met de invrijheidstelling van de verdachte – geldt voor de raadsman dat hij niet langer (automatisch nog) een cliënt heeft, en geldt voor de verdachte dat hij geen raadsman meer heeft. Dat is potentieel alleen anders indien de raadsman niet op toevoeging procedeed, dan wel de raadsman – in het geval van voorlopige hechtenis – een last heeft, aangenomen dat de verdachte de raadsman ook toestaat om van die rechten gebruik te maken, gelet op de onzekerheid over de vraag wie de kosten van rechtsbijstand uiteindelijk zal moeten dragen.

De ‘beweging naar voren’ zal in de meeste gevallen betekenen dat de verdachte zich zal moeten richten tot de rechter-commissaris; over dat recht wordt de verdachte evenwel naar huidig noch toekomstend recht van overheidswege geïnformeerd. Als rechter in het vooronderzoek beoordeelt de rechter-commissaris onderzoekswensen en voert hij deze uit, voor zover het gevraagde onderzoek redelijkerwijs van belang kan zijn voor de naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting te nemen beslissingen (art. 2.10.1.5 lid 1). Dat is criterium is

alleen in wettelijk opzicht nieuw; in de praktijk is dat criterium ook thans reeds in gebruik. Daarmee veranderen de op de verdediging rustende verantwoordelijkheden ter zake niet. Doel van het criterium is te bevorderen dat er ruime gelegenheid is om onderzoekswensen in een vroeg stadium te doen.

Bij het verruimen van de mogelijkheden voor regievoering door de rechter-commissaris horen ook enkele bepalingen die gaan over verhoren door de rechter-commissaris. De gedachte (verwachting) van de wetgever is dat de rechten van de verdediging (en de officier van justitie) bij het verhoor van getuigen in het vooronderzoek daardoor worden versterkt. Dat geldt zeker voor het al besproken voorstel om te bepalen dat de verdachte het recht heeft om aanwezig te zijn (en vragen te stellen) indien door de rechter-commissaris getuigen en/of deskundigen worden verhoord, al kunnen ook daar kanttekeningen worden geplaatst bij de wijze waarop dat recht is uitgewerkt. Positief in dat kader is ook het voorstel om thans in het wetboek te bepalen dat de raadsman bij getuigen- en deskundigenverhoren als eerste de gelegenheid krijgt om vragen te stellen, indien de getuige/deskundige nog niet eerder is verhoord.

MK-zaken zullen in de toekomst – anders dan EK-zaken – in uitgangspunt gefaseerd worden aangebracht. Dat betekent dat de officier van justitie de procesinleiding aan de voorzitter doet toekomen, waarna de voorzitter de procesinleiding aan de verdachte doet betekenen en hem informeert over zijn rechten, waaronder het recht op rechtsbijstand en het recht om kennis te nemen van de processtukken (art. 4.1.1.2). Eerst nadat de verdachte een termijn is gegeven voor het (schriftelijk) indienen van verzoeken met het oog op de terechtzitting – zoals het verzoek om getuigen of deskundigen (ter zitting) te verhoren, het verzoek om bepaalde stukken bij de processtukken te (laten) voegen (door de officier van justitie), alsmede het verzoek om (bepaalde) stukken van overtuiging te overleggen (art. 4.1.1.5) – wordt door de voorzitter een dag voor de behandeling bepaald (art. 4.1.1.6), waarbij dan rekening kan worden gehouden met de onderzoekshandelingen die nog moeten worden verricht. Tijdig ingediende verzoeken worden (nadien) door de rechtbank beoordeeld op basis van het criterium van ‘verdedigingsbelang’. Voor het doen van dergelijke verzoeken geldt op grond van art. 4.1.1.4 lid 3 een termijn van twee weken, welke termijn met hooguit twee weken kan worden verlengd. Het standpunt in de concept MvT dat deze termijn volstaat, getuigt van een misvatting. In de situatie dat de verdachte nog niet voorzien is van rechtsbijstand, volstaat deze termijn – naar het zich laat aanzien – niet eens voor het aanvragen van een toevoeging en ook niet voor het op verzoek verkrijgen van processtukken, laat staan dat deze termijn voor de verdediging toereikend zou zijn om die processtukken te bestuderen en op basis daarvan gemotiveerd en gespecificeerd verzoeken te doen. De verwachting dat de verdediging aan haar verantwoordelijkheid ter zake adequaat gestalte kan geven, is daarmee niet gerechtvaardigd.

