

15. Modernisering van het Wetboek van Strafvordering: poging tot een tussenbalans

De modernisering van het Wetboek van Strafvordering is behoorlijk op stoom gekomen. Tijd voor een tussenbalans. Ten opzichte van de eerste voorstellen lijkt de grootste gekkigheid wel verdampt – met als mogelijke uitzondering nog de regeling van het hoger beroep. Wat nog wel ontbreekt is visie, met name op de rol van de verdediging. Daarvoor wordt een voorzet gedaan.

1 Inleiding¹

Het onderwerp voor het NVSA-congres van december was al begin 2016 vastgesteld. De departementale planning van dat moment hield in dat eind 2016 de eerste teksten van het nieuwe wetboek beschikbaar zouden moeten zijn, zodat op het congres al een begin kon worden gemaakt met een bespreking en evaluatie van concrete teksten en voorstellen. In de loop van 2016 is de planning aangepast. De eerste onderdelen van het gemoderniseerde wetboek zullen daarom pas begin 2017 in consultatie gaan. Dus eerst in de loop van 2017 wordt echt zichtbaar hoe het nieuwe wetboek eruit komt te zien.

De sprekers in het ochtendprogramma van het NVSA-congres – waaronder de auteur dezes – werden beperkt door hun voorwetenschap. Als leden van de Commissie modernisering van het Wetboek van Strafvordering van het ministerie van Veiligheid en Justitie hebben zij conceptstukken gezien en becommentarieerd. Stukken die nog onder embargo liggen. Stukken die nog aan voortschrijdend inzicht en verandering onderhevig zijn. Het stond ons dan ook niet vrij om uit die stukken te citeren. Dat betekent dat de informatie die in het

navolgende wordt gepresenteerd een hoog hypothetisch gehalte heeft. Wat nu volgt kan alleen met een slag om de arm worden gepresenteerd en moet als onverbindend voorbeeldmateriaal worden geconsumeerd. Niets staat vast – en zelfs dat niet.

Een en ander brengt ook met zich dat allerhande ambitieuze ideeën die de spreker koesterde over de inhoud van deze bijdrage ook aanmerkelijk moesten worden bijgesteld. Uiteindelijk leek het meest nuttige om gewoon te vertellen wat ik zie en vind van deze herzieningsoperatie. Daarbij is mijn centrale vraag: wordt het er ook beter op?

2 Hoe VPS een moderniseringsoperatie baarde

Bij de aanvang van het herzieningsproject kon de advocatuur die vraag alleen maar met een hartgrondig 'nee' beantwoorden. Dat kwam door het sterrenbeeld waaronder de moderniseringsoperatie geboren werd. Dat sterrenbeeld was VPS. U herinnert zich het rapport van de Algemene Rekenkamer *Prestaties in de strafrechtketen* van 2012.² Kort gezegd was de conclusie in dat rapport dat de sturing van de strafrechtketen op doelmatigheid en op het voorkomen van 'ongewenste uitstroom' van zaken ondermaats was. Die tamelijk bescha-

1 De auteur is lid van de Commissie Modernisering van het Wetboek van Strafvordering van het ministerie van Veiligheid en Justitie. Deze bijdrage is een lichte bewerking van de lezing die op 9 december 2016 op het NVSA-congres werd uitgesproken en is natuurlijk op persoonlijke titel geschreven.

2 Te vinden op www.rekenkamer.nl/Publicaties/Onderzoeksrapporten/Introducties/2012/02/Prestaties_in_de_strafrechtketen (laatst geraadpleegd 4 januari 2017).

digende conclusie heeft geleid tot politieke aandacht voor de prestaties van de strafrechtketen. Die politieke aandacht leidde vervolgens tot ministeriële activiteit. Die ministeriële activiteit diende vooral een politiek doel, hetgeen met zich brengt dat niet zelden de *zichtbaarheid* van de ondernomen actie van groter gewicht wordt geacht dan de *effectiviteit* van het ondernomen handelen. Een en ander heeft dan weer geleid tot de verplichting voor de minister om twee keer per jaar aan de Tweede Kamer te rapporteren over de voortgang van de uitvoering en implementatie van de maatregelen die hij neemt ter Versterking van de Prestaties van de Strafrechtketen (VPS).³

Vanzelfsprekend was aanpassing van wetgeving een van die ministeriële activiteiten. Want wetgeving is immers het instrument bij uitstek van de minister. De door de Rekenkamer gesignaleerde knelpunten zien op de informatiestromen tussen de ketenpartners. En op de sturingsmechanismen – een ander woord voor financiële prikkels – die voor elk van de onderdelen een eigen interne logica voor het eigen handelen creëren, maar die het functioneren van *andere* onderdelen van de keten belemmeren of zelfs tegenwerken.⁴ Voorbeeld: voor het OM telt alleen de eerste keer dat de zaak op zitting wordt gebracht – of dat nu een pro-formazitting is of niet. Dat het dossier op dat moment nog niet volledig is, maakt voor het OM dan ook niet uit. Voor de rechtbank geldt dat alleen het aantal *afgedane* zaken doorwerkt in de financiering. Aanhoudingen als gevolg van een onvolledig dossier zijn voor de rechtbank dan een kostenpost. Ik heb mij er altijd zeer over verbaasd dat het door de Rekenkamer gesignaleerde probleem dus vooral bestuurlijk-organisatorisch is, en dat de minister daarvoor een herziening van wetgeving als oplossing presenteerde. Maar ja, als je alleen een hamer hebt, wordt alles een spijker.

