De inrichting van het voorbereidend onderzoek in het nieuwe Wetboek van Strafvordering

Berend Keulen*

I Inleiding

In februari van dit jaar zijn concepten van het Eerste en Tweede Boek van het nieuwe Wetboek van Strafvordering in consultatie gegeven.¹ Daarmee is een belangrijke stap gezet in het project dat ertoe moet leiden dat het huidige wetboek, dat in 1926 is ingevoerd, zijn honderdste verjaardag niet haalt.

De aftrap voor deze grootscheepse wetgevingsoperatie is gegeven door minister van Veiligheid en Justitie Opstelten. Hij heeft deze beslissing toegelicht in een toespraak op het eerste congres Modernisering Wetboek van Strafvordering, dat op 19 juni 2014 in Amersfoort plaatsvond. Op dat congres zijn vijftien discussiestukken besproken die zijn opgesteld door medewerkers van de sector straf- en sanctierecht van de directie wetgeving van het ministerie van Veiligheid en Justitie.² Een dik jaar later, op 30 september 2015, stuurde zijn opvolger, minister van Veiligheid en Justitie Van der Steur, de contourennota naar de Tweede Kamer die de modernisering in de steigers zette.³ De aan de voornemens van de contourennota te geven uitwerking stond vervolgens centraal op het tweede congres Modernisering Wetboek van Strafvordering, dat op 15 oktober 2015 wederom in Amersfoort plaatsvond. Op 14 september 2017 is een derde congres gehouden.

Voorwerk voor de modernisering is verricht in het onderzoeksproject Strafvordering 2001. Onder leiding van Knigge en Groenhuijsen zijn rond de eeuwwisseling vier boeken verschenen waarin medewerkers van een in het kader van het project geformeerde onderzoeksgroep in een groot aantal rapporten onderdelen van de strafvorderlijke regelgeving onder de loep hebben genomen.⁴ Enkele voorstellen hebben in de afgelopen jaren al tot aanpassingen van de wetgeving geleid.

* Prof. mr. dr. B.F. Keulen is advocaat-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden en hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

1 Zie <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/modernisering-wetboek-van-strafvordering/documenten>. Op deze website zijn meer documenten te vinden waar in het navolgende aan wordt gerefereerd, zoals toespraken en discussiestukken op beide congressen.

2 Daarover o.a. P.A.M. Mevis, 'Modernisering strafvordering', DD 2014, p. 575-586; B.F. Keulen, 'Wetboek op stellen. Over de modernisering van het Wetboek van Strafvordering', RM Themis 2014, p. 211-222.

3 Kamerstukken II 2015/16, 29 279, nr. 278.

4 Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001, Groningen: 1999; Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001, Deventer: Gouda Quint 2001; Dwangmiddelen en Rechtsmiddelen. Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001, Deventer: Kluwer 2002; Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001, Deventer: Kluwer 2004.

Ook bij de vormgeving van het nieuwe wetboek spelen de voorstellen een belangrijke rol. Dat wordt al duidelijk uit de omstandigheid dat Knigge als adviseur bij deze moderniseringsoperatie is betrokken.

Het nieuwe wetboek zal, zo geeft de contourennota aan, uit acht boeken bestaan (p. 30). Het concept van het Eerste Boek heeft als opschrift *Strafvordering in het algemeen*; het concept van het tweede *Het opsporingsonderzoek*. De adviezen van de geconsulteerde organen over deze beide concepten zijn rond de zomer uitgebracht.⁵ Het Derde Boek heeft *Buitengerechtelijke afdoeningsvormen en vervolging* tot onderwerp; het vierde *Berechting*. Concepten van deze beide boeken gaan naar verwachting dit najaar in consultatie. En dat geldt, als alles volgens planning gaat, ook voor het Vijfde en Zesde Boek, die respectievelijk aan *Rechtsmiddelen* en aan *Bijzondere procedures* zijn gewijd. Het Zevende Boek, dat op *Internationale samenwerking in strafzaken* ziet, en het Achtste Boek, dat de *Tenuitvoerlegging* tot onderwerp heeft, zullen sterk lijken op de twee boeken die eerder dit jaar het Staatsblad hebben gehaald.⁶

In dit preadvies staat de inrichting van het voorbereidend onderzoek in het nieuwe Wetboek van Strafvordering centraal. Dat is zonder twijfel de grootste uitdaging bij deze herziening. Ter illustratie: van de vijftien discussiestukken die op het eerste congres besproken werden, hadden acht betrekking op onderwerpen die (mede) het voorbereidend onderzoek betreffen. In de volgende paragraaf zal iets worden gezegd over de achtergrond waartegen de modernisering van het Wetboek van Strafvordering en in het bijzonder de herinrichting van het voorbereidend onderzoek plaatsvindt. Daarna wordt ingegaan op de kern van de herinrichting: het centraal stellen van de opsporing als kader voor het voorbereidend onderzoek. Vervolgens worden twee belangrijke processuele rechten van verdachte en slachtoffer verkend: het recht om processtukken in te zien en het recht om onderzoekshandelingen uit te lokken. Aan de regeling van bevoegdheden in het kader van de opsporing kan in dit preadvies slechts in beperkte mate aandacht worden besteed. Gekozen is voor een bespreking van twee structuurelementen (de normering van de vrijwillige medewerking en de wettelijke criteria voor toepassing van bevoegdheden) en één specifiek type bevoegdheden (tot vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming). Besloten wordt met een paragraaf over de verhouding van de regeling van het vooronderzoek tot het onderzoek ter terechtzitting. Daarin wordt in het bijzonder aandacht besteed aan het ondervragingsrecht en aan processuele sancties.

5 Gepubliceerd zijn de adviezen van de Hoge Raad (www.rechtspraak.nl); de Nederlandse Orde van Advocaten (verder NOvA, www.advocatenorde.nl); de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (verder NVvR, <https://nvvr.org/>); de Raad voor de rechtspraak (verder Rvdr, www.rechtspraak.nl) en Slachtofferhulp Nederland (www.slachtofferhulp.nl). Bij gelegenheid van het op 14 september 2017 gehouden congres zijn ook andere adviezen verspreid, waaronder de adviezen van het Openbaar Ministerie (verder OM) en de Politie.

6 Wet van 22 februari 2017, Stb. 82 (huidig Zesde Boek); Wet van 7 juni 2017, Stb. 246 (huidig Vijfde Boek).

2 De achtergrond van de (wens tot) herinrichting van het vooronderzoek

De memorie van toelichting bij het concept van het Eerste Boek zet de beslissing om het Wetboek van Strafvordering ingrijpend te moderniseren in de sleutel van de grondwettelijke codificatieopdracht (art. 107 Gw). Regeling in een algemeen wetboek bevordert de toegankelijkheid van wettelijke regels en de voorspelbaarheid van de toepassing daarvan voor de burger. En regeling in een algemeen wetboek bevordert 'de onderlinge samenhang en daarmee de kwaliteit van deze wettelijke regels. Een goede uitvoering van de grondwettelijke opdracht vereist daarmee dat de uitgangspunten en de systematiek van het Wetboek van Strafvordering op orde zijn'. Dat is volgens de concept-memorie van toelichting 'nu in onvoldoende mate het geval'; een aantal ontwikkelingen zou aanleiding geven het wetboek 'ingrijpend te moderniseren' (p. 4).⁷

De eerste ontwikkeling die genoemd wordt, is dat 'de doelstellingen van strafprocesrecht zijn verbreed'. Een goed ingericht strafproces moet, zo wordt met een citaat uit de memorie van toelichting bij het huidige wetboek duidelijk gemaakt, nog steeds bevorderen dat de strafwet op de werkelijk schuldige wordt toegepast en tevens 'de veroordeling, kan het zijn, de vervolging van den niet-schuldige naar vermogen verhinderen'. Maar andere doelstellingen zijn naast deze hoofddoelstelling 'een belangrijker plaats gaan innemen. Tot die nevendoelestellingen behoort de eerbiediging van de rechten en vrijheden van de verdachte en andere procesdeelnemers'. Bij de rechten van de verdachte valt onder meer te denken aan de verdedigingsrechten die besloten liggen in art. 6 EVRM. Een andere procesdeelnemer van wie de rechten door het strafproces worden beschermd is het slachtoffer. 'De emancipatie van het slachtoffer heeft het denken over het strafproces de laatste decennia ingrijpend gewijzigd', zo stelt de concept-memorie van toelichting.

Als tweede ontwikkeling noemt de concept-memorie van toelichting veranderingen in 'de aard van de criminaliteit en de strafrechtelijke sancties die wegens strafbare feiten kunnen worden opgelegd'. Wat de aard van de criminaliteit betreft, wordt erop gewezen dat 'de strafrechtelijke handhaving van georganiseerde criminaliteit en bijzondere wetten (Wegenverkeerswet 1994, Opiumwet, Wet wapens en munitie) een veel belangrijker plaats is gaan innemen'. De strafrechtelijke handhaving van deze criminaliteit vraagt om andere bevoegdheden op het terrein van de opsporing. Handhaving van ordeningsrecht vraagt om 'een ander afdoeningsmodel. Bij het bestraffen van verkeersovertredingen en -misdrijven staat buitengerechtelijke afdoening centraal'. Uitbreidingen van het sanctiepalet hebben ook hun weerslag gehad op het wetboek. De concept-memorie van toelichting wijst erop dat bij de ontnemingsmaatregel, de ISD-maatregel en de vrijheidsbeperkende maatregel in afzonderlijke procedures is voorzien. Al deze wijzigingen zouden 'in onvoldoende mate een vertaling (hebben) gekregen in de uitgangspunten en de systematiek van het wetboek' (p. 4).

De derde ontwikkeling die signaleerd wordt, is dat als gevolg van de genoemde wijzigingen en door de professionalisering van de politie ook 'de rol-

⁷ Vgl. over de grondwettelijke codificatieopdracht in relatie tot deze wetgevingsoperatie eerder al C.P.M. Cleiren, 'Modernisering van het Wetboek van Strafvordering', *Strafblad* 2015, p. 267-276.

verdeling tussen de strafvorderlijke actoren' is veranderd. Het wetboek dat in 1926 in werking trad, 'draaide om de rechter. Het centrale element in de regeling van het voorbereidend onderzoek was het gerechtelijk vooronderzoek'. En de rechter had 'het monopolie op het opleggen van straffen en maatregelen'. Op deze punten zijn 'de regeling en de praktijk van onze strafvordering ingrijpend veranderd. Die veranderingen hebben er in belangrijke mate aan bijgedragen dat de systematiek van het wetboek niet langer adequaat is. Opsporingsbevoegdheden zijn in het Eerste Boek ondergebracht en daar op weinig inzichtelijke wijze vernummerd'. En de wettelijke regeling van de buitengerechtelijke afdoening via de strafbeschikking is '– bij gebrek aan een betere oplossing – ingevoegd tussen de titel inzake beslissingen omtrent verdere vervolging en de titel betreffende het aanhangig maken der zaak ter terechtzitting' (p. 5).

Een vierde ontwikkeling die volgens de concept-memorie van toelichting aanleiding geeft het wetboek ingrijpend te moderniseren, is dat de strafrechtspleging 'veel internationaler' is geworden. Het wetboek van 1926 kende 'geen bepalingen over rechtshulp'. Regels zijn in de loop der jaren ingevoegd, aanvankelijk in het Vierde Boek; dat had 'een weinig inzichtelijke vernummering en systematiek' tot gevolg. Dat heeft ertoe geleid dat vooruitlopend op de modernisering al een nieuw Vijfde Boek is gecreëerd, 'met een nummering die afwijkt van de nummering die voordien in het wetboek werd gehanteerd. Dat boek zal, zo is de gedachte, uiteindelijk plaats bieden aan alle regels die zien op internationale en Europese strafvorderlijke samenwerking' (p. 5).

De vijfde en laatste ontwikkeling die de concept-memorie van toelichting noemt, betreft het beschikbaar komen van nieuwe technieken 'die meebrengen dat de wijze waarop de strafvordering plaatsvindt, is gemoderniseerd en nog verder kan worden gemoderniseerd. De telefoontap was in 1926 nog onbekend. Nu zijn tal van opsporingsbevoegdheden geregeld die gebruik maken van moderne technieken en/of aansluiten op moderne vormen van verwerking van gegevens. Ook dat is een oorzaak van de ontwrichting van het huidige wetboek. Nieuwe onderzoeksmethoden zijn stap voor stap beschikbaar gekomen'. De digitalisering van de strafrechtspleging brengt volgens de concept-memorie van toelichting mee dat 'de wettelijke systematiek op andere wijzen van vastleggen en beschikbaar stellen van informatie dient te worden ingericht' (p. 5).

Uit deze argumentatie blijkt dat de tekortkomingen in de wettelijke regeling van het voorbereidend onderzoek een belangrijke rol spelen bij de beslissing om het Wetboek van Strafvordering integraal te herzien. Nieuwe opsporingsbevoegdheden zijn ondergebracht in het Eerste Boek; dat heeft de systematiek van het wetboek ontwricht. De professionalisering van de politie heeft er vooral in het vooronderzoek toe geleid dat de bordjes verhangen zijn en de rol van de rechter is teruggedrongen.

Het is een inschatting of de voordelen van hercodificatie van strafprocesrecht opwegen tegen de kosten die verbonden zijn aan het tot stand brengen en invoeren van het nieuwe wetboek. Vastgesteld kan wel worden dat naarmate de voorbereiding van het nieuwe wetboek verder vordert, de balans tussen voor- en nadelen verschuift. Enerzijds wordt duidelijker hoe het nieuwe wetboek er uit zal komen te zien en welke voor- en nadelen daar aan vastzitten. Anderzijds zijn gemaakte kosten niet terug te draaien en nemen de nog te maken kosten af. Mijn voorzichtige inschatting is dat na de aanvaarding door de Eerste Kamer van de boeken

inzake *Tenuitvoerlegging en Internationale en Europese strafrechtelijke samenwerking* en het in consultatie geven van concepten van het Eerste en Tweede Boek het point of no return is gepasseerd.

3 De opsporing centraal

3.1 Inleiding

Als gezegd zijn de mede door de professionalisering van de politie ingegeven veranderingen in de rolverdeling tussen rechter, Openbaar Ministerie en politie van groot belang voor de herinrichting van het voorbereidend onderzoek. Die andere rolverdeling heeft ertoe geleid dat het gerechtelijk vooronderzoek als kader voor het voorbereidend onderzoek in de loop der jaren steeds meer terrein heeft verloren aan het opsporingsonderzoek en uiteindelijk is afgeschaft.

Een belangrijke stap in die ontwikkeling was de Wet herziening gerechtelijk vooronderzoek.⁸ Deze wet is voorbereid door een rapport van de Commissie-Moons.⁹ De inwerkingtreding van deze wet heeft er onder meer toe geleid dat buiten het gerechtelijk vooronderzoek meer bevoegdheden ter beschikking kwamen. Zo kreeg de opsporingsambtenaar een ruime bevoegdheid om voorwerpen in beslag te nemen en daartoe plaatsen te betreden (art. 96 Sv) en om de uitlevering van voor inbeslagneming vatbare voorwerpen te bevelen (art. 96a Sv). Het gerechtelijk vooronderzoek is uiteindelijk afgeschaft door de Wet versterking positie rechter-commissaris.¹⁰

De afschaffing van het gerechtelijk vooronderzoek betekent niet dat de rechter-commissaris geen onderzoekshandelingen meer verricht. De derde titel van het Tweede Boek van het Wetboek van Strafvordering, die voordien ‘Het gerechtelijk vooronderzoek’ heette, betreft nu ‘Onderzoek door de rechter-commissaris’. Een belangrijk verschil is dat de officier van justitie niet meer vordert dat de rechter-commissaris een gerechtelijk vooronderzoek instelt, maar dat de rechter-commissaris ‘met het oog op de opsporing van een strafbaar feit onderzoekshandelingen verricht’ (art. 181 Sv). En de sluitingsprocedure van het gerechtelijk vooronderzoek is afgeschaft: ‘Indien de rechter-commissaris de onderzoekshandeling heeft voltooid, of indien tot voortzetting van het onderzoek geen grond bestaat, beëindigt hij het onderzoek. Hij zendt de daarop betrekking hebbende stukken aan de officier van justitie en tevens aan de verdachte’ (art. 237 Sv).

In het concept van het Tweede Boek is deze ontwikkeling doorgetrokken. Dat boek heet, als gezegd, ‘Het opsporingsonderzoek’. De term ‘voorbereidend onder-

⁸ Wet van 27 mei 1999, Stb. 243. Zie Kamerstukken II 1992/93 e.v., 23 251.

⁹ Commissie herijking Wetboek van Strafvordering (voorz. Ch.M.J.A. Moons), *De herziening van het gerechtelijk vooronderzoek*, Arnhem: Gouda Quint 1992. Vgl. in verband met dit rapport en deze wet (voorafgaand) C.W. van der Werff en M.W. Bol, *Het gerechtelijk vooronderzoek in woord en daad*, 1991, en (naderhand) P.A.M. Verrest en E.M.Th. Beenackers, *Evaluatie Wet herziening gerechtelijk vooronderzoek*, 2002, en Erasmus Universiteit Rotterdam, *Evaluatie Wet herziening GVO*, 2004, alle drie te vinden op www.wodc.nl.

¹⁰ Wet van 1 december 2011, Stb. 600. Daarvoor was de betekenis van het gerechtelijk vooronderzoek verder teruggedrongen door de Wet van 10 november 2004, Stb. 577. Die wet maakte het onder meer mogelijk dat de rechter-commissaris buiten een gerechtelijk vooronderzoek tot doorzoeking en inbeslagneming overging.

zoek', die het wetboek nu nog kent als overkoepelende term voor 'het onderzoek hetwelk aan de behandeling ter terechtzitting voorafgaat' (art. 132 Sv), komt in het concept van het Tweede Boek niet meer voor. Hoofdstuk 10 van het concept van het Tweede Boek heet 'Onderzoek door de rechter-commissaris'. De rechter-commissaris gaat daarmee varen onder de vlag van het opsporingsonderzoek.¹¹

In deze paragraaf worden enkele consequenties van de ontwikkeling waarin de opsporing centraal is komen te staan verkend. Daarbij wordt in het bijzonder aandacht besteed aan veranderingen die het concept van het Tweede Boek in het licht van deze ontwikkeling voorstelt.

3.2 De rolverdeling tussen Openbaar Ministerie en rechter-commissaris

Onder opsporing verstaat het wetboek thans 'het onderzoek in verband met strafbare feiten onder gezag van de officier van justitie met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen' (art. 132a Sv). Dat de officier van justitie het gezag heeft over de opsporing blijkt ook uit de taak die het wetboek in relatie tot de opsporing op zijn schouders legt. De officier van justitie is 'belast met de opsporing van strafbare feiten' en 'geeft daartoe bevelen aan de overige personen met de opsporing belast' (art. 148 Sv).¹² Het gezag van de officier van justitie over de opsporing wordt versterkt doordat de wet bepaalt dat tal van bevoegdheden slechts op zijn bevel kunnen worden uitgeoefend. Daartoe behoren bijvoorbeeld de bijzondere opsporingsbevoegdheden (art. 126g e.v. Sv). In de gevallen waarin de wet de uitoefening van een bevoegdheid van een machtiging van de rechter-commissaris afhankelijk stelt, is het voorts gebruikelijk dat de officier van justitie die machtiging vordert. Slechts in een uitzonderingsgeval kan de hulpofficier van justitie de rechter-commissaris rechtstreeks benaderen (vgl. art. 97 lid 3 Sv, de spoeddoorzoeking).

Deze stand van zaken wordt in het concept van het Tweede Boek feitelijk bestendigd. De definitie van opsporing wordt aangepast, het concept wil onder 'opsporing van strafbare feiten waarmee opsporingsambtenaren zijn belast (...) verstaan het verrichten van onderzoek met betrekking tot strafbare feiten met een strafvorderlijk doel' (art. 1.1.2.2). Het gezag van de officier van justitie verdwijnt uit de definitie; daarmee wil de concept-wettekst echter alleen de indruk wegnemen 'dat van opsporing pas sprake is als het gaat om onderzoek dat onder gezag van de officier van justitie wordt verricht, terwijl het veeleer andersom is: wanneer van opsporing sprake is, staat dit onder gezag van de officier van justitie'.¹³ Elders in het concept van het Eerste Boek wordt wel vastgelegd dat het opsporingsonderzoek 'wordt verricht onder gezag van de officier van justitie. Deze kan de andere opsporingsambtenaren bevelen geven met betrekking tot de uitoefening van hun bevoegdheden' (art. 1.3.3.5). Behouden blijft ook dat de uitoefening van tal van

11 Kritiek daarop is te vinden in het advies van de NVvR: onderzoek door de rechter-commissaris 'behoort niet tot het opsporingsonderzoek' (p. 15).

12 Verder heeft de officier van justitie het gezag over de politie en bijzondere opsporingsdiensten voor zover wordt opgetreden ter strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde (art. 12 Politiewet; art. 3 Wet op de bijzondere opsporingsdiensten).

13 Zie de concept-memorije van toelichting op het Eerste Boek, p. 88. De grenzen van opsporing zijn overigens nog niet in alle opzichten uitgekristalliseerd; vgl. advies Hoge Raad, p. 3-4, inzake controlebevoegdheden.

bevoegdheden van een specifiek bevel van de officier van justitie afhankelijk is. Daaronder vallen onder meer de ‘heimelijke bevoegdheden’; dat is in het concept van het Tweede Boek de omschrijving van de bevoegdheden die de wet thans als bijzondere opsporingsbevoegdheden aanduidt (zie hoofdstuk 8). Behouden is ook het uitgangspunt dat een machtiging van de rechter-commissaris door de officier van justitie wordt gevorderd (vgl. art. 2.8.1.2.1).

De rechter-commissaris verricht thans in de eerste plaats specifieke onderzoeks-handelingen. Zo kan hij verdachten en getuigen verhoren (art. 200 e.v. Sv). De rechter-commissaris kan deskundigen benoemen en horen (art. 227 e.v. Sv). En de rechter-commissaris kan plaatsen doorzoeken (art. 110 Sv. Deze (en andere) onderzoekshandelingen kan hij op vordering van de officier van justitie, in nader omschreven gevallen op verzoek van de verdachte en uitzonderingsgewijs ambts-halve verrichten (artt. 181 t/m 183 alsmede 110 Sv; zie nader par. 4.3). De rechter-commissaris kan tevens een bevel tot bewaring verlenen (art. 63 Sv). Ook dat is een bevoegdheid die hij in het kader van het vooronderzoek toepast, al past het etiket ‘onderzoekshandeling’ er wat minder goed op. De rechter-commissaris heeft voorts een belangrijke taak als machtigingsrechter. De officier van justitie heeft onder meer een machtiging van de rechter-commissaris nodig als hij een opsporingsambtenaar (kort gezegd) een tapbevel wil geven (art. 126m Sv). En de rechter-commissaris heeft een aantal taken die een meer toezichthoudend karakter hebben. Zo waakt hij ‘tegen nodeloze vertraging van het opsporingsonderzoek’ (art. 180 Sv). Hij kan de officier van justitie en de verdachte oproepen om voor hem te verschijnen teneinde de stand van zaken in het onderzoek te bespreken indien hij dat ‘voor het goede verloop van het onderzoek noodzakelijk acht’ (art. 185 Sv). Ook het oordelen naar aanleiding van rechtsmiddelen die de verdachte en – in een enkel geval – het slachtoffer tegen beslissingen van de officier van justitie aanwenden hoort bij deze taak.¹⁴

Het concept van het Tweede Boek brengt in dit takenpakket geen fundamentele wijzigingen aan. In hoofdstuk 10 is, als gezegd, het ‘Onderzoek door de rechter-commissaris’ geregeld. Daarin zijn regelingen opgenomen betreffende het verhoor van verdachten en getuigen en de benoeming en het verhoor van deskundigen. Aan het eind van hoofdstuk 7 is bepaald dat de rechter-commissaris ‘in geval van ontdekking op heterdaad van een strafbaar feit of in geval van verdenking van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf van een jaar of meer is gesteld’, kan bevelen ‘dat een opsporingsambtenaar een woning zonder toestemming van de bewoner en een kantoor van een persoon met bevoegdheid tot verschoning als bedoeld in artikel 1.6.2.2.2, ter inbeslagneming doorzoekt’ (art. 2.7.8.1). De rechter-commissaris blijft over de bewaring beslissen (art. 2.5.4.3.2.1) en de toepassing van ingrijpende heimelijke bevoegdheden blijft van een machtiging van de rechter-commissaris afhankelijk (vgl. art. 2.8.2.7.1, in verband met telecommunicatie). De taak van de rechter-commissaris in het kader van het bewaken van de voortgang van het opsporingsonderzoek blijft eveneens

¹⁴ Zie over de huidige positie van de rechter-commissaris nader G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, achtste druk, bewerkt door M.J. Borgers, Deventer: Kluwer 2014, p. 357 e.v.; B.F. Keulen en G. Knigge, *Strafprocesrecht*, 13e druk, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 292 e.v.; J.M. Reijntjes, *Nederlandse Strafvordering*, twaalfde druk, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 98 e.v.

behouden: de rechter-commissaris kan op verzoek van de verdachte de voortgang van het opsporingsonderzoek beoordelen (art. 2.10.5.4). En hij kan de officier van justitie en de verdachte oproepen voor een ‘regiebijeenkomst’ (art. 2.10.5.3).