Verzoeken die na de (uitsluitend aan de verdediging) gestelde termijn worden gedaan, worden – voor zover zij door de voorzitter niet zijn ingewilligd – door de (voltallige) rechtbank beoordeeld met toepassing van het (herijkte) noodzakelijkheids criterium. Binnen dat in de concept MvT uitgewerkte criterium kan een veelheid van factoren een rol spelen. In het ongewisse blijft daarbij, of dat criterium voor de verdediging tot een verhoogde motiveringsplicht leidt of kan leiden.

Het sluitstuk van de feitelijke behandeling in twee instanties is de berechting in hoger beroep. Die berechting vindt in grote lijnen plaats op dezelfde wijze als in eerste aanleg. Dat geldt niet voor het beslismodel waaraan het hof bij zijn oordeelsvorming in de toekomst wettelijk gezien gebonden is. Dat beslismodel houdt in dat de appelrechter een beslissing van de rechtbank waartegen geen bezwaren zijn ingediend, in beginsel niet hoeft over te doen, tenzij het hof daartoe ambtshalve reden ziet (art. 5.4.4.10 lid 5). Dat heeft tot gevolg dat de appelrechter zich mogelijk een (veel) lijdelijkere houding kan aanmeten dan in het huidige procesmodel algemeen wordt aanvaard.

Voor de verdachte (en de verdediging) is dat gegeven van grote betekenis. Het betekent namelijk onder meer dat zwaarder wegend belang toekomt aan de rechtsbijstand die de verdachte zowel in eerste aanleg als in hoger beroep heeft gekregen en hetgeen zijn raadsman daarbij namens de verdachte heeft betoogd – en vooral aan hetgeen de raadsman namens de verdachte niet heeft betoogd. Daar waar door of namens de verdachte geen bezwaren worden ingebracht tegen bepaalde aspecten van het vonnis in eerste aanleg, bijvoorbeeld in relatie tot getuigen en/of deskundigen(-bewijs), betekent dit dat die aspecten ook niet bij de beoordeling in hoger beroep zullen hoeven te worden betrokken, tenzij het hof zelf constateert dat sprake is van gebreken in relatie tot dat vonnis en bovendien oordeelt dat ‘het belang van een goede rechtsbedeling’ met zich brengt dat het hof zich daarover buigt (art. 5.4.4.10 lid 5 en 6).

Waar het gaat om de vraag in hoeverre het toekomstig juridisch kader de verdediging voldoende instrumenten geeft om haar rechten te verwezenlijken en de verdediging ten gronde vorm te geven om op die manier bij te dragen aan een ‘beweging naar voren’, moet worden geconcludeerd dat het voorgestelde juridisch kader in verschillende opzichten nog in belangrijke mate onvolkomen lijkt. Dat begint bij het onvolkomen recht op informatie met betrekking tot de aan de verdachte toekomende rechten en krijgt zijn sluitstuk in het beslismodel voor de berechting in hoger beroep.

Beantwoording van de onderzoeksvragen

Verwachtingen en verantwoordelijkheden

Toegespitst op de concepttekst van de voorstellen, de daarbij behorende concept MvT's (en de nadere informatie beschikbaar gesteld via de begeleidingscommissie bij het onderhavige onderzoek), alsmede de daaraan voorafgaande Contourennota, is de belangrijkste verwachting naar ons oordeel dat de verdachte tegenspraak levert op de tegen hem ingebrachte beschuldiging. De *tweede* verwachting is dat de verdachte medeverantwoordelijkheid neemt voor het verloop van het strafproces. In de voorgestelde regeling ligt onzes inziens de verwachting besloten dat de verdachte zo vroeg als mogelijk is (pro-)actief mee procedeert en derhalve onder omstandigheden ook in het opsporingsonderzoek, (ook) als hij nog niet de beschikking heeft gekregen over het (volledige) procesdossier en een (min of meer) definitieve beschuldiging. In de fase van hoger beroep vertaalt de verwachting van tegenspraak zich in de verwachting dat de verdachte naar voren brengt wat zijn bezwaren zijn tegen het vonnis in eerste aanleg. De verantwoordelijkheden voor de verdediging zijn welbeschouwd identiek aan de hiervoor genoemde verwachtingen: de verdediging die niet aan de gestelde verwachtingen voldoet, schiet tekort in haar verantwoordelijkheden.

Deze verwachtingen gaan verder dan de verwachtingen die onder het huidige Wetboek van Strafvordering op de verdediging liggen. Met name de verwachting dat de verdachte medeverantwoordelijkheid neemt voor het verloop van het strafproces en zo vroeg mogelijk (pro-)actief mee procedeert, is ten opzichte van de huidige stand van het recht nieuw te noemen.