In eerste instantie – juni 2012⁵ – werd een beperkt aantal wetswijzigingen voorgesteld. Maar in november 2012 is die ambitie aanzienlijk ruimer geworden:⁶

'Het is mijn ambitie dat de barrières die effectief optreden

van politie en justitie in de weg staan, worden weggenomen (...) Het Wetboek van Strafvordering wordt gewijzigd. Een beter toegankelijk en inzichtelijk Wetboek van Strafvordering is eenvoudiger in het gebruik en draagt daardoor bij aan de verbetering van de prestaties in de keten. Het gaat dan om:

- minder regels en betere uitvoerbaarheid
- beperking van administratieve lasten
- verbeterde inzichtelijkheid en eenvoudiger gebruik voor de praktijk
- consistentie en vereenvoudiging in de regeling van de verschillende bevoegdheden
- vereenvoudiging en stroomlijning van procedures
- het in lijn brengen van het wetboek met nieuwe ontwikkelingen in de strafrechtketen nationaal en internationaal.

In 2015 zal dit afgerond zijn.'

Maar wat dit inhoudt is niet helemaal duidelijk. Staat hier nu dat er een nieuw Wetboek van Strafvordering – of een integraal gemoderniseerd Wetboek van Strafvordering – moet komen? Dat wordt pas duidelijk in de voortgangsrapportage van juli 2013.⁷ Daarin vat de minister zijn ambities als volgt samen:

- 'méér strafzaken succesvol afhandelen;
- personen die zijn veroordeeld hun straf daadwerkelijk laten ondergaan;
- verdachten sneller recht doen en daders effectiever straffen;
- de belangen van het slachtoffer in de strafrechtketen een belangrijker plaats geven.'

Over de wetgevingscomponent van VPS meldt de minister:

'Een van de belangrijkste maatregelen die een positieve bijdrage levert aan vrijwel alle doelstellingen is de herstructurering van (kern-)onderdelen van het Wetboek van Strafvordering en andere wetgeving. De wetgeving wordt ingezet om de regels en lasten te verminderen en zal een bijdrage leveren aan de versnelling van de doorlooptijden, het verminderen van administratieve lasten, de vereenvoudiging en stroomlijning van procedures en het digitaliseren van de strafrechtketen.'

Ik kan de voortgangsrapportages sindsdien erbij pakken, maar die behelzen wezenlijk hetzelfde. Modernisering van het Wetboek van Strafvordering wordt als een van de belang-

3 Laatstelijk bij Brief van de minister van 16 december 2016, *Kamerstukken II* 2012/13, 29279, 356.

4 P. van Russen Groen, 'Moderne strafvordering?', *Strafblad* 2015, p. 279.

5 In de Brief van de minister van 29 juni 2012 (*Kamerstukken II* 2011/12, 29275, 147) werd alleen gesproken over aanpassing van bepaalde onderdelen van het Wetboek van Strafvordering. M.n. werden genoemd: (1) wetsvoorstel Herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen, (2) wetgeving Herziening dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden en (3) wetsvoorstel Elektronisch strafdossier.

6 Brief van 23 november 2012 (*Kamerstukken II* 2012/13, 29275, 156), p. 1-2.

7 Brief van de minister van 5 juli 2013 (*Kamerstukken II* 2012/13, 29275, 165).

rijkste van de (zes) 'pijlers van VPS' aangeduid.⁸ De term 'modernisering van het Wetboek van Strafvordering' wordt overigens pas voor het eerst in de brief van november 2013 gebruikt.⁹

3 De 'input' voor de modernisering

Maar hoe moet een gemoderniseerd wetboek dan zorgen voor een snellere, efficiëntere strafprocedure? Daarover waren al ideeën ontwikkeld door verschillende denktanks en innovatiewerkgroepen van de rechtbanken, OM en de gerechtshoven. Die clubs hadden al allerlei 'innovaties' ontwikkeld waarmee hun eigen processen makkelijker en goedkoper zouden kunnen worden ingericht.

Een voorbeeld: op 15 april 2013 is door de stuurgroep van de Projectgroep Innoverende Hoven de *Agenda voor de appelrechtspreek 2020* vastgesteld.¹⁰ Daarin lezen we onder meer:

'De huidige regeling van het hoger beroep hinkt op twee gedachten. Aan de ene kant geldt het grievenstelsel. Aan de andere kant is de regeling van het hoger beroep grotendeels een kopie van de regeling in eerste aanleg. Een verdere uitbouw van het grievenstelsel in hoger beroep is noodzakelijk en vraagt om wetswijziging.'