Tegelijk zijn wel verschuivingen zichtbaar. Bij het zelf uitoefenen van bevoegdheden doet de rechter-commissaris op enkele punten een stapje terug. Zo wil het concept van het Tweede Boek het mogelijk maken dat de rechter-commissaris ‘zoveel mogelijk door tussenkomst van de officier van justitie, (kan) bevelen dat een getuige wordt verhoord door een opsporingsambtenaar’ (art. 2.10.1.9). De getuige is in dat geval verplicht om voor de opsporingsambtenaar te verschijnen en hij is tevens verplicht om op de door de opsporingsambtenaar gestelde vragen te antwoorden. Wat de doorzoeking betreft, verandert er ook wat. Art. 110 Sv bepaalt dat de rechter-commissaris doorzoekt, en het artikel begrenst de plaatsen waar gezocht wordt niet. Het concept van het Tweede Boek beperkt de opvolger van deze bevoegdheid tot woningen en kantoren van functioneel verschoningsgerechtigden (art. 2.7.8.1). En de rechter-commissaris doorzoekt in die gevallen niet zelf; hij beveelt de doorzoeking door opsporingsambtenaren.¹⁵ Wel is in het concept van het Tweede Boek ook nog een bepaling opgenomen die de rechter-commissaris ‘indien hij onderzoek verricht op grond van de artikelen 2.10.1.1 tot en met 2.10.1.3’ toestaat een aantal elders geregelde bevoegdheden uit te oefenen (art. 2.7.8.2). Maar dat lijkt vooral bedoeld als veiligheidsklep.¹⁶

De rol van de rechter-commissaris als machtigingsrechter en als toezichthouder wordt ondertussen uitgebouwd. Infiltratie wordt aan een machtiging van de rechter-commissaris gebonden (art. 2.8.2.6.1). Tegelijk wil het concept de reikwijdte van de bevoegdheid tot infiltratie verruimen: ook de samenwerking met één enkele persoon kan worden bevolen. Bij de parlementaire behandeling van de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden is er destijds expliciet voor gekozen infiltratie niet afhankelijk te maken van een machtiging van de rechter-commissaris.¹⁷ In het geval de gevangenhouding van de verdachte is bevolen dient de officier van justitie de verdachte en de rechter-commissaris uiterlijk drie maanden nadien in kennis te stellen van de stand van zaken in het opsporingsonderzoek. De rechter-commissaris kan vervolgens naar aanleiding van deze kennisgeving, zonder een regiebijeenkomst te beleggen, de officier van justitie en de verdachte een termijn stellen voor het doen van een vordering tot het uitoefenen van bevoegdheden (artt. 2.10.5.1 en 2.10.5.2).

Deze ontwikkeling, als het dat is, houdt wellicht verband met de wijze waarop de taken van de rechter-commissaris in de context van het wetsvoorstel versterking positie rechter-commissaris zijn omschreven. Ingevolge art. 170 lid 2 Sv is de rechter-commissaris sinds het in werking treden van deze wet ‘in het bijzonder belast met de uitoefening van toezichthoudende bevoegdheden met betrekking

¹⁵ Deze wijziging is wel veel minder ingrijpend dan aanvankelijk was voorgenomen. De gedachte was eerst dat de rechter-commissaris enkel nog tot doorzoeking zou machtigen (concept-memoriet van toelichting, p. 51). Daarbij schrijft het tweede lid voor dat de doorzoeking die de rechter-commissaris heeft bevolen onder zijn leiding geschiedt en ‘in zijn aanwezigheid voor zolang hij dat noodzakelijk acht’.

¹⁶ Vgl. de concept-memoriet van toelichting van het Tweede Boek, p. 228-231.

¹⁷ Zie met name *Handelingen Tweede Kamer* 12 november 1998, p. 24-1542 en 1543, voor een gedachte-wisseling tussen minister van Justitie Korthals en Tweede Kamerlid Kalsbeek (PvdA).

tot het opsporingsonderzoek'. De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel gaf de rechter-commissaris tot taak 'toezicht uit te oefenen op het verloop van het opsporingsonderzoek. Het gaat om toezicht op de rechtmatige toepassing van opsporingsbevoegdheden, de voortgang van het onderzoek en de evenwichtigheid en volledigheid van het onderzoek'.¹⁸

Die omschrijving van de taak van de rechter-commissaris komt niet helemaal gelukkig voor. De leiding over het opsporingsonderzoek is aan de officier van justitie toevertrouwd; die leiding impliceert het toezicht houden op de rechtmatigheid, de evenwichtigheid en de volledigheid van het onderzoek. Aan de rechter-commissaris zijn specifieke bevoegdheden toevertrouwd, die hij kan gebruiken om aan de rechtmatigheid, de evenwichtigheid en de volledigheid van het vooronderzoek bij te dragen. In die zin is het een verbetering dat het concept van het Eerste Boek slechts stelt dat de rechter-commissaris zijn bevoegdheden uitoefent 'in het belang van de rechtsbescherming en van de volledigheid, de evenwichtigheid en de voortgang van het opsporingsonderzoek' (art. 1.2.4.1).

Maar ook deze omschrijving sluit niet heel gemakkelijk aan bij het zelfstandig toepassen van bevoegdheden door de rechter-commissaris. De rechten van de verdachte worden door het bevelen van de bewaring niet beschermd. De bewaring behoeft ook niet bij te dragen aan de volledigheid, de evenwichtigheid of de voortgang van het onderzoek. Voorlopige hechtenis kan op verschillende gronden bevolen worden; daartoe behoort ook het voorkomen van recidive (art. 2.5.4.1.3). Wat de toepassing van andere bevoegdheden van de rechter-commissaris betreft, mist de definitie onderscheidend vermogen ten opzichte van bevoegdheidstoepassing door opsporingsambtenaren. Een doorzoeking op bevel van de rechter-commissaris bevordert de volledigheid van het onderzoek niet anders dan een doorzoeking die niet op zijn bevel plaatsvindt. De gegeven omschrijving sluit beter aan bij taken die de rechter-commissaris als machtigingsrechter vervult, en bij zijn taak om toezicht te houden op de opsporing via een regiebijeenkomst en via het beoordelen van de voortgang. Daarmee kan de taakomschrijving van de rechter-commissaris een aanleiding zijn om bevoegdheden die hij zelfstandig toepast om te bouwen tot bevoegdheden tot welke toepassing hij beveelt of machtigt en bevoegdheden met een toezichthoudend karakter toe te voegen.

Tegelijk is er geen reden om aan te nemen dat daardoor een betere wijze van strafvordering wordt gerealiseerd. Mede tegen die achtergrond kan de vraag worden gesteld of het verstandig is de taken van de rechter-commissaris onder deze of een andere wettelijke omschrijving te brengen. Misschien kan beter worden aanvaard dat de taken van de rechter-commissaris in het voorbereidend onderzoek daar te divers voor zijn. Die diversiteit is ook weinig bezwaarlijk, juist omdat de taak van de officier van justitie wel helder is. Wenselijk lijkt dat per taak die aan de rechter-commissaris wordt toevertrouwd, bekeken wordt hoe deze het best kan worden vormgegeven. Daarbij is een wettelijke definitie van de taken van de rechter-commissaris eerder een hinderpaal dan een hulp.

Als per taak van de rechter-commissaris wordt bekeken hoe deze het best kan worden vormgegeven, zou dat er wat mij betreft toe leiden dat de constructie van

¹⁸ Kamerstukken II 2009/10, 32 177, nr. 3, p. 2.

een verhoor door opsporingsambtenaren op bevel van de rechter-commissaris niet in het wetboek komt te staan. Het is goed denkbaar dat in een verhoor door de rechter-commissaris gelegenheden worden gecreëerd voor anderen om een onder ede gehoorde getuige vragen te stellen. Maar het is zowel uit oogpunt van helderheid als uit oogpunt van waarborgen te prefereren dat de verantwoordelijkheid voor het verhoor integraal bij de rechter-commissaris blijft. En met een spreekplicht in wat in de kern toch een politieverhoor wordt, zouden wij ook een brug overgaan die mij één te ver is.¹⁹

De constructie waarin opsporingsambtenaren woningen op bevel van de rechter-commissaris doorzoeken, komt mij evenmin gelukkig voor. De huidige wettelijke formulering, waarin de rechter-commissaris doorzoekt, drukt adequaat uit dat alles wat tijdens de doorzoeking gebeurt onder zijn verantwoordelijkheid valt.²⁰ Dat opsporingsambtenaren feitelijk zoeken, is geen belemmering om aan deze opzet vast te houden. Functioneel plegen is onomstreden als grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid; waarom zou deze constructie in strafverdering dan in de ban moeten?²¹

Bij de infiltratie ligt de afweging lastiger. Waar het de klassieke infiltratie betreft (deelnemen aan of medewerking verlenen aan een groep van personen) overtuigen de argumenten die minister Korthals in 1998 aanvoerde voor de huidige verdeling van verantwoordelijkheden naar mijn mening nog steeds.²² Kort gezegd: bij het direct af luisteren en het aftappen van telecommunicatie domineert de afweging tussen het opsporingsbelang en het recht op privéleven van de betrokkenen; bij infiltratie spelen veiligheids- en integriteitsrisico's een belangrijke rol in de afweging. Die risico's worden afgewogen in een zware toetsingsprocedure binnen het Openbaar Ministerie, en die toetsing vormt daarvoor een adequaat kader. Voorts wordt de rechter-commissaris door mee te beslissen over infiltratie verder de opsporing ingezogen. En gelet op de aard van de beslissing om tot infiltratie over te gaan doet het afbreuk aan het gezag van de officier van justitie over de opsporing als de rechter-commissaris daartoe een machtiging moet geven. Waar het de nieuw voorgestelde vorm van infiltratie betreft (samenwerken met of medewerking verlenen aan een persoon) kan de afweging mogelijk anders liggen.²³

19 Kritiek is er ook van de NOvA (advies, p. 25-26); niet van de Rvdr (advies, p. 83).

20 Zie ook de kritiek van de NOvA (advies, p. 42-43).

21 Vermoedelijk moet de achtergrond gezocht worden in de voorkeur van Baaijens-van Geloven en Simmelink voor toedeling van bevoegdheden aan wie 'in de praktijk met de uitvoering is belast' ('Normering van de opsporing', in: Groenhuijsen en Knigge, a.w. 2002, p. 544; vgl. discussiestuk Algemene bepalingen boek 2, p. 30-31; contourennota, p. 61). Dat is ook een logisch en goed uitgangspunt, maar *jede Konsequenz führt zum Teufel*. Bij de bewaring maken de onderzoekers zelf ook een uitzondering (t.a.p.).

22 Instemming met de eis van een machtiging is er bij de NVvR (advies, p. 27-28). Tegelijk worden niet te verwaarlozen complicaties bij de uitwerking aangestipt. Kritiek is er bij de Politie (advies, p. 82-85).

23 Dat kan ook aanleiding zijn om deze nieuwe bevoegdheid, die zich begripsmatig lastig tot de idee van infiltratie verhoudt, anders vorm te geven. Gelet op de voorbeelden die de concept-memorij van toelichting geeft (p. 252), valt te denken aan pseudo-verkoop met machtiging van de rechter-commissaris en aan een rechterlijke machtiging voor stelselmatige inwinning van informatie die een bepaalde duur overschrijdt. De verhouding tussen infiltratie en de laatstgenoemde bevoegdheid dreigt nu ook onhelder te worden.

3.3 Consequenties voor het vervolgingsbegrip

In het huidige wetboek is de derde afdeling van de eerste titel van het Eerste Boek gewijd aan de vervolging van strafbare feiten. Uit de artikelen die in deze afdeling zijn opgenomen wordt duidelijk dat de vervolging van strafbare feiten een taak is van leden van het Openbaar Ministerie. Het wetboek maakt niet duidelijk wat het begrip vervolging precies betekent. Algemeen wordt aangenomen dat de vervolging begint met een handeling waardoor vanwege een met de vervolging belaste ambtenaar een vordering bij de rechter wordt gedaan of op enige andere wijze de zaak aan diens kennisneming wordt onderworpen.²⁴

De wet kent een aantal wijzen waarop de officier van justitie de zaak aan de kennisneming van de rechter kan onderwerpen. Daartoe behoort in de eerste plaats de dagvaarding. Door dagvaarding wordt de zaak ter terechtzitting aanhangig gemaakt (art. 258 Sv). De officier van justitie kan (zo zagen wij) ook vorderen dat de rechter-commissaris met het oog op de opsporing van een strafbaar feit onderzoekshandelingen verricht (art. 181 Sv) of een bevel tot bewaring van de verdachte verleent (art. 63 Sv). En hij kan vorderen dat de rechter-commissaris een machtiging verleent tot het opnemen van (kort gezegd) vertrouwelijke communicatie of telecommunicatie (art. 126l, 126m, 126s en 126r Sv). Op basis van de gegeven begripsomschrijving zou moeten worden aangenomen dat ook door het vorderen van deze machtigingen de vervolging begint. Maar het gaat hier om een heel andere situatie dan waar in 1926 bij het begin van de vervolging aan gedacht werd. De bemoeienis van de rechter-commissaris met het voorbereidend onderzoek is na het afgeven van de machtiging voorbij. En de verdachte kan na het verstrekken van de machtiging nog tijden onwetend blijven van het onderzoek dat tegen hem loopt. Het is daardoor onduidelijk of de vervolging begint door het vorderen van een machtiging.²⁵

Sinds 1 februari 2008 kent de wet nog een andere wijze waarop de vervolging kan beginnen. Buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten kan sinds die datum plaatsvinden via een strafbeschikking waarin straffen, maatregelen en aanwijzingen kunnen worden opgelegd. De artt. 257a e.v. Sv, waar dat in geregeld wordt, staan in titel IVA van het Tweede Boek, geheten: 'Vervolging door een strafbeschikking'.

In het concept van het Eerste Boek wordt gebroken met de huidige omschrijving van het vervolgingsbegrip. De derde titel van het derde hoofdstuk van dat boek is gewijd aan 'Vervolging'. Daar is bepaald dat de officier van justitie vervolging kan instellen door 'a. het uitvaardigen van een strafbeschikking; b. het aanhangig maken van de zaak op de terechtzitting door een oproeping of dagvaarding' (art. 1.3.2.3 lid 1). Uit het tweede lid volgt dat in de gevallen en onder de voorwaarden bij de wet bepaald vervolging door het uitvaardigen van een strafbeschikking ook kan worden ingesteld door opsporingsambtenaren en organisaties en personen met een publieke taak belast.

De concept-memorie van toelichting bij het Eerste Boek maakt duidelijk dat deze andere invulling van het begrip vervolging verband houdt met ontwikke-

²⁴ Vgl. Corstens/Borgers, a.w. 2014, p. 115 en Keulen en Knigge, a.w. 2016, p. 163-164.

²⁵ Vgl. ook Reijntjes, a.w. 2017, p. 77.

lingen in het voorbereidend onderzoek: 'De vordering tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek werd gezien als een begin van de vervolging, omdat vanaf dat punt de rechter-commissaris in de zaak was betrokken. Vanaf dat punt kon ook de verdachte meer rechtsbescherming worden geboden, mede gelet op de invloed van de rechter-commissaris op de loop van het gerechtelijk vooronderzoek en de daaropvolgende vervolgingsbeslissing. Door de geleidelijke terugdringing en het uiteindelijk zelfs geheel vervallen van het gerechtelijk vooronderzoek is dit niet meer reëel' (p. 34).

Tegelijk is het opsporingsonderzoek verder ontwikkeld: 'Het aanvankelijk sterk inquisitoire karakter van het opsporingsonderzoek is onder andere met het opnemen en uitbreiden van de zogenaamde mini-instructie (het verzoek om het verrichten van onderzoekshandelingen aan de rechter-commissaris) in de loop van de tijd verminderd. Met de nadere normering van de toepassing van bevoegdheden in het opsporingsonderzoek door het opnemen van algemene bepalingen die van toepassing zijn bij de uitoefening van die bevoegdheden en de specifieke normering van die bevoegdheden heeft het opsporingsonderzoek een duidelijk kader gekregen. Dit leidt ertoe dat voor de toekenning van rechtsbescherming nu een ander duidelijker beginpunt beschikbaar is gekomen, namelijk de aanvang van het politieverhoor van de verdachte' (p. 35).

De voorgestelde begripsbepaling van het begrip vervolging heeft de voordelen van eenvoud en helderheid. Zoals wij zagen, is thans omstreden wanneer precies van een vervolging sprake is, omdat de bemoeienis van de rechter met de strafzaak na een vordering van het openbaar ministerie heel verschillend van karakter en omvang kan zijn. Tegelijk is ook duidelijk dat het begrip vervolging bij deze nieuwe invulling een belangrijke functie kwijtraakt. Het kan geen aanknopingspunt meer vormen voor rechtsbescherming in het vooronderzoek.

In het huidige wetboek is aan het vervolgingsbegrip nog wel een zekere rechtsbescherming gekoppeld. Indien de officier van justitie afziet van verdere vervolging, doet hij de verdachte daarvan onverwijld schriftelijk mededeling (art. 243 lid 1 Sv). Door een kennisgeving van niet verdere vervolging eindigt de zaak (art. 246 lid 1 Sv). De verdachte kan na de hem betekende kennisgeving van niet verdere vervolging niet weer in rechten worden betrokken tenzij het gerechtshof een bevel tot vervolging geeft of nieuwe bezwaren bekend zijn geworden (art. 255 lid 1 Sv). Als nieuwe bezwaren kunnen enkel worden aangemerkt verklaringen van getuigen of van de verdachte en stukken, bescheiden en processen-verbaal welke later bekend zijn geworden (art. 255 lid 2 Sv). Als de officier van justitie een vervolging niet voortzet, kan de verdachte bovendien zelf naar de rechter stappen. Het gerecht in feitelijke aanleg voor hetwelk de zaak het laatst werd vervolgd, kan dan op verzoek van de verdachte verklaren dat de zaak geëindigd is (art. 36 Sv).

Het is nog niet duidelijk of deze bepalingen in het nieuwe wetboek opvolgers krijgen en zo ja hoe deze eruit gaan zien. Een kennisgeving van niet verdere vervolging zou in het nieuwe wetboek eventueel opgevolgd kunnen worden door een kennisgeving van niet vervolging. Daarmee zou het huidige informeel sepot worden geformaliseerd. Dat komt in het licht van de doelstellingen van deze codificatie wenselijk voor; het vergroot de inzichtelijkheid van het strafprocesrecht. De praktische consequenties zijn vermoedelijk bescheiden. Uit de beginselen van een behoorlijke procesorde vloeit thans ook voort dat de officier van justitie niet zo maar tot vervolging over mag gaan als eerder een sepotbeslissing aan de ver-

dachte bekend is gemaakt. Dat is in strijd met het vertrouwensbeginsel.²⁶ En ook hier geldt feitelijk een uitzondering bij nieuwe bezwaren.

Belangrijker is wat er gebeurt met de rechterlijke verklaring dat de zaak geëindigd is. Die kan thans worden gevraagd als ‘eene vervolging niet wordt voortgezet’; die situatie kan zich straks in het vooronderzoek niet meer voordoen. Dat betekent echter niet het einde van deze rechterlijke verklaring. Eerder zagen wij dat de voortgangsbewaking aan de rechter-commissaris wordt toevertrouwd. De rechter-commissaris kan op verzoek van de verdachte en indien hij op grond van de artt. 2.10.1.1 tot en met 2.10.1.3 onderzoek in de zaak verricht tevens ambtshalve de voortgang van het opsporingsonderzoek beoordelen. Hij kan daartoe bepalen dat hem de processtukken ter beschikking worden gesteld. Hij kan de officier van justitie een termijn stellen voor het nemen van een vervolgingsbeslissing. En hij kan de zaak voorleggen aan de rechtbank zodat deze kan verklaren dat de zaak geëindigd is (art. 2.10.5.4). De rechterlijke verklaring dat de zaak geëindigd is, blijft derhalve bestaan. Maar onduidelijk is in hoeverre de verdachte zelf straks nog naar de raadkamer zal kunnen stappen met het verzoek te verklaren dat de zaak geëindigd is. De keuze of, en zo ja hoe ruim deze mogelijkheid moet worden opengesteld ligt ook niet heel eenvoudig. Enerzijds komt het niet wenselijk voor dat de verdachte, bijvoorbeeld na het eerste politieverhoor, deze vraag zonder beperking telkens weer aan de raadkamer voor zou kunnen leggen. Anderzijds voert het ook wat ver de verdachte volledig afhankelijk te maken van het geduld dat de rechter-commissaris met het Openbaar Ministerie heeft. Misschien kan een tussenoplossing zijn dat de verdachte, na een eerste verzoek, pas na een nader te bepalen termijn weer een verzoek tot de raadkamer kan richten.

3.4 Relatieve competentie binnen Openbaar Ministerie en rechtspraak

De ontwikkeling waarin het opsporingsonderzoek steeds meer centraal is komen te staan heeft ook gevolgen voor de regeling van de relatieve competentie binnen Openbaar Ministerie en rechtspraak. Binnen de landelijke organisatie die het Openbaar Ministerie is, wordt ernaar gestreefd de taken inzake de opsporing optimaal te verdelen. Daarbij is het verband tussen arrondissementsparket en arrondissementsrechtbank in de loop der tijd steeds losser geworden.²⁷

Die ontwikkeling is in de huidige wettelijke regeling al zichtbaar. Het arrondissementsparket neemt binnen het Openbaar Ministerie nog een belangrijke plaats in (art. 134 Wet RO). Maar de uitoefening van de taken van dat arrondissementsparket is niet langer voorbehouden aan de magistraten die daar werkzaam zijn. De wet bepaalt dat officieren van justitie van rechtswege plaatsvervangend officier van justitie zijn bij de andere arrondissementsparketten, bij het landelijk parket, bij het functioneel parket, bij het parket centrale verwerking openbaar ministerie en bij het parket-generaal (art. 136 lid 5 Wet RO). De officier van justitie bij het arrondissementsparket Amsterdam kan derhalve als plaatsvervanger de

26 Vgl. HR 29 mei 1978, NJ 1978/358 m.nt. Van Veen (Mentenarrest); zie verder Corstens/Borgers, a.w. 2014, p. 54-56; Keulen en Knigge, a.w. 2016, p. 178-181.