De sanctionering van (het niet voldoen aan) deze verwachting en de daaraan gekoppelde verantwoordelijkheid is in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering diffuus, maar naar ons oordeel reëel. De verdachte die – in de opvatting van een later oordelende rechter – *onvoldoende* vroeg, *onvoldoende* (pro-)actief heeft mee geprocedeerd, kan procedurele drempels, belemmeringen of mogelijk zelfs sancties ondervinden, als hij in een later stadium probeert zijn tegenspraak vorm te geven of van een feitelijk fundament te voorzien. Die drempel bestaat in elk geval in een toenemende motiveringsplicht voor zijn verzoeken naar de mate waarin het proces is voortgeschreden. In de concept MvT's, de nadere informatie beschikbaar gesteld via de begeleidingscommissie bij het onderhavige onderzoek, alsmede in de aan de moderniseringsvoorstellen voorafgaande Contourennota, wordt de (later oordelende) rechter

daarbij de mogelijkheid en de vrijheid gegeven om (in voorkomende gevallen) sancties aan het (onredelijk) stilzitten van de verdediging in het vooronderzoek te verbinden. De belemmering, dan wel sanctie, zou er in kunnen bestaan, dat een verzoek van de verdachte als ‘tardief’ wordt afgewezen. Zo’n rechtstreekse vorm van sanctionering is in het huidige Wetboek van Strafvordering onbekend.

De vraag óf de later oordelende rechter tot een dergelijke vorm van sanctionering overgaat, zal van zaak tot zaak anders worden beantwoord. Dat brengt met zich dat de verdachte geen zekerheid heeft of hij (naar het latere oordeel van de zittingsrechter) in het vooronderzoek (nog wel) de vrijheid heeft om – in het geval hij nog niet de beschikking heeft over alle processtukken – voorshands te wachten met het opgeven van onderzoekshandelingen. Indien immers de later oordelende rechter meent dat van de verdachte gevergd kon worden dat hij bij die stand van het onderzoek wél al onderzoekswensen opgaf, dan kan de verdachte (mogelijk) tegen (een vorm van) sanctionering aanlopen. Vanwege het gebrek aan zekerheid zowel wat betreft het (in het opsporingsonderzoek) voorgeschreven gedrag als de daaraan mogelijk (door de later oordelende rechter) te verbinden consequenties, noemen wij dit een diffuse sanctioneringsmogelijkheid.

Wij zien dan ook een combinatie van de verwachting dat de verdachte in beginsel zo vroeg mogelijk (pro-)actief mee procedeed en een diffuse sanctioneringsmogelijkheid van het niet-voldoen aan die verwachting, die wij als méér dan een verantwoordelijkheid (of procesrisico) duiden. Wij noemen deze combinatie van verwachting en mogelijke sanctionering een (impliciete) *verplichting*. Deze impliciete verplichting strekt zich ook uit tot het opsporingsonderzoek. Onder omstandigheden kan deze impliciete verplichting ook reeds gelden, als de verdachte nog niet de beschikking heeft gekregen over het (volledige) procesdossier en een (min of meer) definitieve beschuldiging. De verdachte loopt in die situatie immers het risico dat een later oordelende rechter tot de slotsom komt dat de verdachte in het opsporingsonderzoek al kon beschikken over voldoende processtukken om bepaalde onderzoekshandelingen te vragen, zodat een verzoek om deze onderzoekshandelingen uit te voeren in een latere fase van het proces als tardief moet worden aangemerkt. Dan blijkt de verdachte, door niet al op basis van een nog incompleet dossier mee te procederen, een mogelijkheid te hebben verspeeld.

De verdachte die geen of onvoldoende doeltreffende bezwaren tegen het vonnis in eerste aanleg aanvoert, verliest de aanspraak op beoordeling van die punten door het gerechtshof. Dit wordt door ons niet als een (impliciete) verplichting gezien, maar wel als een onderdeel van het strafproces waarin een procesverantwoordelijkheid en bijbehorend procesrisico op de verdachte wordt gelegd.