Dit leidt dan tot de aanbeveling:

'Het grievenstelsel in hoger beroep wordt uitgebreid met aanpassing van het rechterlijk beslissingsmodel zoals

neergelegd in artikelen 348/350 Sv. Ambtshalve toetsing moet mogelijk blijven.'

Een andere aanbeveling uit de 'Agenda voor de appelrechtspreek 2020' is:

'Zowel de verdediging als het openbaar ministerie wordt – voor zover zij hoger beroep hebben ingesteld – verplicht binnen een bepaalde termijn en voorafgaand aan de behandeling van het hoger beroep hun bezwaren tegen het vonnis van de rechtbank te formuleren. De bezwaren moeten expliciet zijn en aangeven waarover een beslissing van het hof wordt verlangd. Het ontbreken van ingediende bezwaren of het evident ongegrond zijn daarvan kan reden zijn voor niet-ontvankelijkverklaring van het hoger beroep dan wel verwerping daarvan zonder inhoudelijke behandeling van de bezwaren.'

Nog een aanbeveling:

'6. Voor het hoger beroep wordt een eigen appelprocesrecht ontwikkeld.'

En nog een:

'7. De regeling voor getuigenverzoeken dient voor het appel zodanig te worden herzien dat het horen van getuigen zo veel mogelijk voor de inhoudelijke behandeling van het hoger beroep plaatsvindt, vertragingen in de appelprocedure worden voorkomen en de beoordelingscriteria worden vereenvoudigd.'

Met als toelichting:

'(...) van de verdediging mag wel worden verlangd dat getuigenverzoeken zo veel mogelijk in eerste aanleg worden gedaan, maar in elk geval vóór de inhoudelijke behandeling in het hoger beroep. Dit komt de waarheidsvinding ten goede. In gevallen waarin een verdachte tijdens het opsporingsonderzoek reeds wordt bijgestaan door een raadsman valt voorts te denken aan de mogelijkheid dat de raadsman de verhoren van getuigen bijwoont. Op die manier wordt zoveel mogelijk voorkomen dat getuigen verschillende keren moeten worden ondervraagd.'

Met name uit deze laatste regels blijkt, s.o.r., het gebrek aan realiteitszin van de geachte raadsheren, en hun fundamentele en zorgwekkende onbegrip over wat de verdediging in strafzaken inhoudt.

Vergelijkbare denktanks waren er ook bij rechtbanken en OM. Dit waren de eerste gesprekspartners van het departement.

8 In het *Voortgangsrapport versterking prestaties strafrechtketen november 2014*, bijlage bij zijn Brief van 21 november 2014 (*Kamerstukken II 2014/15*, 29275, 215), meldt de minister: 'Hieronder wordt ingegaan op de ontwikkelingen ten aanzien van de zes pijlers van VPS: 1. ongewenste uitstroom minimaliseren/kwaliteit vergroten; 2. van het aangifteproces een hoogwaardig dienstverleningsproces maken; 3. de in-, door- en uitstroom van zaken in de keten inzichtelijk en transparant maken; 4. digitale informatie-uitwisseling wordt de norm in de keten; 5. doorlooptijden aanzienlijk verkorten; 6. modernisering en herijking Wetboek van Strafvordering en relevante wetgeving.' Zie ook de Brief van 14 september 2015 (*Kamerstukken II 2015/16*, 29275, 274).

9 Brief van 14 november 2013 (*Kamerstukken II 2012/13*, 29275, 177): 'Zoals ik in mijn brief van 5 juli jl. heb aangekondigd is het project tot herziening en stroomlijning van de regeling van de (bijzondere) opsporingsbevoegdheden van start gegaan. Daarnaast worden ook de regelingen van de overige dwangmiddelen, de vervolging en de berechting en het hoger beroep, inclusief de rechtsmiddelen herzien. Voor deze wetsvoorstellen is een nieuwe indeling en opzet van het Wetboek van Strafvordering noodzakelijk. In het voorjaar van 2014 informeer ik u hier nader over. (...) Naast de herstructurering en modernisering van het Wetboek van Strafvordering is wetgeving in procedure die op onderdelen de prestaties van de keten versterken.'

10 www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Raad-voor-de-rechtspraak/Nieuws/Paginas/Appelrechtspreek-van-de-toekomst-moet-maatwerk-zijn.aspx (laatst geraadpleegd 4 januari 2017).

tement. De wensenlijstjes van deze clubs waren in eerste instantie leidinggevend en hebben het denken op het departement bepaald. Veel punten van het wensenlijstje van de Projectgroep Innoverende Hoven zijn een-op-een terug te vinden in de eerste discussiestukken.¹¹

De advocatuur is pas een aantal jaren ná de start van het moderniseringstraject – meer precies: pas in de loop van 2014 – voor het eerst daarover geïnformeerd en vervolgens uitgenodigd om mee te praten.¹²

In die ontwikkeling verbaast het dan ook niet dat de toon en de inzet van de eerste gepubliceerde discussiestukken in 2014 sterk op efficiency waren gericht.¹³ Wat in die discussiestukken ook opviel, was dat ongeacht de verbetering, vereenvoudiging, versnelling die werd voorgesteld, de voorgestelde wijziging altijd óók een kleinere of grotere beperking van de rechten van de verdediging inhield of meebracht. Het cumulatieve effect van al die kleine verslechtingen kon niet worden overschat.