27 Daaraan liggen ook factoren ten grondslag die los staan van ontwikkelingen in het voorbereidend onderzoek, zoals capaciteitsproblemen bij gerechten. Vgl. daarover G. Knigge, ‘Tot oordelen bevoegd’, in: B.F. Keulen, G. Knigge & H.D. Wolswijk (red.), *Pet af. Liber amicorum D.H. de Jong*, Nijmegen: WLP 2007, p. 257-260.

bevoegdheden uitoefenen die een officier van justitie bij het arrondissementsparket Rotterdam heeft.

De instelling van het landelijk parket en het functioneel parket maakt op nog weer andere wijze inbreuk op de koppeling tussen rechtbank en arrondissementsparket. De officier van justitie bij het landelijk parket is belast met de opsporing en vervolging van de strafbare feiten waarvan dat bij algemene maatregel van bestuur is bepaald (art. 9 lid 2 en art. 148a Sv). Die AMvB belast de officier van justitie met de vervolging van twee soorten strafbare feiten.²⁸ De eerste soort betreft de misdrijven die gezien hun ernst of frequentie dan wel het georganiseerd verband waarin zij worden gepleegd een ernstige inbreuk op de rechtsorde maken en voor de bestrijding waarvan een hoge mate van gespecialiseerde deskundigheid noodzakelijk is. De tweede soort betreft misdrijven die in nationaal of internationaal verband worden gepleegd en waarvoor vervolging door het landelijk parket in aanmerking komt, gezien de taakverdeling tussen de regionale eenheden van de politie en de dienst landelijke recherche. De werkzaamheden van het landelijk parket zijn dus voor een belangrijk deel gekoppeld aan de werkzaamheden van de dienst landelijke recherche. De specifieke taken van het functioneel parket zijn eveneens in het Wetboek van Strafvordering geregeld. De officier van justitie bij het functioneel parket is belast met de opsporing en vervolging van strafbare feiten waarvan de opsporing ingevolge art. 3 Wet op de bijzondere opsporingsdiensten tot de taken van een bijzondere opsporingsdienst behoort (art. 9 lid 3 en art. 148b Sv).

Bij deze beide parketten is de competentie kortom niet aan die van een rechtbank, maar aan de werkzaamheden van opsporingsdiensten gekoppeld.

Het concept van het Eerste Boek wil deze ontwikkeling waarbij de band tussen parket en rechtbank losser wordt verder doortrekken. In de titel over de vervolging wordt elke officier van justitie 'in eerste aanleg belast met de vervolging van strafbare feiten waarvan de rechtbanken kennisnemen' (art. 1.3.2.1). Dat is een landelijke bevoegdheid. In de titel over de opsporing wordt evenmin een beperking in de competentie aangebracht. Bepaald wordt slechts dat het opsporingsonderzoek 'wordt verricht onder gezag van de officier van justitie. Deze kan de andere opsporingsambtenaren bevelen geven met betrekking tot de uitoefening van hun bevoegdheden' (art. 1.3.3.5).

In de daaropvolgende titel, 'Landelijke bevoegdheidsuitoefening' geheten, worden tegelijk regels gegeven die de toepassing van bevoegdheden in de nieuwe situatie nader moeten reguleren. Het eerste artikel wil vastleggen dat de officier van justitie bij een arrondissementsparket zich bij de uitoefening van de hem toegekende bevoegdheden 'richt (...) op de strafbare feiten waarvan de rechtbank in het arrondissement kennisneemt'. Ook de officier van justitie bij het landelijk parket en zijn collega bij het functioneel parket moeten zich bij de uitoefening van de aan hen toegekende bevoegdheden 'richten' op de strafbare feiten met de opsporing en vervolging waarvan zij zijn belast (art. 1.3.4.1). De officier van justitie bij een arrondissementsparket moet zich bij de uitoefening van zijn opsporingsbevoegdheid voorts onthouden van optreden buiten het arrondissement,

²⁸ Besluit van 6 mei 2013, Stb. 170.

‘tenzij dit optreden redelijkerwijs noodzakelijk is in het belang van het onderzoek’ (art. 1.3.4.2).

In het concept van het Eerste Boek is ook een bepaling opgenomen die continuïteit tussen opsporing en vervolging tot stand probeert te brengen. De officier van justitie bij een parket ‘onder wiens gezag het opsporingsonderzoek is verricht, is belast met de vervolging van het strafbare feit waarop dat onderzoek betrekking heeft, tenzij het redelijkerwijs noodzakelijk is dat een officier van justitie bij een ander parket met de vervolging wordt belast’. In het geval de officier van justitie bij een parket de bewaring heeft gevorderd, heeft gevorderd dat de rechter-commissaris bevoegdheden uitoefent die hem in hoofdstuk 10 van het Tweede Boek zijn toegekend dan wel de verdachte heeft gedagvaard of opgeroepen voor de terechtzitting, zijn de mogelijkheden om de officier van justitie bij een ander parket met de verdere afhandeling van de zaak te belasten nog strikter begrensd. Dat is slechts mogelijk indien ‘a. de rechtbank van het arrondissement waarbij de vordering is gedaan of de dagvaarding is uitgebracht onbevoegd is van het feit kennis te nemen’, of ‘b. de zaak wordt verenigd met een strafzaak die wordt behandeld door een officier van justitie bij een ander parket’ (art. 1.3.4.3).

In het concept staan voorts enkele bepalingen die de band tussen arrondissementsrechtbank en arrondissementsparket zowel in het algemeen als in de context van de concrete strafzaak in stand proberen te houden. De officier van justitie bij een arrondissementsparket onthoudt zich van het doen van vorderingen en het uitbrengen van dagvaardingen bij de rechtbank van een ander arrondissement, tenzij dit redelijkerwijs noodzakelijk is (art. 1.3.4.4). En de officier van justitie die de bewaring vordert, die vordert dat de rechter-commissaris bevoegdheden uitoefent die hem in hoofdstuk 10 van het Tweede Boek zijn toegekend dan wel de verdachte dagvaardt of oproept voor de terechtzitting, moet zich bij de verdere afhandeling van de strafzaak tot de rechtbank van hetzelfde arrondissement wenden. Op die regel kan slechts een uitzondering worden gemaakt als ‘a. die rechtbank zich onbevoegd heeft verklaard van het feit kennis te nemen’, of ‘b. het onderzoek op de terechtzitting nog niet is aangevangen en de zaak wordt verenigd met een strafzaak die bij een andere rechtbank in onderzoek is’ (art. 1.3.4.5).

Deze regels, die de toepassing van de landelijke competentie die het concept van het Eerste Boek aan de officier van justitie wil geven nader normeren, hebben voor een deel het karakter van een instructienorm. Dat de officier van justitie zich bij de uitoefening van de hem toegekende bevoegdheden ‘richt’ op de strafbare feiten waarvan de rechtbank in het arrondissement kennisneemt, betekent niet dat hij iets fout doet als hij een zaak voor een andere rechtbank vervolgt. Bij andere normen ligt dat anders. Als de bewaring van de verdachte is gevorderd, dient de verdachte te worden gedagvaard bij de rechtbank van hetzelfde arrondissement, tenzij zich een in de wet omschreven uitzondering op die regel voordoet. Als de verdachte voor een andere rechtbank wordt gedagvaard terwijl zich niet zo’n uitzondering voordoet, kan de officier van justitie niet-ontvankelijk worden verklaard, zo maakt de concept-memorie van toelichting duidelijk (p. 40). Al wordt tevens aangegeven dat een uitzondering op deze regel kan worden gemaakt

als geen redelijk belang met niet-ontvankelijkverklaring van de officier van justitie gediend is.²⁹

Ook de regels inzake de relatieve competentie van rechtbanken worden, zo is het voorstel, aangepast. De regeling van de relatieve competentie is thans opgenomen in de tweede afdeling van de eerste titel van het huidige Eerste Boek (de artt. 2 t/m 6 Sv). Art. 2 Sv is de kernbepaling van deze regeling. Het eerste lid bepaalt dat van de rechtbanken gelijkelijk bevoegd zijn: 'die binnen welker rechtsgebied het feit is begaan; die binnen welker rechtsgebied de verdachte woon- of verblijfplaats heeft' enzovoort.³⁰ Het tweede lid geeft vervolgens een voorrangsregeling: 'In geval van gelijktijdige vervolging bij meer dan ééne rechtbank blijft uitsluitend bevoegd de rechtbank die in deze rangschikking eerder is geplaatst'. Indien het rechtbanken betreft die in de rangschikking dezelfde plaats innemen blijft bevoegd 'de rechtbank waarbij de vervolging het eerst is ingesteld'. Een betrekkelijk dwingende regeling is opgenomen voor het geval van deelneming aan een strafbaar feit. De bevoegdheid ter zake van één der als daders aansprakelijke personen brengt dan 'de bevoegdheid mede ten aanzien van de andere'. In geval van gelijktijdige vervolging bij onderscheidene bevoegde rechtbanken blijft uitsluitend bevoegd de rechter voor wie de als daders aansprakelijke personen worden vervolgd. En als deze personen niet voor hetzelfde gerecht worden vervolgd, blijft uitsluitend bevoegd de rechter bij wie de vervolging tegen één van hen het eerst is aangevangen (art. 6 Sv).

In het concept van het nieuwe Eerste Boek lijkt de kernbepaling op het eerste gezicht op vergelijkbare wijze te zijn geformuleerd. Bepaald wordt welke rechtbanken 'op gelijke voet' bevoegd zijn kennis te nemen van de in het vervolg van deze bepaling omschreven strafbare feiten (art. 1.2.2.1). Bij nauwkeuriger lezing blijkt evenwel dat de bepaling door de herformulering van karakter verandert. De woorden 'op gelijke voet' kunnen in de voorgestelde bepaling worden gemist: aangegeven wordt van welke feiten een rechtbank allemaal kennis kan nemen, niet welke rechtbanken allemaal van een feit kennis kunnen nemen. De voorrangsregeling van het huidige art. 2 lid 2 Sv krijgt verder geen opvolger. De bepalingen inzake de relatieve competentie maken enkel duidelijk ter zake van welke feiten een rechtbank bevoegd is, niet welke rechtbank bij gelijktijdige vervolging 'uitsluitend bevoegd' is. En in het geval deelnemers aan hetzelfde feit gelijktijdig worden vervolgd, wordt niet een berechting door één rechtbank voorgeschreven; de regeling stelt enkel buiten twijfel dat deelnemers voor één rechtbank terecht kunnen staan.

De concept-memorie van toelichting bij het Eerste Boek verheldert de achtergrond van deze verandering. Bij de huidige regeling zou de wetgever voor ogen hebben gestaan 'het geval waarin twee parketten onafhankelijk van elkaar de vervolging van het strafbare feit ter hand hebben genomen. Bij een openbaar ministerie dat als één en ondeelbaar opereert met gebruikmaking van digitale

29 Naar geldend recht kan misbruik van de ruime regeling van de relatieve bevoegdheid ook al tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie leiden; vgl. HR 24 maart 1998, NJ 1998/768 m.nt. 't Hart.

30 Een aanvullende bevoegdheidsgrondslag is te vinden in de artt. 46a en 62a Wet RO: zaken kunnen ter behandeling en beslissing naar een ander gerecht worden verwezen bij tijdelijk gebrek aan zittingscapaciteit.

registratiesystemen, liggen dergelijke coördinatieproblemen niet meer voor de hand' (p. 39-40). Een regel zou wel nodig zijn voor gevallen waarin welbewust een tweede vervolging bij een andere rechtbank wordt begonnen ('forumshopping'). Een voorrangsregel zou in die situatie evenwel niet goed meer te verdedigen zijn 'vanuit het principe dat een aangevangen vervolging bij dezelfde rechtbank moet worden voortgezet'. De gedachte lijkt te zijn dat het Openbaar Ministerie in een tweede vervolging niet-ontvankelijk dient te worden verklaard indien deze in strijd is met een behoorlijke procesvoering. Dat gebeurt thans ook bij een inhaal-dagvaarding. Dat is een dagvaarding die wordt uitgebracht ter zake van een feit waarop een eerder uitgebrachte dagvaarding betrekking heeft, terwijl die eerdere dagvaarding (waarop een onderzoek ter terechtzitting is gevolgd) nog niet tot een onherroepelijke einduitspraak heeft geleid.³¹

Nieuw is ook dat in het concept van het Eerste Boek in de titel van de raadkamer een competentiebepaling wordt opgenomen die aangeeft dat in gevallen waarin de wet niet bepaalt welke rechtbank bevoegd is van de zaak kennis te nemen, de rechtbank bevoegd is die tot kennisneming van het feit waarop de zaak betrekking heeft bevoegd is (art. 1.2.3.1). Eenzelfde regeling wordt bij de rechter-commissaris gecreëerd (art. 1.2.4.2). Dat is impliciet ook het uitgangspunt van de huidige wettelijke regeling, maar de competentie van raadkamer en rechter-commissaris was niet expliciet geregeld omdat het in het oorspronkelijke wetboek vanzelf sprak dat de officier van justitie de zaak aanbracht bij de rechtbank waarbij hij geaccrediteerd was, ook waar het ging om de vorderingen bij de raadkamer en de rechter-commissaris.³²

Dat de bevoegdheid van de officier van justitie als een landelijke competentie vorm wordt gegeven, lijkt mij aantrekkelijk. Het past bij de huidige inrichting van het voorbereidend onderzoek. Voorbereidend onderzoek wordt niet (langer) gezien als een in de kern enkel zaaksgerichte activiteit onder leiding van een rechter-commissaris. Een goede inrichting van het voorbereidend onderzoek vergt afstemming op landelijk niveau. De aard van de criminaliteit is veranderd, zo werd eerder besproken; bij georganiseerde criminaliteit bijvoorbeeld richt de opsporing zich niet op het geïsoleerde strafbare feit maar op de organisatie. Dat elke officier van justitie thans van rechtswege plaatsvervangend officier van justitie is in de andere parketten kan worden gezien als een lapmiddel om in deze situatie een efficiënte taakverdeling te kunnen realiseren. Een landelijke bevoegdheid voor officieren van justitie en een organisatie waarin een goede taakverdeling niet door territoriale schotten wordt gehinderd, past daar beter bij.³³

Ook de keuze voor behoud van een ruime regeling van de relatieve bevoegdheid, gekoppeld aan de mogelijkheid dat het Openbaar Ministerie bij een verkeerde

31 Vgl. Corstens/Borgers 2014, p. 217. De concept-memorie van toelichting refereert aan de inhaal-dagvaarding (p. 40).

32 Vgl. de concept-memorie van toelichting op het Eerste Boek, p. 37.

33 De NVvR, het OM en de Rvdr denken daar verschillend over. De NVvR bekritiseert vooral de beperkingen aan de mogelijkheden van de officier van justitie om van zijn landelijke competentie gebruik te maken: 'Niet valt in te zien waarom de werkverdeling op het niveau van individuele zaken wettelijk geregeld zou moeten worden' (advies, p. 10). Het OM zit op een vergelijkbare lijn: 'zolang het OM zaken bij de bevoegde rechtbank aanbrengt, moet het niet uitmaken vanuit welk eerstelijnsparquet dat gebeurt' (advies, p. 20). De Rvdr is tegen een landelijke bevoegdheid omdat het leidt tot een 'willekeurig systeem van het aanbrengen van strafzaken' (advies, p. 10).

forumkeuze niet-ontvankelijk kan worden verklaard, spreekt aan. Die keuze sluit aan bij jurisprudentie van de Hoge Raad, onder meer inzake de inhaaldagvaarding. En er is nog een bijkomend argument voor deze verandering. Een verkeerde forumkeuze voor de vervolging kan zich in beginsel ook voordoen naar aanleiding van verzet tegen een strafbeschikking. De rechtbank die het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk verklaart, vernietigt in dat geval de strafbeschikking (art. 257f lid 4 Sv; vgl. ook art. 354a Sv, waar vernietiging een mogelijkheid is). Dat schept helderheid. De rechtbank die zich onbevoegd verklaart, kan de strafbeschikking niet vernietigen.

Wel zou de wet meer houvast kunnen bieden waar het de niet-ontvankelijk-verklaring van het Openbaar Ministerie betreft. Zo zou de wet duidelijk kunnen maken dat het Openbaar Ministerie in een tweede (gelijktijdige) vervolging voor een andere rechtbank niet-ontvankelijk dient te worden verklaard. En het komt mij eigenlijk ook niet wenselijk voor als de wet het Openbaar Ministerie volledig vrij zou laten om deelnemers aan hetzelfde strafbaar feit gelijktijdig bij verschillende rechtbanken te vervolgen. Een behoorlijke procesvoering is erbij gebaat dat bij een gelijktijdige vervolging dezelfde rechters oordelen over bewijs en strafoplegging. Dat zou, in de voorgestelde systematiek, vertaald kunnen worden in een aanvullende instructienorm voor de officier van justitie.³⁴ En te overwegen ware ook om, in lijn met een eerder voorstel van Knigge, de rechtspositie van de verdachte bij de forumkeuze te versterken, bijvoorbeeld door deze het recht te geven bezwaar te maken als de zaak wordt aangebracht bij een andere rechtbank dan die van het arrondissement waar het feit is begaan of de verdachte woont.³⁵

4 De rechten van de verdachte en het slachtoffer

4.1 Inleiding

Zoals in de tweede paragraaf is aangegeven zijn de doelstellingen van strafprocesrecht sinds 1926 verbreed. Ook het eerbiedigen van de rechten van de verdachte en het eerbiedigen van de rechten van het slachtoffer zijn doelstellingen van ons strafprocesrecht.

Dat het eerbiedigen van de rechten van de verdachte sinds 1926 als doelstelling aan belang heeft gewonnen, is bijvoorbeeld terug te zien in de regeling van het verhoor van de verdachte door opsporingsambtenaren. In het wetboek dat in 1926 in werking trad, was hier slechts een enkele bepaling aan gewijd.³⁶ Sinds kort kent het wetboek een veel uitgebreidere regeling.³⁷ Die regeling is min of meer

34 Vgl. over art. 6 Sv Knigge, *a.w.* 2007, p. 247 en 258, die het dwingende karakter van het voorschrift bekritiseert. Dat dwingende karakter zou kunnen worden verzacht in de bewoordingen van de instructienorm of met een bepaling die in het algemeen verheldert wanneer handelen in strijd met geformuleerde instructienormen tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie leidt.

35 Knigge, *a.w.* 2007, p. 265. Mogelijk komt dat ook aan bezwaren van de Hoge Raad (advies, p. 5-6) en van de Rvdr tegemoet.

36 Vgl. het oorspronkelijke art. 29 Sv en het commentaar van A.J. Blok en L.Ch. Besier, *Het Nederlandsche strafproces*, deel I, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1925, p. 118-125.

37 Als gevolg van twee op 17 november 2016 aangenomen wetten waarvan de eerste Richtlijn 2013/48/EU betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures implemen-

ongewijzigd overgenomen in het concept van het Eerste en Tweede Boek. In het concept van het Eerste Boek is in hoofdstuk 4 ('De verdachte en zijn raadsman') onder meer een bepaling opgenomen die duidelijk maakt op welke rechten de verdachte voorafgaand aan zijn eerste verhoor moet worden gewezen (art. 1.4.1.6; vgl. het huidige art. 27c Sv). In het concept van het Tweede Boek is hoofdstuk 3 gewijd aan het verhoor door opsporingsambtenaren; de tweede titel van dat hoofdstuk betreft specifiek het verhoor van de verdachte. In die titel is onder meer geregeld dat de verdachte voorafgaand aan het verhoor een raadsman kan consulteren (art. 2.3.2.4) en dat de raadsman het verhoor kan bijwonen en daaraan kan deelnemen (art. 2.3.2.6).

Aan het slachtoffer is in het Eerste Boek van het huidige wetboek een afzonderlijke titel gewijd (IIIA). Deze titel wordt min of meer verplaatst naar hoofdstuk 5 in het concept van het Eerste Boek. In de tweede titel van dat hoofdstuk zijn enkele rechten van het slachtoffer opgenomen. De officier van justitie dient zorg te dragen voor een correcte bejegening van het slachtoffer (art. 1.5.2.1); het slachtoffer heeft het recht om informatie te ontvangen over een aantal strafvorderlijke beslissingen, zoals een beslissing om het strafbaar feit niet te vervolgen (art. 1.5.2.3) en het slachtoffer heeft het recht om zich tijdens het voorbereidend onderzoek en op de terechtzitting te doen bijstaan (art. 1.5.2.5). De derde titel ziet op schadevergoeding en regelt de positie van de benadeelde partij; de vierde titel ziet op herstelrecht.

In het navolgende wordt aandacht besteed aan twee processuele rechten van de verdachte en het slachtoffer die van belang zijn in verband met hun mogelijkheden om de opsporing bij te sturen. Het eerste betreft het recht op inzage van de processtukken. Het tweede betreft het recht om onderzoekshandelingen uit te lokken. Er zijn meer processuele rechten die de verdachte of het slachtoffer in het voorbereidend onderzoek ter beschikking staan. Zo kunnen belanghebbenden zich schriftelijk beklagen over inbeslagneming, over het gebruik van in beslag genomen voorwerpen, over het uitblijven van een last tot teruggave enzovoort (art. 552a Sv).³⁸ Indien een vervolging (nog) niet is ingesteld, wordt dit klaagschrift uiterlijk binnen twee jaren na de inbeslagneming ingediend ter griffie van de rechtbank van het arrondissement binnen hetwelk de inbeslagneming is geschied. De belanghebbende kan ook de verdachte of het slachtoffer zijn. In verband met de noodzaak de omvang van dit preadvies te beperken is evenwel afgezien van bespreking van dit processuele recht.

4.2 Inzage van processtukken

Voor de verdachte geldt dat de kennisneming van de processtukken hem op zijn verzoek tijdens het voorbereidend onderzoek wordt toegestaan door de officier van justitie. Het wettelijk stelsel houdt in dat de kennisneming de verdachte in elk geval wordt toegestaan vanaf het eerste verhoor na aanhouding (art. 30 lid 1

terde en de tweede aanvullende wijzigingen aanbracht in bepalingen over de verdachte, de raadsman en enkele dwangmiddelen (Stb. 475, 476). Beide wetten traden in werking op 1 maart 2017 (Stb. 66).

³⁸ Vgl. over de toepassing het standaardarrest HR 28 september 2010, NJ 2010/654 m.nt. P.A.M. Mevis.

Sv). De verdachte kan, indien de officier van justitie in gebreke blijft de kennisneming te verlenen, de rechter-commissaris verzoeken de officier van justitie een termijn te stellen binnen welke de kennisneming van processtukken wordt verleend (art. 30 lid 2 Sv). De officier van justitie kan de verdachte de kennisneming van bepaalde processtukken onthouden indien het belang van het onderzoek dit vordert (art. 30 lid 3 Sv). In dat geval moet de verdachte worden meegedeeld dat de ter inzage gegeven stukken niet volledig zijn. De verdachte kan in dat geval een bezwaarschrift indienen bij de rechter-commissaris (art. 30 lid 4).