Randvoorwaarden

In de verschillende concept MvTs ligt onzes inziens het oordeel besloten dat aan een aantal randvoorwaarden moet zijn voldaan om de verwachting dat de verdediging in staat is vroegtijdige tegenspraak te kunnen realiseren (en realiseert). In de concept MvTs ligt voorts het oordeel besloten dat in de voorgestelde regeling ook aan deze voorwaarden voldaan wordt. Het betreft de strafvorderlijke randvoorwaarden dat de verdachte in de loop van het proces (steeds) over (1) voldoende *informatie* beschikt over zijn rechtspositie om zijn verdedigingsstappen zo snel mogelijk te kunnen zetten, alsmede dat hij daarvoor over (2) voldoende processuele *middelen* beschikt. Deze laatste randvoorwaarde kan nader worden onderscheiden in de beschikbaarheid van de processtukken; de beschikbaarheid van de beschuldiging; voldoende mogelijkheden van feitenonderzoek *à décharge* en een voldoende (rechts)positie in het kader van de verschillende verhoren om het tegensprekelijke verhaal naar voren te kunnen brengen. Voorts is een randvoorwaarde dat de verdachte over rechtsbijstand kan beschikken.

Ten aanzien van de voor de verdachte beschikbare informatie geldt dat een niet-aangehouden verdachte die wordt verhoord, weet dat hij recht heeft op rechtsbijstand. Een aangehouden verdachte weet dat hij recht heeft op rechtsbijstand en dat hij recht heeft om *desgevraagd* en in ieder geval vanaf het eerste verhoor na aanhouding kennis te nemen van de processtukken. Een niet aangehouden en niet verhoorde verdachte weet (formeel) niets. Geen enkele verdachte wordt geïnformeerd over de mogelijkheid om (al in het vooronderzoek) onderzoekshandelingen te vragen aan de rechter-commissaris. De informatie die aan de verdachte van overheidswege wordt verstrekt, is dan ook onvoldoende om de verdachte in staat te stellen om aan de verwachtingen te voldoen.

De tweede en derde randvoorwaarde voor het waarmaken van de verwachting dat de verdachte zo vroeg mogelijk (pro-)actief mee procedeert, is de beschikbaarheid van processtukken en een (min of meer definitieve) beschuldiging. Voor niet-voorlopig gehechte verdachten is de regeling van de verstrekking van processtukken nog onvoldoende effectief vormgegeven. De praktijk van de verstrekking van processtukken wordt voor het belangrijkste deel bepaald door de werkprocessen van de politie en het openbaar ministerie, waarin veelal geen ruimte is voor beoordeling door de officier van justitie van de individuele stukken. Dit brengt met zich dat onder de huidige wettelijke regeling al geen garantie bestaat dat een verdachte op zijn verzoek tijdig alle dan reeds beschikbare stukken ontvangt. Nu de voorgestelde regeling op dit punt wezenlijk niets anders inhoudt dan de bestaande, zien wij hierin geen verbetering optreden.

Voorlopig gehechte verdachten hebben uit de verschillende vorderingen voorlopige hechtenis en uit de verplicht voorgeschreven 'stand van zaken rapportage' na ommekomst van drie maanden gevangenhouding kunnen opmaken hoe de beschuldiging tegen hen waarschijnlijk zal komen te luiden (art. 2.10.5.1). Ook krijgen voorlopig gehechte verdachten bij die 'stand van zaken rapportage' automatisch inzage in ten minste een deel van de processtukken. Een niet voorlopig gehechte verdachte wordt echter eerst na afronding van het opsporingsonderzoek – met de betekening van de procesinleiding – geïnformeerd over de beschuldiging. Deze verdachte heeft dan ook in de loop van het opsporingsonderzoek onvoldoende feitelijke informatie (beschuldiging en processtukken) om het hem mogelijk te maken om in dat onderzoek te participeren.

De laatste tekortkoming die wij in het verband van de processtukken signaleren, is dat de impliciete verplichting van de verdachte om ook al in het opsporingsonderzoek (pro-)actief mee te procederen, onder omstandigheden zelfs als hij nog niet de beschikking heeft gekregen over het (volledige) procesdossier en een (min of meer) definitieve beschuldiging, lastig verenigbaar lijkt met het procesmodel dat in art. 6 EVRM besloten lijkt te liggen. De slotsom van onze beschouwing van de jurisprudentie op art. 6 EVRM is dat niet zonder meer van de verdachte gevergd kan worden dat hij zijn verdedigingsactiviteiten al vormgeeft, vóórdat het opsporingsonderzoek is afgerond en voordat hij een min of meer definitieve beschuldiging heeft ontvangen. Van de verdediging lijkt in zoverre geen proactief handelen te worden verlangd; de verdediging lijkt zich in het algemeen te mogen beperken tot reactief optreden tegen dossier en beschuldiging. Dit leidt tot de conclusie dat één van de ontwerpuitsgangspunten van het voorgestelde Wetboek van Strafvordering op een wankel basis staat en uitdrukkelijk dient te worden heroverwogen.