4 Ontwikkelingen in het wetgevingsproces

Maar vervolgens moesten al die verschillende uitgesproken wensen min of meer concreet worden gemaakt en in een werkbaar strafproces worden ingepast. Bijvoorbeeld de wens het aantal aanhoudingen van de terechtzitting te verminderen. Een veelgehoorde ‘oplossing’ was om de verdediging te dwingen getuigen tijdig op te geven, zodat deze al bij de rechter-commissaris in het vooronderzoek konden worden gehoord. Dat is de ‘beweging naar voren’ die in de Contourrennota besloten ligt. Dat klinkt heel logisch, maar dan ... Dan moet je dus voorafgaand aan de terechtzitting een mededeling aan de verdediging sturen dat zij nu nog één laatste kans en termijn krijgt om nog vóór de zitting getuigen op te geven. Die mededeling kan natuurlijk niet in de dagvaarding worden opgenomen – want dan is al zittingsruimte gereserveerd en vastgelegd, en dat wil je nu juist pas doen als je zeker weet dat de zaak inhoudelijk kan worden behandeld en afgedaan – en er dus geen aanhouding komt in verband met een verzoek tot het horen van getuigen. De mededeling aan de verdediging dat zij nog één laatste kans krijgt om getuigen op te geven moet dus een afzonderlijke mededeling zijn, die

vooraf moet gaan aan de dagvaarding.

Als men zware rechtsgevolgen zou willen verbinden aan het vervolgens *niet* opgeven van getuigen door de verdediging voorafgaand aan de zitting, dan moet zeker- en vastgesteld kunnen worden dat die afzonderlijke mededeling de verdediging ook daadwerkelijk (heeft) bereikt. Dan zou die mededeling dus eigenlijk ook formeel betekend moeten worden. Maar dat betekent dubbel werk voor het OM. Bouw je dan niet andere inefficiënties in? En wat nu als die betekening fout gaat? Mag dan de verdediging nog wél op de zitting getuigen opgeven met dus een aanhouding tot gevolg? Ontstaat dan niet vooral veel discussie op de zitting over de vraag of de eerste mededeling de verdedigingen wel (deugdelijk) heeft bereikt? Is dat efficiënt? Moet de vraag of verdediging toch nog getuigen op de zitting mag opgeven mogelijk anders worden beantwoord als het echt om heel belangrijke getuigen gaat? Wat zegt het EHRM daarvan? En wat doe je eigenlijk met de verdachte die geen raadsman heeft?

Als je het probleem en de voorgestelde oplossing confronteert met al dat soort vragen, dan blijkt in veel gevallen dat de voorgestelde oplossing mogelijk wel iets aan het probleem doet, maar tegelijk ook veel bezwaren kent en meestal op een andere plaats, bij een andere partij, inefficiënties en dus kosten oplevert. De winst is vaak marginaal en te weinig om de kosten die de oplossing bij andere partijen genereert te rechtvaardigen. En zo komen veel van de voorstellen van die wensenlijstjes eigenlijk neer op pogingen om kosten te verschuiven naar een andere partij in het strafrechtsbedrijf. Sneeuw ruimen door het bij de buurman over de heg te kieperen. De wet van behoud van ellende.

Ander voorbeeld: stel – hypothetisch – dat een ambitie was om in het wetboek op te nemen dat alle actoren in het strafproces – verdachten, slachtoffers, getuigen – bij de aanvang van hun verhoor door de politie of de verhorende rechter geïnformeerd zouden moeten worden over hun rechten en plichten. En stel nu dat je die ambitie concreet wilt uitwerken voor de getuige. Dan informeer je een getuige die bij de politie wordt gehoord alleen maar juist en volledig over zijn rechtspositie als je hem vertelt dat hij niet verplicht is om antwoord te geven op de vragen die aan hem worden gesteld en dat het hem vrij staat om op elk moment op te staan en weg te lopen. Want dát is immers zijn rechtspositie bij een politieverhoor. Maar een verplichting aan opsporingsambtenaren om dát tegen een getuige te zeggen, gaat dan wel heel erg ver. Dan komt mogelijk het belang van de opsporing te veel in het gedrang. Dus de ambitie om getuigen deugdelijk – want volledig – te informeren over hun rechten en plichten is dan misschien wat té ambitieus ...

Ik vergelijk het proces rond die ambities en wensenlijstjes

11 Vgl. ‘Discussiestuk Hoger beroep in strafzaken’, te raadplegen via www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/modernisering-wetboek-van-strafvordering/documenten/publicaties/2014/06/06/hoger-beroep-in-strafzaken-discussiestuk (laatst geraadpleegd 4 januari 2017). Zie over dit proces ook D.V.A. Brouwer, ‘Blinde vlekken in de herziening van het Wetboek van Strafvordering. Het getuigenverhoor bij de R-C als voorbeeld’, *NJB* 2014/2057, p. 2851-2855. Reactie en naschrift in *NJB* 2014/2267 en *NJB* 2014/2268.