Bij enkele processtukken bepaalt de wet dat de volledige kennisneming niet aan de verdachte mag worden onthouden. Dat geldt in de eerste plaats voor de processen-verbaal van zijn verhoren. Het geldt ook voor de processen-verbaal van verhoren waarvan hem de volledige inhoud mondeling is meegedeeld. En het geldt voor de processen-verbaal betreffende verhoren of handelingen van onderzoek waarbij hij of zijn raadsman de bevoegdheid heeft gehad tegenwoordig te zijn. Bij de laatstvermelde processen-verbaal kan evenwel een uitzondering worden gemaakt indien en voor zover uit het proces-verbaal blijkt van een omstandigheid waarvan de verdachte in het belang van het onderzoek tijdelijk onkundig moet blijven, en in verband daarmee een bevel is gegeven dat de raadsman geen toegang zal hebben tot de verdachte of deze niet alleen zal mogen spreken en dat brieven of andere stukken, tussen verdachte en raadsman gewisseld, niet zullen worden uitgereikt (art. 31 Sv).³⁹

De kennisneming van alle processtukken mag de verdachte niet meer onthouden worden zodra de dagvaarding ter terechtzitting in eerste aanleg aan hem is betekend dan wel een strafbeschikking is uitgevaardigd (art. 33 Sv). Tot de processtukken behoren daarbij alle stukken die voor de ter terechtzitting door de rechter te nemen beslissingen redelijkerwijs van belang kunnen zijn (art. 149a lid 2 Sv). Een uitzondering geldt indien de officier van justitie van de rechter-commissaris een machtiging heeft gekregen om de voeging van bepaalde stukken of gedeelten daarvan bij de processtukken achterwege te laten. De officier van justitie kan om een daartoe strekkende machtiging verzoeken als door het voegen a. een getuige ernstig overlast zou ondervinden of in de uitoefening van zijn ambt of beroep ernstig zal worden belemmerd, b. een zwaarwegend opsporingsbelang wordt geschaad, of c. het belang van de staatsveiligheid wordt geschaad (art. 149b lid jo. art. 187d lid 1 Sv).

In het concept van hoofdstuk 8 van het Eerste Boek is deze regeling *grosso modo* overgenomen.⁴⁰ De belangrijkste wijziging waar het de inzage van processtukken in het vooronderzoek betreft, vloeit voor de verdachte voort uit een aanpassing van de regeling van de voorlopige hechtenis. Het huidige wetboek verplicht de officier van justitie om de zaak (door de verdachte te dagvaarden) op de terechtzitting aan te brengen voordat de eerste termijn van negentig dagen gevangenhouding voorbij is (art. 66 lid 1 Sv). Wanneer binnen die termijn het onderzoek op de terechtzitting is aangevangen, blijft het bevel vervolgens van kracht totdat zestig

39 Het advies van de NOV is zeer kritisch over de naleving van deze regeling in de praktijk (p. 16, 17). Dikwijls wordt 'onnodig lang gewacht met het toezenden van al gereed zijnde stukken'. Het Openbaar Ministerie kan alleen stukken verzenden waarover het beschikt, en 'als het opsporingsonderzoek door de politie wordt uitgevoerd, wordt het dossier veelal pas naar het OM gezonden als het politieonderzoek is afgerond'.

40 Vgl. de concept-memorij van toelichting op het Eerste Boek, p. 80-81.

dagen na de dag van de einduitspraak zijn verstreken (art. 66 lid 2 Sv). Volgens het wettelijk stelsel moet de verdachte derhalve na enkele maanden voorarrest volledige inzage in de processtukken krijgen. Het voorbereidend onderzoek behoeft dan (materieel) nog niet te zijn afgerond.

Uit het concept van het Tweede Boek kan worden afgeleid dat deze verplichting om de zaak na enkele maanden voorlopige hechtenis op de terechtzitting aan te brengen vervalt. De termijn gedurende welke het bevel tot gevangenneming of gevangenhouding van kracht is, kan door de rechtbank op vordering van de officier van justitie vóór de aanvang van het onderzoek op de terechtzitting telkens worden verlengd met periodes van ten hoogste drie maanden.⁴¹ De duur van de gevangenneming of gevangenhouding en de verlengingen daarvan mogen (voor de aanvang van het onderzoek ter terechtzitting) tezamen een periode van een jaar niet te boven gaan (art. 2.5.4.3.3.2). Dat brengt mee dat het concept van het Tweede Boek de officier van justitie pas na een jaar voorarrest geen mogelijkheid meer biedt om de verdachte de kennisneming van processtukken te onthouden (behoudens een machtiging van de rechter-commissaris ex art. 1.8.3; de opvolger van art. 149b Sv). Wel voorziet de voorgestelde regeling in een verplichting voor de officier van justitie om de verdachte en de rechter-commissaris uiterlijk drie maanden nadat de gevangenhouding van de verdachte is bevolen schriftelijk in kennis te stellen van de stand van zaken in het opsporingsonderzoek, als hij de voorzitter van de rechtbank dan nog niet kan verzoeken om de dag van de terechtzitting te bepalen. En hij dient er zorg voor te dragen dat de verdachte (ook zonder dat deze daarom heeft verzocht) kennis kan nemen van de beschikbare processtukken. Indien hij de verdachte in het belang van het onderzoek de kennisneming van bepaalde processtukken onthoudt, dient hij hem daarvan schriftelijk in kennis te stellen (art. 2.10.5.1).

Mij komt het voor dat de gevolgen van de voorgestelde wijziging van de regeling van de voorlopige hechtenis voor de inzage van processtukken zo adequaat zijn ingekaderd. Indien het belang van het onderzoek zich daar niet tegen verzet, dient de verdachte inzage in processtukken te worden verleend. Van de verplichting om verdachte en rechter-commissaris uiterlijk na drie maanden gevangenhouding te informeren gaat een zekere druk uit om deze verplichting na te leven. Die druk gaat ook uit van de eis dat de rechter die over de voorlopige hechtenis oordeelt moet vaststellen dat ernstige bezwaren tegen de verdachte bestaan. Tegelijk zou de wet niet langer vergen dat de officier van justitie in complexe, langdurige onderzoeken na 90 dagen gevangenhouding inzage geeft in de processtukken terwijl het belang van het onderzoek zich daartegen verzet.

Voor het slachtoffer is een recht op inzage van processtukken geformuleerd in art. 51b Sv.⁴² Op verzoek van het slachtoffer wordt door de officier van justitie dan wel het gerecht in feitelijke aanleg waarvoor de zaak wordt vervolgd toestemming verleend om kennis te nemen van de processtukken die voor het slachtoffer van

41 Vgl. in verband met deze wijziging M. Dubelaar e.a., *Alleen voor de vorm? Frequentie, organisatie en praktijk van pro forma-zittingen*, 2015 (www.wodc.nl). Zie voor kritiek de NOvA (advies, p. 18-22) en RvdR (p. 28-29).

42 Het slachtoffer wordt ook op dat recht geattendeerd, zie art. 51ab Sv jo. de Regeling van de Minister van Veiligheid en Justitie van 29 maart 2017, houdende regels voor de algemene informatievoorziening aan slachtoffers, Stcrt. 18951.

belang zijn. Het recht op kennisneming is derhalve gekoppeld aan de belangen van het slachtoffer. Daarbij gaat het om de processtukken die ook door de verdachte kunnen worden ingezien. Denkbaar is dat de officier van justitie aan de verdachte de kennisneming van stukken met machtiging van de rechter-commissaris heeft geweigerd omdat hij de inzage onverenigbaar acht met de in art. 187d lid 1 Sv vermelde belangen (art. 34 lid 4 Sv; zie hiervoor). Indien stukken met een dergelijke machtiging niet bij de processtukken zijn gevoegd, kan ook het slachtoffer deze stukken niet inzien. En hetzelfde geldt als het belang van het onderzoek meebrengt dat aan de verdachte kennisneming wordt onthouden (art. 30 lid 3 Sv).⁴³

Het recht op kennisneming heeft voor het slachtoffer vooral betekenis in verband met het onderzoek ter terechtzitting. In de context van dat onderzoek kunnen drie procesposities worden onderscheiden die het slachtoffer kan innemen; het belang van het slachtoffer bij kennisneming van processtukken varieert afhankelijk van die procespositie. Het slachtoffer kan de terechtzitting in de eerste plaats bijwonen als benadeelde partij. Wie rechtstreeks schade heeft geleden door een strafbaar feit, kan zich ter zake van zijn vordering tot schadevergoeding als benadeelde partij voegen in het strafproces (art. 51f Sv). Het slachtoffer dat zich als benadeelde partij stelt of wil stellen, heeft recht op kennisneming van de processtukken die in verband met de beslissing op zijn vordering van belang zijn. Daaronder vallen ook processtukken die van belang zijn voor de bewijsbeslissing. Het slachtoffer kan de zitting in de tweede plaats bijwonen als spreekgerechtigde. Het spreekgerechtigde slachtoffer kan op de terechtzitting een verklaring afleggen (art. 51e lid 2 Sv). Een nadere begrenzing van het onderwerp van die verklaring geeft de wet niet; het slachtoffer mag zich sinds kort ook uitlaten over de bewijsvraag en over de straftoemeting.⁴⁴ Tegen die achtergrond ligt het in de rede dat het spreekgerechtigde slachtoffer in beginsel ook kennis mag nemen van rapportage over de persoon van de verdachte. De derde procespositie is die van (eenvoudig) slachtoffer. Het slachtoffer heeft ook als zodanig een aantal procesrechten. Zo dienen de officier van justitie en de voorzitter zorg te dragen voor een correcte bejegening van het slachtoffer (artt. 51aa en 288a Sv). Elk slachtoffer kan zich voorts doen bijstaan door een advocaat, door zijn wettelijk vertegenwoordiger en tevens door een persoon naar keuze (art. 51c lid 2 Sv). Bij de procesrechten die in deze en andere bepalingen besloten liggen, past dat ook het slachtoffer dat niet spreekgerechtigd is en niet als benadeelde partij een vordering indient, op zijn verzoek in beginsel toestemming krijgt om van de processtukken kennis te nemen die voor hem van belang zijn om de zitting te kunnen volgen.⁴⁵

In het voorbereidend onderzoek is het belang van het slachtoffer bij inzage in processtukken minder duidelijk. Het spreekrecht van het slachtoffer wordt uitgeoefend op de terechtzitting; op de vordering van de benadeelde partij (die al wel eerder kan worden ingediend) wordt beslist naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting. Juist de procespositie die in het kader van het onderzoek ter

43 Rvdr (advies, p. 18) en NVvR (advies, p. 11) willen deze beperking expliciet in de wet neerleggen.

44 Zie de wet van 14 april 2016, Stb. 160; in werking getreden op 1 juli 2016 (Stb. 2016, 210).

45 Vgl. over de belangen van het slachtoffer bij kennisneming nader A. Sas, 'Het recht van het slachtoffer op kennisneming van processtukken', DD 2014, p. 815-817. Slachtofferhulp Nederland wil het belangvereiste overigens uit de wet schrappen (advies, p. 6).

terechtzitting de minste aanspraken biedt, vormt (eerder) in het voorbereidend onderzoek mogelijk het beste aanknopingspunt voor het (onder omstandigheden) toekennen van inzage in processtukken aan het slachtoffer. Het recht op een correcte bejegening geldt niet pas vanaf het moment dat het onderzoek ter terechtzitting een aanvang neemt en kan onder omstandigheden meebrengen dat het slachtoffer dat daarom verzoekt ook in het voorbereidend onderzoek voldoende belang bij inzage in (een deel van de) processtukken heeft.⁴⁶

Ook elders in het Wetboek van Strafvordering staat een recht op inzage van processtukken dat in relatie tot het voorbereidend onderzoek voor het slachtoffer relevant is. Dat betreft het recht op inzage dat aan het slachtoffer is toegekend in de context van het beklag over het niet vervolgen van strafbare feiten. Als een strafbaar feit niet wordt vervolgd, de vervolging niet wordt voortgezet of plaatsvindt door het uitvaardigen van een strafbeschikking, kan de rechtstreeks belanghebbende daarover schriftelijk beklag doen bij het gerechtshof (art. 12 Sv). Behoudens in de gevallen waarin het beklag niet tot de kennisneming van het gerechtshof behoort of kennelijk ongegrond is, staat de voorzitter van het gerechtshof de klager en de persoon wiens vervolging wordt verlangd, alsmede hun advocaten of gemachtigden, toe van de op de zaak betrekking hebbende stukken kennis te nemen indien daarom wordt verzocht. De voorzitter kan evenwel ambtshalve of op vordering van de advocaat-generaal bepaalde stukken van kennisneming uitzonderen in het belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, de opsporing of vervolging van strafbare feiten of op zwaarwichtige gronden aan het algemeen belang ontleend (art. 12f Sv).

Daarmee kan het slachtoffer in de context van het beklag over het niet vervolgen van strafbare feiten de inzage van meer stukken geweigerd worden dan in de gevallen waarin het tot een strafvervolging is gekomen. Dat komt terecht voor. Het opsporingsonderzoek kan beëindigd zijn omdat de officier van justitie op goede gronden tot de overtuiging is gekomen dat van een strafbaar feit geen sprake is. Er is in dat geval geen reden om het slachtoffer toe te staan allerhande privacygevoelige informatie in te zien over de persoon wiens vervolging hij verlangt. Het is zelfs de vraag of de gronden waarop de voorzitter van het gerechtshof in het kader van een art. 12 Sv-procedure inzage aan de klager mag weigeren niet verruimd zouden dienen te worden. Zouden behalve privacybelangen (bijvoorbeeld) ook economische belangen van de (rechts)persoon waarvan de vervolging wordt verzocht niet mee mogen brengen dat inzage (aan de concurrent) geweigerd wordt?⁴⁷ De omstandigheid dat het slachtoffer in deze procedure op betrekkelijk ruime gronden inzage in processtukken kan worden geweigerd, is ondertussen ook

46 M.S. Groenhuijsen en N.J.M. Kwakman, 'Het slachtoffer in het vooronderzoek', p. 773-978 in: Groenhuijsen en Knigge, a.w. 2004, zetten de rechtspositie van het slachtoffer in het voorbereidend onderzoek ook (mede) in de sleutel van bejegening (p. 787-788). Om een onbeperkt recht gaat het zeker niet: de minister heeft aangegeven dat 'het gaat om informatieverstrekking met het oog op zijn belangen als slachtoffer en niet om hem in staat te stellen tot het vellen van een eigen oordeel over de omvang en inhoud van het opsporingsonderzoek' (Kamerstukken II 2005/06, 30 143, nr. 8, p. 21).

47 Vgl. de opsomming van gronden in art. 10 Wet openbaarheid van bestuur. Misschien zouden enkele elementen uit deze opsomming in deze procedure kunnen worden overgenomen. De Richtlijn minimumnormen voor slachtoffers (2012/29/EU) laat sterkere beperkingen toe (vgl. Sas, a.w. 2014, p. 808-809).

van belang bij afwegingen die in het kader van een lopend opsporingsonderzoek gemaakt worden. Die gronden kunnen meebrengen dat het recht op een correcte bejegening niet meebrengt dat het slachtoffer voldoende belang heeft bij kennisneming van bepaalde processtukken.

In hoofdstuk 5 van het concept van het Eerste Boek zoals dat in consultatie is gegeven, zijn de in het voorgaande geciteerde artikelen uit de slachtoffertitel (in het bijzonder art. 51b Sv) ongewijzigd overgenomen. Het recht op inzage in de context van een beklag over het niet vervolgen van strafbare feiten zal vermoedelijk worden uitgewerkt in het Derde Boek van het nieuwe Wetboek van Strafvordering.

4.3 Het recht om onderzoekshandelingen uit te lokken

Voor de verdachte is een recht om onderzoekshandelingen uit te lokken thans neergelegd in de derde titel van het Tweede Boek: ‘Onderzoek door de rechter-commissaris’. Een persoon die als verdachte van een strafbaar feit is verhoord of die reeds ter zake van een strafbaar feit wordt vervolgd, kan de rechter-commissaris verzoeken dienaangaande onderzoekshandelingen te verrichten. Dat verzoek wordt schriftelijk gedaan en behelst een opgave van het feit en de onderzoekshandelingen die door de rechter-commissaris dienen te worden verricht. De rechter-commissaris zendt de officier van justitie onverwijld een afschrift; de officier van justitie kan dan vervolgens schriftelijk zijn zienswijze mededelen. De rechter-commissaris kan de verdachte horen omtrent het verzoek; de verdachte kan zich daarbij door een raadsman doen bijstaan. De officier van justitie wordt van tijd en plaats van het horen op de hoogte gesteld; hij is bevoegd daarbij aanwezig te zijn en de nodige opmerkingen te maken. Indien de rechter-commissaris weigert de door de verdachte gewenste onderzoekshandelingen te verrichten, kan de verdachte een bezwaarschrift indienen bij de rechtbank (art. 182 lid 1 t/m 6 Sv).

Indien de verdachte in voorlopige hechtenis is gesteld, kan de rechter-commissaris ook ambtshalve onderzoekshandelingen verrichten ten aanzien van het feit waarvoor voorlopige hechtenis is bevolen (art. 182 lid 7 Sv). Plaatsen doorzoeken kan hij ook ambtshalve ‘indien hij uit hoofde van de artikelen 181 tot en met 183 onderzoekshandelingen verricht’ (art. 110 Sv). En indien de rechter-commissaris op vordering van de officier van justitie of ambtshalve onderzoek verricht, kan de verdachte schriftelijk (aanvullende) wensen tot onderzoek kenbaar maken aan de rechter-commissaris. Ook in dit geval kan de verdachte een bezwaarschrift indienen als de rechter-commissaris weigert de gewenste onderzoekshandelingen uit te voeren (art. 183 Sv).

In de eerste titel van hoofdstuk 10 van het concept van het Tweede Boek wordt deze stand van zaken min of meer gecontinueerd. De verdachte die is verhoord kan de rechter-commissaris schriftelijk verzoeken onderzoek te verrichten waarbij de rechter-commissaris bevoegdheden uitoefent die hem in titel 10.1 tot en met titel 10.4 zijn toegekend, dan wel bevoegdheden die hem in de hoofdstukken 6 en 7 zijn toegekend (art. 2.10.1.2). De verdachte die wordt vervolgd is niet in dit artikel vermeld in het licht van het gewijzigde vervolgingsbegrip.⁴⁸ De vervolging

⁴⁸ Vgl. de concept-memorie van toelichting, p. 277. Zie voor kritiek de NOvA (advies, p. 22): aanvangspunt zou het begin van de *criminal charge* moeten zijn.

begint (zo zagen wij) pas door het uitvaardigen van een strafbeschikking of door het aanhangig maken van de zaak op de terechtzitting door oproeping of dagvaarding (art. 1.3.2.3). De voorschriften inzake de wijze van afhandeling van het verzoek zijn sterk vergelijkbaar met de voorschriften die thans gelden. De rechter-commissaris kan ook in de voorgestelde regeling ambtshalve onderzoek verrichten indien de verdachte in voorlopige hechtenis is gesteld; daarnaast wordt hij heel in het algemeen bevoegd tot ambtshalve onderzoek ter aanvulling op onderzoek dat hij op vordering van de officier van justitie of op verzoek van de verdachte heeft verricht (art. 2.10.1.3).⁴⁹ En ook in het concept van het Tweede Boek kan de verdachte de rechter-commissaris om aanvullend onderzoek verzoeken indien deze op vordering van de officier van justitie of ambtshalve onderzoek verricht (art. 2.10.1.4).

Een verandering ten opzichte van de huidige situatie is vooral dat het onderzoek dat de rechter-commissaris op verzoek van de verdachte kan verrichten in het concept van het Tweede Boek nauwkeurig is omschreven. Titel 10.1, houdende algemene bepalingen, regelt enkele bevoegdheden, zoals het verlenen van een opdracht aan een reclasseringsinstelling tot het geven van een voorlichtingsrapport (art. 2.10.1.10). Titel 10.2 bevat 'Bevoegdheden met betrekking tot de verdachte'; op toepassing van deze bevoegdheden zal de verdachte zelf niet zeer dikwijls aandringen. Maar de verdachte kan de rechter-commissaris verzoeken hem te verhoren. In titel 10.3 is het verhoren van getuigen door de rechter-commissaris geregeld; in titel 10.4 staan de bevoegdheden van de rechter-commissaris inzake het benoemen en verhoren van een deskundige. Deze bevoegdheden zullen in meer gevallen op verzoek van de verdachte worden uitgeoefend. Hoofdstuk 6 regelt de bevoegdheden met betrekking tot het lichaam. Daarin zijn verschillende vormen van onderzoek geregeld, zoals onderzoek aan het lichaam en DNA-onderzoek. Voor de rechter-commissaris is onder meer bepaald dat hij een bevoegdheid als omschreven in dit hoofdstuk kan uitoefenen indien hij onderzoek verricht op grond van de artikelen 2.10.1.1 tot en met 2.10.1.4 (art. 2.6.7.1). Hoofdstuk 7 ten slotte betreft de bevoegdheden met betrekking tot voorwerpen en gegevens. Ook in dit hoofdstuk is een artikel opgenomen waarin is bepaald dat de rechter-commissaris indien hij onderzoek verricht op grond van de artikelen 2.10.1.1 tot en met 2.10.1.3 (bedoeld zal zijn 2.10.1.4) een aantal in dit hoofdstuk omschreven bevoegdheden kan uitoefenen (art. 2.7.8.2). Daarmee is verzekerd dat bevoegdheden uit deze beide hoofdstukken op verzoek van de verdachte door de rechter-commissaris kunnen worden uitgeoefend.

In het huidige Wetboek zijn ook bepalingen opgenomen die de verdachte het recht geven onderzoekshandelingen van de officier van justitie uit te lokken. Zo kan de officier van justitie op verzoek van de verdachte een DNA-onderzoek laten verrichten (art. 151a lid 1 Sv). En de officier van justitie kan op verzoek van de verdachte ook een deskundige benoemen die als deskundige is geregistreerd in het deskundigenregister (art. 150 Sv). Indien de officier van justitie de benoeming weigert, geeft hij daarvan gemotiveerd kennis aan de verdachte. De verdachte kan dan binnen twee weken na die kennisgeving aan de rechter-commissaris verzoeken alsnog tot benoeming van een deskundige over te gaan (art. 150b Sv).

49 Mogelijk (mede) naar aanleiding van een pleidooi in Corstens/Borgers, *a.w.* 2014, p. 370.

Het concept van het Tweede Boek kiest bij de opvolgers van deze bepalingen een wat andere benadering. De officier van justitie kan nog steeds een DNA-onderzoek laten verrichten; de bepaling vermeldt echter niet dat de verdachte om toepassing van die bevoegdheid kan verzoeken (art. 2.6.5.7.1). De officier van justitie kan nog steeds een geregistreeerde deskundige benoemen (art. 2.4.2); de verdachte kan ook om toepassing van die bevoegdheid verzoeken. Maar de wet bepaalt niet meer dat de verdachte bij weigering binnen twee weken aan de rechter-commissaris om benoeming van een deskundige kan verzoeken. Mij komt deze benadering gelukkig voor. Niets staat eraan in de weg dat de verdachte de officier van justitie verzoekt een bevoegdheid toe te passen. Maar dat hoeft niet in de wet vastgelegd te worden en tegen een weigering hoeft geen rechtsmiddel te worden opengesteld als de rechter-commissaris een eigen bevoegdheid heeft om – bij een verzoek van de verdachte – in het gevraagde onderzoek te voorzien. Anders ligt het als de verdachte verzoeken mag doen die ertoe strekken de uitvoering van een aangevangen onderzoekshandeling bij te sturen. Zo kan de verdachte bij een door de officier van justitie bevolen deskundigenonderzoek verzoeken om het doen van aanvullend onderzoek of het geven van aanwijzingen over het te verrichten onderzoek; verder kan hij om een tegenonderzoek verzoeken (art. 2.4.3). Het ligt in de rede dat de verdachte bij weigering de mogelijkheid heeft de rechter-commissaris in te schakelen (art. 2.4.4).