Een vierde randvoorwaarde om te kunnen voldoen aan – met name – de verwachting van tegenspraak, is dat de verdachte over een doordachte en voldoende verzameling van feitelijke onderzoeksmiddelen/bevoegdheden beschikt om feitenonderzoek *à décharge* mogelijk te maken, alsmede – zo voegen wij daaraan toe – dat een helder kader bestaat waarbinnen dat feitenonderzoek *à décharge* kan plaatsvinden. Voor wat betreft het verhoor van getuigen en deskundigen worden daartoe in het opsporingsonderzoek ruime mogelijkheden gecreëerd. Na de betekening van de procesinleiding wordt echter een té beperkte periode gegeven (twee, maximaal vier weken) voor het opgeven van getuigen en deskundigen die door de rechtbank op

basis van het criterium van verdedigingsbelang moeten worden beoordeeld. Het standpunt in de concept MvT dat deze termijn voor de (niet voorlopig gehechte) verdachte volstaat, geeft blijk van onvoldoende begrip van de weerbarstige praktijk.

De huidige voorstellen rond de procesinleiding hebben tot gevolg dat de onderzoekshandelingen *à décharge*, waarvoor de bevoegdheden van de rechter-commissaris met betrekking tot voorwerpen en gegevens in het opsporingsonderzoek (art. 2.7.8.2) gebruikt moeten worden, in de praktijk veelal eerst buiten het kader van dat opsporingsonderzoek (namelijk eerst in de fase van de berechting) kunnen worden ingeroepen, omdat in de meeste gevallen de verdachte eerst dan over een beschuldiging en de processtukken beschikt. In die fase zijn de mogelijkheden tot het laten verrichten van aanvullend feitenonderzoek *à décharge* praktisch gezien mogelijk niet meer aanwezig, omdat de dossierverantwoordelijkheid dan al naar (de voorzitter van) de rechtbank is overgegaan. Met de aanvang van het onderzoek op de terechtzitting verliest de rechter-commissaris zijn bevoegdheden ten aanzien van voorwerpen, documenten en gegevens, hetgeen betekent dat de verdachte alle mogelijkheden tot het verrichten van onderzoek *à décharge* ten aanzien van voorwerpen, documenten en gegevens op dat moment ook definitief verliest. Een meer uitgebreide en uitdrukkelijke regeling van de onderzoeksmiddelen/bevoegdheden van de verdediging ten aanzien van voorwerpen en gegevens en hun kader wordt dan ook gemist.

De vijfde randvoorwaarde is dat de verdachte, in de situaties waarin hij door het afleggen van een verklaring bijdraagt aan het proces, voldoende ruimte heeft om het 'tegensprekelijke' verhaal naar voren te brengen. Vanwege de inquisitoire invulling die het (met name: politieke) verdachtenverhoor in de Nederlandse procescultuur gebruikelijk krijgt, is niet zonder meer verzekerd dat de verdachte daar voldoende ruimte voor krijgt, zelfs indien hij wel is voorzien van rechtsbijstand.

De zesde en mogelijk belangrijkste randvoorwaarde is dat een verdachte is voorzien van rechtsbijstand. Wij achten de verdachte – mede vanwege de bestaande cultuur, waarin rechters en openbaar ministerie zich welwillend en meedenkend opstellen ten aanzien van een verdachte zonder raadsman – in staat om in de meest eenvoudige zaken zelfstandig ter terechtzitting tegenspraak te bieden en om in dat verband vragen te stellen aan een ter terechtzitting gehoorde getuige of om ter terechtzitting aanvullende documenten of gegevens waarover hij zelf beschikt, aan de rechter over te leggen. Onder ogen moet echter worden gezien dat een niet onaanzienlijk aantal verdachten zelfs die verantwoordelijkheid niet (zelf) kan dragen. Het zelfstandig bevragen van deskundigen is, ook in meer eenvoudige zaken, voor een verdachte zonder raadsman te hoog gegrepen. Voor tegenspraak in complexere zaken, voor het verbreden van het dossier door aanvullend feitenonderzoek (getuigen, deskundigen, nieuwe stukken) én voor het aanzoeken van de rechter-commissaris in het vooronderzoek, kan de verdachte niet zonder adequate rechtsbijstand. Anders geformuleerd: behalve in de meest eenvoudige zaken kan de verdachte de op hem gelegde verwachting dat hij tegenspraak biedt en daartoe (zo vroeg als mogelijk is) (pro-)actief mee procedeert niet waarmaken, als hij niet is voorzien van rechtsbijstand.