12 J. Leliveld, ‘Reactie op reactie’, *NJB* 2015/250, p. 317.

13 Brouwer, a.w.

daarom met rotsblokken die in een bergrivier vallen. In het begin zijn ze puntig en scherp, maar over tijd raken ze afgesleten en krijgen ze zachte, ronde vormen. Dat is wat in mijn waarneming met de meeste van de voorstellen van de verschillende wenselijstjes gebeurt: in de confrontatie met de eisen die de praktijk en die het strafprocessuele systeem als geheel stellen worden ze ontdaan van hun scherpe kantjes. In dat proces van confrontatie van wenselijstjes aan de realiteit heb ik, naar ik meen, ook kunnen waarnemen dat de wetgevingsambtenaren van het departement zich hebben onttrokken aan de invloed van de ketenpartners. Men heeft de verantwoordelijkheid voor het wetboek in toenemende mate zélf stevig in handen genomen. Men aarzelt niet langer om wensen van de ene of de andere partij als irrealistisch of onhaalbaar te archiveren. Men ontwikkelt zélf een visie op wat een evenwichtig wetboek moet inhouden. Dit laatste werkwoord gebruik ik overigens bewust in de onvoltooid tegenwoordige tijd. Want die visie op het wetboek is nog in ontwikkeling. Net als de systematiek. Daar kom ik op terug. Op dit punt aangekomen grijp ik terug op mijn centrale vraag: wordt het er beter op? Ten opzichte van de toon, de sfeer en de richting die het project in het begin had en kreeg is het antwoord wat mij betreft dus volmondig 'ja'. Het lijkt erop dat de meest radicale voorstellen de confrontatie met de realiteit niet hebben overleefd. Dat betekent dan weer dat het gemoderniseerde wetboek dus ook helemaal niet zoveel van het huidige wetboek zal verschillen. Waarbij ik overigens een uitdrukkelijk voorbehoud maak voor de regeling van het hoger beroep. Ook daar kom ik op terug.

5 Wordt het beter?

Een andere vraag is of een gemoderniseerd wetboek ook een verbetering zal opleveren ten opzichte van het huidige wetboek. Daar ben ik op dit moment nog niet van overtuigd. Ik geef een voorbeeld. Stel – volstrekt hypothetisch – dat men in het debat over het verschoningsrecht tot de conclusie zou komen dat men in het gemoderniseerde wetboek niets meer, maar ook niets minder wil doen dan de jurisprudentie van de Hoge Raad op het verschoningsrecht te codificeren. Zelfs al is de oprechte intentie om dat zo zuiver mogelijk te doen, dan moet de toch redelijk breedsprakig geformuleerde jurisprudentie van de Hoge Raad in een paar tamelijk korte wetsteksten worden samengevat. En dan kan het zomaar zijn dat er dan toch wat spleten in de vloer komen. Dat door de samenvatting onbedoeld toch aanleiding wordt gegeven voor ongewenste interpretaties van de nieuwe wettekst. Of dat alleen al het feit dat nu in de wet wordt uitgeschreven dat in 'zeer uitzonderlijke omstandigheden' het verschoningsrecht kan worden doorbroken, in de praktijk aanleiding kan zijn

voor rechters-commissarissen om te denken dat een doorbreking van het verschoningsrecht niet meer zó uitzonderlijk is. Of dat de Hoge Raad zo'n geval van doorbreking niet meer zo intensief zou willen toetsen als nu, bij de buitenwettelijke doorbreking, het geval is.

Het risico is kortom dat door een verandering aan te brengen in de *plaats* waar het recht te vinden is (jurisprudentie of codificatie) onbedoeld ook de *inhoud* van het recht verandert. Maar of dat ook het geval zal blijken te zijn, weet je op dit moment nog niet. Het is met zulke voorgestelde veranderingen dus soms een keuze tussen 'the devil you know and the devil you don't', waarbij nog maar afgewacht moet worden of de voorgestelde situatie uiteindelijk beter of slechter zal blijken te zijn – en de wijziging dus welbeschouwd gewoon een gok is.