Het slachtoffer heeft in het opsporingsonderzoek thans slechts in een bijzondere situatie het recht om onderzoekshandelingen uit te lokken. Dat betreft het geval van een misdrijf waarbij uit aanwijzingen blijkt dat besmetting van een slachtoffer met een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen ernstige ziekte kan hebben plaatsgevonden (art. 151e lid 1 Sv).⁵⁰

De officier van justitie kan de verdachte in dat geval verzoeken celmateriaal af te staan ten behoeve van een onderzoek dat tot doel heeft vast te stellen of hij drager is van een dergelijke ziekte. De officier van justitie kan dit verzoek ook richten tot een ander dan de verdachte, indien uit aanwijzingen blijkt dat besmetting door misdrijf met behulp van het celmateriaal van die ander is overgebracht op een slachtoffer. In het geval degene aan wie het verzoek is gericht medewerking weigert, kan de officier van justitie na schriftelijke machtiging door de rechter-commissaris bevelen dat celmateriaal van hem wordt afgenomen (art. 151e Sv). Indien de uitslag van het onderzoek dat in art. 151e lid 1 Sv is omschreven negatief is, kan de officier van justitie in het belang van het onderzoek na een periode van drie tot zes maanden na de eerste test opnieuw aan de verdachte verzoeken om celmateriaal af te staan. Bij weigering van de verdachte kan de officier van justitie na schriftelijke machtiging door de rechter-commissaris een bevel tot medewerking geven; als hij die medewerking weigert, kan de verdachte worden aangehouden en kan het bevel met behulp van de sterke arm ten uitvoer worden gelegd (art. 151h Sv). Ten slotte kan de officier van justitie in het geval de uitslag van het onderzoek positief is en nadien blijkt dat het slachtoffer met dezelfde ziekte is besmet, een deskundige benoemen met de opdracht om het bewaarde celmate-

50 Aangewezen zijn HIV en hepatitis B en C (Besluit bloedtest in strafzaken in geval van een ernstige besmettelijke ziekte).

riaal te onderzoeken teneinde vast te stellen of de besmetting daadwerkelijk is overgedragen (art. 151i Sv).

Het slachtoffer van een misdrijf als bedoeld in art. 151e lid 1 Sv kan de officier van justitie verzoeken het onderzoek te bevelen dat in elk van de drie in de vorige alinea genoemde artikelen omschreven is (art. 151g Sv). De officier van justitie moet vervolgens zijn beslissing mededelen binnen twaalf uur nadat hij het verzoek heeft ontvangen. Indien de officier van justitie weigert aan het verzoek te voldoen, kan het slachtoffer het verzoek indienen bij de rechter-commissaris.

Deze stand van zaken is in het concept van het Tweede Boek in de kern gecontinueerd. Het onderzoek naar een besmettelijke ziekte is in een afzonderlijke afdeling geregeld (afdeling 6.5.8). Die regeling lijkt sterk op de huidige regeling, al zijn de bepalingen in een andere volgorde gezet; de rechtspositie van het slachtoffer blijft in de kern dezelfde. Maar buiten deze afdeling worden aan het slachtoffer geen rechten toegekend om concrete onderzoekshandelingen uit te lokken.

Die beslissing is niet zonder slag of stoot genomen. In het advies dat Slachtofferhulp Nederland heeft uitgebracht over de contourennota wordt in het bijzonder de aandacht gevraagd voor de positie van het slachtoffer in het voorbereidend onderzoek.⁵¹ Uitgangspunt zou moeten zijn ‘dat het slachtoffer moet kunnen participeren tijdens het vooronderzoek. Dit betekent dat hij niet alleen het recht heeft te worden gehoord door de officials omtrent zijn ervaringen, gevoelens, belangen en mening over de strafzaak. Hij heeft ook het recht dat zijn opvattingen worden meegewogen in het vooronderzoek en dat deze afweging zo veel als mogelijk toetsbaar is’. Het slachtoffer zou het recht moeten krijgen ‘om de officier van justitie te verzoeken bepaalde opsporingshandelingen te (laten) verrichten of om de officier van justitie te verzoeken deze opsporingshandelingen te vorderen bij de rechter-commissaris’. En tegen ‘een weigering door de officier van justitie om aan het verzoek tegemoet te komen zou het slachtoffer beroep bij de rechter-commissaris moeten kunnen instellen’ (p. 3).

Verder zou het slachtoffer volgens Slachtofferhulp Nederland de mogelijkheid moeten hebben om het Openbaar Ministerie naar aanleiding van een (voorgenomen) afdoeningsbeslissing te verzoeken om een heroverweging.⁵² Daarin zou aandacht moeten kunnen worden gevraagd voor ‘de specifieke belangen van het slachtoffer die een extra inspanning kunnen rechtvaardigen om het opsporingsonderzoek alsnog tot een goed einde te brengen of over te doen, dan wel toch tot vervolging over te gaan’. Dit verzoek tot heroverweging zou ‘het voorportaal tot een eventueel beklag ex artikel 12 Sv’ kunnen vormen. Dat beklag zou vervolgens zowel betrekking moeten kunnen hebben ‘op de afdoeningsbeslissing als op (de ontoereikendheid van) het opsporingsonderzoek’.⁵³

In de contourennota zijn deze suggesties met een procedureel argument afgehouden. De minister wees erop dat te verwachten is dat de implementatie van de Richtlijn tot vaststelling van minimumnormen voor de rechten, de ondersteu-

51 Kamerstukken II 2015/16, 29 279, nr. 278, bijlage.

52 Een mogelijkheid daartoe wordt wel geboden door de Aanwijzing review (Stcrt. 2012, 24713). Maar een review kan door slachtoffers alleen worden aangevraagd bij ‘kapitale delicten’.

53 Vgl. inmiddels ook het advies van Slachtofferhulp Nederland over de concepten van de eerste beide boeken (p. 2-4). Het voorstel sluit aan bij het betoog van Groenhuijsen en Kwakman, a.w. 2004, p. 933.

ning en de bescherming van slachtoffers van strafbare feiten (2012/29/EU) ‘voor de uitvoerende organen nog een forse belasting zal vormen. Zij noodzaakt immers tot relatief grote aanpassingen in de bestaande werkwijze van vooral politie en OM. Tegen deze achtergrond acht ik het niet raadzaam om van deze organen te vragen in aansluiting daarop weer rekening te houden met nieuwe omvangrijke wijzigingen’.⁵⁴ Dat argument verliest naarmate de tijd verstrijkt echter aan kracht. Ondertussen heeft de Tweede Kamer bij de bespreking van de contourennota een motie aangenomen waarin de regering wordt opgeroepen ‘bij de uitwerking van de genoemde modernisering voortdurend bij zichzelf te rade te gaan of aandacht is besteed aan de positie van het slachtoffer, en zo ja, of deze positie met het dan voorliggende voorstel wordt versterkt’.⁵⁵ Al met al valt te verwachten dat de vraag welke inhoudelijke argumenten de rechtspositie van het slachtoffer in het vooronderzoek dienen te bepalen wel weer op tafel komt.

Naar het mij voorkomt ligt het niet in de rede om het slachtoffer heel in het algemeen het recht te geven bij de rechter-commissaris op te komen tegen een weigering van de officier van justitie om aan een onderzoekswens van het slachtoffer gevolg te geven. Het gaat bij beslissingen in het kader van de opsporing dikwijls om beslissingen over capaciteit en middelen. De evenwichtigheid en kwaliteit van die beslissingen behoeven niet gediend te zijn met indringende bemoeienis door het slachtoffer. Daarbij zou een dergelijke positie voor het slachtoffer beslag leggen op tijd en capaciteit van officier van justitie en rechter-commissaris, en ook die zijn schaars. Een bezwaar is ten slotte dat een dergelijke versterking van de procespositie van het slachtoffer in het vooronderzoek eigenlijk alleen zin heeft als het slachtoffer in die fase in ruime mate kennis kan nemen van processtukken. Het is maar de vraag of dat in alle gevallen wenselijk is, zo bleek hiervoor.⁵⁶

Wel kan worden overwogen om het slachtoffer bij vormen van onderzoek waar hij of zij een bijzonder belang bij heeft een sterkere rechtspositie te geven. Te denken valt in het bijzonder aan onderzoek waarbij het slachtoffer zelf aan de bewijsgeving bijdraagt, zoals het verhoor. Het concept van het Tweede Boek geeft het slachtoffer geen inspraak bij de vraag of en zo ja wanneer hij of zij verhoord wordt, en bij de vraag of een opname wordt gemaakt van het verhoor, terwijl dat verhoor en de verslaglegging daarvan cruciaal kunnen zijn voor de afloop van de strafzaak. Overwogen zou kunnen worden het slachtoffer (in ernstige strafzaken) het recht te geven om te verzoeken om (op korte termijn) te worden verhoord en om audiovisuele vastlegging van dat verhoor. Dat zou ook sporen met de gedachte dat het slachtoffer het recht heeft om bewijselementen aan te dragen.⁵⁷

In verband met de wens van Slachtofferhulp Nederland om bij beklag over het niet vervolgen van strafbare feiten ook het opsporingsonderzoek aan de orde te kunnen stellen, is van belang dat de contourennota de mogelijkheden tot feitenonderzoek in die procedure wil vergroten. Overwogen wordt om mogelijk te maken dat het gerechtshof de zaak voor nader onderzoek verwijst naar een

⁵⁴ Kamerstukken II 2015/16, 29 279, nr. 278, p. 44.

⁵⁵ Kamerstukken II 2015/16, 29 279, nr. 305; *Handelingen II* 22 maart 2016, p. 67-20-1.

⁵⁶ Vgl. voor een wat andere benadering Groenhuijsen en Kwakman, a.w. 2004, p. 941 e.v. Het slachtoffer kan onder omstandigheden wel een kort geding instellen (vgl. bijvoorbeeld Rechtbank Leeuwarden 10 november 2001, ECLI:NL:RBLLE:2000:AA8273; grootschalig DNA-onderzoek zaak Marianne Vaatstra).

⁵⁷ Vgl. art. 10 Richtlijn 2012/29/EU.

raadsheer-commissaris of rechter-commissaris (contourennota, p. 73). Daarmee zou materieel deels aan de wens van Slachtofferhulp Nederland kunnen worden voldaan. Maar de vraag blijft of deze procedure niet meer fundamenteel aangepast moet worden. Zij bood het slachtoffer in 1926 meer rechtsbescherming dan thans: vervolging kon destijds ook plaatsvinden in de vorm van het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek. Het verzoek van Slachtofferhulp Nederland om het slachtoffer het recht te geven te klagen over gebreken in of het uitblijven van opsporingsonderzoek is zo gezien een verzoek om herstel van rechtsbescherming die het wetboek vroeger bood.

5 De bevoegdheden

5.1 Inleiding

In het huidige wetboek zijn de bevoegdheden die in het voorbereidend onderzoek kunnen worden toegepast verspreid over het Eerste en Tweede Boek. De eerste titel van het Tweede Boek betreft ‘Het opsporingsonderzoek’. In de tweede afdeling, die aan de officieren van justitie gewijd is, zijn onder meer bepalingen terug te vinden over deskundigenonderzoek en DNA-onderzoek. De derde titel betreft het ‘Onderzoek door de rechter-commissaris’. Daar zijn bepalingen opgenomen betreffende het verhoor van de verdachte (derde afdeling) en het verhoor van de getuige (vierde afdeling). Daarna zijn afdelingen opgenomen betreffende de bedreigde getuige, toezeggingen aan getuigen die tevens verdachte zijn, maatregelen tot bescherming van getuigen en afgeschermd getuigen. De vijfde afdeling ziet op deskundigen. De vierde titel van het Eerste Boek is gewijd aan ‘Eenige bijzondere dwangmiddelen’. De eerste afdeling betreft aanhouding en inverzekeringstelling, de tweede voorlopige hechtenis en de derde inbeslagneming. In volgende afdelingen zijn ook nog regelingen van de maatregelen ter gelegenheid van een schouw of een doorzoeking en van de doorzoeking ter vastlegging van gegevens te vinden. De titels IVA tot en met VD bevatten vervolgens regelingen inzake bijzondere opsporingsbevoegdheden; titel VE ziet op het verkennend onderzoek.

Al met al is de regeling van bevoegdheden in het huidige wetboek weinig inzichtelijk. De concepten van het Eerste en Tweede Boek beloven wat dat betreft een flinke verbetering. De bevoegdheden zijn geconcentreerd in het Tweede Boek. Het eerste hoofdstuk van dat Boek bevat algemene bepalingen. De eerste titel ziet op algemene bepalingen over de uitoefening van bevoegdheden; daarin zijn (o.a.) het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel gecodificeerd. Daarna volgen hoofdstukken over de aangifte, het verhoor door opsporingsambtenaren alsmede deskundigenonderzoek en voorlichtingsrapportage in opdracht van de officier van justitie. Het vijfde tot en met negende hoofdstuk betreffen achtereenvolgens bevoegdheden tot vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming, bevoegdheden met betrekking tot het lichaam, bevoegdheden met betrekking tot voorwerpen en gegevens, heimelijke bevoegdheden en het verkennend onderzoek. Het tiende en laatste hoofdstuk regelt, zo zagen wij al, het onderzoek door de rechter-commissaris.

Wel bevat het Eerste Boek in enkele hoofdstukken bepalingen die verband houden met de in het Tweede Boek geregelde bevoegdheden. Zo zijn in het vierde hoofdstuk, dat aan de verdachte en zijn raadsman gewijd is, onder meer bepa-

lingen opgenomen die de bijstand van een tolk bij het verhoor van de verdachte betreffen (art. 1.4.1.3) en mededelingen die aan de verdachte moeten worden gedaan bij zijn staandehouding of aanhouding (art. 1.4.1.6). En er is een (zesde) hoofdstuk inzake de getuige opgenomen waarin onder meer enkele bepalingen inzake het verschoningsrecht staan. De systematiek van het wetboek zou nog aan helderheid kunnen winnen als (meer van) deze bepalingen in het Tweede Boek terecht zouden komen (en dan eventueel elders van toepassing zouden worden verklaard). Maar ook zo is er al veel gewonnen.

De meeste bevoegdheden zijn geconcentreerd in het vijfde tot en met achtste hoofdstuk van het concept van het Tweede Boek. De regeling van die bevoegdheden wijkt op tal van punten af van de huidige regeling. Zo is de regeling van de heimelijke bevoegdheden veel korter en overzichtelijker geworden. In het kader van dit preadvies kunnen al deze punten van verschil niet worden besproken. Gekozen is voor drie deelonderwerpen waar de veranderingen groot zijn. Het eerste betreft de vrijwillige medewerking. Op een aantal punten worden voorstellen gedaan om de vrijwillige medewerking beter te normeren. Onderzocht wordt hoe die voorstellen zich tot elkaar verhouden. Het tweede onderwerp behelst de regeling van de voorlopige hechtenis. Het concept stelt onder meer voor om de schorsing van de voorlopige hechtenis in te ruilen voor een nieuwe rechtsfiguur: de voorlopige vrijheidsbeperking. Zou dat een verbetering zijn? Het derde onderwerp is het stelsel van verdenkingscriteria die aan de toepassing van de verschillende bevoegdheden verbonden zijn. In het huidige wetboek is de toepassing van veel bevoegdheden gekoppeld aan het voorlopige hechtenis-criterium. Het voorstellen is, die systematiek in te ruilen voor een stelsel waarin de toepassing van bevoegdheden stevast gekoppeld wordt aan het wettelijk strafmaximum van het strafbare feit. Ook de implicaties van dat voorstel worden onderzocht.

5.2 Vrijwillige medewerking

Het Wetboek van Strafvordering dat in 1926 in werking trad, ging er niet van uit dat de burger buiten gevallen waarin een wettelijke bevoegdheid werd toegepast slechts op basis van toestemming medewerking kon verlenen. Illustratief is de regeling van het betreden van woningen die in het wetboek stond. Art. 120 lid 1 Sv bepaalde dat de opsporingsambtenaar die ingevolge enige bepaling van dit wetboek tot binnentreden in een woning *tegen de wil* van de bewoner bevoegd was, deze bevoegdheid niet uitoefende dan vergezeld van de kantonrechter, een commissaris van politie dan wel de burgemeester van de gemeente, of voorzien van een last die door een bevoegde autoriteit was verstrekt.⁵⁸ Pas sinds het in werking treden van de Algemene wet op het binnentreden is een machtiging vereist als het binnentreden *zonder toestemming* van de bewoner plaatsvindt (art. 2).⁵⁹

Nadien zijn ook bij andere bevoegdheden regelingen getroffen die ervan uitgaan dat buiten het geval van toepassing van een wettelijke bevoegdheid slechts toestemming van de betrokkene een onderzoekshandeling kan legitimeren. Een voorbeeld is de regeling van het DNA-onderzoek. De officier van justitie kan in het belang van het onderzoek een DNA-onderzoek laten verrichten dat gericht is op

⁵⁸ Vgl. Blok en Besier, a.w. 1925, deel I, p. 367 e.v.

⁵⁹ Wet van 22 juni 1994, Stb. 572.

het vergelijken van DNA-profielen. Hij kan ten behoeve van het DNA-onderzoek de verdachte of een derde verzoeken celmateriaal af te staan. Celmateriaal kan behoudens enkele specifieke uitzonderingen ‘slechts met schriftelijke toestemming van de verdachte of de derde worden afgenomen’ (art. 151a lid 1 Sv). Dat gaat nog een stap verder dan de Algemene wet op het binnentreden; die eist geen schriftelijke toestemming. Als schriftelijke toestemming uitblijft, kan (vanzelfsprekend) wel onder dwang celmateriaal worden afgenomen (art. 151b Sv).

Buiten het Wetboek van Strafvordering speelt de toestemming een belangrijke rol in de regeling die in art. 163 WvV 1994 is getroffen voor het onderzoek dat plaatsvindt bij verdenking van rijden onder invloed. Indien de (verplichte) medewerking van de verdachte niet heeft geleid tot een voltooid ademonderzoek, kan de opsporingsambtenaar de verdachte vragen of hij zijn toestemming geeft tot het verrichten van een bloedonderzoek (lid 4). Als de verdachte die toestemming niet geeft, kan hem worden bevolen zich te onderwerpen aan een bloedonderzoek (lid 5). Toestemming speelt ook een rol indien de verdachte niet in staat is zijn wil kenbaar te maken. Dan kan bij hem een bepaalde hoeveelheid bloed worden afgenomen; een onderzoek van het bloed vindt niet plaats dan nadat de verdachte in de gelegenheid is geweest zijn toestemming te geven. Indien de verdachte weigert zijn medewerking te verlenen, wordt het bloedmonster vernietigd (lid 9).

In het concept van het Tweede Boek is op verschillende plaatsen aandacht besteed aan vrijwillige medewerking door en toestemming van de verdachte en derden, en aan de eisen die in dat verband gesteld dienen te worden. In hoofdstuk 5, betreffende de bevoegdheden tot vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming, ontbreekt die aandacht vanzelfsprekend; het gaat hier om bevoegdheden waarvan de toepassing niet op toestemming van de verdachte berust. En ook in hoofdstuk 8, waar de heimelijke bevoegdheden geregeld zijn, spelen vrijwillige medewerking en toestemming uit de aard der zaak geen rol van betekenis.

Dat ligt echter anders in hoofdstuk 6, dat de bevoegdheden met betrekking tot het lichaam betreft. Daar staat al in de eerste titel: ‘Een onderzoek of een onderzoekshandeling als bedoeld in de titels 6.2 tot en met 6.5 kan alleen met vrijwillige medewerking van de verdachte of een derde worden verricht nadat hij daarvoor schriftelijke toestemming heeft gegeven’ (art. 2.6.1.3). Een uitzondering wordt slechts gemaakt voor ‘het onderzoek van de voorwerpen die de verdachte of een derde met zich voert, bedoeld in artikel 2.6.2.1, eerste en vijfde lid’.⁶⁰ En in het geval het met het oog op het veiligstellen van sporen niet mogelijk is de verdachte of de derde voorafgaand aan het onderzoek of de onderzoekshandeling schriftelijke toestemming te laten geven, kan hij zijn toestemming eerst mondeling geven en kan deze direct na het onderzoek of de onderzoekshandeling schriftelijk worden vastgelegd. Daarbij bevat het artikel ook nog een aanvullende normering: ‘Een onderzoek of een onderzoekshandeling met vrijwillige medewerking kan in geval van verdenking van ieder strafbaar feit worden verricht, wordt door dezelfde functionaris gevraagd of verricht als de functionaris die het onderzoek of de onderzoekshandeling in de titels 6.2 tot en met 6.5 kan bevelen of verrichten

⁶⁰ Art. 2.6.2.1 betreft het onderzoek aan de kleding en meegevoerde voorwerpen dat de opsporingsambtenaar bij de staande gehouden en aangehouden verdachte en een derde kan uitvoeren.

en met de waarborgen, bedoeld in artikel 2.6.1.4'. Laatstgenoemd artikel biedt de mogelijkheid om bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels te stellen in verband met bevoegdheden die in dit hoofdstuk geregeld worden.⁶¹

Hoofdstuk 7, dat ziet op de bevoegdheden met betrekking tot voorwerpen en gegevens, kent niet een dergelijke algemene bepaling. De toestemming van betrokkenen speelt echter wel een rol in de formulering van sommige van de bepalingen die in dit hoofdstuk zijn opgenomen. Zo kan de officier van justitie in nader omschreven gevallen bevelen dat een opsporingsambtenaar 'een plaats, met uitzondering van een woning zonder toestemming van een bewoner' en een kantoor van (kort gezegd) een professioneel verschoningsgerechtigde, doorzoekt (art. 2.7.2.2.6).⁶² In andere bepalingen wordt de bevoegdheid nadrukkelijk beperkt tot de situatie waarin geen toestemming is gegeven. De rechter-commissaris kan bevelen dat 'een opsporingsambtenaar een woning zonder toestemming van de bewoner' doorzoekt (art. 2.7.8.1).⁶³ Een enkele nieuwe bepaling stelt eisen aan de hantering van een bevoegdheid met toestemming. Een opsporingsambtenaar die met toestemming van de bewoner ter inbeslagneming een woning wenst te doorzoeken, moet zich legitimeren en voorafgaand aan de doorzoeking toestemming aan de bewoner vragen nadat hij deze op het doel van de doorzoeking en de gevolgen van zijn toestemming heeft gewezen.⁶⁴ De toestemming moet uitdrukkelijk schriftelijk zijn verleend. En indien de toestemming voor de doorzoeking door de bewoner wordt ingetrokken, wordt de doorzoeking direct gestaakt (art. 2.7.2.2.8). In verband met het kennis nemen van gegevens of aan voorwerpen te ontleen informatie waarover het verschoningsrecht zich uitstrekt geldt weer een simpeler formulering. Van die gegevens wordt geen kennis genomen tenzij 'de professioneel verschoningsgerechtigde daar toestemming voor geeft' (art. 2.7.6.2.2.2 onder a).

Dat het concept van het Tweede Boek meer aandacht besteedt aan vrijwillige medewerking en toestemming als grondslag voor het toepassen van onderzoeksbevoegdheden, spoort met ontwikkelingen die in de tweede paragraaf zijn geschetst. Het eerbiedigen van de rechten van de verdachte en andere bij het strafproces betrokken burgers pleit ervoor om meer betekenis te hechten aan de positie die burgers ten opzichte van het uitoefenen van strafvorderlijke bevoegdheden innemen. Tegelijk is het de vraag of de wijze waarop vrijwillige medewerking in het concept van Tweede Boek als geheel genormeerd is, gelukkig en consistent is.

61 In merkwaardige tegenspraak met de benadering in deze algemene bepalingen is overigens een bepaling die het mogelijk maakt dat aan de verdachte wordt bevolen een tekst op te schrijven en een tekst uit te spreken (etc., art. 2.6.5.5.1). De eerbied voor de wil van de verdachte is hier afwezig.

62 De vraag is of de vermelding van het ontbreken van toestemming hier (nog) zin heeft. Als wel toestemming is gegeven vormt de toestemming de basis voor het doorzoeken, niet deze wetsbepaling. En het verkrijgen van toestemming door de opsporingsambtenaar wordt aan regels gebonden, zie hierna.