Een vergelijkbare conclusie trekken wij wat betreft het aandragen van bezwaren tegen het vonnis in eerste aanleg. Slechts in eenvoudige zaken – of slechts in het geval van eenvoudige bezwaren – kan de verdachte daartoe (uitgaande van een welwillende houding van de rechter en het openbaar ministerie) nog zelf in staat worden geacht. In alle behalve de meest eenvoudige zaken is rechtsbijstand dan ook een randvoorwaarde voor een adequate invulling en vervulling van de verwachtingen en daaraan gekoppelde verantwoordelijkheden die op de verdachte worden gelegd.

De huidige regeling van de rechtsbijstand – waarvoor geen wijzigingsvoorstellen worden geformuleerd – houdt kort gezegd in dat zelfs in de zwaarste zaken, waarin de verdachte tot aan

het begin van de terechtzitting in voorlopige hechtenis verblijft, adequate rechtsbijstand *niet* is verzekerd. Voor niet voorlopig gehechte verdachten geldt dat zij in het opsporingsonderzoek veelal slechts gedurende de piketfase van rechtsbijstand zijn voorzien en voor het overige slechts als zij bereid en in staat zijn zelf voor rechtsbijstand te betalen. Verreweg de meeste niet-gedetineerde verdachten hebben in het opsporingsonderzoek geen raadsman. Voor de fase van de berechting komt slechts een deel van de niet voorlopig gehechte verdachten in aanmerking voor gefinancierde rechtsbijstand. Dit brengt met zich dat de impliciete veronderstelling van de gemoderniseerde regeling dat elke verdachte *is* voorzien van rechtsbijstand, dan wel zich *kan* voorzien van rechtsbijstand, onvoldoende door de feiten wordt gedragen.

Voorzieningen en gereedschappen

De wettelijke regeling rond de van overheidswege te verstrekken informatie zou versterkt kunnen worden. Met name zou aan *alle* verdachten – en niet slechts aan de *aangehouden* verdachten – meegedeeld moeten worden dat zij recht hebben op kennisneming van de processtukken. Voorts zou aan alle (verhoorde) verdachten meegedeeld moeten worden, dat zij al in het opsporingsonderzoek de rechter-commissaris kunnen vragen om onderzoekshandelingen te verrichten.

De regeling van de inzage en beschikbaarheid van de *processtukken* en de *beschuldiging* blijft een moeilijk op te lossen vraagstuk. Enerzijds is de 'beweging naar voren' gebaseerd op het vertrouwen van de wetgever dat de verdachte zo vroeg als mogelijk is in het proces de op zijn zaak betrekking hebbende stukken daadwerkelijk ontvangt, anderzijds kunnen er (grote) opsporingsbelangen bestaan om stukken zo laat mogelijk te verstrekken en wordt de wettelijke regeling ook nog eens doorkruist door de gegroeide werkwijzen en administratieve processen bij politie en openbaar ministerie. Deze knoop lijkt niet eenvoudig te ontwarren.

Voor de wetgevingskeuzen die vervolgens (moeten) worden gemaakt, zijn dan naar ons oordeel twee mogelijke uitkomsten denkbaar. De eerste daarvan is dat de wettelijke regeling van de verstrekking van de processtukken zó dwingend wordt en ook zo dwingend van termijnen en sancties wordt voorzien, dat daadwerkelijk gegarandeerd kan worden dat verdachten in het vooronderzoek ten spoedigste alle op dat moment reeds bestaande processtukken ontvangen. Alleen op deze wijze kan de praktijk worden gedwongen een realistisch fundament te leggen onder de ambitie om de verdachte 'naar voren' (mee) te laten bewegen. Die oplossing brengt noodzakelijkerwijze met zich dat een aantal vervolgingen zal falen, omdat de later oordelende rechter vaststelt dat het openbaar ministerie er in het vooronderzoek niet in is geslaagd om zich aan de gestelde regels te houden. De onwenselijkheid van die consequentie erkennen en onderschrijven wij. Als die weg echter onbegaanbaar is, dan resteert slechts de vaststelling dat de wetgever onmachtig is (gebleken) om met (alleen) strafprocessuele voorschriften te garanderen of te bewerkstelligen dat verdachten tijdig en volledig inzage krijgen in alle beschikbare processtukken die niet formeel worden onthouden. Maar dan moet vervolgens *die* vaststelling – en dat is de tweede mogelijke uitkomst – uitdrukkelijk als ontwerpuitgangspunt van het gemoderniseerde wetboek worden aanvaard. Dat zou er dan toe moeten leiden dat uitgangspunt van de regeling wordt dat het startpunt voor verwachtingen ten aanzien van de verdachte het (geregistreerde) moment is waarop hij of zijn raadsman (aantoonbaar) de processtukken en de concept beschuldiging in zijn zaak heeft ontvangen. Doet men nóch het een, nóch het ander, dan wordt de wettelijke regeling, waarin van de verdachte wordt verwacht dat hij actief mee procedeert zodra dat kan, mede gebaseerd op de fictie dat de verdachte steeds is voorzien van de op zijn zaak betrekking hebbende processtukken.