Nog een voorbeeld: stel dat – geheel hypothetisch – de wens

**Sneeuw ruimen door het bij de buurman
over de heg te kieperen. De wet van
behoud van ellende.**

zou bestaan om de catalogus van verdenkingsvoorwaarden voor de toepassing van dwangmiddelen te vereenvoudigen. Nu zijn dat er zo'n 36 verschillende, en je zou je kunnen voorstellen dat die worden teruggebracht tot zo'n 4 of 5. Bijvoorbeeld: verdenking van een strafbaar feit, verdenking van een misdrijf, verdenking van een misdrijf waar twee jaar gevangenisstraf op staat enzovoort. Dan worden alle dwangmiddelen en bevoegdheden die het wetboek kent opgehangen aan een van die vier of vijf verdenkingsvoorwaarden. Die verandering leidt natuurlijk tot afrondingsverschillen tussen de huidige en de nieuwe situatie. Bevoegdheden die nu niet en straks wel, of juist andersom: nu wel en straks niet meer kunnen worden toegepast. Zulke afrondingsverschillen hoeven op zichzelf niet dramatisch te zijn of zwaarwegende argumenten vóór of tegen de voorgestelde wijziging op te leveren. Maar als die afrondingsverschillen te groot zouden worden – bijvoorbeeld omdat je moet vaststellen dat onder de voorgestelde systematiek ineens voor alle tweejaarsmisdrijven uit de WED voorlopige hechtenis mogelijk wordt, en ook allerlei andere dwangmiddelen – dan zou het gemoderniseerde wetboek een manifeste verslechtering ten opzichte van het huidige inhouden. Dan zou je wél ernstig bezwaar tegen het voorgestelde systeem kunnen hebben.

Wat daarmee gezegd wil zijn, is dat het *principe* van een voorgestelde wijziging – in dit voorbeeld: een dramatische vereenvoudiging van het wettelijk systeem – op zich een uitstekende stap kan zijn, maar dat de haalbaarheid en de aanvaardbaarheid dan geheel afhangt van de exacte uitvoe-

ring en grensafbakening.

Nog een voorbeeld: stel dat – uiteraard weer volstrekt hypothetisch – ook in het nieuwe wetboek de regel zou worden gehandhaafd dat de officier van justitie tot aan de aanvang van het onderzoek ter terechtzitting de dagvaarding kan intrekken. Op dit moment geldt die regel ook al (art. 266 lid 1 Sv), maar het landelijk strafprocesreglement bepaalt dat dagvaardingen binnen vier weken (MK) of drie weken (PR) vóór de zitting niet meer mogen worden ingetrokken.¹⁴ De reden voor dit verbod in het landelijk strafprocesreglement is het beschermen van de zittingscapaciteit – en daarmee ook het beschermen van de financiële belangen van de gerechten. Met het alleen maar handhaven van de oude regel in een gemoderniseerd wetboek, zonder iets te veranderen aan de financieringssystematiek van de gerechten en de daarop voortbouwende afspraken tussen OM en rechterlijke macht, verander je dus precies helemaal niets.

Maar goed, je zou mogelijk op deelonderwerpen ook verbe-

Wat mij betreft is de grootste nog openstaande vraag hoe het hoger beroep zal worden vormgegeven

teringen kunnen aanwijzen. Als de positie van de verdediging in het getuigenverhoor bij de RC zou worden verbeterd, zodat bijvoorbeeld ook de verdachte in beginsel altijd recht heeft om bij die verhoren aanwezig te zijn, dan zou wel iets gewonnen zijn. En als in een gemoderniseerd Wetboek van Strafvordering afscheid genomen zou worden van het motiveringskeurslijf waarin de Hoge Raad de feitenrechters heeft gedwongen bij de toepassing van artikel 359a Sv, zou dat ook winst kunnen zijn. Maar dan hangt het er maar net weer van af of de Hoge Raad eventuele nieuwe bepalingen over de sanctionering van vormverzuimen niet op precies dezelfde boekhoudkundige wijze zal gaan toepassen, en ook onder de nieuwe bepalingen onhaalbaar hoge motiveringseisen aan de feitenrechter zal gaan of blijven stellen. De rechterlijke eigenwijsheid is immers een van de sterkste krachten in het juridische universum, en die kan niet altijd met wetgeving worden beteugeld.

Wat mij betreft is de grootste nog openstaande vraag hoe het hoger beroep zal worden vormgegeven. Blijft dat een volledige nieuwe behandeling van de zaak, of wordt het een cassatieachtig rechtsmiddel door een strenge toepassing van een grievenstelsel. Houden we twee feitelijke behandelingen,

of worden het er anderhalf, of misschien zelfs maar één? Hoe sterker in de vormgeving van het hoger beroep de al genoemde ‘beweging naar voren’ van pressiemiddelen wordt voorzien, hoe meer het hoger beroep het karakter van een zelfstandige integrale behandeling van feiten en recht zal verliezen. Ik ben daar niet gerust op. Evenmin ben ik gerust op het procesrecht dat voor het hoger beroep wordt ontwikkeld. Ik citeer nog maar even uit het wensenlijstje van de hoven:

‘Het grievenstelsel in hoger beroep wordt uitgebouwd met aanpassing van het rechterlijk beslissingsmodel zoals neergelegd in artikelen 348/350 Sv. Ambtshalve toetsing moet mogelijk blijven.’

Maar wat gaat die ruimte voor ambtshalve toetsing inhouden bij een grievenstelsel? Mag het gerechtshof, als alleen de verdachte in hoger beroep is gekomen, buiten de grieven om ambtshalve ten nadele van de verdachte beslissen? En als alleen de verdachte in appel is gekomen, waarom moet dan het Openbaar Ministerie in een grievenstelsel nog de mogelijkheid hebben om in hoger beroep de tenlastelegging te wijzigen? Volgens de – uiteraard alleen volstrekt hypothetische – eerste tekstvoorstellen daagt er een procesrecht in appel waarin de grieven alleen de verdachte beperken, het Openbaar Ministerie ook zonder in appel te zijn gekomen en ook buiten zijn grieven om de tenlastelegging in hoger beroep nog mag wijzigen – mogelijk zelfs tot buiten de grenzen van artikel 68 Sr! – en het hof zélf aan geen enkele beperking wordt onderworpen om te doen wat het hof goeddunkt. Daarmee zou een appelsysteem ontstaan waarin het Openbaar Ministerie van twee, en het hof – ik kan het niet mooier zeggen – van alle walletjes tegelijk mag eten.