63 Die formulering kan de opsporingsambtenaar die de wet naar de letter naleeft en van de slimme bewoner ongevraagd (enkel mondeling) toestemming krijgt in de nieuwe situatie (zie hierna) voor lastige problemen plaatsen. Kan de frase 'zonder toestemming van de bewoner' ook hier niet beter verdwijnen?

64 Zie eerdere kritiek van Borgers (noot onder HR 18 december 2012, NJ 2013/355) en P.T.C. van Kampen, "Informed consent" en de rechtspraak ex art. 359a Sv, DD 2013, p. 140 e.v.

Zo zijn er nog steeds bevoegdheden aan de uitoefening waarvan de burger meewerkt waarbij toestemming in de wettelijke normering geen rol speelt. Een voorbeeld is het verhoren van getuigen door de politie. De verhorende ambtenaar dient de persoon die hij uitnodigt mede te delen ‘of deze als getuige of als verdachte wordt gehoord’ (art. 2.3.1.2). Maar hij hoeft hem niet mede te delen dat het verhoor op basis van vrijwilligheid plaatsvindt en hij hoeft niet schriftelijke toestemming te verzoeken om aan de getuige vragen te mogen stellen. En nergens is vastgelegd dat het verhoor direct wordt gestaakt als de getuige wil vertrekken. Vastgelegd is wel dat de verhorende ambtenaar de identiteit van de getuige vaststelt op de wijze bedoeld in art. 1.6.1.1 (vgl. art. 2.3.3.1). Daar staat dat de verhorende ambtenaar de getuige kan ‘bevelen zijn identiteitsbewijs ter inzage aan te bieden’.

Tegelijk zijn in hoofdstuk 6 aan de vrijwillige medewerking hoge eisen gesteld. Wat deze regeling wil bereiken, is dat in gevallen waarin aan de voorwaarden voor toepassing van een bevoegdheid is voldaan, ‘die onderzoeken worden verricht op basis van de specifieke grondslag die in dit wetsvoorstel voor het onderzoek is geschapen, en die ervan uitgaat dat betrokkene wordt bevolen zich aan het onderzoek te onderwerpen. Pas als niet aan de wettelijke vereisten wordt voldaan om het onderzoek tegen de wil van de verdachte uit te voeren en er niettemin noodzaak bestaat om het onderzoek bij hem uit te voeren (zal hem) worden gevraagd vrijwillig aan het onderzoek mee te doen’.⁶⁵

Mij komt het op zich juist voor als in de regeling van vrijwillige medewerking een belangrijke rol gaat spelen of de opsporingsambtenaar bij het ontbreken van toestemming een bevoegdheid kan toepassen. Die rol kan evenwel beter een andere zijn. Als een bevoegdheid kan worden toegepast, is er geen aanleiding om hoge eisen te stellen aan de wijze waarop de toestemming van de burger wordt vastgelegd en aan de voorlichting die voorafgaand aan de toestemming wordt gegeven. Het verzoeken van toestemming staat dan in de sleutel van een behoorlijke omgang met de burger. In het huidige wetboek wordt het belang daarvan tot uitdrukking gebracht in art. 99 lid 1 Sv, dat luidt: ‘Tenzij het belang van het onderzoek dit vordert, wordt tot inbeslagneming in eene woning niet overgegaan dan nadat de bewoner of, indien hij afwezig is, een zijner aanwezige huisgenoten is gehoord en vruchteloos uitgenodigd het voorwerp vrijwillig af te geven ter inbeslagneming’.⁶⁶ In het nieuwe wetboek gaat deze regel op in de codificatie van het subsidiariteitsbeginsel.⁶⁷

In gevallen waarin de opsporingsambtenaar bij afwezigheid van vrijwillige medewerking niet een wettelijke bevoegdheid kan toepassen, kan er wel aanleiding zijn om eisen te stellen aan de toestemming, de voorlichting die voorafgaand aan die toestemming wordt gegeven en de wijze waarop zij wordt vastgelegd. De ingrijpendheid van de opsporingshandeling kan bij die eisen een maatstaf bieden. De normering van de toestemming bij doorzoeking van een woning door een opsporingsambtenaar, een ingrijpende opsporingshandeling, komt tegen deze achtergrond gelukkig voor. Daarentegen zou de rechtspositie van de bur-

65 Vgl. de concept-memorie van toelichting, p. 134-135. Deze keuze lijkt deels ingegeven door onvrede met de huidige procedure bij het DNA-onderzoek, waar juist sterk de nadruk ligt op vrijwillige medewerking.

66 Vgl. daarover Blok en Besier, *a.w.* 1925, deel I, p. 317 e.v.

67 Zie de concept-memorie van toelichting, p. 167.

ger die door opsporingsambtenaren als getuige verhoord wordt nog wel wat beter beschermd kunnen worden. Want er bestaat nog altijd geen plicht om op uitnodiging bij de politie te verschijnen en te verklaren.⁶⁸

5.3 Bevoegdheden tot vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming

De vrijheidsbeneming in het voorbereidend onderzoek begint gewoonlijk met de aanhouding. Het wetboek maakt onderscheid tussen het geval van ontdekking op heterdaad, waar het vertrekpunt is dat eenieder bevoegd is de verdachte aan te houden, en de aanhouding buiten het geval van ontdekking op heterdaad, waar uitgangspunt is dat de opsporingsambtenaar op bevel van de officier van justitie bevoegd is de verdachte van een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten aan te houden (artt. 53 en 54 Sv). Nadat de aangehouden verdachte aan de hulpofficier van justitie of de officier van justitie is voorgeleid, kan deze bevelen dat de verdachte wordt opgehouden voor onderzoek dan wel in vrijheid wordt gesteld. De verdachte van een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten kan ten hoogste negen uur worden opgehouden voor onderzoek; de verdachte van een strafbaar feit waarvoor voorlopige hechtenis niet is toegelaten ten hoogste zes uur. De tijd tussen middernacht en negen uur 's morgens wordt voor de berekening van deze termijnen niet meegerekend (art. 56a Sv). Indien de identificatie van de aangehouden verdachte van een strafbaar feit waarvoor voorlopige hechtenis niet is toegelaten niet binnen de gestelde termijn kan worden afgerond, kan die termijn met ten hoogste zes uur worden verlengd (art. 56b Sv).

Vervolgens kan de officier van justitie of de hulpofficier van justitie voor wie de verdachte wordt geleid, na hem verhoord te hebben, bevelen dat de verdachte tijdens het onderzoek ter beschikking van de justitie zal blijven en daarvoor op een in het bevel aangeduide plaats in verzekering zal worden gesteld. Inverzekeringstelling vindt plaats in het belang van het onderzoek (art. 57 Sv). Het bevel tot inverzekeringstelling wordt slechts verleend in geval van een strafbaar feit waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten. Het is slechts gedurende ten hoogste drie dagen van kracht; bij dringende noodzakelijkheid kan het bevel door de officier van justitie eenmaal voor ten hoogste drie dagen worden verlengd (art. 58 Sv). Uiterlijk binnen drie dagen en achttien uur, te rekenen vanaf het tijdstip van de aanhouding, wordt de verdachte teneinde te worden gehoord voor de rechter-commissaris geleid. Indien de rechter-commissaris de inverzekeringstelling onrechtmatig oordeelt, beveelt hij de onmiddellijke invrijheidstelling van de verdachte (art. 59a Sv).

Na de inverzekeringstelling kan de vrijheidsbeneming worden voortgezet via de bewaring, de eerste fase van de voorlopige hechtenis. De rechter-commissaris kan, op vordering van de officier van justitie, een bevel tot bewaring van de verdachte verlenen (art. 63 Sv). Dat bevel is gedurende ten hoogste veertien dagen van kracht (art. 64 Sv). De rechtbank kan daarna de gevangenhouding bevelen van de verdachte die zich in bewaring bevindt. Indien de verdachte zich niet in bewaring bevindt, kan de rechtbank na de aanvang van het onderzoek ter zitting de gevan-

⁶⁸ Zo past bij het vaststellen van de identiteit geen bevel (art. 2.3.3.1) en zou de aanwezigheid van de raadsman van de verdachte van toestemming van de getuige afhankelijk kunnen worden gemaakt (art. 2.3.3.2).

genneming van de verdachte bevelen (art. 65 Sv). Het bevel tot gevangenneming/-houding is van kracht gedurende een door de rechtbank te bepalen termijn van ten hoogste negentig dagen, zo zagen wij eerder. Wanneer het bevel is gegeven op de terechtzitting of binnen die termijn van negentig dagen het onderzoek is aangevangen, blijft het bevel van kracht totdat zestig dagen na de dag van de einduitspraak zijn verstreken (art. 66 Sv).

Een bevel tot voorlopige hechtenis kan alleen worden gegeven als zich een geval voordoet en een grond aanwezig is. Een geval doet zich voor bij verdenking van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van vier jaren of meer is gesteld. Een geval doet zich ook voor bij verdenking van een ander misdrijf dat in een limitatieve opsomming is opgenomen. En een geval doet zich voor indien geen vaste woon- of verblijfplaats in Nederland van de verdachte kan worden vastgesteld en hij verdacht wordt van een misdrijf waarvan de rechtbanken kennis nemen en waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf is gesteld. Vereist is daarbij dat blijkt van ernstige bezwaren tegen de verdachte (art. 67 Sv). Een grond doet zich voor bij ernstig gevaar voor vlucht, verdenking van een feit waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van twaalf jaren of meer is gesteld en dat de rechtsorde ernstig heeft geschokt, nader omschreven situaties van recidivegevaar, en indien de voorlopige hechtenis in redelijkheid noodzakelijk is voor het, anders dan door verklaringen van de verdachte, aan de dag brengen van de waarheid. Een bevel tot voorlopige hechtenis blijft daarbij achterwege wanneer ernstig rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat de verdachte in geval van veroordeling bij tenuitvoerlegging van het bevel langer van zijn vrijheid beroofd zou blijven dan de duur van de straf of maatregel (art. 67a Sv).

De rechter kan bevelen dat de voorlopige hechtenis wordt geschorst zodra de verdachte zich bereid heeft verklaard tot nakoming van de aan de schorsing verbonden voorwaarden. Onder die voorwaarden wordt steeds opgenomen dat de verdachte, indien de opheffing der schorsing mocht worden bevolen, zich niet aan de tenuitvoerlegging van het bevel tot voorlopige hechtenis zal onttrekken. Naast deze en enkele andere voorwaarden die steeds worden opgenomen kan de rechter aanvullende voorwaarden opnemen (art. 80 Sv). De rechter kan in de beslissing tot schorsing wijziging brengen en hij kan te allen tijde de opheffing van de schorsing bevelen (artt. 81, 82 Sv).

Het hoofdstuk inzake bevoegdheden tot vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming dat in het concept van het Tweede Boek is opgenomen brengt op verschillende onderdelen wijziging in deze regeling. Dat geldt in de eerste plaats voor de bevoegdheid tot aanhouding buiten het geval van ontdekking op heterdaad. Dat bevel kan, zo is het voorstel, worden gegeven ten aanzien van de verdachte van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf van een jaar of meer is gesteld en ten aanzien van de verdachte van wie geen vaste woon- of verblijfplaats in Nederland kan worden vastgesteld en die verdacht wordt van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf is gesteld (art. 2.5.2.3). Daarmee wordt een forse uitbreiding gegeven aan het aantal gevallen waarin aanhouding buiten heterdaad kan plaatsvinden. En deze wijziging wordt doorgetrokken naar de regeling van het ophouden voor onderzoek (art. 2.5.3.1.1).

De regeling van de in verzekeringstelling wordt op vergelijkbare wijze aangepast. Het bevel tot in verzekeringstelling kan door de officier van justitie wor-

den gegeven in geval van verdenking van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf van een jaar of meer is gesteld en in het geval dat geen vaste woon- of verblijfplaats in Nederland van de verdachte kan worden vastgesteld en hij verdacht wordt van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf is gesteld. Het bevel kan door de hulpofficier van justitie worden gegeven in geval van verdenking van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf van twee jaar of meer is gesteld (art. 2.5.3.2.2).

Ook de gevallen waarin voorlopige hechtenis kan worden bevolen worden in het concept aangepast. Een bevel tot bewaring kan worden gegeven in geval van verdenking van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf van twee jaar of meer is gesteld. Ook dat is per saldo een verruiming. Een bevel tot gevangenhouding of gevangenneming daarentegen kan in beginsel alleen worden gegeven in geval van verdenking van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf van vier jaar of meer is gesteld. Een uitzondering geldt voor misdrijven waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf van twee jaar of meer maar minder dan vier jaar is gesteld: bij die misdrijven kan een bevel tot gevangenhouding of gevangenneming alleen op de recidivegronden worden gegeven (art. 2.5.4.1.2).

Daarnaast verdwijnt de schorsing van de voorlopige hechtenis; daarvoor terug komt het 'bevel tot voorlopige vrijheidsbeperking'. Een dergelijk bevel kan worden gegeven in de gevallen waarin een bevel tot voorlopige hechtenis kan worden gegeven (art. 2.5.4.1.2). Het kan onder meer inhouden: een contactverbod, een locatieverbod of -gebod, een meldplicht, een beperking van het recht om Nederland te verlaten, een verbod op het gebruik van alcohol of drugs, opneming in een zorginstelling, een verplichting om zich onder behandeling te stellen van een deskundige of zorginstelling, het verblijven in een instelling voor begeleid wonen of maatschappelijke opvang; het gehoor geven aan oproepingen of het verschijnen op de terechtzitting, en andere verboden of verplichtingen die kunnen strekken tot verwezenlijking van de in de gronden voor voorlopige hechtenis 'besloten liggende doelen'. De rechter kan daarbij bepalen dat elektronisch toezicht en zekerheidstelling worden toegepast (art. 2.5.4.2.1). Er zijn enkele bepalingen opgenomen die op de verhouding tot de voorlopige hechtenis zien. De rechter kan het bevel voorlopige hechtenis opheffen en gelijktijdig een bevel tot voorlopige vrijheidsbeperking geven (art. 2.5.4.1.1). Indien de voorlopige hechtenis wordt bevolen of de verdachte uit anderen hoofde rechtens van zijn vrijheid is beroofd, wordt daardoor elk bevel tot voorlopige vrijheidsbeperking van rechtswege opgeheven (art. 2.5.4.2.2). En in het geval de verdachte zich na de opheffing van het bevel tot voorlopige vrijheidsbeperking aan de tenuitvoerlegging van het bevel tot voorlopige hechtenis onttrekt, wordt, indien dit nog niet mocht zijn geschied, de zekerheid vervallen verklaard aan de Staat (art. 2.5.4.2.3).

De uitbreiding van de verzameling strafbare feiten die tot de aanhouding, de in verzekeringstelling en de bewaring van de verdachte aanleiding kunnen geven is aangekondigd in de contourennota. Daarbij was aanvankelijk het plan om (enkel) een eenjaarscriterium te hanteren (p. 52). Dat bij de bewaring uiteindelijk een tweejaarscriterium is opgenomen, lijkt een tegemoetkoming aan de recht-

spraak en de advocatuur.⁶⁹ Deze uitbreiding van de mogelijkheden tot toepassing van invezekeringstelling en bewaring is in belangrijke mate terug te voeren op voorstellen van de onderzoekers van Strafvordering 2001. Uit Beijerse en Simmelink stelden voor om voorlopige hechtenis in principe bij elk misdrijf mogelijk te maken ‘zolang de concrete ernst van het feit en de daarvoor te verwachten vrijheidsstraf deze vrijheidsbeneming maar kunnen rechtvaardigen’.⁷⁰ Eventueel zou volgens de onderzoekers kunnen worden voorzien ‘in een beperking van de mogelijkheid om ter zake van lichtere misdrijven tot voorlopige hechtenis over te gaan door een algemene uitsluiting van de voorlopige hechtenis voor strafbare feiten die een zekere ernst, af te meten aan de wettelijke strafbedreiging, niet te boven gaan (bijvoorbeeld een maximum vrijheidsstraf ter hoogte van een jaar)’.

De inperking van de mogelijkheid tot toepassing van gevangenneming en gevangenhouding tot misdrijven waar naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van vier jaar of meer op is gesteld, is eveneens al in de contourennota voorgesteld (p. 52). Uit een WODC-onderzoek dat de effecten van de voorgestelde aanpassing van de verdenkingscriteria in kaart bracht, blijkt dat het aldus inperken van de mogelijkheid tot toepassing van gevangenhouding zou kunnen gaan knellen bij (vooral) bedreiging en mishandeling (in situaties van huiselijk geweld).⁷¹ Tegen die achtergrond is uiteindelijk voorgesteld mogelijk te maken dat een bevel tot gevangenneming of gevangenhouding wel kan worden gegeven op de twee gronden die eisen dat er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de verdachte een nader omschreven misdrijf zal begaan (thans art. 67a lid 2 onder 2° en 3° Sv).⁷² Ook de keuze om op deze wijze een uitzondering op het vierjaarscriterium vorm te geven, kan in verband worden gebracht met de onderzoekers van Strafvordering 2001. Uit Beijerse en Simmelink noemden de mogelijkheid om ‘bepaalde gronden voor voorlopige hechtenis op de lichtere misdrijven van toepassing uit te sluiten’ (p. 647-648).

Mij komt de uitbreiding van de mogelijkheden tot vrijheidsbeneming bij lichtere misdrijven verantwoord voor.⁷³ Het is, op de keper beschouwd, wat merkwaardig dat de verdachte van een misdrijf dat volgens de wettelijke strafbepaling tot het opleggen van een gevangenisstraf van drie jaar kan leiden thans na aanhouding slechts gedurende enkele uren kan worden opgehouden voor onderzoek (als dit misdrijf niet als voorlopige hechtenis-misdrijf is aangemerkt). Tegelijk wordt niet volledig op een beoordeling van de ernst van het feit in concreto vertrouwd. De voorgestelde beperking van de mogelijkheden van gevangenhouding en gevangenneming zorgt voor een stimulans om minder ernstige en gecompliceerde misdrijven snel af te doen.

Veel meer aarzelen ik bij het voorstel om de schorsing van de voorlopige hechtenis te transformeren in een bevel tot voorlopige vrijheidsbeperking. Die aarzeling

69 Zie de adviezen bij de contourennota (bijlagen bij Kamerstukken II 2015/16, 29 279, nr. 278) alsmede de concept-memorie van toelichting bij het Tweede Boek, p. 14-15.

70 J. uit Beijerse en J.B.H.M. Simmelink, ‘Voorarrest’, in: Groenhuijsen en Knigge, a.w. 2001, p. 647.

71 D. Abels e.a., *Vereenvoudiging Verdenkingscriteria. De gevolgen van de voorgenomen wijziging van de verdenkingscriteria voor de opsporingspraktijk*, 2016 (www.wodc.nl), o.a. p. 78-82.

72 Concept-memorie van toelichting, p. 14; deze mogelijkheid hield de contourennota al open (p. 53-54).

73 Anders oordelen NOvA (advies, p. 29-31) en Rvdr (advies, p. 23, 53).

begint al bij de omvorming van het rechtskarakter. Voorlopige vrijheidsbeneming en voorlopige vrijheidsbeperking zijn nauw verbonden. Dat blijkt ook uit de voorgestelde regeling; een bevel tot voorlopige vrijheidsbeperking kan alleen worden gegeven indien anders een bevel tot voorlopige hechtenis noodzakelijk is (art. 2.5.4.1.1). De rechtsfiguur van de schorsing past bij die nauwe verbondenheid. Zo volgt uit deze constructie rechtstreeks dat bij schending van de voorwaarden vrijheidsbeneming (in beginsel) aangewezen is. De voorgestelde constructie past niet goed bij deze nauwe verbondenheid. Zij koppelt de beslissingen inzake vrijheidsbeneming en vrijheidsbeperking los.⁷⁴

De nauwe verbondenheid tussen vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming impliceert ook dat de vormgeving van een vrijheidsbeperking als 'voorwaarde' gelukkiger is dan een vormgeving als 'bevel'. De term 'voorwaarde' maakt duidelijk wat het rechtsgevolg is bij niet-naleving: hervatting van de voorlopige hechtenis. Zij stelt ook in het licht dat de verdachte er zelf belang bij heeft dat vrijheidsbeperkingen gevonden worden waaronder geen (verdere) vrijheidsbeneming behoeft plaats te vinden. De 'voorwaarden' hebben een consensueel karakter. De term 'bevelen' suggereert dat het initiatief van de strafvorderlijke overheid uitgaat en dat vervolging wegens art. 184 Sr op de loer ligt als een bevel in de wind wordt geslagen. Dat is ongetwijfeld niet de bedoeling, waar de concept-memorie van toelichting bij het niet-naleven van het bevel tot voorlopige vrijheidsbeneming aanhouding en bewaring in het vooruitzicht stelt, is vast gedacht aan aanhouding en bewaring voor het oorspronkelijke strafbare feit (p. 36; vgl. ook art. 2.5.4.2.6). Maar is het dan niet beter om te kiezen voor een constructie die met deze bedoeling overeenstemt?

Vermoedelijk worden van de voorgestelde verandering vooral psychologische voordelen verwacht; loskoppeling zou ertoe leiden dat in meer gevallen aan toepassing van voorlopige hechtenis wordt ontkomen.⁷⁵ Er is evenwel geen objectieve reden om te verwachten dat dit effect daadwerkelijk zal optreden. Mede in dat licht zijn de geschetste nadelen een te hoge prijs; mij komt het wenselijk voor bin-

74 Praktische gevolgen heeft deze loskoppeling bij de rechtsmiddelen. De verdachte kan thans eenmaal hoger beroep instellen tegen een (verlenging van een) bevel tot gevangenneming/-houding (art. 71 Sv) en hij kan opheffing verzoeken van het bevel tot voorlopige hechtenis (art. 69 Sv). Beide mogelijkheden heeft de verdachte in de nieuwe regeling niet; aan het bevel tot voorlopige vrijheidsbeperking ligt geen bevel tot voorlopige hechtenis ten grondslag. Het recht om wijziging te verzoeken in de beslissing tot schorsing (art. 81 Sv) wordt vervangen door het recht om wijziging of opheffing van het bevel tot voorlopige vrijheidsbeperking te verzoeken (art. 2.5.4.2.2). Maar de verdachte kan thans eenmaal hoger beroep instellen tegen een afwijzende beslissing op een verzoek om opheffing of schorsing (art. 87 Sv); die mogelijkheid vervalt. Dat is vermoedelijk een gevolg van de voorgestelde loskoppeling; als zowel tegen beslissingen inzake voorlopige hechtenis als tegen beslissingen inzake voorlopige vrijheidsbeperking voor de verdachte rechtsmiddelen worden opengesteld kan men op de processuele complicaties wachten. Het resultaat is voor de verdachte evenwel zeer ongunstig (vgl. ook advies NOvA, p. 33-34). Dat klemt temeer nu bevelen tot vrijheidsbeperking die de wet mogelijk wil maken (zoals opnemings in een zorginstelling) zeer belastend kunnen zijn.