Ten aanzien van het feitenonderzoek *à décharge* zou onzes inziens veel gewonnen kunnen worden, indien een ontwerpuitgangspunt van het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering zou zijn, dat bij een tegensprekelijke verdediging óók wordt aanvaard dat zij feitenonderzoek doet om de tegenspraak van een fundament te voorzien. Dat biedt de ruimte

om vervolgens het debat aan te gaan over de vraag hoe dat feitenonderzoek – in het licht van mogelijke inbreuken op rechten van anderen – kan worden genormeerd en over de inrichting en inhoud van een procedure, waarin wordt bepaald op welke wijze en onder wiens verantwoordelijkheid het verkregen materiaal op relevantie kan worden geselecteerd en aan het dossier worden toegevoegd.

Als van de verdachte tegenspraak wordt verwacht, dan zou de wettelijke regeling van de situaties waarin de verdachte wordt verhoord, mede rekening moeten houden met, en ruimte moeten bieden aan, de tegensprekelijke functie van dat verhoor. Dit brengt met zich dat de regels omtrent de rechtsbijstand en de verslaglegging in deze verhoorsituaties opnieuw in dit licht zouden moeten worden gezien.

Naar ons oordeel is (de beschikbaarheid van) rechtsbijstand het belangrijkste element van een eerlijk proces waarin tegenspraak als Leitmotiv geldt. De rechten die in het gemoderniseerde wetboek aan de verdachte worden toebedeeld en de verwachtingen en verantwoordelijkheden die op de verdachte worden gelegd, kunnen in de meeste zaken – en in elk geval: in alle zaken waar het ergens over gaat – alleen maar geëffectueerd worden als de verdachte is voorzien van rechtsbijstand. De regeling van de rechtsbijstand maakt zodoende onverbrekkelijk onderdeel uit van de regeling van het strafproces.

Wij concluderen dat bij de moderniseringswetgever een onjuist beeld bestaat omtrent de beschikbaarheid van rechtsbijstand voor verdachten in het Nederlandse strafproces. De impliciete verwachting van de minister dat de verdachte hetzij rechtsbijstand *heeft* hetzij rechtsbijstand *kan krijgen* blijkt niet juist, in elk geval waar het betreft de rechtsbijstand tijdens het opsporingsonderzoek. Ten aanzien van de rechtsbijstand op de terechtzitting lijkt het effect van terugvorderingsmaatregel van kosten voor rechtsbijstand van art. 43 lid 3 Wrb nog onvoldoende in de voorgestelde regeling te zijn doorgedrongen. Dit is aanleiding voor de aanbeveling dat een herijking van de regeling van de rechtsbijstand in strafzaken – alsmede de daartoe benodigde (adequate) financiering – een integraal onderdeel van de moderniseringsoperatie behoort te zijn.

Risico's voor het functioneren van het stelsel indien de raadsman niet over een (adequat) functionerend raadsman beschikt

In alle behalve de meest eenvoudige zaken is de verdachte niet zelfstandig in staat om de op hem gelegde medeverantwoordelijkheden te dragen. Voor tegenspraak in complexere zaken, voor het (daartoe vereiste) verbreden van het dossier door aanvullend feitenonderzoek (getuigen, deskundigen, nieuwe stukken) én voor het aanzoeken van de rechter-commissaris in het vooronderzoek, *kan* de verdachte niet zonder rechtsbijstand. Dat geldt eveneens voor het aandragen van meer dan eenvoudige bezwaren tegen het vonnis in eerste aanleg in een niet eenvoudige zaak.