Het is juist hier, bij de vormgeving van het hoger beroep, dat een principiële benadering wordt gemist. Als je een grievenstelsel wilt: prima, maar dan moeten de raadsheren in het hof aanvaarden dat ook zij – *zelfs* zij – tot die grieven zijn beperkt. Is die prijs te hoog, omdat we vinden dat we ook in hoger beroep actieve rechters willen die verantwoordelijk zijn voor de juistheid van de bewijsbeslissing – en begrijp mij goed, dat heeft mijn sterke voorkeur – dan moet je ook ophouden te zeuren over een grievenstelsel. Maar ik vrees een principeloos compromis, waarbij het Openbaar Ministerie in hoger beroep alle vrijheid houdt de tenlastelegging te wijzigen, de rechter in hoger beroep alle vrijheid houdt om ‘ongewenste vrijspraken te voorkomen’, en alleen de verdediging door een verplichting tot het indienen van grieven wordt beperkt. Dan is het hoger beroep een doorgestoken kaart. Als er iets is waarvoor ik de barricades op zou gaan, compleet met brandende autowrakken en de inzet van waterkanon-

14 M.J. Borgers, ‘Het landelijk strafprocesreglement’, DD 2011/52.

nen, dan is het wel om de invoering van zo'n onaanvaardbaar onevenwichtig rechtsmiddel te voorkomen.

6 Gezocht: visie

U merkt: ik maak mij een beetje boos over het gebrek aan visie op de functie, vorm en inrichting van het rechtsmiddel hoger beroep. Maar daar blijft het niet bij. Op dit moment ontbreekt nog een overkoepelende visie op de taken en rollen van de verschillende actoren in het strafproces, en met name op de positie van de verdediging, 'Een nadere, systematische en coherente bezinning op de positie van de verdachte en zijn advocaat in het licht van de moderniseringsgedachte treft men bij de discussiestukken niet aan', schrijft Van Kampen in 2014,¹⁵ en nu, eind 2016 is dat nog niet veel beter geworden. In het proces van de modernisering dat ik hiervoor heb geschetst, kan de wetgever nog het beste worden vergeleken met een pottenbakker: hij krijgt van verschillende kanten – Openbaar Ministerie, rechtbanken, hoven – wensenlijstjes als hompen klei op zijn draaischijf gegooid en gaat daar dan vervolgens mee aan de slag om daar zelf een eenheid van te maken en een – hopelijk mooie – pot of vaas uit draaien. Zo hoop ik dat de systematiek en de visie in het proces van modernisering nog onder de handen van de wetgever zal gaan ontstaan. Maar we moeten dat afwachten.

De onderzoeksgroep Strafvordering 2001 heeft in intellectuele zin het fundament gestort waarop de huidige modernisering wordt opgebouwd en vorm krijgt. Volgens Strafvordering 2001 moeten we naar een contradictoire gedingstructuur, dit dan ter onderscheiding van de bekende tweedeling tussen een inquisitoir en een accusatoir procesmodel.

U kent de voor- en nadelen van het inquisitoire model: nadelen zijn dat de verdachte voorwerp van onderzoek is, de verdediging dus weinig rechten en bevoegdheden heeft en de rechter recht doet op een dossier dat door slechts één van de partijen is samengesteld en de verdachte 'als een kwaad gerucht vooruit is gesneld'. Uit dat dossier kan de rechter al vóór de behandeling ter terechtzitting zijn overtuiging en de bewijsmiddelen destilleren. Beweerdelijke voordelen van het inquisitoire systeem zijn dan de magistratelijke taak van het Openbaar Ministerie en de actieve rechter die tot taak heeft de materiële waarheid te vinden, ook als die ontlastend is voor de verdachte.

In het accusatoire systeem staan aanklager en verdediging als

min of meer gelijkwaardige partijen tegenover elkaar. Voordeel is dat de verdediging veel bevoegdheden tot onderzoek heeft. Voordeel is ook de onmiddellijke stijl van procederen die veel minder gebaseerd is op een eenzijdig dossier. Nadelen zijn dan weer een niet-magistratelijke aanklager en een lijdelijke rechter, waardoor een grote last en verantwoordelijkheid op de verdediging wordt gelegd om te stellen, te betwisten en aannemelijk te maken.