75 Met de zelfstandige positionering wordt volgens het concept van de memorie van toelichting 'dwingend dan in de huidige regeling van de voorlopige hechtenis tot uitdrukking gebracht dat de rechter zal moeten nagaan of aan een verdachte vrijheidsbeperkende verplichtingen en verboden kunnen worden opgelegd en dat voorlopige hechtenis alleen in aanmerking komt als deze noodzakelijk en onvermijdelijk is' (p. 35).

nen de bestaande juridische constructie naar een ruimere toepassing van alternatieven te streven.⁷⁶

5.4 De verdenkingscriteria

In de huidige regeling van het voorbereidend onderzoek neemt de bepaling waarin is weergegeven bij welke misdrijven voorlopige hechtenis kan worden toegepast (art. 67 Sv) een belangrijke plaats in. Niet alleen de toepassing van voorlopige hechtenis, maar ook de toepassing van tal van andere bevoegdheden is afhankelijk gemaakt van de vraag of zich een geval van voorlopige hechtenis voordoet. Dat bleek al bij de andere vrijheidsbenemende bevoegdheden; aanhouding buiten heterdaad en in verzekeringstelling is mogelijk bij een strafbaar feit 'waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten' (artt. 54, 58 Sv). Maar ook een bevel tot afname van celmateriaal ten behoeve van DNA-onderzoek kan slechts worden gegeven tegen 'de verdachte van een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid,' Sv (artt. 151b, 195d Sv). En een tapbevel kan worden gegeven in geval van 'verdenking van een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid,' Sv (art. 126m Sv). Daarbij geldt bij laatstgenoemde bevoegdheid de aanvullende voorwaarde dat het misdrijf 'gezien zijn aard of de samenhang met andere door de verdachte begane misdrijven een ernstige inbreuk op de rechtsorde oplevert'. Ook de toepassing van tal van andere bevoegdheden is van het voorlopige hechtenis-criterium, al dan niet in samenhang met aanvullende criteria, afhankelijk gemaakt. Daarnaast bestaan nog enkele andere criteria.

De contourennota kondigde aan dat in het Tweede Boek van het nieuwe Wetboek van Strafvordering met deze systematiek zou worden gebroken. Wat het laatste punt betreft: de differentiatie in verdenkingscriteria zou te ver zijn doorgeschoten: 'Het wetboek kent nu meer dan tien verschillende verdenkingscriteria. Deze fijnmazigheid draagt niet bij aan de overzichtelijkheid.' Daarbij zou het verdenkingscriterium van een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten 'minder geschikt (zijn) om in een nieuw wetboek te hanteren. Zo heeft dit criterium tot gevolg gehad dat daaronder bij verschillende wetswijzigingen ongelijksoortige lichtere misdrijven met sterk uiteenlopende strafmaxima werden geschaard voornamelijk of uitsluitend om daarmee de inzet van andere bevoegdheden mogelijk te maken. Daarnaast heeft deze koppeling, zoals de onderzoekers van Strafvordering 2001 opmerken, een opdrijvend effect op de wettelijke strafmaxima van bepaalde misdrijven tot gevolg gehad' (p. 49-50).

De minister gaf aan een vereenvoudiging na te streven waarbij het voorlopige hechtenis-criterium voor toepassing van andere bevoegdheden wordt verlaten. Uitgangspunten bij die vereenvoudiging zijn dat het nieuwe systeem (1) eenvoudig, consistent en overzichtelijk moet zijn en moet gelden voor in beginsel alle bevoegdheden; en (2) uit een oogpunt van rechtswaarborgen en effectiviteit van de opsporing evenwichtig moet zijn. Tegen deze achtergrond werd voorgesteld om een beperkte set van vier verdenkingscriteria te hanteren: (1) verdenking van een strafbaar feit; (2) verdenking van een misdrijf waarop gevangenisstraf van een jaar of meer is gesteld; (3) verdenking van een misdrijf waarop gevangenisstraf

76 Kritisch zijn ook de NOVA (advies, p. 35), de NVvR (advies, p. 21), de Rvdr (advies, p. 28), het OM (advies, p. 9-13) en de Politie (p. 14-18).

van vier jaar of meer is gesteld; (4) verdenking van een misdrijf waarop gevangenisstraf van acht jaar of meer is gesteld.

Dit voorstel noopt ertoe om bij de bevoegdheden waarvoor een voorlopige hechtenis-criterium geldt een nieuw toepassingscriterium te kiezen. De contourennota stelde voor om in beginsel een eenjaarscriterium te kiezen en wanneer dat gezien de ingrijpendheid van de bevoegdheid aangewezen is een vierjaarscriterium (p. 50). Definitief zijn de voornemens op dat moment nog niet. Aangekondigd werd dat onder auspiciën van het WODC een onderzoek ‘naar de gevolgen van de voorgestelde vereenvoudiging’ zou worden uitgevoerd.⁷⁷

Dat WODC-onderzoek en de adviezen die in verband met de contourennota zijn uitgebracht hebben hun weerslag gehad op de wijze waarop de voornemens uiteindelijk zijn uitgewerkt in het concept van het Tweede Boek. Een belangrijke aanpassing betreft de toevoeging van een tweejaarscriterium. Dat criterium wordt, zo bleek al, onder meer voorgesteld bij de bewaring (art. 2.5.4.1.2). En het aantal gehanteerde criteria is verder verruimd. Bij het bevel tot uitlevering van identificerende en gebruikersgegevens wordt verdenking van een misdrijf waarop gevangenisstraf is gesteld als verdengkingscriterium gehanteerd (art. 2.7.3.3.3 lid 6). Deze aanpassing houdt volgens de concept-memorie van toelichting bij het Tweede Boek verband met in het WODC-onderzoek gesignaleerde problemen bij de opsporing van misbruik van een alarmnummer (p. 14-16, 194). Maar het criterium wordt ook gehanteerd bij in verzekeringstelling door de officier van justitie van de verdachte van wie geen vaste woon- of verblijfplaats in Nederland kan worden vastgesteld (art. 2.5.3.2.2). Daarmee komt het aantal verdengkingscriteria in het concept van het Tweede Boek op zes.

Ook in de koppeling van bevoegdheden aan de onderscheiden criteria zijn, ten opzichte van de voornemens in de contourennota, wijzigingen opgetreden. Die betreffen onder meer een aantal heimelijke bevoegdheden. De bevoegdheid tot het vastleggen van telecommunicatie is gekoppeld aan het in verband met de bewaring toegevoegde tweejaarscriterium. Dit criterium is ook van toepassing bij de bevoegdheden ten aanzien van een besloten plaats, de pseudo-koop en pseudo-dienstverlening en de stelselmatige inwinning van informatie (zie titel 8.2). En het tweejaarscriterium wordt ook gehanteerd bij het doorzoeken van plaatsen ter inbeslagneming (art. 2.7.2.2.6) en bij het bevel tot uitlevering van gevoelige gegevens of e-mails (art. 2.7.3.3.3 lid 2).

In het concept van het Tweede Boek is voorts de mogelijkheid behouden om heimelijke bevoegdheden tot opsporing uit te oefenen in verband met ‘onderzoek naar het beramen of plegen van ernstige misdrijven in georganiseerd verband’ (huidig Eerste Boek, titel V). Het wettelijk criterium is daarbij in die zin aangepast dat deze bevoegdheden kunnen worden toegepast ‘in geval uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden voortvloeit dat in georganiseerd verband misdrijven waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf van vier jaar of meer is gesteld worden beraamd of gepleegd’ (art. 2.8.6.1 lid 1). Vereist is niet langer dat de beraamde of gepleegde misdrijven ‘gezien hun aard of de samenhang met andere misdrijven die in dat georganiseerd verband worden beraamd

⁷⁷ Contourennota, p. 52. Zie voor dat onderzoek Abels e.a., a.w. 2016.

of gepleegd een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren' (vgl. art. 126o Sv). En ook de mogelijkheid tot toepassing van heimelijke bevoegdheden 'in geval van aanwijzingen van een terroristisch misdrijf' blijft behouden (art. 2.8.6.1 lid 2).

Al met al lijkt van de vereenvoudiging van de verdenkingscriteria die de contourennota in het vooruitzicht stelde minder terecht te komen dan aanvankelijk de bedoeling was. In plaats van vier zijn er zes verdenkingscriteria; de regeling verliest daarbij aan eenvoud doordat in de wettekst per bevoegdheid een keus wordt gemaakt uit deze zes criteria. Daar komt bij dat toepassing van bevoegdheden op grond van (kort gezegd) een verdenking van georganiseerde criminaliteit dan wel aanwijzingen van een terroristisch misdrijf mogelijk blijft. Het opdrijvende effect op de wettelijke strafmaxima, een ander nadeel van het voorlopige hechteniscriterium dat in de contourennota wordt genoemd, is in de voorgestelde regeling voorts niet geëlimineerd, integendeel. Er zijn in het voorgestelde stelsel slechts twee mogelijkheden om toepassing van een bevoegdheid bij de opsporing van een misdrijf alsnog mogelijk te maken: verhoging van het wettelijk strafmaximum van het misdrijf of verlaging van het verdenkingscriterium bij de bevoegdheid.

Daarmee ligt nog steeds de vraag op tafel of de voorgestelde systematiek leidt tot een betere normering. Uitgangspunt van het voorgestelde stelsel is dat een adequate normering wordt bereikt als bevoegdheden tot opsporing van een misdrijf gekoppeld worden aan het wettelijk strafmaximum van dat misdrijf. De keuze voor dat uitgangspunt lijkt verband te houden met de gedachte van proportionaliteit. Toepassing van een opsporingsbevoegdheid maakt inbreuk op belangen van de verdachte of van derden. Die inbreuk moet in verhouding staan tot de ernst van het misdrijf.

Er is echter geen reden om te veronderstellen dat het wettelijk strafmaximum in alle gevallen een betrouwbaar richtsnoer is bij het beoordelen van de proportionaliteit van de toepassing van een bevoegdheid. Denkbaar is dat een misdrijf waar een hoog strafmaximum op is gesteld zich welhaast uitsluitend voordoet in minder ernstige varianten, waarbij toepassing van de betreffende bevoegdheid disproportioneel is. Ook het omgekeerde is denkbaar. Zo bezien valt ook wat te zeggen voor een wettelijke systematiek die het mogelijk maakt uitzonderingen te maken op een hoofdregel die van het wettelijk strafmaximum uitgaat. Dat biedt ook mogelijkheden om rekening te houden met aspecten die de subsidiariteit van de aanwending van een bevoegdheid betreffen. Zo kan het in de rede liggen om een bevel tot uitlevering van identificerende en gebruikersgegevens mogelijk te maken bij misbruik van een alarmnummer, nu dit misdrijf langs andere weg bijna niet kan worden opgespoord. Maar dat wil niet zeggen dat een dergelijk bevel bij alle misdrijven waar minder dan een jaar gevangenisstraf op is gesteld over het algemeen aan eisen van proportionaliteit en subsidiariteit voldoet. Een systematiek van regel en uitzondering maakt het mogelijk voor het misbruik van een alarmnummer een uitzondering te creëren.

De keuze voor een systematiek die bevoegdheden koppelt aan wettelijke strafmaxima en die het niet mogelijk maakt een uitzondering te maken op de regel, leidt er – gegeven de wenselijkheid toepassing van bevoegdheden mogelijk te maken waar deze proportioneel is – al gauw toe dat bevoegdheden in ruime mate beschikbaar worden gesteld. Die keuze ligt daarmee vooral voor de hand als de wetgever er veel vertrouwen in heeft dat de ter beschikking gestelde bevoegdheden behoorlijk zullen worden toegepast. Mij spreekt een benadering waarbij ver-

trouwen in de afweging in concreto door justitiële autoriteiten een belangrijke rol speelt op zichzelf aan. Het verdient dan alleen wel de voorkeur dat de wetgever de keuze voor deze benadering expliciteert. Zo wordt inzichtelijk wat de keuze voor de voorgestelde systematiek heeft bepaald. En het expliciteren van deze keuze zou wellicht ook aanleiding kunnen zijn om onderscheid te maken tussen bevoegdheden van justitiële autoriteiten (waar meer op een afweging in concreto kan worden vertrouwd) en bevoegdheden van opsporingsambtenaren.⁷⁸ Duidelijk zou zo ook worden dat de keuze voor de voorgestelde systematiek op aannames berust die voor weerlegging vatbaar zijn.⁷⁹

Als de wetgever uiteindelijk zou kiezen voor de systematiek die in het concept van het Tweede Boek is neergelegd, lijkt het voorts wenselijk de verbanden tussen (criteria betreffende) bevoegdheden tot opsporing meer inzichtelijk te maken. Dat kan door bevoegdheden waarvan de toepassing aan die van een andere bevoegdheid verbonden is, in de formulering van voorwaarden voor toepassing aan elkaar te koppelen. Voorbeelden van zulke verbonden bevoegdheden zijn de bevoegdheden waarvan de toepassing ten dienste kan staan van het realiseren van voorarrest. Te denken valt aan de bevoegdheid tot aanhouding en, verder weg liggend, bevoegdheden die de aanhouding van de verdachte mogelijk maken. Deze aansluiting is in het huidige wetboek tot stand gebracht doordat aanhouding buiten het geval van ontdekking op heterdaad mogelijk is gemaakt van 'de verdachte van een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten'. In het concept van het Tweede Boek is deze aansluiting gerealiseerd doordat aanhouding buiten heterdaad gekoppeld is aan hetzelfde criterium als de inverzekeringstelling (art. 2.5.2.3 lid 2). Inhoudelijk is zo hetzelfde bereikt. Uit oogpunt van systematiek heeft de koppeling die het huidige wetboek legt het voordeel dat het verband tussen beide bevoegdheden zichtbaar is. Dat voorkomt ook dat een logisch verband tussen bevoegdheden niet wordt gelegd.⁸⁰

Er zijn goede redenen om koppelingen tussen bevoegdheden die de wet thans legt, te behouden en wellicht zelfs uit te breiden. Het inzichtelijk maken van koppelingen versterkt de structuur van de regeling en voorkomt dat een verband tussen bevoegdheden verloren gaat. Belangrijker nog is dat de proportionaliteit van de toepassing van een bevoegdheid door de toepassing van de gekoppelde

78 Vgl. B.F. Keulen, 'De verdenkingscriteria in het nieuwe Wetboek van Strafvordering', DD 2017, p. 234-235, onder verwijzing naar het concept van de behoorlijke taakuitoefening dat Groenhuijsen en Knigge in het algemeen deel van het eindrapport van Strafvordering 2001 hebben uitgewerkt (a.w. 2004, p. 61 e.v.).

79 De adviserende instanties oordelen verschillend. De NVvR vraagt om meer aandacht voor 'nut en noodzaak' (p. 22); Rvdv (p. 22-25) en NOvA (p. 35-38) prefereren elk een eigen, andere benadering. Het OM ziet in het voorgestelde systeem geen vereenvoudiging, en wil een oplossing vinden 'langs de lijnen van het voorlopige hechteniscriterium' (advies, p. 7-8). De Politie wil naar 'twee regimes: één voor toepassing van voorlopige hechtenis en één voor de toepassing van (een aantal) opsporingsbevoegdheden (advies, p. 4).

80 Dat dreigt in het nieuwe Tweede Boek te gebeuren bij de bevoegdheid tot het doorzoeken van plaatsen ter aanhouding van de verdachte. Het huidige art. 55a lid 1 Sv maakt dat mogelijk bij 'verdenking van een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid'. Het concept van Boek 2 staat doorzoeking ter aanhouding van de verdachte buiten het geval van ontdekking op heterdaad slechts toe bij verdenking van een misdrijf waarop een gevangenisstraf van twee jaar of meer is gesteld (art. 2.5.2.5). En dus (onder meer) niet bij misdrijven waar een gevangenisstraf van één jaar of meer maar minder dan twee jaar op staat, terwijl deze feiten wel tot inverzekeringstelling aanleiding kunnen geven.

bevoegdheid beïnvloed kan worden. Het huidige wetboek maakt een aantal in de wet opgesomde maatregelen in het belang van het onderzoek mogelijk bij de in verzekering gestelde verdachte (art. 62 jo art. 61a Sv). Dat komt gelukkig voor; het is wat anders om buiten een situatie van in verzekeringstelling de snor of baard van iemand af te knippen dan in een situatie van in verzekeringstelling.⁸¹ Ook het risico op niet-proportionele toepassing van een bevoegdheid wordt door dat verband beïnvloed. In het oordeel dat vrijheidsbeneming van enkele dagen noodzakelijk is, ligt een oordeel over de ernst van het feit besloten dat meebrengt dat gedwongen afname van celmateriaal ten behoeve van DNA-onderzoek, om een voorbeeld te noemen, niet gauw disproportioneel zal zijn.⁸² Waar het om vrijheidsbeneming op bevel van de officier van justitie of rechter gaat, is dat oordeel bovendien door een justitiële autoriteit geveld.

Herstel en eventueel uitbreiding van de koppelingen van bevoegdheden die de wet thans bevat, zou geen afbreuk doen aan de koppeling van bevoegdheden aan wettelijke strafmaxima die in het concept van het Tweede Boek is neergelegd. Die koppeling wordt bij deze bevoegdheden alleen indirect tot stand gebracht. Tegelijk kunnen deze koppelingen bijdragen aan de inzichtelijkheid en samenhang van de regeling.

6 De verhouding tot het onderzoek ter terechtzitting

6.1 Inleiding

Onder het voorbereidend onderzoek wordt in het huidige wetboek verstaan ‘het onderzoek hetwelk aan de behandeling ter terechtzitting voorafgaat’ (art. 132 Sv). Dat geeft al aan dat er een nauw verband is tussen het vooronderzoek en het onderzoek ter terechtzitting. Het nut van inspanningen in het voorbereidend onderzoek wordt in belangrijke mate bepaald door de bruikbaarheid van resultaten bij een onderzoek ter terechtzitting. En de inrichting en duur van het onderzoek ter terechtzitting hangen mede af van de volledigheid en evenwichtigheid van het vooronderzoek.

Wat de bruikbaarheid van in het vooronderzoek verkregen materiaal betreft, kent het Nederlandse recht weinig belemmeringen. Dat geldt ook voor het bewijsstelsel. Dat is negatief-wettelijk; het bewijs dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan, kan door de rechter slechts worden aangenomen indien hij daarvan uit het onderzoek op de terechtzitting door de inhoud van wettige bewijsmiddelen de overtuiging heeft bekomen (art. 338 Sv). Maar op de keper beschouwd vloeien uit de omschrijvingen van de wettige bewijsmiddelen nauwelijks beperkingen voort. Processen-verbaal van opsporingsambtenaren waarin zij

⁸¹ Tegen die achtergrond valt het op dat het afscheren van snor of baard in het concept van het Tweede Boek mogelijk gemaakt wordt ten behoeve van een confrontatie, bij verdenking van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf van vier jaar of meer is gesteld (art. 2.6.5.6.1). De verdachte kan in verzekering worden gesteld wegens een misdrijf waarop een lagere gevangenisstraf staat.

⁸² Het concept van het Tweede Boek maakt de afname van celmateriaal van de verdachte ten behoeve van DNA-onderzoek mogelijk bij verdenking van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf van vier jaar of meer is gesteld (art. 2.6.5.7.1).

relateren wat een getuige tegen hen heeft verklaard zijn processen-verbaal waarin zij mededeling doen ‘van feiten of omstandigheden, door hen zelf waargenomen of ondervonden’ (art. 344 Sv). Zij hebben immers waargenomen wat de getuige verklaarde.⁸³ Naast specifieke, in de wet opgesomde bescheiden zijn ook ‘andere geschriften’ voor het bewijs bruikbaar, zolang zij maar in verband staan met een ander bewijsmiddel (dat ook weer een ander geschrift kan zijn).⁸⁴ En redengevende feiten en omstandigheden die niet onder een ander bewijsmiddel vallen, kunnen via de eigen waarneming van de rechter aan het bewijs bijdragen. In het nieuwe wetboek verandert dit naar verwachting niet wezenlijk.⁸⁵

Twee aspecten van de verhouding tussen het voorbereidend onderzoek en het onderzoek ter terechtzitting vragen in dit licht de aandacht. Het eerste betreft de verdedigingsrechten, in het bijzonder het horen van getuigen. Het tweede betreft de processuele sancties op onrechtmatig handelen in het voorbereidend onderzoek, in het bijzonder bewijsuitsluiting.

6.2 Het ondervragingsrecht

De belangrijkste beperking van de bruikbaarheid van in het voorbereidend onderzoek verzameld materiaal vloeit bij de huidige stand van zaken voort uit de verdedigingsrechten. Uit rechtspraak van het EHRM volgt dat in het vooronderzoek afgelegde verklaringen van getuigen alleen gebruikt mogen worden als de rechten van de verdediging zijn gerespecteerd. Aan die voorwaarde is voldaan in de gevallen waarin de verdachte afstand heeft gedaan van zijn recht om de getuige te ondervragen. De rechten van de verdediging zijn ook gerespecteerd als de verdachte op enig moment in de gelegenheid is geweest de getuige te ondervragen. Voor het geval de verdachte geen afstand heeft gedaan van zijn recht om de getuige te ondervragen terwijl een ondervraging toch niet gerealiseerd is, heeft het EHRM een beslissingsschema ontwikkeld. Van belang is of er een goede reden was om de getuige niet te ondervragen en of de veroordeling uitsluitend of in beslissende mate op de verklaring van de niet ondervraagde getuige berust. Als dat laatste het geval is, onderzoekt het EHRM of er voldoende compensatie is voor het ontbreken van een behoorlijke en effectieve gelegenheid tot ondervragen.⁸⁶

De ondervraging van de getuige hoeft niet per definitie tijdens het onderzoek ter terechtzitting te worden gerealiseerd. Ook een ondervraging door de rechter-commissaris kan dikwijls volstaan. In het huidige wetboek is het verhoor van de getuige door de rechter-commissaris geregeld in de derde titel van het Tweede Boek, betreffende Onderzoek door de rechter-commissaris. Daar is vastgelegd dat de rechter-commissaris de getuige verhoort ‘wiens verhoor door hem wenschelijk wordt geoordeeld, door den rechter wordt bevolen of door den officier van justitie wordt gevorderd’ (art. 210 Sv). De spelling verraadt dat dit artikel nog stamt uit de tijd dat deze titel het gerechtelijk vooronderzoek regelde. Bijzonder, in het licht van het ondervragingsrecht, is dat de wet de procespartijen niet met

⁸³ Zie nader Corstens/Borgers, *a.w.* 2014, p. 782 e.v.

⁸⁴ Corstens/Borgers, *a.w.* 2014, p. 814-815.

⁸⁵ Vgl. de contourennota, p. 82-84.

⁸⁶ Vgl. in het bijzonder EHRM 15 december 2011, *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*, nr. 26766/05, 22228/06 alsmede EHRM 15 december 2015, *Schatschaschwili v. Germany*, nr. 9154/10.

zoveel woorden het recht geeft vragen te stellen. De officier van justitie is bevoegd de verhoren van de rechter-commissaris bij te wonen en kan de vragen opgeven die hij gesteld wenst te zien (art. 186 Sv). De wet geeft hem niet het recht zelf iets te vragen. De raadsman is bevoegd de verhoren van de rechter-commissaris bij te wonen tenzij het belang van het onderzoek dit verbiedt; ook hij mag volgens de tekst van de wet enkel vragen opgeven.⁸⁷ En dat geldt ook voor de verdachte, die enkel in de gelegenheid wordt gesteld het verhoor bij te wonen indien de rechter-commissaris dit ‘in het belang van het onderzoek wenselijk acht’ (art. 186a Sv).

De regeling die in het concept van het Tweede Boek is neergelegd, is op verschillende punten anders ingericht. Voorgesteld wordt te regelen dat de rechter-commissaris de verdachte op diens verzoek in de gelegenheid stelt het verhoor van de getuige bij te wonen (art. 2.10.3.1.4 lid 1). Hij kan het verzoek van de verdachte enkel op in de wet omschreven gronden afwijzen (lid 2). Wat de officier van justitie en de raadsman betreft, wil ook het concept van het Tweede Boek bepalen dat zij de vragen kunnen opgeven die zij gesteld wensen te zien. Maar daaraan is een zin toegevoegd die inhoudt dat de rechter-commissaris ‘kan bepalen dat vragen door zijn tussenkomst worden gesteld’ (art. 2.10.3.1.1 en 2.10.3.1.3 jo. art. 2.10.2.1.6 lid 3). Dat impliceert dat officier van justitie en raadsman in de gelegenheid kunnen worden gesteld zelf vragen te stellen.⁸⁸ Zo verbetert het concept de mogelijkheden om via een verhoor bij de rechter-commissaris een adequate ondervraging van een getuige te realiseren.