Bij de berechting van de verdachte zonder raadsman krijgt de rechter als gevolg daarvan 'onvolkomen' tegenspraak, hetgeen afbreuk doet aan de volledigheid en de kwaliteit van de grondslag voor de beslissing van de rechter. Dat brengt noodzakelijkerwijze met zich dat de rechterlijke beslissing zélf aan kwaliteit inboet. De kans op materieel onjuiste beslissingen neemt daardoor toe.

De verdachte met suboptimaal functionerende raadsman is slechter af dan de verdachte zonder raadsman. Het feit dat een raadsman in het onderzoek optreedt, kan door andere 'partijen' (openbaar ministerie, rechter) slechts worden gezien als een indicatie dat de verdediging naar behoren – optimaal – wordt gevoerd. Eventuele compensatie die door de rechter nog wel zal worden geboden aan de verdachte zonder raadsman, blijft bij de verdachte met suboptimaal opererende raadsman achterwege. Dat brengt met zich dat bij de berechting van de verdachte met een suboptimaal functionerende raadsman, de rechter eveneens 'onvolkomen' tegenspraak

krijgt, waarbij hij er echter (behoudens hier buiten beschouwing te laten evidente gevallen) van uitgaat, kan gaan en volgens het voorgestelde systeem ook van uit *mag* gaan, dat hij wél adequate tegenspraak krijgt. Dat doet afbreuk aan de volledigheid en de kwaliteit van de grondslag voor de beslissing van de rechter, maar het probleem is dat de rechter veelal niet eens weet *dat* de grondslag voor zijn beslissing is aangetast. Wellicht nog meer dan in de situatie dat de verdachte helemaal geen raadsman heeft, neemt daardoor de kans op materieel onjuiste beslissingen toe.

Indien het uitgangspunt van de wettelijke regeling is en blijft, dat het strafproces mede wordt gebaseerd om het concept van tegenspraak van de verdachte, dan kunnen de genoemde risico's alleen worden ondervangen en gemitigeerd door verbeteringen in het stelsel van rechtsbijstand, waardoor breder kan worden gegarandeerd dat de verdachten die dat nodig hebben ook daadwerkelijk van optimale rechtsbijstand worden voorzien. Met name de rechtsbijstand aan voorlopig gehechte verdachten dient in alle gevallen te zijn verzekerd – hetgeen in het huidige stelsel zoals opgemerkt niet het geval is.

De risico's van de raadsman die in het licht van de kernwaarden van de advocatuur tekortschiet en daarom zijn taak niet naar behoren uitoefent (en derhalve 'suboptimaal' bijstand verleent), kunnen alleen worden gemitigeerd door kwaliteitscontrole en -verbetering van advocaten die optreden als raadsman in strafzaken. Waar de wetgever – door tegenspraak van de verdachte tot één van de centrale uitgangspunten en verwachtingen van de gemoderniseerde regeling te maken – het strafproces en de juistheid van de uitkomsten van dat strafproces in grotere mate afhankelijk maakt van het optimaal functioneren van de raadsman van de verdachte, is het onzes inziens de vraag of diezelfde wetgever zich vervolgens (geheel) afzijdig kan houden van (het proces van) kwaliteitscontrole en kwaliteitsverbetering, dat – evident – primair tot de verantwoordelijkheid van de Nederlandse Orde van Advocaten behoort.

Het tweede type suboptimaal functionerend raadsman voldoet wél aan alle kernwaarden voor de advocatuur, oefent wél adequaat zijn beroep uit, maar wordt door externe factoren beperkt, waardoor hij de verdediging niet zó effectief kan voeren als hij zelf zou willen. Als voorbeeld daarvan is genoemd de raadsman die ambtshalve aan een in voorarrest verblijvende verdachte is toegevoegd, maar die op financiële gronden door zijn cliënt is geïnstrueerd om geen (volwaardige) rechtsbijstand te leveren. Als gevolg daarvan heeft deze voorlopig gehechte verdachte geen optimale rechtsbijstand. Nu deze situatie wordt veroorzaakt door een maatregel die uitsluitend op de *financiering* van het stelsel van rechtsbijstand betrekking heeft, volgt hieruit dat de vraag óf de verdachte in het gemoderniseerde strafproces is voorzien van (voldoende) rechtsbijstand, niet los kan worden gezien van de vraag of het stelsel van strafrechtelijk rechtsbijstand voldoende is gefinancierd om het door de wetgever gewenste resultaat te bereiken. Dat brengt dan weer met zich dat een herijking van de regeling van de gefinancierde rechtsbijstand in strafzaken – beschikbaarheid van rechtsbijstand en financiering daarvan – integraal onderdeel van de onderhavige moderniseringsoperatie behoort te zijn.