De contradictoire procesvorm zou voorbij deze tweede-

U merkt: ik maak mij een beetje over het gebrek aan visie op de vorm en inrichting van het rechtsmiddel hoger be

ling moeten reiken, en zou een vorm moeten zijn waarin de verdediging de ruimte moet krijgen om tegenspraak te leveren. Daar staat dan tegenover dat de rechter dan ook de ruimte heeft om weinig of geen aandacht te schenken aan die punten, die door partijen niet zijn besproken – dat wil dus zeggen: die door de verdediging niet zijn tegengesproken. Maar dat idee krijgt nu vorm in een hardnekkige en onverbeterlijke inquisitoire traditie: 'allemaal leuk en aardig, maar we moeten natuurlijk wel kunnen blijven veroordelen'. Zonder een visie die deze inquisitoire traditie beteugelt, zal een tegensprekelijke procesvorm niet het beste, maar alleen het *slechtste* van beide andere procesvormen kennen: dan is de verdachte in het vooronderzoek voorwerp van onderzoek, en heeft de verdediging in die fase dus weinig rechten en bevoegdheden. Maar het eindonderzoek wordt dan 'tegensprekelijk' gevoerd. Dat betekent dan ten overstaan van een rechter die recht doet op een dossier dat door slechts één van de partijen is samengesteld, waarbij de rechter de ruimte heeft om geen aandacht te schenken aan de punten die door partijen niet zijn besproken, wat dan weer een grote last en verantwoordelijkheid bij de verdediging legt om te stellen, te betwisten en aannemelijk te maken – maar zonder dat de verdediging voldoende bevoegdheden tot feitenonderzoek zijn gegeven. En nu ik dit zo heb opgeschreven, merk ik dat dit eigenlijk best een accurate beschrijving is van het huidige strafproces.

Het volstaat dus niet om te zeggen dat je naar een contradictoire gedingstructuur toe wilt. Het volstaat ook niet om verplichtingen tot tegenspraak op de verdediging te leggen en ter rechtvaardiging daarvan te roepen dat dit nu eenmaal de uitwerking van een contradictoire gedingstructuur is. Een contradictoire gedingstructuur is alleen een verbetering als z

15 P. van Kampen, 'Modernisering van het Wetboek van Strafvordering. Something old, something new, something borrowed, and a lot of blue', *NJB* 2014, p. 1928.

gedragen wordt door, en uitwerking geeft aan, een coherente visie op de rol van de verdediging in het strafproces. Wat is er nodig voor een tegensprekelijke procesvorm?

Startpunt van zo'n visie moet zijn de erkenning dat het de verdachte vrij staat om met alle middelen¹⁶ te proberen een veroordeling te voorkomen – en dat omvat: om zijn gerechte straf te ontlopen.¹⁷ Dat die verdachte *zichzelf* mag verdedigen – en dat het systeem daarop dus moet zijn ingericht. Dat een noodzakelijk consequentie van de Salduz-revolutie is dat de verdachte vanaf zijn allereerste verhoor als procespartij moet worden erkend – en niet langer als object van onderzoek kan worden gezien. Dat de verdachte in zwaardere zaken *behoort* te worden bijgestaan door een advocaat die geleid wordt door de kernwaarden van de advocatuur – waaronder de kernwaarde partijdigheid. Dat deze verdediging vanaf het allereerste moment in ruimste mate moet kunnen beschikken over bevoegdheden – ja zelfs dwangmiddelen – om het feitenonderzoek te kunnen (laten) verrichten dat voor de onderbouwing van het tegensprekelijke verhaal noodzakelijk is. Dat daarvoor onverwijld informatie over het belastende materiaal essentieel is en dat die onverwijld verstrekking en

verkrijging daarvan door de wet en de rechter moet worden afgedwongen. Dat de verdediging in het kader van die tegenspraak in beginsel het recht heeft om alle getuigen à charge en à décharge op de zitting te ondervragen. En dat nieuwe informatie, een verandering van omstandigheden of alleen al een wijziging van de verdedigingsstrategie ertoe kan leiden dat de koers van de verdediging – bijvoorbeeld in hoger beroep – wordt aangepast, hetgeen tot nieuwe of andere onderzoekswensen aanleiding kan geven. Dat wettelijke beperkingen op deze uitgangspunten in het belang van het onderzoek of in het belang van andere bij het strafproces betrokken personen of belangen denkbaar en mogelijk zijn, maar dat zulke wettelijke beperkingen telkens uitdrukkelijke afweging en onderbouwing vereisen. En ten slotte: dat een voorwaarde voor een tegensprekelijke verdediging is dat de verdediging niet door een gebrek aan financiering wordt beperkt in de verrichtingen die voor die verdediging noodzakelijk zijn – hetgeen met zich brengt dat herijking en aanpassing van het stelsel van gefinancierde rechtsbijstand een integraal onderdeel van de moderniseringsoperatie zal hebben te zijn.

Getoetst aan deze uitgangspunten schiet wat ik gezien heb van het gemoderniseerde wetboek nog aanmerkelijk tekort.

16 Ik aarzel hier over het woord 'rechtens'.

17 Zoals bepaalde belangen van de verdachte volgens de Hoge Raad 'niet in rechte te respecteren' zijn, is het belang van de strafvordering als zodanig niet een belang wat de verdachte hoeft te respecteren.