Het is in veel gevallen wenselijk dat de mogelijkheid tot ondervraging bij de rechter-commissaris wordt benut. De ondervraging bij de rechter-commissaris kan eerder plaatsvinden dan de ondervraging ter terechtzitting. De herinnering van de getuige aan de feiten en omstandigheden waar hij over verklaart is verser. En in een deel van de gevallen kan een verhoor op een later tijdstip in het geheel niet worden gerealiseerd, door verhuizing, ziekte of overlijden van de getuige. Daar komt bij dat het verhoren van de getuige tijdens het onderzoek op de terechtzitting beslag legt op schaarse zittingscapaciteit. Een punt van zorg is evenwel of de mogelijkheid tot ondervraging bij de rechter-commissaris voldoende wordt benut.

Het initiatief tot ondervraging van een getuige door de rechter-commissaris kan in beginsel worden genomen door de procespartijen. De officier van justitie kan vorderen dat de rechter-commissaris een getuige verhoort (art. 2.10.1.1). Ook de verdachte die is verhoord kan de rechter-commissaris verzoeken om een getuige te verhoren (art. 2.10.1.2). De officier van justitie zal, nu een verklaring die de getuige tegenover een opsporingsambtenaar heeft afgelegd in beginsel ook voor het bewijs bruikbaar is, evenwel niet altijd de behoefte hebben een ondervraging door de rechter-commissaris te realiseren. En de verdediging heeft ook niet altijd belang bij een verhoor van de getuige door de rechter-commissaris. Als een verhoor niet plaatsvindt terwijl in een later stadium wel om een verhoor verzocht is, kan dat meebrengen dat een eerder bij de politie afgelegde verklaring niet

⁸⁷ Al wijst art. 187d Sv in een andere richting.

⁸⁸ Concept-memorie van toelichting op het Tweede Boek, p. 66. De NOvA wil nog verder gaan (advies, p. 24).

bruikbaar is als bewijsmiddel. Het eigenbelang van de procespartijen verzekert kortom niet automatisch een efficiënte procesvoering.

Ook de rechter-commissaris heeft mogelijkheden om een ondervraging van een getuige te realiseren. Hij kan ambtshalve bevoegdheden toepassen indien de verdachte in voorlopige hechtenis is gesteld en ter aanvulling op onderzoek dat hij op vordering van de officier van justitie of op verzoek van de verdachte heeft verricht (art. 2.10.1.3). Hij kan van deze ambtshalve bevoegdheid gebruikmaken om een getuige te verhoren als hem dat (bijvoorbeeld) in verband met een efficiënt verloop van de terechtzitting wenselijk voorkomt. En het concept geeft de rechter-commissaris ook ruime bevoegdheden om de procespartijen te proberen te bewegen tot een vordering of verzoek in verband met het horen van een getuige. Wij zagen dat de rechter-commissaris door de officier van justitie geïnformeerd dient te worden in zaken waarin de gevangenhouding is bevolen (art. 2.10.5.1). De rechter-commissaris kan na ontvangst van een dergelijke kennisgeving en indien hij op grond van de artikelen 2.10.1.1 tot en met 2.10.1.3 al onderzoek in de zaak verricht ook ambtshalve aan de officier van justitie en de verdachte een termijn stellen voor het indienen van een vordering of verzoek tot het uitoefenen van bevoegdheden (art. 2.10.5.2). En hij kan de officier van justitie en de verdachte oproepen voor een regiebijeenkomst waar de stand van zaken in het onderzoek wordt besproken en vorderingen en verzoeken tot het verrichten van onderzoek kunnen worden gedaan (art. 2.10.5.3). In die context kan een mogelijk verhoor van een getuige door de rechter-commissaris aan de orde komen. Wat daarbij opvalt, is dat het concept de rechter-commissaris niet expliciet de bevoegdheid geeft procespartijen ermee te laten instemmen dat een getuige niet wordt verhoord. Zou dat niet iets zijn wat in een regiebijeenkomst kan worden overeengekomen?⁸⁹

De contourennota wil ook de voorzitter van de strafkamer mogelijkheden geven om een verhoor van een getuige door de rechter-commissaris te realiseren. Thans kan de verdachte voor de zitting aan de officier van justitie verzoeken om getuigen en deskundigen te doen oproepen (art. 263 Sv). De contourennota wil het Openbaar Ministerie niet langer voorportaal voor getuigenverzoeken ter terechtzitting maken: 'Nadeel van deze regeling is dat deze in de praktijk zorgt voor vertraging en doublures. Er dient eerst te worden afgewacht welke reactie het OM geeft. Daarna kan het verzoek herhaald worden ten overstaan van de rechter. Mocht deze van oordeel zijn dat de onderzoekswens gehonoreerd had moeten worden, dan moet de zaak meestal worden aangehouden. Het aanwijzen van het OM als voorportaal past bovendien niet goed in het wettelijke systeem waarin de zittingsrechter de eindverantwoordelijkheid heeft voor de volledigheid van het onderzoek ter terechtzitting' (p. 80). De contourennota zou de rechter de mogelijkheid willen bieden 'om al vóór de zitting door middel van voorzittersbeslissingen in te spelen op onderzoekswensen. Bijvoorbeeld door mogelijk te maken dat de voorzitter buiten de zitting om, met instemming van OM en verdediging, een lid van de zittingscombinatie aanwijst om als gedelegeerde rechter-commissaris

89 Het huidige wetboek houdt er wel rekening mee dat procespartijen bij de rechter-commissaris van oproeping afzien: 'De rechtbank kan voorts van oproeping of hernieuwde oproeping van niet verschenen getuigen afzien, indien de officier van justitie en de verdachte daarmee uitdrukkelijk instemmen of hebben ingestemd' (art. 288 lid 3 Sv).

voorafgaand aan een zitting al een getuige te horen dan wel daartoe naar de rechter-commissaris verwijst' (p. 81).

Zelf verwacht ik dat vooral de versterking van de positie van de zittingsrechter op termijn effect kan sorteren. Nu is het systeem erop ingericht dat de rechter pas tijdens het onderzoek ter terechtzitting oordeelt over verzoeken tot het horen van getuigen. Als de voorzitter al voordat de zitting begint, wellicht nog voordat de zaak geïndagvaard wordt, op de hoogte raakt van verzoeken tot het horen van getuigen en kan bevorderen dat de rechter-commissaris getuigen verhoort, kan de zitting beter worden voorbereid.⁹⁰

6.3 Processuele sancties

Een tweede beperking van de bruikbaarheid van in het vooronderzoek verzameld materiaal vloeit voort uit een processuele sanctie op onrechtmatig handelen, de bewijsuitsluiting. Die processuele sanctie is in de context van het opsporingsonderzoek tot ontwikkeling gekomen. De rechtmatigheid van onderzoekshandelingen in een gerechtelijk vooronderzoek, dat door een rechter-commissaris wordt gevoerd, is zelden een punt van zorg geweest.

Dat processuele sancties vooral in relatie tot de opsporing een rol spelen, kan met een aantal factoren in verband worden gebracht. De eerste is het verschil in opleiding en positie van rechter-commissaris en opsporingsambtenaren. De rechter-commissaris is een afgestudeerd jurist en rechter. De tweede factor betreft verschillen tussen het onderzoek dat rechter-commissaris en opsporingsambtenaar verrichten. De uitoefening van heimelijke opsporingsbevoegdheden, die in het verleden het meest tot vragen rond rechtmatigheid aanleiding gaf, is typisch een activiteit van opsporingsambtenaren. Een derde factor is de rechtspraak van het EHRM. Uit die rechtspraak kan worden afgeleid dat het EHRM hecht aan een rol van de rechter bij inbreuken op de privacy. Als de rechter geen rol heeft bij de toepassing van een bevoegdheid (via een machtiging bijvoorbeeld) kan een mogelijkheid van bewijsuitsluiting door de rechter dat onder omstandigheden compenseren.⁹¹

Tegen deze achtergrond is het van belang dat een inrichting van het vooronderzoek waarin het opsporingsonderzoek centraal staat, gepaard gaat met een bepaling die de toepassing van processuele sancties, in het bijzonder bewijsuitsluiting, mogelijk maakt.

De wettelijke basis voor het toepassen van processuele sancties is thans te vinden in art. 359a Sv. Daarin is neergelegd dat de rechtbank, 'indien blijkt dat bij het voorbereidend onderzoek vormen zijn verzuimd die niet meer kunnen worden hersteld en de rechtsgevolgen hiervan niet uit de wet blijken', een aantal processu-

⁹⁰ Daartoe wordt ook de verhouding tussen zittingsrechter en rechter-commissaris anders ingericht. Thans staat het afgrenzen van competenties centraal (vgl. HR 3 maart 2015, NJ 2015/311 m.nt. Borgers). Het concept van het Tweede Boek wil het mogelijk maken dat de rechter-commissaris ook nadat de officier van justitie de voorzitter van de rechtbank heeft verzocht de dag van de terechtzitting te bepalen, onderzoek verricht. Uitoefening van de bevoegdheden die hem in de titels 10.2 tot en met 10.4 zijn toegekend (daaronder valt het verhoor van getuigen) is in die situatie afhankelijk van 'de instemming van de voorzitter van de rechtbank' (art. 2.10.6.2).

⁹¹ Vgl. bijvoorbeeld EHRM 2 september 2010, Uzun v. Germany, nr. 35623/05.

ele sancties kan toepassen. De rechtbank kan bepalen dat de straf wordt verlaagd, 'indien het door het verzuim veroorzaakte nadeel langs deze weg kan worden gecompenseerd'. De rechtbank kan ook bepalen dat 'de resultaten van het onderzoek die door het verzuim zijn verkregen, niet mogen bijdragen aan het bewijs van het telastegelegde feit'. En de rechtbank kan bepalen dat 'het openbaar ministerie niet ontvankelijk is, indien door het verzuim geen sprake kan zijn van een behandeling van de zaak die aan de beginselen van een behoorlijke procesorde voldoet' (lid 1). Voorgeschreven is verder dat de rechtbank bij de toepassing van het eerste lid rekening houdt 'met het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt' (lid 2).

In HR 30 maart 2004, NJ 2004/376 m.nt. Buruma (Loze hashpijp) gaf de Hoge Raad aan hoe hij deze bepaling in het vervolg wilde toepassen. Daarbij gaf hij eerst enkele algemene regels. Voorop werd gesteld dat de toepassing van het artikel beperkt is tot vormverzuimen die zijn begaan in het voorbereidend onderzoek van het ten laste gelegde feit. En dat art. 359a Sv niet van toepassing is bij vormverzuimen die betrekking hebben op bevelen inzake de toepassing van vrijheidsbenemende dwangmiddelen welke kunnen worden voorgelegd aan de rechter-commissaris die krachtens de wet belast is met het toezicht op de toepassing dan wel het voortduren van bepaalde tijdens het voorbereidend onderzoek bevolen vrijheidsbenemende dwangmiddelen (rov. 3.4.2). Overwogen werd voorts dat bij de beoordeling van de ernst van het verzuim de mate van verwijtbaarheid een rol kan spelen. En dat bij de beoordeling van het nadeel dat door het vormverzuim is veroorzaakt onder meer van belang is of en zo ja in hoeverre de verdachte door het verzuim daadwerkelijk in zijn verdediging is geschaad. Indien het niet de verdachte is die door de niet-naleving van het voorschrift is getroffen in het belang dat de overtreden norm beoogt te beschermen, behoeft in de te berechten zaak als regel geen rechtsgevolg te worden verbonden aan het verzuim (rov. 3.5).

Vervolgens ging de Hoge Raad specifiek in op de drie processuele sancties. Strafvermindering kwam naar zijn oordeel enkel in aanmerking indien aannemelijk is dat (a) de verdachte daadwerkelijk nadeel heeft ondervonden; (b) dit nadeel is veroorzaakt door het verzuim; (c) het nadeel geschikt is voor compensatie door middel van strafvermindering, en (d) strafvermindering ook in het licht van het belang van het geschonden voorschrift en de ernst van het verzuim gerechtvaardigd is (rov. 3.6.3). Bewijsuitsluiting kon alleen aan de orde komen 'indien het bewijsmateriaal door het verzuim is verkregen' en 'door de onrechtmatige bewijsgaring een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden' (rov. 3.6.4). Voor niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie in de vervolging ten slotte was volgens de Hoge Raad alleen plaats 'ingeval het vormverzuim daarin bestaat dat met de opsporing of vervolging belaste ambtenaren ernstig inbreuk hebben gemaakt op beginselen van een behoorlijke procesorde waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan' (rov. 3.6.5).

De rechtsregels inzake bewijsuitsluiting zijn nadien nog aangepast in HR 19 februari 2013, NJ 2013/308, m.nt. Keulen. De Hoge Raad maakt onderscheid tussen drie redenen waarom de rechter gebruik kan maken van de bevoegdheid tot het toepassen van bewijsuitsluiting als rechtsgevolg van een vormverzuim. Bewijsuitsluiting kan noodzakelijk zijn 'ter verzekering van het recht van de verdachte op een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM'. De Hoge Raad verwijst in

deze context naar rechtspraak over ‘schending van het recht op rechtsbijstand bij het politieverhoor’ en op rechtspraak over ‘door de verdachte afgelegde verklaringen tegenover een undercoveragent die zich heeft voorgedaan als medegedetineerde van de verdachte’ (rov. 2.4.4). Bewijsuitsluiting kan voorts noodzakelijk worden geacht indien sprake is van een ander belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel dat in aanzienlijke mate is geschonden, ‘als middel om toekomstige vergelijkbare vormverzuimen die onrechtmatige bewijsgaring tot gevolg hebben te voorkomen en een krachtige stimulans te laten bestaan tot handelen in overeenstemming met de voorgeschreven norm’. De Hoge Raad noemt in deze context als eerste voorbeeld de zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht van de verdachte, en verwijst daarbij naar een arrest waarin sprake was van een onrechtmatige lijfsvisitatie, en als tweede voorbeeld gevallen waarin gebruik voor het bewijs wezenlijk afbreuk doet aan het fundamentele belang dat met bescherming van het professionele verschoningsrecht is gediend (rov. 2.4.5). Bewijsuitsluiting is ten slotte niet onder alle omstandigheden uitgesloten in situaties waarin het vormverzuim ‘naar uit objectieve gegevens blijkt zozeer bij herhaling voorkomt dat zijn structureel karakter vaststaat en de verantwoordelijke autoriteiten zich, vanaf het moment waarop dit structurele verzuim hun bekend moet zijn geweest, onvoldoende inspanningen hebben getroost overtredingen van het desbetreffende voorschrift te voorkomen’ (rov. 2.4.6).

Nieuw is voorts dat de Hoge Raad in dit arrest bij de tweede en derde ‘reden’ voor bewijsuitsluiting een belangenafweging introduceert. De rechter kan bij zijn beslissing betrekken ‘of in de gegeven omstandigheden toepassing van bewijsuitsluiting opweegt tegen de daarvan te verwachten negatieve effecten en of aldus niet op onaanvaardbare wijze afbreuk wordt gedaan aan zwaarwegende belangen als de waarheidsvinding en bestraffing van de dader van een – mogelijk zeer ernstig – strafbaar feit’. De Hoge Raad wijst daarbij ook op de rechten van slachtoffers en hun nabestaanden alsmede op uit het EVRM voortvloeiende verplichtingen tot effectieve bestraffing.

Uit de contourennota wordt niet helemaal duidelijk hoe de minister in het nieuwe wetboek met onrechtmatig handelen in de context van de opsporing om wil gaan. De rechtspraak inzake de processuele sancties wordt besproken onder de kop ‘Toezicht op strafvorderlijk overheidsoptreden’ (p. 102). Daarin worden diverse vormen van toezicht op strafvorderlijk overheidsoptreden benoemd. Aangegeven wordt dat de rechter in individuele strafzaken de naleving van procedurevoorschriften door politie en Openbaar Ministerie toetst. Daarbij stipt de nota ook art. 359a Sv aan. In het kader van toezicht op de buitengerechtelijke afdoening van strafzaken noemt de contourennota het toezicht dat de procureur-generaal houdt op grond van art. 122 Wet RO. De nota noemt ook het door organisaties in de strafrechtssketen uitgeoefende intern toezicht en vormen van extern toezicht door onder meer Nationale ombudsman, College Bescherming Persoonsgegevens, inspectietoezicht, audits en ten slotte externe controle door wetenschap en media. Vervolgens wordt aangegeven dat de vraag kan worden gesteld of met dit samenstel van rechterlijk, intern en extern toezicht de naleving van de geldende wettelijke voorschriften binnen de strafrechtssketen adequaat en systematisch wordt gecontroleerd en gestimuleerd. De minister wil in kaart laten brengen op welke wijze de verschillende partners uit de strafrechtssketen in de huidige praktijk toezicht houden op het eigen functioneren en in hoeverre van buitenaf

toezicht is gerealiseerd. Daarbij verdient de vraag of dit toezicht zich uitstrekt tot samenwerking met andere ketenpartners volgens de minister bijzondere aandacht. En hij wil hier ook het voorstel bij betrekken om te onderzoeken of ‘een bredere voorziening kan worden geopend waarin schadevergoeding kan worden verkregen wegens (on)rechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden’.⁹²

De achterliggende gedachte bij deze inventarisatie van vormen van toezicht lijkt te zijn dat deze een basis biedt om bestaande vormen van toezicht aan te passen of aan te vullen. Dat zou in beginsel consequenties kunnen hebben voor art. 359a Sv. Maar ook los van deze inventarisatie zijn er goede redenen om art. 359a Sv niet ongewijzigd in het nieuwe wetboek over te nemen. Zo ziet het artikel enkel op afdoening door de rechter, terwijl processuele sancties ook bij buitengerechterlijke afdoening een rol kunnen spelen. Bewijsuitsluiting bijvoorbeeld kan ook bij een strafbeschikking wegens rijden onder invloed aan de orde zijn. Een tweede reden is dat art. 359a Sv uitgaat van een benadering waarin aan de rechter een discretionaire bevoegdheid wordt gegeven om processuele sancties toe te passen. Zoals wij zagen, is deze benadering in de rechtspraak van de Hoge Raad feitelijk verlaten; de mogelijkheid tot het toepassen van processuele sancties is aan strikte grenzen gebonden. Bij deze redenen voegen zich nog andere.⁹³

Bij een keuze om art. 359a Sv niet ongewijzigd over te nemen ligt vervolgens de vraag op tafel of gekozen dient te worden voor een benadering waarin slechts de schending van een beperkt aantal voorschriften in beginsel tot bewijsuitsluiting aanleiding kan geven (tenzij het structurele karakter van die schending vaststaat). Zoals wij zagen, kan uit rechtspraak van het EHRM worden afgeleid dat een mogelijkheid van bewijsuitsluiting achteraf (onder omstandigheden) kan meebrengen dat de wetgever toepassing van een bevoegdheid niet van een rechterlijke machtiging afhankelijk behoeft te maken. Dat kan het wenselijk maken om juist in situaties waarin niet een zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht van de verdachte wordt gemaakt in een mogelijkheid van bewijsuitsluiting te voorzien.⁹⁴

Naar mijn mening mag van het nieuwe wetboek verwacht worden dat het een normatief kader biedt voor de toepassing van processuele sancties. Dat zou bij bewijsuitsluiting (bijvoorbeeld) gestalte kunnen krijgen door toepassing van

92 Dit voorstel lijkt in het verlengde te liggen van voorstellen zoals gedaan door Kuiper en Borgers. Kuiper legt de nadruk op de preventieve functie van bewijsuitsluiting. Hij wil komen tot een verantwoorde taakverdeling, en daarvoor is zicht nodig op de vraag of ‘bij politie en OM de opleiding, disciplineren en andere manieren om vormverzuimen te voorkomen adequaat zijn en op de vraag in hoeverre toereikende andere procedures bestaan om compensatie te krijgen voor door een vormfout ondervonden schade, zoals in een procedure bij de civiele rechter’ (R. Kuiper, *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken*, Deventer: Kluwer 2014, p. 582). Borgers stelt een systeem voor waarin ‘een controlerende instantie – ambtshalve, op verzoek van een gelaedeerde of eventueel op aangeven van de strafrechter – zich een beeld vormt van vormverzuimen die zich hebben voorgedaan, de onderliggende oorzaken onderzoekt en, waar nodig of wenselijk, een reactie daarop laat volgen’ (‘De toekomst van artikel 359a Sv’, DD 2012, p. 269).

93 Zo speelt het richtsnoer van art. 359a lid 2 Sv geen rol bij bewijsuitsluiting in geval van schending van het consultatierecht, en heeft de belangenafweging die de Hoge Raad bij bewijsuitsluiting heeft geïntroduceerd thans geen plaats in de wettelijke regeling. Zie nader B.F. Keulen, ‘Naar een (nieuwe) wettelijke regeling van bewijsuitsluiting’, in: G. Knigge e.a., *Gehoord de Procureur-Generaal. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.W. Fokkens ter gelegenheid van zijn afscheid als Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 141-154.

94 Vgl. Keulen, a.w. 2016. Vgl. over bewijsuitsluiting en de rechtspraak van het EHRM ook de conclusie van A-G Bleichrodt, ov. 86 bij HR 4 april 2017, NJ 2017/230 m.nt. Kooijmans.

deze processuele sanctie te koppelen aan het belang van een goede strafrechtspleging. Dat algemene criterium zou in de memorie van toelichting geconcretiseerd kunnen worden; daarbij zou het kader dat de Hoge Raad heeft gecreëerd in belangrijke mate als uitgangspunt kunnen dienen. Bij een keuze voor deze benadering past dat bewijsuitsluiting (ook zonder vaststelling van een structureel verzuim) niet tot strikt omschreven voorschriften beperkt wordt. De praktische consequenties van een dergelijke aanpassing van het wettelijk kader zijn bij ernstige strafzaken beperkt. Bij schending van een minder belangrijk voorschrift zullen de positieve effecten van bewijsuitsluiting gewoonlijk niet opwegen tegen de negatieve effecten. Resultaat kan mogelijk wel zijn dat bewijsuitsluiting in minder ernstige strafzaken een wat grotere rol kan gaan spelen.⁹⁵

7 Tot slot

Eerder in dit betoog heb ik me gewaagd aan de voorzichtige inschatting dat de besluitvorming inzake een nieuwe Wetboek van Strafvordering het *point of no return* inmiddels is gepasseerd. Is dat iets om ons over te verheugen of geeft het juist reden tot treurnis?

De inhoud van een groot aantal boeken is nog niet bekend; de vraag kan zo gesteld dan ook nog niet worden beantwoord. Maar waar het de regeling van het voorbereidend onderzoek betreft kan wel een voorlopige balans worden opge maakt. En dan is er naar mijn mening aanleiding om ons op het nieuwe wetboek te verheugen. Vanzelfsprekend zijn er altijd punten waar men het graag anders zou zien. Maar de systematiek van de wettelijke regeling verbetert ingrijpend door de normering van het opsporingsonderzoek in één boek te concentreren. De consequenties van het verdwijnen van het gerechtelijk vooronderzoek en het centraal stellen van de opsporing worden in belangrijke strafdorderlijke begrippen en regelingen verwerkt; te denken valt aan het vervolgingsbegrip en de regeling van de competentie van rechtbanken en binnen het openbaar ministerie. En ook in de regeling van een aantal bevoegdheden verbetert veel.

En dat er in het nieuwe wetboek straks vast ook nog wel het nodige te verbeteren valt: is dat ook niet iets om ons op te verheugen?

⁹⁵ Zie nader Keulen, *a.w.* 2016.